
Datum: 17.11.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-Kart 13/04 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:1117.VI.KART13.04V.00

Tenor:

I. Die Beschwerden der Beteiligten zu 1. und zu 2. gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 21. April 2004 (B 2-15130-FA-160/03) werden verworfen.

II. Die Beteiligten zu 1. und zu 2. haben die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen sowie dem Bundeskartellamt und den Beigeladenen zu 1. und zu 2. die ihnen in der Beschwerdeinstanz entstandenen not-wendigen Aufwendungen zu erstatten.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

IV. Der Beschwerdewert wird auf 5 Mio. EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2003 hat die Beteiligte zu 1. als Konzernobergesellschaft die Absicht der Beteiligten zu 2. angezeigt, stufenweise das gesamte Stammkapital an der - durch die Beteiligte zu 4. kontrollierten - Beteiligte zu 3. zu erwerben. Die Beteiligte zu 3. ist eine Holdinggesellschaft, die über verbundene Unternehmen europaweit Fruchtzubereitungen produziert und vertreibt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts war die Beteiligte zu 3. seinerzeit in Deutschland über die "A.-D. GmbH"

1

2

3

tätig. Über jenes Unternehmen übte sie als Mehrheitsgesellschafterin die alleinige Kontrolle aus.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben untersagt. Bei seiner rechtlichen Beurteilung hat es einen nationalen Markt zugrunde gelegt und angenommen, dass es überdies schon normativ auf die Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen des Fusionsvorhabens im Geltungsbereich des GWB beschränkt sei. Die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB hat das Bundeskartellamt mit der Erwägung bejaht, dass sich durch den beabsichtigten Zusammenschluss der Marktanteil der Beteiligten zu 2. auf über 25 % erhöhe und die Beteiligte zu 2. zusammen mit der Beigeladenen zu 2., die als Marktführer einen Marktanteil von mehr als 45 % halte, die Marktanteilsschwelle von 50 % überschreite, an die § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB die Vermutung des engen Oligopols knüpfe. Diese Oligopolvermutung sei - so hat das Bundeskartellamt angenommen und im Einzelnen begründet - nicht widerlegt.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde wenden sich die Beteiligten zu 1. und zu 2. gegen die Untersagung der Fusion.

Um den Zusammenschluss soweit wie möglich schon vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens vollziehen zu können, haben die Beteiligten zu 2. bis zu 4. ihr Fusionsvorhaben nach Rücksprache mit dem Bundeskartellamt im Juni 2004 aufgespalten. In einem ersten Schritt haben sie die Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" in Höhe von 60 % des Stammkapitals auf deren Minderheitsgesellschafter übertragen. Um einen Rückerwerb der Gesellschaftsanteile für den Fall zu gewährleisten, dass sich die mit der Beschwerde geltend gemachte kartellrechtliche Unbedenklichkeit des Anteilserwerbs erweisen sollte, enthält der entsprechende Kaufvertrag sowohl eine Call-Option für die veräußernde Beteiligte zu 3. als auch eine Put-Option für den erwerbenden Minderheitsgesellschafter. In einem zweiten Schritt hat die Beteiligte zu 2. sodann den stufenweisen Erwerb des gesamten Stammkapitals der Beteiligten zu 3. - nunmehr allerdings ohne deren Geschäftsbeteiligung an der "A.-D. GmbH" - eingeleitet. Diesen Zusammenschluss - der Ende 2006 abgeschlossen sein wird - hat das Bundeskartellamt am 21. Juli 2004 im Vorprüfverfahren nach § 40 Abs. 1 GWB freigegeben.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren streiten die Parteien zum einen über die Zulässigkeit der Rechtsmittel. Die Beteiligten zu 1. und zu 2. sind der Auffassung, dass die angefochtene Untersagungsverfügung durch die dargestellte Aufspaltung des Zusammenschlussvorhabens nicht gegenstandslos geworden und aus diesem Grunde auch keine Erledigung eingetreten sei. Das Bundeskartellamt habe - so machen sie geltend - den ursprünglich angemeldeten Zusammenschluss nur insoweit untersagt, als er auf den Erwerb der Geschäftsbeteiligung der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" gerichtet gewesen sei. Dieser Zusammenschluss werde nach wie vor weiterverfolgt. Die zwischenzeitliche "Auslagerung" der Geschäftsbeteiligung an der "A.-D. GmbH" auf deren Minderheitsgesellschafter sei verfahrensrechtlich ohne Bedeutung. Mit ihrer Beschwerde machen die Beteiligten zu 1. und zu 2. zum anderen die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung geltend und tragen dazu im Einzelnen vor.

Die Beteiligten zu 3. und zu 4. haben sich dem Standpunkt der nicht eingetretenen Erledigung angeschlossen.

Die Beteiligten zu 1. und zu 2. beantragen,

10

den Beschluss des Bundeskartellamts zu Gesch.-Nr. B 2-15130-FA-160/03 vom 21. April 2004 aufzuheben;

hilfsweise: gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB die Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit der angefochtenen Untersagungsverfügung festzustellen.

Das Bundeskartellamt sowie die Beigeladenen zu 1. und zu 2. beantragen sinngemäß, 12
die Beschwerde zu verwerfen. 13

Sie sind der Ansicht, dass sich die angegriffene Untersagungsverfügung erledigt habe. Denn der Zusammenschluss sei in seiner dem Bundeskartellamt ursprünglich angemeldeten Form endgültig aufgegeben worden und werde nunmehr in einer anderen Gestaltung weiterverfolgt. Die Beschwerde sei - so meinen sie - mangels eines Feststellungsinteresses auch mit dem Hilfsantrag unzulässig. Zu alledem tragen das Bundeskartellamt sowie die Beigeladenen zu 1. und zu 2. umfangreich vor. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den angefochtenen Beschluss des Bundeskartellamts sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 15

II. 16

Die Beschwerden der Beteiligten zu 1. und zu 2. sind zu verwerfen. Der Hauptantrag ist nicht (mehr) statthaft, weil sich die angefochtene Verfügung zwischenzeitlich erledigt hat. Der Hilfsantrag ist ebenfalls unzulässig, weil den Beteiligten zu 1. und zu 2. ein berechtigtes Interesse, die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung gerichtlich klären zu lassen, nicht zur Seite steht. 17

A. Der Hauptantrag, mit dem die Aufhebung der kartellbehördlichen Untersagung begehrt wird, ist unzulässig. Denn die angefochtene Verfügung hat sich dadurch erledigt, dass die Zusammenschlussbeteiligten ihr angemeldetes Fusionsvorhaben endgültig aufgegeben und das Zusammenschlussvorhaben dahin abgeändert haben, dass die Beteiligte zu 2. die Geschäftsanteile der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" nicht - wie angemeldet - im Zuge der stufenweisen Übernahme des Stammkapitals der Beteiligten zu 3. von der Beteiligten zu 4. übernehmen, sondern separat erst dadurch erhalten soll, dass nach zwischenzeitlicher Auslagerung der Geschäftsanteile auf den Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" durch Ausübung der Rückerwerbsoption der Beteiligten zu 3. von diesem erworben wird. 18

1. Erledigung tritt ein, wenn die angefochtene Verfügung keine rechtlichen Wirkungen mehr entfaltet und deshalb gegenstandslos geworden ist, so dass infolge dessen auch die Beschwer der beschwerdeführenden Partei fortgefallen ist (BGH, WuW/E BGH 2211, 2213 - *Morris-Rothmans*; KG, WuW/E OLG 3213, 3214 - *Zum bösen Wolf*; WuW/E OLG 5497, 5501 - *Fortsetzungsfeststellungsinteresse*; Senat, WuW/E DE-R 781, 782 - *Wal-Mart*). Geht es - wie vorliegend - um ein Fusionskontrollverfahren, führt nicht jedwede Abweichung vom angemeldeten Zusammenschlussvorhaben zu einer Erledigung der Untersagungsverfügung. Erforderlich ist vielmehr, dass die Beteiligten des Untersagungsverfahrens den Zusammenschluss, der Gegenstand der Untersagungsverfügung war, derart verändert haben, dass er einen seinem Wesen nach andersartigen Zusammenschluss darstellt und deshalb vom Kern der Verbotsverfügung nicht mehr erfasst wird (BGH, WuW/E BGH 2211, 2214, 2217 f. - *Morris-Rothmans*; WuW/E DE-R 24, 26 - *Stromversorgung Aggertal*). Eine solche aus dem untersagten Zusammenschlusstatbestand herausführende Modifikation liegt 19

nicht schon deswegen vor, weil die Beteiligten nach Erlass der Untersagungsverfügung den Zusammenschluss in einer veränderten Form vollziehen, sie beispielsweise einen größeren Teilgeschäftsanteil übertragen als in der Anmeldung vorgesehen (WuW/E DE-R 24, 26 - *Stromversorgung Aggertal*).

2. Nach diesen Rechtsgrundsätzen ist im Entscheidungsfall Erledigung eingetreten. Die Verbotsverfügung des Bundeskartellamts untersagt der Beteiligten zu 2. alleine den Erwerb der Geschäftsanteile der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" in der angemeldeten Form des Direkterwerbs durch Übernahme der Beteiligten zu 3.. Sie erfasst nicht auch darüber hinaus das nunmehr beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben in der abgewandelten Form des Rückerwerbs dieser Gesellschaftsbeteiligung vom Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" durch die - zwischenzeitlich mit der Beteiligten zu 2. bereits fusionierte oder künftig auf sie übergehende - Beteiligte zu 3. 20

a) Das Bundeskartellamt hat das angemeldete Zusammenschlussvorhaben untersagt, weil (und soweit) mit ihm die Übertragung der Mehrheitsbeteiligung der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" auf die Beteiligte zu 2. vorgesehen ist. Das ergibt die Auslegung der Untersagungsverfügung unter Heranziehung der sie tragenden Gründe (BGH, WuW/E BGH 2211, 2218 - *Morris-Rothmans*). 21

Das Bundeskartellamt hat in seiner Untersagungsentscheidung klargestellt, dass es seiner rechtlichen Beurteilung ausschließlich die im Inland zu erwartenden Zusammenschlusswirkungen zugrunde legt. Zur Rechtfertigung hat es zum einen auf die begrenzte Produkthaltbarkeit von Fruchtzubereitungen hingewiesen und daraus im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung auf einen bloß nationalen Markt geschlossen; zum anderen hat das Amt den auf das Inland beschränkten Geltungsbereich des deutschen Kartellgesetzes berücksichtigt und angenommen, dass sich die Fusionskontrolle aus diesem Grunde schon normativ auf die Prüfung der im Bundesgebiet zu erwartenden wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens beschränken müsse (vgl. Rn. 19). Zwar hat das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang auch etwaige Wettbewerbseinflüsse aus dem Ausland erwähnt und dazu ausgeführt, sie seien erst im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB bei einer Gesamtwürdigung der infolge der Fusion zu erwartenden Wettbewerbsverhältnisse einzubeziehen. Dieser Aspekt kann vorliegend indes außer Betracht bleiben. Denn das Amt hat solche Auslandswirkungen im weiteren Verlauf seiner Ausführungen gerade nicht festgestellt. 22

Hinsichtlich der Inlandswirkungen der Fusion hat das Bundeskartellamt den angemeldeten Zusammenschluss im Hinblick auf den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung der Beteiligten zu 3. an der "A.-D. GmbH" gewürdigt und letztlich untersagt. Nach seinen Feststellungen ist die Beteiligte zu 3. nämlich auf dem inländischen Markt für Fruchtzubereitungen ausschließlich über jenes Unternehmen tätig (vgl. Rn. 10). Die Untersagung ist dabei auf die Erwägung gestützt, dass sich der inländische Marktanteil der Beteiligten zu 2. fusionsbedingt auf = 25 % erhöhe, die Beteiligte zu 2. sodann gemeinsam mit der Beigeladenen zu 2. die Marktanteilsschwelle überschreite, an die § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB die Vermutung des engen Oligopols knüpfe, und diese Oligopolvermutung unwiderlegt sei. 23

b) Für die so begründete Untersagung mag es bei rein wirtschaftlicher Betrachtung ohne Belang sein, ob die Beteiligte zu 2. die Mehrheitsbeteiligung an der "A.-D. GmbH" - wie angemeldet - unmittelbar durch eine Übernahme der Beteiligten zu 3. erhält, oder ob sie - wie nunmehr geplant - jene Mehrheitsbeteiligung dadurch erlangt, dass die von ihr bereits übernommene oder in Zukunft auf sie übergehende Beteiligte zu 3. die Option zum Rückerwerb der in Rede stehenden Geschäftsanteile vom Minderheitsgesellschafter der "A.- 24

D. GmbH" ausübt. Sowohl in der angemeldeten wie auch in der nunmehr beabsichtigten Erwerbsvariante ist es das Ziel der Fusion, der Beteiligten zu 2. die Mehrheitsbeteiligung an der "A.-D. GmbH" zu verschaffen. In beiden Fällen erhöht sich aufgrund dieser Fusion der inländische Marktanteil der Beteiligten zu 2. auf über 25 % und könnten sich hieran gedanklich (u.a.) die Erwägungen, mit denen das Bundeskartellamt unter Heranziehung der Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 2. angenommen hat, anschließen.

Daraus ist indes nicht herzuleiten, dass das untersagte Zusammenschlussvorhaben in seinem Wesen unverändert bleibt und sich die Untersagungsverfügung vom 21. April 2004 in ihrem Kern auf beide Zusammenschlussvarianten gleichermaßen erstreckt. Mit Recht weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass an den beiden Zusammenschlussvorgängen unterschiedliche Parteien beteiligt sind. Das gilt insbesondere für die Veräußererseite. Während die Gesellschaftsanteile bei der angemeldeten Fusion von der Beteiligten zu 4. übertragen werden sollten, würde die Beteiligte zu 2. die Geschäftsbeteiligung nunmehr (über die mit ihr konzernrechtlich verbundene Beteiligte zu 3.) vom Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" erhalten. Jener Erwerbsvorgang wird von der angefochtenen Untersagungsverfügung nicht erfasst. Das gilt schon deshalb, weil der Erwerb vom Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" seinerzeit überhaupt nicht zur Prüfung des Bundeskartellamts stand, jener Minderheitsgesellschafter deshalb an dem kartellbehördlichen Fusionskontrollverfahren weder beteiligt werden konnte noch tatsächlich beteiligt worden ist, und die Untersagungsverfügung auf Veräußererseite folgerichtig ausschließlich an die Beteiligten zu 3. und zu 4. und nicht auch an den Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" adressiert worden ist. Bereits aufgrund dieser Umstände verbietet sich die Annahme, dass sich die angefochtene Verfügung auch auf das abgewandelte Zusammenschlussvorhaben eines Rückerwerbs vom Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" erstreckt. Das Bundeskartellamt konnte diesen Erwerbsvorgang seiner Prüfung nicht zugrunde legen und es hat diesbezüglich auch keine Entscheidung getroffen.

25

Bestätigt wird dieser Befund durch folgende Überlegung. Als Veräußerer - und damit unzweifelhaft Zusammenschlussbeteiligter - muss der Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" an einem Fusionkontrollverfahren, welches über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Rückerwerbs der 60 %igen Gesellschaftsbeteiligung durch die Beteiligte zu 3. befindet, mit allen Verfahrensrechten beteiligt werden. Er selbst ist überdies zwingend Adressat einer etwaigen Untersagungsverfügung und ihm steht gegen eine ablehnende Entscheidung des Bundeskartellamts gemäß § 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB ein eigenes Beschwerderecht zu. Dies alles würde missachtet, wenn man annähme, dass die angefochtene Verfügung nicht nur den angemeldeten Zusammenschluss, sondern ebenso auch den nunmehr beabsichtigten Erwerb der Geschäftsanteile der "A.-D. GmbH" von deren Minderheitsgesellschafter untersagt. In diesem Fall ergäbe sich die - rechtlich unvertretbare - Konsequenz, dass die Untersagungsverfügung und das Ergebnis des dagegen durchgeführten Beschwerdeverfahrens (auch) über die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Veräußerung durch den Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" entscheidet, obschon dieser weder an dem kartellbehördlichen Fusionskontrollverfahren noch an dem anschließenden Beschwerdeverfahren beteiligt werden konnte.

26

B. Die Beschwerde ist mit dem Hilfsantrag gleichfalls unzulässig. Die Beteiligten zu 1. und zu 2. haben kein berechtigtes Interesse, gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung gerichtlich feststellen zu lassen.

27

28

1. Für das nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes nach den Umständen des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Es kann - was nach Lage der Dinge alleine in Betracht kommt - insbesondere aus dem Aspekt der Wiederholungsgefahr hergeleitet werden. Wiederholungsgefahr besteht, wenn die Rechtslage unklar ist und ihre Klärung für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von Interesse ist. Dabei ist nicht erforderlich, dass derselbe Sachverhalt mit demselben Begehren erneut zur Entscheidung der Kartellbehörde gestellt werden wird. Ausreichend aber auch erforderlich ist vielmehr, dass künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen sowie gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten werden und dass es um dieselben Personen gehen wird. Maßgebend ist dabei, ob die Unterschiede, die zwischen dem früheren und dem zukünftigen Sachverhalt bestehen, für die Kartellbehörde voraussichtlich eine unterschiedliche Beurteilung nahe legen werden. Ist dies nicht der Fall und steht zu erwarten, dass die Behörde den zukünftigen Sachverhalt nach denselben Kriterien und mit demselben Ergebnis beurteilen wird wie die entschiedene Fallkonstellation, hinsichtlich deren Erledigung eingetreten ist, ist das besondere Feststellungsinteresse zu bejahen (vgl. nur: BGH, WuW/E DE-R 919, 922 f. - *Stellenmarkt für Deutschland II*).

2. Im Streitfall besteht nach diesen Rechtsgrundsätzen kein hinreichendes Feststellungsinteresse. 29

a) Die Beteiligten zu 1. und zu 2. sind nicht berechtigt, die formelle Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung gerichtlich überprüfen zu lassen. Hinsichtlich der geltend gemachten Verfahrensmängel einer fehlerhaften Zustellung der Verfügung, einer unzutreffenden Besetzung der entscheidenden Beschlussabteilung und einer Verletzung des rechtlichen Gehörs fehlt es ersichtlich an einer Wiederholungsgefahr. Auch die Beschwerde macht nicht geltend, dass es sich bei den als rechtsfehlerhaft gerügten Verfahrensweisen um eine ständige Übung des Amtes handelt oder zumindest aus sonstigen Gründen die ernsthafte Besorgnis einer Wiederholung besteht. Dies hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1. und zu 2. im Senatstermin ausdrücklich klargelegt. Ein Feststellungsinteresse lässt sich auch nicht mit der Begründung rechtfertigen, die begehrte Feststellung der formellen Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung werde für die Vorbereitung eines Ersatzanspruchs auf Fusionsfreigabe benötigt. Das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument der Beschwerde, das Bundeskartellamt schulde aus dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs alleine wegen der - wie sie meint - formellen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung die materiell-rechtliche Freigabe des Zusammenschlussvorhabens, ist unzutreffend. 30

b) Die Beteiligten zu 1. und zu 2. sind ebenso wenig befugt, die materielle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung gerichtlich klären zu lassen. Selbst wenn ihr Klagebegehren begründet sein sollte und die sachliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festgestellt würde, resultiert daraus keine hinreichende Präjudizwirkung dafür, dass auch der künftige Rückerwerb der 60 %igen Geschäftsbeteiligung an der "A.-D. GmbH" durch die Beteiligte zu 3. kartellrechtlich unbedenklich ist. 31

aa) Das gilt bereits deshalb, weil an dem angemeldeten und dem in Zukunft beabsichtigten (abgewandelten) Zusammenschlussvorhaben verschiedene Unternehmen beteiligt sind. Aus diesem Grund steht die Beurteilung des Feststellungsantrags von vornherein unter dem Vorbehalt, dass der Minderheitsgesellschafter der "A.-D. GmbH" in dem künftigen Fusionskontrollverfahren keine entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte rechtlicher oder tatsächlicher Art vortragen kann, die über den der angefochtenen Verfügung zugrunde 32

liegenden Sach- und Streitstand hinausgeht. Bereits diese Unwägbarkeit steht der hinreichend sicheren Erwartung entgegen, dass das Bundeskartellamt das künftige Fusionsvorhaben mit demselben Ergebnis prüfen werde wie den angemeldeten Zusammenschluss.

bb) Überdies weicht auch der zur Beurteilung stehende Sachverhalt in wesentlichen Punkten voneinander ab. Für die Entscheidung des Feststellungsantrags kommt es ausschließlich auf die Sachlage bei Eintritt des erledigenden Ereignisses (vgl. nur: Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 71 Rn. 9) - vorliegend also im Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe des ursprünglichen Fusionsvorhabens im Juni 2004 - an. Dementsprechend hat sich die rechtliche Prüfung auf die Frage zu beschränken, ob das Bundeskartellamt den angemeldeten Zusammenschluss nach den damaligen tatsächlichen Verhältnissen zu Unrecht untersagt hatte. Für die Beurteilung des künftigen Zusammenschlussvorhabens im kartellbehördlichen Verfahren ist demgegenüber die Tatsachenlage im Entscheidungszeitpunkt, d.h. bei Erlass der (neuen) Fusionskontrollentscheidung durch das Bundeskartellamt, maßgebend. 33

Beide Tatsachengrundlagen weichen in mehreren kartellrechtlich relevanten Punkten voneinander ab. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag des Bundeskartellamtes hat die Beteiligte zu 1. mit Schreiben vom 10. September 2004 den Erwerb der "D. F. F. I. N.V." in B. angemeldet; der Erwerb ist - wie das Bundeskartellamt im Verhandlungstermin des Senats unwidersprochen vorgetragen hat - zwischenzeitlich auch freigegeben worden. Jenes Unternehmen ist auf dem Gebiet der Herstellung, dem Vertrieb sowie dem Import und Export tiefgefrorener Früchte aller Art tätig und erzielt nach eigenen Angaben derzeit knapp 12 % seines Umsatzes mit Verkäufen an die mit der Herstellung von Fruchtzubereitungen befassten Unternehmen der S.-Gruppe. Der angemeldete Zusammenschluss wird deshalb - wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt - die vertikale Integration des S.konzerns weiter vorantreiben, was wiederum für die kartellrechtliche Überprüfung des künftigen (abgewandelten) Fusionsvorhabens von Bedeutung sein kann. Die Beteiligte zu 1. beabsichtigt ausweislich ihrer Anmeldung vom 29. Oktober 2004 darüber hinaus den Erwerb der Firma "W.". Das Unternehmen zählt nach eigenen Angaben zu den größten Herstellern von Fruchtsaftkonzentrat in Europa und nimmt im Bereich des Apfelsaftkonzentrats sogar die führende Marktstellung ein. Auch dieser Unternehmenserwerb verstärkt im Falle seiner kartellbehördlichen Freigabe die vertikale Integration des S.-Konzerns, weil neben Früchten auch Fruchtsaftkonzentrate Bestandteil von Fruchtzubereitungen (z.B. Trinkjoghurts, Fruchtbuttermilch oder Fruchtmolke) sind. Ihm kann deshalb bei der kartellrechtlichen Beurteilung des abgewandelten Zusammenschlussvorhabens ebenfalls Bedeutung zukommen. Beide Erwerbsvorgänge wirken sich dabei vor allem dann aus, wenn der Feststellungsklage stattzugeben wäre. In diesem Fall stünde zwar fest, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung der Fusion nach § 36 Abs. 1 GWB bei Eintritt des erledigenden Ereignisses im Juni 2004 nicht vorgelegen haben. Damit wäre aber keinesfalls vorentschieden, dass auch der künftige Zusammenschluss in seiner abgewandelten Form freizugeben wäre. Gerade die beiden genannten Erwerbsvorgänge der S.-Gruppe, die im Rahmen der Feststellungsklage aus rechtlichen Gründen keine Rolle spielen dürfen, können eine abweichende kartellrechtliche Beurteilung rechtfertigen und zu dem Ergebnis führen, dass wegen des zwischenzeitlich erfolgten Hinzuerwerbs der "D. F. F. I. N.V." und der Firma "W." mittlerweile die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt sind. Hieran wird deutlich, dass die Beteiligten zu 1. und zu 2. kein berechtigtes Interesse geltend machen können, die materielle Rechtswidrigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung gerichtlich feststellen zu lassen. Denn mit einer stattgebenden Gerichtsentscheidung wäre angesichts der zwischenzeitlich veränderten 34

tatsächlichen Entscheidungsgrundlage nicht auch die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des künftigen (modifizieren) Zusammenschlusses geklärt.

III. 35

Die Kostenentscheidung folgt aus § 78 GWB. 36

Die Beteiligten zu 1. und zu 2. haben als im Beschwerdeverfahren unterlegene Parteien die Gerichtskosten zu tragen sowie dem obsiegenden Bundeskartellamt die ihm in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten (Satz 2). Ihnen fallen aus Gründen der Billigkeit zudem die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1. und zu 2. zur Last, die einen eigenen (erfolgreichen) Sachantrag gestellt sowie sich durch umfangreichen schriftsätzlichen Vortrag am Beschwerdebegehren beteiligt haben (Satz 1). 37

IV. 38

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 74 Abs. 2 GWB. 39

Rechtsmittelbelehrung: Diese Beschwerdeentscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilien-allee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 40

a. W. 41