

---

# **Vollzugsverbot: Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26.10.2016 (EDEKA/Kaisers Tengelmann)**

KartellrechtsForum Frankfurt e.V.

Dr. Andrea Pomana

**8. Februar 2017**

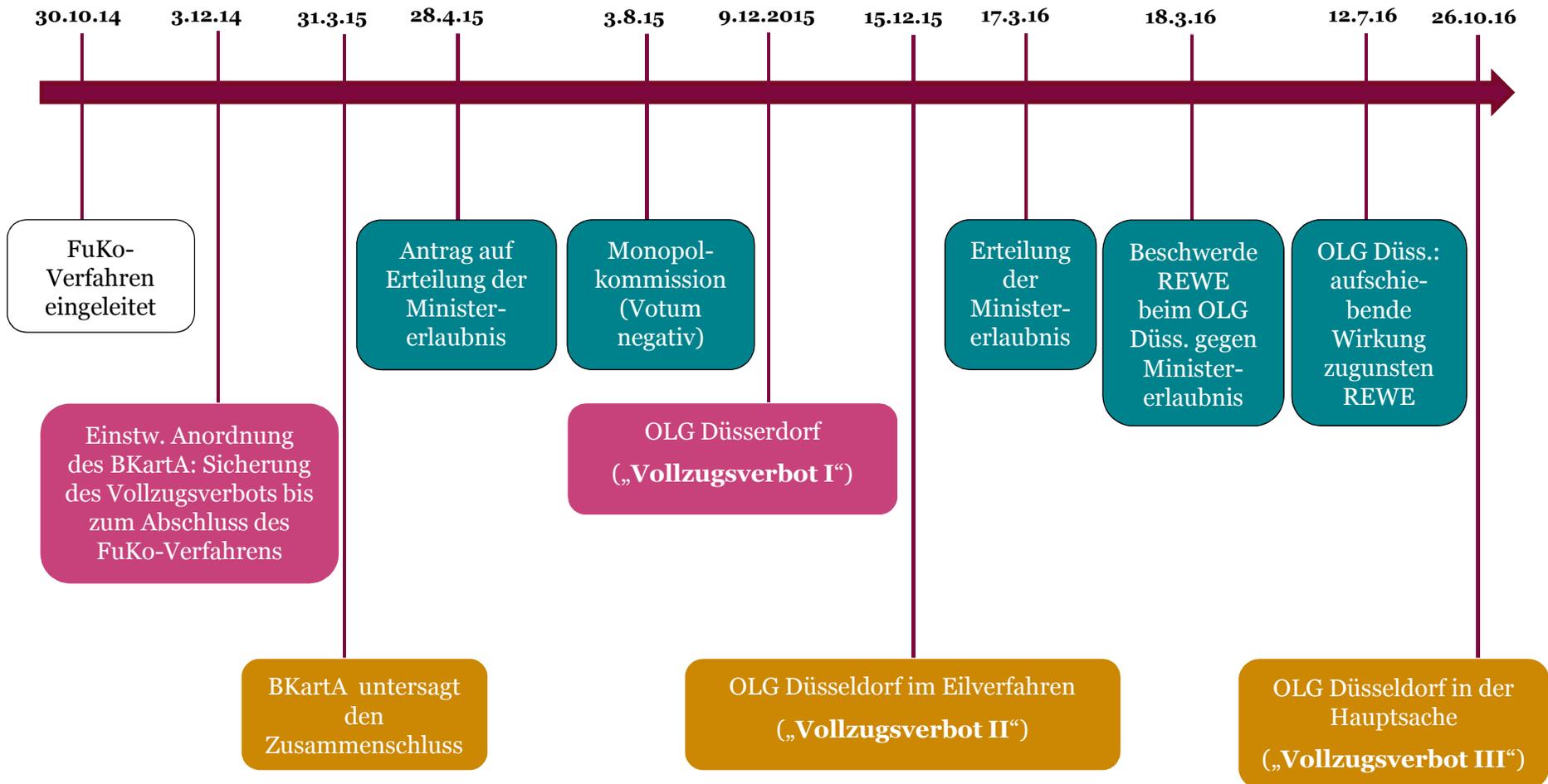
**Debevoise  
& Plimpton**

# Überblick

---

1. Überblick über Verfahrensgang in EDEKA/KT
2. Untersagungsverfügung des BKartA v. 31.3.2015
3. Sind die Tenorziffern 2-5 zulässig?
4. Tragweite des Vollzugsverbots
5. Carve-Out nicht vom Vollzugsverbot umfasst
6. Tenorziffern 4-5

# 1. Verfahrensgang in EDEKA/KT



## 2. Untersagungsverfügung des BKartA v. 31.3.2015

### Tenziffern im Überblick

1. Untersagung des Zusammenschlussvorhabens
2. Untersagung der Durchführung des Rahmenvertrags über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen
3. Untersagung der Schließung bzw. wirtschaftliche Entwertung von 24 Carve-Out-Filialen
4. Untersagung der Schließung oder wirtschaftlichen Entwertung von Lagerstandorten und Fleischwerken
5. Untersagung des Abbaus von Verwaltungsfunktionen, soweit dieser mit dem Abbau der Beschaffung/Verrechnung bzw. der Schließung von Filialen, Lagern oder Fleischwerken verbunden ist und über die üblichen Maßnahmen zum Abbau von Verwaltungsfunktionen hinausgeht

### 3. Sind die Tenorziffern 2–5 zulässig?

Verbotsaussprüche in Ziff. 2–5 trotz Untersagung in Ziff. 1

Fusionskontrolle



Präventives Instrument

Vollzugsverbot



Absicherung der  
präventiven  
Fusionskontrolle

Verfolgen  
dieselben Ziele

- Entstehung unvereinbarer Marktstrukturen i.S.v. § 36 GWB vermeiden
- Wirkung endet bei Bestandskraft der Untersagungsverfügung oder deren rechtskräftigen Aufhebung

Ermächtigung nach § 40 Abs. 2 S. 1 (i.V.m. § 41 Abs. 1 S. 1) GWB

### 3. Sind die Tenorziffern 2–5 zulässig?

OLG Düsseldorf:

- BKartA darf Maßnahmen konkret verbieten, die einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot darstellen
- Der Begriff „Zusammenschluss“ in § 40 Abs. 2 S. 1 GWB ist im „vollzugsbezogenen“ Sinne zu verstehen



Gesetzeswiederholende Verwaltungsakte

Besonderer Hinweis auf eine bestimmte Norm

Vollstreckungs-  
voraussetzungen

## 4. Tragweite des Vollzugsverbots

Tenorziff. 2: Untersagung der Durchführung des Rahmenvertrags über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen

Streit um den Begriff „Vollzugsverbot“

Einigkeit:

Verboten sind alle Maßnahmen, die den geplanten Zusammenschluss *vollenden*

Verboten ist auch der faktische Vollzug

## 4. Tragweite des Vollzugsverbots

### Beispiele faktischen Vollzugs:

#### Faktische Inhaberposition, z.B.:

- Einwirkung auf die Unternehmensführung
- Einflussnahme auf die Erneuerung/Absetzung des Führungspersonals
- Vorzeitiger Transfer der Managementverantwortung auf den Erwerber
- Zusammenlegung personeller Ressourcen

#### Faktische Integration, z.B.:

- Aufnahme gemeinsamer Marketingaktivitäten
- Zusammenlegung oder Abstimmung der Produktion
- Rückzug aus bestimmten Geschäftsbereichen
- Integration der EDV-Systeme
- Austausch oder Zusammenlegung personeller Ressourcen

### 3. Tragweite des Vollzugsverbots

Verstößt der Teilvollzug gegen das Vollzugsverbot?

Eine Ansicht:  
Vollzugsverbot eng auslegen



Teilvollzug nur dann verboten,  
wenn der vollzogene Teilakt für  
sich betrachtet einen Zusammen-  
schlusstatbestand erfüllt

h.M. in der Lit.

Andere Ansicht:  
Vollzugsverbot weit auslegen



Teilvollzug bereits dann  
verboten, wenn der vollzogene  
Teilakt keinen Zusammen-  
schlusstatbestand erfüllt

BKartA, Teile in der Lit.

Vorfeldmaßnahmen?

## 4. Tragweite des Vollzugsverbots

Vorfeldmaßnahmen, d.h. Planungen und Vorbereitungen

h.M. in der Lit.: kein Verstoß

BKartA: Verstoß

- So auch OLG Düsseldorf
- Aber: Nicht erforderlich, dass der Teilakt einen Zusammenschlusstatbestand darstellt

Wenn sie „als Teil eines Gesamtplans auf die Verwirklichung eines formellen Zusammenschlusstatbestands ‚zusteuern‘“

Art. 20 Abs. 3,  
Art. 103 Abs. 2 GG

Kein Vollzugsverbot, wenn  
kein Zusammenschlusstatbestand

## 5. Carve-Out nicht vom Vollzugsverbot umfasst

Tenziff. 3: Untersagung der Schließung bzw. wirtschaftliche Entwertung von 24 Carve-Out-Filialen (d.h. Filialen, die EDEKA nicht erwerben wollte)

OLG Düsseldorf:

- Carve-Out ist keine Maßnahme, die einer „Zusammenlegung oder Abstimmung der Produktion“ gleichkommt
- Eigene Unternehmensentscheidung von KT (obgleich mit Rücksicht auf EDEKA); kein bestimmender Einfluss von EDEKA
- Carve-Out könnte zu einer Verstärkung der Markstellung von EDEKA führen
- Kein *fusionsbedingter* Machtzuwachs für EDEKA

Vertragsfreiheit

§ 1 GWB vs.  
§ 40 Abs. 2 GWB

## 6. Tenorziffern 4-5

Tenorziff. 4: Untersagung der Schließung oder wirtschaftlichen Entwertung von Lagerstandorten und Fleischwerken

Tenorziff. 5: Untersagung des Abbaus von Verwaltungsfunktionen, soweit dieser mit dem Abbau der Beschaffung/Verrechnung bzw. der Schließung von Filialen, Lagern oder Fleischwerken verbunden ist und über die üblichen Maßnahmen zum Abbau von Verwaltungsfunktionen hinausgeht

OLG Düsseldorf:

- Bestimmender Einfluss auf die Geschäftsführung von KT ließ sich nicht nachweisen
- Integration wird aber faktisch vorgenommen

# Fragen?



**Dr. Andrea Pomana**

**RECHTSANWÄLTIN**

T: +49 69 2097 5251

E: [apomana@debevoise.com](mailto:apomana@debevoise.com)

**Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**