



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 33/09

Verkündet am:
5. Oktober 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EDEKA/Plus

GWB § 71 Abs. 2 Satz 2

Eine Untersagungsverfügung kann nur dann eine zur Zulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags führende Präjudizwirkung entfalten, wenn ein gleichartiges Zusammenschlussvorhaben wie das untersagte möglich erscheint. Dafür ist grundsätzlich erforderlich, dass das Zielunternehmen des Zusammenschlussvorhabens bei im Wesentlichen unveränderten Marktverhältnissen noch am Markt ist und erneut als Beteiligter eines Zusammenschlussvorhabens in Betracht kommt. Besteht das Zielobjekt dagegen nicht mehr, weil das Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben und vollzogen worden ist, scheidet ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse regelmäßig aus.

BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - KVR 33/09 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Bergmann, Dr. Strohn, Dr. Löffler und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen zu 1 und 2 gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Mai 2009 werden zurückgewiesen.

Die Betroffenen zu 1 und 2 tragen die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts. Die notwendigen Auslagen der Beigeladenen im Rechtsbeschwerdeverfahren werden nicht erstattet.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene zu 1, die EDEKA Zentrale AG & Co. KG (im Folgenden: EDEKA), ist die Führungsgesellschaft der EDEKA-Gruppe. Diese betreibt mehr als 6.600 Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte. Die Betroffene zu 2, die Tengelman Warenhandelsgesellschaft KG (im Folgenden: Tengelman), unterhält im Lebensmitteleinzelhandel über die Kaiser's Tengelman AG Supermärkte und betrieb über die Betroffene zu 3, die Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (im Folgenden: Plus), bei der es sich um ihr hundertprozentiges Tochterunternehmen handelte, Discountmärkte.

- 2 EDEKA und Tengelman beabsichtigten, ihre jeweiligen inländischen Lebensmittel-Discountaktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen, der neu zu errichtenden Netto Marken-Discount AG & Co. KG (im Folgenden: Netto), zusammenzuführen. Hieran sollten EDEKA - zum Teil über eine Beteiligung an Plus, zum Teil direkt - zu 70% und Tengelman zu 30% beteiligt werden. Sodann sollte Tengelman ihr wesentliches operatives deutsches Discountgeschäft mit rund 2.900 Plus-Filialen und EDEKA ihr operatives Geschäft der Netto Marken-Discount GmbH & Co. OHG, Maxhütte-Haidhof, mit mehr als 1.000 Filialen im Lebensmitteleinzelhandel in die Netto einbringen. Netto sollte von EDEKA und Tengelman gemeinsam kontrolliert werden. Des Weiteren war eine Kooperation von EDEKA und Tengelman beim Einkauf für das Supermarktgeschäft beabsichtigt.

- 3 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben nur unter umfangreichen Nebenbestimmungen freigegeben (WuW/E DE-V 1607). Unter anderem hat es die Freigabe unter folgende aufschiebende Bedingungen gestellt:

Nr. I 1 a des Beschlusses

Innerhalb von sechs (höchstens neun) Monaten nach Zustellung der Freigabeverfügung veräußert Tengelmann sämtliche Plus-Standorte, die in näher bezeichneten und zu sieben "Clustern" zusammengefassten geographischen Bereichen belegen sind, an Dritte und schließt unveräußerliche Standorte.

Nr. I 1 e

Am Gemeinschaftsunternehmen Netto werden EDEKA mit durchgerechnet 80% und Tengelmann mit durchgerechnet 20% beteiligt, indem EDEKA einen Geschäftsanteil von 17% und Tengelmann einen solchen von 83% an der Plus halten und am Gemeinschaftsunternehmen Netto die Plus mit 24% und EDEKA mit 76% beteiligt werden.

Nr. I 1 f

In den gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Plus und des Gemeinschaftsunternehmens Netto ist eine gemeinsame Kontrolle der Unternehmen durch EDEKA und Tengelmann auszuschließen, indem Plus allein von Tengelmann und das Gemeinschaftsunternehmen Netto allein von EDEKA kontrolliert werden darf und die hierzu dem Bundeskartellamt vorgelegten Gesellschaftsverträge nur mit Zustimmung des Amtes geändert werden dürfen.

- 4 Weiter ist die Freigabeentscheidung unter anderem mit folgender Auflage versehen worden:

Nr. I 2 a des Beschlusses

Für den Zeitraum von zwei Jahren nach Zustellung des Beschlusses dürfen EDEKA und Tengermann in den bezeichneten sieben Clustern weder geschlossene Plus-Standorte wiedereröffnen (wozu auch der Rückkauf von Standorten zählen würde) noch in unmittelbarer Nähe zu den an Dritte veräußerten Plus-Standorten eigene Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte neu eröffnen.

- 5 Die Zusammenschlussbeteiligten haben die mit der Freigabeverfügung verbundenen aufschiebenden Bedingungen fristgerecht erfüllt und das Fusionsvorhaben sodann vollzogen. Dabei hat EDEKA über die vom Bundeskartellamt vorgegebenen Beteiligungsverhältnisse hinaus Netto im Ergebnis zu 85% erworben, während Tengermann nur eine Beteiligung in Höhe von 15% übernommen hat.
- 6 EDEKA, Tengermann und Plus haben gegen einzelne Nebenbestimmungen Beschwerden eingelegt. Alle Betroffenen haben die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Veräußerungsgebots (aufschiebende Bedingung I 1 a) erstrebt. Tengermann und Plus haben darüber hinaus die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verbots begehrt, ein gemeinsam kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen zu bilden (aufschiebende Bedingungen I 1 e und f). EDEKA schließlich hat mit der Anfechtungsbeschwerde das Verbot einer Wiedereröffnung geschlossener Plus-Standorte bzw. einer Neueröffnung in unmittelbarer Nähe von veräußerten Plus-Standorten (Auflage zu I 2 a) angegriffen.
- 7 Das Beschwerdegericht hat die Beschwerden als unzulässig verworfen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2630). Die Betroffenen zu 1 und 2 verfolgen mit ihren vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerden ihren ge-

meinsamen Beschwerdeantrag weiter, die Rechtswidrigkeit der Bedingung zu I 1 a festzustellen. EDEKA beantragt hinsichtlich der Auflage zu I 2 a - nach Ablauf der darin bestimmten Frist - ebenfalls die Feststellung der Rechtswidrigkeit. Hinsichtlich der Bedingungen zu I 1 e und f haben Tengelmann und das Bundeskartellamt das Verfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

8 II. Die Rechtsbeschwerden sind unbegründet. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerden von EDEKA und Tengelmann zu Recht als unzulässig verworfen. Die im Rechtsbeschwerdeverfahren erstmals als Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB formulierte Beschwerde von EDEKA ist ebenfalls unzulässig.

9 A. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Beschwerdegericht im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Freigabebedingungen seien erfüllt worden und hätten sich hierdurch erledigt. Die Beschwerde könne nur noch auf die gerichtliche Feststellung gerichtet sein, dass die angegriffenen Bedingungen rechtswidrig gewesen seien. Dafür fehle es jedoch an dem nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderlichen berechtigten Interesse der Betroffenen.

11 Das gelte zum einen für eine Wiederholungsgefahr oder ein Interesse der Betroffenen an einer Klärung der Rechtslage im Hinblick auf ihr künftiges Verhalten im Sinne der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Denn dafür sei Voraussetzung, dass sich der Beschwerdeführer auf ein konkretes Vorhaben berufen könne, für das gleiche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse gälten und an dem dieselben Unternehmen beteiligt seien. Weder EDEKA

noch Tengemann hätten ein derart konkretes Zusammenschlussvorhaben dargelegt.

12 Zum andern seien auch die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung Springer/ProSieben I (Urteil vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179) aufgestellten großzügigeren Voraussetzungen für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht erfüllt. Danach genüge zwar, dass ein künftiges Fusionsvorhaben nur möglich erscheine. Auch diese Möglichkeit dürfe aber nicht nur theoretisch sein und müsse sich auf den der fusionskontrollrechtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Prognosezeitraum von längstens fünf Jahren beziehen. Unverändert erforderlich sei zudem eine hinreichende präjudizielle Wirkung der angefochtenen kartellbehördlichen Entscheidung. Dazu sei erforderlich, dass das künftige Fusionsvorhaben alle Begründungselemente aufweise, die von der Behörde als entscheidungsrelevant angesehen worden seien (quantitative Identität), und der künftige Fusionsfall in Bezug auf seine wettbewerblichen Wirkungen auf diese Begründungselemente hinreichend vergleichbar sei (qualitative Vergleichbarkeit). Auch diese Voraussetzungen seien von den Betroffenen nicht dargelegt worden.

13 So sei hinsichtlich einer Vielzahl der von der Beschwerde angeführten Erwerbsmöglichkeiten nicht dargetan, dass sie innerhalb von maximal fünf Jahren in Betracht kämen. Ein Rückerwerb der an REWE veräußerten 313 Plus-Standorte etwa sei in dem maßgeblichen Zeitraum nicht zu erwarten, da REWE diese Standorte aus einem langfristigen unternehmensstrategischen Interesse erworben habe.

14 Zum anderen fehle es auch bei künftigen Zusammenschlussvorhaben, bei denen EDEKA als Erwerberin auftrete, an der erforderlichen präjudiziellen Wirkung. Denn das Bundeskartellamt habe eine marktbeherrschende Stellung

von EDEKA nur in einzelnen Regionalmärkten festgestellt, die es zu sieben "Clustern" zusammengefasst habe. Dabei sei es nicht nur von den in diesen Clustern bestehenden Marktanteilen von EDEKA und Tengermann in Höhe von gemeinsam jeweils über 33% ausgegangen, sondern habe im Rahmen einer Gesamtbetrachtung weitere regionale und bundesweite markt- und unternehmensbezogene Strukturkriterien in seine Würdigung einbezogen. Künftige Fusionsvorhaben würden nicht sämtliche dieser Begründungselemente aufweisen und auch in ihren wettbewerblichen Auswirkungen nicht hinreichend vergleichbar sein.

15 Soweit sich die Beschwerde von EDEKA gegen die Auflage richte, innerhalb von zwei Jahren keinen geschlossenen Plus-Standort wiederzueröffnen und keine Standorte in unmittelbarer Nähe verkaufter Plus-Standorte neu zu eröffnen, fehle es EDEKA an einer materiellen Beschwer.

16 B. Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Überprüfung stand.

17 1. Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass eine Anfechtung der Bedingungen in dem Beschluss des Bundeskartellamts nicht (mehr) zulässig ist, nachdem die Betroffenen sämtliche Bedingungen erfüllt haben (zur Frage der Zulässigkeit einer isolierten Anfechtung einer Bedingung im Übrigen s. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1397, 1399; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., GWB § 40 Rn. 103; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 40 Rn. 26).

18 Das Gleiche gilt für die von EDEKA angegriffene Auflage, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren ab Zustellung des Beschlusses des Bundeskartellamts keine geschlossenen Plus-Standorte wiederzueröffnen und in unmittelba-

rer Nähe zu den veräußerten Plus-Standorten keine Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte neu zu eröffnen (Auflage I 2 a). Diese Auflage war im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Rechtsbeschwerdegericht (vgl. zu diesem Zeitpunkt BGH, Urteil vom 8. Juli 1955 - I ZR 201/53, BGHZ 18, 98, 106; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 661 Rn. 16 - Phonak/GN Store Nord) erledigt, da der Zweijahreszeitraum abgelaufen war. Deshalb hat EDEKA zu Recht ihren Antrag umgestellt und verlangt jetzt nur noch die Feststellung, dass die Auflage rechtswidrig war.

19 2. Im Ergebnis zutreffend ist auch die Annahme des Beschwerdegerichts, für die Feststellung, dass die in Streit stehende Bedingung (I 1 a) rechtswidrig sei, fehle es an einem berechtigten Interesse der Betroffenen i.S. des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB.

20 a) Ein derartiges "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" besteht nach der älteren Rechtsprechung des Senats dann, wenn eine Wiederholung der Behördenentscheidung zu erwarten ist oder wenn die Klärung der durch die Entscheidung entstandenen unklaren Rechtslage für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von unmittelbarem Interesse ist (BGH, Beschluss vom 5. Mai 1967 - KVR 1/65, WuW/E 852, 854 - Großgebäude IV; Beschluss vom 9. Juli 2002 - KVR 1/01, BGHZ 151, 260, 268 f. - Stellenmarkt für Deutschland; für den Verwaltungsprozess ebenso BVerwG, NVwZ 1994, 282 f.). Dazu muss im Bereich der Fusionskontrolle mit einem vergleichbaren Zusammenschlussvorhaben konkret zu rechnen sein.

21 b) Diese Rechtsprechung hat der Senat in der Entscheidung Springer/ProSieben I weiterentwickelt. Danach kann sich im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle das Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsfahr auch aus der Präjudizierung eines entspre-

chenden, wenn auch derzeit noch nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179 Rn. 16 ff. - Springer/ProSieben I; Beschluss vom 14. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 Rn. 16 - Phonak/GN Store Nord). Damit trägt der Senat dem Umstand Rechnung, dass Zusammenschlussvorhaben nach einer Untersagung durch das Bundeskartellamt aus wirtschaftlichen Gründen häufig aufgegeben werden und bei einem erneuten vergleichbaren Vorhaben wiederum mit einer Untersagung zu rechnen ist. Dadurch verringern sich zugleich die Chancen des von der Untersagung Betroffenen, im Rahmen künftiger Zusammenschlussvorhaben überhaupt als potenzieller Vertragspartner in Erwägung gezogen zu werden. Der in dieser Situation gebotene Rechtsschutz soll den Betroffenen dadurch gewährt werden, dass im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB ein großzügigerer Maßstab an das Feststellungsinteresse angelegt wird.

22 Ein Bedürfnis nach zusätzlichem Rechtsschutz besteht aber dann nicht mehr, wenn sich die aus der rechtlichen Sicht der Kartellbehörde für die Untersagung maßgeblichen Gesamtumstände, insbesondere die Marktverhältnisse, so wesentlich geändert haben, dass die frühere Beurteilung keine prägende Bedeutung für die spätere Prüfung eines erneuten Zusammenschlussvorhabens haben kann. Ist eine solche Änderung eingetreten, genügt für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse - wie der Senat in der Entscheidung Phonak/GN Store Nord klargestellt hat - nicht, dass sich einzelne in dem Untersagungsbeschluss aufgeworfene Fragen auch bei künftigen Zusammenschlussvorhaben stellen können (Beschluss vom 14. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 Rn. 16). Denn es ist nicht Aufgabe der Gerichte, Gutachten zu abstrakten Rechtsfragen zu erstatten, auch wenn diese für künftige Entscheidungen Bedeutung haben mögen. Erforderlich ist vielmehr, dass ein unmittelbarer Einfluss der gerichtlichen Entscheidung auf künftige Behördenentscheidungen zu erwar-

ten ist. Nur wenn ein künftiges Zusammenschlussvorhaben in Rede steht, das ohne gerichtliche Überprüfung des erledigten Vorhabens voraussichtlich ebenfalls untersagt werden würde, kann die Beschwerde nach den Grundsätzen der Springer/ProSieben I-Entscheidung zulässig sein.

23 c) Eine Untersagungsverfügung kann danach nur dann eine zur Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde führende Präjudizwirkung entfalten, wenn ein gleichartiges Zusammenschlussvorhaben wie das untersagte möglich erscheint. Dafür ist grundsätzlich erforderlich, dass - wie in den Fällen Springer/ProSieben I und Phonak/GN Store Nord - bei im Wesentlichen unveränderten Marktverhältnissen das Zielunternehmen des Zusammenschlussvorhabens noch am Markt ist und erneut als Beteiligter eines Zusammenschlussvorhabens in Betracht kommt. Wenn das Zielobjekt dagegen nicht mehr besteht, weil das Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben und danach vollzogen worden ist, scheidet ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse regelmäßig aus. Denn dann haben sich die Marktverhältnisse in der Regel in erheblicher Weise geändert. Ein erneutes Zusammenschlussvorhaben könnte sich nur auf ein anderes Zielunternehmen beziehen. Dieses Vorhaben könnte nicht mit derjenigen Begründung untersagt oder wiederum nur unter Nebenbestimmungen freigegeben werden, mit der bei der erfolgten Freigabe unter Nebenbestimmungen die Ablehnung einer unbedingten Freigabe begründet worden ist. Möglich wäre allein, dass einzelne Begründungselemente in der neuen Entscheidung wiederholt würden. Dies allein reicht aber nicht aus, um eine Präjudizierung der kartellbehördlichen Entscheidung selbst annehmen zu können.

24 d) Nach diesen Maßstäben ist auch im vorliegenden Fall eine ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründende präjudizielle Wirkung der Verfügung des Kartellamts zu verneinen.

25 aa) Das Bundeskartellamt hat zur Begründung der Freigabe unter Bedingungen und Auflagen ausgeführt:

26 Durch das Zusammenschlussvorhaben würde EDEKA eine marktbeherrschende Stellung auf 66 von insgesamt 345 Regionalmärkten, zusammengefasst in sieben Clustern, erlangen.

27 Bei der sachlichen Marktabgrenzung sei von einem einheitlichen Markt für den Lebensmitteleinzelhandel auszugehen. Innerhalb dieses Marktes sei zwischen verschiedenen Vertriebslinien zu unterscheiden. Sie betreffen die SB-Warenhäuser mit einem warenhausähnlichen Sortiment einschließlich eines Lebensmitteleinzelhandel-Sortiments, die Vollsortimenter mit einem ebenfalls eine Vielzahl von Produkten des Lebensmitteleinzelhandels umfassenden Sortiment, die Soft-Discounter mit einer begrenzten Anzahl von Produkten und weniger (Hersteller-)Markenartikel, einer einfachen Ladenausstattung und niedrigen Preisen und schließlich die Hard-Discounter mit einer Verstärkung der Merkmale der Soft-Discounter. Im Rahmen eines stark abgestuften Wettbewerbsverhältnisses bestehe engerer Wettbewerb nur zwischen den Vertriebslinien Vollsortimenter und Soft-Discounter. Regional seien die Märkte mit einem Radius von 20 km bzw. einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das jeweils prägende regionale Oberzentrum abzugrenzen.

28 Die überragende Marktstellung von EDEKA auf den genannten Regionalmärkten ergebe sich aus einer Gesamtbetrachtung aller den Lebensmitteleinzelhandel auf regionaler und auf Bundesebene prägenden Strukturkriterien. Durch den Zusammenschluss baute EDEKA ihre auf regionaler und bundesweiter Ebene ohnehin schon bestehende herausragende Marktstellung zu einer überragenden Marktstellung aus. Es wäre zu erwarten, dass EDEKA nach dem

Zusammenschluss so erhebliche strukturelle Vorteile hätte, dass sie die Handlungsspielräume der Wettbewerber auf Dauer einschränken oder sogar beseitigen könnte.

29 Für eine nach der Übernahme der Plus-Standorte zu erwartende überragende Marktstellung von EDEKA in den sieben Clustern spreche, dass EDEKA auf zahlreichen der geprüften Regionalmärkte mit weitem Abstand Marktführer sei und der Zusammenschluss nicht nur zu einer Marktanteilsaddition führe, sondern auch zu einer erheblichen Erweiterung des Standortnetzes von EDEKA. Mit Tengemann falle durch den Zusammenschluss ein enger Wettbewerber von EDEKA in den Vertriebsschienen Vollsortimenter und Soft-Discounter weg; es blieben nur noch REWE und, mit Einschränkungen, die Schwarz-Gruppe übrig. EDEKA verfüge über eine insgesamt hohe Marktpräsenz, ein umfassendes Vertriebsschienenkonzept und über die bundesweit mit Abstand größte Gesamtverkaufsfläche; durch den Zusammenschluss könnte EDEKA ihren herausragenden Zugang zu den Absatzmärkten weiter ausbauen. Die überragende Marktstellung von EDEKA wäre nach dem Zusammenschluss auch durch einen Preiswettbewerb nicht wirkungsvoll angreifbar, weil die Verkaufspreispositionierung nur ein Teil des Marketing-Mix im Lebensmitteleinzelhandel sei und die wettbewerblichen Verhaltensspielräume der führenden Anbieter hierdurch nicht entscheidungserheblich begrenzt werden könnten. Mit einem Marktzutritt dritter Unternehmen sei angesichts der hohen Marktzutrittschranken im Lebensmitteleinzelhandel nicht zu rechnen. Schließlich hätte EDEKA nach dem Zusammenschluss einen überragenden Zugang zu den Beschaffungsmärkten insbesondere im Bereich der Herstellermarken.

30 bb) Daraus ergibt sich hinsichtlich der von EDEKA und Tengemann angegriffenen Bedingung, in den Clustern sämtliche Plus-Standorte an Dritte zu veräußern oder zu schließen, keine Präjudizierung eines künftigen Zusammen-

schlussvorhabens. Dabei kann offen bleiben, ob auf dem Lebensmitteleinzelhandelsmarkt vergleichbare künftige Fusionen überhaupt möglich erscheinen. Denn jedenfalls würde das Ergebnis einer Überprüfung derartiger Vorhaben nicht durch die für die angegriffene Nebenbestimmung gegebene Begründung präjudiziert.

31 Eine solche präjudizielle Wirkung kommt überhaupt nur insoweit in Betracht, als das Bundeskartellamt angenommen hat, dass auf den 66 innerhalb der Cluster liegenden Regionalmärkten ohne die Nebenbestimmung eine marktbeherrschende Stellung der EDEKA entstände. Auch auf diesen Märkten ist jedoch das Zielobjekt des Zusammenschlussvorhabens nicht mehr vorhanden. REWE als der engste Wettbewerber von EDEKA hat 313 Plus-Filialen übernommen. Die weiteren 46 Standorte sind ebenfalls von Wettbewerbern im Lebensmitteleinzelhandel gekauft worden.

32 Damit sind die Wettbewerber von EDEKA auf diesen Regionalmärkten gestärkt worden. Bei einem erneuten Zusammenschlussvorhaben müsste diese geänderte Marktsituation berücksichtigt und auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbslage auf den vom Bundeskartellamt als "kritisch" angesehenen Regionalmärkten hin untersucht werden. Zudem müsste bei der Bewertung der Auswirkungen eines künftigen Zusammenschlussvorhabens auf die Marktstellung der EDEKA bedacht werden, dass durch den angemeldeten Zusammenschluss nach der Begründung der angefochtenen Verfügung mit Tengemann ein "enger Wettbewerber" von EDEKA weggefallen wäre, was bei einem neuen Zusammenschlussvorhaben nicht der Fall sein muss. Wollte EDEKA erneut auf den "kritischen" Regionalmärkten Standorte aus dem Vollsortimenter- und Soft-Discount-Bereich übernehmen, könnte eine Untersagung daher nicht mit der Begründung der angefochtenen Verfügung erfolgen, sondern erforderte eine

eigenständige Bewertung der dann gegebenen konkreten Marktsituation auf dem jeweiligen Regionalmarkt.

33 Daran ändert auch der von den Betroffenen in der mündlichen Verhandlung - an sich zutreffend - hervorgehobene Gesichtspunkt nichts, dass das Bundeskartellamt seine Bewertung, durch den Zusammenschluss in der angemeldeten Form wäre eine marktbeherrschende Stellung der EDEKA auf 66 Regionalmärkten entstanden, wesentlich mit einer ohnehin schon bestehenden herausragenden Marktstellung auf regionaler und bundesweiter Ebene begründet hat. Denn damit ist nur ein, wenngleich zentrales, Begründungselement der Verfügung angesprochen, an dessen Überprüfung die Betroffenen wegen der dahinterstehenden Einschätzungen (insbesondere zur Aufteilung des Gesamtmarktes in vier Vertriebslinien, zur Stärke des von Hard-Discountern ausgehenden Wettbewerbsdrucks, zur Relevanz des Preiswettbewerbs und zur Bedeutung des Zugangs zu Beschaffungsmärkten) ein starkes Interesse haben mögen. Dieses Begründungselement konnte nach der Begründung der Verfügung aber gerade allein eine vollständige Untersagung des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens noch nicht tragen, weil das Vorhaben andernfalls insgesamt hätte untersagt werden müssen. Da dies nicht der Fall war, bedurfte es aus der Sicht des Bundeskartellamts einer Beurteilung der Situation auf den Regionalmärkten der sieben Cluster und der bei einem Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses zu erwartenden Auswirkungen, die auf den Seiten 52 bis 70 der angefochtenen Verfügung vorgenommen worden ist. Eben eine solche eigenständige Beurteilung wäre auch bei einem weiteren Zusammenschlussvorhaben erforderlich, durch das die Marktposition der EDEKA auf aus der Sicht des Bundeskartellamts "kritischen" Regionalmärkten gestärkt würde.

34 3. Für den Antrag von EDEKA, die Rechtswidrigkeit der Auflage I 2 a festzustellen, gilt nichts anderes. Auch dieser Antrag ist mangels eines dafür

bestehenden Fortsetzungsfeststellungsinteresses i.S. des § 71 Abs. 2 Satz 2
GWB unzulässig.

35 C. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Betroffenen zu 1
und 2 gemäß § 78 GWB zu tragen.

36 Dies betrifft auch den für erledigt erklärten Teil des Verfahrens. Ohne die
Erledigungserklärung hätte die Beschwerde auch insoweit zurückgewiesen wer-
den müssen, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt.

Meier-Beck

Bergmann

Strohn

Löffler

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.05.2009 - VI-Kart 9/08 (V) -