

Geschäftspolitik des Fusionspartners zu nehmen.²⁸¹ Die Neuregelung schließt die im vorangehenden Satz angeordnete analoge Anwendung des § 60 GWB durch das Beschwerdegericht in den Fällen des § 65 Abs. 3 GWB aus. Damit droht die Kompetenz des OLG Düsseldorf zu entfallen, im Zusammenhang mit der Gewährung vorläufigen Drittrechtsschutzes gegen Fusionsgenehmigungen weitere einstweilige Anordnungen zu erlassen. Möglich wäre nur noch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerden. Sie könnte allenfalls noch um die Klarstellung ergänzt werden, dass die Vollziehung des Zusammenschlusses damit untersagt ist.²⁸² Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich der neuen Bestimmung § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 über denjenigen von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 hinausgeht, da er auch den einstweiligen Rechtsschutz gegenüber einer Fusionsgenehmigung per Ministererlaubnis umfasst.

II. Mögliche Konsequenzen für den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Fusionsgenehmigungen

Dem Erlass der auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB gestützten Anordnungen lag folgende praxisnahe Überlegung des OLG Düsseldorf zugrunde: die aufschiebende Wirkung der Drittbeschwerden als solche reicht nicht in jedem Falle aus, um die negativen wettbewerblichen Auswirkungen des von der Kartellbehörde genehmigten Zusammenschlusses vorläufig zu verhindern und die mit einer späteren Entflechtung verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden. Die Zusammenschlussbeteiligten können ihr Vorhaben durch geschicktes Vorgehen schon vor bzw. unmittelbar nach Erlass der Freigabe vollziehen.²⁸³ Ihnen verbleibt hierzu der Zeitraum zwischen Erlass der behördlichen Freigabeentscheidung bzw. Ministererlaubnis und der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch das Beschwerdegericht. Regelmäßig ergeht die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht vor Ablauf einiger Tage.²⁸⁴ Insbesondere für die dingliche Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Stimmrechten genügt eine juristische Sekunde. Die Zusammenschlussbeteiligten können sie unter der aufschiebenden Bedingung der Freigabeentscheidung schon vereinbart haben. Sie verstoßen damit auch nicht gegen das Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 1 GWB (mit

281 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665 (Punkt 3 des Beschlusstexts, der die weiteren Anordnungen gemäß §§ 64 Abs. 3, 60 Nr. 3 GWB betrifft, ist zwar nicht abgedruckt, lässt sich aber unschwer aus der auf S. 667 wiedergegebenen Begründung rekonstruieren); 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.

282 Zu der Kontroverse um die Zulässigkeit dieser Anordnungen unten *Kap. 6 B I*.

283 Auf diese Möglichkeit weist das *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687 zutreffend hin.

284 Der Zeitraum zwischen Erlass der Freigabe- bzw. Erlaubnisverfügung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerden durch das OLG Düsseldorf betrug im Verfahren *NetCologne* sieben, im Verfahren *Trienekens* 14 und im Verfahren *E.ON/Ruhrgas* sechs Tage.

der in Satz 2 angeordneten Nichtigkeitsfolge). Nach allgemeiner Meinung erfasst es nämlich nur den unbedingten Abschluss von Erfüllungsgeschäften.²⁸⁵ Gestützt auf die behördliche Genehmigung können die Hauptbeteiligten daher die für den Unternehmenszusammenschluss wesentlichen Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, bevor sich das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes zu der angefochtenen Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis äußern konnte. Sind die Gesellschaftsanteile oder Stimmrechte aber erst einmal übertragen, nützt die bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde den betroffenen Dritten nur noch wenig. Die übernehmende Einheit hat bereits die Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik des anderen Unternehmens auszuüben. Auch ohne eine weitergehende Integration der beiden Fusionskandidaten ist eine weitreichende Koordination des wettbewerbsrelevanten Verhaltens möglich. Das Telos der zusätzlichen Anordnungen lag daher darin, den status quo ante möglichst zu erhalten, eine etwaige Entflechtung nicht zu erschweren und die Wirkung von bereits erfolgten Vollzugsmaßnahmen einzuschränken.²⁸⁶

III. Siebtes Zwischenergebnis

Neben den mit Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verbundenen Erschwernissen tut sich eine weitere Bedrohung für die Effektivität des einstweiligen Rechtsschutz Dritter gegen Fusionsgenehmigungen auf. Die ebenfalls neu eingefügte Vorschrift § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 lässt die Rechtsgrundlage entfallen, auf die das OLG Düsseldorf bislang einstweilige Anordnungen gestützt hatte, die über die bloße Anordnung der aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden hinausgehen. Sie allein vermögen aber die De-facto-Vollziehung eines Unternehmenszusammenschlusses zu verhindern. Haben die fusionswilligen Unternehmen in den Tagen zwischen Erlass der behördlichen Genehmigung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung bereits Gesellschaftsanteile oder Stimmrechte übertragen, bedarf es weitergehender gerichtlicher Verfügungen. Nur sie können wirksam die drohende Koordination des wettbewerbsrelevanten Verhaltens zwischen den fusionierenden Unternehmen unterbinden.

285 Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 4. Vgl. auch Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 24a, Rz. 115; Bechtold, R., GWB, 2002, § 41, Rz. 3, nach denen nur diejenigen Maßnahmen gegen das Vollzugsverbot verstoßen, „die den Zusammenschluss vollenden“.

286 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 667; 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 893

G. Gesetzgeberisches Ziel: Einschränkung, nicht Ausschließung des einstweiligen Drittrechtsschutzes

Legt man die vorangegangenen Überlegungen zugrunde, so scheint das faktische Ende des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts unausweichliche Folge der Änderungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu sein.²⁸⁷ Man wird dem Gesetzgeber aber wohl nicht unterstellen wollen, die Änderung besonders von § 65 Abs. 3 GWB habe letztlich diesem Ziel gegolten.²⁸⁸ Ausweislich der Begründung der Bundesregierung ging es nicht darum, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter gänzlich auszuschließen, sondern ihn „einzuschränken.“²⁸⁹ Der Rechtsschutz Dritter sollte insgesamt „so weit wie möglich unangetastet bleiben.“²⁹⁰ Danach ist Ziel der Novellierung, „unnötige Blockaden von Freigabeentscheidungen“ zu verhindern.²⁹¹ Nach dem Willen der Bundesregierung sollen Unternehmen lediglich darauf „vertrauen [können], dass eine Freigabe des Bundeskartellamts [...] im Regelfall den Vollzug des Zusammenschlusses ermöglicht.“²⁹² Ausnahmen sollen also weiterhin möglich bleiben. Der Präsident des Bundeskartellamts formulierte dieses Anliegen mit den Worten: „Ziel einer Novellierung muss es sein, den «Patienten Rechtsschutz» bei Drittbeschwerden zu kurieren, ohne dass er bei dieser Operation sein Leben verliert.“²⁹³ Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es daher, bei der Feinjustierung des komplizierten Verhältnisses zwischen den unternehmerischen Interessen der Zusammenschlussbeteiligten und dem Rechtsschutzinteresse der betroffenen Dritten mitzuwirken. Hierfür ist – wie der Kartellamtspräsident zu Recht feststellt – Fingerspitzengefühl erforderlich.²⁹⁴ Der Federstrich des Gesetzgebers gibt dabei die Richtung vor: Die Gewichte haben sich eindeutig zu Lasten der beschwerdeführenden Dritten und zu Gunsten der Dispositionsfreiheit der Zusammenschlussbeteiligten verschoben. Dennoch: Der mit der Siebten GWB-Novelle vorgelegte Therapieplan droht den von Böge befürchteten Tod des „Patienten Drittrechtsschutz“ zur Folge zu haben. Angesichts der gravierenden Nebenwirkungen der vom Gesetzgeber verordneten Behandlung dürfen die unterstützenden Maßnahmen nicht zu zaghaft ausfallen.

287 So auch die *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 104.

288 In diese Richtung auch Kapp, T./Meßmer, S. E., WuW 2004, 917, 920. A. A. OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (Werhahn), WuW/E DE-R 1644, 1646. Vgl. auch Zöttl, J., WuW 2004, 474, 482ff. Ausführlich zur Auslegung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 unten Kap. 4 C V 8.

289 Bundesregierung, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41.

290 Ebenda.

291 Ebenda.

292 Ebenda.

293 Böge, U., BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite (Anführungszeichen im Original).

294 Ebenda.