

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 – RA Dr. Ingo Brinker – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittrich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Armin Jungbluth – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész, Brüssel

NZKart

6 2016

Seiten 245–300

4. Jahrgang

10. Juni 2016

Editorial

Prof. Dr. Torsten Körber

Wettbewerb vs. Arbeitsplätze? – Anmerkungen zum Ministererlaubnisverfahren Edeka/Tengelmann

Die Untersagung des Zusammenschlusses *Edeka/Tengelmann* vom 31.3.2015, mehr aber noch die am 17.3.2016 bekanntgemachte Ministererlaubnis vom 9.3.2016 (wiedergegeben in NZKart 2016, 193) haben hohe Wellen geschlagen. Der Vorsitzende der Monopolkommission, *Daniel Zimmer*, trat aus Protest gegen die Ministererlaubnis noch am Tag der Bekanntgabe zurück. Er bezeichnete die Ministererlaubnis als die schlechteste aller Lösungen; sie schade dem Wettbewerb und dieser Nachteil werde nicht durch Gemeinwohlvorteile, insbesondere auch nicht durch den angestrebten Erhalt von rund 16.000 Arbeitsplätzen, aufgewogen. Die Konkurrentin Rewe, die beim Übernahmepoker um Tengelmann leer ausgegangen war, legte einen Tag später Beschwerde gegen die Ministererlaubnis beim OLG Düsseldorf ein. Später folgten weitere Beschwerden der Konkurrenten Markant und Norma.

Zimmers Vorgänger *Justus Haucap* bewertete den Zusammenschluss allerdings deutlich anders. Er betonte, der wesentliche Wettbewerbsdruck im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) sei ohnehin nicht von Tengelmann ausgegangen, sondern von Discountern wie Lidl und Aldi (Manager-Magazin vom 15.1.2016). *Haucap* äußerte daher die Erwartung, dass der Wettbewerb sich durch den Zusammenschluss sogar noch beleben werde (n-tv, 17.3.2016). Ähnlich entspannt hatte auch die Monopolkommission die Konzentration im LEH noch in ihrem 19. Hauptgutachten vom Juni 2012 gesehen (dort Tz. 128, 1051). Und sogar die Beschwerdeführerin Rewe scheint eher von einer Belebung des Wettbewerbs auszugehen, denn würde sie von dem Zusammenschluss, wie das BKartA meint, durch „Zweitrundeneffekte“ profitieren, müsste sie sich eigentlich darüber freuen statt dagegen zu klagen.

Der Untersagungsbeschluss des BKartA wirft auch sonst etliche Zweifel auf. Schon die von der bisherigen Praxis des

Amtes abweichende Marktabgrenzung überzeugt nicht. Das Amt geht bei der sachlichen Marktabgrenzung von einem sehr eingeschränkten Verbraucherleitbild aus, das preissensible Kunden (und damit den Wettbewerb durch die Discounter Aldi und Lidl) weitgehend ausblendet, und es nimmt in Großstädten eine räumliche Marktabgrenzung nach Stadtbezirken – und damit anhand politischer statt ökonomischer Kriterien – vor, durch welche der Wettbewerbsdruck durch SB-Warenhäusern wie Real oder Kaufland relativiert wird. Auch den SIEC-Test wendet das Amt in seinem ersten SIEC-Fall nicht überzeugend an, da es weder das Regelbeispiel des Marktbeherrschungstests prüft, noch eine umfassende, ökonomisch fundierte Wirkungsanalyse vornimmt (dazu im Einzelnen *Körber*, ZWeR 2/2016). Vor diesem Hintergrund erscheint es erfreulich, dass Edeka und Tengelmann am 15.4.2016 nunmehr doch beim OLG Düsseldorf Kartellbeschwerde gegen die Entscheidung des BKartA eingelegt haben, um diese Wettbewerbsfragen einer gerichtlichen Klärung zuzuführen.

Mit Blick auf die üblicherweise lange Dauer solcher Beschwerdeverfahren hatten sich die Parteien im letzten Jahr allerdings zunächst gegen eine solche Kartellbeschwerde und für das Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB entschieden. In Ministererlaubnisverfahren soll eine Entscheidung innerhalb von vier Monaten ergehen, auch wenn es im konkreten Fall effektiv ein ganzes Jahr bis zur endgültigen Freigabe gedauert hat.

Im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens muss der Bundeswirtschaftsminister eine letztlich politische Entscheidung treffen. Er muss prüfen, ob die vom BKartA festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt wird (dazu auch *Maier-Rigaud/Schwalbe*, NZKart 2015, 289).

Die lange Verfahrensdauer macht deutlich, dass *Sigmar Gabriel* und seine Beamten sich diese Entscheidung nicht leicht gemacht haben. Dies dürfte auch daran gelegen haben, dass der Aspekt der Arbeitsplatzsicherung bisher zwar in nahezu jedem Ministererlaubnisverfahren vorgetragen wurde, aber nie zuvor eine so zentrale Rolle gespielt hat wie in diesem Fall. Die Monopolkommission erkennt die Arbeitsplatzsicherung in ihrer Praxis durchaus als Gemeinwohlbelang i. S. d. § 42 GWB an, doch ist sie der Auffassung, dass dieses Ziel eher durch beschäftigungspolitische Instrumente erreicht werden sollte. Dieser Linie ist sie auch im Ministererlaubnisverfahren *Edeka/Tengelmann* treu geblieben (Sondergutachten 70, Tz. 138 ff.). Ihr Votum hat allerdings nur beratende Funktion. Dass ein Minister dem Rat der Monopolkommission nicht folgt, ist kein Novum. Bereits 1989 entschied der damalige Bundeswirtschaftsminister *Haussmann* im Fall *Daimler/MBB* gegen ein Votum der Monopolkommission (Sondergutachten 18). Auch damals trat deren Vorsitzender, *Ulrich Immenga*, aus Protest gegen die Freigabe des Zusammenschlusses zurück.

Ob das Arbeitsplatzargument gegenüber dem Wettbewerbschutz Vorrang haben soll, wie der Minister meint, ist weniger eine juristische als eine politische Entscheidung. Der Minister genießt insoweit zwar kein Ermessen („erteilt auf Antrag die Erlaubnis“). Er verfügt aber über einen nicht justitiablen (da letztlich politisch determinierten) Beurteilungsspielraum. Seine Entscheidung kann mit der Kartellbeschwerde vor dem OLG Düsseldorf angegriffen werden. Das OLG nimmt bei einer Nachprüfung von Ministererlaubnisentscheidungen nach § 42 GWB letztlich nur eine Will-

kürkontrolle vor, d. h. es prüft, ob die Tatsachen richtig und vollständig festgestellt und die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden und ob die Entscheidung ohne Willkür getroffen und nachvollziehbar begründet worden ist (vgl. im Einzelnen *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 5. Aufl. 2014, § 42 GWB, Rn. 179 ff. mit Verweis auf KG WuW/E OLG 1937, 1939 – *Thyssen/Hüller*). Bei Anlegung dieses Maßstabs dürften die Erfolgsaussichten der laufenden Beschwerden gegen die Ministererlaubnis gering sein. Freilich enthalten die Nebenbestimmungen zur Ministererlaubnis diverse Aspekte, über welche sich die Tarifvertragsparteien noch einig werden müssen. Insoweit könnten sich die Verhandlungen mit Verdi als problematisch erweisen. Die Beschwerde von *Edeka* und *Tengelmann* gegen den Untersagungsbeschluss des BKartA erscheint demgegenüber durchaus erfolgversprechend, da dieser Beschluss Einiges zu wünschen übriglässt.

Aus der Warte des Wettbewerbs erscheint zwar bedauerenswert, dass es überhaupt zu einem (scheinbaren) Showdown „Wettbewerb vs. Arbeitsplätze“ gekommen ist. Auch ist nicht auszuschließen, dass es auf einzelnen lokalen Märkten zu Wettbewerbseinbußen kommt, während der Wettbewerbsdruck auf anderen Märkten steigt. Sorgen um den Wettbewerb im deutschen LEH insgesamt erscheinen aber unbegründet. Der Wettbewerb im LEH ist in der Summe trotz – und vielleicht sogar wegen – der hohen Konzentration sehr vital und das Preisniveau niedrig. Daran wird sich auch durch den Zusammenschluss *Edeka/Tengelmann* nichts ändern. Und wenn dann auch noch die Arbeitsplätze erhalten bleiben, umso besser. ■