



**FUSIONSKONTROLLVERFAHREN
VERFÜGUNG GEMÄSS §40 ABS. 2 GWB**

- ÖFFENTLICHE VERSION -

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren B2-113/12

1. DMK Eis GmbH
Münsterstr. 31
48351 Everswinkel

Verfahrensbevollmächtigte zu 1.:

Dr. Alexander Rinne

Dr. Tatjana Mühlbach

Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP

Maximilianstr. 15 (Maximilianhöfe)

80539 München

2. Rosen Eiskrem GmbH
Brauereistr. 17
52525 Waldfeucht
3. Rosen Eiskrem Süd GmbH
Bucher Str. 137
90419 Nürnberg

- Beteiligte -

zur Prüfung nach § 36 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts am 27. März 2013 beschlossen:

1. Das mit Schreiben vom 30. November 2012 angemeldete Zusammenschlussvorhaben wird nicht untersagt.
2. Die Gebühr für die Entscheidung wird unter Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens von EUR [...] (in Worten: [...]) auf insgesamt

[...],-

(in Worten: [...])

festgesetzt und der Beteiligten zu 1. auferlegt.

GRÜNDE

Zusammenfassung

- 1 Der vorliegende Zusammenschluss lässt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der DMK Eis auf dem bundesweiten Markt für industriell hergestelltes Handelsmarkenspeiseeis nicht erwarten.
- 2 Ein Schwerpunkt der Prüfung lag in der Frage der sachlichen Marktabgrenzung. Obwohl die Produktmarktabgrenzung letztlich offen bleiben kann, haben die Ermittlungsergebnisse deutliche Hinweise darauf ergeben, dass Handelsmarkeneis und Herstellermarkeneis nicht substituierbar sind. Aus Sicht der unmittelbaren Marktgegenseite, welche ganz überwiegend aus Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels (im Folgenden: LEH) besteht, spielen unterschiedliche Sortimentsstrategien und Beschaffungsvorgänge in den beiden Bereichen eine wichtige Rolle. Darüber hinaus ist die Anbieterseite nahezu dichotom aufgespalten; entweder ein Speiseeishersteller produziert seine eigenen Marken (Beispiele mit hohem Bekanntheitsgrad sind Nestlé/Schoeller mit Mövenpick sowie Unilever mit Langnese), oder aber er engagiert sich praktisch zur Gänze im Handelsmarkenbereich, wie dies die Zusammenschlussbeteiligten tun. Ferner sind die Preisunterschiede sowohl auf Beschaffungs- wie auch auf Absatzseite erheblich. Schließlich lassen interne Unterlagen sowie die Wettbewerber- und Abnehmerbefragung ebenfalls den Schluss zu, dass es sich um getrennte Märkte handelt. Über eine weitere Abgrenzung nach Speiseeissegmenten, etwa im Hinblick auf Multipacks und Haushaltspackungen, war hier nicht zu befinden, da sie nicht entscheidungserheblich war.
- 3 Auf dem so abgegrenzten räumlich auf Deutschland beschränkten Markt entfallen auf die Zusammenschlussbeteiligten mit 40-50 % substantielle Marktanteile, die über der Vermutungsschwelle für Einzelmarktbeherrschung liegen. Die Beschlussabteilung hat aber jenseits der Betrachtung von Marktanteilen gewichtige Anhaltspunkte dafür ermittelt, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum des neuen, fusionierten Unternehmens auch nach dem Zusammenschluss wirksam begrenzt wird.
- 4 Für eine solche effektive Kontrolle sprechen im vorliegenden Fall vor allen Dingen die im Markt vorherrschenden ausgeprägten freien Kapazitäten, die gerade auch

bei den verbleibenden Wettbewerbern vorhanden sind. Diese Kapazitäten sind geeignet, den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten effektiv zu kontrollieren, da einzelne Ausschreibungen für Handelsmarkenspeiseeis auf Produktbasis erfolgen und insofern – im Verhältnis zu den freien Kapazitäten - eine Größenordnung aufweisen, die einzelne Losgrößen immer wieder angreifbar macht. Hiervon ist in der Vergangenheit auch Gebrauch gemacht worden.

- 5 Die Analyse der vom LEH durchgeführten Ausschreibungen hat darüber hinaus ergeben, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Zusammenschlussbeteiligten engste Wettbewerber sind. Vielmehr haben sich sehr deutliche Hinweise darauf ergeben, dass insbesondere R&R ein wichtiger verhaltensbegrenzender Wettbewerber für jeden der beiden Zusammenschlussbeteiligten ist.
- 6 Die Beschlussabteilung verkennt ferner nicht, dass aufgrund der bereits weit fortgeschrittenen Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel von einer erheblichen gegengewichtigen Nachfragemacht des LEH auszugehen ist. Dies ist im hier vorliegenden Fall der Fall, da die größten fünf Abnehmer von Handelsmarkenspeiseeis für gut 80 % der wertmäßigen Beschaffungsvolumina verantwortlich zeichnen und ein strategisches Einkaufsverhalten des Handels feststellbar war.
- 7 Von ausgeprägtem Substitutionswettbewerb von Seiten der etablierten Markenhersteller Nestlé und Unilever kann im vorliegenden Fall hingegen nicht ausgegangen werden. Ursächlich für die Zurückhaltung dieser Unternehmen, was ein Engagement im Handelsmarkenbereich angeht, sind insbesondere grundlegende unternehmensstrategische Aspekte, sodass mit einem Marktzutritt im Prognosezeitraum nicht zu rechnen ist. Auch in räumlicher Hinsicht ist nicht von ausgeprägtem Substitutionswettbewerb auszugehen. Ausländische Anbieter decken etwa 6 % des Beschaffungsvolumens des inländischen LEH. Dieser Anteil weist keinen steigenden Trend auf und geht auch nicht über die Beschaffung vereinzelter, häufig spezieller Produkte hinaus.
- 8 Es ist nicht erkennbar, dass der Zusammenschluss einen privilegierten Zugang zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten eröffnet. Zwar ist DMK Eis über die Zugehörigkeit zum Molkereiverbund Deutsches Milchkontor e.G. vertikal bis zur

Milcherfassung integriert. Gleichwohl ist angesichts der Struktur und Größe des Milchmarktes nicht erkennbar, dass für die verbleibenden Eishersteller zusammenschlussbedingte Schwierigkeiten im Hinblick auf die Beschaffung von Molkereiprodukten entstehen. Ferner haben die Ermittlungen keine Hinweise darauf ergeben, dass eine Verdrängungsstrategie, möglicherweise flankiert durch günstigere Beschaffungspreise für Molkereiprodukte, mittelfristig erfolgversprechend sein könnte.

- 9 Es ist auch nicht davon auszugehen, dass dem neuen Unternehmen durch einen etwaigen Zuwachs an Finanzkraft unkontrollierte wettbewerbliche Spielräume erwachsen. So verfügt etwa der verbleibende Hauptwettbewerber R&R mit Oaktree über einen – jedenfalls potentiell - äußerst finanzstarken Anteilseigner. Auch ein Vergleich der Cash-Flow-Rechnungen von DMK und R&R hat keine Hinweise auf unkontrollierte, finanzielle Verhaltensspielräume ergeben. Insgesamt spricht die Beschlussabteilung der Finanzkraft in dem vorliegenden Fall ohnehin nur eine eingeschränkte Bedeutung zu.
- 10 Schließlich ist nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss die Entstehung oder Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols zur Folge hat. Zwar sind die Vermutungsschwellen sowohl für ein enges als auch ein weites Oligopol erfüllt, und der Handelsmarkenspeiseeismarkt weist durchaus Charakteristika auf, die ihn anfällig für stillschweigendes Parallelverhalten machen (wiederkehrende und häufige Interaktion weniger Marktteilnehmer, überwiegend Mengengeschäft, wenig ausdifferenzierte und damit weitgehend homogene Produkte, hohe Transparenz). Allerdings sprechen die unterschiedliche Kostenstruktur und Kapazitätsauslastung der Marktteilnehmer sowie nicht zuletzt das tatsächliche Wettbewerbsverhalten gegen eine erfolgreiche Koordinierung. So hat die Analyse der Beschaffungsstruktur des LEH ergeben, dass die einzelnen Unternehmen stark schwankende Anteile im Hinblick auf das jeweilige Beschaffungsvolumen der einzelnen LEHs hatten.

A. SACHVERHALT

I. DAS VORHABEN

- 1 Die DMK Eis GmbH, Everswinkel, (nachfolgend „DMK Eis“), beabsichtigt, 90 % der Geschäftsanteile sowie die alleinige Kontrolle an verschiedenen Gesellschaften der Rosen-Eiskrem-Gruppe, Waldfeucht-Haaren, (nachfolgend „Rosen Eis“) zu übernehmen.

II. DIE BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

1. DMK Eis

- 2 Die DMK Eis ist in der Herstellung und dem Vertrieb von Speiseeis tätig. Der Schwerpunkt des Umsatzes liegt im Bereich Handelsmarkeneis. Die Produktpalette reicht von Impulseis über Multipacks und Haushaltspackungen bis zu Großverbrauchereis (vgl. zur begrifflichen Klärung den Abschnitt B II.1a zur sachlichen Marktabgrenzung). DMK Eis ist ein 100%-iges Tochterunternehmen der DMK GmbH („DMK“), welche ihrerseits vom Deutschen Milchkontor eG kontrolliert wird. Das Deutsche Milchkontor ist Deutschlands größtes Molkereiuunternehmen mit 5.700 Mitarbeitern und einer jährlichen Verarbeitungsmenge von 6,9 Mrd. kg Milch von mehr als 11.000 landwirtschaftlichen Betrieben.
- 3 Die Umsätze von DMK, einschließlich aller verbundenen Unternehmen, betragen im Jahr 2011 weltweit [4-5]¹ Mrd. €. Hiervon fielen [3-4] Mrd. € innerhalb der EU und [2-3] Mrd. € innerhalb Deutschlands an.

2. Rosen Eis

- 4 Rosen Eis stellt über ihre operativen Gesellschaften Rosen Eiskrem GmbH mit Sitz in Waldfeucht und Rosen Eiskrem Süd GmbH mit Sitz in Nürnberg ebenfalls Speiseeis her. Auch Rosen Eis stellt ganz überwiegend (>90 % des Umsatzes) Handelsmarkeneis her. Bis auf Großverbrauchereis, welches Rosen Eis nicht herstellt, entspricht das Produktportfolio dem der Erwerberin.

¹ Die in eckige Klammern gesetzten Angaben berücksichtigen sowohl die Geschäftsgeheimnisse der Zusammenschlussbeteiligten als auch der anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen.

- 5 Die Umsätze von Rosen Eis beliefen sich im Jahre 2011 weltweit auf [140-150] Mio. €. Hiervon fielen [140-150] Mio. € in der EU an, wovon [100-110] Mio. € auf Deutschland entfielen.

III. GANG DES VERFAHRENS UND STRUKTUR DER ERMITTLUNGEN

1. Verfahrensgang

- 6 Mit Schreiben vom 30. November 2012, eingegangen taggleich beim Bundeskartellamt per Telefax, haben die Verfahrensbevollmächtigten der DMK Eis namens und im Auftrag ihrer Mandantin sowie in Erfüllung der Verpflichtung der anderen Zusammenschlussbeteiligten das Zusammenschlussvorhaben angemeldet.
- 7 Mit Schreiben vom 18. Dezember 2012, taggleich per Telefax zugestellt, hat die Beschlussabteilung den Zusammenschlussbeteiligten innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB mitgeteilt, dass sie in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. Die Mitteilung über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens ist als Bekanntmachung Nr. 34/2012 im Bundesanzeiger vom 08. Januar 2013 veröffentlicht worden. Die Frist des Hauptprüfverfahrens endet gemäß § 40 Abs. 2 GWB i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 193 BGB am 2. April 2013.

2. Struktur der Ermittlungen

- 8 Die Beschlussabteilung hat die Marktverhältnisse durch telefonische Vorermittlungen sowie durch Auskunftsbeschlüsse, die sich an 9 nationale Eishersteller sowie 9 Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels (im Folgenden: LEH) richteten, ermittelt.
- 9 Mit Auskunftsbeschluss vom 18. Dezember 2012 wurden 8 Hersteller von industriell gefertigtem Speiseeis befragt. Der Fragebogen diente zunächst der Ermittlung der relevanten Marktstrukturdaten (Absatz, Umsatz, Kundenstruktur, Kapazitäten, Auslastung). Darüber hinaus wurden Fragen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie zum aktuellen und potentiellen Wettbewerbsumfeld gestellt. Mit Auskunftsbeschluss vom 5. Februar 2013 wurde ein Speiseeisgroßhändler befragt, der zwar selbst kein Speiseeis herstellt, der Beschlussabteilung aber im Laufe der Ermittlungen von einem LEH als „Lieferant“ genannt wurde. Mit E-Mail vom 21. Januar 2013 und 28. Januar 2013 wurden

insgesamt fünf ausländische Hersteller von Speiseeis zu Absatz und Umsatz mit dem deutschen Lebensmitteleinzelhandel befragt.

- 10 Mit Auskunftsbeschluss vom 11. Januar 2013 wurden weiterhin 9 Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels als Nachfrager von Speiseeis befragt. Mit diesen neun Unternehmen erzielten die Zusammenschlussbeteiligten in den Bereichen, in denen sie vorwiegend tätig sind (Handelsmarkenmultipacks und Handelsmarkenhaushaltspackungen), den weitaus überwiegenden Anteil ihres Umsatzes.

B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. FORMELLE UNTERSAGUNGSVORAUSSETZUNGEN

- 11 Das angemeldete Vorhaben ist gemäß § 39 i.V.m. § 35 GWB anmelde- und kontrollpflichtig.
- 12 Auf das angemeldete Zusammenschlussvorhaben finden die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB Anwendung, weil die beteiligten Unternehmen insgesamt im Geschäftsjahr 2011 weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € erzielt haben und beide beteiligten Unternehmen im Inland jeweils Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € erzielt haben.
- 13 Die de-minimis-Klausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB ist nicht einschlägig. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Bagatellmarktregelung des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB sind bei keiner in Betracht kommenden Marktabgrenzung erfüllt.
- 14 Das Bundeskartellamt ist zuständig. Eine vorrangige Zuständigkeit der EU-Kommission ist nicht gegeben. Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben hat keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikels 1 FKVO i.V.m. § 35 Abs. 3 GWB, da die Schwellenwerte von Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO nicht erreicht werden. Art. 1 Abs. 2 FKVO ist nicht erfüllt, da die beteiligten Unternehmen in 2011 gemeinsame Umsatzerlöse von weniger als 5 Mrd. € weltweit erzielt haben. Art. 1 Abs. 3 FKVO ist ebenfalls nicht einschlägig, weil Rosen Eis in 2011 nicht in drei Mitgliedsstaaten mindestens 25 Mio. € Umsatzerlöse erzielt hat.

- 15 Das Vorhaben erfüllt die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Kontrollerwerb) und § 37 Abs. 1 Nr. 3 a) GWB (Anteilserwerb).

II. MATERIELLE UNTERSAGUNGSVORAUSSETZUNGEN

- 16 Die Zusammenschlusskontrolle bezweckt die Verhinderung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Sie erfordert daher eine marktbezogene Betrachtung, d.h. die Feststellung und Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte, die von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Unter Berücksichtigung der Wettbewerbsbedingungen auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten erfordert die wettbewerbliche Beurteilung eines Zusammenschlusses eine Gesamtwürdigung sämtlicher, den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten oder der Wettbewerber begrenzenden Faktoren.
- 17 Es ist nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Dies gilt unabhängig von der konkreten sachlichen Marktabgrenzung und hängt auch nicht von der Frage nach einer etwaigen Einzelmarktbeherrschung oder aber der gemeinsamen Marktbeherrschung der Zusammenschlussbeteiligten zusammen mit anderen Wettbewerbern ab.

1. Sachliche Marktabgrenzung

- 18 Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt nach dem modifizierten Bedarfsmarktkonzept. Nach ständiger Rechtsprechung sind sämtliche Güter, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar ansieht, in einen Markt einzubeziehen.² Dabei steht bei der Feststellung einer funktionellen Austauschbarkeit der Gesichtspunkt des Verwendungszwecks und damit eng zusammenhängend der Eigenschaften bei Waren im Vordergrund.³ Neben der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite sind nach ständiger Praxis außerdem die Möglichkeiten der Anbieter zu berücksichtigen, ihr Angebot

² Vgl. z.B. BGH, WuW/E BGH 2433, 2436 f. „Gruner+Jahr – Zeit II“ sowie WuW/E BGH 2150, 2153 „Edelstahlbestecke“.

³ Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB – Kommentar zum Kartellgesetz, § 19 Rn. 29 m.w.N..

auf andere Waren oder Leistungen umzustellen, bzw. die Möglichkeiten von Herstellern anderer Produkte, ihre Produktion auf die Herstellung der vom Zusammenschluss betroffenen Waren umzustellen.

a. Vom Zusammenschluss betroffene Produkte/Segmente

- 19 Speiseeis umfasst industriell und handwerklich hergestelltes Eis. Handwerklich hergestelltes Eis wird überwiegend in Eisdielen in kleineren Mengen hergestellt und dort zum Verkauf und sofortigen Verzehr angeboten. Bei der industriellen Fertigung von Speiseeis wird zunächst eine Rohmasse hergestellt, die in Tanks gelagert und in sog. Freezern mit Luft angereichert und gefroren wird. Die so entstandene Eismasse ist Ausgangspunkt für die Speiseeisproduktion in sämtlichen Segmenten.
- 20 Industriell hergestelltes Eis ist in vier Segmente unterteilbar.⁴ Als **Impulseis** wird Speiseeis für den Straßenkonsum oder Konsum in öffentlichen Einrichtungen als einzelverpacktes Kleineis, z.B. Stieleis, Waffeleis, Sandwicheis, Quetschartikel, Schieber (push up), Eisriegel, Eiskonfekt sowie Eis in kleinen Bechern bezeichnet. **Multipackungen** sind Mehrfachverpackungen von einzelverpacktem Kleineis (in aller Regel Becher, Riegel, Stieleis, Hörnchen etc.). **Haushaltspackungen** sind Speiseeispackungen für den Heimkonsum („Haushaltseis“). Dabei handelt es sich um Behälter mit einem Volumen von bis zu 3.000 ml. Hierzu zählen etwa Faltschachteln oder Becher sowie diverse Spezialitäten (besonders gestaltete Formen, Garnierungen oder Überzüge). Auch Eisbomben, Torten oder Rollen für den Haushaltsbereich zählen zu dieser Kategorie. **Großverbraucherware** ist Speiseeis für den Konsum im Rahmen einer Gastronomiedienstleistung, etwa in Hotels, Gaststätten, Kantinen und Cafes, das entweder in Großverpackungen oder aber als vorportionierte Ware geliefert wird. Dazu zählen sowohl nicht vorportionierte Dosenware ab 3.000 ml sowie auch vorportionierte Ware (als Kugel, kleiner Becher, kleines Becherglas, Schnitten, Sterne, Tartufos, Törtchen, Tortenstücke, vorportionierte Blöcke und Eisbomben). Darüber hinaus gehören hierzu auch ungeschnittene Eisblöcke und Eisbomben, Eisbuffets, Eisplatten und Eistorten für Großverbraucher.

⁴ In Anlehnung an die Kriterien des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie e.V., im Internet abrufbar unter http://www.markeneis.de/daten_zahlen/sortiment/sortiment.html [20.02.2013].

- 21 Alle Segmente sind sowohl als **Herstellermarkeware** (bekannte Marken sind hier etwa Langnese von Unilever oder aber Mövenpick von Nestlé) als auch als **Handelsmarkenprodukt** erhältlich. **Handelsmarken** sind Waren- oder Firmenkennzeichen, mit denen Handelsbetriebe Waren versehen oder versehen lassen, wodurch sie als Eigner oder Dispositionsträger (= Disposition über die Gestaltung der Marke) der Marke auftreten. Konsequenterweise verfügen Handelsmarken über einen auf das jeweilige Handelsunternehmen oder die jeweilige Beschaffungskoooperation begrenzten Distributionsgrad. Häufig werden die Begriffe „Handelsmarke“, „Eigenmarke“ sowie „Hausmarke“ oder auch „Private Label“ synonym verwendet.

Im Gegensatz dazu bezeichnet man Produkte als **Herstellermarke**, wenn sie unter dem Label eines Produzenten in Umlauf gebracht werden. Die Markierung hat Herkunfts-, Unterscheidungs-, Schutz-, Garantie- und Werbefunktion gegenüber anonymen Gütern und konkurrierenden Markenartikeln. Kennzeichen sind gleichbleibende Qualität (Qualitätssicherheit), hoher Bekanntheitsgrad und umfassende Marktgeltung; letztere werden häufig durch intensive Verbraucherwerbung zu erreichen versucht.

- 22 Obwohl grundsätzlich in allen vier Segmenten Handels- und Herstellermarken vorkommen, ist ihre Verbreitung sehr unterschiedlich ausgeprägt. So werden etwa die Bereiche „Impulseis“ und „Großverbraucheris“ im Wesentlichen durch Markenhersteller geprägt. In den Speiseeissegmenten, die nahezu ausschließlich vom Lebensmitteleinzelhandel angeboten werden, ist hingegen der Handelsmarkenanteil vergleichsweise hoch. So haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergeben, dass der wertmäßige Anteil von Handelsmarken am gesamten Bereich „Multipackungen“ knapp 60 % beträgt. Im Bereich „Haushaltspackungen“ liegt er bei ca. 45 %. Auf Mengengrundlage sind diese Werte aufgrund der deutlich geringeren Preise der Handelsmarkenprodukte mit etwa 73 bzw. 56% nochmals höher.
- 23 Die nachfolgende Übersicht verdeutlicht die mengenmäßige Anteilsstruktur der verschiedenen Eissegmente. Die Übersicht verwendet überwiegend Daten des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie⁵ (BDSI). In eckigen

⁵ Im Internet abrufbar unter: <http://www.markeneis.de/publikationen/publikationenliste/> [19.03.2013]

Klammern sind die jeweiligen Ermittlungsergebnisse der Beschlussabteilung dargestellt. Es ist erkennbar, dass die Verbands-Werte, jedenfalls in dem Segment „industriell hergestelltes Eis“, durch die Ermittlungen bestätigt werden können. Auf Segmentbasis haben sich Abweichungen i.H.v. max. 8% ergeben. Die unterste, rote Ebene (Aufteilung nach Hersteller- und Handelsmarken) basiert ausschließlich auf Ermittlungsergebnissen der Beschlussabteilung. Nach Angaben des BDSI hatte der Markt für industriell hergestelltes Eis auf der Basis von Endverbraucherpreisen im Jahr 2011 ein wertmäßiges Volumen von 1,94 Mrd. €.

Der Markt für Speiseeis



Abbildung 1 - Der Markt für Speiseeis

- 24 Sowohl DMK Eis als auch Rosen Eis stellen ganz überwiegend Handelsmarkeneis her. Bei DMK Eis beträgt der Private-Label-Anteil am Eisumsatz [90-100] %, bei Rosen Eis liegt er mit [90-100] % in einer ähnlichen Größenordnung. Hiervon wiederum entfallen jeweils mehr als [95-100] % Umsatzanteil auf Haushaltspackungen und Multipackungen. Insofern sind vom Zusammenschluss im Wesentlichen Haushaltspackungen und Multipackungen betroffen, die als Handelsmarkeneis hergestellt werden.

b. Die Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten

- 25 Die Zusammenschlussbeteiligten sind der Auffassung, dass industriell und handwerklich gefertigtes Speiseeis aus Sicht der Endkunden weitgehend austauschbar sind. Ferner sind sie der Meinung, dass auch eine Unterteilung der Speiseeissegmente in Impulseis, Großverbrauchereis, Haushaltspackungen sowie Multipackungen nicht sachgerecht ist. Dies wird damit begründet, dass zwischen den einzelnen Speiseeissegmenten aus Nachfrager- und Angebotssicht zahlreiche Überschneidungen und Substitutionsbeziehungen existieren. Für eine einheitliche Marktabgrenzung sprechen daher aus Sicht der Zusammenschlussbeteiligten die weitgehend identischen Produkteigenschaften, das Nachfragerverhalten sowie die Austauschbarkeit auf Herstellerseite.
- 26 Darüber hinaus sind die Zusammenschlussbeteiligten der Meinung, dass eine Unterteilung nach Marken- und Handelsmarkenprodukten aufgrund der hohen Austauschbarkeit nicht geboten sei. Aus Sicht der Endverbraucher seien Markenartikel und Handelsmarkenartikel insbesondere im Bereich der Multipacks und Haushaltspackungen vollständig austauschbar. Ihrer Einschätzung nach tragen dazu insbesondere fehlende Qualitätsunterschiede, die hohe Ausdifferenzierung der Handelsmarken, eine ausgeprägte Innovationskraft im Handelsmarkenbereich sowie die hohe Akzeptanz durch Verbraucher bei.

c. Die Auffassung der Europäischen Kommission

- 27 In ihrer Entscheidung Nestlé/Schöller⁶ deutet die Europäische Kommission an, dass der Speiseeismarkt in die Produktkategorien „Impulseis“, „Großverbrauchereis“ sowie eine Kategorie „Speiseeis für den Heimkonsum“ zu unterteilen sei. Zu letzterem zählt sie sowohl die Haushalts- als auch die Multipackungen. Ferner hält die Kommission unter Hinweis auf ihre gefestigte Entscheidungspraxis eine Differenzierung nach Handels- und Herstellermarken für sachgerecht. So hat die Kommission etwa in der Entscheidung Südzucker/Saint Louis Sucre⁷ festgestellt, dass aus Sicht der Handelsunternehmen bei der Beschaffung von Hersteller- und von Handelsmarken unterschiedliche Faktoren eine Rolle spielen. Während bei der Beschaffung von Herstellermarken

⁶ Vgl. Europäische Kommission vom 25.02.2002, COMP/M.2640, Nestlé/Schöller, Rn. 15 ff..

⁷ Vgl. Europäische Kommission vom 20.12.2001, COMP/M.2530, Südzucker/Saint Louis Sucre, Rn. 17 ff..

überwiegend die Marktstellung im Endkundenmarkt relevant sei (Kundenpräferenzen, Preis, Werbeintensität) komme es darauf bei der Beschaffung von Handelsmarken nicht an. Hier sei es schließlich das Handelsunternehmen selbst, das über Qualität, Menge und sonstige Spezifikationen des Produkts entscheide. So sei in diesem Bereich auch ein Lieferantenwechsel deutlich einfacher vorzunehmen. Kriterien für die Auftragsvergabe bei Handelsmarkenprodukten seien der Preis, die Qualität, freie Kapazitäten sowie die Lieferzuverlässigkeit.

- 28 Ähnliche Argumente hat die Kommission im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung im Fall Nestlé/Ralston Purina⁸ verwendet. Sie wies darüber hinaus darauf hin, dass die fehlende Austauschbarkeit auf der Handelsstufe durchaus mit einer sehr weitgehenden Austauschbarkeit auf der Endverbraucherstufe einhergehen könne.
- 29 Auch im Fall SCA/Metsä Tissue⁹ geht die Kommission von starken Unterschieden bei der Beschaffung von Handelsmarken im Vergleich zum Herstellermarkengeschäft aus. Ferner erwähnt die Kommission stark unterschiedliche Margen sowie eine sehr weitgehende Teilung der Produzentenlandschaft in Hersteller, die ganz überwiegend das Markengeschäft bedienen und solchen, die einen klaren Schwerpunkt bei den Eigenmarken haben.

d. Die Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung

- 30 Die Beschlussabteilung hat bislang die Frage noch nicht entschieden, ob und wenn ja inwieweit die verschiedenen Speiseeissegmente einen einheitlichen Markt bilden. Auch die Frage, ob Hersteller- und Handelsmarken einen einheitlichen Markt bilden, wurde bislang für den Speiseeisbereich noch nicht entschieden. Für andere Produkte hat die Beschlussabteilung im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Hersteller- und Handelsmarken bislang eine am Einzelfall orientierte Sichtweise vertreten. Überwiegend waren von dieser Fragestellung Herstellerzusammenschlüsse betroffen, d.h. die Marktabgrenzung erfolgte für *Absatzmärkte*. So war etwa im Fall Bonduelle/Vita Holding (B2-129/03) die Annahme getrennter Märkte wegen des einheitlichen Preisniveaus und der

⁸ Vgl. Europäische Kommission vom 27.07.2001, COMP/M.2337, Nestlé/Purina, Rn. 15 ff..

⁹ Vgl. Europäische Kommission vom 31.01.2001, COMP/M.2530, SCA/Metsä Tissue, Rn. 23 ff..

Konsumentenpräferenzen, aus denen der Handel seine Sichtweise ableite, nicht geboten.

- 31 Auch in den Feinkostfällen Homann/Rügen Feinkost (B2-23/11) und Kamps/Nadler (B2-117/09) sprachen die Indizien für eine einheitliche Marktabgrenzung. Zu dieser Einschätzung trugen auch hier die fehlenden Preisunterschiede zwischen Handels- und Herstellermarken bei. Darüber hinaus stellte die Mehrzahl der Unternehmen Feinkostprodukte sowohl unter eigener Marke als auch unter Handelsmarke her. Schließlich existierten Handelsmarken nicht nur im (unteren) Preiseinstiegssegment sondern auch in deutlich höheren Preissegmenten.
- 32 Ähnliche Erwägungen (keine ausschließliche Besetzung des Preiseinstiegssegments durch Handelsmarken, parallele Produktion von Handels- und Herstellermarken innerhalb eines Unternehmens) führten zur Einschätzung eines einheitlichen Marktes für Aquavit und Kümmelschnäpse, der sowohl Hersteller- als auch Handelsmarken umfasst (Pernot Ricard/Ratos, B2-64/12).
- 33 Auch in Bezug auf *Beschaffungsmärkte*, deren Abgrenzung spiegelbildlich zu der der Absatzmärkte erfolgt, nimmt die Beschlussabteilung grundsätzlich eine Einzelfallprüfung vor. So wurden im Fall des Handelszusammenschlusses EDEKA/trinkgut (B2-52/10) für verschiedene Produktkategorien (Wasser/Wasser mit Zusatz sowie alkoholfreie Getränke) die Beschaffungsmärkte für Handels- von denen für Herstellermarken abgegrenzt. Diese Einschätzung ergab sich daraus, dass die unmittelbare Marktgegenseite der Zusammenschlussbeteiligten, also die Getränkehersteller, keine Wechselbereitschaft zwischen den verschiedenen Segmenten Hersteller- bzw. Handelsmarke aufwiesen. Über 80 % der befragten Hersteller sahen keine wirtschaftlich vertretbare Option darin, von einer Hersteller- auf eine Handelsmarke umzustellen. Darüber hinaus, so die Beschlussabteilung weiter, trete der Händler für den Fall der Auftragserteilung an einen Handelsmarkenproduzenten aus Sicht des Konsumenten in die Position des Lieferanten ein. Damit sei die Umstellung von Hersteller- auf Handelsmarken für die Hersteller mit einem Statuswechsel verbunden. Der Hersteller trete gegenüber den Endkunden nicht mehr als Hersteller in Erscheinung. Wichtige Wertschöpfungsstufen, wie der Markenaufbau und das Marketing obliegen dem Handelsunternehmen. Dieser Umstand des Wechsels der Marktstufe spräche

dafür, dass es sich bei Hersteller- und Handelsmarken aus Sicht der maßgeblichen Getränkehersteller um getrennte sachlich relevante Märkte handele.

e. Die Ermittlungsergebnisse

- 34 Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung sprechen die weit überwiegenden Argumente für getrennte Märkte für Handels- und Herstellermarken bei Produktion und Vertrieb von Speiseeis. Diese Einschätzung wird gestützt durch deutlich unterschiedliche Preisniveaus zwischen den beiden Segmenten sowie eine sehr weitgehende Überschneidungsfreiheit auf Produzentenseite im Hinblick auf die Herstellung von entweder Hersteller- oder aber Handelsmarken. Ferner bestehen deutliche Unterschiede in der Handelsmarken- sowie der Herstellermarkenstrategie auf Seiten des LEH, insofern unterscheiden sich die beiden Produktkategorien im Hinblick auf ihren jeweiligen Verwendungszweck gerade auf der für die kartellrechtliche Einschätzung relevanten unmittelbaren Marktgegenseite. Darüber hinaus unterscheiden sich die Beschaffungsvorgänge für die beiden Segmente aus Sicht des LEH deutlich voneinander. Schließlich zeigen interne Unterlagen der Zusammenschlussbeteiligten deutliche Hinweise darauf, dass die Unternehmen selbst ihre Wettbewerber lediglich in anderen Handelsmarkenproduzenten sehen.
- 35 Die Beschlussabteilung hat sehr wohl berücksichtigt, dass die technische Produktionsumstellungsflexibilität gerade auf Seiten der etablierten Markenhersteller sehr stark ausgeprägt ist. Allerdings lehnen die etablierten Markenhersteller ein Engagement im Handelsmarkenbereich aus anderen, vorwiegend unternehmensstrategischen Gründen ab. Für sie bestehen nach den Ermittlungen derzeit keine wirtschaftlichen Anreize, in die Produktion von Handelsmarken einzusteigen. Sie stehen dem LEH als der bei weitem größten Abnehmergruppe daher auch nicht als Beschaffungsalternative für Handelsmarken zur Verfügung. Darüber hinaus sind zwar aus Sicht des Endverbrauchers Herstellermarken- und Handelsmarkeneis gerade in den Segmenten Haushaltspackungen und Multipackungen (jedenfalls teilweise) austauschbar. Allerdings hat die Austauschbarkeit aus Sicht des Endverbrauchers überwiegend mittelbare Effekte auf das Verhalten der relevanten Marktgegenseite, die gerade im Rahmen ihrer Handelsmarkenstrategie eigene Ziele verfolgt. Für das Verhalten von sog. Harddiscountern wie ALDI spielt die Austauschbarkeit aus Sicht des

Endverbrauchers darüber hinaus im Rahmen der Beschaffungsstrategie nochmals eine deutlich geringere Rolle, da das Unternehmen fast ausschließlich Handelsmarken vertreibt.

- 36 Letztlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall aber offen bleiben. Selbst bei Abgrenzung eines eigenen sachlich relevanten Marktes für Handelsmarken ist nicht zu erwarten, dass das Vorhaben zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Dichotomie auf Herstellerseite

- 37 Anders als in anderen Märkten der Lebensmittelindustrie (vgl. die oben angeführten Fälle zur Feinkost) ist die Herstellerlandschaft im Bereich Speiseeis weitgehend gespalten: Entweder der Unternehmensschwerpunkt liegt in der Produktion und dem Vertrieb der eigenen Marke(n) oder aber in der Produktion von Handelsmarken für den Lebensmitteleinzelhandel. Zur ersten Kategorie zählen Unternehmen wie Unilever (mit der Marke Langnese) und Nestlé (mit den Marken Mövenpick und Nestlé Schöller). Diese Unternehmen stellen ausschließlich, wie Unilever, oder aber zu einem überragenden Anteil, wie Nestlé¹⁰, eigenes Markeneis her. Zur zweiten Kategorie zählen Unternehmen wie die Zusammenschlussbeteiligten und Eisbär, die zu einem weitaus überwiegenden Anteil (jeweils weit über 90 %) Handelsmarkenprodukte herstellen. Produkte, die unter der eigenen Marke hergestellt werden, fristen in diesen Unternehmen weitgehend ein Nischendasein. So sind dies etwa bei DMK Eis die – im Vergleich zu Mövenpick oder Langnese – deutlich weniger bekannte Marke „Sanobub“ oder aber bei Rosen Eis die Marke „Cassie“. Letztere wird mittlerweile lediglich zu testweisen Produktneueinführungen genutzt. Dies wird durch Äußerungen des ehemaligen Geschäftsführers von Rosen Eis, Herrn Michael Müller bestätigt, der der Lebensmittelzeitung im März 2010 sagte: „Auch Cassie ist eine Handelsmarke. Da sie für kleinere Händler gedacht war, die über keine eigenen Marken verfügen, es aber kaum noch solche Händler gibt, ist sie inzwischen so gut wie überflüssig.“¹¹

¹⁰ [...]

¹¹ Lebensmittelzeitung vom 05.03.2010 (S. 29-30): „Auf der Gewinnerseite“, Interview mit Dr. Gotthard Kirchner und Michael Müller.

- 38 Einzig das Unternehmen R&R weist in beiden Bereichen nennenswerte Aktivitäten auf. Dieser Befund ist jedoch in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Zum einen hat auch R&R mit [70-80] % einen ausgeprägten Schwerpunkt im Bereich der Produktion und des Vertriebs von Handelsmarken. Zum anderen sind im Bereich „Herstellermarken“ auch die Aktivitäten zusammengefasst, die unter der Lizenzierung von vorwiegend aus anderen Bereichen etablierten Marken betrieben werden. So vertreibt R&R derzeit Eiskreme z.B. unter den Marken „Mars“ und „Landliebe“. Gut [60-70] % des Markengeschäfts von R&R sind in dieser Kategorie anzusiedeln. Insofern besteht ein erheblicher Unterschied zu Markenproduzenten wie Unilever oder Nestlé, da der Lizenzgeber nach Ablauf der vertraglichen Bindungsdauer nicht daran gehindert ist, die Lizenz für die Produktion und den Vertrieb von Speiseeis unter seinem Markennamen an einen anderen Eishersteller zu vergeben. Daher ähnelt diese Konstellation eher dem Handelsmarkenbereich. Auch hier ist ein Austausch des Produzenten für den Konsumenten nicht ersichtlich.
- 39 Ungeachtet der Marktstellung von R&R ist der Speiseeisbereich insgesamt durch eine klare Schwerpunktsetzung der etablierten Hersteller gekennzeichnet. Diese unterschiedlichen Unternehmensstrategien wurden der Beschlussabteilung auch wiederholt vorgetragen und erläutert. So vertrat der Geschäftsführer von Rosen Eis, Herr Scherer, die Auffassung, dass man als Eisproduzent eine grundlegende Entscheidung treffen müsse: „Entweder Hersteller- oder Handelsmarke“. Diese Äußerung findet ihre Bestätigung in Aussagen von Dr. Gotthard Kirchner, dem Inhaber der Rosen Eis. Er äußerte in einem Interview mit der Lebensmittelzeitung: „[...] Man kann entweder Handelsmarken oder Marken machen. Beides zusammen geht nicht.“¹²
- 40 Auf der anderen Seite betonen bekannte Markenhersteller wie Unilever und Nestlé ebenfalls die Relevanz entsprechender Grundsatzentscheidungen. Unilever etwa gibt an, dass die Herstellung von Handelsmarken ein grundsätzlich anderes Geschäftsmodell als die Herstellung und der Vertrieb von Markenartikeln sei. So habe sich Unilever strategisch als globaler Hersteller und Vertreiber von Markenartikeln positioniert und aufwendige Entwicklungs-, Marketing- und

¹² Lebensmittelzeitung vom 05.03.2010 (S. 29-30): „Auf der Gewinnerseite“, Interview mit Dr. Gotthard Kirchner und Michael Müller.

Verkaufsorganisationen aufgebaut, deren Kosten sich nur durch den Vertrieb margenträchtiger Markenartikel decken ließen.

- 41 In die gleiche Richtung weisen die Ausführungen von Nestlé. Man habe aus einer strategischen Entscheidung heraus das vorhandene Handelsmarkengeschäft 2007 an Rosen Eis verkauft. Das Marken- und das Handelsmarkengeschäft unterscheidet sich wesentlich u.a. in der Marktbearbeitung, Entwicklungszyklen, notwendigen organisatorischen Strukturen, Preisgestaltung, Flexibilität etc., so dass es nicht möglich gewesen sei, beide Segmente gemeinsam wirtschaftlich sinnvoll zu bearbeiten.

Substantielle Preisunterschiede

- 42 Handelsmarkeneis und Herstellermarkeneis unterscheiden sich substantiell in ihrem Preisniveau. Dies gilt zunächst auf Basis der Endverbraucherpreise über alle Segmente hinweg. Die Zusammenschlussbeteiligten haben im Rahmen der Anmeldung eine Studie der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) vorgelegt, die dies belegt. Für den Bereich Multipacks vergleicht die Studie die Preisentwicklung von 2007 bis 2012. Sie bezieht dabei sowohl die Normalpreisentwicklung der Markenprodukte als auch deren Aktionspreis mit ein. Die nachfolgende Abbildung veranschaulicht die Preisentwicklung der Segmente.

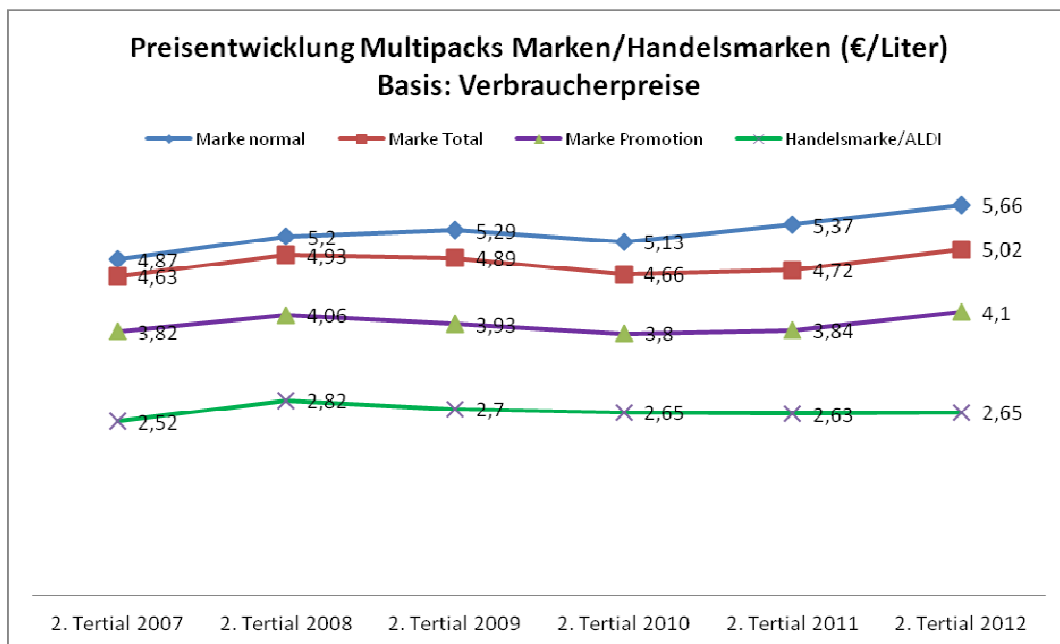


Abbildung 2 - Preisniveauvergleich (Quelle: GfK)

- 43 Der Preis für Markeneis ist im Bereich Multipackungen insgesamt beinahe doppelt so hoch wie der für Handelsmarkeneis. Selbst Markenware, die im Rahmen von Aktionen („Marke Promotion“) angeboten wird, ist noch gut 50 % teurer als das entsprechende Handelsmarkenpendant. Betrachtet man den Normalpreis der Markenware, d.h. ohne Aktionen, so liegt der Preis um den Faktor 2.1 über dem der Handelsware.
- 44 Die Ermittlungen der Beschlussabteilungen bestätigen dieses Bild auch für die vorliegend in erster Linie relevante Vertriebsstufe zwischen Hersteller und Handel. So liegt der Abgabepreis der Eisproduzenten für Herstellermarkenware an den Handel im Jahr 2011 durchschnittlich um den Faktor 1,85 über dem durchschnittlichen Abgabepreis für die entsprechende Handelsmarkenware. Die deutlichsten Unterschiede weist demnach das Segment „Großverbraucher“ auf, in dem die Markenware gut dreimal teurer als die Handelsmarkenware ist. Im Impulseisbereich ist das Herstellermarkeneis immerhin mehr als doppelt so teuer wie die entsprechenden Handelsmarkenprodukte. Beide Bereiche sind jedoch deutlich durch die großen Markenproduzenten Unilever und Nestlé geprägt, Handelsmarkenhersteller spielen hier keine große Rolle. Aber auch die Segmente, die stark durch Handelsmarkeneis geprägt sind, weisen deutliche Preisunterschiede auf. So sind Multipacks von Markenherstellern für den Handel im Einkauf doppelt so teuer wie Handelsmarkeneis, im Bereich Haushaltspackungen liegt der Preisaufschlag im Durchschnitt immerhin noch bei knapp 60 %. Abbildung 3 verdeutlicht die Preisunterschiede für die vier Segmente für das Jahr 2011.

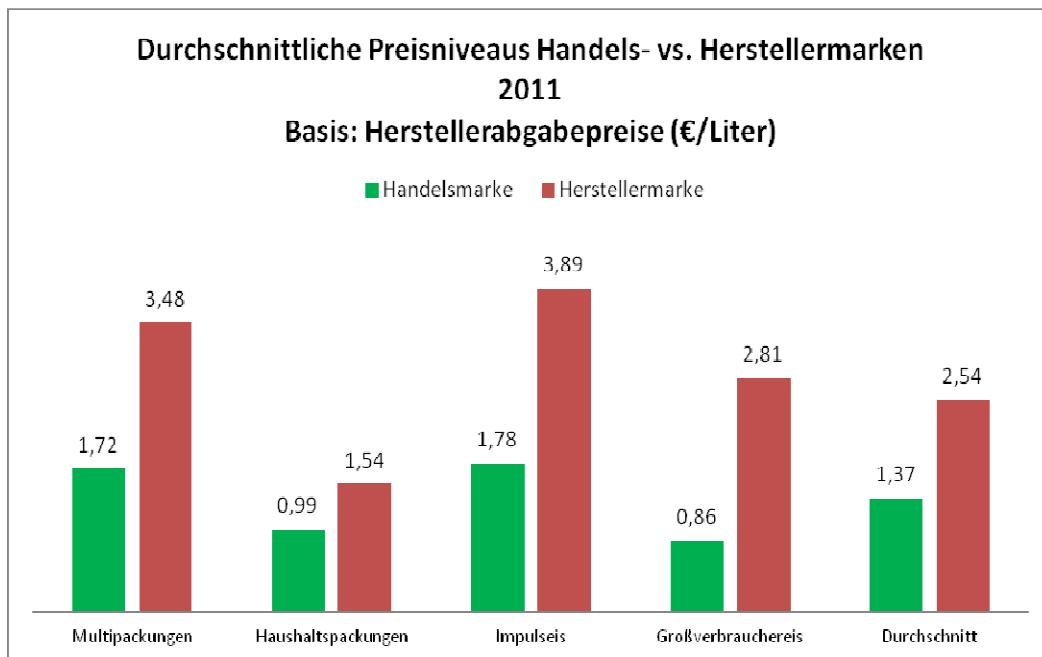


Abbildung 3 - Preisniveau Handels- vs. Herstellermarken

- 45 Diese Preisunterschiede sind insbesondere vor dem Hintergrund zu betrachten, dass Handelsmarken i.d.R. durch die detaillierten Vorgaben des LEH einen höheren Milchfettanteil als die Markenware enthalten. Insofern „verschärft“ sich der Preisabstand unter Berücksichtigung (jedenfalls teilweise) qualitativer Vorteile der Handelsmarken.
- 46 Die fehlende preisliche Nähe ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung auch dadurch zu erklären, dass im Eisbereich durch Handelsmarken überwiegend das Preiseinstiegssegment abgedeckt wird. So sind zwar grundsätzlich auch Ausnahmen hierzu beobachtbar (etwa die REWE BIO-Eis Linie), der weitaus größte Teil der Handelsmarkenbeschaffung spielt sich jedoch im Niedrigpreissegment ab. Ferner eignet sich auch das Produktgefüge im Markenbereich kaum für eine analoge „Abbildung“ durch Handelsmarken. So

besetzen Unilever und Nestlé den sog. A-Marken-Bereich¹³ mit einer ganzen Reihe an Produkten und erzielen dort auch folgerichtig sehr hohe Marktanteile¹⁴. Es fehlt im Eisbereich nach Auffassung der Beschlussabteilung aber an sog. B- und C-Marken¹⁵ in nennenswertem Umfang. Diese B- und C-Marken sind aber gerade aufgrund ihrer Positionierung aus Sicht des Handels besonders geeignet, durch Handelsmarken ersetzt zu werden. Daher kann auch im Eisbereich nicht von einer Verzahnung zwischen Handels- und Herstellermarken in jedem Segment, wie dies z.B. bei Feinkostensalaten der Fall war¹⁶, ausgegangen werden.

Unterschiedlicher Verwendungszweck auf der unmittelbaren Marktgegenseite – Die Strategien des LEH

47 Mehr als 90 % des Handelsmarkeneises werden über den Lebensmitteleinzelhandel vertrieben. Die Verwendungszwecke, die für den LEH als Hauptabnehmer von Speiseeis mit der Listung von Handels- und von Herstellermarken verbunden sind, unterscheiden sich ganz erheblich voneinander. Dies wird anhand der unterschiedlichen Handels- und Herstellermarkenstrategien deutlich. Die überwiegende Anzahl der befragten Lebensmitteleinzelhändler verfolgt mit der Listung von bekannten Markenartikeln eine andere Strategie als sie dies mit der Auftragsfertigung von Handelsmarken tut. Bei der Listung von Handelsmarkenartikeln verfolgt insbesondere der Vollsortimenter eine Orientierung an den wichtigen Discounter-Artikeln (Stichwort „alternativ“). So haben mehrere LEHs angegeben, dass eine Listung der Artikel, die vom Discounter vorgehalten

¹³ Mit einer A- oder auch Premiummarke wird gemeinhin ein (dauerhaft) als hoch wahrgenommenes Preis- und Qualitätsniveau verknüpft. Häufig geht hiermit ein weitreichender guter Ruf und ein hoher Werbeaufwand des jeweiligen Herstellers sowie ein relativ großer Marktanteil einher.

¹⁴ Die Ermittlungen haben ergeben, dass Unilever und Nestlé im Markenbereich über einen Marktanteil von [90-95] % verfügen. Nochmals ausgeprägter dürfte dies im Impulseisbereich der Fall sein. So stammen offenkundig die zehn umsatzstärksten Kleineis-Sorten, allen voran das Magnum, von Langnese (Lebensmittelzeitung vom 8.3.2013 „Turbulenzen auf dem Eis“, S. 42).

¹⁵ Als B-Marke wird häufig eine im niedrigeren Preissegment liegende Zweitmarke eines Herstellers bezeichnet. Diese verfügen über einen eigenständigen Namen und über eine Verpackungsgestaltung, die keinerlei Hinweis auf die Markenverwandtschaft liefert. Dadurch soll erreicht werden, dass im Handel die A- oder Premium-Marke nicht durch die B-Marke gestört wird. Als C-Marke wird im Allgemeinen eine Marke mit einem als niedrig empfundenen Qualitätsniveau, deren Hauptzielgruppe preisorientierte Käufer sind, bezeichnet.

¹⁶ Vgl. hierzu BKartA Beschluss vom 6. Juli 2011, B2-23/11, Homann / Rügen Feinkost, Rn. 107.

werden, notwendig sei, um die Anreize für den Kunden, das Geschäft zu wechseln, zu senken. Das mit der Listung von Handelsmarkeneis verbundene Ziel besteht daher darin, ein preisgünstiges, gleichwohl qualitativ hochstehendes Produktportfolio anzubieten. Mit Eigenmarken im Eisbereich decken die Lebensmitteleinzelhändler daher vorwiegend das Preiseinstiegssortiment ab. Dieses Preiseinstiegssortiment ist für die Vollsortimenter unverzichtbar, da es preisbewusste Kunden und/oder solche, die einen hohen Mengenbedarf haben, in den Laden zieht. Mehrere Vollsortimenter haben übereinstimmend angegeben, dass die Handelsmarkenpositionierung eine wichtige, strategische Variable zur Abgrenzung im Wettbewerbsprozess zu anderen LEHs ist.

- 48 Eine gänzlich andere Strategie wird hingegen im Bereich der bekannten Markeneisprodukte verfolgt. Hier steht nicht so sehr die mengenorientierte, vergleichsweise nüchtern anmutende Bedarfsdeckung in Orientierung am Produktportfolio eines Discounters im Vordergrund. Große Marken werden zur Attraktion markenbewusster Kunden genutzt. Mehrere Vollsortimenter gaben übereinstimmend an, dass der Kunde Marken erwarte (must have) und bei Nichtauffindbarkeit im Laden diesen in Zukunft meide. Ausdrücklich wurde Langnese wiederholt als eine solche „must-have“-Marke genannt. Für den Fall der ausbleibenden Einigung mit großen Markenherstellern befürchteten die LEHs daher eine sinkende Kundenzahl sowie fallende Durchschnittsbons, d.h. eine sinkende durchschnittliche Ausgabensumme pro Kundeneinkauf. Die befürchteten Umsatzverluste, die aus solchen Szenarien resultieren, gingen daher weit über den Eisbereich hinaus.
- 49 Darüber hinaus werden bekannte Markenartikel gerne in Aktionen dazu genutzt, die Anziehungskraft des Geschäfts zu steigern und so zusätzliche Kunden in den Laden zu locken. Wiederholt wurde dieses Argument der Aktionsgestaltung im Zusammenhang mit den bekannten Markeneisherstellern genannt.
- 50 Neben den Strategien unterscheiden sich auch die Beschaffungsvorgänge substantiell voneinander. Mit den Produzenten von Herstellermarken werden sog. Jahresgespräche geführt, innerhalb derer die Konditionen für den Bezug der in Rede stehenden Waren verhandelt werden. Diese Gespräche sind oft sehr aufwendig und ziehen sich bis weit ins laufende Jahr hin. Gänzlich anders verläuft der Beschaffungsvorgang in aller Regel im Bereich Handelsmarken. Hier schreibt

der jeweilige Lebensmitteleinzelhändler (oder aber die Beschaffungskoooperation) einzelne Aufträge zur Deckung eines bestimmten Bedarfs aus. Diese Ausschreibungen machen häufig sehr detaillierte Vorgaben im Hinblick auf die Inhaltsstoffe, die äußere Form, Ausstattung und Verpackungsgröße des jeweiligen Artikels. Im Unterschied zu den Herstellermarken bestimmt also der Handel die wesentlichen Eigenschaften des Artikels. Die angefragten Unternehmen reichen sodann ein Muster sowie ein Angebot ein, auf deren Basis sich der LEH dann für ein Angebot bzw. mehrere Angebote entscheidet.

- 51 Diese unterschiedlichen Ansätze finden auch ihre Bestätigung in der Beantwortung nach der Frage der Austauschbarkeit von Handelsmarken durch Herstellermarken aus Sicht des LEH. 6 von 7 LEHs¹⁷ gaben - unabhängig davon ob sie nach Multi- oder nach Haushaltspackungen befragt wurden - an, dass Handelsmarken und Herstellermarken aus ihrer Sicht nicht bzw. nur eingeschränkt austauschbar sind. Lediglich ein Unternehmen votierte für eine überwiegende Austauschbarkeit. Für „leicht austauschbar“ entschied sich kein Händler. Die Frage der Austauschbarkeit von Hersteller- und Handelsmarken wird aus Sicht des Lebensmitteleinzelhandels offensichtlich überwiegend kritisch gesehen.

Interne Unterlagen/Wettbewerbslandschaft

- 52 Schließlich ergeben sich sowohl aus der Eigenwahrnehmung der Zusammenschlussbeteiligten wie aus der Einschätzung der Marktgegenseite heraus deutliche Indizien im Hinblick auf die relevanten Wettbewerbskräfte im Markt. So liegt der Beschlussabteilung eine interne Unternehmens-Präsentation aus dem Jahr 2011 vor, die die Entwicklungsmöglichkeiten im Bereich Eiskrem thematisiert. Unter dem Punkt „Wer sind die Wettbewerber in Deutschland?“ werden dort lediglich die vier großen Handelsmarkenproduzenten DMK Eis, Rosen Eis, R&R und Eisbär aufgeführt. An anderer Stelle heißt es in einem internen Papier: „4 starke Produzenten beherrschen den Markt für Handelsmarken-Eis in Deutschland“.

¹⁷ Die Anzahl der Antworten addiert sich nicht zu 9, da sowohl ALDI Nord als auch ALDI Süd wegen des ausschließlichen Vertriebs von Handelsmarken keine Aussage treffen konnten.

- 53 Eine weitere interne Unternehmenspräsentation aus dem Kreis der Zusammenschlussbeteiligten macht deutlich, welche Marktabgrenzung aus Unternehmenssicht zutreffend ist. Dort heißt es: „R&R führt mit Abstand den EU-Markt der Eiskrem-HM-Hersteller an.“ Auch hier ergeben sich deutliche Hinweise auf die im Markt vorherrschenden Wettbewerbskräfte. So wird insbesondere von einem „EU-Markt der Eiskrem-HM-Hersteller“ gesprochen – hinter der Abkürzung HM verbirgt sich der Begriff „Handelsmarke“. Insofern gehen nach Auffassung der Beschlussabteilung auch die Zusammenschlussbeteiligten insgesamt nicht davon aus, dass aus dem Herstellermarkenbereich relevante Wettbewerbskräfte in den Handelsmarkenbereich hinein wirken.
- 54 Die internen Einschätzungen der Unternehmen werden auch durch die unmittelbare Marktgegenseite bestätigt. So geben 8 von 9 Unternehmen auf die Frage nach den engsten Wettbewerbern unter den TOP 3 Wettbewerbern jeweils ausschließlich andere Handelsmarkenproduzenten an. Lediglich ein Unternehmen vertritt die Auffassung, dass die engsten Wettbewerber zwei Herstellermarkenproduzenten sind.

Keine weitere Unterteilung nach Vertriebsschienen bzw. nach Multipackungen und Haushaltspackungen

- 55 Eine weitere Unterscheidung nach Vertriebsschienen ist aus Sicht der Beschlussabteilung nicht sachgerecht. Der weitaus größte Anteil (etwa 90 %) des Handelsmarkeneises wird über den Lebensmitteleinzelhandel abgesetzt. Unter den verbleibenden Vertriebsschienen bilden Tiefkühllieferdienste den größten Anteil, die allerdings auch als Einzelhändler zu qualifizieren sind. Allerdings besteht auf dieser Marktstufe, d.h. zwischen Hersteller und Handel, keine Veranlassung von verschiedenen Märkten auszugehen. So erfolgt eine Differenzierung des Produktes, etwa durch die Heimanlieferung durch Tiefkühldienste, erst auf der Marktstufe zum Endkunden hin. Abgefragt wurden mit „Großabnehmern“ sowie „Sonstige“ (womit vor allen Dingen Werklohnfertigungen adressiert werden sollten) zwei weitere Verwendungen, die sich jedoch, jedenfalls für den Handelsmarkenbereich, bei isolierter Betrachtung in der Größenordnung von Bagatellmärkten bewegen.

56 Ob die Märkte weiterhin nach Haushaltspackungen auf der einen und Multipackungen auf der anderen Seite zu separieren sind, kann für den vorliegend zu prüfenden Fall dahinstehen, da sich die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten unabhängig von der jeweiligen Marktabgrenzung darstellt (vgl. Abschnitt IIIa). Dies gilt auch für die beiden Segmente Impuls- und Großverbraucheris, in denen die Zusammenschlussbeteiligten nicht oder nur in sehr geringem Umfang tätig sind. Diese Bereiche werden stark durch Herstellermarkeneis geprägt, sodass die Handelsmarkenproduzenten hier insgesamt keine Rolle spielen.

Zwischenergebnis

57 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Ermittlungsergebnisse überwiegend für eine Trennung der sachlich relevanten Märkte in Handels- und Herstellermärkte sprechen. Zum einen unterscheiden sich sowohl Verwendungszweck als auch Preislage deutlich voneinander. Der LEH als unmittelbare Marktgegenseite verfolgt mit der Leistung von Handels- und von Herstellermarken unterschiedliche Zielsetzungen. Auf der einen Seite steht die Notwendigkeit, „aldinative“ Artikel zu günstigen Preisen und in ordentlicher Qualität vorzuhalten. Auf der anderen Seite werden gerade bekannte A-Marken von markenaffinen Kunden im Sortiment des LEH erwartet und von diesem häufig im Rahmen von Aktionen genutzt, um die Attraktivität des Handelsunternehmens zu steigern. Darüber hinaus weichen die Preisniveaus erheblich voneinander ab, dies gilt sowohl auf der Ebene der Einkaufspreise des Handels als auch auf Endkundenpreisbasis. Verschärfend wirkt, dass das günstigere Eis teilweise hochwertigere Zutaten enthält. Darüber hinaus ist die Herstellerlandschaft im Eisbereich zweigespalten. Mit Ausnahme des Lizenzmarkenproduzenten R&R stellen alle wesentlichen Produzenten entweder Handels- oder Herstellermarken her. Interne Unterlagen sowie die Einschätzung der Marktgegenseite geben ferner deutliche Hinweise darauf, dass relevante Wettbewerber ausschließlich im Handelsmarkenbereich wahrgenommen werden. Den Ermittlungen zufolge können die Nachfrager den Zusammenschlussbeteiligten jedenfalls derzeit nicht durch eine Beschaffung von Handelsmarken bei Markenproduzenten ausweichen. Eine weitere Separierung der Teilmärkte (etwa nach Vertriebschienen oder Eisformen) ist nicht entscheidungserheblich.

2. Räumliche Marktabgrenzung

- 58 Ziel der Bestimmung des relevanten Marktes ist die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Das Kriterium der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes ist ein Hilfskriterium für die Feststellung, ob ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat.¹⁸ Aufgabe der räumlichen Marktabgrenzung ist es, das relevante räumliche Gebiet zu ermitteln, in dem der Wettbewerb im betroffenen sachlichen Markt im Hinblick auf den zu beurteilenden Zusammenschluss stattfindet.¹⁹
- 59 Der räumlich relevante Markt im Sinne der Fusionskontrolle des GWB ist nach ökonomischen Gesichtspunkten abzugrenzen. Er umfasst das Gebiet, in dem die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ihre Produkte regelmäßig anbieten und diese auch nachgefragt werden, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.²⁰
- 60 Auch für die räumliche Marktabgrenzung gilt das Bedarfsmarktkonzept. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes bestimmt sich demnach nach den aus der Sicht der Nachfrager gegebenen räumlichen Ausweichmöglichkeiten.²¹ Hierbei sind die tatsächliche Anschauung der Abnehmer und das tatsächliche Abnehmerverhalten von Bedeutung.²² Abzustellen ist deshalb nicht auf rein theoretische Ausweichmöglichkeiten, sondern auf die den Abnehmern tatsächlich zur Verfügung stehenden Angebotsalternativen. Für die räumliche Marktabgrenzung sind potenzielle Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager nicht zu berücksichtigen, die – aus welchen Gründen auch immer – von den Nachfragern

¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 05.02.2006, DB-Regio / üstra, KVR 5/05, zitiert nach Juris, juris Rd-Nr. 29.

¹⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07 Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, zitiert nach juris, juris-Rd-Nr. 69.

²⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, zitiert nach Juris, juris-Rd-Nr. 69.

²¹ Vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Auflage 2011, § 19 Rdnr. 37.

²² Vgl. BKartA, B10-124/01 (Trienekens/AWISTA), Beschluss vom 17.06.2002; Rz. 33.

tatsächlich nicht wahrgenommen werden.²³ Eine pauschalierende Betrachtung ist nicht angemessen, sondern es müssen die Marktverhältnisse im konkreten betroffenen Gebiet geprüft werden.

61 Geht man von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion und den Vertrieb von Handelsmarkenspeiseeis aus²⁴, so ist vorliegend zu prüfen, welche Anbieter von Handelsmarkenspeiseeis im relevanten Gebiet tatsächlich von den Nachfragern, vorwiegend vom Lebensmitteleinzelhandel, angenommen werden. Zu ermitteln ist daher, in welcher Region die Nachfrager welche Speiseeisanbieter als im Hinblick auf ihre Nachfrage als miteinander austauschbar betrachten, vergleichen und bei der Auftragsvergabe auch tatsächlich berücksichtigen. Der Markt umfasst alle Abnehmer, die nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falls als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen und deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten betroffen, insbesondere beschränkt werden können. Dies können inländische und ausländische Nachfrager sein²⁵.

62 Als Ergebnis der Ermittlungen ist im vorliegend zu prüfenden Zusammenschlussverfahren für die Herstellung und den Vertrieb von Handelsmarkenspeiseeis der räumlich relevante Markt national abzugrenzen. Hierfür sprechen vor allem die tatsächlichen Lieferbeziehungen, die Transportkostensensibilität von Speiseeis sowie die Konzentration der Nachfrage auf Bezugsalternativen mit Sitz im Inland.

a) Die Auffassung der Beteiligten

63 Die Beteiligten vertreten die Auffassung, der Markt sei mindestens deutschlandweit, vermutlich aber weiter abzugrenzen. Für eine weitere Abgrenzung sprächen aus ihrer Sicht nicht nur der hohe Exportanteil bei DMK Eis und Rosen Eis, sondern auch die Lieferungen ausländischer Eisunternehmen an deutsche Abnehmer. Als Beispiele werden diverse Anbieter aus den

²³ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, zitiert nach Juris, juris-Rd-Nr. 65.

²⁴ Bei einer sachlichen Marktabgrenzung, die Handels- und Herstellermarkeneis umfasst, ist - unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung - nicht von einer Konstellation auszugehen, die wettbewerbsrechtliche Probleme aufwirft (vgl. Abschnitt III a ii.)).

²⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, zitiert nach Juris, juris-Rd-Nr. 69.

Beneluxländern angeführt, vereinzelt aber auch italienische und spanische Eishersteller. Darüber hinaus beliefere Rosen Eis große inländische Discounter nicht nur für ihre Filialen im Inland, sondern decke zu großen Teilen auch das Geschäft dieser Unternehmen im europäischen Ausland ab.

- 64 Ferner verweisen die Zusammenschlussbeteiligten auf die Entscheidung Nestlé/Schoeller der Europäischen Kommission, wonach bereits im Jahr 2002 zahlreiche große Caterer und Hotelketten zentral in ganz Europa einkauften. Dieser Prozess, so DMK Eis und Rosen Eis weiter, dürfte seitdem insgesamt weiter vorangeschritten sein und stütze zusätzlich die Annahme europaweiter Märkte.

b) Die Auffassung der Europäischen Kommission

- 65 In ihrer Entscheidung Nestlé/Schoeller²⁶ geht die Kommission grundsätzlich von nationalen Märkten für die Produktion und den Vertrieb von Speiseeis aus. Es heißt dort: „Die Marktuntersuchung der Kommission hat die früheren Entscheidungen zugrunde liegende Annahme von nationalen Märkten im Speiseeisbereich bestätigt.“ Die Begründung dieser Einschätzung orientiert sich zwar an den für die Produktion von Herstellermarkeneis relevanten Umständen, denn es heißt dort weiter: „Gründe hierfür liegen darin, dass es auf Gemeinschaftsebene keine harmonisierten Regelungen für die Herstellung von Speiseeis gibt, dass Marktstrukturen, Sortimente und Preise von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich voneinander abweichen, dass die Organisation des Vertriebs auf nationaler Ebene erfolgt und dass auch übernational tätige Hersteller wie Nestlé oder Unilever in erheblichem Ausmaß national differenzierte Marken benützen.“

- 66 Jedoch weicht die Kommission auch nicht von der These nationaler räumlich relevanter Märkte ab, wenn sie sich an anderer Stelle mit dem Handelsmarkenbereich auseinandersetzt: „Der gemeinsame Marktanteil der Parteien beträgt im Bereich der Produktion von Speiseeis für Handelsmarken in Deutschland [20-30%].²⁷“

²⁶ Vgl. Europäische Kommission vom 25.02.2002, COMP/M.2640, Nestlé/Schöller, Rn. 21.

²⁷ Vgl. Europäische Kommission vom 25.02.2002, COMP/M.2640, Nestlé/Schöller, Rn. 50 ff..

67 Die von den Zusammenschlussbeteiligten zitierten Ausführungen der Kommission beschränken sich hingegen auf das Segment „Großverbraucheris“ und wurden im Zusammenhang mit der Marktmacht großer Einkäufer getätigt. Da der Bereich Großverbraucheris ohnehin für den hier vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich ist, verzichtet die Beschlussabteilung auf weitere Ausführungen hierzu.

c) Die Entscheidungspraxis der Beschlussabteilung

68 Für den Speiseeisbereich hat die Beschlussabteilung bislang noch keine entscheidungserhebliche Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte vorgenommen. Allerdings waren in der Vergangenheit bereits zahlreiche andere Herstellerzusammenschlüsse, deren wichtigste Kunden im deutschen LEH zu finden waren, Gegenstand von Fusionskontrollverfahren. In nahezu allen diesen Verfahren hat sich eine hohe Inlandsbezugsquote des deutschen LEH ergeben, die letztlich zur Abgrenzung nationaler Märkte führte. Beispielhaft genannt sei an dieser Stelle der Zusammenschluss Homann/Rügen Feinkost (B2-23/11). Neben der hohen Inlandsbezugsquote waren nationale Vertriebssysteme, die unterschiedlichen Geschmackspräferenzen sowie die mit zunehmender Entfernung problematische Einhaltung der Kühlkette relevant im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung.

d) Ermittlungsergebnisse

69 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass ein Markt für Handelsmarkenspeiseeis national abzugrenzen wäre. Dieses Ergebnis ergibt sich nicht nur durch die Einschätzung der Marktgegenseite, die ganz überwiegend keine Ausweichalternativen in ausländischen Herstellern sieht. Sie wird zuvorderst durch die tatsächlichen Lieferströme bestätigt.

70 Von den neun befragten Lebensmitteleinzelhändlern vertritt lediglich ein Unternehmen ohne einschränkenden Kommentar die Auffassung, dass ausländische Handelsmarkenproduzenten eine Beschaffungsalternative zu den inländischen Anbietern darstellen. Vier Unternehmen gaben ohne einschränkenden Kommentar das Gegenteil an, nämlich dass ausländische Handelsmarkeneishersteller überhaupt keine Beschaffungsalternative zu den Anbietern im Inland darstellten. Die verbleibenden vier Unternehmen wiesen

darauf hin, dass sie in eingeschränktem Umfang einzelne Artikel von ausländischen Anbietern bezögen. Diese Unternehmen wiesen aber unisono darauf hin, dass es sich hierbei nur um vereinzelte, punktuelle Lieferungen handele. Die betreffenden Unternehmen seien aus ihrer Sicht aber nicht geeignet, Aufträge mit großen Volumina abzuwickeln. Als Gründe hierfür wurden vor allem hohe Transportkosten, Kapazitätsengpässe, logistische Probleme, unterschiedliche Umverpackungen und Normen genannt, sodass letztendlich ausländische Anbieter auch auf mittlere Frist aus Sicht des deutschen LEH ein Nischendasein fristen werden.

- 71 Diese überwiegend skeptische Einschätzung im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit ausländischer Anbieter findet ihre Entsprechung in den von der Beschlussabteilung ermittelten Daten. Lediglich 6 Prozent des gesamten Beschaffungsvolumens des inländischen LEH wird durch Eisproduzenten mit Sitz im Ausland gedeckt.
- 72 Zwar wurden die Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten, wonach die deutschen Handelsmarkenproduzenten einen substantiellen Anteil ihrer Umsätze im Ausland erzielen, durch die Ermittlungen bestätigt. So lag der durchschnittliche Exportanteil im Handelsmarkenbereich bei etwa 30 %, berechnet auf Wertbasis. Gleichwohl ist die Beschlussabteilung der Auffassung, dass diesem Argument für die räumliche Marktabgrenzung keine Bedeutung beigemessen werden kann. Denn auch für die räumliche Marktabgrenzung gilt das Bedarfsmarktkonzept, ausgehend von den Beschaffungsalternativen der Nachfrager. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes bestimmt sich demnach nach den aus Sicht der Nachfrager gegebenen räumlichen Ausweichmöglichkeiten. Hierbei sind die tatsächliche Anschauung der Abnehmer und das tatsächliche Abnehmerverhalten von Bedeutung
- 73 Das Ungleichgewicht zwischen Im- und Exporten muss nach Auffassung der Beschlussabteilung im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung berücksichtigt werden. Würde man unter den vorliegenden Umständen einen räumlichen Markt abgrenzen, der neben Deutschland auch die anderen europäischen Staaten einbeziehen würde, so würde die Marktabgrenzung zwar die Ausweichmöglichkeiten der inländischen Eisproduzenten bzw. die Beschaffungsalternativen der dortigen Handelsunternehmen in diesen Ländern

berücksichtigen, da diese ihr Eis sowohl in Deutschland als auch im jeweils eigenen Land beschaffen können. Sie würde jedoch vernachlässigen, dass für deutsche Lebensmitteleinzelhändler Anbieter aus anderen europäischen Ländern nicht als realistische Beschaffungsalternative in Frage kommen.

- 74 Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der überwiegende Anteil des Exportgeschäfts der großen Handelsmarkeneishersteller auf die Belieferung der ausländischen Tochterunternehmen deutscher Discounter, allen voran ALDI und LIDL, entfällt. Die für die Belieferung der Auslandsgesellschaften geltenden Konditionen werden dabei i.d.R. mit der inländischen Dachgesellschaft auf Basis der für das Inland geltenden Preise zentral verhandelt.
- 75 So beträgt der Exportanteil des Umsatzes von Rosen Eis zwar [30-40] %, lediglich etwa [10-20] % dieses Auslandsumsatzes entfällt aber auf Kunden, die nicht Tochtergesellschaften deutscher Discounter im Ausland sind. Der umsatzstärkste Einzelkunde außerhalb des über ALDI und LIDL erschlossenen Kundenkreises im Ausland ist für gerade einmal [0-5] % des Umsatzes von Rosen Eis verantwortlich.

Zwischenergebnis

- 76 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der inländische LEH zu knapp 95 % über inländische Handelsmarkeneisanbieter versorgt. Zwar exportieren die im Inland ansässigen Handelsmarkenproduzenten einen substantiellen Anteil ihrer Produktion ins Ausland. Allerdings erfolgt der überwiegende Teil dieses Auslandsabsatzes über die ausländischen Töchter inländischer Discounter auf der Basis von zentralisierten inländischen Verhandlungsergebnissen. Ferner eröffnet diese Auslandsaktivität keine Beschaffungsalternativen für die unmittelbar betroffene inländische Marktgegenseite, auf die es hier zuvorderst ankommt.

III. WETTBEWERBLICHE BEURTEILUNG

77 Die nachfolgenden Ausführungen nehmen Bezug auf die denkbar engste Marktabgrenzung eines nationalen Marktes für die Produktion und den Vertrieb von Handelsmarkenspeiseeis. Auf dem so abgegrenzten Markt kann auf Basis der Ermittlungen nicht prognostiziert werden, dass das Zusammenschlussvorhaben zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von DMK Eis und Rosen Eis führt. Auf Basis einer sachlichen Marktabgrenzung, die Herstellermarkeneis mit einbezieht, wäre auf Grund der starken Stellung von Unilever und Nestlé ohnehin nicht von zusammenschlussbedingten wettbewerblichen Problemen auszugehen²⁸.

a. Marktstruktur

78 Nach dem Zusammenschluss liegen die Marktanteile der Beteiligten unter Zugrundelegung eines Marktes für Handelsmarkeneis mit [40-50] % auf einem Niveau, das die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung überschreitet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob jeweils einzelne Märkte für Handelsmarken-Multipackungen und Handelsmarken-Haushaltspackungen abzugrenzen sind oder ob der Markt beide Segmente umfasst. Ferner erfüllen die drei umsatzstärksten Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluss die enge Vermutungsgrenze des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB für kollektive Marktbeherrschung. Ebenfalls unabhängig von der exakten Marktabgrenzung erfüllen die vier umsatzstärksten Unternehmen die weite Vermutungsschwelle für kollektive Marktbeherrschung des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB.

i. Marktvolumen

79 Für die Berechnung des Marktvolumens hat die Beschlussabteilung eine eigene Erhebung des Marktes für Handelsmarkenspeiseeis durchgeführt. Dazu hat sie 8 inländische Hersteller von Speiseeis per Auskunftsbeschluss befragt. Darüber hinaus wurden 4 ausländische Hersteller von Speiseeis nach ihren Lieferungen nach Deutschland und den damit verbundenen Umsätzen zu

²⁸ Auf DMK Eis und Rosen Eis entfiel unter Zugrundelegung einer derart weiten sachlichen Marktabgrenzung ein gemeinschaftlicher Marktanteil i.H.v. [10-20] %. Marktführer wäre dann Unilever mit [30-40] %.

Herstellerabgabepreisen befragt. Da die Rückläufe bei diesen ausländischen Herstellern jedoch nicht in zufriedenstellender Anzahl und Qualität eingingen, hat die Beschlussabteilung die Umsätze der ausländischen Hersteller mit dem deutschen Lebensmittelhandel auf Basis der Angaben des LEH zur Beschaffungsstruktur auf der Basis von Herstellerabgabepreisen geschätzt. Da lediglich die neun größten Abnehmer von Handelsmarkenspeiseeis befragt wurden, können die Angaben als Untergrenze im Hinblick auf das Marktvolumen sowie als Obergrenze im Hinblick auf die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten interpretiert werden. Insgesamt ergibt sich so ein Marktvolumen von etwa 380 Mio. €, davon entfallen mit ca. 248 Mio. € etwa zwei Drittel auf das Segment Multipackungen sowie mit ca. 122 Mio. € etwa ein Drittel auf den Bereich Haushaltspackungen. Wegen der höheren Produktionskosten und der damit verbundenen höheren Preisstellung von Multipackungen sind die Verhältnisse auf Mengengrundlage etwas anders. Die insgesamt gut 260 Mio. L entfallen dann je etwa zur Hälfte auf die beiden Segmente.

ii. Marktanteile

80 Auf Grundlage des ermittelten Marktvolumens ergeben sich die nachfolgend dargestellten Marktanteile auf Umsatzbasis:

<u>Unternehmen</u>	<u>Gesamt</u>	<u>Multipackungen</u>	<u>Haushaltspackungen</u>
DMK Eis	[20-25] %	[10-15] %	[35-40] %
Rosen Eis	[20-25] %	[30-35] %	[5-10] %
Summe	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %
R & R	[20-25] %	[20-25] %	[30-35] %
Eisbär	[15-20] %	[20-25] %	[10-15] %
Sonstige	[5-25] %	[0-20] %	[0-20] %
Marktvolumen	382 Mio. €	248 Mio. €	122 Mio. €
Die Segmente „Impulseis“ und „Großverbraucherware“ sind hier nicht weiter einzeln aufgeführt, da sie im Bereich Handelsmarke eine sehr untergeordnete Rolle spielen. Gleichwohl sind diese Bereiche dafür verantwortlich, dass die Addition der Marktvolumina von Multi- und Haushaltspackungen nicht das Gesamtmarktvolumen ergibt.			

Tabelle 1: Marktanteile

iii. Marktentwicklung

81 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung bestätigen einen bereits bekannten Trend²⁹ hin zu Multipackungen und weg von Haushaltspackungen. Im Zeitraum von 2009 bis 2011 nahm der Absatz von Haushaltspackungen um knapp 8 % ab, verbunden mit einem Umsatzrückgang von gut 5 %. Eine gegenteilige Entwicklung ist im Bereich Multipackungen beobachtbar. Hier legten die Mengen um 10 % und die Umsätze um gut 7 % zu.

82 Auf dem Markt für Multipackungen verbuchten die Zusammenschlussbeteiligten in der Summe in den letzten drei Jahren einen Zuwachs i.H.v. [5-10] Prozentpunkten.

²⁹ Vgl. Lebensmittelzeitung vom 09.03.2012: „Multipacks bleiben unschlagbar“.

Auch Eisbär konnte seinen Marktanteil leicht um [0-5] Prozentpunkte ausbauen, wohingegen R&R um [5-10] Prozentpunkte verlor. Auf dem Markt für Haushaltspackungen schwankte der Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten in der Summe insgesamt nur wenig, wobei DMK Eis mit [10-15] Prozentpunkten deutliche Zuwächse verbuchen konnte. Auf der anderen Seite verlor Rosen Eis [10-15] Prozentpunkte. Auch R&R hatte zwischen 2009 und 2011 Rückgänge i.H.v. [5-10] Prozentpunkten zu verzeichnen. Eisbär zeigte eine stabile Entwicklung und schwankte nur geringfügig.

iv. Marktanteilsabstände

- 83 Neben dem absoluten Marktanteil ist auch der Marktanteilsabstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern von Bedeutung. Diesem kommt für die Beurteilung, ob als Folge eines Zusammenschlusses eine überragende Marktstellung entstehen wird, eine Indizwirkung zu.
- 84 Die Ermittlungen haben ergeben, dass der Marktanteilsabstand der Zusammenschlussbeteiligten gegenüber ihren Wettbewerbern erheblich ist. Auf den nächstgrößten Wettbewerber R&R entfällt ein Marktanteil i.H.v. insgesamt [20-25] %; es folgt Eisbär mit [15-20] %. Der Marktanteilsabstand zum nächstgrößeren Wettbewerber beträgt mithin [15-25] Prozentpunkte.
- 85 Insgesamt entfallen auf die TOP 4 – Unternehmen des Marktes [75-95] % des Marktvolumens. Auch dieser Befund gilt unabhängig davon, ob Haushalts- und Multipackungen zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen sind oder nicht. Der Markt ist insgesamt nicht stark fragmentiert, da auf die restlichen Wettbewerber zusammen lediglich [5-25] % des Marktvolumens entfallen.

v. Fazit zur Marktstruktur

- 86 Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten übersteigt die Grenze für die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung gemäß § 19 Absatz 3 Satz 1 GWB. Die Marktanteilsadditionen sind erheblich. Für den Fall eines einheitlichen Marktes, der Haushalts- und Multipackungen umfasst, schließen sich die Nummer 2 und 3 des Marktes zusammen und steigen so zum Marktführer auf. Für den Fall jeweils getrennter Märkte kommen jeweils der Marktführer und die Nummer 4 der Märkte zusammen. Durch den Zusammenschluss vergrößern sich die Marktanteilsabstände zu den nachfolgenden Wettbewerbern.

87 Die gesetzliche Vermutung kann jedoch aufgrund der übrigen Strukturfaktoren und der vorhandenen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite als widerlegt angesehen werden, wie nachfolgend dargelegt wird. Dies gilt im Übrigen auch für die kollektive Marktbeherrschungsvermutung.

b. Sonstige Faktoren

88 Die von der Rechtsprechung geforderte Gesamtbetrachtung der maßgebenden Umstände, insbesondere die auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse, zeigen, dass die Beteiligten auch nach dem Zusammenschluss wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sein werden, der ihre wettbewerblichen Verhaltensspielräume effektiv zu kontrollieren vermag.

89 Diese Umstände sind im Wesentlichen gekennzeichnet durch erhebliche, derzeit ungenutzte Kapazitäten bei den verbleibenden Hauptwettbewerbern (dazu unter i)). Diese freien Kapazitäten sind für sich betrachtet zwar noch kein Grund, per se von funktionsfähigem Wettbewerb auszugehen. Sie gewinnen aber im vorliegenden Fall insbesondere vor dem Hintergrund der Ablaufmechanismen der Beschaffung des LEH an Bedeutung, da die Aufträge des Handels immer wieder in Form von kleinteiligen Einzelaufträgen und teilweise anhand von Losvergaben ausgeschrieben werden. Da bereits im Markt freie Kapazitäten vorhanden sind, die im Wettbewerbsprozess als maßgeblicher Parameter eingesetzt werden können, spielen Marktzutrittsschranken, der damit verbundene potentielle Wettbewerb sowie ggfs. vorliegende Randsubstitution im vorliegenden Fall nur eine untergeordnete Rolle (dazu unter ii)).

90 Ferner hat die Analyse der Ausschreibungsmärkte ergeben, dass vom Verhalten des Hauptwettbewerbers R&R aber auch von Seiten des Unternehmens Eisbär ein erhebliches Disziplinierungspotential auf die Zusammenschlussbeteiligten ausgeht (dazu unter iii)). Es ist nicht davon auszugehen, dass dieses Potential nach dem Zusammenschluss entscheidungserheblich eingeschränkt wird. Somit stehen der Marktgegenseite mit R&R sowie der derzeitigen Nummer 4³⁰ im Markt, Eisbär, realistische Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung.

91 Darüber hinaus sehen sich die Eisproduzenten einer nachfragemächtigen Marktgegenseite, dem LEH, gegenüber. Dies gilt nicht nur auf Basis der

³⁰ Bei Zugrundelegung eines einheitlichen Marktes für Haushalts- und Multipackungen.

strukturellen Marktdaten, auch qualitative Aspekte spielen hier eine wichtige Rolle (dazu insgesamt unter iv)). Darüber hinaus misst die Beschlussabteilung einem etwaigen Zusammenschlussbedingten, verbessertem Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten im vorliegenden Fall keine hohe Bedeutung bei (dazu unter v)). Auch ein Zuwachs an Finanzkraft oder aber Verflechtungen im Markt (dazu unter vi)) sind aus Sicht der Beschlussabteilung nicht geeignet, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit wettbewerblich unkontrollierte Verhaltensspielräume der neuen Unternehmenseinheit zu begründen.

i. Kapazitäten

- 92 Angesichts erheblicher freier Kapazitäten im Markt, die auch und gerade bei den verbleibenden Hauptwettbewerbern vorhanden sind, ist davon auszugehen, dass die wettbewerblichen Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten effektiv kontrolliert werden. Dies ist im vorliegenden Zusammenschluss der Fall, da diese freien Kapazitäten im Hinblick auf den vergleichsweise geringen Umfang einzeln vergebener Aufträge eine Größe und Struktur aufweisen, die es den verbleibenden Wettbewerbern ermöglicht, immer wieder um einzelne Aufträge zu konkurrieren.
- 93 Der Markt für Handelsmarkenspeiseeis ist vorwiegend mengengetrieben. Die Margen sind für die Hersteller vergleichsweise niedrig. Durch die Anforderungen der Lebensmitteldiscounter sind hohe und verlässlich bereitgestellte Liefermengen zu günstigen Preisen wichtig. In einer der Beschlussabteilung vorliegenden internen Unternehmenspräsentation eines Eisproduzenten heißt es etwa: „Der deutsche Markt lebt im LEH zu 59 % von Handelsmarken. Handelsmarkenhersteller müssen sich mit kleinsten Margen behaupten. Größe ist [daher] entscheidend für Erfolg“. In einem solchen Marktumfeld können Kapazitäten eine wichtige Rolle spielen. Nur wer entsprechend hohe Mengen zu gleichbleibender Qualität bereitstellen kann, ist für die Marktgegenseite ein attraktiver Lieferant. Diese Anforderungen erklären auch die zunehmende Konzentrationstendenz im Bereich der Handelsmarkenhersteller.
- 94 Aus wettbewerblicher Sicht kommt dem Themenkomplex „Kapazitäten“ aber noch eine andere, wichtige Bedeutung zu. Grundsätzlich bringt ein Unternehmenszusammenschluss aufgrund der nunmehr entstandenen Größe

Anreize mit sich, Mengen zu verknappen und damit die Preise zu erhöhen³¹, da Wettbewerbsdruck durch den Zusammenschluss partiell internalisiert wurde. Die Erfolgchancen eines solchen Unterfangens (und damit die Auswirkungen einer Preiserhöhung/Mengenverknappung) hängen entscheidend davon ab, ob bei den im Markt verbleibenden Wettbewerbern ausreichende Möglichkeiten gegeben sind, auf eine Preissteigerung oder Verschlechterung des Angebots der Zusammenschlussbeteiligten mit einer Ausweitung des eigenen Produktangebots reagieren zu können.

- 95 So sind etwa im Markt vorhandene Überkapazitäten unter Umständen in der Lage, den Wettbewerbsspielraum eines ansonsten marktstarken Unternehmens erheblich einzuschränken. In solchen Fällen ist in der Regel kein zusammenschlussbedingter, deutlicher Preiseffekt zu erwarten. Der ökonomische Grund hierfür liegt darin, dass das Unternehmen antizipiert, dass die anderen Unternehmen, da sie über ausreichende, kostengünstig bereitzustellende Kapazitäten verfügen, seine jeweilige Mindermenge ausgleichen werden. Im Endergebnis wird somit, rationales Verhalten unterstellt, keine Mengenreduktion angestrebt.³²
- 96 Sind auf Seiten der verbleibenden Wettbewerber jedoch erhebliche Investitionen erforderlich, um die bereits bestehenden Kapazitäten zu erweitern, so schränkt dies den von den Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck ein.³³ Ähnlich problematische Konstellationen können sich ergeben, wenn Kapazitätsausweitungen nur mit längerem zeitlichen Vorlauf realisiert werden können oder aber nicht im benötigten Umfang möglich sind. Hingegen können nicht ausgelastete Überkapazitäten, die nicht den Wettbewerbern, sondern den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zur Verfügung stehen, erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. Diese können die Auswirkungen eines ohnehin schon problematischen Marktanteilszuwachses verstärken.

³¹ Vgl. hierzu BKartA 29. März 2012, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 22.

³² Vgl. hierzu etwa Europäische Kommission, 5.2.2004, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Rn 33.

³³ Vgl. hierzu BKartA 29. März 2012, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 40 unter Hinweis auf BKartA, 29.9.2004, B5-170/03, Leggett&Platt/AGRO, Rn. 146 ff.

- 97 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass im Markt für Handelsmarkenspeiseeis erhebliche Überkapazitäten vorhanden sind.³⁴ Diese sind auch und gerade bei den im Markt verbleibenden Wettbewerbern vorhanden. Der Umfang dieser Überkapazitäten ist im Verhältnis zum mengenmäßigen Marktvolumen ganz erheblich. So verfügten die vier großen Handelsmarkeneisproduzenten in 2011 über freie Kapazitäten i.H.v. [100-150] Mio. Litern. Dies entspricht etwa [40-60] % des gegenwärtigen Marktvolumens.³⁵
- 98 Die Ermittlungen haben ferner gezeigt, dass die im Markt verbleibenden Haupt-Wettbewerber, auf die es im Rahmen großer Ausschreibungsvolumina des LEH gerade ankommt, über erhebliche Kapazitätsreserven verfügen. So entfallen etwa 60 bis 70 % der freien Kapazitäten im Markt auf die beiden Unternehmen R&R sowie Eisbär, die nicht am Zusammenschluss beteiligt sind.
- 99 Entscheidend ist jedoch nicht so sehr der absolute Umfang der Kapazitäten sondern eher eine Betrachtung im Zusammenhang mit den im Rahmen der Auftragsvergabe des LEH zu erwartenden Losgrößen einzelner Aufträge. So ergibt sich im Gesamtkontext mit den Marktmechanismen die Möglichkeit für die Marktgegenseite auch in erheblichem Umfang auf die verbleibenden Alternativenanbieter auszuweichen. Denn deren Kapazitäten reichen aus, um auch große Kunden aus dem LEH zu gewinnen.
- 100 Dies zeigt sich zunächst auf Basis einer Analyse der Beschaffungsstruktur. Etwa 80 % des gesamten Marktvolumens (ca. 220 Mio. Liter) werden mit fünf Lebensmitteleinzelhändlern umgesetzt. Hiervon wiederum etwa [40-50] % entfallen auf die Zusammenschlussbeteiligten als Lieferanten. Der Mittelwert dieser einzelnen mengenmäßigen Beschaffungsvolumina liegt bei [5-10] Mio. Litern, die Werte streuen zwischen [0] und [20] Mio. Litern. Insofern kann angesichts der freien Kapazitätenblöcke bei den verbleibenden Wettbewerbern davon

³⁴ Die Ermittlungen bestätigen offenbar im Markt bekannte Umstände. So weist etwa Martin Ruehs, der Geschäftsführer von Eisbär, in einem Artikel der LZ vom 8. März 2013 auf die Kapazitätsprobleme im Markt hin: „Sorgen bereitet ihm, dass es in Deutschland ohnehin ausreichend Produktions- wenn nicht Überkapazitäten gibt. Das drücke auf die Preise.“ (S. 41)

³⁵ Diese und die nachfolgenden Ausführungen zu Kapazitäten wurden unter Zusammenfassung der Kapazitäten für Haushaltspackungen und Multipackungen verfasst. Die Betrachtungsweise im Aggregat soll die Geschäftsgeheimnisse – und hierzu zählen insbesondere freie Kapazitäten - aller Marktteilnehmer schützen. Die Beschlussabteilung hat identische Betrachtungen sowohl für Haushaltspackungen als auch für Multipackungen isoliert angestellt und ist zu keinem relevant abweichenden Ergebnis gelangt.

ausgegangen werden, dass auch große Kunden aus dem LEH durchaus bestreitbar sind.

101 Auch eine nähere Betrachtung der 69 größten Ausschreibungen³⁶ der von der Beschlussabteilung befragten Unternehmen des LEH macht deutlich, dass einzelne Aufträge durchaus in erheblichem Umfang von im Markt verbleibenden Wettbewerbern gewonnen werden können. So liegt das durchschnittliche Auftragsvolumen bei [1-3] Mio. €, die Standardabweichung liegt bei [1-3] Mio. €³⁷. Zwar enthalten die Ausschreibungsdaten keine direkten Informationen zu Mengen und Volumina, anhand von Durchschnittswerten kann aber grob ermittelt werden, dass sich die einzelnen Aufträge in einer Größenordnung von [0,5-3] Mio. Litern bewegen³⁸. Angesichts freier Kapazitäten von [60-100] Mio. Litern, die nicht auf die Zusammenschlussbeteiligten entfallen, ist davon auszugehen, dass die vom LEH praktizierte Form der Auftragsvergabe anhand einzelner Produkte sicherstellt, dass für einzelne Ausschreibungen immer wieder genug wettbewerbliches Drohpotential entsteht, das die Zusammenschlussbeteiligten in ihrem wettbewerblichen Verhaltensspielraum einschränkt. Angesichts des hohen Fixkostenblocks trägt zudem jeder gewonnene Auftrag dazu bei, die Ertragssituation der Eishersteller zu verbessern, sodass diese ein veritables Interesse daran haben, durch wettbewerbsfähige Angebote weitere Aufträge zu generieren.

102 Die Existenz und die Verteilung der freien Ressourcen lassen daher insgesamt nicht erwarten, dass DMK Eis und Rosen Eis nach der Fusion über unkontrollierte Verhaltensspielräume verfügen, die das neue Unternehmen gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel in eine Lage versetzt, Mengen zu verknappen und Preise über das wettbewerbliche Niveau hinaus anzuheben. Darüber hinaus war festzustellen, dass sämtliche relevanten Anbieter grundsätzlich in der Lage sind, die vom LEH im Wesentlichen nachgefragten Eisformen zu produzieren³⁹.

³⁶ Für eine ausführliche Dokumentation der Ausschreibungsanalyse sei an dieser Stelle auf Abschnitt III b iii) verwiesen.

³⁷ Die Standardabweichung ist ein Maß für die Streubreite der Werte eines Merkmals rund um dessen Mittelwert (arithmetisches Mittel). Vereinfacht gesagt, ist die Standardabweichung die durchschnittliche Entfernung aller gemessenen Ausprägungen eines Merkmals vom Durchschnitt.

³⁸ Diese Werte wurden ermittelt, indem das durchschnittliche Auftragsvolumen durch die beiden durchschnittlichen Preise für Handelsmarken-Multipackungen (1,72 €/L) sowie für Handelsmarken-Haushaltspackungen (0,99 €/L) dividiert wurde.

³⁹ Vgl. Abschnitt B II 1. a) zu den vom Zusammenschluss betroffenen Produktsegmenten.

ii. Marktzutrittsschranken, potentieller Wettbewerb und Randsubstitution

¹⁰³ Potentieller Wettbewerb spielt auf dem Markt für Handelsmarkenspeiseeis keine wichtige Rolle. Insbesondere sind kaum wirtschaftlichen Anreize vorhanden, die es für die etablierten Markenhersteller attraktiv erscheinen lassen könnten, sich im Handelsmarkenbereich zu engagieren. Auch „echte“ Neuzutritte, d.h. von Unternehmen, die bislang kein Speiseeis herstellen, sind angesichts der derzeit vorhandenen Überkapazitäten und dem damit verbundenen Margendruck mittelfristig nicht zu erwarten. Von einer gewissen Randsubstitution durch Markenhersteller kann zwar ausgegangen werden, angesichts der starken Preisunterschiede geht die Beschlussabteilung jedoch nicht davon aus, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der Handelsmarkenhersteller durch die etablierten Markenproduzenten entscheidend begrenzt werden kann.

a) potentieller Wettbewerb

¹⁰⁴ Potentielle Wettbewerber sind unter Umständen geeignet, die wettbewerblichen Verhaltensspielräume marktstarker Unternehmen zu begrenzen. Muss ein Anbieter befürchten, dass die Drohung des Marktzutritts eines derzeit noch nicht auf dem Markt aktiven Unternehmens glaubhaft ist, so kann hiervon eine disziplinierende Wirkung ausgehen.⁴⁰ Ob das „Damokles-Schwert“ des Marktzutritts tatsächlich disziplinierende Wirkung entfaltet, hängt zuvorderst von den Marktzutrittsschranken ab. Niedrige Marktzutrittsschranken erhöhen die Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts. Diese Wahrscheinlichkeit bemisst sich dabei sowohl nach den objektiven Möglichkeiten als auch nach den Anreizen, die mit einem Markteintritt verbunden sind.

¹⁰⁵ Die Ermittlungen haben keine Hinweise auf nennenswerte Marktzutrittsschranken auf dem Markt für Handelsmarkenspeiseeis ergeben, seien sie nun rechtlicher, struktureller oder aber strategischer Art. Entscheidend ist im Hinblick auf den potentiellen Wettbewerb im vorliegenden Fall aber, dass für an sich dem Markt nahestehende Unternehmen, nämlich die beiden großen Markenhersteller Unilever und Nestlé, derzeit keine Anreize gegeben sind, Handelsmarkeneis zu

⁴⁰ Vgl. hierzu ausführlich Schwalbe, U. / Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie. Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 2011, S. 189 ff.

produzieren. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben gezeigt, dass zwar aus technologischer Sicht keine Hürden existieren, die die Markenproduzenten vom Markt fernhalten. Handelsmarkeneis könnte sofort und ohne nennenswerte Umstellungskosten auf den bereits existierenden Produktionslinien der Markenproduzenten hergestellt werden. Allerdings sind es wirtschaftliche bzw. unternehmensstrategische Gründe, die verhindern, dass diese Unternehmen zumindest potentiellen Wettbewerb auf die großen Handelsmarkenhersteller ausüben könnten. Denn in Folge der fehlenden wirtschaftlichen Anreize ist im Rahmen der gebotenen dynamischen Betrachtung nicht damit zu rechnen, dass Markteintritte der Herstellermarkenproduzenten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfolgen werden.⁴¹ Erforderlich für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs ist aber gerade eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die betreffenden Unternehmen zu aktuellen Wettbewerbern werden.⁴²

¹⁰⁶ Sowohl Nestlé als auch Unilever haben übereinstimmend angegeben, dass die Produktion von Handelsmarkeneis aus strategischen Erwägungen heraus für sie derzeit nicht in Frage kommt. Es bestehen offenkundig keinerlei Anreize für die Unternehmen zum Vorstoß auf den relevanten Markt, da ein solcher Zutritt aus Sicht der etablierten Markenhersteller nicht rentabel wäre. Die Aussicht auf Rentabilität ist jedoch zwingend notwendig, um potentiellen Wettbewerb „anzulocken“. Unrentabel ist der Zutritt laut Europäischer Kommission etwa bei völliger Marktsättigung oder aber bei Größenvorteilen der bereits etablierten Unternehmen.⁴³

⁴¹ Vgl. hierzu Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 11. Auflage, § 36, Rn. 19.

⁴² BGH, „Vitamin B12“, 1976, WuW/E BGH 1435.

⁴³ Vgl. Europäische Kommission, 5.2.2004, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Rn 72.

107 Auch die Marktgegenseite rechnet derzeit nicht damit, dass die etablierten Herstellermarkenproduzenten in absehbarer Zukunft als alternative Bezugsquelle im Hinblick auf Handelsmarkenspeiseeis zur Verfügung stehen. So geben sämtliche befragten LEHs an, dass die Beschaffung von Handelsmarkeneis bei den namhaften Markenproduzenten Unilever und Nestlé nicht möglich sei.

108 Angesichts der erheblichen Preisunterschiede, die zwischen Herstellermarken und Handelsmarken auch auf Basis des Abgabepreises an den Handel bestehen, ist diese Entscheidung aus wirtschaftlicher Sicht durchaus nachvollziehbar.⁴⁴ So müsste Handelsmarkeneis im Bereich Multipackungen um gut 100 % und im Bereich Haushaltspackungen immerhin um etwa 50 % teurer werden, um in die Preisregionen vorzurücken, die für Markenprodukte durchschnittlich erzielt werden. Diese hypothetischen Steigerungsraten sind zwar einschränkend um einen ganz erheblichen Marketingkostenblock zu korrigieren. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass Handelsmarkenprodukte immer noch erheblich teurer im Hinblick auf den Abgabepreis an den Handel werden müssten, um das betriebswirtschaftliche Kalkül der etablierten Markenproduzenten derart zu beeinflussen, als dass eine langfristig getroffene, strategische Entscheidung sich in ihr Gegenteil verkehrt.

109 Insgesamt ist somit unter Berücksichtigung der Anreizstruktur im Handelsmarkenbereich - gerade in Abgrenzung zum Markensegment - nicht davon auszugehen, dass ein Marktzutritt der etablierten Markenproduzenten mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit und in ausreichendem Umfang erfolgen wird. Da im Markt erhebliche Überkapazitäten existieren, die entsprechenden Druck auf die Margen auslösen, ist auch nicht davon auszugehen, dass marktfremde Marktzutritte erfolgen werden.

b) Randsubstitution

110 Die vom Herstellermarkenbereich ausgehende Randsubstitution ist zwar vorhanden, sie ist jedoch für sich alleine genommen nicht in der Lage, etwaige unkontrollierte Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten wirksam zu begrenzen.

⁴⁴ An dieser Stelle sei auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung verwiesen (vgl. Rn 41).

- 111 Anbieter auf benachbarten Märkten können unter Umständen eine disziplinierende Wirkung auf marktstarke Unternehmen haben, die auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt tätig sind. Derartiger Substitutionswettbewerb ist dann vorhanden, wenn Waren oder Dienstleistungen betroffen sind, die zwar nicht marktgleichwertig sind, aber dennoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen trotz bestehender Unterschiede die jeweiligen Waren oder Dienstleistungen ersetzen können.⁴⁵
- 112 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben jedoch ergeben, dass das Ausmaß und die Qualität dieses Randwettbewerbs nicht besonders stark ausgeprägt sind und insoweit auch kaum ausreichenden Wettbewerbsdruck auf den Handelsmarkenbereich entfalten können.
- 113 Dafür ist zum einen verantwortlich, dass ein ganz erheblicher Teil der Nachfrager auf Seiten des LEH qua Ausrichtung der Vertriebslinienpolitik keinerlei Herstellermarken im Eisbereich bezieht. Insofern kann hier Randsubstitution, ausgehend vom Herstellermarkenbereich, keine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere für die Harddiscounter ALDI Nord und Süd. Selbst bei LIDL sind Herstellermarken im Eisbereich nur unterproportional vertreten. So wurden im abgelaufenen Geschäftsjahr lediglich ca. 25 % der benötigten Menge von Herstellermarkenproduzenten bezogen, wohingegen 75 % auf den Handelsmarkenbereich entfielen.⁴⁶
- 114 Zum anderen spielen Herstellermarkenprodukte, die - ihren Bekanntheitsgrad und die öffentliche Wahrnehmung betreffend - unterhalb der den Markt dominierenden Marken Langnese (Unilever) bzw. Mövenpick (Nestlé/Schoeller) anzusiedeln sind, keine große Rolle. So entfallen wertmäßig lediglich knapp 10 % des inländischen Marktvolumens für Herstellermarken auf diese Produzenten von weniger bekannten Marken. Daraus ergibt sich zusätzlich ein überschaubares Potential für den Bereich, der wegen der stärkeren wettbewerblichen Nähe zu Handelsmarken überhaupt für Randsubstitution in Frage kommt.
- 115 Insgesamt verkennt die Beschlussabteilung jedoch nicht, dass vom Herstellermarkenbereich theoretisch durchaus Randsubstitution auf den

⁴⁵ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10. Auflage, Band 1, Einführung zum GWB, Rn. 78.

⁴⁶ Quelle: GfK-Auswertung für die Zusammenschlussbeteiligten.

Handelsmarkenbereich ausgehen kann. In Hinblick auf Qualität und Umfang dieser Randsubstitution ist jedoch davon auszugehen, dass diese für sich genommen kaum in der Lage ist, den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der großen Handelsmarkenhersteller effektiv zu begrenzen.

iii. Wettbewerbliche Nähe - Ausweichmöglichkeiten

- 116 Auch nach dem Zusammenschluss bestehen für die Marktgegenseite mit R&R und Eisbär geeignete Ausweichmöglichkeiten. Dies gilt umso mehr, als dass R&R bereits jetzt den wettbewerblichen Verhaltensspielraum sowohl von DMK Eis als auch von Rosen Eis deutlicher begrenzt, als es die Zusammenschlussbeteiligten im Verhältnis zum jeweils anderen vermögen.
- 117 Einen ersten Eindruck im Hinblick auf die Wettbewerbsbeziehungen zwischen R&R und den beiden Zusammenschlussbeteiligten auf der einen sowie zwischen DMK Eis und Rosen Eis im Binnenverhältnis auf der anderen Seite vermitteln sowohl die Marktanteilsverteilung als auch die Kapazitätsverteilung zwischen den beiden Segmenten Haushaltspackungen und Multipackungen. Wie bereits die cursorische Betrachtung der Marktanteile nahelegt, unterscheiden sich die Zusammenschlussbeteiligten im Hinblick auf ihre Schwerpunktsetzung. Rosen Eis produziert deutlich mehr Multipacks, wohingegen DMK Eis schwerpunktmäßig Haushaltspackungen herstellt.
- 118 Diese unterschiedlichen Schwerpunkte spiegeln sich auch in der Einschätzung der Abnehmer wider. Die Mehrheit der 9 befragten LEHs geben R&R sowohl als wichtigsten Wettbewerber von DMK Eis als auch von Rosen Eis an. Lediglich ein Unternehmen gibt einen der beiden Zusammenschlussbeteiligten als jeweils nächsten Wettbewerber des anderen an.
- 119 Zur weiteren Analyse der Frage des Wettbewerbsverhältnisses der Zusammenschlussbeteiligten auf der einen sowie der anderen Marktteilnehmer auf der anderen Seite, hat die Beschlussabteilung, unterstützt durch das ökonomische Grundsatzreferat, eine Analyse der Ausschreibungsmärkte (Stichwort „bidding analysis“) für Handelsmarkenspeiseeis vorgenommen. Auch diese Analyse bestätigt im Kern, dass der von R&R ausgehende Wettbewerbsdruck stärker ausgeprägt ist als der, der von den Zusammenschlussbeteiligten jeweils aufeinander wirkt.

Ausschreibungsanalyse

- 120 Die Ausschreibungsanalyse (bidding analysis) ist ein wettbewerbsökonomisches Analyseinstrument, das überwiegend in der Fusionskontrolle zum Einsatz kommt. Bei der Analyse enger (Oligopol-)Märkte und bei der Analyse von Ausschreibungs- / Bietermärkten besteht die Gefahr, dass Marktanteile (zumal für ein Jahr) keine valide Aussage über die Marktmacht zulassen, da große Aufträge bzw. Zuschläge die Marktanteilsverteilung kurzfristig sehr stark beeinflussen können.⁴⁷ Da in der Regel nicht von idealtypischen Bietermärkten auszugehen ist, sagt die reine Anzahl der Anbieter auf diesen Märkten nur wenig über den begrenzenden Einfluss und eventuelle Marktmacht einzelner Akteure aus. Deshalb sind die wettbewerbliche Nähe der Marktteilnehmer und damit ihr Potential, wirkungsvoll den Verhaltensspielraum der anderen Marktteilnehmer zu begrenzen, in diesen Fällen eingehender zu untersuchen.
- 121 Empirischer Ansatzpunkt der Analyse ist regelmäßig das tatsächliche wettbewerbliche Geschehen bei den einzelnen Ausschreibungen. Typischerweise wird analysiert, welche Bieter aufeinandertreffen (Begegnungsanalyse),⁴⁸ wer den Zuschlag erhält und wer in den unterschiedlichen Fällen das zweitbeste Angebot abgegeben hat. Letzteres ist wichtig, da vom zweitbesten Angebot Schlüsse auf den engsten Wettbewerber und das von ihm ausgehende Begrenzungspotential des wettbewerblichen Verhaltensspielraums ausgeht.

Datengrundlage

- 122 Im Rahmen der Ermittlungen wurden die 9 Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels mit den stärksten Umsätzen im Handelsmarkenbereich gebeten, Angaben zu den jeweils 10 wertmäßig größten Ausschreibungen im Speiseeisbereich des abgelaufenen Kalenderjahres 2012 zu machen. Abgefragt wurden das Auftragsvolumen, die fünf besten Angebotsabgaben sowie die

⁴⁷ Vgl. Schwalbe, U. / Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie, a.a.O., S. 63f. und 181ff. Hier ist auch die Entscheidung Metronet/Infracore (Europäische Kommission v. 21.06.2002 / COMP/M.2694) zitiert, in der es in Rn. 47 heißt: „In markets where contracts are awarded through bidding procedures, it is insufficient to examine market share figures alone. This is because market shares in bidding markets are by their nature lumpy, and they only take into account the activity of the winners of a given contract but do not show how many credible competitors actually participated as bidders and thus created competitive constraints.“

⁴⁸ Vgl. z.B. BKartA, B9-84/09 (Webasto/Edscha) oder BKartA, B3-127/12 (Fresenius/Fenwal); für weitere Fälle aus der europäischen Praxis vgl. Schwalbe, U. / Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie, a.a.O., S. 181ff.

Rangreihung der Bewerber in jeder Ausschreibung. Aus den Antworten entstand eine Datengrundlage, die 69 Ausschreibungen mit insgesamt 216 Geboten umfasst.⁴⁹ Die Analyse hat ergeben, dass das von diesen jeweils 10 wichtigsten Ausschreibungen erfasste Marktvolumen insgesamt knapp zwei Drittel des gesamten Beschaffungsvolumens der befragten Handelsunternehmen repräsentiert. Die jeweiligen Abbildungsquoten schwanken dabei zwischen 50 und 90 Prozent.

Ergebnis

- 123 Die Analyse der vom LEH durchgeführten Ausschreibungen hat ergeben, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass DMK Eis und Rosen Eis füreinander jeweils engste Wettbewerber sind. Vielmehr haben sich aber sehr deutliche Hinweise darauf ergeben, dass R&R der wichtigste verhaltensbegrenzende Wettbewerber für jeden der beiden am Zusammenschluss Beteiligten ist.
- 124 Dieser Befund ergibt sich zum einen auf Basis der Anzahl der Bieter. Bereits vor dem Zusammenschluss nehmen an etwa zwei Dritteln der erfassten Ausschreibungen lediglich drei oder weniger Bieter teil. Jener Anteil erscheint vergleichsweise hoch; allerdings ändert sich daran zusammenschlussbedingt nur wenig. Nimmt man an, die Zusammenschlussparteien wären bereits fusioniert (und die anderen Anbieter sind in ihrem Angebotsverhalten unabhängig)⁵⁰, so stiege dieser Wert um gut 10 Prozentpunkte auf [70-80] % an. Vor diesem Hintergrund entstünde nur bei 9 (von 69) Ausschreibungen eine zusammenschlussbedingte Verschlechterung.
- 125 Wird ferner berücksichtigt, dass ohnehin in keiner Ausschreibung mehr als 5 Bieter Angebote abgegeben haben und es insgesamt zumindest noch drei weitere Anbieter gibt, die jeweils mehr als insgesamt 10 Angebote abgegeben haben (Ysco, Eisbär, R&R), scheint diese Verschlechterung insgesamt nicht gravierend. Diese Einschätzung speist sich auch aus dem Alternativvergleich: Wenn

⁴⁹ Die Fallzahl erreicht keine 90 Ausschreibungen, wie es bei 9 Unternehmen mit jeweils 10 Ausschreibungen zu erwarten gewesen wäre. Dies liegt daran, dass ein Unternehmen überhaupt keine Handelsmarkenausschreibungen vornimmt und ein weiteres Unternehmen nicht auf eine Weise beschafft, die einer strukturierten Analyse zugänglich ist. Ein drittes Unternehmen gab an, mit 9 Ausschreibungen bereits das gesamte Beschaffungsvolumen im Speiseeisbereich abzudecken.

⁵⁰ Tatsächlich dürften die Handelsunternehmen eher andere Eisproduzenten zur Angebotsabgabe ermutigen.

gedanklich Rosen Eis und R&R zusammengefasst würden, so würden auf [80-90]% aller Ausschreibungen nur noch drei oder weniger Bieter Angebote abgeben. Wenn DMK Eis und R&R derart zusammengefasst würden, so wären es ebenfalls [80-90]%. Dieser Befund legt nahe, dass R&R für die Zusammenschlussbeteiligten ein wichtiger begrenzender Faktor ist.

¹²⁶ Einen vertieften Eindruck in das Angebotsverhalten der Eishersteller gewinnt man durch die Analyse der Begegnungsquoten. Diese geben in verdichteter Form an, wie häufig sich bestimmte Anbieter parallel auf ein- und dieselbe Ausschreibung bewerben. Auch diese Analyse ergab, dass R&R den Zusammenschlussbeteiligten häufiger begegnet, als diese es untereinander tun. Die untenstehende Tabelle 2 enthält die Begegnungsquoten der vier großen Handelsmarkeneishersteller, sie sind wie folgt zu lesen: Rosen Eis und DMK Eis trafen bei [30-40] % der Ausschreibungen aufeinander. Zum Vergleich trafen R&R sowie DMK Eis und Rosen Eis in [50-60]% bzw. [50-60]% der 69 Ausschreibungen aufeinander. Neben diesem Vergleich ist ebenfalls aufschlussreich, dass Eisbär, das viertgrößte Unternehmen im Markt, mit [20-30]% auch recht häufig auf Rosen Eis trifft.

N = 69	<i>DMK Eis</i>	<i>Rosen Eis</i>	R&R	Eisbär	Sonstige
<i>DMK Eis</i>	---	[30-40] %	[50-60] %	[10-20] %	[20-30] %
<i>Rosen Eis</i>	---	---	[50-60] %	[20-30] %	[20-30] %
R&R	---	---	---	[30-40] %	[30-40] %
Eisbär	---	---	---	---	[10-20] %
Sonstige	---	---	---	---	---

Tabelle 2 - Begegnungsquoten (Basis Fallzahlen)

¹²⁷ Ähnliche Größenordnungen ergeben sich bei einer umsatzbasierten Betrachtung der Fälle. Tabelle 3 enthält die entsprechenden Informationen.

N = [100-200] Mio. €	DMK Eis	Rosen Eis	R&R	Eisbär	Sonstige
DMK Eis	---	[40-50] %	[50-60] %	[10-20] %	[10-20] %
Rosen Eis	---	---	[70-80] %	[30-40] %	[20-30] %
R&R	---	---	---	[40-50] %	[20-30] %
Eisbär	---	---	---	---	[20-30] %
Sonstige	---	---	---	---	---

Tabelle 3 - Begegnungsquoten (Basis Auftragsvolumen)

- 128 Ein sehr ähnliches Bild ergibt sich auch bei der Analyse der Fälle, bei denen einer der beiden Zusammenschlussbeteiligten den Zuschlag erhalten hat. Diese Betrachtungsweise ist ergänzend wichtig, da nur solche Fälle aus Sicht des Handels effektiv einen Unterschied machen können, denn alle anderen Aufträge hätte ohnehin ein anderes Unternehmen gewonnen. Auch auf Basis dieser Datengrundlage (mit [25-30] Fällen, bei denen DMK Eis oder Rosen Eis den Zuschlag erhielten) liegen die Begegnungsquoten von R&R mit einem der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils höher als zwischen DMK Eis und Rosen Eis.
- 129 Abschließend hat die Beschlussabteilung die Begegnungsquoten für die Fälle analysiert, bei denen die Zusammenschlussbeteiligten sowohl das beste als auch das zweitbeste Angebot abgegeben haben. In diesen Fällen wären zusammenschlussbedingte Verschlechterungen am ehesten zu erwarten, da hier der begrenzende Spielraum unmittelbar von dem anderen Zusammenschlussbeteiligten ausgegangen ist. Insgesamt war dies aber in nur [0-5] Ausschreibungen der Fall, so dass sich eine weitere Analyse mangels Fallzahl für diese Kategorie verbietet.
- 130 Insgesamt bestätigt die Analyse der Ausschreibungen den durch die Analyse der Kapazitätsverteilungen sowie der Einschätzungen des Handels als unmittelbare Marktgegenseite gewonnenen Eindruck. Der wettbewerbliche Verhaltensspielraum

sowohl von Rosen Eis als auch von DMK Eis wird demnach stärker von R&R kontrolliert als dies unter den Zusammenschlussbeteiligten der Fall ist.

- 131 Dieser Befund auf Basis der Ausschreibungen des LEH ergänzt somit die bereits auf Basis marktstruktureller Erwägungen gewonnenen Erkenntnisse, wonach nicht nur die Kapazitätsverteilung sondern auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten nicht erwarten lassen, dass zusammenschlussbedingt unkontrollierte Verhaltensspielräume entstehen.

iv. Nachfragemacht des Handels

- 132 Wettbewerblicher Druck kann nicht nur von Wettbewerbern sondern auch von Abnehmern ausgehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn den Zusammenschlussbeteiligten auf Kundenseite einige wenige, große Unternehmen begegnen, die strategisch einkaufen.⁵¹ Marktmacht kann daher effektiv begrenzt werden, wenn die unmittelbare Marktgegenseite über glaubwürdige Bezugsalternativen verfügt, auf die sie ohne große Verzögerung und zu vertretbaren Wechselkosten ausweichen kann. Einschränkend können etwa relevante Kapazitätsbeschränkungen auf Seiten der Bezugsalternative⁵² oder aber die Unverzichtbarkeit des Herstellers einer starken Marke⁵³ wirken. Wichtig ist ferner, dass nicht nur einzelne Kunden über gegengewichtige Marktmacht verfügen oder sich diese nur auf einzelne Parameter erstreckt.⁵⁴

- 133 Die eine gegengewichtige Nachfragemacht stützenden Argumentationspunkte sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die vom Zusammenschluss im Wesentlichen betroffenen Produkte Haushaltspackungen und Multipackungen werden zum weitaus überwiegenden Anteil an den LEH abgesetzt. Zwar ist der LEH in Deutschland hochkonzentriert. Die führenden 5 Unternehmen bündeln etwa 85 % der Umsätze. In einer vergleichbaren Größenordnung liegt der prozentuale Anteil der größten 5 LEHs am wertmäßigen Beschaffungsvolumen bei Handelsmarkenspeiseeis. Allerdings liegt das Konzentrationsniveau der Nachfrager im Vergleich immer noch unterhalb des Niveaus der Herstellerseite.

⁵¹ Vgl. hierzu ausführlicher etwa Europäische Kommission, Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, Rn. 64 ff. oder aber Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 201 ff.

⁵² Vgl. hierzu etwa EU KOM vom 25.11.1998 (IV/M.1225), AB1.EG 1999 L 254/9 Enso/Stora.

⁵³ Vgl. etwa EU KOM vom 30.7.2003 (COMP/M.3149) Procter & Gamble/Wella, Rn. 57 oder aber EU KOM vom 6.1.2010 (COMP/M.5644) Kraft Foods/Cadbury, Rn. 118 .

⁵⁴ BKartA, Beschl. vom 20.6.2005, B7-22/05 – Iesy/Ish, Rn. 155.

Hier entfallen 75-95 % des Marktvolumens auf derzeit vier und in Zukunft drei Unternehmen.

- 134 Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die wirtschaftliche Bedeutung jedes einzelnen LEH-Kunden für die Speiseeisproduzenten hoch ist. So entfallen bei DMK Eis [80-90] % der Umsatzerlöse auf die fünf größten LEH-Kunden, bei Rosen Eis liegt dieser Wert in einer vergleichbaren Größenordnung. Zusätzlich verschärfend wirkt, dass im Markt ausreichend Kapazitäten vorhanden sind, die die Drohung einer Abwanderung hinreichend glaubwürdig machen⁵⁵. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund niedriger Wechselkosten.
- 135 Die Nachfragemacht des Handels zeigt sich jedoch nicht allein durch den Vergleich von Strukturkriterien. Sie ist vielmehr auch qualitativ vergleichsweise ausgeprägt, wie zahlreiche Ausschreibungsbeispiele aus dem Speiseeisbereich zeigen.
- 136 Der Handel macht in einer Vielzahl von Ausschreibungen sehr genaue Vorgaben im Hinblick auf die Zutaten und Inhaltsstoffe. So formuliert etwa ein großer LEH in seiner Ausschreibung für ein Handelsmarkenprodukt, das mit dem Markenprodukt Magnum von Langnese (Unilever) vergleichbar ist: „62 % Bourbon-Vanille-Eis überzogen mit 31 % Milkschokolade und 7 % Mandeln“. Weiterhin wird gefordert, auf Geschmacksverstärker, Hefeextrakt, künstliche Farbstoffe, gehärtete Fette und Palmöl/-fett zu verzichten. Darüber hinaus muss das Vanilleeis mindestens 20 ppm Bourbon-Vanilleextrakt enthalten. Ferner werden auch „weiche“ Anforderungen an Aussehen, Konsistenz, Geruch und Geschmack formuliert.
- 137 Eine andere Ausschreibung eines weiteren LEH spezifiziert die Anforderungen an eine Haushaltspackung wie folgt: „Erdbeere: Fruchteiskrem Erdbeere mit stückiger Erdbeerzubereitung (10%); Erdbeermark (7%), Sahne (10%), Butterfett, Erdbeersaft aus Erdbeersaftkonzentrat 7%, Erdbeerstückchen 5%, Aufschlag ca. 110%; Trockenmasse ca. 35%.“
- 138 Die Vorgaben erstrecken sich jedoch nicht nur auf das Produkt selbst. Auch die Umverpackung wird detailliert beschrieben. So wird die Folienstärke der Einzel-

⁵⁵ Vgl. hierzu Abschnitt III b i.

Verpackung sowie die Stärke der Faltschachtelpappe auf den Mikrometer genau spezifiziert.

139 All diese Kriterien sind grundsätzlich geeignet, die einzelnen Produkte der Hersteller vergleichbar und damit austauschbar zu machen. Insofern haben sie zunächst wettbewerbsfördernden Charakter. Gleichwohl enthalten die der Beschlussabteilung vorgelegten Ausschreibungsunterlagen auch deutliche Hinweise auf die wirtschaftliche Bedeutung der großen Händler für die Handelsmarkenproduzenten. So werden etwa genaue Liefermengen und die dazugehörigen Zeitpunkte in den Verträgen bewusst nicht festgelegt. Stattdessen heißt es: „auf Abruf, laufender Bedarf, Saison“ etc., oder „ca. Lieferzeitraum 01.04.2013-31.03.2014“.

140 Besonders deutlich wird das Kräfteverhältnis auch anhand der Forderung eines Handelsunternehmens im Zusammenhang mit der Gestaltung einer Umverpackung. So habe – soweit ein unproblematischer Vorgang - die Gestaltung der Verpackung in Abstimmung zwischen dem Händler und dem Eishersteller zu erfolgen. Darüber hinaus aber obliege die Auswahl der Agentur für die Umsetzung dem Händler, wohingegen die diesbezüglichen Kosten vom Eisproduzenten zu tragen seien.

141 Ferner sind die großen Handelsunternehmen nicht nur im Inland wichtige Vertragspartner der Eisproduzenten. Durch die Expansionspolitik der Discounter im europäischen Ausland sind sie auch für das Auslandsgeschäft die weitaus wichtigsten Abnehmer. So tragen die Auslandsfilialen der großen Discounter ALDI und LIDL bei Rosen Eis einen Anteil von etwa [70-90] % des gesamten Exportvolumens.

142 Es ist darüber hinaus nicht unüblich, dass die großen Händler parallel von verschiedenen Lieferanten die gleichen Speiseeisprodukte beziehen. Dieser Parallelbezug verringert die Abhängigkeit der Handelsunternehmen von einzelnen Lieferanten und wird durchaus als strategisches Element genutzt. Ein solches an marktstrategischen Erwägungen ausgerichtetes Einkaufsverhalten ist lt. BGH ein wichtiges Momentum im Hinblick auf die Möglichkeiten marktmächtiger

Nachfrager, eine überragende Marktstellung auf der Anbieterseite relativieren zu können⁵⁶.

¹⁴³ Als Folge der Ausschreibungspolitik der großen Handelskonzerne, die üblicherweise lediglich einen Einjahreszeitraum abdeckt, sind die Lieferbeziehungen darüber hinaus potentiell instabil. Diese Instabilität hängt auch damit zusammen, dass im Speiseeisbereich die Ausschreibungen lediglich produktbasiert erfolgen. Neben einer „multiple sourcing“ Strategie schafft der Handel somit auch durch eine kurzfristige und am einzelnen Produkt orientierte Ausschreibungspolitik die strukturellen Voraussetzungen dafür, dass die Herausbildung von Abhängigkeiten des Handels von einem Produzenten erschwert wird.

v. Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten

¹⁴⁴ Ein privilegierter Zugang zu Absatz oder Beschaffungsmärkten kann zu Marktmacht beitragen, wenn Wettbewerber keinerlei Möglichkeit haben, sich einen vergleichbaren Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten zu verschaffen, sie aber auf diesen Zugang angewiesen sind, um im vom Zusammenschluss betroffenen Markt tätig zu sein.⁵⁷ Auf den Absatzmärkten kann eine solche Stellung etwa durch die Beteiligung an wichtigen Abnehmern, durch eine besonders ausgeprägte Marktdurchdringung, durch ein besonders breites Sortiment, ein leistungsfähiges und flächendeckendes Vertriebssystem oder ein besonders gutes Service-Netzwerk begründet sein⁵⁸. Im Hinblick auf die Beschaffungsmärkte kann die Beteiligung an wichtigen Vorlieferanten (Stichwort Vertikalintegration) oder aber eine herausragende vertragliche Beziehung zu Lieferanten, ggfs. begünstigt durch besonders hohe Einkaufsvolumina, Hinweise auf einen dauerhaften Wettbewerbsvorsprung geben.

⁵⁶ BGH, Beschl. vom 2.12.1980, WuW/E BGH 1749 – Klöckner/becorit, Rn. 28-31.

⁵⁷ Vgl. hierzu Bundeskartellamt, 29. März 2012, „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“, S. 21 f.

⁵⁸ Bechthold in Bechthold, *GWB – Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - Kommentar, 4. Auflage, § 19, RN 35.

Zugang zu Absatzmärkten

- 145 Die Beschlussabteilung vermag nicht zu erkennen, dass das neue Unternehmen durch den Zusammenschluss über einen nunmehr privilegierten Zugang zu den relevanten Absatzmärkten erhält.
- 146 Wie bereits skizziert läuft der weitaus überwiegende Anteil des Handelsmarkengeschäfts über Ausschreibungen. Die unternehmensindividuelle Ausgestaltung und Struktur des Zugangs zu den Absatzmärkten spielen möglicherweise im Markenbereich eine wichtigere Rolle. Hier kommt es ggfs. auf die Größe und Durchschlagskraft der Vertriebsmannschaft an, wenn es darum geht, die entsprechenden Produkte im Handel zu platzieren.
- 147 Für den Handelsmarkenbereich sind derartige Anforderungen jedoch kaum erkennbar. Alle im Handelsmarkenbereich tätigen Eisunternehmen verfügen über die entsprechenden Kontakte im Handel. Es ist darüber hinaus davon auszugehen, dass der LEH ein veritables Eigeninteresse daran hat, die Zahl der Adressaten seiner Ausschreibung nicht zu beschränken.

Zugang zu Beschaffungsmärkten

- 148 DMK Eis ist ein 100%-iges Tochterunternehmen der DMK GmbH, welche ihrerseits von der Deutschen Milchkontor e.G. kontrolliert wird. Das Deutsche Milchkontor ist Deutschlands größtes Molkereiunternehmen mit 5.700 Mitarbeitern und einer jährlichen Verarbeitungsmenge von 6,9 Mrd. kg Milch von mehr als 11.000 landwirtschaftlichen Betrieben. Insofern weist der Zusammenschluss eine Vertikalkomponente auf.
- 149 Die Beschlussabteilung geht jedoch nicht davon aus, dass sich durch die vertikale Integration und den dadurch ggfs. verbesserten Zugang zum Beschaffungsmarkt Milch unkontrollierte wettbewerbliche Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten ergeben. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass wesentliche Teile des Beschaffungsmarktes für Wettbewerber gar nicht oder zu schlechteren Bedingungen zugänglich sind (Marktverschließung).⁵⁹

⁵⁹ Vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10. Auflage, Band 1, § 19, Rn. 52.

- 150 So ist die Deutsches Milchkontor e.G. zwar das größte Molkereiunternehmen Deutschlands und gehört auch europaweit zu den größten Molkereien. Eine Verschlusswirkung („input foreclosure“) auf dem Markt für Milchprodukte, die zur Eisproduktion benötigt werden, ist jedoch angesichts der von den Eisproduzenten benötigten Mengen unwahrscheinlich.
- 151 Startpunkt der Überlegung zur Inputabschottung ist das Interesse des integrierten Unternehmens, den Preis für das Input-Gut (hier: Rohmilch⁶⁰ und andere Milchprodukte⁶¹) und damit die Kosten der Wettbewerber hochzutreiben. Das kann zum einen durch eine Preiserhöhung (partielle Abschottung) oder aber durch die Einstellung der Lieferung an Wettbewerber (vollständige Abschottung) erfolgen.
- 152 Beide Szenarien sind im vorliegenden Fall nicht wahrscheinlich. Eine komplette Einstellung der Belieferung von Wettbewerbern hätte nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung keine nennenswerten Folgen für die Eisproduzenten. Insgesamt lieferte der DMK-Konzern [0-5] Mio. kg Molkereiprodukte an nationale Eishersteller, etwa ein Viertel davon an Handelsmarkenproduzenten. Angesichts einer Gesamtproduktion der Handelsmarkeneisproduzenten von etwa 260 Mio. Litern ist dies ein verschwindend geringer Anteil. Unterstellt man einen Milchanteil von etwa 60 % an der Gesamtproduktion, so lieferte DMK nicht einmal [0-3] % der insgesamt benötigten Milchmenge an die Eishersteller.
- 153 Auch auf Einzelkundenbasis vermag die Beschlussabteilung nicht zu erkennen, dass besondere Abhängigkeiten von vertikal integrierten einzelnen Handelsmarkenproduzenten bestehen. So belegen der Beschlussabteilung vorliegende Unterlagen eines Wettbewerbers, dass der von DMK bezogene Anteil des wertmäßigen Beschaffungsvolumens im Bereich Molkereiprodukte bei lediglich [0-1] % liegt.
- 154 Diese insgesamt geringen Liefermengen sprechen aus Sicht der Beschlussabteilung daher auch gegen eine partielle Abschottung, da aus Sicht der Eisproduzenten genügend Ausweichalternativen im Markt bestehen.

⁶⁰ Rohmilch ist das unveränderte Gemelk einer Kuh oder mehrerer Kühe aller Rassen (mit Ausnahme der vacca violacea), das nicht über die Gewinnungs-temperatur (40° Celsius) hinaus erhitzt worden ist.

⁶¹ wie Sahne, Milchfett, Milchpulver.

155 Auch eine möglicherweise günstigere, interne Beschaffung von Milchprodukten ist aus Sicht der Beschlussabteilung wenig geeignet, eine Verdrängungsstrategie der Zusammenschlussbeteiligten im Eisbereich zu begründen. So liegt etwa der wertmäßige Beschaffungsanteil für Milchprodukte im umsatzstärkeren Segment Multipackungen bei lediglich etwa [10-20] %. Ein Wettbewerbsvorteil, der hieraus resultiert, wäre demnach in seiner Größenordnung kaum geeignet, andere Anbieter vom Markt zu verdrängen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der begrenzten Kapazitäten bei den Zusammenschlussbeteiligten, welche kaum ausreichen, die gesamte Nachfrage im Markt zu bedienen.⁶²

156 Schließlich sprechen auch diverse Aussagen in internen Strategiepapieren der Zusammenschlussbeteiligten gegen eine solche Vorgehensweise. So heißt es etwa in einem der Beschlussabteilung vorliegenden internen Dokument: „Neuprodukte mit höherem Durchschnittspreis (z.B. 500ml [...])“ sowie „Reduzierung der Menge bei DB1 schwachen Produkten“ und „Ausbau Umsätze mit profitablen Kunden“. Im Rahmen eines anderen Dokuments wird die jeweilige Ertragssituation bei diversen Kundengruppen identifiziert, verbunden mit einer bestimmten Maßnahmenempfehlung. So wird etwa in Bezug auf einen Discounter die Strategie aufgeführt: „Trennung von [...], falls Preiserhöhungen nicht durchsetzbar“. Bei einem anderen Kunden wird eine „negative DB-Entwicklung“ attestiert, verbunden mit der Maßnahmenempfehlung „Volumenreduzierung“.

157 Derartige Überlegungen spielen hingegen beim klassischen „predatory pricing“ keine große Rolle. So ist es strategisch nicht relevant, hohe Deckungsbeiträge zu erzielen oder profitable Kundenbeziehungen auszubauen. Vielmehr steht die Gewinnung von Kunden um „nahezu jeden Preis“ im Vordergrund. Eine solche Strategie ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar und auch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit für die Zeit nach dem Zusammenschluss prognostizierbar.

vi. Finanzielle Ressourcen

158 Insgesamt spricht die Beschlussabteilung der Finanzkraft in dem vorliegenden Fall nur eine eingeschränkte Bedeutung zu, da zumindest die technische Umstellung auf die Handelsmarkeneisproduktion und die Herstellung selbst keinen besonderen

⁶² Vgl. hierzu den Abschnitt III b) i) „Kapazitäten“.

Aufwand mit sich bringen. Finanzkraft spielt im saisonalen Eisgeschäft allenfalls im Hinblick auf die Vorfinanzierung des wichtigen LEH-Geschäfts eine Rolle.⁶³

159 Es ist jedoch auch nicht davon auszugehen, dass ein etwaiger Zuwachs an Finanzkraft entscheidend dazu beiträgt, dass für das neue Unternehmen wettbewerblich unkontrollierte Verhaltensspielräume entstehen. So verfügt etwa der verbleibende Hauptwettbewerber R&R mit Oaktree über einen – jedenfalls potentiell - äußerst finanzstarken Anteilseigner. Oaktree Capital Management (OCM) ist eine weltweit tätige Investmentgesellschaft, die Ende 2012 ein Vermögen von gut 77 Mrd. US\$ verwaltete.⁶⁴

160 Ein Vergleich der Kapitalflussrechnungen von DMK und R&R zeigt darüber hinaus, dass R&R über einen deutlichen höheren Cash-Flow verfügen kann, als dies bei DMK der Fall ist.

161 Finanzielle Ressourcen sind u.U. geeignet, bestehende Marktmacht zu verstärken und abzusichern. Im Rahmen der sog. Abschreckungs- oder auch Ressourcentheorie kann überlegene Finanzkraft unkontrollierte Verhaltensspielräume eröffnen, da andere Marktteilnehmer entmutigt werden und von wettbewerblichen Gegenmaßnahmen abgehalten werden können.⁶⁵ Im Rahmen derartiger Überlegungen ist allerdings darauf abzustellen, inwieweit im Vergleich zu den Wettbewerbern ein überragendes Maß an Finanzkraft gegeben ist.⁶⁶

162 Zur Bemessung der Finanzkraft können verschiedene Indikatoren herangezogen werden, wobei der Cash-Flow wohl als geeignete Kennzahl in diesem Zusammenhang bezeichnet werden kann.⁶⁷

⁶³ Der Umstand, dass Finanzkraft-Erwägungen ggfs. für das Marketing und den Markenaufbau bzw. die Markenpflege eine wichtige Rolle spielen können, ist hier nicht relevant, da der Bereich der Herstellermarken nicht vom Zusammenschluss betroffen ist.

⁶⁴ Im Internet abrufbar unter: <http://ir.oaktreecapital.com/phoenix.zhtml?c=212597&p=irol-irhome> [19.03.2013]

⁶⁵ Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10. Auflage, Band 1, § 19, Rn. 51.

⁶⁶ Vgl. BKartA, 29. März 2012, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 55.

⁶⁷ Vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB – Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, § 19 Rn. 64 oder aber auch BKartA, Beschl. vom 18.5.1977, WuW/E BKartA 1685, 1687 – Mannesmann/Brueninghaus.

- 163 Der Cash-Flow bildet den aus der Geschäftstätigkeit erzielten Nettozufluss liquider Mittel ab. Er kann Hinweise auf den kurzfristigen finanziellen Handlungsspielraum eines Unternehmens geben und insbesondere die Frage beantworten, inwieweit ein Unternehmen im Rahmen des Umsatzprozesses die erforderlichen Mittel für die Substanzerhaltung des in der Bilanz abgebildeten Vermögens und für Erweiterungsinvestitionen selbst erwirtschaften kann.
- 164 Ein Vergleich auf Basis der Cash-Flow-Rechnungen von DMK und R&R zeigt⁶⁸, dass die finanzielle Situation von DMK ceteris paribus nicht besser zu beurteilen ist als die des Hauptwettbewerbers R&R. Dies betrifft gerade den Cash-Flow aus der operativen Geschäftstätigkeit. Dieser lag bei R&R in 2011 bei 26,7 Mio. €. Zum Vergleich lag diese Kennziffer bei DMK in 2011 bei lediglich 13,1 Mio. € und damit etwa halb so hoch.
- 165 Auch unter Berücksichtigung der Investitions- und Finanzierungstätigkeit ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Liquiditätslage von DMK im Vergleich zu R&R besonders positiv ist. So liegen auch hier die insgesamt verfügbaren liquiden Mittel mit 32,8 Mio. € in einer Größenordnung, die nicht einmal der Hälfte der liquiden Mittel bei R&R entsprechen (78,1 Mio. €).

c. Kollektive Marktbeherrschung

- 166 Es ist nicht zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung begründet wird. Dabei hat das Bundeskartellamt sowohl für die Situation vor als auch nach dem Zusammenschluss trotz starker Konzentration noch ausreichenden Binnenwettbewerb festgestellt, sodass es auf die Prüfung des Außenwettbewerbs vorliegend nicht mehr ankam.
- 167 Zwar erreichen die kumulierten Marktanteile der drei führenden Unternehmen gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB die Vermutungsschwelle für ein enges Dreier-Oligopol. Es kann darüber hinaus nicht ausgeschlossen werden, dass der Markt für Handelsmarkenspeiseeis aufgrund einiger seiner wesentlichen Strukturkriterien

⁶⁸ Im Internet verfügbar unter:
http://www.dmk.de/de/presse/publikationen/?eID=dam_frontend_push&docID=290 bzw.
<http://www.rr-icecream.eu/media/14918/r&r%20report%20%20&%20financial%20statement%202011%20%28lo-res%29.pdf>

durchaus anfällig für Kollusion ist. Dazu zählen insbesondere die häufige und wiederholte Interaktion der Anbieter, die weitgehend durch konkrete Ausschreibungsmodalitäten fixierte Homogenität der in Rede stehenden Produkte sowie die vergleichsweise hohe Transparenz im Markt.

¹⁶⁸ Aus struktureller Sicht sprechen jedoch die deutliche asymmetrische Kostenstruktur der Oligopolisten bei den hier betroffenen Produkten sowie die gegengewichtige Nachfragemacht auf Seiten des Lebensmitteleinzelhandels gegen die erleichterte Möglichkeit kollusiven Verhaltens. Ferner sind die Oligopolisten weder gesellschaftsrechtlich noch auf sonstige Weise untereinander verflochten. Entscheidend spricht auch das auf Basis einzelner Beschaffungsaufträge analysierte, tatsächliche Wettbewerbsverhalten der Oligopolisten gegen eine stabile, stillschweigende Koordinierung.

¹⁶⁹ Im Hinblick auf die Prognose, ob reger Binnenwettbewerb auf Basis der vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen zu erwarten ist, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles darauf abzustellen⁶⁹, ob eine Verhaltenskoordination möglich ist (dazu unter i). Ferner muss abweichendes Verhalten mit einer hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit erkannt werden können, der Markt also hinreichend transparent sein (dazu unter ii). Darüber hinaus muss die für den Fall abweichenden Verhaltens implizit angedrohte Sanktion glaubhaft sein, m.a.W. müssen glaubhafte Sanktionsmittel verfügbar sein (dazu unter iii). Schließlich erfordert die gebotene Gesamtbetrachtung eine Berücksichtigung des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens (dazu unter iv).

i. Möglichkeit der Koordinierung

¹⁷⁰ Grundsätzlich erleichtert eine geringe Anzahl an Wettbewerbern die Koordinierung. Durch den Zusammenschluss verringert sich die ohnehin geringe Anzahl von relevanten Anbietern im Markt für Handelsmarkenspeiseeis von vier auf drei. Die Anzahl der Marktteilnehmer ist relevant, da die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens umgekehrt proportional von der Anzahl der Anbieter abhängt. Dies liegt zuvorderst an den mit schrumpfender Anbieterzahl sinkenden Koordinationskosten verbunden mit einem steigenden Kollusionsgewinn. Während spieltheoretische und

⁶⁹ BGH, Beschluss vom 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451 – EON/Stadtwerke Eschwege, Rn. 39; BGH, Beschluss vom 20.04.2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 – Phonak/GN Store, Rn. 55; BGH, Beschluss vom 08.06.2010, WuW/E DE-R 3067 – Springer/Pro Sieben II, Rn. 20f.

experimentalökonomische Untersuchungen deutliche Hinweise für einen sprunghaften Anstieg der Kollusionswahrscheinlichkeit bei einer Verengung des Marktes von drei auf zwei Teilnehmer gezeigt haben, ist die Situation bei einem Zusammenschluss von vier auf drei Anbieter weitaus weniger eindeutig.⁷⁰

171 Ferner ist zu berücksichtigen, dass Speiseeisprodukte im vom Zusammenschluss betroffenen Bereich der Handelsmarken weitgehend homogene Produkte sind. Diese Homogenität ergibt sich vor allen Dingen aus der Ausschreibungspraxis des LEH. Durch detaillierte Produktvorgaben im Hinblick auf Inhaltsstoffe, Aussehen, Konsistenz, Geruch und Geschmack werden sonst üblicherweise eingesetzte Wettbewerbsparameter jenseits des Preises erheblich reduziert⁷¹. Homogenität erleichtert i.d.R. kollusives Verhalten, da eine Abstimmung nicht über ein komplexes Geflecht an Wettbewerbsparametern herbeigeführt werden muss.

172 Gegen die Möglichkeit einer Koordinierung könnte im vorliegenden Fall die teilweise Asymmetrie der Oligopolisten im Hinblick auf die wettbewerblichen Interessenlagen und Anreize sprechen. Durch die unterschiedliche Schwerpunktsetzung in der Produktion von Haushaltspackungen und Multipacks ist schon die Kostenstruktur nicht vergleichbar; so liegt der Rohstoffkostenanteil bei Haushaltspackungen deutlich über dem bei Multipacks. Insofern unterscheidet sich die Kostenstruktur der Marktteilnehmer mit der voneinander abweichenden Schwerpunktsetzung deutlich. So liegt der Kostenanteil für Milchprodukte bei einem der Oligopolisten mit Schwerpunkt Multipackungen bei etwa [10-15] %, wohingegen dieser Anteil bei einem weiteren Unternehmen des Oligopols mit Schwerpunkt Haushaltspackungen bei ca. [30-40] % liegt.

173 Auch verfügen die Oligopolisten über eine unterschiedliche Kapazitätsauslastung. So verfügen R&R und Eisbär über insgesamt etwa 60-70 % der freien Kapazitäten im Markt, wohingegen auf die Zusammenschlussbeteiligten lediglich etwa 30-40 % entfallen.

174 Auch kollusionsfördernde gesellschaftsrechtliche Verflechtungen oder sonstige vertragliche Verflechtungen existieren nicht zwischen den Oligopolisten. Diese

⁷⁰ Huck, S., Normann, H.T., Oechssler, J. (2004): Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies; *Journal of Economic Behaviour & Organization*, Vol. 53 (4), S. 435-446 sowie Engel C. (2007): The Neglected Experimental Evidence. Preprints of the MPI for Research on Collective Goods (2007/14).

⁷¹ Vgl. Abschnitt III b iv).

können grundsätzlich den Informationsaustausch fördern, vertrauensbildende Wirkung entfalten sowie den eigenen Gewinn aus wettbewerblichen Vorstößen durch eine Verlustbeteiligung über eine Beteiligung an Unternehmen, die auf demselben relevanten Markt tätig sind, relativieren.

175 Ferner ist die Marktgegenseite hoch konzentriert und hat, gerade im Handelsmarkenbereich, ein veritables Interesse an einer wettbewerblichen Auftragsvergabe, was die Möglichkeiten zur Kollusion reduziert. Speiseeis sorgt aus Sicht des LEH für die meisten Kundenkontakte an der Tiefkühltheke und steht im Zentrum des Verbraucherinteresses. Insofern ist davon auszugehen, dass die Preiselastizität der Nachfrage hoch ist. Eine elastische Nachfrage reduziert über wegfallende Mengen den Kollusionsgewinn erheblich. Trotz der ebenfalls hoch konzentrierten Anbieterstruktur geht die Beschlussabteilung von gegengewichtiger Nachfragemacht aus, die ein kollusives Verhalten im Oligopol erschwert. Nach den Ermittlungsergebnissen verteilen die marktstarken Nachfrager ihre Aufträge auch nach marktstrategischen Überlegungen auf die Wettbewerber, um nicht von einem oder mehreren (beherrschenden) Anbietern abhängig zu werden. Dies ist möglich, da ihnen derzeit noch ausreichende Beschaffungsalternativen zur Verfügung stehen.

ii. Transparenz

176 Markttransparenz ist eine wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche und stabile Verhaltenskoordination. Nur wenn abweichende Verhaltensweisen unter den Oligopolisten leicht und zu vertretbaren Kosten erkannt werden können, ist eine Sanktionierung möglich und erfolgreich. Auch auf die Transparenz im Markt wirken die oben thematisierten Strukturfaktoren. Wenige Anbieter, homogene Produkte und stabile Marktverhältnisse erhöhen die Transparenz.

177 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben Anhaltspunkte für eine hohe Transparenz im Markt für Handelsmarkenspeiseeis ergeben. So enthält etwa eine der Beschlussabteilung vorliegende, interne Unterlage eine detaillierte Aufstellung von Absatzanteilen verschiedener Eisproduzenten auf Einzelkundenbasis für das laufende Jahr. Ferner hat die Anmelderin etwa im Rahmen ihrer Ausführungen zur wechselnden Auftragsvergabe Beispiele angeführt, wonach sie im Jahr 2011 diverse Aufträge gewonnen und verloren hat. Bei zwei von diesen insgesamt vier

Aufträgen bestand Kenntnis im Hinblick auf das Unternehmen, an den man den jeweiligen Auftrag verloren bzw. von wem man den Auftrag gewonnen hatte.

178 Darüber hinaus weisen auch die über die GfK erhältlichen Studien eine erhebliche Detailtiefe auf. So enthält etwa eine der im Rahmen der Anmeldung vorgelegte GfK-Studie für Rosen Eis detaillierte, zeitnahe Informationen, die Absatz- und Umsatzzahlen bis auf einzelne Produkte herunter bricht.

179 Insgesamt geht die Beschlussabteilung daher davon aus, dass die Transparenz im Speiseeismarkt hoch ist.

iii. Sanktionsmechanismus

180 Ein funktionsfähiger Sanktionsmechanismus ist für eine stabile Verhaltenskoordinierung unabdingbar. Abweichendes Verhalten muss nicht nur entdeckt, sondern auch sanktioniert werden können. Eine solche Bestrafung muss gezielt und rasch erfolgen können, damit der zu erwartende Gewinn aus der Abweichung nicht zu groß wird.

181 Die Sanktionierungsmöglichkeiten werden im Wesentlichen beeinflusst von der Häufigkeit des Aufeinandertreffens, den zeitlichen Abständen, der Kapazitätsauslastung der Oligopolisten sowie der Stabilität der Marktbedingungen.

182 Wie bereits erwähnt sind die Begegnungen im Rahmen der Ausschreibungen des LEH häufig und die Aufträge sind, da sie auf Produktbasis erfolgen, vergleichsweise kleinteilig (keine „lumpy orders“). Allerdings konzentrieren sich diese auf einen vergleichsweise kurzen Zeitraum im Herbst/Winter eines Jahres, in dem die Auftragsvergabe für die jeweils kommende Saison stattfindet. Daher vergeht mitunter ein Jahr, bis eine erfolgreiche Sanktionierung erfolgen kann. Dieser lange Zeitraum kann einer erfolgreichen Koordinierung entgegen stehen.

183 Wie dargestellt, verfügen nicht alle Oligopolisten über ausreichende Kapazitäten, um einer Sanktionsdrohung die nötige Glaubwürdigkeit zu verleihen⁷². Asymmetrisch verteilte Kapazitäten bzw. Kapazitätsauslastungen können eher destabilisierend wirken, da Unternehmen mit freien Kapazitäten nicht nur einen

⁷² Vgl. hierzu Abschnitt III b i).

Anreiz zu nachfragesteigernden Wettbewerbsvorstößen haben, sondern zudem von Unternehmen mit engen Kapazitätsbeschränkungen kaum Sanktionen fürchten müssen.⁷³

iv. Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen

184 Im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung ist neben den relevanten Strukturmerkmalen, welche in aller Regel bereits wertvolle Hinweise im Hinblick auf die dauerhafte Stabilität implizit kollusiven Verhaltens geben können, auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten zu berücksichtigen.

185 Die Analyse der Ausschreibungen hat vor diesem Hintergrund keine auffälligen Muster zu Tage gefördert. So ist insbesondere keine Zurückhaltung einzelner Marktteilnehmer im Hinblick auf wettbewerbliche Vorstöße bei bestimmten Kunden feststellbar gewesen.

186 Ebenfalls Hinweise auf das tatsächliche Wettbewerbsverhalten liefert eine Betrachtung der Belieferungsanteile der vier führenden Unternehmen auf Einzelkundenbasis. Die nachfolgenden Abbildungen verdeutlichen exemplarisch die Beschaffungsstruktur zweier großer Handelsunternehmen im Zeitablauf, reduziert auf den Anteil der vier größten Handelsmarkenspeiseeisanbieter am wertmäßigen Beschaffungsvolumen.

187 Abb. 4 zeigt die Beschaffungsstruktur eines großen LEH im Bereich Haushaltspackungen. Zunächst ist ersichtlich, dass offenkundig bei zwei der vier führenden Unternehmen im Beobachtungszeitraum gar nicht beschafft wurde (Nulllinie für Unternehmen 2 und Unternehmen 4). Ferner wurde der Beschaffungsanteil von Unternehmen 3 von gut 85 % auf noch knapp über 50 % reduziert. Gleichzeitig stieg der Anteil von Unternehmen 1 von gut 6% in 2009 bis auf 38 % in 2011 an.

⁷³ BKartA, 29. März 2012, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 111.

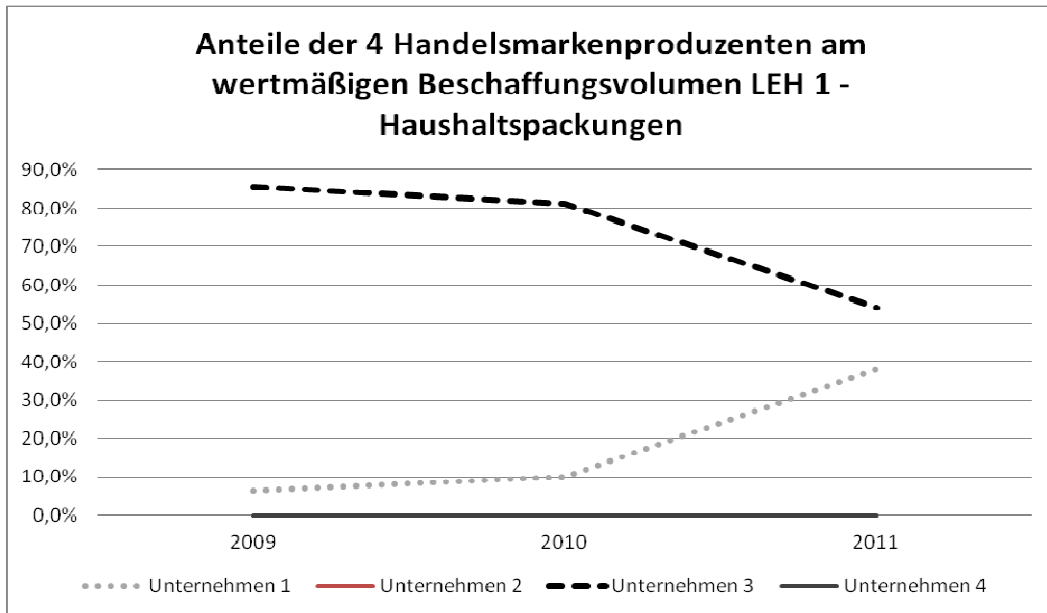


Abbildung 4 - Beschaffungsanteile LEH 1 - Haushaltspackungen

188 Abb. 5 verdeutlicht die Beschaffungsstruktur eines weiteren, bedeutenden LEH, diesmal für den Bereich Multipacks. Es ist erkennbar, dass im Beobachtungszeitraum die Beschaffungsanteile bei Unternehmen 2 von knapp 30 auf gut 45 % ausgebaut wurden, dies entspricht einer Steigerung von etwa 50 %. Im selben Zeitraum stieg der Beschaffungsanteil bei Unternehmen 1 zunächst von gut 27 um 10 Prozentpunkte auf 37 % an, um dann in 2011 wieder auf 27 % zurückzufallen. Die Beschaffungsanteile der Unternehmen 3 und 4 wurden von knapp 6 auf 3 % sowie von knapp 17 auf etwa 12 % zurückgeführt.

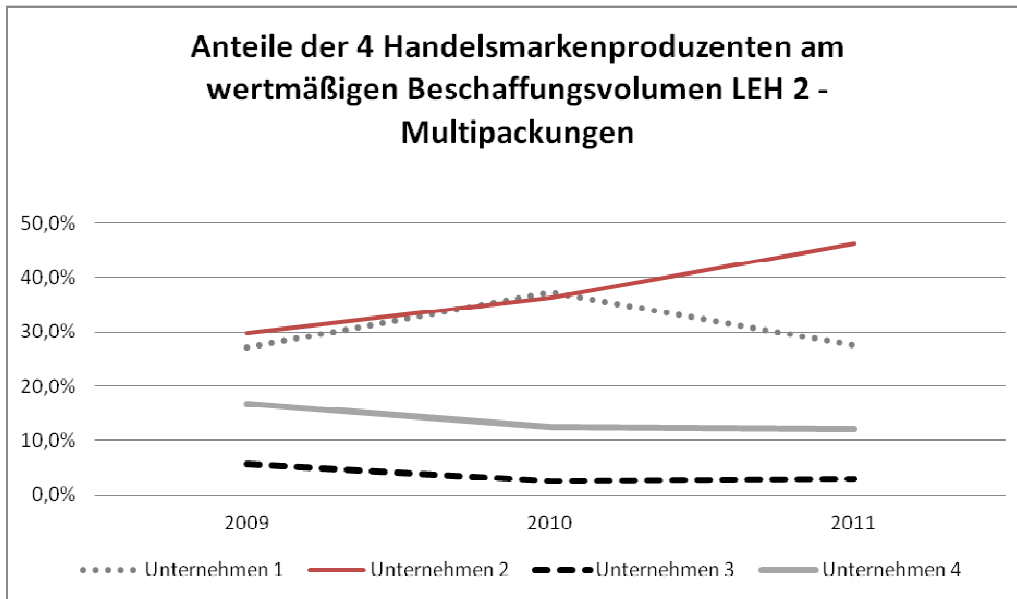


Abbildung 5 Beschaffungsanteile LEH 2 – Multipackungen

189 Insgesamt sprechen die substantiellen, kurzfristigen Veränderungen in der Beschaffungsstruktur bei nahezu allen von der Abfrage erfassten LEHs für Wettbewerb. Auch eine Betrachtung der Marktanteilsschwankungen legt nicht nahe, dass es sich um einen Markt handelt, der durch stillschweigende Koordinierung der vier führenden Unternehmen gekennzeichnet ist. So konnten drei der vier Handelsmarkeneisanbieter ihre Marktanteile im Bereich Multipackungen innerhalb der letzten drei Jahre steigern, wohingegen ein Unternehmen einen Marktanteilsverlust i.H.v. über 5 Prozentpunkten hinzunehmen hatte. Im Markt für Haushaltspackungen hatten zwei Unternehmen Marktanteilsverluste i.H.v. 10,5 bzw. 6,5 Prozentpunkten zu verzeichnen, wohingegen die beiden anderen Oligopolisten Marktanteilszuwächse von 11,7 bzw. 1,5 Prozentpunkten für sich verbuchen konnten.

190 Schließlich treten die Unternehmen auch im Hinblick auf ihre jeweiligen Expansionsstrategien in regen Wettbewerb zueinander. So meldeten etwa DMK und R&R in 2012 nahezu zeitgleich den Erwerb von Durigon Gelato, einem mittelständischen Eisproduzenten an. Letzten Endes erhielt R&R den Zuschlag. Laut Presseberichten bestand wohl auch im Vorfeld des vorliegend zu prüfenden Zusammenschlusses DMK Eis/Rosen Eis auf Seiten von R&R Interesse an einem Zukauf.

IV. ABSCHLIESSENDE ZUSAMMENFASSUNG

191 Der Zusammenschluss lässt nicht die Entstehung oder Verstärkung einer bereits bestehenden, marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Handelsmarkenspeiseeis erwarten. Obwohl der Zusammenschluss in einem bereits konzentrierten Markt stattfindet und die Anzahl relevanter Anbieter von vier auf drei reduziert, ist auch nach dem Zusammenschluss damit zu rechnen, dass die im Markt verbleibenden Wettbewerber, insbesondere R&R, den wettbewerblichen Verhaltensspielraum von DMK Eis/Rosen Eis effektiv begrenzt. Dafür sprechen sowohl ungenutzte Kapazitäten in einer erheblichen Größenordnung als auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten auf den von der marktstarken Marktgegenseite organisierten Ausschreibungsmärkten. Obwohl der Markt für Handelsmarkenspeiseeis wegen seiner maßgeblichen Strukturfaktoren durchaus kollusionsanfällig sein könnte, haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung darüber hinaus keine Anzeichen für ein stillschweigendes Parallelverhalten ergeben.

C. GEBÜHREN

192 [...]

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung des Beschlusses und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung

beantragt wird, und die - gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegündung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Krueger

Holin

Hauß