

# ARGUMENTATION KOMPAKT

Ein Service der Hanns-Seidel-Stiftung für politische Entscheidungsträger



Ausgabe vom 12. September 2016 – 12/2016

## Die Ministererlaubnis und die Fusion Edeka mit Kaiser's Tengelmann

**Claudia Schlembach** /// Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel hat seinen Sommerurlaub unterbrochen und von seiner Ministererlaubnis Gebrauch gemacht. Er hatte sich gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts gestellt, das die Fusion der Handelsketten Edeka und Kaiser's Tengelmann untersagt hatte. Gabriels politisches Eingreifen in die Prozesse und Regularien der Marktwirtschaft wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf abgeschmettert.

Die Ministererlaubnis ist ein Akt, der das Primat der Politik gegenüber der Wirtschaft deutlich machen soll. Aber es geht dabei tatsächlich darum, was Gemeinwohl und marktwirtschaftliche Interessen noch unterscheidet und welche Rolle die Gerichtsbarkeit dabei spielt. ///

# Die Ministererlaubnis und die Fusion Edeka mit Kaiser's Tengelmann

Claudia Schlembach

## Die wesentlichen Stichworte

**Die Ministererlaubnis** ist ein Vorrecht des Bundeswirtschaftsministers, Zusammenschlüsse von Unternehmen zu gestatten. Er darf damit die Entscheidung des Bundeskartellamts außer Kraft setzen.

**Das Bundeskartellamt** hat u. a. die Aufgabe zu prüfen, ob Fusionen von Unternehmen zulässig sind. Das sind sie nur, wenn sie durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Position bekommen. Ansonsten würden die Regeln des fairen Wettbewerbs außer Kraft gesetzt werden.

**Eine marktbeherrschende Stellung** bedeutet, dass die Anbieter die Preise im Wettbewerb diktieren können. Oligopole oder gar Monopole können entstehen, und das ist nicht nur für den Verbraucher schlecht, weil die Preise dann von diesem marktmächtigen Anbieter gesteuert werden. Es hebt auch die marktwirtschaftlichen Prinzipien aus, wonach sich der Preis nach Nachfrage und Angebot bestimmen soll.

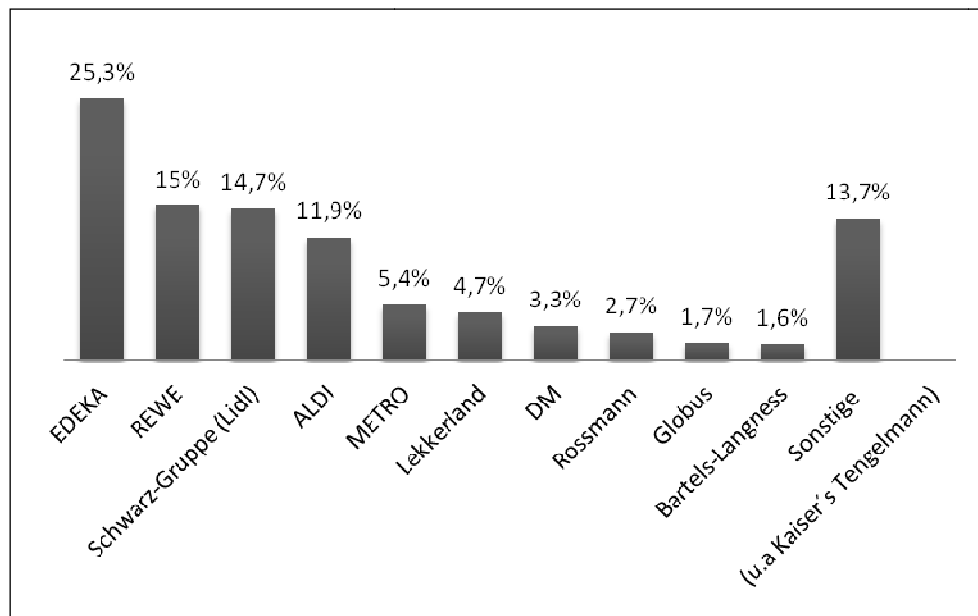
Lehnt das Bundeskartellamt den Antrag für eine Fusion ab, weil es eine solche marktfeindliche Position sieht, kann der Bundeswirtschaftsminister diese Entscheidung des Bundeskartellamts aus zwei Gründen außer Kraft setzen (§ 42 GWB):

- Die möglichen Nachteile durch eine Anhäufung von Marktmarkt werden durch die gesamtwirtschaftlichen Vorteile ausgeglichen oder
- es gibt ein überragendes Interesse der Allgemeinheit (Gemeinwohlvorteile) an dieser Fusion.

Beide Formulierungen sind abstrakt genug, um Interpretationsspielraum für alle Seiten zu lassen. Das aktuelle Beispiel um Minister Gabriel soll verdeutlichen, dass es hier um mehr als diese konkrete Position und auch um mehr als die Person des Ministers Gabriel geht.

Im aktuellen Fall Edeka und Kaiser's Tengelmann hebt sich die Edeka mit 25,3 % Marktanteilen deutlich von seinem Konkurrenten Rewe ab. In Zahlen gesprochen: Edeka erwirtschaftete im Jahr 2015 48,4 Mrd. € Umsatz in 11.400 Filialen mit 346.800 Mitarbeitern, Rewe hingegen 38,17 Mrd. € in 10.134 Märkten mit 232.027 Mitarbeitern. Fusionieren nun Edeka und Kaiser's Tengelmann, kommen von Letzerem ein Umsatz von 1,78 Mrd. € und 446 Filialen mit 15.281 Mitarbeitern hinzu.

### Lebensmittelhändler in Deutschland – Marktanteile 2015 in Prozent



Quelle: Eigene Darstellung; Bundesvereinigung der deutschen Ernährungsindustrie

### Chronologie der aktuellen Situation

- Edeka plant, den angeschlagenen Konzern Kaiser's Tengelmann zu übernehmen.
- Das Kartellamt äußert Bedenken und lehnt die Fusion ab: Edeka hat einen großen Konkurrenten: Rewe. Aber bereits heute hat die Edeka-Gruppe mit einem Umsatz von über 49 Mrd. € doppelt so viel Umsatz wie Rewe, wobei Rewe interessanterweise flächendeckender aufgestellt ist als Edeka, die vor allem in München, Oberbayern und Berlin verbreitet ist.
- Edeka und Kaiser's Tengelmann stellen daraufhin den Antrag zur Ministererlaubnis.
- Die Monopolkommission empfiehlt, die Ministererlaubnis in keinem Fall zu erteilen.
- Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel geht davon aus, dass bei dieser Fusion die rund 16.000 Jobs von Kaiser's Tengelmann gesichert werden. 16.000 Arbeitsplätze zu sichern, ist für Bundeswirtschaftsminister Gabriel ein überragendes Interesse der Allgemeinheit. Er erteilt deshalb Ministererlaubnis.

- Allerdings formuliert er Auflagen: Nach der Übernahme dürfen maximal 5 % der Stellen von Kaiser's Tengelmann gestrichen werden und Edeka muss Tarifverträge mit den Mitarbeitern abschließen. Die als „aufschiebende“ bzw. „auflösende“ Bedingungen formulierten Auflagen bedeuten konkret, dass die Fusion erst dann vollzogen werden kann, wenn den Bedingungen entsprochen und entsprechende Tarifverträge abgeschlossen wurden.
- Der Bundeswirtschaftsminister überstimmte damit das Kartellamt und die Monopolkommission.
- Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat nun wiederum die Ministerentscheidung aufgehoben und drei Gründe angeführt:
  - Besorgnis über die Befangenheit des Ministers: Dieser führte „Sechs-Augen-Gespräche“ mit dem Vorstandsvorsitzenden Markus Mosa von Edeka und dem Miteigentümer von Kaiser's Tengelmann Karl-Erivan Haub.
  - Der Erhalt von Arbeitnehmerrechten bei Kaiser's Tengelmann, den Minister Gabriel auch im Blick hat, weil es dort Tradition ist, sich gewerkschaftlich zu organisieren, sei kein Gemeinwohlbelang. Das Grundgesetz gewährt in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 schrankenlos die Koalitionsfreiheit. Diese kann positiv (Mitglied in der Gewerkschaft) oder negativ (keine Mitgliedschaft) in Anspruch genommen werden. Der Erhalt der Arbeitnehmerrechte würde der positiven Koalitionsfreiheit den höheren Rang zusprechen. Dies widerspricht dem Grundgesetz.
  - Die Arbeitsplatzsicherung wäre auf unvollständiger Tatsachengrundlage bewertet worden. Die Auflagen schützen nicht in vollem Umfang vor Arbeitsplatzabbau bei Kaiser's Tengelmann. Mit Zustimmung der Tarifparteien wären Kündigungen auch innerhalb der Fünfjahresfrist zulässig. Abgesehen davon wären bei der Fusion die Arbeitsplätze bei Edeka nicht geschützt.
- Minister Gabriel hält an seiner Entscheidung fest und legt eine Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein.

## Die Prinzipien der Sozialen Marktwirtschaft und das Primat der Politik

**Wettbewerb** gilt als zentrales Ordnungsprinzip in einer Marktwirtschaft. Nur der freie Wettbewerb kann eine effiziente Verteilung von Angebot und Nachfrage steuern und gewährleisten.

Um den Wettbewerb sicherzustellen, gibt es seit 1958 das **Bundeskartellamt**. Es ist dem Bundesministerium für Wirtschaft zugeordnet und ist eine selbständige Bundesbehörde. Alle 330 Mitarbeiter arbeiten unabhängig, d. h. weder das Bundeswirtschaftsministerium noch der Präsident des Amtes sind den nach Wirtschaftszweigen gegliederten Beschlussabteilungen weisungsbefugt. Je nach Branche ist eine der zwölf Abteilungen zuständig und das Hauptkriterium ihrer Entscheidungen über Fusionen ist es, Wettbewerb zu schützen.

Eine weitere, unabhängige Instanz in Bezug auf den Wettbewerb ist die **Monopolkommission**. Sie berät die Bundesregierung seit 1974 als ständiges und unabhängiges Beratungsgremium in Angelegenheiten, die den Wettbewerb betreffen. Sie besteht aus fünf Mitgliedern, die auf vier Jahre berufen sind. Traditionellerweise kommen davon drei Experten aus der Praxis, zwei sind Professoren.

Im Grundgesetz wird der marktwirtschaftlichen Ordnung der soziale Aspekt an die Seite gestellt. Dadurch soll in der sogenannten **Sozialen Marktwirtschaft** sichergestellt sein, dass neben einem freien und wettbewerblichen Markt die Komponente der sozialen Sicherung gegeben ist. Diese Sicherung entsteht durch staatliches Eingreifen. Dies wird notwendig, wenn die ausschließliche Fokussierung auf den Wettbewerb zu sozialen Verwerfungen führt. In diesem Fall ist dann der soziale Friede gefährdet. Dann geht Gemeinwohl vor Marktsicherung.

Das **Gemeinwohl** umfasst Ziele wie Freiheit, Gerechtigkeit, Sicherheit und Fortschritt sowie das Wohl und Gesamtinteresse der Gesellschaft. Problematisch im Umgang mit dem Begriff Gemeinwohl ist seine mangelnde Operationalisierbarkeit. Der Begriff kann wegen einer fehlenden konkreten Definition vielschichtig verwendet werden und je nach Kontext kann das Gemeinwohl andere Aspekte und Absichten beinhalten. Daher läuft der Begriff immer auch Gefahr, lediglich als Leerformel zu dienen.

Bereits 1981 kam der Spiegel in Heft 51 im Artikel „Fusionen: Immer gute Gründe“ zu einem kritischen Fazit, welches, verglichen mit dem aktuellen Fall und dem Echo der Medien, nicht an Aktualität verloren hat. Es zeigt, wie schwer der Begriff Gemeinwohl zu fassen ist:

„Gute Gründe lassen sich eben immer anführen, wenn es darum geht, mit Bonner Machtvollkommenheit [Wirtschaftsministerium, die Red.] eine von den Berliner Wettbewerbswächtern [Bundeskartellamt, die Red.] für schädlich gehaltene Fusion durchzuziehen: Mal sind es Arbeitsplätze, mal die Energieversorgung, mal der schlichte Geldbedarf. Im Konflikt zwischen marktwirtschaftlicher Grundsatztreue und wirtschaftspolitischer Tages-Opportunität wissen auch freidemokratische Minister stets, wofür sie sich zu entscheiden haben.“

Kritik kommt erwartungsgemäß meist aus den politischen Lagern, den Medien oder aber auch aus der Wissenschaft, wobei Letztere nicht die jeweiligen Beweggründe, sondern das Instrument an sich kritisiert. Das Ziel, ein Instrument wie den Ministerentscheid zu etablieren, war und ist die Möglichkeit, politische und wettbewerbliche Dimension voneinander zu trennen. Denn gerade in der Sozialen Marktwirtschaft muss das Prinzip des Wettbewerbs mit Gemeinwohlvorteilen abgewogen werden. Die politische Verantwortung für solche Entscheidungen wurde mit dem Ministerentscheid dem Wirtschaftsminister übertragen.

Anders als das Bundeskartellamt oder die Monopolkommission muss der Bundeswirtschaftsminister also sowohl wettbewerblichen Aspekten als auch dem Gemeinwohl gerecht werden.

Selbst wenn ein Zusammenschluss hinterher besser nicht vollzogen worden wäre, die Verantwortung der Entscheidung obliegt dem jeweiligen Wirtschaftsminister, der in seiner Funktion die Wechselwirkung von Wettbewerb und Politik in der marktwirtschaftlichen Ordnung beobachten und bewerten können muss.

Somit kann der Bundeswirtschaftsminister mit dem Ministerentscheid das **Primat der Politik** geltend machen. Der Fall Gabriel zeigt, dass die Politik in das Marktgeschehen eingreifen und dieses Eingreifen nur gerichtlich revidiert werden kann.

Und hier liegt nun ein gewichtiger Punkt dieses Prozesses: Wie geht nun der Rechtsstaat mit dieser Entscheidung des Wirtschaftsministers um? Was sind hier die Gründe und welche Positionen stehen hier, um ein Veto zur Ministererlaubnis einzulegen? Aktuell heißt die Begründung: „Gegen den Bundeswirtschaftsminister ist die Besorgnis der Befangenheit begründet.“ Das ist verständlicherweise ein Grund, den Urlaub zu unterbrechen und vor den Bundesgerichtshof zu ziehen. Gabriel will wissen, ob der Erhalt von Arbeitsplätzen ein Gemeinwohlinteresse ist.

### **Bisherige Anträge auf Ministererlaubnis**

Bisher wurde 22 Mal der Antrag auf Ministererlaubnis von Unternehmen gestellt. Erfolgreich war dies in 9 Fällen. 5 Anträge setzten sich über die Empfehlung der Monopolkommission hinweg, in 4 Fällen wurde die Möglichkeit genutzt, die Ministererlaubnis mit Auflagen zu versehen. Diese waren:

#### **1976 Babcock und Artos**

Wirtschaftsminister Hans Friderichs gab dem Maschinenbau-Konzern Babcock grünes Licht, die Textilmaschinenfabrik Artos zu übernehmen. Ausschlaggebend war die Absicht, Arbeitsplätze zu sichern. Nichtsdestotrotz wurde nach der Fusion Personal abgebaut.

#### **1978 Veba und BP**

In diesem Fall begründete Otto Graf Lambsdorff die gesamtwirtschaftlichen Vorteile mit einer langfristigen Sicherung der Mineralölversorgung, die durch diese Fusion ermöglicht würde. Hintergrund der Entscheidung stellte die Ölkrise dar.

#### **1989 E.ON und Ruhrgas**

Dies war eine umstrittene Ministererlaubnis, denn nicht der damalige Wirtschaftsminister Werner Müller, sondern sein Staatssekretär Alfred Tacke erteilte die Erlaubnis (Müller arbeitete für den E.ON Vorgänger Veba). Tacke zog das Überwiegen der gesamtwirtschaftlichen Vorteile als Begründung heran. Durch den Zusammenschluss sollte die internationale Position des Energieversorgers gestärkt werden, was wiederum den Verbrauchern zugute kommen sollte.

## 2016 Edeka und Kaiser's Tengelmann

Ähnlich wie der Ministerentscheid 1976 zieht Gabriel als Begründung das überragende Interesse der Allgemeinheit, sprich das Gemeinwohl, heran.

### Fazit

Die Ministererlaubnis ist ein konstitutives Element der Sozialen Marktwirtschaft, denn sie manifestiert die Hoheit des Gemeinwohls vor rein ökonomischen Betrachtungen. Gleichzeitig aber drängt sie damit in das Herz der marktwirtschaftlichen Belange, die ohne den Schutz des Wettbewerbs ebenfalls gefährdet sind. Zwei Manifestationen – Gemeinwohl und Wettbewerbs-sicherung – gehen in dieser Frage auf einen scheinbaren Konfrontationskurs. Dass solche Ausnahmesituationen nicht einfach zu handhaben sind, zeigt sich aktuell in der Debatte um die geplante Fusion von Edeka und Kaiser's Tengelmann. Wichtig ist die Debatte auf jeden Fall, weil solche Auseinandersetzungen in eine offene Wunde der Deutschen treffen: die Befürchtung, von der Wirtschaft dominiert zu werden, sowie die Angst, dass die Politik die Gestaltungsmacht ganz aus der Hand gibt und die Prozesse von Lobbyisten dominiert werden.

In diesem Spannungsbogen zeigt sich dann auch, dass wir hier substanziell von einem scheinbaren Konfrontationskurs sprechen. Denn letztlich wollen die Hüter des Wettbewerbs genau dies auch verhindern, indem sie prüfen, ob durch solche Fusionen zu viel Marktmacht entsteht, die dem Verbraucher letztlich schaden könnte. Nicht mehr aber auch nicht weniger ist ihre Aufgabe. Andere Aspekte wie Auswirkungen auf die Arbeitsplätze, Umwelt, Versorgungssicherheit finden bei dieser Entscheidung keine Beachtung. Das ist meist nicht der Fall, aber falls doch, greift die Ministererlaubnis. Denn die Abwägung bei Zielkonflikten ist originäre Aufgabe der Politik.

Diese Reibungsflächen auszuloten und die beiden Seiten mitsamt ihren unterschiedlichen Denkschulen auf die Bühne zu stellen, das ist ein demokratischer Prozess. Da darf auf der einen Seite darüber debattiert werden, ob die Entscheidung des Bundeskartellamts sinnvoll war, nachdem klar ist, dass von Kaiser's Tengelmann keine nennenswerten Wettbewerbsimpulse ausgehen. Und dass die Nachfragemacht von Edeka bei Lieferanten massiv ansteigen würde, ist ebenfalls nicht überzeugend. Man könnte dagegen auch gerichtlich vorgehen.

Allerdings – und das sieht man in diesem Fall eben auch – darf sich keiner der Vertreter eine solche Entscheidung leicht machen. Dass bei einem Bundeswirtschaftsminister, der gleichzeitig auch SPD-Vorsitzender ist, ganz genau hingeschaut wird, wenn er von der Ministererlaubnis Gebrauch macht, ist nicht erstaunlich. Dass er dabei zum Beispiel mit seinem Schutz der Arbeitnehmerrechte Flanken für die Kritiker aufgemacht hat, ist unprofessionell. Unprofessionell ist auch, dass er bei seinen Gesprächen die besonderen Anforderungen der Transparenz offenbar unterschätzt hat. Nun zeigt er Kampfbereitschaft. Das ist gut so, vor allem, wenn er das

vorrangig für das Prinzip der Ministererlaubnis an und für sich tut. Denn es ist a priori ein besonders transparentes Prinzip der Kontrolle, das sich etwa von den Entscheidungsprozessen in der Europäischen Kommission abhebt. Dort sind die Fusionskontrollentscheidungen deutlich politischer als in Deutschland.

Die Ministerentscheidung ist eine ganz wesentliche Position, mit der das Primat der Politik demonstriert wird. Wir haben deshalb auch ein Interview mit Dr. Hans-Peter Uhl, MdB, geführt. Uhl hat über die Ministerentscheidung zu dieser Thematik promoviert und sich als Experte dankenswerter Weise für ein Sommer-Interview zur Verfügung gestellt. Dieses Interview wird in der Sept./Okt.-Ausgabe der Politischen Studien (PS 469) abgedruckt.

### **Autorin**

**Dr. Claudia Schlembach** (unter Mitarbeit von Dipl. sc. pol. Univ. Birgit Schindele)  
Referentin für Wirtschaft und Finanzen  
Tel.: 089/1258-309  
E-Mail: schlembach@hss.de