

## Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes

### A. Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden

#### I. Die Ansicht des OLG Düsseldorf und ihre Kritik durch *Bechtold*

Aufgrund der herausgearbeiteten<sup>1</sup> drittschützenden Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB steht das Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden auch nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 den besonders intensiv in ihren wettbewerblichen Interessen betroffenen Dritten zur Verfügung. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Rechtsfolgen mit dieser Anordnung verbunden sind. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hat sie die Wirkung, das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB wiederaufleben zu lassen.<sup>2</sup> In den bislang erlassenen Entscheidungen, in denen die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsgenehmigungen angeordnet wurde, bediente sich das Gericht im Beschlusstenor insoweit einer schlichten „Klarstellung“. Danach bedeute die Anordnung der aufschiebenden Wirkung „zugleich“, dass es den Hauptbeteiligten untersagt sei, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>3</sup> *Bechtold* kritisiert diese Verknüpfung von aufschiebender Wirkung und Vollzugsverbot. Er wirft dem OLG Düsseldorf vor, in seinen Beschlüssen nicht ausreichend zwischen dem Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und einer einstweiligen Anordnung zu differenzieren.<sup>4</sup> Seines Erachtens erschöpft sich die auf § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB gestützte Anordnung in der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.<sup>5</sup> Ein Mehr, nämlich das Verbot der Vollziehung des Zusammenschlusses, bedürfe einer gesonderten Anordnung. Es sei aber nicht ersichtlich, woraus sich hierfür die Befugnis des Gerichts ergeben solle.<sup>6</sup>

#### II. Stellungnahme

Die Kritik *Bechtolds* kann nicht überzeugen. In Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf ist davon auszugehen, dass nur eine wirksame Freigabe (bzw. Minister-

1 Oben Kap. 4, insbesondere Abschnitte C und D.

2 Siehe die Nachweise sogleich unten FN 7.

3 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885. Die Metapher des Wiederauflebens des Vollzugsverbots findet sich bei *Jaeger*, W., in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 665.

4 *Bechtold*, R., BB 2003, 1021, 1024.

5 Ebenda.

6 Ebenda. Dazu sogleich.

erlaubnis) das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB überwinden kann.<sup>7</sup> Zwar erlaubt die Vorschrift des § 41 Abs. 1 GWB die Vollziehung des Zusammenschlusses nach Ablauf der Fristen von einem bzw. vier Monaten gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB. Die im Zusammenhang mit der Sechsten GWB-Novelle neu eingeführte Vorschrift des § 40 Abs. 6 GWB zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit eines wirksamen Vollzugsverbots auch über die genannten Fristen hinaus ausging. Das ist in erster Linie der Fall, wenn das Beschwerdegericht eine zunächst erteilte Freigabeverfügung aufhebt. Diese Situation hatte der Gesetzgeber vor Augen, als er den § 40 Abs. 6 GWB formulierte. Der Wortlaut spricht strenggenommen nur von der endgültigen Aufhebung der Freigabe im gerichtlichen Hauptsacheverfahren. Den Fall, dass das Gericht die Wirksamkeit der Freigabeentscheidung erst einmal vorläufig, nämlich durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung beseitigt, hat der Gesetzgeber offenbar nicht bedacht.<sup>8</sup> Das mag daran liegen, dass die Möglichkeit von Drittbeschwerden gegen Freigabeentscheidungen überhaupt erst durch die Sechste GWB-Novelle geschaffen wurde. Dass sich diese Form des gerichtlichen Rechtsschutzes noch durch einen zusätzlichen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung lässt, lag zum damaligen Zeitpunkt offenbar noch außerhalb der Vorstellungskraft des Gesetzgebers.<sup>9</sup> Die für den Fall der Anordnung

- 7 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 667; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhr-gas I*), WuW/E DE-R 885, 893. Referierend *Kollmorgen, J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 64, Rz. 12. Nach *Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46 „scheint diese Auffassung [erg.: des OLG Düsseldorf, Verf.] durch den neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 [...] Bestätigung zu finden.“
- 8 Die Tatbestandsalternative der „teilweisen Aufhebung“ in § 41 Abs. 6 GWB betrifft die Fälle, in denen abtrennbare Teile der Verfügung wie Bedingungen und Auflagen kassiert werden. Das einer einstweiligen Anordnung anhaftende Charakteristikum der Vorläufigkeit kann nicht unter das Merkmal der „teilweisen Aufhebung“ subsumiert werden.
- 9 *Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46; *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1023. Die Ignoranz des Gesetzgebers erstaunt ein wenig. Die Einführung einer Beschwerdemöglichkeit für Dritte sollte das deutsche Kartellverfahrensrecht dem europäischen Standard anpassen. Dort hatten Dritte auch schon vor Verabschiedung der Sechsten GWB-Novelle einstweiligen Rechtsschutz in Fusionskontrollfällen beantragt. Allerdings stützten sie sich dabei auf die allgemeinen europarechtlichen Vorschriften (Art. 242 Satz 2 und Art. 243 EGV). Auch waren diese Anträge bislang nur in seltenen Ausnahmefällen von Erfolg gekrönt, z. B. *Präsident des EuG*, 2.4.1993 (*Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel und Comité d'établissement de Pivalval gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993 1993, II-450 (teilweise Aussetzung der Genehmigungsentscheidung); *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265. Keine Aussetzung verfügt wurde dagegen in den folgenden Fällen: *Präsident des EuG*, 15.12.1992 (*Comité central d'entreprise de la Société Générale des Grandes Sources u. a. gegen Europäische Kommission*), Slg. 1992 1992, II-2579; *Präsident des EuG*, 2.12.1994 (*Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-1159. Allgemein zum einstweiligen Rechtsschutz Dritter in der europäischen Fu-

der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bestehende Lücke kann nur durch sinngemäße Anwendung der §§ 40 Abs. 6, 40 Abs. 1 Satz 1 GWB geschlossen werden. Das Vollzugsverbot gilt damit auch in den Fällen, in denen die Wirksamkeit der Freigabeverfügung durch einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB vorläufig aufgehoben ist. Ein Vergleich mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht spricht ebenfalls für dieses Ergebnis. So lässt die aufgrund der parallelen<sup>10</sup> Bestimmung § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gerichtlich angeordnete aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nach allgemeiner Meinung das Gebrauchmachen von einer Baugenehmigung oder einer gewerberechtlichen Erlaubnis unzulässig werden.<sup>11</sup> Um ein „Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis“ handelt es sich auch in den Fällen, in denen Fusionskandidaten nach ergangener Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis mit dem Vollzug ihres Zusammenschlussvorhabens beginnen. Auch eine teleologische Betrachtung bestätigt die Richtigkeit des Ergebnisses: Die zentrale Rechtsfolge der Freigabeentscheidung liegt im Wegfall des Vollzugsverbots. Gegen diese Wirkung richtet sich die Anfechtungsbeschwerde. Ließe die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht auch das Vollzugsverbot einstweilen wieder in Kraft treten, entfielen praktischer Nutzen dieses Rechtsbehelfs.

### III. Zeitpunkt des Wiederauflebens

Dabei ist es selbstverständlich, dass das in § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot unmittelbar nach Erlass des Gerichtsbeschlusses (wieder) in Kraft tritt. Zwar ordnet § 40 Abs. 6 GWB an, dass die in Abs. 2 Satz 2 genannte Viermonatsfrist erst mit Rechtskraft der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu laufen beginnt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass das Vollzugsverbot auch nach erfolgter Aufhebung der Freigabeentscheidung in erster Instanz seine Wirksamkeit erst mit Eintritt der Rechtskraft wiedererlangt, ein Fusionsvollzug also zwischen Erlass des Gerichtsbeschlusses und Eintritt der Rechtskraft zulässig wäre. Telos der Regelung in §§ 40 Abs. 6, 41 Abs. 1 Satz 1 GWB im Rahmen eines Systems der präventiven Fusionskontrolle ist es, die mit einer eventuellen Entflechtung verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden.<sup>12</sup> Die Bestimmung § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB regelt lediglich das Ende des Vollzugsverbots. Sie macht dagegen keine Aussagen

sionskontrolle: *Lange, K. W.*, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 913ff.; *Montag, F./Leibenath, C.*, ZHR 2000, 176, 190ff.

10 Allgemein zur „Orientierung“ des Gesetzgebers an § 80 VwGO bei der Verabschiedung von § 65 GWB: *Schmidt, K.*, in Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 1.

11 *BVerwG*, 13.6.1979, NJW 1980, 35f.; *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand: Oktober 2005, § 80, Rz. 92; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 30 m.w.N.

12 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 1.

über seinen Beginn. Die erst mit der Sechsten GWB-Novelle hinzugefügte Norm des § 40 Abs. 6 GWB sollte die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter erweitern.<sup>13</sup> Damit ist eine Deutung der Vorschrift ausgeschlossen, die den Beginn des (Drittunternehmen begünstigenden) Vollzugsverbots im Fall des § 40 Abs. 6 GWB auf einen Zeitpunkt verlegt, der mehrere Wochen nach Erlass der der Drittklage stattgebenden Entscheidung liegt. Unabhängig von der Frage, ob sich das Beschwerdegericht im Hauptsacheverfahren oder im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Freigabebeurteilung ausgesprochen hat, greift das Vollzugsverbot daher unmittelbar nach Erlass des die Freigabe aufhebenden Gerichtsbeschlusses wieder ein. Dem entspricht auch die gemeinschaftsrechtliche Regelung in Art. 10 Abs. 5 EG-FKVO a.F. An sie hat sich der Gesetzgeber mit der Einfügung von § 40 Abs. 6 GWB angelehnt.<sup>14</sup> Anders als im GWB wird dort auch der Beginn der neu wieder einsetzenden Untersagungsfristen explizit geregelt. Sie beginnen „mit dem Tage der Verkündung des Urteils von Neuem.“<sup>15</sup>

#### IV. Ergebnis

Das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB lebt automatisch mit dem Tage wieder auf, an dem das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung der Drittbeschwerde anordnet. Einer besonderen Anordnung bedarf es nicht.

#### B. Einstweilige Anordnung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von Zusammenschlussvorhaben

Es sei noch einmal daran erinnert, dass sich das OLG Düsseldorf in den drei Beschlüssen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* nicht auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung (ergänzt um die zu Unrecht kritisierte „Klarstellung“ hinsichtlich des Wiederauflebens des Vollzugsverbots<sup>16</sup>) beschränkt hat. Darüber hinaus untersagte es den betroffenen Unternehmen in Form weiterer einstweiliger Anordnungen, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben oder Einfluss

13 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 60.

14 *Ebenda*.

15 In der Fassung des Art. 10 Abs. 5 FKVO vom 20. Januar 2004 (ABl. EG Nr. L 24/1 vom 29.1.2004) wird der Beginn der Fristen auf den „Arbeitstag, der auf den Tag des Eingangs der vollständigen neuen Anmeldung [...] folgt“, festgelegt. Die Änderung bezweckt aber sicher nicht, einen Vollzug entgegen Art. 7 FKVO „über das Wochenende“ zu ermöglichen. Vielmehr geht es darum, der Kommission ausreichend Zeit für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens einzuräumen.

16 Oben A.