

# Betriebs Berater



20 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

17.5.2016 | 71. Jg.  
Seiten 1153–1216

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Jan Byok**, LL.M., RA

Reform 2016 – Neues Vergaberecht in Kraft

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Andrea Pomana**, RAin, und **Jennifer Nahrmann**, LL.M.

Ministererlaubnis für den Erhalt von Arbeitsplätzen? | 1155

**Dr. Christian Conreder**, RA, und **Ulrike Schild**, LL.M., RAin

Die Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD II) –  
Auswirkungen auf die Realwirtschaft | 1162

## STEUERRECHT

**Dr. Hans Weggenmann**, StB, und **Günther Claß**, RA

Die Zinsschrankenregelung auf dem verfassungsrechtlichen  
Prüfstand | 1175

**Dr. Stefan Behrens**, RA/FAStR/StB, und **Georg Renner**, StB

Nennkapitalrückzahlungen durch EU-/EWR-ausländische  
Kapitalgesellschaften | 1180

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Günter Hainz**

Rückstellungen für Jubiläumsverpflichtungen:  
Beschränkung durch R 6.11 EStR | 1194

## ARBEITSRECHT

**Dr. Christopher Jordan**, RA/FAArbR, **Kira Falter**, RAin, und

**Dr. Isabel Meyer-Michaelis**, LL.M. oec., RAin

Kundennähe als Grund für die Ablehnung eines Teilzeitbegehrens  
im Außendienst | 1205

Dr. Andrea Pomana, RAin, und Jennifer Nahrmann, LL.M.

# Ministererlaubnis für den Erhalt von Arbeitsplätzen?

Der Bundeswirtschaftsminister hat am 17.3.2016 die Fusion der Supermarktkette Tengelmann durch Edeka endgültig unter Bedingungen genehmigt – gegen die Auffassung des Bundeskartellamtes und gegen das Votum der Monopolkommission. Die Ministererlaubnis hat der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen, um eine vom Bundeskartellamt untersagte Fusion im Einzelfall aus Gründen des Gemeinwohls zu ermöglichen. Welche Argumente der Bundeswirtschaftsminister für die Genehmigung der Fusion Edeka/Tengelmann ins Feld führt und welche juristischen Bedenken diese aufwirft, ist Gegenstand der nachfolgenden Analyse.

## I. Einleitung

Mit Beschluss vom 31.3.2015 hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss der Edeka Zentrale AG & Co. KG („Edeka“) und Kaiser's Tengelmann GmbH sowie den mit ihr verbundenen Gesellschaften („Tengelmann“) nach § 36 Abs. 1 GWB untersagt. Dem war ein turbulentes Fusionskontrollverfahren vorausgegangen, das das Bundeskartellamt am 30.10.2014 von Amts wegen gemäß § 54 Abs. 1 GWB einleitete, noch bevor das Fusionskontrollverfahren von den Beteiligten förmlich angemeldet wurde. Zudem erließ das Bundeskartellamt während des Prüfverfahrens eine einstweilige Anordnung gegen Edeka und Tengelmann, um einen vorzeitigen Vollzug von Teilen des Zusammenschlussvorhabens zu verhindern.<sup>1</sup>

Das Bundeskartellamt untersagte<sup>2</sup> den Zusammenschluss im Wesentlichen aus zwei Gründen. Erstens würde der Zusammenschluss auf der Absatzseite zu einer weiteren Verdichtung der ohnehin stark konzentrierten Marktstruktur und damit in einer Reihe von Regionalmärkten zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen. Die Auswahl- und Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher würden erheblich eingeschränkt und Preiserhöhungen würden ermöglicht.

Zweitens würde auf der Beschaffungsseite die Nachfragemacht von Edeka auf einer Vielzahl von Beschaffungsmärkten anwachsen. Durch den Zusammenschluss würde für viele Hersteller von Artikeln, die von Edeka und Tengelmann gleichermaßen nachgefragt werden, eine wichtige Absatzalternative zu den führenden Nachfragern im Lebensmitteleinzelhandel (Edeka, REWE, Schwarz-Gruppe mit Kaufland und Lidl) wegfallen. Dies könnte zu weiteren Vorteilen für Edeka in ihren Konditionenverhandlungen mit den Herstellern führen, und damit letztlich die Hersteller zusätzlichem Preisdruck in einem bereits stark konzentrierten Nachfragemarkt aussetzen.

Nach der Untersagung durch das Bundeskartellamt beantragten Edeka und Tengelmann am 28.4.2015 beim Bundesminister für Wirtschaft und Energie („Bundeswirtschaftsminister“ oder „Minister“) die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB.

Der Bundeswirtschaftsminister hat im Zuge dessen eine Stellungnahme der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 4 S. 2 GWB eingeholt,

welche am 3.8.2015 die Empfehlung gab, die Ministererlaubnis nicht zu erteilen, auch nicht unter Bedingungen oder Auflagen. Als Begründung gab die Monopolkommission im Wesentlichen an, dass der geplante Zusammenschluss auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels mit erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sei. Durch den Zusammenschluss würde Edeka seine führende Marktstellung im Lebensmitteleinzelhandel weiter absichern und Tengelmann würde als Absatzalternative für viele Hersteller wegfallen. Die von Edeka und Tengelmann vorgebrachten Gemeinwohlvorteile, im Wesentlichen die Arbeitsplatzsicherung, könnten diese Nachteile für den freien Wettbewerb nicht aufwiegen. Auch sei nicht mit hinreichender Sicherheit bewiesen, dass rund 5700 Vollzeitstellen (das Äquivalent von ca. 16 000 Teil- und Vollzeitarbeitsplätzen), die ohne die Ministererlaubnis laut Vortrag von Edeka und Tengelmann<sup>3</sup> entfallen würden, durch den Zusammenschluss langfristig erhalten werden könnten.<sup>4</sup>

Am 12.1.2016 kündigte der Bundeswirtschaftsminister in einer Pressemitteilung seine Absicht an, eine Ministererlaubnis (unter „harten Auflagen“) zu erteilen. Nachdem er die Bedingungen durch Edeka für erfüllt sah, erteilte er am 17.3.2016 die Ministererlaubnis,<sup>5</sup> im Wesentlichen mit folgendem Inhalt: Edeka muss Tarifverträge mit den relevanten Gewerkschaften für alle vom Zusammenschluss betroffenen Regionen abschließen, die u. a. betriebsbedingte Kündigungen innerhalb der nächsten fünf Jahre ab Vollzug ausschließen. Des Weiteren darf Edeka in den nächsten fünf Jahren keine Tengelmann-Filialen an selbständige Edeka-Einzelhändler („SEH“) oder Dritte veräußern (es sei denn, die Tarifparteien stimmen dem zu). Ferner besteht nach Ablauf der ersten fünf Jahre und bei einer eventuellen Übergabe von Filialen an SEH Kündigungsschutz für einen weiteren Zeitraum von 24 Monaten.

Der Beitrag stellt zunächst die allgemeine Rechtslage dar (II.) und erläutert die in *Edeka/Tengelmann* aufgeführten Gemeinwohlgründe (III.). Anschließend werden die Ergebnisse der ersten Abwägung auf der Grundlage des Parteienantrags dargestellt (IV.) und die Feststellungen des Ministers im Rahmen seiner zweiten Abwägung unter Berücksichtigung der angeordneten Bedingungen kritisch hinterfragt (V.). Dabei wird insbesondere auf die Zulässigkeit und Geeignetheit der Bedingungen eingegangen, sowie auf das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle und das Gebot, das Wohl und die Interessen aller betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Anschließend widmet

1 Zum Gang des Verfahrens s. im Einzelnen: BKartA, Beschl. v. 31.3.2015 – B2-96/14, Rn. 69–90 – *Edeka/Tengelmann*.

2 BKartA, Beschl. v. 31.3.2015 – B2-96/14, Rn. 238 ff. – *Edeka/Tengelmann*; Fallbericht v. 6.7.2015 – „Untersagung des Erwerbs der Filialen von Kaiser's Tengelmann durch Edeka“; PM v. 14.2015 – „Bundeskartellamt untersagt die Übernahme von Kaiser's Tengelmann durch Edeka“.

3 Zum Vortrag der Beteiligten s. Bundeswirtschaftsministerium („BMWi“), Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 74 ff. – *Edeka/Tengelmann*.

4 Monopolkommission, Sondergutachten 70, 2015, S. 62 ff. – *Edeka/Tengelmann*.

5 Noch am selben Tag trat der Vorsitzende der Monopolkommission aus Protest gegen die Ministerentscheidung von seinem Amt zurück.

sich der Beitrag den Möglichkeiten zur gerichtlichen Überprüfung einer Ministererlaubnis (VI.), fasst die Ergebnisse zusammen und liefert einen Ausblick (VII.).

## II. Allgemeine Rechtslage

### 1. Die Ministererlaubnis im Gefüge der Fusionskontrolle

§ 42 Abs. 1 GWB ermöglicht die Erteilung einer Ministererlaubnis zu einem Unternehmenszusammenschluss, der vom Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 GWB untersagt worden ist.

#### a) Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe des Bundeskartellamtes und des Bundeswirtschaftsministers

Das Bundeskartellamt prüft nach § 36 Abs. 1 GWB die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, d.h. ob ein Zusammenschluss zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Dabei berücksichtigt das Amt ausschließlich wettbewerbsrechtliche Fragen und wägt sie gegeneinander ab. Es berücksichtigt dabei keine wirtschaftspolitischen Erwägungen,<sup>6</sup> und darf dies auch nicht. Eine solche Gesamtbeurteilung obliegt nach dem Gesetz ausschließlich dem Bundeswirtschaftsminister. Dieser prüft nach § 42 Abs. 1 S. 1 GWB in zwei Stufen,<sup>7</sup> ob im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkungen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen oder überragenden Interessen der Allgemeinheit aufgewogen, d.h. gerechtfertigt werden.

Auf der ersten Stufe werden die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt geprüft, und auf der zweiten Stufe analysiert der Minister, ob politisch-wirtschaftliche oder andere außerwettbewerbsrechtliche Gemeinwohlgründe den Zusammenschluss ausnahmsweise rechtfertigen.<sup>8</sup>

#### b) Die Rolle der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren

Nach § 42 Abs. 4 S. 2 GWB hat der Bundeswirtschaftsminister vor der Entscheidung über die Erteilung der Ministererlaubnis eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Diese hat als unabhängiger Sachverständiger<sup>9</sup> zu untersuchen, ob die von den Unternehmen vorgetragenen Tatsachen eine Ministererlaubnis im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen Vorteile rechtfertigen.<sup>10</sup> Dabei ist sie an die vom Bundeskartellamt festgestellten wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen gebunden. Für den Minister ist jedoch das Votum der Monopolkommission nicht bindend.<sup>11</sup> Von 21 bisher durchgeführten Ministererlaubnisverfahren ist der seinerzeitige Minister in drei Fällen<sup>12</sup> von dem Votum der Monopolkommission abgewichen – so auch im Fall *Edeka/Tengelmann*.

### 2. Voraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis

#### a) Erste Voraussetzung: Feststellung von Gemeinwohlgründen

##### aa) Vorliegen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen bzw. eines überragenden Interesses der Allgemeinheit

Nach § 42 Abs. 1 S. 1 GWB prüft der Minister, ob die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall von „gesamtwirtschaftlichen Vorteilen“ des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein „überragendes Interesse der Allgemeinheit“ gerechtfertigt

ist. Diese Alternativvoraussetzungen ermöglichen dem Minister, eine Erlaubnis sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus nicht wirtschaftlichen<sup>13</sup> und überwiegend allgemein-politischen Erwägungen zu erteilen. In der Entscheidungspraxis wird nicht zwischen den beiden Erlaubnisvoraussetzungen unterschieden; sie werden vielmehr zu allgemeineren Formulierungen wie beispielsweise „Gemeinwohlgründen“ oder „Allgemeininteressen“ zusammengefasst.<sup>14</sup>

Liegen Gemeinwohlgründe nach Beurteilung des Ministers vor, muss eine Erlaubnis erteilt werden; die Antragsteller haben auf diese einen Rechtsanspruch.<sup>15</sup> Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut des § 42 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach der Minister eine Ministererlaubnis „erteilt“, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen. Es ist allgemein anerkannt, dass der Minister einen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung hat, ob Gemeinwohlgründe vorliegen, die die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen. Er hat hingegen kein Ermessen hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich aus der Ausübung seines Beurteilungsspielraums ergeben. Es handelt sich hierbei um eine gebundene Entscheidung.<sup>16</sup>

In den bisherigen Ministererlaubnisverfahren wurden überwiegend wirtschaftliche Gründe angeführt. Zu diesen zählten u.a. die Sicherung der Energieversorgung,<sup>17</sup> die Sicherung von Arbeitsplätzen,<sup>18</sup> die Privatisierung von Unternehmen<sup>19</sup> oder die Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit.<sup>20</sup> In Ausnahmefällen wurden auch nicht wirtschaftliche Gründe, wie zum Beispiel fiskalische Interessen der Allgemeinheit<sup>21</sup> oder wissenschaftspolitische Interessen<sup>22</sup> berücksichtigt.

#### bb) Gemeinwohlgründe Arbeitsplatzsicherung und Arbeitnehmerrechte in bisherigen Ministererlaubnisverfahren

In den bisherigen 21 Ministererlaubnisverfahren wurde die Arbeitsplatzsicherung von den Antragsstellern in vier Verfahren als Gemeinwohlbelang angeführt: in *Babcock/Artos*,<sup>23</sup> *Thyssen/Hüller*,<sup>24</sup> *Kali + Salz/PCS*<sup>25</sup> und *IBH/WIBAU*.<sup>26</sup> Lediglich in zwei Fällen – *Babcock/Artos* und *Thyssen/Hüller* – wurde der Erhalt von Arbeitsplätzen in Erwägung gezogen. Die Arbeitsplatzsicherung war jedoch nur in *Babcock/Artos* das ausschlaggebende Einzelargument für die Erteilung der

6 Dreher, WuW 2002, 828, 829; Pomana, Börsen-Zeitung vom 16.1.2016, 9.

7 Entwurf eines sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 13/9720, 44.

8 Zagouras, WPR 2007, 1429, 1431.

9 Kuhn, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 103.

10 Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 42, Rn. 38.

11 Ebenda, Rn. 42.

12 BMWi, Verf. v. 17.10.1976 – I B 6 – 221024/26, WuW/E BWM 155 – *Babcock/Artos*; BWMi, Verf. v. 5.3.1979 – I B 6 – 220840/15, WuW/E, BWM 165 – *Veba/BP*; BMWi, Verf. v. 5.7.2002 – I B 1 – 220840/129, WuW/E DE-V 573 – *E.ON/Ruhrgas*.

13 Kuhn, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 22.

14 S. BMWi, Verf. v. 17.4.2008, WuW/E DE-V 1691, 1700 – *Universitätsklinikum Greifswald*.

15 Deutscher Bundestag, Die Ministererlaubnis im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle – WD 7 – 3000 – 081/15 – S. 5.

16 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1938 – *Thyssen/Hüller*.

17 Vgl. BMWi, Verf. v. 5.7.2002 – I B 1 – 220840/129, WuW/E DE-V 573, 593 – *E.ON/Ruhrgas*.

18 Vgl. BMWi, Verf. v. 17.10.1976 – I B 6 – 221024/26, WuW/E BMW 155, 156 – *Babcock/Artos*.

19 Vgl. BMWi, Verf. v. 22.7.1997 – I B 6 – 220840/112, WuW/E BMW 225, 231 – *Kali + Salz/PCS*.

20 Vgl. BMWi, Verf. v. 5.7.2002 – I B 1 – 220840/129, WuW/E DE-V 573, 584 – *E.ON/Ruhrgas*.

21 Vgl. BMWi, Verf. v. 6.9.1989 – I B 6 – 220840/93, WuW/E BWM 191, 195 – *Daimler Benz/MBB*.

22 Vgl. BMWi, Verf. v. 17.4.2008 – I B 1 – 221410/03, WuW DE-V 1691, 1697 – *Universitätsklinikum Greifswald*.

23 BMWi, Verf. v. 17.10.1976 – I B 6 – 221024/26, WuW/E BMW 155, 156f. – *Babcock/Artos*.

24 BMWi, Verf. v. 1.8.1977 – I B 6 – 220840/20, WuW/E BWM 159, 162 – *Thyssen/Hüller*.

25 BMWi, Verf. v. 22.7.1997 – I B 6 – 220840/112, WuW/E BMW 225, 228 – *Kali + Salz/PCS*.

26 BMWi, Verf. v. 9.12.1981 – I B 6 – 220840/50, WuW/E BMW 177, 180 – *IBH/Wibau*.

Ministererlaubnis, um die Artos-Gruppe vor der Insolvenz zu retten und 1350 Arbeitsplätze zu sichern. Im Fall *Tyssen/Hüller* stand die Arbeitsplatzsicherung lediglich ergänzend neben anderen Gemeinwohlgründen;<sup>27</sup> der damalige Minister wies darauf hin, dass eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung des Zusammenschlusses nicht aus Gründen der Arbeitsplatzsicherheit isoliert von anderen Gemeinwohlzielen erfolgen könne.<sup>28</sup>

### b) Zweite Voraussetzung: Abwägung zwischen Gemeinwohlgründen und Wettbewerbsbeschränkung

#### aa) Allgemeine Anforderungen an die Abwägung

Um festzustellen, ob die Gemeinwohlvorteile die Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen, bedarf es einer einzelfallabhängigen Abwägung.<sup>29</sup> Den negativen Auswirkungen sind die zu erwartenden positiven Auswirkungen eines Zusammenschlusses entgegenzustellen, wobei für die Erlaubniserteilung die positiven Auswirkungen überwiegen müssen,<sup>30</sup> und die konkreten Interessen der Allgemeinheit müssen unmittelbar und für sich betrachtet überragend sein.<sup>31</sup>

Zunächst stellt der Bundeswirtschaftsminister die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses fest.<sup>32</sup> Dabei ist er an alle tatsächlichen und rechtlichen Beurteilungen des Bundeskartellamtes gebunden.<sup>33</sup>

Eine Ausnahme von der Feststellungsbindung ist lediglich dann möglich, wenn die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen „offensichtlich unplausibel, spekulativ oder widersprüchlich“ wären.<sup>34</sup> Ansonsten überprüft der Minister den Bescheid nicht. Er beurteilt auf der Basis der Entscheidung des Bundeskartellamtes eigenständig das Zusammenschlussvorhaben im Hinblick auf die zu erwartenden Wettbewerbsbeschränkungen, die aus wirtschaftspolitischer Sicht auftreten können und die er eigenständig gewichten kann.<sup>35</sup>

Ferner prüft er, ob es überragende Allgemeininteressen gibt, die höher zu gewichten sind als die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>36</sup> Dabei sind die Anforderungen an das Gewicht der Gemeinwohlgründe, die für einen Zusammenschluss sprechen, gegenüber den zu erwartenden schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen hoch anzusetzen; hingegen sind sie niedriger anzusetzen, wenn eine weniger schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten ist.<sup>37</sup>

#### (1) Restriktive Auslegung – Die Ministererlaubnis als Ausnahme- und Einzelfallentscheidung

Die Ministererlaubnis soll nur „im Einzelfall“ und in Ausnahmefällen erteilt werden.<sup>38</sup> Der Minister muss daher die Gemeinwohlgründe im Rahmen seiner Abwägung restriktiv auslegen.<sup>39</sup> An den Nachweis der Gemeinwohlgründe sind hohe Anforderungen zu stellen.<sup>40</sup> Bei der Prüfung, ob die Tatbestandsmerkmale für die Erteilung der Ministererlaubnis erfüllt sind, muss der Minister die in § 42 Abs. 1 S. 1 GWB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe „gesamtwirtschaftliche Vorteile“ und „Interesse der Allgemeinheit“ konkretisieren.<sup>41</sup> Der Konkretisierungsgrad hängt davon ab, ob der ins Feld geführte Gemeinwohlgrund im gegebenen Fall im Rahmen einer Prognose auf Grundlage gegenwärtig gesicherter Tatsachen realisiert werden kann.<sup>42</sup> Dabei sollte die Prognose auf bereits bestehende Erfahrungssätze gestützt werden.<sup>43</sup>

#### (2) Restriktive Auslegung des Gemeinwohlgrundes Arbeitsplatzsicherung in vergangenen Ministererlaubnisverfahren

In vergangenen Ministererlaubnisverfahren ist die Arbeitsplatzsicherung als Gemeinwohlgrund restriktiv gehandhabt worden. Die Erfah-

lungssätze und getroffenen Prognosen haben überwiegend dafür gesprochen, dass Fusionen nicht zum Erhalt von Arbeitsplätzen führen können oder werden – so im Falle *Thyssen/Hüller*<sup>44</sup> 1977 und *IBH/WIBAU*<sup>45</sup> 1981. Auch bei der Übernahme *Salz/PCS* durch *Kali* 1997 hat das Argument der Arbeitsplatzsicherheit kein überwiegendes öffentliches Interesse begründen können.<sup>46</sup> Der Minister stellte nochmals ausdrücklich fest, dass „Fusionen in der Regel eher zu größeren Arbeitsplatzverlusten führen, als die Weiterführung von selbstständigen Unternehmen im Wettbewerb“.<sup>47</sup>

Lediglich der Fall *Babcock/Artos* 1976 stellt eine Ausnahme dar. Der damalige Minister erkannte die Arbeitsplatzsicherung als einzigen ausschlaggebenden Gemeinwohlgrund an.<sup>48</sup>

#### bb) Erteilung der Ministererlaubnis unter Bedingungen und Auflagen

Der Minister kann eine Verfügung mit Bedingungen und Auflagen versehen, allerdings nur solchen, die auch das Bundeskartellamt anordnen könnte.<sup>49</sup> Typischerweise handelt es sich dabei um Nebenbestimmungen, die strukturelle Veränderungen betreffen, wie z. B. die Veräußerung von Beteiligungen, Unternehmens- oder Vermögensteilen der beteiligten Unternehmen.<sup>50</sup>

Das Bundeskartellamt ist nach Ansicht des BGH zur Festsetzung von Auflagen oder Bedingungen verpflichtet, wenn ein Zusammenschluss unter diesen Nebenbestimmungen freigegeben werden kann.<sup>51</sup> Dies gilt gleichermaßen für das Ministererlaubnisverfahren: Der Bundeswirtschaftsminister muss von der Möglichkeit Gebrauch machen, eine Erlaubnis unter Nebenbestimmungen zu erteilen,<sup>52</sup> wenn diese geeignet sind, die Wettbewerbsbeschränkungen aufzuwiegeln. Es handelt sich hierbei um eine gebundene Entscheidung; ein Ermessen

27 Ebenda.

28 Ebenda.

29 Vgl. *Kellner*, ThürVBI. 2003, 31, 32; *Kuhn*, in: FK, Lfg. 81, Sep. 2014, GWB § 42, Rn. 41.

30 Vgl. KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1939 – *Thyssen/Hüller*.

31 *Braun/Rieske*, WM 2009, 1265.

32 Vgl. *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 5. Aufl. 2014, § 42, Rn. 128.

33 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1938 – *Thyssen/Hüller*; *BMW*, Verf. v. 5.7.2002 – I B 1 – 220840/129, WuW/E DE-V 573, 581 – *E.ON/Ruhrgas*.

34 *BMW*, Verf. v. 22.7.1997 – I B 6 – 220840/112, WuW/E BWM 225, 226 – *Kali + Salz/PCS*.

35 Vgl. *Kellner*, ThürVBI. 2003, 31, 32.

36 *Riesenkampff/Steinbarth*, in: *Loewenheim/Meessen u. a.*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 42, Rn. 2.

37 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1939 – *Thyssen/Hüller*.

38 Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. VI/2520, 31.

39 *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 5. Aufl. 2014, § 42, Rn. 1. So auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi zur Fusionskontrolle und zu den Kartellvorschriften, WuW 1970, 672, 675, der die Ministererlaubnis als „politische Ausnahme“ ansieht.

40 *Kuhn*, in: FK, GWB, Lfg. 81, Sep. 2014, § 42 Rn. 23.

41 Deutscher Bundestag, Die Ministererlaubnis im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle, S. 5.

42 Vgl. *Kuhn*, in: FK, GWB, Lfg. 81, Sep. 2014, § 42, Rn. 23.

43 In diesem Sinne *Kuhn*, in: FK, GWB, Lfg. 81, Sep. 2014, § 42, Rn. 23.

44 *BMW*, Verf. v. 18.1.1977 – I B 6 – 220840/20, WuW/E BWM 159, 162 – *Thyssen/Hüller*.

45 *BMW*, Verf. v. 9.12.1981 – I B 6 – 220840/50, WuW/E BMW 177, 180 – *IBH/WIBAU*. Nach Ansicht des Ministers sei zu berücksichtigen, dass „nach aller Erfahrung Zusammenschlüsse geeignet sein mögen, zwar kurzfristige Entlassungen abzuwenden, mittel- oder langfristig jedoch auf Rationalisierung und Einsparung von Arbeitskosten, also auf eine plannäßige und stufenweise Minderung der Beschäftigtenzahl hinzuwirken“.

46 *BMW*, Verf. v. 22.7.1997 – I B 6 – 220840/112, WuW/E BMW 225, 228 – *Kali+Salz/PCS*.

47 Ebenda.

48 *BMW*, Verf. v. 17.10.1976 – I B 6 – 221024/26, WuW/E BMW 155, 157 f. – *Babcock/Artos*.

49 *Braun/Rieske*, WM 2009, 1265, 1266.

50 OLG Düsseldorf, 16.12.2002 – Kart 25/02 (V), WuW/E DE-R 1013, 1026 f. – *E.ON/Ruhrgas*.

51 BGH, 20.4.2010 – KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905, 2920 – *Phonak/GN Store*.

52 *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 42, Rn. 12.

steht dem Minister nicht zu.<sup>53</sup> Ein Ermessen hat er allerdings bei der Auswahl der in Betracht kommenden Auflagen und Bedingungen.<sup>54</sup>

## III. Vom Minister angeführte Gemeinwohlgründe im Fall Edeka/Tengelmann

Zum zweiten Mal in der Geschichte der Ministererlaubnisverfahren wird in Sachen *Edeka/Tengelmann* der Erhalt von Arbeitsplätzen als zentraler Gemeinwohlgrund vorgetragen.

Zum ersten Mal allerdings erklärt ein Minister, dass auch die „Mitbestimmungsstrukturen und [...] Tarifbindung [...] als Gemeinwohlgrund anerkennungsfähig“ seien.<sup>55</sup> Diese Aussage könnte dahingehend verstanden werden, dass Tarifverträge und betriebliche Mitbestimmung Gemeinwohlgründe im Sinne von § 42 Abs. 1 GWB darstellen, was ein Novum wäre. An anderer Stelle stellt die Verfügung jedoch klar, dass Tarifverträge „zur Absicherung“<sup>56</sup> der Arbeitsplätze abgeschlossen werden sollen; „durch“<sup>57</sup> regionale Tarifverträge soll mit den relevanten Gewerkschaften (ver.di und NGG) sichergestellt werden, dass in den ersten fünf Jahren keine Übertragung der Tengelmann-Filialen an SEH oder Dritte erfolgt.

Daraus wird deutlich, dass der Minister die Tarifbindung und betriebliche Mitbestimmung nicht als Gemeinwohlgründe (also Ziele im Sinne von § 42 Abs. 1 GWB) ansieht, sondern die Tarifbindung und betriebliche Mitbestimmung vielmehr als ein Mittel zur Erreichung des primären Ziels – nämlich Arbeitsplatzsicherheit – betrachtet. Durch diese Instrumentalisierung der Tarifbindung und betrieblichen Mitbestimmung wird die Ministererlaubnis aber der Disposition der Parteien und Dritter unterworfen. Sie müssten nämlich durch den Abschluss geeigneter Tarifverträge die Voraussetzungen für die Gemeinwohlgründe erst herbeiführen.<sup>58</sup>

Zur Absicherung, dass die aufschiebenden Bedingungen von den Parteien erfüllt werden, hat der Minister die Erlaubnis auch unter auflösenden Bedingungen erteilt,<sup>59</sup> wie z.B. die Verpflichtung von Edeka, die Geschäftsanteile von Tengelmann für fünf Jahre nach der Übernahme nicht an SEH oder Dritte zu veräußern. Eine weitere auflösende Bedingung bildet die Kündigung des Tarifvertrags mit den Gewerkschaften oder die Schließung von Tengelmann-Filialen. Bei Eintritt der auflösenden Bedingungen gilt die Ministererlaubnis als nicht erteilt, wobei sie erst dann als eingetreten gelten, wenn das BMWi dies nach Prüfung feststellt.

## IV. Die erste Abwägung des Ministers: Keine Ministererlaubnis für Edeka/Tengelmann

Im Fall *Edeka/Tengelmann* hat das Bundeskartellamt gravierende Wettbewerbeinschränkungen festgestellt. Diese wurden von der Monopolkommission bekräftigt und vom Minister nicht bestritten. Er schloss sich diesen Feststellungen an und führte zudem aus, dass durch den Zusammenschluss die schon vorhandene Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel weiter zunehmen werde, da Edeka – als mit Abstand größtes Unternehmen in dieser Branche – durch die Übernahme von Tengelmann weitere Marktanteile dazugewinnen werde. Ferner werde auf den Beschaffungsmärkten ein unabhängiger weiterer Absatzkanal vor allem für Markenartikelhersteller entfallen. Daher stufte der Minister das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung als erheblich ein.<sup>60</sup> Diese Gewichtung war die Grundvoraussetzung für die vom Minister vorzunehmende Abwägung.

Im Rahmen dieser Abwägung kam der Bundeswirtschaftsminister zunächst zu dem Befund, dass die Gemeinwohlgründe in der von den Antragstellern beantragten Form die erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen nicht aufwiegen können.<sup>61</sup> Edeka und Tengelmann hatten nämlich ursprünglich angeboten, 16 000 Arbeitsplätze durch Wachstum und Weiterführung bei gleichzeitiger Verwendung von Betriebsvereinbarungen ohne Beteiligung der Gewerkschaften zu erhalten. Weiterhin sollten die Tengelmann-Filialen bereits ab dem ersten Jahr der Übernahme an SEH übergeben werden und Regelungen zum Kündigungsschutz in freiwilligen Betriebsvereinbarungen ohne Beteiligung der Gewerkschaften nur für die Regionen Berlin und Nordrhein für einen begrenzten Zeitraum gelten.<sup>62</sup> Diese Angebote befand der Minister als unzureichend, um das öffentliche Interesse für die Erteilung der Ministererlaubnis zu begründen.

In der Abwägung zwischen Gemeinwohlgründen und Wettbewerbsbeschränkungen kam der Minister daher zum Ergebnis, dass eine Ministererlaubnis zu versagen wäre.

## V. Die zweite Abwägung des Ministers: Erteilung der Ministererlaubnis in Edeka/Tengelmann unter Bedingungen

Nach § 42 Abs. 2 S. 1 GWB kann der Minister die Erlaubnis mit Bedingungen oder Auflagen (Nebenbestimmungen) versehen, um die Wettbewerbsbeschränkungen auszugleichen. In der Ministerialpraxis wird davon regelmäßig Gebrauch gemacht, um Gemeinwohlvorteile zu sichern und die Wettbewerbsbeschränkungen teilweise zu neutralisieren.<sup>63</sup>

### 1. Zur Zulässigkeit der Bedingungen

Bedingungen sind zulässig, wenn sie im Antrag bzw. im angemeldeten Zusammenschlussvorhaben angelegt sind. Die angeordneten Bedingungen dürfen dabei nicht in der Weise gestaltet und ausgeweitet werden, dass erst diese das Zusammenschlussvorhaben erlaubnisfähig machen.<sup>64</sup> Ein Minister darf die Bedingungen nicht umformen, ergänzen oder konkretisieren, um die Grundlagen für einen Gemeinwohlbelang erst zu gestalten.

Ein solches Handeln ist nicht vom Erlaubnistratbestand des § 42 Abs. 1 GWB gedeckt. Die angeordneten Bedingungen in Sachen *Edeka/Tengelmann* sind nach § 42 Abs. 1 i.V.m. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB unzulässig. Der Minister hat die Bedingungen für die Erteilung der Ministererlaubnis erst während des Ministererlaubnisverfahrens und aus eigener Initiative ergänzt und konkretisiert. Er formulierte die von den Beteiligten vorgeschlagenen Zusagenangebote um und ergänzte

53 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1938 – Thyssen/Hüller.

54 Kellner, ThürVBl. 2003, 31, 32.

55 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 78 f. – *Edeka/Tengelmann*.

56 Ebenda, S. 9.

57 Ebenda, S. 8.

58 Auch wenn der Minister die Kernbedingungen der Tarifverträge vorgibt und die Einhaltung dieser kontrolliert, würden die Parteien die Gemeinwohlgründe erst erfüllen müssen.

59 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 11 ff. – *Edeka/Tengelmann*.

60 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 71 – *Edeka/Tengelmann*.

61 Ebenda, S. 97.

62 BMWi: „Gegenüberstellung des Antrags von EDEKA/KT auf Ministererlaubnis und der vom BMWi vorgesehenen Bedingungen zur Sicherung des Gemeinwohlgrundes „Erhalt der Arbeitsplätze und Beschäftigungsverhältnisse““ (aufzufinden auf der Internetseite des BMWi unter dem Stichwort Ministererlaubnis).

63 S. nur BMWi, Verf. v. 5.7.2002 – I B 1 – 220840/129, WuW/E DE-V 573, 594 f. – E.ON/Ruhrgas.

64 Kuhn, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 57 f.

sie mit eigenen Bedingungen, um die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Gemeinwohlvorteile so weit zu erhöhen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Ministererlaubnis in seiner Prognose erfüllt waren. Dazu sah er sich auf Druck und unter Hinweis auf die Rechtsmängel der Erlaubnis durch die am Verfahren Beigeladenen (insbesondere des REWE-Konzerns) veranlasst, nachdem er am 12.1.2016 in seiner Pressemitteilung angekündigt hatte, die Erteilung der Ministererlaubnis zu beabsichtigen. Erst während des Ministererlaubnisverfahrens ist er auf einige der Kritikpunkte der Beigeladenen (wie z. B. die Aufnahme von auflösenden Bedingungen, Verpflichtung zum Halten der Tengelmann-Filialen für fünf Jahre anstatt von einem Jahr, Abschluss rechtssicherer Tarifverträge unter Einbeziehung der Gewerkschaften anstatt freiwilliger Betriebsvereinbarungen) eingegangen und hat sie daraufhin unter Berücksichtigung dieser Kritik neu formuliert.<sup>65</sup>

Allerdings ist der Minister weder befugt noch ermächtigt, an einer Erlaubnis unter Nebenbestimmungen aktiv beizutragen. Er darf solche auch nicht aus eigener Initiative anordnen.<sup>66</sup> Die Nebenbestimmungen dürfen nicht dazu benutzt werden, einen Zusammenschluss, der kein Gemeinwohlinteresse fördert, so umzuformen, dass er nur aufgrund der Nebenbestimmung dem Gemeinwohlinteresse entspricht.<sup>67</sup> Dies liegt daran, dass der Minister keine Erlaubnis für einen anderen als den angemeldeten und im Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis zum Gegenstand gemachten Zusammenschluss erteilen darf.<sup>68</sup> Auch darf der Minister mithilfe der Nebenbestimmungen nicht die Wirtschaftlichkeit des Zusammenschlussvorhabens beseitigen, weil er ansonsten qualitativ eine Erlaubnis zu einem anderen Zusammenschluss als den von den Beteiligten geplanten gewährt.<sup>69</sup> Etwas anderes würde eine hoheitliche Gestaltung der Marktverhältnisse darstellen, die § 42 GWB nicht hergibt.

Der Minister konstruiert „Gemeinwohlgründe“, die in dem Antrag bzw. dem angemeldeten Zusammenschluss nicht angelegt waren. Dieses von ihm als „Erhöhung der Gemeinwohlgründe“ bezeichnete Verhalten ist unzulässig, da er damit *ex officio* aktive Wirtschaftssteuerung betreibt, die die Grenze des Normzwecks der Ministererlaubnis überschreitet.

## 2. Zweifel an der Geeignetheit der Bedingungen

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Bedingungen überhaupt geeignet sind, das Gemeinwohlkriterium der Arbeitsplatzsicherung nachhaltig und dauerhaft zu sichern.

Die Monopolkommission stellte in ihrem Gutachten in *Edeka/Tengelmann* fest, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen nur dann mit dem Erhalt von Arbeitsplätzen vereinbaren lassen, wenn eine nachhaltige strukturelle Arbeitslosigkeit<sup>70</sup> vermieden werde und andere erfolgsversprechende Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen. Die Monopolkommission erkannte, dass der Zusammenschluss bestimmte Regionen betrifft, die höhere Arbeitslosenquoten aufweisen. Allerdings gehen nach Ansicht der Monopolkommission die gegenwärtigen positiven gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen in Deutschland mit einer positiven Entwicklung des Arbeitsmarktes einher und auch die Branche des deutschen Lebensmitteleinzelhandels ist (gemessen an den Umsätzen im Vorjahr) stetig gewachsen. Da sich ferner die Arbeitsplätze bei Tengelmann nicht nur auf einen Standort konzentrieren, ist es eher wahrscheinlich, dass der Arbeitsmarkt einen großen Teil der Arbeitssuchenden kurz- bis mittelfristig aufnehmen könnte.

Diese Feststellungen lässt die Verfügung des Ministers weitgehend außer Betracht. Er argumentiert stattdessen, dass schon ein temporärer Erhalt der Arbeitsplätze<sup>71</sup> die Ministererlaubnis rechtfertige. Dies widerspricht jedoch dem Ausnahmeharakter der Ministererlaubnis und den damit einhergehenden hohen Anforderungen an die Allgemeinwohlgründe. Kurzfristige Vorteile reichen nicht aus. Wenn die Marktstruktur durch den Zusammenschluss dauerhaft verändert wird, müssen auch die Gemeinwohlgründe von Dauer sein.<sup>72</sup> Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund in Sachen *Edeka/Tengelmann* eine Ausnahme gemacht werden sollte.

Außerdem missachtet die Erlaubnis Erfahrungssätze, die über Jahrzehnte von früheren Bundeswirtschaftsministern in vergangenen Ministererlaubnisverfahren gesammelt und von der Monopolkommission in ihren Gutachten bestätigt wurden.<sup>73</sup> Wie zuvor in Abschnitt II. 2.b) (2) ausgeführt, wurde die Sicherung der Arbeitsplätze in den meisten vergangenen Ministererlaubnisverfahren nicht als Gemeinwohl im Sinne von § 42 Abs. 1 S. 1 GWB in Erwägung gezogen, weil sie nicht geeignet war, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis zu begründen. Der Fall *Babcock/Artos* aus dem Jahre 1976 ist der einzige Ausnahmefall in dieser Hinsicht. Nur wenige Jahre später (1978) freilich stellte die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten II fest,<sup>74</sup> dass sich im Rückblick insbesondere das Arbeitsplatzargument als „wenig stichhaltig“ erwiesen habe.

Ebenso räumte der Bundeswirtschaftsminister in seinem Erfahrungsbericht aus dem Jahre 1986 ein, dass sich rückblickend insbesondere das Arbeitsplatzargument nicht behauptet habe: Die Kapazitäts- und Arbeitsplatzentwicklung sei anders verlaufen als von den Unternehmen erwartet.<sup>75</sup> Der Bericht erläutert, dass konjunkturelle und strukturelle Entwicklungen im Allgemeinen für den Erhalt von Arbeitsplätzen von größerer Bedeutung seien als Zusammenschlüsse von Unternehmen, und dass Zusammenschlüsse gar zu größeren Arbeitsplatzverlusten führen als eine getrennte Weiterführung der beteiligten Unternehmen.

Angesichts klarer Erkenntnisse früherer Bundeswirtschaftsminister und der Monopolkommission, dass die Sicherung der Arbeitsplätze bei Fusionen wenig aussichtsreich ist, sowie der klaren Vorstellung des Ministers, lediglich temporär Arbeitsplätze zu sichern, sind die angeordneten Bedingungen vorliegend nicht geeignet, um eine dauerhafte und nachhaltige Sicherung der Arbeitsplätze bei Tengelmann zu gewährleisten.<sup>76</sup>

## 3. Verstoß gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle

Die vom Bundeswirtschaftsminister erteilten Nebenbestimmungen dürfen nach § 40 Abs. 3 S. 2 GWB nicht darauf gerichtet sein, die be-

65 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 46, 59 – *Edeka/Tengelmann*.

66 Vgl. *Kuhn*, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 113.

67 Bremer, im MüKo, GWB, 2. Aufl. 2015, § 42, Rn. 33.

68 In diesem Sinne: *Kallfäßl*, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl. 2014, § 42, Rn. 13.

69 *Kuhn*, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 57 f.

70 Monopolkommission, Sondergutachten 70, 2015, S. 44 f. m. w. N. – *Edeka/Tengelmann*.

71 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 76 – *Edeka/Tengelmann*.

72 *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen u. a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 42, Rn. 9.

73 S. dazu: BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 98 – *Edeka/Tengelmann*.

74 Monopolkommission, Hauptgutachten II, 1978, Rn. 453; vgl. auch *Mattes*, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, 2004, S. 90.

75 Erfahrungsbericht des Bundesministers für Wirtschaft über Ministererlaubnisverfahren bei Firmenfusionen, ZIP 1986, 1085, 1086.

76 Siehe insofern auch die Ausführungen unter Abschnitt II. 2.b) aa) zum Gebot der restriktiven Auslegung der Gemeinwohlgründe.

teiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf soll das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle gerade vermeiden, dass die Ministererlaubnis „in eine industriepolitische Sektoruntersuchung umschlage und den Wettbewerb durch Verpflichtungen zu unternehmerischem Wohlverhalten verdränge“.<sup>77</sup> Ein Verstoß führt deshalb nach Ansicht des Gerichts zu ernstlichen materiell-rechtlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Ministererlaubnis.<sup>78</sup>

Die Edeka und Tengelmann auferlegten Bedingungen, in den ersten fünf Jahren nach Übernahme von Tengelmann Arbeitsplätze zu erhalten, Tarifverträge abzuschließen sowie Tengelmann-Filialen zu halten, stellen eine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle dar, die auf die Steuerung eines bestimmten Marktverhaltens der Beteiligten gerichtet ist. Dieses Verhalten soll vom BMWi kontinuierlich überwacht sowie darüber jährlich an das BMWi berichtet werden. Ausweislich der Verfügung vom 9.3.2016 muss Edeka für fünf Jahre ab dem Stichtag der Übernahme von Tengelmann jährlich einen Statusbericht an das BMWi über die Einhaltung der Bedingungen abgeben.<sup>79</sup> Mit dieser fortlaufenden Kontrolle wird das Ministererlaubnisverfahren zur politischen Steuerung<sup>80</sup> der Strukturverhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel instrumentalisiert.

Schon im Verfahren *Babcock/Artos* wurde vom seinerzeitigen Bundeswirtschaftsminister festgestellt, dass eine Auflage, keine Entlassungen vorzunehmen, gegen das gesetzliche Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle verstößt.<sup>81</sup> In *Kali + Salz/PCS* konnte die mangelnde Sicherheit in Bezug auf den Erhalt der Arbeitsplätze bei dem neu fusionierten Unternehmen nicht, wie von den Parteien vorgeschlagen, durch Auflagen beseitigt werden, da nach Ansicht des Ministers ansonsten eine verbotene Verhaltenskontrolle vorgelegen hätte.<sup>82</sup> In *E.ON/Ruhrgas* wurden Maßnahmen, die auf die Beseitigung von Marktzutritts-schranken gerichtet sind, und Vertriebsregelungen, die anderen Unternehmen den Zugang zu Bezugs- und Absatzmärkten eröffnen sollen, als unzulässige Verhaltenskontrolle gewertet.<sup>83</sup>

Der Bundeswirtschaftsminister setzt sich in *Edeka/Tengelmann* über diese Erkenntnisse hinweg und erklärt, allerdings ohne weitere Begründung, dass die Erfüllung der auferlegten Bedingungen sowie die jährliche Berichterstattung im Fall *Edeka/Tengelmann* keine laufende Verhaltenskontrolle darstellten. Seiner Ansicht nach stellt die Bedingung, in den ersten fünf Jahren keine Tengelmann-Filialen an SEH zu verkaufen, eine rein strukturelle Vorgabe dar, um Tengelmann in seinen Grundstrukturen für diese Laufzeit zu erhalten.<sup>84</sup> Gleiches gilt seiner Ansicht nach für die abzuschließenden Tarifverträge, weil die Bedingungen lediglich die Eckpunkte für Tarifverhandlungen zur Sicherung der Arbeitsplätze sowie zur Erhaltung der Arbeitnehmerrechte vorgäben, es aber im Übrigen den Vertragsparteien selbst obliege, im Einzelnen tarifvertragliche Regelungen zu treffen und deren Einhaltung durch geeignete Mechanismen zu kontrollieren.<sup>85</sup>

Der Minister verkennt nicht nur, dass erklärtermaßen aktiv gesteuert werden soll, was der Erlaubnistratbestand des § 42 Abs. 1 GWB allerdings nicht hergibt (s. oben Abschnitt V.1.). Er verkennt auch, dass sich das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle auf die *kontinuierliche* Kontrolle des Verhaltens der Unternehmen am Markt und nicht nur auf eine einmalige Prüfung bezieht, wie strukturelle Änderungen sie typischerweise erfordern. Auch mag die Halteverpflichtung oder tarifvertragliche Bindung ein strukturelles Element beinhalten, sie zielt jedoch primär auf die fortlaufende Kontrolle und Steuerung eines bestimmten, dem politischen Interesse des Ministers dienenden Marktverhaltens der Unternehmen ab.

## 4. Nichtberücksichtigung der Interessen aller betroffenen Arbeitnehmer

Nach § 42 Abs. 1 GWB müssen die allgemeinen, gesamtwirtschaftlichen Interessen gewürdigt werden. Die Verfügung verkennt, dass die Ministererlaubnis nicht nur den Individualinteressen<sup>86</sup> der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zugute kommen darf. Die Arbeitsplatzsicherung als *Gemeinwohlbelang* muss allen betroffenen Arbeitnehmern zugute kommen, d.h. auch den Arbeitnehmern auf der Beschaffungs- bzw. Lieferantenseite. Den Schutz dieser Arbeitnehmer erwähnt die Ministerverfügung jedoch mit keinem Wort. Stattdessen rückt sie die Individualvorteile von Edeka und Tengelmann in den Fokus der Beurteilung, und setzt sich damit über den anerkannten Grundsatz hinweg, dass die von § 42 Abs. 1 GWB geforderte „gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise nicht die Erhaltung von Arbeitsplätzen bei einzelnen Unternehmen zur isolierten Zielvorstellung erheben“ darf.<sup>87</sup> Eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung des Zusammenschlusses darf nicht aus Gründen der Arbeitsplatzsicherheit ausschließlich bei *einzelnen* Unternehmen<sup>88</sup> stattfinden. Etwas anderes ist im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG bedenklich.<sup>89</sup>

Vielmehr hat der Minister bei seiner Entscheidung zu beachten, dass das Interesse am Erhalt der Arbeitsplätze der Beschäftigten auf der Absatz- wie auf der Beschaffungsseite gleichermaßen aufgewogen wird und eine unterschiedliche Bewertung oder Gewichtung dieser Interessen gerechtfertigt sein muss. Er muss zudem auch prüfen, ob die Schaffung von Arbeitsplätzen bei den Zusammenschlussbeteiligten zu einer Gefährdung von Arbeitsplätzen bei konkurrierenden Unternehmen führen kann.<sup>90</sup> Auch diese Interessen hat die Verfügung nicht berücksichtigt.

## VI. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Ministererlaubnis

### 1. Rechtsmittel

Gegen die Verfügung des BMWi kann gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 GWB Beschwerde eingelegt werden. Über die Beschwerde entscheidet das OLG Düsseldorf in ausschließlicher Zuständigkeit.<sup>91</sup> Beschwerdeberechtigte sind die Beteiligten des Erlaubnisverfahrens, darunter die Antragsteller (§ 63 Abs. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 GWB) und alle Beigeladenen.<sup>92</sup>

77 OLG Düsseldorf, 16.12.2002 – Kart 25/02 (V), WuW/E DE-R 1013, 1026 – *E.ON/Ruhrgas*.

78 Ebenda, S. 1028.

79 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 11, 58 – *Edeka/Tengelmann*.

80 Vgl. Möschel, BB 2002, 2077, 2081, wonach im Ministererlaubnisverfahren eine allzu „laufende“ Kontrolle nicht die Grenze zu industriepolitisch motivierter Steuerung überschreiten darf.

81 BMWi, Verf. v. 17.10.1976 – I B 6 – 221024/26, WuW/E BMW 155, 159 – *Babcock/Artos*.

82 BMWi, Verf. v. 22.7.1997 – I B 6 – 220840/112, WuW/E BMW 225, 230 – *Kali+Salz/PCS*.

83 OLG Düsseldorf, 16.12.2002 – Kart 25/02 (V), WuW/E DE-R 1013, 1026 – *E.ON/Ruhrgas*.

84 BMWi, Verf. v. 9.3.2016 – I B 2 – 220850/01, S. 111 – *Edeka/Tengelmann*.

85 Ebenda.

86 Vgl. *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen u.a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 42, Rn. 5.

87 BMWi, Verf. v. 1.8.1977 – I B 6 – 220840/20, WuW/E 10/1977, 159, 162 – *Thyssen/Hüller*.

88 Vgl. *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen u.a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 42, Rn. 5.

89 Vgl. *Mattes*, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, 2004, S. 91.

90 In diesem Sinne Monopolkommission, Sondergutachten 36, 2003, S. 52 – *Holtzbrinck/Berliner Verlag*.

91 § 63 Abs. 4 S. 1 GWB. Das Land Nordrhein-Westfalen hat von der Möglichkeit des § 91 Abs. 1 GWB Gebrauch gemacht, durch Verordnung das OLG Düsseldorf als ausschließlich zu bestimmen.

92 BGH, 7.4.2009 – KVR 58/08, WuW/E DE-R 2725, 2726 – *Universitätsklinikum Greifswald*.

Mit der Beschwerde können neben Auflagen auch aufschiebende Bedingungen nach § 42 Abs. 1 VwGO angefochten werden. Die Beschwerde gegen eine vom Bundeswirtschaftsminister erteilte Ministererlaubnis hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.<sup>93</sup> Zusammenschlüsse können daher trotz Beschwerde vollzogen werden. Beigeladene Dritte können dies jedoch verhindern, indem sie beim OLG Düsseldorf einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde stellen,<sup>94</sup> was REWE im Fall *Edeka/Tengelmann* auch getan hat.<sup>95</sup>

## 2. Kontrolle der Entscheidung auf Erteilung der Ministererlaubnis

Die Ministererlaubnis ist gerichtlich grundsätzlich überprüfbar. Dabei muss zwischen dem Beurteilungsspielraum (also Würdigung der Gemeinwohlgründe) einerseits und der Entscheidung auf Erteilung der Ministererlaubnis andererseits unterschieden werden. Wie oben im Abschnitt II. 2.a) aa) ausgeführt, muss der Minister (soweit die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 GWB nach Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im konkreten Individualfall vorliegen) die Ministererlaubnis erteilen; er hat auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen. Diese gebundene Entscheidung unterliegt einer uneingeschränkten gerichtlichen Prüfung.<sup>96</sup> Ebenfalls gerichtlich voll überprüfbar ist, ob eine verbotene laufende Verhaltenskontrolle im Sinne des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB vorliegt.

## 3. Kontrolle des Beurteilungsspielraums

Der Beurteilungsspielraum im Rahmen der Würdigung der vorgefundenen Gemeinwohlgründe ist nur eingeschränkt der gerichtlichen Überprüfung zugänglich. Nach § 71 Abs. 5 S. 2 GWB ist die „Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung“ (die Gegenstand der Prüfung der Voraussetzungen nach § 42 Abs. 1 GWB ist) der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Obwohl diese Vorschrift nur für Ermessensentscheidungen gilt, ist in Rechtsprechung<sup>97</sup> und Literatur<sup>98</sup> anerkannt, dass sie analog auf die Ministererlaubnis anwendbar ist. Als Argument wird angeführt, dass es nicht Aufgabe der Judikative sei, die vom Minister getroffenen wirtschaftspolitischen Wertungen zu hinterfragen.<sup>99</sup> Bei Vorschriften mit Beurteilungsspielraum hat der Gesetzgeber die Wertentscheidung getroffen, dass die Exekutive in bestimmten Fällen die Letzentscheidungskompetenz<sup>100</sup> behalten soll.

Diese Entscheidungskompetenz unterliegt immer noch der Willkürkontrolle;<sup>101</sup> das Gericht kann prüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten wurden, ob gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wurde, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen zugrunde gelegt wurden.<sup>102</sup>

Für die Ministererlaubnis bedeutet dies, dass die Würdigung der „gesamtwirtschaftlichen Vorteile“ und des „überragenden Interesses“ sowie die Abwägung zwischen den festgestellten Gemeinwohlgründen einerseits und der Wettbewerbsbeschränkung andererseits gerichtlich nicht überprüft werden können.<sup>103</sup> Hingegen ist gerichtlich voll überprüfbar, ob „die zugrundeliegenden Tatsachen ohne Verfahrensverstoß richtig und vollständig festgestellt worden sind“.<sup>104</sup> So betont das KG Berlin in seinem Beschluss über die Ministererlaubnis in *Thyssen/Hüller*: „Nur das Subsumptionsergebnis ist der Überprüfung durch die Gerichte entzogen, nicht die einzelnen vorgelagerten Erhebungen, Feststellungen und Erwägungen, die zur Ergebnisfindung erforderlich waren.“<sup>105</sup> Aus diesem Grunde kann die gerichtliche Kontrolle sich nur auf das Vorliegen

von Verfahrensverstößen, sachfremden Erwägungen, Verstößen gegen allgemeine Bewertungsmaßstäbe und auf die Frage beschränken, ob die Entscheidung des Ministers im Ergebnis vernünftig und vertretbar ist.<sup>106</sup>

## VII. Zusammenfassung und Ausblick

Ministererlaubnisse sind seit ihrer Einführung an mehrfach kritisiert worden und waren vor allem seit *E.ON/Ruhrgas* im Jahre 2002 besonderer Kritik ausgesetzt. Die Entscheidung über die Erteilung der Ministererlaubnis im Fall *Edeka/Tengelmann* lässt diese Kritik nicht abebben und verschärft eher die Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Bestehens. Da der Minister in diesem Fall außerwettbewerbliche Gesichtspunkte so stark nach vorne schiebt, dass die Grenzen zwischen politischer Programmatik und dem eigentlichen Ausnahmeharakter der Ministererlaubnis verschwimmen, wird die Effektivität der Fusionskontrolle insgesamt in Frage gestellt.

Teile der Literatur<sup>107</sup> sowie das BMWi<sup>108</sup> sahen die inhärente Missbrauchsgefahr in früheren Ministererlaubnisverfahren als unbegründet an. Es wurde argumentiert, die Ministererlaubnis sei nur in wenigen Fällen relevant geworden und die vermutete Untergrabung der Autorität des Bundeskartellamtes könne schon angesichts der geringen Durchführung von Ministererlaubnisverfahren nicht bestätigt werden.<sup>109</sup> Die Ministererlaubnis in Sachen *Edeka/Tengelmann* zeigt aber, dass sie vom politischen Interventionsinstrument zur wirtschaftspolitischen Struktursteuerung mutieren kann.<sup>110</sup>

Die Ministererlaubnis mag bei ihrer Einführung 1973 ein geeignetes Instrument gewesen sein, um seinerzeit vermeintlich fehlende Erfahrungswerte über den tatsächlichen Nutzen einer Zusammenschlusskontrolle, die ebenfalls 1973 in das GWB aufgenommen wurde, auszugleichen.<sup>111</sup> Dass sie aber noch heute ihre Berechtigung darin finden soll, vermeintlichen politischen Druck vom Bundeskartellamt zu nehmen und die „unabhängige Rechtsanwendung“ des Amtes sicherzustellen,<sup>112</sup> ist nicht begründbar. Es gibt kaum noch Rechtfertigung für politische Korrekturen in einem der weltweit am meisten anerkannten und entwickelten Wettbewerbsrechtssysteme wie dem des deutschen Wettbewerbsrechts.

Seit dreißig Jahren hat gerade die Arbeitsplatzsicherung als Gemeinwohlbelang in Ministererlaubnisverfahren einen schweren Stand.

93 Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 42, Rn. 175.

94 Ebenda.

95 OLG Düsseldorf, PM vom 21.3.2016 – „Übernahme Kaiser's/Tengelmann durch Edeka: Beschwerde gegen Ministererlaubnis“.

96 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1938 – Thyssen/Hüller.

97 Ebenda.

98 S. nur Bremer, in: Müko, GWB, 2. Aufl. 2015, § 42, Rn. 74 m. w.N.

99 Mattes, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, 2004, S. 242.

100 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 40, Rn. 99f.

101 Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 42, Rn. 181.

102 BVerwG, 26.6.1980 – 2 C 8/78, NVwZ-RR 1990, 619, 620; BVerwG, 24.2.2008 – 6 C 15.07, NVwZ 2008, 1359, 1361; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 40, Rn. 115.

103 Riesenkampff/Steinbarth, in: Loewenheim/Meessen u.a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 42, Rn. 23.

104 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1939 – Thyssen/Hüller.

105 Ebenda.

106 KG Berlin, 7.2.1978 – Kart 15/77, WuW/E OLG 1937, 1939 – Thyssen/Hüller; Bremer, in: Müko, GWB, 2. Aufl. 2015, § 42, Rn. 74f.; Bunte, BB 2002, 2393, 2397.

107 Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 42, Rn. 3.

108 Erfahrungsbericht des Bundesministers für Wirtschaft über Ministererlaubnisverfahren bei Firmenfusionen, ZIP 1986, 1085.

109 Kuhn, in: FK, Lfg. 81, Sept. 2014, GWB § 42, Rn. 6.

110 Zur Kritik s. auch Podszun, NJW 2016, 617, 617ff.

111 Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gesetzesentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. VI/2520, 31.

112 Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 17/9852, 20.

Prognosen der Unternehmen haben sich als unrichtig erwiesen oder die Fusionen waren schlichtweg nicht das geeignete Mittel, um Arbeitsplätze zu erhalten.<sup>113</sup> Frühere Bundeswirtschaftsminister und die Monopolkommission haben mit Recht von dieser Argumentation Abstand genommen und sich stattdessen auf andere Gemeinwohlgründe konzentriert.

Die Rechtfertigung der Ministererlaubnis in Sachen *Edeka/Tengelmann* auf Grundlage der Arbeitsplatzsicherung ist nicht nur im Hinblick auf die Wirksamkeit der Fusionskontrolle<sup>114</sup> problematisch. Der Normzweck des § 42 Abs. 1 GWB als Ausnahmeintervention vermag jedenfalls nicht die aktive Steuerung der Beteiligten zur Arbeitsplatzsicherung, noch dazu unter notwendiger Beteiligung Dritter wie der Gewerkschaften, zu rechtfertigen.

113 Ebenda, 92.

114 In diesem Sinne auch *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl. 2014, § 42, Rn. 7.

**Dr. Andrea Pomana**, RAin, betreut bei Debevoise & Plimpton LLP in Frankfurt a.M. das europäische und deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht.



**Jennifer Nahrmann**, LL.M. (Maastricht), ist Rechtsreferendarin und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Debevoise & Plimpton LLP in Frankfurt a.M.



Dr. Christian Conreder, RA, und Ulrike Schild, LL.M. (Aberdeen), RAin

## Die Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD II) – Auswirkungen auf die Realwirtschaft

Die Auswirkungen der Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD II) stellen nicht nur für Banken große organisatorische und strategische Herausforderungen dar, auch die Auswirkungen auf die Realwirtschaft sind nicht minder von Bedeutung. Anders als für Banken finden die Auswirkungen auf die Realwirtschaft aber in der Literatur zu Unrecht weniger Beachtung. Der Aufsatz stellt daher die PSD II durch eine „realwirtschaftliche Brille“ dar und gibt erste Handlungsempfehlungen und Praxistipps.

### I. Einleitung

Aufsetzend auf die Zahlungsdiensterichtlinie I (PSD I)<sup>1</sup> trat am 12.1.2016 die PSD II<sup>2</sup> in Kraft, die die Mitgliedstaaten nach Art. 115 Abs. 1 PSD II bis zum 13.1.2018 umsetzen müssen.<sup>3</sup>

Anders als eine Verordnung, die unmittelbar geltendes Recht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) darstellt, bedarf eine Richtlinie gemäß Art. 288 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) der Umsetzung in nationales Recht. Dabei kommt den Mitgliedstaaten nur in begrenztem Maß ein eigener Gestaltungsspielraum zu, da die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichen Ziels verbindlich ist (Art. 288 AEUV). Im Zuge der Umsetzung der PSD II sind in Deutschland u.a. Änderungen des Kreditwesengesetzes (KWG), des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (ZAG) und des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu erwarten. Mit einem Referentenentwurf für ein Umsetzungsgesetz ist bis Ende des Jahres 2016 zu rechnen. Ferner wird die European Banking Authority (EBA) in Zusammenarbeit mit der Europäischen Zentralbank (EZB) zu unterschiedlichen Bereichen der PSD II Leitlinien und technische Regulierungsstandards (RTS) erarbeiten. Diese gelten dann unmittelbar und bedürfen keines Umsetzungsaktes durch die nationalen Gesetzgeber.

### II. Änderungen durch die PSD II

Zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Zahlungsverkehr, Schaffung von mehr Rechtsklarheit und Regelung von Regulierungslücken sieht die PSD II insbesondere folgende Änderungen vor:

#### 1. Einschränkungen von Ausnahmen

Mehr noch als für Banken sind die bereits durch die PSD I festgelegten Ausnahmetatbestände für die Realwirtschaft von besonderer Bedeutung. Diese werden durch die PSD II – wie nachfolgend beschrieben – beschränkt bzw. konkretisiert.

Die Beschränkungen betreffen insbesondere die Ausnahmen für Handelsagenten, begrenzte Netze und elektronische Dienste. Diese werden von Marktteilnehmern am häufigsten in Anspruch genommen, sind aber gleichzeitig mit den meisten Rechtsunsicherheiten behaftet.<sup>4</sup> Sie sind beispielsweise für Online-Handelsplattformen und Vermittler interessant, da sie von der Erlaubnispflicht nach § 8 Abs. 1 ZAG befreien.

#### a) Handelsagentenprivileg

Die PSD II sieht eine Änderung des Art. 3 lit. b PSD I vor und regelt nunmehr in Art. 3 lit. b PSD II, dass die Richtlinie nicht für „Zah-

1 RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der RL 97/5/EG, ABl. EU L 319 vom 5.12.2007.

2 RL (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG, ABl. EU L 337 vom 23.12.2015.

3 Gesamtübersichten über die PSD II finden sich bei *Bauer/Glos*, DB 2016, 456; *Hingst/Lösing*, BKR 2014, 315.

4 *Terlau*, ZBB 2014, 291, 293.