



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 14/01

Verkündet am:
24. Juni 2003
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

HABET/Lekkerland

GWB § 40 Abs. 2 und 6, § 63 Abs. 2, §§ 59, 71

- a) Der am Fusionskontrollverfahren vor der Kartellbehörde beteiligte Dritte kann eine Freigabeverfügung anfechten, wenn er durch die Freigabe in seinen wirtschaftlichen Interessen nachteilig betroffen wird. Die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Untersagung des Zusammenschlusses (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) braucht er nicht darzutun.
- b) Wird der Beschwerdeführer durch den Zusammenschluß nur auf einem von mehreren in Rede stehenden Märkten nachteilig betroffen, ist im Beschwerdeverfahren nur zu prüfen, ob die Freigabe in bezug auf diesen Markt gerechtfertigt ist.
- c) Die Aufhebung einer Freigabeverfügung setzt im allgemeinen voraus, daß die Freigabe zu Unrecht erfolgt ist. Eine Aufhebung ohne Herbeiführung der Spruchreife kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn eine Sachver-

haltsaufklärung durch die Kartellbehörde vollständig unterblieben ist oder die Ermittlungen sich als unverwertbar erweisen. In diesem Fall muß die Aufhebung jedoch in aller Regel innerhalb von sechs Monaten seit Eingang der Akten der Kartellbehörde beim Beschwerdegericht erfolgen (§ 113 Abs. 3 Satz 4 VwGO analog).

- d) Der Kartellbehörde stehen im Beschwerdeverfahren dieselben hoheitlichen Ermittlungsbefugnisse zur Seite wie im Verwaltungsverfahren (entgegen OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 900 – Blitz-Tip).
- e) Im Verfahren über die Beschwerde gegen eine Freigabeverfügung ist auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Freigabeentscheidung abzustellen.

BGH, Beschluß vom 24. Juni 2003 – KVR 14/01 – Kammergericht

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2003 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden des Bundeskartellamts und der Beteiligten zu 1 bis 3 wird der Beschluß des Kartellsenats des Kammergerichts vom 9. Mai 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 1.022.583,70 € (2 Mio. DM) festgesetzt.

Gründe:

A.

Die zur Austria Tabak AG gehörende HABET Handels- und Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (Beteiligte zu 1, im folgenden: HABET) war mit ihrer Beteiligungsgesellschaft tobaccoland Großhandelsgesellschaft mbH & Co. KG (im folgenden: tobaccoland) das größte deutsche Unternehmen des Tabakwaren-

fachgroßhandels. Die Lekkerland Deutschland GmbH & Co. KG (Beteiligte zu 2, im folgenden: Lekkerland) war ein bundesweit tätiges Großhandelsunternehmen mit den Sortimentsschwerpunkten Süßwaren und Getränke (sog. Convenience-Produkte). Mit Schreiben vom 30. August 1998 meldete HABET beim Bundeskartellamt den Erwerb von jeweils 25,1 % der Anteile an Lekkerland und ihrer Komplementärin (Beteiligte zu 3) an. HABET wollte nach Abtrennung des Automaten-geschäfts den (Tabakwaren-)Großhandelsbereich von tobaccoland in die Lekkerland einbringen, die anschließend in Lekkerland & Tobaccoland GmbH & Co. KG (im folgenden: L&T) umbenannt werden sollte. Vorausgegangen war eine vom Bundeskartellamt geprüfte und nicht untersagte Umstrukturierung von Lekkerland, in deren Verlauf Lekkerland den (Tabakwaren-)Großhandelsbereich von zwei anderen Unternehmen übernommen hatte.

Das Bundeskartellamt hat diesen Zusammenschluß mit Beschluß vom 25. Februar 1999 – nachdem die viermonatige Untersagungsfrist bis Ende Februar 1999 verlängert worden war – unter Auflagen freigegeben (BKartA WuW/E DE-V 116). Die Auflagen bestanden im wesentlichen darin, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im Raum Berlin/Brandenburg/Mecklenburg-Vorpommern funktionsfähige Teile des Geschäftsbetriebs mit einem (Tabakwaren-)Großhandelsumsatz in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrages an einen Dritten veräußern sollten. Die Beteiligten haben die Auflagen inzwischen erfüllt und den Zusammenschluß vollzogen.

Gegen die Freigabeentscheidung hat die Beigeladene, eine mittelständische Tabakwarenfachgroßhändlerin in Köln, Beschwerde eingelegt. Auf die Beschwerde hat das Kammergericht den Freigabebeschluß des Bundeskartellamts aufgehoben (KG WuW/E DE-R 688).

Hiergegen wenden sich das Bundeskartellamt und die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen HABET und L&T mit ihren – vom Kammergericht zugelassenen – Rechtsbeschwerden. Das Bundeskartellamt beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache an das Kammergericht zurückzuverweisen. Die Beteiligten zu 1 bis 3 beantragen ebenfalls, den Beschluß des Kammergerichts aufzuheben; sie halten die Sache jedoch für entscheidungsreif und beantragen daher in erster Linie, die Beschwerde der Beigeladenen insgesamt oder doch insoweit zurückzuweisen, als das Bundeskartellamt den Zusammenschluß außerhalb von Nordrhein-Westfalen freigegeben hat. Die Beigeladene beantragt, die Rechtsbeschwerden zurückzuweisen.

Die Entscheidung im Rechtsbeschwerdeverfahren hat sich dadurch verzögert, daß ein zunächst vorgesehener Termin zur mündlichen Verhandlung auf Anregung der Beigeladenen sowie der Zusammenschlußbeteiligten aufgehoben worden ist.

B.

Das Kammergericht hat zur Begründung der Aufhebung der angefochtenen Freigabeentscheidung ausgeführt:

Die Beschwerde sei zulässig. Die Freigabeentscheidung sei eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 63 Abs. 1 Satz 1 GWB, gegen die die Verfahrensbeteiligten nach § 54 Abs. 2 und 3 GWB mit der Beschwerde vorgehen könnten. Darüber hinaus sei erforderlich, daß die Beigeladene durch die Entscheidung materiell beschwert sei. Auch diese Voraussetzung sei gegeben; denn sie mache geltend, durch die Freigabe des Zusammenschlusses an ihrem Standort in Köln da-

durch beeinträchtigt zu sein, daß die ohnehin schon bestehende marktbeherrschende Stellung von tobaccoland durch den Zusammenschluß noch verstärkt werde. Auch das Rechtsschutzbedürfnis sei gegeben; das von der Beigeladenen verfolgte Ziel sei rechtlich noch möglich, weil mit der rechtskräftigen Aufhebung der Freigabeverfügung eine neue Viermonatsfrist zu laufen beginne, innerhalb deren die Untersagung des Zusammenschlusses erfolgen könne. Mit Recht habe das Bundeskartellamt seiner Entscheidung bereits das neue, seit 1. Januar 1999 geltende Recht zugrunde gelegt.

Die Beschwerde sei auch begründet. Ausreichend hierfür sei, daß sich im Beschwerdeverfahren die Grundlage der Freigabeentscheidung als nicht tragfähig erweise und eine Untersagung ernsthaft in Betracht komme. Die Prüfung durch das Beschwerdegericht reiche im Falle der Freigabeverfügung nicht so weit wie bei einer Untersagung des Zusammenschlusses, bei der ein erneutes Tätigwerden des Amtes regelmäßig ausscheide, weil die Viermonatsfrist verstrichen sei; daher müsse das Beschwerdegericht in diesen Fällen letztlich über Untersagung oder Freigabe entscheiden. Anders verhalte es sich bei der Freigabeentscheidung: Mit Rechtskraft der Aufhebung würden dem Amt durch die neue Frist erneut beide Möglichkeiten – Untersagung oder Freigabe – an die Hand gegeben. Unter diesen Umständen sei das Beschwerdegericht nicht gehalten, das Verfahren bis zur Entscheidungsreife zu führen. Sei die Freigabeentscheidung mit der gegebenen Begründung nicht zu halten, sei sie aufzuheben, ohne daß eine Nachbesserung durch das Amt abzuwarten sei.

Im Streitfall seien die Feststellungen, die das Bundeskartellamt hinsichtlich der Marktverhältnisse in Nordrhein-Westfalen getroffen habe, vom Beschwerdegericht nur beschränkt überprüfbar. Allein auf diesen räumlichen Markt sei abzustellen, weil dies der Markt sei, in dem auch die Beigeladene tätig sei. Die Fest-

stellungen, die das Amt insoweit getroffen habe, erwiesen sich nicht als tragfähig, weil es bereits an einer empirischen Absicherung der räumlichen Marktabgrenzung fehle. Außerdem ermangele es an verlässlichen Grundlagen für die Errechnung der Marktanteile. Was den auf den Lebensmittelgroßhandel entfallenden Marktanteil angehe, habe das Amt lediglich einen Mittelwert in Ansatz gebracht, der aus den Zahlen anderer regionaler Märkte gebildet worden sei. Da sich die Werte aber regional stark unterschieden, könnten sie in Nordrhein-Westfalen im oberen Bereich liegen, was zu einem kleineren Marktvolumen und damit auch zu einem größeren Marktanteil der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen führe. Eine Aufhebung der Freigabeverordnung nur insoweit, als sie den Regionalmarkt Nordrhein-Westfalen betreffe, komme nicht in Betracht, weil über die Freigabe nur einheitlich entschieden werden könne.

C.

Ohne Erfolg machen die Beteiligten zu 1 bis 3 mit ihren Rechtsbeschwerden geltend, die Beschwerde der Beigeladenen gegen die Freigabeverordnung hätte als unzulässig verworfen werden müssen. Ihre Rüge, das Kammergericht habe ebenso wie das Bundeskartellamt zu Unrecht das seit dem 1. Januar 1999 geltende Recht zugrunde gelegt, ist nicht begründet.

§ 131 Abs. 9 GWB bestimmt, daß die §§ 23 bis 24a GWB a.F. für Zusammenschlüsse fortgelten, die die Umsatzschwelle des § 35 Abs. 1 GWB erreichen, vor Inkrafttreten dieses Gesetzes vollzogen und nicht angezeigt oder noch nicht abschließend vom Bundeskartellamt geprüft worden sind. Der Gesetzeswortlaut läßt zwar mehrere Auslegungen zu, weil durch die abwechselnde Verwendung der Konjunktionen „und“ und „oder“ nicht deutlich wird, welche Merkmale kumula-

tiv und welche Merkmale alternativ vorliegen müssen. Zutreffend hat das Kammergericht diese Bestimmung aber in der Weise ausgelegt, daß für die Geltung des alten Rechts drei Bedingungen erfüllt sein müssen: Erstens muß die Umsatzschwelle des § 35 Abs. 1 GWB erreicht sein; zweitens muß der Zusammenschluß vor dem 1. Januar 1999 vollzogen worden sein; drittens muß es sich um einen Zusammenschluß handeln, der am 1. Januar 1999 entweder noch nicht angezeigt oder – wenn angezeigt – noch nicht abschließend geprüft war. Damit trifft das Gesetz für diejenigen Zusammenschlüsse eine Übergangsregelung, die nach altem Recht anzeige-, aber nicht anmeldepflichtig waren und die schon bei Prüfung durch das Bundeskartellamt vollzogen sein konnten (vgl. KG WuW/E DE-R 451, 452; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 131 Rdn. 9; Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 131 Rdn. 17; anders Jungbluth in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 131 GWB Rdn. 10). In diesen Fällen bestand für den Gesetzgeber ein offensichtlicher Regelungsbedarf (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 13/10633 S. 73), weil ansonsten in diesen Fällen mit Inkrafttreten des neuen Rechts ein Vollzugsverbot mit den Rechtsfolgen des § 41 GWB n.F. gegolten hätte. Hätte der Gesetzgeber – wie die Rechtsbeschwerde der Beteiligten meint – die Anwendung des alten Rechts in all den Fällen sicherstellen wollen, in denen ein Zusammenschluß am 1. Januar 1999 noch nicht abschließend geprüft war, hätte sich eine wesentlich einfachere Formulierung angeboten.

Für diese nach altem Recht lediglich anzeigepflichtigen und bereits vollzogenen Zusammenschlüsse gilt altes Recht, wenn sie am 1. Januar 1999 noch nicht angezeigt waren – für diesen Fall enthält das alte Recht in § 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. eine Bußgeldandrohung – oder wenn an diesem Tage noch nicht abschließend über den Zusammenschluß entschieden worden war. Für einen noch nicht abschließend geprüften Zusammenschluß, der – wie im Streitfall – bereits

nach altem Recht anmeldepflichtig war, enthält das Gesetz keine Übergangsregelung. In diesen Fällen ist vielmehr für das weitere Verfahren neues Recht anzuwenden (Klaue in Immenga/Mestmäcker aaO; a.A. Bechtold aaO § 131 Rdn. 10).

D.

Die Rechtsbeschwerden des Bundeskartellamts und der Beteiligten zu 1 bis 3 haben in der Sache Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht.

I. Die Rechtsbeschwerden rügen mit Recht, daß das Kammergericht die Sache als entscheidungsreif angesehen und die Freigabeverfügung des Bundeskartellamts aufgehoben hat.

1. Das Kammergericht ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, daß es sich bei der Verfügung, mit der das Bundeskartellamt einen angemeldeten Zusammenschluß freigibt, anders als nach früherem Recht (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 31.10.1978 – KVR 3/77, WuW/E 1556, 1561 – Weichschaum III), um einen förmlichen Verwaltungsakt handelt, der von den zum Verfahren beigeladenen, durch die Freigabe in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffenen Dritten mit der Anfechtungsbeschwerde angefochten werden kann. Die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts, wie sie § 42 Abs. 2 VwGO für die Klage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren voraussetzt, braucht jedenfalls derjenige nicht darzutun, der sich für seine Beschwerdebefugnis auf die formelle Stellung als Beigeladener stützen kann (§ 63 Abs. 2 i.V. mit § 54 Abs. 3 GWB; vgl. Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 63 Rdn. 27; Werner in Wiedemann,

Handbuch des Kartellrechts, § 54 Rdn. 27). Dies gilt auch und gerade für die Drittbeschwerde gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügung (vgl. Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker aaO § 40 Rdn. 75 u. 81; Körber, BB 2000, 1532, 1536; Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 40 GWB Rdn. 32; Bosch in Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl., § 40 GWB Rdn. 29; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 759, 763). Zwar ist in der Begründung des Regierungsentwurfs zur 6. GWB-Novelle davon die Rede, Dritte seien künftig beschwerdebefugt, „wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind“ (vgl. BT-Drucks. 13/9720 S. 44). Hieraus kann indessen nicht der Schluß gezogen werden, die kartellrechtliche Beschwerdebefugnis setze in diesen Fällen abweichend von § 63 Abs. 2 GWB eine Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des Dritten voraus (so aber Dormann, Drittklagen im Recht der Fusionskontrolle, S. 103 ff.; dies., WuW 2000, 245, 252 f.; offen Richter in Wiedemann aaO § 21 Rdn. 107). Denn aus der Begründung ergibt sich unmißverständlich, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers Wettbewerber der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen – dem europäischen Beispiel folgend – in der Lage sein sollten, die Freigabeentscheidung anzufechten (vgl. BT-Drucks. 13/9720 S. 44). Gegen eine Freigabeentscheidung der Kommission kann hingegen jeder mit der Nichtigkeitsklage vorgehen, der durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen ist (Art. 230 Abs. 4 EG; dazu ausführlich Dormann, Drittklagen im Recht der Fusionskontrolle, S. 194 ff.; Veelken, WRP 2003, 207, 235 ff.). Dies entspricht im wesentlichen dem auch im deutschen Kartellverwaltungsverfahren anerkannten Erfordernis der materiellen Beschwer, wonach der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung der Kartellbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen nachteilig berührt sein muß (dazu sogleich unter D.I.2.b)).

2. Ebenfalls mit Recht hat das Kammergericht angenommen, daß die Freigabeentscheidung aufgrund der Beschwerde der Beigeladenen nicht uneingeschränkt überprüft werden kann.

a) Eine Einschränkung der Überprüfungscompetenz des Beschwerdegerichts ergibt sich allerdings nicht etwa daraus, daß dem Bundeskartellamt bei der Frage, ob es einen Zusammenschluß untersagt oder freigibt, ein Ermessen zustünde; lediglich bei der Auswahl von Bedingungen und Auflagen, die mit einer Freigabe verbunden werden, kommt ein Ermessen der Kartellbehörde in Betracht (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 40 GWB Rdn. 20 u. 26; Richter in Wiedemann aaO § 21 Rdn. 64).

b) Das Beschwerdegericht, das über die von einem Dritten gegen eine Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB eingelegte Beschwerde zu entscheiden hat, kann jedoch die angefochtene Verfügung nur insoweit überprüfen, als eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen des Beschwerdeführers in Betracht kommt. Denn der als Beigeladener grundsätzlich beschwerdebefugte Dritte (§ 63 Abs. 2 i.V. mit § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) muß durch die Freigabeverfügung formell und materiell beschwert sein (vgl. BGH, Beschl. v. 10.4.1984 – KVR 8/83, WuW/E 2077, 2078 f. – Coop-Supermagazin; Kollmorgen in Langen/Bunte aaO § 63 GWB Rdn. 21; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 63 Rdn. 27; a.A. Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 40 GWB Rdn. 32; Bechtold aaO § 63 Rdn. 6 u. § 40 Rdn. 21). Gleichzeitig beschränkt die Beschwerde den Gegenstand der Überprüfung durch das Beschwerdegericht: Wird der Beschwerdeführer durch den Zusammenschluß nur auf einem von mehreren in Rede stehenden Märkten nachteilig betroffen, muß er dartun, daß die Freigabe gerade in bezug auf diesen Markt nicht gerechtfertigt erscheint.

Im Streitfall steht die Beigeladene als Tabakfachhändlerin zwar im Wettbewerb zu L&T, sie ist jedoch allein im Raum Köln tätig. Die Beigeladene und die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen begegnen sich lediglich auf diesem räumlichen Markt, den das Bundeskartellamt – insoweit in Übereinstimmung mit den Verfahrensbeteiligten – im Bundesland Nordrhein-Westfalen gesehen hat. Die Aufhebung der angefochtenen Freigabeentscheidung kommt daher nur in Betracht, wenn die Annahme des Bundeskartellamts, der Zusammenschluß führe auf diesem Markt nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen, sich nicht als zutreffend erweist.

3. Zu Unrecht hat sich das Kammergericht auf den Standpunkt gestellt, eine Freigabeverfügung sei im Beschwerdeverfahren bereits dann aufzuheben, wenn sich herausstellt, daß die Grundlagen der Entscheidung nicht tragfähig sind und eine Untersagung ernsthaft in Betracht kommt. Damit ist das Kammergericht von dem das kartellrechtliche Beschwerdeverfahren ebenso wie den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsgrundsatz abgewichen, dem zufolge das Gericht den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat (vgl. § 70 Abs. 1 GWB, § 86 Abs. 1 VwGO; BGHZ 59, 42, 50 – Stromtarif; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 70 Rdn. 1). Die vom Kammergericht angeführten Erwägungen rechtfertigen im Streitfall eine Ausnahme von diesem Grundsatz nicht.

a) Das Kammergericht hat angenommen, der Umfang der dem Beschwerdegericht obliegenden Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts hänge im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle davon ab, ob sich die Beschwerde gegen eine Untersagungs- oder gegen eine Freigabeverfügung richte. Dahinter steht die Erwägung, daß im Falle der Aufhebung der Freigabeverfügung die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB von neuem zu laufen beginnt (§ 40

Abs. 6 GWB), die Kartellbehörde folglich Gelegenheit hat, den Sachverhalt erneut nach den Vorgaben des Beschwerdegerichts zu ermitteln und zu entscheiden. Dagegen führt die rechtskräftige Aufhebung einer Untersagungsverfügung zu einer faktischen Freigabe des Zusammenschlusses, weil zu diesem Zeitpunkt die Viermonatsfrist regelmäßig abgelaufen ist. Dieser Unterschied rechtfertigt indessen die vom Kammergericht angenommene Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes nicht.

Das Kammergericht ist von der unzutreffenden Vorstellung ausgegangen, daß die Verpflichtung des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts im Falle der Anfechtung einer fusionskontrollrechtlichen Untersagungsverfügung nur ausnahmsweise so weit reicht, weil die Aufhebung der Verfügung der endgültigen Freigabe gleichkomme. Das ist indessen nicht der Fall. Vielmehr verpflichtet das Gesetz das Beschwerdegericht generell in Fällen der Überprüfung einer fusionskontrollrechtlichen Entscheidung der Kartellbehörde, den Sachverhalt zu ermitteln und erst im Falle der Spruchreife zu entscheiden (vgl. für das verwaltungsgerichtliche Verfahren BVerwGE 78, 177, 180 f.; 85, 368, 379 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 113 Rdn. 193 ff.; Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Jan. 2003, § 161 Rdn. 8). Dabei ist allerdings zu beachten, daß das Beschwerdegericht nur eine kassatorische Entscheidung treffen kann; es kann die Verfügung der Kartellbehörde nur aufheben, ist also nicht befugt, anstelle der Kartellbehörde eine eigene, als sachdienlich angesehene Entscheidung zu treffen (BGHZ 41, 42, 54 f. – Fensterglas; BGH, Beschl. v. 3.4.1975 – KVR 1/74, WuW/E 1345, 1346 – Polyester-Grundstoffe; BGHZ 67, 104, 110 f. – Vitamin B 12; BGH, Beschl. v. 25.10.1988 – KVR 1/87, WuW/E 2535, 2541 – Lüsterbehangsteine; Beschl. v. 18.5.1993 – KVZ 10/92, WuW/E 2869, 2871 – Pauschalreisen-Vermittlung II). Die Aufhebung der Entscheidung der Kartellbehörde

setzt indessen grundsätzlich voraus, daß diese Entscheidung rechtswidrig ist (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO; BGHZ 67, 104, 111 – Vitamin B 12).

Geht es um die Untersagung eines Zusammenschlusses, muß das Beschwerdegericht im allgemeinen die tatsächlichen Voraussetzungen der Untersagung ermitteln; die Aufhebung setzt im Regelfall voraus, daß der Sachverhalt, den das Bundeskartellamt der Untersagung zugrunde gelegt hat, nicht die Untersagung, sondern die Freigabe rechtfertigt. Ist dagegen eine Freigabeentscheidung angefochten, ist Voraussetzung für die Aufhebung dieser Entscheidung im allgemeinen, daß nach dem zugrundezulegenden Sachverhalt der Zusammenschluß hätte untersagt werden müssen. Sind für die Spruchreife noch weitere Ermittlungen erforderlich, so sind sie im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durchzuführen. Dies bedeutet indessen nicht, daß das Beschwerdegericht selbst ermitteln muß. Die ergänzenden Ermittlungen können vielmehr auch von der Kartellbehörde – sei es von sich aus oder nach einer entsprechenden Aufforderung von seiten des Beschwerdegerichts – durchgeführt werden. Ihr stehen hierfür – entgegen den insofern geäußerten Bedenken (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 900, 902 ff.) – dieselben hoheitlichen Befugnisse (§ 59 Abs. 1 und 6 GWB) zur Seite wie im Verwaltungsverfahren (KG WuW/E OLG 2767, 2769 f.; WuW/E OLG 3821, 3824 f.). Zwar geht das Gesetz als Regelfall davon aus, daß im gerichtlichen Verfahren das Gericht und nicht die Kartellbehörde ergänzend ermittelt. Doch es entspricht einer bewährten Übung, daß umfangreichere Ermittlungen, mit denen die hierfür nicht ausgestatteten Beschwerdegerichte überfordert wären, von der Kartellbehörde durchgeführt werden. Der Gesetzeswortlaut steht dem nicht entgegen; denn die Ermittlungen erfolgen in Erfüllung der den Kartellbehörden für „Verwaltungssachen“ (vor §§ 54 bis 80 GWB) übertragenen Aufgaben (§ 59 Abs. 1 GWB). Zwar steht die Bestimmung über Auskunftsverlangen der Kartellbehörde heute nicht mehr in dem Teil des Gesetzes, in dem die Aufgaben der Kar-

tellbehörden geregelt sind (§§ 44 bis 47 GWB a.F.), sondern in dem Unterabschnitt über das Verfahren vor den Kartellbehörden (§§ 54 bis 62 GWB). Eine sachliche Änderung hat der Gesetzgeber damit jedoch nicht herbeiführen wollen, zumal sich die während des Beschwerdeverfahrens nachgeholte Ermittlungstätigkeit ohne weiteres als Teil des kartellbehördlichen Verfahrens verstehen läßt.

b) Das Beschwerdegericht ist allerdings nicht unter allen Umständen genötigt, die Spruchreife herbeizuführen. Es kann in besonders gelagerten Fällen die kartellbehördliche Verfügung allein wegen der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen aufheben. Ist eine Sachverhaltsaufklärung durch die Behörde vollständig unterblieben oder erweisen sich die Ermittlungen der Kartellbehörde als unverwertbar, weil die rechtliche Beurteilung des Beschwerdegerichts ganz andere Ermittlungen erfordert, kann das Beschwerdegericht die angefochtene Verfügung ausnahmsweise auch ohne Herbeiführung der Spruchreife aufheben, um der Kartellbehörde Gelegenheit zu geben, diese Ermittlungen in einem neuen Verwaltungsverfahren nachzuholen (KG WuW/E OLG 1321, 1323; WuW/E OLG 2140, 2141 f.; Kollmorgen in Langen/Bunte aaO § 70 GWB Rdn. 3; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 71 Rdn. 19; Bechtold aaO § 71 Rdn. 5). Eine solche Übung kann sich auf eine entsprechende Anwendung von § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO stützen; dort ist ausdrücklich geregelt, daß das Gericht – wenn es eine weitere Sachaufklärung für erforderlich hält – den Verwaltungsakt aufheben kann, um die weiteren Ermittlungen in einem neuen Verwaltungsverfahren durchzuführen (dazu Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner aaO § 113 Rdn. 46; Eyermann/Jörg Schmidt, VwGO, 11. Aufl., § 113 Rdn. 21; Kopp/Schenke aaO § 113 Rdn. 163 ff.).

c) Eine solche ähnlich wie eine Zurückverweisung wirkende Entscheidung – die Begründung des entsprechenden Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung

der Verwaltungsgerichtsordnung spricht untechnisch von einer „Zurückverweisung der Streitsache an die Verwaltungsbehörden“ (BT-Drucks. 11/7030, S. 1) – ist freilich an enge Voraussetzungen gebunden. Insbesondere muß eine derartige Aufhebung – wie § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausdrücklich festlegt – auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich sein. Die Rechtsbeschwerden rügen mit Erfolg, daß diese Voraussetzung im Streitfall nicht vorliegt.

aa) An der Sachdienlichkeit fehlt es meist schon deswegen, weil auch im gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit besteht, die noch erforderlichen Ermittlungen durch die Kartellbehörde durchführen zu lassen (dazu oben unter D.I.3.a) a.E.; vgl. auch Kollmorgen in Langen/Bunte aaO § 70 GWB Rdn. 4). Im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle kommt hinzu, daß eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung mit dem Ziel, weitere Ermittlungen zu ermöglichen, in aller Regel nicht mit dem Gebot der besonderen Verfahrensbeschleunigung in Einklang zu bringen ist, das in den Fristenregelungen für das kartellbehördliche Verfahren (§ 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB) zum Ausdruck kommt. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen die an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen innerhalb der noch überschaubaren Frist von fünf Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung des Vorhabens Gewißheit darüber erlangen, ob der Zusammenschluß zulässig ist oder nicht. Damit soll dem berechtigten Interesse der Unternehmen Rechnung getragen werden, die Zeit der Ungewißheit über einen geplanten Zusammenschluß möglichst kurz zu halten. Untersagt die Kartellbehörde den Zusammenschluß, müssen die beteiligten Unternehmen die mit einer gerichtlichen Überprüfung dieser Entscheidung verbundenen weiteren Verzögerungen bis zur endgültigen Klärung in Kauf nehmen. Die durch die 6. GWB-Novelle geschaffene Möglichkeit der Anfechtung von Freigabeentscheidungen hat jedoch dazu geführt, daß sich auch bei einer Freigabe des Zusammenschlusses die Zeit

der Ungewißheit erheblich verlängern kann. Denn im Falle der rechtskräftigen Aufhebung einer Freigabeverfügung läuft die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB von neuem (§ 40 Abs. 6 GWB). Zwar hat der Gesetzgeber den Gerichten keine entsprechenden Fristen gesetzt, innerhalb deren sie über die Beschwerde (oder Rechtsbeschwerde) zu entscheiden haben. Doch läßt sich dem gesetzlichen Rahmen ein besonderes Beschleunigungsgebot entnehmen. Eine Aufhebung der Freigabeentscheidung ohne Herbeiführung der Spruchreife ist mit diesem Gebot grundsätzlich nicht zu vereinbaren. Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein angemeldeter Zusammenschluß nach erfolgter Freigabe im allgemeinen und so auch im Streitfall vollzogen wird. Führt das nach Aufhebung der Freigabe notwendig werdende erneute kartellbehördliche Verfahren zu einer Untersagung, muß der vollzogene Zusammenschluß entflochten werden, was die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in um so größere Schwierigkeiten bringt, je mehr Zeit seit dem Vollzug verstrichen ist. Da für das erneute Verfahren die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Entscheidung zugrunde zu legen sind, kann es zu einer solchen Untersagung des Zusammenschlusses auch in einem Fall kommen, in dem die ursprüngliche Freigabe aufgrund der damaligen Verhältnisse zu Recht erfolgt ist.

bb) Auch im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren kommt eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung ohne Herbeiführung der Spruchreife grundsätzlich nur innerhalb der Frist in Betracht, die § 113 Abs. 3 Satz 4 VwGO für eine solche Entscheidung setzt. Soll daher die Entscheidung der Kartellbehörde aufgehoben werden, ohne daß die Sache spruchreif ist, muß dies im allgemeinen innerhalb von sechs Monaten seit Eingang der behördlichen Verfahrensakten bei Gericht geschehen. Keinesfalls ist eine solche Entscheidung sachdienlich, wenn – wie im Streitfall – seit Eingang der Verfahrensakten beim Beschwerdegericht nahezu zwei Jahre vergangen sind.

cc) Unabhängig davon rechtfertigen die Umstände des Streitfalls eine „Zurückverweisung“ der Sache zur weiteren Aufklärung nicht.

Das Kammergericht hat die angefochtene Freigabeentscheidung aus zwei Gründen als nicht tragfähig erachtet. Zum einen sei die räumliche Marktabgrenzung nicht hinreichend empirisch abgesichert. Wie das Kammergericht an anderer Stelle zutreffend erkannt hat, stand jedoch nur noch die fusionskontrollrechtliche Beurteilung hinsichtlich desjenigen (regionalen) Marktes zur Überprüfung, in dem auch die Beigeladene tätig ist. Dies war sowohl nach Auffassung des Bundeskartellamtes als auch nach Ansicht der Beigeladenen das Gebiet des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen. Die räumliche Abgrenzung des hier allein noch relevanten Marktes stand also nicht im Streit. Unabhängig davon läßt die räumliche Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt keinen Rechtsfehler erkennen.

Zum anderen hat das Kammergericht beanstandet, daß die Nachfragebeziehungen zwischen Tabakwarengroß- und -einzelhandel nicht aufgeklärt worden seien; der Mittelwert, den das Bundeskartellamt aufgrund von stichprobenartig eingeholten Auskünften gebildet habe, sei nicht notwendig für den räumlichen Markt des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen zutreffend. Diese Bedenken hat das Kammergericht den Parteien mit Verfügung vom 21. Februar 2001 mitgeteilt, nachdem ihm die vollständigen Verfahrensakten bereits im Juli 1999 vorgelegt worden waren und im Mai 2000 bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 9. Mai 2001 hatte das Bundeskartellamt die Ermittlungen zu den Marktanteilen bereits weitgehend abgeschlossen. Teilweise waren die Antworten auf die im März 2001 herausgeschickten Auskunftersuchen jedoch noch nicht eingegangen. Der Vertreter des Bundeskartellamts trug die entsprechenden Teilergebnisse vor und kündigte an, die vollständigen Ergebnisse der Nachermittlungen nachzureichen. Unter diesen

Umständen hätte das Kammergericht dem Bundeskartellamt eine angemessene Frist für die Vorlage der weiteren Ermittlungsergebnisse setzen und auf diese Weise die Spruchreife herstellen müssen. Der damit verbundene – im übrigen nicht dem Bundeskartellamt anzulastende – Zeitverlust steht in keinem Verhältnis zu der Verzögerung, zu der ein neues Verwaltungsverfahren der Kartellbehörde führen würde.

4. Unter diesen Umständen kann die Entscheidung des Kammergerichts, durch die die Freigabeverfügung des Bundeskartellamts aufgehoben worden ist, keinen Bestand haben.

II. Eine endgültige Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt. Vielmehr ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Kammergericht zurückzuverweisen.

1. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3 kann die Beschwerde der Beigeladenen nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, das Kammergericht habe an die Darlegung der Marktverhältnisse im Regionalmarkt Nordrhein-Westfalen überzogene Anforderungen gestellt. Aus Rechtsgründen ist nicht zu beanstanden, daß das Kammergericht insofern eine genauere Darlegung verlangt und insbesondere gefordert hat, die Marktanteile des Lebensmittelgroßhandels dürften nicht lediglich aufgrund stichprobenartiger Erhebungen geschätzt, sondern müßten für diesen Markt ermittelt werden.

2. Auch eine Teilbestätigung der Freigabe – etwa bezogen auf alle Regionalmärkte mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen – kommt nicht in Betracht. Denn die Freigabeentscheidung ist in vollem Umfang aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung in einem der verschiedenen räumlichen

Märkte vorliegen, wenn also der Zusammenschluß in einem der Märkte eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Eine Teilaufhebung der Freigabe käme nur in Betracht, wenn auch die Teiluntersagung eines Zusammenschlusses zulässig wäre. Dies ist grundsätzlich nicht der Fall (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 40 GWB Rdn. 6; Bosch in Gemeinschaftskommentar aaO § 40 GWB Rdn. 34 f.; Bechtold aaO § 40 Rdn. 27; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker aaO § 40 Rdn. 40; ferner BGH, Beschl. v. 10.12.1991 – KVR 2/90, WuW/E 2731, 2734 – Inlandstochter; Beschl. v. 29.9.1981 – KVR 2/80, WuW/E 1854, 1862 – Zeitungsmarkt München [insoweit nicht in BGHZ 82, 1]). Nur unter zwei Gesichtspunkten kommt eine Teilbarkeit eines Zusammenschlusses in Frage: Zum einen kann in der Freigabe unter Bedingungen oder Auflagen (§ 40 Abs. 3 GWB) eine Teiluntersagung gesehen werden; sie setzt in der Regel die Mitwirkung der beteiligten Unternehmen voraus und kann nur durch die Kartellbehörde, nicht durch das Beschwerdegericht ausgesprochen werden (vgl. Bechtold aaO § 40 Rdn. 18 u. 27). Zum anderen kommt eine Teiluntersagung immer dann in Betracht, wenn die Kommission einen Fall der Zusammenschlußkontrolle teilweise an das Bundeskartellamt verwiesen hat (Art. 9 Abs. 3 Satz 1 lit. b und Satz 3 FKVO); unabhängig davon mag eine Teiluntersagung bei Auslandszusammenschlüssen in Erwägung zu ziehen sein (dazu Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 40 GWB Rdn. 8). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerden der Beteiligten kann eine darüber hinausgehende Möglichkeit der Freigabe eines Teils eines Zusammenschlusses auch nicht der gesetzlichen Regelung in § 40 Abs. 6 GWB entnommen werden, die für den Fall gilt, daß „eine Freigabe ... durch gerichtlichen Beschluß ... ganz oder teilweise aufgehoben“ wird. Die Vorschrift ist dem Vorbild des Art. 10 Abs. 5 FKVO nachgebildet (Begründung des RegE zur 6. GWB-Novelle BT-Drucks. 13/9720 S. 60); ihr läßt sich nichts für eine weitergehende Teilbarkeit der Freigabeentscheidung entnehmen.

III. Die angefochtene Entscheidung des Beschwerdegerichts ist danach aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Im wiedereröffneten Beschwerdeverfahren wird das Bundeskartellamt Gelegenheit haben, die vom Kammergericht für notwendig befundenen, inzwischen offenbar abgeschlossenen Ermittlungen zur Frage des Marktvolumens in Nordrhein-Westfalen vorzulegen. Seiner Entscheidung wird das Kammergericht die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Freigabeverfügung zugrunde zu legen haben. Zwar handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats bei einer Verfügung, durch die ein Zusammenschluß untersagt wird, um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, bei dessen Überprüfung durch das Beschwerdegericht tatsächliche Veränderungen bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen sind (BGHZ 88, 273, 278 – Springer/Elbe-Wochenblatt II; BGH, Beschl. v. 22.9.1987 – KVR 5/86, WuW/E 2433, 2438 – Gruner + Jahr/Zeit; kritisch dazu Lieberknecht, AG 1988, 151, 158). Auf die Freigabeverfügung können diese Grundsätze aber nicht übertragen werden. Eine solche Entscheidung beansprucht keine Dauerwirkung; sie enthält eine Aussage vielmehr nur für den Zeitpunkt, zu dem sie getroffen wird (vgl. Dormann, Drittklagen im Recht der Fusionskontrolle, S. 172 f.). Im übrigen wäre eine Berücksichtigung der tatsächlichen Veränderungen für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in hohem Maße unbillig. Ist ein Zusammenschluß zu Recht freigegeben worden, darf nicht die – nach den tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit der Freigabe unbegründete – Beschwerde eines Dritten dazu führen, daß den Zusammenschlußbeteiligten der zu Recht gewährte Vorteil der Freigabe wieder aberkannt wird, nur weil sich – möglicherweise nach mehreren Jahren – die Wettbewerbslage durch ein kartellrechtlich unbedenkliches internes Wachstum dieser Unternehmen zu ihren Gunsten verändert hat.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum