



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 25/08

vom
7. April 2009

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. April 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

beschlossen:

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt bis zur übereinstimmenden Erklärung der Erledigung in der Hauptsache 1 Mio. Euro.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene zu 2 (im Folgenden Lotto GmbH), deren Gesellschafter die Betroffenen zu 3 bis 5 sind, betreibt auf dem Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz (Betroffener zu 1) verschiedene Glücksspiellotterien. Das Land Rheinland-Pfalz beabsichtigt, insgesamt 51% der Anteile an der Lotto GmbH zu erwerben.

- 2 Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss untersagt. Gegen diesen Beschluss haben das Land Rheinland-Pfalz und die Lotto GmbH Beschwerde eingelegt. Sie haben beim Beschwerdegericht beantragt, im Wege einer einstweiligen Anordnung, hilfsweise durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung, ihnen und den Betroffenen zu 3 bis 5 zu gestatten, den mit dem angefochtenen Beschluss untersagten Zusammenschluss zu vollziehen.

- 3 Das Beschwerdegericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verworfen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2304). Mit der – vom Beschwerdegericht zugelassenen – Rechtsbeschwerde haben das Land Rheinland-Pfalz und die Lotto GmbH ihren auf einstweilige Gestattung des Vollzugs des Zusammenschlusses gerichteten Antrag zunächst weiterverfolgt. Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens hat das Beschwerdegericht die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts im Hauptsacheverfahren aufgehoben. Nach Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung haben Rechtsbeschwerdeführer und Rechtsbeschwerdegegner das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt und wechselseitige Kostenanträge gestellt.
- 4 II. Nach § 78 GWB i.V. mit § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO ist über die Kosten des in der Hauptsache für erledigt erklärten gerichtlichen Kartellverwaltungsverfahrens nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGH, Beschl. v. 29.10.1985 – KVR 4/83, WuW/E 2207, 2208 – Lufthansa/f.i.r.s.t. Reisebüro; Beschl. v. 31.5.2006 – KVR 1/05, WRP 2006, 1030 Tz. 9 – Call-Option). Ist der Verfahrensausgang danach offen, sind die Kosten gegeneinander aufzuheben (BGH, Beschl. v. 16.11.1999 – KVR 10/98, WuW/E DE-R 420 – Erledigte Beschwerde). So liegt der Fall hier.
- 5 Auf die Rechtsbeschwerde wäre der angefochtene Beschluss des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen worden. Mit der vom Beschwerdegericht in erster Linie gegebenen Begründung, der Antrag auf vorläufige Gestattung des Vollzugs sei unzulässig, weil die Befreiung vom gesetzlichen Vollzugsverbot ausschließlich vom Bundeskartellamt im Verfahren nach § 41 Abs. 2 GWB gewährt werden könne, hätte die Ent-

scheidung keinen Bestand haben können. Wie der Senat inzwischen in anderer Sache (BGH, Beschl. v. 14.10.2008 – KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 Tz. 20 ff. – Faber/Basalt, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) entschieden hat, ist das Beschwerdegericht im Falle der Anfechtung einer nach § 40 Abs. 2 GWB ergangenen Untersagungsverfügung befugt, im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 64 Abs. 3 Satz 1, § 60 Nr. 1 GWB) die Befreiung vom Vollzugsverbot unter den in § 41 Abs. 2 GWB genannten Voraussetzungen zu erteilen.

- 6 Ob die Rechtsbeschwerdeführerin im weiteren Verlauf des Verfahrens ohne das erledigende Ereignis mit ihrem Antragsziel Erfolg gehabt hätte, bedarf bei der gebotenen summarischen Prüfung auf der Grundlage des bisher erreichten Sach- und Streitstands keiner abschließenden Beurteilung. Der Senat hätte mangels ausreichender Feststellungen zu den für die Abwägung nach § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB relevanten Umständen nicht selbst entscheiden können und die Sache an das Beschwerdegericht zurückverweisen müssen. Eine hinreichend sichere Prognose über die Erfolgsaussichten der begehrten einstweiligen Anordnung ist nicht möglich. Etwas anderes gilt auch nicht etwa deshalb, weil die Untersagungsverfügung in der Hauptsache inzwischen rechtskräftig aufgehoben worden ist. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung allein reichen – anders als bei § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB – für eine Befreiung vom Vollzugsverbot nicht. § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB verlangt vielmehr, dass die Zusammenschlussbeteiligten hierfür wichtige Gründe geltend machen und insbesondere dartun, dass die Befreiung – auch im Hinblick auf die zu erwartende Dauer des Beschwerde- sowie eines möglichen Rechtsbeschwerdeverfahrens – geboten ist, um schweren Schaden von ihnen oder von Dritten abzuwenden. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde stellen dabei lediglich einen Faktor der Abwägung dar (BGH, Beschl. v. 14.10.2008 – KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 Tz. 24 – Faber/Basalt). Diese Ab-

wägung nachzuholen, ist dem Senat mangels ausreichender Feststellungen nicht möglich und im Übrigen bei summarischer Prüfung auch nicht veranlasst.

- 7 Unter diesen Umständen entspricht es billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens gegeneinander aufzuheben.

Tolksdorf

Bornkamm

Meier-Beck

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 03.03.2008 - VI-Kart 19/07 (V) -