



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 18/08

vom

11. November 2008

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Werhahn/Norddeutsche Mischwerke

GWB § 72 Abs. 2, § 74 Abs. 1

Eine das Verfahren betreffende Zwischenentscheidung (hier: die Ablehnung einer Anordnung nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB) ist grundsätzlich nicht selbstständig mit der nach § 74 Abs. 1 GWB gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte in Kartellverwaltungssachen eröffneten Rechtsbeschwerde anfechtbar.

BGH, Beschl. vom 11. November 2008 – KVR 18/08 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. November 2008 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 Rechtsbeschwerde der Betroffenen zu 1 bis 3 gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. Januar 2008 und die Beschwerde der Betroffenen zu 1 bis 3 gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem vorbezeichneten Beschluss werden verworfen.

Die Betroffenen zu 1 bis 3 haben die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Kosten des Bundeskartellamts und der Beigeladenen zu 1 zu tragen.

Gründe:

1. I. Die Betroffene zu 2 (nachfolgend Werhahn) ist die Obergesellschaft der Werhahn-Gruppe, die sich u.a. mit der Herstellung von Baustoffen befasst. Zu ihren hundertprozentigen Tochterunternehmen gehören die Betroffenen zu 1 (Werhahn & Nauen) und 3 (Basalt). Basalt ist der bundesweit größte Betreiber von Steinbrüchen und an der DEUTAG GmbH & Co. KG, dem führenden inländischen Anbieter von Asphaltmischgut, beteiligt. Die Betroffene zu 5 (Norddeutsche Mischwerke, NMW), eine Konzerngesellschaft der Betrof-

fenen zu 4 (Schmidt), betreibt ebenfalls Steinbrüche und Asphaltmischwerke; zu ihren Beteiligungen gehören die auf diesen Geschäftsfeldern tätigen Betroffenen zu 7 bis 9. Werhahn & Nauen beabsichtigt, zunächst von NMW Geschäftsanteile an den Betroffenen zu 7 bis 9 zu erwerben, sodann will Werhahn von Schmidt sämtliche Geschäftsanteile an NMW übernehmen.

2 Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben unter Auflagen freigegeben. Hiergegen hat sich die Beigeladene zu 1 (Eurovia) mit der Beschwerde gewandt. Das Beschwerdegericht hat weitere Ermittlungen des Bundeskartellamts zu den Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Gussasphaltmarkt veranlasst. Hierzu hat das Amt Auskünfte von Gussasphaltherstellern und – im Hinblick auf eine mögliche Angebotsumstellungsflexibilität – von Walzasphaltproduzenten eingeholt; in die Ermittlungsergebnisse hat es zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der befragten Unternehmen nur beschränkt Einsicht gewährt.

3 Den Antrag der Betroffenen zu 1 bis 3, eine weitergehende Offenlegung der Ermittlungsergebnisse anzuordnen, hat das Beschwerdegericht durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

4 Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zu 1 bis 3, die hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde begehren.

5 Das Bundeskartellamt und Eurovia treten den Rechtsmitteln entgegen.

6 II. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig.

7 Die Rechtsbeschwerde ist nach § 74 Abs. 1 GWB nur eröffnet, wenn das Oberlandesgericht sie zugelassen hat oder einer der in § 74 Abs. 4 genannten Mängel des Verfahrens gerügt wird. Hier macht die Rechtsbeschwerde weder einen dieser Verfahrensmängel geltend, noch hat das Beschwerdegericht das

Rechtsmittel zugelassen. Schweigt die Beschwerdeentscheidung zur Frage der Zulassung, ist das Rechtsmittel nicht zugelassen (st. Rspr., s. nur BGHZ 44, 395, 397 zur Revision und BGH, Beschl. v. 11.5.2004 – VI ZB 19/04, NJW 2004, 2389 zur Berufung).

8 III. Ebenso wenig ist die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft.

9 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nur eröffnet, wenn die Rechtsbeschwerde statthaft ist und das Beschwerdegericht dieses Rechtsmittel mithin wirksam hätte zulassen können (vgl. BGH, Beschl. v. 25.1.1983 – KVZ 1/82, WuW/E 1982, 1983; BGH, Beschl. v. 15.10.1991 – KVR 1/91, WuW/E 2739, 2742). Dies ist hier nicht der Fall. Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht wäre ohne rechtliche Wirkung gewesen, weil die Rechtsbeschwerde nach § 74 Abs. 1 GWB nur gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte eröffnet ist, mit denen abschließend über eine Beschwerde nach § 63 GWB oder deren aufschiebende Wirkung entschieden wird. Eine das Verfahren betreffende Zwischenentscheidung, wie sie der angefochtene, eine Anordnung nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB ablehnende Beschluss darstellt, ist nicht selbständig mit der Rechtsbeschwerde anfechtbar.

10 1. Nach dem Wortlaut des § 74 Abs. 1 GWB findet die Rechtsbeschwerde "gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte" statt, sofern sie durch das Oberlandesgericht oder – auf Beschwerde gegen ihre Nichtzulassung (§ 75) – durch den Bundesgerichtshof zugelassen worden ist. Vordergründig scheint damit jede im Beschlusswege ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts in einer Kartellverwaltungssache der Rechtsbeschwerde zugänglich zu sein. Die systematische Stellung des § 74 GWB (nachfolgend zu 2), Sinn und Zweck der Bestimmung (nachfolgend zu 3) sowie ihre Entstehungsgeschichte (nachfolgend zu 4) verbieten jedoch eine Auslegung, nach der mit der

Vorschrift (generell) die Anfechtung von das Verfahren betreffenden Zwischenentscheidungen eröffnet würde.

11 2. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde, ohne die das Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof außerhalb des Anwendungsbereichs des § 74 Abs. 4 GWB nicht eröffnet ist, hat nach § 74 Abs. 2 GWB durch das Oberlandesgericht zu erfolgen, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordern. Damit bezieht das Gesetz das Rechtsbeschwerdeverfahren auf den Verfahrensgegenstand des Beschwerdeverfahrens und die Entscheidung, die das Beschwerdegericht – endgültig oder im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes – über diesen zu treffen hat. Das Rechtsbeschwerdeverfahren ist der – nur unter bestimmten Voraussetzungen eröffnete – Rechtsmittelzug in dem gerichtlichen Verfahren zur Überprüfung der Entscheidung der Kartellbehörde und tritt damit an die Stelle der Revision, die nach den übrigen Verwaltungsprozessordnungen stattfindet, wenn die behördliche Entscheidung mit einer durch Urteil zu bescheidenden Klage anzufechten ist (vgl. § 132 Abs. 1 VwGO; § 115 Abs. 1 FGO; § 160 Abs. 1 SGG).

12 3. Mit der Revision hat die Rechtsbeschwerde den Zweck gemein, die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung auf Rechtsfehler zu ermöglichen, auf die die Rechtsbeschwerde allein gestützt werden kann (§ 76 Abs. 2 Satz 1). Die Sachprüfung erfolgt demgemäß nach Art einer Revision, und der Bundesgerichtshof ist wie bei der Revision gegen ein Berufungsurteil an die in der angefochtenen Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden, sofern nicht in Bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Rechtsbeschwerdegründe vorgebracht sind (§ 76 Abs. 4 GWB). Wie bei der Revision ist die Sachprüfung nur eröffnet, wenn das Rechtsmittel zugelassen ist, und es darf nur zugelassen werden, wenn eine Grundsatzfrage zu ent-

scheiden ist oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine höchstrichterliche Entscheidung erfordert. Mit diesem Zweck, die Sachentscheidung des Beschwerdegerichts in bestimmten Fällen von über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung einer rechtlichen Überprüfung zu unterziehen, wäre es unvereinbar, wenn verfahrensleitende Beschlüsse wie ein Beweisbeschluss, die Aufforderung an die Kartellbehörde zu ergänzenden Ermittlungen oder auch wie im Streitfall die Ablehnung einer Anordnung nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB der Rechtsbeschwerde zugänglich wären (vgl. Deichfuß, WRP 2006, 1206, 1207; Nothdurft in MünchKomm.GWB § 74 Rdn. 9; K. Schmidt, DB 2007, 2188, 2189 f. und in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 74 Rdn. 6).

- 13 Der Sachaufklärung dienende verfahrensleitende Beschlüsse bereiten die Endentscheidung des Tatrichters lediglich vor. Ihnen liegt daher notwendigerweise die Rechtsauffassung des Tatrichters zugrunde, der eine bestimmte Sachaufklärung für erforderlich hält und andere Sachfragen, über die die Beteiligten streiten mögen, (nach seiner vorläufigen Beurteilung, die er noch revidieren kann) für nicht entscheidungserheblich erachtet. Es entspricht deshalb allgemeiner Auffassung, dass die Anfechtung eines Beweisbeschlusses auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des § 355 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist (Heinrich in MünchKomm.ZPO, 3. Aufl., § 358 Rdn. 7; Musielak/Stadler, ZPO, 6. Aufl., § 358 Rdn. 3; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl., § 358 Rdn. 5; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 358 Rdn. 4; Eichele in HK-ZPO, 2. Aufl., § 358 Rdn. 3); für den Verwaltungsprozess ist dies in § 146 Abs. 2 VwGO ausdrücklich bestimmt. Erst recht widerspricht es der auf die Entscheidung von Grundsatzfragen und die Wahrung der Rechtseinheit beschränkten Funktion der Rechtsbeschwerde, die Überprüfung einer Beweisanordnung zu ermöglichen.

- 14 Für die Ablehnung einer Anordnung nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB kann nichts anderes gelten. Auch bei dieser Entscheidung ist die rechtliche Beurteilung des Beschwerdegerichts maßgeblich. Es kann die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen verlangt wird, nur anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt. Würde das Rechtsbeschwerdegericht die der Ablehnung einer solchen Anordnung zugrunde liegende tatsächliche Rechtsauffassung überprüfen, käme es nicht nur zu einem vom Gesetz nur in besonderen Fällen vorgesehenen Eingriff der Rechtsmittelinstanz in das laufende Verfahren der Vorinstanz. Vielmehr könnte ein solcher Eingriff in die Sachentscheidungskompetenz des Tatrichters auch vielfache Verzögerungen des instanzgerichtlichen Verfahrens zur Folge haben, obwohl nicht einmal feststünde, dass die das Rechtsmittel führende Partei durch die Endentscheidung überhaupt beschwert wäre. Die Ablehnung einer Offenlegungsanordnung wird demgemäß ausschließlich im Rahmen des gegen die Endentscheidung eröffneten Rechtsmittels auf Rechtsfehler überprüft, sofern es nach der rechtlichen Beurteilung des erst dann hierzu berufenen Rechtsmittelgerichts auf verfahrensfehlerhaft festgestellte oder nicht festgestellte Tatsachen ankommt.
- 15 Ob nach Sinn und Zweck des § 74 Abs. 1 GWB auch die Rechtsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen ausgeschlossen ist, die in Rechte eines Beteiligten oder Dritter eingreifen und von diesen nicht mit einem Rechtsmittel gegen die Endentscheidung zur Überprüfung gestellt werden können, wie etwa die Anordnung der Offenlegung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.
- 16 4. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes stützt das Ergebnis der teleologischen Auslegung.

17

In der bis zur 7. GWB-Novelle geltenden Fassung brachte § 74 Abs. 1 GWB den dargestellten Gesetzeszweck unmittelbar zum Ausdruck, indem er die Rechtsbeschwerde nur gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte eröffnete und damit die Anfechtung der Endentscheidung vorausgehender Beschlüsse der Beschwerdegerichte generell ausschloss. Aufgrund der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks. 15/5735, Nr. 11) sind in § 74 Abs. 1 GWB in der seit dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung die Wörter "die in der Hauptsache erlassenen" gestrichen worden. Die Beschlussempfehlung geht auf die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zurück, in der der Vorschlag zur Änderung des § 74 Abs. 1 GWB damit begründet worden ist, dass die Rechtsbeschwerdemöglichkeiten in den §§ 74, 75 GWB auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren um die Anordnung der sofortigen Vollziehung von Verfügungen der Kartellbehörden gemäß § 65 GWB (Eilverfahren) erstreckt werden sollten. Der Bundesrat hat dies damit gerechtfertigt, dass auf diese Weise Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung einer Entscheidung durch den Bundesgerichtshof zugeführt werden könnten, selbst wenn es in der Hauptsache nicht mehr zu einer rechtsbeschwerdefähigen Entscheidung komme. Das Gesetz beschränke bereits in der bisherigen Fassung die Rechtsbeschwerde in der Hauptsache auf Leitfälle von grundsätzlicher Bedeutung, um den Bundesgerichtshof zu entlasten. Derselbe Maßstab solle auch für Rechtsbeschwerden im Eilverfahren gelten. Für die Verfahrensbeteiligten habe oft der Eilrechtsschutz faktisch eine größere Bedeutung als das Hauptsacheverfahren. Dem werde mit der Eröffnung einer Rechtsbeschwerdeinstanz im Eilverfahren Rechnung getragen (BT-Drucks. 15/3640 S. 81). Dementsprechend ist bei der Anrufung des Vermittlungsausschusses das "Rechtsmittel im Eilverfahren" als Themenbereich für die Überarbeitung des vom Bundestag verabschiedeten Gesetzes bezeichnet worden (BT-Drucks. 15/5430).

18 Ferner hat der Bundesrat ein Bedürfnis gesehen, im Bereich der Missbrauchsaufsicht zur Klärung grundsätzlich bedeutsamer Fragen auch gegen die Aufhebung von Auskunftsbeschlüssen durch das Beschwerdegericht ein Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof zu eröffnen. Hebe das Oberlandesgericht eine Auskunftsverfügung der Kartellbehörde gemäß § 59 GWB auf – etwa weil es den Anfangsverdacht missbräuchlichen Handelns verneine oder das der Auskunftsverfügung zugrunde liegende Verfolgungskonzept der Kartellbehörde nicht billige – so müsse die Kartellbehörde das Missbrauchsverfahren in der Regel einstellen. Zu einer Klärung der einschlägigen Rechtsfragen beim Bundesgerichtshof, selbst wenn diese grundsätzlicher Natur seien, könne es dann nicht kommen, da keine Entscheidung der Kartellbehörde in der Sache ergehen und kein Hauptsacheverfahren vor den Gerichten durchgeführt werden werde. Es sei unangemessen, dass faktisch das Oberlandesgericht endgültig über die Berechtigung eines Missbrauchsvorwurfs urteile (BT-Drucks. 15/3640 S. 81 f.).

19 Hiernach spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber, der diesen Anliegen durch die Streichung der Beschränkung der Rechtsbeschwerde auf Rechtsmittel gegen in der Hauptsache erlassene Entscheidungen Rechnung getragen hat, damit gleichzeitig die Rechtsbeschwerde zur Nachprüfung verfahrensleitender Beschlüsse des Beschwerdegerichts eröffnen wollte. Dafür ergibt sich auch nichts aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 7. November 2006 (BGHZ 169, 370 Tz. 17 – pepcom), in dem der Senat die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung der Beschwerde gegen die Ablehnung eines Beiladungsantrags ohne weiteres als statthaft angesehen hat. Denn in diesem Fall war wie in den Fallkonstellationen, die den Gesetzgeber zur Änderung des § 74 Abs. 1 GWB veranlasst haben, Gegenstand der Überprüfung die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kartellbehörde.

20 5. Angesichts des eindeutigen Ergebnisses einer Sinn und Zweck des Gesetzes wie seine Entstehungsgeschichte berücksichtigenden Auslegung genügt der Ausschluss der Rechtsbeschwerde auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit (s. dazu BVerfGE 107, 395 Tz. 68 f.).

Tolksdorf

Bornkamm

Meier-Beck

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.01.2008 - VI-Kart 15/05 (V) -