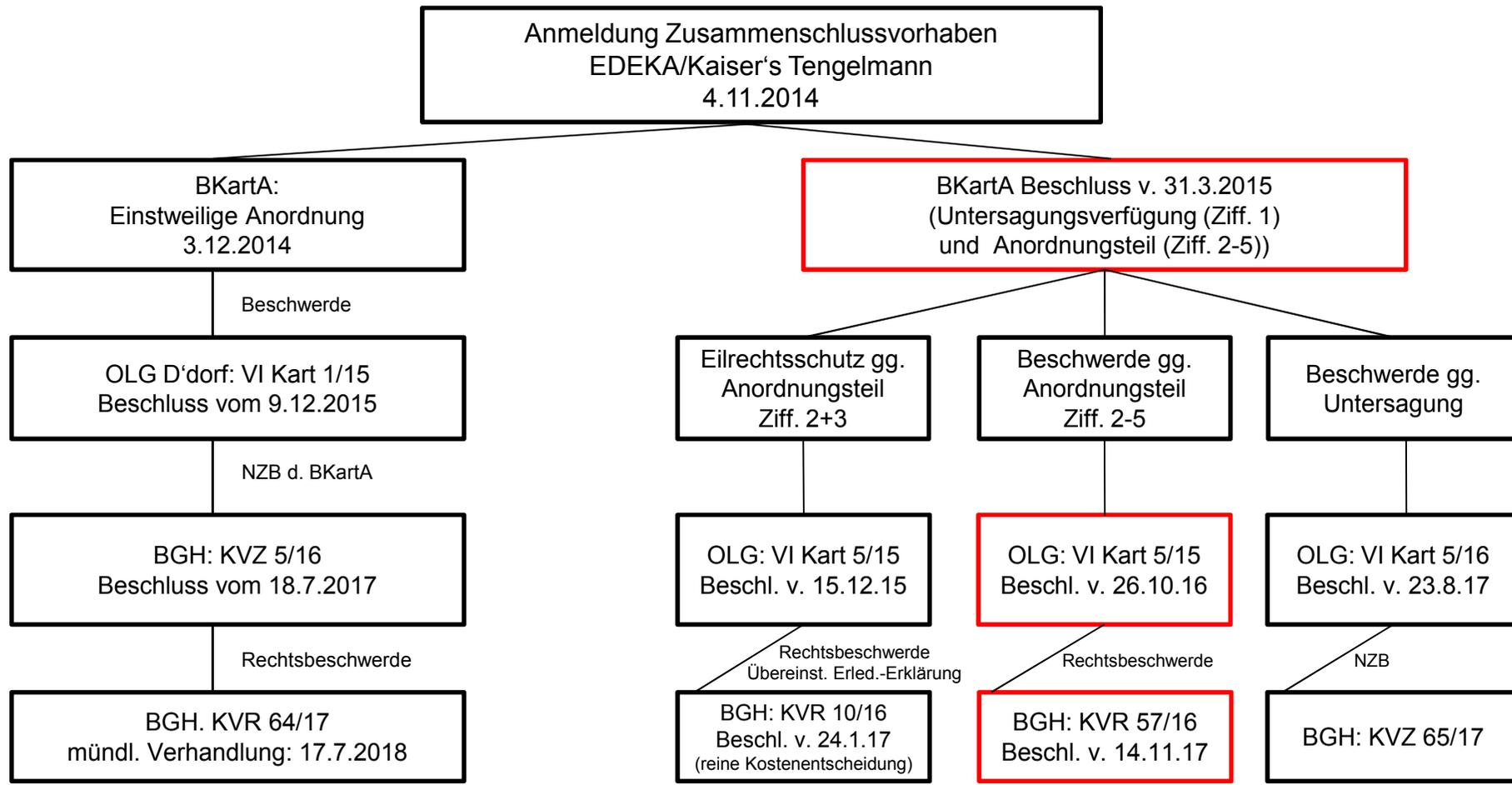


# **Das Vollzugsverbot und dessen Durchsetzung nach EDEKA / Kaiser's Tengelmann**

# Überblick



# BKartA-Beschluss vom 31.3.2015

- **Ausspruch Ziff. 1:**
  - Untersagung des Zusammenschlussvorhabens
- **Ausspruch Ziff. 2:**
  - Verbot, den „Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie die Zentralregulierung von Warenlieferungen“ ganz oder teilweise durchzuführen
- **Ausspruch Ziff. 3:**
  - Verbot der Schließung bzw. wirtschaftl. Entwertung näher bezeichneter KT-Filialen in Berlin und Brandenburg durch KT
- **Ausspruch Ziff. 4:**
  - Verbot der Schließung bzw. wirtschaftl. Entwertung von KT-Lägern und Fleischwerken
- **Ausspruch Ziff. 5:**
  - Verbot des Abbaus von Verwaltungsfunktionen von KT

- **Gegenstand: Ausspruch Ziff. 2-5**
- **OLG-Ansicht: Zu Ausspruch Ziff. 2-5 im Allgemeinen**
  - Bei Ausspruch Ziff. 2-5 handelt es sich nicht um eine einstweilige Anordnung nach § 60 Nr. 1 GWB
  - Bei Ausspruch Ziff. 2-5 handelt es sich um im Hinblick auf § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 GWB gesetzeskonkretisierende Verwaltungsakte
  - Ein besonderer Anordnungsgrund ist deshalb nicht erforderlich
  - Die gesetzeskonkretisierenden Verwaltungsakte sind selbständig anfechtbar
  - Ausspruch Ziff. 2-5 sind nicht darauf gerichtet, einen Verstoß gg. § 1 GWB abzustellen, weswegen § 32a GWB und der Vorrang des Unionsrechts nicht einschlägig sind.

## ■ OLG-Ausführungen zum Vollzugsverbot im Allgemeinen

- Auch der faktische Vollzug des Zusammenschlusses, bei dem durch tatsächliche Handlungen dessen wirtschaftliche Wirkungen ganz oder teilweise vorweggenommen werden, fallen unter das Vollzugsverbot
- Gesetzlich verboten sind damit sämtliche Maßnahmen, die der Erwerber an sich nur Kraft seiner künftigen Position als Inhaber der Geschäftsanteile oder Gesellschafterrechte ausüben darf
- Gesetzlich verboten sind ferner sämtliche Maßnahmen, die zu einer faktischen Vorwegnahme der Integration der zusammenschlusswilligen Unternehmen führen
- **Faktische Vollzugshandlungen sind auch dann verboten, wenn sie als solche keinen Zusammenschlusstatbestand im Sinne von § 37 Abs. 1 GWB verwirklichen**

- **OLG-Ansicht: Zu Ausspruch Ziff. 2 „Rahmenvertrag“ im Besonderen**
  - Im Bereich der *Warenbeschaffung* führt der Rahmenvertrag zu einer faktischen Integration von KT in die EDEKA
  - Auf dem Nachfragermarkt würde KT als Nachfrager weitestgehend wegfallen. Damit würde faktisch eine Situation geschaffen, wie sie eintreten würde, wenn KT und EDEKA den Zusammenschluss schon vollzogen und die LEH-Geschäfte von KT in das Erwerbsunternehmen integriert worden wären
  - Auch die im Rahmenvertrag vorgesehene Übernahme der *Zentralregulierung* stellt ein Verstoß gegen das gesetzliche Vollzugsverbot dar
  - Faktisch wird der Wareneinkauf von KT über EDEKA bereits in einer Art und Weise abgewickelt, wie er mit Blick auf den von § 1 GWB geschützten Geheimwettbewerb unter Konkurrenten nicht erlaubt wäre

- **OLG-Ansicht: Zu Ausspruch Ziff. 3 „Carve-Out“ im Besonderen**
  - Weder die Schließung noch die wirtschaftliche Entwertung der Carve-Out-Filialen durch KT verstößt gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB
  - Mit der Stilllegung oder wirtschaftlichen Entwertung der KT-Standorte ist kein fusionsbedingter Machtzuwachs für EDEKA verbunden
  - Die Schließung oder wirtschaftliche Entwertung der Carve-Out-Filialen ist nicht darauf gerichtet, den geplanten Unternehmenszusammenschluss in Teilen vorab ins Werk zu setzen. Die Filialen sollen gar nicht Gegenstand des Zusammenschlusses sein
  - Die Vorgabe der EDEKA, das Zielunternehmen ohne die Carve-Out-Filialen erwerben zu wollen, ist kartellrechtlich unbedenklich, weil die Fusionsbeteiligten im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit den Umfang und Gegenstand ihres Zusammenschlussvorhabens autonom bestimmen können

- **OLG-Ansicht: Zu Ausspruch Ziff. 4 u. 5 „Läger/Fleischwerke“ im Besonderen**
  - Im Gegensatz zu den Carve-Out-Filialen sind die Läger und Fleischwerke Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags und sollen grundsätzlich auf EDEKA übergehen
  - Die von KT noch vor Vollendung der Fusion abgewickelten Restrukturierungsmaßnahmen stellen einen Vorausgriff auf den Zusammenschluss dar, da feststeht, dass die EDEKA diese nach der geplanten Unternehmensübergabe selbst in Angriff nehmen würde
  - Die Integration von KT in die EDEKA wird faktisch vorweggenommen, da KT als eigenständiger Anbieter von selbsthergestellten Fleischprodukten vom Markt zurücktritt

## ■ Gegenstand des Verfahrens

- Rechtsbeschwerde EDEKA gg. Ausspruch Ziff. 2 – „Rahmenvertrag“
  - Erledigung aufgrund bestandskräftiger Ministererlaubnis
  - Bejahung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses wegen Wiederholungsgefahr
- Rechtsbeschwerde BKartA gg. Aufhebung des Ausspruchs Ziff. 3 – „Carve-Out“
  - Erledigung aufgrund zwischenzeitlicher Schließung der Carve-Out-Filialen
  - Übereinstimmende Erledigungserklärung
  - Entscheidung nur noch über Kosten
- Keine Rechtsbeschwerden erhoben gg. Aussprüche Ziff. 4 + 5

- **Grundsatz 1:** Droht ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot, kann die Kartellbehörde nach § 60 Nr. 1 GWB bis zu ihrer abschließenden Entscheidung über die Freigabe oder die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens eine einstweilige Anordnung treffen, mit der Handlungen, die dem Vollzugsverbot zuwiderlaufen, untersagt werden
  - Unter welchen Voraussetzungen eine solche Anordnung getroffen werden kann, wird der BGH im Verfahren KVR 64/17 entscheiden
- **Grundsatz 2:** Mit Abschluss des behördlichen Verfahrens findet der Ausspruch Ziff. 2 zum „Rahmenvertrag“ seine rechtliche Grundlage in § 32 Abs. 1 GWB i.V.m. § 41 Abs.1 Satz GWB
  - Gemäß § 32 Abs. 1 GWB kann die Kartellbehörde Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des GWB und damit auch gegen § 41 Abs. 1 GWB abzustellen

## ■ Fortsetzung zum Grundsatz 2:

- § 32 GWB beschränkt die Kartellbehörde nicht darauf, die Abstellung einer bereits erfolgten Zuwiderhandlung anzuordnen
- Voraussetzung für eine Abstellungsverfügung einer bevorstehenden Zuwiderhandlung ist das Bestehen einer Begehungsgefahr
- Ein Bedürfnis für einen solchen Verbotsausspruch, der die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens flankiert, kann sich auch noch für die Zeit nach Abschluss des behördlichen Verfahrens im Hinblick auf die Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung einer Untersagung ergeben, insbesondere in den Fällen, in denen Meinungsverschiedenheiten zwischen der Behörde und den betroffenen Unternehmen hinsichtlich des Vollzugsverbots bestehen

## ■ Unterschiedliche Definition von „Vollzug“ im GWB

### ■ Vollzugsbegriff des § 39 Abs. 6 GWB

- Die Anzeigepflicht des § 39 Abs. 6 GWB soll die Information über die tatsächliche Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens sicherstellen
- Bei einer Verwirklichung des Vorhabens in mehreren Schritten greift die Anzeigepflicht erst nach Durchführung des letzten, für die Vollendung des Vorhabens erforderlichen Schrittes

### ■ Vollzugsbegriff des § 41 Abs. 1 GWB

- Zweck der präventiven Fusionskontrolle und des Vollzugsverbots ist es, nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen und Schwierigkeiten einer Rückabwicklung zu verhindern
- Es ist jegliches Verhalten zu unterlassen, das dazu führt, dass die zusammenschlusswilligen Unternehmen ihre Stellung als selbständig agierende Marktsubjekte bereits vor der Entscheidung der Kartellbehörde ganz oder teilweise verlieren

## ■ Zum Vollzugsverbot gem. § 41 Abs. 1 GWB:

- Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen und Verhaltensweisen fallen, die
  - für sich keinen Zusammenschlusstatbestand erfüllen,
  - aber im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und
  - geeignet sind, dessen Wirkung zumindest teilweise vorwegzunehmen
- Keine unzumutbare Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit aufgrund der kurzen Prüfungsfristen von Zusammenschlussvorhaben
- Kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aufgrund des Erfordernisses der Differenzierung zwischen bloßen Vorbereitungshandlungen und teilweisem Vollzug

- **Verstoß gegen das Vollzugsverbot durch den „Rahmenvertrag“**
  - Verstoß durch die *Warenbeschaffung*
    - Aufgrund der günstigeren Konditionen, die der Rahmenvertrag KT eröffnete, war damit zu rechnen, dass KT seinen Bedarf an Waren in erheblichem Umfang bei EDEKA bezieht
    - Folge: KT wäre als eigenständiger Akteur auf den Beschaffungsmärkten weitestgehend ausgefallen
    - Damit wäre es zu erheblichen Veränderungen auf den Beschaffungsmärkten gekommen, die ansonsten erst nach der rechtlichen Eingliederung von KT in den EDEKA-Verbund eingetreten wären
  - Verstoß durch *Zentralregulierung*
    - Die beabsichtigte Zentralregulierung umfasst Aufgaben, die zum ureigenen Organisationsbereich eines Unternehmens gehören

- Fortsetzung: Verstoß durch Zentralregulierung
  - Die Übertragung solcher Aufgaben einen Wettbewerber ist jedenfalls nicht üblich
  - Folge: EDEKA hätte Kenntnis über Umfang und Konditionen des Warenbezugs von KT in unüblichem Maße erlangt
- Die Wirkungen der Durchführung des Rahmenvertrages wären nach einer Untersagung nur unter Schwierigkeiten zu beseitigen:
  - Der Wegfall von KT als selbständiger Akteur auf den Beschaffungsmärkten hätte jedenfalls für den betroffenen Zeitraum nicht rückgängig gemacht werden können
  - Die Informationen über die geschäftlichen Aktivitäten von KT, die EDEKA erlangt hätte, hätten auch nicht rückgängig gemacht werden können
- Mögliche Existenzbedrohung von KT rechtfertigt keinen Verstoß, sondern allenfalls eine Befreiung vom Vollzugsverbot

## ■ Rechtsgrundlage § 32 Abs. 1 GWB i.V.m. § 41 Abs. 1 GWB – Überraschend

- Bislang gehörten nach allgemeiner Auffassung zu den „Vorschriften dieses Gesetzes“ die Verbote des zweiten Teils (§§ 1, 19-21 GWB)
- Nunmehr hat das BKartA die Möglichkeit, mit einer Untersagung eines Vorhabens zugleich das Vollzugsverbot konkretisierende Anordnungen/Verbote nach dieser Vorschrift zu erlassen

## ■ Zeitliche Geltung

- Nexus zum Zusammenschlussvorhaben
  - ⇒ Eigentlich: Reichweite der Verfügung endet, wenn das Zusammenschlussvorhaben endgültig scheitert
  - ⇒ BKartA: Neue (wiederholende) Maßnahmen müssen auf einer „neuen, vom alten Vorhaben zu trennenden Entscheidung“ beruhen
- Entscheidend: Handelt es sich um eine Maßnahme, die zu einem Verhalten führt, das auch von einem selbständig am Markt agierenden Unternehmen zu erwarten ist?