



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 32/05

Verkündet am:
10. Oktober 2006
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

National Geographic I

GWB 2005 § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a

- a) Die Einräumung einer Lizenz stellt nur dann einen Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB dar, wenn es sich bei der Einräumung oder Übertragung der Nutzungsrechte um den Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens „zu einem wesentlichen Teil“ handelt (im Anschluss an BGHZ 119, 117 – Warenzeichenerwerb).
- b) Der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB ist in einem solchen Fall nur erfüllt, wenn der Lizenznehmer aufgrund der Lizenz in eine bereits vorhandene aktuelle Marktposition des Lizenzgebers einrückt (Fortführung von BGHZ 119, 117 – Warenzeichenerwerb).

BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2006 – KVR 32/05 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Ball und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Strohn

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juni 2005 wird zurückgewiesen.

Das Bundeskartellamt hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beteiligten zu 1 bis 4 zu tragen.

Gründe:

I.

- 1 Im Frühjahr 1999 schlossen die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: G+J) und die Beteiligte zu 3 (RBA Publicaciones), ein spanischer Verlag, als gemeinschaftliche Lizenznehmer mit der Beteiligten zu 4 (National Geographic Society, im Folgenden: NGS) einen aus mehreren Einzelverträgen bestehenden Lizenzvertrag über die erstmalige Herausgabe des deutschsprachigen Magazins „National Geographic“. NGS gibt seit Ende des neunzehnten Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten das (englischsprachige) Magazin „National Geographic“ heraus. Der Lizenz-

vertrag gestattet den Lizenznehmern die Verwendung der Marke „National Geographic“ sowie der äußeren Erscheinungsmerkmale der Originalausgabe und räumt ihnen die urheberrechtlichen Nutzungsrechte am Inhalt des Magazins ein, die erforderlich sind, um die (übersetzten) Originalbeiträge im deutschsprachigen Magazin zu veröffentlichen. Darüber hinaus können die Lizenznehmer das Archiv der NGS mit Berichten, Bildern, Karten und Illustrationen nutzen. Eine vorherige Anmeldung des Lizenzvertrages als Zusammenschluss beim Bundeskartellamt erfolgte nicht.

2 Die seit September 1999 erscheinende deutschsprachige Ausgabe von „National Geographic“ wird von einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen herausgegeben, an dem G+J sowie RBA Germany GmbH – eine hundertprozentige Tochter der Beteiligten zu 2, die ihrerseits ein Tochterunternehmen der RBA Publicaciones ist – zu jeweils der Hälfte beteiligt sind. Erst als im Jahre 2004 G+J die andere Hälfte des Gemeinschaftsunternehmens übernehmen wollte und diesen Erwerb als Zusammenschluss anmeldete, erlangte das Bundeskartellamt Kenntnis von dem Lizenzvertrag.

3 Mit Beschluss vom 2. August 2004 hat das Bundeskartellamt den in dem Erwerb der Lizenz für die deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ liegenden Zusammenschluss untersagt (BKartA WuW/E DE-V 947). Nach Ansicht des Bundeskartellamts handelt es sich bei dem Lizenzvertrag um einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss i.S. von § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB, der zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung von G+J auf dem Lesermarkt für populäre Wissensmagazine geführt habe. Die Lizenz sei ein wesentlicher Vermögensteil i.S. von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB, da sie die Grundlage der Stellung der NGS auf dem relevanten deutschsprachigen Markt sei.

4 Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 hat das Oberlandesgericht die Untersagungsverfügung aufgehoben (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1504). Hiergegen wendet sich das Bundeskartellamt mit der – vom Beschwerdegericht zugelassenen – Rechtsbeschwerde. Mit ihr erstrebt das Bundeskartellamt die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht. Die Beteiligten beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II.

5 Das Beschwerdegericht hat das Vorliegen eines Zusammenschlusses im Streitfall verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Nach § 37 Abs. 1 GWB liege ein Zusammenschluss vor, wenn ein Unternehmen entweder das Vermögen eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil oder wenn es die Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines anderen Unternehmens erwerbe. Durch den Erwerb der Nutzungsrechte für die deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ werde keiner der beiden Zusammenschlusstatbestände erfüllt. Ein Vermögenserwerb scheitere bereits daran, dass mit dem Erwerb von Nutzungsrechten kein Erwerb des Vollrechts verbunden sei, wie er für einen Vermögenserwerb stets Voraussetzung sei. Aber auch ein Kontrollerwerb liege nicht vor, weil G+J und RBA Publicaciones nicht die Kontrolle über NGS oder einen Teil ihres Unternehmens erworben hätten. Auch im Falle des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB sei erforderlich, dass es sich beim Gegenstand des Kontrollerwerbs um einen wesentlichen Teil des Vermögens handle. Das lizenzierte Recht zur Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe von „National Geographic“ stelle aber keinen wesentlichen Vermögensteil dar.

7 Ob ein Vermögensteil wesentlich sei, müsse nach der Zielsetzung der Zusammenschlusskontrolle bestimmt werden. Wesentlich könne danach ein Vermögensteil sein, der im Verhältnis zum Gesamtvermögen entweder quantitativ ausreichend hoch sei oder der qualitativ von besonderer Bedeutung sei, weil es sich um eine wirtschaftliche Funktionseinheit handle, die die Stellung des Veräußers auf dem in Rede stehenden Markt begründe. Nach dem im Streitfall allein in Betracht kommenden qualitativen Ansatz liege in den Lizenzrechten der deutschsprachigen Ausgabe von „National Geographic“ kein wesentlicher Vermögensteil, weil NGS mit Hilfe der entsprechenden Nutzungsrechte für die deutschsprachige Ausgabe keine Marktstellung auf dem deutschen Markt begründet habe, die durch den Lizenzvertrag auf die Erwerber übertragen worden sei. Die potentielle Marktrelevanz eines bisher nicht genutzten Vermögensteils sei nicht ausreichend, um einen der Zusammenschlusskontrolle unterliegenden Vermögensgegenstand anzunehmen. Voraussetzung sei stets, dass der Veräußerer auf dem relevanten Markt tätig und der zu veräußernde Vermögensteil tragende Grundlage seiner Marktstellung sei, in die der Erwerber eintrete. Dies entspreche auch der Praxis der Europäischen Kommission, die im Abschluss eines Lizenzvertrags nur dann eine als Zusammenschluss zu beurteilende Übertragung eines Vermögensteils sehe, wenn es sich um ein Geschäft handle, dem eindeutig ein Umsatz auf dem relevanten Markt zugeordnet werden könne.

III.

8 Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg. Mit Recht hat das Beschwerdegericht die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts aufgehoben. Der untersagte Erwerb einer Lizenz für die deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses nach § 37 GWB.

- 9 1. Zutreffend hat das Beschwerdegericht angenommen, dass der in Rede stehende Lizenzvertrag keinen Vermögenserwerb i.S. von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründet. Es entspricht der überwiegenden Auffassung im Schrifttum, dass das Gesetz mit dem Begriff des Vermögenserwerbs nur den Erwerb des Vollrechts erfasst. Eine Notwendigkeit, diesen Begriff auf eine wirtschaftlich gleichwertige Einräumung von Nutzungsrechten zu erstrecken, besteht schon deswegen nicht, weil diese Erwerbsformen unter den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB fallen können (Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 37 Rdn. 15; Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 37 GWB Rdn. 12; Bechtold, GWB, 4. Aufl., § 37 Rdn. 4 u. 9; Richter in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 19 Rdn. 69; ferner Riesenkampff/Lehr in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 37 GWB Rdn. 6).
- 10 2. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass das Beschwerdegericht im Streitfall auch einen Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB verneint hat. Das im Lizenzvertrag eingeräumte Recht, die deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ herauszugeben, stellt keinen wesentlichen Vermögensbestandteil im Sinne dieser Vorschrift dar.
- 11 a) Zutreffend hat das Beschwerdegericht für die Beantwortung der Frage, ob in einem Lizenzvertrag ein Kontrollerwerb i.S. von § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB liegen kann, auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F., insbesondere auf die Entscheidung „Warenzeichenerwerb“, zurückgegriffen. Dort hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, ob es sich bei der Einräumung oder Übertragung von Nutzungsrechten um den Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens „zu einem wesentlichen Teil“ handelt, und hat Kriterien für die Auslegung dieses Merkmals entwickelt (BGHZ 119, 117, 120 ff.). Zwar

enthält § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a anders als § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB keine entsprechende Einschränkung, wonach es sich um „wesentliche“ Teile des Vermögens des veräußernden Unternehmens handeln muss. Doch besteht Einigkeit darüber, dass im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB insofern derselbe Maßstab wie bei § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB anzulegen ist (Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker aaO § 37 Rdn. 24; Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 37 GWB Rdn. 17; vgl. auch Richter in Wiedemann aaO § 19 Rdn. 83).

12 b) Die Rechtsprechung hat in dem Merkmal der Wesentlichkeit nicht nur ein quantitatives, sondern vor allem ein qualitatives Kriterium gesehen, das eine die Zielsetzung der gesetzlichen Regelung der Zusammenschlusskontrolle einbeziehende wertende Betrachtung ermöglicht. Mit Recht – und vom Bundeskartellamt unbeanstandet – hat das Beschwerdegericht allein auf die qualitative Abgrenzung abgestellt, weil im Streitfall nicht ersichtlich ist, dass es sich bereits in quantitativer Hinsicht um einen wesentlichen Unternehmenswert handelt. Im Streitfall scheidet die Annahme eines Zusammenschlusses – wie vom Beschwerdegericht zutreffend dargelegt – daran, dass die im Rahmen des Lizenzvertrags eingeräumten Rechte an der deutschsprachigen Ausgabe von „National Geographic“ nicht die tragende Grundlage einer bereits vorhandenen Marktstellung von NGS waren, in die G+J und RBA Publicaciones hätten einrücken können.

13 aa) Das Merkmal der Wesentlichkeit ist deswegen von entscheidender Bedeutung, weil es im Rahmen sowohl des § 37 Abs. 1 Nr. 1 als auch des § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB darum geht, das externe vom internen Wachstum abzugrenzen. Während das Gesetz das externe Wachstum der Zusammenschlusskontrolle unterwirft und in der Regel die Untersagung gebietet, wenn durch den Erwerb eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§ 36 Abs. 1 GWB), ist das interne Wachstum auch dem an der Grenze zur Marktbeherrschung stehenden oder bereits marktbeherrschenden Unternehmen ohne weiteres gestat-

tet. So ist es beispielsweise einem marktbeherrschenden Mineralölunternehmen nicht untersagt, sich mit einem großen Posten Erdöl einzudecken, auch wenn von dieser Menge – hätte ein Wettbewerber sie erworben – erheblicher Wettbewerb hätte ausgehen können. Einem marktbeherrschenden Filmverleiher ist es ebenso wenig verwehrt, sich die Rechte an einem Erfolg versprechenden Kinofilm zu sichern, wie es einem seinen Markt dominierenden Verlag nicht verboten werden kann, sich die Rechte für die deutsche Ausgabe eines amerikanischen Bestsellers einräumen zu lassen, auch wenn dadurch jeweils die beherrschende Marktstellung abgesichert und verstärkt wird. Mit dem Zusammenschlusstatbestand des Vermögens- oder Kontrollerwerbs sollen nicht derartige, dem internen Wachstum zuzurechnende Erwerbsvorgänge der Zusammenschlusskontrolle unterworfen werden. Vielmehr geht es darum, diejenigen Fälle zu erfassen, in denen der Erwerber mit Hilfe des Vermögens- oder Kontrollerwerbs anstelle des Veräußerers in dessen Marktstellung einrückt. Dies können Fälle sein, in denen der Erwerb eine betriebliche Teileinheit oder einen bestimmten Geschäftsbereich eines Unternehmens betrifft (vgl. BGHZ 65, 269, 272 f. – Zementmahanlage I; ferner BGH, Beschl. v. 23.10.1979 – KVR 3/78, WuW/E 1655 – Zementmahanlage II; BGHZ 74, 172, 178 f. – Kettenstichnähmaschinen; BGH, Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 4/79, WuW/E 1763, 1771 – Bituminöses Mischgut; BGHZ 119, 117, 123 – Warenzeichenerwerb).

- 14 bb) Der Zusammenschlusstatbestand des Vermögens- oder Kontrollerwerbs kann allerdings auch bei einem Erwerbsvorgang erfüllt sein, bei dem kein produzierender Geschäftsbereich samt den dafür erforderlichen Mitteln übertragen wird, bei dem sich jedoch dem Erwerber in gleicher Weise wie bei einem Vermögenserwerb im Ganzen die Gelegenheit bietet, in die Marktstellung des Veräußerers einzutreten. Voraussetzung ist dabei, dass der Vermögensteil als ein vom übrigen Vermögen abtrennbares Vermögen eines Unternehmens angesehen werden

kann, das – in gleicher Weise wie das Vermögen eines Unternehmens als Ganzes – tragende Grundlage (Substrat) seiner Stellung auf dem für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Markt und demgemäß geeignet ist, diese Marktstellung von dem – insoweit aus dem Markt ausscheidenden – Veräußerer auf den Erwerber zu übertragen. Unter dem Gesichtspunkt der Zusammenschlusskontrolle kann zudem ein Vermögensteil in diesem Sinn nur dann wesentlich sein, wenn er geeignet ist, die Stellung eines Erwerbers auf dem betreffenden Markt spürbar zu stärken (BGHZ 119, 117, 122 f. – Warenzeichenerwerb).

15 cc) Bei dem der Abgrenzung von externem zu internem Wachstum dienenden Begriff der Wesentlichkeit ist ferner zu beachten, dass die Merkmale für den Zusammenschlusstatbestand möglichst klare Konturen aufweisen sollten. Zwar sind beim Zusammenschlusstatbestand die formalen, an bestimmte Anteile anknüpfenden Merkmale infolge mehrerer Gesetzesänderungen immer stärker durch materielle Merkmale ergänzt und in der Praxis verdrängt worden, die für die Gesetzesauslegung einen größeren Spielraum lassen. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich um ein Aufgreifkriterium handelt, das zunächst von den Unternehmen selbst einzuschätzen ist. Auch die Wirksamkeit der Bußgeldbewehrung in § 81 Abs. 2 Nr. 3 i.V. mit § 39 Abs. 1 GWB hängt davon ab, dass den betroffenen Unternehmen die Nichtanmeldung zum Vorwurf gemacht werden kann.

16 dd) Mit Recht hat das Beschwerdegericht vor diesem Hintergrund das Vorliegen eines Zusammenschlusses davon abhängig gemacht, ob die im Rahmen des fraglichen Lizenzvertrags eingeräumten Rechte schon in der Hand des Veräußerers NGS die tragende Grundlage einer bereits vorhandenen Marktstellung auf dem für das Zusammenschlussvorhaben maßgeblichen Lesermarkt waren. Da diese Frage zu verneinen ist, hat das Beschwerdegericht den Zusammenschlusstatbestand mit Recht als nicht erfüllt angesehen.

17

Das Beschwerdegericht hat in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass NGS bis zum Abschluss des Lizenzvertrages im März 1999 von der Möglichkeit einer deutschsprachigen Ausgabe von „National Geographic“ keinen Gebrauch gemacht hatte. Die Ausgabe des entsprechenden englischsprachigen Magazins sei dem relevanten Markt nicht zuzurechnen. Dem hält das Bundeskartellamt entgegen, diese Beurteilung lasse den potentiellen Wettbewerb außer Acht, der auch schon vor Abschluss des Lizenzvertrages von der stets bestehenden Möglichkeit einer deutschsprachigen Ausgabe ausgegangen sei. Eine Notwendigkeit, zwischen einer aktuellen und einer potentiellen Marktstellung eines Vermögensteils zu differenzieren, bestehe nicht. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Denn gerade die Frage, ob bereits eine aktuelle Marktstellung besteht, ist entscheidend dafür, ob ein Erwerbsvorgang dem externen oder dem internen Wachstum zuzuordnen ist. Ein Verlag, der Lizenzverträge abschließt, um zukünftige Verlagsprojekte realisieren zu können, betätigt sich damit – ebenso wie andere, Sachgüter nachfragende Unternehmen auch – als Nachfrager auf den Beschaffungsmärkten. Von den auf den Beschaffungsmärkten zu erwerbenden Gütern, seien es Verlagsrechte oder seien es Sachgüter, geht dabei regelmäßig ein potentieller Wettbewerb aus, weil diese Güter – würden sie von einem Wettbewerber erworben – im Wettbewerb gegen das nachfragende Unternehmen eingesetzt werden könnten. Würde eine auf potentiellen Wettbewerb gegründete Marktstellung ausreichen, wäre der Zusammenschlusstatbestand des Vermögens- und des Kontrollerwerbs nur schwer von den dem internen Wachstum zuzurechnenden Beschaffungsverträgen abzugrenzen. Dagegen besteht mit dem Erfordernis des Eintretens in eine bereits vorhandene aktuelle Marktstellung ein Kriterium, das dem Zusammenschlusstatbestand die notwendigen klaren Konturen verschafft. Es deckt sich im Übrigen – worauf das Beschwerdegericht mit Recht hingewiesen hat – mit der Praxis der Europäischen Kommission bei der Anwendung des Art. 3 FKVO, der ebenfalls den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs regelt.

Auch dort kann es sich bei dem erworbenen Vermögensteil „um Marken oder Lizenzen handeln“; diese Werte müssen „dann aber ein Geschäft bilden, dem sich eindeutig ein Marktumsatz zuweisen lässt“ (Nr. 11 der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89, ABl. 1998 C 66, S. 5; vgl. auch Nr. 14 der Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89, ABl. 1998 C 66, S. 14).

IV.

18 Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Meier-Beck

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.06.2005 - VI-Kart 24/04 (V) -