



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 57/16

Verkündet am:  
14. November 2017  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EDEKA/Kaiser's Tengelmann

GWB §§ 32 Abs. 1, 41 Abs. 1 Satz 1

- a) Das Bundeskartellamt ist jedenfalls mit Untersagung des Zusammenschlusses auf der Grundlage von §§ 32 Abs. 1, 41 Abs. 1 Satz 1 GWB befugt, ein Verhalten zu untersagen, das gegen das Vollzugsverbot verstieße.
- b) Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen oder Verhaltensweisen fallen, die, ohne selbst einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.

BGH, Beschluss vom 14. November 2017 - KVR 57/16 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zu 1 gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zu 1 22 %, die Betroffenen zu 3 bis 8 jeweils 9 % und das Bundeskartellamt 15 %.

Von den Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zu 1 59 %, die Betroffenen zu 3 bis 8 jeweils 3 % und das Bundeskartellamt 20 %.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 2,5 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1           A. Die Betroffenen zu 1 (nachfolgend: EDEKA) und zu 2 beabsichtigten, die von den Betroffenen zu 3 bis 8 (nachfolgend zusammenfassend: KT) betriebenen Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte zu übernehmen.
  
- 2           Mit Beschluss vom 31. März 2015 hat das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben untersagt (Ausspruch zu 1). Zugleich hat es in Nummern 2 bis 5 Regelungen getroffen, die der Absicherung des Vollzugsverbots (§ 41 Abs. 1 GWB) dienen sollten. Den Betroffenen zu 1 und 3 bis 5 wurde untersagt, den zwischen den Zusammenschlussbeteiligten am 1. Oktober 2014 geschlossenen "Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen" (im Folgenden: Rahmenvertrag) ganz oder teilweise durchzuführen (Ausspruch zu 2). Den Betroffenen zu 3 bis 5 wurde darüber hinaus u.a. untersagt, näher bezeichnete Filialen in Berlin und Brandenburg (sogenannte Carve-Out-Filialen) zu schließen oder wirtschaftlich zu entwerten (Ausspruch zu 3). Schließlich wurde den Betroffenen zu 3 bis 5 die Schließung oder Entwertung von Lagerstandorten und Fleischwerken (Ausspruch zu 4) sowie der Abbau näher bezeichneter Verwaltungsfunktionen untersagt (Ausspruch zu 5).
  
- 3           Bereits zuvor hatte das Bundeskartellamt den Betroffenen im Rahmen des nach Anmeldung des Zusammenschluss eingeleiteten Verwaltungsverfahrens mit Beschluss vom 3. Dezember 2014 entsprechende Verhaltensweisen durch einstweilige Anordnungen untersagt.
  
- 4           EDEKA legte gegen den Ausspruch zu 2, KT gegen den Ausspruch zu 2 bis 5 Beschwerde ein.
  
- 5           Nach der Untersagung des Zusammenschlussvorhabens beantragten EDEKA und KT beim Bundesminister für Wirtschaft und Energie eine Minister-

erlaubnis, die mit Verfügung vom 9. März 2016 erteilt und nach Rücknahme gegen sie erhobener Beschwerden von Wettbewerbern der Betroffenen im Dezember 2016 bestandskräftig wurde.

6 Die Beschwerde von EDEKA ist zurückgewiesen worden. Auf die Beschwerde von KT hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Bundeskartellamts in seinem Ausspruch zu 3 aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde von KT blieb erfolglos.

7 Gegen diese Entscheidung wendet sich EDEKA mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. EDEKA hat nach Eintritt der Bestandskraft der Ministererlaubnis die Hauptsache mit Zustimmung des Bundeskartellamts für erledigt erklärt und ist zur Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde übergegangen. Das Bundeskartellamt hält die Rechtsbeschwerde für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

8 Das Bundeskartellamt hat zunächst beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben, soweit der Beschluss des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 in seinem Ausspruch zu 3 aufgehoben wurde, und die Beschwerde von KT auch insoweit zurückzuweisen. Nachdem sämtliche Carve-Out-Filialen inzwischen geschlossen wurden, hat KT die Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 in seinem Ausspruch zu 3 in der Hauptsache mit Zustimmung des Bundeskartellamts für erledigt erklärt. Daraufhin hat das Bundeskartellamt mit Zustimmung von KT seine Rechtsbeschwerde in der Hauptsache für erledigt erklärt.

9 B. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Der Ausspruch zu 2 der angefochtenen Verfügung habe eine Grundlage in § 40 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB. Das gesetzli-

che Vollzugsverbot diene der Absicherung einer präventiven Fusionskontrolle. Untersage das Bundeskartellamt ein Zusammenschlussvorhaben, sei es grundsätzlich befugt, zur Absicherung seiner Verfügung den Zusammenschlusspetenten solche Maßnahmen zu verbieten, die einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot darstellten. Von dem Begriff des Zusammenschlusses, den das Bundeskartellamt nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 GWB untersagen könne, seien gerade auch konkrete Vollzugshandlungen umfasst. Es bestehe vielfach ein praktisches Bedürfnis, die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch präzisierende Anordnungen zu stützen, etwa die Reichweite des gesetzlichen Vollzugsverbots klarzustellen, wenn das Amt und die Zusammenschlussbeteiligten unterschiedlicher Auffassung darüber seien, ob bestimmte Handlungen dem Vollzugsverbot unterfielen. Dabei handele es sich um gesetzeskonkretisierende Verwaltungsakte, die rechtmäßig seien, wenn im Einzelfall Anlass bestehe, auf die Pflicht zur Einhaltung einer gesetzlichen Bestimmung hinzuweisen, und ein konkreter Bezug zu einem bestimmten Lebenssachverhalt hergestellt werde. Ein solcher Verwaltungsakt sei selbständig anfechtbar, so dass Rechtsschutzbelange des Adressaten nicht berührt würden. Entgegen der Auffassung der Beschwerde handele es sich bei dem Ausspruch zu 2 bis 5 nicht um einstweilige Anordnungen nach § 60 Nr. 1 GWB. Diese Verbote seien nicht zur Regelung eines einstweiligen Zustands ergangen, sondern dienten dazu, die endgültige Entscheidung der Behörde, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, durch Maßnahmen zu flankieren, die das Vollzugsverbot absicherten. Ein besonderer Anordnungsgrund sei hierfür nicht erforderlich. Die Anordnungen seien auch nicht darauf gerichtet, einen Verstoß gegen § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV abzustellen, weswegen weder § 32a GWB einschlägig sei noch der Vorrang des Unionsrechts gemäß Art. 3 Abs. 2 der Kartellverfahrensordnung greife.

- 11            Unter das Vollzugsverbot falle auch der faktische Vollzug des Zusammenschlusses, bei dem durch tatsächliche Handlungen dessen wirtschaftliche Wirkungen ganz oder teilweise vorweggenommen würden. Gesetzlich verboten seien damit sämtliche Maßnahmen, die der Erwerber an sich nur kraft seiner künftigen Position als Inhaber der Geschäftsanteile und Gesellschafterrechte ausüben dürfe oder die zu einer faktischen Vorwegnahme der Integration der zusammenschlusswilligen Unternehmen führten. Solche faktischen Vollzugshandlungen seien auch dann verboten, wenn sie als solche keinen Zusammenschlusstatbestand im Sinne von § 37 Abs. 1 GWB verwirklichten.
- 12            Nach dieser Maßgabe sei das Verbot, den Rahmenvertrag durchzuführen oder sich auf sonstiger Grundlage entsprechend zu verhalten, zu Recht ergangen, weil ein solches Verhalten gegen das Vollzugsverbot verstieße. Dies gelte sowohl für die Belieferung von KT mit Waren zu EDEKA-Konditionen als auch für die von EDEKA zugunsten von KT durchgeführte Zentralregulierung.
- 13            Dagegen habe die Beschwerde von KT Erfolg, soweit sie sich gegen das Verbot der Schließung oder wirtschaftlichen Entwertung der Carve-Out-Filialen gemäß dem Ausspruch zu 3 der angegriffenen Verfügung wende. Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts verstoße ein solches Verhalten nicht gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB.
- 14            Ohne Erfolg bleibe die Beschwerde von KT hinsichtlich des Ausspruchs zu 4 und 5, mit dem KT untersagt werde, Lagerstandorte und Fleischwerke zu schließen oder wirtschaftlich zu entwerten sowie Verwaltungsfunktionen abzubauen.
- 15            C. Die Rechtsbeschwerde von EDEKA bleibt erfolglos. Im Übrigen ist nur noch über die Kosten zu entscheiden.

- 16 I. 1. Der mit der Rechtsbeschwerde verfolgte Fortsetzungsfeststellungsantrag von EDEKA ist statthaft.
- 17 a) Nach § 76 Abs. 5 in Verbindung mit § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB kann der Beschwerdeführer bei Erledigung der angefochtenen Verfügung auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren auf den Antrag übergehen, auszusprechen, dass die Verfügung der Kartellbehörde rechtswidrig war. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines berechtigten Interesses an dieser Feststellung.
- 18 Die Beschwerde von EDEKA war ursprünglich darauf gerichtet, den Beschluss des Bundeskartellamts in seinem Ausspruch zu 2 aufzuheben. Diese Verfügung hat sich mit Bestandskraft der Ministererlaubnis des Zusammenschlussvorhabens erledigt.
- 19 b) Der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde steht nicht entgegen, dass EDEKA den Antrag zunächst dahin formuliert hat, dass die Rechtswidrigkeit des Beschlusses des Beschwerdegerichts festgestellt werden soll, soweit durch diesen die Beschwerde von EDEKA gegen den Beschluss des Bundeskartellamts in seinem Ausspruch zu 2 zurückgewiesen wurde. In der Sache richtete sich ihr Begehren von vornherein auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung des Bundeskartellamts.
- 20 aa) Der Antrag von EDEKA ist als Prozessklärung der Auslegung zugänglich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Rechtsbeschwerdegericht die prozessualen Erklärungen einer Partei selbst auslegen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, VersR 2009, 685 Rn. 45; Urteil vom 8. Februar 1994 - KZR 2/93, WuW/E BGH 2909, 2911 - Pronuptia II; Urteil vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2630, 2631 f. mwN). Die Auslegung darf auch im Prozessrecht nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften, sondern hat den wirklichen Willen der Partei zu erforschen und davon auszugehen, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben

der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. März 2011 - VIII ZB 25/10, NJW 2011, 1455 Rn. 9 mwN; Beschluss vom 13. Mai 2014 - X ZR 25/13, GRUR 2014, 911 Rn. 9 - Sitzgelenk).

21           bb) Danach ist der in der Rechtsbeschwerdebegründung formulierte Antrag von EDEKA dahin auszulegen, dass er auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 in seinem Ausspruch zu 2 gerichtet ist. Allein dieses Verständnis trägt dem Anliegen von EDEKA Rechnung.

22           Nachdem das Beschwerdegericht die Beschwerde zurückgewiesen hat, wendet sich die Beschwerde damit in der Sache zugleich gegen dessen Beschluss. Deshalb nötigt der Umstand, dass EDEKA zur Begründung seines Antrags auch die Ausführungen des Beschwerdegerichts angegriffen hat, nicht zu dem Schluss, Gegenstand ihres Antrags sei allein der Beschluss des Beschwerdegerichts. EDEKA hat das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der begehrten Feststellung zur Vorbereitung eines beabsichtigten Amtshafungsprozesses damit begründet, dass das Bundeskartellamt ein Verschulden treffe, und zum Bestehen einer Wiederholungsgefahr ausgeführt, es müsse damit gerechnet werden, dass das Bundeskartellamt auch künftig die Durchführung einer ähnlichen Vereinbarung untersage. Damit zieht sie die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Kartellbehörde in Zweifel. Hieraus ergibt sich hinreichend deutlich, dass ihr Begehren darauf gerichtet ist, die Rechtswidrigkeit der Anordnung der Kartellbehörde feststellen zu lassen.

23           Soweit EDEKA ihren Antrag inzwischen ausdrücklich dahin formuliert hat, dass sie die Feststellung begehrt, der Beschluss des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 sei in seinem Ausspruch zu 2 rechtswidrig gewesen, handelt es sich mithin in der Sache lediglich um eine Klarstellung.

24                    2. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist auch zulässig. EDEKA steht ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung zur Seite.

25                    Dabei kann offen bleiben, ob sich das hierfür erforderliche Feststellungsinteresse aus der Vorbereitung eines beabsichtigten Amtshaftungsprozesses ergibt. EDEKA und das Bundeskartellamt legen zu Recht übereinstimmend zugrunde, dass sich ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung jedenfalls daraus ergibt, dass die Rechtslage klärungsbedürftig ist und die Klärung für sie im Hinblick auf ihr künftiges Verhalten von unmittelbarem Interesse ist.

26                    a) Im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bereits dann anzunehmen, wenn die Beteiligten darlegen können, dass sie an der Klärung der durch die Untersagungsverfügung aufgeworfenen Fragen ein besonderes berechtigtes Interesse haben, das sich auch aus der Präjudizierung eines entsprechenden, wenn auch derzeit nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben kann (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179 Rn. 14 - Springer/ProSieben; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 Rn. 16 - Phonak/GN Store Nord; Beschluss vom 5. Oktober 2010 - KVR 33/09, WuW/E DE-R 3097 Rn. 19 ff. - Edeka/Plus).

27                    Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass die Aussichten der Beteiligten, zu einer Vereinbarung über ein ähnliches Vorhaben zu gelangen, erheblich beeinträchtigt würden, wenn für diesen Fall mit einer vergleichbaren Verfügung des Bundeskartellamts gerechnet werden müsste.

28                    Diese Erwägung gilt nicht nur in Bezug auf die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens als solche, sondern trifft auch auf eine Verfügung zu, die wie die hier in Rede stehende Anordnung in Zusammenhang damit ergeht und mit der Sicherung des Vollzugsverbots (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB)

begründet wird. Denn auch insoweit muss damit gerechnet werden, dass die frühere Verfügung sich nachteilig auf die Chancen auswirkt, eine Vereinbarung über ein gleichartiges Vorhaben zu erzielen.

29            b) Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass er lediglich auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausspruchs zu 2 des Beschlusses vom 31. März 2015 gerichtet ist. Aus dem Vorbringen des Bundeskartellamts ergibt sich, dass es die Verhaltensweisen, die nach den Anordnungen zu 2 bis 5 untersagt sein sollen, schon je für sich als Verstoß gegen das gesetzliche Vollzugsverbot ansieht. Diese Anordnungen stellen damit je für sich eine Verfügung im Sinne von § 63 GWB dar und sind selbständig anfechtbar.

30            c) Ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung liegt hier vor.

31            Nach dem Vortrag von EDEKA kommt in Betracht, dass sie in naher Zukunft weitere Lebensmitteleinzelhändler übernehmen möchte. Für diesen Fall sei zu erwarten, dass das Zielunternehmen ein erhebliches Interesse am Abschluss einer dem Rahmenvertrag entsprechenden Vereinbarung habe. Es müsse damit gerechnet werden, dass das Bundeskartellamt die Durchführung eines solchen Vertrags wiederum untersage. Diesem Vorbringen ist das Bundeskartellamt nicht entgegen getreten, vielmehr hat es ihm ausdrücklich zugestimmt. Unter diesen Umständen kommt es auf den Fortbestand des Zielobjekts des untersagten Zusammenschlusses nicht an.

32            II. Die Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

33            1. Der Ausspruch zu 2, mit dem EDEKA und KT verboten wurde, den Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen durchzuführen, findet seine rechtliche Grundlage in § 32 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB.

- 34 a) Den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegt das Konzept einer präventiven Fusionskontrolle zugrunde. Nach § 39 Abs. 1 GWB sind Zusammenschlüsse vor dem Vollzug anzumelden. Das Bundeskartellamt entscheidet sodann im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle darüber, ob der angemeldete Zusammenschluss freigegeben werden kann oder zu untersagen ist (§ 40 GWB). Bis zur Freigabe dürfen die Unternehmen den Zusammenschluss nicht vollziehen (§ 41 Abs. 1 GWB). Von diesem Vollzugsverbot kann während des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt nur unter den in § 41 Abs. 2 GWB geregelten Voraussetzungen eine Befreiung erteilt werden. Endet das Verfahren vor dem Bundeskartellamt - wie hier - mit einer Untersagung des Vorhabens, gilt das gesetzliche Vollzugsverbot fort (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008 - KVR 30/08, BGHZ 178, 203 Rn. 10 - Faber/Basalt). Wird der Zusammenschluss dagegen von der Kartellbehörde freigegeben, entfällt das Vollzugsverbot.
- 35 Zweck der präventiven Fusionskontrolle und des Vollzugsverbots ist es, nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen durch anmeldepflichtige Zusammenschlüsse bis zur Feststellung ihrer Unbedenklichkeit zu verhindern (BGHZ 178, 203 Rn. 11 - Faber/Basalt).
- 36 b) 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, bedarf im Streitfall keiner Klärung.
- 37 c) Kommt die Kartellbehörde nach dem Abschluss der Prüfung zu dem Ergebnis, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zu untersagen

sei, ergibt sich ihre Befugnis, den betroffenen Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen zu untersagen, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, aus § 32 Abs. 1 in Verbindung mit § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB. Nach § 32 Abs. 1 GWB in der hier maßgeblichen, zur Zeit der angefochtenen Verfügung geltenden Fassung vom 26. Juni 2013 kann die Kartellbehörde Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und damit auch gegen § 41 Abs. 1 GWB abzustellen.

38 § 32 GWB beschränkt die Kartellbehörde nicht darauf, die Abstellung einer bereits erfolgten Zuwiderhandlung anzuordnen. Auch eine bevorstehende Zuwiderhandlung kann Gegenstand einer Abstellungsverfügung sein. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Zuwiderhandlung gegen das gesetzliche Verbot ernstlich zu besorgen ist, also Begehungsgefahr besteht (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 54/07 Rn. 122 - Lottoblock; OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2755, 2759; Bornkamm in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, § 32 Rn. 15).

39 Ein Bedürfnis für einen solchen Verbotsausspruch, der die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens flankieren kann, kann sich auch noch für die Zeit nach Abschluss des behördlichen Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle im Hinblick auf die Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung einer Untersagung des angemeldeten Vorhabens ergeben, insbesondere in den Fällen, in denen - wie hier - Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kartellbehörde und den betroffenen Unternehmen darüber bestehen, ob bestimmte Maßnahmen oder Verhaltensweisen gegen das Vollzugsverbot verstoßen oder nicht.

40 Ob an eine einstweilige Anordnung nach § 60 Nr. 1 GWB entsprechenden Inhalts, die im Zeitraum bis zur endgültigen Entscheidung der Behörde über die Freigabe oder die Untersagung des Zusammenschlusses ergehen kann,

höhere Anforderungen zu stellen sind (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2015 - Kart 1/15 V, Juris-Rn. 88 ff.), bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung. Denn solche Anforderungen sind jedenfalls dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Verbotsausspruch - wie hier - zu einem Zeitpunkt ergeht, in dem die Kartellbehörde die rechtliche und tatsächliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens abgeschlossen hat und damit auf einer zuverlässigeren Grundlage entscheidet.

41 Die erforderliche Begehungsgefahr lag hier vor. Die Reaktion der betroffenen Unternehmen auf die vorangegangene einstweilige Anordnung des Bundeskartellamts vom 3. Dezember 2014, mit der inhaltlich gleichlautende Verbote ausgesprochen worden waren, ließ erkennen, dass sie weiterhin der Ansicht waren, mit der Durchführung des Rahmenvertrags nicht gegen das gesetzliche Vollzugsverbot zu verstoßen.

42 d) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde begründet eine entsprechende Befugnis der Kartellbehörde keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.

43 Ist die Prüfung, ob ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben freizugeben oder zu untersagen ist, abgeschlossen und gelangt das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss zu untersagen ist, kann es auf der Grundlage von § 32 Abs. 1, § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB Maßnahmen oder Verhaltensweisen verbieten, mit denen das untersagte Vorhaben vollzogen würde.

44 Anlass zu einer solchen Verbotsverfügung besteht insbesondere dann, wenn - wie hier - während der Prüfung des angemeldeten Vorhabens Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kartellbehörde und den betroffenen Unternehmen darüber bestehen, ob ein bestimmtes Verhalten gegen das Vollzugsverbot verstößt. Das Bundeskartellamt ist bei einer solchen Sachlage nicht

darauf beschränkt, einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB als Ordnungswidrigkeit zu ahnden.

45 Wird die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens gerichtlich angefochten und Befreiung vom Vollzugsverbot beantragt, ist dafür zwar das Beschwerdegericht zuständig (BGHZ 178, 203 Rn. 17 ff. - Faber/Basalt). Dies schließt jedoch eine Verfügung der Kartellbehörde, mit der auf der Grundlage von §§ 32 Abs. 1, 41 Abs. 1 Satz 1 GWB ein bestimmtes Verhalten untersagt wird, nicht aus. Welche Folgen sich ergeben, wenn das Beschwerdegericht in einer solchen Konstellation auf Antrag vom Vollzugsverbot befreit, bedarf hier keiner Klärung.

46 e) Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts auf der Grundlage von §§ 32 Abs. 1, 41 Abs. 1 Nr. 1 GWB ergeben sich auch nicht daraus, dass eine Zuwiderhandlung gegen sie als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden kann (§ 81 Abs. 2 Nr. 2a GWB). Ein schuldhafter Verstoß gegen das Vollzugsverbot ist, wie die Rechtsbeschwerde nicht verkennt, bereits nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB mit einem Bußgeld bedroht. Eine Abstellungsverfügung ist geeignet, die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu erhöhen, weil die Kartellbehörde dadurch klarstellt, welche Verhaltensweisen sie als Verstoß gegen das gesetzliche Vollzugsverbot ansieht.

47 f) Die Befugnis der Kartellbehörde, eine solche Abstellungsverfügung zu erlassen, führt schließlich nicht zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes für die betroffenen Unternehmen. Sie kann nach § 63 GWB mit der Beschwerde angefochten werden.

48 2. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, die Durchführung des Rahmenvertrags bezüglich Warenbeschaffung und Zentralregulierung verstoße gegen das gesetzliche Voll-

zugsverbot. Dem steht nicht entgegen, dass diese Verhaltensweisen nach der übereinstimmenden Würdigung der Beteiligten als solche keinen gesetzlichen Zusammenschlusstatbestand ausfüllen.

49 a) Nach § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB dürfen Unternehmen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben ist, nicht vor Ablauf der Fristen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB vollziehen. Während in § 37 Abs. 1 GWB bestimmt ist, wann ein Zusammenschluss vorliegt, definiert das Gesetz nicht, wann ein Vollzug eines Zusammenschlusses anzunehmen ist.

50 aa) Vollzogen ist der Zusammenschluss, wenn das konkrete Vorhaben vollständig verwirklicht ist (Bosch/Marquier, EWS 2010 113, 114; Brosig, Forum Unternehmenskauf 2009, S. 43 ff., 57 mwN.).

51 bb) Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot liegt auch dann vor, wenn das in Rede stehende Verhalten zwar nicht den angemeldeten Zusammenschluss vollständig verwirklicht, aber schon als solches rechtlich oder faktisch einen der in § 37 Abs. 1 GWB aufgeführten Zusammenschlusstatbestände verwirklicht (Bechtold/Bosch, GWB, 8. Auflage, § 41 Rn. 5; Richter/Steinvorth in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, § 21 Rn. 51; Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 41 GWB Rn. 24; Kuhn in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 41 GWB, Stand September 2014 Rn. 12; Böse in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, § 81 GWB Rn. 49; Bosch/Marquier, EWS 2010, 113, 115; Brosig, Forum Unternehmenskauf 2009, S. 43 ff., 57).

52 cc) Die Frage, ob auch Verhaltensweisen, die für sich genommen noch keinen der Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 GWB verwirklichen, unter das Vollzugsverbot fallen können, wird unterschiedlich beurteilt.

- 53           (1) Ein Teil der Literatur ist der Ansicht, nur ein Verhalten, das einen der in § 37 Abs. 1 GWB aufgeführten Tatbestände verwirklicht, könne als Vollzugshandlung angesehen werden (Bechtold/Bosch, GWB, 8. Auflage, § 41 Rn. 5; Richter/Steinvorth in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, § 21 Rn. 51; Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 41 GWB Rn. 29 ff.; Mäger in MünchKomm.WettbR, 2. Auflage, § 41 GWB Rn. 7, 10; Kuhn in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 41 GWB, Stand September 2014 Rn. 12; Bosch/Marquier, EWS 2010, 113, 115; Brosig, Forum Unternehmenskauf 2009, S. 43 ff., 58).
- 54           (2) Dagegen sind andere Autoren - mit Unterschieden im Einzelnen - der Auffassung, dass auch Handlungen, die als solche noch keinen Zusammenschlusstatbestand ausfüllen, unter das Vollzugsverbot fallen können, sofern durch sie die Wirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses teilweise vorweggenommen werden (Kallfaß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage, § 41 GWB Rn. 4; Röhling in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 41 GWB Rn. 16; Raum in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage, § 81 GWB Rn. 120; Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 81 GWB Rn. 154; Klusmann in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, § 55 Rn. 10; Holzwarth, Das Vollzugsverbot als Bestandteil eines effizienten Fusionskontrollverfahrens, 2014, S. 210; Beck, NZKart 2017, 426, 430). Zur parallelen Regelung in Art. 7 FKVO wird diese Auffassung ganz überwiegend vertreten (Wessely in MünchKomm.WettbR, 2. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 36; Schütz in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Art. 7 FKVO Rn. 6; Körber in Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, 5. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 7 ff.; Ablasser-Neuhuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 4; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, § 24 Rn. 110; König in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 4; an-

ders Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 3; Rudowicz, Gun-Jumping, 2016, 161 ff., 216).

55           dd) Der Bundesgerichtshof hat die Frage bislang offengelassen (BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - KRB 47/08, WuW/E DE-R 2579 Rn. 10). Sie ist mit dem Beschwerdegericht dahin zu entscheiden, dass die zuletzt genannte Auffassung zutrifft. Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen oder Verhaltensweisen fallen, die, ohne für sich genommen einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.

56           (1) Der Wortlaut von § 41 GWB lässt beide Deutungen zu. Während § 37 Abs. 1 GWB bestimmt, wann ein anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben vorliegt, verbietet § 41 Abs. 1 GWB, ein solches Vorhaben vor dem Zeitpunkt zu vollziehen, in dem es freigegeben wird oder aufgrund des Ablaufs der in § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GWB bestimmten Fristen als freigegeben gilt. Dagegen ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen, wann ein Verhalten als Vollzug eines Zusammenschlusses zu qualifizieren ist. Damit lässt § 41 Abs. 1 GWB auch die Deutung zu, dass auch solche Verhaltensweisen gegen das Vollzugsverbot verstoßen, die auf die Umsetzung eines Zusammenschlussvorhabens ausgerichtet sind, ohne jedoch dieses Vorhaben bereits zu vollenden oder einen anderen Zusammenschlusstatbestand zu verwirklichen.

57           (2) Auch die Systematik des Gesetzes steht dem nicht entgegen. Nach § 39 Abs. 6 GWB haben die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dem Bundeskartellamt den Vollzug des Zusammenschlusses unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeigepflicht soll sicherstellen, dass das Bundeskartellamt, das den Zusammenschluss zuvor geprüft hat, darüber informiert wird, dass die Unternehmen ihr Vorhaben auch tatsächlich umgesetzt haben. Erfolgt die Verwirk-

lichung des Zusammenschlussvorhabens in mehreren Schritten, greift die Anzeigepflicht erst nach Durchführung des letzten, für die Vollendung des angemeldeten Vorhabens erforderlichen Schrittes. Das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB soll demgegenüber verhindern, dass ein Vorhaben, das zu einer nachteiligen Veränderung der Marktstruktur führen kann, bereits durchgeführt wird, bevor die Kartellbehörde entschieden hat, ob es einen Zusammenschlusstatbestand verwirklicht und ob es zu untersagen ist. Auch die Vertreter einer engen Auslegung des Vollzugsverbots nehmen mit Rücksicht auf diesen abweichenden Gesetzeszweck an, dass ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 GWB nicht erst dann vorliegt, wenn das angemeldete Zusammenschlussvorhaben vollendet wird, sondern bereits dann, wenn die in Rede stehenden Maßnahmen oder Verhaltensweisen einen anderen Zusammenschlusstatbestand verwirklichen (etwa Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 41 GWB Rn. 24), und räumen damit ein, dass der Begriff des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens in § 41 Abs. 1 GWB nicht mit demjenigen in § 39 Abs. 6 GWB gleichzusetzen ist.

58           (3) Sinn und Zweck der Norm sprechen gegen ein enges Verständnis von § 41 Abs. 1 GWB. Zweck der Regelungen in § 35 ff. GWB ist es, Veränderungen der Marktstruktur entgegenzuwirken, die zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen.

59           Nach dem den Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zugrunde liegenden Konzept der präventiven Fusionskontrolle sind Zusammenschlüsse vor dem Vollzug anzumelden. Danach soll das Bundeskartellamt die Möglichkeit haben, im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle vorab zu prüfen, ob das Vorhaben freizugeben oder zu untersagen ist. Zweck der präventiven Fusionskontrolle und des Vollzugsverbots ist es, nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen durch anmeldepflichtige Zusam-

menschlüsse bis zur Feststellung ihrer Unbedenklichkeit zu verhindern. Zugleich sollen Schwierigkeiten vermieden werden, die durch eine im Falle der Untersagung des Vorhabens erforderliche Rückabwicklung entstehen können (BGHZ 178, 203 Rn. 11 - Faber/Basalt).

60 Diesem Gesetzeszweck entspricht es, bereits solche Maßnahmen zu unterbinden, die, auch wenn sie für sich genommen noch keinen Zusammenschlusstatbestand ausfüllen, nicht auf die bloße Vorbereitung des beabsichtigten Zusammenschlusses beschränkt sind, sondern dessen Wirkungen zumindest teilweise schon vorwegnehmen.

61 Danach können etwa Maßnahmen gegen das Vollzugsverbot verstoßen, durch die der Erwerber zwar noch keine Kontrolle über das Zielunternehmen oder wettbewerblich erheblichen Einfluss auf dieses erlangt, aber bereits Befugnisse erhält, die er nach dem beabsichtigten Zusammenschluss nur kraft seiner Position als Inhaber der Geschäftsanteile und Gesellschafterrechte ausüben könnte, ferner Maßnahmen, die die mit dem Zusammenschluss erstrebte Integration der beteiligten Unternehmen teilweise vorwegnehmen. Die zusammenschlusswilligen Unternehmen haben grundsätzlich jegliches Verhalten zu unterlassen, das dazu führt, dass sie ihre Stellung als selbständig agierende Marktsubjekte bereits vor der Entscheidung der Kartellbehörde über das angemeldete Zusammenschlussvorhaben ganz oder teilweise verlieren. Für die Beurteilung, ob eine Maßnahme unter das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB fällt, kann mithin die Frage Bedeutung erlangen, ob sie zu einem Verhalten führt, das bei einem Unternehmen, das selbständig über sein Marktverhalten entscheidet, nicht zu erwarten wäre.

62 Ob eine andere Beurteilung in Betracht kommt, wenn die betreffenden Maßnahmen selbst und ihre Wirkungen in dem Fall, dass keine Freigabe er-

folgt, ohne weiteres rückgängig gemacht werden können, bedarf keiner Entscheidung, weil diese Voraussetzung im Streitfall nicht vorliegt (unten Rn. 81).

63           (4) Diese Auffassung steht im Einklang mit der Praxis der Kommission bei der Anwendung der entsprechenden Regelung in Art. 7 Abs. 1 FKVO (eingehend hierzu Wessely in MünchKomm.WettbR, 2. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 36 ff. mwN; Reysen/Jaspers, WuW 2006, 602).

64           (5) Aus der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union ergibt sich nichts Abweichendes.

65           Dabei kann offenbleiben, ob den Ausführungen dieses Gerichts in der Entscheidung "Aer Lingus/Kommission" (EuG, Slg. 2010, II-3691 Rn. 83) zu entnehmen ist, dass bereits Maßnahmen, die im Zuge des beabsichtigten Zusammenschlusses erfolgen, aber noch nicht zu einem Kontrollerwerb führen, unter Art. 7 Abs. 1 FKVO fallen können (Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, § 24 Rn. 110; Körber in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Art. 7 FKVO Rn. 11; Hennig, ZWeR 2011, 443, 467; anders Rudowicz, Gun-Jumping, 2016, S. 173 ff.). Denn diese Entscheidung betrifft einen Zusammenschluss, bei dem die Kontrolle über ein Unternehmen von mehreren Veräußerern im Wege des Übernahmeangebots oder einer Reihe von Wertpapiergeschäften erworben werden sollte und der damit der besonderen Regelung in Art. 7 Abs. 2 FKVO unterfällt.

66           Die Entscheidung "Electrabel/Kommission" des Gerichts (EuG, Urteil vom 12. Dezember 2012 - T-332/09) besagt nichts anderes. Dort ging es um ein Bußgeld, das die Kommission mit der Begründung verhängt hat, das betroffene Unternehmen habe vor der Freigabe eine Beteiligung an dem Zielunternehmen erworben, die ihr faktisch die alleinige Kontrolle über dieses verschaffe. Mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen bereits eine Maßnahme, mit der ein Zusammenschlussvorhaben nur teilweise umgesetzt wird, ge-

gen das Vollzugsverbot verstößt, hatte sich das Gericht mithin nicht zu beschäftigen.

67 (6) Unzumutbare Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen gehen mit diesem Verständnis von § 41 Abs. 1 GWB nicht einher. Dem Interesse an einer raschen Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Zusammenschlusses trägt das Gesetz durch die vergleichsweise kurzen Fristen, die der Kartellbehörde und im Falle eines Antrags auf Ministererlaubnis der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie für die Prüfung zur Verfügung stehen (§ 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 42 Abs. 4 GWB) hinreichend Rechnung. Die Verpflichtung, bis zu dieser Entscheidung grundsätzlich auf die Durchführung von Maßnahmen zu verzichten, die die Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens zumindest teilweise vorwegnehmen, und die dadurch begründete Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit sind von den betroffenen Unternehmen im Interesse einer effektiven präventiven Fusionskontrolle hinzunehmen, zumal ihnen § 41 Abs. 2 GWB die Möglichkeit eröffnet, eine Befreiung vom Vollzugsverbot zu erlangen, wenn sie hierfür wichtige Gründe geltend machen können.

68 (7) Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) steht diesem Verständnis von § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht entgegen.

69 Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen gehalten, die Voraussetzungen der Strafbarkeit oder der Ordnungswidrigkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (BVerfG NVwZ 2007, 1172, 1173 mwN). Dies schließt eine Verwendung von Begriffen, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen, nicht aus. Auch im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte Rechnung

zu tragen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein konkretes Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht (BVerfGE 75, 329, 340 f.).

70           Danach führt das Erfordernis, bei der Anwendung von § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB zwischen bloßen Vorbereitungshandlungen und einem teilweisen Vollzug des angemeldeten Vorhabens zu unterscheiden, nicht zu einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.

71           3. Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht die Durchführung des Rahmenvertrags hinsichtlich des Bezugs von Waren durch KT bei EDEKA und der Zentralregulierung von Warenlieferungen an KT durch EDEKA als Verstoß gegen das Vollzugsverbot angesehen.

72           Die Würdigung, ob eine bestimmte Maßnahme nach diesen Grundsätzen als Verstoß gegen das Vollzugsverbot anzusehen ist, obliegt grundsätzlich dem Tatrichter. Sie ist vom Rechtsbeschwerdegericht nur darauf zu prüfen, ob dieser sich mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.

73           Einer solchen Prüfung hält die Würdigung des Beschwerdegerichts stand. Die Feststellungen des Beschwerdegerichts tragen die Annahme, dass die Durchführung des zeitgleich mit dem Vertrag über den Erwerb der Geschäftsanteile an KT geschlossene Rahmenvertrags im Bereich der Warenbeschaffung und der Zentralregulierung die Wirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses in erheblichem Umfang vorweggenommen und damit gegen das Vollzugsverbot verstoßen hätte. Der beabsichtigten Durchführung des Rahmenvertrags hinsichtlich Warenbeschaffung und Zentralregulierung kam

schon für sich ein Gewicht zu, das es rechtfertigte, sie als teilweisen Vollzug des beabsichtigten Zusammenschlusses zu qualifizieren.

74 a) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts erfolgt der Einkauf von Waren des für den Lebensmitteleinzelhandel typischen Sortiments im EDEKA-Konzern entweder durch die EDEKA AG im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, die die Waren sodann an die Großhandelsbetriebe der Gruppe weiterverkauft, oder in der Weise, dass der Großhandel im Namen und für Rechnung der EDEKA Zentrale Handelsgesellschaft mbH selbst bei den Lieferanten einkauft. Der Rahmenvertrag sah die Verpflichtung von KT vor, Waren der Kategorien Drogerieartikel, Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel, Frühstück und Babynahrung bei EDEKA zu beziehen. Hinsichtlich aller anderen Waren des genannten Sortiments räumte der Vertrag KT das Recht ein, die Waren bei EDEKA zu den gleichen Konditionen zu beziehen, die dem EDEKA-Großhandel zugutekommen. Da diese Konditionen, wie das Beschwerdegericht weiter festgestellt hat, günstiger waren als diejenigen, zu denen KT bislang einkaufen konnte, war davon auszugehen, dass KT ihren Bedarf weit überwiegend bei EDEKA gedeckt hätte.

75 Dies hätte auf den betroffenen Beschaffungsmärkten, auf denen sich die Hersteller der Waren des genannten Sortiments als Anbieter und der Lebensmitteleinzelhandel als Abnehmer gegenüberstehen, zu erheblichen Veränderungen geführt. KT hatte zwar auch bislang bereits einen Teil der benötigten Waren über eine Einkaufskooperation mit einem anderen Unternehmen bezogen. Weit überwiegend erwarb sie die Waren jedoch selbst bei den Herstellern. Hätte KT den Bedarf im Hinblick auf die günstigeren Konditionen im Wesentlichen bei EDEKA gedeckt, wäre sie, wie das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, als eigenständiger Akteur auf den Beschaffungsmärkten weitestgehend ausgefallen.

- 76            Ohne Erfolg wendet die Rechtsbeschwerde ein, die Annahme einer faktischen Integration von KT in den EDEKA-Verbund sei im Hinblick darauf verfehlt, dass KT nach dem Rahmenvertrag ganz überwiegend zum Warenbezug nur berechtigt und nicht daran gehindert gewesen wäre, woanders einzukaufen. Zu Recht hat das Beschwerdegericht nicht auf eine Verpflichtung von KT zum Warenbezug abgestellt. Aufgrund der günstigeren Konditionen, die der Rahmenvertrag KT eröffnete, wäre, wie die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht, damit zu rechnen gewesen, dass KT seinen Bedarf an Waren des für den Lebensmittelhandel typischen Sortiments in erheblichem Umfang bei EDEKA bezieht. Auch wenn dieses Verhalten bis zur rechtlichen Eingliederung von KT auf deren selbständiger Entscheidung beruht hätte, hätte es doch jedenfalls dazu geführt, dass KT als eigenständiger Akteur auf den Beschaffungsmärkten weitestgehend ausgefallen wäre. Die Durchführung des Rahmenvertrags hätte daher bereits zu erheblichen Veränderungen auf diesen Märkten geführt, die ansonsten erst nach der rechtlichen Eingliederung von KT in den EDEKA-Verbund eingetreten wären.
- 77            b) Der Rahmenvertrag sah ferner vor, dass EDEKA in den Fällen, in denen KT im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Waren von dritten Lieferanten bezog, mit denen EDEKA ein Verrechnungsabkommen geschlossen hat, die zentrale Abwicklung des gesamten Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs, einschließlich einer technischen, umsatzsteuerlichen und kaufmännischen Rechnungsprüfung, sowie die Übernahme des Forderungsausfallrisikos (Delkreder) übernahm (Zentralregulierung). Die Würdigung des Beschwerdegerichts, dass dies dazu geführt hätte, dass die mit dem Unternehmenskauf angestrebte Eingliederung von KT in den EDEKA-Verbund jedenfalls teilweise vorweggenommen worden wäre, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- 78            Das Beschwerdegericht hat zutreffend ausgeführt, dass die beabsichtigte Zentralregulierung Aufgaben umfasste, die zum ureigenen Organisationsbe-

reich eines Unternehmens gehören. Die Übertragung solcher Aufgaben auf einen Wettbewerber ist - ohne dass hier die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit nach der Maßgabe von § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV entschieden werden müsste - jedenfalls nicht üblich. Die Abwicklung des Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs für die betreffenden Waren hätte insbesondere dazu geführt, dass EDEKA über Umfang und Konditionen des Warenbezugs von KT in einem Maße Kenntnis erlangt hätte, wie es zwischen Unternehmen, die miteinander in Wettbewerb stehen, unüblich ist. Ob EDEKA im Zuge der Zentralregulierung umfassende Kenntnisse über die von KT mit den Lieferanten vereinbarten Konditionen erlangt, insbesondere auch den "Netto-Netto-Preis", also den Preis erfahren hätte, der sich nach Berücksichtigung von Mengenrabatten, Werbekostenzuschüssen, Aktionsrabatten, Logistikkonditionen und dergleichen ergibt, ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht ausschlaggebend. Schon der Umstand, dass EDEKA jedenfalls in gewissem Umfang erfahren hätte, welche Waren KT bei wem in welchen Mengen und zu welchen Konditionen einkauft, trägt zusammen mit den weiteren vom Beschwerdegericht angeführten Umständen seine Würdigung, dass die Durchführung der Zentralregulierung zu einer teilweisen Vorwegnahme des beabsichtigten Zusammenschlusses geführt hätte.

79           § 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags sah zudem vor, dass EDEKA die gesamtschuldnerische Haftung für die entsprechenden Verbindlichkeiten von KT gegenüber ihren Lieferanten übernahm. Zutreffend hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass eine solche Haftungsübernahme unter Unternehmen, die Mitbewerber sind, nicht zu erwarten ist.

80           Danach ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht zu dem Schluss kam, dass die Übernahme der Zentralregulierung für KT faktisch die beabsichtigte Eingliederung von KT jedenfalls teilweise vorweggenommen und damit gegen das Vollzugsverbot verstoßen hätte.

81 c) Die Durchführung des Rahmenvertrags hinsichtlich Warenbeschaffung und Zentralregulierung hätte Wirkungen gezeitigt, die für den Fall, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht freigegeben würde, nicht oder nur unter Schwierigkeiten hätten beseitigt werden können. Der Wegfall von KT als selbständiger Akteur auf den betroffenen Beschaffungsmärkten hätte jedenfalls für den betroffenen Zeitraum nicht rückgängig gemacht werden können. Nichts anderes gilt für die Informationen über die geschäftlichen Aktivitäten von KT, die EDEKA aus der Durchführung der Zentralregulierung erlangt hätte.

82 d) Ohne Erfolg wendet die Rechtsbeschwerde ein, die Durchführung des Rahmenvertrags habe vor allem dazu dienen sollen, die weitere Existenz von KT zu sichern, die sich damals wirtschaftlich in einer schwierigen Situation befunden habe. Für die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten gegen das gesetzliche Vollzugsverbot verstößt, ist nicht entscheidend, welche subjektiven Vorstellungen die beteiligten Unternehmen damit verbinden, sondern ob hierdurch objektiv der beabsichtigte Zusammenschluss zumindest teilweise vorweggenommen worden wäre. Ist eines der beteiligten Unternehmen in seiner Existenz bedroht, kommt zudem eine Befreiung vom Vollzugsverbot in Betracht.

83 III. Soweit Gegenstand des Verfahrens der Ausspruch zu 3 des Beschlusses des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 war, ist nur noch über die Kosten zu entscheiden.

84 1. Hinsichtlich dieses Ausspruchs ist durch die inzwischen erfolgte Schließung der sogenannten Carve-Out-Filialen und durch die Bestandskraft der Ministererlaubnis für das Zusammenschlussvorhaben Erledigung eingetreten. Der Ausspruch zu 3 ist damit gegenstandslos geworden. KT und das Bundeskartellamt haben insoweit übereinstimmend das Verfahren für in der Hauptsache erledigt erklärt. Damit ist der Beschluss des Beschwerdegerichts wir-

kungslos, soweit dort die Untersagungsverfügung in ihrem Ausspruch zu 3 aufgehoben wurde.

85            Gemäß § 78 GWB in Verbindung mit § 161 Abs. 2 VwGO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO ist insoweit nur noch über die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstands zu entscheiden. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, denn es entspricht nicht dem Zweck der Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden. Ist der Verfahrensausgang danach offen, sind die Kosten gegeneinander aufzuheben (ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 - KVR 35/08, WuW/E DE-R 3465 mwN; Beschluss vom 24. Januar 2017 - KVR 10/16 Rn. 6).

86            2. Nach dieser Maßgabe sind im Streitfall die Kosten im Verhältnis des Bundeskartellamts zu KT gegeneinander aufzuheben. Zu welchem Ergebnis das Verfahren insoweit geführt hätte, ist offen.

87            a) Die zunächst vom Bundeskartellamt eingelegte Rechtsbeschwerde war zulässig. Durch die insoweit erfolgte Aufhebung der Untersagungsverfügung war das Bundeskartellamt beschwert. Diese Beschwer ist nicht bereits dadurch entfallen, dass sich die Hauptsache erledigt hat. Zwar kommt eine Vollstreckung der Untersagungsverfügung nicht mehr in Betracht, nachdem die Schließung der betroffenen Filialen auf der Grundlage der Ministererlaubnis rechtmäßig erfolgte. Das Interesse des Bundeskartellamts, die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht rechtskräftig werden zu lassen, ergab sich aber aus ihrer sonst bestehenden Bindungswirkung für einen Amtshaftungsprozess (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011 - KVR 95/10, BGHZ 192, 18 Rn. 9 - Total/OMV).

88            Der Bundesgerichtshof hat offen gelassen, ob es für eine fortbestehende Beschwer des Bundeskartellamts ausreicht, dass ein abstraktes Amtshaftungsrisiko besteht, oder ob darüber hinaus Schadensersatzansprüche gegen das Amt konkret drohen müssen (BGHZ 192, 18 Rn. 10 - Total/OMV). Diese Frage bedarf auch im Streitfall keiner Entscheidung. Nach dem Vorbringen des Bundeskartellamts, dem KT nicht entgegentritt, hat KT im Beschwerdeverfahren über die entsprechende Regelung in der einstweiligen Anordnung vom 3. Dezember 2014 nach Eintritt der Erledigung in der Hauptsache das Bestehen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresse damit begründet, dass ein Amtshaftungsprozess vorbereitet werde.

89            b) Ob die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts in der Sache Erfolg gehabt hätte, ist offen.

90            Der Ausgang des Verfahrens in diesem Punkt hätte voraussichtlich entscheidend davon abgehangen, wie der Ausspruch zu 3 des Beschlusses des Bundeskartellamts zu verstehen ist und ob die damit untersagte Schließung oder wirtschaftliche Entwertung der Carve-Out-Filialen als Verstoß gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB anzusehen gewesen wäre. Bei der gebotenen summarischen Prüfung besteht kein Anlass, diese Frage im Rahmen der Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigungserklärung zu klären (s. dazu bereits BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 - KVR 10/16 Rn. 7).

91 IV. Eine Anordnung über die Erstattung der Kosten der Verfahrensbeteiligten war nicht veranlasst.

Limperg

Meier-Beck

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.10.2016 - VI Kart 5/15 [V] -