



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 37/05

Verkündet am:  
7. November 2006  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

---

pepcom

GWB § 54 Abs. 2 Nr. 3, § 63 Abs. 2

- a) Der Kartellbehörde steht bei der Entscheidung über die Beiladung ein Ermessen zu. Auch wenn die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Beiladungspetenten vorliegen, kann die Kartellbehörde den Beiladungsantrag aus Gründen der Verfahrensökonomie ablehnen.
- b) Dem Beiladungspetenten, der zwar die subjektiven Voraussetzungen der Beiladung erfüllt, dessen Antrag aber aus Gründen der Verfahrensökonomie abgelehnt worden ist, steht gegen die Hauptsacheentscheidung – wenn er durch sie unmittelbar und individuell betroffen ist – ein Beschwerderecht zu.

BGH, Beschluss vom 7. November 2006 – KVR 37/05 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, die Vorsitzenden Richter Ball und Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum und Dr. Strohn

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. September 2005 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts sowie der Beteiligten zu 1 bis 3 zu tragen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 25.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Antragstellerin begehrt ihre Beiladung zu zwei parallel eingeleiteten Fusionskontrollverfahren, die Erwerbsalternativen für bis zu 100% der Geschäftsanteile an der Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Ish) betreffen. Gegenstand des einen

Verfahrens ist der Erwerb der Ish-Geschäftsanteile durch die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: CIE), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der BC Partners Holding Ltd. Gegenstand des zweiten Fusionskontrollverfahrens ist der (alternative) Erwerb derselben Anteile durch die iesy Repository GmbH (im Folgenden: iesy).

- 2 Ish betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der Deutschen Telekom AG in Nordrhein-Westfalen. In dieser Region versorgt sie auf der Netzebene 3 (örtliche Verteilnetze) rund 4 Millionen Haushalte. Auf der Netzebene 4 (Hausverteilanlagen) tritt Ish nur in einem geringen Umfang als Lieferant auf. Die meisten Haushalte unterhalten Lieferbeziehungen zu anderen Anbietern.
- 3 CIE ist im Bereich der Breitbandkabelindustrie über die TeleColumbus AG & Co. KG tätig. Sie betreibt in verschiedenen Regionen Deutschlands Breitbandkabelnetze, und zwar vorrangig auf der Netzebene 4 und in geringem Umfang auch auf der Netzebene 3.
- 4 Die Antragstellerin betreibt in den Bundesländern Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Sachsen, Brandenburg und Bayern Breitbandkabelnetze auf den Netzebenen 3 und 4. Darüber hinaus beteiligt sie sich bundesweit – u.a. auch in Nordrhein-Westfalen – an Ausschreibungen zur Erbringung von Leistungen auf den Netzebenen 3 und 4. Über Tochter- und Enkelgesellschaften ist sie mittlerweile in den Städten Solingen und Oberhausen Anbieterin von Leistungen der Netzebene 4.
- 5 Das Bundeskartellamt hat den Beiladungsantrag der Antragstellerin zu dem Fusionskontrollverfahren iesy/Ish, der den Gegenstand des Parallelverfahrens KVR 38/05 bildet, mit Beschluss vom 25. April 2005 (B7-22/05) abgelehnt. Den – den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden – Beiladungsantrag zu

dem Fusionskontrollverfahren CIE/Ish hat das Amt mit Beschluss vom 27. April 2005 (B7-38/05) abgelehnt. Zur Begründung hat es jeweils ausgeführt, dass die Antragstellerin durch das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben zwar in ihren wettbewerblichen Interessen erheblich berührt werde, von ihrer Beiladung gleichwohl nach pflichtgemäßen Ermessen unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie abgesehen werde, weil ihre wirtschaftlichen Interessen und Belange durch die bereits ausgesprochene Beiladung der Beigeladenen zu 2 (im Folgenden: Kabel Deutschland GmbH) ausreichend vertreten seien.

6 Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss iesy/Ish mit Beschluss vom 20. Juni 2005 (B7-22/05) und den (den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden) Zusammenschluss CIE/Ish mit Beschluss vom 21. Juni 2005 (B7-38/05, WuW/E DE-V 1127) freigegeben. Gegen die im Parallelverfahren ergangene Freigabeentscheidung hat die Premiere AG als Beigeladene Beschwerde eingelegt. Der Erwerb ist inzwischen vollzogen. Gegen die Entscheidung über die Freigabe des Zusammenschlusses CIE/Ish wurde kein Rechtsmittel eingelegt.

7 Das Beschwerdegericht hat die gegen die Ablehnung des Beiladungsantrags zu dem Verfahren CIE/Ish gerichtete sofortige Beschwerde zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1607). In diesem Sinne hat es auch über die Beschwerde wegen der Ablehnung der Beiladung zu dem Verfahren iesy/Ish entschieden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.9.2005, VI-Kart 9/05 (V)).

8 Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren auf Beiladung zu dem Fusionskontrollverfahren CIE/Ish weiter.

## II.

9 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Ablehnung ihres Beiladungsantrags mit Recht zurückgewiesen.

10 1. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass der Antragstellerin als Beiladungspetentin kein Anspruch auf Beiladung zusteht, dass sie vielmehr allein eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung der Kartellbehörde beanspruchen kann.

11 a) Die Bestimmung des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB macht die (einfache) Beiladung zunächst davon abhängig, dass die Interessen des Beizuladenden durch die zu treffende Entscheidung der Kartellbehörde erheblich berührt werden. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass hierfür erhebliche wirtschaftliche Interessen ausreichen. Die Beiladung setzt nicht voraus, dass der Beiladungspetent geltend machen kann, die Entscheidung der Kartellbehörde könne ihn in subjektiven öffentlichen Rechten verletzen.

12 b) Der Kartellbehörde steht bei der Entscheidung über einen Antrag auf (einfache) Beiladung ein Ermessen zu. Dies entspricht nicht nur der Praxis des Bundeskartellamts, sondern auch der Rechtsprechung der in der Vergangenheit insofern ausschließlich zur Entscheidung berufenen Oberlandesgerichte (KG WuW/E OLG 339, 342 f.; WuW/E OLG 964, 968; WuW/E OLG 1071, 1072; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1881, 1886). Dem folgt heute auch durchweg das Schrifttum (vgl. Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 54 GWB Rdn. 34; Becker in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 54 GWB Rdn. 17; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 54 Rdn. 44; Bracher in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: März 2006, § 54 GWB Rdn. 69;

Dormann, Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle, 2000, S. 67 f.; ausführlich hierzu mit Nachweisen aus der älteren Literatur Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977, S. 470 ff.; a.A. noch Soell in Festschrift Wahl, 1973, S. 439, 460 ff.; Schwippert, Die Ermessensentscheidung der Kartellbehörden und die Prüfungsbefugnis der Kartellgerichte, 1974, S. 35). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beiladung im kartellbehördlichen Verfahren zunächst einmal der Förderung dieses Verwaltungsverfahrens und nicht den individuellen Interessen des Beizuladenden dient. Durch die Beteiligung Dritter, die in ihren wirtschaftlichen Interessen durch die zu treffende Entscheidung betroffen werden, wird es der Kartellbehörde ermöglicht, ihre Entscheidung auf eine breitere, den Interessen der anderen Marktbeteiligten Rechnung tragende Grundlage zu stellen. Der Öffnung des Verfahrens für Dritte sind jedoch durch die Verfahrensökonomie Grenzen gesetzt. Dadurch, dass das Gesetz lediglich eine erhebliche Berührung der wirtschaftlichen Interessen fordert, kann die Zahl derjenigen, die für eine Beiladung in Betracht kommen, je nach Marktverhältnissen erheblich sein. Insbesondere, aber nicht nur in Verfahren der Zusammenschlusskontrolle, in denen die Kartellbehörde innerhalb verhältnismäßig kurzer Fristen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 GWB) über komplexe Sachverhalte entscheiden muss, ist darauf zu achten, dass das kartellbehördliche Verfahren nicht durch eine große Zahl am Verwaltungsverfahren Beteiligter behindert wird.

- 13 Dies bedeutet, dass es im Ermessen der Kartellbehörde steht, den Antrag auf Beiladung abzulehnen, wenn die Sachaufklärung, die durch eine Beteiligung des Beiladungspetenten erzielt werden könnte, dadurch gesichert erscheint, dass andere Unternehmen mit ähnlichen, mehr oder weniger gleichgerichteten Interessen bereits beigelegt worden sind. Ferner kann die Kartellbehörde im Einzelfall abwägen, ob die mit einer Beiladung verbundenen Nachteile – etwa die Erschwe-

zung des behördlichen Verfahrens durch eine große Zahl Verfahrensbeteiligter – mögliche Vorteile, die für die Beiladung sprechen mögen – etwa eine gewisse Erleichterung der Sachaufklärung –, überwiegen.

- 14 c) Den Gesichtspunkt, dass die Beschwerde nach dem Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB „den am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten (§ 54 Abs. 2 und 3)“ zusteht, braucht die Kartellbehörde dagegen im Rahmen ihres Ermessens nicht zu berücksichtigen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass – wie noch auszuführen sein wird (dazu unten unter 3.) – dem Beiladungspetenten, der die subjektiven Voraussetzungen der Beiladung erfüllt, dessen Antrag auf Beiladung aber gleichwohl im Hinblick auf die übergeordneten Interessen der Verfahrensökonomie abgelehnt worden ist, unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls ein Beschwerderecht zusteht.
- 15 2. Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass das Bundeskartellamt das ihm zustehende Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt hätte.
- 16 a) Mit Recht beruft sich die Antragstellerin allerdings darauf, dass sie die Voraussetzungen, die in der Person des Beiladungspetenten vorliegen müssen (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB), erfüllt. Sie hat nachvollziehbar dargelegt, dass sie durch die Freigabe des angemeldeten Zusammenschlusses erheblich in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt wird. Dies ist vom Bundeskartellamt nicht in Frage gestellt worden. Auch das Beschwerdegericht ist von einer erheblichen Berührung der wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin durch eine Freigabe des Zusammenschlusses ausgegangen.
- 17 b) Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Bundeskartellamt die Beiladung der Antragstellerin mit Blick auf die bereits ausgesprochene Beiladung der Kabel Deutschland GmbH im Interesse der Verfahrensökonomie

abgelehnt hat. Die ohnehin nur in Grenzen mögliche Überprüfung dieser Ermessensentscheidung obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Die im Rahmen der 7. GWB-Novelle erfolgte Erweiterung der Rechtsbeschwerde, die nicht mehr auf in der Hauptsache ergangene Entscheidungen beschränkt ist (§ 74 Abs. 1 GWB), dient nicht dazu, die Frage der Beiladung in jedem Einzelfall einer Überprüfung durch den Bundesgerichtshof zuzuführen.

- 18            3. Liegen in der Person eines Beiladungspetenten die subjektiven Voraussetzungen der Beiladung vor und ist sein Antrag auf Beiladung allein aus Gründen der Verfahrensökonomie abgelehnt worden, steht ihm in ergänzender Auslegung des § 63 Abs. 2 GWB die Möglichkeit offen, gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung Beschwerde einzulegen, wenn er geltend machen kann, dass ihn diese Entscheidung unmittelbar und individuell betrifft. Dies deckt sich in der Sache mit den Voraussetzungen, die das europäische Recht an die Klagebefugnis Drittbetroffener stellt (Art. 230 Abs. 4 EG).
- 19            a) Durch die Beschwerdemöglichkeit, die § 63 Abs. 2 GWB auch demjenigen einräumt, der lediglich im Rahmen einer einfachen Beiladung am Verwaltungsverfahren beteiligt ist, gewährt das Gesetz bereits einen über das Maß des § 42 Abs. 2 VwGO hinausgehenden Rechtsschutz. Denn für die einfache Beiladung ist nicht erforderlich, dass der Beigeladene geltend machen kann, die zu treffende Entscheidung könne ihn in seinen (subjektiven öffentlichen) Rechten verletzen. Für Verpflichtungsbeschwerden – also für Beschwerden, die darauf gerichtet sind, die Kartellbehörde zu einem Eingreifen zu veranlassen – hat diese Rechtsschutzmöglichkeit keine Bedeutung, weil es im Ermessen der Kartellbehörde steht, ob sie in einem Einzelfall durch Erlass einer Abstellungsverfügung nach § 32 GWB tätig wird (vgl. BGHZ 51, 61, 67 f. – Taxiflug; BGH, Beschl. v. 6.3.2001 – KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 – Fachklinik für Herzchirurgie, m.w.N.), und weil der Dritte in der Regel auf die Möglichkeit der zivilrechtlichen Abwehrklage verwiesen

werden kann (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 32 GWB Rdn. 12). Dagegen hat das Drittbeschwerderecht in der Fusionskontrolle eine nicht unerhebliche Bedeutung, da das Bundeskartellamt seit der 6. GWB-Novelle über die Freigabe förmlich entscheiden muss (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GWB; vgl. zum Drittbeschwerderecht in der Fusionskontrolle BGHZ 155, 214 – HABET/Lekkerland).

20 Mit dem durch die 6. GWB-Novelle eröffneten Rechtsschutz Dritter gegen Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts folgt das Gesetz erklärtermaßen dem europäischen Beispiel (vgl. BT-Drucks. 13/9720 S. 44; BGHZ 155, 214, 217 – HABET/Lekkerland). Denn gegen eine Freigabeentscheidung der Kommission kann jeder mit der Nichtigkeitsklage vorgehen, der durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen ist (Art. 230 Abs. 4 EG; dazu ausführlich Dormann aaO S. 194 ff.; Veelken, WRP 2003, 207, 235 ff.; Körber, EuZW 1996, 267 ff.). Ungeachtet der der Kartellbehörde im Rahmen ihres Ermessens eingeräumten Möglichkeit, bei der Prüfung eines Beiladungsantrags einen großzügigeren Maßstab anzulegen, kann für die Auslegung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB auf die Maßstäbe zurückgegriffen werden, die die europäischen Gerichte zur Auslegung von Art. 230 Abs. 4 EG entwickelt haben (vgl. EuG, Urt. v. 4.7.2006 – T-177/04, WuW/E EU-R 1079 Tz 30 ff. – easyJet/Kommission, m.w.N.).

21 b) Anders als das europäische Recht scheint allerdings § 63 Abs. 2 GWB das Beschwerderecht des unmittelbar und individuell betroffenen Dritten von seiner förmlichen Stellung als Verfahrensbeteiligter abhängig zu machen. Würde diese Beschränkung auf Dritte angewandt, die die subjektiven Voraussetzungen der Beiladung erfüllen und denen nur aus Gründen der Verfahrensökonomie die beantragte Beiladung verwehrt worden ist, würde dies nicht nur dem Ziel des Gesetzgebers widersprechen, Freigabeentscheidungen in der Fusionskontrolle nach europäischem Vorbild mit Hilfe eines Drittbeschwerderechts einer gerichtlichen Kon-

trolle zugänglich zu machen. Die Beschränkung würde auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen (Art. 19 Abs. 4, Art. 3 Abs. 1 GG; vgl. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 85 ff. u. 104 ff.). Zwar gebietet es das Grundgesetz nicht, demjenigen, der durch eine staatliche Entscheidung nicht in seinen Rechten verletzt, sondern lediglich in seinen wirtschaftlichen Interessen erheblich berührt wird, eine Rechtsschutzmöglichkeit einzuräumen. Wird der Rechtsschutz indessen eröffnet, wäre es mit dem Gleichheitssatz nur schwer zu vereinbaren, wenn der Rechtsschutz im Einzelfall davon abhinge, ob der beantragten Beiladung im Verwaltungsverfahren Gründe der Verfahrensökonomie entgegenstehen. Wählt die Kartellbehörde aus mehreren Beiladungspetenten mit gleichgerichteten Interessen einen Antragsteller aus und weist sie in Ausübung ihres Ermessens die Anträge der anderen ab, die ebenfalls geltend machen können, durch die erwartete Entscheidung in ihren wirtschaftlichen Interessen erheblich berührt zu werden, läge eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte vor, wenn der Rechtsschutz dem einen gewährt, dem anderen dagegen verweigert würde.

- 22           Praktische Schwierigkeiten stehen dieser extensiven Auslegung des § 63 Abs. 2 GWB, mit der dem abgewiesenen Beiladungspetenten unter bestimmten Voraussetzungen ein Beschwerderecht eingeräumt wird, nicht entgegen. Die Kartellbehörde wird im Hinblick auf sein Beschwerderecht demjenigen, dessen Beiladungsantrag trotz Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen abgelehnt worden ist, die Freigabeentscheidung zustellen, um die Voraussetzungen der formellen Bestandskraft zu schaffen.

III.

23 Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.09.2005 - VI-Kart 10/05 (V) -