

Neue Entwicklungen zum Vollzugsverbot

BGH, Beschluss vom 14.11.2017

- KVR 57/16 –

„EDEKA/Kaiser's Tengelmann“

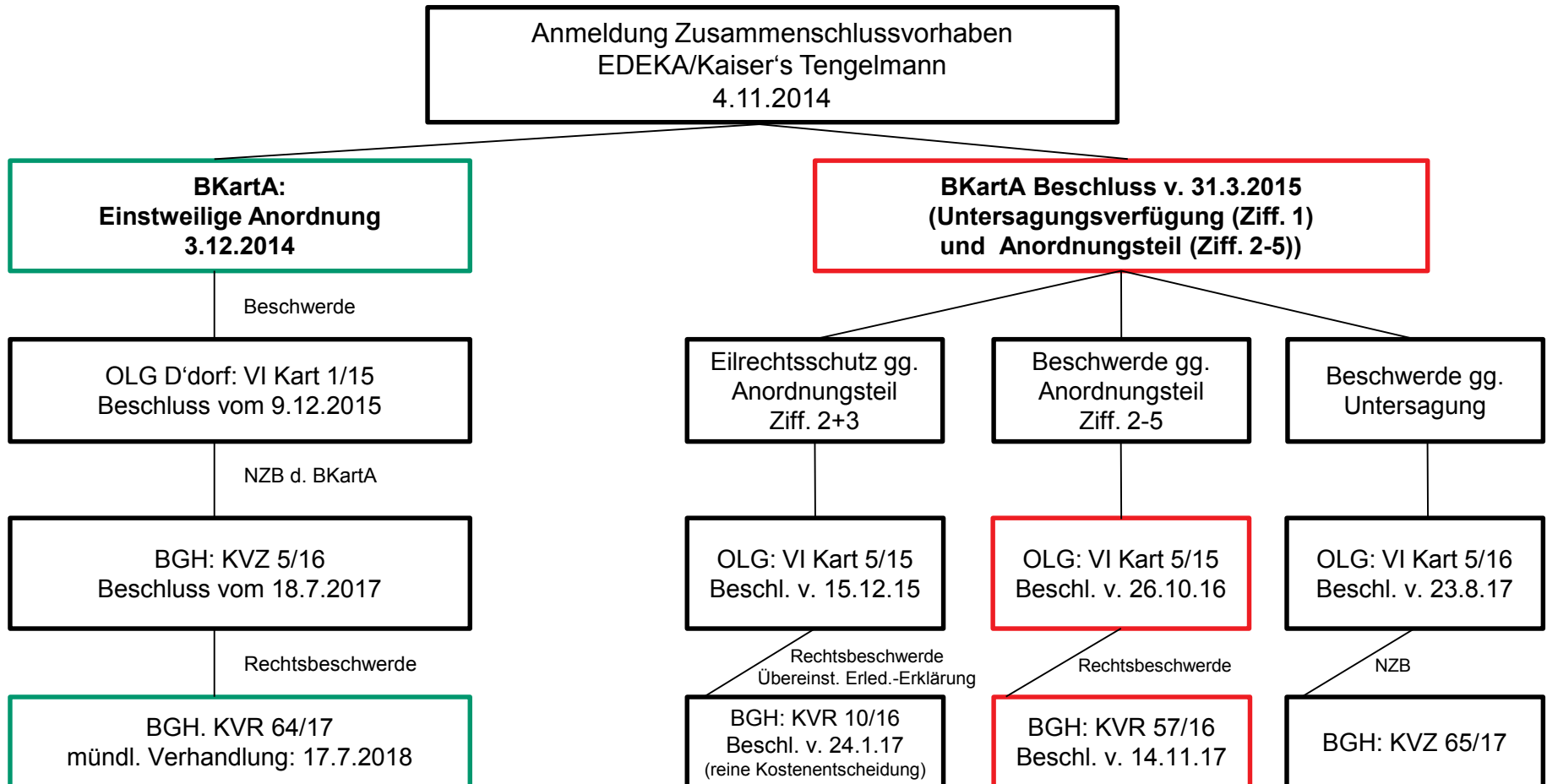
■ Reichweite des Vollzugsverbots

■ Welche Maßnahmen fallen in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle?

■ Wann verstößt eine Maßnahme gegen das Vollzugsverbot?

■ Durchsetzung des Vollzugsverbots

Überblick Gerichtsverfahren EDEKA/KT



■ 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: „Rechtsnatur“ der Aussprüche Ziff. 2-5**
 - Bei Ausspruch Ziff. 2-5 handelt es sich nicht um eine einstweilige Anordnung nach § 60 Nr. 1 Alt. 2 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 Verwaltungsakten sind selbständig anfechtbar

■ OLG-Ansicht: Materielles 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
- 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 Bereich der **Warenbeschaffung** führt der Rahmenvertrag zu einer **faktischen Integration** von KT in die EDEKA
- Auf dem Nachfragemarkt 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“

- Weder die Schließung noch die wirtschaftliche Entwertung der Carve-Out-Filialen durch KT verstößt gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB
- 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 Gegensatz zu den Carve-Out-Filialen sind die Läger und Fleischwerke Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags und sollen grundsätzlich auf EDEKA übergehen
 - 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 durch KT 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:

- 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

■ Kernsatz zum Vollzugsverbot gem. § 41 Abs. 1 GWB:

- Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen und Verhaltensweisen fallen, die
 - für sich keinen Zusammenschlussbestand erfüllen,
 - aber im (scil.: zeitlichen und sachlichen) Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen (sog. „**Nexus**“) und
 - geeignet sind, dessen Wirkung zumindest teilweise vorwegzunehmen

■ Verstoß gegen das Vollzugsverbot durch den „Rahmenvertrag“

Formulierung vorab:

„Der beabsichtigten Durchführung des Rahmenvertrages hinsichtlich Warenbeschaffung und Zentralregulierung **kam schon für sich ein Gewicht zu**, das es rechtfertigte, sie als teilweisen Vollzug des beabsichtigten Zusammenschlusses zu qualifizieren“.

■ 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 vereinzelt auch noch 29 GWB)
- Nunmehr hat das BKartA die Möglichkeit, mit einer Untersagung eines Vorhabens zugleich das Vollzugsverbot „**flankierende**“, „**präzisierende**“, „**konkretisierende**“ Anordnungen/ Verbote nach dieser Vorschrift zu erlassen

- **1. Frage:** Welche Maßnahmen fallen in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle?

Bundeskartellamt:

„Dem Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB [sind] richtigerweise alle faktischen oder rechtlichen Maßnahmen der Zusammenschlussbeteiligten zu unterstellen, die – auch wenn sie selbst keinen Zusammenschlusstatbestand erfüllen – **nach formeller oder informeller Vereinbarung eines kontrollpflichtigen Zusammenschlussvorhabens** getroffen wurden und die Auswirkungen haben auf die strukturellen Wettbewerbsbedingungen im Markt und/oder auf die wirtschaftlichen Gestaltungsspielräume der übrigen Marktteilnehmer“ (sog. „**Nexus**“ zum Vorhaben) **➡ zeitlicher und sachlicher Zusammenhang mit Vorhaben.**

„Dagegen fallen [...] solche Maßnahmen nicht in den Anwendungsbereich des Vollzugsverbots, die im Rahmen eines normalen **conduct of business** auch ohne das Zusammenschlussvorhaben getroffen worden wären“.

- **2. Frage**: Wann verstößt eine Maßnahme gegen das Vollzugsverbot?

Formulierung BGH: „...**kommt schon für sich ein Gewicht zu...**“

Bundeskartellamt: „...**Vorwegnahme wesentlicher Synergien aus dem**

Zusammenschluss...“

- **Beispiel**: F&E Kooperation

■ Zur Abgrenzung Formulierung des BGH:

„Für die Beurteilung, ob eine Maßnahme unter das Vollzugsverbot nach § 41 Abs.1 GWB fällt, kann (mithin) die Frage Bedeutung erlangen, ob die Maßnahme zu einem Verhalten führt, das bei einem Unternehmen, das selbständig über sein Marktverhalten entscheidet, nicht zu erwarten wäre.“

■ Zeitliche Geltung der „flankierenden“ Anordnungen

- Bundeskartellamt: „...**ohne Befristung tenoriert...**“, Untersagung der betreffenden Maßnahmen „**auf unbefristete Dauer**“
- Aber: Regelungsgehalt und damit Reichweite der Verfügung
 - ⇒ Geprüft als sogenannte „**Vorfeldmaßnahme**“ zum eigentlichen Zusammenschlussvorhaben („**Nexus**“ zum Vorhaben)
 - ⇒ „Nexus“ entfällt nach endgültigem Scheitern (rechtskräftige Untersagung, Aufgabe des Vorhabens)
- Bundeskartellamt: Neue (wiederholende) Maßnahmen müssen auf einer „**neuen, vom alten Vorhaben zu trennenden Entscheidung**“ beruhen.

Einstweilige Anordnungen nach § 60 Nr.1 Alt. 2 GWB zur Sicherung des gesetzlichen Vollzugsverbots

■ Problem: Anordnungsgrund

- Bisherige Rechtspr. (insbes. KG) – und so auch OLG Düsseldorf

Besonderes öffentliches Interesse erforderlich, das über das Interesse hinausgeht, dass die Hauptsacheentscheidung selbst rechtfertigt. Im Fusionskontrollverfahren reicht deshalb das in allen Fällen vorliegende öffentliche Interesse an der Sicherung oder Vermeidung eines späteren Entflechtungsverfahrens allein nicht aus. Voraussetzung ist vielmehr, dass im konkreten Fall **etwaige Entflechtungsmaßnahmen Schwierigkeiten bereiten, die über das normale Maß hinausgehen** und deshalb eine einstweilige Regelung durch öffentliche Interessen geboten ist, die die damit verbundenen Nachteile zulasten der beteiligten Unternehmen überwiegen.

Einstweilige Anordnungen nach § 60 Nr.1 Alt. 2 GWB zur Sicherung des gesetzlichen Vollzugsverbots

■ Bundeskartellamt:

Bereits der (drohende) „**formelle Verstoß**“ gegen das gesetzliche Vollzugsverbot reicht für den Erlass einer einstweiligen Anordnung aus. Der Anordnungsgrund liegt damit stets in den „**negativen wettbewerblichen Wirkungen**“, der „**wettbewerblichen Gefahrenlage**“, die kurzfristig mit dem (drohenden) Verstoß gegen das Vollzugsverbot eintreten würde(n). Dieser (drohende) Verstoß stellt den Anordnungsanspruch dar, den Anordnungsgrund liefert „**der Schutz der Ordnungsfunktion der formellen Zusammenschlusskontrolle**“.

Einstweilige Anordnungen nach § 60 Nr.1 Alt. 2 GWB zur Sicherung des gesetzlichen Vollzugsverbots

BGH (KVZ 5/16):

„Zweifelhaft und klärungsbedürftig (ist), ob die dort (scil.: in den Entscheidungen des KG) formulierten Grundsätze unter **geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen noch Geltung beanspruchen können und ob sie den Besonderheiten des Zusammenschlusskontrollverfahrens** gerecht werden, in dem ein gesetzliches Vollzugsverbot besteht [...], von dem nur nach Maßgabe des § 41 Abs. 2 GWB Befreiungen erteilt werden können.“

Mündliche Verhandlung (KVR 64/17): 17.7. 2018, 11:00 Uhr

Vielen Dank!

HERMANN WAGNER BRÜCK
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Kaiser-Wilhelm-Ring 41
40545 Düsseldorf
Telefon/Phone: +49 (0) 211-23 38 38-0
Telefax: +49 (0) 211-23 38 38-23
www.dr-hermanns.de