

Betriebs Berater



32 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

8.8.2016 | 71. Jg.
Seiten 1857–1920

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit

Rettet die Ministererlaubnis (und die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts)!

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Rechtliche Grenzen der Ministererlaubnis am Fusionsfall EDEKA/KT | 1859

Dr. Harald Kahlenberg, RA, und **Dr. Lena Heim**, RAin

Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle: Mehr Effizienz für die private und behördliche Rechtsdurchsetzung | 1863

STEUERRECHT

Dr. Manfred Reich, RA/FAErbR/StB

Unternehmenserbschaftsteuerreform – Das BVerfG erhöht den Druck auf den Gesetzgeber | 1879

Prof. Dr. Heiner Richter, StB

Grenz- und Differenzsteuersätze der Ertragsteuern 2016 | 1884

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Christian Zwirner, WP/StB, und **Gregor Zimny**, M.Sc.

E-Business: #Neuland für die Unternehmensbewertung | 1899

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und **Christian Andorfer**, RA

Neue Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag? | 1909

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille), ist seit 1.4.2011 Inhaber des Lehrstuhls für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehört das Kartellrecht. Er ist Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Kartellrecht und kommentiert Art. 102 AEUV im Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht.



Rettet die Ministererlaubnis (und die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts)!

Gerichtsentscheidungen in Kartellsachen taugen nur selten zum Aufmacher der Tagesschau. Der Beschluss des 1. Kartellsenats des OLG Düsseldorf vom 12.7.2016 (VI – Kart 3/16 [V], BB 2016, 1741 m. BB-Komm. *Horstkotte/Weichbrodt*; ausführlich zu der Entscheidung auch *Säcker*, BB 2016, 1859 [in diesem Heft]) ist so ein historischer Moment. Ein Höhepunkt deutscher Kartellrechtsgeschichte ist es nicht. Der Senat hat die vom Bundeswirtschaftsminister erteilte Erlaubnis des Zusammenschlussvorhabens Edeka/Kaiser's Tengelmann vorläufig gestoppt.

1. *Übertriebene Anforderungen an die Verfahrensführung.* Die Kritik der Richter an der Ministererlaubnis Edeka/Kaiser's Tengelmann betrifft in erster Linie die Verfahrensführung durch den Minister. Er hat nach Ansicht der Richter die Besorgnis der Befangenheit begründet. Zentral ist der Vorwurf der „Geheimgespräche“ zwischen dem Minister und den beiden Fusionsparteien. Richtigerweise, so der Senat, hätte der Minister die beabsichtigten Nebenbestimmungen in gleicher Weise auch mit den beigeladenen Dritten erörtern müssen.

Der vom Kartellsenat an die Verfahrensführung durch den Minister angelegte Maßstab ist verfehlt. Er orientiert sich an den Kriterien, die an den Richter im Zivilprozess zu stellen sind (s. den einzigen zitierten Präzedenzfall, den Senatsbeschluss vom 21.12.2015 – W (Kart) 8/15 – und den Literaturnachweis *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 42, Rn. 24). Richtig ist: Die Unparteilichkeit des Richters gehört zu den Wesensmerkmalen des Rechtsstaates. Der Zivilrichter hat die Rechte und Interessen von zwei auf gleicher Stufe stehenden Parteien, Kläger und Beklagten, in Ausgleich zu bringen. Die Konstellation der Fusionskontrolle ist eine andere. Hier beantragen zwei fusionswillige Unternehmen die Genehmigung ihres Zusammenschlussvorhabens. Konkurrenten mögen ein wirtschaftliches Interesse an der Verweigerung der Erlaubnis haben. Sie sind aber keine gleichberechtigten Parteien des Verfahrens. Bestenfalls erlangen sie den Status eines „gekorenen Beteiligten“ (*K. Schmidt*). Voraussetzung hierfür ist die antragsgemäße Beiladung durch das Bundeskartellamt bzw. den Bundeswirtschaftsminister. Erst die Beiladung gewährt den Dritten Informations- und Stellungnahmerechte gemäß § 56 GWB und § 29 VwVfG. Ein Anspruch auf Beiladung besteht nicht. Schon dieser formale Umstand zeigt deutlich das Stufenverhältnis zwischen den „geborenen Beteiligten“, den Fusionsparteien, einerseits und den beigeladenen Dritten andererseits.

Auch materiell stehen Antragssteller und dritte Unternehmen nicht auf derselben Stufe. Das gilt selbst, wenn sie ebenfalls am Erwerb des Zielunternehmens interessiert sind. Weder das Bundeskartellamt noch der Bundeswirtschaftsminister treffen eine Auswahl zwischen verschiedenen Bie-

tern für das Zielunternehmen. Beide Kartellbehörden entscheiden allein über das Zusammenschlussvorhaben, dessen Genehmigung oder Erlaubnis gerade beantragt wird. Liegen die Genehmigungs- oder Erlaubnisvoraussetzungen vor, ist sie zu erteilen (§ 42 Abs. 1 S. 1 GWB). Insoweit hat der Gesetzgeber den Kartellbehörden kein Ermessen eingeräumt.

2. *Gefährdung der Ministererlaubnis als solcher.* Unabhängig vom Vorwurf der Besorgnis der Befangenheit gilt: Übertriebene Anforderungen an den Ablauf eines Ministererlaubnisverfahrens stellen die Funktionsfähigkeit des Instruments als solches in Frage. Eine Kartellbehörde kann nicht jedes Gespräch betreffend die Ausgestaltung der den Fusionsparteien aufzuer-

legenden Nebenbestimmungen unter Beteiligung sämtlicher beigeladenen Dritten führen. Insofern gilt für den Bundeswirtschaftsminister nichts anderes als für das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission. Entscheidend ist allein Fol-

gendes: Die Drittbeteiligten müssen sich zu den endgültig vorgesehenen Nebenbestimmungen äußern können (sog. Markttest). Nicht mitwirken müssen sie hingegen an der Ausgestaltung der Nebenbestimmungen im Detail. Alles andere ist realitätsfern.

Hätte der vom OLG Düsseldorf jetzt gesetzte Standard Bestand, wäre die Ministererlaubnis tot. Welcher Minister wollte in Zukunft in derart engem Korsett noch eine Erlaubnis erteilen wollen? Wer würde noch einmal das Risiko eingehen, sich in Düsseldorf in dieser Weise vorzuführen zu lassen?

3. *Konsequenzen für die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts.* Der deutsche Gesetzgeber hat sich bereits 1973 für eine Zweiteilung des Verfahrens der Fusionskontrolle entschieden. Das Bundeskartellamt beschränkt sich bei seiner Prüfung allein auf wettbewerbliche Aspekte. Die Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers berücksichtigt darüber hinaus auch gesamtwirtschaftliche Erwägungen und sonstige Gemeinwohlgründe. Das zweistufige Verfahren erlaubt eine klare Zuordnung der ergangenen Entscheidungen zur jeweils zuständigen Kartellbehörde. Diese Gewaltenteilung zwischen Bundeskartellamt und Bundeswirtschaftsminister hat einen entscheidenden Vorteil: Sie bewahrt das Bundeskartellamt vor politischer Einflussnahme. Das Amt und seine Beschlussabteilungen agieren weitestgehend frei von Weisungen im Einzelfall. Die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts ist eine der Bedingungen für das unvermindert hohe Ansehen der Bonner Behörde. Diese Unabhängigkeit ist in Gefahr, weil die Ministererlaubnis in Gefahr ist. Eine Korrektur der Entscheidung des OLG Düsseldorf ist daher zu wünschen. Die Alternative wäre wenig erfreulich: Fälle (gänzlich) intransparenter Einmischung der Politik in den Aufgabenbereich des dem Wettbewerbsschutz verpflichteten Bundeskartellamts dürften in Zukunft zunehmen.

Übertriebene Transparenzanforderungen stellen die Funktionsfähigkeit der Ministererlaubnis in Frage