



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KVR 64/19

vom

27. Oktober 2020

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Tolkmitt, die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene zu 1 meldete beim Bundeskartellamt das Vorhaben an, ihre Beteiligung an der Betroffenen zu 2 von 22,48 % auf 28,76 % zu erhöhen. Das Bundeskartellamt gab das Zusammenschlussvorhaben frei. Die dagegen von der Betroffenen zu 2 eingelegte Beschwerde wurde vom Beschwerdegericht als unzulässig verworfen.
- 2 Dagegen hat sich die Betroffene zu 2 mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde gewandt. Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens hat die Betroffene zu 1 ihre gesamte Beteiligung an der Betroffenen zu 2 an einen Dritten verkauft. Die Betroffene zu 2 und das Bundeskartellamt haben daraufhin das Rechtsbeschwerdeverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufzuheben.

3           II.       Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärungen hat der Senat nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Diese Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss in entsprechender Anwendung von § 161 Abs. 2 Satz 1, § 101 Abs. 3 VwGO; § 91a Abs. 1 Satz 2, § 128 Abs. 3, 4 ZPO (vgl. KG, WuW/E OLG 4648, 4649; Lembach in Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl., § 73 Rn. 13 a.E.).

4           1.       Entsprechend der Vereinbarung der Betroffenen zu 2 mit dem Bundeskartellamt sind die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufzuheben; eine Erstattung notwendiger Auslagen findet insoweit nicht statt. Soweit die Betroffene zu 1 begehrt, ihre Auslagen der Betroffenen zu 2 aufzuerlegen, ist darüber gemäß § 78 GWB i.V.m. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussicht in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Ist der Verfahrensausgang danach offen, kommt eine Erstattung außergerichtlicher Kosten nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Mai 2006 - KVR 1/05, WuW/E DE-R 1783 - Call Option, juris Rn. 8).

5           2.       So liegt der Fall hier. Der Verfahrensausgang ist offen. Das Beschwerdegericht hat die Begründetheit der Beschwerde nicht geprüft und dazu keine Feststellungen getroffen. Die Zulässigkeit der Beschwerde ist nicht ohne Weiteres zu verneinen.

6           a)       Der Senat hat bisher noch nicht entschieden, ob und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen das Zielunternehmen eines Zusammenschlusses gegen eine Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts beschwerdebefugt sein kann. Das Beschwerdegericht hat zutreffend erkannt, dass die von ihm erörterte Senatsrechtsprechung andere Fallkonstellationen betrifft.

- 7           aa)    Im Fall KVZ 27/12 (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012, juris) war das Zielunternehmen durch die Freigabe eines Zusammenschlusses nicht materiell beschwert, weil der in Rede stehende Anteilserwerb in seinem Gesellschaftsvertrag vorgesehen war (zur fehlenden materiellen Beschwer von Vertragsbeteiligten durch eine die Vertragsdurchführung fördernde Verfügung des Kartellamts vgl. auch BGH, Beschluss vom 31. Oktober 1978 - KVR 7/77, WuW/E BGH 1562, juris Rn. 33 - Air-Conditioning).
- 8           bb)    In der Sache "Anteilsveräußerung" (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 25/06, WuW/E DE-R 2138 Rn. 13 bis 17) war die materielle Beschwer entfallen, nachdem der Beschwerdeführer seinen Anteil am Zielunternehmen nahezu vollständig veräußert hatte. Zwar hat der Senat hier ausgeführt, im Falle einer zu Unrecht ergangenen Freigabe eines Zusammenschlusses solle die gerichtliche Kontrolle Wettbewerber davor schützen, in ihren wirtschaftlichen Gestaltungsspielräumen durch das marktbeherrschende Unternehmen eingeschränkt zu werden. Eine materielle Beschwer liege bei einem Beteiligten nur vor, wenn er durch die Freigabe eines Zusammenschlusses in seinem eigenen unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld auf dem relevanten Markt nachteilig betroffen sei (BGH, WuW/E DE-R 2138 Rn. 16 - Anteilsveräußerung). Das Zielunternehmen kann aber durch die Freigabe eines Zusammenschlusses in seiner unternehmerischen und wettbewerblichen Tätigkeit nachteilig betroffen sein, etwa wenn ihm infolge einer "feindlichen Übernahme" die Entwicklung und Umsetzung einer eigenständigen Wettbewerbsstrategie verwehrt wird.
- 9           b)     Der Rechtsprechung des Senats kann danach jedenfalls nicht ohne Weiteres entnommen werden, dass die Beschwerdebefugnis gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses auf Wettbewerber des Zielunternehmens oder der Zusammenschlussbeteiligten beschränkt ist. Der vom Beschwerdegericht bejahen Frage, ob nur Dritte außerhalb des Kreises der Zusammenbeschlussbeteiligten beschwerdebefugt sind, kommt danach - wie das Beschwerdegericht

zutreffend erkannt hat - rechtsgrundsätzliche Bedeutung zu. Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist nicht veranlasst, diese Frage im Kostenverfahren nach § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 91a ZPO zu klären. Denn es entspricht nicht dem Zweck der Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits, Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 - KVR 35/08, WuW/E DE-R 3465, juris Rn. 4 mwN).

- 10                    3.        Danach entspricht es billigem Ermessen, von einer Erstattung außergerichtlicher Kosten auch für die weiteren Verfahrensbeteiligten einschließlich der Betroffenen zu 1 abzusehen.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.07.2019 - VI-2 Kart 1/18 [V] -