

Auszug aus Hauptgutachten XVI (2004/2005)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

4. Die Privatisierung der Flugsicherung

Inhaltsverzeichnis

4. Die Privatisierung der Flugsicherung.....	73
4.1 Die Deutsche Flugsicherung GmbH.....	74
4.2 Die Ziele der Privatisierung.....	75
4.3 Die Single-European-Sky-Initiative.....	76
4.4 Das Flugsicherungsgesetz.....	77
4.5 Die Umsetzung der Privatisierung.....	79
4.6 Abschließende Bemerkungen.....	82

Auslandsgesprächen einschließlich der Möglichkeit, Notrufe abzusetzen.

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Vorschriften widersprüchlich sind, da sie zu einem Zirkelschluss führen. Einerseits ist die Möglichkeit, Notrufe abzusetzen, Voraussetzung für die Klassifizierung als öffentlich zugänglicher Telefondienst und andererseits eine an diese Klassifizierung geknüpfte Rechtsfolge.⁵² Dieser Widerspruch ergibt sich allerdings bereits aus der zugrunde liegenden EU-Richtlinie.⁵³ Auch wenn sich der Widerspruch gegebenenfalls durch eine Gesetzesauslegung auflösen lässt, ist zur Herstellung von Rechtssicherheit nach Auffassung der Monopolkommission eine Korrektur durch den Gesetzgeber wünschenswert.

63. Für die Bundesnetzagentur ist die Möglichkeit, im Rahmen eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes Notrufe abzusetzen, unabhängig von der verwendeten Technologie ein wesentliches Merkmal.⁵⁴ Gleichzeitig stößt die Gewährleistung der Notrufnummer bei VoIP gegenwärtig auf technische Schwierigkeiten, die sich insbesondere aus der Möglichkeit der nomadischen Nutzung ergeben. Eine Anforderung an den Notruf gemäß § 108 TKG ist, dass damit gleichzeitig Daten übertragen werden, mit denen der Standort des Anrufers zu ermitteln ist. Nur so können Rettungsmaßnahmen auch dann eingeleitet werden, wenn die hilferufende Person ihren gegenwärtigen Standort nicht mehr kennt oder nicht mehr mitteilen kann.

64. Für die Zeit bis zu einer Lösung der technischen Probleme ziehen Gesetzgeber und Regulierer verschiedene Vorgehensweisen in Betracht.⁵⁵ Auf der Seite des Gesetzgebers gibt es Überlegungen, die Verpflichtungen des § 108 Abs. 1 TKG für VoIP-Anbieter durch eine Übergangsregelung auszusetzen. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass dies im Gegensatz zu Vorgaben der europäischen Universaldienstrichtlinie stehen könnte. Artikel 26 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie lässt den Mitgliedstaaten kaum Spielraum bei der Frage, ob den Endnutzern öffentlich zugänglicher Telefondienste die Notrufnummer zur Verfügung gestellt wird oder nicht. Ein Spielraum besteht allerdings bei der Frage, ob Notrufe zugleich Informationen zum Anruferstandort übermitteln müssen. Nach Artikel 26 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie ist das nur dann sicherzustellen, wenn dies technisch möglich ist. § 108 Abs. 1 Nr. 2 TKG enthält diese Einschränkung nicht.

65. Die Bundesnetzagentur hält zudem die Option für denkbar, dass die Verpflichtung zur Gewährleistung der Notrufnummer nur Anbieter trifft, die VoIP als ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie anbieten. Da-

hinter steht der Gedanke, dass eine Versorgungslücke nur dann auftreten kann, wenn ein Nutzer seinen bisherigen schmalbandigen Telefonanschluss zu Gunsten von VoIP vollständig aufgibt. Das ist wiederum gegenwärtig wegen der in aller Regel stattfindenden gemeinsamen Vermarktung von schmal- und breitbandigen Anschlüssen eher selten. Die Bundesnetzagentur schlägt vor, die Anbieter von VoIP-Diensten zu einer Kundenabfrage zu verpflichten, ob diese weiterhin über einen schmalbandigen Festnetzanschluss mit Notrufmöglichkeit im Sinne von § 108 TKG verfügen. Solchen Nachfragern müsste dann keine zusätzlich Notrufnummer im Rahmen des VoIP-Dienstes verfügbar gemacht werden.

Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieser Vorschlag dann problematisch, wenn er darauf hinausläuft, dass ein VoIP-Anbieter die Notrufnummer je nach Nutzer einmal gewährleisten und ein andermal nicht gewährleisten muss. Im Zweifel wäre dies kaum zu überprüfen. Im Übrigen hieße dies, die Notrufnummer – anders als im TKG und in der Universaldienstrichtlinie vorgesehen – von der Klassifizierung des Dienstes als öffentlich zugänglicher Telefondienst abzukoppeln.

66. Die Monopolkommission schlägt einen anderen Weg vor. Sie ist wie die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung der Notrufnummer nicht zu einer Marktzutrittsbarriere für VoIP werden darf. Gleichzeitig bleibt die Möglichkeit, unentgeltliche Notrufe mittels der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 auch im Rahmen der öffentlich zugänglichen Internettelefonie abzusetzen, unverzichtbar. Soweit es technisch noch nicht möglich ist, dass Notrufe im Rahmen von nomadisch genutztem VoIP zugleich Informationen zum Standort des Anrufers übermitteln, sollte darauf verzichtet werden. Auch wenn § 108 Abs. 1 Nr. 2 TKG diese Möglichkeit nicht vorsieht, kann sich die Bundesnetzagentur dabei auf Artikel 26 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie berufen.

4. Die Privatisierung der Flugsicherung

67. Nach den Plänen der Bundesregierung soll die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) zum 1. Januar 2007 materiell teilprivatisiert werden.⁵⁶ Neben dem fiskalischen Aspekt der Kapitalprivatisierung, erhofft sich die Bundesregierung eine Stärkung des Unternehmens im zukünftigen europäischen Wettbewerb um Flugsicherungsdienste. Vor dem Hintergrund der Single-European-Sky (SES)-Initiative der Europäischen Union, welche langfristig die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums zum Ziel hat, soll die DFS nun mit der Kapitalprivatisierung die Möglichkeit erhalten, sich auf den Wettbewerb vorzubereiten, z. B. im Bereich der Regionalflughäfen, an denen die Einzelbeleihung von Fluglotsen zum 30. Juni 2007 enden wird. Bislang wird der Luftverkehr über dem deutschen Raum von der bundes-

⁵² Vergleiche Holznagel, B., Bonnekoh, M., a. a. O., S. 589.

⁵³ Vergleiche Artikel 2 lit c) und Artikel 26 Abs. 1 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EU Nr. 108 vom 24. April 2002, S. 51.

⁵⁴ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 1344, Eckpunkt 5.

⁵⁵ Vergleiche ebenda.

⁵⁶ Mitglieder aller Fraktionen des Deutschen Bundestages forderten am 28. Januar 2004 von der Bundesregierung eine Kapitalprivatisierung der DFS. Die Bundesregierung hat sich im August 2004 der Forderung angeschlossen. Vgl. Bundestagsdrucksache 15/2393 und Bundestagsdrucksache 15/5519.

eigenen DFS koordiniert, so dass sie mit ihrem exklusiven Verfügungsrecht einem staatlichen Gebietsmonopolisten entspricht.

68. Das am 7. April 2006 vom Bundestag mit großer Mehrheit beschlossene Flugsicherungsgesetz (FSG) ermöglicht eine materielle Teilprivatisierung der DFS. Insgesamt sollen 74,9 Prozent der Anteile an private Unternehmen veräußert werden können. Der restliche Anteil von 25,1 Prozent soll im Besitz des Bundes bleiben. Weiterhin wird die Kombination ziviler und militärischer Aufgaben der Flugsicherung auch nach der Privatisierung beibehalten. Operative und regulative Aufgaben der DFS werden gemäß den europäischen SES-Verordnungen getrennt.⁵⁷ Während in Zukunft eine Übernahme der operativen Aufgaben der Flugsicherung durch private Unternehmen vorgesehen ist, wird die Kontrolle dieser Tätigkeiten und die Regulierung der Gebühren von dem neu zu bildenden Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) wahrgenommen. Aufgrund der Bedeutung der Flugsicherung für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und der zahlreichen Neuregelungen werden die Vorschriften über die Flugsicherung in einem eigenen Gesetz neu geregelt.⁵⁸ Mit Schaffung des BAF zum 1. Juli 2006 und mit Inkrafttreten des FSG zum 1. Januar 2007 kann durch die neu geschaffene Aufsichtsbehörde die Beileihung Privater mit Aufgaben der Flugsicherung erfolgen.⁵⁹

69. Nachfolgend werden die mit der Kapitalprivatisierung der DFS verbundenen Fragen und Probleme behandelt. So bedarf es neben der Schaffung eines adäquaten rechtlichen Rahmens für die Privatisierung auch die Umsetzung desselben. Die mit einer Privatisierung verbundenen Risiken sind dabei zu minimieren. Dies ist um so wichtiger, wenn die Leistungserbringung eine unabdingbare Voraussetzung für die funktionsfähige Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Sicherheit ist. In Erwägungsgrund 13 der Flugsicherungsdienste-Verordnung (EG) Nr. 550/2004 wird klargestellt, dass die Erbringung von Kommunikations-, Navigations- und Überwachungsdiensten sowie von Flugberatungsdiensten unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale dieser Dienste und unter Aufrechterhaltung eines hohen Sicherheitsniveaus zu Marktbedingungen organisiert werden soll. So soll die Flugsicherung nach § 1 Abs. 1 FSG eine sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Luftverkehrs in der Strecke (oberer Luftraum) sowie im An- und Abflug (unterer Luftraum) gewährleisten.⁶⁰ Gemäß dem Anspruch

des Gesetzes und vor dem Hintergrund der beschlossenen Kapitalprivatisierung der DFS ist daher zu fragen, ob der unternehmensinterne Steuerungsmechanismus und die staatliche Aufsicht in ihrer jetzigen Ausgestaltung ausreichen, um die Qualität einer privatisierten Flugsicherung garantieren zu können. Zukünftig mögliche Sicherheitsmängel, bedingt durch Kostensenkungen und ausbleibende Investitionen aufgrund des Gewinnstrebens privatwirtschaftlicher Akteure, hätten gravierende Folgen und sind daher unbedingt zu vermeiden. So kann für die Gewährleistung der Sicherheit im Luftverkehr sowohl eine Zunahme an staatlichen Vorschriften, etwa in Form von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie in Form einer Anreizregulierung, als auch eine weiterhin mehrheitliche Beteiligung des Bundes im Zuge der Privatisierung notwendig sein. Nachfolgend wird erörtert, ob die getroffenen gesetzlichen Regelungen für eine sichere Nutzung des Luftraums bei einer privatisierten DFS ausreichend sind.

4.1 Die Deutsche Flugsicherung GmbH

70. Die 1953 gegründete Bundesanstalt für Flugsicherung wurde mit der Änderung des Grundgesetzes (GG) und des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) 1993 in ein formell privatrechtlich geführtes Unternehmen überführt, das seitdem unter dem Namen Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) seine Aufgaben wahrnimmt und an dem der Bund 100 Prozent der Anteile hält.⁶¹ Seit 1994 obliegt der DFS neben der Kontrolle der zivilen Luftfahrt auch die Abwicklung des militärischen Luftverkehrs in Friedenszeiten. Grund dafür ist der Wunsch nach einer flexiblen und effizienten Nutzung eines Luftraums für unterschiedliche Zwecke (flexible use of airspace). Kerngeschäft der DFS ist die Entwicklung, Bereitstellung und Durchführung von Flugsicherungsdiensten. Daneben ist das Unternehmen im Bereich der Entwicklung von Flugsicherungs-, Ortungs- und Navigationssystemen sowie im Bereich der Ausbildung von Fluglotsen tätig. Die DFS bietet derzeit Flugsicherungsdienste an 19 internationalen und regionalen Flughäfen an und ist in der Maastrichter EUROCONTROL-Zentrale vertreten.⁶² Aber auch die übrigen Flughäfen in Deutschland stehen unter der Aufsicht des Unternehmens.

⁵⁷ Vergleiche Artikel 4 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 549/2004.

⁵⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung (Flugsicherungsgesetz, FSG). Der Bundestag beschloss mit großer Mehrheit am 7. April 2005 eine revidierte Fassung des Entwurfs. Die entsprechenden Empfehlungen hatte der Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gegeben. Vgl. Bundestagsdrucksache 16/1161 vom 5. April 2006.

⁵⁹ Vergleiche Artikel 13, Bundestagsdrucksache 16/240.

⁶⁰ Die Flugsicherung umfasst nach § 1 Abs. 1 Satz 2 FSG im Wesentlichen die Aufgaben der Flugverkehrskontrolle zur Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollflächen von Flugplätzen, einschließlich der Überprüfung, Warnung und Umlenkung von Luftfahrzeugen im Luftraum. Vgl. auch den bisherigen § 27c Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

⁶¹ Die Organisationsprivatisierung der DFS wurde durch die Zehnte Novelle des Luftverkehrsgesetzes vom 23. Juli 1992 möglich. Vgl. den bisherigen § 31b Abs. 1 LuftVG zur organisations- und materiellrechtlichen Grundlage der Flugsicherung. Zur formellen Privatisierung der Bundesanstalt für Flugsicherung im Jahr 1993 hat sich die Monopolkommission kritisch geäußert, da es sich nicht um einen reinen Wettbewerbsmarkt gehandelt hat, der privatisiert wurde: „Eine formelle Privatisierung, private Rechtsform bei unverändert öffentlichem Zweck, ist im Kern ebenfalls ein Effizienz- und Bürokratieproblem. Unter dem Aspekt einer sachgerechten Aufgabenverteilung zwischen Staat einerseits und Gesellschaft andererseits bleibt diese Form der Privatisierung halbherzig. Die Monopolkommission steht ihr besonders kritisch gegenüber, wenn ein solches „Privatunternehmen“ im Eigentum der öffentlichen Hand über Monopolrechte verfügt“. Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 46.

⁶² EUROCONTROL ist der europäische Verband von derzeit 36 nationalen Flugsicherern.

71. Die Leistungsdimensionen der Flugsicherung bestehen im Einzelnen aus der Kommunikations-, Navigations- und Überwachungstechnik (Communication, Navigation, Surveillance (CNS)-Technik), der Flugsicherungstechnik (Air Traffic Management (ATM)-Technik) und den Flugsicherungsdiensten (Air Traffic Management (ATM)-Dienste). Sowohl die CNS-Technik als auch die ATM-Technik stellt für die Erbringung von ATM-Diensten einen notwendigen Unterstützungsdienst dar. Die CNS-Technik beinhaltet die Bodennavigationsanlagen, die Ortungstechnik und die Kommunikationsnetze. Die ATM-Technik ist für die Ortungsdatenverarbeitung und die Flugplandatenverarbeitung zuständig. Die ATM-Dienste beinhalten alle Flugsicherungsdienste wie die Luftraumüberwachung in der Strecke und im An- und Abflug an die Flughäfen. Die ATM-Technik verarbeitet die Flugdaten der CNS-Technik und bereitet diese für die Nutzung durch die Fluglotsen vor (ATM-Dienste). Die Wertschöpfungskette der Flugsicherung besteht demnach aus einem vertikal integrierten Leistungsbündel.

72. Der Umsatz aus Flugsicherungsleistungen setzt sich aus den gegenüber den Luftverkehrsgesellschaften erhobenen Gebühren für die Flugsicherung in der Strecke sowie im An- und Abflug zusammen.⁶³ Im Jahr 2005 kontrollierte die DFS knapp 2,9 Millionen Flugbewegungen im deutschen Luftraum. Davon entfielen etwa 16 Prozent auf Inlandsflüge, etwa 52 Prozent auf Ein- und Ausflüge und etwa 32 Prozent auf Überflüge.⁶⁴ Bis zum Jahr 2020 soll sich das jährliche Flugaufkommen in Europa auf 16 Millionen Flüge verdoppeln, dies vor dem Hintergrund, dass derzeit etwa 70 Prozent des europäischen Flugverkehrs in etwa 14 Prozent des Luftraums stattfinden.⁶⁵

4.2 Die Ziele der Privatisierung

73. Mit der Privatisierung staatlicher Unternehmen verfolgt der Bund im Wesentlichen zwei Ziele: zum Ersten die Entlastung des öffentlichen Haushalts und zum Zweiten die Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz.⁶⁶ Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) sieht in der

Privatisierung staatlicher Unternehmen ein modernes wirtschaftspolitisches Konzept mit gegenseitigem Nutzen, mit dem der Staat und die Unternehmen an Handlungsfreiheiten gewinnen: „Der Bund setzt Reformpotenziale frei und die Unternehmen steigern ihre Effizienz, um sich im internationalen Wettbewerb zu positionieren“.⁶⁷

Die Bundesregierung geht davon aus, dass bei einer rein privatwirtschaftlich organisierten Flugsicherung die Kosten bei mindestens gleichbleibender Qualität und Sicherheit sinken werden, auch unter Berücksichtigung des Mehraufwands, der durch die Kontroll- und Aufsichtstätigkeit des BAF verursacht wird. Die gesamtwirtschaftliche Effizienz würde also ceteris paribus mit der Privatisierung zunehmen.⁶⁸ Zugleich könne der Bund Privatisierungserlöse von mehreren hundert Mio. Euro erzielen.⁶⁹

74. Die zukünftige Erbringung von Flugsicherungsdiensten durch private Unternehmen ist, was die ordnungsgemäße Durchführung der Beleihung, die Einhaltung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie die Festsetzung der Gebühren im Zuge einer Anreizregulierung betrifft, entsprechend der Bedeutung der Flugsicherung für die Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Sicherheit mit zahlreichen und gesetzlich verankerten Pflichten seitens des Beliehenen verbunden.⁷⁰ Dennoch sieht nicht nur die Gewerkschaft ver.di und die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF), sondern auch eine breitere Öffentlichkeit in der Kapitalprivatisierung der DFS die Gefahr einer Absenkung der Qualität der Flugsicherung aufgrund zukünftiger Kosteneinsparungen, Investitionsstops und Rentabilitätsbestrebungen durch private Investoren. Im Mittelpunkt der Bekundungen steht die Forderung nach der Fortsetzung der staatlich geführten DFS mit dem Argument, dass die Flugsicherung von großer verkehrs- und sicherheitspolitischer Bedeutung ist.

75. Die Flugsicherung dient der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und stellt damit auch ein unverzichtbares Element für die Einsatzbereitschaft und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr dar. Verfassungsrechtlich ist die Flugsicherung dem Kernbereich staatlicher Aufgaben zuzuordnen, wie sie in Artikel 87a und 87d GG genannt werden.⁷¹ Die Erbringung von Flugsicherungsdiensten

⁶³ Die Gesamteinnahmen aus Flugsicherungsleistungen (912,2 Mio. Euro) und sonstigen Einnahmequellen wie Ausbildungs- und Beratungsleistungen (11,2 Mio. Euro) betragen im Jahr 2004 923,4 Mio. Euro. Das Unternehmen erwirtschaftete dabei einen Jahresüberschuss von 36,3 Mio. Euro. Zum 31. Dezember 2004 beschäftigte die DFS rund 5 300 Personen. Vgl. Deutsche Flugsicherung GmbH, Geschäftsbericht 2004, S. 28.

⁶⁴ Vergleiche Deutsche Flugsicherung GmbH, Geschäftsbericht 2004, S. 27.

⁶⁵ Vergleiche European Commission, Directorate-General Energy and Transport, European Energy and Transport – Trends to 2030, 2005, S. 141 f. und Europäische Kommission, Generaldirektion Energie und Transport, Weissbuch – Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellung für die Zukunft, 2001, S. 40 f.

⁶⁶ Gesamtwirtschaftliche Effizienz liegt vor, wenn die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so eingesetzt werden, dass bei gegebenen Produkten und Produktionsverfahren die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Akteure einer Volkswirtschaft optimal befriedigt werden (Allokationseffizienz), bei gegebener Technologie jeder Output mit dem geringstmöglichen Einsatz von Inputfaktoren erzeugt wird (Produktionseffizienz) und eine dynamische Effizienz im Sinne der Entwicklung und Einführung neuer Güter und Produktionstechnologien gegeben ist.

⁶⁷ In den Leitlinien zur Privatisierungspolitik des Bundes steht weiter: „In einem durch Marktöffnung und Liberalisierung, technischen Fortschritt sowie zunehmenden nationalen wie internationalen Wettbewerb geprägten Umfeld ist die Öffnung der Unternehmen mit Bundesbeteiligung für privates Know-how und Kapital die moderne wirtschaftspolitische Antwort auf die zentrale Herausforderung der Zukunftssicherung der zu privatisierenden Unternehmen und deren Arbeitsplätze. Die Bundesregierung wird diese Politik konsequent umsetzen und weiterentwickeln“. Vgl. auch Bundestagsdrucksache 16/240, Abschnitt I in der Begründung des FSG, S. 18 ff.

⁶⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 21 zu den finanziellen Auswirkungen der Privatisierung der Flugsicherung.

⁶⁹ Dabei ist fraglich, ob die mit der Privatisierung der DFS von der Bundesregierung angeführte Entlastung des öffentlichen Haushalts tatsächlich eintritt.

⁷⁰ Vergleiche §§ 4 und 6 FSG zu den Voraussetzungen einer Beleihung und zu den Pflichten des Beliehenen.

stellt eine hoheitliche Aufgabe dar, bei der polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden. Die Flugsicherung ist demnach eine im öffentlichen Interesse liegende Dienstleistung, durch die sowohl die Nutzer des Luftverkehrs als auch die durch den Überflug von Luftverkehrsfahrzeugen betroffene Bevölkerung geschützt wird.⁷² Flugsicherungsunternehmen nehmen somit Aufgaben von öffentlichem Interesse wahr, durch die ein Beitrag zur Aufrechterhaltung und zur Verbesserung der Flugsicherung geleistet wird.⁷³ Vor diesem Hintergrund muss deshalb genau geprüft werden, ob Flugsicherungsdienste von einem privaten Unternehmen „besser“ wahrgenommen werden können und wie eine jederzeit funktionsfähige Flugsicherung sichergestellt werden kann.

76. Nach Ansicht der Monopolkommission kann das Ziel der materiellen Privatisierung der DFS in der Tat nur darin bestehen, einen wettbewerblich organisierten Markt für Flugsicherungsdienste unter hinreichender Berücksichtigung verkehrs- und sicherheitspolitischer Rahmenbedingungen zu schaffen. So hat sich die Monopolkommission schon in früheren Haupt- und Sondergutachten mit der Notwendigkeit staatlicher Fürsorge für die Versorgung mit sicherheitsrelevanten Gütern befasst.⁷⁴ Nach ihrer Auffassung sollte sich die Staatstätigkeit prinzipiell auf ein notwendiges Maß beschränken.⁷⁵ Dabei berücksichtigt die Monopolkommission, dass es durchaus Leistungen geben kann, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht oder nicht ausreichend erbracht werden. Liegt zwar kein Marktversagen vor, ist aber aufgrund der ökonomischen, technischen und politischen Gegebenheiten nicht von einem voll funktionsfähigen Wettbewerb auszugehen, so ist zu prüfen, ob nicht durch die Einführung gesetzlicher Regelungen, wie die Schaffung einer Aufsichts- oder Regulierungsbehörde, eine „marktnahe“ Lösung möglich ist. Weiterhin ist zu prüfen, ob ein Gefahrenpotential vorliegt, das einen staatlichen Eingriff notwendig macht. Eine nicht hinreichende Durchsetzung und Mißachtung von Sicherheits- und Qualitätsvorschriften im Bereich der Flugsicherung hat ungleich drastischere Konsequenzen zur Folge als z. B. in der Telekommunikationsindustrie oder der Energiewirtschaft. Die Monopolkommission ist deshalb der Auffassung, dass unbedingt diejenige Form einer privatwirtschaftlichen Organisation der Flugsicherung gewählt werden muss, die nur bei einer jederzeitigen Gewährleistung einer sicheren Nutzung des Luftraums die größtmögliche gesamtwirtschaftliche Effizienz erwarten lässt.⁷⁶ So ist die

⁷¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Abschnitt I in der Begründung des FSG, S. 18 ff.

⁷² Vergleiche EuGH, Urteil vom 19. Januar 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, SAT Fluggesellschaft mbH gegen Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol), Entscheidungsgrund 17.

⁷³ Vergleiche ebenda, Entscheidungsgrund 21.

⁷⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 95 ff.; dies., Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 105 ff.; dies., Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 48 ff.; dies., Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Sondergutachten 37, Baden-Baden 2003, Tz. 11 ff.

⁷⁵ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 106.

Umsetzung der Privatisierung der DFS entsprechend dem Stellenwert der Flugsicherung als „Luftverkehrspolizei“ vorzunehmen.

4.3 Die Single-European-Sky-Initiative

77. Mit dem Regierungsentwurf zur Privatisierung der Flugsicherung werden zugleich mehrere EU-Verordnungen umgesetzt.⁷⁷ Kerngegenstand der so genannten Single-European-Sky (SES)-Initiative der Europäischen Union ist die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums, welcher bisher in 31 nationale Systeme aufgespaltet ist. 1999 wurde das Projekt eines einheitlichen Luftraums gestartet, und zum 20. April 2004 traten dazu vier Rechtsvorschriften der EU-Kommission in Kraft. Im Einzelnen sind dies die Verordnungen (EG) Nr. 549/2004 (Rahmenverordnung), Nr. 550/2004 (Flugsicherungsdienste-Verordnung), Nr. 551/2004 (Luftraum-Verordnung) und Nr. 552/2004 (Interoperabilitäts-Verordnung) vom 10. März 2004.

78. Die Verordnung (EG) Nr. 550/2004 sieht eine zukünftige EU-weite Festlegung und Anwendung gemeinsamer Standards für Flugsicherungsdienste vor, mit denen eine sichere und effiziente Erbringung von Flugsicherungsleistungen gewährleistet werden soll. Nach Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung unterliegt die Erbringung jeglicher Flugsicherungsdienste in der EU einer Zertifizierung durch die Mitgliedstaaten. Die Aufgabe der Zertifizierung nimmt die nationale Aufsichtsbehörde wahr. Mit der Zertifizierung ist eine Flugsicherungsorganisation berechtigt, Flugsicherungsdienste auch in anderen Mitgliedstaaten zu erbringen, sofern die in Artikel 6 genannten Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen eingehalten werden. Innerhalb funktional strukturierter Luftraumblöcke (functional airspace blocks) beauftragen die Mitgliedstaaten einen einzigen Dienstleister mit der Erbringung von Flugsicherungsdiensten im oberen Luftraum bzw. in der Strecke.⁷⁸ Bisher ist der europäische Luftraum in funktionale Luftraumblöcke unterteilt, für die eine oder mehrere Flugsicherungsdienste zuständig sind, die überwiegend den nationalen Gebietszonen der Länder entsprechen. Weiterhin wird mit der Verordnung der Rahmen für eine transparente Gebührenordnung für Flugsicherungsdienste geschaffen, die einer ständigen Kontrolle durch die EU-Kommission unterliegen.⁷⁹

79. Gestützt auf die Flugsicherungsdienste-Verordnung wurde zur Festlegung und Anwendung gemeinsamer Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten in der EU im Dezember 2005 die Verordnung (EG) Nr. 296/2005 von der EU-Kommission verabschiedet. Danach soll die Festlegung gemeinsamer

⁷⁶ Vergleiche § 1 Abs. 1 FSG.

⁷⁷ Vergleiche ABl. EU Nr. L 96 vom 31. März 2004.

⁷⁸ Vergleiche Verordnung (EG) Nr. 551/2004, Artikel 5 zur Umstrukturierung des oberen Luftraums in funktionale Luftraumblöcke. Die Erbringung von Flugsicherungsleistungen durch private Unternehmen kann dagegen für den unteren Luftraum (Niedrigflüge sowie An- und Abflüge) regional spezifisch erfolgen.

⁷⁹ Vergleiche Artikel 15 und 16 der Verordnung (EG) Nr. 550/2004 sowie die Erwägungsgründe 19, 20, 23, 24 und 27.

Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten dem rechtlichen Status der Flugsicherungsorganisationen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen und hinsichtlich der Anwendung gemeinsamer Anforderungen auf die Flugsicherungsorganisationen den zu tragenden Risiken angemessen sein. Die Verordnung sieht zur Gewährleistung der wirksamen Anwendung gemeinsamer Anforderungen ein System der regelmäßigen Beaufsichtigung und Inspektion der Einhaltung gemeinsamer Anforderungen und der im Zeugnis angegebenen Bedingungen vor. Die nationale Aufsichtsbehörde sollte hierzu die Eignung des Dienstleisters vor der Erteilung eines Zeugnisses prüfen und die fortlaufende Eignung der von ihr zertifizierten Flugsicherungsorganisation jährlich bewerten. Weiterhin ist eine gegenseitige Begutachtung der nationalen Aufsichtsbehörden vorgesehen, die einen gemeinsamen und gemeinschaftsweiten Ansatz bei der Beaufsichtigung der Flugsicherungsorganisationen fördern soll.

4.4 Das Flugsicherungsgesetz

80. Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung (Flugsicherungsgesetz, FSG) wurden die Voraussetzungen für eine Kapitalprivatisierung der DFS geschaffen. Im Mittelpunkt des FSG steht mit § 3 die Möglichkeit der Beleihung von privaten Unternehmen mit der Wahrnehmung von Flugsicherungsdiensten.⁸⁰ Zwar verpflichten die SES-Verordnungen nicht zur Eröffnung des Wettbewerbs um Flugsicherungsleistungen, sie bieten jedoch die Möglichkeit hierzu. Die Trennung von Aufsichts- und Durchführungsaufgaben im Bereich der Flugsicherung ist durch die europäischen Verordnungen dagegen zwingend vorgeschrieben. Mit § 2 Abs. 1 und 2 FSG werden die Aufsichtsaufgaben auf das neu zu bildende Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) übertragen, welches organisatorisch dem Luftfahrt-Bundesamt (LBA) zugeordnet wird, von diesem jedoch fachlich unabhängig agiert. Die Aufsicht über das BAF fällt dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) zu.⁸¹ Weiterhin geregelt ist die Fortführung und Weiterentwicklung der zivil-militärischen Zusammenarbeit.

81. Wie oben angesprochen wurde, dient die Flugsicherung der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und ist verfassungsrechtlich dem Kernbereich staatlicher Aufgaben zuzuordnen.⁸² Mit der Beleihung werden Hoheitsrechte auf natürliche und juristische Personen übertragen. Für eine ordnungsgemäße Beleihung müssen strenge Vorschriften erfüllt sein, wie etwa die Gewährleistung der Beherrschung des Beliehenen durch den beleihenden Hoheitsträger. Weiterhin bedarf es einer Absicherung durch ein Gesetz, da es sich um eine Ausnahme zu dem in Artikel 33 Abs. 4 GG festgelegten Prinzip handelt, wonach in der Regel nur Beamte hoheitliche Befugnisse ausüben dürfen.⁸³ Nach Ansicht der Monopolkommission ist es nur möglich, eine hinreichende Aufsicht und Kontrolle

über einen beliebigen Träger auszuüben, wenn der Staat außer durch die neu zu gründende Aufsichtsbehörde auch als Gesellschafter über ein wirkungsvolles Einspruchsrecht verfügt. Der Bund bleibt nach der Kapitalprivatisierung nur noch mit 25,1 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt, so dass mit Blick auf die Bedeutung der Flugsicherung für einen sicheren Luftverkehr nicht von einer hinreichenden Einwirkungsmöglichkeit des Bundes gesprochen werden kann.⁸⁴ Der Einfluss des Bundes beschränkt sich mit der Minderheitsbeteiligung im Wesentlichen auf die Verhinderung einer möglichen Änderung des Gesellschaftszwecks einer privatisierten DFS.⁸⁵ Weiterhin ist das von der Bundesregierung angeführte Argument für eine solche Beteiligung nicht plausibel, da das BAF nach dem neu geschaffenen § 10 Abs. 1 FSG die Möglichkeit hat, die Beleihung zu widerrufen, wenn die Voraussetzung für die Beleihung entfällt. Zwar verfügt der Bund im Rahmen der Beleihung über bestimmte Sanktionsmechanismen bei einer nicht vertragsgemäßen Aufgabenerfüllung des Beliehenen, diese können aber, wenn überhaupt, nur mit einer erheblichen Zeitverzögerung angewendet werden, so dass zwischen dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung und der „Heilung“ dieses Umstandes ein massives Gefahrenpotential vorliegt.⁸⁶ So kann die Beteiligung des Bundes nur eine operative Einflussnahme auf die Geschäftsbelange einer privatisierten DFS zum Ziel haben. Eine solche weiterreichende Kontrollmöglichkeit ist im Übrigen für den Bereich der Eisenbahninfrastruktur von Verfassung wegen vorgeschrieben; Artikel 87e Abs. 3 GG steht dort einer Privatisierung von mehr als 49 Prozent entgegen. Warum der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine staatliche Einflußnahme im Bereich der Infrastruktur des Luftverkehrs geringer einschätzt, ist nicht ersichtlich.

82. Mit der verpflichtenden Trennung operativer und regulativer Aufgaben gemäß der europäischen Verordnung (EG) Nr. 549/2004 übernimmt das BAF die bisher von der DSF wahrgenommenen Aufgaben. Bisherige Beamte und Angestellte des Luftfahrt-Bundesamtes, die der DFS zur Wahrnehmung von Kontroll- und Überwachungsaufgaben zugewiesen sind, übernehmen mit Inkrafttreten des FSG die gesetzlichen Aufgaben des BAF. Die Monopolkommission sieht eine bloße Übernahme bisheriger Beschäftigter der DFS in die neu zu schaffende Aufsichtsbehörde kritisch, da sich durch die personelle Besetzung und den erweiterten Aufgabenumfang zwangsläufig Konflikte ergeben und eine unabhängige Fachaufsicht nicht garantiert werden kann.⁸⁷ Zu den Aufgaben des BAF gehört die Umsetzung eines neuen gesetzlichen Rahmens auf nationaler und europaweiter Ebene. Die mit der Privatisierung verbundene Anreizregulierung der Gebühren,

⁸⁰ Der bisher geltende § 31b Abs. 1 LuftVG wird aufgehoben.

⁸¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Artikel 1 § 2 Abs. 1 und 2 FSG.

⁸² Vergleiche Tz. 75.

⁸³ Vergleiche § 31a LuftVG für die Möglichkeit der Beleihung von Aufgaben im Bereich der Flughafenkoordinierung.

⁸⁴ Der Bundesrechnungshof sprach sich dagegen in seiner Stellungnahme für eine vollständige Privatisierung der Anteile an der DFS aus. Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 14.

⁸⁵ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240 S. 19.

⁸⁶ Zu den möglichen Sanktionsmechanismen vgl. Tz. 83.

⁸⁷ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 16 und Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 10 zu Artikel 9, Änderung des Gesetzes zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Bundesanstalt für Flugsicherung.

die neue Eigentümerstruktur und die Umsetzung neuer Qualitäts- und Sicherheitsstandards im Zuge der Zertifizierungspflicht führen zu erheblichen strukturellen Veränderungen der DFS. Die an das BAF gestellten Anforderungen sind zweifelsohne hoch. Der Umstand, dass bisherige Beschäftigte der DFS nun im BAF eingesetzt werden sollen, um ihre früheren Kollegen zu überwachen, erschwert eine wirksame Aufsicht erheblich. Der Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung begründet diese Maßnahme damit, dass nur dieses Personal über die Erfahrungen und Kenntnisse verfügt, die zur sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des BAF notwendig sind und kein anderes qualifiziertes Personal kurzfristig verfügbar ist.⁸⁸ Nach Meinung der Monopolkommission ist eine solche Argumentation gefährlich. Hier besteht die Gefahr, dass Einbußen in der Effektivität der Aufsichtsbehörde um einer raschen Privatisierung willen billigend in Kauf genommen werden. Die Monopolkommission plädiert dafür, mit dem Privatisierungsprogramm erst dann fortzufahren, wenn hinreichend qualifiziertes und unbefangenes Personal für die Überwachung durch das BAF zur Verfügung steht.

83. Das neu geschaffene FSG regelt die Möglichkeit sowie die Art und Weise der Beleihung. Mit § 3 FSG wird die Beleihung Privater durch Verwaltungsakt des BAF unter Berücksichtigung der Verordnungen (EG) Nr. 549/2004 und 550/2004 ermöglicht. Bei der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben unterliegt der Beliehene der Rechts- und Fachaufsicht des BAF. Weiterhin ist die beliehene Flugsicherungsorganisation verpflichtet, im Umfang der ihr obliegenden Pflichten die ordnungsgemäße Dienstleistung durch andere Dienstleister sicherzustellen. Das BAF kann nach § 3 Abs. 4 FSG bei einer nicht ordnungs- oder fristgerechten Wahrnehmung der Pflichten die notwendigen Aufgaben auf Kosten der beliehenen Flugsicherungsorganisation selbst durchführen oder durch einen anderen durchführen lassen, aber auch ein Warnungsgeld von bis zu 500 000 Euro verhängen. Auch ist das BAF nach § 3 Abs. 5 FSG befugt, die Anlagen und Betriebsräume des Beliehenen zu betreten sowie Gegenstände oder geschäftliche Unterlagen im erforderlichen Umfang in Verwahrung zu nehmen. In letzter Konsequenz ist das BMVBS nach § 11 Abs. 1 Satz 1 FSG berechtigt, die Rückübertragung der Geschäftsanteile auf den Bund anzuordnen (call-back option), wenn eine erhebliche Pflichtverletzung auftritt, so dass die innere und äußere Sicherheit gefährdet ist.⁸⁹ Ob dieses Drohpotential ausreicht, um eine privatisierte DFS zu disziplinieren, ist fraglich, da der Bund im Falle einer tatsächlichen Rückübertragung vor dem Problem steht, die Leistung entweder selbst oder von einem anderen Flugsicherungsunternehmen erbringen zu lassen. Die erste Möglichkeit ist mit erheblichen Personal- und Durchgriffskosten verbunden, selbst wenn die Bundeswehr die Aufgabe der zivilen Flugsicherung übernimmt. Bei der zweiten Möglichkeit steht man dagegen vor dem Problem, dass keine Wettbe-

werber im deutschen Luftraum existieren, die die Aufgabe übernehmen könnten. In jedem Fall kann eine vorübergehende Gefährdung der Luftraumnutzer nicht ausgeschlossen werden. Nach Meinung der Monopolkommission kann das Risiko einer „Sicherheitslücke“ nur minimiert werden, wenn der Bund als Mehrheitseigner auftritt und so über operative Einwirkungsmöglichkeiten verfügt, wie sie auch im Rahmen der funktionellen Privatisierung vom Bund wahrgenommen wurden.

84. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FSG überträgt das BAF der DFS die Aufgabe, Flugsicherungsdienste zu erbringen. In Bezug auf die genannten Leistungsdimensionen beschränkt sich die Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben der Flugsicherung auf die Erbringung von ATM-Dienstleistungen.⁹⁰ Zwar ist die beliehene Flugsicherungsorganisation nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FSG verpflichtet, die für die ordnungsgemäße Durchführung der Beleihung erforderliche ATM-Technik im notwendigen Umfang und im betriebssicheren Zustand vorzuhalten und zu betreiben, soweit diese für die Gewährleistung einer sicheren und effizienten Flugsicherung erforderlich ist.⁹¹ Der eigene Aufbau einer ATM-Infrastruktur durch den Beliehenen ist hierfür aber keine Voraussetzung. Mit der Ausnahme aus dem hoheitlichen Aufgabenbereich wird die ATM-Technik mit der bereits als nicht hoheitlich ausgestalteten CNS-Technik gleichgestellt. Die Bereitstellung der CNS- und ATM-Technik kann demnach durch Dritte erfolgen.⁹² Diese unterliegen gemäß den SES-Verordnungen einer Zertifizierungspflicht durch eine nationale Aufsichtsbehörde.⁹³ Eine vordringliche Aufgabe der nationalen Aufsichtsbehörden in der EU sollte es demnach sein, Anforderungen an die CNS- und ATM-Technik zu definieren, so dass ein hinreichendes Qualitätsniveau etabliert werden kann. Gleichwohl ist der Wettbewerb auf der CNS- und ATM-Ebene zu fördern, so dass die (beliehenen) ATM-Dienstleister zwischen qualitativ hochwertigen Technologien wählen können.

85. Die Gebührensätze für Flugsicherungsdienste werden bislang nach den Richtlinien der International Civil Aviation Organization (ICAO) und EUROCONTROL nach dem Prinzip der Vollkostendeckung erhoben.⁹⁴ Die Festlegung von Kostenobergrenzen stellt kein geeignetes Instrument für die Schaffung von Effizianzanreizen dar, da jede Kostenerhöhung durch steigende Gebührensätze kompensiert wird. Aber auch jede Kosteneinsparung bewirkt niedrigere Gebührensätze, so dass der Anreiz zur Effizienzsteigerung gering ist. Entstehende Über- oder Unterdeckungen müssen in den Folgejahren an die Luft-

⁸⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 30 f.

⁸⁹ Die Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe der Geschäftsanteile gilt ebenso bei Eintritt des Verteidigungsfalles. Vgl. § 11 Abs. 2 FSG.

⁹⁰ Zu den Leistungsdimensionen der Flugsicherung vgl. Tz. 71.

⁹¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 25 und Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 20.

⁹² So stammt die von der DFS derzeit verwendete ATM-Technik von dem US-amerikanischen Unternehmen Raytheon. Vgl. auch Thales in Frankreich, Indra in Spanien sowie Boeing, Raytheon und Lockheed Martin in den USA.

⁹³ Vergleiche Tz. 78.

⁹⁴ Vergleiche 32 Abs. 4 Nr. 6 LuftVG. Die Höhe der Streckengebühr sowie der An- und Abfluggebühr variiert mit dem Aufwand der Flugsicherung bzw. den Kosten der Leistungserstellung und mit der Nutzung durch die Luftverkehrsgesellschaften.

raumnutzer, d. h. an die Luftverkehrsunternehmen bzw. letztlich an die Passagiere, weitergegeben werden.⁹⁵ Aufgrund der Nachteile der Kostenregulierung besteht für die Sicherstellung einer sachgerechten Leistungserbringung der beliebigen Flugsicherungsorganisation nach dem neuen § 4 Abs. 3 FSG die Möglichkeit zu einer Anreizregulierung der Gebühren.⁹⁶ Mit einer solchen Regulierung wird das Ziel verfolgt, Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen und somit Kostensenkungen der Flugsicherungsdienste unter Erhaltung der Sicherheit und Qualität zu erreichen.⁹⁷ Die vorgeschlagenen Maßgrößen für die Ermittlung der Obergrenzen eines ex ante festgelegten Price-Caps sind Effizienzvorgaben unter Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung, die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, die zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, die zu erwartende Verkehrsentwicklung, die Einhaltung von Qualitätsvorgaben für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben sowie die Umsetzung von Investitionsvorhaben. Die Obergrenzen können nach dem Entwurf jeweils für eine Regulierungsperiode von höchstens fünf Jahren gelten. Die Einzelheiten der Vorgaben werden im Rahmen der Beleihung geregelt. Die Nachbesserung des ersten Gesetzentwurfs mit der Empfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hinsichtlich der expliziten Berücksichtigung von Qualitätsvorgaben und Investitionsvorhaben ist aus Sicht der Monopolkommission begrüßenswert, zugleich aber auch notwendig, um dem Kostensenkungsdruck des Kapitalmarktes entgegenzuwirken und hinreichende Investitionsanreize zur Erbringung qualitativ hochwertiger Flugsicherungsleistungen zu schaffen.⁹⁸

86. Die Beleihung mit Flugsicherungsdiensten ist zunächst auf mindestens acht Jahre begrenzt. Sie kann sich um jeweils ein Jahr verlängern, sofern sie nicht mindestens vier Jahre vor Ablauf der Beleihungsfrist gekündigt wird. Die Befristung der Beleihung wird mit Blick auf die Ziele der Flugsicherung und auf die noch vorzunehmenden Investitionen unter Berücksichtigung des Zieles der Schaffung eines wettbewerblichen Rahmens festgelegt. Die in § 4 Abs. 5 Satz 1 FSG festgelegte Beleihungsdauer sieht die Bundesregierung im Hinblick auf die Gewährleistung einer Kontinuität der Flugverkehrsdienste und unter Berücksichtigung der von der Flugsicherungsorganisation für die Wahrnehmung der Flugverkehrsdienste vorgenommenen und noch vorzunehmenden Investitionen als angemessen an. Die Mitteilung über die Verlängerung oder Nichtverlängerung der Beleihung hat aus denselben Gründen mindestens vier Jahre vor Ablauf der

Beleihungsdauer zu erfolgen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die getroffene Kündigungsfrist von vier Jahren nicht angemessen. Hier besteht die Gefahr, dass in der verbleibenden Zeit nach der Mitteilung über die Nichtverlängerung seitens des Beliehenen keine ausreichenden Sicherheits- und Effizienzreize mehr bestehen. Eine Kündigungsfrist von zwei Jahren sollte im Hinblick auf die konsultative Festlegung des Geschäftsplans mit dem BAF ausreichend sein.

87. In § 16 FSG sind die notwendigen Übergangsregelungen enthalten. Der Entwurf sieht vor, dass die Wahrnehmung der Bezirks- und Anflugkontrolldienste für die Dauer von 20 Jahren, jedoch spätestens bis zum 1. Juli 2026, und die Wahrnehmung der Flugplatzkontrolldienste für die Dauer von 16 Jahren, jedoch spätestens bis zum 1. Juli 2022, allein durch die DFS erfolgt. Die Sicherung der Monopolstellung rechtfertigt die Bundesregierung damit, dass die Neuordnung der Flugsicherung für die DFS nicht absehbar gewesen sei.⁹⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kapitalprivatisierung durchaus absehbar war, zumal allein der Prozess der Beschlussfassung des FSG über zwei Jahre gedauert hat und daher die Übergangsregelung als unangemessen lang erscheint. Das Ziel, mehr Wettbewerb um Flugsicherungsdienste zu schaffen, wird dadurch langfristig verhindert.¹⁰⁰

4.5 Die Umsetzung der Privatisierung

88. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint prinzipiell eine Klublösung mit einer heterogenen Eigentümerstruktur für die zu privatisierende DFS vorteilhaft. Alle Aufgaben der Flugsicherung werden dabei von einem oder mehreren Unternehmen wahrgenommen, die von den Nutzern, also vor allem Fluggesellschaften und Flughäfen, kontrolliert werden. Bei dieser Lösung findet eine interne Kontrolle durch die Eigentümer statt. Dies entspricht hinsichtlich der Neutralität der Flugsicherung dem Modell der bisherigen DFS, mit dem Unterschied, dass es mit der heterogenen Eigentümerstruktur zu einem zweckmäßigen Interessenausgleich im Sinne der Sicherheit und der Effizienz kommt.¹⁰¹ Aufgrund der obligatorischen Trennung operativer und regulativer Aufgaben durch das FSG bzw. der SES-Verordnungen und der damit verbundenen Bildung des BAF sowie der gesetzlich festgeschriebenen Beteiligung des Bundes von mindestens 25,1 Prozent ist eine solche Klublösung aber nur eingeschränkt durchführbar.

89. Weiterhin ergeben sich gerade durch die Schaffung und Besetzung sowie den erweiterten Aufgabenbereich des BAF und die nicht absehbare Entwicklung der Flugsicherung auf europäischer Ebene Probleme und Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung.¹⁰² Hinsichtlich des

⁹⁵ Eine operative Rücklagenbildung zur Absicherung gegenüber wirtschaftlichen Krisenzeiten ist nicht möglich. Dagegen konnten Kapitalrücklagen aus der Eigenkapitalverzinsung in begrenztem Umfang gebildet werden.

⁹⁶ Zum Begriff der Anreizregulierung vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 782 ff.; dies., Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 1171.

⁹⁷ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Begründung zu § 4 Abs. 3 FSG, S. 24.

⁹⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, Begründung zu § 4 Abs. 3 FSG, S. 24.

⁹⁹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, § 16 Abs. 3 FSG i. V. m. der Begründung zu § 16 FSG, S. 28 f. Die Bestandsschutzgarantie steht allerdings unter dem Vorbehalt von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 551/2004, der die Möglichkeit zur Bildung funktionaler Lufttraumblöcke und den Abschluss völkerrechtlicher Verträge vorsieht.

¹⁰⁰ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 1.

¹⁰¹ Zur bisherigen Personalstruktur der DFS vgl. Tz. 82.

¹⁰² Vergleiche Tz. 82.

politisch gewollten Zeitplans der Privatisierung ist es fraglich, ob eine verzögerungsfreie und komplikationslose Aufnahme der Tätigkeiten gewährleistet werden kann, da für die Umsetzung des Privatisierungsvorhabens umfangreiche Vorarbeiten erforderlich sind. Das BAF kann gemäß Artikel 13 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung frühestens zum 1. Juli 2006 seine Tätigkeit aufnehmen, bevor im Übrigen das Gesetz zum 1. Januar 2007 in Kraft tritt.¹⁰³ Das BAF muss neu geschaffen und besetzt werden, es muss die Beleihung Dritter mit ATM-Diensten durchführen und die DFS zertifizieren, eine zielgerechte Anreizregulierung entwerfen und letztlich einen diskriminierungsfreien Zugang zur ATM-Technik für andere ATM-Dienstleister, z. B. an Regionalflughäfen, durchsetzen. Eine ausreichende Vorbereitung der Nutzer der Flugsicherung auf das neue System erscheint vor dem gewählten Zeitplan ebenfalls kaum möglich. Es besteht die Gefahr, dass es zu Komplikationen zwischen allen beteiligten Akteuren kommt, mit der Folge, dass eine vorübergehende Gefährdung der Luftsicherheit nicht ausgeschlossen werden kann.

90. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass nur eine heterogene Eigentümerstruktur und eine mehrheitliche Beteiligung des Bundes dem Stellenwert der Flugsicherung als einer im öffentlichen Interesse liegenden Dienstleistung hinreichend Rechnung trägt.¹⁰⁴ Nach Ansicht der Monopolkommission ist eine heterogene Eigentümerstruktur der DFS, bestehend aus Bund, Luftverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreibern, ausländischen Flugsicherern und branchenfremden Investoren bei einer vertikal integrierten Lösung notwendig, um eine zukünftig weiterhin sichere und effizient organisierte Flugsicherung zu gewährleisten. Ein Alleinbetreibermodell ist abzulehnen, da es zu einer einseitigen Interessenlage kommt, die besonders dann kritisch gesehen werden muss, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das in der Wertschöpfungskette des Luftverkehrssystems eine marktbedeutende Stellung einnimmt. Hier besteht die Gefahr, dass keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen und Wettbewerber auf anderen Märkten missbräuchlich behindert werden. Die dominierende Position eines Unternehmens ist demnach auch bei einer Mehrbetreiberlösung unbedingt zu vermeiden.

91. Eine Lösung könnte demnach so aussehen, dass der Bund zunächst Mehrheitseigner der DFS mit 50,1 Prozent der Anteile bleibt und so über eine hinreichende Einwirkungsmöglichkeit verfügt und diese auch im operativen Geschäft wahrnimmt. Weiterhin könnte der verbleibende Restanteil zu gleichen Anteilen an die verschiedenen Akteursgruppen des Flugverkehrssystems veräußert werden. So sollten die Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und andere ausländische Flugsicherer sowie die Mitarbeiter der DFS die Chance haben, sich an der DFS zu beteiligen und ihre Wertschöpfungskette zu optimie-

ren. Durch die Abwägung gegenseitiger Interessen aller Beteiligten kann sichergestellt werden, dass es bei einer Konsortiumslösung zu einer hinreichenden Sicherheitsgewährleistung, zu einem effizienten Einsatz von Ressourcen und zu ausgeprägten Innovationsbemühungen in allen Leistungsbereichen bei unveränderter wettbewerblicher Neutralität der Flugsicherung kommt. In einer zweiten Stufe sollte dann nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode und den ersten Erfahrungen die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin überprüft werden. Bei einer erfolgreichen Etablierung des BAF im Zuge einer effektiven Anreizregulierung und der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur ATM-Infrastruktur kann die Beteiligung des Bundes auf das gesetzlich festgeschriebene Mindestmaß von 25,1 Prozent reduziert werden. Die zu veräußernde Beteiligung wird dann in das neue Beleihungsverfahren eingebracht. Im Zuge der zweiten Stufe könnten dann auch sonstige private Investoren über den Kapitalmarkt mit maximal 25,0 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt werden. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieses zweistufige Verfahren hinsichtlich der Bedeutung der Flugsicherung für die innere und äußere Sicherheit notwendig und auch angemessen.

92. Die Überführung eines bisher sicheren, staatlichen Monopols in ein zukünftig unsicheres, privates Monopol darf nicht das Ergebnis der Privatisierung sein. Aufgrund ökonomischer, technischer und politischer Rahmenbedingungen fällt dem Staat die Aufgabe zu, die Voraussetzungen für einen sicheren und effizienten Flugverkehr zu schaffen. Die Monopolkommission ist der Meinung, dass dies nur gelingen kann, wenn der Bund (zunächst) mehrheitlich an einer materiell teilprivatisierten DFS beteiligt ist und der Restanteil sich gleichmäßig auf die Nutzer des Luftverkehrssystems verteilt. Im Rahmen der Beleihung ist dabei sicherzustellen, dass die Eigentümer einer privatisierten DFS ihre Anteile nur an Akteure innerhalb derjenigen Nutzergruppe weiterveräußern dürfen, der sie selber zugehören. Ansonsten kann es durch den Eigentümerwechsel zu einer Verschiebung der Interessenlage kommen.

93. Das Beispiel Großbritannien zeigt, wenn auch nach Anlaufschwierigkeiten, dass die Verantwortlichkeit für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten auf eine heterogen zusammengesetzte Nutzergruppe des Flugverkehrssystems übertragen werden kann. So konnte die Sicherheit gesteigert, die Verspätungsquote maßgeblich verringert und der Gebührensatz gesenkt werden. In Großbritannien wurde die Flugsicherung zum 1. Juni 2001 materiell teilprivatisiert, wobei der britische Staat mit einem Anteil von 49 Prozent an der National Air Traffic Services Ltd. (NATS) beteiligt ist. Des Weiteren sind die Mitarbeiter der NATS mit 5 Prozent beteiligt, so dass im „Ernstfall“ davon ausgegangen werden kann, dass der Staat über ein wirkungsvolles Eingriffsrecht im Sinne einer Mehrheitsbeteiligung verfügt. Die restliche Beteiligung an der NATS ist über verschiedene Akteursgruppen hinweg breit gestreut. So sind sieben Luftverkehrsgesellschaften (British Airways, bmi British Midland, Virgin Atlantic, Britannia, Monarch, easyJet und

¹⁰³ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240 und Bundestagsdrucksache 16/1161, Artikel 13 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung.

¹⁰⁴ Vergleiche insbesondere Tz. 75.

Eigentümerstruktur einer materiell teilprivatisierten DFS

Status quo	
100 % Anteil	Bund
Stufe 1	
Erstbeleihung zum 1. Januar 2007	
50,1 % Anteil	Bund
49,9 % Anteil	Nutzer von Flugsicherungsleistungen: mehrere Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und ausländische Flugsicherer
Stufe 2	
Prüfung der Bundesbeteiligung nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode: bei erfolgreicher Etablierung des BAF und effektiver Anreizregulierung Absenkung der Beteiligung auf das gesetzliche Mindestmaß von 25,1 %	
25,1 % Anteil	Bund
49,9 % Anteil	Nutzer von Flugsicherungsleistungen: mehrere Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und ausländische Flugsicherer
25,0 % Anteil	Private Investoren

Airtours) mit zusammen 42 Prozent und die private Flughafengesellschaft British Airport Authority plc (BAA) mit 4 Prozent beteiligt. Überwacht wird die NATS von der Civil Aviation Authority (CAA).¹⁰⁵

94. Dass auch die angesprochenen potentiellen Investoren ein großes Interesse an einer effizienten Organisation der Flugsicherung, insbesondere im Zusammenspiel mit den anderen Wertschöpfungselementen des Luftverkehrsystems, haben, zeigt sowohl die 2003 gegründete Initiative „Luftverkehr für Deutschland“ der Deutschen Flugsicherung GmbH, der Flughafen München GmbH, der Fraport AG und der Deutschen Lufthansa AG als auch das rege Interesse zahlreicher Flugverkehrsgesellschaften und Tourismusunternehmen an einer Konsortiumslösung, d. h. an einer heterogenen Inhaberstruktur der DFS.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Vergleiche zur Privatisierung der britischen Flugsicherung die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 14. Mai 2001, COMP/M.2315 – The Airline Group/NATS.

¹⁰⁶ Ziel der Initiative ist die Erarbeitung von Perspektiven des deutschen Luftverkehrs und seiner Beteiligten im Kontext eines globalen Wettbewerbs. Die Handlungsempfehlungen sehen unter anderem eine bedarfsgerechte Weiterentwicklung der Luftverkehrsinfrastruktur am Boden und in der Luft, die Integration der Flughäfen in die Verkehrsplanung des Bundes und Maßnahmen zur Stärkung der deutschen Flugsicherung vor. Vgl. Initiative Luftverkehr für Deutschland, Perspektiven des Deutschen Luftverkehrs: Ein Programm für Wachstum, Wohlstand und Arbeitsplätze, Juni 2005. Interessierte Flugverkehrsgesellschaften und Tourismusunternehmen sind unter anderem Air Berlin, dba, Hapag-Fly und LTU. Aber auch die Schweizer Flugsicherung skyguide ist an einer Beteiligung interessiert.

95. Wird im Rahmen der Beleihung privater Unternehmen mit Aufgaben der Flugsicherung eine Konsortiumslösung gewählt, so muss sich das BAF neben der anreizorientierten Regulierung der Gebührensätze auf die Einhaltung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie auf die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Ebene der ATM-Technik konzentrieren.¹⁰⁷ Diejenigen Akteure, die nach der Privatisierung nicht an der DFS beteiligt sind, aber im Bereich der ATM-Dienste z. B. an einzelnen Regionalflughäfen tätig sein wollen, müssen die Leistungen der CNS- und ATM-Infrastruktur der DFS zu angemessenen Konditionen erhalten. Der diskriminierungsfreie Zugang wird weiter an Bedeutung gewinnen, wenn im Zuge der Vereinheitlichung des europäischen Luftraums eine Neubildung der funktionalen Luftraumblöcke vorgenommen wird, die dann über die nationalen Grenzen hinwegreichen können.

96. Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Kontrolle der Gebührensätze durch das BAF. Die von der Flugsicherung erhobenen Gebühren stellen einen Wettbewerbsparameter für die Luftverkehrsgesellschaften dar, genau dann, wenn einige der Flugverkehrsgesellschaften an der

¹⁰⁷ Eine rechtliche Trennung der Infrastruktur von der Dienstleistungsebene erscheint vor dem damit verbundenen Regulierungsaufwand, dem in § 16 FSG festgelegten Bestandsschutz der DFS im Bereich der Bezirks-, Anflug- und Flugplatzkontrolldienste und der erst zukünftig zu erwartenden Umorganisation der europäischen Luftraumstruktur nicht erstrebenswert. Weiterhin bezieht die DFS bereits Teile der Infrastrukturtechnik von externen Anbietern. Vgl. Tz. 84.

DFS beteiligt sind. Hier besteht die Gefahr der Privilegierung unternehmensinterner Akteure, die die Höhe der Kosten und damit die Höhe der Gebührensätze direkt beeinflussen können. Mit einer heterogenen Eigentümerstruktur der DFS und einer entsprechenden Anreizregulierung sowie einer effektiven Kontrolle der Gebührensätze durch das BAF sollten sich diese möglichen Wettbewerbsverzerrungen durch die neuen Eigentümer der DFS aber vermeiden lassen.

97. Zur Bewirtschaftung des deutschen Luftraums kommen vor allem zwei Vergabevarianten in Frage: zum einen die direkte Beauftragung von privaten Unternehmen durch den Bund und zum anderen die Ausschreibung von Leistungen für einen bestimmten Zeitraum. Die Bundesregierung hat sich mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Flugsicherung für eine direkte Beauftragung entschieden. In seiner Stellungnahme zum Entwurf weist der Bundesrat darauf hin, dass der Wettbewerb eventuell durch eine der Beleihung vorausgehende Ausschreibung gestärkt werden könnte.¹⁰⁸ So ist mit der Ausschreibung ein Wettbewerb um den Markt möglich, bei dem dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhält, das das ökonomisch beste Leistungsversprechen abgibt und daher aus Effizienzgründen favorisiert werden sollte. Die Bundesregierung äußert sich in ihrer Stellungnahme dahingehend, dass sie eine Ausschreibung von Flugsicherungsleistungen für nicht sachgerecht halte, da sie bisher dem europäischen Flugsicherungsumfeld fremd sei.¹⁰⁹ Es wird befürchtet, dass es zu einer einseitigen Marktöffnung in der Europäischen Union zum Nachteil der deutschen Flugsicherungsorganisation kommen könne, wenn eine Ausschreibung von Flugsicherungsdiensten nur in der Bundesrepublik Deutschland eingeführt werde. Die direkte Beauftragung sieht die Monopolkommission kritisch, da vielleicht effizienter wirtschaftende (ausländische) Unternehmen nicht bei der Beleihung berücksichtigt werden, so dass hier die Gefahr einer unangemessenen Bevorzugung „nationaler Champions“ besteht und bestehende Verträge immer weiter fortgeschrieben werden.¹¹⁰ Sollte dennoch diese Form der Vergabe gewählt werden, so ist es unumgänglich, klare und transparente Leistungskriterien für eine direkte Beauftragung zu definieren. Ein erster Schritt in Richtung Ausschreibung wäre damit getan.

4.6 Abschließende Bemerkungen

98. Nach Ansicht der Monopolkommission bedarf es für die sachgerechte Kapitalprivatisierung der DFS der Erfüllung einer Reihe wirtschaftlicher, institutioneller und politischer Rahmenbedingungen. Aus ökonomischer Sicht kann die Versorgung mit Flugsicherungsleistungen durch eine kapitalprivatisierte DFS erfolgen. Neben den rechtlichen Voraussetzungen einer Privatisierung, die sich aus dem neuen Flugsicherungsgesetz und dem Grundge-

setz ableiten lassen, ist dabei sicherzustellen, dass die derzeitigen und zukünftigen internationalen Abkommen im Bereich der Flugsicherung auch durch die neuen, privaten Inhaber zielführend umgesetzt werden.

99. Zur Umsetzung der Privatisierung ist zu sagen, dass eine zukünftige heterogene Eigentümerstruktur der DFS aus institutionellen und infrastrukturpolitischen Gründen den größten Nutzen für alle Beteiligten generiert und die Ziele der Privatisierung damit bestmöglich erfüllt werden können. Neben dem Bund kommen vor allem Unternehmen aus dem Luftfahrtsektor, wie Luftverkehrsgesellschaften, Tourismusunternehmen, Flughafensbetreiber, (ausländische) Flugsicherungsdienstleistungs-Anbieter, die alle auf Flugsicherungsleistungen angewiesen sind, aber später auch branchenfremde Investoren in Frage. Im Zuge des Interessenaustausches sollte es so zu einer effizienten, serviceorientierten und zukunftssicheren Erbringung von Flugsicherungsleistungen kommen. Aus Effizienzgründen sollte bei der Beleihung die Vergabeform der Ausschreibung gegenüber der direkten Beauftragung bevorzugt werden.

100. Mit der obligatorischen Trennung regulativer und operativer Aufgaben der Flugsicherung muss das neu geschaffene BAF die vordringliche Aufgabe haben, hinreichende Standards zur Daten- und Leistungsqualität für die Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit zu definieren. Weiterhin muss für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Flugsicherung ein diskriminierungsfreier Zugang für neue Anbieter auf der Ebene der ATM-Dienste sichergestellt werden. Aber auch die Integration ziviler und militärischer Flugsicherungsleistungen muss bei der Leistungserbringung durch private Unternehmen weiter vorangetrieben werden.

101. Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass bei der Erbringung von Flugsicherungsdiensten durch Angestellte eine Streikgefahr besteht. Hierbei ist zu beachten, dass ein Streik der Fluglotsen im zivilen Flugverkehr eben nicht einem Pilotenstreik bei den Flugverkehrsgesellschaften gleichkommt. Wird eine Flugverkehrsgesellschaft durch ihre Angestellten bestreikt, so haben die Passagiere immer noch die Möglichkeit andere Flugverkehrsgesellschaften in Anspruch zu nehmen. Streiken dagegen die Fluglotsen, so kommt es zu einer vollständigen Lahmlegung des Flugverkehrs im kontrollierten Luftraum und somit zu einer erheblichen Schwächung der inneren und äußeren Sicherheit sowie zu einer erheblichen Beeinträchtigung aller ausländischen Nutzer des deutschen Luftraums. Vor dem Hintergrund der beschlossenen Durchführung der Privatisierung muss ein Konzept entwickelt werden, dass diese Gefahr ausschließt. Weiterhin muss die Erbringung militärischer Dienste zur Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit in Krisenzeiten jederzeit möglich sein.¹¹¹ Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die positiven Erfahrungen der letzten Jahre, die mit der rechtlich-formellen Privatisierung der Bundesanstalt für Flugsicherung (und der damit verbun-

¹⁰⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Anlage 2, S. 36, re. Sp.

¹⁰⁹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Anlage 3, S. 39, re. Sp.

¹¹⁰ Zum Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., S. 75 ff.

¹¹¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 48.

denen „erfolgreichen“ zivil-militärischen Integration der Flugsicherung) gemacht wurden, aus den eben genannten Gründen nicht uneingeschränkt als Signal gegen ernsthafte Sicherheitsbedenken zu verstehen sind.

102. Gleichwohl muss den privaten Akteuren eine ausreichende Planungssicherheit garantiert und Handlungsflexibilität ermöglicht werden, so dass eine kontinuierliche Investition in Qualitäts- und Sicherheitsstandards eine aus Sicht der Eigentümer lohnenswerte Strategie darstellt. Die Regulierung der Gebührensätze für die Erbringung von Flugsicherungsleistungen in der Strecke sowie im An- und Abflug ist hinsichtlich ihrer Höhe und Dauer nach den Kriterien der Anreizwirkung für die privaten Inhaber und der gesamtwirtschaftlichen Effizienz zu überprüfen und entsprechend zu gestalten.

103. Können die oben genannten Anforderungen an eine sichere und effiziente Flugsicherung durch eine materiell teilprivatisierte DFS erfüllt werden, so ist die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin zu überprüfen und gegebenenfalls auf das gesetzlich festgelegte Mindestmaß von 25,1 Prozent zu reduzieren.

5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht

104. Im August 2005 meldeten die ProSiebenSAT.1-Gruppe sowie die Axel Springer AG ein Zusammenschlussvorhaben an, durch das die Axel Springer AG im Ergebnis das stimmberechtigte Stammkapital an der ProSiebenSat.1 AG zu 100 Prozent und das stimmrechtslose Vorzugskapital zu 24,9 Prozent erworben hätte. Dieses Vorhaben wurde gemäß § 39 GWB bei dem Bundeskartellamt angemeldet,¹¹² außerdem auch gemäß § 29 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) der zuständigen Landesmedienanstalt, die dann die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) mit der Angelegenheit befasst hat. Die KEK hat die Monopolkommission um eine Stellungnahme zur Auslegung und Anwendung von § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gebeten.

105. Die KEK stand vor der Frage, wie die in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV vorgesehene Gesamtbeurteilung des Meinungseinflusses eines Unternehmens vorzunehmen ist. Fraglich war insbesondere, ob und wie die Einflüsse, die ein Unternehmen in Medien verschiedener Sparten ausüben kann, kommensurabel sind oder gemacht werden können. Dazu lag der KEK ein Gutachten von Prof. Dr. Uwe Hasebrink, Hamburg, vor. In dem Gutachten werden verschiedene Medien – Fernsehen, Radio, Tageszeitungen, Sonntags- und Wochenzeitungen, Zeitschriften, Anzeigenblätter, Programmzeitschriften etc. – im Hinblick auf einige Teilaspekte des potentiellen Meinungseinflusses verglichen. So werden jeweils die Reichweite, die Nutzungsdauer, die Bedeutung für aktuelle Informationen, die Einbettung in die Alltagskultur und die Kundenbindung quantifiziert und so miteinander

vergleichbar gemacht. Der Verfasser gelangt zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Reichweite des Fernsehens, gemessen in einem Zuschaueranteil, für die Frage des Meinungseinflusses einem Höreranteil eines Rundfunkprogramms bzw. der Reichweite einer Tageszeitung entspreche, der bzw. die doppelt so hoch sei wie der Zuschaueranteil des Fernsehprogramms. Die Festlegung der Schwellenwerte sei zwar nicht allein wissenschaftlich herleitbar, sie sei letztlich eine politisch zu diskutierende und zu entscheidende Frage. Andererseits hält der Verfasser eine sinngemäße Übertragung des Zuschaueranteilsmodells des § 26 RStV doch wie dargelegt für möglich. Hierzu hat sich die Monopolkommission wie folgt geäußert.

5.1 Rechtlicher Rahmen

106. Die Konzentrationskontrolle im Medienbereich dient sowohl dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs als auch der Gewährleistung einer ausgewogenen Meinungsvielfalt. Für die Kontrolle der wirtschaftlichen Konzentrationsprozesse liegt die Zuständigkeit beim Bund bzw. – in Bezug auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung – bei der Europäischen Gemeinschaft. Anzuwenden sind die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der europäischen Fusionskontrollverordnung 139/2004. Die Sicherung der Meinungsvielfalt obliegt dagegen nach der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes den Ländern. Hier sind die Vorgaben der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle aus dem Rundfunkstaatsvertrag und den Landesmediengesetzen zu beachten. Sie zu gewährleisten ist Aufgabe der KEK und der Landesmedienanstalten bzw. der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM).

107. Die Vorschriften der §§ 25 ff. RStV dienen der Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. Um vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen verhindern zu können, sieht das Medienrecht in § 26 RStV die Limitierung des Meinungseinflusses einzelner Unternehmen durch eine Begrenzung der erreichten Zuschaueranteile vor. Die Einzelheiten dieses Zuschaueranteilsmodells sind in § 27 RStV geregelt.

Im Grundsatz darf ein Unternehmen selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen „eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht ...“ (§ 26 Abs. 1 RStV). Vorherrschende Meinungsmacht wird gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV „vermutet“, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen. Diese Vermutung ist nach allgemeiner Auffassung widerleglich. Erreicht das Unternehmen mit seinen Fernsehprogrammen nur einen Zuschaueranteil von 25 Prozent, so besteht die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht gleichwohl, sofern

(1) es „auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat“ oder

¹¹² Zur Diskussion der Entscheidung des Bundeskartellamtes vgl. Kapitel IV, Abschnitt 2.4.2.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.