Bundeskartellamt

**Fallbericht** 29. November 2017

---

**Kartellrechtliche Prüfung im Zusammenhang mit der Rücknahme der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis Edeka/Tengelmann**

| | |
|---|---|
| Branche: | Lebensmitteleinzelhandel |
| Aktenzeichen: | B2 - 31/17 |
| Datum der Entscheidung: | 16. November 2017 |

---

Das Bundeskartellamt hat Verfahren wegen potentieller Kartellrechtsverstöße im Zusammenhang mit der Rücknahme der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis Edeka/Tengelmann eingestellt.

I. Hintergrund/Sachverhalt

Im Oktober 2014 meldeten Edeka und Kaiser´s Tengelmann (im Folgenden: KT) die Veräußerung des KT-Filialnetzes in Berlin, dem Großraum München sowie in Nordrhein-Westfalen (im Folgenden NRW) an die Edeka beim Bundeskartellamt an. Im Frühjahr 2015 untersagte das Bundeskartellamt das Vorhaben (Aktenzeichen B2-96/14), weil auf zahlreichen (insbesondere innerstädtischen) Regionalmärkten eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs drohte. Daraufhin beantragten die Zusammenschlussbeteiligten Ende April 2015 beim Bundesminister für Wirtschaft und Energie eine Ministererlaubnis, die dieser im März 2016 unter arbeits- und tarifvertragsrechtlichen Auflagen gewährte (I B 2 - 2208 50/01). Gegen die Ministererlaubnis legten die zum Ministererlaubnisverfahren beigeladenen Markant, NORMA und REWE Beschwerde beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf ein. Im Juli 2016 stoppte das OLG Düsseldorf die Ministererlaubnis im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (VI - Kart 3/16) und ordnete die aufschiebende Wirkung der Beschwerden an. Tragend für die Entscheidung war u.a. die Besorgnis der Befangenheit des Bundesministers für Wirtschaft und Energie. Gegen diese Entscheidung des OLG legten sowohl der Bundeswirtschaftsminister als auch Edeka und KT Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein (KVR 38/16).

Vor einer Entscheidung in der Hauptsache konnten Markant und NORMA auf dem Verhandlungsweg im Oktober 2016 dazu bewegt werden, ihre Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers zurückzunehmen. Schließlich fanden im Oktober und November 2016 Schlichtungsgespräche zwischen der Beschwerdeführerin REWE und der

Edeka statt, welche mit dem Ergebnis abgeschlossen wurden, dass auch die REWE durch die Weitergabe von KT-Filialen zur Rücknahme der Beschwerde beim OLG Düsseldorf bewegt werden konnte.

## II. Rechtliche Würdigung

Das Bundeskartellamt hat in der Folge der Einigung geprüft, ob die im Zusammenhang mit den Beschwerderücknahmen geschlossenen Vereinbarungen zwischen den Beschwerdeführern REWE, Markant und NORMA und den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV verstoßen. Dazu wurden die entsprechenden bilateralen Vergleichsvereinbarungen geprüft. Im Ergebnis konnten keine Kartellrechtsverstöße festgestellt werden.

### 1. Markant

Markant verpflichtete sich vertraglich zur Rücknahme sämtlicher gegen die Ministererlaubnis erhobenen Rechtsbehelfe und erhielt im Gegenzug eine finanzielle Kompensation zum Ausgleich sämtlicher Nachteile aus der Beendigung der Geschäftsbeziehung (insbesondere Wettbewerbs- und Konditionennachteile). Dieser außergerichtliche Vergleich stellt nach Auffassung des Bundeskartellamts keine Kartellabsprache i.S. des § 1 GWB/Art. 101 AEUV dar. So liegt es zwar im Wesen des die verbleibende Rechtsunsicherheit ausräumenden Vergleichs, dass die Handlungsfreiheit der Beteiligten beschränkt wird. Die entsprechenden Vergleichsverträge enthalten jedoch keine Beschränkungen, die über das zur Beendigung der Rechtsstreitigkeiten erforderliche Maß hinausgehen und/oder Anknüpfungspunkte im Sinne von Abreden zu einem oder mehreren wettbewerbsrelevanten Aktionsparametern aufweisen. Insoweit entspricht diese Konstellation nicht dem typischerweise gegen allgemeines Kartellrecht verstoßenden „Abkauf von Wettbewerb“, dessen Kennzeichen der Marktaustritt gegen Zahlung einer kompensierenden Prämie ist. Ein solcher „prämierter Verzicht“ auf eine ansonsten bestehende Marktposition liegt etwa den „pay-for-delay“-Fällen zu Grunde, in denen Patentinhaber in der Arzneimittelbranche Generikaherstellern Prämien zahlen, wenn diese im Gegenzug vom Marktzutritt absehen oder einen solchen Zutritt zumindest verzögern.

Ein solcher Marktaustritt liegt hier – bezogen auf die Markant – aber nicht vor. Der Marktaustritt eines Mitglieds der Markant – Kaiser´s Tengelmann – war nicht Gegenstand der mit der Markant getroffenen Vereinbarung, sondern des mit einer Untersagung abgeschlossenen Fusionskontrollverfahrens sowie des sich daran anschließenden Ministererlaubnisverfahrens. Zudem hatte die Markant auch keine Möglichkeit, den Austritt von Kaiser’s Tengelmann rechtlich zu verhindern. Vor diesem Hintergrund verpflichtete sich die Markant in dem Vergleich zwar zu

einem bestimmten Prozessverhalten, nicht aber zu einem bestimmten Marktverhalten. Der Vergleich regelte nur ihr Verhalten als Prozesspartei, nicht ihr Verhalten als Anbieter. Es lagen auch keine Anzeichen dafür vor, dass der Vergleich wie in den genannten „pay for delay“-Fällen nur als Vehikel zu einer ohnehin geplanten Koordination des wechselseitigen Marktverhaltens genutzt wurde.

Damit konnte aber der Vergleich mit der Markant auch nicht in die Nähe eines Verstoßes gegen das Kartellverbot gelangen. Dass Markant ggf. die Möglichkeit gehabt hätte, durch Festhalten an der Beschwerde die Ministererlaubnis zu Fall zu bringen und damit wettbewerbliche Wirkungen zu erzielen, ändert daran nichts: Die Marktwirkungen der Ministererlaubnis beruhten allein auf dem Antrag der Zusammenschlussbeteiligten und dem Verhalten des Ministers; sie wurden durch die rein rechtliche (eventuelle) Verhinderungsmacht der Markant nicht zu einem Marktverhalten der Markant im Sinne des Kartellverbots. So wenig von der Markant erwartet werden konnte, die Ministererlaubnis anzugreifen, so wenig war sie nach dem Kartellverbot dazu verpflichtet, an ihrer Beschwerde festzuhalten und von einem für sie vorteilhaften Vergleichsschluss abzusehen.

2. Norma

Hinsichtlich der zwischen der Edeka und der Beschwerdeführerin Norma geschlossenen Vereinbarungen war der Fall nur insoweit anders gelagert, als Norma Wettbewerberin der EDEKA war und zum Ausgleich für die Rücknahme der Rechtsbehelfe nicht nur eine finanzielle Kompensation erhielt, sondern zusätzlich insgesamt 11 ehemalige Netto-Filialen. Auch für sie betraf der Vergleich aber – aus denselben Gründen wie bei der Markant – nur ihr Prozessverhalten und nicht ihr Marktverhalten. Die Abgabe der Filialen und die damit verbundene Strukturveränderung wurden fusionskontrollrechtlich geprüft und wegen der damit verbundenen prokompetitiven Effekte für den Markt (Abgabe von Filialen des Marktführers Edeka an die wesentlich kleinere Norma) freigegeben (B2-38/17).

Darüber hinaus ließ sich Norma jedoch von der Edeka eine Mietsubvention für die übertragenen Märkte zusichern. Da diese Mietsubvention an die Umsatzentwicklung der Märkte gekoppelt war, vereinbarten die Parteien eine jährliche filialbezogene Umsatzmeldung der Norma an die Edeka. Das Bundeskartellamt teilte den Parteien seine kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich dieses Aspekts der Einigung mit, da mit einer solchen Informationsüberlassung die Edeka Kenntnis von der Entwicklung dieser Märkte erhalte und somit entsprechend im Wettbewerb reagieren könnte, worin ein Verstoß gegen den schützenwerten Geheimwettbewerb bestünde. In der Folge haben die Parteien in Bezug auf die Mietzinsgestaltung eine einvernehmliche Lösung gefunden, die den Bedenken des Amtes Rechnung trug und einen Informationsaustausch verhinderte.

3. REWE

Besondere öffentliche Aufmerksamkeit erzielte schließlich die ähnlich gelagerte Einigung der Edeka mit Rewe über die Rücknahme der Beschwerde. Als Gegenleistung für den Verzicht auf sämtliche Rechtsbehelfe übertrug die Edeka im Ergebnis 63 Filialen in Berlin, je zwei Filialen in NRW und im Großraum München sowie ein Fleischwerk und die in der K-LOG betriebenen rückwärtigen Dienste an die Rewe. Auch im Hinblick auf REWE betraf der Vergleich ihr Prozessverhalten.

Berücksichtigung fand dabei eine indikative Einschätzung seitens des Bundeskartellamts, um die die Beteiligten gebeten hatten. Dabei hatte das Bundeskartellamt die Parteien auf der Basis von aktuellen Zahlen darauf hingewiesen, dass ein Erwerb von Kaiser´s Tengelmann-Filialen in München wegen der dort bereits starken Stellung der Rewe deutlich problematischer sei, als dies in Berlin der Fall wäre. Soweit entsprechende Daten vorliegen, entsprechen Vorabeinschätzungen der üblichen Praxis des Bundeskartellamtes im Vorfeld von komplexeren Fusionsvorhaben.

Die vereinbarte Filialabgabe wurde dann fusionskontrollrechtlich geprüft (B2-139/16, Pressemitteilung vom 08.12.2016 – REWE darf 67 Standorte von Edeka übernehmen[1]). Anders als beim Filialerwerb durch die Norma, die nicht zur Spitzengruppe im deutschen Lebensmitteleinzelhandel zählt, war zwar beim Erwerb durch die Rewe nicht von vorneherein von zusammenschlussbedingten wettbewerbsfördernden Auswirkungen auszugehen. Das Bundeskartellamt war jedoch aufgrund der bereits erhobenen Daten in der Lage, sehr zeitnah eine Einschätzung zu den Auswirkungen auf die einzelnen Marktgebiete vorzunehmen, sodass der Zusammenschluss rasch freigegeben werden konnte. In 13 von insgesamt 15 vom Zusammenschluss betroffenen - vorwiegend in Berlin gelegenen - Markträumen entfielen auf die Rewe nach dem Zusammenschluss Marktanteile unterhalb von 25 %, in den verbleibenden beiden Berliner Bezirken Lichtenberg und Marzahn-Hellersdorf unterhalb von 30 %. Auch im Hinblick auf die Übertragungen des Fleischwerks Perwenitz sowie der rückwärtigen Dienste an die Rewe bestanden keine fusionskontrollrechtlichen Bedenken (B2-140/16). Das Bundeskartellamt hat keine Hinweise darauf, dass REWE und EDEKA über die Veräußerung von Filialen hinaus wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder Vereinbarungen über ihr jeweiliges Marktverhalten getroffen haben.

---

1 http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2016/08_12_2016_EDEKA_REWE_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=4

## III. Ergebnis

Im Hinblick auf beide Fälle von Filialübertragungen – Norma und Rewe – sieht das Bundeskartellamt in der zugrundeliegenden Einigung zwischen den Parteien keinen Verstoß gegen § 1 GWB. Die erzielte Einigung bewirkt eine einmalige Strukturveränderung, die folgerichtig der Fusionskontrolle zugeführt wurde. Mit der erzielten Einigung sind nach dem Kenntnisstand des Bundeskartellamtes keine erkennbaren dauerhaften Verhaltensänderungen bzw. entsprechende Anreize zu einem bestimmten Verhalten verbunden. So steht es den Parteien nach wie vor frei, in den betroffenen Markträumen Filialen zu eröffnen, zu schließen oder anderweitige Handlungen im Wettbewerb zu unternehmen (Filialrenovierungen, Aktionspolitik, Sortimentspolitik etc.).

Vor diesem Hintergrund war es sachgerecht, die als Resultat der Verhandlungen erzielte Einigung ausschließlich der Strukturkontrolle zu unterziehen. Ihre potentiell wettbewerbsschädigenden Auswirkungen hätten in diesem Rahmen festgestellt und gegebenenfalls untersagt werden müssen. Die bloße Verständigung zwischen den Parteien über die Aufteilung der Filialen entspricht hingegen nicht den Voraussetzungen, die das Gesetz an eine Wettbewerbsbeschränkung stellt.