

## Editorial

Prof. Dr. Florian Bien, Universität Würzburg

### Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Aspekte in der Fusionskontrolle – Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?

Spätestens alle 15 Jahre ergeht eine in der (fach)öffentlichen Meinung besonders umstrittene Ministererlaubnis: VEBA/Gelsenberg (1974), Thyssen/Hüller-Hille (1977), VEBA/BP (1978), Daimler/MBB (1989), E.ON/Ruhrgas (2002) und zuletzt Edeka/Kaiser's Tengelmann (2016). Im Anschluss werden regelmäßig Forderungen nach einer Reform oder gar der vollständigen Streichung des Instruments Ministererlaubnis laut. DIE GRÜNEN plädieren für ein suspensives Vetorecht des Deutschen Bundestags (BT-Drucks. 18/8078). *Säcker* empfiehlt die Orientierung am europäischen Modell, das keine „vom Wettbewerbsverfahren abgetrennte, durch den Wettbewerbskommissar zu erteilende ‘Ministererlaubnis’ kennt“ (BB 2016, 1859, 1863). *Podszun* plädiert für die Abschaffung *tout court* (NJW 2016, 617 ff.).

1. *Zielkonflikte zwischen dem Wettbewerbsprinzip und sonstigen Gemeinwohlgründen sind die absolute Ausnahme.* Dies ist den Kritikern der Ministererlaubnis zunächst zuzugeben. Die meisten Gemeinwohlziele, die in vergangenen Fusionskontrollverfahren eine Rolle gespielt haben, lassen sich in aller Regel nicht gegen den Wettbewerb, sondern nur unter Berücksichtigung des Wettbewerbsprinzips verwirklichen. Das gilt in besonderem Maße für den Aspekt des Arbeitsplatzerhalts. Unternehmen, die Arbeitsplätze erhalten oder gar schaffen, gedeihen nur auf Märkten, auf denen intensiver Wettbewerb herrscht. Die ex-post-Betrachtung vergangener Erlaubnisentscheidungen hat diese Einsicht immer wieder bestätigt. Sie findet sich auch in den Erfahrungsberichten des Bundeswirtschaftsministeriums (WuW 1986, 788; 1992, 925). Entsprechendes gilt für das Gemeinwohlziel der internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Es ist wenig wahrscheinlich, dass sich ein *national champion* in der Weise züchten lässt, dass man ihn vom rauen Wind des nationalen Wettbewerbs abschirmt. Noch enger hängen Presse- und Wettbewerbsfreiheit zusammen. Publizistische Vielfalt basiert auf dem Wettbewerb der Verlagshäuser. Die Vermachtung der Pressemärkte ist hier in aller Regel kontraproduktiv (ordnungspolitisch verfehlt daher auch § 36 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Auch um die Stabilität der Finanzmärkte muss sich die Politik bei funktionierendem Wettbewerb weniger Sor-

gen machen als wenn wenige „systemrelevante“ Bankhäuser nach entsprechenden Fusionen die Märkte unter sich aufteilen. Bei anderen Gemeinwohlgründen lassen sich Zielkonflikte vielleicht nicht immer ausschließen. Das mag in Ausnahmefällen gelten für Aspekte wie die Versorgungssicherheit, die nationale Sicherheit oder den Erhalt der Universitätsmedizin in Greifswald. Es erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass die zuletzt genannten Gemeinwohlgründe in Ausnahmefällen den Vorrang vor dem Wettbewerbsprinzip beanspruchen.

2. *Außerwettbewerbliche Aspekte lassen sich nicht totschweigen.* Es wäre daher praktisch nahezu wirkungslos, würde man nur bestimmte Gemeinwohlerwägungen als relevant im Sinne der in § 42 GWB eröffneten Abwägung erklären. Selbst unter Geltung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung werden die bekannten Gemeinwohlgründe dennoch von Politik und interessierter Öffentlichkeit geltend gemacht. Die Erwartung an die Wettbewerbsbehörden, insbesondere den Erhalt von Arbeitsplätzen bei der fusionskontrollrechtlichen Entscheidung zu berücksichtigen, wird auch dann geäußert, wenn ihre Berücksichtigung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist. Lehrreich sind insoweit die Erfahrungen sowohl des Bundeskartellamtes als auch der Europäischen Kommission. Erstere schildert eindrucksvoll der amtierende Kartellamtspräsident *Mundt* in seinem Referat auf der Tagung aus Anlass des 40jährigen Bestehens der Monopolkommission (Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Nomos 2015, S. 39 ff.). Obwohl der Wortlaut von § 36 Abs. 1 GWB für die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Erwägungen wenig Spielraum lässt, finden sich auch in der jüngeren Zeit zahlreiche Fälle, in denen Politik oder (lokale) Medien die Berücksichtigung industriepolitischer Zielsetzungen gefordert haben: Sanierungsfusion FR/FAZ (Arbeitsplatzerhalt, 2013), untersagtes Zusammenschlussvorhaben der Cabriodachhersteller Magna und Karmann (Arbeitsplatzerhalt in Osnabrück, 2010), Fusion der Geschmacksverstärkerhersteller Ajinomoto/Orsan (Arbeitsplatzerhalt in einer strukturschwachen Region im Norden Frankreichs, Gebot zur außenpolitischen Zurückhaltung, 2003). Einem Irrtum unterläge

auch, wer angesichts des verhältnismäßig restriktiven Wortlauts von Art. 2 FKVO meinte, die Entscheidungen der Europäischen Kommission seien bar jeglicher industrie- und strukturpolitischer Erwägungen (sie sind in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO und Erwägungsgrund 23 immerhin angedeutet). Bekanntes Beispiel ist die Fusionsentscheidung im Fall Mannesmann/Vallourec/Ilva (1993). Die 8:8:1 Kampfabstimmung der Kommissare ging zugunsten des Zusammenschlussvorhabens und gegen die Empfehlungen der Generaldirektion Wettbewerb aus. Wenig ruhmreich verlief auch das Zusammenschlussverfahren Kali + Salz/MdK/Treuhand. Die Kommission gab das Vorhaben trotz der anderslautenden Stellungnahme des Bundeskartellamtes frei (1993). Nichtwettbewerbliche Aspekte wie die Stärkung einer vom Arbeitsplatzabbau bedrohten strukturschwachen Region in Ostdeutschland finden in der Entscheidung ausdrückliche Erwähnung. Ein jüngeres Beispiel ist die Freigabe der Übernahme von E-Plus durch Telefónica (2014). In der Presse wurde spekuliert, welchen Einfluss eine öffentliche Stellungnahme Merkels in diesem Zusammenhang gehabt hatte. Gegenläufige Empfehlungen hatten das Bundeskartellamt und andere nationale Wettbewerbsbehörden abgegeben.

Festzuhalten ist: Außerwettbewerblich Erwägungen lassen sich nicht dadurch ausblenden, dass der Gesetzgeber sie für irrelevant erklärt oder ihre Berücksichtigung verbietet. Richtigerweise muss die Frage vielmehr lauten, wie die unvermeidlichen außerwettbewerblichen Erwägungen verfahrensrechtlich am besten zu kanalisieren sind.

3. *International finden sich Beispiele sowohl für ein einstufiges wie für ein zwei- oder mehrstufiges Modell.* Die dialektisch angelegten zwei- oder mehrstufigen Modelle zeichnen sich durch die Trennung von wettbewerblicher Prüfung und Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte aus. Beispielhaft genannt seien die Regelungen in Deutschland (§ 42 GWB), Frankreich (Art. L. 430-7-1 Code de commerce), Italien (Art. 25 Legge per la tutela della concorrenza e del mercato), Spanien (Art. 60 Ley de defensa de la competencia) und im Vereinigten Königreich (Sec. 42 Enterprise Act). Diese und weitere Rechtsordnungen gewähren dem Wirtschaftsminister bzw. – im Fall Italiens und Spaniens – dem Ministerrat das Recht, im Ausnahmefall eine auf wettbewerblichen Erwägungen basierende Untersagung der spezialisierten Kartellbehörde durch eine Genehmigung zu überspielen. In Rechtsordnungen, die ein einstufig-synthetisches Modell verwirklichen, werden die wettbewerblichen und außerwettbewerblichen Aspekte gleichzeitig geprüft und am Ende gegeneinander abgewogen. Häufig liegt die Entscheidung in der Hand einer Behörde (Art. 27 chinesisches Antimonopolgesetz; Sec. 12A(3) des südafrikanischen Competition Act, Art. 2 FKVO). Auch das US-amerikanische System wird man als einstufig-synthetisch qualifizieren können. Je nach betroffenem Sektor sind Federal Trade Commission (FTC) und Department of Justice (DoJ) verpflichtet, bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben in enger Abstimmung mit anderen staatlichen Regulierungsbehörden zusammenzuarbeiten. So gehört es etwa zu den Aufgaben der Federal Communications Commission (FCC) einen “public interest, convenience, and necessity”-Standard bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben im Telekommunikationssektor zugrunde zu legen. Das DoJ verzichtet in der Folge möglicherweise auf eine Klage vor dem zuständigen Federal District Court. Der Zusammenschluss kann vollzogen werden. In Kanada (Sec. 94 Competition Act), Israel (Sec. 52 Restrictive Trade Practices Law) und Ungarn (Artikel 24/A ungarisches KartellG) wiederum kann der Wirtschaftsminis-

ter politisch sensible Verfahren vorab an sich ziehen, um Gemeinwohlerwägungen in die Entscheidung über ein Zusammenschlussvorhaben miteinbeziehen zu können. Eine Prüfung durch die Wettbewerbsbehörde entfällt dann ganz.

4. *Keines der genannten Alternativmodelle scheint der aktuellen Regelung in § 42 GWB überlegen.* Der dialektische Austausch von Argumenten zwischen Bundeskartellamt und Wirtschaftsminister hat unverändert den Vorteil der Transparenz für sich. Außerwettbewerbliche Motivationen werden öffentlich gemacht und damit zum Gegenstand der politischen Diskussion. Die der Ministererlaubnis vorgeschalteten Stellungnahmen der Monopolkommission (eine Besonderheit des deutschen Systems), im Einzelfall auch das medienwirksame Auf- und Abtreten ihrer Mitglieder, leisten hier einen wesentlichen Beitrag. Nicht verschwiegen sei aber ein möglicher Vorteil, der mit der Abschaffung der Ministererlaubnis verbunden wäre: entfallen würde die Versuchung, sich mit dem Instrument der Ministererlaubnis in der Öffentlichkeit politisch in Szene zu setzen. Unberechtigt ist hingegen die Behauptung, das Institut der Ministererlaubnis gefährde die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes. Das Gegenteil ist richtig. Verstopft man die offiziellen Wege der Berücksichtigung von Allgemeinwohlerwägungen, droht politische Einflussnahme auf das Entscheidungsergebnis der Bonner Behörde im Verborgenen. Technisch lassen sich ministerielle Einzelweisungen leicht im Gewande einer anderslautenden wettbewerblichen Würdigung präsentieren. Bei Anwendung des Marktbeherrschungstests etwa hängt das Ergebnis im Wesentlichen von der Marktabgrenzung ab. Ist man hier großzügig, wird aus einem *national champion* mit einem Mal ein relativ unbedeutender Player auf globalen Märkten. Alternativ lässt sich bei Bedarf die Bedeutung potentiellen Wettbewerbs oder der Marktmacht der Marktgegenseite stärker oder schwächer gewichten. Der SIEC-Test macht Manipulationen am Prüfungsergebnis noch einfacher. Er erlaubt in erweitertem Maße die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen. Die Anforderungen an eine Untersagungsentscheidung sind deutlich gestiegen.

5. *Allenfalls geringfügige Retuschen am geltenden Verfahren sind zu erwägen.* Der Vorschlag, wirtschaftspolitische Entscheidungen großer Tragweite wie die einer Ministererlaubnis auf die Schultern einer größeren Zahl politischer Entscheidungsträger (Bundestag oder Bundesregierung) zu verteilen, hat durchaus Charme. Solches Verfahren würde das Risiko der Einflussnahme bis hin zur Bestechung (durch schmeichelnde Presseberichte, lukrative Vorstandsposten, etc.) des bislang allein zur Entscheidung berufenen Ministers deutlich vermindern. Begrenzungen folgen allerdings aus den hohen Anforderungen, die das OLG Düsseldorf an die Verfahrensführung stellt. So läge es auf der Linie der Eilbeschlüsse in Sachen E.ON/Ruhrgas und erst recht Edeka/Kaiser’s Tengelmann zu verlangen, dass sämtliche in die Entscheidungsfindung eingebundenen Personen an sämtlichen durchzuführenden Verhandlungen persönlich teilnehmen.

Die Möglichkeit für Wettbewerber, einstweiligen Rechtsschutz gegen die Ministererlaubnis zu erlangen, erweist sich in ihrer heutigen Gestalt einmal mehr als problematisch. Die Dritbeschwerden werden zunächst erhoben und können nach geltender Rechtslage anschließend ungehindert wieder zurückgenommen werden. Wie schon im Präzedenzfall E.ON/Ruhrgas sieht es auch im Fall der aktuellen Dritbeschwerden von Rewe und Co. danach aus, als ob dieser Mechanismus letztlich allein dem Zweck dient, finanzielle oder sonstige Zugeständnisse von den unter Zeitdruck stehenden Fusionsparteien zu erpressen. ■