



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 25/06

Verkündet am:  
25. September 2007  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

GWB § 63 Abs. 2

Anteilsveräußerung

- a) Nimmt ein vom Bundeskartellamt in einem Fusionskontrollverfahren nach § 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB Beteiligter nach Erlass der Freigabeentscheidung ein Angebot auf Übernahme seiner Anteile am Zielunternehmen an, entfällt für seine Beschwerde gegen die Freigabe des Zusammenschlusses die materielle Beschwerde. Das gilt auch dann, wenn er weiterhin noch in geringem Umfang Anteile hält.
- b) Er kann sich im Beschwerdeverfahren auf die Beeinträchtigung seiner Interessen auf einem nachgelagerten Markt berufen, ohne dass er gegenüber der Kartellbehörde einen Beiladungsantrag hätte stellen müssen.
- c) Er verhält sich widersprüchlich (§ 242 BGB), wenn er im gerichtlichen Verfahren die Freigabe des Zusammenschlusses mit der Begründung angreift, dass der Erwerber, dessen Übernahmeangebot er angenommen hat, durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung erlange.

BGH, Beschluss vom 25. September 2007 – KVR 25/06 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. November 2005 wird zurückgewiesen.

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

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: H. ) und die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: T. ) sind auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von Zement tätig. H. meldete mit Schreiben vom 27. Januar 2005 beim Bundeskartellamt die Absicht an, 76,67% der Stammaktien und 13,39% der (stimmrechtslosen) Vorzugsaktien an T. von dem

Familienstamm L. (den Beteiligten zu 3 bis 14) und dem Familienstamm He. (den Beteiligten zu 15 bis 22) zu erwerben.

- 2 Die Betroffene – eine Transportbetonherstellerin – hielt zu diesem Zeitpunkt einen Anteil von 19,76% der Stammaktien und 52,71% der Vorzugsaktien an T. , was einer Beteiligung von mehr als 33% des gezeichneten Kapitals entsprach. Das Bundeskartellamt teilte der Betroffenen mit Schreiben vom 2. Februar 2005 mit, dass sie gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Satz 3 GWB Verfahrensbeteiligte des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens sei.
- 3 Die Betroffene nahm am 19. April 2005 ein öffentliches Übernahmeangebot der H. zum Erwerb der an T. gehaltenen Aktien an. Sie behielt selbst noch über 100 Stück – nach dem erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht eingegangenen Schriftsatz 116 Stammaktien und 100 Vorzugsaktien.
- 4 Das Bundeskartellamt hat den angemeldeten Zusammenschluss mit Beschluss vom 28. April 2005 freigegeben. Das Beschwerdegericht hat die dagegen eingelegte Beschwerde der Betroffenen als unzulässig verworfen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1651). Hiergegen wendet sich die Betroffene mit der (vom Senat zugelassenen) Rechtsbeschwerde. Mit ihr erstrebt die Betroffene die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht. H. und das Bundeskartellamt beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.



7 III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat  
die Beschwerde der Betroffenen mit Recht als unzulässig verworfen.

8 1. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass die Betrof-  
fene beschwerdebefugt ist. Nach § 63 Abs. 2 GWB steht die Beschwerde den  
am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten (§ 54 Abs. 2 und 3 GWB) zu.  
Hierzu zählt die Betroffene, weil sich das Verfahren gegen sie als Beteiligte  
richtete.

9 a) Die Betroffene war jedenfalls bis zur Zustellung der Freigabeentschei-  
dung ein Unternehmen im Sinne des § 54 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

10 Das Beschwerdegericht hat die Betroffene zutreffend als Muttergesell-  
schaft eines Gemeinschaftsunternehmens angesehen, dessen Anteile erwor-  
ben werden sollen. Aufgrund der Fiktion des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB  
wurde die Betroffene unmittelbar Beteiligte, weil die Freigabeentscheidung sich  
gegen sie richtete (vgl. Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB,  
3. Aufl., § 54 Rdn. 29; Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 54  
GWB Rdn. 18). Zudem ist die Betroffene durch das Schreiben vom 2. Febru-  
ar 2005 durch das Bundeskartellamt als „Verfahrensbeteiligte“ aufgefordert  
worden, die nach § 39 Abs. 3 GWB notwendigen Angaben zu machen. Die  
hierdurch tatsächlich erfolgte Beteiligung hat der Betroffenen jedenfalls die Stel-  
lung eines faktischen Beteiligten eingeräumt (vgl. BGH, Beschl. v. 25.6.1985  
– KVR 3/84, WuW/E 2150, 2152 – Edelstahlbestecke). Diese Verfahrensstel-  
lung hat die Betroffene bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens nicht  
eingebüßt. Im Übrigen wurde sie vom Bundeskartellamt in das Rubrum des  
Freigabebeschlusses aufgenommen.

11 b) Als Verfahrensbeteiligte war die Betroffene nach § 63 Abs. 2 GWB be-  
schwerdebefugt. Die so begründete Beschwerdebefugnis ist nicht dadurch wie-

der entfallen, dass die Betroffene – nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Beschwerdegerichts – das Eigentum an dem Großteil ihrer Aktien nach Freigabe des Zusammenschlusses und der am 3. Mai 2005 erfolgten Zahlung – jedoch noch vor Einlegung der Beschwerde – an H. übertragen hat. Wie sich aus § 61 Abs. 2 GWB ergibt, wird das Verfahren vor der Kartellbehörde durch die Zustellung einer Verfügung oder durch eine Mitteilung über die Beendigung des Verfahrens abgeschlossen. Für die Beschwerdeberechtigung nach § 63 Abs. 2 GWB genügt es deshalb, wenn die Verfahrensbeteiligung bis zu diesem Zeitpunkt fortbestand.

- 12 Es ist auch kein Bedürfnis für eine einschränkende Auslegung des § 63 Abs. 2 GWB in dem Sinne erkennbar, dass die Voraussetzungen einer Verfahrensbeteiligung noch zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung vorliegen müssen. Zwar besteht ein vom Gesetzgeber anerkanntes Interesse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, die Zeit der Ungewissheit über einen geplanten Zusammenschluss möglichst kurz zu halten (BGHZ 155, 214, 222 – HABET/Lekkerland). Mit diesem Interesse wäre es unvereinbar, wenn jedes am Verfahren beteiligte Unternehmen, auch wenn die seine unmittelbare Betroffenheit begründenden Umstände zwischenzeitlich entfallen sind, eine materielle Überprüfung der Freigabe durch das Beschwerdegericht erreichen könnte. Die notwendige Filterung zur Vermeidung einer Popularklage wird jedoch in der Beschwerdeinstanz nicht durch das formalisierte Merkmal der Verfahrensbeteiligung im Verfahren vor der Kartellbehörde, sondern durch das davon unabhängige Zulässigkeitsersfordernis der materiellen Beschwerde als einer besonderen Form des Rechtsschutzinteresses gewährleistet (vgl. BGHZ 51, 61, 63 ff.; BGH, Beschl. v. 13.10.1978 – KVR 3/77, WuW/E 1556, 1557 – Weichschaum III; Beschl. v. 31.10.1978 – KVR 7/77, WuW/E 1562, 1564 – Air-Conditioning-Anlagen; Beschl. v. 10.4.1984 – KVR 8/83, WuW/E 2077, 2079 – Coop-Supermagazin; BGHZ 155, 214, 217 – HABET/Lekkerland; Karsten Schmidt in

Festschrift für Steindorff, 1990, S. 1085, 1104; Jens Peter Schmidt, WuW 2001, 1050, 1054).

13            2. Das Beschwerdegericht hat im Ergebnis mit Recht eine solche materielle Beschwer der Betroffenen verneint.

14            a) Eine materielle Beschwer liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung der Kartellbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGHZ 155, 214, 217 – HABET/Lekkerland). Die Verfahrensbeteiligung vermag dieses Zulässigkeitsfordernis nicht zu ersetzen.

15            Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergibt sich aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13.10.1978 (BGH, Beschl. v. 13.10.1978 – KVR 3/77, WuW/E 1556, 1558 – Weichschaum III) nichts Gegenteiliges. Soweit der Senat darin ausgeführt hat, dass der Verfahrensbeteiligte ohne besonderen Nachweis eines geschützten Interesses beschwerdeberechtigt ist, bezog sich dies auf das von der materiellen Beschwer zu unterscheidende formalisierte Merkmal der Beschwerdeberechtigung, die allein von der Verfahrensbeteiligung abhängig ist (BGH WuW/E 2077, 2078 – Coop-Supermagazin).

16            b) Ob eine materielle Beschwer gegeben ist, ist nach dem Zweck der Fusionskontrolle zu bestimmen. Im Falle einer zu Unrecht ergangenen Freigabe eines Zusammenschlusses soll die gerichtliche Kontrolle Wettbewerber davor schützen, in ihren wirtschaftlichen Gestaltungsspielräumen durch das marktbeherrschende Unternehmen eingeschränkt zu werden. Eine materielle Beschwer liegt deshalb bei einem Beteiligten nur vor, wenn er durch die Freigabe eines Zusammenschlusses in seinem eigenen unternehmerischen und wettbewerbli-

chen Betätigungsfeld auf dem relevanten Markt nachteilig betroffen ist. Dies hat das Beschwerdegericht hier ohne Rechtsverstoß verneint.

17 Die Betroffene kann die materielle Beschwer nicht (mehr) aus ihrer Stellung als Aktionärin der T. herleiten. Das bedarf keiner Erklärung in dem Fall, dass die Betroffene keine Aktien mehr hält, gilt aber auch dann, wenn man den erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht gehaltenen Vortrag des Vorstandsvorsitzenden der Betroffenen als richtig unterstellt. Danach befinden sich noch „ca. 100 Aktien“ der T. im Eigentum der Betroffenen, nach dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung gemachten Angaben 100 Vorzugsaktien und 116 Stammaktien. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts beträgt der Anteil am Grundkapital an der T. in diesem Fall nicht mehr als etwa 0,046%. Auch ihr Stimmrechtsanteil ist geringfügig und von so untergeordneter Bedeutung, dass hierdurch allein kein Einfluss auf das Marktverhalten der T. mehr ausgeübt werden kann. Damit war es der Betroffenen nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Beschwerdegerichts schon vor Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht nicht möglich, das Verhalten von T. auf dem relevanten Markt entscheidend mitzubestimmen. Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht hieraus den Schluss gezogen, dass dann die Folgen und Auswirkungen der Freigabe für sie – als Aktionärin – wirtschaftlich nicht nachteilig sein können.

18 c) Im Ergebnis mit Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass sich die Betroffene zur Begründung der materiellen Beschwer nicht auf ihre Interessen als Transportbetonherstellerin berufen kann.



19 (1) Soweit das Beschwerdegericht dies damit begründet, dass die Betroffene nicht zu dem Verfahren vor der Kartellbehörde beigelegt wurde, hat die Rüge der Rechtsbeschwerde allerdings Erfolg. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, dass sich die Betroffene auf die Beeinträchtigung der Interessen als Transportbetonherstellerin nicht berufen könne, weil sie allein wegen ihrer Beteiligung an T. an dem Verfahren beteiligt gewesen sei. Der Gegenstand der Überprüfung durch das Beschwerdegericht sei deshalb auf die Prüfung beschränkt, ob die Betroffene durch den Zusammenschluss gerade in ihren geschützten Interessen als Muttergesellschaft der T. auf dem Markt für die Herstellung von Zement beeinträchtigt sei. Eine Berücksichtigung ihrer Interessen als Transportbetonherstellerin wäre nach Auffassung des Beschwerdegerichts nur dann möglich, wenn sie von dem Bundeskartellamt gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB beigelegt worden wäre.

20 Ein solches Erfordernis der Deckungsgleichheit zwischen dem Grund der Verfahrensbeteiligung und der materiellen Beschwer widerspricht dem Grundsatz, dass es sich bei der Beschwer um ein von der der Verfahrensbeteiligung entsprechenden Beschwerdeberechtigung unabhängiges Zulässigkeitsersfordernis handelt (vgl. BGH WuW/E 2077, 2078 – Coop-Supermagazin). Für eine entsprechende Differenzierung der Beschwer nach der Art der Verfahrensbeteiligung im vorangegangenen Verwaltungsverfahren finden sich in § 63 Abs. 2 GWB auch keine Anhaltspunkte. Diese Bestimmung macht die Beschwerdeberechtigung lediglich deshalb von der Beteiligung im Verfahren vor der Kartellbehörde abhängig, um den Kreis der Beschwerdeberechtigten zu beschränken (vgl. Regierungsbegr. BT-Drucks. II/1158, S. 51).

21 Ist eine Beteiligtenstellung begründet worden, kann der Beteiligte im kartellbehördlichen Verfahren umfassend vortragen. Er ist insoweit nicht auf die Gesichtspunkte beschränkt, die sich auf den Grund seiner Beteiligung bezie-

hen. Eine Aufspaltung von Interessen, die aus einer (geborenen) Beteiligtenstellung herrühren und solchen, die die Kartellbehörde lediglich zu einer Beiladung veranlassen könnten, würde in der Praxis des kartellbehördlichen Verfahrens zu Schwierigkeiten führen, weil die Interessenkreise oft ineinander übergehen. Dies zeigt gerade der vorliegende Fall. Das Interesse der Betroffenen, durch den Zusammenschluss auf dem Zementmarkt nicht ihren wirtschaftlichen Einfluss zu verlieren, weil dort marktbeherrschende Strukturen entstehen, korrespondiert mit ihren Interessen auf dem nachgelagerten Markt für Transportbeton. Die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung eines Anbieters könnte nämlich ihre Interessen als Nachfragerin von Zement berühren und deshalb ihre wirtschaftliche Stellung als Produzentin von Transportbeton beeinflussen. Dies zeigt, dass es für die Effizienz des kartellbehördlichen Verfahrens kontraproduktiv wäre, wollte man für jeden Gesichtspunkt, der sich nicht unmittelbar aus der (geborenen) Beteiligtenstellung rechtfertigt, einen gesonderten Beiladungsantrag verlangen.

22            Aus der Unterscheidung des Gesetzes zwischen den „geborenen“ Verfahrensbeteiligten und den „gekorenen“ Verfahrensbeteiligten, also denen, die erst aufgrund einer Beiladung die Stellung eines Verfahrensbeteiligten erlangen, lässt sich zudem eine Beschränkung der Beschwer aus dem Grund der Verfahrensbeteiligung nicht herleiten. Die Beiladung dient dazu, den Kreis der Beteiligten über die gesetzlich standardisierten Fälle der Drittbeteiligten auszuweiten (Karsten Schmidt, Drittschutz, Akteneinsicht, Geheimnisschutz im Kartellverfahren, 1992, S. 43). Darin und in der Gewährung der sich aus § 56 Abs. 1 und 3 GWB ergebenden Teilnahmerechte erschöpft sich jedoch der Zweck der Beiladung. Sie vermag insbesondere nicht das Erfordernis der materiellen Beschwer zu ersetzen (Karsten Schmidt in Festschrift für Steindorff, 1990, S. 1085, 1103). Nach diesem Verständnis besteht kein Bedürfnis für die Beiladung eines Hauptbeteiligten zu dem Verfahren.

23           Ob ein Beiladungsantrag dann zu verlangen ist, wenn der die Beteiligtenstellung begründende Sachverhalt sich noch während des kartellbehördlichen Verwaltungsverfahrens geändert hat, bedarf hier keiner Entscheidung. Hierfür könnte zumindest sprechen, dass ein in einer solchen Situation zu stellender Beiladungsantrag gegenüber der Kartellbehörde Klarheit schaffen würde und der Zielrichtung einer Beiladung entspräche. Die Kartellbehörde könnte dann nämlich entscheiden, ob sie eine weitere Mitwirkung des ursprünglich „geborenen“ Beteiligten für sinnvoll erachtet. Diese Fallkonstellation ist hier jedoch nicht gegeben, weil zum Zeitpunkt der Freigabeentscheidung der Übernahmevertrag noch nicht wirksam war. Der Betroffenen bei dieser Sachlage einen nachträglichen Beiladungsantrag abzuverlangen, würde sich in einer bloßen Förmerei erschöpfen, weil die nachträgliche Beiladung das Kartellverwaltungsverfahren nicht mehr fördern könnte.

24           (2) Darf die Betroffene im kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren – ohne förmliche Beiladung – umfassend ihre Interessen vorbringen, so bedeutet dies nicht, dass sie sich im gerichtlichen Kontrollverfahren auch auf sämtliche Gesichtspunkte berufen darf. Anders als im Verwaltungsverfahren, in dem die Informationsgewinnung für die Kartellbehörde im Vordergrund steht, muss der Kläger im gerichtlichen Verfahren wegen des Zulässigkeitserfordernisses einer materiellen Beschwer zumindest geltend machen können, in seinen wirtschaftlichen Interessen nachteilig berührt zu sein (BGHZ 155, 214, 217 f. – HABET/Lekkerland). Da für die Betroffene die aus ihrer (geborenen) Beteiligtenstellung fließende materielle Beschwer weggefallen ist, kann sie sich im gerichtlichen Verfahren nur noch auf ihre Interessen auf dem nachgelagerten Markt für Transportbeton berufen. Insofern darf die Betroffene jedoch nicht anders behandelt werden, als jeder andere Beigeladene oder Beiladungspetent. Es kann sie nämlich nicht privilegieren, dass sie formal die Stellung eines Beteiligten nach § 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB hatte, wenn das Substrat dieser Beteiligung

zwischenzeitlich entfallen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Klagebefugnis voraus, dass der Kläger durch die Freigabeentscheidung unmittelbar und individuell betroffen ist (BGHZ 169, 370, 375 – pep-com). Eine solche individuelle und unmittelbare Betroffenheit löst nicht jeder Zusammenschluss auf einem vorgelagerten Markt aus. Im vorliegenden Fall liegt allerdings aufgrund der besonderen Strukturen des Zement- und des Transportbetonmarktes eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit nahe, weil nur ein begrenzter Kreis von Marktteilnehmern vorhanden ist und beide Märkte eng miteinander verzahnt sind. Letztlich bedarf dies hier aber keiner Entscheidung.

25 (3) Die Betroffene kann sich jedenfalls auf die ihr nachteiligen Wirkungen des Zusammenschlusses nicht berufen, da sie sich damit zu ihrem eigenen früheren Verhalten in einen mit Treu und Glauben unvereinbaren Widerspruch setzt und gegen die sich aus dem mit H. geschlossenen Veräußerungsvertrag ergebende Treuepflichten verstößt.

26 Die Ausübung prozessualer Rechte unterliegt auch im Kartellverwaltungsverfahren den Geboten von Treu und Glauben (vgl. BGH, Urt. v. 2.6.1987 – X ZR 97/86, GRUR 1987, 900, 901 – Entwässerungsanlage; BGH, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 119/88, GRUR 1990, 667 – Einbettungsmasse; BGH, Urt. v. 13.1.1998 – X ZR 82/94, GRUR 1998, 904 – Bürstenstromabnehmer – zur unzulässigen Rechtsausübung bei der Patentnichtigkeitsklage; BVerwG, Beschl. v. 14.11.2000 – 4 BN 54/00, BRS 63 Nr. 50 Tz. 4; Beschl. v. 23.1.1992 – 4 NB 2/90, NVwZ 1992, 974, 975 – zur Verwirkung im Normenkontrollverfahren). Der Verstoß hiergegen führt im Streitfall zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels.

- 27 Das Bundeskartellamt weist zu Recht darauf hin, dass sich die Betroffene mit der Beschwerde in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzt. Die Betroffene begründet ihre Beschwer damit, dass der Erwerb von Anteilen an T. durch H. mit wettbewerblichen Nachteilen für sie als Transportbetonherstellerin verbunden sei. Dennoch hat sie den Großteil ihrer Aktien an H. veräußert und damit den Einfluss von H. auf T. bereits vor Vollzug des Zusammenschlusses ermöglicht. Der Betroffenen wäre es möglich gewesen, die Annahme des öffentlichen Übernahmeangebots zu verweigern bzw. die Annahme des Angebots von der Bestandskraft der Freigabe abhängig zu machen. Selbst wenn man ihr Vorbringen als richtig unterstellt, dass H. die wirtschaftliche Entwertung ihrer Aktien mittels eines abzuschließenden Ergebnisabführungsvertrages androhte, hätte sie auf die Annahme des Übernahmeangebots verzichten können, da sie einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des Wertes ihres Anteils gehabt hätte (§§ 304, 305 AktG). Diesen Anspruch hätte sie erforderlichenfalls im Spruchverfahren nach §§ 1 ff. SpruchG geltend machen können (BGHZ 166, 195 Tz. 8 ff., 14).
- 28 Ferner verstößt die Betroffene mit der Beschwerde gegen ihre sich aus dem mit H. geschlossenen Veräußerungsvertrag ergebenden Verpflichtung, alles zu unterlassen, was das Wirksamwerden des geschlossenen Übertragungsvertrages verhindern könnte (vgl. BGH WuW/E 1556, 1558 – Weichschaum III). Hätte die Beschwerde Erfolg, führte dies zu einer Entflechtung des streitgegenständlichen Anteilserwerbs mit der Folge, dass der Erwerb der ursprünglich von der Betroffenen gehaltenen Anteile gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit. b) GWB der Zusammenschlusskontrolle unterläge.
- 29 Es ergeben sich insoweit keine Besonderheiten daraus, dass der Vertrag durch Annahme eines öffentlichen Übernahmeangebots zustande gekommen

ist. Die Betroffene macht insoweit geltend, dass die Interessenlage eines zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelten Vertrags sich von derjenigen unterscheide, die einem öffentlichen Pflichtangebot gemäß § 35 WpÜG zugrunde liege. Während im ersten Fall die Parteien die Vertragsmodalitäten im Rahmen von intensiven Verhandlungen miteinander abstimmten, könne im Fall eines öffentlichen Übernahmeangebots der Berechtigte das Angebot nur in der einseitig vom Erwerber vorgelegten Form annehmen. Es bestehe insoweit keinerlei Gestaltungsspielraum. Die Pflicht, ein öffentliches Übernahmeangebot abgeben zu müssen, diene in erster Linie dem Schutz des außen stehenden Aktionärs. Hieraus könnten sich keine Treuepflichten ergeben.

30                   Es kann dahinstehen, ob H.                   mit dem öffentlichen Übernahmeangebot die sich aus § 35 Abs. 2 WpÜG ergebende Verpflichtung erfüllte, ein Pflichtangebot an die übrigen Aktionäre des Zielunternehmens abzugeben. Insoweit spricht viel dafür, dass eine solche Verpflichtung erst nach Vollzug des Zusammenschlusses besteht (Schlitt in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. § 35 WpÜG Rdn. 62; Kossmann/Horz, NZG 2006, 481) und H.                   verpflichtet war, nach Vollzug des Zusammenschlusses ein weiteres öffentliches Übernahmeangebot abzugeben. Jedenfalls kann aus dem Wesen des öffentlichen Übernahmeangebots nicht geschlossen werden, dass sich im Falle der Annahme für die Aktionäre des Zielunternehmens keine Treuepflichten ergeben könnten. Dem Aktionär steht es frei, das öffentliche Übernahmeangebot auszuschlagen. Nimmt er dieses aber an, ergeben sich für ihn grundsätzlich dieselben Pflichten, die ihn auch im Falle eines individuellen Aushandelns trafen. Insoweit hatte die Betroffene die Wahl, das Übernahmeangebot anzunehmen oder abzulehnen. Nach Annahme des Angebots treffen sie die für einen solchen Vertrag typischen Nebenpflichten. Hiergegen verstößt sie, wenn sie weiterhin gegen die Grundlagen des Übernahmeangebots gerichtlich vorgeht, um die von ihr eingegangene vertragliche Bindung

zu Fall zu bringen. Wenn sie eine Verstärkung der Marktposition der H.

hätte verhindern wollen, hätte sie ihre Anteile nicht an diese verkaufen dürfen. Indem sie aber mit H. den Verkauf ihrer Anteile vereinbart hat und somit deren Machtstellung auf dem Zementmarkt sogar noch weiter verstärkt hat, verhält sie sich widersprüchlich, wenn sie nunmehr im Verfahren vor dem Kartellgericht genau diesen Umstand rügt.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.11.2005 - VI-Kart 11/05 (V) -