

Stellungnahme der Monopolkommission zu den beabsichtigten Nebenbestimmungen im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern

Die Monopolkommission hat dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie am 18. April 2019 ihre Stellungnahme nach § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB vorgelegt.¹ Entsprechend den Leitlinien für das Ministererlaubnisverfahren hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 19. Juli 2019 der Monopolkommission den Entwurf von Nebenbestimmungen übermittelt.² Die Nebenbestimmungen liegen der Monopolkommission im Rahmen eines Verfügungsentwurfs vor. In diesem wird ein neu bezeichneter Gemeinwohlvorteil des Zusammenschlusses erläutert. Die Monopolkommission nimmt zu diesem Gemeinwohlgrund sowie der Eignung und Rechtmäßigkeit der auf ihn bezogenen Nebenbestimmungen wie folgt Stellung:

Kritische Würdigung einer weitergehenden Auslegung des Know-hows als Gemeinwohlgrund

Die Monopolkommission stellt fest, dass der Bundeswirtschaftsminister in seinem Verfügungsentwurf im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern mit ihr darin übereinstimmt, dass die im Antrag vom 18. Februar 2019 von den Antragsstellern vorgetragene potenziellen Gemeinwohlvorteile keine Erlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB rechtfertigen können. Wie die Monopolkommission erkennt der Bundeswirtschaftsminister europäische Gemeinwohlinteressen nicht als Gemeinwohlvorteil an. Die Sicherung von Arbeitsplätzen und die Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit können zwar Gemeinwohlvorteile sein, sind aber im vorliegenden Fall auch aus der Sicht des Ministers nicht anerkennungsfähig. Verteidigungspolitische Vorteile werden übereinstimmend als nicht ausreichend bedeutsam erachtet.

Eine unterschiedliche Bewertung ergibt sich durch eine weitergehende Auslegung des vorgetragenen Gemeinwohlvorteils, der sich auf den Erhalt des Know-hows und des Innovationspotentials bezieht.³ Hier ist der Minister zunächst wie die Monopolkommission der Meinung, dass der von den Antragstellern hervorgehobene „Erhalt“ des Know-hows und sein Einsatz in Zukunftsanwendungen als solches nicht als Gemeinwohlgrund anerkennungsfähig ist, wenn das in Rede stehende Wissen zur Schaffung marktfähiger Produkte eingesetzt wird.⁴ Das Gemeinwohl profitiert jedoch potenziell dann, wenn eine sog. Externalität hinzukommt – d. h., wenn das Know-how bzw. sein Wegfall auf Dritte ausstrahlt – oder wenn sich aus der Verbindung des Know-hows der beiden Zusammenschlussbeteiligten besondere Synergien ergeben. Dies war nach Prüfung der Monopolkommission jedoch nicht der Fall.⁵ Anders als die Monopolkommission erkennt der Minister die Erreichung umweltpolitischer Ziele auf Basis des Know-hows (bezeichnet als „Know-how und Innovationspotential für Energiewen-

¹ Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Miba AG und der Zollern GmbH&Co KG, 81. Sondergutachten, 2019.

² BMWi, Leitlinien für das Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Oktober 2017, Rn. 21.

³ Von den Antragsstellern als „Erhalt in Unternehmen angelegter gesamtwirtschaftlicher Werte, insbesondere Erhaltung wertvollen technischen Know-hows und von Innovationspotential für die deutsche Volkswirtschaft sowie Erhalt des technologischen Vorsprungs Deutschlands und Europas“ bezeichnet.

⁴ BMWi, Verfügungsentwurf Miba/Zollern, Rn. 148. Die hier vertretene Zustimmung richtet sich auf: Monopolkommission, 81. Sondergutachten, 2019, Tz. 90 f.

⁵ Monopolkommission, 81. Sondergutachten, 2019, Tz. 95.

de und Nachhaltigkeit“) als einen möglichen Gemeinwohlvorteil an, auf den sich eine Erlaubnis stützen könnte.⁶

Das Kriterium einer Externalität wäre bei den in Rede stehenden umweltpolitischen Vorteilen dann erfüllt, wenn auch Dritte von diesen Auswirkungen profitieren könnten, ohne dass die Zusammenschlussbeteiligten diesen Vorteil vergütet bekommen. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es sich bei vielen der im Antrag auf Ministererlaubnis vorgebrachten Umwelteffekten der Gleitlagerforschung tatsächlich um eigenwirtschaftliche Vorteile handelt. D.h. es geht um Entwicklungen, die zwar für die Energiewende relevant sind, aber bereits am Markt entsprechend ihres Wertes vergütet werden.⁷ So stiftet etwa die genannte verbesserte Verschleißanfälligkeit eines Gleitlagers für den Betreiber von Windanlagen einen Nutzen, der sich in den Preisen widerspiegelt, die der Hersteller dafür aufrufen kann. Ein darüber hinausgehender Nutzen ist nicht erkennbar.⁸ Nicht abschließend zu klären ist, ob gegebenenfalls Gemeinwohleffekte im Rahmen der im Verfügungsentwurf aufgeführten Vorteile einer Lärmreduktion von Windanlagen⁹ oder durch emissionsärmere (teil)gasbetriebenen Motoren für den Schiffsverkehr¹⁰ entstehen könnten. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint es fraglich, ob diese Vorteile – wenn sie denn vorhanden sind – einen hinreichend relevanten Umfang besitzen, um einen die Ministererlaubnis tragenden Gemeinwohlvorteil zu begründen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich der initial vorgetragene Gemeinwohlvorteil auf einen „Erhalt“ des Know-hows bezieht. Die Ministererlaubnis ist für den „Erhalt“ des Know-hows und damit womöglich verbundener umweltschutzbezogener Gemeinwohlvorteile jedoch nur erforderlich, wenn der Fortbestand des Unternehmens tatsächlich infrage steht. Wie die Monopolkommission kommt der Minister allerdings zu dem Ergebnis, dass vieles für einen Fortbestand der Zollern GmbH auch ohne die Ministererlaubnis spricht.¹¹

Der Verfügungsentwurf begründet die Erforderlichkeit des Zusammenschlusses für einen Gemeinwohlvorteil daher auch nicht mit einem drohenden Marktaustritt von Zollern BHW, sondern legt einen Schwerpunkt auf die möglichen Effizienzen aus der Zusammenlegung des technologischen Know-hows der beiden Antragssteller.¹² Der Minister hält die durch den Zusammenschluss möglichen Effizienzen für erforderlich, um die Entwicklung der umweltschutzbezogenen Zukunftsanwendungen

⁶ BMWi, Verfügungsentwurf, Rn. 149, verdeutlicht am Maßstab politischer Ziele der Bundesregierung in Rn. 151 ff.

⁷ Monopolkommission, 81. Sondergutachten, 2019, Tz. 94.

⁸ Dieser Vorteil wird im Verfügungsentwurf anerkannt, Verfügungsentwurf, Rn. 166.

⁹ Von den Antragstellern wurde der Aspekt der Lärmreduktion lediglich am Rande erwähnt. Ob sich tatsächlich geringere Abstandsregelungen erzielen ließen, wie es in Rn. 165 des Verfügungsentwurfs bemerkt wird, muss allerdings infrage stehen. Windturbinen emittieren Schall nicht nur durch das Getriebe und die hier verwendeten Lager, sondern auch durch Luftverwirbelungen, die an den Rotorblättern entstehen und durch veränderte Lager nicht reduziert werden können. Bei Abstandsregelungen, die sich auf den Schalldruck einer spezifischen Anlage beziehen, können sich die Anlagenhersteller zudem den Nutzen (oder einen Teil davon) selbst aneignen, sodass hier eine entsprechende Zahlungsbereitschaft bereits besteht.

¹⁰ Dieser proklamierte Vorteil des Know-how-Erhalts wurde nicht im initialen Antrag auf Ministererlaubnis vorgetragen, sondern wurde von den Antragsstellern am 27. März 2019 schriftlich nachgeliefert (in: Antwort auf Nachfragen der Monopolkommission vom 27. März 2019, hier: „ergänzender Vortrag“, Nr. 10.1 – „Sonstiges: Gleitlager für saubere Schiffsmotoren (insb. Dual-Fuel-Anwendungen)“, „maritime Energiewende“, Rn. 31). Der Minister verweist insbesondere auf die Akzeptanzprobleme eines ausgeweiteten Binnenschiffsverkehrs, wozu auch bereits Förderprogramme laufen (Verfügungsentwurf, Rn. 173). In diesem Zusammenhang ist allerdings fraglich, ob die Umweltexternalitäten im Rahmen der Förderprogramme nicht bereits hinreichend internalisiert wurden.

¹¹ BMWi, Verfügungsentwurf, Rn. 199.

¹² BMWi, Verfügungsentwurf, Rn. 161 ff.; demgegenüber die Monopolkommission im 81. Sondergutachten, Tz. 95: Technologische Effizienzen „... sieht die Monopolkommission anhand der dargebrachten Unterlagen und auf Basis der Gespräche mit Fachleuten aus der universitären Forschung jedoch nicht hinreichend klar vorliegen.“

möglich zu machen. Allerdings können die Belege, die für diese Einschätzung vorgebracht werden, bestehende Zweifel am Vorhandensein solcher technologischer Synergien nicht zerstreuen. Als Beleg für seine Einschätzung hat der Minister einen Experten der RWTH Aachen konsultiert, der ihm eine Synergie zwischen der Anwendung der Beschichtungstechnologien „Galvanik“ und „Sputter“ bestätigt.¹³ Demgegenüber hat die Monopolkommission in eigenen Expertenbefragungen die Erkenntnis gewonnen, dass gerade die Sputter-Beschichtung nicht bei großen Lagern sinnvoll einsetzbar ist, wie sie gerade im Bereich der Windkraft benötigt werden. Insgesamt legen ihre Ermittlungen kaum F&E-Effizienzen aus der Verbindung der Technologieschwerpunkte beider Unternehmen nahe. Beide Unternehmen verfolgen danach eher „parallele Entwicklungskonzepte in den jeweiligen Anwendungsfeldern, die ihrerseits auch jeweils unabhängig von dem anderen Unternehmen in konkreten Produkten zur Marktreife weiterentwickelt werden könnten.“¹⁴ Insgesamt geht die Monopolkommission nicht von nennenswerten technologischen Vorteilen einer Zusammenführung des Know-hows der Antragsteller aus.

Eignung der Nebenbestimmungen fraglich

Der Bundeswirtschaftsminister sieht eine Reihe von Nebenbestimmungen als erforderlich an, um das Gewicht des von ihm erkannten Gemeinwohlgrundes „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit“ so zu erhöhen und abzusichern, dass dieser Gemeinwohlgrund die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegt. Nebenbestimmungen zur Verringerung der Wettbewerbsbeschränkung kommen nach Auffassung des Ministers hingegen nicht in Betracht, ohne gleichsam die Erreichung des Gemeinwohlvorteils zu behindern. Nach Ansicht des Ministers wäre den Zusammenschlussbeteiligten die Ministererlaubnis ohne die im Verfügungsentwurf formulierten Nebenbestimmungen zu versagen, da die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen würden.

Im Kern umfassen die Nebenbestimmungen den Verbleib der beteiligten Unternehmen zu den in der Joint-Venture-Vereinbarung vorgesehenen Anteilen im Gemeinschaftsunternehmen während des Prognosezeitraums von fünf Jahren und eine Investitionsauflage von EUR 50 Mio. in drei etwa gleichgroßen Tranchen über denselben Zeitraum (vgl. Ziffern 1.1 und 1.2 der Nebenbestimmungen). Weitere Auflagen regeln die Einsetzung eines Überwachungstreuhänders (vgl. Ziffer 1.5) sowie gewisse Investitionsmodalitäten (vgl. Ziffer 1.6). Die Erfüllung bzw. Umsetzung der Investitionen muss dabei bis spätestens acht Jahre nach Bestandskraft der Ministererlaubnis erfolgen. Zur Überwachung der Investitionsauflage soll ein Überwachungstreuhänder eingesetzt werden (vgl. Ziffer 1.5). Weiterhin besteht für die Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit eines Überprüfungsantrages der Nebenbestimmungen bei wesentlich veränderten Umständen (vgl. 1.6.5).

Die Mittelverwendung der Investitionsauflage erscheint sehr weit definiert, indem diese weitestgehend im betriebswirtschaftlichen Ermessen der Zusammenschlussbeteiligten liegt. Zwar sollen Inves-

¹³ Laut Protokoll hat der Experte diese Synergievorteile allerdings nicht anwendungsspezifisch bestätigt, sondern nur allgemein erwähnt: „Durch Kombination beider Technologien könnten die jeweiligen Vorteile beider Technologien gut ausgespielt werden z. B. um neue Materialien zu erschließen oder Technologien zu verbinden“. Vgl. Protokoll zum Telefon-Interview mit einem Experten der RWTH Aachen am 16. und 18. April 2019, Bl. 6742 ff. der Akte. Darauf basierend legen die Aussagen in Rn. 80 und 83 des Verfügungsentwurfs nahe, dass ein synergetischer Zusammenhang z. B. durch den Einsatz der Sputtertechnologie (Miba) und der Entwicklung von Windkraftlagern (auf die sich die möglichen Umwelteffekte unter anderem stützen) bestehe.

¹⁴ So bereits in Monopolkommission, 81. Sondergutachten, 2019, Tz. 95. Hier ist zuzufügen, dass die Ermittlungen der Monopolkommission und die Anhörung von Experten aus der universitären Forschung erbracht haben, dass Zollern BHW vor allem über Erfahrungen mit dickwandigen Lagern auf Basis konventioneller Metallverbindungen besitzt, während Miba eher Technologien für dünnwandige Lager mit Beschichtungen auf Basis von komplexen Metall-Kunststoff-Verbindungen einsetzt.

titionen „insbesondere F&E [und] andere Innovationsaufwendungen“ betreffen. Daneben sind jedoch ausdrücklich auch Investitionen in die „Errichtung, Erweiterung, Erneuerung, Erhaltung oder Verbesserung von zur Produktion oder Industrialisierung geeigneten Sachanlagen oder andere dafür geeignete Vermögenswerte“ vorgesehen. Weiterhin soll der eingesetzte Treuhänder zwar eine zweckgerichtete Mittelverwendung sicherstellen, gleichzeitig den Beteiligten aber „den größtmöglichen Spielraum bei der Umsetzung der Nebenbestimmungen“ lassen, sodass Zweifel bestehen, dass diese dazu führen, das Gewicht des Gemeinwohlgrund zu erhöhen.

Es ist nicht ersichtlich, dass – zumindest in Bereichen, in denen beide beteiligten Unternehmen Innovationsführer sind, wie zum Beispiel bei der Entwicklung neuer umweltschonenderer Werkstoffe¹⁵ – eine konzentrierte F&E-Tätigkeit ausreichend gegen das Innovationsergebnis bei Forschungswettbewerb zwischen den Beteiligten abgewogen wurde. Nach unserer Einschätzung ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob eine zusammengelegte F&E-Tätigkeit – trotz etwaiger Synergieeffekte – gemessen am Innovationsergebnis erfolgreicher ist als eine separate, um den Innovationserfolg konkurrierende F&E-Tätigkeit. Der Minister argumentiert dazu, dass dies sichergestellt würde, indem das vereinbarte Investitionsvolumen das ansonsten geplante F&E-Investitionsvolumen des fusionierten Unternehmens übersteige. Es ist jedoch zu vermuten, dass die Effizienz beim Einsatz von F&E-Aufwendungen, gemessen am daraus resultierenden Innovationserfolg, durch den Wegfall von Wettbewerb im Bereich F&E abgeschwächt würde.

Eine Auflage zu Investitionen in Deutschland kann dazu führen, dass Aufwendungen für F&E für den Gemeinwohlgrund „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit“ nicht dort gemacht werden, wo sie am effizientesten durchgeführt werden können. Wenn beispielsweise F&E-Aufwendungen in Österreich effizienter zur Entwicklung umweltpolitisch gewünschter Anwendungen, wie Gleitlagern für Windkraftanlagen oder Schiffsmotoren führen könnten, würde dieser Effizienzvorteil durch die Auflage der Nebenbestimmungen ungenutzt bleiben, weil die Investitionsmodalitäten Investitionen in Deutschland vorschreiben. Damit könnte durch die Nebenbestimmungen der Anschein erweckt werden, dass es sich bei der Investitionsauflage vielmehr um den Versuch der Sicherung deutscher Standorte und damit von Arbeitsplätzen in Braunschweig und Osterode handelt. Der von den Zusammenschlussbeteiligten vorgebrachten Gemeinwohlgrund „Sicherung von Arbeitsplätzen“ ist aus Sicht des Ministers im vorliegenden Fall jedoch nicht anerkennungsfähig.

Verstoß gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle

Nach Auffassung der Monopolkommission sind mehrere der geplanten Nebenbestimmungen rechtswidrig, weil sie gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle in § 42 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB verstoßen. Dies betrifft in erster Linie die Investitionsauflagen in Ziffer 1.2.1 und 1.2.2. Nach Ziffer 1.2.1 müssen die Antragsteller innerhalb der nächsten fünf Jahre in das Gemeinschaftsunternehmen in Deutschland die Gesamtinvestitionssumme in Höhe von EUR 50 Mio. einbringen, um damit Investitionen zur Verwirklichung des festgestellten Gemeinwohlgrunds zu tätigen. Nach Ziffer 1.2.2 bedürfen Verfügungen vom Treuhandkonto grundsätzlich der vorherigen schriftlichen Zustimmung des zu bestellenden Überwachungstreuhänders.

Durch die Untersagung eines Zusammenschlusses sollen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten verhindert werden. Dementsprechend ist die Freigabe eines Zusammenschlusses gemäß § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die (korrigierend wirkenden) Nebenbestimmungen marktstrukturelle Wirkungen haben. Die durch einen Zusammenschluss strukturell entstehende Marktmacht soll eben nicht durch Nebenbestimmungen, die auf der Verhaltensebene wirken, aufgefangen werden. Dahinter steht der Gedanke, dass der Marktstruktur inhärente Verhaltensanreize nicht durch schwer kontrollierbare Verhaltens-

¹⁵ BMWi, Verfügungsentwurf Rn. 233.

pflichten (als „Grundlage für die Missbrauchsaufsicht“¹⁶) gleichermaßen wirksam ersetzt werden können. Das ausdrückliche Verbot in § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB, die Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen, verdeutlicht und konkretisiert diese durch den Gesetzeszweck vorgegebene Zielrichtung der Nebenbestimmungen.^{17 18}

Im Unterschied zur Fusionskontrolle ist im Ministererlaubnisverfahren zwischen den Gemeinwohlgründen und der mit dem Zusammenschluss verbundenen strukturellen Wettbewerbsbeschränkung abzuwägen. Die Nebenbestimmungen können auch in diesem Verfahren folglich darauf gerichtet sein, das Ausmaß der strukturellen Wettbewerbsbeschränkung so weit zu reduzieren, dass die Gemeinwohlgründe in der erforderlichen Balance mit der Wettbewerbsbeschränkung stehen, d. h. diese aufwiegen bzw. rechtfertigen. Teilweise wird darüber hinaus vertreten, dass Nebenbestimmungen auch zu dem Zweck auferlegt werden dürfen, einen Gemeinwohlgrund erst zu begründen oder einem vorliegenden Gemeinwohlgrund erst das notwendige Gewicht zu verleihen, um die Wettbewerbsbeschränkung aufzuwiegen bzw. zu rechtfertigen.¹⁹

Das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle gilt unabhängig davon, ob die Nebenbestimmungen auf die Wettbewerbsbeschränkung oder – soweit überhaupt zulässig – auf den Gemeinwohlgrund abzielen.²⁰ In beiden Fällen läge ein Verstoß gegen das genannte Verbot grundsätzlich nicht vor, wenn sich Nebenbestimmungen in einem einmaligen Akt vollziehen lassen und zu deren Kontrolle eine einmalige Überprüfung ausreicht.²¹ Derartigen Maßnahmen können solche gleichgestellt werden, die in wenigen zeitlich eng zusammenliegenden Akten umgesetzt werden. Sind Nebenbestim-

¹⁶ „Dagegen ist es kein erlaubter Zweck der Ausübung der Auflagenkompetenz, bei einer Freigabe unter Auflagen die durch eine entstehende oder sich verstärkende marktbeherrschende Stellung verursachte Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen anderer Marktbeteiligter durch Verhaltenspflichten der Zusammenschlußbeteiligten auszuschließen oder herabzumindern und auf diese Weise eine zusätzliche Grundlage für die Kontrolle des Mißbrauchs marktbeherrschender Unternehmen zu schaffen.“ OLG Düsseldorf, Kart 25/02 (V), Beschluss vom 16. Dezember 2002, E.ON/RuhrGas, Rn. 91 (zit. nach Juris).

¹⁷ Bundesregierung, Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. VI/2520, S. 30, 31 mit Rückverweis darauf im Zusammenhang mit der Ministererlaubnis auf S. 31 rechte Spalte 2. Absatz; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006, KVR 5/05, WuW/E DE-R 1681, DB Regio/üstra, Rn. 56 m. w. N.

¹⁸ Auch die 8. GWB-Novelle hat daran nichts geändert, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016, VI-Kart 3/16 (V), Edeka/Kaiser's Tengelmann, Rn. 103 (zit. nach Juris); Dubberstein, in: MünchKommGWB, § 40 Rn. 61;

¹⁹ Bejahend Kuhn, in: Frankfurter Kommentar, § 42 Rn. 52; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, § 42 Rn. 149; Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, WuW/E DE-V 643, 645 – E.ON/RuhrGas; Bundesminister für Wirtschaft und Energie, I B 2 – 220850/01, Rn. 306, Edeka/Kaiser's Tengelmann (abgerufen unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/oeffentliche-entscheidung-edeka-kaisers-tengelmann.pdf?__blob=publicationFile&v=2); ablehnend Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 42 Rn. 67; Monopolkommission, Sondergutachten 35, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann AG, 2002, Tz. 37.

²⁰ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, § 42 Rn. 149. Eine auf den festgestellten Gemeinwohlgrund zielende Nebenbestimmung könnte allerdings dann nicht dem Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt sein, wenn es sich bei dem abverlangten Verhalten mit hinreichender Sicherheit nicht um ein Wettbewerbsverhalten handelt. Das heißt, die Nebenbestimmung dürfte sich nicht auf die nach dem Zusammenschluss strukturell veränderten Verhaltensanreize beziehen (auf das Wettbewerbsverhalten beziehen sich z. B. Preisobergrenzen, Vertriebsbeschränkungen, Investitionsverpflichtungen). Ist dies in einem konkreten Fall nicht eindeutig, so erscheint es grundsätzlich zielführend, bei Nebenbestimmungen zumindest dann einen Bezug zum Wettbewerbsverhalten zu vermuten, wenn diese das Verhalten auf demselben Markt tangieren, auf dem auch die Wettbewerbsverschlechterung erfolgt.

²¹ Veelken, WRP 2003, 692, 713 f. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt vor, wenn eine Auflage zwar zunächst auf die Vornahme eines einmaligen Aktes gerichtet ist, z. B. eines Vertragsschlusses, mit dem indessen ein Dauerrechtsverhältnis begründet wird, welches einer laufenden Kontrolle bedarf.

mungen auf ein häufiger wiederkehrendes Verhalten des Adressaten gerichtet, so verstoßen diese nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dann nicht gegen das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle, wenn ihr Zweck in einer Veränderung der Marktstruktur und nicht in der Verhaltensbeeinflussung liegt.²² Hinter dieser Überlegung steht, dass auch Veränderungen der Marktstruktur regelmäßig nur über ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen erreicht werden können. Eine exakte Trennlinie zwischen der Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen und der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der unter diesen Bedingungen agierenden Unternehmen kann deshalb nicht gezogen werden. Entscheidend ist daher weniger, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt wird, als vielmehr die Frage, ob hierdurch ein hinreichend wirksamer und nachhaltiger struktureller Effekt erzielt wird. Ohne einen Marktstruktureffekt sind häufiger wiederkehrende Verhaltenspflichten somit nicht zu rechtfertigen. Auf die formale Strukturierung der Überprüfungsakte kommt es hingegen nicht an.

Vor diesem Hintergrund sind zumindest die Investitionsauflagen in Ziffer 1.2.1 und 1.2.2 mit dem Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle nicht vereinbar.²³ Mit den Auflagen wird in eine Vielzahl einzelner betriebswirtschaftlicher Entscheidungen der Antragsteller sowie des Gemeinschaftsunternehmens eingegriffen.²⁴ Dies wird besonders dadurch deutlich, dass der einzusetzende Überwachungstreuhänder nach der Auflage in Ziffer 1.5.2 die Erfüllung der Hauptpflichten der Zusammenschlussbeteiligten überwacht und sicherstellt. Daneben stimmt er mit den Antragstellern für das Gemeinschaftsunternehmen einen Grobinvestitionsplan für den Prognosezeitraum und jährliche Detailinvestitionspläne ab. Die Auflage in Ziffer 1.2.2 sieht vor, dass Verfügungen vom Treuhandkonto grundsätzlich der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Überwachungstreuhänders bedürfen; ausgenommen hiervon sind Investitionen, die dem Detailinvestitionsplan entsprechen sowie unwesentliche Investitionen. Sowohl die Adressaten der Auflage als auch der Treuhänder müssen demnach bei jedem Investitionsvorhaben, das aus dem Treuhandkonto finanziert wird, entweder prüfen, ob dieses mit dem entsprechenden Investitionsplan übereinstimmt, ob es dem vorgegebenen Gemeinwohlziel entspricht oder ob es sich um eine unwesentliche Investition handelt. Gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat der Treuhänder nicht nur einen detaillierten Arbeitsplan über die von ihm beabsichtigten Maßnahmen vorzuschlagen, sondern auch jährliche Berichte über den Stand der Umsetzung und Einhaltung der Hauptpflichten und den Fortgang der Investitionen vorzulegen.²⁵ Das Ministerium kann dem Treuhänder auch Anweisungen erteilen (Ziffer 1.5.5).

Die Verhaltensbeeinflussung im Rahmen der Investitionsauflage zielt auch nicht auf einen marktstrukturellen Effekt, der die Wettbewerbsbedingungen nachhaltig verbessern würde. Der Verfügungsentwurf geht zwar davon aus, dass die Investitionsauflagen die von der Monopolkommission gesehene Gefahr eines nachlassenden Innovationswettbewerbs insoweit adressieren, als die F&E-Aktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten durch das Gemeinschaftsunternehmen nicht verringert, sondern im Gegenteil verstärkt werden würden.²⁶ Dies lässt allerdings gerade deutlich werden, dass

²² BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006, KVR 5/05, DB Regio/üstra, WuW/E DE-R 1681, Rn. 59.

²³ Neben den Investitionsauflagen könnte auch die in Ziffer 1.1.1 formulierte Bedingung, für den Zeitraum von fünf Jahren keine Veränderung an den Beteiligungsverhältnissen an dem Gemeinschaftsunternehmen vorzunehmen, rechtswidrig sein. Sie verlangt den Antragstellern ein kontinuierliches Verhalten ab und schränkt insoweit deren jeweiligen unternehmerischen Entscheidungsspielraum ein. Fraglich ist, ob die genannte Verhaltensverpflichtung das Wettbewerbsverhalten der Antragsteller tangiert.

²⁴ Vgl. BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, Rn. 28, wonach Investitionsverpflichtungen bzw. Investitionsbeschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Verbots laufender Verhaltenskontrolle als unzulässig anzusehen sind.

²⁵ Vgl. zu einer solchen Verpflichtung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2016, VI-Kart 3/16 (V), Edeka/Kaiser's Tengelmann, Rn. 107 (zit. nach Juris).

²⁶ BMWi, Verfügungsentwurf, Rn. 249.

die durch den Zusammenschluss hervorgerufene Verschlechterung der Marktstruktur durch ein den Zusammenschlussbeteiligten auferlegtes Verhalten korrigiert werden soll.

Dem Verbot laufender Verhaltenskontrolle kann sich der Minister auch nicht dadurch entziehen, dass er die Kontrolle Dritten überträgt oder zuweist.²⁷ Ebenso wenig wäre ein Verzicht auf die Kontrolle zulässig.²⁸ Im Zusammenhang mit der Einsetzung des Überwachungstreuhänders geht der Verfügungsentwurf davon aus, dass diese Maßnahme keine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle bedeute. Denn gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle werde nicht verstoßen, wenn über die Kontrolle der einzelnen Vollzugsschritte hinaus keine weiteren Kontrollmaßnahmen des BMWi als Kartellbehörde erforderlich seien, um eine dauerhafte Wirkung zu erzielen. Die Kontrolle erfolge ausschließlich extern durch den Treuhänder.²⁹ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Daran, dass es sich bei der Auflage in ihrer Wirkung um eine laufende Verhaltenskontrolle handelt, ändert sich durch die Einschaltung eines vom BMWi kontrollierten Treuhänders nichts.

Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Investitionsauflagen in 1.2 und 1.6.1 bestehen unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit. Nebenbestimmungen müssen als Bestandteil der Hauptregelung auch selbst dem Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG genügen. Daher muss ihr Entscheidungsgehalt für den Adressaten und Drittbetroffene nach Art und Umfang aus sich selbst heraus erkennbar und verständlich sein.³⁰ Einer Auflage muss unzweideutig entnommen werden können, welches Verhalten dem Adressaten aufgegeben wird. Die Auflage muss inhaltlich so bestimmt sein, dass sie vollstreckbar ist. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die schuldhafte Verletzung von Auflagen in der Freigabeverfügung eine Ordnungswidrigkeit darstellt und insoweit aus verfassungsrechtlichen Gründen verschärfte Bestimmtheitsanforderungen bestehen.³¹ Zwar ist in den genannten Auflagen der Gemeinwohlgrund festgelegt, dem die Investitionen aus dem Treuhandkonto dienen müssen. Ferner wird eine Reihe von möglichen Verwendungszwecken genannt. Die einzelnen Investitionsvorhaben werden jedoch erst in den vorgesehenen jährlichen Detailinvestitionsplänen konkretisiert.

Fazit: kein Spielraum für effektive und rechtmäßige Nebenbestimmungen vorhanden

Nach Auffassung der Monopolkommission sind die vorgesehenen Nebenbestimmungen nur wenig geeignet, das Gewicht des vom Bundeswirtschaftsminister festgestellten Gemeinwohlgrunds zu erhöhen oder diesen abzusichern. Gründe hierfür sind in erster Linie die weite Definition der zulässigen Mittelverwendung in der Investitionsauflage, die unzureichende Gewichtung des zusammenschlussbedingten Ausschlusses von Innovationswettbewerb sowie möglicher Effizienz Nachteile durch eine Festlegung auf den Investitionsstandort Deutschland. Mehrere der beabsichtigten Nebenbestimmungen verstoßen gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle in § 42 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmungen bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit.

²⁷ Bremer, in: MünchKommGWB, § 42 Rn. 40; Dubberstein, in: MünchKommGWB, § 40 Rn. 61; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, § 40 Rn. 150; Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG (ergänzendes Sondergutachten), Sondergutachten 38, Baden-Baden 2003, Tz. 84 ff., insbes. Tz. 89 f.; vgl. auch BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, 2017, Rn. 26. Dubberstein, in: MünchKommGWB, § 40 Rn. 61.

²⁸ Dubberstein, in: MünchKommGWB, § 40 Rn. 60.


²⁹ BMWi, Verfügungsentwurf, Rn. 258.

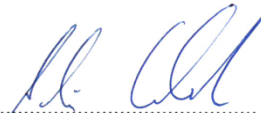
³⁰ Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 27

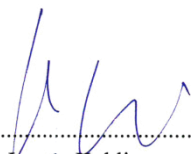
³¹ Veelken, WRP 2003, 692, 703.

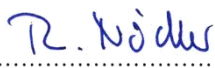
Durch eine Anpassung der Investitionsauflage ließe sich diese zwar grundsätzlich etwas geeigneter auf das vom Minister erkannte Gemeinwohlziel ausrichten. Dafür müsste die Auflage enger als bisher auf die Entwicklung der vom Minister für besonders wichtig erachteten technischen Lösungen für die umweltbezogenen Anwendungsfelder ausgerichtet sein. Die wesentlichen in dem Verfügungsentwurf angesprochenen Anwendungsziele, d. h. Gleitlager in Windkraftanlagen, Gleitlager für (teil-)gasbetriebene Schiffsmotoren und metallische Hochleistungsgleitlager für effizientere Gasturbinenkraftwerke müssten dazu durch die Auflagen direkt adressiert werden. Dies würde einem – im Bereich Gleitlagerforschung qualifizierten – Treuhänder zudem zumindest einen etwas genaueren Prüfungsmaßstab vorgeben. Allerdings würden derartige Nebenbestimmungen ebenso wie die gegenwärtig vorgesehenen Nebenbestimmungen gegen das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle verstoßen. Vor diesem Hintergrund sieht die Monopolkommission keine rechtlich zulässigen Nebenbestimmungen, die ihre Bedenken ausräumen könnten.

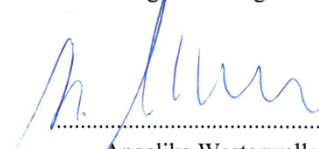
Bonn, den 5. August 2019


.....
Dagmar Kollmann


.....
Achim Wambach


.....
Jürgen Kühling


.....
Thomas Nöcker


.....
Angelika Westerwelle