

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Armin Jungbluth – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – Dir. b. BKartA Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ingo Brinker, München

NZKart

7 2015

Seiten 289–328

3. Jahrgang

10. Juli 2015

Editorial

Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud und Prof. Dr. Ulrich Schwalbe*

Ministererlaubnis im Fall EDEKA/Tengelmann?

¹Die geplante Übernahme der Lebensmittelkette Kaiser's Tengelmann durch EDEKA wurde vom Kartellamt untersucht, da mit erheblichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Lebensmittelsektor sowohl auf den Absatz als auch auf den Beschaffungsmärkten zu rechnen ist. Insbesondere in den Ballungsgebieten wie Nordrhein-Westfalen, München und Oberbayern sowie Berlin würde ein Zusammenschluss der beiden Ketten zu einer erheblichen Beschränkung der Wahlmöglichkeiten der Konsumenten führen. Auch das Angebot des Kartellamtes, die Fusion unter der Auflage freizugeben, nur ca. 170 der 451 Tengelmann-Filialen zu übernehmen, wurde von EDEKA nicht akzeptiert. Daraufhin haben die Unternehmen Gebrauch von einem deutschen Sonderweg in der Fusionskontrolle gemacht und einen Antrag auf Ministererlaubnis gestellt. Die Ministererlaubnis geht letztlich auf das im GWB von 1958 in § 8 geregelte „Ministerkartell“ zurück, erhielt seine heutige Form allerdings letztlich erst durch die Einführung der Fusionskontrolle mit der 2. GWB Novelle im Jahr 1973. Genauso wie die verzögerte Einführung der Fusionskontrolle ins deutsche Wettbewerbsrecht ist damit auch die Ministererlaubnis als Teil eines in der Entstehung des GWB vor allem auf Druck des BDI und DIHT geschmiedeten Kompromisspakets des Gesetzgebers zu verstehen. Letztlich wurde die Ministererlaubnis in ihrer Form von 1973 deshalb eingeführt, um den nach wie vor zahlreichen Kritikern einer Fusionskontrolle den Wind aus den Segeln zu nehmen.

Seither ist die Freigabe eines Zusammenschlusses durch Ministererlaubnis möglich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen oder durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt wird. In der Vergangenheit wurde bisher in 21 Fällen eine Ministererlaubnis beantragt. In 6 Fällen wurde die Erlaubnis verweigert, in 7 Fällen wurde der Antrag wegen Aussichtslosigkeit zurückgezogen, und lediglich in 8 Fällen wurde bislang die Erlaubnis, zum Teil mit erheblichen Auflagen, erteilt. Die Monopolkommission, die im Vorlauf zur 2. GWB Novelle auch als erlaubnisgebende Instanz anstatt des Wirtschaftsministers in der Diskussion war, gibt im Verfahren ein umfangreiches Votum ab, von dem der Minister

erst in vier Fällen abgewichen ist. Die Untersuchung im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens beschränkt sich auf die außerwettbewerblichen Aspekte des Zusammenschlusses. Wettbewerbliche Aspekte sind hierbei nicht mehr zu beachten, denn hierüber hat bereits das Kartellamt befunden. So wurden in den verschiedenen Ministererlaubnisverfahren Argumente wie Versorgungssicherheit, Sicherung des technologischen Know-hows oder die Erhöhung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit vorgebracht. Im spektakulären E.ON-Ruhrgas-Verfahren, in dem entgegen dem Votum der Monopolkommission die Erlaubnis erteilt wurde, wurde vor allem die Versorgungssicherheit mit Erdgas als überragendes Interesse der Allgemeinheit angeführt.

Im vorliegenden Fall dürfte es für EDEKA und Kaiser's Tengelmann allerdings schwerhalten, gesamtwirtschaftliche Vorteile oder gar ein überragendes Interesse der Allgemeinheit überzeugend zu begründen. Das Gemeinwohlziel der sicheren Lebensmittelversorgung der Bevölkerung ist auch ohne den Zusammenschluss von EDEKA mit Kaiser's Tengelmann ungefährdet. Ähnlich verhält es sich mit dem ohnedies fragwürdigen Argument der internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Auch Vorteile auf anderen, benachbarten Märkten sind nicht erkennbar und wären dann auch bei der wettbewerblichen Beurteilung durch das Kartellamt berücksichtigt worden. Ebenso wenig kann das Argument, durch die Fusion könnten dem Staat zusätzliche Steuereinnahmen verschafft werden, als Begründung für eine Ministererlaubnis herhalten – es erinnert eher an einen Ablasshandel: Wettbewerbsbeschränkungen können hingenommen werden, wenn die Unternehmen dafür in Form zusätzlicher Steuern zahlen. Bleiben noch die Arbeitsplätze, die durch den Zusammenschluss angeblich gesichert werden sollen. Aber auch dieses Argument fällt bei näherer Betrachtung schnell in sich zusammen. Erstens ist die Alternative, wie bisweilen dargestellt, ja nicht „Fusion oder Verlust von 16000 Arbeitsplätzen“, denn bereits im Vorfeld hat sich eine ganze Reihe von Unternehmen wie DM, Rewe und Kaufland interessiert

¹ Disclaimer: Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens vor dem Bundeskartellamt haben die Autoren für Rewe gearbeitet.

gezeigt, Tengelmann-Filialen zu übernehmen und die bestehenden Arbeitsverhältnisse fortzuführen. Weiterhin ist auch damit zu rechnen, dass – gerade bei einer Freigabe der Fusion wie beantragt – EDEKA eine Reihe von Tengelmann-Filialen schließen wird, insbesondere in der Nähe bereits bestehender EDEKA Standorte.

Auch die wirtschaftswissenschaftliche Literatur hat immer wieder deutlich gemacht, dass die Erhaltung von Arbeitsplätzen – ein fraglos wichtiges sozialpolitisches Ziel – nicht als Begründung für die Freigabe einer wettbewerbswidrigen Fusion herhalten kann. Hierzu gibt es andere, überlegene arbeitsmarkt- oder sozialpolitische Instrumente, um mit einem solchen Problem umzugehen, das sich im vorliegenden Fall jedoch gar nicht stellen dürfte. Daher hatten bislang in den Voten der Monopolkommission und in den Entscheidungen des Ministers die Sicherung und der Erhalt von Arbeitsplätzen nur ein geringes Gewicht.

Dies macht deutlich, dass auch das Argument einer Sanierungsfusion bzw. die „failing firm defense“ gegenüber dem Kartellamt im vorliegenden Fall nicht erfolgreich gewesen sein dürfte, denn auch in diesem Kontext wäre eine Übernahme durch einen oder mehrere kleinere Wettbewerber aus wettbewerbslicher Sicht gegenüber einem Zusammenschluss mit dem größten Unternehmen auf den besonders problematischen Regionalmärkten vorzugswürdig gewesen. Dadurch hätte sich die bereits bestehende Asymmetrie zwischen EDEKA und den Konkurrenten noch weiter erhöht und EDEKA's Position als Marktführer, insbesondere in einer Reihe von Ballungsgebieten, wäre ausgebaut worden. Eine solche zunehmende Asymmetrie zwischen EDEKA und seinen unmittelbaren Wettbewerbern hätte – bei Berücksichtigung der zunehmenden Marktmacht sowohl auf Beschaf-

fungs- als auch Absatzmärkten – mittel- und langfristig zu Verdrängungseffekten geführt und den bislang gut funktionierenden Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel gefährdet. Die überlegene Alternative zu einer Übernahme von Kaiser's Tengelmann durch EDEKA ist hier in der Tat – wie vom Kartellamt intendiert – die Aufteilung des Filialnetzes von Kaiser's Tengelmann auf mehrere unabhängige Wettbewerber. Dies reduziert die Asymmetrie zwischen dem Marktführer Edeka und den Wettbewerbern und trägt zur Sicherung des Wettbewerbs bei.

Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass es sich bei den acht durch Ministererlaubnisverfahren erteilten Genehmigungen nicht immer um Erfolgsgeschichten gehandelt hat: Bei zwei Freigaben (VEBA/Gelsenberg und E.ON Ruhrgas) gab es politische Verquickungen zwischen den jeweiligen Ministern und den betroffenen Unternehmen. Gerade bei den beiden Zusammenschlüssen, bei denen vorrangig mit der Sicherung von Arbeitsplätzen argumentiert wurde, kam es kurz nach der Fusion zu Entlassungen in erheblichem Umfang (Babcock/Artos) oder das Unternehmen ging nur zwei Jahre nach der Fusion in Konkurs (IHB/Wiebau). Auch die Daimler-MBB Fusion, durch die ein international konkurrenzfähiges Technologieunternehmen geschaffen werden sollte, hat die Erwartungen in wesentlichen Punkten nicht erfüllt und muss als gescheitert betrachtet werden. Dies zeigt, dass die Prognosen, die bei der Erteilung einer Ministererlaubnis zugrunde gelegt wurden, sich häufig als falsch herausgestellt haben. Die Erfahrung lehrt daher, dass eine Ministererlaubnis nur mit allergrößter Vorsicht erteilt werden sollte, insbesondere dann, wenn wie im vorliegenden Fall, keine auch nur ansatzweise überzeugenden Argumente dafür vorgebracht werden können. ■

Aufsätze

Dr. Thomas Weck, Bonn*

Fusionskontrolle in der digitalen Welt

Die Fusionskontrolle geht von einem einheitlichen Prüfungsansatz aus, der bei Zusammenschlüssen von Unternehmen, die sog. Plattformdienste anbieten, an seine Grenzen gerät. Insbesondere die Prüfung von Markttätigkeiten ohne unmittelbare monetäre Gegenleistung bereitet seit jeher Schwierigkeiten. Die Monopolkommission hat in ihrem kürzlich veröffentlichten Sondergutachten Nr. 68 die Plattformdienste in der digitalen Ökonomie untersucht und auf dieser Basis Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Fusionskontrolle gemacht. Die mit Blick auf die Fusionskontrolle wesentlichen Erkenntnisse aus den verschiedenen Teilen des Gutachtens werden hier zusammengefasst.

I. Einleitung

Die Fusionskontrolle dient der Verhinderung erheblicher Wettbewerbsbehinderungen durch externes Wachstum. Da-

bei werden Transaktionen herkömmlich vor allem mit Blick auf ihre Auswirkungen auf solchen Märkten überprüft, auf denen Produkte unmittelbar gegen eine monetäre Gegenleistung gehandelt werden. Deshalb bereitet es Probleme, wenn ein Geschäftsmodell auf den Aufbau eines durch Dritte finanzierten Produktangebots ausgerichtet ist.

Die Lösung des Problems war in der deutschen gerichtlichen und behördlichen Entscheidungspraxis lange einfach: Leistungen eines Unternehmens, die nicht unmittelbar gegen eine monetäre Gegenleistung erbracht werden, wurden bei der Marktabgrenzung nicht und auch bei der Prüfung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses lediglich inso-

* Dr. Thomas Weck, LL. M., ist Senior Legal Analyst bei der Monopolkommission in Bonn. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder, die nicht notwendigerweise mit der der Monopolkommission übereinstimmt.