



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 1/05

vom

31. Mai 2006

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: nein

Call-Option

GWB §§ 35, 39, 40, 78, VwGO § 161 Abs. 2 Satz 1, ZPO § 91a Abs. 1 Satz 1

- a) Hat das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagt und führen die Beteiligten statt dessen einen Teil einer "Zwischenlösung" durch, die insgesamt auf dasselbe Ziel gerichtet ist wie der untersagte Zusammenschluss, so erledigt sich dadurch das Verfahren über die Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung grundsätzlich nicht. Das gilt auch dann, wenn ein bisher an dem Zusammenschlussvorhaben nicht Beteiligter an der "Zwischenlösung" mitwirkt.
- b) Die einzelnen Teile der "Zwischenlösung" sind gesondert anzumelden, soweit die Voraussetzungen des § 35 GWB erfüllt sind.

BGH, Beschluss vom 31. Mai 2006 - KVR 1/05 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 31. Mai 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Ball, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Strohn

beschlossen:

1. Die Gerichtskosten des Verfahrens tragen die Rechtsbeschwerdeführerinnen und das Bundeskartellamt je zur Hälfte. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
2. Der Wert des Verfahrensgegenstandes beträgt bis zur übereinstimmenden Erklärung der Erledigung in der Hauptsache 5.000.000,00 €.

Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte zu 3 (im Folgenden: Atys) ist eine Holdinggesellschaft, die über verbundene Unternehmen europaweit Fruchtzubereitungen produziert und vertreibt. In Deutschland war Atys über die Atys-DSF GmbH (im Folgenden: DSF) tätig, an der sie 60% der Anteile hielt. Gesellschafter der Atys war die Beteiligte zu 4 (im Folgenden: Butler). Die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Agrana) ist ebenfalls auf dem Markt für Fruchtzubereitungen tätig. Sie ist Teil eines von der Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Südzucker) geführten Konzerns.
- 2 Agrana beabsichtigte, stufenweise das gesamte Stammkapital an Atys zu erwerben. Dieses Vorhaben hat das Bundeskartellamt - auf eine Anmeldung von Südzucker und Agrana - mit Beschluss vom 21. April 2004 untersagt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich der inländische Marktanteil von

Agrana auf dem Markt für Fruchtzubereitungen durch den beabsichtigten Zusammenschluss auf rund 26% erhöhe, was dazu führe, dass Agrana zusammen mit der Beigeladenen zu 2 (Zentis) die Marktanteilsschwelle überschreite, an die § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB die Vermutung des engen Oligopols knüpfe.

3 Gegen diesen Beschluss haben Südzucker und Agrana am 19. Mai 2004 Beschwerde eingelegt. Um den Zusammenschluss soweit wie möglich schon vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens vollziehen zu können, spalteten Agrana, Atys und Butler das Fusionsvorhaben nach Rücksprache mit dem Bundeskartellamt im Juni 2004 auf. In einem ersten Schritt übertrug Atys ihren 60%-igen Geschäftsanteil an der DSF auf deren Minderheitsgesellschafter, zwei Schweizer Familien. Um einen Rückerwerb für den Fall einer rechtskräftigen Aufhebung der Untersagungsverfügung zu gewährleisten, wurden eine Call-Option für die veräußernde Atys und eine Put-Option für die erwerbenden Minderheitsgesellschafter vereinbart. In einem zweiten Schritt begann Agrana mit dem stufenweisen Erwerb des Stammkapitals der Atys - nunmehr ohne deren Beteiligung an der DSF. Diesen Zusammenschluss, der Ende 2006 abgeschlossen sein wird, hat das Bundeskartellamt am 21. Juli 2004 im Vorprüfverfahren nach § 40 Abs. 1 GWB freigegeben.

4 Die gegen die Untersagungsverfügung eingelegte Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der Verfügung, hilfsweise die Feststellung von deren Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit begehrt haben, hat das Beschwerdegericht mit Beschluss vom 17. November 2004 verworfen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1435). Mit der - vom Oberlandesgericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde haben die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht erstrebt. Dabei haben sie nur noch ihren Hauptantrag

verfolgt und sich gegen die Kostenentscheidung des Beschwerdegerichts gewehrt.

5 Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist eine der beiden in Deutschland belegenen Betriebsstätten der DSF an die Beigeladene zu 1 (Wild) veräußert worden. Das Bundeskartellamt hat diesen Erwerbsvorgang freigegeben. Außerdem hat Agrana bei dem Bundeskartellamt den beabsichtigten Erwerb der Anteile an der DSF von den Schweizer Gesellschaftern - nun ohne die eine der beiden Betriebsstätten - angemeldet. Daraufhin haben die Rechtsbeschwerdeführerinnen und das Bundeskartellamt das Beschwerdeverfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

6 Die Rechtsbeschwerdeführerinnen haben beantragt,

 die Kosten des Verfahrens dem Bundeskartellamt aufzuerlegen,

 hilfsweise, den angefochtenen Beschluss des OLG Düsseldorf insoweit aufzuheben, als die Rechtsbeschwerdeführerinnen den Beigeladenen zu 1 und 2 die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten haben.

7 Das Bundeskartellamt hat beantragt,

 die Kosten des Verfahrens den Rechtsbeschwerdeführerinnen aufzuerlegen.

8 II. Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärungen hat der Senat nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Diese Entscheidung kann gemäß § 69 Abs. 1, § 76 Abs. 5 Satz 1 GWB im schriftlichen Verfahren ergehen, nachdem die Parteien hierzu ihr Einverständnis erklärt haben.

9 Nach § 78 GWB i.V.m. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO ist über die Kosten des in der Hauptsache für erledigt erklärten Kartellverwaltungsprozesses 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, sind die Gerichtskosten hälftig zu teilen, und die außergerichtlichen Kosten sind nicht zu erstatten (BGH, Beschl. v. 16.11.1999 - KVR 10/98, WuW/E DE-R 420 - Erledigte Beschwerde).

10 So liegt der Fall hier.

11 1. Das Beschwerdegericht hat - nach einer gesonderten Verhandlung über die Zulässigkeit - die Beschwerde als unzulässig verworfen mit der Begründung, die angefochtene Verfügung habe sich erledigt. Dazu hat es ausgeführt: Für die Untersagung möge es bei rein wirtschaftlicher Betrachtung ohne Belang sein, ob Agrana die Mehrheitsbeteiligung an der DSF - wie angemeldet - unmittelbar durch eine Übernahme der Atys erhalte oder - wie anschließend geplant - dadurch, dass die von ihr bereits übernommene oder in Zukunft auf sie übergehende Atys die Option zum Rückerwerb der Geschäftsanteile ausübe. Sowohl in der angemeldeten wie in der später beabsichtigten Erwerbsform sei es Ziel der Fusion, Agrana die Mehrheitsbeteiligung an Atys einschließlich der DSF zu verschaffen. Daraus sei indes nicht herzuleiten, dass das untersagte Zusammenschlussvorhaben in seinem Wesen unverändert bleibe und sich die Untersagungsverfügung vom 21. April 2004 in ihrem Kern auf beide Zusammenschlussvarianten gleichermaßen erstrecke. An den beiden Zusammenschlussvorgängen seien auf der Seite der Veräußerer unterschiedliche Personen beteiligt. Während die Gesellschaftsanteile bei der angemeldeten Fusion - mittelbar - von Butler übertragen würden, erhalte Agrana die Beteiligung nach der späteren Vorgehensweise - über die mit ihr verbundene Atys - von den

Minderheitsgesellschaftern der DSF. Dieser Erwerbsvorgang werde von der angefochtenen Untersagungsverfügung nicht erfasst, da das Bundeskartellamt ihn seiner Prüfung nicht habe zugrunde legen können. Als Veräußerer - und damit Zusammenschlussbeteiligte - müssten die Minderheitsgesellschafter an einem Fusionskontrollverfahren, das über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Rückerwerbs der 60%-igen Gesellschaftsbeteiligung durch Atys befinde, beteiligt werden. Sie selbst seien zwingend Adressaten einer etwaigen Untersagungsverfügung und ihnen stehe hiergegen ein eigenes Beschwerderecht zu. Dies alles würde missachtet, wenn man annähme, dass die angefochtene Verfügung nicht nur den angemeldeten Zusammenschluss, sondern auch den später beabsichtigten Erwerb der Geschäftsanteile von den Minderheitsgesellschaftern untersage.

12 2. Diese Begründung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

13 a) Eine Erledigung der Hauptsache im Verfahren über die Anfechtung eines Verwaltungsakts - hier der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts - tritt dann ein, wenn die angefochtene Verfügung keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalten kann und deshalb gegenstandslos ist (BGH, Beschl. v. 29.10.1985 - KVR 1/84, WuW/E BGH 2211, 2213 - Morris-Rothmans; Beschl. v. 26.5.1987 - KVR 3/86, WuW/E 2425, 2426 f. - Niederrheinische Anzeigenblätter; Beschl. v. 19.12.1989 - KVR 2/88, WuW/E 2620, 2621 - Springer-Kieler Zeitung). Das ist bei einem angemeldeten Zusammenschlussvorhaben nicht schon immer dann anzunehmen, wenn die Beteiligten nach Erlass der Untersagungsverfügung den Zusammenschluss zunächst in einer veränderten Form vollziehen. Erforderlich ist vielmehr, dass die Abweichung gegenüber dem angemeldeten Vorhaben aus dem Zusammenschlusstatbestand herausführt und das angemeldete und untersagte Vorhaben in seinem Wesen verändert, so dass es

von dem Kern der Verbotsverfügung nicht mehr erfasst wird (BGHZ 136, 268, 273 - Stromversorgung Aggertal; BGH WuW/E 2211, 2217 - Morris-Rothmans).

14 b) Diese Voraussetzung war hier entgegen der Meinung des Beschwerdegerichts nicht schon wegen der Beteiligung eines Dritten an der "Zwischenlösung" erfüllt. Zwar stellen die drei Schritte der "Zwischenlösung" jeweils einen Zusammenschlusstatbestand dar, nämlich die Übertragung der Anteile der Atys an der DSF auf die Schweizer Minderheitsgesellschafter, die Übertragung der Anteile an der Atys - nun ohne die DSF - von Butler auf Agrana und schließlich die (Rück-)Übertragung der Anteile an der DSF von den Schweizer Gesellschaftern auf die Atys aufgrund der Option. Diese drei Zusammenschlussvorhaben mussten auch - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeführerinnen - sämtlich nach § 39 GWB angemeldet werden, sofern die Schwellenwerte des § 35 GWB überschritten waren. Das ändert aber nichts daran, dass die Beteiligten auch mit der "Zwischenlösung" immer noch dasselbe Ziel verfolgten, das bereits Gegenstand des ursprünglich angemeldeten Zusammenschlussvorhabens war.

15 In einer derartigen Situation entspricht es der Verfahrensökonomie, das begonnene Verfahren weiterzuführen und die Frage, ob das Bundeskartellamt den ursprünglich angemeldeten Zusammenschluss zu Recht untersagt hat, einer gerichtlichen Klärung zuzuführen. Entschließen sich die Zusammenschlussbeteiligten - nach dem sie Klarheit darüber gewonnen haben, dass das Bundeskartellamt ihr ursprüngliches Vorhaben nicht freigibt - unter Aufrechterhaltung dieses Zieles zu einer Zwischenlösung, so sollen damit die wirtschaftlich nachteiligen Folgen, die sich aus einer längeren Zeit der Ungewissheit über die Durchführbarkeit des geplanten Zusammenschlussvorhabens ergeben, möglichst gering gehalten werden. Denn während das Gesetz für eine mögliche Untersagungsverfügung der Kartellbehörde eine verhältnismäßig kurze Frist

vorsieht (§ 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GWB), kennt es für gerichtliche Entscheidungen im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren keine Fristen. Eine solche "Zwischenlösung" wird im Allgemeinen in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass die als erster Schritt ins Auge gefasste Teilveräußerung ohne weiteres freigegeben werden kann. Wird in einem solchen Fall eine gerichtliche Klärung darüber herbeigeführt, ob der ursprünglich geplante Zusammenschluss zu Recht untersagt worden ist, hat dies für die Verfahrensbeteiligten eindeutige Vorteile: Wenn die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts bestätigt wird, steht damit zugleich fest, dass auch die "Zwischenlösung" nicht zu Ende geführt werden kann. Wird die Verfügung dagegen aufgehoben, muss zwar das Prüfverfahren in Bezug auf den letzten Teil der "Zwischenlösung" noch durchgeführt werden. Dabei wird das Bundeskartellamt eine etwaige Untersagung aber nur auf neue, in dem gerichtlichen Verfahren noch nicht geklärte Gesichtspunkte stützen.

- 16 Der Umstand, dass nach der "Zwischenlösung" die Schweizer Gesellschafter, die bislang noch nicht an dem Vorhaben beteiligt waren, als Veräußerer auftreten sollten, ändert nichts daran, dass eine Fortsetzung der Prüfung des ursprünglich geplanten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen des anhängigen Verfahrens vorzugswürdig war. Dadurch konnten die schutzwürdigen Interessen der Schweizer Gesellschafter nicht beeinträchtigt werden. Denn sie hatten die Anteile an der DSF erworben und zugleich bedingt zurückübertragen in voller Kenntnis und Billigung des Umstandes, dass diese beiden Geschäfte eine "Zwischenlösung" im Rahmen des ursprünglichen, sie selbst nicht betreffenden Zusammenschlussvorhabens darstellen sollten und dass die Frage, ob ihnen die DSF-Anteile dauerhaft verbleiben würden, von dem Ausgang des bereits laufenden Beschwerdeverfahrens abhing.

- 17 3. Damit ist die Frage nach der Erfolgsaussicht der Beschwerde aber noch nicht erschöpfend beantwortet. Selbst wenn nämlich der Senat - hätten die Parteien das Beschwerdeverfahren nicht übereinstimmend für erledigt erklärt - den angefochtenen Beschluss aufgehoben hätte, wäre der Ausgang des Beschwerdeverfahrens offen gewesen. Da das Beschwerdegericht nur über die Zulässigkeit der Beschwerde verhandelt und entschieden hat, hätte die Sache an das Beschwerdegericht zurückverwiesen werden müssen, damit - erstmals - die Begründetheit der Beschwerde hätte geprüft werden können.
- 18 Dabei kommt es im Rahmen der hier zu treffenden, an billigem Ermessen zu orientierenden Kostenentscheidung nicht darauf an, ob die formellrechtlichen Einwendungen der Beschwerdeführerinnen gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts - fehlende Zustellung an die Beteiligte zu 1 innerhalb der Frist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB und damit Freigabe des Zusammenschlusses allein schon wegen der Fristversäumung, fehlerhafte Besetzung der Beschlussabteilung des Bundeskartellamts und Verletzung des rechtlichen Gehörs - begründet gewesen wären. Denn das hätte allenfalls zu einer Aufhebung der Verfügung aus formalen Gründen führen können. Dann aber wäre die Frage offen geblieben, ob das Zusammenschlussvorhaben materiell-rechtlich zulässig war und ob dementsprechend der dritte Schritt der "Zwischenlösung", die (Rück-)Übertragung des 60%-igen DSF-Anteilspakets von den Schweizer Gesellschaftern auf Atys von dem Bundeskartellamt hätte genehmigt werden müssen. Die "Zwischenlösung" hätte nur dann ihren Zweck erfüllen können, wenn in dem Ausgangsverfahren Klarheit über die materielle Rechtslage geschaffen, also auch die materiell-rechtlichen Einwände der Beschwerdeführerinnen beschieden worden wären.
- 19 4. Weiter ist im Rahmen der hier zu treffenden Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigen, dass die "Zwischenlösung" nur so lange Bestand hatte, wie die

Schweizer Gesellschafter an die Call-Option der Atys gebunden waren. Inso-
weit war eine Frist vereinbart worden, die mittlerweile abgelaufen ist. Dann aber
hätte Atys die DSF-Anteile nur aufgrund eines neuen Vertrages von den
Schweizer Gesellschaftern erwerben können. Die Zulässigkeit dieses neuen
Zusammenschlussvorhabens hätte sich nicht notwendigerweise nach dem Er-
gebnis der Beurteilung des ursprünglichen Vorhabens im Rahmen des weiter-
geführten Beschwerdeverfahrens gerichtet.

- 20 5. Bei dieser jedenfalls im Endergebnis völlig offenen Sach- und Rechts-
lage erscheint es - insoweit dem Antrag der Rechtsbeschwerdeführerinnen fol-
gend - nicht angemessen, eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten der
Beigeladenen gemäß § 78 Satz 1 GWB anzuordnen.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.11.2004 - VI-Kart 13/04 (V) -