

# 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 Ministererlaubnis- verfahren?	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