

Lukas Fries

Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in der Fusionskontrolle

Überlegungen zur Reformbedürftigkeit der
Ministererlaubnis nach § 42 GWB



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 31

Lukas Fries

Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in der Fusionskontrolle

Überlegungen zur Reformbedürftigkeit
der Ministererlaubnis nach § 42 GWB



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6634-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0714-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2019 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand unter anderem während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Dezember 2019 berücksichtigt.

Mein herzlichster Dank gilt zunächst meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) für die umfassende Unterstützung und die Förderung dieser Arbeit. Durch ihn wurde mein Interesse am Kartellrecht geweckt und durch zahlreiche Gespräche und Veranstaltungen – auch nach meiner Tätigkeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl – weiter gefördert.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M. (London), M.A. für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker und Herrn Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Weiter danke ich Jonas Kranz, Philipp Stein, Tim Schultze und Filip Egert für die sorgfältige Sichtung des Manuskriptes, die zahlreichen inhaltlichen Diskussionen und die freundschaftliche Unterstützung.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern und meiner Schwester, die mich während meiner gesamten Ausbildung bedingungslos unterstützt haben. Meinen Eltern widme ich diese Arbeit.

Hamburg, Januar 2020

Lukas Fries

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	19
1. Abschnitt: Grundlagen der Ministererlaubnis	23
A. Historische Entwicklung der Ministererlaubnis	23
I. Die Einführung der Zusammenschlusskontrolle in das GWB	23
1. Das GWB von 1957	23
2. Die 2. GWB-Novelle	24
II. Begründung der Ministererlaubnis	26
1. Interessenausgleich	26
2. Umgang mit Zielkonflikten	27
3. Zuständigkeitsverteilung	28
4. Zusammenfassung	29
III. Weitere Entwicklungen	30
1. Änderungen im Rahmen der 6. GWB-Novelle	30
2. Änderungen im Rahmen der 7. GWB-Novelle	32
3. Änderungen im Rahmen der 8. GWB-Novelle	34
4. Änderungen im Rahmen der 9. GWB-Novelle	35
B. Argumente und Bedenken aus heutiger Sicht	36
I. Argumente für die Ministererlaubnis	36
1. Umgang mit Zielkonflikten	36
2. Unabhängigkeit des BKartA	37
3. Öffentlichkeit & Transparenz	38
4. Zwischenfazit	39
II. Bedenken gegen die Ausnahmeregelung	40
1. Verfassungskonformität	40
a) Das Bestimmtheitsgebot	41
b) Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	43
2. Europarechtskonformität	44
a) Verhältnis zu den Vorschriften der FKVO	44
aa) Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung	46
bb) Zeitpunkt der Anmeldung beim BKartA	47
cc) Streitentscheid	48

Inhaltsverzeichnis

dd) Zwischenergebnis	49
b) Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln des AEUV	49
aa) Anwendbarkeit der primärrechtlichen Wettbewerbsregeln	50
bb) Berücksichtigung der primärrechtlichen Wettbewerbsregeln im Ministererlaubnisverfahren?	51
cc) Zwischenergebnis	54
c) Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot	55
d) Ergebnis	57
3. Rechtspolitische Bedenken	57
a) Gefahr staatlicher Wirtschaftslenkung	57
aa) VEBA/Gelsenberg	59
bb) VEBA/BP	61
cc) Daimler-Benz/MBB	62
dd) Zwischenergebnis	63
b) Eigeninteressen des Bundeswirtschaftsministers	64
c) Einflussnahme sonstiger Interessengruppen	66
aa) E.ON/Ruhrgas	67
bb) Edeka/Tengelmann	68
cc) Zwischenergebnis	69
d) Unsicherheit der Prognose	69
e) Kompetenzverlust des BKartA	70
C. Systeme zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen	72
I. Ein- und zweistufige Modelle	72
II. Europäisches Wettbewerbsrecht	73
III. Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in anderen Rechtsordnungen	76
1. Frankreich	76
2. Vereinigtes Königreich	78
IV. Zwischenergebnis	81
D. Zwischenergebnis	82
2. Abschnitt: Derzeitige Ausgestaltung der Ministererlaubnis	84
A. Anwendbarkeit des § 42 GWB	84
B. Formelle Voraussetzungen	85
I. Antrag	85
1. Antragsberechtigte und Adressat des Antrages	86
2. Form und Begründung	86

3. Frist	87
4. Wirkung	88
II. Verwaltungsverfahren	89
1. Entscheidungskompetenz und Stellvertretung	90
a) Entscheidungszuständigkeit	90
b) Vertretung	92
aa) Die Staatssekretär-Lösung	93
bb) Die Minister-Lösung	94
cc) Streitentscheid	95
2. Einzuholende Stellungnahmen	98
a) Stellungnahme der Monopolkommission	98
b) Stellungnahmen der obersten Landesbehörden	101
c) Weitere Stellungnahmen	102
d) Wirkung der Stellungnahmen	103
3. Öffentliche mündliche Verhandlung	103
a) Teilnahme des Entscheidungsträgers	105
b) Gegenstand der öffentlichen mündlichen Verhandlung	109
c) Erneute Gelegenheit zur Stellungnahme	111
d) Anspruch auf Teilnahme an Gesprächen	112
4. Heilung von Verfahrensfehlern	115
a) Anwendbarkeit des § 45 VwVfG im Ministererlaubnisverfahren	115
b) Anwendbarkeit des § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG auf die „öffentliche mündliche Verhandlung“	117
c) Durchführung des Heilungsverfahrens	119
C. Materielle Voraussetzungen	120
I. Untersagungsverfügung des BKartA (materielle Bindungswirkung)	120
1. Umfang der Bindungswirkung	121
a) Bindung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht	121
b) Abschließende Wirkung der Feststellungen	124
2. Ausnahmen von der Bindungswirkung	125
a) Fehlerhaftigkeit der Untersagungsverfügung	125
b) Marktveränderung nach Verfügung des BKartA	126
3. Fazit	128
II. Gesamtwirtschaftliche Vorteile und überragende Interessen der Allgemeinheit	128
1. Allgemeine Anforderungen	129

Inhaltsverzeichnis

2. Industriepolitische Aspekte	132
a) Internationale Wettbewerbsfähigkeit	132
aa) Bisherige Verfahren	132
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	134
cc) Bewertung	135
b) Erhalt von Fachwissen und Förderung des technischen Fortschritts	137
aa) Bisherige Verfahren	137
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	141
cc) Bewertung	142
3. Fiskalische Gesichtspunkte – Entlastung des öffentlichen Haushalts	143
4. Sozialpolitische Gesichtspunkte	146
a) Sicherung von Arbeitsplätzen	146
aa) Bisherige Verfahren	147
(1) Babcock/Artos	147
(2) Thyssen/Hüller-Hille	149
(3) IBH/Wibau	150
(4) Kali+Salz/PCS	151
(5) Edeka/Tengelmann	152
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	154
cc) Bewertung	156
b) Arbeitnehmerrechte	158
aa) Verfahren Edeka/Tengelmann	158
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	161
cc) Bewertung	162
d) Medizinische Versorgung	163
e) Umwelt- und Klimaschutz	166
5. Weitere Gemeinwohlgründe	168
a) Versorgungssicherheit (Energie & Rohstoffe)	168
aa) Bisherige Verfahren	169
(1) Veba/Gelsenberg, Veba/BP und E.ON/Ruhrgas	169
(2) Kaiser/VAW und BayWa/WLZ	171
(3) Edeka/Tengelmann	173
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	174
cc) Bewertung	175
b) Rationalisierungsvorteile	176
aa) Bisherige Verfahren	176
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	178

cc) Bewertung	179
c) Sanierungen	180
aa) Bisherige Verfahren	180
bb) Eignung als Gemeinwohlgrund	182
cc) Bewertung	183
6. Zwischenergebnis	183
III. Einzelfallabwägung	185
IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	186
1. Allgemeine Anforderungen	187
2. Bedenken im Fall Edeka/Tengelmann	188
V. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gemeinwohlvorteile	191
D. Die Entscheidung (gebundener Anspruch)	192
I. Form und Inhalt	193
II. Entscheidungsfrist, § 42 Abs. 4 GWB	193
III. Nebenbestimmungen, § 42 Abs. 2 GWB	195
1. Zulässige Nebenbestimmungen	195
2. Grenzen der Nebenbestimmungen	198
a) Gesetzliche Vorgaben	198
b) Bedenken im Verfahren Edeka/Tengelmann	201
c) Zwischenergebnis	202
3. Anspruch auf Erlass von Nebenbestimmungen	202
4. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Nebenbestimmungen	204
E. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Ministererlaubnis	205
I. Rechtsmittel	206
1. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen	207
2. Beschwerdebefugnis	207
a) Anfechtungsbeschwerde, § 63 Abs. 1 S. 1 GWB	208
aa) Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle	208
bb) Rechtslage seit der 9. GWB-Novelle	213
(1) Verletzung von Verfahrensrechten	214
(2) Schutzrichtung der Zusammenschlusskontrolle	216
(3) Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen	218
cc) Zwischenfazit	220
b) Verpflichtungsbeschwerde, § 63 Abs. 3 S. 1 GWB	221
II. Umfang der gerichtlichen Nachprüfung	222
1. Kontrolle der formellen Voraussetzungen	223

Inhaltsverzeichnis

2. Kontrolle der materiellen Voraussetzungen	223
a) Kontrolle der Gemeinwohlvorteile	223
aa) Auswahl der Gemeinwohlvorteile	225
bb) Vorliegen von Gemeinwohlvorteilen	226
cc) Abwägungsprozess	227
b) Kontrolle der sonstigen materiellen Voraussetzungen	228
III. Einstweiliger Rechtsschutz	229
IV. Zwischenergebnis zur gerichtlichen Überprüfbarkeit	232
F. Fazit zur derzeitigen Ausgestaltung	233
3. Abschnitt: Alternative Ausgestaltungsmöglichkeiten der Ministererlaubnis	236
A. Umstellung auf ein einstufiges Modell	236
I. Keine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen	237
II. Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen innerhalb des SIEC-Tests	241
III. Erweiterung des Prüfungsmaßstabes beim BKartA	246
IV. Konzentration des gesamten Verfahrens beim BMWi	248
B. Selbstständige Eingriffsmöglichkeit des Bundeswirtschaftsministers	249
C. Ministererlaubnis nicht entgegen dem Votum der Monopolkommission	250
D. Stärkung der gerichtlichen Kontrolle	253
I. Beschwerde- und Vetorecht der Monopolkommission	253
II. Beschwerderecht für Verbraucherzentralen und -verbände	254
E. Größere Zahl politischer Entscheidungsträger	256
I. Originäre Entscheidungszuständigkeit des Bundestages	256
II. Suspensives Vetorecht des Bundestages	258
III. Zustimmungserfordernis der Bundesregierung	260
F. (Weitere) Anpassung der Verfahrensregeln	263
G. Zwischenergebnis	264
4. Abschnitt: Schlussbetrachtung und zusammenfassende Würdigung	266
Anhang – Liste der bisherigen Ministererlaubnisverfahren	275
Literaturverzeichnis	277

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel (auch im Plural)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz (BGBl. I, 2013, S. 1482)
AWV	Außenwirtschaftsverordnung (BGBl. I, 2013, S. 2865)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz (BGBl. I, 2001, S. 2518)
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz (BGBl. I, 2002, S. 1467)
BKartA	Bundeskartellamt
BMinG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (BGBl. I, 1971, S. 1166)
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft (und Energie)
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz (BGBl. I, 2009, S. 2542)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
bzw.	beziehungsweise
CC	Code de Commerce
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag

Abkürzungsverzeichnis

Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Zeitschrift)
ff.	folgende
FKVO	Europäische Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung (GMBL. S. 137)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BGBl. I, 1957, S. 1081)
Habil.	Habilitation
HG	Hauptgutachten
Hrsg.	Herausgeber (auch im Plural)
HS.	Halbsatz
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)

KG	Kammergericht
Leitlinien MinE	Leitlinien für das Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BAnz. 8.11.2017, S. 1 ff.)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Woche (Zeitschrift)
NVwZ	Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer (auch im Plural)
Rs.	Rechtssache
RVSt	Rundfunkstaatsvertrag
Rz.	Randziffer
S.	Seite (auch im Plural)
Sec.	Section (auch im Plural)
SG	Sondergutachten
Slg.	Sammlung
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (BGBl. I, 1967, S. 582)
SZ	Süddeutsche Zeitung (Zeitschrift)
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
TVG	Tarifvertragsgesetz (BGBl. I, 1969, S. 1323)
Tz.	Textziffer (auch im Plural)
UAbs.	Unterabsatz
u.a.	und andere / unter anderem
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz (BGBl. I, 2002, S. 3422)
UmwRG	Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (BGBl. I, 2006, S. 2816)
Univ.	Universitäre

Abkürzungsverzeichnis

v.	vom
Verf.	Verfügung
Vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (BGBl. I, 2003, S. 102)
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz (BGBl. I, 1953, S. 157)
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz (BGBl. I, 2005, S. 2354)
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
Zugl.	Zugleich
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)