

Monopolkommission

Sondergutachten 70

Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB

Inhaltsverzeichnis

1. Der Auftrag und seine Durchführung.....	4
2. Die beteiligten Unternehmen.....	6
2.1 Edeka.....	6
2.2 Kaiser's Tengelmann.....	9
3. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes.....	11
3.1 Anwendung des SIEC-Tests.....	11
3.2 Analyse der Absatzmärkte.....	13
3.2.1 Marktabgrenzung.....	13
3.2.2 Wettbewerbliche Würdigung.....	14
3.2.3 Ergebnis.....	16
3.3 Analyse der Beschaffungsmärkte.....	17
3.3.1 Marktabgrenzung.....	17
3.3.2 Wettbewerbliche Würdigung.....	18
3.3.3 Ergebnis.....	20
3.4 Das abgelehnte Zusagenangebot.....	21
4. Der Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis.....	23
4.1 Der Untersagungsbeschluss aus Sicht der Antragsteller.....	23
4.2 Unzureichendes Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung.....	24
4.2.1 Absatzmärkte.....	24
4.2.2 Beschaffungsmärkte.....	26
4.2.3 Ergebnis.....	26
4.3 Gemeinwohlgründe.....	26
4.3.1 Wachstumsförderung und Entlastung der öffentlichen Haushalte.....	26
4.3.2 Erhalt und Ausbau von Arbeitsplätzen.....	27
4.3.3 Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen.....	28
4.3.4 Steigerung der Leistungsfähigkeit des Lebensmitteleinzelhandels.....	28
4.3.5 Sicherung der Nahversorgungsstrukturen.....	28
4.3.6 Förderung regionaler Versorgungsketten.....	29
4.3.7 Förderung des Mittelstands und gleicher Lebensverhältnisse.....	29
4.4 Notwendigkeit einer Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann.....	29
4.5 Abwägung aus Sicht der Antragsteller.....	29
5. SIEC-Test und Ministererlaubnis.....	31
6. Die Würdigung der Wettbewerbsbeschränkungen.....	33
6.1 Bedeutung des Zusammenschlusses für die Volkswirtschaft.....	33

6.2 Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb.....	34
6.2.1 Absatzmärkte des Lebensmitteleinzelhandels.....	34
6.2.2 Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels.....	37
6.3 Fazit zum Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen.....	39
7. Würdigung der Gemeinwohlgründe.....	40
7.1 Wachstumsförderung und Entlastung der öffentlichen Haushalte.....	40
7.2 Erhalt und Schaffung von Arbeitsplätzen.....	41
7.2.1 Konkretisierung des Erlaubnisanspruchs.....	41
7.2.2 Bewertung.....	43
7.2.2.1 Gesamtübernahme durch Beteiligungserwerb.....	46
7.2.2.2 § 613a BGB.....	47
7.2.2.3 Individual- oder kollektivvertragliche Vereinbarungen zum Arbeitsplatzerhalt.....	48
7.2.2.4 Restrukturierungsbedarf und Kompensationsmöglichkeiten.....	50
7.2.2.5 Unternehmenswachstum.....	53
7.2.2.6 Transfergesellschaft.....	54
7.3 Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen.....	55
7.4 Erhalt und Ausbau des wohnortnahen Vollsortiments.....	57
7.5 Weitere Gemeinwohlargumente.....	59
8. Abwägung und Empfehlung.....	62

Verzeichnis der Abbildungen

Abbildung 2.1: Umsätze der Edeka-Gruppe (Netto, in EUR Mrd.).....	7
Abbildung 2.2: Verteilung der Umsatzanteile im Lebensmittelhandel in der Bundes- republik Deutschland (in Prozent).....	8
Abbildung 7.1: Distanz zwischen KT Filialen und der nächstgelegenen LEH Filiale eines Wettbewerbers.....	58

1. Der Auftrag und seine Durchführung

1. Die Unternehmen Edeka Zentrale AG & Co. KG (Edeka) und Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG bzw. Tengelmann Verwaltungs- und Beteiligungs GmbH haben mit Schreiben vom 28. April 2015 an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie einen Antrag auf Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gestellt. Der Minister hat die Monopolkommission mit Schreiben vom 29. April 2015 um eine gutachterliche Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB gebeten.

2. Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 31. März 2015 das Vorhaben von Edeka, verschiedene Gesellschaften der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG zu übernehmen, sowie weitere mit dem Zusammenschluss in Zusammenhang stehende Maßnahmen nach Prüfung gemäß § 36 GWB untersagt.¹ Die Verfahrensbevollmächtigten von Edeka hatten zunächst telefonisch mit dem Bundeskartellamt Kontakt aufgenommen und am 17. Oktober 2014 einen Anmeldeentwurf inklusive umfangreicher Unterlagen via E-Mail übersandt. Das Bundeskartellamt hatte am 30. Oktober 2014 von Amts wegen das Fusionskontrollverfahren gemäß § 54 Abs. 1 GWB eingeleitet. Die förmliche Anmeldung durch die Zusammenschlussbeteiligten erfolgte Anfang November 2014.

3. Der Monopolkommission haben zur Erstellung des Gutachtens die vollständige Verfahrensakte des Bundeskartellamtes sowie der Ministererlaubnis Antrag vorgelegen. In insgesamt fünf nicht öffentlichen Anhörungen am 9. und 16. Juni 2015 wurden Fragen des Zusammenschlusses und der Gemeinwohlvorteile erörtert. Angehört wurden die Antragsteller, mehrere Wettbewerber der beteiligten Unternehmen im Lebensmittel-einzelhandel, der Markenverband e. V, ver.di und Vertreter des Gesamtbetriebsrates sowie der Regionalbetriebsräte von Kaiser's Tengelmann. Teilweise haben die angehörten Parteien auf Nachfragen der Monopolkommission zusätzlich schriftliche Stellungnahmen abgegeben und Nachweise in Form von Geschäftsunterlagen und Studien eingebracht. Eine schriftliche Stellungnahme hat auch die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie abgegeben. Zudem lagen der Monopolkommission die Antworten der Zusammenschlussbeteiligten auf die Fragen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 1. Juni 2015 und vom 15. Juli 2015 vor (Antworten von Edeka und Kaiser's Tengelmann vom 18. Juni 2015 bzw. 19. Juni 2015 sowie vom 22. Juli 2015). Darüber hinaus lagen der Monopolkommission die Antworten von Edeka auf die Fragen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 21. Juli 2015 vor (Antwort vom 27. Juli 2015). Die Antragsteller hatten in ihren Stellungnahmen ausdrücklich darauf verwiesen, dass ihre Antworten auch der Monopolkommission zugänglich gemacht werden können bzw. diese unmittelbar auch an die Monopolkommission geschickt. Am 27. Juli 2015 hat die Monopolkommission ein von der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten zum Beschluss Edeka/Tengelmann des Bundeskartellamtes erhalten. Schließlich haben Mitarbeiter des wissenschaftlichen Stabs der Monopolkommission Details des Fusionskontrollverfahrens und der durchgeführten empirischen Analysen mit Vertretern des Bundeskartellamtes diskutiert.

4. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten. Insbesondere bedankt sie sich bei der Leitung und den Mitarbeitern des wissenschaftlichen Stabs, welche die Stellung-

¹ BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14– Edeka/Tengelmann.

nahme der Monopolkommission als Team federführend betreut haben. Beteiligt waren Herr Dr. Achim Buchwald, Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank, Herr Dr. Per Rummel, Frau Dr. Juliane Scholl und Herr Dr. John Weche.

2. Die beteiligten Unternehmen

2.1 Edeka

5. Die Edeka-Gruppe ist ein genossenschaftlich organisierter kooperativer Unternehmensverbund. Zur Edeka-Gruppe zählen die Edeka Zentrale AG & Co. KG (Edeka Zentrale), die sieben Regionalgesellschaften und deren Regiebetriebe (Filialen), die in neun Genossenschaften organisierten und von den regionalen Handelsgesellschaften belieferten selbstständigen Einzelhändler sowie die Netto Marken-Discount AG & Co. KG (Netto). Die Edeka Zentrale hält jeweils Kapitalanteile in Höhe von 50 Prozent an den sieben Regionalgesellschaften, die jeweils anderen 50 Prozent werden von einer oder mehreren regionalen Genossenschaften gehalten. Die Edeka Zentrale kontrolliert mehrheitlich den Discountfilialisten Netto. Zudem betreibt die Edeka Zentrale mit Edeka Fruchtkontor eine eigene Beschaffungsorganisation vorrangig für Obst- und Gemüseimporte, eine Wein- und Sektkellerei sowie verschiedene Servicegesellschaften wie die Edekabank AG oder die Edeka Verlagsgesellschaft mbH.²

6. Entscheidungen über die Geschäftspolitik und die Strategie der Gruppe werden in der Edeka Zentrale koordiniert. Die Edeka Zentrale erbringt zahlreiche Dienstleistungen, unter anderem im Bereich des nationalen Warengeschäfts und der Weiterentwicklung von Eigenmarken sowie in den Bereichen Zentralregulierung, Delkredere, Qualitätsmanagement, Marketing, Personalentwicklung und IT, Standorterschließung und Verkaufsflächenkonzepte.³ Die Anteile an der Edeka Zentrale werden zu 100 Prozent von den neun Genossenschaften gehalten, die ihrerseits gemeinsam die Geschäftspolitik der Zentrale kontrollieren und auf diesem Wege Einfluss auf Sortiments- und Einkaufsentscheidungen ausüben. Die Monopolkommission geht bei der Edeka-Gruppe einschließlich der selbstständigen Einzelhändler sowohl auf den Angebots- als auch auf den Beschaffungsmärkten von einer wettbewerblichen Einheit aus und folgt damit der Auffassung des Bundeskartellamtes.⁴ Das Bundeskartellamt verweist hierbei auf den einheitlichen Marktauftritt von Regiebetrieben und selbstständigen Einzelhändlern und argumentiert, dass Verhaltensspielräume der selbstständigen Einzelhändler durch Bezugsverpflichtungen, Preisbindungen, einen gemeinsamen Marktauftritt und Werbeaktionen sowie Gebietsabsprachen begrenzt werden.⁵

7. Die Edeka-Gruppe betreibt ein bundesweites Vertriebsnetz mit 11.492 Verkaufsstätten im Jahr 2014. Davon wurden 6.059 durch den selbstständigen Einzelhandel und 1.265 sogenannte Regiebetriebe von den Regionalgesellschaften mit unterschiedlichen Vertriebsschienenkonzepten geführt. Auf den Discounter Netto entfielen 4.168 Filialen.⁶ Die Umsätze des selbstständigen Einzelhandels erhöhten sich im Zeitraum 2010 bis 2014 um 27 Prozent auf zuletzt EUR 23,4 Mrd. Die Umsätze der Netto-Filialen stiegen im gleichen Zeitraum um 15 Prozent auf EUR 12,0 Mrd. Dagegen sanken die Umsätze des Regie-Einzelhandels um 8 Prozent auf EUR 7,9 Mrd. Die gesamten Umsätze der

2 Vgl. Edeka Zentrale AG & Co. KG, Finanzbericht 2014, Hamburg 2015, S. 2 f., S. 38 f.

3 Vgl. Edeka Zentrale AG & Co. KG, Finanzbericht 2014, a. a. O., S. 3 und BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 11.

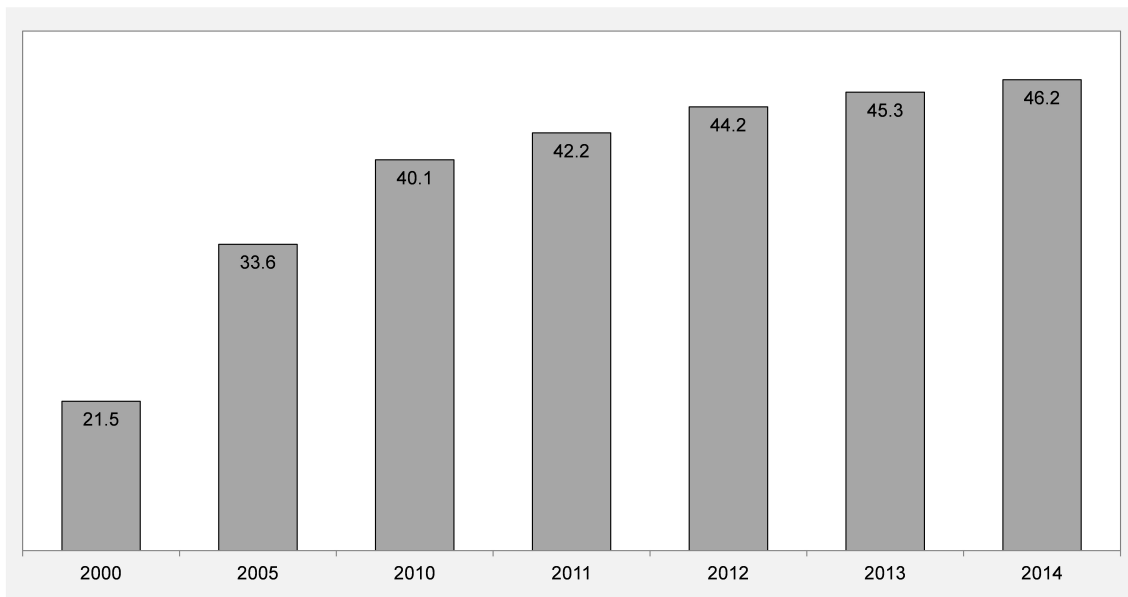
4 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden Baden 2011, Tz. 1028.

5 Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07 – Edeka/Tengelmann (Plus), S. 21 und BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 14 ff.

6 Vgl. Edeka Zentrale AG & Co. KG, Unternehmensbericht 2014, Hamburg 2015, S. 1, 12.

Edeka-Gruppe im Lebensmitteleinzelhandel verteilten sich im Jahr 2014 mit einem Anteil von rund 53 Prozent auf die selbstständigen Einzelhändler, mit einem Anteil von 27 Prozent auf das Discountgeschäft (Netto) und mit einem Anteil von 18 Prozent auf die Regiebetriebe (Filialen) im Vollsortiment. Rund ein Prozent der Umsätze entfällt auf den Backwaren-Einzelhandel. Das Cash+Carry/Großverbrauchergeschäft mit 20 Zustell-lägern und 112 Cash+Carry-Märkten trug mit EUR 1,9 Mrd. zum Gesamtumsatz der Edeka-Gruppe im Jahr 2014 bei.⁷ Abbildung 2.1 veranschaulicht die Entwicklung des Umsatzes der Edeka-Gruppe im Zeitraum 2000 bis 2014.

Abbildung 2.1: Umsätze der Edeka-Gruppe (Netto, in EUR Mrd.)



Quellen: TradeDimensions, TOP-Firmen. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland. Food/Non-Food. Verschiedene Jahrgänge; BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 12

8. Das Umsatzwachstum ist hierbei sowohl auf internes Wachstum als auch auf mehrere Übernahmen zurückzuführen.⁸ Im Jahr 2005 übernahm die Edeka-Gruppe die Spar Handels AG. Im gleichen Jahr wurde der Discounter Netto Marken-Discount AG & Co. KG erworben. Im Jahr 2008 übernahm die Edeka-Gruppe die Plus-Märkte von Tengelmann. Das Vorhaben wurde durch das Bundeskartellamt nur unter Nebenbestimmungen freigegeben, da der Zusammenschluss nach Auffassung des Bundeskartellamtes die bereits vor dem Zusammenschluss auf mehreren Regionalmärkten bestehende Stellung von Edeka als Marktführer bzw. marktbeherrschender Anbieter weiter verstärkt hätte. Die Freigabe erfolgte unter der aufschiebenden Bedingung, dass in mehreren Cluster-Regionen sämtliche Plus-Märkte an einen oder höchstens drei Wettbewerber veräußert wurden. Insgesamt wurden von den etwa 2.700 Plus-Filialen 359 Märkte von den Zusammenschlussbeteiligten abgegeben, davon 313 Filialen an die Rewe-Gruppe. Die übrigen Märkte wurden vollumfänglich in die Discountschiene der Edeka-Gruppe als Filialen der Netto Marken-Discount integriert. Die geplante gemeinsame Beschaffung von Ede-

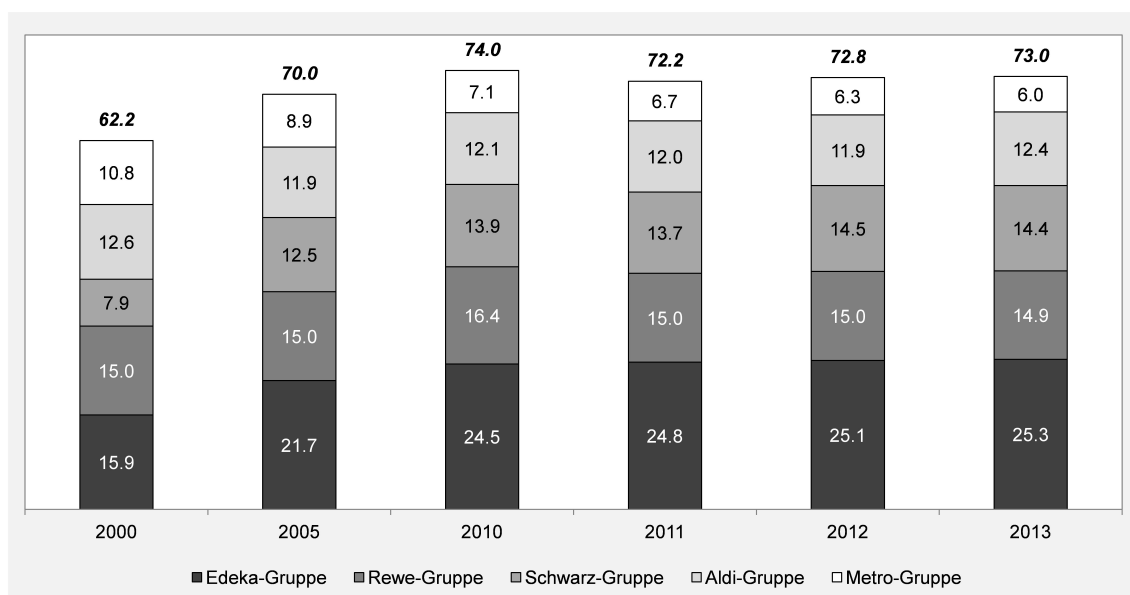
⁷ Vgl. Edeka Zentrale AG & Co. KG, Unternehmensbericht 2014, a. a. O., S. 1, 16.

⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1046; BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 13.

ka und Tengelmann im Bereich des Vollsortiments wurde im Zuge des Verfahrens durch das Bundeskartellamt untersagt. Im Jahr 2010 wurde der Erwerb der Trinkgut Deutsche Getränke-Holding GmbH mit rund 200 Getränkeabholmärkten durch die Edeka-Gruppe unter der aufschiebenden Bedingung einer Abgabe von 30 Standorten freigegeben. Hinweise auf ein marktbeherrschendes Oligopol der Handelsunternehmen Edeka, Rewe und Schwarz auf den Beschaffungsmärkten für alkoholfreie Getränke waren aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht ausreichend, um den Unternehmenszusammenschluss zu untersagen.⁹

9. Abbildung 2.2 verdeutlicht die Entwicklung der inländischen Umsatzanteile der jeweils fünf führenden Unternehmen im Lebensmittelhandel in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2013 auf Grundlage von Daten des Anbieters TradeDimensions. Im Jahr 2013 beläuft sich der Umsatzanteil der fünf größten Anbieter auf 73 Prozent. Die Edeka-Gruppe konnte ihren Umsatzanteil in den Jahren 2000 bis 2013 kontinuierlich auf zuletzt 25,3 Prozent ausbauen. Das Bundeskartellamt ermittelt anhand einer eigenen Erhebung im Rahmen seiner Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (LEH) für das Jahr 2010 einen vergleichbaren Umsatzanteil von 25 bis 30 Prozent.¹⁰ Die Edeka-Gruppe ist absatzseitig ausschließlich national tätig. Gemessen an den weltweiten Umsätzen der Unternehmen im deutschen Lebensmittelhandel nimmt die Edeka-Gruppe im Jahr 2012 den fünften Rang ein.¹¹

Abbildung 2.2: Verteilung der Umsatzanteile im Lebensmittelhandel in der Bundesrepublik Deutschland (in Prozent)



Quellen: TradeDimensions, TOP-Firmen. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland. Food/Non-Food. Verschiedene Jahrgänge. Food-Umsätze, geschätzt

9 Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2010, B2-52/10; Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1052 f.

10 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel. Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland. Bericht gemäß § 32 e GWB, September 2014, S. 78.

11 Vgl. Metro Group, Metro-Handelslexikon 2014/2015, Düsseldorf 2015, S. 91.

10. Der Einkauf der Edeka Zentrale erfolgt über die Edeka Zentralhandelsgesellschaft (EZHG). Die zentrale Beschaffung macht hierbei den überwiegenden Teil des nationalen Beschaffungsvolumens der Edeka-Gruppe aus. Der Einkauf von Obst und Gemüse erfolgt über Edeka Fruchtkontor, der Weineinkauf über Edeka Weinkontor. Auf internationaler Ebene bestehen Einkaufskooperationen mit ITM (Frankreich) und Eroski (Spanien).¹²

2.2 Kaiser's Tengelmann

11. Zu den Geschäftsfeldern der Unternehmensgruppe Tengelmann zählen die Kaiser's- und Tengelmann-Supermärkte, der Lieferservice Bringmeister, die Bau- und Heimwerkermärkte OBI, der Textil- und Nonfood-Discounter KiK und unter dem Dach der Tengelmann E-Commerce GmbH die Tengelmann Ventures GmbH und die Online-Shops Plus.de (seit 2014: Tengelmann E-Stores GmbH), baby-markt.de sowie GartenXXL.de. Die Tengelmann Ventures GmbH hält Beteiligungen an über 30 Start-up-Unternehmen. Zur Unternehmensgruppe gehören ferner die TREI Real Estate GmbH mit Schwerpunkt auf Immobilieninvestitionen und die Beteiligungsgesellschaft Emil Capital Partners in den USA. Beteiligungen in Höhe von 15 bzw. 30 Prozent hält die Unternehmensgruppe Tengelmann zudem an der Netto Marken-Discount und am 1-Euro-Discounter TEDI. Die Unternehmensgruppe Tengelmann ist mit 72.819 Mitarbeitern und 4.151 Filialen in 16 europäischen Ländern tätig und erzielte im Geschäftsjahr 2013 einen Nettoumsatz von EUR 7,82 Mrd.

12. Die Kaiser's Tengelmann GmbH (KT) erzielte im Geschäftsjahr 2013 mit 16.514 Mitarbeitern einen Nettoumsatz von EUR 1,94 Mrd. Zum Ende des Geschäftsjahres 2013 betrieb KT 501 Lebensmitteleinzelhandelsfilialen in den Regionen Stadtgebiet Berlin und Umland, Stadtgebiet München und Oberbayern sowie Nordrhein.¹³ Zwischenzeitlich wurden im Jahr 2014 Filialen in der Region Nordrhein-Westfalen geschlossen. Die im Zuge der Übernahme durch Edeka geplante Schließung weiterer Filialen in der Region Berlin/Brandenburg (sogenannte Carve-Out-Filialen) wurde zunächst durch das Bundeskartellamt untersagt.¹⁴ Die Umsatzanteile von KT im Lebensmittelhandel in Deutschland sanken von 6,9 Prozent im Jahr 2000 auf unter zwei Prozent im Jahr 2013. In der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel des Bundeskartellamtes wird ein Umsatzanteil von weniger als drei Prozent für das Jahr 2013 berichtet.

13. Nach der im Zuge des Verkaufs der Plus Märkte durch das Bundeskartellamt untersagten geplanten Einkaufskooperation zwischen Edeka und KT mit Schwerpunkt Markenartikel erfolgt ein erheblicher Teil des Einkaufs seit dem Jahr 2009 in Kooperation mit Bunting über die Bunting Systemkunden Handelsgesellschaft GmbH (BSH). Bunting verhandelt mit etwa 400 nationalen Lieferanten. In der Einkaufskooperation werden neben den wichtigsten Kooperationspartnern KT und Bunting die Einkaufsvolumina von Hamberger, Naschwelt, Netzhammer, Okle und Prohoga gebündelt. Im Jahr 2014 wurden die Kooperationspartner Coma und Jibi von Bunting übernommen. Zudem bezieht KT einen Teil seiner Handelsmarken über die Zentrale Handelsgesellschaft mbH (ZHG), eine Servicegesellschaft der Markant AG. Auch wickelt KT einen Teil des Ver-

¹² Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2015. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland. Food/Non-Food.

¹³ Vgl. Tengelmann, Geschäftsbericht 2013, Mülheim a. d. Ruhr 2014, S. 19 ff.

¹⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 5, 183.

rechnungsgeschäfts über Markant ab.¹⁵ Die Markant AG erfüllt als Dienstleistungsgesellschaft für Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel Aufgaben in den Bereichen Warenwirtschaft, Zentralregulierung und Finanzdienstleistungen sowie der Beschaffung von Eigenmarken. Auch bietet Markant unterschiedliche franchise-ähnliche Vertriebstypen-Konzepte für die Mitglieder an. KT bezieht ferner über seine Tochtergesellschaft Birkenhof GmbH & Co. KG Fleisch- und Wurstwaren für seine Filialen.

¹⁵ Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2015. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland. Food/Non-Food, BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 22, 40 ff.

3. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes

14. Die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes erging am 31. März 2015. Sie betrifft das Vorhaben von Edeka, verschiedene Gesellschaften der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG zu übernehmen. Das Amt verbietet den in einem Kaufvertrag vom 1. Oktober 2014 vorgesehenen Zusammenschluss. Edeka beabsichtigt darin, sämtliche Geschäftsanteile und damit die alleinige Kontrolle an mehreren Zielgesellschaften zu erwerben. Betroffen sind das Supermarktgeschäft (Kaiser's Tengelmann GmbH, Tengelmann Internationale Handels GmbH), die Online-Shops (Tengelmann E-Stores GmbH) und der Lieferservice Bringmeister (Bringmeister GmbH, Bringmeister Logistik GmbH). Ebenso untersagt das Amt den beiden Unternehmen die Umsetzung eines zeitgleich abgeschlossenen Rahmenvertrags über den Kauf von Waren und die Zentralregulierung von Warenlieferungen. Des Weiteren wird der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG und den mit ihr verbundenen Gesellschaften eine Reihe einseitig durchführbarer Maßnahmen verboten. Zu diesen im Kaufvertrag angekündigten Maßnahmen zählen Filialschließungen (sogenannte Carve-Out-Filialen) und die Beschneidung des Sortiments einzelner Filialen. Auch die geplante Schließung oder wirtschaftliche Entwertung von Lagerstandorten und Fleischwerken wird untersagt. Ebenso darf der in diesem Zusammenhang geplante Abbau von Verwaltungsfunktionen nicht erfolgen.

3.1 Anwendung des SIEC-Tests

15. Das Bundeskartellamt weist auf die mit der 8. GWB-Novelle verbundenen Neuerungen in der deutschen Fusionskontrolle hin. Als neues Untersagungskriterium sei die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (sogenannter SIEC-Test, „significant impediment to effective competition“, erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) eingeführt worden. Das neue Untersagungskriterium führe zu einer begrenzten Ausweitung der Untersagungsbefugnis. Es erlaube eine Untersagung in wettbewerbschädlichen Situationen, auch wenn keine Einzelmarktbeherrschung vorliege. Die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten sei weiterhin Ausgangspunkt der Analyse. Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB bleibe das vorherige alleinige Untersagungskriterium der Marktbeherrschung Regelbeispiel der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Ebenso seien aber der Zuwachs an Marktmacht bzw. die Eröffnung neuer Verhaltensspielräume für Zusammenschlussbeteiligte und sonstige Marktteilnehmer zu berücksichtigen.

16. Für diese auswirkungsbasierte Analyse untersucht das Amt die sogenannten unilateralen Effekte, die aus dem wegfallenden Wettbewerbsdruck auf der Absatzseite entstehen würden. Es unterscheidet zwischen dem unmittelbaren Effekt auf die Zusammenschlussbeteiligten („Erstrundeneffekt“) und dem davon ausgehenden Effekt auf die Wettbewerber („Zweitrundeneffekt“). Der Erstrundeneffekt resultiere daraus, dass das fusionierte Unternehmen bei einer Preiserhöhung oder sonstigen Angebotsverschlechterung geringere Absatzverluste als ohne Fusion zu erwarten habe. Ein Teil der abwandernden Kunden werde nämlich zum Produkt des Fusionspartners wechseln. Dadurch erweitere sich der Verhaltensspielraum der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Der Zweitrundeneffekt entstehe dadurch, dass insbesondere enge Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten die erweiterten Verhaltensspielräume der zusammengeschlossenen Unternehmen antizipieren könnten und so ihrerseits Möglichkeiten zur

Preiserhöhung oder anderen Angebotsverschlechterungen hätten. Sie müssten ihrerseits nur mit einem geringeren Ausmaß an Abwanderung von Kunden zu den Zusammenschlussbeteiligten rechnen. Diese erweiterten Verhaltensspielräume von Zusammenschlussparteien und Wettbewerbern können nach Auffassung des Bundeskartellamtes zu einem höheren Preisniveau oder einem anderweitig verschlechterten Angebot führen.

17. Je größer die wettbewerbliche Nähe zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, desto umfangreicher sei im Allgemeinen das Ausmaß zusammenschlussbedingter Effekte. Mit der wettbewerblichen Nähe, d. h. der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite, steige der Anteil an Kunden, der im Falle einer Angebotsverschlechterung zum Produkt des anderen Zusammenschlussbeteiligten wechsele. Die wettbewerbliche Nähe rücke dadurch stärker in den Fokus der fusionsrechtlichen Prüfung.

18. Die Marktabgrenzung erfahre eine gewisse Relativierung in ihrer Bedeutung, insbesondere wenn es um unilaterale Effekte auf differenzierten Produktmärkten gehe. Die genauere Erfassung der wettbewerblichen Interaktion zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und ihren engen Wettbewerbern reduziere die Bedeutung der Festlegung des relevanten Marktes. Für den Ausgang der Prüfung sei der Wettbewerbsdruck zwischen den Beteiligten und ihren engen Wettbewerbern entscheidend. Im Extremfall mache es für die wettbewerbliche Würdigung keinen Unterschied, ob ein bestimmter entfernter Wettbewerber noch dem relevanten Markt zuzurechnen sei. Die Marktbeherrschung bleibe jedoch auch nach der Neufassung des GWB das Regelbeispiel der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Die Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung erfülle stets und ohne weitere Voraussetzungen den Tatbestand der erheblichen Wettbewerbsbehinderung.

19. Bei Erfüllung des Regelbeispiels der Marktbeherrschung bleibe die umfangreiche vorliegende Rechtsprechung weiterhin direkt anwendbar. Um die Konsistenz der Fusionskontrollprüfung sicherzustellen, müssten daher Grundprinzipien aus der Anwendungspraxis auch bei Anwendung des SIEC-Tests ohne vorliegende Marktbeherrschung fortgelten. Weiterhin sei der Schutz der strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb das Ziel der Fusionskontrolle. Die stärkere Gewichtung der voraussichtlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen mache es nicht notwendig, in jedem Einzelfall eine detaillierte Wirkungsanalyse vorzunehmen und zu erwartende Marktergebnisse konkret zu prognostizieren. Maßgeblich bleibe die Gesamtwertung aller relevanten Umstände. Es werde jedoch die alleinige Bezogenheit auf die Marktbeherrschung aufgegeben und der Zuwachs an Marktmacht bzw. an Verhaltensspielraum rücke in den Mittelpunkt der Prüfung. Weiterhin sei ein Marktmachtzuwachs dabei umso kritischer zu bewerten, je mehr die Marktmacht bereits vor dem Zusammenschluss bestehe. Das Bundeskartellamt spricht von einer „sliding scale“.

20. Das Bundeskartellamt führt weiter aus, dass die begrenzte Ausweitung der Untersuchungsbefugnis auch für die Beurteilung des Nachfragewettbewerbs auf Beschaffungsmärkten gelte. Auf Beschaffungsmärkten existieren laut Bundeskartellamt ebenfalls unilaterale Effekte, die spiegelbildlich zu Nachfragemärkten auf dem Wegfall einer Ausweichalternative für Lieferanten beruhen. Dadurch steige die Verhandlungsmacht der Nachfrager in den Einkaufsverhandlungen mit den Lieferanten, was zu niedrigeren Beschaffungspreisen oder anderweitig verbesserten Beschaffungskonditionen führe. Das

Bundeskartellamt nimmt Bezug auf verhandlungstheoretische Analysen des Phänomens der Nachfragemacht, die zeigten, dass die Verhandlungsmacht von Anbietern und Nachfragern entscheidend von den Ausweichalternativen der beiden Marktseiten bestimmt werde. Ein Zusammenschluss führe auf einem Beschaffungsmarkt dann zu unilateralen Effekten, wenn dadurch eine relevante Ausweichalternative für Lieferanten entfalle. Im Sinne eines „Erstrundeneffekts“ werde die Verhandlungsposition der zusammengeschlossenen Unternehmen gestärkt. Der „Zweitrundeneffekt“ entstehe wiederum dadurch, dass die anderen Nachfrager ihre größere Bedeutung als Ausweichalternative des Lieferanten antizipieren könnten. Auch ihre Verhandlungsposition werde dadurch gestärkt. Dies gelte zumindest für große Nachfrager mit einem ähnlichen Warensortiment wie die Zusammenschlussbeteiligten.

21. Auch bei der Anwendung des neuen Untersagungskriteriums auf der Beschaffungsseite seien die grundlegenden gesetzgeberischen Wertungen aus der Anwendungspraxis zu beachten. Die Fusionskontrolle habe den Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess zu schützen und diene dazu, Märkte offen zu halten. Die Analyse einzelner bilateraler Vertragsverhältnisse zwischen Händlern und Herstellern sei für eine Entscheidung daher nicht ausreichend. Vielmehr sei stets der Bezug zum betroffenen Gesamtmarkt maßgeblich. Eine unmittelbare Schädigung der Verbraucher sei keine zwingende Voraussetzung für eine Untersagung. Auch seien bei den Auswirkungen auf die Verbraucher neben den kurzfristigen auch die mittel- und langfristigen Entwicklungen zu beachten. So könnte die Ausübung von Nachfragemacht negative Folgen auf die Vielfalt, Produktqualität und Produktinnovationen haben.

3.2 Analyse der Absatzmärkte

3.2.1 Marktabgrenzung

22. Das Bundeskartellamt legt das modifizierte Bedarfsmarktkonzept bei der sachlichen Marktabgrenzung zugrunde. In den Markt einzubeziehen seien sämtliche Güter, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der Verbraucher sie als funktionell austauschbar ansieht.

23. Das Amt nimmt eine Aufteilung in die drei Kategorien Food, Non-Food I und Non-Food II vor. Food umfasse Nahrungs- und Genussmittel. Non-Food I bezeichne Produkte, die zwar nicht zur ersten Kategorie zählen, aber dennoch im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden, wie bspw. Körperpflege-, Wasch und Reinigungsmittel, Tierfutter, Toilettenpapier oder eine kleine Auswahl an Küchenutensilien. Als Non-Food II würden Produkte kategorisiert, die typischerweise nicht vom Verbraucher im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden, z. B. Fernseher oder Fahrräder. Der Umsatzanteil für Food-Produkte betrage bei Edeka ca. 90 Prozent und bei Kaiser's Tengelmann (KT) ca. 95 Prozent. Sachlich relevanter Markt im vorliegenden Fall sei der Markt des Einzelhandels mit einem Lebensmittelsortiment, der die Warengruppen Food und Non-Food I umfasst.

24. Das Bundeskartellamt zieht eine Kategorisierung von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften heran, die sich schwerpunktmäßig nach der Größe der Verkaufsfläche richtet. Es führt in diesem Zusammenhang große Verbrauchermärkte, kleine Verbrauchermärkte, große Supermärkte, kleine Supermärkte und Discounter als unterschiedliche Vertriebsli-

nien an. Dennoch gehe es von einem einheitlichen Markt für den Lebensmitteleinzelhandel aus, der nicht weiter in Vertriebslinien zu untergliedern sei. Gleichzeitig berücksichtige es aber in seiner Beurteilung das abgestufte Wettbewerbsverhältnis insbesondere zwischen den Discountern und den Anbietern von Vollsortimenten mit einem hohen Anteil an Herstellermarken. Der Wettbewerbsdruck von Seiten des sogenannten Hard Discounters Aldi auf die Vollsortimenter betreffe in erster Linie die Preissetzung im Bereich der Handelsmarken. Dagegen begegneten sich Soft Discounter und Vollsortimenter zumindest bei den Markenartikeln im Hinblick auf Preispolitik, Qualität, Service, Werbung, Verkaufsflächen und räumliche Gestaltung als engere Wettbewerber. Ferner berücksichtige das Bundeskartellamt, dass die Preissetzung bei Handelsmarken auch Auswirkungen auf die Preissetzung von Herstellermarken in einem Einzelhandelsunternehmen haben könne. Unternehmen des Getränkefachhandels, des Nahrungsmittelhandwerks und Drogeriemärkte gehören laut Bundeskartellamt dagegen nicht zum sachlich relevanten Markt, da sie nur auf Teilsortimente und nicht auf das Gesamtsortiment des Lebensmitteleinzelhandels Wettbewerbsdruck aufbauen könnten.

25. Bei der räumlichen Marktabgrenzung legt das Bundeskartellamt, ebenso wie bei der sachlichen Marktabgrenzung, das Bedarfsmarktkonzept zugrunde. Die Abgrenzung bestimme sich demnach anhand der aus Nachfragersicht gegebenen räumlichen Ausweichmöglichkeiten. Dabei seien die tatsächliche Anschauung der Abnehmer und das tatsächliche Abnehmerverhalten von Bedeutung. Üblicherweise grenze das Bundeskartellamt die räumlich relevanten Märkte im Lebensmitteleinzelhandel mit einem Radius von 20 km bzw. mit einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das sie prägende Oberzentrum ab. Es unterteile das Bundesgebiet in ständiger Praxis in 345 räumliche Märkte. Für Ballungsräume erscheine dem Bundeskartellamt diese Marktabgrenzung im vorliegenden Fall jedoch nicht sachgerecht. Da in Ballungsräumen die Fortbewegung mehr Zeit in Anspruch nehme und gleichzeitig eine höhere Filialdichte bestehe, müssten die Märkte enger abgegrenzt werden. Auch Lebensmitteleinzelhändler gingen bei Neuansiedlungen in Innenstadtlagen nur von Einzugsradien von bis zu 3 km aus. Auch eine Event-Analyse des Bundeskartellamtes stütze diese Auffassung. Das Bundeskartellamt verwende zwar als Ausgangspunkt die bundesweit üblichen 345 Regionalmärkte, die sich an Oberzentren orientieren. In Innenstadtlagen bei Städten mit mehr als 500.000 Einwohnern werde diese Betrachtung jedoch durch die Analyse auf Stadtbezirksebene ersetzt. Eine engere Marktabgrenzung in Metropolregionen entspreche im Übrigen auch der Praxis anderer, ausländischer Wettbewerbsbehörden. Im vorliegenden Fall liegen laut Bundeskartellamt rund 70 Prozent der zu übernehmenden Standorte in Ballungsgebieten wie Berlin, München, Köln oder Düsseldorf.

3.2.2 Wettbewerbliche Würdigung

26. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss zu einer weiteren Verdichtung der ohnehin stark konzentrierten Marktstruktur und damit in einer Reihe von Regionalmärkten zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt. Die Wettbewerbsbehinderung sei auf unilaterale Effekte zurückzuführen, die unabhängig davon zu verzeichnen seien, ob Edeka im jeweiligen Regionalmarkt Marktführer werde, seine schon bestehende Marktführerschaft weiter ausbaue oder zum bisherigen örtlichen Marktführer Rewe aufschließe.

27. Für das Auftreten unilateraler Effekte sprechen nach Auffassung des Amts die wettbewerbliche Nähe zwischen den Zusammenschlussbeteiligten sowie eine Reihe weiterer Strukturbedingungen. Das Bundeskartellamt argumentiert, dass KT über außerordentlich attraktive Teilnetze in Innenstadtlagen verfüge. Die räumliche Nähe zum Verbraucher sei im LEH ein Wettbewerbsparameter von überragender Bedeutung.

28. Die wettbewerbliche Nähe zwischen Edeka und KT begründet das Amt anhand qualitativer Überlegungen und empirischer Untersuchungen. Schon in früheren Entscheidungen und in der Sektoruntersuchung LEH sei das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis gekommen, dass der LEH in Deutschland eine starke Segmentierung des Marktes in verschiedene Vertriebslinien aufweise, die von den Unternehmen unterschiedlich besetzt würden.

29. Das Bundeskartellamt hat drei empirische Untersuchungen zur Überprüfung des wettbewerblichen Näheverhältnisses durchgeführt. Erstens wurden im Jahre 2013 veräußerte Herstellermarkenprodukte im Bereich Food und Non-Food I anhand ihrer artikelspezifischen EAN-Nummern (European Article Number) analysiert. Für alle Regionen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind, sei bestimmt worden, welche Artikel gleichzeitig bei den verschiedenen LEH erworben werden konnten. Im Ergebnis seien 70 bis 75 Prozent der Herstellermarkenartikel aus dem Sortiment von KT ebenfalls sowohl bei Edeka als auch bei Rewe verfügbar. Eine umsatzbezogene Betrachtung komme zum gleichen Ergebnis. Diese Überschneidungen werden als Indiz für die besondere wettbewerbliche Nähe der drei Unternehmen in sachlicher Dimension gewertet. Weiterhin ergäben sich für die Discounter Norma, Lidl, Netto Stavenhagen, Aldi Essen und Aldi Mülheim lediglich Sortimentsüberschneidungen mit KT von maximal 10 Prozent, für die Discounter mit höherem Anteil an Herstellermarken (Markendiscounter) der Unternehmen Edeka und Rewe (Netto und Penny) jedoch Überschneidungen von 30 bis 35 Prozent bzw. 15 bis 20 Prozent (bei Umsatzanteilen von 45 bis 50 Prozent bzw. 25 bis 30 Prozent). Dies sieht das Amt als Indiz für ein abgestuftes Näheverhältnis innerhalb der Discountergruppe. In gleicher Weise ermittelte Sortimentsüberschneidungen mit Edeka ergäben die höchste Quote von 55 bis 60 Prozent für Rewe. Tengemann folge an sechster Stelle mit einer Quote von 15 bis 20 Prozent und werde somit „der Gruppe der – nach der Rewe – näheren Wettbewerber der Edeka“ zugerechnet. Insgesamt sieht das Bundeskartellamt diese Analyse als Bestätigung eines „stark abgestuften Wettbewerbsverhältnisses“ im LEH.

30. Zweitens wurde eine empirischen Überprüfung von Kundenbons der führenden Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel durchgeführt. Hier betrage der Mittelwert unterschiedlicher verkaufter Artikel für die Filialen in der Gruppe der Discounter Aldi und Lidl 2.200 und in der Gruppe der Vollsortimenter Edeka, Rewe und KT 7.400.¹⁶ Würden in der Gruppe der Discounter zusätzlich die Markendiscounter Netto und Penny berücksichtigt, steige der Mittelwert auf 3.200. Eine Berechnung der Anzahl unterschiedlicher Artikel, die zum Erreichen bestimmter Umsatzschwellen verkauft werden müssen, ergebe eine analoge Abstufung zwischen den unterschiedlichen Vertriebslinien. Dies sieht das Amt als Indiz dafür an, dass zwischen Vollsortimentern und Discountern sowie in-

¹⁶ Es wird das arithmetische Mittel der Anzahl verschiedener gekaufter Artikel in allen Filialen der jeweiligen Gruppe im gesamten Beobachtungszeitraum verwendet. Der Beobachtungszeitraum umfasst vier Tage.

nerhalb der Gruppe von Discounter ein abgestuftes wettbewerbliches Näheverhältnis im Sinne unterschiedlicher Sortimentstiefen bestehe.

31. Als dritte Analyse wurde eine sogenannte Event-Analyse durchgeführt. Hierfür sei mittels Regressionsverfahren geschätzt worden, welchen Einfluss Filialeröffnungen und -schließungen auf die monatlichen Umsätze benachbarter Filialen haben, um Rückschlüsse sowohl auf die sachliche als auch räumliche wettbewerbliche Nähe zu ziehen. Dazu seien per Auskunftsbefragung monatliche Umsatzinformationen sowie Informationen zu Eröffnungen und Schließungen von Filialen im Rhein-Ruhr-Gebiet zwischen September 2012 und Oktober 2014 erhoben worden. Zur Bestimmung der Distanzen zwischen allen Filialen im Umkreis von 20 km seien Geodaten aus den jeweiligen Adressangaben ermittelt worden. Im Fokus der Analyse hätten Umsatzveränderungen in Vollsortimenter-Filialen gestanden. Im Ergebnis sei ein Umsatzrückgang durch eine zunehmende Anzahl geöffneter Nachbarfilialen anderer Unternehmen zu erkennen, der bei einer zusätzlichen Öffnung im 0 bis 1 km-Umkreis ausgeprägter sei, wenn diese Nachbarfilialen derselben Vertriebslinie zuzuordnen seien (Vollsortimenter). Dies wertet das Amt als Indiz für ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis nach Vertriebslinien. Der Umsatzrückgang sei durch zusätzlich geöffnete Nachbarfilialen im Umkreis von 0 bis 1 km am stärksten ausgeprägt und nehme für eine zusätzliche Öffnung in einem Umkreis von 1 bis 2 km bereits deutlich ab. Hieraus folgert das Amt auf ein abgestuftes Näheverhältnis auch in räumlicher Dimension.

32. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Schluss, dass im Lebensmitteleinzelhandel ein stark abgestuftes Wettbewerbsverhältnis zwischen Vollsortimentern einerseits und Discountern andererseits vorliegt. In allen als kritisch bewerteten Marktkonstellationen sei KT die neben Edeka und Rewe noch im Markt tätige „dritte Kraft“ im Vollsortiment und eine wichtige Ausweichalternative für Endkunden. Für eine Verengung der Anbieterstruktur von drei auf zwei Wettbewerber würden auch weitere Strukturbedingungen sprechen. Im einzelnen seien dies u. a. bestehende Marktzutrittsschranken, fehlender Wettbewerbsdruck von Nachbarmärkten sowie der privilegierte Zugang zu den relevanten Absatz- und Beschaffungsmärkten.

3.2.3 Ergebnis

33. Das Bundeskartellamt führt Einzelfallprüfungen auf Regionalmärkten bzw. Stadtbezirken in den betroffenen Großstädten mit mehr als 500.000 Einwohnern durch. Die Marktanalyse erfolgt anhand mehrerer Kriterien in Form einer Gesamtwürdigung. So habe das Amt die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten berücksichtigt und auch nur Regionalmärkte aufgegriffen, in denen der Marktanteil von KT über 2 Prozent lag. Darüber hinaus habe es nur Märkte herangezogen, in denen der gemeinsame Marktanteil von Edeka, Rewe und KT bei etwa der Hälfte des Gesamtmarktes lag. Auch den Marktanteil von Vollsortimentern mit Großflächenkonzept (Kaufland, Real, Kaes) und die innerstädtische Filialdichte habe es berücksichtigt.

34. Wettbewerbsbehinderungen ergäben sich aufgrund unilateraler Effekte, die unabhängig davon auftreten würden, ob Edeka mit der Transaktion zum Marktführer werde, seine bestehende Marktführerschaft weiter ausbaue oder zum bisherigen Marktführer Rewe aufschließe. Im Einzelfall könne auf betroffenen Absatzmärkten auch das Regelbeispiel der Entstehung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung vorliegen.

Die Analyse erfolge anhand des quantitativen Zuwachses durch den Hinzugewinn der Filialumsätze des Zielunternehmens, der Gesamtposition der beiden führenden LEH-Gruppen Edeka und Rewe sowie des auf entferntere (Discounter) und nähere Wettbewerber (SB-Warenhäuser) entfallenden Wettbewerbspotenzials.

35. Im Großraum Berlin befänden sich 120 Filialen von KT, davon 114 Filialen im Stadtgebiet Berlin. Der Marktanteil von KT im Stadtgebiet Berlin liege weit über 10 Prozent. Der Marktanteil von Edeka betrage 25 bis 30 Prozent. Durch den Zusammenschluss werde der effektive Wettbewerb im Stadtgebiet Berlin erheblich behindert. Auch die Stadtbezirksbetrachtung ergibt laut Bundeskartellamt für die Bezirke Charlottenburg-Wilmersdorf, Friedrichshain-Kreuzberg, Mitte, Pankow, Reinickendorf, Spandau, Steglitz-Zehlendorf und Tempelhof-Schönberg, dass die Untersagungs Voraussetzungen erfüllt sind. Zum Teil liege der aggregierte Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten deutlich oberhalb der Vermutungsschwelle für Einzelmarktbeherrschung.

36. In Oberbayern unterhalte KT 195 Filialen, davon 140 im Marktraum München. In den Markträumen Bad Reichenhall, Bad Tölz, Garmisch-Partenkirchen, München, Rosenheim, Weilheim/Tutzing führe der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs. In 18 der 25 Münchener Stadtbezirke sieht das Amt die Untersagungs Voraussetzungen als erfüllt an.

37. In Nordrhein-Westfalen befänden sich 161 Filialen von KT. Durch einen Zusammenschluss werde der effektive Wettbewerb in den Markträumen Düsseldorf/Ratingen, Krefeld, Bonn und Essen/Oberhausen/Mülheim behindert. Die Stadtbezirksbetrachtung ergibt nach Auffassung des Bundeskartellamts überdies, dass die Untersagungs Voraussetzungen ebenfalls in sechs der zehn Düsseldorfer Stadtbezirke und in drei der neun Essener Bezirke erfüllt sind.

3.3 Analyse der Beschaffungsmärkte

3.3.1 Marktabgrenzung

38. Das Bundeskartellamt untersucht in der Entscheidung neun Beschaffungsmärkte und zieht zusätzlich vier Beschaffungsmärkte aus der Sektoruntersuchung aus dem Jahr 2014 heran. Eine Untersuchung aller betroffenen Beschaffungsmärkte sei im Rahmen eines fristgebundenen Fusionskontrollverfahrens nicht möglich und auch nicht erforderlich. Die untersuchten Beschaffungsmärkte gäben ein zutreffendes Bild der Marktstrukturen auf den Beschaffungsmärkten des deutschen Lebensmitteleinzelhandels. Sie deckten mehr als 10 Prozent des Gesamtbeschaffungsvolumens des Lebensmitteleinzelhandels im Bereich Food und Non Food I ab. Generell ähnelten sich die Wettbewerbsbedingungen auf den verschiedenen Beschaffungsmärkten des LEHs häufig. Im Vorfeld der Entscheidung habe das Bundeskartellamt Befragungen von Herstellern durchgeführt und letztlich Antworten von 49 Milchlieferanten und 96 Schokoladenherstellern verwendet. Außerdem seien die Marktbefragungen aus der Sektoruntersuchung LEH herangezogen worden.

39. Bei der sachlichen Marktabgrenzung legt das Bundeskartellamt spiegelbildlich zu den Absatzmärkten das Bedarfsmarktkonzept zugrunde. Es bezieht alle Erzeugnisse, die die Lieferanten anbieten oder ohne größeren Umstellungsaufwand anbieten könnten, in den relevanten Markt ein. Es sei von Einzelmärkten für die jeweiligen Produkte und

nicht von einem Sortimentsmarkt auszugehen. Das Amt geht von überwiegend getrennten Märkten für Herstellermarken und Handelsmarken aus. Gemeinsame Beschaffungsmärkte für Handels- und Herstellermarken seien tendenziell am ehesten bei wenig verarbeiteten Produkten mit geringem Differenzierungsgrad anzunehmen.

40. Für Milchgüter gehe das Bundeskartellamt von getrennten Märkten für Frischmilch und H-Milch aus. Auch die Beschaffung von konventioneller Milch und Bio-Milch sei sachlich getrennten Märkten zuzuordnen. Dagegen ergebe sich bei der Frage, ob die Beschaffung von Herstellermarken und Handelsmarken einen gemeinsamen Markt bilden, ein heterogenes Bild. Das Bundeskartellamt tendiere zu einer Abgrenzung getrennter Märkte, stellt die Ermittlungsergebnisse aber auch alternativ bezogen auf einen Gesamtbeschaffungsmarkt dar. Im Hinblick auf Schokoladenwaren nimmt das Bundeskartellamt aufgrund fehlender Umstellungsflexibilität sachlich getrennte Märkte für Tafelschokolade, Pralinen, Riegel, kakaohaltige Zuckerwaren und sonstige Schokoladenerzeugnisse an. Es gehe von getrennten Beschaffungsmärkten für Handelsmarken und Herstellermarken aus, stelle die Ermittlungsergebnisse allerdings auch alternativ bezogen auf einen Gesamtbeschaffungsmarkt dar. Auch bei den vier weiteren untersuchten Märkten Schaumwein, Tiefkühlpizza, rote Feinkostsoßen und Konfitüre würden die Ergebnisse sowohl nach der engen als auch der weiten Marktabgrenzung dargestellt.

41. Bei der räumlichen Marktabgrenzung kommt das Bundeskartellamt für alle der Entscheidung zugrunde liegenden Märkte zu dem Schluss, dass die Märkte national abzugrenzen sind. Auch hier sei das Bedarfsmarktkonzept spiegelbildlich zu den Absatzmärkten anzuwenden. Entscheidend sei, wo die Lieferanten bzw. Hersteller der Produkte des deutschen Lebensmitteleinzelhandels angesiedelt seien. Selbst große internationale Molkereien oder internationale Hersteller von Schokoladenwaren hätten in Deutschland angesiedelte Tochter- oder Schwesterunternehmen, die für den nationalen Vertrieb zuständig seien.

3.3.2 Wettbewerbliche Würdigung

42. Bei der Analyse der Beschaffungsmärkte berücksichtigt das Bundeskartellamt Marktstruktur und Marktanteile. Im Bereich Milch und Schokolade habe Edeka in sieben der neun untersuchten Beschaffungsmärkte die höchsten Marktanteile bei der Beschaffung von Markenartikeln. In zwei weiteren Märkten liege sie an zweiter Stelle. Bei drei der vier betrachteten Märkte aus der Sektoruntersuchung LEH sei Edeka der führende Nachfrager nach Markenartikeln. In acht der elf relevanten Beschaffungsmärkte vereinten die Nachfrager Edeka, Rewe und die Schwarz-Gruppe über die Hälfte der gesamten Nachfrage in allen Vertriebsketten auf sich.

43. Durch den Zusammenschluss würden horizontal die bestehenden strukturellen Wettbewerbsvorteile der Spitzen-Nachfragergruppe auf den Beschaffungsmärkten erweitert. Im Vertikalverhältnis zu den Herstellern verlagere der Zusammenschluss die Verhandlungsmacht weiter zu den führenden Herstellern Edeka, Rewe und Schwarz-Gruppe. Auch müsse die Strategie von Edeka der vergangenen Jahre berücksichtigt werden, sich im LEH an Wettbewerbern zu beteiligen oder diese vollständig zu erwerben. Auch wenn jeder Zusammenschluss für sich auf den bundesdeutschen Beschaffungsmärkten nur geringe Veränderungen an der Wettbewerbsposition von Edeka bewirkt haben möge, veränderten die Zusammenschlüsse in ihrer Gesamtheit die Marktstruktur spürbar.

44. Die Beschaffungsmenge von Edeka erhöhe sich nach dem Zusammenschluss. Im Jahr 2013 habe das Gesamtbeschaffungsvolumen von Edeka ca. EUR 25-30 Mrd. in den Bereichen Food und Non Food I betragen. Dieser Betrag würde sich nach dem Zusammenschluss um mehr als EUR 1-2 Mrd. erhöhen. Dieser Zuwachs sei zwar prozentual gering, führe jedoch zu einer Ausweitung der strukturellen Vorteile von Edeka bei den Verhandlungen mit der Marktgegenseite. Es sei zu erwarten, dass sich die übernommenen Filialen nach dem Zusammenschluss positiv entwickeln würden, was mittelfristig eine weitere Ausweitung der Beschaffungsmenge ergeben würde. Das Bundeskartellamt argumentiert unter Bezugnahme auf seine Sektoruntersuchung LEH aus dem Jahr 2014, dass zunehmende Beschaffungsmengen zu geringeren Stückpreisen führen. Es lehnt die Kritik ab, die in dem Verfahren von gutachterlicher Seite gegen diesen Zusammenhang vorgebracht wurde. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der deutsche LEH bereits auf wenige Unternehmen konzentriert sei und wenig Möglichkeiten zum internen und externen Wachstum bestünden. Daher bringe schon eine geringe Erhöhung des Beschaffungsvolumens eine Verbesserung der Marktposition mit sich.

45. Vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Nachfragemacht der Spitzengruppe aus Edeka, Rewe und der Schwarz-Gruppe bedeuteten die kleineren Händler in ihrer Gesamtheit aus Sicht der Hersteller eine wichtige Ausweichalternative. In diesem Zusammenhang komme der Entscheidung über den Zusammenschluss eine richtungsweisende Bedeutung zu. Da sich die Standorte von KT teilweise in attraktiven Innenstadtlagen befänden, könne Edeka mit dem Zusammenschluss ihre Attraktivität für Hersteller deutlich erhöhen und ihren Anspruch als Expansionskandidat bestärken, was wiederum ihre Position in Verhandlungen mit Lieferanten verbessere. Schon nach Zusammenschlüssen in der Vergangenheit habe Edeka im Rahmen eines sogenannten Bestwertabgleichs verbesserte Konditionen und sogar die Zahlung von Geldbeträgen erreicht. Hersteller müssten befürchten, dass es in der Zukunft zu weiteren Übernahmen kleinerer Wettbewerber komme. Dies wirke sich wie eine Meistbegünstigungsklausel aus. Hersteller könnten nicht riskieren, kleineren Abnehmern Vorzugskonditionen zu gewähren, da im Falle einer Übernahme die Übertragung auf das gesamte Beschaffungsvolumen des Erwerbers drohe.

46. Das Bundeskartellamt verweist erneut auf seine empirischen Untersuchungen, die belegten, dass KT als Vollsortimenter ein naher Wettbewerber von Edeka sei. Es sieht in KT eine bedeutende wettbewerbliche Kraft. Die Marktanteile auf den nationalen Beschaffungsmärkten von bis zu fünf Prozent und die nationalen Beschaffungsumsätze bei Markenartikeln von bis zu zwei Prozent seien zwar im Vergleich zur Spitzengruppe eher gering, aber im Vergleich zu den übrigen kleineren Händlern beachtenswert. Auch sprächen qualitative Kriterien für die Bedeutung von KT. Das Unternehmen organisiere seinen Einkauf unabhängig von den großen Lebensmitteleinzelhändlern und biete daher für Hersteller von Markenprodukten eine wichtige Alternative mit hervorragendem Zugang zu Endkunden in verschiedenen Ballungsräumen. Auch schlage sich die wettbewerbliche Bedeutung von KT in der Funktion innerhalb der Einkaufskooperation mit Bunting nieder.

47. Das Bundeskartellamt beurteilt die aktuellen Ausweichmöglichkeiten der Hersteller in Form alternativer Vertriebswege, alternativer Lebensmitteleinzelhändler und sonstiger Alternativen als sehr begrenzt. Der Zusammenschluss führe zu einer weiteren Veren-

gung der Absatzmöglichkeiten. Besonders betroffen seien Hersteller von Markenartikeln und Hersteller mit einem regionalen Lieferradius um die betroffenen regionalen Vertriebsgebiete von KT. In der Entscheidung geht das Bundeskartellamt auch auf die Kritik ein, welche die von den Verfahrensbeteiligten eingereichten Gutachten üben. Die Gutachter gingen davon aus, dass ein Wegfall von KT die Verhandlungsposition der Hersteller nicht beeinträchtigt. Das Bundeskartellamt führt dagegen aus, dass ein Zusammenschluss in jedem der die Untersagung tragenden Beschaffungsmärkte den Verhandlungsspielraum von Edeka erhöhen würde (Erstrundeneffekt) und sich dadurch auch der Verhandlungsspielraum der engen Wettbewerber von Edeka vergrößern würde (Zweitrundeneffekt). Auch werde die Position von Edeka als Nachfrager nicht durch eine gegengewichtige Angebotsmacht relativiert.

3.3.3 Ergebnis

48. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss auf mindestens elf Beschaffungsmärkten zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Es handele sich um die Beschaffungsmärkte für konventionelle Frischmilch, konventionelle H-Milch, Tafelschokolade, Riegel, Pralinen, kakaohaltige Zuckerwaren, sonstige Schokoladenwaren, Schaumwein, Tiefkühlpizza, rote Feinkostsoßen und Konfitüre. Die erhebliche Behinderung des Wettbewerbs ergebe sich insbesondere aus dem Wegfall eines engen Wettbewerbers mit erheblicher Wettbewerbskraft und dem damit verbundenen Wegfall einer wichtigen Ausweichalternative für die Hersteller.

49. Die Spitzen-Nachfragergruppe bestehend aus Edeka, Rewe und Schwarz Gruppe habe auf den genannten Beschaffungsmärkten hohe Marktanteile, während die Wettbewerber jeweils nur geringe Marktanteile aufwiesen. Auch die Metro halte nur geringe Marktanteile. Edeka erhöhe durch den Erwerb von KT ihr Beschaffungsvolumen und erwerbe eine Vielzahl von Filialen mit hoher Verbrauchernähe. Diese Veränderungen könne sie in den Verhandlungen mit Lieferanten für eine Konditionenverbesserung einsetzen. Außerdem könnten Bestwertabgleiche nach dem Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Konditionen zugunsten von Edeka führen.

50. KT sei als Vollsortimenter enger Wettbewerber von Edeka und aktuell eine bedeutende wettbewerbliche Kraft auf den Beschaffungsmärkten des LEH. Das ergebe sich nicht allein aus der Höhe der Beschaffungsvolumina, sondern auch qualitativ aus der Funktion als einer der wenigen verbleibenden „freien“ Händler und als Mitglied der Einkaufskooperation um Bunting sowie dem hervorragenden Vertriebsnetz in den Innenstädten.

51. Der Wegfall einer wichtigen Ausweichalternative betreffe die Hersteller von Markenartikeln in besonderer Weise. Auch kleinere und regionale Hersteller seien betroffen, da sie auf den Absatz ihrer Produkte bei nahegelegenen Lebensmitteleinzelhändlern angewiesen seien. KT habe bisher aufgrund seiner regionalen Präsenz in wichtigen Ballungsräumen bei einigen solcher kleinen Hersteller eine hohe Bedeutung gehabt. Der unmittelbare Wegfall des Wettbewerbsdrucks, der von KT als Nachfrager ausgehe, führe zu Erst- und Zweitrundeneffekten.

3.4 Das abgelehnte Zusagenangebot

52. Edeka hat in Einverständnis mit KT im Verfahren Angebote für Nebenbestimmungen abgegeben. Das erste Zusagenangebot sei am 27. Februar 2015 unterbreitet worden. Das zweite, erweiterte Zusagenangebot sei am 19. März 2015 erfolgt und am 23. März 2015 noch einmal konkretisiert worden. Im Mittelpunkt der Angebote habe die Veräußerung einzelner KT-Standorte gestanden.

53. Das erste Zusagenangebot vom 27. Februar 2015 habe die Abgabe von 16 Berliner Filialen sowie 25 Filialen im Raum Oberbayern zum Gegenstand gehabt. Das Bundeskartellamt habe den Zusammenschlussbeteiligten in einem Gespräch am 11. März 2015 mitgeteilt, dass die Zusagenvorschläge nach seiner Auffassung nicht geeignet seien, die wettbewerblichen Probleme des Zusammenschlusses auszuräumen. Es habe darauf verwiesen, dass die Vorschläge das relevante Untersagungskriterium (SIEC-Test statt Marktbeherrschungs-Test) nicht ausreichend berücksichtigten und die relevanten geographischen Märkte zu weit gefasst wären. Die räumlichen Märkte in Ballungsräumen wie Berlin und München seien kleinteiliger zu fassen als in ländlichen Räumen.

54. Das Bundeskartellamt habe den Zusammenschlussbeteiligten mündlich und mit Schreiben vom 11. März 2015 die aus seiner Sicht erforderlichen Eckpunkte für eine Nebenbestimmung und entsprechende Zusagenverhandlungen mitgeteilt. Die Nebenbestimmungen hätten auf die dauerhafte Strukturveränderung abzielen, die durch den Wegfall von KT entstehe. Es müsse insoweit ein bedeutender Wettbewerber im Vollsortiment in den betroffenen Markträumen und Stadtbezirken gestärkt oder aufgebaut werden. Eine Freigabe wäre möglich gewesen, wenn der weit überwiegende Teil der drei regionalen Vertriebsnetze von KT, jedenfalls in den kritischen Absatzmärkten, pro Vertriebsgebiet an jeweils einen oder maximal zwei unabhängige Wettbewerber übergegangen wäre. Das Paket der an den oder die Dritten zu veräußernden Standorte hätte so bemessen sein müssen, dass es für den jeweiligen Erwerber ein unternehmensstrategisch sinnvolles Paket dargestellt hätte. Die Standorte hätten dagegen nicht an mehr als zwei Erwerber und auch nicht sukzessive veräußert werden sollen. Dadurch hätte gewährleistet werden können, dass dem Erwerber ein Potenzial zuwachse, das im Wettbewerb mit Edeka und Rewe erhalten werden könne. Interessenbekundungen alternativer Erwerber hätten dem Bundeskartellamt vorgelegen. Die Zusagen hätten zudem die Möglichkeit zu einem Markttest eröffnen und als aufschiebende Bedingung ausgestaltet werden müssen. Sie hätten sich nicht am Regelbeispiel der Marktbeherrschung im Untersagungskriterium orientieren, sondern die Wettbewerbsbehinderung aufgrund unilateraler Effekte adressieren müssen. Außerdem hätte sich das Zusagenangebot nicht allein auf Markträume, sondern auch auf eine Betrachtung der Stadtbezirke in Ballungsräumen beziehen müssen.

55. In einem erweiterten Zusagenangebot vom 19. März 2015 habe Edeka angeboten, 90 Filialen zu verkaufen. Es habe sich um ca. 40-50 Berliner Filialen, ca. 20-30 Filialen im Raum Oberbayern und ca. 10-20 Filialen im Stadtgebiet München gehandelt. Der gemeinsame Umsatz dieser ca. 90-100 Filialen habe im Jahr 2013 bei etwa 10-20 Prozent des Gesamtumsatzes von KT gelegen. Das Bundeskartellamt führt aus, dass die angebotenen Zusagen weit überwiegend nicht geeignet seien, die Wettbewerbsprobleme auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten zu beseitigen. In den Großräumen Berlin und München sei das Angebot weder auf Stadtbezirksebene noch in einer Marktraumbetrachtung

geeignet, die Wettbewerbsprobleme zu lösen. Dagegen sei das Angebot überwiegend geeignet, die wettbewerblichen Probleme in den ländlichen Gebieten Oberbayerns zu lösen. Das Zusagenangebot enthalte keine Filialen in Nordrhein-Westfalen und biete somit keine Lösungen für die dortigen Wettbewerbsprobleme. Auch die Zusagen auf den relevanten Beschaffungsmärkten seien nicht ausreichend. Da das Zusagenangebot nur einen Anteil von ca. 10-20 Prozent des absatzseitigen Umsatzes betreffe, sei nicht erkennbar, dass eine relevante Absatzalternative für die Lieferanten geschaffen werden könne. Auch die Zusage von Edeka, nach dem Zusammenschluss auf einen Bestwertabgleich zu verzichten, sei ungeeignet die wettbewerblichen Probleme auf den Beschaffungsmärkten zu lösen.

4. Der Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis

56. Edeka und Tengelmann haben mit Schreiben vom 28. April 2015 einen Antrag auf Erlaubnis des Zusammenschlusses gemäß § 42 GWB gestellt. Aus Sicht der Unternehmen wirft der Fall eine Reihe von Rechtsfragen auf, die einer gerichtlichen Überprüfung bedürfen. Ein Gerichtsverfahren wird ihrer Einschätzung nach allerdings einen längeren Zeitraum beanspruchen, was insbesondere zulasten der Beschäftigten von KT ginge. Die Zusammenschlussbeteiligten wählen daher zunächst das Ministererlaubnisverfahren, das in wesentlich kürzerer Frist Klarheit schaffen könne. Sie behalten sich den Rechtsweg vor.

4.1 Der Untersagungsbeschluss aus Sicht der Antragsteller

57. Nach Auffassung der Antragsteller hat das Bundeskartellamt sowohl die Marktabgrenzung als auch die wettbewerbliche Würdigung fehlerhaft vorgenommen. Des Weiteren halten die Unternehmen die Kausalitätsbetrachtung des Bundeskartellamtes für falsch.

58. Die Unternehmen kritisieren sowohl die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung seitens des Bundeskartellamtes. Die frühere sachliche Differenzierung zwischen sogenannten Hard Discountern mit streng begrenztem Sortiment einerseits und Supermärkten andererseits sei – jedenfalls für den in der Fusionskontrolle zugrunde zu legenden Prognosezeitraum – nicht mehr zutreffend. Das Bundeskartellamt vernachlässige insofern die aktuelle und absehbare Entwicklung des „Uptrading“ von Discountern hin zu „Sortiment-Discountern“, deren Angebot sich künftig verstärkt durch Qualität und Frische sowie durch Herstellermarken auszeichnen werde.

59. Auch die in der Untersagungsentscheidung vorgenommene räumliche Marktabgrenzung wird an verschiedenen Stellen des Antrags – ohne nähere Begründung – in Zweifel gezogen.

60. Die Zusammenschlussbeteiligten widersprechen darüber hinaus der wettbewerblichen Beurteilung des Bundeskartellamtes. Das Amt habe den SIEC-Test nicht nur zu weit, sondern falsch ausgelegt und angewendet, da es die realen Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten nicht korrekt ermittelt habe.

61. Zur Begründung wird ausgeführt, dass auf der Absatzseite die mit dem neuen Untersagungskriterium adressierten Preissetzungsmöglichkeiten keinesfalls gegeben seien. KT habe schon vor dem geplanten Zusammenschluss keinen Wettbewerbsdruck auf Edeka und Rewe ausgeübt und stets zu höheren Preisen als seine Konkurrenten angeboten. Daher hätten Rewe und Edeka ihr Angebot und ihre Preise bereits bisher unabhängig von KT – aber mit Rücksicht auf die Großformate und die Discounter – bestimmt.

62. Auf der Beschaffungsseite habe der durch KT vermittelte Zuwachs am Beschaffungsvolumen von Edeka kein großes Gewicht. KT stelle ferner keine wichtige Absatzalternative für Hersteller dar.

63. Ebenfalls unzutreffend sei die Kausalitätsbetrachtung des Bundeskartellamtes. Der Zusammenschluss sei nicht ursächlich dafür, dass bei den Vollsortimentern in den Innenstadtbereichen Rewe und Edeka eine starke Position einnehmen und keine dritte wettbewerbliche Kraft vorhanden sei. Diese Situation bestehe vielmehr bereits vor dem

Zusammenschluss. Auf der Beschaffungsseite habe das Bundeskartellamt verkannt, dass KT ohnehin abgewickelt werden und unweigerlich aus der Einkaufskooperation mit Bunting austreten müsse.

64. Schließlich bemängeln die Unternehmen, dass das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung auf die Möglichkeit bedeutender Effizienzverbesserungen aufgrund des Zusammenschlusses nicht eingegangen sei und verweisen insofern auf die von Edeka vorzunehmenden Investitionen in die vom Zusammenschluss betroffenen KT-Filialen.

4.2 Unzureichendes Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung

65. Die Antragsteller vertreten die Ansicht, dass die erstmalige Anwendung des SIEC-Tests nicht nur der gerichtlichen Überprüfung in einem Beschwerdeverfahren unterliege, sondern der Bundesminister für Wirtschaft und Energie im Verfahren der Ministererlaubnis auch eine offensichtlich falsche und unplausible Anwendung neuen Rechts im Rahmen seiner Würdigung der Wettbewerbsbeschränkung korrigieren könne.

66. Nach der Theorie der unilateralen Effekte könne das fusionierte Unternehmen Preiserhöhungen oder anderweitige Angebotsverschlechterungen durchsetzen, ohne Absatzverluste erwarten zu müssen. Derartige Auswirkungen seien jedoch mit dem geplanten Zusammenschluss nicht verbunden.

67. Aus diesem Grund habe die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung kein, allenfalls sehr geringes Gewicht. Mit dem Zusammenschluss entfalle kein echter und wirksamer Wettbewerber, sondern ein schon lange nicht mehr wettbewerbsfähiges Unternehmen. KT übergebe einen Sanierungsfall an Edeka, etwa 42 Prozent der KT-Filialen arbeiteten derzeit nicht profitabel.

68. Im Übrigen gehen die Zusammenschlussbeteiligten davon aus, dass bei der Prüfung des Gewichts der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung die absehbare Entwicklung der nächsten fünf Jahre einbezogen werden müsse.

4.2.1 Absatzmärkte

69. Auf den Absatzmärkten stelle KT seit über einem Jahrzehnt weder gegenüber Rewe noch gegenüber Edeka eine relevante wettbewerbliche Kraft dar. Ursächlich hierfür ist nach Meinung der Antragsteller insbesondere das im Jahr 2008 vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verbot der Einkaufskooperation von KT und Edeka. Aufgrund des Verbots habe KT nicht von günstigeren Einkaufskonditionen profitieren können.

70. In der Folge hätten die Verkaufspreise von KT stets über denen der anderen Vollsor-timenter gelegen. KT habe jede Preiserhöhung dieser Wettbewerber sofort nachvollzo-gen und sei nicht einmal Preisfolger gewesen. Es habe die genannten Wettbewerber auch nicht im Service oder bei Sonderangeboten herausfordern können. KT sei demnach kein „Maverick“ und noch nicht einmal ein „normaler Wettbewerber“. Deshalb habe KT seit vielen Jahren kontinuierlich Kunden und Umsätze nicht nur an Rewe und Edeka, son-derm auch an die Großformate und Discounter verloren. Bei der Gewichtung der festge-stellten Wettbewerbsbeschränkung komme es außerdem nicht auf die Größe der aktuel-len Marktanteile von KT an, vielmehr sei das künftige Wettbewerbsgeschehen maßgeb-lich.

71. Die geplante Übernahme verursache weder bei Edeka noch bei Rewe einen Anreiz, die Preise anzuheben, die Produktqualität zu senken oder die Innovationstätigkeit einzuschränken, denn der Wettbewerb in den Innenstadtlagen sei und bleibe scharf und werde sich weiter zuspitzen. Unilaterale Effekte, die zu einer Preiserhöhung oder Angebotsverschlechterung führen könnten, seien bei dieser Konstellation sowohl theoretisch wie auch praktisch ausgeschlossen. Mit dem geplanten Zusammenschluss entstehe vielmehr ein Trend zur Absenkung der Preise mindestens auf das Niveau von Edeka und Rewe.

72. Vor diesem Hintergrund gingen auch die Erörterungen des Bundeskartellamtes zur wettbewerbliehen Nähe („closeness of competition“) der Zusammenschlussbeteiligten ins Leere, da diese einen echten Wettbewerb voraussetzten. Das vom Bundeskartellamt festgestellte wettbewerbliche Näheverhältnis habe in der Vergangenheit nicht zu einem Preis- oder Service-Wettbewerb geführt, der mit dem Zusammenschluss entfallen würde. Vielmehr habe KT auf niemanden Wettbewerbsdruck ausüben können und auch nicht ausgeübt.

73. Nach Einschätzung der Zusammenschlussbeteiligten bleibt der scharfe Wettbewerb im deutschen Lebensmitteleinzelhandel auch bei einer Gesamtübernahme von KT durch Edeka erhalten und werde sich sogar verstärken.

74. Erheblicher Wettbewerbsdruck auf Edeka werde auch nach dem Zusammenschluss von Rewe, den Großformaten am Stadtrand sowie dem jeweiligen lokalen Wettbewerb mit den Discounter Kaufland, Lidl und Aldi ausgehen. Im LEH sei der Wettbewerb „um den Besuch der Einkaufsstätte“ maßgeblich, wobei das Preisniveau der Frischesortimente den Ausschlag dafür gebe, ob und welche Einkaufsstätte überhaupt aufgesucht werde. Eine dominierende Rolle bei der entsprechenden Preissetzung übten die Discounter aus, die sich durch „Uptrading“ unter verstärkter Einbindung von Herstellermarken zu „Sortiments-Discountern“ entwickeln würden.

75. Die Unternehmen im deutschen LEH seien zudem durch den Markteintritt neuer Anbieter starkem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Vor allem die Vollsortimenter Rewe und Edeka in Innenstadtlagen würden von neuen Fachmarktkonzepten (z. B. Bio, Regional, Spezialitäten, Handwerk, Service) sowie vom Online-Handel erheblich herausgefordert werden. Der LEH unterliege einem raschen und laufenden Strukturwandel.

76. Die Unternehmen treten in diesem Zusammenhang der Feststellung des Bundeskartellamtes entgegen, wonach die restriktive Praxis der Kommunen bei der Zulassung neuer LEH-Flächen eine hohe Marktzutrittsschranke darstelle. Als Beleg führen sie die positive Entwicklung der Biomärkte in den Metropolregionen sowie den geplanten Eintritt von Kaufland in den Münchener Markt an. Gerade die genannten Regionen seien durch ständige und rasche Veränderungen des wettbewerbliehen Umfelds und ständig neuen Wettbewerbern gekennzeichnet.

77. Eine Stärkung des Wettbewerbs im Vergleich zu der Situation vor der geplanten Übernahme resultiere aus dem Umstand, dass nach dem Zusammenschluss mit Edeka an allen Standorten eine wettbewerbsfähige Kraft wirke. Wettbewerbsfördernd wirke sich auch die vorgesehene Übergabe der übernommenen Filialen an selbstständige Edeka-Lebensmittelhändler, die untereinander lebhaft konkurrierten, aus.

78. Darüber hinaus werden die aus dem Zusammenschluss folgenden Umsatzzuwächse bei Edeka als unbedeutend bewertet. Auf der Absatzseite habe der Umsatzzuwachs mit

ca. EUR 1-2 Mrd. netto insgesamt wenig Gewicht. Er entspreche einem Marktanteilszuwachs von ca. 1-2 Prozent und sei im Verhältnis zum Gesamt-Absatzvolumen des Edeka-Verbundes gering.

4.2.2 Beschaffungsmärkte

79. Auf der Beschaffungsseite wachsen Edeka nach Auffassung der Antragsteller ebenfalls keine besonderen Vorteile durch den geplanten Zusammenschluss zu. Der Umsatzzuwachs in Höhe von ca. EUR 1-2 Mrd. habe mit nur ca. 1-2 Prozent des Gesamtbeschaffungsvolumens kein großes Gewicht. Zu bedenken sei ferner, dass Edeka lediglich einen Teil der Waren zentral beschaffe.

80. Wegen seiner geringen Dimension im Verhältnis zum Beschaffungsvolumen von Rewe, Edeka, Schwarz-Gruppe und Aldi verschlechtere der zusammenschlussbedingte Umsatzzuwachs die Ausweichoptionen der Hersteller allenfalls marginal. Vielmehr setze er darüber hinaus weitere Impulse zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Ernährungsindustrie im Binnenmarkt und im Export. Es sei Aufgabe der Lebensmittelindustrie, sich auf den Absatzmärkten im europäischen Binnenmarkt und international Ausweichoptionen zu erarbeiten, wie dies vielfach und regelmäßig schon geschehe.

4.2.3 Ergebnis

81. Im Ergebnis gehen die Antragsteller davon aus, dass mit dem geplanten Zusammenschluss keine negative Veränderung der Wettbewerbsstrukturen verbunden sei. Bei einer Einzelabwicklung würde sich die Verteilung der Absatz- und Beschaffungsanteile nur wenig anders gestalten als bei der geplanten Gesamtübernahme. Durch die vorgesehene Übergabe der übernommenen Filialen an selbstständige Lebensmitteleinzelhändler werde die Wettbewerbsstruktur sogar verbessert.

82. Die vom Bundeskartellamt geforderte dritte wettbewerbliche Kraft zwischen Edeka und Rewe gebe es derzeit nicht und werde es auf der Ebene des Vollsortiments auch künftig nicht geben. Eine solche Forderung aus Anlass des Zusammenschlusses bedeute in Wirklichkeit eine Marktstrukturverbesserung gegenüber dem Status quo und sei vom Zweck der Fusionskontrolle nicht gedeckt.

4.3 Gemeinwohlgründe

83. Nach Ansicht der Unternehmen wird die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung sowohl von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen als auch durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt.¹⁷

4.3.1 Wachstumsförderung und Entlastung der öffentlichen Haushalte

84. Der Marktaustritt von KT sei unvermeidbar und werde mit der Gesamtübernahme am effektivsten vollzogen. Statt eines verlustreichen Marktaustritts bzw. einer belasten-

¹⁷ Im Folgenden wird – anders als im Erlaubnis Antrag – nicht zwischen gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und überragenden Interessen der Allgemeinheit unterschieden.

den Einzelabwicklung erfolge ein nachhaltiger wachstumsfördernder Markteintritt, der einen Wachstumsschub auslösen werde.

85. Die Gesamtübernahme beende die Verlustsituation bei KT, was dort zu höheren Steuerzahlungen führen werde. Mittelbar ende dadurch auch der Verlustausgleich in der Tengelmann-Gruppe, sodass die anderen Unternehmen der Gruppe die erwirtschafteten Mittel künftig für Wachstum und Beschäftigung einsetzen könnten. Außerdem sei von Steuerzahlungen des übernommenen Unternehmens ab dem ersten Jahr der Übernahme in Höhe von EUR 17 Mio. Ertragssteuer und EUR 175 Mio. Umsatzsteuer auszugehen. Als positiven Wachstumsbeitrag machen die Unternehmen daneben EUR 130 Mio. Investitionsbedarf bei den zu übernehmenden Filialen¹⁸ sowie EUR 25 Mio. im Bereich Lager und Fuhrpark geltend, die von Edeka getragen werden sollen.

86. Im Falle der Einzelabwicklung sei hingegen mit Eingliederungs- und Umschulungskosten für die von Arbeitsplatzverlusten betroffenen Beschäftigten in Höhe von EUR 100 Mio. zu rechnen, mit denen die öffentlichen Haushalte belastet würden. Hinzu komme der Rückgang an Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen, der mindestens EUR 85 Mio. ausmachen werde.

4.3.2 Erhalt und Ausbau von Arbeitsplätzen

87. Die Antragsteller argumentieren, dass nur die Gesamtübernahme von KT die mehr als 16.000 bestehenden Arbeitsplätze sichert, weil hierbei sowohl wirtschaftlich erfolgreiche wie auch weniger erfolgreiche Filialen erworben und in den Edeka-Verbund integriert werden würden. Im Gegensatz zu anderen Ministererlaubnisfällen sei das Arbeitsplatzargument im vorliegenden Fall verlässlich und belastbar, denn in allen Zusammenschlussfällen unter Beteiligung von Edeka als Erwerber seien auf Dauer mehr Arbeitsplätze festzustellen gewesen als vorher. Dies sei aufgrund des personalintensiven Vollsortimentsgeschäfts auch strukturell abgesichert.

88. Dagegen würde nach den bisherigen Erfahrungen von KT mit Schließungen eine Einzelabwicklung mindestens 8.000 Arbeitsplätze kosten. Nach Aufgabe des Unternehmens KT würden zwar einige ertragreiche und besonders gut gelegene Filialen als sogenannte Rosinen erworben werden. Viele andere Filialen – solche mit negativem Deckungsbeitrag, aber wahrscheinlich auch sämtliche Filialen mit nachhaltig schwachen Ergebnissen – müssten jedoch schließen, sodass ein großer Teil der Arbeitsplätze verloren ginge. Das gelte vornehmlich für die arbeitsmarktpolitisch besonders schwierigen Regionen Nordrhein und Berlin. Neben den Beschäftigten in den zu schließenden Filialen seien vor allem die Arbeitsplätze in den Lagerhäusern, den Fleischwerken und dem Ladenbaubetrieb betroffen.

89. Zudem müssten Filialen bei einer Veräußerung im Rahmen der Einzelabwicklung in der Regel „besenrein“, d. h. ohne Beschäftigte übergeben werden. Gerade bei einem Erwerb durch Discounter wären die damit verbundenen Arbeitsplatzverluste auch dauerhaft, da diese erheblich weniger Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen beschäftigten als Vollsortimenter. In diesem Zusammenhang verweisen die Antragsteller auf die Abwicklung von Schlecker und Praktiker, welche die mit einem Marktaustritt verbundenen Schwierigkeiten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zeigten.

¹⁸ Der genannte Investitionsbedarf bezieht sich auf bestehende sowie auf Neu- und Ersatzfilialen.

90. Bei der geplanten Gesamtübernahme sei ferner davon auszugehen, dass die Mitarbeiterzahl in den übernommenen Märkten weiter steigen werde. Im Rahmen der Restrukturierung nach Übernahmen habe der Edeka-Verbund immer eine positive Entwicklung der Märkte erreicht, die mit einem Zuwachs von Arbeitsplätzen verbunden gewesen sei. Die Erfahrung zeige zudem, dass nach der Übernahme der Filialen durch selbstständige Einzelhändler die Zahl der Arbeitsplätze gestiegen sei. Dies werde durch eine 2014 veröffentlichte Studie des WABE-Instituts belegt.¹⁹

4.3.3 Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen

91. Durch die Übernahme der Anteile an den Unternehmen der KT-Gruppe bekämen die mehr als 16.000 Beschäftigten eine klare Perspektive. Ihr Arbeitgeber wechsele nicht, sodass ihre individuellen Rechte (Anwartschaften, Eingruppierungen) erhalten blieben. Edeka würde auch sämtliche Auszubildenden von KT übernehmen. Die Mitbestimmungsstrukturen der Beschäftigten blieben ebenfalls wirksam. Die spätere Integration in den Edeka-Verbund werde tarifvertraglich wie in früheren Fällen abgesichert.

92. Bei einer Einzelübernahme müssten Filialen hingegen i. d. R. ohne Beschäftigte übergeben werden. Sofern im Anschluss an die Übergabe beim Übernehmer eine Neueinstellung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen erforderlich sei, müssten diese vielfach Lohnabschläge hinnehmen. Soweit Filialen von Discounter übernommen würden, wäre eine Beschäftigung schon aufgrund des niedrigeren Anforderungsprofils nur zu schlechteren Konditionen möglich. Damit würde auch die besondere Qualifikation des Großteils der KT-Beschäftigten entwertet.

4.3.4 Steigerung der Leistungsfähigkeit des Lebensmitteleinzelhandels

93. Die Leistungsfähigkeit des deutschen LEH in der Fläche beruhe zu einem großen Teil auf der Wirkung der Verbundgruppen. Diese versetzten die selbstständigen Einzelhändler durch die Übernahme spezieller Aufgaben in die Lage, ihre Märkte vor Ort erfolgreich zu führen. Der Edeka-Verbund habe sich zu einem stabilen Pfeiler des LEH und über 4.000 selbstständiger Familienunternehmen entwickelt. In den Augen der Verbraucher und der Geschäftspartner sei er der zuverlässige und leistungsfähige Lebensmitteleinzelhändler und Nahversorger, der ihnen Orientierung und Sicherheit in der Vielfalt biete sowie durch seine Zusammenarbeit mit regionalen Herstellern einen effizienten Zugriff auch auf lokale Produkte ermögliche. Die Dachmarke Edeka schaffe aufgrund zentraler Kontrollen Vertrauen in die Qualität und in die Lebensmittelsicherheit, die ein selbstständiger Lebensmitteleinzelhändler allein nicht bieten könne.

4.3.5 Sicherung der Nahversorgungsstrukturen

94. Durch den Zusammenschluss würde nicht nur das qualitätsorientierte Angebot erhalten und ausgeweitet werden, sondern auch das Preisniveau auf jenes von Edeka und Rewe sinken. Daneben erwarten die Antragsteller den Erhalt und Ausbau des wohnortnahen Vollsortiments. Eine Abwicklung von KT ohne die geplante Übernahme würde hingegen eine erhebliche Ausdünnung der Filialdichte in der Nahversorgung bewirken.

¹⁹ Warich, B./Neumann, M., Privatisierungen von Regiemärkten am Beispiel der EDEKA Regionalgesellschaften Minden-Hannover und Rhein-Ruhr, Hans Böckler Stiftung, Abschlussbericht zu Projekt S 2012-525-2.

Die Übernahme von vielen Filialen durch Discounter würde die Versorgungsstruktur ebenfalls verschlechtern.

4.3.6 Förderung regionaler Versorgungsketten

95. Der Edeka-Verbund sei ein wichtiger Absatzkanal für regional verankerte Unternehmen, da die selbstständigen Edeka-Lebensmittelhändler einen Teil ihrer Waren regional beschafften. Diese Beschaffungspraxis sei ein wichtiger Faktor der Wirtschaftsentwicklung im ländlichen Raum und diene umweltpolitischen Zielen, weil Transporte über lange Strecken vermieden werden. Ohne den Rückhalt im Verbund und dessen Leistungen könnten die selbstständigen Lebensmitteleinzelhändler aber nicht bestehen.

4.3.7 Förderung des Mittelstands und gleicher Lebensverhältnisse

96. Die geplante Weitergabe der übernommenen Filialen an selbstständige Einzelhändler (Privatisierung) führe zu einer Förderung der Selbstständigkeit. Dies diene der Verbesserung mittelständischer Strukturen und somit auch der Stärkung der Wettbewerbsstruktur insgesamt. Außerdem trage der Edeka-Verbund dazu bei, dass überall in Deutschland das gesamte Warensortiment verfügbar sei. Dies könne ein selbstständiger Lebensmitteleinzelhändler, der allein auf sich gestellt sei, nicht leisten.

4.4 Notwendigkeit einer Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann

97. Die geltend gemachten Gemeinwohlgründe können nach dem Vorbringen der Antragsteller nur durch die Gesamtübernahme durch Edeka realisiert werden. Sondierungen zur Veräußerung von KT an ausländische Wettbewerber hätten kein positives Ergebnis gezeigt. Von allen angesprochenen ausländischen Ketten hätten die Eigentümer schriftliche Absagen erhalten.

98. Von den beiden nationalen Supermarktketten sei der Edeka-Verbund schließlich bereit gewesen, im Rahmen eines sogenannten Share Deal (Beteiligungserwerb) KT einschließlich aller Tochtergesellschaften als Ganzes zu übernehmen. Eine Gesamtübernahme durch Rewe sei der Tengelmann-Gruppe weder konkret noch direkt angeboten worden. Ein solches Vorhaben würde im Übrigen beim Bundeskartellamt auf dieselben wettbewerblichen Bedenken wie der geplante Zusammenschluss stoßen.

99. Auch in Reaktion auf die Zusagenangebote während des Fusionskontrollverfahrens sei nur das jeweilige Interesse an einzelnen Standorten für eine Optimierung oder Abrundung der eigenen Position erkennbar gewesen. Die Personalkostenvorstellungen seien dabei so gesetzt gewesen, dass ein großer Teil der Belegschaft hätte abgebaut werden müssen.

4.5 Abwägung aus Sicht der Antragsteller

100. Das Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung auf den Absatzmärkten sei gering, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch unilaterale Effekte ausgeschlossen. Auch der Zuwachs am Beschaffungsvolumen habe mit nur ca. 1-2 Prozent am Gesamtmarkt kein großes Gewicht. Er verschlechtere wegen seiner geringen Dimension im Verhältnis zum Beschaffungsvolumen von Rewe,

Edeka, Schwarz-Gruppe sowie ALDI die Ausweichoptionen der Hersteller allenfalls marginal.

101. Die gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Zusammenschlusses wiegen nach Ansicht der Antragsteller die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung deutlich auf. Der Zusammenschluss sei auch durch die Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt.

102. Die Unternehmen bekunden in diesem Zusammenhang ihre Bereitschaft, im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens Auflagenangebote abzugeben, geben jedoch zu bedenken, dass diese wiederum hauptsächlich zulasten der Beschäftigten gingen.

103. Überwiegende, einer Ministererlaubnis entgegenstehende Gründe liegen nach Auffassung der Antragsteller nicht vor. Es gebe keine anderen Interessenten für eine Gesamtübernahme von KT. Wettbewerberinteressen seien wegen der nur geringfügig zunehmenden Konzentration aufgrund des geplanten Zusammenschlusses ebenfalls nicht berührt. Die marktwirtschaftliche Ordnung werde durch die Gesamtübernahme nicht beeinträchtigt.

5. SIEC-Test und Ministererlaubnis

104. Der vorliegende Fall ist das erste Ministererlaubnisverfahren seit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle Mitte 2013. Mit der Novelle wurde ein neues Untersagungskriterium, der SIEC-Test, in das Gesetz implementiert. Das bisher allein maßgebende Marktbeherrschungskriterium bleibt als Regelbeispiel relevant. Negative wettbewerbliche Auswirkungen können aber seitdem nicht mehr nur auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gestützt werden, sondern davon unabhängig auch auf eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung aufgrund von unilateralen oder koordinierten Effekten.

105. Die Antragsteller vertreten die Ansicht, die erstmalige Anwendung des SIEC-Tests unterliege nicht nur der gerichtlichen Überprüfung in einem Beschwerdeverfahren, sondern der Bundesminister für Wirtschaft und Energie könne im Verfahren der Ministererlaubnis auch eine offensichtlich falsche und unplausible Anwendung neuen Rechts im Rahmen seiner Würdigung der Wettbewerbsbeschränkung korrigieren. Aus der vorgetragenen Fehlerhaftigkeit der Entscheidung leiten sie ferner ein geringes Gewicht der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung ab.

106. Nach Auffassung der Monopolkommission ergibt sich aus der Änderung des Untersagungskriteriums keine Notwendigkeit, in der Vergangenheit für das Ministererlaubnisverfahren entwickelte Grundsätze bezüglich der Bindungswirkung von kartellbehördlichen Entscheidungen und der Beurteilung des Gewichts der Wettbewerbsbeschränkung abzuändern. Fern liegend ist eine Änderung der Vorgehensweise in Fällen, in denen die fusionskontrollrechtliche Entscheidung nach wie vor auf dem Marktbeherrschungskriterium basiert, denn insoweit unterscheidet sich der Ausgangspunkt des Ministererlaubnisverfahrens nicht von früheren Fällen. Die Monopolkommission sieht aber auch bei Anwendung des reinen SIEC-Kriteriums – ohne Rückgriff auf das Kriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wie im vorliegenden Fall – keine solche Notwendigkeit.

107. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes entfaltet materielle Bindungswirkung – Tatbestandswirkung und Feststellungswirkung – gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie und der Monopolkommission. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Feststellungen des Bundeskartellamtes vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie und von der Monopolkommission nicht stets als richtig unterstellt werden müssen, sondern wegen des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) gegebenenfalls infrage zu stellen sind. Auch wenn die Befugnis zur Lockerung der Feststellungswirkung im Einzelfall befürwortet wird, wird diese allerdings nur in Betracht gezogen, wenn die Entscheidung des Bundeskartellamtes offensichtlich unplausibel, spekulativ und widersprüchlich ist. Hierbei sind hohe Anforderungen an die Offensichtlichkeit zu stellen.²⁰ Nach Ansicht der Monopolkommission sind diese hohen Anforderungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt. An dieser Auffassung ändert auch das vorgelegte Rechtsgutachten nichts. Insbesondere soweit darin die Anwendung des SIEC-Kriteriums durch das Bundeskartellamt kritisiert wird, ist festzustellen, dass Gesetzesänderungen, die mit der Einführung neuer Rechtsbegriffe einhergehen, regelmäßig mit Unsicherheiten über den Umfang des Anwendungsbereichs und die Rechtsauslegung

²⁰ Vgl. Immenga/Mestmäcker/Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42, Rn. 75, 79 m. w. N.

verbunden sind. Die zuständigen Behörden haben dann die Aufgabe, auf der Grundlage des neuen Rechts eine entsprechende Fallpraxis zu entwickeln. Den Gerichten fällt die Aufgabe zu, für abschließende Klärung zu sorgen.

108. Im Ministererlaubnisverfahren erfolgt eine Abwägung zwischen der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung einerseits und den Gemeinwohlvorteilen andererseits. Voraussetzung dieser Abwägung ist eine Gewichtung der beiden genannten Parameter. Fraglich könnte sein, ob einer aufgrund des reinen SIEC-Kriteriums festgestellten erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs schon grundsätzlich geringeres Gewicht beizumessen ist als einer Wettbewerbsbehinderung, die aus der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung abgeleitet wird. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dies zu verneinen.

109. Während das Bundeskartellamt ein Vorhaben untersagt, wenn eine bestimmte Schwelle überschritten ist, trifft es grundsätzlich keine darüber hinausgehende Aussage zum Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung.²¹ Dies gilt gleichermaßen bei Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums und des reinen SIEC-Kriteriums. Diese Bewertung ist erst im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens auf der Grundlage einer Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Dabei sind zwei Aspekte in Rechnung zu stellen – die volkswirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses und die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb.²² Schon aus der erforderlichen Berücksichtigung des erstgenannten Aspekts folgt, dass die festgestellte erhebliche Wettbewerbsbehinderung (reines SIEC-Kriterium) auf einem gesamtwirtschaftlich bedeutenderen Markt schwerer wiegen kann als die angenommene Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung auf einem gesamtwirtschaftlich unbedeutenderen Markt.

21 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Anwendung der Abwägungsklausel gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB dar.

22 Vgl. hierzu Tz. 111..

6. Die Würdigung der Wettbewerbsbeschränkungen

110. Das Ministererlaubnisverfahren erfordert zum Zwecke der Abwägung mit der Bedeutung der Gemeinwohlvorteile eine Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung. Dabei geht es nicht darum, die Entscheidung des Bundeskartellamtes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen. Solange die Entscheidung keine offensichtlichen Fehler enthält, ist die Monopolkommission, wie der Bundesminister für Wirtschaft und Energie, an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in der Entscheidung des Bundeskartellamtes gebunden.²³ Der Ministererlaubnis Antrag und die von den beteiligten Unternehmen in dem Fusionskontrollverfahren eingebrachten ökonomischen Gutachten stellen die Feststellungen der Kartellbehörde in wesentlichen Punkten in Frage. Für das Ministererlaubnisverfahren ist das nicht relevant.²⁴ Soweit die Betroffenen die Feststellung einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels (LEH) für fehlerhaft halten, steht ihnen der ordentliche Rechtsweg offen.

111. Für die Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung ist auf die Bedeutung des Zusammenschlusses für die Volkswirtschaft sowie die Auswirkungen auf den Wettbewerb abzustellen. Die Bedeutung des Zusammenschlusses für die Volkswirtschaft richtet sich nach dem Volumen der betroffenen Märkte und der Größe der beteiligten Unternehmen.²⁵ Für die Einschätzung der Auswirkungen auf den Wettbewerb ist maßgeblich, wie intensiv der Wettbewerb vor der angestrebten Fusion war und wie stark er nach dem Zusammenschluss voraussichtlich noch sein wird.²⁶ Im Grundsatz gilt: Je bedeutender der Zusammenschluss aus volkswirtschaftlicher Sicht ist und je stärker die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb sind, desto höhere Anforderungen sind an die Gemeinwohlvorteile zu stellen.²⁷

6.1 Bedeutung des Zusammenschlusses für die Volkswirtschaft

112. Das Bundeskartellamt hat auf den betroffenen regionalen Märkten des LEH sowie auf den bundesweiten Beschaffungsmärkten eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs durch den geplanten Zusammenschluss festgestellt. Die Umsätze auf den betroffenen regionalen Absatzmärkten in den Ballungsräumen Berlin und Umland, München und Umland sowie in Nordrhein-Westfalen sowie den bundesweiten Beschaffungsmärkten für Produkte des LEH sind gesamtwirtschaftlich von erheblicher Bedeutung. Der Monopolkommission liegen zwar keine Angaben für das Volumen der regionalen Absatzmärkte des LEH in den betroffenen Regionen vor. Dafür, dass diese von erheblicher Bedeutung sind spricht, dass hier etwa ein Viertel der deutschen Bevölkerung lebt. Der bundesweite Gesamtumsatz des LEH liegt im Jahr 2014 in der Größenordnung von ca. EUR 165 Mrd. Für die betroffenen Regionen ist davon auszugehen, dass Umsatzvolumina in Milliardenhöhe generiert werden. Von einer großen quantitativen Be-

23 Vgl. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42, Rn. 40.

24 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 34, Zusammenschlussvorhaben der EON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Baden-Baden 2002, Tz. 97.

25 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, Zusammenschlussvorhaben Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Baden-Baden 2003, Tz. 59.

26 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 53, Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH, Baden-Baden 2008, Tz. 82.

27 Vgl. ebenda.

deutung sind zudem die bundesweiten Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels. Hier wurden im Jahr 2014 deutlich mehr als EUR 100 Mrd. umgesetzt.

113. Von einer erheblichen volkswirtschaftlichen Bedeutung sind auch die betroffenen Unternehmen. Edeka war im deutschen LEH im Jahr 2014 das mit Abstand größte Unternehmen mit einem bundesweiten Gesamtumsatz von mehr als EUR 45 Mrd. sowie einem Vertriebsnetz mit knapp 11.500 Filialen. Kaiser's Tengelmann (KT) ist ein regional starkes Unternehmen mit einem Umsatz von etwa EUR 1,9 Mrd. und einem Vertriebsnetz von ca. 470 Märkten Ende des Jahres 2014. Die Größe der relevanten Märkte und die Größe der beteiligten Unternehmen sprechen für eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung des geplanten Zusammenschlusses.

6.2 Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb

6.2.1 Absatzmärkte des Lebensmitteleinzelhandels

114. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf den regionalen Absatzmärkten des LEH zeigen sich zunächst an den Marktstruktureffekten. Auf den betroffenen Regionalmärkten entfällt mit KT ein bisher selbstständiger Wettbewerber. Allein dadurch vermindert sich zunächst der Wettbewerb. Für die Stärke dieses Effektes entscheidend sind unter anderem die Marktanteile des übernehmenden und des zu übernehmenden Unternehmens auf den relevanten Märkten und der mit dem Zusammenschluss zu realisierende Marktanteilszuwachs. Edeka verfügt bereits auf vielen betroffenen Regionalmärkten über eine marktstarke Stellung und ist entweder das führende oder das Rewe nachfolgende Unternehmen. Die Übernahme von KT wäre auf einer Reihe von Regionalmärkten mit deutlichen Marktanteilszuwächsen verbunden. KT hält auf einigen relevanten Märkten Anteile von ca. 20-30 Prozent und darüber. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes gilt das für eine Reihe von Stadtbezirken in München, Berlin und Düsseldorf. Die ohnehin auf vielen der betroffenen Regionalmärkte schon deutlich konzentrierte Marktstruktur würde durch den Zusammenschluss damit in einem erheblichen Maße weiter verdichtet.

115. Für die Stärke der strukturellen Auswirkungen auf den Wettbewerb ist weiterhin die Höhe der Marktzutrittsschranken von Bedeutung. Grundsätzlich gilt, dass Marktzutritte im deutschen LEH durch Betriebsgründungen und die Neueröffnung von Verkaufsflächen nur schwer möglich sind. Dies liegt vor allem am bestehenden Planungsrecht und der restriktiven Genehmigungspraxis der zuständigen Behörden. Die Monopolkommission hat den Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im LEH in ihrem Neunzehnten Hauptgutachten untersucht.²⁸ Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich das Planungsrecht regelmäßig konkurrentenschützend und damit wettbewerbsbehindernd auswirkt.²⁹ Den Wettbewerb intensivierende Markteintritte können vor allem dann deutlich erschwert sein, wenn innerhalb zentraler Versorgungsbereiche keine geeigneten Grundstücke verfügbar sind. Die Folge ist eine „Closed-Shop“-Situation, in der die eingesessenen Einzelhandelsunternehmen vor Wettbewerb durch eintretende Unternehmen geschützt sind. Von solchen Bedingungen ist vor allem in den Ballungsräumen Berlin, München und Düsseldorf auszugehen. Marktteilnehmer haben der Monopolkommission

²⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1231 ff.

²⁹ Vgl. ebenda, Tz. 1275.

vorgetragen, dass der Marktzutritt in eine verdichtete Region wie Berlin mittels der Neueröffnung von Filialen zwar nicht ausgeschlossen, dafür aber ein Zeitraum von mindestens fünf bis zehn Jahre erforderlich sei.³⁰

116. Die Übernahme eines etablierten Unternehmens ist damit faktisch die einzige Möglichkeit, vergleichsweise kurzfristig in regionale Märkte des LEH einzutreten. Damit kommt der Übernahme eines regional starken Vollsortimenters wie KT eine erhebliche Bedeutung für die Möglichkeit zu, in einen regionalen Markt einzutreten, eine bestehende regionale Marktstellung auszubauen oder eine regional starke Marktstellung gegen eindringenden Wettbewerb abzusichern. Die Übernahme von KT ist damit auf der einen Seite für Edeka von besonderer Bedeutung, um das Vordringen von Wettbewerbern auf die eigenen Märkte zu verhindern und auf der anderen Seite für Konkurrenten eine Chance, in regionale Märkte einzutreten bzw. eine bestehende Marktstellung auf regionalen Märkten auszubauen. Da in vielen relevanten Märkten bereits stark verdichtete Marktstrukturen existieren, dürfte die Übernahme von KT in Gänze oder in Teilen eine der wenigen verfügbaren Möglichkeiten für Wettbewerber sein, in die wirtschaftlich attraktiven Regionen Berlin und München mit einem übernommenen Filialnetz vergleichsweise kurzfristig einzutreten und gegebenenfalls einen spürbaren Wettbewerbsdruck auf die eingesessenen Unternehmen zu entfalten.

117. Mit KT fällt auf den Absatzmärkten des LEH zudem ein Unternehmen weg, welches ein spürbares Wettbewerbspotenzial besitzt. KT ist gemessen an seinen Umsätzen im LEH, seiner Gesamtverkaufsfläche sowie dem Standortnetz von aktuell ca. 470 Filialen in drei Regionen einer der stärksten nachfolgenden Wettbewerber in dem durch vier Unternehmensgruppen dominierten Markt in Deutschland. Das Wettbewerbspotenzial von KT ist weniger auf der Grundlage seines bundesweiten Marktanteils zu bewerten als vielmehr anhand seiner Stellung auf den Regionalmärkten. Für ein spürbares Wettbewerbspotenzial spricht insbesondere der Umstand, dass das Filialnetz nicht über die gesamte Bundesrepublik Deutschland verteilt ist, sondern sich auf die zwei Ballungsräume Berlin und München sowie die Region Nordrhein erstreckt. Dort werden Marktpositionen erreicht, die deutlich stärker ausgeprägt sind, als es eine auf den bundesweiten Absatzmarkt gerichtete Marktanteilsbetrachtung vermuten lässt.

118. Für das Bestehen eines spürbaren Wettbewerbspotenzials spricht auch, dass Edeka bereit ist, für ein seit Jahren mit Verlusten arbeitendes Unternehmen einen signifikanten Kaufpreis zu zahlen. Enthalten ist darin ein Aufschlag, der die zukünftigen Ertragserwartungen (Goodwill-Aufschlag) widerspiegelt. In dieselbe Richtung weist, dass eine Reihe anderer Wettbewerber ebenfalls Interesse an einer ganzen oder teilweisen Übernahme von KT geäußert haben. Gegen das Bestehen eines spürbaren Wettbewerbspotenzials spricht nicht, dass keines dieser Angebote hinreichend konkret geworden ist. Dies liegt nach dem Eindruck der Monopolkommission weniger daran, dass die potenziellen Erwerber durch ein mangelndes Wettbewerbspotenzial abgeschreckt gewesen wären, sondern daran, dass KT nur insgesamt und unter weiteren einschränkenden Bedingungen veräußert werden sollte.

³⁰ KT nennt in seinen Antworten auf die Fragen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie einen kürzeren Zeitraum von bis zu drei Jahren, den die Entwicklung neuer Standorte von der Projektierung bis zur Eröffnung in Anspruch nehmen könne.

119. Gegen das Bestehen eines spürbaren Wettbewerbspotenzials spricht auch nicht, dass KT bereits seit längerem Verluste schreibt und das Unternehmen selbst behauptet, keinen Wettbewerbsdruck auf die führenden Vollsortimenter Edeka oder Rewe ausüben zu können. Selbst wenn es KT tatsächlich nicht möglich gewesen sein sollte, ausreichend wettbewerbsfähig zu sein, heißt das nicht, dass dies auch unter einem anderen Eigentümer der Fall wäre. Die Monopolkommission sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass Unternehmen in der Größenordnung von KT im deutschen LEH nicht überlebensfähig wären.

120. Nicht schlüssig ist nach Auffassung der Monopolkommission auch der Vortrag, dass von KT kein Wettbewerbsdruck ausgehen könne, weil das Bundeskartellamt die Einkaufskooperation mit Edeka untersagt habe und das Unternehmen deshalb schlechtere Einkaufskonditionen hat. KT war wegen der Untersagung des Bundeskartellamtes nicht gezwungen auf den Beschaffungsmärkten alleine zu agieren. Neben Edeka existieren auf dem deutschen Markt drei weitere große Einkaufskooperationen, mit denen ein gemeinsamer Einkauf grundsätzlich möglich gewesen wäre.³¹ Tatsächlich hat KT in den vergangenen Jahren auch nicht allein, sondern gemeinsam mit der Handelsgruppe Bün-ting eingekauft. Selbst wenn davon auszugehen ist, dass eine kleinere Einkaufskooperation weniger gute Beschaffungskonditionen erzielen kann als die Einkaufskooperation des Marktführers, bedeutet dies nicht, dass sämtliche Unternehmen aus der Verfolgergruppe, die vielfach kleiner als KT sind und die nicht gemeinsam mit Edeka einkaufen, kein Wettbewerbsfaktor im LEH sind. Dafür, dass auch von diesen Unternehmen Wettbewerbsdruck auf die führenden Anbieter ausgehen kann, spricht, dass es neben dem Preis andere Wettbewerbsparameter gibt, etwa die Lage des Filialgeschäfts, ein besonders attraktives Sortiment (Frische, Bio, ausgefallene Waren), innovative Angebotsformen oder besondere Beratungsleistungen, mit denen Kunden gebunden und gewonnen werden können. Wenn KT auf den Einsatz solcher Wettbewerbsparameter verzichtet hat, ist die langjährige Verlustsituation des Unternehmens möglicherweise nicht allein das Ergebnis fehlender Größe oder schlechterer Einkaufskonditionen.

121. Gegen das Vorliegen erheblicher Auswirkungen auf den Wettbewerb könnte allerdings sprechen, dass der Wettbewerb im deutschen LEH trotz der zu beobachtenden erheblichen Konzentration intensiv ist. Die maßgeblichen Wettbewerber von Edeka sind – so die Antragsteller – vor allem die Unternehmen aus der Spitzengruppe, wie Rewe, Aldi und Lidl, und weniger die Unternehmen aus der Verfolgergruppe, jedenfalls nicht KT. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass Edeka auch nach der Fusion mit KT unter einem erheblichen Wettbewerbsdruck stehen werde und dass die Übernahme von KT daran wenig ändere. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass der Wettbewerb im deutschen LEH intensiv ist. Dafür sprechen das im internationalen Vergleich relativ niedrige Preisniveau, die hohe Ladendichte und niedrigen Margen.³² Die Monopolkommission steht der These des Bundeskartellamtes von einem stark abgestuften Wettbewerbsverhältnis zwischen Vollsortimentern und Discountern eher skeptisch gegenüber. Gegen dieses Konzept ist einzuwenden, dass die Preissetzung bei Handelsmarken indirekt auch Druck auf die Preissetzung bei Herstellermarken ausübt.³³ Hinzu

31 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1061; BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Bericht gemäß § 32 e GWB, September 2014, S. 94 ff.

32 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1216 ff.

33 Vgl. ebenda, Tz. 1219.

kommt, dass Hard Discounter wie Aldi zwar eine deutlich eingeschränkte Sortimentsvielfalt haben, aber trotzdem nahezu alle Warenbereiche abdecken und daher auch Wettbewerbsdruck auf Vollsortimenter ausüben. Wie hoch dieser tatsächlich ist, ist eine empirische Frage. Das Bundeskartellamt hat empirische Untersuchungen durchgeführt, die für die These eines abgestuften Wettbewerbsverhältnisses zwischen Discountern und Vollsortimentern sprechen. Die Monopolkommission ist nicht in der Lage, in der Kürze der Zeit und ohne einen umfassenden Zugang zu Rohdaten aus der Sektoruntersuchung eigenständige empirische Untersuchungen durchzuführen, mit denen die Untersuchungen des Bundeskartellamtes gewürdigt und auf ihre Robustheit hin geprüft werden können. Unabhängig von dieser Frage sind trotz des ganz überwiegend zu beobachtenden intensiven Wettbewerbs im LEH auf regionalen Märkten durchaus Wettbewerbsprobleme vorhanden, die durch die Übernahme eines regional starken Handelsunternehmens durch den Marktführer verstärkt werden.

122. Zusammenfassend sprechen nach Auffassung der Monopolkommission wesentliche Argumente dafür, dass die Übernahme von KT durch Edeka Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den Absatzmärkten des LEH hätte. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen auf dieser Marktseite ist beträchtlich.

6.2.2 Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels

123. Die Übernahme von KT durch Edeka hätte Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten des LEH, weil sich die Verhandlungsposition von Edeka auf den Beschaffungsmärkten durch den Zusammenschluss verbessern und die Verhandlungsposition von Lieferanten verschlechtern würde.

124. Die Verhandlungsposition von Edeka verbessert sich erstens, weil das Unternehmen mit dem Zusammenschluss sein Beschaffungsvolumen von aktuell mehr als ca. EUR 25-30 Mrd. um etwa EUR 1-2 Mrd. vergrößern würde. Allein aufgrund dieser Volumenaufstockung kann das Handelsunternehmen bessere Einkaufskonditionen durchsetzen, da es nach den Untersuchungen des Bundeskartellamtes auf den Beschaffungsmärkten des LEH einen Zusammenhang zwischen der Größe des Einkaufsvolumens und den Konditionen gibt.

125. Zweitens verbessert sich die Verhandlungsposition von Edeka, weil mit KT ein bisher unabhängig beschaffendes Handelsunternehmen als Absatzalternative für die Hersteller wegfällt. Die Antragsteller wenden zwar ein, dass KT ein im Vergleich zu der Spitzengruppe der Handelsunternehmen lediglich kleiner Nachfrager sei, der für die meisten Lieferanten als Ausweichalternative zu Edeka nicht infrage käme. Damit ändere sich an der Verhandlungsposition von Edeka nichts. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung nicht. Edeka ist bereits vor dem Zusammenschluss mit einem wertmäßigen Marktanteil von ca. 25-30 Prozent der mit Abstand größte Nachfrager auf dem nationalen Beschaffungsmarkt. Zweitgrößter Nachfrager ist Rewe mit einem Beschaffungsmarktanteil in Höhe von ca. 15-20 Prozent.³⁴ Mit dem Wegfall von KT als Ausweichalternative verbessert sich die Verhandlungsposition von Edeka mindestens gegenüber

³⁴ Die zum Teil als zweitgrößter Nachfrager genannte Schwarz-Gruppe (Lidl und Kaufland) tritt nach den Erkenntnissen der Monopolkommission aus dem Jahr 2012 auf den Beschaffungs- und den Absatzmärkten des LEH unabhängig auf und ist nicht als wettbewerbliche Einheit anzusehen. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1040.

denjenigen Lieferanten, für die KT eine Ausweichalternative ist. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Verhandlungsposition von Rewe gegenüber Lieferanten, für die KT eine Ausweichalternative ist.

126. Beim Blick auf die Verhandlungsposition der Hersteller ergibt sich ein gemischtes Bild. Zu unterscheiden sind drei Gruppen. Hersteller (i), für die KT aufgrund der Größe oder wegen anderer Faktoren keine Ausweichalternative gegenüber Edeka ist. Für sie verschlechtert sich die Verhandlungsposition zunächst nicht. Hersteller (ii), für die KT eine Ausweichalternative darstellt. Ihre Verhandlungsposition verschlechtert sich erheblich, weil für sie die Ausweichalternative KT entfällt. Hersteller (iii), die bisher nur bei KT gelistet waren und für die Edeka eine Ausweichalternative ist. Ihre Verhandlungsposition verschlechtert sich ebenfalls. Wenn sie überhaupt bei Edeka zum Zuge kommen, dann wahrscheinlich zu schlechteren Konditionen als bei KT. Dafür spricht, dass Edeka nach Angaben von KT durchgängig bessere Einkaufskonditionen hat und kaum damit zu rechnen ist, dass die bisher nicht gelisteten Hersteller diese auf Edeka übertragen können. Betroffen davon sind laut einem dem Antrag auf Ministererlaubnis beigelegten ökonomischen Gutachten fast ein Drittel der Lieferanten von KT. Wie viele dieser Lieferanten durch diese Anpassung möglicherweise in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und gegebenenfalls sogar vom Marktaustritt bedroht sind, hängt davon ab, wie hoch der Anteil der KT-Lieferungen an deren Gesamtumsatz ist.

127. Hinzu kommt, dass sich die Konditionen der Lieferanten bei Unternehmensübernahmen im LEH häufig bereits durch den so genannten Bestwertabgleich verschlechtern. Bei einem Bestwertabgleich werden die Konditionen derjenigen Hersteller, die bisher zu höheren Preisen an eines der fusionierenden Unternehmen geliefert haben, auf die Konditionen des Unternehmens angepasst, das bisher zu geringeren Preisen eingekauft hat. Hat etwa das zu übernehmende Unternehmen bessere Einkaufskonditionen, reklamiert das übernehmende Unternehmen diese auch für sich selbst. Wie maßgeblich Konditionenverbesserungen mittels eines Bestwertabgleichs sind, hängt davon ab, wie viele gemeinsame Lieferanten die beteiligten Unternehmen haben. Im vorliegenden Fall wird der Bestwertabgleich zugunsten des übernehmenden Unternehmens eher die Ausnahme sein, weil KT vorträgt, regelmäßig schlechtere Konditionen zu erhalten als Edeka.

128. Schließlich kann sich die Verhandlungsposition auch der größeren Hersteller von Markenartikeln verschlechtern, weil regional starke Handelsunternehmen in der Größenordnung von KT für die Einführung insbesondere von erklärungsbedürftigen neuen Produkten besonders wichtig sind. Solche Produkte werden häufig zunächst auf sogenannten Lead-Märkten angeboten, um die Verbraucherreaktionen zu testen. Entfällt mit KT eine Alternative der Hersteller für die Erprobung von Innovationen über den Handel, dann schwächt dies ihre Verhandlungsposition ebenfalls.

129. Nach Auffassung der Monopolkommission spricht viel dafür, dass als Folge des Zusammenschlusses ein Großteil der bisherigen Lieferanten von KT und ein Teil der bisherigen Lieferanten von Edeka mit einer Verschlechterung ihrer Konditionen rechnen müssen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Edeka das zu übernehmende Unternehmen unter Beibehaltung sämtlicher Arbeitsplätze sanieren will. Wenn nicht vorgesehen ist, die dazu notwendigen Kosteneinsparungen durch Rationalisierungen vorzunehmen, könnte die Sanierung etwa über Kostenanpassungen bei der Beschaffung realisiert werden. Dafür spricht, dass KT vorträgt, die Beschaffungspreise von Edeka seien wesent-

lich günstiger als bei KT und der vom Bundeskartellamt im Jahr 2008 nicht bewilligte gemeinsame Einkauf mit Edeka sei eine wesentliche Ursache für die anhaltende Verlustsituation bei KT.

6.3 Fazit zum Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen

130. Die Monopolkommission geht im Fall der geplanten Übernahme von KT durch Edeka von einem hohen Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen aus. Dafür spricht zunächst, dass die quantitative Bedeutung des Zusammenschlusses, gemessen an den Volumina der betroffenen Märkte sowie den Umsätzen der beteiligten Unternehmen, erheblich ist. Hinzu kommen nachhaltige Auswirkungen auf den Wettbewerb sowohl auf den Absatzmärkten des LEH als auch auf den Beschaffungsmärkten.

131. Edeka ist bereits vor dem geplanten Zusammenschluss das führende Unternehmen im deutschen LEH. Der Zusammenschluss sichert diese Marktstellung ab. KT ist ein regional starkes Handelsunternehmen, mit einem bezogen auf das Filialnetz und die Standorte in attraktiven Ballungsräumen spürbaren Wettbewerbspotenzial. Die Übernahme durch den Marktführer vermindert die Chancen der Wettbewerber, in die von Edeka dominierten regionalen Märkte vorzudringen oder gegenüber dem Marktführer im Wettbewerb aufzuholen.

132. Die Übernahme hat zudem spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Beschaffungsmärkten des LEH. Mit KT fällt ein bisher unabhängig beschaffendes Handelsunternehmen als Absatzalternative für viele Hersteller weg. Dies verbessert die Verhandlungsposition von Edeka gegenüber diesen Lieferanten und verschlechtert die Position mindestens eines Teils der Lieferanten gegenüber Edeka. Da KT aufgrund seiner Größe und seiner regionalen Präsenz auch für die größeren Markenartikelhersteller für die Einführung neuer Produkte als „Show-Case“ von großer Bedeutung ist, verschlechtert der Zusammenschluss die Verhandlungsposition auch der größeren Hersteller. Die Monopolkommission geht davon aus, dass als Folge des Zusammenschlusses ein Großteil der Lieferanten von KT, die von Edeka als Lieferanten übernommen werden sowie Teile der übrigen Lieferanten von Edeka mit Konditionenverschlechterungen rechnen müssen. Für diejenigen Lieferanten von KT, die bisher Edeka nicht beliefern, besteht die Gefahr, nicht als Lieferant übernommen zu werden.

7. Würdigung der Gemeinwohlgründe

7.1 Wachstumsförderung und Entlastung der öffentlichen Haushalte

133. Die Zusammenschlussbeteiligten bringen vor, dass ein Marktaustritt von KT unausweichlich sei und mit der Gesamtübernahme ökonomisch am effektivsten vollzogen würde. Die Gesamtübernahme beende die Verlustsituation bei KT und führe dadurch mittelbar auch zu höheren Steuereinnahmen aus der Tengelmann-Gruppe. Bei einer Einzelabwicklung würden die öffentlichen Haushalte durch Eingliederungs- und Umschulungsmaßnahmen sowie geringeren Einnahmen an Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen belastet. Eine Einzelabwicklung würde im Vergleich zu einer Gesamtübernahme durch Edeka zu Steuerausfällen in einer – konservativ geschätzten – Höhe von EUR 250 Mio. führen.

134. Grundsätzlich kommt die Entlastung öffentlicher Haushalte als Gemeinwohlgrund in Betracht. Bisher wurde der Gemeinwohlgrund allerdings nur in Zusammenhang mit der Privatisierung eines Krankenhauses prinzipiell anerkannt.³⁵ Daraus ergibt sich nicht, dass auch eine Entlastung öffentlicher Haushalte, die durch höhere Steuereinnahmen erzielt wird, als Gemeinwohlgrund anzuerkennen ist. Die Monopolkommission empfiehlt, höhere Steuereinnahmen durch einen Zusammenschluss im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens allenfalls ausnahmsweise, etwa wenn erst der Zusammenschluss zur Entstehung einer steuerpflichtigen Einheit im Inland führt, als Gemeinwohlargument gelten zu lassen. Zudem sind hohe Anforderungen an den Nachweis dieses Arguments zu stellen.

135. Die tatsächlichen steuerlichen Effekte einer Einzelabwicklung oder einer Gesamtübernahme von KT durch Edeka sind ex ante nicht mit ausreichender Sicherheit ermittelbar und bezifferbar. Nachvollziehbare Berechnungen der steuerlichen Effekte für die genannten alternativen Szenarien sind von den Antragstellern nicht vorgelegt worden. Schon daraus ergibt sich, dass der Gemeinwohlgrund im vorliegenden Fall nicht anzuerkennen ist.

136. Zudem wäre auch bei der Ermittlung der Auswirkungen auf die Steuereinnahmen von Bund, Ländern und Gemeinden eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung vorzunehmen. Den vorgetragenen Steuerausfällen, die in den letzten Jahren entstanden sind und aktuell durch die Verlustsituation von KT entstehen, stehen Steuereinnahmen an anderer Stelle gegenüber. So entstehen zum Beispiel durch die im Branchenvergleich höheren Gehälter der KT-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter höhere Einkommensteuereinnahmen. Zudem führen die zum Teil schlechteren Einkaufskonditionen von KT zu höheren Gewinnen und damit zu höheren Steuerzahlungen der Lieferanten. Umgekehrt würden höhere Steuerzahlungen der Tengelmann-Gruppe aufgrund der nicht mehr vorhandenen Verlustsituation bei KT zunächst zu geringeren Steuerzahlungen bei Edeka führen, wenn diese die Verluste von KT übernehme. In einer späteren Phase würden gegebenenfalls die Steuerzahlungen von Wettbewerbern von Edeka im Lebensmitteleinzelhandel sinken, wenn diese aufgrund der gestiegenen Wettbewerbsfähigkeit der übernommenen KT-Märkte und der angestrebten Umsatzzuwächse wiederum Umsätze und Marktanteile verlieren. Ebenso würden die Steuerzahlungen von Lieferanten sinken, wenn sich deren

³⁵ Vgl. BMWi, Verfügung vom 22. Mai 2006, I B 2 – 22 14 10/2 – Landkreis Rhön-Grabfeld/Rhön-Klinikum AG, Tz. 77.

Gewinnsituation aufgrund der schlechteren Lieferkonditionen bei Lieferungen an Edeka statt an KT ändert.

137. Die Belastung öffentlicher Haushalte durch Eingliederungs- und Umschulungsmaßnahmen von Arbeitnehmern ist als Sekundäreffekt einzustufen, wenn infolge der Einzelverwertung Arbeitsplätze bei KT wegfallen, die im Falle einer Gesamtübernahme durch Edeka erhalten blieben. Auch solche Effekte sind ex ante schwierig zu prognostizieren, wenn die Folgen für den Arbeitsmarkt als Ganzes nicht konkret abschätzbar sind. Grundsätzlich gilt allerdings auch hier, dass gegebenenfalls zu vermeidende Kosten der Arbeitslosigkeit bei einer Gesamtübernahme von KT durch Edeka nur an anderer Stelle der Volkswirtschaft entstehende Kosten der Arbeitslosigkeit kompensieren. Denkbar ist nämlich, dass bei Wettbewerbern auf derselben Handelsstufe oder bei Lieferanten Arbeitsplätze infolge des in Rede stehenden Zusammenschlusses wegfallen. Ob und in welchem Ausmaß mit Arbeitsplatzverlusten zu rechnen ist, analysiert die Monopolkommission in Kapitel 7.2 dieses Gutachtens.

7.2 Erhalt und Schaffung von Arbeitsplätzen

7.2.1 Konkretisierung des Erlaubnisanspruchs

138. Die Antragsteller gehen davon aus, dass KT ohne den Zusammenschluss innerhalb eines Jahres aus dem Markt austreten würde und nur mit der Gesamtübernahme durch Edeka alle rund 16.000 Arbeits- und Ausbildungsplätze bei KT erhalten blieben bzw. darüber hinaus zusätzliche Arbeitsplätze aufgebaut würden. An den Standorten, die von unvermeidlichen Strukturänderungen betroffen seien, könnten alternative Arbeitsplätze angeboten werden. Bei einer Ablehnung des Erlaubnisanspruchs käme es hingegen zu einem Arbeitsplatzabbau von mindestens 8.000 Arbeitsplätzen, da ein Teil der KT-Filialen unprofitabel sei und geschlossen werden müsste. Darüber hinaus entfielen die Arbeitsplätze in den drei bestehenden Fleischwerken sowie in Logistik und Verwaltung zum großen Teil ersatzlos.

139. Im Verlauf des Ministererlaubnisverfahrens haben die Antragsteller konkretisiert, in welcher Weise sie Erhalt und Ausbau der Arbeitsplätze gewährleisten wollen. Die geplante Übernahme erfolge in einem mehrstufigen Prozess. Zunächst trete die Tengelmann-Gruppe alle Geschäftsanteile an den Gesellschaften des Teilkonzerns Kaiser's Tengelmann (mit Ausnahme von TES) an Edeka ab, sodass Edeka alleiniger Anteilseigner der Gesellschaften werde. Die Anteile an der Tengelmann E-Stores (TES) würden an die Netto Marken-Discount AG & Co. KG abgetreten, die dadurch alleiniger Anteilseigner der TES werde. Mit der Übernahme der Gesellschaften übernahmen Edeka und Netto Marken-Discount auch sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Deren rechtliche Stellung ändere sich durch den Eigentumswechsel nicht, ebenso wenig die bestehenden Mitbestimmungsstrukturen. Jede anschließende Betriebsänderung sei eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme, die einen Interessenausgleich erfordere.

140. In einer weiteren Stufe würden die Filialen entweder an die Regionalgesellschaften Edeka/Minden, Edeka Rhein Ruhr, Edeka Südbayern/Chiemgau oder an Netto Marken-Discount übertragen. Sofern kurzfristig möglich, würden die Märkte an geeignete Existenzgründer oder selbstständige Lebensmitteleinzelhändler veräußert. Nach aktueller Planung sollen in den ersten fünf Jahren nach Übernahme 295 Filialen an selbstständige

Einzelhändler oder geeignete Existenzgründer übergeben werden. Im ersten Jahr seien 15 Filialen für die Privatisierung vorgesehen, in den Folgejahren jeweils 65 bzw. 75 Filialen. Voraussetzung für eine Weitergabe der Filialen sei die Übernahme der rechtlichen Rahmenbedingungen, z. B. für die Sicherung der Arbeitnehmerrechte. Soweit möglich, würden die Märkte ohne die Restrukturierung und Modernisierung übertragen, damit der neue Inhaber Ausrichtung und Ausstattung mitbestimmen könne. Soweit noch kein Übernehmer vorhanden sei, würden die Regionalgesellschaften die Märkte im Regiebetrieb restrukturieren und modernisieren. Etwa 40 KT-Filialen würden voraussichtlich auch nach den ersten fünf Jahren als Regiemärkte weiter betrieben werden, eine anschließende Privatisierung sei vorgesehen.

141. Die Rechte der Beschäftigten sollen dabei ab Übertragungstichtag der KT – auch im Fall der Privatisierung – über die Jahresfrist des § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) hinaus für drei Jahre garantiert werden. Diese Zusicherung sei Bestandteil des Antrages auf Ministererlaubnis. Sondierungen mit ver.di über eine tarifvertragliche oder andere Form der Absicherung dieses Prozesses seien aufgenommen. Der Integrationsprozess werde zudem durch Interessenausgleiche mit den beteiligten Betriebsratsgremien begleitet.

142. Soweit Standorte für einen Vollsortimenter geeignet seien, würden diese entweder in Regie oder durch selbstständige Lebensmitteleinzelhändler fortgeführt. In Nordrhein-Westfalen würden 84 Filialen, die aufgrund ihrer Größe, Lage oder ihres Ertragspotenzials nicht für das Vollsortiment geeignet seien, an Netto-Marken-Discount übertragen. Auch für Netto nicht wirtschaftlich zu betreibende Standorte würden geschlossen. Von den 451 übernommenen Standorten sollen 32 Filialen geschlossen werden.

143. Soweit es zu einer Aufgabe von Standorten komme, gebe es nahe gelegene Alternativen, in denen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnten (Standortaustausch). Zudem würden anstelle geschlossener Standorte neue für das Vollsortiment oder den Discount geeignete Standorte erschlossen. Neben dem Erwerb von 451 Bestandsmärkten von KT würden auch 21 Neu- und Ersatzstandorte, für die bereits eine Standortsicherung bzw. Mietverträge vereinbart worden seien, sowie vier Umbaufilialen, die wegen umfangreicher Modernisierungsmaßnahmen temporär geschlossen seien, durch Edeka übernommen werden. Die Antragsteller gehen davon aus, dass Neu- und Umbau-Standorte nach einem angemessenen Übergangszeitraum durch Edeka eröffnet bzw. wiedereröffnet werden. Diese Filialen eröffneten die Möglichkeit, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, deren Filialen geschlossen werden müssten, andere gleichwertige Arbeitsplätze anzubieten (Arbeitsplatzkompensation).

144. Während in den Absatzgebieten Südbayern und Minden-Hannover die Übernahme der betroffenen Arbeitskräfte durch andere Filialen sichergestellt werden könne, sei in der Region Rhein-Ruhr aufgrund des großen Vertriebsgebietes und der relativ schwächeren Marktstellung von Edeka nicht in gleich hohem Maße von kompensatorischen Effekten auszugehen. Deshalb sei beabsichtigt, einen zeitweise entstehenden Beschäftigungsüberhang durch die Zwischenschaltung einer Transfergesellschaft aufzufangen, sofern hierüber mit den beteiligten betriebsverfassungsrechtlichen Gremien Einvernehmen erzielt werden könne. Ein entsprechendes Angebot sei vorgesehen.

145. Dadurch hätten die von einer Freisetzung betroffenen Mitarbeiter, denen nicht sofort ein neuer Arbeitsplatz angeboten werden könne, bessere Möglichkeiten, in die ver-

schiedenen Edeka-Vertriebsschienen oder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vermittelt zu werden. Edeka geht von einer Vermittlungsquote von bis zu 90 Prozent aus. Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter würden entsprechend ihrem arbeitsrechtlichen Status übernommen. Selbst wenn einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Edeka-Verbund ausscheiden sollten, würden die entsprechenden Arbeitsplätze neu besetzt.

146. Die Verantwortung für die Arbeitskräfte im Bereich Logistik, Verwaltung und Produktion bleibe zunächst bei der übernommenen Kaiser's Tengelmann GmbH. Die Edeka Zentrale werde gemeinsam mit den Regionalgesellschaften Südbayern und Minden-Hannover die Integration in den Edeka-Verbund umsetzen. Aufgrund des Verbots des Bundeskartellamtes würden alle Unternehmen ohne vorherige Restrukturierung auf Edeka übergehen. Edeka erwartet, dass ein Teil der Arbeitsplätze aufgrund von Strukturanpassungen entfallen wird. Zum Teil sollen Arbeitsplätze unmittelbar, zum Teil durch künftiges Wachstum kompensiert, zum Teil sollen Beschäftigte in der Transfergesellschaft aufgefangen werden. Bei künftigen Einstellungen sollen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von KT bevorzugt werden.

147. Die Online-Töchter TES und Bringmeister sowie der Ladenbaubetrieb Ligneus sollen mit allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern fortgeführt werden.

148. Somit garantiere die Übernahme zwar nicht jedes einzelne Arbeitsverhältnis, weil Kaiser's Tengelmann nicht einfach weitergeführt werden könne. Als Ergebnis von Restrukturierung, Privatisierung und Unternehmenswachstum könnten aber Arbeitsplätze in der genannten Größenordnung erhalten werden und es komme zusätzlich zu einem Arbeitsplatzaufbau. Hierbei resultiere das erwartete Wachstum der Konsumnachfrage aus einem verbesserten und ausgeweiteten Angebot, von dem auch die Hersteller profitierten. Das bessere und breitere Angebot von Edeka steigere den privaten Verbrauch und damit Wachstum und Beschäftigung.

7.2.2 Bewertung

149. Das Beschäftigungsargument wird in nahezu jedem Ministererlaubnisverfahren vorgetragen und ist grundsätzlich als Gemeinwohlgrund berücksichtigungsfähig. Dies ergibt sich bereits aus dem Zielkatalog des § 1 Stabilitätsgesetz, wonach Bund und Länder ihre wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen so zu treffen haben, dass diese zu einem hohen Beschäftigungsstand beitragen.³⁶

150. Auch aus Sicht der Monopolkommission ist ein hoher Beschäftigungsstand ein wichtiges wirtschaftspolitisches Ziel. Allerdings sind Zusammenschlüsse in aller Regel nicht geeignet, gefährdete Arbeitsplätze langfristig zu sichern, da sie die Ursachen dieser Gefährdung nicht beseitigen. Zusammenschlüsse können weder einen Rückgang der Nachfrage nach den betreffenden Waren oder Dienstleistungen ausgleichen noch machen sie notwendige Rationalisierungsmaßnahmen, mit denen auch die Freisetzung von Arbeitskräften verbunden sein kann, überflüssig.

³⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 3, Zusammenschlussvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der PREUSSAG AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG, Baden-Baden 1975, Tz. 86; Sondergutachten 19, Zusammenschlussvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1990, Tz. 52.

151. Zudem ist hervorzuheben, dass das öffentliche Interesse an Vollbeschäftigung nicht gleichzusetzen ist mit dem Interesse an dem Erhalt von Arbeitsplätzen bei einem bestimmten Unternehmen. Vielmehr ist im fusionskontrollrechtlichen Ministererlaubnisverfahren der Arbeitsmarkt als Ganzes zu betrachten. Somit kommt es bei der Gesamtbetrachtung nicht allein auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an, sondern auf eine Beurteilung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht. Sofern etwa bei Ablehnung eines Erlaubnisanspruchs der Marktaustritt eines zusammenschlussbeteiligten Unternehmens zu befürchten ist, ist in Rechnung zu stellen, dass dessen Kunden ihre Nachfrage auf Wettbewerber des ausgetretenen Unternehmens lenken werden. Dem Beschäftigungsabbau bei Letzterem kann demnach ein Beschäftigungsaufbau bei seinen Konkurrenten gegenüberstehen. Umgekehrt kann nach erteilter Ministererlaubnis die – auch marktmachtbedingte – Sicherung von Arbeitsplätzen bei einem der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zu Entlassungen bei konkurrierenden Unternehmen sowie Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen führen.³⁷

152. Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich allenfalls dann mit dem Erhalt von Arbeitsplätzen rechtfertigen, wenn eine nachhaltige strukturelle Arbeitslosigkeit vermieden wird und andere Erfolg versprechende Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen.³⁸ Strukturelle Arbeitslosigkeit kann eine bestimmte Branche oder Region betreffen oder eine spezifische Gruppe von Arbeitnehmern, etwa wegen ihrer Qualifikation oder ihrer Altersstruktur, erfassen.

153. Der Monopolkommission ist bewusst, dass der geplante Zusammenschluss auch Regionen betrifft, die durch höhere Arbeitslosenquoten gekennzeichnet sind. Die gegenwärtigen positiven gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland gehen aber mit einer positiven Entwicklung des Arbeitsmarktes einher. Die Arbeitslosenquote bezogen auf alle zivilen Erwerbspersonen lag im Jahr 2014 im bundesdeutschen Durchschnitt bei 6,7 Prozent. Die konjunkturelle Belebung war auch in den Regionen Berlin und Nordrhein-Westfalen mit einer Verbesserung der Arbeitsmarktdaten verbunden. So sank die Arbeitslosenquote in Berlin von 19 Prozent im Jahr 2005 auf 11,1 Prozent im Jahr 2014, in Nordrhein-Westfalen von durchschnittlich 12 Prozent auf 8,2 Prozent im gleichen Zeitraum. Der Anteil der älteren Arbeitslosen (50 bis unter 65 Jahre) an allen Arbeitslosen lag im Jahr 2014 in Berlin bzw. Nordrhein-Westfalen mit 27,3 bzw. 30 Prozent unter dem bundesweiten Durchschnitt (32,9 Prozent).³⁹

154. Hinzu kommt, dass die Branche des deutschen Lebensmitteleinzelhandels gemessen an den Umsätzen in den letzten Jahren stetig gewachsen ist.⁴⁰ Darüber hinaus sind

37 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 3, a. a. O., Tz. 95 ff.; Sondergutachten 34, Zusammenschlussvorhaben der EON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Baden-Baden 2002, Tz. 204.

38 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 19, a. a. O., Tz. 95 ff.; Sondergutachten 34, a. a. O., Tz. 204. Dagegen reicht die Vermeidung einer konjunkturellen, im Grundsatz kurzfristig überwindbaren, Arbeitslosigkeit nicht als Rechtfertigung für eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 6, Zusammenschluss der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH, Baden-Baden 1977, Tz. 43; Sondergutachten 19, a. a. O., Tz. 52 ff.; Sondergutachten 34, a. a. O., Tz. 204.

39 Vgl. Bundesnetzagentur für Arbeit, Arbeitslosigkeit im Zeitverlauf.

40 Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen. Der Lebensmittelhandel in Deutschland. Food/Non-Food. Verschiedene Jahrgänge; Metro Group, Metro-Handelslexikon 2014/2015, Düsseldorf 2014, S. 82; GfK, Consumer Index 12/2014, S. 1. Bei der GfK-Statistik wird bei einer Betrachtung der Jahre 2007 bis 2014 erstmals für das Jahr 2014 eine Stagnation der Umsätze ausgewiesen.

die Arbeitsplätze bei KT nicht an einem einzigen Standort konzentriert, sondern auf eine Vielzahl von Standorten verteilt. In derartigen Konstellationen ist die Aussicht größer, dass der Arbeitsmarkt einen großen Teil der Arbeitssuchenden kurz- bis mittelfristig aufnehmen kann.

155. Davon unabhängig sollten – wie die Monopolkommission schon in früheren Ministererlaubnisverfahren geäußert hat – Maßnahmen der Arbeitsplatzsicherung durch globale beschäftigungspolitische Instrumente erfolgen, welche die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus nicht wesentlich beeinträchtigen. Vorrang vor einer Ministererlaubnis haben andere, eher wettbewerbskonforme Abhilfemaßnahmen des Staates, z. B. der Sozial-, der Regional- oder der Strukturpolitik.⁴¹

156. An den Nachweis einer Beschäftigungssicherung sind aus mehreren Gründen hohe Anforderungen zu stellen. Erstens kann der Aufbau oder Erhalt von Marktmacht bei dem Unternehmen selbst langfristig Arbeitsplätze in Gefahr bringen. Wettbewerbsfähig bleiben die Unternehmen am besten im Wettbewerb. Zweitens zeigen die Erfahrungen, dass die Arbeitsplatzentwicklung nach Zusammenschlüssen i. d. R. anders verläuft als von den Unternehmen prognostiziert. Drittens sind Zusammenschlüsse häufig mit Rationalisierungseffekten verbunden, die erfahrungsgemäß eher den Abbau von Arbeitsplätzen als deren Erhalt oder Aufbau zur Folge haben.⁴²

157. Im vorliegenden Fall sind – wie im Folgenden begründet – die hohen Anforderungen an den Nachweis der dauerhaften Sicherung aller Arbeitsplätze bei KT durch den konkreten Zusammenschluss nicht erfüllt. Nach den Erwartungen der Monopolkommission wäre auch mit der Übernahme von KT durch Edeka mittel- und langfristig ein Arbeitsplatzabbau in nicht unerheblicher Höhe verbunden. Bei einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes ist nicht erwiesen, dass mit der Übernahme durch Edeka mehr Arbeitsplätze dauerhaft erhalten werden als bei einer Veräußerung an andere Unternehmen, sei es im Rahmen einer Gesamtübernahme oder einer Veräußerung in Teilen.

158. Vorab ist festzuhalten, dass nach Angaben von KT in den KT-Filialen rund 14.000 Beschäftigte arbeiten, der Großteil davon allerdings in Teilzeit. Daraus ergibt sich ein Äquivalent von ca. 8.200 Vollzeitstellen. Bei Schließung von 42 Prozent der Filialen wären laut KT rund 3.700 Vollzeitstellen betroffen. In Fleischwerken, Holzwerk, Logistik und Verwaltung sind ca. 2.000 Beschäftigte tätig, diese überwiegend in Vollzeitstellen. Unterstellt man den sonstigen Vortrag der Antragsteller als zutreffend, wären demnach ohne den geplanten Zusammenschluss rund 5.700 Vollzeitstellen gefährdet. Zu beachten ist ferner, dass ca. 33 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von

⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 34, a. a. O., Tz. 204

⁴² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 19, a. a. O., Tz. 52; Sondergutachten 25, Zusammenschlussvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1997, Tz. 87; Sondergutachten 34, a. a. O., Tz. 204. Auch nach den bisherigen Erfahrungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie in Ministererlaubnisverfahren sind die mit Zusammenschlüssen verbundenen Beschäftigungseffekte kaum prognostizierbar: „Als wenig stichhaltig hat sich im Rückblick insbesondere das häufig von Antragstellern herangezogene Arbeitsplatzargument erwiesen. Die Kapazitäts- und Arbeitsplatzentwicklung verlief in der Regel anders als von den Unternehmen unterstellt. Konjunkturelle und strukturelle Entwicklung sind im allgemeinen für Arbeitsplätze von viel größerer Bedeutung als die Unternehmenszusammenschlüsse. Fusionen führen, wenn sie tatsächlich Verbundvorteile mit sich bringen, eher zu größeren Arbeitsplatzverlusten als die getrennte Weiterführung von Firmen“, Erfahrungsbericht des Bundeswirtschaftsministeriums über Ministererlaubnis-Verfahren bei Firmen-Fusionen, WuW 1992, S. 925 ff., 927.

KT in einem befristeten Arbeitsverhältnis tätig sind. Es handelt sich nach Angaben von KT im Wesentlichen um Aushilfskräfte.

7.2.2.1 Gesamtübernahme durch Beteiligungserwerb

159. Eine rechtsverbindliche Garantie für die dauerhafte Sicherung von insgesamt 16.000 Arbeitsplätzen lässt sich im vorliegenden Fall nicht aus dem Umstand einer Gesamtübernahme in Form des Beteiligungserwerbs (Share Deal) ableiten.

160. Bei einer Gesamtübernahme in Form eines Beteiligungserwerbs bleiben die bestehenden Arbeitsverhältnisse und bislang erworbenen individuellen Arbeitnehmerrechte der KT-Beschäftigten – jedenfalls zunächst – unberührt. Ebenso gelten bestehende Rechte aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen fort, die bestehenden Mitbestimmungsstrukturen bleiben erhalten. Ebenfalls unverändert bleiben aber auf der anderen Seite die rechtlichen Gestaltungsspielräume des Arbeitgebers, Restrukturierungsmaßnahmen zu ergreifen, die sich auch in Form eines Beschäftigungsabbaus – etwa durch Kündigungen oder das Auslaufen befristeter Arbeitsverhältnisse – niederschlagen können. Aus der Existenz von betrieblichen Mitbestimmungsstrukturen resultieren in einem solchen Fall zwar gewisse Pflichten des Arbeitgebers zur Information, zum Interessenausgleich und gegebenenfalls zur Aufstellung eines Sozialplans, die zweifellos zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beitragen. An den grundsätzlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers, solche Maßnahmen zu ergreifen, ändert dies allerdings nichts. Dies belegen auch die vom jetzigen Eigentümer in der Vergangenheit durchgeführten Restrukturierungsmaßnahmen einschließlich der Freisetzung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

161. Hinzu kommt, dass die Gesamtübernahme durch Edeka nur die erste Stufe des geplanten Erwerbsvorgangs darstellt. Die von der Edeka Zentrale übernommenen KT-Filialen sollen kurzfristig an die Regionalgesellschaften und – der überwiegende Teil davon – kurz- bis mittelfristig an selbstständige Einzelhändler weitergegeben werden. Jedenfalls in den letztgenannten Fällen wirkt sich die Übernahme durch Edeka im Ergebnis wie eine Einzelübernahme der Filialen aus. Zwar ist der Betriebsrat bei jeder Betriebsänderung zu beteiligen und kann dadurch an einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite beitragen. Dies ändert aber nichts an dem erklärten Ziel von Edeka, den Großteil der KT-Filialen zu privatisieren. Zudem wird der als Gemeinwohlgrund geltend gemachte Erhalt von Arbeitsplätzen gerade auf diese Privatisierungsstrategie gestützt. Entfällt die Privatisierung gänzlich oder wird sie nur in einem wesentlich geringeren Umfang als geplant durchgeführt, kommt nach dem Vortrag der Antragsteller auch eine Sicherung aller Arbeitsplätze nicht in Betracht. Soweit nach dem vorgelegten Konzept Filialen kurz- bis mittelfristig bei den Regionalgesellschaften als Regiebetriebe verbleiben, kann auch dieser Umstand – ebenso wenig wie die Gesamtübernahme als solche – keine Arbeitsplatzgarantie bewirken. Auch insofern bleiben die rechtlich zulässigen Möglichkeiten zu Restrukturierungsmaßnahmen und Arbeitsplatzabbau erhalten.

162. Im Ergebnis ist festzustellen, dass auch eine – wie im vorliegenden Zusammenschlussfall geplante – Gesamtübernahme von KT nicht vor künftiger Restrukturierung und Beschäftigungsabbau schützt. Insbesondere ist damit keine dauerhafte Garantie für sämtliche Arbeitsplätze verbunden.

7.2.2.2 § 613a BGB

163. Aus der Regelung des § 613a BGB ergibt sich ebenfalls keine Garantie für eine dauerhafte und umfassende Beschäftigungssicherung. Auch die „Zusicherung“ vonseiten Edekas im Verlauf des Ministererlaubnisverfahrens, den Schutz des § 613a BGB für die KT-Beschäftigten auf insgesamt drei Jahre auszudehnen, kann an dieser Einschätzung nichts ändern.

164. Für den Fall des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils, wie er beim Übergang von ehemaligen KT-Filialen von der Edeka Zentrale auf die Regionalgesellschaften bzw. auf die selbstständigen Einzelhändler vorliegt, trifft § 613a BGB eine Regelung zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB tritt der Erwerber eines Betriebs oder Betriebsteils in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen grundsätzlich nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Ausnahmen hiervon sind in § 613a Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB geregelt. Nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber zwar unwirksam, wenn sie gerade wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ergeht. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt jedoch nach § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB unberührt. Somit bietet auch die Regelung des § 613a BGB keine Gewähr für den dauerhaften Erhalt sämtlicher Arbeitsplätze bei KT.

165. In Bezug auf die während des laufenden Ministererlaubnisverfahrens abgegebene „Zusicherung“ von Edeka, den Beschäftigten von KT über die gesetzliche Regelung hinaus den Schutz des § 613a BGB für insgesamt drei Jahre zukommen zu lassen, gilt nichts anderes. Sie würde lediglich eine zeitliche Verlängerung, nicht jedoch eine inhaltliche Änderung des gesetzlich vorgesehenen Schutzzumfangs bewirken.⁴³ Eine Garantie, dass künftige Entlassungen aus anderen Gründen als dem des Betriebsübergangs unterbleiben, ist damit nicht verbunden.

166. Fraglich ist darüber hinaus, wie eine solche Zusicherung, die Edeka als Teil des Antrags auf Ministererlaubnis verstanden wissen will, rechtlich einzuordnen ist. Unklar ist zunächst, wer Adressat dieser Zusicherung ist. Edeka selbst trägt vor, dass Sondierungen mit ver.di über eine tarifvertragliche oder andere Form der Absicherung dieses Prozesses aufgenommen worden seien. Nach Kenntnis der Monopolkommission liegt derzeit keine entsprechende rechtlich verbindliche Vereinbarung vor. Damit ist zum jetzigen Zeitpunkt lediglich von einer Absichtsbekundung auszugehen. Offen bleibt, ob es zu einer Vereinbarung kommt und welchen Inhalt diese hätte. Selbst wenn es zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem von Edeka dargestellten Inhalt käme, würde diese keinen wirksamen Schutz vor Entlassungen bieten.

167. Die abgegebene Zusicherung könnte auch als an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie adressiertes Zusagenangebot gewertet werden. Hierzu ist festzustellen, dass

⁴³ Dies gilt unabhängig von der Frage, wie eine solche von Edeka eingegangene Verpflichtung auf die selbstständigen Einzelhändler übertragen werden könnte.

die Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 GWB zwar grundsätzlich unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden darf. Aus Sicht der Monopolkommission dürfte eine Ministererlaubnis jedoch aus mehreren Gründen nicht unter eine entsprechende Nebenbestimmung gestellt werden. Zum einen kann die Vorschrift des § 613a BGB – wie oben dargelegt – eine dauerhafte Garantie für den Erhalt von Arbeitsplätzen nicht gewährleisten. Eine entsprechende Nebenbestimmung käme daher mangels grundsätzlicher Eignung, den geltend gemachten Gemeinwohlgrund zu realisieren, nicht in Betracht. Zudem dürfen sich Bedingungen und Auflagen, die mit einer Erlaubnis verbunden werden, gemäß § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Die Frage, ob etwaige Kündigungen wegen des Betriebsübergangs oder aus anderen Gründen erfolgt sind, erfordert aber zweifellos eine kontinuierliche Kontrolle innerbetrieblicher Vorgänge.⁴⁴

168. Die Antragsteller haben zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens ausgeführt, dass die Zusicherung nicht als Zusagenangebot, sondern als Teil des Antrags und damit als Teil der Entscheidungsgrundlage zu bewerten sei. Dies habe zur Folge, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Energie bei Nichteinhaltung der Zusicherung eine Erlaubnis widerrufen oder abändern könne. Es gehe somit nicht um die kartellrechtlich verbotene laufende Verhaltenskontrolle einer auferlegten Nebenbestimmung, sondern um die Kontrolle der Einhaltung der beim Antrag gemachten Angaben. Die Monopolkommission teilt diese Rechtsauslegung nicht. Würde man ihr folgen, könnte das in § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB verankerte gesetzliche Verbot von Nebenbestimmungen, die einer laufenden Verhaltenskontrolle bedürfen, in denkbar einfacher Weise unterlaufen werden. Übertragen auf das fusionskontrollrechtliche Verfahren vor dem Bundeskartellamt hieße dies, dass in jedem Zusammenschlussfall Zusicherungen, die ihrem Inhalt nach Zusagenangebote enthalten, schon bei der Anmeldung vorgelegt und nicht mehr von dem Verbot des § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB erfasst werden könnten. Dies würde die Möglichkeit zu einer umfassenden Umgehung des gesetzlichen Verbots eröffnen. Dass die abgegebene Zusicherung in der Sache eine laufende Verhaltenskontrolle erfordert, räumen die Antragsteller im Übrigen selbst ein, wenn sie vorschlagen, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Energie den Zusammenschluss und die Arbeitsplatzentwicklung – z. B. über einen Zeitraum von fünf Jahren – jährlich evaluieren lassen könne.

7.2.2.3 Individual- oder kollektivvertragliche Vereinbarungen zum Arbeitsplatzerhalt

169. Eine rechtsverbindliche Garantie für den Erhalt aller bestehenden Arbeitsplätze bei KT enthält auch der von den Antragstellern geschlossene Kaufvertrag nicht. Ferner wurden nach Auskunft der Gewerkschaft ver.di keine entsprechenden tarifvertraglichen Vereinbarungen zwischen ihr und Edeka abgeschlossen. Konkrete Gesprächsangebote von Edeka an ver.di gebe es bislang nicht, Kontakte zu Edeka beschränkten sich auf unverbindliche Telefongespräche und kleine Gesprächsrunden. Schließlich hat Edeka nach Angaben des Gesamtbetriebsrats und der Regionalbetriebsräte von KT auch diesen gegenüber keinerlei rechtsverbindliches Angebot zum Erhalt von Arbeitsplätzen abgegeben.

⁴⁴ Vgl. auch Tz. 239 in diesem Gutachten.

170. Sowohl ver.di wie auch der Gesamtbetriebsrat und die Regionalbetriebsräte gehen zwar davon aus, dass die Übernahme des gesamten Unternehmens bzw. ein Verkauf in möglichst großen Teilen die größten Chancen für einen Erhalt von Arbeitsplätzen eröffnen würde. Allerdings betonen sie in diesem Kontext die Bedeutung eines tarifvertraglich abgesicherten Übergangs der Arbeitsverhältnisse und eines Erhalts von Mitbestimmungsstrukturen. Nach Auffassung von ver.di gibt es in dem geplanten mehrstufigen Übernahmeszenario – zunächst Gesamterwerb durch die Edeka Zentrale mit anschließendem Übergang der Filialen an die jeweiligen Regionalgesellschaften und weiterer Einzelübertragung an die selbstständigen Einzelhändler – keinerlei Gewähr für den Erhalt bestehender Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen. Die Privatisierungsstrategie von Edeka wirke sich im Endeffekt wie eine Einzelübernahme der Filialen aus. Es fehle an rechtlichen Möglichkeiten, die Bindungswirkung tarifvertraglicher Verpflichtungen der Edeka Zentrale auf die selbstständigen Einzelhändler zu erstrecken.

171. Bei einem Betriebsübergang greife zwar prinzipiell § 613a BGB ein, der für einen gewissen Arbeitnehmerschutz sorgen solle. Nach den Erfahrungen von ver.di dauere es nach Übergang einer Filiale an einen selbstständigen Einzelhändler häufig jedoch nur wenige Wochen bis zum Eintritt einschneidender Maßnahmen zulasten der Beschäftigten. Da in einem Großteil der von selbstständigen Einzelhändlern betriebenen Filialen keine Betriebsratsstrukturen existierten, hätten die Beschäftigten faktisch kaum Möglichkeiten, sich gegen derartige individualvertraglich vereinbarte Rechtseinbußen zu wehren.⁴⁵

172. Nach Einschätzung von ver.di ist ein entsprechendes Vorgehen der selbstständigen Einzelhändler oft auch unvermeidlich. Zum einen müsse der selbstständige Einzelhändler für die Übernahme einer Filiale vielfach hohe Kredite aufnehmen, zum anderen sei er in der Regel sowohl an bestehende Mietverträge als auch an den Bezug von Waren über die Edeka Zentrale gebunden. Die betriebswirtschaftliche Profitabilität der übernommenen Filiale lasse sich daher häufig nur durch einen hohen persönlichen Einsatz des selbstständigen Einzelhändlers sowie durch Einsparung von Personalkosten erreichen.

173. Auch der Gesamtbetriebsrat und die Regionalbetriebsräte von KT drückten gegenüber der Monopolkommission ihre Besorgnis über mögliche künftige Restrukturierungsmaßnahmen vonseiten Edekas aus. Entsprechende Befürchtungen bestehen vor allem hinsichtlich der Region Nordrhein. Gesamtbetriebsrat und regionale Betriebsräte haben mehrere Forderungen für den Verkauf des Unternehmens aufgestellt, insbesondere Beschäftigungssicherung, Erhalt der Tarifbindung sowie Erhalt der Mitbestimmung. Für keine dieser Forderungen liegen bisher rechtsverbindliche Angebote von Edeka vor.

174. Unabhängig davon, ob im weiteren Verlauf des Ministererlaubnisverfahrens Vereinbarungen mit dem Inhalt des umfassenden Arbeitsplatzerhalts – sei es zwischen dem Veräußerer Tengelmann und dem Erwerber Edeka, sei es auf kollektivvertraglicher Ebene zwischen der Gewerkschaft oder dem Betriebsrat einerseits und Edeka andererseits – zustande kommen sollten, ist die grundsätzliche Eignung einer entsprechenden Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung fraglich. Nach Ansicht der Monopolkommission

⁴⁵ In diesem Zusammenhang wird die von den Antragstellern vorgelegte Studie von Warich/Neumann als nicht repräsentativ bewertet; vgl. Warich, B./Neumann, M., Privatisierungen von Regiemärkten am Beispiel der EDEKA Regionalgesellschaften Minden-Hannover und Rhein-Ruhr, a. a. O.

sind Vereinbarungen, mit denen ein Unternehmen den Erhalt sämtlicher Arbeitsplätze verspricht, in tatsächlicher Hinsicht nicht geeignet, den betriebswirtschaftlichen Zwängen, die gegebenenfalls einen Abbau von Arbeitsplätzen erfordern, wirksam zu begegnen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass eine Vereinbarung mit der Edeka Zentrale keine rechtliche Bindungswirkung für die selbstständigen Einzelhändler, an die Filialen übertragen werden sollen, entfalten würde. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass das häufige Fehlen von Mitbestimmungsstrukturen in den privatisierten Filialen zu Einschränkungen des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes in der Praxis führen wird, wovon auch ältere Beschäftigte und solche mit einem hohen Qualifikationsniveau betroffen wären.

175. Soweit Edeka eine Umwandlung der KT-Filialen in der Region Nordrhein in Netto-Filialen plant, ist festzustellen, dass Netto-Marken-Discount zwar eine zentrale Organisationsstruktur aufweist und im Jahr 2010 die Tarifbindung für alle Beschäftigten erklärt hat, eine entsprechende tarifvertragliche Vereinbarung also grundsätzlich möglich wäre. Allerdings greift auch insoweit der Einwand der fehlenden grundsätzlichen Eignung wegen möglicher entgegenstehender betriebswirtschaftlicher Notwendigkeiten. In diesem Zusammenhang sei nur darauf hingewiesen, dass für die Netto-Filialen ein geringerer durchschnittlicher Personalbedarf als bei den derzeit existierenden KT-Filialen in der Region Nordrhein besteht. Ein Erhalt sämtlicher Arbeitsplätze in den von der Umwandlung betroffenen Filialen ist auch nach dem Vortrag der Antragsteller nicht darstellbar.

176. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass weder eine Gesamtübernahme von KT in Form des Beteiligungserwerbs (Share Deal) noch die Regelung des § 613a BGB – sei es mit der gesetzlich vorgesehenen einjährigen oder mit der von Edeka in Aussicht gestellten dreijährigen Schutzfrist – den dauerhaften Erhalt von 16.000 Arbeitsplätzen gewährleistet. Ebenso wenig könnte eine individual- oder kollektivvertragliche Verpflichtung von Edeka eine umfassende Beschäftigungssicherung garantieren. Unabhängig davon, dass eine solche rechtlich verbindliche Verpflichtung derzeit nicht vorliegt, wäre sie auch nicht geeignet, betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten außer Kraft zu setzen.

7.2.2.4 Restrukturierungsbedarf und Kompensationsmöglichkeiten

177. Nach Auffassung der Monopolkommission ist auch nach dem sonstigen Vortrag der Antragsteller zu einem Restrukturierungsbedarf bei KT und entsprechenden Kompensationsmöglichkeiten bei Edeka nicht hinreichend erwiesen, dass es aufgrund des konkreten geplanten Zusammenschlusses in größerem Umfang zu einem dauerhaften Arbeitsplatzverlust als in Alternativszenarien kommen würde.

178. Vorauszuschicken ist, dass die Monopolkommission es für unbedenklich hält, dass nach dem Vortrag der Antragsteller durch den geplanten Zusammenschluss nicht alle konkret bestehenden Beschäftigungsverhältnisse erhalten werden können. Den Vortrag der Antragsteller als zutreffend unterstellt, sollen jedenfalls mindestens 16.000 Arbeitsplätze erhalten bleiben. Nur darauf kommt es bei einer Gesamtbetrachtung der Arbeitsmarktsituation an.

179. Laut Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts haben die Antragsteller im Zusammenhang mit der geplanten Übernahme vereinbart, dass die Tengelmann-Gruppe vorab 24 der zum damaligen Zeitpunkt bestehenden ca. 470 KT-Filialen schließt („Carve-Out-Filialen“). Das Bundeskartellamt sieht diese Vereinbarung – im Gegensatz zu

den Antragstellern – als Teil des geplanten Zusammenschlusses an. In dem von Edeka dargelegten Kompensationsszenario sind die betroffenen Arbeitsplätze nicht erfasst, eine Kompensation war offenkundig auch nie geplant. Die in den relevanten Filialen bestehenden Arbeitsplätze werden somit – bei Durchführung des Kaufvertrags – ersatzlos entfallen. Diese Arbeitsplätze sind zwar nicht in den im Erlaubnisantrag genannten rund 16.000 Arbeitsplätzen enthalten. Der Vorgang macht aber deutlich, dass auch eine Gesamtübernahme von KT durch Edeka nicht ohne einen Abbau von Arbeitsplätzen zu realisieren ist.

180. Darüber hinaus sind weitere Filialschließungen im Anschluss an die Übernahme bereits Gegenstand konkreter Planungen von Edeka. Aus den von Edeka übermittelten Unterlagen geht hervor, dass nach dem Vollzug des Zusammenschlusses weitere 32 KT-Filialen geschlossen werden sollen.

181. Die Antragsteller gehen insofern – abgesehen von der Umsetzung eines Teils der KT-Beschäftigten in nahe gelegene, bestehende Edeka- und Netto-Filialen – von einer Arbeitsplatzkompensation durch 21 Neu- und Ersatzfilialen bzw. vier Umbaufilialen aus, deren Erwerb ebenfalls Gegenstand der Gesamtübernahme sein soll. Von den Neu- und Ersatzfilialen liegen nach den Angaben von Edeka elf in der Region Berlin, sechs in der Region München und vier in der Region Nordrhein. Von den vier Umbaustandorten liegen zwei in der Region Berlin, eine in der Region München und eine in der Region Nordrhein. Die in den Umbaufilialen Beschäftigten sind allerdings laut Edeka bereits in den Ausgangszahlen von KT mit ca. 16.000 Mitarbeitern enthalten. Insoweit ist davon auszugehen, dass hier noch das Personal aus der Zeit vor den Umbaumaßnahmen vorhanden ist und nur geringe Kompensationsmöglichkeiten bestehen. Den genannten Neu- und Ersatzfilialen stehen geplante Schließungen von jeweils fünf Filialen in den Regionen Berlin und München sowie von 22 Filialen in Nordrhein gegenüber. Schon die Gegenüberstellung dieser Zahlen lässt erkennen, dass jedenfalls in der Region Nordrhein eine vollständige Kompensation durch Arbeitsplätze in bestehenden sowie in Neu- oder Ersatzfilialen keinesfalls möglich sein wird.

182. Generell bleibt unklar, in welchem Zeitraum die genannten Filialen eröffnet werden sollen und Arbeitsplätze tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Eine unmittelbar bevorstehende Eröffnung muss vor allem bei den Standorten zweifelhaft erscheinen, für die noch keine Mietverträge vorliegen, sondern lediglich eine Standortsicherung vereinbart wurde. Soweit in den genannten Filialen kurzfristig neue, dauerhafte Arbeitsplätze entstehen, ist dies jedenfalls nicht ursächlich auf den konkreten Zusammenschluss zurückzuführen. Es ist davon auszugehen, dass die Standorte für die geplanten Neu- und Ersatzfilialen auch für alternative Erwerber von großem Interesse sein dürften, die dort ebenfalls Arbeitsplätze bereitstellen würden.

183. Teil des von Edeka verfolgten Übernahmekonzeptes ist es schließlich, 84 der verbleibenden KT-Filialen in der Region Nordrhein in Netto-Discount-Filialen umzuwandeln. Discounter haben aufgrund ihres Vertriebskonzepts eine geringere Personaldichte als Vollsortimenter. Selbst wenn man berücksichtigt, dass Netto zu den Soft Discountern gehört und eine höhere Personaldichte als ein Hard Discounter aufweist, ist bei einem Übergang vom Vertriebskonzept Vollsortimenter zum Discounter von einem Arbeitsplatzabbau in einer erheblichen Größenordnung auszugehen.

184. Dies wird durch die schriftlichen Ausführungen von Edeka bestätigt. Zwar argumentiert Edeka einerseits, dass sich der Personalschlüssel für eine Netto-Filiale (16 Personen) kaum von dem Personalschlüssel eines kleinen (250-500 qm) Vollsortimentsmarktes von KT (19 Personen) unterscheide. Bei der Darstellung der geplanten Entwicklung in den einzelnen Regionen führt Edeka andererseits jedoch für die Region Nordrhein aus: „Übernahme von 100 KT-Filialen mit 2.440 Mitarbeitern, Schließung 16 KT-Filialen mit 290 Mitarbeitern, 50 zusätzliche Arbeitsplätze in benachbarten Filialen und durch Wachstum übernommener Filialen, insgesamt geplante Arbeitsplätze 2.200.“ Unterstellt man die Angaben zu der Zahl der Mitarbeiter als richtig, beträgt der durchschnittliche Personalschlüssel in den KT-Filialen in der Region Nordrhein 24. Bei einer Umwandlung in Netto-Filialen mit durchschnittlich 16 Arbeitskräften ergibt sich daher ein erheblicher Minderbedarf an Beschäftigten. Unter Berücksichtigung der zu schließenden Filialen wäre trotz des angestrebten Unternehmenswachstums immer noch mit einem Minderbedarf von mehreren Hundert Arbeitsplätzen zu rechnen, für den Edeka keine Kompensation in anderen Filialen vorschlägt.

185. Unabhängig von bereits vorliegenden, konkreten Plänen von Edeka zu Abbau oder Umwandlung von ehemaligen KT-Filialen, ist nach Auffassung der Monopolkommission eine weitere kurz- oder mittelfristige Schließung von Filialen nicht auszuschließen. Edeka verfügt deutschlandweit über die höchste Filialdichte mit ca. 7.300 Vollsortiments-Märkten und knapp unter 4.200 Discount-Märkten. Durch die Zusammenführung des Edeka-Filialnetzes mit dem Netz von KT wird es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu Kannibalisierungseffekten zwischen bereits bestehenden und hinzu erworbenen Filialen kommen, aus denen die Schließung einzelner Filialen resultieren könnte. Gegen eine Schließung nahe beieinander liegenden Filialen ließe sich zwar anführen, dass es für Edeka sinnvoll sein könnte, einzelne unprofitable Filialen und damit indirekt auch Arbeitsplätze zu erhalten, um den Marktzutritt von Wettbewerbern zu erschweren. Eine solche Strategie erscheint allerdings angesichts des Umstandes, dass der Großteil der Edeka-Filialen von selbstständigen Einzelhändlern geführt wird, welche die Kosten für eine solche Strategie tragen müssten, praktisch nur schwierig umsetzbar.

186. In den zentralen KT-Bereichen Produktion, Logistik und Verwaltung räumt Edeka die Notwendigkeit von Restrukturierungsmaßnahmen und einen damit einhergehenden Minderbedarf an Arbeitskräften ein. Edeka sieht allerdings teilweise Kompensationsmöglichkeiten in den entsprechenden Bereichen des Edeka-Verbundes, im Übrigen wird auf die zu bildende Transfergesellschaft verwiesen.

187. Einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass in Bezug auf Produktions-, Logistik- und Verwaltungsstandorte weitreichende Restrukturierungsmaßnahmen erforderlich sind, stellt ferner die Vereinbarung über solche Maßnahmen dar, die ursprünglich Teil des Kaufvertrags war (Anhang 3.1(c) zum Kaufvertrag zwischen den Antragstellern vom 1. Oktober 2014). Das Bundeskartellamt hat mit der Untersagung des Zusammenschlusses auch die Schließung der betreffenden Produktions- und Logistikstandorte sowie den Abbau von Verwaltungsfunktionen von KT verboten. Das Bundeskartellamt ging davon aus, dass die entsprechenden Maßnahmen bereits vom Eigentümer beschlossen waren und ohne ein entsprechendes Verbot zeitnah durchgeführt worden wären.

188. Für eine Verringerung der in Rede stehenden Arbeitsplätze nach Vollzug des geplanten Zusammenschlusses spricht schließlich der Umstand, dass Edeka selbst über

Produktions-, Logistik- und Verwaltungsstrukturen verfügt. Nach bisheriger Erfahrung bieten sich gerade die durch einen Zusammenschluss entstehenden zentralen Doppelstrukturen als Synergiepotenzial an, dessen Realisierung mit einem Abbau von Arbeitsplätzen einhergeht. Aus diesem Grund erscheint zweifelhaft, dass ein wesentlicher Teil der KT-Arbeitsplätze in die entsprechenden zentralen Strukturen von Edeka verlagert werden könnte.

7.2.2.5 Unternehmenswachstum

189. Soweit die Antragsteller eine Arbeitsplatzkompensation durch künftiges Unternehmenswachstum und den damit verbundenen Personalmehrbedarf darlegen, basieren ihre Ausführungen auf einer unternehmensinternen Prognose, die nach Aussage von Edeka auf Erfahrungen mit früheren Filialübernahmen beruht. Zwar lassen sich solche Erfahrungen nicht ohne Weiteres auf zukünftige Entwicklungen extrapolieren. So zeigen die bisherigen Erfahrungen mit Zusammenschlüssen, dass gerade die Arbeitsplatzentwicklung nach Zusammenschlüssen häufig anders verläuft als von den Unternehmen vorausgesehen. Allerdings geht auch das Bundeskartellamt in seiner Untersagungsentscheidung von einem Umsatzwachstum in den KT-Filialen nach deren Übernahme durch Edeka aus.⁴⁶ Nach Auffassung der Monopolkommission wäre eine solche Entwicklung jedenfalls nicht nur bei einer Übernahme der KT-Filialen durch Edeka, sondern auch bei einer Übernahme durch einen oder mehrere andere Erwerber zu erwarten.

190. Des Weiteren wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein – auch – auf Marktmacht beruhendes Umsatzwachstum Gefährdungen für die Arbeitsplätze bei Konkurrenten des marktmächtigen Unternehmens verursacht. Ein Zuwachs an Umsätzen und Beschäftigten bei dem marktmächtigen Unternehmen kann dann mit Entlassungen bei Konkurrenten einhergehen. Für die Gesamtbeschäftigungssituation ergibt sich daraus in aller Regel keine Verbesserung.

191. Die Antragsteller haben in der Anhörung der Monopolkommission vorgetragen, dass das Umsatzwachstum aus einer Verbesserung und Ausweitung des Angebots resultieren werde. Ferner werde das erwartete Umsatzwachstum bei Edeka überwiegend zulasten der Discounter gehen, die über eine geringere Personalquote als Vollsortimenter verfügten. Im Ergebnis würden daher aus dem Zusammenschluss mehr Arbeitsplätze resultieren als ohne den Zusammenschluss.

192. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass aus einer Verbesserung und Ausweitung des Angebots von Edeka ein Umsatzwachstum bei der Vertriebsform Vollsortiment resultieren kann. Gegenwärtig ist etwa ein gewisser Nachfragetrend zu qualitativ hochwertigen und aus der Region stammenden Lebensmitteln zu beobachten, der sich u. a. in einer Ausweitung des Angebots von Biomärkten niederschlägt. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass allein aufgrund dieser Entwicklung das von Edeka für die nächsten drei Jahre prognostizierte erhebliche Umsatzwachstum in den KT-Filialen erreicht werden kann. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass ein beträchtlicher Teil des prognostizierten Umsatzwachstums zulasten von Wettbewerbern – auch Vollsortimentern – gehen wird, bei denen dadurch Arbeitsplätze gefährdet werden.

46 Vgl. BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B 2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 125.

193. Für nicht plausibel hält die Monopolkommission die Annahme, dass ein Großteil des erwarteten Umsatzwachstums bei Edeka zulasten der Discounter ginge und – wegen deren niedrigerer Personalquote – aus dem Umsatzwachstum bei Edeka im Ergebnis mehr Arbeitsplätze resultierten. So zeigt die Entwicklung des FMCG-Umsatzes⁴⁷ von 2007 bis 2012, dass sowohl Discounter als auch Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser ihren Marktanteil ausbauen konnten. Dagegen ging der Marktanteil der großen und kleinen Supermärkte im gleichen Zeitraum zurück.⁴⁸ Betrachtet man die Entwicklung der Anzahl der Filialen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel von 2008 bis 2013, ist festzustellen, dass die Anzahl der Filialen insgesamt um mehr als fünf Prozent zurückgegangen ist. Besonders deutlich hat in diesem Zeitraum die Anzahl der kleinen und großen Supermärkte abgenommen. Dagegen ist die Anzahl der Filialen von SB-Warenhäusern, Verbrauchermärkten und Discountern gestiegen.⁴⁹ Dies zeigt, dass die Entwicklung in den letzten Jahren in erster Linie zulasten der kleinen und großen Supermärkte ging, die durch Vollsortiment und Einkaufsflächen unter 1000 qm gekennzeichnet sind. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem 19. Hauptgutachten diese Entwicklung der Ladennetzstruktur und Verkaufsfläche dargestellt.⁵⁰

194. Daten der GfK für die Jahre 2007 bis 2014 zeigen einen Anstieg der Umsatzanteile der LEH-Vollsortimenter (mit Ausnahme der SB-Warenhäuser) bei gleichzeitig geringen Veränderungen der Umsatzanteile der Discounter.⁵¹ Nach Auffassung der Monopolkommission lässt sich jedoch auch anhand dieser Daten keine grundlegende Verschiebung der Umsatzanteile zulasten der Discounter ableiten. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit dem geplanten Zusammenschluss eine Verbesserung der Gesamtbeschäftigungssituation im deutschen Lebensmitteleinzelhandel verbunden wäre.

195. Davon abgesehen geht Edeka selbst von einer Zeitspanne von drei Jahren aus, um das prognostizierte Umsatzwachstum in den übernommenen und weitergeführten Filialen zu erzielen und Arbeitsplätze im Filialnetz sowie bei Produktion, Logistik und Verwaltung zu erhalten bzw. aufzubauen. Edeka räumt insofern ein, dass für einen gewissen Zeitraum ab der Übernahme von KT nicht mehr sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer benötigt werden. Von einem Erhalt aller 16.000 Arbeitsplätze, der unmittelbar aus dem geplanten Zusammenschluss resultiert, kann also auch auf Basis der Argumentation von Edeka nur eingeschränkt die Rede sein.

7.2.2.6 Transfergesellschaft

196. In diesem Zusammenhang hat Edeka – erst nach der Anhörung durch die Monopolkommission – gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie die Bildung einer Transfergesellschaft angekündigt, in die bis zu ca. 1.600 Beschäftigte überführt werden könnten. Nach Auffassung der Monopolkommission kann dieses Vorbringen im

47 Vgl. Umsätze mit Fast Moving Consumer Goods, sogenannte „Schnelldreher“.

48 Vgl. Metro Group, Metro-Handelslexikon 2014/2015, a. a. O., S. 86. Kleine Supermärkte sind Vollsortimenter mit Flächen von 100-399 qm, große Supermärkte sind Vollsortimenter mit Flächen von 400-999 qm.

49 Vgl. ebenda, S. 87.

50 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1047 f.

51 Vgl. GfK Consumer Index 2015, Sonderauswertung. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Vergleichbarkeit von Daten verschiedener Anbieter erhebungstechnisch bedingt eingeschränkt ist. Zudem wird bei der GfK-Statistik keine Differenzierung der Vertriebsschiene LEH Vollsortiment in kleine bzw. große Supermärkte und kleine Verbrauchermärkte vorgenommen.

vorliegenden Fall aus mehreren Gründen nicht als Argument für einen Erhalt von Arbeitsplätzen herangezogen werden.

197. Zum einen steht die Bildung einer Transfergesellschaft laut Edeka noch unter dem Vorbehalt, dass betriebsverfassungsrechtliches Einvernehmen erzielt werden könne; ein entsprechendes Angebot Edekas sei vorgesehen. Hieraus folgt, dass bislang kein entsprechendes Angebot vorgelegt wurde, geschweige denn eine Einigung in greifbarer Nähe ist. Es muss daher als offen angesehen werden, ob es tatsächlich zur Realisierung einer Transfergesellschaft kommt.

198. Darüber hinaus kann bei einer Überführung von KT-Beschäftigten in eine Transfergesellschaft nicht von einem dauerhaften Erhalt von Arbeitsplätzen ausgegangen werden. Transfergesellschaften verfolgen den Zweck, konkret von Arbeitslosigkeit bedrohten Mitarbeitern eines Betriebes im Rahmen einer in der Regel einjährig befristeten Beschäftigung neue Beschäftigungsverhältnisse zu vermitteln. Hierzu schließt das betreffende Unternehmen mit dem jeweiligen Mitarbeiter einen Aufhebungsvertrag, während zur gleichen Zeit ein befristeter Arbeitsvertrag zwischen diesem Mitarbeiter und der Transfergesellschaft abgeschlossen wird (dreiseitiger Vertrag). Dies bedeutet, dass mit dem Übergang eines Mitarbeiters in eine Transfergesellschaft das Arbeitsverhältnis mit Edeka endet.

199. Zwar begründet die Übernahme in eine Transfergesellschaft ein neues Beschäftigungsverhältnis für die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, dies aber voraussichtlich nur für ein Jahr. Ein dauerhafter Erhalt von Arbeitsplätzen in der Transfergesellschaft ist gerade nicht vorgesehen. Zudem geht Edeka selbst davon aus, dass jedenfalls ein Teil der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Transfergesellschaft eine neue Beschäftigung nur auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, nicht aber im Edeka-Verbund finden wird. In Bezug auf diese Arbeitskräfte kann nicht davon ausgegangen werden, dass der geplante Zusammenschluss ursächlich für den dauerhaften Erhalt von Arbeitsplätzen ist.

200. Zwar soll ein Teil der ausgegliederten Arbeitskräfte über die Zeit wieder in das Unternehmen Edeka eingegliedert werden. Insofern bleibt der Vortrag Edekas aber vage. Daneben ist festzustellen, dass keinerlei rechtliche Verpflichtung Edekas besteht, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus der Transfergesellschaft in neue Beschäftigungsverhältnisse zu übernehmen. Soweit Edeka angibt, ehemalige KT-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter bevorzugt einstellen zu wollen, kommt es hierauf bei der im Ministererlaubnisverfahren erforderlichen Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes nicht an. Eine Bevorzugung von ehemaligen KT-Beschäftigten bei künftigen Neueinstellungen ginge zulasten anderer Arbeitssuchender, sodass für den Arbeitsmarkt insgesamt nichts gewonnen wäre.

201. Im Ergebnis ist nach Auffassung der Monopolkommission nicht mit hinreichender Sicherheit erwiesen, dass bei einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes gerade durch den geplanten Zusammenschluss mehr Arbeitsplätze erhalten bleiben werden als in Alternativkonstellationen.

7.3 Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen

202. Die Antragsteller machen neben der Beschäftigungssicherung den Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen als Gemeinwohlargument geltend. Nach Auffas-

sung der Monopolkommission ist es zweifelhaft, ob insofern anerkannte Gemeinwohlgründe vorliegen.

203. Der Erhalt bestimmter Arbeitnehmerrechte könnte nach Auffassung der Monopolkommission als Gemeinwohlgrund im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens anzuerkennen sein. Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber mit § 613a BGB eine Vorschrift zum Schutz von Arbeitnehmern geschaffen hat, wonach im Fall des Betriebsübergangs gewisse Arbeitnehmerrechte für ein Jahr gewährleistet werden sollen. Festzuhalten ist allerdings, dass diese Bestimmung zwingendes Recht enthält und somit bei jedem alternativen Erwerber von Betrieben oder Betriebsteilen von KT ebenfalls eingreifen würde. Soweit Edeka darüber hinaus verspricht, den gesetzlich vorgesehenen einjährigen Schutz auf drei Jahre auszudehnen, fehlt es bereits an einer entsprechenden Vereinbarung mit der Arbeitnehmerseite. Eine solche Verpflichtung der Edeka Zentrale würde zudem keine Bindungswirkung für die selbstständigen Einzelhändler, auf die die Mehrzahl der KT-Filialen übergehen soll, entfalten. Die Ankündigung von Edeka, Filialen nur an selbstständige Einzelhändler zu übergeben, die ihr gegenüber eine entsprechende Verpflichtung eingegangen sind, verspricht insofern keine wirksame Abhilfe. Weder die Einhaltung dieser Vorgehensweise durch Edeka noch die Einhaltung der Verpflichtungen aus § 613a BGB durch die selbstständigen Einzelhändler wäre wirksam zu kontrollieren. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach den Erfahrungen von ver.di der gesetzliche Schutz in den von selbstständigen Einzelhändlern geführten Filialen wegen der dort häufig fehlenden Mitbestimmungsstrukturen oft ins Leere läuft.

204. Als Gemeinwohlargument in Betracht zu ziehen wäre zudem der Erhalt von betrieblichen Mitbestimmungsstrukturen in den KT-Filialen sowie in sonstigen übernommenen Bereichen. Das Interesse der Allgemeinheit an derartigen Strukturen, die zu einem fairen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite beitragen, kommt in § 1 Betriebsverfassungsgesetz zum Ausdruck, wonach in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt werden.

205. Eine weitere Erörterung dieses Arguments erübrigt sich allerdings, da der weit überwiegende Teil der von der geplanten Übernahme betroffenen Filialen über einen Zeitraum von fünf Jahren an selbstständige Einzelhändler übertragen werden soll. Der Großteil der von selbstständigen Einzelhändlern geführten Edeka-Filialen verfügt aber gerade nicht über Betriebsräte, sodass mit dem geplanten Erwerb die bislang bei KT bestehenden Mitbestimmungsstrukturen nicht dauerhaft erhalten bleiben würden.

206. Als weiterer Gemeinwohlgrund könnte ein Interesse der Allgemeinheit an einem hohen Qualifikationsniveau der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland in Erwägung gezogen werden. Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass Edeka als einziges Unternehmen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel Möglichkeiten zur Aus-, Fort- und Weiterbildung anbietet. Vielmehr werden auch andere Unternehmen, die als potenzielle Erwerber von KT oder Teilen davon in Frage kommen, qualifiziertes Fachpersonal benötigen und entsprechende Ausbildungsplätze sowie Maßnahmen zur Fort- und Weiterbildung anbieten. Soweit die Antragsteller vortragen, dass in der Vertriebs-schiene Discount regelmäßig geringer qualifiziertes Personal als in der Vertriebs-schiene Vollsortiment beschäftigt wird, ist darauf hinzuweisen, dass Edeka selbst einen großen

Teil der Filialen in der Region Nordrhein von Vollsortiment auf Discount umstellen würde.

7.4 Erhalt und Ausbau des wohnortnahen Vollsortiments

207. Die Zusammenschlussbeteiligten führen aus, dass der Zusammenschluss die Versorgungsstruktur im Vollsortiment sicherstelle und dass ohne Zusammenschluss mit Versorgungsengpässen in bestimmten Regionen zu rechnen sei. Die Monopolkommission ist – anders als die Antragsteller – nicht der Auffassung, dass bei einem Nichtzustandekommen der Übernahme von KT durch Edeka regionale Versorgungsengpässe entstehen können.

208. Grundsätzlich gilt, dass sich der deutsche LEH durch eine im europäischen Vergleich hohe Zahl von Verkaufsstätten bzw. eine hohe Filialdichte auszeichnet. Im Jahr 2013 entfielen durchschnittlich 340 Filialen des LEH auf eine Million Einwohner. Ebenfalls zählt der LEH in Deutschland hinsichtlich der Verkaufsflächendichte zur europäischen Spitzengruppe.⁵²

209. Gleichwohl kann es Regionen geben, in denen die Versorgung mit stationären Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften unzureichend ist. Wann dies der Fall ist, ist a priori schwer feststellbar. Grundsätzlich gilt, dass für die Versorgung abgelegener Regionen mit Lebensmitteln neben dem stationären Einzelhandel auch mobile Einzelhändler infrage kommen. Darüber hinaus ist bei der Zumutbarkeit der Entfernungen zwischen der Wohnung und einem stationären Einzelhandel zwischen städtischen und ländlichen Gebieten zu unterscheiden. Die ländliche Bevölkerung ist häufig besser auf die Überbrückung von Distanzen eingerichtet, so dass die Versorgung meist mittels PKW in Verbindung mit nachbarschaftlicher Solidarität gewährleistet wird. In städtischen Gebieten sind große Teile der Bevölkerung dagegen daran gewöhnt, sich in fußläufiger Entfernung mit Lebensmitteln versorgen zu können. Dadurch können schon kürzere zusätzliche Distanzen einen Mehraufwand bedeuten. Allerdings steht gerade in dichtbevölkerten Gebieten in aller Regel eine gute Infrastruktur an öffentlichen Verkehrsmitteln zur Verfügung. Von der Gefahr echter Versorgungsengpässe dürfte daher im Zusammenhang mit einer gegebenenfalls nicht zustande kommenden Gesamtübernahme der KT-Filialen durch Edeka nicht die Rede sein.

210. Die Monopolkommission hat die Distanzen zwischen den KT-Filialen und den von einem Wettbewerber betriebenen nächstgelegenen Filialen analysiert. Abbildung 7.1 fasst die Ergebnisse der Analyse zusammen. Verbraucher müssten beim Wegfall einer KT-Filiale maximal die in der Abbildung abgetragene Entfernung zusätzlich zurücklegen, um zu einer alternativen Einkaufsstätte zu gelangen. Die Monopolkommission rechnet, wie bereits ausgeführt, jedoch nicht damit, dass alle KT-Filialen geschlossen werden, wenn die Gesamtübernahme nicht zustande kommt. Vor allem in den Ballungsräumen München und Berlin ist davon auszugehen, dass auch bei anderen Verkaufsszenarien als der Gesamtübernahme die meisten Filialen in der einen oder anderen Weise weitergeführt werden.

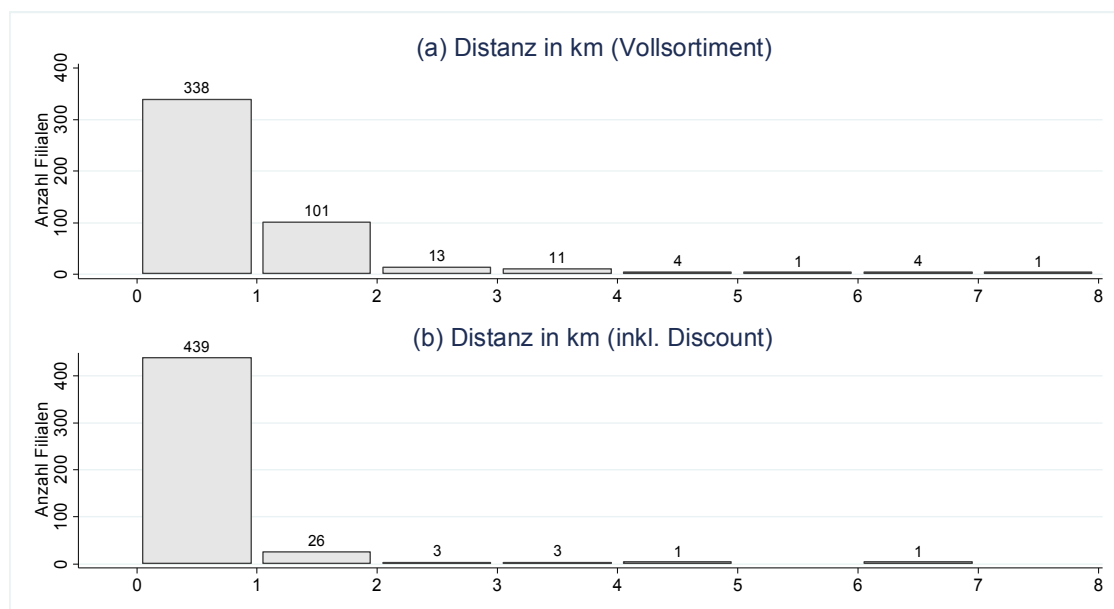
211. Für die Untersuchung werden 473 nach aktuellem Kenntnisstand der Monopolkommission bislang nicht geschlossene KT-Filialen in den drei Regionen Stadtgebiet Berlin

52 Vgl. Metro Group, Metro-Handelslexikon 2014/2015, a. a. O., S. 115, 118 f.

und Umland, Stadtgebiet München und Oberbayern sowie Nordrhein berücksichtigt. Teil (a) der Abbildung zeigt, dass die Entfernung zum nächstgelegenen Vollsortimenter im Falle von 338 KT-Filialen (71 Prozent der der Beobachtungen) weniger als einen Kilometer beträgt. 463 bzw. 98 Prozent der Filialen liegen weniger als vier Kilometer von der nächsten, durch einen Wettbewerber betriebenen Filiale entfernt. Für sechs Filialen in der Region Oberbayern (1,3 Prozent der Fälle) beträgt die Distanz zur nächsten Filiale fünf bis maximal acht Kilometer.

Teil (b) der Abbildung 7.1 veranschaulicht die Distanzen zwischen den KT-Filialen und der nächstgelegenen Verkaufsstätte des LEH, inklusive Discountmärkte. Im Falle einer Schließung aller KT-Filialen würde sich die Distanz zur nächsten Verkaufsstätte für den Verbraucher in 465 Fällen (98 Prozent der Beobachtungen) um maximal zwei Kilometer erhöhen. Für zwei Filialen in der Region Oberbayern liegt die Entfernung zur nächsten Verkaufsstätte im Intervall vier bis fünf bzw. sechs bis sieben Kilometer.

Abbildung 7.1: Distanz zwischen KT Filialen und der nächstgelegenen LEH-Filiale eines Wettbewerbers



Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des BKartA

212. Die Entfernungsanalyse zeigt, dass es keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Versorgungsstruktur gibt. Signifikante Versorgungsengpässe wären selbst bei einer vollständigen Abwicklung von KT und einer ersatzlosen Schließung sämtlicher Filialen nicht zu erwarten. Auch dürften die Filialen insbesondere in den Ballungsräumen Berlin, München und Düsseldorf und selbst Filialen in ländlichen Räumen am Niederrhein und in Bayern, in deren näherer Umgebung kein Wettbewerber angesiedelt ist, für alternative Erwerber oft attraktiv sein. Mit ihrem ersatzlosen Wegfall wäre auch nach dem Vortrag der Antragsteller nicht zu rechnen.

7.5 Weitere Gemeinwohlargumente

213. Die Antragsteller sehen in dem Zusammenschluss einen Beitrag zur Steigerung der Leistungsfähigkeit des deutschen LEH. Unterstellt wird, dass die Leistungsfähigkeit des deutschen LEH zu einem großen Teil auf die Wirkungen der Verbundgruppen zurückzuführen sei, die wichtige Aufgaben für den selbstständigen Einzelhandel vor Ort übernehmen. Die von Edeka angekündigte Übergabe der übernommenen Filialen an selbstständige Einzelhändler („Privatisierung“) fördere zudem die Selbstständigkeit und stärke mittelständische Strukturen. Da die selbstständigen regionalen Einzelhändler einen Teil ihrer Waren in und aus der Region beschaffen, würden zudem regionale Versorgungsketten gefördert. Schließlich würde ein Zusammenschluss die Verfügbarkeit des gesamten Edeka-Sortiments überall in Deutschland garantieren und einen Beitrag zur Gleichheit der Lebensverhältnisse leisten.

214. Die Monopolkommission erkennt den Erfolg der Verbundgruppen im LEH an. Sie sieht jedoch keine Anzeichen dafür, dass ohne den Zusammenschluss von Edeka und KT die Leistungsfähigkeit des deutschen LEH gefährdet wäre. Neben Edeka agieren auch andere Unternehmen erfolgreich auf dem Markt des LEH. Auch in Hinblick auf Qualität und Lebensmittelsicherheit bleibt unklar, warum andere Einzelhändler nicht in der Lage sein sollen, etwa durch Güte- und Qualitätssiegel, hohe Standards zu gewährleisten.

215. Außerdem wird im Ministererlaubnis Antrag die Förderung mittelständischer Strukturen als Gemeinwohlgrund genannt. Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Untersagungsentscheidung die Rolle der selbstständigen Einzelhändler in der Edeka-Gruppe untersucht. Bei seiner Analyse hat das Bundeskartellamt auf die gesellschaftlichen Verflechtungen, auf die unternehmensstrategisch einheitliche Führung der Edeka-Gruppe und auf die Verträge zwischen den Regionalgesellschaften und den selbstständigen Einzelhändlern abgestellt. Es ist zu dem Schluss gekommen, dass die Edeka-Gruppe einschließlich der selbstständigen Einzelhändler als wettbewerbliche Einheit zu betrachten ist.⁵³ Die Monopolkommission teilt diese Auffassung u. a. wegen der engen Beziehungen zwischen Einzelhändlern, Regionalgesellschaften und der Edeka Zentrale. Diese Verbindungen legen nahe, dass es sich bei den selbstständigen Einzelhändlern zumindest nicht um Mittelständler im herkömmlichen Sinn handelt. Auf dieser Grundlage geht die Monopolkommission nicht davon aus, dass das Geschäftsmodell Edekas dem Gemeinwohl in besonderer Weise zuträglich sei, weil es mittelständische Strukturen fördere. Es kann an dieser Stelle offen bleiben, ob die Förderung mittelständischer Strukturen und der Selbstständigkeit überhaupt als Argumente in Frage kommen.

216. Die Zusammenschlussbeteiligten führen als weiteres Gemeinwohlargument an, dass Edeka ein wichtiger Absatzkanal für kleinere, regional agierende Hersteller sei, da ein Teil der Waren durch den selbstständigen Einzelhändler in und aus der Region beschafft würde. Der Monopolkommission liegen unterschiedliche Angaben zur Höhe der regionalen Beschaffung vor. Eine Beschaffung durch den Einzelhändler bedeutet jedenfalls nicht automatisch, dass sich der Einzelhändler für regionale Produkte entscheidet. Regionale Produkte dürften nur einen begrenzten Anteil an dem durch den selbstständigen Einzelhändler direkt verhandelten Beschaffungsvolumen darstellen. Im Ministerer-

⁵³ BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann, S. 20.

laubnisantrag wird vorgetragen, dass regionale Angebote an Bedeutung gewinnen. Es liegt deshalb nahe, dass auch alternative Erwerber verstärkt Produkte von lokalen Anbietern beziehen würden, sofern diese Annahme der Antragsteller zutrifft. Vor diesem Hintergrund bezweifelt die Monopolkommission, dass der Zusammenschluss eine nennenswerte Bedeutung für den Erhalt und die Förderung regionaler Versorgungsketten hat.

217. Als weiteres Gemeinwohlargument wird die Gleichheit der Lebensverhältnisse und die Verfügbarkeit des gesamten Edeka-Sortiments überall in Deutschland angeführt. Unklar bleibt, warum gerade das Edeka-Sortiment Kunden deutschlandweit zur Verfügung stehen sollte. Die Monopolkommission verweist auf die vorangegangenen Ausführungen zur wohnortnahen Versorgung durch Vollsortimenter und sieht keine Veranlassung dafür, die Versorgung durch einen bestimmten Vollsortimenter zu gewährleisten.

7.6 Erforderlichkeit

218. Die Erteilung einer Ministererlaubnis ist nur dann in Betracht zu ziehen, wenn gerade der konkrete Zusammenschluss erforderlich ist, um die anerkannten und nachgewiesenen Gemeinwohlgründe zu realisieren. Die Erforderlichkeit ist zu verneinen, wenn alternative Optionen bestehen, die weniger wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben und die möglichen Gemeinwohlvorteile in demselben Umfang bewirken. Außer Acht zu lassen sind bei dieser Betrachtung die vom Veräußerer erzielbaren Vorteile, etwa in Form eines höheren Kaufpreises, beim Erwerb durch den gewünschten Vertragspartner. Möglicherweise wird der höchste Kaufpreis gerade vom Marktführer angeboten, weil darin seine kapitalisierte Gewinnerwartung, einschließlich der zusätzlichen Gewinne, die sich aus der gestiegenen Marktmacht ergeben, zum Ausdruck kommt. Aufseiten des Veräußerers spiegelt der Verkaufspreis jedoch lediglich sein individuelles Interesse wider, das nicht Gegenstand eines auf das Allgemeinwohl gerichteten Ministererlaubnisverfahrens sein kann.

219. Unterbleibt eine Ministererlaubnis im vorliegenden Fall, stehen dem derzeitigen Eigentümer, der Tengermann Warenhandelsgesellschaft KG, grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen – die Weiterführung von KT in eigener Verantwortung oder die Veräußerung des Geschäftsbereichs im Ganzen oder in Teilen an Dritte. Eine kurzfristige Schließung des Geschäftsbereichs würde hingegen der Vorgehensweise eines rationalen Unternehmers widersprechen. Die Monopolkommission kann nicht abschließend beurteilen, ob sich eine Weiterführung von KT für Tengermann betriebswirtschaftlich darstellen lässt. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass es eine Reihe von Interessenten für den Gesamt- oder teilweisen Erwerb von KT gibt.

220. Zum einen hat Rewe ihr Interesse an einer Gesamtübernahme von KT bekundet.⁵⁴ Nach Einschätzung der Monopolkommission würde zwar auch ein solches Zusammenschlussvorhaben auf kartellrechtliche Bedenken stoßen. Nicht auszuschließen ist indes, dass Rewe dem Bundeskartellamt in einem etwaigen Fusionskontrollverfahren – anders als die Antragsteller – ein geeignetes Zusagenangebot unterbreiten und auf diese Weise eine Genehmigung unter Nebenbestimmungen erreichen könnte. Zum anderen hat

⁵⁴ Vgl. hierzu u. a. Offener Brief von Rewe, <https://www.rewe-group.com/de/newsroom/stories/Bessere-Perspektiven>, Abruf am 28. Juli 2015.

schon während des Zusammenschlussverfahrens eine Reihe möglicher alternativer Erwerber ihr Interesse gegenüber dem Bundeskartellamt geäußert. Gezeigt wurde Interesse an der Übernahme bestimmter Regionen oder kleinerer Teile des Filialnetzes. In den Akten des Bundeskartellamtes sind sechs alternative Erwerbsinteressenten dokumentiert. Hinzu kommt, dass für eine Teilerwerbslösung grundsätzlich auch Edeka und Rewe in Betracht kommen, soweit dem kartellrechtlich nichts entgegen steht. Wie oben dargelegt, ist ein Teilerwerb (Asset Deal) vom Gesichtspunkt der Gemeinwohlgründe, insbesondere der Arbeitsplatzsicherung, grundsätzlich nicht nachteilig gegenüber einer Gesamtübernahme mittels Share Deal zu bewerten.

221. Darüber hinaus könnten sich in einem neu angestoßenen Verkaufsprozess weitere Erwerbsinteressenten ergeben. Der ursprüngliche Verkaufsprozess ist insofern nicht aussagekräftig, weil Tengemann den Geschäftsbereich KT nur insgesamt und nicht in Teilen sowie unter weiteren einschränkenden Bedingungen veräußern wollte.

222. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass es gerade einer Übernahme durch Edeka bedarf, um eine Fortführung von KT in den Regionen Berlin und München zu ermöglichen und Arbeitsplätze in entsprechender Zahl zu erhalten. Insbesondere dürften auch die Neu-, Ersatz- und Umbaufilialen von großem Interesse für potenzielle Erwerber sein und dazu beitragen, Arbeitsplätze zu sichern.

223. Nach übereinstimmenden Aussagen der Beteiligten, einschließlich der Arbeitnehmervertreter, ist die Veräußerung größerer Teile der Filialen in Nordrhein-Westfalen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation eher schwierig. Der Schluss, dass daher nur Edeka den Fortbestand der Filialen und der dortigen Arbeitsplätze garantieren könne, kann nach Auffassung der Monopolkommission gleichwohl nicht gezogen werden. Erstens würden auch bei einer Übernahme durch Edeka die meisten Filialen in Nordrhein-Westfalen nicht als Vollsortiment, sondern als Discount weiter geführt. Damit verbunden ist ein Verlust von Arbeitsplätzen in erheblicher Größenordnung in den betroffenen Filialen. Zweitens gibt es neben Edeka eine Reihe anderer Betreiber von Discountmärkten. Wenn Edeka in der Lage ist, in der Region Nordrhein Discount-Filialen wirtschaftlich zu betreiben, dann spricht nichts dagegen, dass dies auch andere Anbieter können. Diese Annahme ist nicht widerlegt, da bisher die Möglichkeit von Teilveräußerungen an verschiedene Erwerber nicht ernsthaft geprüft wurde.

224. Aus Sicht der Monopolkommission ist nicht mit hinreichender Sicherheit erwiesen, dass die Übernahme von KT durch Edeka erforderlich ist, um die angeführten Gemeinwohlgründe zu realisieren. Gute Gründe sprechen nach Auffassung der Monopolkommission für die Annahme, dass sich bei einem erneuten Verkaufsprozess alternative Optionen ergeben, die weniger wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben und bei denen insbesondere Arbeitsplätze in einer vergleichbaren Größenordnung erhalten oder neu geschaffen werden.

8. Abwägung und Empfehlung

225. Die Monopolkommission gelangt nach Abwägung der Wettbewerbsbeschränkungen mit den Gemeinwohl Vorteilen zu der abschließenden Empfehlung, die von KT und Edeka beantragte Ministererlaubnis nicht zu erteilen. Die Monopolkommission ist zudem der Auffassung, dass die Ministererlaubnis auch nicht mit Bedingungen und Auflagen erteilt werden kann.

226. Gegen die Erlaubnis spricht, dass der geplante Zusammenschluss mit erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen auf den Absatz- und den Beschaffungsmärkten des LEH verbunden ist. Die Übernahme ist, gemessen an den Volumina der betroffenen Märkte sowie den Umsätzen der beteiligten Unternehmen, von erheblicher Bedeutung für die Volkswirtschaft. Auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb sowohl auf den Absatzmärkten des LEH als auch auf den Beschaffungsmärkten sind groß. Edeka ist das führende Unternehmen im deutschen LEH. Der Zusammenschluss mit KT sichert diese Marktstellung ab. Auf den Beschaffungsmärkten entfällt mit KT ein bisher teilweise unabhängig beschaffendes Handelsunternehmen als Absatzalternative für viele Hersteller. Die Verhandlungsposition von Edeka gegenüber den Herstellern wird damit gestärkt. Wird die Ministererlaubnis nicht erteilt, besteht die Chance, dass KT entweder als selbstständiges Unternehmen auf dem Markt verbleibt oder von einem oder mehreren weniger marktstarken Wettbewerbern übernommen wird. In den denkbaren alternativen Szenarien wird der Wettbewerb auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten des LEH voraussichtlich entweder weniger geschwächt oder sogar gestärkt.

227. Gemeinwohl Vorteile können diese Nachteile nicht aufwiegen. Ihr Eintritt wäre auch nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten. Der wichtigste der vorgetragenen Gemeinwohl Vorteile betrifft die Sicherung von Arbeitsplätzen. Die Erfahrung zeigt, dass Zusammenschlüsse in aller Regel nicht geeignet sind, gefährdete Arbeitsplätze langfristig zu sichern. Das öffentliche Interesse an Vollbeschäftigung ist auch nicht gleichzusetzen mit dem Interesse an dem Erhalt von Arbeitsplätzen in einem bestimmten Unternehmen. Im Ministererlaubnisverfahren ist vielmehr der Arbeitsmarkt als Ganzes zu betrachten. Das bedeutet, dass die gegebenenfalls mögliche Sicherung von Arbeitsplätzen in den betroffenen Unternehmen durch Arbeitsplatzverluste bei Wettbewerbern auf demselben Markt oder bei Lieferanten oder Abnehmern auf vor- oder nachgelagerten Märkten kompensiert werden können.

228. Im vorliegenden Fall können nach dem Vortrag der Antragsteller rund 5.700 Vollzeitstellen gerettet werden, die ohne die Ministererlaubnis entfallen würden. Nach Auffassung der Monopolkommission ist diese Folge des Zusammenschlusses nicht mit hinreichender Sicherheit erwiesen. Eine verbindliche Garantie für die dauerhafte Sicherung der gefährdeten Arbeitsplätze lässt sich weder aus dem Umstand einer Gesamtübernahme durch Edeka in Form eines Share Deals (Beteiligungserwerb) noch im Zusammenhang mit § 613a BGB herleiten. Bei einer Gesamtübernahme in Form eines Beteiligungserwerbs bleiben die bestehenden Arbeitsverhältnisse und bislang erworbenen individuellen Arbeitnehmerrechte der KT-Beschäftigten – jedenfalls zunächst – unberührt. Ebenso gelten bestehende Rechte aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen fort, die bestehenden Mitbestimmungsstrukturen bleiben erhalten. Ebenfalls unverändert bleiben aber die rechtlichen Gestaltungsspielräume des Arbeitgebers, Restrukturierungs-

maßnahmen zu ergreifen, die sich auch in Form eines Beschäftigungsabbaus – etwa durch Kündigungen oder das Auslaufen befristeter Arbeitsverhältnisse – niederschlagen können. Hinzu kommt, dass eine tarifvertragliche Vereinbarung zwischen der Arbeitnehmervertretung sowie der Edeka Zentrale über die langfristige Sicherung von Arbeitsplätzen bei der übernommenen KT die selbstständigen Edeka-Einzelhändler nicht binden würde.

229. Nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber zwar unwirksam, wenn sie gerade wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ergeht. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt jedoch nach § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB unberührt. Somit bietet auch die Regelung des § 613a BGB keine Gewähr für den dauerhaften Erhalt sämtlicher Arbeitsplätze bei KT. Die „Zusicherung“ von Edeka, den Beschäftigten von KT über die gesetzliche Regelung hinaus den Schutz des § 613a BGB für insgesamt drei Jahre zukommen zu lassen, würde daran nichts ändern.

230. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es auch aus tatsächlichen Gründen nicht hinreichend sicher, dass mit der Ministererlaubnis durch Edeka mehr Arbeitsplätze langfristig gesichert werden als in Alternativszenarien, die sich ergeben, wenn die Ministererlaubnis nicht erteilt wird. Um das übernommene Unternehmen profitabel zu machen, wird auch Edeka erhebliche Restrukturierungen durchführen. Diese Maßnahmen führen zum Abbau von Arbeitsplätzen in einem insgesamt nicht unerheblichen Umfang. Kompensiert werden sollen diese Verluste von Arbeitsplätzen durch den zunehmenden Personalbedarf bei Edeka, der sich aus der Neueröffnung von Filialen und einem Umsatzwachstum ergebe, welches vor allem mit der Übergabe der Filialen an den selbstständigen Einzelhandel verbunden sei.

231. In Bezug auf die Neueröffnung von Filialen bleibt unklar, in welchen Zeitraum dies geschehen soll, wann die Arbeitsplätze zur Verfügung stehen und ob bereits geplante Neueröffnungen bei Edeka überhaupt im Zusammenhang mit dem geplanten Zusammenschluss stehen. Vage bleibt auch der Vortrag, Arbeitsplatzverluste durch künftiges Unternehmenswachstum zu kompensieren. Die bisherigen Erfahrungen mit Unternehmenszusammenschlüssen zeigen, dass gerade die Arbeitsplatzentwicklung häufig anders verläuft als von den Unternehmen prognostiziert. Auch wenn mit einer Verbesserung und Ausweitung des Angebotes bei den bisherigen KT-Filialen sowie der Übergabe an selbstständige Einzelhändler Umsatzzuwächse zu erreichen sind, wäre eine solche Entwicklung jedenfalls nicht nur bei einer Übernahme der KT-Filialen durch Edeka, sondern auch bei einer Übernahme durch einen oder mehrere andere Erwerber zu erwarten.

232. Dafür, dass Edeka nicht sämtliche Arbeitsplätze kurzfristig im Unternehmen selbst erhalten kann, spricht bereits der Umstand, dass die Bildung einer Transfergesellschaft angekündigt wurde. Ein dauerhafter Erhalt von Arbeitsplätzen in der Transfergesellschaft ist nicht vorgesehen. Zudem geht Edeka selbst davon aus, dass jedenfalls ein Teil der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Transfergesellschaft eine neue Beschäftigung nur auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, nicht aber im Edeka-Verbund finden wird. Für einen auf diese Weise gesicherten Arbeitsplatz wäre der geplante Zusammenschluss jedenfalls nicht ursächlich.

233. Der Erhalt von Arbeitnehmerrechten könnte nach Auffassung der Monopolkommission einen Gemeinwohlvorteil darstellen. Die hier maßgebliche Vorschrift des § 613a BGB ist als zwingendes Recht allerdings auch von jedem alternativen Erwerber zu beachten. Soweit Edeka einen zeitlich darüber hinausgehenden Arbeitnehmerschutz in Aussicht stellt, liegt keine rechtsverbindliche Vereinbarung mit der Arbeitnehmerseite vor. Eine solche Vereinbarung würde auch keine Bindungswirkung für die selbstständigen Einzelhändler entfalten. Abschluss und Durchführung entsprechender individueller Vereinbarungen zwischen der Edeka Zentrale und den selbstständigen Einzelhändlern wären nicht wirksam zu kontrollieren. Als Gemeinwohlvorteil in Betracht zu ziehen wäre ferner der Erhalt von betrieblichen Mitbestimmungsstrukturen, wie es sie bisher in den KT-Filialen sowie in den sonstigen übernommenen Bereichen gibt. Vorliegend ist aber gerade dies häufig nicht der Fall.

234. Die Monopolkommission lässt offen, ob der Erhalt eines hohen Qualifikationsniveaus der Arbeitnehmer im Interesse der Allgemeinheit liegt. Vorliegend ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass ausschließlich Edeka als Erwerber von KT an der Übernahme von Fachpersonal interessiert wäre und Ausbildungs- und Qualifikationsmaßnahmen durchführen würde.

235. Die Monopolkommission empfiehlt, die Entlastung öffentlicher Haushalte in Form von steigenden Steuereinnahmen auf der Unternehmensseite durch die Beendigung einer Verlustsituation sowie die Vermeidung von Steuerausfällen durch steigende Arbeitslosigkeit und das damit zusammenhängende Ansteigen von Sozialleistungen allenfalls ausnahmsweise als Gemeinwohlvorteil gelten zu lassen. Die tatsächlichen steuerlichen Effekte einer Einzelabwicklung oder einer Gesamtübernahme von KT durch Edeka sind ex ante nicht mit ausreichender Sicherheit ermittelbar und bezifferbar. Nachvollziehbare Berechnungen der steuerlichen Effekte für die genannten alternativen Szenarien sind nicht vorgelegt worden. Schon daraus ergibt sich, dass der Gemeinwohlgrund im vorliegenden Fall nicht anzuerkennen ist.

236. Offen bleiben kann, ob der Erhalt und Ausbau eines wohnortnahen Vollsortiments als Gemeinwohlvorteil anerkannt werden kann. Die Monopolkommission ist nicht der Auffassung, dass bei einem Versagen der Ministererlaubnis regionale Versorgungslücken entstehen können.

237. Keine Gemeinwohlvorteile sind die von den Antragstellern reklamierte Steigerung der Leistungsfähigkeit des deutschen LEH durch den Zusammenschluss sowie die Förderung mittelständischer Strukturen. Selbst wenn es sich um Gemeinwohlvorteile handeln würde, ist das Geschäftsmodell von Edeka dem Gemeinwohl nicht aus dem Grund in besonderer Weise zuträglich, weil es mutmaßlich mittelständische Strukturen fördert. Die Monopolkommission sieht auch keine Anzeichen dafür, dass ohne den Zusammenschluss von Edeka und KT die Leistungsfähigkeit des deutschen LEH gefährdet wäre.

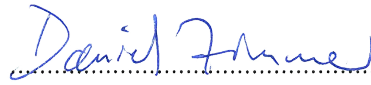
238. Die Monopolkommission sieht auch in der Förderung regional agierender Hersteller und in einer deutschlandweiten Verfügbarkeit des Edeka-Sortiments und der sich daraus ergebenden Angleichung der Lebensverhältnisse keine im Ministererlaubnisverfahren anzuerkennenden Vorteile.

239. Die Ministererlaubnis sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch nicht mit Bedingungen und Auflagen erteilt werden. Ein Ansatzpunkt für Nebenbestimmungen wäre etwa eine Zusicherung von Edeka, den Beschäftigten von KT über die gesetzliche Regelung hinaus den Schutz des § 613a BGB für insgesamt drei Jahre zukommen zu lassen. Gegen eine Ministererlaubnis mit dieser oder einer vergleichbaren Auflage sprechen mehrere Gründe. Erstens wäre damit nicht garantiert, dass Entlassungen aus anderen Gründen als dem des Betriebsübergangs unterbleiben. Eine entsprechende Nebenbestimmung käme daher schon mangels grundsätzlicher Eignung, den Gemeinwohlgrund der Beschäftigungssicherung zu realisieren, nicht in Betracht. Zweitens dürfen sich Bedingungen und Auflagen, die mit einer Erlaubnis verbunden werden, gemäß § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Die Frage, ob etwaige Kündigungen wegen des Betriebsübergangs oder aus anderen Gründen erfolgt sind, erfordert aber zweifellos eine kontinuierliche Kontrolle innerbetrieblicher Vorgänge.

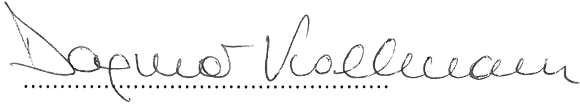
240. Edeka hatte gegenüber dem Bundeskartellamt angeboten, bei der Übernahme von KT auf einen sogenannten Bestwertabgleich zu verzichten, um die Wettbewerbswirkungen auf den Beschaffungsmärkten zu reduzieren. Ein solches Angebot könnte auch im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens gemacht werden. Die Zusicherung eines Verzichts auf den Bestwertabgleich wäre eine nicht zulässige Verhaltensauflage, die in der Praxis kaum überprüfbar wäre.

241. Eine Ministererlaubnis kann grundsätzlich mit Veräußerungsauflagen erteilt werden. Die beteiligten Unternehmen weisen in ihrem Antrag auf Ministererlaubnis an mehreren Stellen darauf hin, dass sie weiterhin bereit seien, Filialen an Dritte abzugeben, um die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zu mindern. Die Monopolkommission rät davon ab, eine Erlaubnis mit derartigen Nebenbestimmungen zu erteilen. Das Fusionskontrollverfahren hat bereits gezeigt, dass die Beteiligten lediglich bereit sind, Filialen in einer begrenzten Anzahl abzugeben. Dies würde nicht ausreichen, um die Auswirkungen auf den Wettbewerb soweit zu reduzieren, dass bei der Abwägung ein Überwiegen der Gemeinwohlvorteile in Betracht käme. Zudem haben die Antragsteller vorgetragen, dass es einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Abgabe von Filialen an Dritte und der Möglichkeit der Sicherung von Arbeitsplätzen und Arbeitnehmerrechten gibt. Daraus folgt, dass eine Nebenbestimmung zur Veräußerung von Filialen nicht nur das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung reduzieren würde, sondern auch die vorgetragenen Vorteile für das Gemeinwohl. Auch eine solche Nebenbestimmung würde somit nicht dazu führen, dass die Gemeinwohlgründe die Wettbewerbsnachteile aufwiegen.

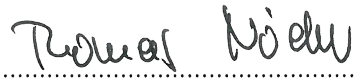
Bonn, im August 2015



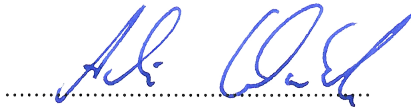
Daniel Zimmer



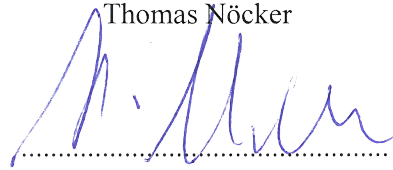
Dagmar Kollmann



Thomas Nöcker



Achim Wambach



Angelika Westerwelle