

# Die Ministererlaubnis in der deutschen Fusionskontrolle

am Beispiel des „*Miba/Zollern-JV*“

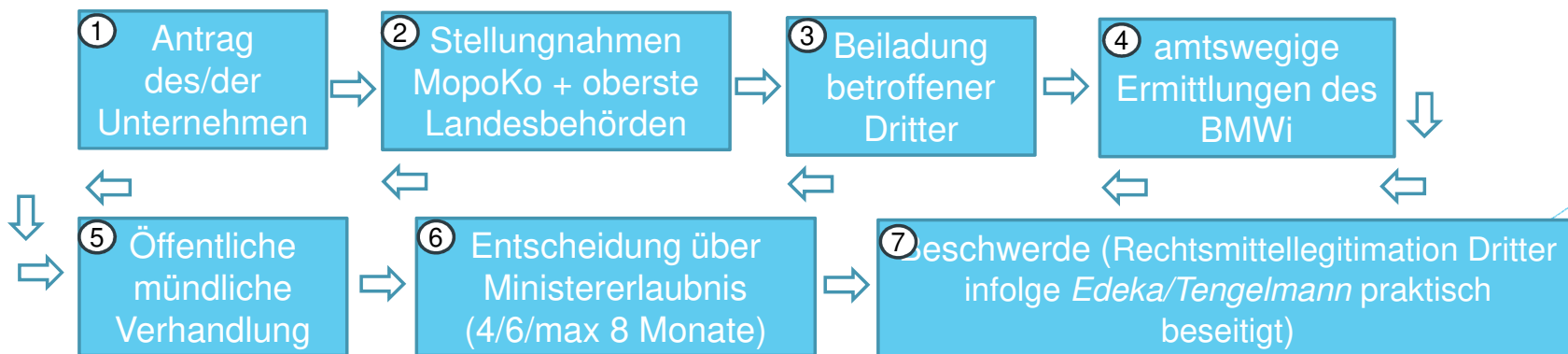
Heinrich Kühnert  
Felix Frommelt  
Wien, 15. Oktober 2019

# Übersicht:

- Grundzüge des Verfahrens & bisherige Erfolgsstatistik
- Voraussetzungen für den Antrag
- Inhaltliche Voraussetzungen für Gewährung der Ministererlaubnis
- Das 23. Ministererlaubnisverfahren: *Miba – Zollern*
- Fazit & Ausblick

# Grundzüge des Verfahrens:

- geregelt in § 42 GWB; 9. GWB-Novelle 2017
- erlaubt Bundesminister im **Einzelfall** Zusammenschluss ausnahmsweise zu gestatten, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird **oder** der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist“
- 7 Verfahrensabschnitte:



# Erfolgsstatistik:

- 23 Ministererlaubnis-Verfahren
- Votum MopoKo:
  - 16x negativ;
  - 4x positiv (1x 33%-Erlaubnis; 1x mit Auflagen; 2x ohne Auflagen);
  - 3x kein Votum, da Anträge bereits zurückgezogen
- Ministererlaubnis:
  - 10x positiv (3x ohne Auflagen; 7x mit Auflagen bzw Teilerlaubnis)
  - 7x Anträge zurückgenommen (4x nach Votum MopoKo)
  - 6x negativ
- **Fazit:** (i) Votum der MopoKo zu 80% negativ  
(ii) 62,5% (tlw) erfolgreiche Ministererlaubnisse, wenn Antrag nicht zurückgezogen (bzw 43,5%, wenn alle 23 Verfahren einbezogen werden);  
(iii) 6x Ministererlaubnis trotz negativen Votums der MopoKo: 37,5%

# Antragsvoraussetzungen:

- **Untersagung des Zusammenschlusses** (bzw Auflösung eines bereits vollzogenen Zusammenschlusses) durch BKartA
- **Antragsberechtigt:** beteiligte Unternehmen (auch einzeln)
- **Antrag:** schriftlich und begründet
- **Frist:** 1 Monat ab Zustellung der Untersagungsentscheidung des BKartA
  - Verfahrenstaktische Überlegungen, weil Fristunterbrechung:
    - Zuerst Rechtsmittel gegen BKartA-Entscheidung; danach Antrag Ministererlaubnis
    - Zuerst Antrag Ministererlaubnis (ggf Beschwerde dagegen); danach Rechtsmittel gegen BKartA-Entscheidung
    - Parallel: Beschwerde gegen BKartA-Entscheidung und glz Antrag auf Ministererlaubnis (Zeitersparnis)

# Voraussetzungen der Ministererlaubnis (1):

§ 42 Abs 1 GWB:

*S1: Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Energie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von **gesamtwirtschaftlichen Vorteilen** des Zusammenschlusses **aufgewogen** wird **oder** der Zusammenschluss durch ein **überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt** ist.*

*S2: Hierbei ist auch die **Wettbewerbsfähigkeit** der beteiligten Unternehmen **auf Märkten außerhalb** des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen.*

*S3: Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der **Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet** wird.*

# Voraussetzungen der Ministererlaubnis (2):

- **Gewicht** der Wettbewerbsbeschränkung
  - **Bindung** des BMWi an Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen und tatsächliche Feststellungen des BKartA
- Konkreter **Nachweis der „Gemeinwohlgründe“** (hinreichende Eintrittswahrscheinlichkeit)
  - **Kritik am Terminus „Gemeinwohlgründen“**; Gem § 71 Abs 5 GWB ist „[d]ie Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ... hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen“.
- **Bedingungen** und **Auflagen** zur Erreichung einer „Balance“
- **Erforderlichkeit**: keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlvorteils
- **Marktwirtschaftliche Ordnung** nicht gefährdet

## Gemeinwohlgründe: “*gesamtwirtschaftliche Vorteile*” oder “*überragendes Interesse der Allgemeinheit*” :

- ✓ Versorgungssicherheit (zB Energie, medizinische Versorgung)
- ✓ Wertvolles technisches Know-how
- ✓ Klima- und Umweltschutz
- ✓ Internationale Wettbewerbsfähigkeit
- ✓ Forschung
- ✓ Pressevielfalt
- ✓ Verteidigungspolitische Interessen
- + Sicherung von Arbeitsplätzen (restriktiv)
- + Entlastung öffentlicher Haushalte (Privatisierung)
- + Effizienzen (seit SIEC-Test aber auch von BKartA zu berücksichtigen)
- Sanierung
- „Überfremdung“



# *Miba – Zollern (1):*

- **Zusammenschlussvorhaben – Anmeldung: 25. Juni 2018**
  - **Miba:** OÖ Zulieferunternehmen; entwickelt und produziert ua Gleitlager für Motoren- und Fahrzeugindustrie (schwere LKW und größer)
  - **Zollern:** Gleitlager, Stahlprofile, Gießerei- und Antriebstechnik sowie Maschinenbauelement; **Zollern BHW:** Gleitlager für Großmotoren (Schiffe, Lokomotiven, stationäre Anlagen)
  - **Daido:** Beigeladene (japanische Wettbewerberin)
  - Gleitlageraktivitäten in **Gemeinschaftsunternehmen** zusammenführen (Miba 74,86%, Zollern 25,14%)

# Miba – Zollern (2):

## ➤ Entscheidung des BKartA – 17. Jänner 2019

### ➤ Untersagungsverfügung:

- **erhebliche Marktanteilsaddition** bei (i) Gleitlager zum Einsatz in „*Großmotoren mit großem Bohrungsdurchmesser*“ als auch bei (ii) Gleitlager für „*OEM/OES 4-Taktgroßmotoren mit großem Bohrungsdurchmesser für Schiffe und stationäre Anwendungen*“ und

- **nicht-koordinierte Wirkungen** zu erwarten

➤ JV: sachliche relevanten Markt weltweit **60-80%** bzw europäischen Markt **70-90%**

➤ **erhebliche Wettbewerbsbeschränkung**

# *Miba – Zollern (3):*

## ➤ **Ministererlaubnisverfahren – Vorbringen Miba/Zollern**

- (i) unrichtige Marktabgrenzung -> Überschneidung lediglich auf zwei Märkten und diese Bagatellmärkte gem § 36 GWB
- (ii) selbst bei BKartA-Abgrenzung: geringe Wettbewerbsbeschränkung
- (iii) **Gemeinwohlgründe:**
  - 1) Erhalt von technologischem Know-how, Innovationspotenzial und technologischem Vorsprung,
  - 2) Stärkung internationale Wettbewerbsfähigkeit,
  - 3) Erhalt von Arbeitsplätzen,
  - 4) Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit von EU-Unternehmen, und
  - 5) Erhalt von militärischer Schlüsseltechnologie.

# Miba – Zollern (4):

## ➤ Sondergutachten 81 MopoKo18. April 2019

- Entscheidung des BKartA nicht in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht überprüfbar -> **Rechtsweg**
- **Bedeutung** des Zusammenschlusses **für Volkswirtschaft: geringes** quantitatives Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung
- **Auswirkung** auf **Wettbewerb: erhebliches** qualitatives Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung
- Gemeinwohlvorteile **wiegen** Wettbewerbsbeschränkung **nicht auf**
- **Keine Erforderlichkeit:** alternative Option – Daido als alternativer Erwerber
- Auch **Auflagen und Bedingungen** ermöglichen keine Ministererlaubnis

# Miba – Zollern (5):

## ➤ Ministererlaubnis – 19. August 2019

### ➤ Gemeinwohlgründe:

- Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit
  - **Konkreter Beitrag des GU:** (i) schnellere Eröffnung neuer Zukunftsanwendungen von Gleitlagern, insb für Energiewende; (ii) R&D: Reduktion Kraftstoffverbrauch und neue (umweltschonende) Werkstoffe (Nachhaltigkeit)
- **Weitere Gemeinwohlgründe** (Europäische Allgemeininteressen; internationale Wettbewerbsfähigkeit; beschäftigungs- und verteidigungspolitische Interessen **nicht anerkennungsfähig**)
- **Erforderlichkeit:** keine Alternative, da kein verbindliches Angebot eines alternativen Erwerbers vorliegt

# Miba – Zollern (6):

## ➤ Ministererlaubnis – 19. August 2019

- **Abwägung:** Gemeinwohlgrund „Know-how und Innovationspotential“ reicht nicht aus, um Wettbewerbsbeschränkung aufzuwiegen
  - Erhöhung des Gewichts und Absicherung des Gemeinwohlgrundes:  
**Nebenbestimmungen** geeignet und erforderlich
    - Auflösende Bedingung: 5 Jahre keine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse
    - Investitionsauflage: EUR 50 Mio in drei Tranchen (Treuhand)
  - Zwar keine laufende Verhaltenskontrolle, aber Verhaltensaufgaben zulässig, wenn *ebenso geeignet und wirksam wie strukturelle Auflagen und effektiv kontrollierbar*

# Fazit & Ausblick:

- Ministererlaubnis seit Einführung umstritten
- *Stühr/Budzinski*: positive Gemeinwohlwirkung in den bisherigen Ministererlaubnissen meist nicht eingetreten bzw schwer nachweisbar (**Ausnahme**: *Uniklinik Greifswald*; ws auch Erhalt von Fachkräfteteams bei *Thyssen/Hüller-Hille*)
- Ministererlaubnisverfahren als möglicher Weg zu einem anderen „Deal“: *Edeka/Tengelmann* – de facto Marktaufteilung im Lebensmittelhandel zwischen größten Marktteilnehmern
- BMWi:
  - Fusionskontrolle greift auch bei „relativ kleinen Märkten“
  - Fragen der richtigen Marktabgrenzung durch BKartA gehören vor Gerichte und nicht ins Ministererlaubnisverfahren
  - 10. GWB-Novelle: (i) zweite Inlandsumsatzschwelle und Bagatellmarktschwelle erhöhen; (ii) Klarstellung des Ausnahmecharakters: Präzisierung der verfahrenstechnischen und inhaltlichen Voraussetzungen für Ministererlaubnis

Dr. Heinrich Kühnert, M.Jur.

Partner

DORDA Rechtsanwälte GmbH

Universitätsring 10, 1010 Wien

+43-1-5334795-35

[heinrich.kuehnert@dorda.at](mailto:heinrich.kuehnert@dorda.at)

[www.dorda.at](http://www.dorda.at)

Dr. Felix Frommelt LL.M.

Rechtsanwaltsanwärter

Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH

Tuchlauben 17, A-1010 Wien

+43 1 235 1100

[frommelt@rs-ra.eu](mailto:frommelt@rs-ra.eu)

[www.rs-ra.eu](http://www.rs-ra.eu)