

Die Ministererlaubnis im Fall Edeka / Kaiser's Tengelmann – wer hat Recht?

Das OLG Düsseldorf sorgte mit seiner Entscheidung für Schlagzeilen und stoppt den Deal. Eine Aufbereitung des aktuellen und brisanten Falls.



Mit einer mutigen Entscheidung hat das OLG Düsseldorf für Schlagzeilen gesorgt. Es ordnete mit Beschluss vom 12. Juli 2016 die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von Rewe und Markt gegen die Ministererlaubnis für die Über-

nahme von Kaiser's Tengelmann durch Edeka an und stoppte damit vorerst den Vollzug des Deals.¹ Und wie-

¹ Beschluss vom 12.7.2016 – VI – Kart 3/16 (V), erhältlich in der Entscheidungsdatenbank NRW unter <https://www.justiz.nrw.de/BS/nrwe2/index.php>.

der ist der BGH gefragt.² Bundeswirtschaftsminister Gabriel hat gegen den OLG-Beschluss die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben, um die Entscheidung des OLG Düsseldorf durch den BGH prüfen zu lassen. Der Bundeswirtschaftsminister und Edeka haben darüber hinaus die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde erhoben (§ 74 Abs. 4 GWB), mit der nur bestimmte, schwerwiegende Verfahrensmängel gerügt werden können. Einen Entscheidungstermin hat der BGH für den 15. November 2016 angesetzt. In der Hauptsache hat das OLG Düsseldorf noch nicht entschieden. Nicht entschieden ist zudem über die Beschwerde von Edeka gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts vom 31. März 2015.

Das Bundeskartellamt war in seiner Untersagungsverfügung zum Ergebnis gekommen, dass durch den geplanten Deal effektiver Wettbewerb in bestimmten räumlich relevanten (regionalen bzw. auf Stadtbezirke beschränkten) Märkten des Lebensmitteleinzelhandels sowie auf verschiedenen Beschaffungsmärkten erheblich behindert würde. Die Zusagenangebote der Zusammenschlussbeteiligten sah das Bundeskartellamt unter anderem aufgrund der Standortauswahl als nicht ausreichend an. Die Unternehmen beantragten eine Ministererlaubnis und legten gegen die Untersagungsentscheidung Beschwerde ein. Die Monopolkommission riet in ihrer gutachtlichen Stellungnahme vom 3. August 2015 von der Ministererlaubnis ab.

1. Die Ministererlaubnis in der deutschen Fusionskontrolle

Mit der Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 1 GWB wird ein vom Bundeskartellamt untersagter Zusammenschluss genehmigt. Während das Bundeskartellamt prüft, ob ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt – insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – ist Voraussetzung für die Ministererlaubnis, dass im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überlegendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Ministererlaubnis ist eine gebundene Entscheidung („der Bundesminister [...] erteilt“), jedoch bestehen Beurteilungsspielräume, die auch wirtschaftspo-

litische Einschätzungen umfassen.³ Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung ist nach § 71 Abs. 5 S. 2 GWB der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Die vorgelagerten Erhebungen, Feststellungen und Wertungen sind von dieser Ausnahme jedoch ebenso wenig erfasst wie die Auslegung der in § 42 GWB genannten Rechtsbegriffe.⁴

Seit 1974 wurde in 22 Fällen eine Ministererlaubnis beantragt. Hiervon waren nur neun Anträge erfolgreich bzw. teilweise erfolgreich (teilweise mit Nebenbestimmungen).⁵

2. Die Ministererlaubnis für EDEKA/ Kaiser's Tengelmann

Die Ministererlaubnis nennt als wesentlichen Gemeinwohlgründe den Arbeitsplatzertand und die Erhaltung der Arbeitnehmerrechte. Diese könnten nur durch eine Gesamtübernahme sichergestellt werden. Die Nebenbestimmungen zur Erlaubnis haben das Ziel, die in der Ministererlaubnis anerkannten Gemeinwohlgründe abzusichern. Dazu gehören unter anderem der Abschluss von Tarifverträgen, der Erhalt von Betriebsratsstrukturen und Kündigungsschutz. Andere vorgetragene Gemeinwohlgründe wie die Entlastung öffentlicher Haushalte (Steuermindereinnahmen ohne die Übernahme), Erhaltung einer tiefen und breiten Versorgungsstruktur, Förderung der Selbständigkeit bzw. von mittelständischen Strukturen (selbständige Lebensmitteleinzelhändler bei Edeka) und die Förderung regionaler Versorgungsketten werden in der Erlaubnisentscheidung nicht anerkannt.

3. Der Beschluss des OLG Düsseldorf 16. Juli 2016

Den Eilbeschluss vom 16. Juli 2016, mit dem der Vollzug der Übernahme zunächst gestoppt wurde, stützt das OLG Düsseldorf auf fünf Gründe: (a) Zum einen habe der Bundesminister durch seine Verfahrensführung die Besorgnis der Befangenheit gesetzt und hätte sich deshalb nach § 21 Abs. 1 S. 2 VwVfG von der Sachentscheidung enthalten müssen; (b) der Erhalt der Arbeitnehmerrechte sei als Gemeinwohlgrund nicht berücksichtigungsfähig; (c) der Minister habe den Gemeinwohlbelang der Arbeitsplatz- und Beschäfti-

² Siehe den Beitrag in recht 2/2016 – „Kartellverfahren gegen EDEKA – lebt das Anzapfverbot noch?“ zur Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18. November 2015.

³ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rdnr. 179.

⁴ Karsten Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 71 Rdnr. 45.

⁵ Siehe <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Wettbewerbspolitik/antraege-auf-ministererlaubnis.property=pdf,bereich=brmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>; vgl. auch die Übersicht bei Bremer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rdnr. 93.

gungssicherung bei Kaiser's Tengelmann auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage gewürdigt, da nicht ausreichend berücksichtigt worden sei, dass ein Stellenabbau auch bei Edeka stattfinden könne; (d) die Nebenbestimmungen seien ungeeignet, um den vom Minister für erforderlich gehaltenen Erhalt der Arbeitsplätze bei Kaiser's Tengelmann in vollem Umfang sicherzustellen; (e) die aufschiebenden Bedingungen seien fehlerhaft, weil der Inhalt der darin enthaltenen Öffnungsklauseln unbestimmt sei.

Wesentliches Gewicht räumt das OLG Düsseldorf vor allem dem ersten Grund, der Befangenheit, ein. Dies geht so weit, dass das OLG Düsseldorf in der Begründung der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ausführlich, die zusätzlichen Entscheidungsgründe seien für die Eilentscheidung des Senats nicht entscheidend und aus diesem Grund ohne grundsätzliche Bedeutung. Gerade die Befangenheit erscheint jedoch als Grund für die Eilentscheidung zweifelhaft. Bereits im Fall E.ON/Ruhrgas war das formelle Vorgehen bei einer Ministererlaubnis Anlass zur Beanstandung. Auch damals wurden vom OLG Düsseldorf „Geheimgespräche“ beanstandet, jedoch unter dem Gesichtspunkt eines formellen Fehlers bei der Gewährung rechtlichen Gehörs.⁶ Im Fall Edeka/ Kaiser's Tengelmann beleuchtet der Kartellsenat die „Geheimgespräche“ unter dem Gesichtspunkt der Befangenheit. Aus den Verfahrensakten des Ministeriums habe sich ergeben, dass der Bundesminister im Dezember 2015 Sechs-Augen-Gespräche (d.h. Gespräche mit dem Edeka-Chef Markus Mosa und dem Miteigentümer von Kaiser's Tengelmann, Karl-Erivan Haub) geführt habe. Der Inhalt dieser Gespräche sei nicht aktenkundig gemacht worden, und die anderen Verfahrensbeteiligten seien hierzu nicht angehört worden. Dadurch habe für REWE und Markant der Eindruck entstehen müssen, der Minister führe das Verfahren einseitig zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen. Der Minister habe sich deshalb nach § 21 Abs. 1 S. 2 VwVfG der Entscheidung enthalten müssen. Ob diese Begründung des OLG Düsseldorf trägt, ist zweifelhaft.⁷ Das Gericht setzt einen zu hohen Maßstab an die Verfahrenstransparenz in einem behördlichen Verfahren. Wenn es darum geht, abzuwägen und Problemlösungen – etwa in Form von Nebenbestimmungen – zu finden, müssen intensive Gespräche geführt werden, die aus praktischer

Sicht nicht unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten möglich sind. Zum Ergebnis der „Geheimgespräche“, der beabsichtigten Entscheidung mit den Nebenbestimmungen, wurden die anderen Verfahrensbeteiligten angehört und somit nicht übergangen.

Dem OLG Düsseldorf ist jedoch darin Recht zu geben, dass es eigenartig anmutet, Arbeitnehmerrechte, oder genauer: Gewerkschaftsinteressen, als Gemeinwohlgründe anzuerkennen (zweiter Grund des OLG Düsseldorf für die Eilentscheidung).⁸ Das OLG geht davon aus, dass die Frage, was für Gründe als Gemeinwohlgründe gelten, gerichtlich voll überprüfbar ist und nicht der Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle nach § 71 Abs. 5 S. 2 GWB für die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung unterliegt. Zu dieser Frage mussten sich frühere Gerichtsentscheidungen noch nicht äußern. Das OLG Düsseldorf begründet die Ablehnung der Arbeitnehmerrechte als Gemeinwohlgrund damit, dass das Grundgesetz in Art. 9 nicht nur die positive, sondern auch die negative Koalitionsfreiheit schütze. Ungeachtet der Frage, ob diese Begründung trägt, vermag die Berücksichtigung von Gewerkschaftsrechten als Gegengewicht zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu überzeugen. Welches Gewicht Gewerkschaftsrechten zuzusprechen ist, dürfte eine rein politische Erwägung sein. Gemeinwohlgründe sollten aber nur solche objektiven Gründe sein, die allgemein und unabhängig vom Parteibuch als anerkennungswürdig gelten und somit auch über eine Legislaturperiode hinaus Bestand haben können.

Hiervon abgesehen wird nicht außer Betracht bleiben können, dass der Koalitionsfreiheit die Unternehmerfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gegenübersteht.⁹ Das freiwillige Angebot von Nebenbestimmungen in Form von Zusagen entbindet die Behörde nicht von der Beachtung verfassungsrechtlicher Grenzen für den Erlass eines Verwaltungsakts. In der Ministererlaubnis heißt es nur: „Die Nebenbestimmungen sind angemessen, da sie zeitlich befristet sind und verschiedentlich Abweichungen [...] mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien ermöglichen“¹⁰. Aus dieser pauschalen Begründung kann keine Güterabwägung entnommen werden. Zur Kritik der Rewe an den Öffnungsklauseln

⁶ OLG Düsseldorf vom 16.12.2002, WuW/DE-R 1013, 1024 f.
⁷ So auch Bunte, in: EWIR 2016, 483, 484.

⁸ Ebenso Bunte, in: EWIR 2016, 483, 484; Bauer, ArbRAktuell 2016, 418.
⁹ Vgl. BVerfG vom 11.7.2006, WuW/E Verg 1273, 1277 – Tariftreuerklärung.
¹⁰ Ministererlaubnis, Rdnr. 308.

heißt es überdies, es erscheine „wenig überzeugend, den Gewerkschaften arbeitnehmerfeindliches Agieren zu unterstellen“.¹¹ Gewerkschaften sind jedoch Interessenvertreter der Arbeitnehmer, so dass sich die Frage stellt, ob der Minister mit seiner Entscheidung nicht allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe und Denkgesetze verletzt hat, die gerichtlich überprüfbar bleiben.¹² Tragen die Arbeitnehmerrechte als Gemeinwohlgrund nicht, ist die Ministererlaubnis hinfällig, denn zum einen bezieht sich ein guter Teil der Auflagen auf die Sicherung der Arbeitnehmerrechte. Zum anderen entfällt bei Wegfall eines Gemeinwohlgrundes auch die Abwägung des Ministers, die zum Erlass der Erlaubnis geführt hat.

Die Rechtsbeschwerde hat das OLG Düsseldorf nicht zugelassen. Dagegen richtet sich zunächst die Nichtzulassungsbeschwerde des Ministers, über die der BGH zu entscheiden hat. Nach § 74 Abs. 2 GWB ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erfordert. Dies verneint das OLG Düsseldorf mit dem Hinweis, die Frage der Befangenheit des Ministers sei eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Die weiteren Gründe für die Eilentscheidung seien nicht tragend gewesen. Dies erscheint nicht überzeugend. Vorliegend geht es zum einen um die Voraussetzungen, die an die Befangenheit zu stellen sind. Möglicherweise operiert der BGH hierbei mit einem Erfahrungssatz, den das OLG Düsseldorf zu beachten hat. Zum anderen hat das OLG Düsseldorf seine Entscheidung eben gerade nicht allein auf die Befangenheit des Ministers gestützt, sondern vier weitere Gründe angeführt. So kann unter anderem die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit des vom Minister herangezogenen Gemeinwohlgrundes eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darstellen. Wenn das OLG hinsichtlich seiner Erwägungen zur Befangenheit Unrecht hat, würden die Alternativbegründungen des OLG relevant werden und können die Entscheidung tragen.

Lässt der BGH die Rechtsbeschwerde zu, muss das Bundesministerium die Rechtsbeschwerde noch einlegen, um eine inhaltliche Überprüfung der OLG-Ent-

scheidung zu erreichen. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht, nicht auf falschen Tatsachenfeststellungen.

4. Kommentar und Ausblick

Die Ministererlaubnis im Fall Edeka/ Kaiser's Tengelmann ist von vielen Seiten kritisiert worden. Die negative öffentliche Meinung hierzu reicht jedoch nicht, um sie zu kippen. Jedoch gibt es Bedenken, ob der für relevant erachtete Gemeinwohlgrund der Sicherung der Arbeitnehmerrechte tragen wird.

Dem Minister im Falle einer Aufhebung der Ministererlaubnis die Schuld am gescheiterten Deal zu geben, wäre trotzdem nicht angebracht, denn ob die Ministererlaubnis in formeller Hinsicht beanstandet werden kann, ist zumindest zweifelhaft. Wenn die materiellen Gründe für die Ministererlaubnis nicht tragen, gab es möglicherweise keine hinreichenden. Führt ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Beeinträchtigung effektiven Wettbewerbs, muss dafür am Ende der Verbraucher büßen. Es müssen schon überzeugende Gründe vorliegen, um dies zu rechtfertigen. Sollte der Deal tatsächlich am Kartellrecht scheitern, müssen sich die Zusammenschlussparteien möglicherweise vorhalten lassen, bei den Zusagen geknausert zu haben. Die Details können jedoch nur Insider beurteilen.

Zur Person



Dr. Bettina Bergmann ist Gründerin und Inhaberin der Kanzlei Bergmann Law, einer unabhängigen, auf die Bereiche des deutschen und europäischen Kartellrechts sowie des Beihilfen- und weiteren EU-Rechts spezialisierten Kanzlei. Bevor sie 2007 ihre eigene Anwaltskanzlei gründete, war Frau Dr. Bergmann für zehn Jahre als Rechtsanwältin in namhaften

internationalen Großkanzleien in Düsseldorf, Brüssel und Bonn tätig.

Frau Dr. Bergmann berät zahlreiche Unternehmen und Unternehmensvertreter unter anderem bei Kartelluntersuchungen, in der Fusionskontrolle, bei Compliance, Missbrauch von Marktmacht, im Beihilfenrecht und sonstigen Europarecht (z.B. Dienstleistungsfreiheit) sowie in kartellrechtlichen Gerichtsverfahren. Einer der Branchenschwerpunkte der Tätigkeit von Frau Dr. Bergmann liegt in der Beratung und Vertretung von Herstellern von Lebensmitteln und Konsumgütern.

¹¹ Ministererlaubnis, Rdnr. 338.

¹² So das KG vom 7.2.1987, WuW/E OLG 1937, 1939 – Thyssen/Hüller.