Gleiss Lutz

INSOLVENZVERHINDERUNG DURCH MINISTERERLASS?

Der Fall EDEKA / Tengelmann

Dr. Matthias Karl
Gleiss Lutz

Die Ministererlaubnis

§ 42 GWB

- **Keine Korrektur des BKartA**
- **2 Prüfungsmaßstäbe**

Untersagung: § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB

„Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen.“

Ministererlaubnis: § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB

„Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.“

Die Ministererlaubnis

§ 42 Satz 2,3 GWB

Gleiss Lutz

Weitere Voraussetzungen

§ 42 Satz 2 GWB:

„Hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen.“

---

§ 42 Satz 3 GWB:

„Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird.“

Die Ministererlaubnis

Historisches

22 Verfahren

- 7 Rücknahmen
- 6 Ablehnungen
- 1 Teilerlaubnis
- 5 Erlaubnis mit Auflagen
- 3 Erlaubnisse

Monopolkommissionsvotum

- 15 nicht erteilen
- 3 erteilen

Ausnahmen von der Untersagungspflicht

§ 36 Abs. 1 Satz 2 GWB

Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, oder

- Ziffer 1 -

Die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt, falls nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 des Handelsgesetzbuchs einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Ferner muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.

- Ziffer 3 -

Ausnahmen von der Untersagungspflicht

§ 36 Abs. 1 GWB

Gleiss Lutz

Sanierungsfusion

„failing company defuse“

Voraussetzungen

Keine Überlebensfähigkeit ohne Zusammenschluss

Keine Alternative zu einer Übernahme durch das marktbeherrschende Unternehmen

Das Marktpotential würde bei Abwicklung vollständig oder zumindest im wesentlichen dem Erwerber zufallen

Die Ministererlaubnis

Grundsätze § 42 GWB

Gesamtwirtschaftliche Vorteile

Überragendes Interesse der Allgemeinheit

- Sicherung der Energieversorgung
- Wahrung des technischen Potenzials
- Sanierung und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit
- Erhaltung von Arbeitsplätzen
- Pressevielfalt
- Umwelt- / Klimaschutz
- Gesundheitsfürsorge

Die Anwendung: Jüngster Fall

EDEKA / Tengelmann

Gleiss Lutz

Ablauf:

- Untersagung durch BKartA März 2015
- Übernahme der
  - Lebensmitteleinzelhandelsnetze von KT mit ca. 450 Filialen
  - Zugehörige Logistik und Verwaltungsstandorte
  - Birkenhof Fleischverarbeitungswerke Perwenitz, Donauwörth, Viersen
  - Verträge zum gemeinsamen Einkauf

Untersagungsgründe:

- Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung im LEH in Münden, Berlin und NRW
- Verstärkung der Position auf den Beschaffungsmärkten
- Keine geeigneten Zusagen erhalten

Ablauf (2)

OLG

Diverse Beschwerde-verfahren von EDEKA vor dem OLG Düsseldorf gegen:

- Untersagung
- Verbot des gemeinsamen Einkaufs
- einstweiliger Anordnungen dazu

Parallel: Antrag auf Ministererlaubnis vom 29.4.2015 mit Begründung: **Gesamtübernahme** von KT erforderlich

A	B	C	D	E	F
Arbeitsplatz-sicherung bei Gesamt-übernahme, 16.000 Stellen bleiben erhalten, bei Einzelabwicklung gehen 8.000 Arbeitsplätze verloren	Erhalt tarifvertraglicher Rechte und Strukturen	Wachstums-impuls durch Investition in die Filialen	Effizienz-verbesserung führt zu Arbeitsplatz-zuwachs	Vermeidung von Arbeitslosigkeit und deren Kosten in Höhe von EUR 100 Mio.	Wettbewerbs-impulse durch Privatisierung

Ablauf (3)
Monopolkommission

Gleiss Lutz

Negative Bewertung durch Monopolkommission

Grundsätzlich zulässige Gemeinwohlargumente:

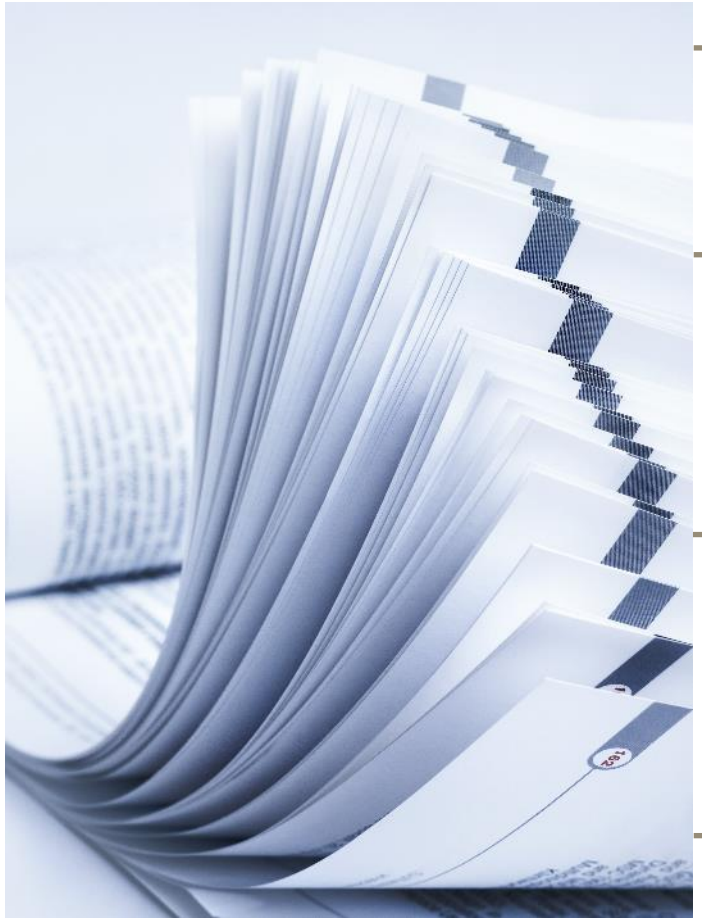
- Beschäftigung
- Erhalt von Arbeitnehmerrechten
- Entlastung öffentlicher Haushalte

Aber: Kein Nachweis der dauerhaften Sicherung

- Drohende Restrukturierungen
- Tarifrechtliche Sicherung entfällt bei Übertragung auf selbstständige EDEKA Einzelhändler
- Alternative Erwerber stehen zur Verfügung
- Machtzuwachs bei EDEKA gefährdet Arbeitsplätze bei deren Wettbewerbern

Ablauf (4)

Ministererlaubnis: Die Entscheidung



Ministererlaubnis mit Nebenbestimmungen vom 9. März 2016

Gemeinwohlgründe:

- Erhalt von Arbeitsplätzen
- Erhalt von Arbeitnehmerrechten

Aufschiebende Bedingungen:

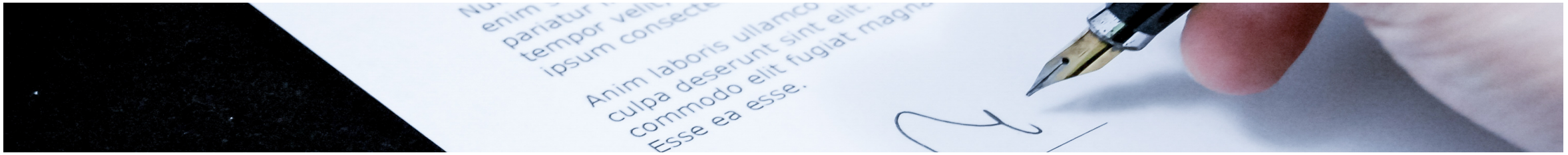
- Tarifverträge mit Verdi über 5 Jahre Bestandsgarantie
- Erhalt Betriebsratsstrukturen
- Neue Tarifverträge für die Logistik, Verwaltung und Fleischverarbeitung mit Fortführungsgarantien

Auflösende Bedingungen:

- Zuwiderhandlung gegen vorstehende Verpflichtungen
- Jährliche Berichtpflicht

Beschwerden von REWE und MARKANT

Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde §65 Abs. 3 Satz 3



Anordnungsbeschluss vom 12.7.2016, weil ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit vorliegen:

1	**Besorgnis der Befangenheit**
2	**Erhalt der Arbeitnehmer-rechte bei KT kein Gemeinwohlbelang (verfassungsrechtliche Koalitionsfreiheit)**
3	**Unvollständige Tatsachen-grundlage, da keine Feststellungen zum möglichen Stellenabbau**
4	**Ungeeignetheit der Nebenbestimmungen zur Sicherung der Arbeitsplätze**
5	**Unbestimmtheit einzelner Inhalte der Nebenbestimmungen**
6	**Verstoß gegen §40 Abs.3 wegen Begründung einer laufenden Verhaltenskontrolle**

Ergebnis

Gleiss Lutz

Ergebnis

- Gemeinwohlgrund Erhalt von Arbeitsplätzen wurde akzeptiert
- Hoher Aufwand zur Begründung der gesamtwirtschaftlichen Vorteile und des überragendes Interesses der Allgemeinheit
- Nicht „oder“ wie im Wortlaut von §42 GWB
- Überragendes Interesse ist im Verhältnis zur gesamtwirtschaftlichen Betrachtung zu bewerten

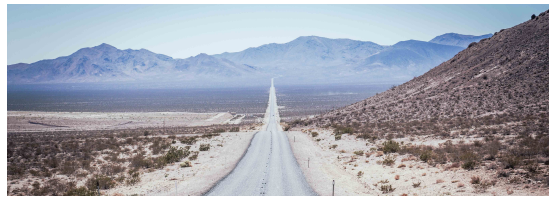
Aber

⚠

Im Grundsatz immer restriktiv angewendet

Rechtspolitik?

Zu restriktive Anwendung?



Wettbewerb 4.0 !

Neue gesamtwirtschaftliche Betrachtung?

Fazit: Ministererlaubnis kann in bedeutenden Insolvenzverfahren eine lohnende Alternative sein

Und zum Schluss

Rücknahmen der Beschwerden durch REWE und MARKANT nach Übertragung von Berliner Filialen von KT und Ausgleichszahlung …

… und kleine Änderung im GWB

NEU

§63 Abs. 2 Satz 2 GWB:

„Gegen eine Verfügung, durch die eine Erlaubnis nach §42 erteilt wird, steht die Beschwerde einem Dritten nur zu, wenn er geltend macht, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein.“

Also los!

Dritte stören nicht mehr das Ministererlaubnisverfahren!

Gleiss Lutz

VIELEN DANK

für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Matthias Karl, LL.M.

Partner, Kartellrecht

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
T +49 711 8997-112
M +49 173 3247946
E matthias.karl@gleisslutz.com

„Häufig empfohlen im Kartellrecht“
JUVE Handbuch 2016/2017

„Matthias Karl is an antitrust 'guru' and impresses with his 'creative approach' to client issues.“
Who's Who Legal Germany 2016

„qualitativ gute, pragmatische Beratung (Mandant)“
JUVE Handbuch 2015/2016

„Empfohlen für Wettbewerbsrecht / Kartellrecht“
Best Lawyers in Germany / Handelsblatt 2016

KOMPETENZEN

Matthias Karl verfügt über umfangreiche Expertise in den Bereichen deutsches und europäisches Kartellrecht, Fusionskontrolle sowie Vertriebsrecht. Zusätzlich berät er Mandanten im Zusammenhang mit Compliance Maßnahmen.

PROFIL

Sein Studium absolvierte er in München, Hamburg und Ann Arbor, Michigan/USA (LL.M.). Seit 2000 ist er Partner bei Gleiss Lutz. Seit 1996 ist er im Staat New York als Attorney at law zugelassen.

Er ist Mitglied der Studienvereinigung Kartellrecht. Er ist auch Mitglied im Kartellrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer.

Neben Deutsch spricht Matthias Karl Englisch und Spanisch.

AUSGEWÄHLTE REFERENZMANDATE

- **MANN+HUMMEL** beim Erwerb des weltweiten Filtergeschäfts der Affinia Gruppe
- **Bosch:** Gesamte kartellrechtliche Beratung
- **P&G** im Kartellrecht
- **ZF, Mahle und Georg Fischer:** Umfassende Beratung im Bereich Zulieferindustrie
- **Evonik, HeidelbergCement, Bayer Health Care, Daimler und viele weitere Industrie- und Handelsunternehmen:** Compliance Schulung