

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 310

**Das Gemeinwohl,  
die öffentliche Meinung  
und die fusionsrechtliche  
Ministererlaubnis**

Von

**Maximilian Konrad**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MAXIMILIAN KONRAD

Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung  
und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 310

# Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis

Von

Maximilian Konrad



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft  
der VG WORT.

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D61

Alle Rechte vorbehalten  
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-15771-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55771-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85771-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Danksagung

Mein besonderer Dank gilt *first and foremost* meinem Doktorvater Prof. Dr. Rupprecht Podszun für die große Freiheit und Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit und das große Interesse an ihr.

Mein Dank gilt zudem Prof. Dr. Lothar Michael für die äußerst engagierte Übernahme des Zweitgutachtens und das Interesse an der Arbeit. Von der Vielzahl der von ihm erhaltenen Anregungen hat die Überarbeitung vor Drucklegung enorm profitiert, wenn auch nicht mehr alle Anregungen berücksichtigt werden konnten.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. Christian Zwade für die promotionsbegleitende Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in seiner Kanzlei, die stets große Flexibilität und die hervorragenden Arbeitsbedingungen. Zugleich gilt mein Dank der exzellenten Qualität der Bibliothek des Bundesgerichtshofs und ihren Mitarbeitern.

Mein Dank gilt zudem meinen Eltern für die Ermöglichung einer exzellenten akademischen Ausbildung.

Für die Förderung der Drucklegung dieser Arbeit möchte ich mich besonders bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung bedanken. Ebenso gilt mein herzlicher Dank dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. für die Auszeichnung mit einem Promotionspreis und die damit verbundene Förderung der Veröffentlichung. Ganz besonders bedanken möchte ich mich zudem für die Auszeichnung der Arbeit mit einem Förderpreis der Esche Schümamm Commichau Stiftung.

*Last, but not least* gilt mein besonderer Dank Elisabeth.

Heidelberg, im Juni 2019

*Maximilian Konrad*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	13
<b>B. Die Unbestimmtheit des Gemeinwohlbegriffs in § 42 GWB</b> .....	19
I. Die Historie des § 42 GWB .....	19
II. Die Praxis der Monopolkommission .....	21
III. Die kartellrechtliche Literatur und die Praxis des Bundeswirtschaftsministers .....	25
IV. Die gerichtliche Kontrolle .....	28
V. Das Problem der Unbestimmtheit der Voraussetzungen des § 42 GWB .....	31
VI. Das Missbrauchsrisiko .....	32
1. Korruption im klassischen Sinne .....	33
2. Amtsmissbrauch im Sinne der Neuen Institutionenökonomie .....	35
3. <i>Rent seeking</i> und Missbrauchsrisiko .....	36
4. Fazit .....	38
<b>C. Das Gemeinwohl</b> .....	40
I. Überblick über die drei Modelle des Gemeinwohls .....	40
II. Das substanzialistische Modell .....	42
1. Die absolutistische Monarchie .....	42
2. Gemeinwohl im Nationalsozialismus .....	43
3. Verfassungs-Substanzialismus .....	45
a) Das Grundgesetz .....	45
b) Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts .....	47
c) Das Drei-Säulen-Modell Winfried Bruggers .....	49
III. Das Schnittmengenmodell .....	51
1. <i>Pareto-Optimum</i> .....	51
2. <i>Kaldor-Hicks-Kriterium</i> .....	52
3. Fazit .....	53
4. Exkurs: Der Gemeinwohlbegriff in der Kartellverordnung von 1923 und die „Leerformel“-Kritik .....	54
IV. Das offene Modell .....	56
1. Die Notwendigkeit eines offenen Gemeinwohlbegriffs .....	56
2. Die Vorteile eines offenen Gemeinwohlbegriffs .....	57
V. Fazit .....	59



<b>D. Die öffentliche Meinung</b> .....	62
I. Begriffsdefinition .....	62
II. Die Historische Entwicklung der Autorität der öffentlichen Meinung .....	64
III. Normative Konzepte der öffentlichen Meinung .....	67
1. Liberales Modell .....	68
2. Deliberatives Modell .....	70
3. Konservatives Modell .....	72
IV. Die öffentliche Meinung als empirisches Phänomen .....	73
1. Die praktische Entstehung der öffentlichen Meinung in den Medien .....	73
2. Öffentliche Meinung in den Medien und Bevölkerungsmeinung .....	75
3. Die Selektionskriterien der Medien .....	76
a) Die Inputhypothese .....	76
b) Die Nachrichtenwerthypothese .....	77
c) Die Medienbiashypothese .....	78
d) Die Ministererlaubnis als Gegenstand der medialen Berichterstattung ...	78
V. Zusammenfassung .....	79
VI. Methodische Operationalisierung und Quellenauswahl .....	80
1. Methoden der Textanalyse .....	80
a) Quantitative Inhaltsanalyse .....	80
b) Qualitative Inhaltsanalyse .....	81
c) Hermeneutik .....	82
2. Medienauswahl .....	84
a) Auswahl der untersuchten Zeitungen .....	84
b) Auffinden der relevanten Artikel .....	86
c) Vorstellung der untersuchten Zeitungen .....	86
aa) Der SPIEGEL .....	86
bb) Die ZEIT .....	87
cc) Die FAZ .....	88
dd) Die WELT .....	89
3. Auswahl der untersuchten Ministererlaubnisverfahren .....	89
VII. Ziel und Gang der empirischen Untersuchung .....	90
<b>E. Empirische Untersuchung</b> .....	93
I. VEBA/Gelsenberg (1974) .....	93
1. Zeitleiste .....	93
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts .....	93
3. Das Gutachten der Monopolkommission .....	94
4. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung .....	95
a) Der SPIEGEL .....	95
b) Die ZEIT .....	97

c) Die FAZ .....	99
d) Die WELT .....	101
5. Die Ministererlaubnis .....	105
6. Fazit .....	106
II. VEBA/BP (1978/1979) .....	107
1. Zeitleiste .....	107
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts .....	107
3. Das Gutachten der Monopolkommission .....	107
4. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung .....	108
a) Der SPIEGEL .....	108
b) Die ZEIT .....	111
c) Die FAZ .....	113
d) Die WELT .....	117
5. Die Ministererlaubnis .....	119
6. Fazit .....	120
III. Burda/Springer (1981/1982) .....	121
1. Zeitleiste .....	121
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts .....	121
3. Das Gutachten der Monopolkommission .....	121
4. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung .....	122
a) Der SPIEGEL .....	122
b) Die ZEIT .....	124
c) Die FAZ .....	126
d) Die WELT .....	129
5. Die Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers .....	130
6. Fazit .....	130
IV. Daimler/MBB (1989) .....	131
1. Zeitleiste .....	131
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts .....	131
3. Das Gutachten der Monopolkommission .....	132
4. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung .....	134
a) Der SPIEGEL .....	134
b) Die ZEIT .....	139
c) Die FAZ .....	142
d) Die WELT .....	149
5. Die Ministererlaubnis .....	152
6. Fazit .....	153
V. E.on/Ruhrgas (2002) .....	154
1. Zeitleiste .....	154
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts .....	154

3. Das Gutachten der Monopolkommission	154
4. Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf	155
5. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung	156
a) Der SPIEGEL	156
b) Die ZEIT	159
c) Die FAZ	161
d) Die WELT	166
6. Die Ministererlaubnis	170
7. Fazit	171
VI. Tagesspiegel/Berliner Verlag (2002/2003)	171
1. Zeitleiste	171
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts	172
3. Das Gutachten der Monopolkommission	172
4. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung	173
a) Der SPIEGEL	173
b) Die ZEIT	175
c) Die FAZ	176
d) Die WELT	181
5. Die Ministererlaubnis	183
6. Fazit	183
VII. Edeka/Tengelmann (2016)	184
1. Zeitleiste	184
2. Die Entscheidung des Bundeskartellamts	185
3. Das Gutachten der Monopolkommission	185
4. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf	186
5. Ausschnittsweise Untersuchung der öffentlichen Meinung	186
a) Der SPIEGEL	186
b) Die ZEIT	192
c) Die FAZ	196
d) Die WELT	205
6. Die Ministererlaubnis	210
7. Fazit	211
<b>F. Schluss</b>	212
I. Kurzzusammenfassung des theoretischen Studienaufbaus	212
II. Ergebnisse der empirischen Untersuchung	213
1. Positiver Konsens im hier untersuchten Ausschnitt der öffentlichen Meinung	214
2. Negativer Konsens im hier untersuchten Ausschnitt der öffentlichen Meinung	214
3. Dissens im hier untersuchten Ausschnitt der öffentlichen Meinung	215

4. Zwischenergebnis .....	216
III. Schlussfolgerungen .....	218
1. Legitimation der Existenz der Ministererlaubnis .....	218
2. De-Legitimation der Existenz der Ministererlaubnis .....	221
3. Schlussfolgerungen für die Praxis .....	224
a) Gemeinwohl und öffentliche Meinung in der Rechtspraxis .....	224
b) Reformmöglichkeiten am Institut der Ministererlaubnis .....	226
aa) Integration von Elementen eines öffentlichen Diskurses .....	227
bb) Übertragung der Entscheidungskompetenz .....	228
cc) Fazit .....	230
c) Das Gemeinwohl in der modernen, pluralistischen Gesellschaft .....	230
<b>Anhang: Übersicht über die Ministererlaubnisverfahren 1974–2016 .....</b>	<b>232</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>234</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>251</b>



## A. Einleitung

„Das Gemeinwohl dient diesen Leuten zur Rechtfertigung jeder Schändlichkeit!“

*Iwan Karamasov*<sup>1</sup>

Das Gemeinwohl hat keinen guten Ruf. Es steht unter Ideologieverdacht,<sup>2</sup> wird als Leerformel geschmäht,<sup>3</sup> und der Versuch seiner Bestimmung erweckt nach *Niklas Luhmann* ähnliche Anteilnahme wie die Besteigung der Eiger Nordwand, hat aber nicht die gleichen Erfolgchancen.<sup>4</sup> Und dennoch rechtfertigt das Gemeinwohl in § 42 GWB einen der schwerwiegendsten Eingriffe der Politik in das Wettbewerbsprinzip.<sup>5</sup> Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Möglichkeit der Bestimmung des Gemeinwohlbegriffs in § 42 GWB durch einen diskursiven Aushandlungsprozess in der medialen öffentlichen Meinung theoretisch und praktisch zu untersuchen.

Nach Untersagung eines Fusionsvorhabens durch das Bundeskartellamt ermöglicht § 42 GWB auf Antrag die Erlaubnis dieser Fusion durch den Bundeswirtschaftsminister, wenn gesamtwirtschaftliche Vorteile oder überragende Interessen der Allgemeinheit, kurz das Gemeinwohl,<sup>6</sup> die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen. Im Falle der Erteilung der Ministererlaubnis kommt es also mit Sicherheit zu einer Beschränkung des Wettbewerbs als dem Garanten von Wohlstand, Freiheit und Gerechtigkeit in der sozialen Marktwirtschaft.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> *Dostojewskij*, Die Brüder Karamasov, 2017, 11. Buch 4. Kapitel.

<sup>2</sup> Vgl. *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974; *Stolleis*, APuZ 1978, B 3, 39; *Herzog*, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 3, 1974, Sp. 25; *Michael*, Rechtssetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, 238–239.

<sup>3</sup> Vgl. *Stolleis*, APuZ 1978, B 3, 38; *Neidhardt*, in: Schuppert/Neidhardt, Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, 14; *Calliess*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 177; *Anderheiden*, in: ebenda, 392; *Zezschwitz*, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, 1967, 34–40; *Schnur*, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, 58; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, 479.

<sup>4</sup> *Luhmann*, Der Staat 1962, 375.

<sup>5</sup> Vgl. *Podszun*, NJW 2016, 617.

<sup>6</sup> *Bremer*, in: MüKo-Kartellrecht, 2015, § 42 GWB Rn. 6; *Bergmann/Burholt*, in: Kölner Komm-Kartellrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 9.

<sup>7</sup> Zu den wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, § 1 Rn. 7–11.

In ihrem Charakter und ihrer Reichweite ist die Ministererlaubnis in der deutschen Rechtsordnung nahezu einzigartig.<sup>8</sup> Vergleichbar sind ihr allenfalls gnadensrechtliche Entscheidungen, wie das aus dem Gottesgnadentum des Absolutismus und der souveränen Willkür des Monarchen stammende<sup>9</sup> Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten nach Art. 60 Abs. 2 GG,<sup>10</sup> oder auch das Härtefallverfahren nach § 23a Aufenthaltsgesetz. Im Gnadensrecht wird jedoch stets nur das Schicksal einer Einzelperson verändert, wohingegen die Ministererlaubnis durch die Außerkraftsetzung des Wettbewerbsschutzes weitreichende Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft hat, und sich damit in ihrer Reichweite grundlegend von sonstigen Dispensen unterscheidet.

Häufig wird die Bedeutung der Ministererlaubnis damit relativiert, dass sie bisher nur 22 Mal beantragt, und davon lediglich 9 Mal erteilt worden sei.<sup>11</sup> Im Vergleich zu allein im Zeitraum 1990–2010 über 30.000 angemeldeten Fusionen<sup>12</sup> erscheint dies tatsächlich wenig. Entscheidende Vergleichsgröße ist jedoch nicht die hohe Zahl angemeldeter Fusionen, sondern die nur sehr wenigen Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamts, im Jahr 2015 sogar einzig *Edeka/Tengelmann*.<sup>13</sup>

Die große Bedeutung der Ministererlaubnis für die Wettbewerbsordnung entfällt daher nicht wegen der absolut niedrigen Zahlen, sondern ergibt sich vielmehr daraus, dass gerade in den wenigen, oft besonders bedeutsamen Fällen, in denen das Bundeskartellamt überhaupt eine Untersagungsverfügung erlässt, eine Ausnahmeerlaubnis erteilt werden kann. So hatten die Ministererlaubnisverfahren *Daimler/MBB* (1989), *E.on/Ruhrgas* (2002) und *Edeka/Tengelmann* (2016) weitreichende Auswirkungen auf die Sektoren Rüstung, Energie und Lebensmitteleinzelhandel. Sie haben diese Märkte grundlegend verändert.<sup>14</sup> Im Verfahren *Burda/Springer* (1981/1982) wurde zwar schlussendlich keine Ministererlaubnis erteilt, im Falle der Erteilung wäre es jedoch zu fundamentalen Veränderungen in der Medienstruktur und der politischen Landschaft der Bundesrepublik gekommen.<sup>15</sup> Nicht ohne Grund wurde in verschiedenen Ministererlaubnisverfahren vor dem Entstehen von

---

<sup>8</sup> Zur grundsätzlich weiten Verbreitung von Gemeinwohlklauseln im Recht vgl. *Zeuschwitz*, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, 1967, 13–16.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, 23.04.1969, Az. 2 BvR 552/63, juris, Tz. 27–30; *Heun*, in: Dreier, 2015, Art. 60 GG Rn. 1, 23; *Fink*, in: Mangoldt/Klein/Starck, 2010, Art. 60 GG Rn. 3.

<sup>10</sup> *Engel*, ZWeR 2003, 456.

<sup>11</sup> Übersicht bei <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/antraege-auf-ministererlaubnis.html>, 15.09.2017; vgl. *Kuhn*, in: FK-Kartellrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 6; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, 2014, § 42 GWB Rn. 3.

<sup>12</sup> [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Broschueren/Informationsbroschuere%20-%20Das%20Bundeskartellamt%20in%20Bonn.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=11](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Broschueren/Informationsbroschuere%20-%20Das%20Bundeskartellamt%20in%20Bonn.pdf?__blob=publicationFile&v=11), 15.09.2017, S. 23.

<sup>13</sup> *Podszun*, NJW 2016, 619.

<sup>14</sup> Vgl. *Podszun*, NJW 2016, 617–618.

<sup>15</sup> Vgl. Für den Papierkorb, Verleger Springers Nachfolgepläne mit den Burda-Erben sind gescheitert, SPIEGEL 10.01.1983.

Machtkonzentrationen gewarnt, die die Demokratie und das Gemeinwesen in ihren Grundfesten erschüttern können.<sup>16</sup>

Gerade diese enorme Konzentration von wirtschaftlicher und damit einhergehender politischer Macht ist es, die durch das Bundeskartellamt verhindert werden soll. Durch das Institut der Ministererlaubnis wird dem Bundeswirtschaftsminister eine Macht zum Eingriff in die rechtsstaatlichen Grundfesten der marktwirtschaftlichen Ordnung und des Gemeinwesens gegeben, wie sie sonst kein anderer politischer Amtsträger hat. Die Seltenheit der Anwendung der Ministererlaubnis ändert daher nichts an ihrem enormen Effekt im Falle ihrer Erteilung.<sup>17</sup>

Der Bestimmung des die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegenden Gemeinwohls als Voraussetzung der Ministererlaubnis kommt daher essentielle Bedeutung zu. Nur bei Überwiegen eines anderen Gemeinwohlziels ist es gerechtfertigt, das ebenfalls dem Gemeinwohl dienende Wettbewerbsprinzip im Einzelfall außer Kraft zu setzen. Nur in diesem Fall ist es legitim, die eigentlich unerwünschte Zusammenballung von wirtschaftlicher Macht hinzunehmen. Und dennoch existiert bisher keine valide und objektive Methode zur Bestimmung des überragenden Gemeinwohls im Einzelfall. Ziel dieser Arbeit ist es daher, eine solche Methode theoretisch zu entwickeln und sodann auf ausgewählte Ministererlaubnisverfahren der Vergangenheit praktisch anzuwenden.<sup>18</sup>

Zu diesem Zweck wird im zweiten Kapitel zunächst ein Überblick über die bisher in Theorie und Praxis entwickelten Konzepte zur Bestimmung des überragenden Gemeinwohls in § 42 GWB gegeben, sowie auf Missbrauchsrisiken bei der Anwendung der Ministererlaubnis eingegangen.

Im dritten Kapitel erfolgt sodann eine Auseinandersetzung mit der bisherigen wissenschaftlichen Forschung zum Gemeinwohl, die überraschenderweise keinerlei Eingang in die kartellrechtliche Literatur zu § 42 GWB gefunden hat. Aus dieser theoretischen Beschäftigung mit dem Gemeinwohl ergibt sich, dass in einer modernen, pluralistischen Gesellschaft das im Einzelfall überragende Gemeinwohl durch einen gesellschaftlichen Aushandlungsprozess in der öffentlichen Meinung bestimmt werden kann. Die vorliegende Arbeit steht damit maßgeblich in Tradition des von *Peter Häberle* entwickelten offenen, diskursiven Gemeinwohlbegriffs<sup>19</sup> und

---

<sup>16</sup> Vgl. Für den Papierkorb, Verleger Springers Nachfolgepläne mit den Burda-Erben sind gescheitert, SPIEGEL 10.01.1983; Die neue deutsche Rüstungsmacht, Mehr als vier Jahrzehnte nach dem Ende des zweiten Weltkriegs entsteht in der Bundesrepublik ein Rüstungsgigant, wie ihn das demokratische Deutschland bislang nicht kennengelernt hat, SPIEGEL 01.08.1988; Daimler-Betriebsrat gegen Einstieg bei MBB, „Regierung wird erpreßbar“/Roth: Ökonomische Großmacht, FAZ 13.07.1988.

<sup>17</sup> Vgl. *Podszun*, NJW 2016, 619.

<sup>18</sup> Für die Erforderlichkeit einer materiellen Bestimmung des Gemeinwohls in § 42 GWB vgl. *Engel*, ZWeR 2003, 470–471.

<sup>19</sup> *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970, 87–100; *Häberle*, Rechtstheorie 1983, 273; *Herzog*, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 3, 1974, Sp. 257; *Münkler/Fischer*, in: *Münkler/Bluhm/Fischer*, Gemeinwohl und Gemeinsinn III, 2002, 9; *Mayntz*, in: ebenda,