



## **OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

### **BESCHLUSS**

In dem Kartellverwaltungsverfahren

pp.

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf am 12. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Kühnen, den Richter am Oberlandesgericht Lingrün und die Richterin am Oberlandesgericht Prof. Dr. Lohse

#### **b e s c h l o s s e n:**

- I. Auf den Antrag der Antragstellerinnen zu 1. (REWE) und der Antragstellerin zu 2. (Markant) wird die aufschiebende Wirkung ihrer jeweiligen Beschwerde gegen die Ministererlaubnis vom 9. März 2016 (I B 2 – 22 08 50/01) angeordnet.
- II. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin zu 2. (Markant) auf Feststellung, dass das streitbefangene Zusammenschlussvorhaben nicht vollzogen werden darf, wird zurückgewiesen.
- III. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

#### **G r ü n d e**

##### **I.**

Die Beteiligte zu 1. (nachfolgend: EDEKA) beabsichtigt, von den Beteiligten zu 3. und zu 8. sämtliche Geschäftsanteile an den Beteiligten zu 4. bis zu 7. zu er-

werben (nachfolgend insgesamt: KT). Jene vier Zielgesellschaften sind im Lebensmitteleinzelhandel tätig; sie betreiben die KT-Filialnetze im Großraum Berlin, in München/Oberbayern sowie in Nordrhein-Westfalen mit insgesamt rund 450 Filialen nebst der dazugehörigen Logistik- und Verwaltungsstandorte und der Birkenhof-Fleischwerke in Perwenitz, Donauwörth und Viersen.

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben mit Beschluss vom 31. März 2015 gemäß § 36 Abs. 1 GWB untersagt, weil die beabsichtigte Fusion eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung sowohl auf der Absatzseite in den Regionen München/Oberbayern, Berlin und Umland sowie Nordrhein als auch auf mehreren Beschaffungsmärkten für Produkte des Lebensmitteleinzelhandels erwarten lasse. Das dagegen gerichtete Beschwerdeverfahren wird beim Senat unter dem Aktenzeichen *VI – Kart 5/16 (V)* geführt.

Mit Antrag vom 28. April 2015 haben EDEKA und KT beim Antragsgegner die Erteilung einer Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB beantragt. Mit der angefochtenen Entscheidung hat der Antragsgegner die Erlaubnis gegen das Votum der Monopolkommission unter Nebenbestimmungen erteilt. Er hat angenommen, dass die zusammenschlussbedingt eintretenden erheblichen Wettbewerbsnachteile unter dem Gesichtspunkt der Gemeinwohlbelange „Erhalt von Arbeitsplätzen und Beschäftigungssicherung“ und „Erhalt von Arbeitnehmerrechten“ dann aufgewogen werden, wenn - kurz zusammengefasst - der zum 31. Dezember 2015 vorhandene Personalbestand bei KT von rund 16.000 Mitarbeitern für die Dauer von fünf Jahren nach Übernahme erhalten bleibt und überdies die bei KT vorhandenen Betriebsratsstrukturen bis mindestens zum Jahr 2022 durch Tarifvertrag gesichert werden. Die dazu von EDEKA und KT im Erlaubnisantrag angebotenen Nebenbestimmungen hat der Antragsgegner für unzureichend gehalten, ebenso die von den Zusammenschlussbeteiligten bis zur mündlichen Verhandlung am 16. November 2015 vorgelegten Konkretisierungen ihres Antrags. Erst die - durch ein Alternativangebot der Antragstellerin zu 1. (nachfolgend: REWE) veranlassten - weitergehenden Zugeständnisse von EDEKA, die in denjenigen Nebenbestimmungen Eingang gefunden haben, die der Antragsgegner unter dem 12. Januar 2016 und 22. Februar 2016 formuliert hat, haben zur Erteilung der Ministererlaubnis geführt. Die Erlaubnis ist dementsprechend unter den nachfolgend auszugsweise wiedergegebenen Nebenbestimmungen erteilt worden:

## 1.1 Gemeinwohlgründe „Erhalt von Arbeitsplätzen und Sicherung der Beschäftigungsverhältnisse“ und „Erhalt von Arbeitnehmerrechten“

*Die Ministererlaubnis wird unter nachfolgenden aufschiebenden Bedingungen erteilt. Die Ministererlaubnis entfaltet ihre Wirkung erst, wenn diese Bedingungen erfüllt sind, d.h. der Zusammenschluss darf erst zu diesem Zeitpunkt vollzogen werden.*

- 1.1.1 *Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) stellt ..... für alle betroffenen Regionen durch regionale Tarifverträge mit ver.di sicher, dass in den ersten fünf Jahren nach Übernahme der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) .... keine Übergabe der Filialen an selbständige Lebensmitteleinzelhändler oder sonstige Dritte erfolgt (Moratorium). Die Tarifverträge müssen zudem Folgendes sicherstellen: In diesem Zeitraum sind die Betriebsstätten (hier: Filialen) als tarifgebundene Regiebetriebe im EDEKA-Verbund zu führen. Die zum Stichtag der Übernahme der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) bestehenden Betriebsstrukturen/Betriebsstätten bleiben in ihrer Struktur mindestens für die Dauer des Moratoriums erhalten und dürfen nur mit Zustimmung aller Tarifvertragsparteien verändert werden. Die Tarifverträge sind mindestens für die Dauer des Moratoriums, also für fünf Jahre, abzuschließen.*
- 1.1.2 *Die flächendeckenden Betriebsratsstrukturen bei den Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) werden mindestens bis 2022, dem ersten regelmäßigen Wahltermin nach Auslaufen des Moratoriums, durch Tarifverträge gemäß § 3 Betriebsverfassungsgesetz erhalten.*
- 1.1.3 *Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) schließt ..... mindestens für die Laufzeit des Moratoriums zur Absicherung der Beschäftigten (Fortgeltung der Tarifverträge Einzelhandel, qualitative Beschäftigungssicherung, Erhalt der Betriebsratsstrukturen, Übergangsmandate der Betriebsräte bei Übertragungen) und zum Ausgleich dennoch entstehender Nachteile für alle betroffenen Beschäftigten in allen betroffenen Regionen Tarifverträge für den Bereich Einzelhandel (Filialen, Verwaltung, Logistik/Lager) mit der ver.di und in vergleichbarem Umfang für mindestens drei Jahre mit NGG für die Birkenhof Fleischverarbeitungswerke Perwenitz, Donauwörth und Viersen ab. Für die Laufzeit des Moratoriums ist der Ausschluss von betriebsbedingten Änderungs- und Beendigungskündigungen sicherzustellen. Abweichungen von Satz 2 sind mit Zustimmung aller Tarifvertragsparteien möglich. Abweichungen bedingt durch betriebswirtschaftlich notwendige Veränderungen bezüglich des Fleischverarbeitungswerkes in ... können tarifvertraglich vereinbart werden. Ausgangspunkt für die Beschäftigungssicherung bei den Beteiligten zu 4. bis zu 7. ist der Personalbestand zum 31. Dezember 2015.*
- 1.1.4 *Die zu schließenden Tarifverträge sollen im Einzelfall mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien auch eine Übergabe von Filialen an selbständige Lebensmitteleinzelhändler oder sonstige Dritte innerhalb des Moratoriums von fünf Jahren ermöglichen. Übertragungen auf konzernzugehörige oder außenstehende Rechtsträger, insbesondere an selbständige Lebensmitteleinzelhändler, innerhalb des Moratoriums von fünf Jahren dürfen nur erfolgen, wenn alle Tarifvertragsparteien zustimmen und die Beschäftigten,*

die vom Betriebsübergang betroffen sind, entsprechend abgesichert werden, und den Beschäftigten, die einem Betriebsübergang widersprechen, zumutbare alternative Arbeitsplätze im Regiebereich angeboten werden.

- 1.1.5 Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) ..... stellen durch Tarifverträge mit ver.di sicher, dass im Einzelhandel in den 24 Monaten nach Übergabe von einer oder mehreren KT-Filialen an einen selbständigen Lebensmitteleinzelhändler keine betriebsbedingten Änderungs- und Beendigungskündigungen erfolgen.
- 1.1.6 Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) ..... stellt durch Tarifverträge mit NGG sicher, dass in den Birkenhof Fleischverarbeitungswerken in Perwenitz und Donauwörth nach Übernahme der Fleischverarbeitungswerke die notwendigen Maßnahmen, insbesondere Modernisierungen, durchgeführt werden, welche frühestens nach drei Jahren ab dem Stichtag der Übernahme die Ausgliederung aus dem EDEKA-Verbund und die Weiterführung der Birkenhof Fleischverarbeitungswerke als eigenständiger Betrieb bzw. die Weiterführung durch Dritte ermöglichen.

## 1.2 Absicherung der Regelungen in Ziffer 1.1

- 1.2.1 Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) ist gegenüber dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie für die Erfüllung der Ziffer 1. verantwortlich.
- 1.2.2 Alle Geschäftsanteile der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) müssen für fünf Jahre ab dem Stichtag der Übernahme dieser Zielgesellschaften .... durch die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) und die Beteiligte zu 2. (lies: Netto) unmittelbar von diesen und/oder den EDEKA-Regionalgesellschaften Minden-Hannover Stiftung & Co. KG, EDEKA Handelsgesellschaft Rhein-Ruhr mbH und EDEKA Handelsgesellschaft Südbayern gehalten werden. Davon abweichende Veräußerungen oder sonstige Übertragungen/Veränderungen von Geschäftsanteilen, insbesondere im Wege von Umwandlungen im Sinne des Umwandlungsgesetzes, bedürfen der Zustimmung aller Tarifvertragsparteien.
- 1.2.3 Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) stellt sicher, dass – soweit Betriebsstätten von den Beteiligten zu 4. bis zu 7 (lies: KT) an die unter Ziffer 1.2.2 benannten regionalen EDEKA-Einheiten einschließlich der Beteiligten zu 2. (lies: Netto) übertragen werden – die Weitergabe rechtlich durch regionale tarifvertragliche Regelungen zwischen ver.di und den aufnehmenden juristischen Personen so gestaltet wird, dass die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) die Erfüllung der unter Ziffer 1. genannten Bedingungen garantieren kann.

## 1.3 Eintritt der aufschiebenden Bedingungen

Die unter Ziffer 1.1 genannten Bedingungen gelten erst als erfüllt, wenn die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) vor Vollzug des Zusammenschlusses die mit ver.di und NGG abgeschlossenen Tarifverträge dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorlegt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach

*Prüfung der Tarifverträge die aufschiebenden Bedingungen der Ziffer 1.1 als erfüllt ansieht.*

*1.4 Die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) ist verpflichtet, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für fünf Jahre beginnend ab dem Stichtag der Übernahme der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) jährlich einen Statusbericht über die von den vorstehenden Nebenbestimmungen betroffenen Bereiche zu übermitteln.*

#### *1.5 Auflösende Bedingungen*

*Die Erteilung der Ministererlaubnis erfolgt unter nachfolgenden auflösenden Bedingungen. Bei Eintritt dieser Fälle gilt die Ministererlaubnis als nicht erteilt. Die auflösenden Bedingungen gelten erst als eingetreten, wenn das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dies nach Prüfung feststellt.*

*1.5.1 Im Falle einer Übertragung von Geschäftsanteilen der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) unter Verstoß gegen die Vorgaben in Ziffer 1.2.2.*

*1.5.2 Im Falle einer Veräußerung von Unternehmensteilen der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) an selbständige Einzelhändler oder sonstige Dritte unter Verstoß gegen die Vorgaben in Ziffer 1.1.4.*

*1.5.3 Im Falle der Kündigung eines Tarifvertrages durch die Beteiligte zu 1. (lies: EDEKA) und/oder ....., der Bedingungen der Ziffer 1.1 umgesetzt, vor Ablauf einer Frist von fünf Jahren respektive vor Ablauf einer Frist von sieben Jahren bei Verstoß gegen die Vorgaben in Ziffer 1.1.5.*

*1.5.4 Im Falle der Schließung von Filialen, der Umstrukturierung von Logistik/Lager und Verwaltung der Beteiligten zu 4. bis zu 7. (lies: KT) unter Nichteinhaltung der in den Tarifverträgen mit ver.di vereinbarten Regelungen zur Umsetzung der Ziffer 1.1 .....*

*1.5.5 .....*

Mit ihrer Beschwerde wenden sich REWE und die Antragstellerin zu 2. (nachfolgend: Markant) gegen die so erteilte Ministererlaubnis. Sie halten die Verfügung des Bundeswirtschaftsministers in vielfacher Hinsicht für rechtswidrig und tragen dazu im Einzelnen vor. Mit ihren Eilanträgen beantragen sie die Anordnung des Suspensiveffekts ihrer Rechtsmittel.

REWE beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzuordnen.

Markant beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzuordnen,

2. festzustellen, dass EDEKA und KT untersagt ist, den vom Bundeskartellamt mit Beschluss vom 31. März 2015 untersagten Zusammenschluss zu vollziehen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Eilanträge zu verwerfen, hilfsweise sie zurückzuweisen.

EDEKA beantragt,

die Eilanträge zurückzuweisen.

KT schließt sich diesem Standpunkt an und verteidigt ebenfalls die angefochtene Ministererlaubnis. Der beigeladene Markenverband tritt dem mit Rechtsausführungen entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen sowie den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Eilanträge haben weit überwiegend Erfolg. Gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ist antragsgemäß anzuordnen, dass die Beschwerden von REWE und Markant gegen die am 9. März 2016 erteilte Ministererlaubnis aufschiebende Wirkung haben. Denn es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Erlaubnisentscheidung (nachfolgend: A.). Der weitergehende Antrag von Markant, der auf die Feststellung gerichtet ist, dass das streitbefangene Fusionsvorhaben nicht vollzogen werden darf, bleibt demgegenüber erfolglos (nachfolgend: B.).

A. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerden, die REWE und Markant gegen die Ministererlaubnis vom 9. März 2016 eingelegt haben, ist anzuordnen.

1. Wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 64 Abs. 1 GWB ergibt, hat die Beschwerde gegen eine nach § 42 GWB erteilte Ministererlaubnis keinen Suspensiveffekt. Das Beschwerdegericht kann allerdings nach § 65 Abs. 3 Satz 1 und 3 GWB auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen (§ 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB) oder die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige,

nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB).

2. Im Entscheidungsfall erweisen sich die Eilanträge jedenfalls unter dem erstgenannten Gesichtspunkt als begründet.

Nach der ständigen Senatsrechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2081 – *Kalksandsteinwerk*; WuW/E DE-R 1993, 1994 – *Außenwerbeflächen*; WuW/E DE-R 1931, 1932 – *Sulzer/Kelmix*; WuW/E DE-R 1869, 1871 - *Deutscher Lotto- und Totoblock*; WuW/E DE-R 1473 - *Konsolidierer*; WuW/E DE-R 1246, 1247 - *GETEC net*; WuW/E DE-R 867, 868 – *Germania*; WuW/E DE-R 665, 666 - *Net Cologne I*; WuW/E DE-R 6, 7 - *Müllverbrennungsanlage*; vgl. auch BGH, WuW/E DE-R 2035, 2037/2038 – *Lotto im Internet*; zuletzt: Beschluss vom 6.5.2016, VI – *Kart 1/16 (V)*) liegen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit im Sinne von § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB vor, wenn bei einer summarischen Überprüfung die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist. Ob sich die Bedenken an der Rechtmäßigkeit der kartellbehördlichen Verfügung aus tatsächlichen Gründen (z.B. einer unzureichenden Sachaufklärung) oder aus rechtlichen (verfahrens- oder materiell-rechtlichen) Erwägungen ergeben, ist unerheblich. Es reicht andererseits nicht aus, wenn die Sach- und Rechtslage bei der gebotenen vorläufigen Beurteilung offen ist.

Gegen die angefochtene Ministererlaubnis bestehen ernstliche Rechtmäßigkeitszweifel. Bereits die summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage führt zu dem Ergebnis, dass die Erlaubnisentscheidung jedenfalls aus den nachfolgend erörterten sechs Gesichtspunkten aufzuheben sein wird. Ob darüber hinaus auch die weiteren Rechtsfehler vorliegen, die REWE und Markant reklamieren, kann auf sich beruhen.

a) Die Ministererlaubnis ist rechtswidrig, weil der Bundesminister für Wirtschaft und Energie durch seine Verfahrensführung im Zusammenhang mit zwei Unterredungen, die am 1. und 16. Dezember 2015 mit dem Vorstandsvorsitzenden der EDEKA, Herrn N., und dem Miteigentümer von KT, Herrn I., stattgefunden haben, die Besorgnis der Befangenheit gesetzt hat und sich deshalb gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 VwVfG einer Sachentscheidung hätte enthalten müssen.

aa) Gemäß § 21 Abs. 1 VwVfG – der nach Maßgabe der §§ 1 Abs. 1, 2 VwVfG bei jeder öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit von Behörden in einem Verwaltungsverfahren gilt und deshalb auch im Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB zu beachten ist (so auch *Thomas* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., § 42 Rn. 61 ff.) – hat derjenige, der in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Behördenleiter zu unterrichten, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält. Ist der Behördenleiter – wie hier – ein Bundesminister, kommt die Einschaltung einer Aufsichtsbehörde nicht in Betracht; denn nach Art. 65 Satz 2 GG leitet jeder Minister seinen Geschäftsbereich selbständig und eigenverantwortlich (vgl. *Schmitz* in Stelkens/Bonk, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl., § 21 Rn. 23). Vielmehr obliegt dem Bundesminister alleine die Beachtung des gesetzlichen Mitwirkungsverbots. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach und wirkt im Verwaltungsverfahren mit, obschon gegen ihn die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt ist, führt dies zur Fehlerhaftigkeit seiner davon betroffenen Amtsentscheidung (*Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 16. Aufl., § 21 Rn. 26; *Schmitz*, a.a.O. § 21 Rn. 26; *Ritgen* in Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., § 21 Rn. 2, 13). Die Rechtswidrigkeit der Behördenentscheidung kann in einem solchen Fall nach § 44 a VwGO nicht isoliert, sondern nur zusammen mit der Hauptsache – hier also im Beschwerdeverfahren gegen die Ministererlaubnis – geltend gemacht werden.

bb) Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie (nachfolgend: Bundeswirtschaftsminister) hat die streitbefangene Ministererlaubnis in einem behördlichen Verfahren getroffen, so dass von ihm § 21 Abs. 1 VwVfG zu beachten war. Das folgt zwanglos aus § 48 Abs. 1 GWB, der das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als eine Kartellbehörde qualifiziert. *Sachlich* zuständige Kartellbehörde für das Verfahren auf Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB ist demnach das Bundeswirtschaftsministerium; *funktionell* zuständiges Entscheidungsorgan innerhalb dieser Behörde ist der Bundeswirtschaftsminister (vgl. *Thomas*, a.a.O. § 42 Rn. 58 m.w.N.).



cc) Gegen den Bundeswirtschaftsminister ist die Besorgnis der Befangenheit begründet.

(1) Die Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Misstrauen tatsächlich gerechtfertigt ist oder sich der Amtsträger für befangen hält. Es genügt der böse Anschein der Parteilichkeit. Entscheidend ist deshalb allein, ob aus der Sicht eines vernünftig und besonnen denkenden Beteiligten unter den gegebenen Umständen des konkreten Falles objektive Gründe bestehen, an der Unvoreingenommenheit des Amtswalters zu zweifeln (Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 21 Rn. 16; Schmitz, a.a.O. § 21 Rn. 10; Ritzgen, a.a.O. § 21 Rn. 2, 13; vgl. auch BVerfG, NJW 2014, 1465; BGH, NJW-RR 2012, 61). Auf die Art und Weise der Verfahrensführung des Amtsträgers kann im Allgemeinen eine Befangenheit nicht gestützt werden. Etwas anders gilt allerdings, wenn sich die Gestaltung des Verfahrens so weit von den anerkannten rechtlichen Grundsätzen entfernt, dass für den davon betroffenen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung entsteht (Senat, Beschluss vom 21.12.2015, VI – W(Kart) 8/15 m.w.N.; Vollkommer in Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., § 42 Rn. 24 m.w.N.).

(2) So liegt der Fall hier. Die Verfahrensgestaltung des Bundeswirtschaftsministers im Zusammenhang mit den beiden Besprechungen, die er am 1. und 16. Dezember 2015 mit dem Vorstandsvorsitzenden der EDEKA, Herrn X, und dem Miteigentümer von KT, Herrn Y, geführt hat, war in einem Maße sachwidrig, dass REWE und Markant den Eindruck gewinnen mussten, der Minister führe das Verfahren einseitig zugunsten der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen.

(2.1) Nach den Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung, dem übereinstimmenden Sachvortrag der Verfahrensbeteiligten und dem sonstigen Inhalt der Akten ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

(2.1.1) Bis zur mündlichen Verhandlung, die der Bundeswirtschaftsminister am 16. November 2015 über den Erlaubnis Antrag durchgeführt hat, waren die Übernahmepläne von EDEKA durch einen signifikanten Arbeitsplatzabbau bei KT und eine verhältnismäßig begrenzte Absicherung der Arbeitnehmerrechte in den Zielunternehmen gekennzeichnet.

Der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis sah vor, dass 84 KT-Filialen in Nordrhein an Netto weiterveräußert werden. Bereits mit dieser Übertragung wäre ein nennenswerter Personalabbau verbunden gewesen, weil Netto als Lebensmittel-Discounter einen geringeren Personalbedarf pro Filiale hat als KT als ein Vollsortimentunternehmen der Lebensmittelbranche. Überdies sollten 32 der auf Netto übergehenden Filialen geschlossen werden. Ferner war vorgesehen, weitere KT-Filialen unter Zwischenschaltung der EDEKA-Regionalgesellschaften an selbständige EDEKA-Lebensmitteleinzelhändler zu übertragen. Nach der Ursprungsplanung sollten insgesamt 295 KT-Filialbetriebe betroffen sein, und zwar 15 Filialbetriebe im ersten Jahr der Übernahme und jeweils zwischen 65 und 75 KT-Filialen in den vier folgenden Jahren; die später geänderte Planung sah vor, dass im ersten und zweiten Jahr der Übernahme jeweils 15 KT-Filialen an selbständige EDEKA-Händler übertragen werden und 174 Filialbetriebe auch nach fünf Jahren noch als EDEKA-Regiebetriebe geführt werden. Hinsichtlich der KT-Arbeitsplätze in den Bereichen Produktion, Lager/Logistik und Verwaltung prognostizierten die Zusammenschlussbeteiligten selbst einen Verlust von Arbeitsplätzen, der teilweise über eine Transfergesellschaft aufgefangen werden sollte. Schließlich war EDEKA bereit, die Rechte der KT-Beschäftigten über die Jahresfrist des § 613 a BGB hinaus für drei Jahre zu sichern. Nach der genannten Vorschrift tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein (§ 613 a Abs. 1 BGB) und ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die auf die Tatsache des Betriebsübergangs gestützt wird, unwirksam (§ 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB). Das Recht des neuen Betriebsinhabers zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt demgegenüber unberührt (§ 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB), weshalb insbesondere betriebsbedingte Änderungs- und Beendigungskündigungen uneingeschränkt möglich sind.

Nachdem sich die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom 3. August 2015 gegen die Erteilung der Ministererlaubnis ausgesprochen und in diesem Zusammenhang u.a. die unzureichende Absicherung der KT-Arbeitsplätze bemängelt hatte, hat KT im August und September 2015 freiwillige Betriebsvereinbarungen mit den Betriebsräten Berlin und Nordrhein abgeschlossen. Die Betriebsvereinbarungen erfassen rund 10.000 der insgesamt 16.000 KT-Mitarbeiter. Sie sehen einen erheblichen Personalabbau bei KT vor. Bis zum Vollzug des Zusammenschlusses sollen auf freiwilliger Basis in Nordrhein mindestens 950 und in Berlin mindestens 220

Arbeitsplätze abgebaut werden; ein bei Übernahme sodann noch vorhandener Beschäftigtenüberhang von voraussichtlich rund 1.000 Stellen soll durch EDEKA beseitigt werden, indem defizitäre KT-Filialen geschlossen und Mitarbeiter in den Bereichen Verwaltung und Logistik/Lager entlassen werden. Ein Sozialplan mit einer Laufzeit von 48 Monaten (Berlin) bzw. 36 Monaten (Nordrhein) soll die wirtschaftlichen Folgen dieses Personalabbaus für die betriebsbedingt gekündigten oder freiwillig ausscheidenden KT-Mitarbeiter abmildern. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass die bei KT vorhandenen Mitbestimmungsstrukturen bis zur Neuwahl eines Betriebsrats im Mai 2018 erhalten werden, zur Fortgeltung der bestehenden Tarifverträge ferner die EDEKA-Regionalgesellschaften und Netto in Nordrhein dem tarifvertragsabschließenden Arbeitgeberverband beitreten, und eine Geltung der tarifvertraglichen Regelungen gegenüber den selbständigen EDEKA-Lebensmitteleinzelhändlern durch eine dynamische Verweisung in den Arbeitsverträgen für die Dauer von 36 Monaten sichergestellt wird. Schließlich sollen die KT-Beschäftigten für 24 Monate (Berlin) bzw. 18 Monate (Nordrhein) vor einer betriebsbedingten Kündigung geschützt sein, wobei sich dieser Zeitraum um weitere 24 bzw. 18 Monate verlängert, sobald die KT-Filiale an einen selbständigen Lebensmitteleinzelhändler übertragen wird.

In ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 11. September 2015 haben EDEKA und KT die bislang angebotenen Maßnahmen als ausreichend verteidigt. Sowohl die KT-Arbeitsplätze als auch die Unternehmensmitbestimmung in den Zielunternehmen seien durch die freiwilligen Betriebsvereinbarungen hinreichend gesichert. Mit Schriftsatz vom 9. November 2015 haben sie dazu ein von ihnen beauftragtes Rechtsgutachten vorgelegt.

Ihren Standpunkt haben EDEKA und KT in der mündlichen Verhandlung am 16. November 2015 bekräftigt und ergänzend in Aussicht gestellt, die von einem Arbeitsplatzabbau betroffenen Mitarbeiter zu unterstützen, etwa durch eine Vermittlung in andere Filialen. Hierzu habe KT – so die Argumentation von EDEKA – mit den Betriebsräten Berlin und Nordrhein rechtsverbindliche Betriebsvereinbarungen abgeschlossen, deren Verpflichtungen man übernehmen werde. Außerdem hat EDEKA im Verhandlungstermin zugesagt, die KT-Filialen nur an solche selbständigen EDEKA-Lebensmitteleinzelhändler abzugeben, die die Pflichten aus jenen Zusagen übernehmen. KT hat dazu klargestellt, dass die Forderung der Arbeitnehmerseite, von einer Übertragung einzelner KT-Filialen an selbständige Lebensmitteleinzelhändler

gänzlich abzusehen, nicht erfüllbar sei, und gleichzeitig darauf verwiesen, dass die Tarifbindung deshalb gesichert sei, weil „ein Großteil“ der KT-Arbeitsverträge dynamische Bezugnahmeklauseln enthalte.

(2.1.2) REWE hat im Verhandlungstermin eine KT-Übernahme unter Konditionen angeboten, die den Zielen der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung sowie des Erhalts der Arbeitnehmerrechte bei KT deutlich mehr Rechnung tragen als die Offerte von EDEKA. REWE hat angeboten, KT unter Erhalt aller 16.000 KT-Arbeitsplätze zu erwerben. Das Unternehmen hat in diesem Kontext seine Bereitschaft erklärt, keine KT-Filialen an selbständige Lebensmitteleinzelhändler zu übertragen und sämtliche Märkte, Lager, Produktionsstandorte und Logistikzentren weiterzuführen. Es hat zudem in Aussicht gestellt, sich in einer Vereinbarung mit der beigeladenen Gewerkschaft ver.di zu verpflichten, für fünf Jahre alle KT-Arbeitsplätze zu sichern und die bei KT bestehenden Betriebsratsstrukturen zu erhalten.

(2.2.3) EDEKA hat dazu im Verhandlungstermin erklärt, dass die beim KT-Fleischwerk in Perwenitz geplante Verlagerung der Arbeitsplätze seit langem angekündigt sei. KT hat ergänzt, dass die KT-Fleischwerke in Perwenitz, Donauwörth und Viersen nicht erhalten werden können, weil in den vergangenen Jahren notwendige Investitionen unterblieben seien. EDEKA hat überdies seine Pläne zur Übertragung von KT-Filialen an selbständige Lebensmitteleinzelhändler verteidigt. Durch die von KT abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen sei der Übergang der KT-Beschäftigungsverhältnisse auf EDEKA gesichert. Es werde keine KT-Filiale an einen selbständigen EDEKA-Einzelhändler abgegeben, der die Betriebsvereinbarung nicht akzeptiere.

(2.2.4) Mit Anwaltsschreiben vom 30. November 2015 hat REWE ihr Übernahmeangebot auf Bitten des Bundeswirtschaftsministers verbindlich wiederholt und präzisiert. Danach ist REWE bereit, KT als Zielunternehmen mit allen KT-Filialen, der KT-Verwaltung, der Logistik und der Produktion und jeweils mit sämtlichen KT-Mitarbeitern zu übernehmen, alle Filialen als eigene Supermarktfilialen fortzuführen und eine Weiterveräußerung an selbständige Lebensmitteleinzelhändler auszuschließen sowie die KT-Unternehmensbereiche Verwaltung, Lager und Produktionsstätten in das eigene Unternehmen zu integrieren. Zur Sicherung der 16.000 KT-Arbeitsplätze verzichtet REWE auf betriebsbedingte Kündigungen und eine Übertragung von KT-Filialen an selbständige Händler und sichert die Tarifbindung, eine tarifliche Bezah-

lung und die betriebliche Mitbestimmung zu. Die entsprechenden Zusagen sollen Inhalt eines Tarifvertrages mit ver.di sein, der eine Laufzeit von fünf Jahren (bis zum 30.6.2021) hat.

(2.2.5) Nachdem REWE und Markant in ihren Eilanträgen Anhaltspunkte für den Verdacht eines geheimen Gesprächs am 1. Dezember 2015 zwischen dem Bundeswirtschaftsminister und Vertretern der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen vorgetragen hatte, hat der Senat die Übersendung von Ablichtungen der entsprechenden Aktenbestandteile des Ministererlaubnisverfahrens veranlasst. Diese Ermittlungen haben die folgenden Erkenntnisse zutage gefördert: Bereits vor Eingang des Schreibens vom 30. November 2015 hatte der Bundeswirtschaftsminister entschieden, zeitnah in der ersten Dezemberwoche ein Gespräch mit dem Vorstandsvorsitzenden der EDEKA, Herrn X, und dem Miteigentümer von KT, Herrn Y, zu führen. Vorausgegangen war der Vorschlag seines Staatssekretärs vom 23. November 2015, die beantragte Ministererlaubnis mit näher bezeichneten Nebenbestimmungen zu erteilen (AA 16648). Der Bundeswirtschaftsminister hat sich dieser Anregung nicht angeschlossen, sondern stattdessen handschriftlich verfügt:

*„Ich schlage folgendes vor:*

1. *Treffen mit Herrn (X)+ Herrn (Y). i.d. 1. Woche des Dezember (evtl. auch getrennt).*
2. *Mündlich werden 2 Alternativen angeboten*
  - (A) *Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis.*
  - (B) *Ruhenlassen des Antrags und Aufnahme von neuen Verkaufsverhandlungen mit dem Ziel des Verkaufs von 1/3 an EDEKA, 1/3 an REWE und 1/3 an Dritte (Alternativ: 50 % an EDEKA + 50 % an Dritte).*
  - (C) *Neues Angebot von REWE (Anmerkung des Senats: gemeint ist offensichtlich EDEKA): Übernahme aller KT-Filialen als Regiebetrieb für 5 Jahre und Übernahme der Fleischwerke für 3 Jahre mit dem Ziel, diese Fleischwerke danach in eine „stand alone Lösung“ zu überführen (Fit machen für eine Stand-Alone-Lösung)*

*Rückfall-Position:*

*EDEKA darf in diesen 5 Jahren maximal 10 % des Personals abbauen.“*

Das vom Bundeswirtschaftsminister veranlasste Gespräch mit den Herren X und Y hat am 1. Dezember 2015 stattgefunden. Weder über die Tatsache eines solchen Sechs-Augen-Gesprächs noch über Gegenstand und Inhalt der Unterredung sind die anderen Beteiligten des Ministererlaubnisverfahrens informiert worden. Auch in den Akten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sind die Einladung zu jenem Treffen und der Ablauf und Inhalt des Gesprächs nicht vermerkt. Lediglich eine E-Mail des EDEKA-Vorstandsvorsitzenden X an den Bundeswirtschaftsminister vom 2. Dezember 2015 (AA 17060), in dem dieser auf „*unser gestriges Gespräch*“ Bezug nimmt, erwähnt das Treffen vom 1. Dezember 2015. Aktenbestandteil ist überdies eine Informationsvorlage der zuständigen Ministerialbeamten für den Bundeswirtschaftsminister vom 30. November 2015 (AA 16726 – 16740) zur Vorbereitung der Unterredung vom 1. Dezember 2015. Darin wird u.a. das Übernahmeangebot der REWE bewertet und erörtert, in welchen Punkten das EDEKA-Angebot nachgebessert werden muss, um es auf „REWE-Niveau“ zu bringen und um den gesetzlichen Anforderungen der Erforderlichkeit der Ministererlaubnis für die Erreichung der Gemeinwohlbelange zu genügen. Die Informationsvorlage ist den anderen Beteiligten des Ministererlaubnisverfahrens nicht zugänglich gemacht worden.

Am 16. Dezember 2015 hat ein weiteres Sechs-Augen-Gespräch des Bundeswirtschaftsministers mit den Herren X und Y stattgefunden. Auch diese Unterredung ist unter Ausschluss der anderen Beteiligten des Ministererlaubnisverfahrens geführt worden. Weder die Einladung zu diesem Gespräch noch der Inhalt der Besprechung sind aktenkundig gemacht. Vorhanden ist lediglich eine – vertraulich behandelte – Informationsvorlage an den Minister vom 14. Dezember 2015 zur Vorbereitung jener Unterredung. Danach soll das Gespräch der Klärung dienen, ob EDEKA und KT bereit sind, die vom Bundeswirtschaftsminister geforderten Bedingungen für die Erteilung der Ministererlaubnis zu erfüllen. Außerdem soll EDEKA und KT Gelegenheit gegeben werden, zum Übernahmeangebot der REWE Stellung zu nehmen. Diesbezüglich hatte der EDEKA-Vorstandsvorsitzende X dem Bundeswirtschaftsminister bereits in der Unterredung vom 1. Dezember 2015 eine an ihn (X) adressierte Stellungnahme der eigenen anwaltlichen Bevollmächtigten vom gleichen Tag (AA 17003 – 17013) überlassen, in der das REWE-Angebot aus zahlreichen Gründen für rechtlich unwirksam und unzureichend erachtet wird. Die anwaltliche Stellungnahme ist vom Bundeswirtschaftsminister vertraulich behandelt worden und den anderen Verfahrensbeteiligten nicht zur Kenntnis gebracht worden. Das hat der Verfahrensbe-

vollmächtigte des Bundeswirtschaftsministers auf telefonische Nachfrage des Senats am 22. Juni 2016 ausdrücklich bestätigt (s. Aktenvermerk vom 22.06.2016, GA 982a).

(2.2.6) Im Januar 2016 haben EDEKA und KT ihr Übernahmeangebot substantiell erweitert und es dem Angebot von REWE angepasst. Mit Schreiben vom 12. Januar 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie allen Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu den vom Minister für erforderlich gehaltenen Nebenbestimmungen gewährt. Danach hat sich EDEKA u.a. tarifvertraglich gegenüber ver.di zu verpflichten, alle KT-Filialen als Regiebetriebe zu führen und sie nicht an selbständige Lebensmitteleinzelhändler zu übertragen sowie die flächendeckenden Betriebsratsstrukturen bei KT für mindestens fünf Jahre zu erhalten. EDEKA muss sich ferner über die bereits von KT abgeschlossenen freiwilligen Betriebsvereinbarungen mit den Betriebsräten Berlin und Nordrhein hinaus verpflichten, für alle betroffenen Regionen in einem entsprechenden Umfang Tarifverträge mit ver.di (Einzelhandel) und NGG (Fleischwerke Perwenitz, Donauwörth und Viersen) abzuschließen und für den Fall der Übertragung von KT-Filialen an selbständige Lebensmittelhändler in den Tarifverträgen mit ver.di betriebsbedingte Kündigungen für die Dauer von 24 Monaten ausschließen. Zudem muss EDEKA durch Vereinbarung mit den Betriebsräten der KT-Fleischwerke und der Gewerkschaft NGG sicherstellen, dass in den Werken Perwenitz, Donauwörth und Viersen die notwendigen Maßnahmen, insbesondere Modernisierungen, durchgeführt werden, damit die Betriebsstätten frühestens nach drei Jahren aus dem EDEKA-Verbund ausgegliedert und als eigenständige Betriebe weitergeführt werden können. EDEKA und KT haben diesen Nebenbestimmungen zugestimmt.

Ebenso haben sie sich mit den am 22. Februar 2016 modifizierten Nebenbestimmungen, die weitgehend den in der Ministererlaubnis tenorierten Bedingungen entsprechen, einverstanden erklärt.

(2.2) Die vorstehend dargestellte Verfahrensführung des Bundesministers im Zusammenhang mit den beiden Sechs-Augen-Gesprächen vom 1. und 16. Dezember 2015 rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit.

Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2015 befand sich das Ministererlaubnisverfahren in einer entscheidenden Phase. REWE hat-

te im Termin ein Übernahmeangebot abgegeben, das in Bezug auf die Beschäftigungssicherung bei KT und den Erhalt der dort vorhandenen Arbeitnehmerrechte schon auf erste Sicht die diesbezüglichen Zugeständnisse der EDEKA deutlich übertraf. Vor diesem Hintergrund konnte eine Ministererlaubnis an EDEKA und KT nur dann noch in Betracht kommen, wenn EDEKA ihr Angebot in einem ausreichenden Umfang verbessert. Denn eine Ministererlaubnis darf erteilt werden, wenn der betreffende Zusammenschluss zur Erreichung der Gemeinwohlbelange *erforderlich* ist, und daran fehlt es, wenn – wie hier mit REWE – ein geeigneter alternativer Erwerber zur Verfügung steht, bei dem alleine schon angesichts seiner signifikant geringeren Marktbedeutung aller Voraussicht nach weniger gravierende Wettbewerbsnachteile zu erwarten sind. Ob und in welchem Umfang EDEKA ihr Übernahmeangebot erweitert, war deshalb eine für den Ausgang des Ministererlaubnisverfahrens entscheidende Frage. Es liegt auf der Hand, dass der Bundeswirtschaftsminister auch in diesem Verfahrensstadium die von § 21 VwVfG geforderte strikte Neutralität und Objektivität zu wahren hatte. Dazu gehörte zuvörderst eine transparente Verfahrensführung, die allen Beteiligten des Ministererlaubnisverfahrens in dem verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten und in § 56 Abs. 1 GWB einfachgesetzlich normierten Umfang rechtliches Gehör gewährt. Das rechtliche Gehör umfasst dabei nicht nur die Gelegenheit, zu allen relevanten Tatsachen und den damit untrennbar in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen Stellung nehmen zu können, sondern auch die hierzu erforderliche Information. Das Informationsrecht sorgt dafür, dass jeder Beteiligte den Verfahrensstoff so übersieht, dass er seine Rechte und Interessen nach eigenem Urteil wahrnehmen kann (Senat, NZKart, 2016, 30 = WuW 2016, 81). Gründe, die es rechtfertigen konnten, mit Verantwortlichen von EDEKA und KT Gespräche unter Ausschluss der übrigen Verfahrensbeteiligten zu führen sowie die Tatsache der beiden Sechs-Augen-Gespräche als solche und den Gesprächsinhalt in Gänze geheim zu halten, sind nicht ersichtlich und können bei vernünftiger Betrachtung ausgeschlossen werden. Die Frage, welche Nebenbestimmungen einer beabsichtigten Ministererlaubnis beigefügt werden sollen und ob EDEKA zu den entsprechenden Zugeständnissen bereit ist, betrifft ganz offensichtlich weder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis (vgl. §§ 56 Abs. 3 Satz 2, 72 Abs. 2 Satz 2 GWB) noch handelt es sich um eine aus anderen Gründen geheimhaltungsbedürftige Tatsache.



Für ein transparentes, objektives und faires Verfahren sowie zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs war es deshalb zwingend geboten, die Frage der beabsichtigten Nebenbestimmungen mit allen Verfahrensbeteiligten in gleicher Weise zu erörtern. Dazu hätte der Bundeswirtschaftsminister allen Beteiligten des Erlaubnisverfahrens Gelegenheit zu einer schriftlichen Äußerung einräumen oder einen weiteren Verhandlungstermin anberaumen können. Außerdem hätte die für EDEKA gefertigte anwaltliche Stellungnahme zum Übernahmeangebot der REWE, die der Vorstandsvorsitzende N. dem Bundeswirtschaftsminister in der Unterredung am 1. Dezember 2015 ausgehändigt hatte, nicht vertraulich behandelt werden dürfen; sie hätte vielmehr allen Beteiligten des Ministererlaubnisverfahrens mit der Möglichkeit einer Stellungnahme zeitnah zugänglich gemacht werden müssen. Verfahrensrechtlich ausgeschlossen war der vom Minister gewählte Weg der „Geheimgespräche“ mit Vertretern der beiden fusionsbeteiligten Unternehmen. Die einseitige Erörterung derart relevanter Fragen unter Ausschluss aller anderen Verfahrensbeteiligten stellt eine grobe Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Sie drängt auch aus der Sicht einer vernünftigen und besonnen urteilenden Partei den Eindruck auf, dass der Minister das Verfahren nicht mehr neutral und objektiv, sondern einseitig zugunsten von EDEKA und KT führt.

dd) Die aus der Besorgnis der Befangenheit resultierende Fehlerhaftigkeit des Ministererlaubnisverfahrens ist nicht ausnahmsweise nach § 46 VwVfG unbeachtlich.

Nach der genannten Vorschrift kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nicht alleine deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Erforderlich ist, dass jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass bei Einhaltung des § 21 Abs. 1 Satz 2 VwVfG eine andere Entscheidung über den Ministererlaubnis Antrag hätte ergehen können (vgl. nur: Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 46 Rn. 27 a m.w.N.). Das lässt sich nicht feststellen.

(1) Die Erteilung einer Ministererlaubnis ist keine strikt gebundene Verwaltungsentscheidung, bei der eine andere als die getroffene Erlaubnisentscheidung *rechtlich* nicht zulässig gewesen wäre (vgl. dazu: Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 46 Rn. 25 a, 32 m.w.N.). Gemäß § 42 Abs. 1 GWB erteilt der Bundeswirtschaftsminister die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Fusionsvorhaben, wenn im Einzelfall

die Wettbewerbsbeschränkungen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen werden oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Entscheidung des Ministers beruht auf einem mehrstufigen Abwägungsprozess, bei dem die vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu gewichten und sodann gegen die erwarteten gesamtwirtschaftlichen Vorteile oder Gemeinwohlbelange abzuwägen sind. Dem Bundeswirtschaftsminister steht dabei ein gerichtlich nur ganz eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Beides indiziert zwangsläufig eine Bandbreite rechtlich möglicher Entscheidungen über den Erlaubnisantrag, weshalb die angefochtene Entscheidung nicht schon aus Rechtsgründen alternativlos war.

(2) Ebenso wenig lässt sich annehmen, dass die Willensbildung des Ministers im konkreten Fall durch den in Rede stehenden Verfahrensfehler nicht beeinflusst worden sein kann. Für eine diesbezügliche Feststellung wäre die Rekonstruktion des Entscheidungsvorgangs zur Erteilung der angefochtenen Ministererlaubnis erforderlich (Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 21 Rn. 29). Sie scheitert von vornherein bereits daran, dass der Inhalt der beiden „Geheimgespräche“ vom 1. und 16. Dezember 2015 bis heute weder aktenkundig gemacht noch im anhängigen Beschwerdeverfahren offengelegt worden ist. Es kann an dieser Stelle deshalb offen bleiben, ob ein nachträglich gefertigter Gesprächsvermerk oder die schriftsätzliche Darstellung des Unterredungsinhalts angesichts der zwischenzeitlich verstrichenen Zeitspanne von mehr als sechs Monaten überhaupt geeignet ist, den Entscheidungsprozess in einer für § 46 VwVfG erforderlichen Weise zu rekonstruieren.

b) Die Ministererlaubnis begegnet darüber hinaus durchgreifenden Rechtmäßigkeitsbedenken, weil der Bundeswirtschaftsminister bei seiner Entscheidung zu Unrecht den Erhalt der Arbeitnehmerrechte bei KT als einen Gemeinwohlbelang berücksichtigt hat.

aa) Der Bundeswirtschaftsminister hat nicht nur den Erhalt der Arbeitsplätze und die Beschäftigungssicherung bei KT, sondern auch den Fortbestand und die Sicherung der dort bestehenden Arbeitnehmerrechte, nämlich der Mitbestimmungsstrukturen und der Tarifbindung von KT, als einen berücksichtigungsfähigen Gemeinwohlbelang anerkannt (AE Tz. 212, 228) und ihm im Rahmen der Gesamtabwägung ein maßgebliches Gewicht beigemessen (AE Tz. 290, 295, 297, 301). Er hat in diesem Zusammenhang auf den Wegfall der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifver-

träge im Einzelhandel im Jahr 2000 (AE Tz. 231) hingewiesen und betont, dass tarifliche Leistungen für die KT-Mitarbeiter bislang zum Standard gehören. Für die in vielen Fällen langjährigen Beschäftigten von KT sei dieser status quo ihrer Arbeitsbedingungen von ausschlaggebender Bedeutung. Angesichts der großen Zahl der betroffenen KT-Mitarbeiter gehe es per se um einen gesamtgesellschaftlichen Belang (AE Tz. 230). Die auch nur zeitweilige Absicherung der KT-Mitbestimmungsstrukturen stelle – so heißt es in der angefochtenen Erlaubnisentscheidung weiter – eine besondere Ausprägung des Gemeinwohlinteresses dar. Ein effektiver Erhalt der bestehenden, über Tarifverträge nach § 3 BetrVG geregelten regionalen Mitbestimmungsstrukturen von KT trage in einem betrieblichen Umfeld vor einem umfassenden Umstrukturierungsprozess in besonderem Maße zu einem wirksamen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite bei und liege deshalb im Interesse der Allgemeinheit.

bb) Diesen Erwägungen liegt ein unzutreffendes Normverständnis von § 42 Abs. 1 GWB zugrunde. Sie lassen außer Betracht, dass die Verfassung in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schrankenlos das Recht gewährleistet, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Dieses Grundrecht schützt für jedermann und für alle Berufe das Recht, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen, und außerdem die Koalition als solche sowie ihr Recht, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in der Vorschrift genannten Zwecke zu verfolgen (BVerfGE 55, 7, 21; BVerfGE 50, 290, 367; BVerfGE 19, 303, 312). Die Koalitionsfreiheit als individuelles Freiheitsrecht umfasst ebenso das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben (vgl. BVerfGE 55, 7, 21; BVerfGE 50, 290, 367). Verfassungsrechtlich garantiert ist damit sowohl die positive als auch die negative Koalitionsfreiheit. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung ist bei der Auslegung von § 42 Abs. 1 GWB zu beachten. Sie zwingt zu der Erkenntnis, dass der Erhalt und die Absicherung bestehender kollektiver Arbeitnehmerrechte aus Rechtsgründen kein Gemeinwohlbelang sein kann, der die ministerielle Erlaubnis einer wettbewerbsschädlichen Unternehmensfusion rechtfertigt. Andersfalls würde nämlich der positiven Koalitionsfreiheit im Ergebnis eine größere Bedeutung beigemessen als der negativen Koalitionsfreiheit. Das widerspricht Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, der beide Grundfreiheiten gleichermaßen und unterschiedslos gewährleistet.

cc) Das der angefochtenen Erlaubnisentscheidung zugrunde liegende Normverständnis des Bundeswirtschaftsministers unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.

§ 71 Abs. 5 Satz 1 GWB stellt klar, dass die Überprüfung durch das Beschwerdegericht nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung umfasst. Ausgenommen von der gerichtlichen Kontrollkompetenz ist gemäß § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB nur die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung. Darum geht es vorliegend nicht. Die *Auslegung* der Rechtsbegriffe „gesamtwirtschaftliche Vorteile“ und „überragendes Interesse der Allgemeinheit“ ist eine reine Rechtsfrage; sie unterliegt folglich gemäß § 71 Abs. 5 Satz 1 GWB der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (ebenso: *Thomas*, a.a.O. § 71 Rn. 45).

c) Die Ministererlaubnis wird ferner aufzuheben sein, weil der Bundeswirtschaftsminister den Gemeinwohlbelang der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei KT auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage gewürdigt hat.

aa) Dabei kann zugunsten des Ministers angenommen werden, dass er die Absicherung der bei KT vorhandenen Beschäftigungsverhältnisse nicht rechtsfehlerhaft als einen bloß einzelunternehmerisch eintretenden Vorteil berücksichtigt, sondern zusätzlich die besondere Qualität vieler KT-Beschäftigungsverhältnisse in Rechnung gestellt hat. Nach den Feststellungen des Ministers (vgl. AE Tz. 63, 77 – 82) zeichnet sich die KT-Belegschaft durch einen hohen Anteil unbefristet Beschäftigter aus, von denen etwa die Hälfte in Vollzeit tätig ist; knapp 2/3 der Belegschaft befindet sich zudem in einer Festanstellung, wobei die durchschnittliche Betriebszugehörigkeit dieser Mitarbeiter bei 16 Jahren liegt und rund 1/3 der Festangestellten 51 Jahre und älter ist. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die genannten Gesichtspunkte ausreichen, um die Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei KT zu einem *gesamtwirtschaftlichen* Vorteil im Sinne von § 42 Abs. 1 GWB zu machen. Selbst wenn dies der Fall ist, kann die Abwägungsentscheidung des Ministers keinen Bestand haben.

bb) Der Minister hat nämlich in seine Überlegungen nicht die Frage einbezogen, ob und in welchem Umfang fusionsbedingt *bei EDEKA* mit einem Personalabbau zu rechnen ist und welche Konsequenzen sich daraus für die Arbeitsmarktlage insgesamt ergeben.

(1) Legt man die Angaben zugrunde, die EDEKA bis zum Ende des Verhandlungstermins am 16. November 2015 zur beabsichtigten Eingliederung der KT-Zielunternehmen in den EDEKA-Verbund gemacht hat, und stellt man ferner den Inhalt

der von KT im August und September 2015 abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen in Rechnung, steht fest, dass der geplante Unternehmenszusammenschluss bei kaufmännisch vernünftigem Handeln mit einem erheblichen Personalabbau verbunden sein wird.

Der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis sah vor, dass 84 KT-Filialen in Nordrhein an Netto weiterveräußert werden. Schon diese Übertragung würde zu einem nennenswerten Personalabbau führen, weil Netto als Lebensmittel-Discounter einen geringeren Personalbedarf pro Filiale hat als KT als Vollsortimenter der Lebensmittelbranche. Überdies sollten 32 der auf Netto übergehenden Filialen geschlossen werden. Hinsichtlich der KT-Arbeitsplätze in den Bereichen Produktion, Lager/Logistik und Verwaltung haben die Zusammenschlussbeteiligten ebenfalls einen Verlust von Arbeitsplätzen prognostiziert und die Gründung einer Transfergesellschaft angeboten.

Die von KT im August und September 2015 freiwillig abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen mit den Betriebsräten Berlin und Nordrhein, die sich EDEKA zuletzt im Verhandlungstermin vom 16. November 2015 zu eigen gemacht hat, sehen gleichfalls einen erheblichen Personalabbau vor. Zunächst sollen bis zum Vollzug des Zusammenschlusses auf freiwilliger Basis in Nordrhein mindestens 950 und in Berlin mindestens 220 Arbeitsplätze abgebaut werden. Weitere voraussichtlich rund 1.000 KT-Stellen sollen ab Übernahme der Zielunternehmen sodann durch EDEKA eingespart werden, indem defizitäre KT-Filialen geschlossen und Mitarbeiter in den Bereichen Verwaltung und Logistik/Lager entlassen werden. Die wirtschaftlichen Folgen dieses Personalabbaus sollen für die betriebsbedingt gekündigten oder freiwillig ausscheidenden KT-Mitarbeiter durch einen Sozialplan mit einer Laufzeit von 48 Monaten (Berlin) bzw. 36 Monaten (Nordrhein) abmildert werden.

In der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2015 haben EDEKA und KT ergänzend in Aussicht gestellt, die von einem Arbeitsplatzabbau betroffenen Mitarbeiter zu unterstützen, etwa durch eine Vermittlung in andere Filialen. EDEKA hat ferner klargestellt, dass der Zusammenschluss in den KT-Filialen mit einem Abbau von 1.100 Arbeitsplätzen verbunden sein wird (AE Tz. 155), die Arbeitsplätze im KT-Fleischwerk Perwenitz in den kommenden Jahren verlagert werden sollen und das Fleischwerk in Viersen geschlossen werden muss. KT hat dazu erläutert, dass alle

drei Fleischwerke (Perwenitz, Donauwörth und Viersen) wegen versäumter technischer Investitionen nicht fortbestehen können (AE Tz. 152).

(2) Es liegt auf der Hand, dass die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit zu dem dargestellten Personalabbau nicht entfallen ist, weil der Bundeswirtschaftsminister seine Erlaubnisentscheidung mit Nebenbestimmungen zum Erhalt aller am 31. Dezember 2015 vorhandenen KT-Arbeitsplätze versehen hat. Bei lebensnaher und kaufmännisch vernünftiger Betrachtung drängt sich deshalb auf, dass EDEKA den Stellenabbau ganz oder zumindest teilweise im eigenen Verbund vornehmen wird. Die der Ministererlaubnis beigefügten Nebenbestimmungen schließen das nicht aus. Im Ministererlaubnisverfahren hätten deshalb Feststellungen dazu getroffen werden müssen, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Arbeitsplatzabbau bei EDEKA zu erwarten ist, wie viele Arbeitsplätze voraussichtlich eingespart werden und welche Gruppe von Arbeitnehmern (Vollzeitbeschäftigte, Teilzeitbeschäftigte, geringfügig Beschäftigte, ältere Mitarbeiter, Dauer der Betriebszugehörigkeit) betroffen sein wird. Nur auf der Grundlage solcher Erkenntnisse kann der Gemeinwohlbelang „Erhalt der KT-Arbeitsplätze“ vollständig erfasst und zutreffend gewürdigt werden. Denn werden bei KT alle Arbeitsplätze erhalten, gleichzeitig aber bei EDEKA fusionsbedingt in einem signifikanten Umfang Stellen abgebaut, so kann als Gemeinwohlbelang „Arbeitsplatzsicherung“ selbstverständlich nur die unter dem Strich verbleibende Zahl der gesicherten Arbeitsplätze berücksichtigt werden.

(3) Die angefochtene Erlaubnisentscheidung hat diesen Gesichtspunkt vollkommen außer Betracht gelassen und keinerlei Feststellungen zu einem fusionsbedingt zu erwartenden Stellenabbau bei EDEKA getroffen. Das führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ministererlaubnis. § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB steht dem nicht entgegen. Zwar betrifft das in Rede stehende Ermittlungsdefizit die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage. Es ist in der Rechtsprechung allerdings anerkannt, dass der Bundeswirtschaftsminister nur insoweit über eine kontrollfreie Einschätzungsprärogative verfügt, als das Beschwerdegericht seine innerhalb einer Toleranzgrenze liegende und deshalb nicht zu widerlegende Beurteilung der Gemeinwohlbelange nicht durch eine eigene Einschätzung ersetzen darf. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt demgegenüber, ob die der Einschätzung zugrunde gelegten Tatsachen verfahrensfehlerfrei festgestellt sind, der Minister alle relevanten Aspekte in seine Beurteilung einbezogen hat und die Entscheidung allgemein gültige Bewertungsgrundsätze und Denkgesetze beachtet sowie frei von sachfremden Erwägungen

gen ist (KG, WuW/E DE-R 1937, 1939 – *Thyssen-Hüller*). Darum geht es auch vorliegend. Dass der sich aufdrängende Arbeitsplatzabbau bei EDEKA unberücksichtigt geblieben ist, betrifft nicht die eigentliche Beurteilung und Bewertung des Gemeinwohlbelangs „Arbeitsplatzsicherung“, sondern die vorgelagerte Frage, ob die Beurteilung auf einer tragfähigen und vollständigen Grundlage basiert, die alle objektiv relevanten Tatsachen einbezieht.

d) Die angefochtene Erlaubnisentscheidung ist ferner rechtswidrig, weil – was ebenfalls der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt (Senat, WuW/E DE-R 1013, 1025 ff. – *E.ON/Ruhrgas*) – die verfügten Nebenbestimmungen nicht geeignet sind, um den vom Minister für erforderlich gehaltenen Erhalt der rund 16.000 KT-Arbeitsplätze in vollem Umfang sicherzustellen.

aa) Der Bundeswirtschaftsminister ist auf der Grundlage der von ihm getroffenen Abwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass die mit dem beabsichtigten Unternehmenszusammenschluss verbundenen erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen nur dann aufgewogen werden, wenn u.a. *alle* rund 16.000 KT-Arbeitsplätze erhalten werden. Das ist der Erlaubnisentscheidung an zahlreichen Stellen zweifelsfrei zu entnehmen. So heißt es in Tz. 289 der Ministererlaubnis, dass die Sicherung der Beschäftigungsverhältnisse der *ca. 16.000 KT-Mitarbeiter* des Gesamtunternehmens KT Voraussetzung zur Realisierung der Gemeinwohlbelange „Erhalt der Arbeitsplätze/Beschäftigungssicherung“ und „Erhalt der Arbeitnehmerrechte“ ist. Tz. 262 der angefochtenen Entscheidung befasst sich mit den Betriebsvereinbarungen von KT und stellt in diesem Zusammenhang fest, dass sie schon deshalb keine umfassende Absicherung *aller* KT-Mitarbeiter sicherstellen können, weil für die Fleischwerke und Lager sowie die Filialen im Raum München/Oberbayern keine vergleichbaren Betriebsvereinbarungen existieren. Die Notwendigkeit, sämtliche KT-Arbeitsplätze zu erhalten, folgt ebenso aus Tz. 277. Dort wird das Übernahmeangebot von REWE als ein geeignetes Alternativangebot geprüft und darauf hingewiesen, dass REWE die *gleiche* Anzahl an KT-Beschäftigten, nämlich *16.000*, erhalten will. Folgerichtig stellt Ziffer 1.1.3 Satz 1 des Verfügungsausspruchs die erteilte Ministererlaubnis unter die aufschiebende Bedingung, dass EDEKA zur Absicherung der KT-Beschäftigten für *alle* betroffenen Beschäftigten in *allen* betroffenen Regionen Tarifverträge für den Bereich *Einzelhandel* (Filialen, Verwaltung, Logistik/Lager) mit ver.di und für die Fleischwerke in Perwenitz, Donauwörth und Viersen mit der Gewerkschaft NGG abschließt, in denen für die Dauer von fünf Jahren betriebsbedingte Änderungs- und

Beendigungskündigungen ausgeschlossen sind. Nach der Erläuterung in Tz. 316 der Ministererlaubnis geht es um den Schutz der Beschäftigten aus *allen* Betriebsbereichen von KT.

bb) Die verfügten Nebenbestimmungen sind nicht geeignet, für die Dauer von fünf Jahren den Erhalt *aller* rund 16.000 KT-Arbeitsplätze zu gewährleisten. Denn sie enthalten Klauseln, die es in einem nicht näher bestimmten Umfang gestatten, innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien KT-Arbeitsplätze abzubauen.

Ziffer 1.1.3 Satz 2 des Verfügungstenors stellt die erteilte Ministererlaubnis unter die aufschiebende Bedingung, dass in den abzuschließenden Tarifverträgen mit den Gewerkschaften ver.di und NGG für einen Zeitraum von fünf Jahren betriebsbedingte Änderungs- und Beendigungskündigungen ausgeschlossen sein müssen. Satz 3 der genannten Nebenbestimmung gestattet allerdings abweichende Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien, ohne dass der Bundeswirtschaftsminister hierzu irgendwelche Vorgaben inhaltlicher Art gemacht oder die Anzahl der einvernehmlich gestatteten Kündigungen beschränkt hat. Satz 4 der Ziffer 1.1.3 erlaubt mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien darüber hinaus betriebsbedingte Änderungs- oder Beendigungskündigungen im Fleischwerk Viersen, sofern die Kündigungen „betriebswirtschaftlich notwendig“ sind. Auch insoweit gibt es weder eine zahlenmäßige Begrenzung der Kündigungen noch eine nähere Konkretisierung des Begriffs der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit. Dabei liegt bei lebensnaher Betrachtung sehr nahe, dass sich die Tarifvertragsparteien bei einer Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln in Ziffer 1.1.3 Sätze 3 und 4 nicht auf die in dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben unmittelbar betroffenen Arbeitnehmerbelange der KT-Beschäftigten beschränken, sondern in den Verhandlungen ihre gesamtgewerkschaftlichen Interessen zur Geltung bringen.

Ziffer 1.1.4 des Verfügungsausspruchs sieht ferner vor, dass innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums KT-Filialen mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien im Einzelfall auch an selbständige Lebensmitteleinzelhändler oder sonstige Dritte übertragen werden. Voraussetzung ist lediglich, dass die von dem Betriebsübergang betroffenen KT-Mitarbeiter „entsprechend abgesichert werden“ und diejenigen Beschäftigten, die einem Betriebsübergang widersprechen, „zumutbare alternative Arbeitsplätze“ im EDEKA-Regiebereich angeboten werden. Nähere Vorgaben des Bundeswirt-



schaftsministers, wann eine *entsprechende* Absicherung und ein *zumutbarer* alternativer Arbeitsplatz vorliegen, fehlen. Ziffer 1.1.5 hält nur dazu an, dass für den übernehmenden selbständigen Lebensmitteleinzelhändler betriebsbedingte Änderungs- und Beendigungskündigungen für die Dauer von 24 Monaten tarifvertraglich ausgeschlossen werden.

Im Ergebnis ist es den Tarifvertragsparteien somit erlaubt, einvernehmlich eine – nach Anzahl und Art des Beschäftigungsverhältnisses in keiner Weise begrenzte – Vielzahl von KT-Arbeitsplätzen abzubauen. Das läuft dem vom Bundeswirtschaftsminister für erforderlich gehaltenen Erhalt *sämtlicher* KT-Arbeitsplätze für die Dauer von fünf Jahren diametral zuwider und führt zur Ungeeignetheit der betreffenden Nebenbestimmungen.

cc) An der Rechtswidrigkeit der Ministererlaubnis würde sich im Übrigen nichts ändern, wenn man angesichts der in den Nebenbestimmungen enthaltenen Öffnungsklauseln annehmen wollte, der Bundeswirtschaftsminister habe es – entgegen dem Inhalt der zitierten Textstellen – für die Verwirklichung des Gemeinwohlbelangs der Beschäftigungssicherung als ausreichend erachtet, dass nur der überwiegende Teil der 16.000 KT-Arbeitsplätze für fünf Jahre erhalten bleibt. In diesem Fall wäre die Erlaubnisentscheidung jedenfalls deshalb fehlerhaft, weil REWE das vorzugswürdigere Übernahmeangebot unterbreitet hätte. Denn das Unternehmen hat für einen Zeitraum von fünf Jahren den Erhalt aller 16.000 KT-Beschäftigungsverhältnisse zugesagt und in allen anderen Punkten ein zu der EDEKA-Offerte gleichwertiges Angebot unterbreitet. Davon scheint auch die angefochtene Ministererlaubnis auszugehen. In Tz. 278 der Entscheidung wird zwar offen gelassen, ob REWE ein geeigneter alternativer Erwerber ist. Andererseits werden dort aber keine diesbezüglichen Bedenken benannt; solche sind auch nicht ersichtlich.

e) Die in den Ziffern 1.1.3 und 1.1.4 verfügten aufschiebenden Bedingungen sind überdies rechtlich fehlerhaft, weil der Inhalt der darin enthaltenen Öffnungsklauseln unbestimmt ist.

aa) Als Bestandteil der Hauptregelung „Ministererlaubnis“ müssen die verfügten Nebenbestimmungen dem Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG genügen. Allgemein gilt, dass der Entscheidungsinhalt eines Verwaltungsakts den Adressaten in die Lage versetzen muss, zu erkennen, was genau von ihm gefordert wird bzw.

was in der ihn betreffenden Sache geregelt ist. Hat der Verwaltungsakt einen vollstreckungsfähigen Inhalt, muss er darüber hinaus so bestimmt sein, dass er Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung sein kann (vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 37 Rn. 12). Ist der Verwaltungsakt Grundlage einer weiteren Entscheidung, muss sein Regelungsgehalt so klar und eindeutig sein, dass er jener Entscheidung zugrunde gelegt werden kann (Kopp/Ramsauer, a.a.O. § 37 Rn. 5). Geht es – wie hier – um die Bestimmtheit von (aufschiebenden) Bedingungen, müssen die Voraussetzungen für den Bedingungseintritt dementsprechend so vollständig, klar und unzweideutig bezeichnet sein, dass sich der Eintritt oder Ausfall der Bedingung ohne weiteres, insbesondere ohne die Notwendigkeit einer erneuten Sachprüfung zum Ausspruch in der Hauptsache, feststellen lässt.

bb) Die Bedingungen in den Ziffern 1.1.3 und 1.1.4 des Erlaubnisausspruchs genügen diesem Bestimmtheitserfordernis nicht. Denn sie stellen es weitgehend in die Entscheidung der Tarifvertragsparteien, ob und in welchem Umfang welche KT-Arbeitsplätze abgebaut werden. Weder für EDEKA und KT als Begünstigte der Ministererlaubnis noch für die Gewerkschaften ver.di und NGG noch für einen außenstehenden Dritten ist dem Erlaubnisausspruch und seiner Begründung zu entnehmen, in welcher Größenordnung und bei welchen Arbeitsplätzen (Vollzeitbeschäftigte, Teilzeitbeschäftigte, geringfügig Beschäftigte, Mitarbeiter mit langer Betriebszugehörigkeit, älteres Personal) ein Personalabbau bei KT ohne eine Gefährdung des Bedingungseintritts möglich ist, oder anders gewendet, wann ein einvernehmlicher Arbeitsplatzabbau bei KT zum Ausfall der Bedingung führt. Demzufolge ordnet Ziffer 1.3 der Erlaubnisentscheidung an, dass die aufschiebenden Bedingungen in den Ziffern 1.1.3 und 1.1.4 erst dann als eingetreten gelten, wenn der Bundeswirtschaftsminister „nach einer Prüfung der Tarifverträge“ mit ver.di und NGG jene Bedingungen als erfüllt ansieht. Der Bundeswirtschaftsminister hat sich damit eine im Gesetz nicht vorgesehene zweite Sachprüfung vorbehalten, um anhand des tarifvertraglichen Verhandlungsergebnisses zu entscheiden, ob die mit ver.di und NGG ausgehandelte Beschäftigungssicherung bei KT ausreicht, um im Sinne von § 42 Abs. 1 GWB die erheblichen Wettbewerbsnachteile der Fusion aufzuwiegen. Die Notwendigkeit einer solchen erneuten Sachprüfung offenbart nicht nur die Unbestimmtheit der in Rede stehenden aufschiebenden Bedingungen, sondern führt überdies zu einer gesetzeswidrigen Verfahrensgestaltung, nämlich zu einer „Wiedereröffnung“ des durch die Erlaubnis vom 9. März 2016 bereits abgeschlossenen Ministererlaubnisverfahrens.

f) Die streitbefangene Ministererlaubnis ist ferner rechtswidrig, weil sie die Fusionsbeteiligten EDEKA und KT unter Verstoß gegen §§ 42 Abs. 2 Satz 2, 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt.

aa) Nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB kann die Freigabe mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Solche Nebenbestimmungen sind allerdings nur dann und insoweit zulässig, als ohne diese Nebenbestimmungen der Zusammenschluss untersagt werden müsste. Da sich die Zusammenschlusskontrolle gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen richtet und bei der Feststellung der Entstehung oder Verstärkung der Marktbeherrschung in erster Linie strukturelle Gegebenheiten in den Blick zu nehmen sind, kommen auch als Nebenbestimmungen grundsätzlich nur strukturelle Maßnahmen in Betracht, die die Wettbewerbsbedingungen (und nicht das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen) beeinflussen. Das ausdrückliche Verbot in § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB, die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen, verdeutlicht und konkretisiert diese durch den Gesetzeszweck vorgegebene Zielrichtung der Nebenbestimmungen (zu Allem: BGH, WuW/E DE-R 1681 Rn. 56 – *DB regio/üstra*). Die 8. Kartellrechtsnovelle, die den Untersagungstatbestand des § 36 Abs. 1 GWB um das zentrale Untersagungsmerkmal der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs erweitert hat, aber das bisherige Kriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Regelbeispiel für diesen Untersagungsgrund normiert, ändert an alledem nichts.

Für die auflösende Bedingung, über einen Zeitraum von mehreren Jahren keine Anträge auf Wiedererteilung auslaufender Liniengenehmigungen zu stellen, hat der Bundesgerichtshof eine laufende Verhaltenskontrolle für fraglich erachtet. Den Beteiligten werde damit – so hat er ausgeführt – nicht abverlangt, sich fortlaufend in einer bestimmten Weise zu verhalten. Zwar sei ihr Verhalten am Markt betroffen. Auch Veränderungen der Marktstruktur können indessen regelmäßig nur über ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen erreicht werden, so dass eine exakte Trennlinie zwischen der Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen und der Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der unter diesen Bedingungen agierenden Unternehmen nicht zu ziehen sei. Maßgeblich sei daher weniger, ob auf das Verhalten der Unternehmen eingewirkt wird, als vielmehr die Frage, ob hierdurch ein struktureller Effekt erzielt werde, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist, um eine Verschlech-

terung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder zu kompensieren (BGH, a.a.O. Rn. 59).

bb) Es kann auf sich beruhen, ob dieser Ansicht zu folgen ist und sich die Antwort auf die Frage, ob eine unzulässige *laufende* Verhaltenskontrolle vorliegt, maßgeblich danach beurteilt, ob die Nebenbestimmung auf die Herbeiführung eines nachhaltigen strukturellen Effekts gerichtet ist. Selbst wenn man der Auffassung des Bundesgerichtshofs folgen wollte, erweisen sich jedenfalls die nachfolgenden Nebenbestimmungen als rechtswidrig.

Die auflösende Bedingung in Ziffer 1.5.2, dass KT-Filialen innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums an einen selbständigen Lebensmitteleinzelhändler übertragen werden, ohne die von dieser Übertragung betroffenen KT-Mitarbeiter tarifvertraglich abzusichern und den einem Betriebsübergang widersprechenden Beschäftigten einen zumutbaren alternativen Arbeitsplatz im EDEKA-Regiebereich anzubieten, adressiert nicht die Struktur des Lebensmitteleinzelhandelsmarktes, sondern alleine die betriebswirtschaftliche Führung des Zielunternehmens. Gleiches gilt für die auflösende Bedingung in Ziffer 1.5.3, die eintritt, wenn KT-Filialen an einen selbständigen Lebensmitteleinzelhändler übertragen werden, ohne mit der Gewerkschaft ver.di tarifvertraglich für 24 Monate betriebsbedingte Änderungs- und Beendigungskündigungen auszuschließen. Auch die auflösende Bedingung in Ziffer 1.5.4, die die Schließung von Filialen sowie die Umstrukturierung von Logistik/Lager und Verwaltung unter Missachtung der tarifvertraglichen Pflichten zur Umsetzung der verfügbaren aufschiebenden Bedingungen in Ziffer 1.1 erfasst, zielt nicht auf die Marktstruktur, sondern auch auf die Betriebsleitung des Zielunternehmens. Das gilt jedenfalls, soweit es um die Einhaltung der in Ziffer 1.1.3 enthaltenen Obliegenheit der EDEKA geht. Danach dürfen für die Dauer von fünf Jahren keine betriebsbedingten Änderungs- und Beendigungskündigungen bei KT ausgesprochen werden.

Unterstrichen wird der Charakter der drei vorgenannten auflösenden Bedingungen als Nebenbestimmungen, die EDEKA einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellen, durch die in Ziffer 1.4 der angefochtenen Erlaubnisentscheidung angeordnete Verpflichtung von EDEKA, dem Bundeswirtschaftsminister für fünf Jahre ab Übernahme der KT-Zielunternehmen einen jährlichen Statusbericht über die von den aufschiebenden Bedingungen betroffenen KT-Unternehmensbereiche vorzulegen.

B. Der Antrag von Markant auf Feststellung, dass das streitbefangene Zusammenschlussvorhaben nicht vollzogen werden darf, bleibt erfolglos.

Markant hat das Begehren nicht begründet. Es ist deshalb unklar, ob der Feststellungsantrag darauf gerichtet ist, die Geltung des gesetzlichen Vollzugsverbots nach § 41 Abs. 1 GWB unabhängig von einer positiven Bescheidung der Eilanträge nach § 65 Abs. 3 Satz 3, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB festzustellen, oder ob er sich in dem Begehren auf eine gerichtliche Klarstellung erschöpft, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis das gesetzliche Vollzugsverbot (wieder) in Kraft gesetzt hat. Die Frage kann indes auf sich beruhen.

Im erstgenannten Fall ist das Feststellungsbegehren unbegründet. Auch wenn § 41 Abs. 1 GWB das Vollzugsverbot alleine im Kontext eines kartellbehördlichen Fusionskontrollverfahrens regelt, steht in der kartellrechtlichen Judikatur und Literatur zu Recht außer Streit, dass die Vorschrift auch im Ministererlaubnisverfahren gilt. Gestattet – wie hier – der Bundeswirtschaftsminister ein kartellbehördlich untersagtes Zusammenschlussvorhaben, endet folglich das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB und darf die Fusion aufgrund der ministeriellen Erlaubnis durchgeführt werden. Die Drittbeschwerde gegen die Ministererlaubnis ändert daran nichts, weil sie keine aufschiebende Wirkung besitzt. Erst der erfolgreiche Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde löst das gesetzliche Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB wieder aus (vgl. *Thomas a.a.O* § 42 Rn. 175).

Im zweitgenannten Fall ist der Feststellungsantrag unzulässig. Sobald der Senat den Suspensiveffekt der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis angeordnet hat, ist die Vollziehung des Zusammenschlussvorhabens verboten. Das folgt – wie vorstehend dargelegt – unmittelbar aus dem Gesetz. Markant steht kein berechtigtes Interesse zur Seite, dieses Vollzugsverbot darüber hinaus noch gerichtlich feststellen zu lassen.

### III.

Eine gesonderte Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Sie erfolgt mit der Beschwerdeentscheidung nach den Vorgaben des § 78 GWB.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 74 Abs. 2 GWB liegen nicht vor. Der Senat hat die Frage, ob die streitbefangene Erlaubnisentscheidung rechtswidrig ist, weil der Bundeswirtschaftsminister wegen der Besorgnis der Befangenheit nicht über den Erlaubnisantrag hätte entscheiden dürfen, auf der Grundlage einer gefestigten höchstrichterlichen Judikatur zum Begriff der Befangenheit beantwortet. Die darauf basierende Beurteilung des Streitfalles ist eine Einzelfallentscheidung ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung. Die zusätzlich erörterten Rechtsfehler der Erlaubnisentscheidung sind für die Eilentscheidung des Senats nicht tragend und aus diesem Grund ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung.

Prof. Dr. Kühnen

Lingrün

Prof. Dr. Lohse

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Hauptsachenentscheidung kann nur aus den in § 74 Abs. 4 GWB genannten absoluten Rechtsbeschwerdegründen mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag des Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Nichtzulassungsschrift und –begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.