

Torsten Körber/Ulrich Immenga (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik

Referate der 1. Kölner Kartellrechtsgespräche vom 13. April 2018



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 28

Torsten Körber/Ulrich Immenga (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik

Referate der 1. Kölner Kartellrechtsgespräche vom 13. April 2018



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5717-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9849-8 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Kölner Kartellrechtsgespräche knüpfen nach dem Wechsel von Prof. Körber an die Universität zu Köln nahtlos an die Göttinger Kartellrechtsgespräche an. Die 1. Kölner Kartellrechtsgespräche behandelten das Thema „Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik“ aus wissenschaftlicher und praktischer Perspektive.

In einer immer stärker globalisierten und digital vernetzten Welt gewinnt die Fusionskontrolle beständig an Bedeutung. Zugleich stößt sie, wie u.a. die Verfahren *Edeka/Tengelmann* und *Facebook/WhatsApp* gezeigt haben, auf neue, komplexe Herausforderungen im Schnittpunkt von Recht, Wirtschaft und Politik. Diese Herausforderungen wurden zum Teil im Rahmen der 9. GWB-Novelle adressiert, die jetzt erste Wirkungen entfaltet. Sie werden auch auf europäischer Ebene intensiv diskutiert.

Die 1. Kölner Kartellrechtsgespräche spürten vor diesem Hintergrund aktuellen Entwicklungen in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle nach. Am Vormittag stand das Verhältnis von Fusionskontrolle und Politik im Mittelpunkt. Ausgehend vom Ministererlaubnisverfahren wurde der Einfluss politischer Entscheidungsträger auf die Fusionskontrolle analysiert. Dr. Armin Jungbluth warf einen Blick auf Genese und Inhalte der 9. GWB-Novelle, insbesondere auf die Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren und bei den Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle sowie auf das Verfahren *Edeka/Tengelmann*. Die Fragen, die dieser Fall rund um das Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB aufgeworfen hat, standen auch im Mittelpunkt der Referate von Prof. Dr. Jürgen Kühling, der die Perspektive der Monopolkommission einbrachte und von Prof. Dr. Stefan Thomas, der in grundsätzlicher Weise politische Verantwortlichkeit und Wohlfahrtsstandards in der Ministererlaubnis untersuchte.

Am Nachmittag wandte sich die Tagung aktuellen Entwicklungen und Fragen der materiellen Fusionskontrolle zu und warf insbesondere einen Blick auf das Verhältnis von Fusionskontrolle und Innovation auf den Märkten der digitalen Ökonomie. Birgit Krueger vom Bundeskartellamt warf in diesem Kontext einen Blick auf die Kartellamtspraxis nach der 9. GWB-Novelle. Ulla Schwager von der Europäischen Kommission beleuchtete aktuelle Verfahrens- und Zuständigkeitsfragen in der europäischen Fusionskontrolle, insbesondere auch die Frage des Innovationswettbewerbs im Lichte der Entscheidung *Dow/DuPont*. Dr. Oliver Fleischmann setzte

Vorwort

sich mit neuen Herausforderungen der Fusionskontrolle aus dem Blickwinkel der anwaltlichen Beratung auseinander.

Die Referate dieser Tagung sind überwiegend in diesem Band zusammengetragen. Die Diskussionen sowie die Kerninhalte der Referate, von denen keine Schriftfassung vorliegt, werden im abschließenden Tagungsbericht von Herrn Christoph Becher wiedergegeben. Besonderer Dank gebührt einerseits der Sozietät WilmerHale, Berlin, durch deren großzügige Förderung auch diesmal für das leibliche Wohl der Teilnehmer gesorgt werden konnte und dieser Tagungsband ermöglicht wurde. Andererseits danken die Herausgeber herzlich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls Körber für die Mitarbeit bei Organisation und Durchführung der Tagung.

Köln/Göttingen, im November 2018

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga

Inhalt

Die 9. GWB-Novelle – Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren und bei den Aufgreifschwellen in der Fusionskontrolle <i>Armin Jungbluth</i>	9
Ministererlaubnisverfahren – Die Rolle und Perspektive der Monopolkommission <i>Jürgen Kühling</i>	17
Die Auswirkungen des SIEC-Tests auf den Anwendungsbereich der Ministererlaubnis: Wohlfahrtsstandards und politische Verantwortlichkeit in der deutschen Fusionskontrolle <i>Stefan Thomas</i>	37
Die Kartellamtspraxis nach der 9. GWB-Novelle am Beispiel der Fusionskontrolle <i>Birgit Krueger</i>	79
Tagungsbericht von den 1. Kölner Kartellrechtsgesprächen 2018: Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik <i>Christoph Becher</i>	89
Autorenverzeichnis	97

Die 9. GWB-Novelle – Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren und bei den Aufgreifschwellen in der Fusionskontrolle

Dr. Armin Jungbluth

I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren	9
1. Vorgeschichte: Ministererlaubnisverfahren EDEKA/Kaiser's Tengelmann	9
2. 9. GWB-Novelle	10
3. Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 9. März 2017	10
II. Änderungen bei der Fusionskontrolle	13
1. Gesetzlicher Anpassungsbedarf?	14
2. Aufgreifschwellen Fusionskontrolle	14
3. Herausforderungen des neuen Aufgreifstatbestands	15

I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

1. Vorgeschichte: Ministererlaubnisverfahren EDEKA/Kaiser's Tengelmann

Um die Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren, die vom Deutschen Bundestag im Rahmen der 9. GWB-Novelle vorgenommen wurden, nachvollziehen zu können, muss man sich noch einmal das Ministererlaubnisverfahren EDEKA/Kaiser's Tengelmann in Erinnerung rufen. Das Bundeskartellamt hatte das Zusammenschlussvorhaben mit Beschluss vom 31. März 2015 gemäß § 36 Absatz 1 GWB untersagt, weil die beabsichtigte Fusion eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung sowohl auf der Absatzseite in den Regionen München/Oberbayern, Berlin und Umland sowie Nordrhein als auch auf mehreren Beschaffungsmärkten für Produkte des Lebensmitteleinzelhandels erwarten lasse. Die beteiligten Unternehmen legten gegen den Beschluss Beschwerde ein und beantragten parallel dazu am 28. April 2015 beim Bundeswirtschaftsminister die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB. Die Monopolkommission hat in ihrer Stellungnahme vom 3. August 2015 empfohlen, die Ministererlaubnis nicht

zu erteilen. Die öffentliche mündliche Verhandlung fand am 16. November 2015 statt. Schließlich erteilte der damalige Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel am 9. März 2016 die Ministererlaubnis mit Nebenbestimmungen. Mit Beschluss vom 12. Juli 2016 ordnete das OLG Düsseldorf wegen „erstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit“ die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von REWE und Markant gegen die Ministererlaubnis an. Die Ministererlaubnis wurde schließlich am 8. Dezember 2016 nach Rücknahme der Beschwerden von Norma, Markant und REWE bestandskräftig. Zwischen dem Antrag auf Ministererlaubnis und der Bestandskraft der Entscheidung lagen also über eineinhalb Jahre.

2. 9. GWB-Novelle

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016 (BT-Drs. 18/10207) für die 9. GWB-Novelle enthielt zunächst keine Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren. Die Fraktion DIE LINKE hatte allerdings einen Antrag (BT-Drs. 18/10240) eingebracht, die Ministererlaubnis durch eine Parlamentserlaubnis zu ersetzen und den Begriff des „Allgemeininteresses“ gesetzlich zu definieren (Tarifbindung, Betriebsratsstrukturen, Erhalt von Arbeitsplätzen, Verbraucherschutzbelange). Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatte einen Änderungsantrag eingebracht, der eine Stellungnahme des Deutschen Bundestages vor einer beabsichtigten Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers und eine davon abweichende Entscheidung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nur mit Zustimmung der Bundesregierung vorschlug (BT-Drs. 18/11446, S. 15f.). Schließlich hatte die Fraktion der CDU/CSU im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Änderungsvorschläge zur Erhöhung der Transparenz und zur Beschleunigung des Verfahrens der Ministererlaubnis vorgelegt.

3. Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 9. März 2017

Der Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 9. März 2017 (BT-Drs. 18/11446) enthält die Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren, auf die sich die Regierungsfractionen von CDU/CSU und SPD geeinigt hatten.

In § 42 Absatz 1 GWB wurde folgender Satz angefügt: „Weicht die Entscheidung vom Votum der Stellungnahme ab, die die Monopolkommission nach Absatz 5 Satz 1 erstellt hat, ist dies in der Verfügung gesondert zu