

Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika

Working Paper

Ministererlaubnis für Kartellfälle: Kooperation im Sinne des Gemeinwohls?

Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 143

Provided in Cooperation with:

Ilmenau University of Technology, Institute of Economics

Suggested Citation: Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika (2020) : Ministererlaubnis für Kartellfälle: Kooperation im Sinne des Gemeinwohls?, Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 143, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/223249>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Diskussionspapier Nr. 143

**Ministererlaubnis für Kartellfälle: Kooperation im Sinne
des Gemeinwohls?**

Oliver Budzinski & Annika Stöhr

August 2020

Institut für Volkswirtschaftslehre

Ehrenbergstraße 29

Ernst-Abbe-Zentrum

D-98 684 Ilmenau

Phone 03677/69-4030/-4032

Fax 03677/69-4203

<https://www.tu-ilmenau.de/wpo/forschung/>

ISSN 0949-3859

Ministererlaubnis für Kartellfälle: Kooperation im Sinne des Gemeinwohls?

Oliver Budzinski[#] & Annika Stöhr^{ +}*

Zusammenfassung: Mit der Umsetzung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde im Jahr 2005 die Ausnahmeregelung des sog. Ministerkartells nach § 8 GWB ersatzlos gestrichen. Ähnlich dem noch bestehenden Instrument der Ministererlaubnis für Fusionen nach § 42 GWB konnte bis dahin der amtierende Bundeswirtschaftsminister aus „überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls“ (§ 8 (1) GWB) sowie bei unmittelbarer „Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweigs“ (§ 8 (2) 1 GWB) eine Ausnahme vom Kartellverbot nach § 1 GWB aussprechen. Im vorliegenden Beitrag werden zunächst die Ausgestaltung und die ökonomische Sinnhaftigkeit des Instrumentes an sich beleuchtet. Dabei wird insbesondere auf potenzielle Gemeinwohlgründe eingegangen, welche in der aktuellen wissenschaftlichen und politischen Diskussion im Vordergrund stehen: Umwelt- und Tierschutz, sowie die Bildung und Unterstützung von sog. National Champion Unternehmen. Abschließend wird ein Vergleich der Instrumente Ministerkartell und Ministererlaubnis für Fusionen vorgenommen, welcher zeigt, dass ein ministererlaubtes Kartell häufig weniger starke negative Wettbewerbswirkungen hätte, als eine irreversible Fusion. Aus ökonomischer Sicht wäre somit ein Ersatz des vieldiskutierten Instrumentes Ministererlaubnis nach § 42 GWB durch eine Regelung zur Ausnahmeerlaubnis von Kartellen zu erwägen. Allerdings würde jedes derartige Instrument erheblicher Absicherungen gegen eine ungeeignete oder missbräuchliche Anwendung bedürfen, ohne welche ein Verzicht die bessere Lösung darstellt.

English Title: A Ministerial Approval for Cartels - Cooperation for the Common Good?

Abstract: With the implementation of the 7th Amendment to the German Act against Restraints of Competition (GWB) in 2005, the exemption for so-called ministerial cartels under Section 8 GWB was discarded without replacement. Similar to the still existing instrument of ministerial approval for mergers under Section 42 GWB, the Federal Minister of Economics could grant an exemption from the general ban on cartels under Section 1 GWB for "predominant reasons

[#] Professor für Wirtschaftstheorie, Institut für Volkswirtschaftslehre und Institut für Medien und Mobilkommunikation (IMMK), Technische Universität Ilmenau, Email: oliver.budzinski@tu-ilmenau.de.

^{*} M. Sc., Fachgebiet Wirtschaftstheorie, Institut für Volkswirtschaftslehre und Institut für Medien und Mobilkommunikation (IMMK), Technische Universität Ilmenau, Email: annika.stoehr@tu-ilmenau.de.

⁺ Wir danken Björn A. Kuchinke für wertvolle Hinweise zu einer früheren Version des Beitrages.

relating to the economy as a whole and the common good" (Section 8 (1) GWB) and in the event of an immediate "threat to the survival of the majority of the companies in an economic sector" (Section 8 (2) 1 GWB). In this paper, the design and the economic sense of the instrument itself is evaluated first by examining possible reasons for granting an exemption. In particular, potential reasons of public welfare are addressed, which are in the focus of current scientific and political discussions: environmental and animal protection as well as the creation and support of so-called National Champion companies. Finally, we present a comparison of the instruments ministerial cartel and ministerial approval for mergers, which shows that a ministerially approved cartel is likely to burden less negative effects on competition than an irreversible merger. We conclude that from an economic point of view a replacement of the much-discussed instrument of ministerial approval under Section 42 GWB by a regulation on the exemption of cartels would be preferable. However, any such instrument would require strict safeguarding against its abusive application.

Schlagwörter: Ministererlaubnis, Ministerkartell, Wettbewerbspolitik, Fusionskontrolle, Kartellverbot, Wettbewerbsökonomik, Antitrust, Recht & Ökonomik, Wettbewerbsordnung, Wirtschaftspolitik

Keywords: competition policy, cartels, merger control, antitrust, law & economics, German competition policy, public interest

JEL-Klassifikation: L40, K21, B52, L51

Gliederung

1. Einleitung.....	5
2. Wettbewerb vs. Gemeinwohl?.....	7
2.1 Wann kann Marktmacht zu Gemeinwohl führen?	7
2.2 Gemeinwohlgründe in der wirtschaftspolitischen Praxis.....	8
2.3 „Grüne“ Kartelle: Klimaschutz und Tierwohl	10
2.4 National und European Champions	13
3. Gemeinwohl-Kartell vs. Gemeinwohl-Fusion	16
3.1 Empirische Bilanz der bisherigen Fälle	16
3.2 Ein Vergleich der Instrumente	21
4. Fazit – Brauchen wir § 8 GWB zurück?.....	25
5. Literatur.....	28

1. Einleitung

Mit der Umsetzung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde im Jahr 2005 die Regelung nach § 8 GWB ersatzlos gestrichen. Diese Ausnahmeregelung ermöglichte bis dahin Unternehmen den Antrag auf ein sog. Ministerkartell. Unter den Bedingungen, dass „ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist“ (§ 8 (1) GWB) oder „unmittelbare Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges“ (§ 8 (2) 1 GWB) bestand, konnten kooperierende Firmen beim Bundeswirtschaftsminister eine Ausnahme vom Kartellverbot nach § 1 GWB beantragen.¹ Mit der Anpassung an das europäische Recht wurde diese Ausnahmeregelung, gemeinsam mit den damaligen §§ 2 bis 7 GWB², überarbeitet bzw. gestrichen. Anstelle der Definition einer Reihe von Kartellausnahmefällen treten seither nach europäischem Muster allgemeine Bedingungen, die Unternehmenskooperationen erfüllen müssen, welche vom allgemeinen Kartellverbot freigestellt werden möchten (§ 2 GWB, den Regelungen von Art. 101 (3) AEUV folgend).³ Aufgrund des Vorrangs des europäischen vor dem deutschen Recht bei Vereinbarungen mit grenzüberschreitender Wirkung sei eine Aufrechterhaltung des § 8 GWB nicht mehr zulässig gewesen. Des Weiteren sah der Gesetzgeber aufgrund der seltenen Nutzung des Instruments (insgesamt vier Mal, zuletzt im Jahr 1984) keine praktische Bedeutung des Ministerkartells mehr. Auch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit an Kartellen mit lediglich lokalen oder regionalen Auswirkungen sei nur schwer vorstellbar (Deutscher Bundestag 2004: 27).

¹ In der hier verwendeten und in der Ökonomik üblichen Diktion bezeichnet ein Kartell eine vertragliche Kollusion, d.h. Unternehmen legen Parameter, die sonst dem Wettbewerb unterliegen würden, in Absprache miteinander fest. In diesem Sinne stellt jede Kooperation zwischen Unternehmen, die sich potenziell (horizontal oder vertikal) in einer Wettbewerbssituation zueinander befinden könnten, aus ökonomischer Sicht ein Kartell dar. Dabei gelten Kartelle, die Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen und Quoten sowie Marktaufteilung betreffen als nahezu ausnahmslos wohlfahrtsschädlich, während Kartelle zu anderen Wettbewerbsparametern wie etwa Beschaffung, Forschung und Entwicklung, Werbung, Standardisierung usw. sowohl typischerweise negative als mitunter auch positive Wohlfahrts- und Wettbewerbswirkungen entfalten können. In Fällen der letzteren Art hängen die Wirkungen sensitiv von der Fallkonstellation ab. Vgl. u.a. Kerber & Schwalbe (2015); Budzinski & Eckert (2018).

² §§ 2 bis 7 GWB in der Fassung vor Juli 2005 bzw. vor Umsetzung der 7. GWB Novelle (Ausnahmen vom Kartellverbot nach § 1 GWB): § 2 GWB Normen- und Typenkartelle, Konditionenkartelle; § 3 GWB Spezialisierungskartelle; § 4 GWB Mittelstandskartelle; § 5 GWB Rationalisierungskartelle; § 6 GWB Strukturkrisenkartelle; § 7 GWB Sonstige Kartelle (angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Kartellgewinn). Siehe auch: Audretsch (1989); Haucap et al. (2010).

³ Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, „die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“ können auf Antrag vom Kartellverbot nach § 1 GWB freigestellt werden, wenn dadurch den beteiligten Unternehmen keine „Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“ (§ 2 (1) GWB).

Auch wenn schon frühzeitig vereinzelt Stimmen für eine Einführung einer „EG-Kommissionserlaubnis“ nach Vorbild der deutschen Ministererlaubnis (sowohl im Rahmen der Fusionskontrolle, als auch im Sinne eines Ministerkartells) aufkamen (Janicki & Molitor 1995), wurde das deutsche GWB in Richtung des europäischen Rechts angepasst – wenn auch lediglich bezüglich der Abschaffung des Ministerkartells. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gibt es die Ministererlaubnis (§ 42 GWB) noch heute. Das mutet verwunderlich an, bedenkt man die kontroversen Diskussionen, die schon seit der Einführung des Instrumentes um dessen Fortbestehen geführt werden (siehe für eine Zusammenfassung des aktuellen Stands sowie umfassende Literaturangaben Budzinski & Stöhr 2019a sowie Stöhr & Budzinski 2019) und die Begründung des Gesetzgebers für die Abschaffung von § 8 GWB, welche sich wohl auch auf § 42 GWB übertragen ließe. Zudem ist die Bilanz der Ministererlaubnis, was das tatsächliche Erzielen von Gemeinwohlvorteilen angeht, insgesamt recht dürftig (Stöhr & Budzinski 2019) – ähnlich wie auch internationale Erfahrungen mit Gemeinwohlbestimmungen in der Zusammenschlusskontrolle (Budzinski & Stöhr 2020). Nichtsdestotrotz fand die Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse auch in den letzten 15 Jahren (kontroverse) Anwendung, zuletzt im Kontext der Fusion Miba/Zollern (kritisch hierzu: Budzinski & Stöhr 2019b; Konrad 2020). Zudem wurde im Jahr 2019 der (politische) Ruf nach einer Ausweitung der Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene wieder lauter – insbesondere nach der Untersagung der Fusion Siemens/Alstom durch die Europäische Kommission (European Commission 2019) und die darauffolgende deutsch-französische wirtschaftspolitische Kooperation für ein „Industriepolitisches Manifest“ (BMW 2019a). Die Bildung von „Nationalen/Europäischen Champions“ wird dabei politisch zunehmend als Gemeinwohlvorteil und überragendes Interesse der Allgemeinheit eingestuft. Jüngst geraten auch Umweltschutzziele zunehmend in den Fokus von gemeinwohlorientierten Ausnahmediskussion (Kingston 2011).

In diesem Beitrag soll nun die Frage untersucht werden, inwiefern solche Begründungen auch für eine Wiedereinführung einer Ausnahmeregelung vom Kartellverbot im Sinne des abgeschafften § 8 GWB sprechen könnten. Ist eine Vereinfachung von nationalen und/oder europäischen Kooperationen aufgrund von Gemeinwohlinteressen grundsätzlich wünschenswert? Welche (anderen) Interessen und Gründe des Gemeinwohls könnten es sein, die eine Einschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen? Stellt ein Ministerkartell möglicherweise sogar eine mildere Form der Wettbewerbsbeschränkung dar als eine Ministererlaubnis bei Zusammenschlüssen, sodass letztere durch eine begrenzte Öffnung des Kartellverbots ersetzt werden könnte und müsste?

Zu Beantwortung dieser Fragen stellt Abschnitt 2 zunächst Wettbewerb und Gemeinwohl im Spannungsfeld miteinander dar und analysiert mögliche Gründe, welche für eine Ausnahmeerlaubnis einer Fusion bzw. eines Kartells sprechen könnten. Im Anschluss folgt eine theoriegeleitete Analyse der beiden Instrumente und ihrer jeweiligen Erfolge, um Aussagen zur grundsätzlichen Sinnhaftigkeit dieser zur Sicherung des Gemeinwohls treffen zu können. Im Fazit soll abschließend geklärt werden, inwieweit eine Wiedereinführung des Instrumentes Ministerkartell zu begrüßen wäre.

2. Wettbewerb vs. Gemeinwohl?

2.1 Wann kann Marktmacht zu Gemeinwohl führen?

Das Konzept einer Ausnahmeregelung vom Kartellverbot bzw. von Fusionskontrollregelungen besteht im Wesentlichen darin, dass über Kartelle und Unternehmenszusammenschlüsse nicht nur mit Blick auf die Wirkungen auf Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt entschieden werden soll (Entscheidung des Bundeskartellamtes), sondern dass weitere Wirkungen im Einzelfall rechtfertigen, eine wettbewerbswidrige Transaktion oder Kooperation zuzulassen. Damit wird davon ausgegangen, dass diese übergeordneten Wirkungen den negativen Wohlfahrtseffekt der Wettbewerbsbeschränkung überkompensieren und der Schutz des Wettbewerbs hier nicht alleine oder gar nicht geeignet ist, diese übergeordneten Wirkungen zu erzielen. Mit anderen Worten werden sog. Gemeinwohlziele und das übergeordnete Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Schutz des Wettbewerbs, als potenziell konfliktär angesehen. Daraus ergibt sich jedoch, dass auch nur solche Gemeinwohlziele als Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung geeignet sind, die tatsächlich in Konflikt mit dem Ziel der Wettbewerbssicherung stehen. Dabei reicht es nicht aus, dass Wettbewerb nicht (sozusagen automatisch) zur Erreichung des Gemeinwohlziels führt, vielmehr muss die Beschränkung des Wettbewerbs instrumental für die Erreichung des Gemeinwohlziels sein (Budzinski & Stöhr 2019a, 2020). Die wettbewerbswidrige Marktmacht muss somit notwendig sein, um das Gemeinwohlziel zu erreichen. Ist dies auch mit Wettbewerb möglich – beispielsweise durch eine andere Regulierung (mithin einer Veränderung des Ordnungsrahmens des wettbewerblichen Marktes) – so liegt keine Rechtfertigung dafür vor, auf die immensen Wohlfahrtseffekte des Marktwettbewerbs zu verzichten. Die permanente und dynamische dezentrale Koordination von Angebot und Nachfrage, welche wettbewerbliche Märkte leisten (Hayek 1945; 1948; 1968; Budzinski & Eckert 2018) und für welche bisher kein auch nur annähernd gleichwertiger Koordinationsmechanismus bekannt ist, stellt zweifellos selbst einen erheblichen Gemeinwohlfaktor dar.

Es ist zudem zu beachten, dass die Fälle, bei denen Kartelle oder Zusammenschlüsse auch marktökonomisch vorteilhaft sind, also (ausnahmsweise) zu einer Verbesserung der Marktprozesse führen, ordnungsimmanent (also innerhalb der Wettbewerbspolitik) ermöglicht werden. Das europäische und das deutsche Wettbewerbsrecht enthalten Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot, wenn (i) die Verbraucher angemessen am Kartellgewinn beteiligt werden, (ii) die Effizienz von Gütererzeugung oder -verteilung gesteigert wird, (iii) der technische oder wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird, (iv) die Vorteile kartellspezifisch (also nicht anders erreichbar) sind und (v) wirksamer Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betroffenen Güter weiterbesteht (§ 2(1) GWB und Art. 101(3) AEUV). Anders als Kartelle sind Unternehmenszusammenschlüsse ohnehin nicht allgemein untersagt, so dass sie nur verboten werden, wenn in der Gesamtabwägung von wohlfahrtssteigernden und wohlfahrtssenkenden Effekten die letzteren überwiegen.

Besteht ein echter Konflikt zwischen Gemeinwohlziel und Wettbewerb, so muss es einer demokratischen Gesellschaft grundsätzlich erlaubt sein, eine eigenständige Entscheidung bzgl. des Zielkonflikts zu treffen. Das setzt voraus, dass dies im Wissen über die Kosten der jeweiligen Entscheidung geschieht, d.h., eine Gesellschaft kann beispielsweise gemeinschaftlich die Erreichung eines Gemeinwohlzieles, welches nur durch Marktmacht zu erreichen ist, höher werten, als den Wohlfahrtsverlust durch den Verlust an Koordinationsfähigkeit des vermachten Marktes. Trotz der offensichtlichen Schwierigkeiten und Defizite, die mit einem solchen Entscheidungsprozess verbunden sind, ließen sich also Ausnahmeregelungen wie eine gemeinwohlbasierte Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse und Kartelle grundsätzlich rechtfertigen. Angesichts lobbyistischer Einflüsse und defizienter politökonomischer Anreize (inter alia, Haucap 2010; Haucap et al. 2013; Budzinski & Eckert 2018; Budzinski & Stöhr 2019a) bedarf es jedoch sehr restriktiver Bedingungen, die sicherstellen, dass (a) nur solche Gemeinwohlziele zum Zuge kommen, die wirklich konfliktär zur wettbewerblichen Marktkoordination sind, und (b) eine transparente Kostenabwägung stattfindet. Kann dies nicht sichergestellt werden, ist ein Verzicht auf ministererlaubte Wettbewerbsbeschränkungen die zu bevorzugende Lösung.

2.2 Gemeinwohlgründe in der wirtschaftspolitischen Praxis

Dass die Restriktivität der Bedingungen für gerechtfertigte ministererlaubte Wettbewerbsbeschränkungen (Kartelle und Zusammenschlüsse) nicht trivial ist, zeigen empirische Untersuchungen der in der wettbewerbspolitischen Praxis diskutierten und angewendeten Gemeinwohl-

gründe, welche diese Bedingungen (Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung für das Gemeinwohlziel und Kostenabwägung) regelmäßig verfehlen (Stöhr & Budzinski 2019; Budzinski & Stöhr 2020).⁴ So ist beispielsweise das vielverwendete Ziel der Arbeitsplatzsicherung bzw. einer niedrigen Arbeitslosenquote sicherlich im Interesse der Allgemeinheit, kann jedoch regelmäßig durch Wettbewerb wesentlich besser erreicht werden kann, als durch Konzentrationssteigernde Maßnahmen wie Unternehmenszusammenschlüsse (inter alia, Budzinski & Kretschmer 2016; Chirita 2016; Naidu et al. 2018; Monopolkommission 2019; Shapiro 2019). Damit ist es als Begründung für die Genehmigung einer wettbewerbswidrigen Fusion oder Kooperation nicht geeignet. Eine empirische Ex-Post-Untersuchung der entsprechenden Ministererlaubnisfälle kann hier auch keine positiven Effekte der Ministererlaubnisfälle finden (Stöhr & Budzinski 2019).

Dass die in der Praxis der Ministererlaubnis in der deutschen Zusammenschlusskontrolle herangezogenen Gemeinwohlziele mehrheitlich nicht geeignet sind, durch die ministererlaubte Wettbewerbsbeschränkung erreicht zu werden, liegt auch an den aus ökonomischer Sicht wenig geeigneten Vorgaben des § 42 GWB. Demnach umfassen die Gemeinwohlziele (i) gesamtwirtschaftliche Vorteile und/oder (ii) überragende Interessen der Allgemeinheit, welche die Wettbewerbsnachteile eines Zusammenschlusses jeweils überwiegen, sowie (iii) eine durch den wettbewerbswidrigen Zusammenschluss erreichte Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen. Insbesondere gesamtwirtschaftliche Vorteile und internationale Wettbewerbsfähigkeit lassen sich regelmäßig nicht durch Wettbewerbsbeschränkungen erzielen (Budzinski & Stöhr 2019a). Mit der 10. Novelle des GWB wird derzeit auch eine begrenzte Novellierung der Ministererlaubnis angestrebt. Neben der Anpassung von Fristen soll insbesondere verdeutlicht werden, dass es für eine Erteilung der Ausnahmegenehmigung durch den Bundeswirtschaftsminister *immer* des Vorliegens eines überragenden Gemeinwohlinteresses bedarf. Bisher kann der Gesetzestext noch so interpretiert werden, dass nur einer der drei genannten Gründe in ausreichendem Maße vorliegen muss, um eine Ministererlaubnis zu begründen. Mit dieser Änderung des materiellen Maßstabs, aber auch mit den weiteren Anpassungen bzgl. einer vor dem Antrag auf Ministererlaubnis einzuholenden gerichtlichen Bestätigung der rechtlichen Einschätzung des Bundeskartellamtes (im Rahmen des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes) sowie der Abhängigkeit einer Erlaubnis nach § 42 GWB davon,

⁴ Budzinski und Stöhr (2019a) liefern eine Übersicht über die im Rahmen der deutschen Ministererlaubnis verwendeten Gemeinwohlgründe, während Budzinski und Stöhr (2020) sogenannte „public interest“-Gründe in anderen Jurisdiktionen diskutieren.

dass zuvor einer von zwei möglichen Rechtsbehelfen gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts als unbegründet abgelehnt worden ist (BMWi 2020: 102f.), geht der Gesetzgeber einen (wenn auch kleinen) Schritt in die richtige Richtung (Budzinski et al. 2020). Insbesondere bezüglich der Notwendigkeit des Vorliegens von tatsächlichen Gemeinwohlzielen, für welche eine Beschränkung des Wettbewerbs instrumental ist, werden jedoch keine wesentlichen Fortschritte erzielt, so dass das Instrument Ministererlaubnis in seiner gegenwärtigen Form ungeeignet bleibt (Budzinski & Stöhr 2019a; Stöhr und Budzinski 2019). Auch die im entfallenen § 8 GWB genannten Gründe für eine Ausnahmeregelung, nämlich a) überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und b) des Gemeinwohls sowie c) unmittelbare Gefahr für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges, wiesen Ähnlichkeiten mit den heute noch bestehenden Begründungen für eine Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle auf – und waren insgesamt ebenso wenig geeignet sicherzustellen, dass wettbewerbsbeschränkende Kartelle nur dann ministererlaubt werden, wenn die Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich instrumental zur Erreichung eines Gemeinwohlzieles ist.

2.3 „Grüne“ Kartelle: Klimaschutz und Tierwohl

Zu den viel diskutierten modernen Gemeinwohlzielen gehören beispielsweise der sogenannte Klimaschutz, d.h. genauer das Ziel der Verlangsamung des anthropogenen Klimawandels, und die Verbesserung des Tierwohls im Rahmen der Nahrungsmittelproduktion.⁵ Beides fällt unter die Überschrift eines Wandels in Richtung einer nachhaltigeren oder „grüneren“ Wirtschaftsweise. In diesem Zusammenhang wird auch diskutiert, ob umfassende Kooperationen zwischen Unternehmen (sog. „grüne“ Kartelle) zur Erreichung dieser Gemeinwohlziele förderlich und damit rechtssicher zu erlauben wären (inter alia, Kingston 2011; Steenbergen et al. 2017). Folglich ist das Thema auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung aufgegriffen worden (Schinkel & Toth 2016, 2020; Schinkel & Spiegel 2017; Treuren & Schinkel 2018; Martinez et al. 2019). Inwieweit stellen diese Ziele somit tatsächlich Gemeinwohlinteressen dar, welche potenziell in konfliktärer Beziehung zu wettbewerblich koordinierten Marktprozessen stehen und durch eine Ministererlaubnis jedweder Art geschützt werden könnten?

Bzgl. des Tierschutzes kann beispielhaft die Nutztierhaltung im Agrarbereich betrachtet werden (bspw. zu Zwecken der Fleisch- oder Milchproduktion). Tierschutzorientierte Normen, wie die Festlegung von Haltungsobergrenzen oder Vorgaben zur Nutzung von Antibiotika (Chemnitz et al. 2018), schränken naturgemäß die Freiheiten der Produzenten ein, erzeugen zusätzliche

⁵ Schinkel und Toth (2020) listen eine Reihe von Beispielen auf.

Kosten und können damit deren erzielte Renten senken. Nichtsdestotrotz kann der Tierschutz im Allgemeininteresse sein, wenn so beispielsweise mögliche Antibiotikaresistenzen vermieden werden können oder auch wenn die Haltungsform der Nutztiere eher den ethischen Präferenzen der Nachfrager entspricht. Auch Schadstoffemissionen könnten durch eine tiergerechtere Haltung, welche typischerweise auch das Haltungsvolumen insgesamt senkt, reduziert werden (Chemnitz et al. 2018: 40f.), wodurch wiederum die Lebensbedingungen der Gesamtgesellschaft verbessert werden könnten. Damit kann der Tierschutz durchaus ein plausibles Gemeinwohlziel darstellen. Schinkel und Toth (2020) berichten über einen niederländischen Fall, in welchem die niederländische Authority of Consumers and Markets (ACM), welche Anti-trust- und Verbraucherschutzkompetenzen unter einem Dach bündelt, eine Kartellvereinbarung niederländischer Hühnerfarmer prüfte, welche unter dem Namen „Chicken of Tomorrow“ die Bedingungen der Hühnerhaltung verbessern sollte (ACM 2014). Steenbergen et al. (2017) diskutieren einen Fall, in welchem Fischer durch ein Kartell eine Selbstbeschränkung der Fischmengen zum Schutz für Überfischung durchsetzen wollten. In beiden Fällen ergaben gemäß dieser Berichte die Analysen der zuständigen Behörden, dass die Kartelle überwiegend eine Umleitung der Renten von Konsumenten zu Produzenten bewirkt hätten, mithin die Kartelle für die Kartellanten vor allem eines gewesen wären: monetär profitabel. Insofern käme hier eine Freistellung vom allgemeinen Kartellverbot gemäß § 2(1) GWB bzw. Art. 101(3) AEUV (siehe Abschnitt 2.1) nicht in Frage.

Beide sind insofern interessant, als dass sie typische Fälle für eine Ministererlaubnis wären: die angedachte Beschränkung des Wettbewerbs führt zu Netto-Wohlfahrtsverlusten (weswegen eine ordnungsimmanente Freistellung nicht möglich ist), aber vielleicht sind diese es wert, von der Gesellschaft getragen zu werden, um das Gemeinwohlziel Tierschutz zu erreichen? Dieses würde allerdings voraussetzen, dass die Beschränkung des Wettbewerbs instrumental für die Erreichung des Ziels Tierwohlsteigerung ist. Die Anreize, das Tierwohl zu schützen, mögen auf den ersten Blick im Konflikt mit (Preis-)Wettbewerb stehen: können beispielsweise die Kosten durch niedrigere Haltungsstandards für Hühner gesenkt werden, kann zu einem niedrigeren Preis angeboten werden, so dass ein Anreiz zu niedrigeren Haltungsstandards besteht. Wäre dies in einem Monopol (= Marktmacht durch Konzentration) anders? Immer noch wären schlechtere Haltungsstandards mit niedrigeren Kosten verbunden, so dass der Monopolist immer noch Anreize hätte, das Tierwohl zu missachten und die Standards niedrig zu halten, um seine Gewinne zu maximieren. Wegfallen würde lediglich die Möglichkeit, dass tierwohlbewusste Konsumenten nur Fleisch aus tierwohlorientierter Haltung kaufen und damit Anreize für die Anbieter setzen, auch solche Qualität anzubieten. Einem Monopolisten können solche

Konsumentenpräferenzen weitgehend egal sein. Ein marktumfassendes (Hardcore-) Kartell verhält sich nun im Grunde wie ein Monopolist: der kollektive Gewinn wird maximiert. Enthält das Kartell Mindeststandards zur Tierhaltung, so werden diese möglicherweise (abhängig von der Effizienz der internen Governance) eingehalten, was eine Verbesserung darstellen kann. Gleichzeitig bestehen jedoch Anreize, maximal diese Mindeststandards einzuhalten. Das Marktsegment höherer Standards für Konsumenten mit Tierwohlpräferenzen wird ohne Wettbewerb verschwinden, da durch den kollektiv gesetzten Monopolpreis durch Haltungsstandards oberhalb der Minimumstandards lediglich die individuellen Gewinne gesenkt würden. Zudem entstehen keine Anreize, den vereinbarten Standard dynamisch zu verbessern, weitgehend unabhängig von den Konsumentenpräferenzen, die sich nur bei wirksamem Wettbewerb durchsetzen können. Im Ergebnis trägt der Wegfall des Preis- und/oder Mengenwettbewerbs also nicht zur Erreichung des Gemeinwohlziels Tierwohl bei.⁶ Es bedarf der Setzung von Standards, was eine Aufgabe staatlicher Regulierung ist und nicht der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen (siehe auch die Argumentation zum Tabakwerbekartell in Abschnitt 3.1). Geeignete Standards zum Schutz des Tierwohls ermöglichen einen Wettbewerb innerhalb dieses Ordnungsrahmens, indem dann auch weiterreichende Segmente (besonders tierwohlpräferierende Konsumenten) bedient werden, sowie dynamische Vorteile (Wandel des Konsumverhaltens, technischer Fortschritt, Innovationen) wirksam bleiben.

Auch der Klimaschutz, beispielsweise in Verbindung mit der Energiewende, kann potenziell ein Gemeinwohlziel darstellen, welches in Konflikt mit dem wettbewerblich koordinierten Markt steht. Die negativen Auswirkungen des Klimawandels auf Gesundheit und Lebensbedingungen sind weitreichend untersucht und so kann es dem politischen und gesellschaftlichen Wunsch entsprechen, die Energieversorgung auf emissionsärmere Konzepte umzustellen, um diese Auswirkungen zu reduzieren (inter alia, Umweltbundesamt 2020). Dadurch entstehen den betroffenen Unternehmen jedoch Kosten, sodass potenziell Anreize entstehen, diese Kosten durch Kooperationen oder Fusionen zu reduzieren. Im Grunde geht die Politik dann einen „Deal“ ein, mit dem sie die Unternehmen für die Kosten des Gemeinwohlziels mit (profitabler) Marktmacht kompensiert (Kingston 2011). M.a.W., die Politik erlaubt den Unternehmen die Ausbeutung der Konsumenten (denn daraus entstehen die Marktmachtgewinne) als Kompensation dafür, dass die Unternehmen der Politik regulatorisches Handeln abnehmen und die Kosten einer gemeinwohlorientierten Maßnahme tragen. Die industrieökonomische Literatur zeigt,

⁶ In einer experimentellen Untersuchung zeigen Martinez et al. (2019), dass Präferenzen der Konsumenten und Wertevorstellungen der Produzenten wesentlich bedeutsamer für gemeinwohlorientierte Effekte sind als die Möglichkeit zur (kartellmäßigen) Koordination der Anbieter untereinander – und letztere präferenzbasierte Effekte erodieren kann.

dass diese Rechnung typischerweise nicht aufgeht (Schinkel und Toth 2016, 2020; Treuren & Schinkel 2018). Zudem wird im Rahmen dieser Argumentation deutlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung bzw. die Marktmacht hier nicht instrumental für das Gemeinwohlziel ist – sondern eine Belohnung für das Erfüllen von Regierungswünschen. Letztendlich ist es auch hier ein regulatorischer Eingriff, welcher durch die Gestaltung des Ordnungsrahmens der Energiemärkte (ob durch die Setzung von Standards oder besser die Schaffung von allokativen und dynamischen Anreizen über Steuer- oder Zertifikatelösungen; inter alia, Budzinski 2000: 259-301) das Gemeinwohlinteresse Klimaschutz bedient. Die Beschränkung des Wettbewerbs bzw. die Schaffung von Marktmacht erscheint hierfür nicht notwendig zu sein, bringt aber eine große Menge allokativer und dynamischer Nachteile – auch im Hinblick auf das Klimaschutzziel – mit sich.

Die vorliegende Argumentation bedeutet nicht, dass es nicht Einzelfälle geben kann, in denen eine Vermachtung eines bestimmten Marktes durch eine wettbewerbsbeschränkende Kooperation oder Fusion zu einer besseren Erreichung eines Klimaschutz- oder Tierwohlziels führen kann. Das ist aber nicht der Regelfall, weswegen Ausnahmen vom Schutz des Wettbewerbs durch die Wettbewerbspolitik auch nicht die bevorzugte Adresse für grüne Wirtschaftspolitik sein können.

2.4 National und European Champions

Eine weitere potenzielle Ausnahmebegründung für eine wettbewerbsbeschränkende Fusion oder Kooperation, welche seit dem EU-Fusionsfall Siemens/Alstom besonders stark in Politik und Wissenschaft diskutiert wird, ist die Bildung sog. National oder European Champions (inter alia, BMWi 2019a; Heim & Midões 2019; Jenny & Neven 2019; Levy et al. 2019). Diese Diskussion ist mitnichten neu in der Industriepolitik – schon in den 1960er Jahren wurden sowohl in Europa, als auch in den Vereinigten Staaten Stimmen laut, die aus diesen Gründen eine weniger strenge Fusionskontrolle forderten. Nur durch sog. Mega-Fusionen, welche den beteiligten Unternehmen zu erheblicher Größe verhelfen sollten, seien die nötigen Economies of Scale zu verwirklichen sowie die Voraussetzungen für erfolgreiche R&D-Projekte zu schaffen, um im internationalen Wettbewerb zu bestehen. Interessanterweise hielt man sich auf beiden Seiten des Atlantiks jeweils wechselseitig für wettbewerbslich unterlegen, was nur durch eine solche Forcierung Nationaler Champions behoben werden könne (inter alia, Adams & Brock 1988; Lianos 2019). Diese Argumentation hat sich bis heute kaum geändert. So gilt in der aktuellen deutschen „Industriestrategie 2030“ für Minister Altmaier scheinbar ebenfalls das Motto „Size

Matters!“ (BMWi 2019b; Zettelmeyer 2019). Es sollen demnach „große Systemhäuser“ gebildet werden, um „wettbewerbsfähig zu bleiben, oder wo es darum geht, milliarden schwere Großaufträge im internationalen Wettbewerb zu gewinnen“ (BMWi 2019b: 10). Neben Fusionen könnten grundsätzlich auch Unternehmenskooperationen zur Bildung solcher Champions beitragen. So wird es beispielsweise auch vom European Political Strategy Centre (EPSC) vorgeschlagen, welches deutlich macht, dass ein European Champion nicht gezwungenermaßen aus nur einem Unternehmen bestehen muss, sondern Kooperationen entlang der Wertschöpfungskette durchaus eine Option sind. Besonders hervorgehoben werden dabei die sog. „Important Projects of Common European Interest“ (IPCEI), die eine solche Kooperation aufgrund gemeinsamer, länderübergreifender Gemeinwohlinteressen begründen würden (EPSC 2019:16f.).

Untersucht man nun diese National oder European Champions auf das Vorliegen einer tatsächlichen Gemeinwohlbegründung, so zeigt sich, dass es sich bei der Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit um ein Ziel handelt, welches durch funktionsfähigen Wettbewerb wesentlich besser erreicht werden kann, als durch konzentrationssteigernde industriepolitische Maßnahmen (inter alia, Monopolkommission 2003; OECD 2009; Budzinski & Stöhr 2019b). Der Schutz und die Stärkung einzelner Unternehmen oder einer Gruppe von Unternehmen vor ausländischem Wettbewerb soll effektiv die Wertschöpfung im eigenen Land erhalten bzw. steigern. Eine ähnliche Begründung wird beispielsweise auch in der sog. „infant industry“ Argumentation herangezogen, welche darauf abzielt, junge Industrien in einem Land zunächst vor internationalem Wettbewerb zu schützen, um so ein wettbewerbles „level playing field“ zu schaffen und ein frühes Scheitern der Firmen im internationalen Markt potenziell zu verhindern (inter alia, Baldwin 1969; Grossman & Horn 1988; Panagariya 2011). Mit diesen Wettbewerbsbeschränkungen werden jedoch problematische Anreize gesetzt, sodass es vor allem langfristig eher zu (noch) schlechteren Marktergebnissen kommt. Die vor wirksamen Binnenwettbewerb geschützten Unternehmen tendieren dazu, ihre Marktmacht zu Lasten der Nachfrager und im Endergebnis auf lange Sicht auch zu Lasten der eigenen internationalen Wettbewerbsfähigkeit auszunutzen anstatt ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen (Budzinski & Stöhr 2019b; Zettelmeyer 2019). Zudem ergibt sich häufig eine Umorientierung der Aktivitäten des geschützten „Champions“ bzw. der protektionierten Industrien weg von Innovationstätigkeit und Investitionen in die eigene Wettbewerbsfähigkeit, hin zu einem Fokus auf Investitionen in den Erhalt und Ausbau der staatlichen Unterstützungsmaßnahmen, sog. Rent-Seeking. Dies gilt insbesondere wenn Großkonzerne als vermeintliche Champions besonders geschützt und/oder gefördert werden. Damit zusammenhängend ergeben sich für das/die Champion-Unternehmen zusätzlich

Anreize, ihre Stellung dahingehend zu missbrauchen, dass sie ein gewisses Gefühl der Straffreiheit im Sinne des Wettbewerbsrechts haben, werden sie doch von der nationalen oder der EU-Politik als essenziell wichtig angesehen und sind damit quasi „too-important-to-fail“. Das kann sich einerseits in der Ausnutzung ihrer Marktmacht äußern (und damit Nachfrager und Wettbewerb, sowohl im eigenen Land, als auch in der EU und weltweit schädigen), andererseits schafft sich die Politik mit dieser „Versicherung der Wichtigkeit“ für einzelne Unternehmen auch fiskalische Risiken (Zettelmeyer 2019).

Zudem widerspricht eine Ungleichbehandlung der an einer Fusion oder Kooperation beteiligten Unternehmen durch die nationalen Wettbewerbsbehörden aufgrund der Herkunft der Unternehmen den Prinzipien der Transparenz und Nicht-Diskriminierung, welche beispielsweise vom ICN und der OECD für die Fusionskontrolle empfohlen werden (OECD 2005; Galloway 2007; ICN 2020). Folgen dieses Vorgehens zeigen sich sowohl direkt im Ausgang der behördlichen Entscheidung, als auch langfristig, da es potenziell abschreckende Wirkungen auf Investitionen und Kooperationen ausländischer Unternehmen hat. Damit wird zudem auf lange Sicht das Gegenteil dessen bewirkt, was das Ziel der bevorzugten Behandlung einheimischer Unternehmen war: durch eine zu erwartende ähnliche „Antwort“ ausländischer Wettbewerbsbehörden und/oder Industriepolitik ergeben sich so negative Effekte für alle Beteiligten, die sogar in einen regelrechten Handelskrieg münden können. Versuche, eine solche Tendenz zu protektionistischen Entscheidungen empirisch beispielsweise in der EU Fusionskontrolle aufzuzeigen, gab es bereits, ein eindeutiger Nachweis ist jedoch bisher nicht gelungen (Dinc & Erel 2013; Bradford et al. 2018).

Die Schaffung von Nationalen oder Europäischen Champions, ebenso sowie Protektionismus, Nationalismus und Populismus im Antitrust generell (Shapiro 2018), bringt außerdem Schwierigkeiten in der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und insbesondere in der Fusionskontrolle mit sich. Eine klare Trennung von wettbewerbsbehördlicher Praxis und industriepolitischen Entscheidungen, welche grundsätzlich wünschenswert ist, da so die Transparenz gewahrt, Rechtssicherheit für Unternehmen erhöht und potenzieller lobbyistischer Einfluss verringert wird, ist damit nicht mehr oder nur schwer möglich (Galloway 2007). Damit befinden sich Industriepolitik bzw. industriepolitische Ziele und Wettbewerbspolitik bzw. der Schutz des Wettbewerbs in einem gewissen Spannungsfeld (Kroes 2006; Geradin & Girgenson 2011; Sokol 2015). Weitere Probleme liegen auch in der konkreten Definition eines Champions. Hier stellen sich die Fragen nach den Voraussetzungen, der Überprüfung der (Einhaltung der) Kriterien und auch der prüfenden und entscheidenden Instanz: reicht es, wenn die Unternehmen sich selbst als Champions ansehen? Sollte das ein einzelner legitimierter Politiker feststellen

(wie im aktuellen Ministererlaubnis-Verfahren) oder gar ein unabhängiges Expertengremium (Laitenberger 2019)?

Insgesamt sind die Bildung und der Schutz von Nationalen oder Europäischen Champions aufgrund der negativen Effekte weder im Sinne des Gemeinwohls, noch kann damit internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen (welche hingegen durchaus im Interesse der Allgemeinheit ist) besser erreicht werden, als ohne den Schutz einzelner Unternehmen. Daher sollte das Argument weder für eine Ausnahmebegründung einer Fusion, noch eines Kartells bzw. einer Kooperation herangezogen werden. Wobei jedoch gilt, dass die Bildung von Nationalen oder Europäischen Champions mithilfe von Fusionen wesentlich stärkere und vor allem längerfristige Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, als Unternehmenskooperationen, die sich beispielsweise im Rahmen von Ausschreibungen gemeinsam auf Großprojekte bewerben (EPSC 2019:16f.; Zettelmeyer 2019: 8).

3. Gemeinwohl-Kartell vs. Gemeinwohl-Fusion

3.1 Empirische Bilanz der bisherigen Fälle

Neben der Frage, was überhaupt Gemeinwohlziele, die durch Wettbewerbsbeschränkungen erreicht werden könnten, sein können, stellt sich auch die Frage, ob bisher ministergenehmigte antikompetitive⁷ Kooperationen und Zusammenschlüsse überhaupt zur Erreichung von Gemeinwohlzielen geführt haben. In der bisherigen Praxis wurden aus ökonomischer Sicht sowohl eher fragwürdige Gründe ebenso herangezogen, wie durchaus geeignete Gemeinwohlgründe. Die hier vorgenommene empirische Ex-Post-Analyse erstreckt sich auf alle bisher genutzten Gemeinwohlgründe und abstrahiert daher im Folgenden teilweise von den restriktiven Bedingungen, die im zweiten Abschnitt entwickelt worden sind. Die Tabellen 1 und 2 geben einen ersten Überblick über die vom jeweiligen Bundeswirtschaftsminister nach § 42 GWB bzw. § 8 GWB erlaubten Zusammenschlüsse und Kartelle und die dafür angeführten Gründe.

⁷ Prokompetitive Kartelle sind nach Art. 101 (3) AEUV und § 2 GWB vom Kartellverbot freistellungsfähig und bedürfen keiner Ministererlaubnis. Dasselbe gilt für prokompetitive Zusammenschlüsse: die Ministererlaubnis setzt voraus, dass der Zusammenschluss gemäß § 36 GWB vom Bundeskartellamt untersagt wurde, also durch den Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb signifikant eingeschränkt wird. Für eventuelle Fehltritte des Bundeskartellamts ist dabei nicht die Ministererlaubnis zuständig, sondern hierfür steht den betroffenen Unternehmen der Rechtsweg offen. Die Beweislast für die antikompetitiven Effekte liegt hierbei beim Bundeskartellamt.

Tabelle 1: Übersicht der erteilten Ministererlaubnisse für Fusionen (§ 42 GWB),
Stand: August 2020

	<i>Begründung</i>	<i>Gemeinwohleffekt eingetreten?</i>	<i>Gemeinwohleffekt durch Zusammenschluss hervorgerufen?</i>
<i>Energie-Fälle (1974, 1978/79, 2002)</i>	Versorgungssicherheit	Ja	Nein
	Preisgünstige Energieversorgung	Nein	-
<i>Babcock/Artos (1976)</i>	Sicherung von Arbeitsplätzen	Nein	-
<i>Thyssen/Hüller-Hille (1977)</i>	Erhalt von Fachkräfte-Teams (Erhalt von Know-How)	Eher Ja	Eher Ja
<i>IBH/WIBAU (1981)</i>	Sicherung von Arbeitsplätzen	Nein	-
<i>Daimler-Benz/MBB (1989)</i>	Privatisierung der Airbus Bestrebungen	Eher Nein	-
	Subventionskostensenkung	Eher Nein	-
	Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit	Ja	Ja
<i>Uniklinik Greifswald/KKH Wolgast (2007/08)</i>	Sicherung des Status' als Universitätsklinik	Ja	Ja
	Erhalt der Community Medicine als Forschungszweig	Ja	Ja
<i>EDEKA/Kaiser's Tengelmann (2015/16)</i>	Qualitativer Erhalt von Arbeitsplätzen (KT)	Ja	Nein
	Quantitativer Erhalt von Arbeitsplätzen (KT)	Nein	-
<i>Miba/Zollern (2019)</i>	Sicherung von Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit	-	-

Überarbeitet und ergänzt nach Stöhr & Budzinski 2019.

Die Energie-Fälle umfassen die drei Ministererlaubnisse VEBA/Gelsenberg (1974), VEBA/BP (1978/79) und E.ON/Ruhrgas (2002). Diese drei Fälle können gemeinsam betrachtet werden, da hier sowohl die beteiligten Unternehmen als auch die Begründungen für die Erlaubnisse weitgehend übereinstimmen. Da es sich hier um einen einzigen relevanten Markt handelt, können die Effekte der drei Fusionen insgesamt untersucht werden. Die Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit bzw. des internationalen Wettbewerbs auf dem Markt für Flugzeuge (welche teilweise der Argumentation in Kapitel 2.4 widerspricht) durch die Fusion Daimler-Benz/MBB (1989) ist dessen geschuldet, dass sich vor der Fusion die Bildung eines globalen Monopols durch den U.S. Wettbewerber Boeing abzeichnete. Diese konnte durch die Fusion und die damit einhergehende Schaffung eines globalen Duopols von Boeing und Airbus verhindert werden (Röhl 2018). Nichtsdestotrotz sind die Wohlfahrts- und Wettbewerbswirkungen sowie die herrschenden Marktstrukturen bis heute eher fragwürdig. Eine genauere Analyse des Falles Miba/Zollern aus dem Jahr 2019 ist (noch) nicht möglich – ein Urteil zum Eintreten der Gemeinwohleffekte, welche sich von der Fusion versprochen wurden, ist aufgrund des kurzen Zeitraumes seit der Entscheidung noch nicht aussagekräftig. Insgesamt zeigt sich in Tabelle 1

jedoch ein eher negatives Bild bzgl. der Erreichung von Gemeinwohlzielen durch die ministererlaubten Fusionen. Nur in einem Fall, Uniklinik Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast (2007/08), wurden die gewünschten Gemeinwohlwirkungen durch die wettbewerbswidrige Fusion erzielt. In allen anderen der neun Fälle sind die gewünschten Effekte ex-post entweder gar nicht eingetreten oder sie wurden nicht explizit durch den jeweiligen Zusammenschluss erreicht. Zumal die hier dargestellten Fälle und jeweiligen Begründungen noch nicht dahingehend aufgeteilt wurden, ob die vom Bundeswirtschaftsminister zur Begründung herangezogenen Gemeinwohleffekte tatsächlich nicht (besser) durch Wettbewerb hätten erreicht werden können. Untersucht man die verwendeten Begründungen zunächst daraufhin, ergibt sich ein noch ungünstigeres Gesamtergebnis bzgl. der Performance des Instrumentes Ministererlaubnis nach § 42 GWB – lediglich im Fall Uniklinik Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast wurden nur Gemeinwohlgründe zur Begründung herangezogen, welche nicht (besser) durch Wettbewerb erreicht werden könnten. Im Falle EDEKA/Kaiser's Tengelmann (2015/16) und Thyssen/Hüller-Hille (1977) trifft dies zumindest teilweise zu (Erhalt der Qualität von Arbeitsplätzen bzw. Erhalt von Fachkräfte-Teams) – wobei in zumindest einem Fall die entstehende Marktmacht wiederum nicht instrumental für die Erreichung dieser Ziele war (Stöhr & Budzinski 2019; Budzinski & Stöhr 2020).

Tabelle 2: Übersicht der erteilten Ministererlaubnisse für Kartelle (§ 8 GWB)

	<i>Ausgestaltung u. Begründung</i>	<i>Auflösung</i>
<i>Arzneimittelmuster (1981 bzw. 1984)</i>	Selbstbeschränkungsmaßnahme bei Abgabe von Arzneimittelmustern im Interesse der Arzneimittelsicherheit wie auch der Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Die zunächst bis zum 31. März 1984 befristete Erlaubnis wurde bis zum 31. März 1987 verlängert.	1986 – gesetzliche Regelung der Abgabe von Arzneimittelmustern in neu angefügtem § 47 (4) Arzneimittelgesetz (AMG) durch Zweites Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes
<i>Zigaretten-Fernsehwerbung (1971)</i>	Selbstbeschränkungsabkommen zur Reduzierung bzw. Einstellung der Fernsehwerbung für Zigaretten zum Schutz der Volksgesundheit.	1975 – Verbot von Tabakwerbung in Hörfunk und Fernsehen nach § 22 (1) Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz (LMBG)
<i>Schweres Heizöl – „Kohle-Öl-Kartell“ (1959)</i>	Preisabsprachen verpflichteten die Lieferanten von schwerem Heizöl, ihren Inlandspreisen den Weltmarktpreis zugrunde zu legen. Gründe waren die ausschlaggebende Bedeutung von Kohle als Grundstoff und als Energieträger für die Gesamtwirtschaft der Bundesrepublik sowie die Entwicklung des Absatzes im Jahr 1958.	1960 – Dynamik der unterschiedlichen Interessenlagen der Kartellmitglieder führte innerhalb eines Jahres zur Selbstauflösung des Kartells.
<i>Mehl – „Mühlentkartell“ (1955)</i>	Konventionen regelten Vermahlungsquoten, Rabattgewährung und Kapazitätsbeschränkungen der beteiligten Mühlen. Vertragspartner verpflichteten sich, gemeinschaftlich festgesetzte Preise für Mahlleistungen einzuhalten. Der Hauptzweck des Kartellvertrages war der Abbau der Überkapazitäten im Mühlengewerbe.	1971 – Zulassung des Kartells von Beginn an nur zeitlich beschränkt

Eigene Darstellung nach Deutscher Bundestag 1959; 1960; 1963; 1970; 1972; 1977; 1981; 1983; 1985.

Für die Ministerkartell-Fälle ist eine Ex-Post-Bewertung der eingetretenen Gemeinwohleffekte aufgrund der Datenlage schwieriger als bei den Ministererlaubnisfällen nach § 42 GWB. Dennoch ist zu erkennen, dass die Gründe, welche jeweils für die Erteilung der Erlaubnis für ein Ministerkartell herangezogen wurden, in den meisten Fällen keine Gemeinwohlgründe sind, welche durch Beschränkungen des Wettbewerbs hätten erzielt werden können. Einzig der Schutz der Volksgesundheit durch die Beschränkung der Tabakwerbung könnte in eine solche Kategorie fallen. Tatsächlich wäre hier ein Selbstbeschränkungskartell auch geeignet, die Tabakwerbung im Vergleich zu einem Werbewettbewerb zu verringern. Da es sich bei einem Marketingkartell aber nicht um ein Hardcorekartell handelt, könnte man fragen, ob ein solches Selbstverpflichtungskartell nicht ohnehin die modernen Bedingungen für eine Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB erfüllen würde, mithin eine Ministererlaubnis überflüssig würde. Vorrangig stellt sich aus ökonomischer Sicht aber die Frage, warum die Unternehmen der Tabakindustrie denn überhaupt ein solches Selbstverpflichtungskartell zur Verringerung der TV-Tabakwerbung eingehen sollten. Eine solche Vereinbarung widerspricht recht klar dem betriebswirtschaftlichen Interesse der beteiligten Unternehmen (siehe auch die ähnliche Argumentation in Abschnitt 2.3 zu einem hypothetischen Tierwohlkartell). Mutmaßlich geht es den Unternehmen hier darum, einem Werbeverbot durch den Gesetzgeber zuvorzukommen und dies zu verhindern. Ist eine solche Regulierung – hier ein Tabakwerbeverbot im Rundfunk – jedoch aus Gemeinwohlgründen (Volksgesundheit, Verringerung von Suchtproblemen) sinnvoll, dann ist es effizienter, ein solches Verbot gesetzgeberisch auszusprechen, statt den Unternehmen eine Kartellierung zu erlauben, welche eine Reihe weiterer negativer Effekte (bspw.: vereinfachte Kollusion auf benachbarten Märkten, Insider-Outsider-Effekte und Marktzutrittschranken, verringerte Anreize zu weniger gesundheitsschädlichen Innovationen) mit sich bringt. Nicht überraschend folgte eine entsprechende direkte Regulierung bereits 4 Jahre später und beendete damit dieses Ministerkartell. In der Gesamtabwägung existierten hier also weniger wettbewerbsschädliche Lösungen als die Kartellerlaubnis.

Bei dem anderen Fall eines Selbstbeschränkungskartells ist von anderen Anreizen auszugehen: hier kann es sehr wohl ein gemeinsames Interesse der Wettbewerber daran geben, den Wettbewerbsparameter „Abgabe von Arzneimittelmustern“ kollektiv zu begrenzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch die grundsätzlich und ganz überwiegend nicht-wettbewerbliche sondern detailliert-regulatorische Organisation der Gesundheitsmärkte die Distribution der Arzneimittel (und damit auch die Marktanteile) abseits der Arzneimittelmuster nicht-marktlich erfolgt (durch Verschreibung der Ärzte, welche wiederum im Fall von Kassenärzten an komplizierte

Verträge zwischen Krankenkassen, kassenärztlichen Vereinigungen und Pharmaindustrie gebunden ist). Durch das Kartell wird dann eines der letzten verbleibenden indirekten Wettbewerbselemente ausgeschaltet. Ob ein Wettbewerb der Musterabgabe angesichts komplexer Zulassungsverfahren, der Verschreibungspflicht dieser Medikamente und weiterer Regulierungen eine Gesundheitsgefahr (möglicher Gemeinwohlgrund) darstellt, erscheint dabei mindestens fraglich. Vielmehr dürfte dieses Kartell aber zur Absicherung suprakompetitiver Arzneimittelpreise bei Generika beitragen, denn die dank einer Vielzahl wettbewerbsfeindlicher Regulierungen überhöhten Arzneimittelpreise und die daraus entstehenden Sondergewinne der Pharmaindustrie werden durch die Abgabe von Arzneimittelmustern tendenziell leicht gedämpft, weswegen eine Beschränkung im ureigenen Profitinteresse der Pharmaunternehmen stehen dürfte. Das genannte Gemeinwohlziel einer Dämpfung der Kosten im Gesundheitswesen kann so jedenfalls nicht erreicht werden. Unabhängig von der Sinnhaftigkeit einer Begrenzung der Abgabe von Arzneimittelmustern ist in dem hoch-regulatorischen Umfeld der Gesundheitswirtschaft eine direkte Regulierung wiederum sinnvoller als die Erlaubnis eines Kartells der Pharmaunternehmen, welches wiederum eine Reihe von weiteren negativen Wirkungen haben kann.⁸ Nicht überraschend wurde auch dieses Ministerkartell schließlich durch eine entsprechende Regulierung ersetzt und beendet.

Sowohl im Kohle-Öl-Kartell als auch im Mühlenkartell ging es letztendlich darum, den Strukturwandel in bestimmten Industrien zu verlangsamen bzw. aufzuhalten. Allerdings ist es nicht der Wettbewerbsprozess, welcher den Strukturwandel treibt. Stattdessen sind es entweder veränderte Konsumgewohnheiten der Nachfrager oder technischer Fortschritt, welche zu einer Strukturkrise einer Branche führen, die sich dann permanent (also nicht etwa konjunkturbedingt und damit temporär) Überkapazitäten ausgesetzt sieht. Wettbewerb sorgt in solchen Situationen für einen effizienten und damit wohlfahrtsoptimalen Weg der Anpassung an die unausweichliche Veränderung. Die Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen kann den Strukturwandel somit nicht aufhalten, sie verteuert ihn nur, indem ineffiziente Wege der Anpassung an das Unausweichliche beschritten werden. Dies gilt umso mehr, wenn – wie in den vorliegenden Fällen – Hardcorekartelle zugelassen werden, die zwar die Renten der mächtigsten Marktteilnehmer eine Weile verlängern, dafür aber der Gesellschaft erhebliche Kosten aufbürden. Es erscheint schwierig, die Renten der Produzenten nicht mehr benötigter Güter als Gemeinwohl

⁸ Im Kern ging es wohl darum, die Einflussnahme von indirekten Leitungserbringern (Pharmaindustrie) auf direkte (Arzt) durch die Muster als Werbeinstrument zu regulieren, um eine Mengenausweitung nach Pharmaprodukten per sogenannter anbieterinduzierter Nachfrage (die im Regelfall durch direkte Leistungsanbieter erfolgt) zu verhindern. Es handelt sich somit um eine systemimmanente Maßnahme, wobei das System eben regulatorischer und nicht wettbewerblicher Natur ist.

zu definieren. Selbst wenn man dies befürworten sollte, so stellt die Beschränkung des Wettbewerbs kein Instrument dar, um den Strukturwandel aufzuhalten, da sie weder die Nachfrageveränderung noch den bereits stattgefundenen technischen Fortschritt zu ändern vermag. Bestenfalls könnte man den technischen Fortschritt innerhalb der kartellierten Industrie verlangsamen – wobei die Strukturkrise typischerweise ohnehin von einem Mangel an technischem Fortschritt in der betroffenen Industrie begleitet oder gar verursacht und mithin das Problem eher verschlimmert wird. Weder hätte ein Ministerkartell die Schreibmaschinenindustrie vor der weitgehenden Verdrängung durch die Computerindustrie gerettet, noch würde ein Ministerkartell für Schweinefleischproduzenten einen Strukturwandel weg vom Schweinefleischkonsum (bspw. getrieben durch wachsende Gesundheits- und Umweltpräferenzen der Verbraucher) aufzuhalten vermögen.

Insgesamt fällt die Bilanz der Ministerkartelle somit eher noch ernüchternder aus als jene der Ministererlaubnisse in der Zusammenschlusskontrolle.

3.2 Ein Vergleich der Instrumente

Existiert nun jedoch ausnahmsweise ein Gemeinwohlgrund, welcher durch eine Beschränkung des Wettbewerbs besser zu verwirklichen ist, als durch alternative Instrumente, so stellt sich die Frage, ob dann ein ministererlaubtes Kartell oder ein ministererlaubter Zusammenschluss zu bevorzugen ist. Betrachtet man die negativen Effekte auf den Wettbewerb, welche sich durch die beiden unterschiedlichen Erlaubnisse potenziell ergeben, zeigen sich deutliche Unterschiede in Dauer und Umfang. Durch den begrenzten Zeitraum, für den die Kartelle ministererlaubt wurden und die vergleichsweise einfache Möglichkeit, eine solche Erlaubnis und die damit verbundenen wettbewerblichen Auswirkungen wieder rückgängig zu machen (ähnlich einer sog. „sunset regulation“, die sich selbst nach einer festgelegten Zeit wieder auflöst), erscheint das Instrument Ministerkartell weniger invasiv. Diese inhärente zeitliche Begrenzung wird auch in Tabelle 2 deutlich: in drei der vier Fälle fanden die Kartelle ein „natürliches“ Ende, entweder durch die Einführung von gesetzlichen Regelungen, welche die Kartelle überflüssig machten (Arzneimittelmuster-Kartell und Zigaretten-Fernsehwerbungs-Kartell), oder aber durch die inhärente Selbstaflösungstendenz, welche Kartellen von Grund auf innewohnt (Kohle-Öl-Kartell). Und auch das Mühlenkartell hatte schon bei Erteilung der Erlaubnis einen festgeschriebenen Endzeitpunkt. Dies ist bei Fusions-Ministererlaubnissen anders, da ein Zusammenschluss grundsätzlich für eine unbegrenzte Zeit vollzogen wird und die fusionierenden Unternehmen typischerweise ineinander integriert werden. Eine nachträgliche Entflechtung der

Zusammenschlüsse – bspw. wenn sich zeigt, dass die Gemeinwohlziele nicht oder nur zu ineffizient hohen Kosten erreicht werden – ist nicht vorgesehen und wäre tendenziell aufgrund der erfolgten Integration der Unternehmen auch schwierig umzusetzen. Damit werden bei Erlaubnissen nach § 42 GWB die wettbewerbsschädigenden Effekte als dauerhaft und irreversibel hingenommen, unabhängig davon, ob die erhofften Gemeinwohleffekte jemals auftreten und unabhängig davon, ob eventuelle positive Gemeinwohleffekte die Wettbewerbsschäden dauerhaft ausgleichen. Noch anders formuliert: im Gegensatz zu Ministerfusionen erlauben Ministerkartelle eine Änderung der Entscheidung, wenn sich ex-post herausstellt, dass sich das ministererlaubte institutionelle Arrangement nicht bewährt hat.

Damit stellt sich gleichzeitig auch die Frage danach, ob die erteilten Ministererlaubnisse für Zusammenschlüsse nach § 42 GWB teilweise nicht sogar besser ein Ministerkartell gewesen wären. So hätten möglicherweise die angestrebten Gemeinwohlziele erreicht werden können, ohne jedoch den Wettbewerb durch eine irreversible Fusion nachhaltig zu beschränken und Marktmacht dauerhaft abzusichern. Denkbar wäre dies zum Beispiel im aktuellsten Fall Miba/Zollern, in welchem die aus dem Grund des Erhalts von Know-how und Innovationspotential für die Energiewende erlaubte Ministererlaubnis mit Auflagen und Nebenbedingungen verknüpft ist, um das grüne Licht durch den Minister überhaupt zu rechtfertigen. Insbesondere die Investitionsauflage von 50 Mio. € innerhalb des Prognosezeitraums zur Verwirklichung des Gemeinwohlgrundes wird dabei kritisch gesehen und ist womöglich sogar rechtswidrig (Konrad 2020). Die Erlaubnis einer Kooperation der beiden Unternehmen hätte potenziell sowohl den Fortbestand der Zollern absichern, als auch bestehende Forschungsk Kooperationen mit Universitäten und anderen Forschungseinrichtungen und damit den Erhalt von Know-How sicherstellen können. Durch diesen weniger starken und vor allem reversiblen und zeitlich begrenzten Eingriff, hätten die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen dieser ohnehin stark kritisierten ministererlaubten Fusion und ihrer Nebenbedingungen und Auflagen vermutlich abgemildert werden können.

Im Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann (2015/16) führten die beiden Aspekte qualitativer und quantitativer Erhalt von Arbeitsplätzen zur Erteilung der Ministererlaubnis (BMWi 2016). Unabhängig davon, ob diese Ziele durch Wettbewerb nicht (besser) hätten erreicht werden können, hätte auch hier ein zeitlich begrenztes Ministerkartell möglicherweise ähnliche Wirkungen erzielen können. Durch eine Fusion entstehen immer auch Anreize und Möglichkeiten, Arbeitsplätze abzubauen und so Synergieeffekte zu nutzen (beispielsweise sind bei einem Unternehmenszusammenschluss ex-post keine zwei Verwaltungs- oder Personalabteilungen nötig). Im Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann wurden zwar die Tengelmann-Mitarbeiter vor dem Wegfall

ihrer Arbeitsplätze geschützt, was wiederum nur durch zusätzlich festgelegte Nebenbedingungen in der Ministererlaubnis möglich war und nicht etwa durch den Zusammenschluss an sich, jedoch wurden stattdessen in nicht unerheblichem Umfang Edeka-Mitarbeiter entlassen. Damit hatte der Zusammenschluss trotz der damit angeblich zu erreichenden Gemeinwohlziele negative Netto-Effekte auf die Gesamtarbeitsplatzsituation (Stöhr & Budzinski 2019). Durch eine zeitlich begrenzte Kooperation wären diese Effekte potenziell nicht aufgetreten, da beide Unternehmen noch immer unabhängig voneinander bestanden hätten. Die qualitative Dimension des Arbeitsplatzargumentes wäre möglicherweise über eine kartellähnliche Vereinbarung ausformuliert gewesen (wobei hier eigentlich eine arbeitsrechtliche Regulierung angemessen wäre, wenn denn die Gesellschaft die qualitativen Ziele wie eine Gewerkschaftsbindung der Arbeitsplätze teilen würde), die quantitative hingegen eher nicht – wobei diese im Sinne eines Gemeinwohlziels (also unter Berücksichtigung aller Arbeitsplätze in allen beteiligten und betroffenen Unternehmen) auch durch den Zusammenschluss nicht erreicht wurde.

Zuletzt soll der insgesamt durchaus als positiv zu bewertende Ministererlaubnis-Fall Uniklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast (2007/08) betrachtet werden. Hätten die gleichen positiven Effekte auch durch eine weniger wettbewerbs-invasive Kooperation ermöglicht werden können? Auch hier lässt eine kurze Analyse durchaus vermuten, dass dies der Fall gewesen wäre. Der Erhalt des Status‘ als Uniklinikum in Greifswald sowie der damit verbundene Erhalt des Forschungsgebietes Community Medicine wurde durch die Zusammenführung der Betten und damit die Erhöhung der Fallzahlen erwirkt (Stöhr & Budzinski 2019). Eine Kooperation bzw. ein Ministerkartell hätten dieses Ziel ebenso gut erreichen können, wie es mithilfe der Fusion der Fall war. Insbesondere die zur Zeit der Entscheidung geäußerten Wettbewerbsbedenken (Kuchinke 2009) hätten damit möglicherweise auch besser adressiert werden können. Die empirische Analyse der älteren Ministererlaubnisfälle zeigt, dass die formulierten Gemeinwohleffekte überwiegend nicht erreicht bzw. die Beschränkung des Wettbewerbs hierfür nicht instrumental war. Als Ministerkartell wäre hier eine Korrektur der Entscheidung, bspw. basierend auf systematischen Ex-Post-Studien (Budzinski & Stöhr 2018), möglich gewesen. Auch ohne systematische Analyse aller Fälle zeigt sich, dass zumindest in manchen der vergangenen Fälle der Ministererlaubnis durchaus ein Ministerkartell eine mögliche Alternative gewesen wäre, welche die jeweiligen Gemeinwohlziele zumindest nicht in einem geringeren Umfang hätte erreichen können, jedoch mit weniger schädlichen und vor allem dauerhaften Wettbewerbswirkungen.

In ähnlicher Weise wie die Dauer spricht auch der Umfang der Wettbewerbsbeschränkung eher für ein Ministerkartell als für einen Ministerzusammenschluss. Bei einem Kartell wird eine begrenzte Zahl von Wettbewerbsparametern dem Wettbewerb entzogen (im Idealfall nur ein Parameter), während im Zusammenschlussfall die vormaligen Konkurrenten insgesamt nicht mehr im Wettbewerb zueinander stehen. Damit umfasst ein Zusammenschluss stets alle Wettbewerbsparameter. Anders als bei einem Zusammenschluss ließe sich bei einem Ministerkartell der Umfang der erlaubten Kooperation auch zielgenau auf den gewünschten Gemeinwohleffekt zuschneiden. In der Konsequenz wäre ein Ministerkartell somit weniger umfassend und würde zumindest einen Restwettbewerb um die nicht kartellierten Wettbewerbsparameter erhalten bzw. ermöglichen. Dabei ist auch zu beachten, dass die ministererlaubte Kollusion bestimmter Wettbewerbsparameter als Ankerpunkt für eine weitergehende, stillschweigende Kollusion weiterer Wettbewerbsparameter dienen kann.

Andererseits haben Kartelle die Tendenz, entweder den relevanten Markt vollständig abzudecken oder ihn zumindest so zu dominieren, dass über Umbrella-Effekte ein marktweites kollusives Gleichgewicht de facto erreicht wird. Zusammenschlüsse umfassen hingegen selten mehr als zwei Unternehmen, sodass die Wettbewerbsbeschränkung durch ein Ministerkartell tendenziell mehr Marktteilnehmer bindet als der Ministerzusammenschluss, wodurch die negativen Wettbewerbseffekte verstärkt würden. Dies würde im Vergleich eher für eine Ministererlaubnis von Zusammenschlüssen sprechen. Hier ist wiederum zu bedenken, dass regelmäßig nur solche Zusammenschlüsse verboten werden, die zu erheblichen Beschränkungen des Wettbewerbs – wiederum typischerweise den ganzen Markt betreffend – führen. Dies hängt auch damit zusammen, dass in der wettbewerbspolitischen Praxis zum einen eine Durchsetzung des Verbotes rein oligopolistischer Fälle (aufgrund von unilateralen oder koordinierten Effekten) schwierig ist (Budzinski 2010) und zum zweiten (auch deswegen) hohe Anreize für Wettbewerbsbehörden bestehen, statt über Verbote mit Auflagenlösungen zu arbeiten (Seldeslachts et al. 2009; Budzinski & Kuchinke 2011, 2012). Unter diesen Bedingungen dürften sich die Effekte zwischen Ministerkartell und Ministerzusammenschluss letztendlich kaum unterscheiden.

Als ein positiver Aspekt ist jedoch bei der Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse das zwischengeschaltete Gutachten der Monopolkommission anzusehen. In diesem analysiert die Monopolkommission die potenziellen wettbewerblichen Auswirkungen des beantragten Zusammenschlusses, wägt diese mit den in Frage kommenden Gemeinwohlgründen ab und spricht eine Empfehlung an den Minister aus, an welche dieser sich allerdings nicht halten muss (§ 42 (5) GWB). Diese Regelung war im früheren § 8 GWB nicht enthalten, was einen wesentlichen Kritikpunkt darstellt, da mit der Analyse des Falles durch ein unabhängiges Expertengremium

Transparenz hergestellt und Lobbyismus eingeschränkt werden kann. Im Rahmen der Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse wird zudem der Vorteil einer Aufteilung der unterschiedlichen Entscheidungen (das Bundeskartellamt entscheidet über die wettbewerblichen Wirkungen, während die Politik bzw. ein legitimer Vertreter für die daran potenziell anschließende Entscheidung über weiterführende Wirkungen zuständig ist) für einen transparenten Entscheidungsprozess regelmäßig besonders hervorgehoben (inter alia, Mattes 2004; Zimmer 2015). Eine solche Unterteilung der Entscheidungsbefugnis erscheint grundsätzlich auch für ein Ministerkartell möglich und geeignet, werden doch auch hier politisch-gesellschaftliche Ziele im Regelfall die Größen sein, welche einen Eingriff in die Wettbewerbsordnung potenziell rechtfertigen. Das Problem der Beeinflussung der Entscheidung durch Lobbyismus stellt jedoch hier, ebenso wie bei der Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse, ein relevantes Problem dar. Die Unabhängigkeit der Entscheidung der Kartellbehörde mag durch die Aufteilung der Kompetenzen zwar gegeben sein, ein einzelner politischer Entscheidungsträger (wie der Bundeswirtschaftsminister) ist allerdings potenziell beeinflussbar. Die Entscheidungsgewalt bei einem einzelnen Individuum ist aus diesem Grund nicht optimal und bietet Anreize zur Ausnutzung durch die antragstellenden Unternehmen. Aus politökonomischer Sicht ist deshalb nicht nur die wettbewerbliche, sondern auch die gemeinwohlorientierte Entscheidung besser durch ein weniger beeinflussbares Gremium (wie beispielsweise ein unabhängiges Gericht) zu treffen (Budzinski & Stöhr 2019a).

4. Fazit – Brauchen wir § 8 GWB zurück?

Damit stellt sich abschließend die Frage, ob und wenn ja, in welcher Form eine „Rückkehr“ der Ministerkartelle in die Wettbewerbsordnung wünschenswert wäre. Dazu lässt sich grundsätzlich feststellen, dass beide Instrumente große Schwachpunkte aufweisen. Das spiegelt sich zum einen in der Begründung der Ausnahmeerlaubnisse für Zusammenschlüsse und Kartelle wider, in welchen sich häufig Gemeinwohlziele widerfinden, welche nicht im Widerspruch zu Wettbewerb stehen, sodass ein Eingriff i.S. einer Erlaubnis wettbewerbswidriger Arrangements hier grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist. Der Zweck des Wettbewerbsrechts besteht auch darin, sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht Partikularinteressen oder politischer Zweckmäßigkeit geopfert wird. Eine politische Außerkraftsetzung einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung zuzulassen – um beispielsweise Kompromisse zwischen Wettbewerb und anderen (politischen) Zielen, wie der Schaffung von Nationalen oder Europäischen Champions einzugehen, wie es in Deutschland und der EU gerade diskutiert wird – kann diesen Zweck nachhaltig stören und auch das Zulassen solcher Kompromisse in nur wenigen Fällen kann potenziell Anreize

zur Ausweitung setzten und so in viel mehr Fällen zu wohlfahrtsmindernden Entscheidungen führen (Zettelmeyer 2019). Zum anderen gab und gibt es auch in der prinzipiellen Ausgestaltung der Instrumente Kritikpunkte. So ist beispielsweise der mögliche Einfluss von Lobbyismus-Bestrebungen auf den Ausgang des jeweiligen Falles durch die Entscheidungsgewalt bei einer einzelnen Person bei beiden Erlaubnis-Arten gegeben.

Damit lässt sich also sagen, dass weder die Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse nach § 42 GWB in ihrer aktuellen Ausgestaltung, noch die Erlaubnis von Ministerkartellen nach dem früheren § 8 GWB in ihrer bis zur 7. GWB-Novelle gültigen Fassung weiterbestehen bzw. wieder eingeführt werden sollten. Nichtsdestotrotz erscheinen die negativen Wettbewerbseffekte durch die Erlaubnis eines Ministerkartells insgesamt geringer zu sein, als es bei den Auswirkungen durch ministererlaubte Fusionen der Fall ist. Aufgrund der prinzipiellen zeitlichen Begrenztheit sowie des tendenziell geringeren Umfangs wäre dem Instrument Ministerkartell aus diesem Blickwinkel der Vorrang zu gewähren. Insbesondere würde die Fehlertoleranz dahingehend erhöht, dass nicht wirksame und im Effekte schädliche Entscheidungen korrigiert werden können, während ein Ministerzusammenschluss den Wettbewerb typischerweise dauerhaft schädigt. Angesichts der ernüchternden empirischen Bilanz der Ministererlaubnisfälle (siehe Abschnitt 3.1) kommt einer solchen Fehlertoleranz ein gewisses Gewicht zu.

Interessanterweise wird die Begründung für die Abschaffung der Ministerkartelle im Rahmen der 7. GWB-Novelle (geringe Relevanz der Regelung, welche sich an der seltenen Nutzung zeigte) häufig auch verwendet, um den Fortbestand der Ministererlaubnis nach § 42 GWB zu begründen. Hier wird vom Gesetzgeber argumentiert, dass die Auswirkungen durch die seltene Nutzung des Instrumentes weniger schwerwiegend sind (Deutscher Bundestag 2006: 728; 2015). Einmal ist die geringe Nutzung des Instruments also Indiz für seine Irrelevanz, ein anderes Mal für seine Ungefährlichkeit. Dieser Widerspruch in der Argumentation des Gesetzgebers erscheint insgesamt nicht sinnvoll. Zu beachten ist allerdings, dass angesichts der verheerenden empirischen Erfolgsbilanz beider Instrumente eine Ausweitung von Ministererlaubnissen für Wettbewerbsbeschränkungen vermieden werden muss – und hier könnte eine Gefahr davon ausgehen, dass die Erlaubnis eines Ministerkartells gerade ob seiner Vorteile (geringere Dauer und Umfang) niederschwelliger und damit leichter (oder besser: leichtfertiger) getroffen werden könnte.

Um die angesprochenen Schwachstellen des Instruments Ministerkartell auszugleichen, ist eine Ausgestaltung nach Vorbild des von Budzinski und Stöhr (2019a: 244) vorgeschlagenen Vier-

Stufen-Tests im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens notwendig, um überhaupt positive Gemeinwohleffekte eines solchen Instruments erwarten zu können:

- 1) Identifikation eines Gemeinwohlziels, welches nachweislich im überragenden Interesse der Allgemeinheit steht.
- 2) Nachweis eines Konfliktes zwischen diesem Gemeinwohlziel und dem Schutz des Wettbewerbs, d.h. Nachweis, dass wirksamer Wettbewerb die Zielerreichung mindert oder verhindert.
- 3) Nachweis, dass Marktmacht zu einer besseren Zielerreichung führt als Schutz des Wettbewerbsprozesses.
- 4) Abwägung der Wohlfahrtskosten der erheblichen Schwächung des wirksamen Wettbewerbs und des Nutzens der besseren Erfüllung des Gemeinwohlziels, inklusive eines Nachweises, dass kein alternatives, „milderes“ Instrumenten existiert, welches eine gleichwertige Erreichung des Gemeinwohlziels ermöglicht.

Die Beweislast müsste hier bei den antragstellenden Unternehmen liegen. Durch die Entscheidungsgewalt bei einem Gericht wäre zudem Transparenz und Unabhängigkeit des Verfahrens sichergestellt bzw. gesteigert und die Einflussmöglichkeiten von Lobbyismus wären gesenkt. So könnte eine temporäre Zusammenarbeit zum Wohle der Allgemeinheit erlaubt werden, welche idealerweise als sunset regulation ausgestaltet ist und integrierte Erfolgskontrollelemente aufweist (Budzinski & Stöhr 2018). Zudem müsste es die Ministererlaubnis für Zusammenschlüsse ersetzen und nicht ergänzen – wie in Kapitel 3.2 beispielhaft aufgezeigt, hätten vergangene Fälle einer ministererlaubten Fusion potenziell weniger wettbewerbsschädigende Wirkungen gehabt und dennoch die gewünschten Gemeinwohlziele erreicht, wäre stattdessen ein Ministerkartell genehmigt worden.

Aus ökonomischer Sicht gilt es zusammenzufassen, dass eine Ministererlaubnis für Kooperationen einen tendenziell weniger starken Eingriff in den Wettbewerb darstellen würde, als die Erlaubnis einer wettbewerbswidrigen Fusion. Allerdings kann die Schaffung eines solchen Instrumentes nur unter den restriktiven Bedingungen wie sie hier dargestellt worden sind, empfohlen werden. Ohne solche Leitlinien, die echte Gemeinwohlorientierung und Unabhängigkeit der Entscheidung sicherstellen, ist eine Abschaffung der Ministererlaubnis im Ganzen zu befürworten. Ministerkartelle der früheren Art (damaliger § 8 GWB) oder Ministerfusionen der weiter bestehenden Art (§ 42 GWB) weisen insgesamt eine enttäuschende Bilanz auf, sowohl in Bezug auf ökonomische Wohlfahrtseffekte als gerade auch hinsichtlich wünschenswerter Gemeinwohleffekte.

5. Literatur

- ACM (2014), ACM's Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the 'Chicken of Tomorrow', Reference: ACM/DM/2014/206028, Den Haag.
- Adams, W. & Brock, J. W. (1988), The Bigness Mystique and the Merger Policy Debate: An International Perspective, in: *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 9(1), pp. 1-48.
- Audretsch, D. B. (1989), Legalized Cartels in West Germany, in: *The Antitrust Bulletin*, Vol. 34(3), pp. 579-600.
- Baldwin, R. E. (1969), The Case against Infant-Industry Tariff Protection, in: *The Journal of Political Economy*, Vol. 77(3), pp. 295-305.
- Bradford, A., Jackson, R. J. Jr. & Zytznick, J. (2018), Is E.U. Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis, in: *Journal of Empirical legal Studies*, Vol. 15(1), pp. 165-191.
- BMWi (2016), Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Edeka-Kaiser's Tengelmann, *Gesch.-Z.: I B 2 – 22 08 50/01*, Berlin.
- BMWi (2019a), A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, Berlin.
- BMWi (2019b), Industriestrategie 2030 - Leitlinien für eine deutsche und europäische Industriepolitik, November 2019, Berlin.
- Budzinski, O. (2000), Wirtschaftspolitische Implikationen evolutorischer Ordnungsökonomik - Das Beispiel ordnungskonformer ökologischer Wirtschaftspolitik, Marburg: Metropolis.
- Budzinski, O. (2010), An Institutional Analysis of the Enforcement Problems in Merger Control, in: *European Competition Journal*, Vol. 6(2), pp. 445-474.
- Budzinski, O. & Eckert, S. (2018), Wettbewerb und Regulierung, in: K. Mause, C. Müller & K. Schubert (Hrsg.), *Politik und Wirtschaft: ein integratives Kompendium*, Berlin: Springer, pp. 375-400.
- Budzinski, O., Gaenssle, S. & Stöhr, A. (2020), Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire? *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 26, No. 140.
- Budzinski, O. & Kretschmer, J. P. (2016), Horizontal Mergers, Involuntary Unemployment, and Welfare, in: *Journal of Economic Research*, Vol. 21(3), pp. 297-317.
- Budzinski, O. & Kuchinke, B. A. (2011), Deal or No Deal? Politik- versus Wettbewerbsorientierung in der Europäischen Wirtschaftsordnung, in: T. Theurl (Hrsg.), *Gute Regeln oder Wirtschaftslenkung? Europas neue Herausforderungen*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 119-144.

- Budzinski, O. & Kuchinke, B. A. (2012), Deal Or No Deal: Consensual Arrangements as an Instrument of European Competition Policy?, in: *Review of Economics*, Vol. 63 (3), pp. 265-292.
- Budzinski, O. & Stöhr, A. (2018), Towards a Systematic Controlling of Antitrust Decisions, in: *CPI Antitrust Chronicle*, November 2018, pp. 45-49.
- Budzinski, O. & Stöhr, A. (2019a), Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse, in: *ORDO*, Vol. 69, pp. 216-258.
- Budzinski, O. & Stöhr, A. (2019b), Ministererlaubnis für die Fusion Miba/Zollern: europäische Champions statt Wettbewerb?, in: *Wirtschaftsdienst*, Vol. 99(7), pp. 505-510.
- Budzinski, O. & Stöhr, A. (2020), Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes, forthcoming in: D. Bosco & M. Gal (eds.), *Challenges to the Assumptions at the Basis of Competition Law*, Cheltenham: Elgar.
- Chemnitz, C., Rehmer C. & Wenz, K. (2018), *Fleischatlas 2018 - Daten und Fakten über Tiere als Nahrungsmittel*, Kooperationsprojekt von Heinrich-Böll-Stiftung, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland und Le Monde Diplomatie, URL: https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/massentierhaltung_fleischatlas_2018.pdf (abgerufen am 28. Juli 2020).
- Chirita, A. D. (2016), *The Impact of Economic Efficiency on Employment: A Case Study of Mergers & Acquisitions*, Discussion Paper, Durham University 2016.
- Deutscher Bundestag (1959), *Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Bericht des Bundeskartellamtes gemäß § 50 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, Drucksache 1000 – 3. Wahlperiode, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1960), *Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Bericht des Bundeskartellamtes gemäß § 50 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Drucksache 1795 – 3. Wahlperiode, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1963), *Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Bericht des Bundeskartellamtes für 1962*, Drucksache IV/1220, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1970), *Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1969*, Drucksache VI/950, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1972), *Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1971*, Drucksache VI/3570, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1977), *Unterrichtung durch die Bundesregierung - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB)*, Drucksache 8/704, Bonn.

- Deutscher Bundestag (1981), Unterrichtung durch die Bundesregierung - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1979/1980 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), Drucksache 9/565, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1983), Unterrichtung durch die Bundesregierung - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1981/1982 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), Drucksache 10/243, Bonn.
- Deutscher Bundestag (1985), Unterrichtung durch die Bundesregierung - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1983/1984 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), Drucksache 10/3550, Bonn.
- Deutscher Bundestag (2004), Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 15/3640, Berlin.
- Deutscher Bundestag (2006), Plenarprotokoll 16/11, Stenografischer Bericht, 11. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 19. Januar 2006.
- Deutscher Bundestag (2015), Die Ministererlaubnis im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle - Unter besonderer Berücksichtigung der Lebensmittelbranche, Wissenschaftliche Dienste, Sachstand, WD 7 - 3000 - 081/15, Berlin.
- Dinc, I. S. & Erel, I. (2013), Economic Nationalism in Mergers and Acquisitions, in: The Journal of Finance, Vol. 68(6), pp. 2471-2514.
- EPSC (2019), EU Industrial Policy after Siemens-Alstom - Finding a new balance between openness and protection, Brüssel.
- European Commission (2019), Press release, Mergers: Commission prohibits Siemens' proposed acquisition of Alstom, URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_881 (abgerufen am 17. April 2020).
- Galloway, J. (2007), The Pursuit of National Champions: The Intersection of Competition Law and Industrial Policy, in: European Competition Law Review, Vol. 28(3), pp. 172-186.
- Geradin, D. & Girgenson, I. (2011), Industrial Policy and European Merger Control: A Reassessment, in: Hawk, B. E. (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute - International Antitrust Law & Policy, Huntington: Juris Publishing, Chapter 14.
- Grossman, G. M. & Horn, H. (1988), Infant-industry protection reconsidered: the case of informational barriers to entry, in: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 103(4), pp. 767-787.
- Haucap, J. (2010), Behördenflut in Deutschland: 50 Ämter und Institutionen auf dem Prüfstand, Brunomedia: Köln.

- Haucap, J.; Heimeshoff, U. & Schultz, L. M. (2010), Legal and Illegal Cartels in Germany between 1958 and 2004, in: H. J. Ramser & M. Stadler (Hrsg.), *Marktmacht: Wirtschaftswissenschaftliches Seminar Ottobeuren, Band 39*, Tübingen: Mohr-Siebeck, pp. 71-94.
- Haucap, J., Lange, M. R. & Wey, C. (2013), *Nemo Omnibus Placet: exzessive Regulierung und staatliche Willkür*, in: T. Theurl (Hrsg.), *Akzeptanzprobleme der Marktwirtschaft: Ursachen und wirtschaftspolitische Konsequenzen*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 145-167.
- Hayek, F. A. von (1945), *The Use of Knowledge in Society*, in: *American Economic Review*, Vol. 35(4), pp. 519-530.
- Hayek, F. A. von (1948), *The Meaning of Competition*, in: Hayek, F. A. von (ed.), *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press, pp. 92-106.
- Hayek, F. A. von (1968), *Competition as a Discovery Procedure*, in: Hayek, F. A. von (ed.; 1978), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: Chicago University Press, pp. 179-190.
- Heim, M. & Midões, C. (2019), *Protecting competition or protecting (some) competitors: A European debate*, in: *Concurrences N°2-2019, On-Topic: Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, pp. 17-22.
- ICN (2020), *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, URL: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf (abgerufen am 29. Juli 2020).
- Janicki, T. & Molitor, B. (1995), *Wettbewerbssicherung durch Schaffung eines europäischen Kartellamtes*, in: *Wirtschaftsdienst*, Vol. 75(1), pp. 36-39.
- Jenny, F. & Neven, D. (2019), *Competition policy in the aftermath of the Siemens/Alstom prohibition: An agenda for the new Commission*, in: *Concurrences N°2-2019, On-Topic: Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, pp. 2-5.
- Kerber, W. & Schwalbe, U. (2015), *Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts*, in: J. Bornkamm, F. Montag & F.-J. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht*, München: C.H. Beck, 2.ed., pp. 22-248.
- Kingston, S. (2011), *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Konrad, M. (2020), *Die Ministererlaubnis Miba/Zollern und die Reform der Ministererlaubnis mit der 10. GWB-Novelle*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 70(5), pp. 244-249.

- Kroes, N. (2006), *Industrial Policy and Competition Law and Policy*, in: *Fordham International Law Journal*, Vol. 30(5), pp. 1401-1412.
- Kuchinke, B. A. (2009), *Wissenschaftsfreiheit vor Wettbewerb? – Wettbewerbsökonomische Anmerkungen zur Empfehlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren Greifswald/Wolgast*, in: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, Vol. 7(2), pp. 209-219.
- Laitenberger, J. (2019), *Aktuelle Entwicklungen und Probleme des EU-Kartellrechts: Anmerkungen zu den Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission in den Fällen Wieland/Aurubis und Siemens/Alstom*, Brüsseler Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht, Brüssel, 15. Februar 2019.
- Levy, N.; Mostyn, H. & Little, D.R. (2019), *European champions – Why politics should stay out of EU merger control*, in: *Concurrences N°2-2019, On-Topic: Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, pp. 23-30.
- Lianos, I. (2019), *The future of competition policy in Europe: Some reflections on the interaction between industrial policy and competition law*, in: *Concurrences N°2-2019, On-Topic: Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, pp. 31-43.
- Martinez, F. G., Onderstal, S. & Schinkel, M. P. (2019), *Can Collusion Promote Corporate Social Responsibility? Evidence from the Lab*, Tinbergen Institute Discussion Paper TI 2019-034/VII.
- Mattes, F. (2004), *Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle – Entstehungsgeschichte und kritische Auseinandersetzung*, Dissertation, Tübingen.
- Monopolkommission (2003), *Hauptgutachten 15: Wettbewerbspolitik im Schatten “Nationaler Champions“*, Bonn.
- Monopolkommission (2019), *Sondergutachten 81: Zusammenschlussverfahren der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG*, Bonn.
- Naidu, S., Posner, E. A. & Weyl, E. G. (2018), *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, in: *Harvard Law Review*, Vol. 132(2), pp. 536-601.
- OECD (2005), *Recommendation of the OECD Council on Merger Review*, As approved by Council on 23 March 2005, C(2005)34 - C/M(2005)7/PROV.
- OECD (2009), *Global Forum on Competition – Roundtable on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*, DAF/COMP/GF(2009)9.
- Panagariya, A. (2011), *A Re-examination of the Infant Industry Argument for Protection*, in: *Margin - The Journal of Applied Economic Research*, Vol. 5(1), pp. 7-30.

- Röhl, K.-H. (2018), Luftfahrtindustrie: Problematisches Duopol, IW-Kurzbericht No. 53/2018, Institut der deutschen Wirtschaft, Köln.
- Schinkel, M. P. & Spiegel, Y. (2017), Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?, in: *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 53, pp. 371-398.
- Schinkel, M. P. & Toth, L. (2016), Balancing the Public Interest-Defense in Cartel Offenses, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper Paper No. 2016-01.
- Schinkel, M. P. & Toth, L. (2020), Compensatory Public Good Provision by a Private Cartel, Tinbergen Institute Discussion Paper TI 2019-086/VII.
- Seldeslachts, J., Clougherty, J. A. & Barros, P. P. (2009), Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools, in: *Journal of Law and Economics*, Vol. 52(3), pp. 607-634.
- Shapiro, C. (2018), Antitrust in a time of populism, in: *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61, pp. 714-748.
- Shapiro, C. (2019), Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 33(3), pp. 69-93.
- Sokol, D. D. (2015), Tensions between Antitrust and Industrial Policy, in: *George Mason Law Review*, Vol. 22(5), pp. 1247-1268.
- Steenbergen, J., Trapman, B. K., Steins, N. A., & Poos, J. J. (2017), The Commons Tragedy in the North Sea Brown Shrimp Fishery: How Horizontal Institutional Interactions Inhibit a Self-Governance Structure, in: *ICES Journal of Marine Science*, Vol. 74(7), pp. 2004-2011.
- Stöhr, A. & Budzinski, O. (2019), Gemeinwohl durch Marktmacht? Eine Ex-Post-Analyse der Ministererlaubnis-Fälle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 69(10), pp. 508-515.
- Treuren, L. M. & Schinkel, M. P. (2018), Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production? Not Beneficially Beyond Duopoly, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2018-01.
- Umweltbundesamt (2020), Folgen des globalen Klimawandels für Deutschland - Abschlussbericht: Analysen und Politikempfehlungen, CLIMATE CHANGE 15/2020, Dessau-Roßlau.
- Zettelmeyer, J. (2019), The Return of Economic Nationalism in Germany, PIIE Policy Brief 19-4.
- Zimmer, D. (2015), Schlusswort: Eine „Ministererlaubnis“ für Europa?, in: Monopolkommission (ed.), *Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen - Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 11. September 2014* in der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Baden-Baden: Nomos, pp. 68-69.

**Diskussionspapiere aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre
der Technischen Universität Ilmenau**

- Nr. 69 *Budzinski, Oliver*: Empirische Ex-Post Evaluation von wettbewerbspolitischen Entscheidungen: Methodische Anmerkungen, Januar 2012.
- Nr. 70 *Budzinski, Oliver*: The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets, January 2012.
- Nr. 71 *Budzinski, Oliver; Monostori, Katalin*: Intellectual Property Rights and the WTO, April 2012.
- Nr. 72 *Budzinski, Oliver*: International Antitrust Institutions, Juli 2012.
- Nr. 73 *Budzinski, Oliver; Lindstädt, Nadine*: Newspaper vs. Online Advertising - Is There a Niche for Newspapers in Modern Advertising Markets?, Juli 2012a.
- Nr. 74 *Budzinski, Oliver; Lindstädt, Nadine*: Newspaper and Internet Display Advertising - Co-Existence or Substitution?, Juli 2012b.
- Nr. 75 *Budzinski, Oliver*: Impact Evaluation of Merger Control Decisions, August 2012.
- Nr. 76 *Budzinski, Oliver; Kuchinke, Björn A.*: Deal or No Deal? Consensual Arrangements as an Instrument of European Competition Policy, August 2012.
- Nr. 77 *Pawlowski, Tim, Budzinski, Oliver*: The (Monetary) Value of Competitive Balance for Sport Consumers, Oktober 2012.
- Nr. 78 *Budzinski, Oliver*: Würde eine unabhängige europäische Wettbewerbsbehörde eine bessere Wettbewerbspolitik machen?, November 2012.
- Nr. 79 *Budzinski, Oliver; Monostori, Katalin; Pannicke, Julia*: Der Schutz geistiger Eigentumsrechte in der Welthandelsorganisation - Urheberrechte im TRIPS Abkommen und die digitale Herausforderung, November 2012.
- Nr. 80 *Beigi, Maryam H. A.; Budzinski, Oliver*: On the Use of Event Studies to Evaluate Economic Policy Decisions: A Note of Caution, Dezember 2012.
- Nr. 81 *Budzinski, Oliver; Beigi, Maryam H. A.*: Competition Policy Agendas for Industrializing Countries, Mai 2013.
- Nr. 82 *Budzinski, Oliver; Müller, Anika*: Finanzregulierung und internationale Wettbewerbsfähigkeit: der Fall Deutsche Bundesliga, Mai 2013.
- Nr. 83 *Doose, Anna Maria*: Methods for Calculating Cartel Damages: A Survey, Dezember 2013.
- Nr. 84 *Pawlowski, Tim; Budzinski, Oliver*: Competitive Balance and Attention Level Effects: Theoretical Considerations and Preliminary Evidence, März 2014.

- Nr. 85 *Budzinski, Oliver: The Competition Economics of Financial Fair Play, März 2014.*
- Nr. 86 *Budzinski, Oliver; Szymanski, Stefan: Are Restrictions of Competition by Sports Associations Horizontal or Vertical in Nature?, März, 2014.*
- Nr. 87 *Budzinski, Oliver: Lead Jurisdiction Concepts Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures, Juni 2014.*
- Nr. 88 *Budzinski, Oliver: Bemerkungen zur ökonomischen Analyse von Sicherheit, August 2014.*
- Nr. 89 *Budzinski, Oliver; Pawlowski, Tim: The Behavioural Economics of Competitive Balance: Implications for League Policy and Championship Management, September 2014.*
- Nr. 90 *Grebel, Thomas; Stuetzer, Michael: Assessment of the Environmental Performance of European Countries over Time: Addressing the Role of Carbon Leakage and Nuclear Waste, September 2014.*
- Nr. 91 *Emam, Sherief; Grebel, Thomas: Rising Energy Prices and Advances in Renewable Energy Technologies, July 2014.*
- Nr. 92 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia: Culturally-Biased Voting in the Eurovision Song Contest: Do National Contests Differ?, December 2014.*
- Nr. 93 *Budzinski, Oliver; Eckert, Sandra: Wettbewerb und Regulierung, März 2015.*
- Nr. 94 *Budzinski, Oliver; Feddersen, Arne: Grundlagen der Sportnachfrage: Theorie und Empirie der Einflussfaktoren auf die Zuschauernachfrage, Mai 2015.*
- Nr. 95 *Pannicke, Julia: Abstimmungsverhalten im Bundesvision Song Contest: Regionale Nähe versus Qualität der Musik, Oktober 2015.*
- Nr. 96 *Budzinski, Oliver; Kretschmer, Jürgen-Peter: Unprofitable Horizontal Mergers, External Effects, and Welfare, October 2015.*
- Nr. 97 *Budzinski, Oliver; Köhler, Karoline Henrike: Is Amazon The Next Google?, October 2015.*
- Nr. 98 *Kaimann, Daniel; Pannicke, Julia: Movie success in a genre specific contest: Evidence from the US film industry, December 2015.*
- Nr. 99 *Pannicke, Julia: Media Bias in Women's Magazines: Do Advertisements Influence Editorial Content?, December 2015.*
- Nr. 100 *Neute, Nadine; Budzinski, Oliver: Ökonomische Anmerkungen zur aktuellen Netzneutralitätspolitik in den USA, Mai 2016.*
- Nr. 101 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia: Do Preferences for Pop Music Converge across Countries? - Empirical Evidence from the Eurovision Song Contest, Juni 2016.*

- Nr. 102 *Budzinski, Oliver; Müller-Kock, Anika*: Market Power and Media Revenue Allocation in Professional Sports: The Case of Formula One, Juni 2016.
- Nr. 103 *Budzinski, Oliver*: Aktuelle Herausforderungen der Wettbewerbspolitik durch Marktplätze im Internet, September 2016.
- Nr. 104 *Budzinski, Oliver*: Sind Wettbewerbe im Profisport Rattenrennen?, Februar 2017.
- Nr. 105 *Budzinski, Oliver; Schneider, Sonja*: Smart Fitness: Ökonomische Effekte einer Digitalisierung der Selbstvermessung, März 2017.
- Nr. 106 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia*: Does Popularity Matter in a TV Song Competition? Evidence from a National Music Contest, April 2017.
- Nr. 107 *Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina*: Die Medienökonomik personalisierter Daten und der Facebook-Fall, April 2017.
- Nr. 108 *Budzinski, Oliver*: Wettbewerbsregeln für das Digitale Zeitalter – Die Ökonomik personalisierter Daten, Verbraucherschutz und die 9.GWB-Novelle, August 2017.
- Nr. 109 *Budzinski, Oliver*: Four Cases in Sports Competition Policy: Baseball, Judo, Football, and Motor Racing, September 2017.
- Nr. 110 *Budzinski, Oliver*: Market-internal Financial Regulation in Sports as an Anticompetitive Institution, October 2017.
- Nr. 111 *Bougette, Patrice; Budzinski, Oliver; Marty, Frédéric*: EXPLOITATIVE ABUSE AND ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE: WHAT CAN WE LEARN FROM THE INDUSTRIAL ORGANIZATION APPROACH?, December 2017.
- Nr. 112 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia*: The Economics of Social Media Stars: An Empirical Investigation of Stardom, Popularity, and Success on YouTube, Januar 2018.
- Nr. 113 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver; Astakhova Daria*: Conquering the Box Office: Factors, influencing Success of International Movies in Russia, Mai 2018.
- Nr. 114 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse, Juli 2018.
- Nr. 115 *Budzinski, Oliver; Kuchinke, Björn A.*: Modern Industrial Organization Theory of Media Markets and Competition Policy Implications, September 2018.
- Nr. 116 *Budzinski, Oliver; Lindstädt-Dreusicke, Nadine*: The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy, Oktober 2018.
- Nr. 117 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Competition Policy Reform in Europe and Germany – Institutional Change in the Light of Digitization, November 2018.
- Nr. 118 *Budzinski, Oliver; Noskova, Victoria; Zhang, Xijie*: The Brave New World of Digital Personal Assistants: Benefits and Challenges from an Economic Perspective, December 2018.

- Nr. 119 *Bougette, Patrice; Budzinski, Oliver & Marty, Frédéric*: EXPLOITATIVE ABUSE AND ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE: WHAT CAN WE LEARN FROM AN INDUSTRIAL ORGANIZATION APPROACH? [Updated Version 2018], December 2018.
- Nr. 120 *Bartelt, Nadja*: Bundling in Internetmärkten - Ökonomische Besonderheiten, Wettbewerbseffekte und Regulierungsimplicationen, Dezember 2018.
- Nr. 121 *Budzinski, Oliver; Feddersen, Arne*: Measuring Competitive Balance in Formula One Racing, März 2019.
- Nr. 122 *Budzinski, Oliver; Kohlschreiber, Marie; Kuchinke, Björn A. & Pannicke, Julia*: Does Music Quality Matter for Audience Voters in a Music Contest, März 2019.
- Nr. 123 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver*: Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?, April 2019.
- Nr. 124 *Stöhr, Annika; Budzinski, Oliver*: Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle - Geminwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen?, April 2019.
- Nr. 125 *Budzinski, Oliver; Lindstädt-Dreusicke, Nadine*: The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy (Updated Version), May 2019.
- Nr. 126 *Stöhr, Annika; Noskova, Victoriia; Kunz-Kaltenhäuser, Philipp; Gaenssle, Sophia & Budzinski, Oliver*: Happily Ever After? – Vertical and Horizontal Mergers in the U.S. Media Industry, June 2019.
- Nr. 127 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Der Ministererlaubnis-Fall Miba/Zollern: Europäische Champions statt Wettbewerb?, Juni 2019.
- Nr. 128 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp*: How Does Online Streaming Affect Antitrust Remedies to Centralized Marketing? The Case of European Football Broadcasting, Rights, July 2019.
- Nr. 129 *Budzinski, Oliver; Haucap, Justus*: Kartellrecht und Ökonomik: Institutions Matter!, Juli 2019.
- Nr. 130 *Budzinski, Oliver & Stöhr, Annika*: Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes, August 2019.
- Nr. 131 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver & Astakhova*: Daria: Conquering the Box Office: Factors Influencing Success of International Movies in Russia (Update), October 2019.
- Nr. 132 *Stöhr, Annika; Budzinski, Oliver & Jasper, Jörg*: Die Neue E.ON auf dem deutschen Strommarkt – Wettbewerbliche Auswirkungen der innogy-Übernahme, November 2019.
- Nr. 133 *Budzinski, Oliver; Grebel, Thomas; Wolling, Jens & Zhang, Xijie*: Drivers of Article Processing Charges in Open Access, December 2019.

- Nr. 134 *Gaenssle, Sophia; Kuchinke, Björn, A.:* Die Hörspielserie „Die drei ???“ – Der wirtschaftliche Erfolg und Gründe dafür, Januar 2020.
- Nr. 135 *Budzinski, Oliver:* The Economics of International Competition Policy: New Challenges in the Light of Digitization?, January 2020.
- Nr. 136 *Dittmann, Heidi & Kuchinke, Björn A.:* Die Theorie mehrseitiger Marktplätze in der US-amerikanischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle: Eine empirische Untersuchung für den Mediensektor, Januar 2020.
- Nr. 137 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Lindstädt-Dreusicke, Nadine:* The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets, April 2020.
- Nr. 138 *Gaenssle, Sophia & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp:* What Drives Binge-Watching? An Economic Theory and Analysis of Impact Factors, April 2020.
- Nr. 139 *Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina & Noskova, Victoria:* The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection, May 2020.
- Nr. 140 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Stöhr, Annika:* Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire?, Juni 2020.
- Nr. 141 *Budzinski, Oliver & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp:* Promoting or Restricting Competition? – The 50plus1-Rule in German Football, June 2020.
- Nr. 142 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Stöhr, Annika:* The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new Concept of „Outstanding Relevance across Markets“?, June 2020.