



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 16/99

Verkündet am:  
21. November 2000  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein  
BGHR:                   ja

- Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel -

GWB § 37 Abs. 1 Nr. 4 F.: 26. August 1998

GWB § 23 Abs. 2 Nr. 6 F.: 20. Februar 1990

- a) Der Zusammenschlußtatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. (§ 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F.) erfaßt auch einen Anteilserwerb bei Unternehmen verschiedener Handelsstufen.

b) Im Sinne dieses Zusammenschlußtatbestandes setzt das Merkmal des wettbewerblich erheblichen Einflusses nicht voraus, daß der Erwerber der Minderheitsbeteiligung seine wettbewerblichen Interessen in allen Belangen rechtlich oder tatsächlich durchsetzen kann. Für die Anwendung der Vorschrift genügt, daß nach Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, daß der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum läßt.

BGH, Beschl. v. 21. November 2000 - KVR 16/99 - Kammergericht

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2000 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Hirsch und die Richter Dr. Melullis, Prof. Dr. Goette, Ball und die Richterin Dr. Tepperwien

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Kartellsenats des Kammergerichts vom 28. Oktober 1998 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen, die auch die außergerichtlichen Kosten der Verfahrensbeteiligten zu 4 und zu 5 zu tragen hat.

Der Wert des Gegenstandes des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 3,5 Millionen DM festgesetzt.

Von Rechts wegen

Gründe:

I. Die Betroffene (im folgenden: ASV AG) wendet sich gegen die Untersagung des Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung an der Stilke Buch- und Zeitschriftenhandelsgesellschaft mbH (Verfahrensbeteiligte zu 1, im folgenden: Stilke) seitens der ASV AG.

Stilke ist ein Presse-Einzelhandelsunternehmen mit 67 vorwiegend auf Fern- und Stadtbahnhöfen im norddeutschen Raum gelegenen Verkaufsstellen. Neben Zeitungen, Zeitschriften und Büchern vertreibt das Unternehmen Tabak- und Süßwaren, Reise- und Geschenkartikel sowie weitere Waren. Im Jahre 1995 erreichte es einen Umsatz von 151 Mio. DM, von denen etwa 45 % auf den Umsatz mit Zeitungen und Zeitschriften sowie weitere 10 % auf Bücher entfallen sind. Von dem Bruttoumsatz im bundesweiten Bahnhofsbuchhandel erreicht Stilke einen Anteil von 10,6 %.

Die Gesellschaftsanteile an Stilke wurden bis Ende 1996 von den zur Douglas-Gruppe gehörenden Verfahrensbeteiligten zu 2 und 3 gehalten.

Die ASV AG beschäftigt sich vorwiegend mit Verlag und Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften. Sie erzielte im Jahre 1996 einen Umsatz von 4,43 Mrd. DM. Von ihren jährlichen Umsätzen entfallen durchschnittlich 85 % auf Zeitungen und Zeitschriften. In Hamburg gibt sie die lokale Ausgabe der "Bildzeitung" als Straßenverkaufszeitung heraus. Auf dem Markt für Straßenverkaufszeitungen liegt ihr Anteil bundesweit bei 75 %; in Hamburg beträgt er 71,6 %. Von ihr oder von mit ihr verbundenen Unternehmen werden ferner die Abonnementszeitung "Die Welt" und die regionalen Abonnementszeitungen

"Hamburger Abendblatt" und "Bergedorfer Zeitung" herausgegeben. Zu ihrem Konzern gehörende Unternehmen geben im Hamburger Umland die "Elmshorner Nachrichten" heraus. Ferner hält sie von den Geschäftsanteilen der "Lübecker Nachrichten" 49 % direkt und 4,3 % indirekt. Im norddeutschen Raum verfügt sie zudem über Minderheitsbeteiligungen an den "Harburger Anzeigen und Nachrichten", den "Kieler Nachrichten" sowie dem "Pinneberger Tageblatt" und der "Segeberger Zeitung". Die ASV AG bzw. mit ihr verbundene Unternehmen geben in Hamburg weiter die Anzeigenblätter "Hamburger Wochenblatt", "Bille Wochenblatt" und "Niendorfer Wochenblatt" heraus. Bei den Abonnementszeitungen erreichen die ASV AG und die mit ihr verbundenen Unternehmen in Hamburg einen Marktanteil von über 90 %; auf dem Anzeigenmarkt in Hamburg beträgt dieser Anteil mehr als 80 %.

Über ihre Verlagstätigkeit hinaus ist die ASV AG unter anderem auch im Vertrieb von Presse-Erzeugnissen tätig. So ist sie mehrheitlich an einem der beiden Hamburger Pressegrossisten, der Buch- und Presse-Großvertrieb Hamburg GmbH & Co. (im folgenden: Buch und Presse) beteiligt. Buch und Presse hat 1995 durch Vertrag die Remittendenbearbeitung für Stilke übernommen.

Als sich die Douglas-Gruppe Ende 1995/Anfang 1996 entschloß, ihre Beteiligung an Stilke zu veräußern, zeigte sich die ASV AG zunächst am Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung interessiert. Sie hat dieses Vorhaben fallengelassen, nachdem das Bundeskartellamt dagegen fusionsrechtliche Bedenken erhoben hatte. Im weiteren Verlauf veräußerten die Verfahrensbeteiligten zu 2 und 3 ihre Geschäftsanteile an Stilke dann in zwei Verträgen vom 13. November 1996 mit Wirkung zum 1. Januar 1997 zu 24 % an die ASV AG

und zu 76 % an eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Schweizer Valora Holding AG (im folgenden: Valora). Der Abschluß der Verträge erfolgte jeweils unter der aufschiebenden Bedingung, daß auch der andere Vertrag über die Veräußerung der Anteile abgeschlossen würde. Die Verträge sahen zudem ein Rücktrittsrecht der Veräußerer für den Fall vor, daß der jeweils andere Vertrag nicht wirksam werde. In dem Vertrag mit Valora hatte sich diese ferner ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten, daß der Vertrag mit der ASV AG nicht wirksam sein sollte.

Valora ist ein europaweit tätiger Konsumgüter- und Dienstleistungskonzern. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit lag bislang in der Schweiz. Die Umsatzerlöse beliefen sich 1996 etwa auf 2,9 Mio. sfr. Valora betreibt über ihre Tochtergesellschaft Kiosk AG etwa 1.400 der Kioske in der deutschsprachigen Schweiz und beliefert zudem etwa 4.600 nicht von ihr betriebene Verkaufsstellen mit Zeitungen, Zeitschriften und Süßwaren. Die Umsätze der Kiosk AG mit Presseartikeln, Büchern, Tabak und Süßwaren belaufen sich auf etwa 1,3 Mrd. sfr. In Deutschland hat Valora zum 1. Januar 1998 die Bahnhofsbuchhandels-Gruppe Sussmann's Presse & Buch GmbH in München übernommen.

Mit seinem Beschluß vom 6. November 1997 hat das Bundeskartellamt den "Zusammenschluß zwischen der Axel Springer Verlag AG und der Stilke Buch- und Zeitschriftenhandelsgesellschaft mbH" untersagt (WuW/E DE-V 1 - ASV/Stilke). Gegen diese Entscheidung hat die ASV AG Beschwerde eingelegt, die das Kammergericht zurückgewiesen hat (WuW/E DE-R 270 - ASV/Stilke). Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der ASV AG, mit der sie ihren Antrag auf Aufhebung der Untersagungsverfügung weiterverfolgt.

Das Bundeskartellamt sowie die Beigeladenen zu 1 und 2 (Verfahrensbeteiligte zu 4 und 5) treten dem Rechtsmittel entgegen.

II. Die zulässige Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Nach Auffassung des Kammergerichts sind bei dem Erwerb von 24 % der Anteile an Stilke durch die ASV AG die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. erfüllt, so daß das Bundeskartellamt diesen Zusammenschluß zu Recht nach § 24 Abs. 1 GWB a.F. untersagt habe. Mit der Regelung in § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. habe der Gesetzgeber einen weiteren Auffangtatbestand im System der Zusammenschlußtatbestände geschaffen, der auch auf vertikale Beteiligungen anzuwenden sei. Die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses im Sinne der Vorschrift sei gegeben, wenn der Anteilserwerb eine Einflußnahme auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens eröffne und den Erwerber in die Lage versetze, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen. Das sei hier der Fall.

Die ASV AG verbinde mit dem Anteilserwerb das Interesse, auf die Stufe des Presse-Einzelhandels vorzudringen. Auf diese Weise könne sie den Absatz ihrer Erzeugnisse, etwa durch vorteilhafte Plazierung, zum Nachteil der Konkurrenz wirksam fördern. Ihre Stellung als Gesellschafterin verschaffe ihr Informationsmöglichkeiten, die für die Beurteilung und Beeinflussung des Marktgeschehens von Bedeutung seien. Sie habe weiter die Möglichkeit, Maßnahmen der Geschäftspolitik zur Beschlußfassung zu stellen. Hierbei sei anzunehmen, daß die Mehrheitsgesellschafterin Valora Werbestrategien, die der ASV AG zugute kämen, jedenfalls solange mittragen werde, wie sie sich nicht als wirtschaftlicher Mißerfolg erwiesen. Für die Annahme einer entsprechenden

Bereitschaft von Valora sprächen insbesondere der parallele Anteilserwerb und die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts zugunsten von Valora für den Fall, daß die Beteiligung der ASV AG scheitere. Valora erhoffe sich zudem von der ASV AG, daß diese ihre besonderen Kenntnisse im Verlagswesen und im Pressevertrieb in Hamburg einbringe. Darüber hinaus rechtfertigten auch die bestehenden geschäftlichen Beziehungen beim Vertrieb von Verlagserzeugnissen der ASV AG durch Valora in der Schweiz die Annahme einer Bereitschaft zur Kooperation auf seiten von Valora. Schließlich habe die ASV AG durch ihre räumliche Nähe zu den Verkaufsstellen von Stilke gegenüber der in der Schweiz ansässigen Valora eher die Möglichkeit, ihre wettbewerblichen Interessen zur Geltung zu bringen. Daß bislang keine konkreten Tendenzen für eine der ASV AG günstige Geschäftspolitik von Stilke zu erkennen seien, berühre die rechtliche Beurteilung nicht.

Der Zusammenschluß verstärke die marktbeherrschende Stellung der ASV AG auf dem Markt für Straßenverkaufszeitungen, wobei dessen räumliche Abgrenzung offenbleiben könne. Insoweit reiche aus, daß die Marktposition zum Nachteil aktueller oder potentieller Wettbewerber konsolidiert werde. Verstärkt werde auch die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für regionale Abonnementszeitungen im Großraum Hamburg und auf dem Hamburger Zeitungsanzeigenmarkt. Eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf diesen Märkten sei durch den Zusammenschluß nicht zu erwarten; vielmehr gefährde das Eindringen eines großen Zeitungs- und Zeitschriftenverlages in den Einzelhandel die Neutralität des Pressevertriebs.

2. Diese Beurteilung greift die Rechtsbeschwerde im Ergebnis ohne Erfolg an. Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts begegnet im Hin-

blick auf die bei ihrem Erlaß geltende Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keinen durchgreifenden Bedenken. Die am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Neuregelungen aufgrund der 6. GWB-Novelle haben insoweit mit § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. eine Änderung der Rechtslage nicht mit sich gebracht.

a) Zutreffend ist das Kammergericht davon ausgegangen, daß die Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. im vorliegenden Fall nicht daran scheitert, daß die ASV AG mit dem vom Bundeskartellamt beanstandeten Erwerb nicht Anteile an einem Wettbewerber, sondern an einem Unternehmen der nachgeordneten Handelsstufe erworben hat. Zwar sollten mit der Einfügung des Zusammenschlußtatbestandes nach dieser Vorschrift durch die 5. GWB-Novelle nach der Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere Fälle der Minderheitsbeteiligung an einem Wettbewerber, also im Horizontalverhältnis, erfaßt werden (vgl. BT-Drucks. 11/4610 S. 13 und 19). Eine Beschränkung auf horizontale Verbindungen ist jedoch weder dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen noch ergibt sie sich aus deren Entstehungsgeschichte (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum Kartellrecht, 8. Aufl., § 23 GWB Rdn. 48; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 23 Rdn. 242; Möschel, ZRP 1989, 371, 376; Bechtold, BB 1990, 357, 361; Schillinger, Der neue Zusammenschlußtatbestand § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB in der Fusionskontrolle, Diss. Tübingen 1993, S. 129; Monopolkommission, Hauptgutachten XII (1996/1997), Tz. 347; siehe auch Paschke in Frankfurter Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 23 Rdn. 101; anders Gerlach, WRP 1989, 289, 294).

Durch den Zusammenschlußtatbestand nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. wurde der Bereich der Fusionskontrolle erweitert. Ziel des Gesetzgebers

war es unter anderem, die Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen zu verbessern (vgl. BT-Drucks. 11/4610, S. 13 und 19 f.; siehe auch Stein, Der wettbewerblich erhebliche Einfluß in der Fusionskontrolle, 1994, S. 66 f. m.w.N.; Paschke, Der Zusammenschlußbegriff des Fusionskontrollrechts, 1989). Nach dem bis dahin geltenden Recht unterlag der Erwerb einer Beteiligung von weniger als 25 % einer Fusionskontrolle nur, wenn dem Erwerber durch Vertrag, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Beschluß eine Rechtsstellung verschafft wurde, wie sie bei der Aktiengesellschaft ein Aktionär mit mehr als 25 % des stimmberechtigten Kapitals innehat (§ 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB a.F.), oder wenn er - allein oder mit anderen Unternehmen - einen beherrschenden Einfluß erlangte (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F.). Demgegenüber ist durch § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. eine Zusammenschlußkontrolle bei einer Beteiligung von weniger als 25 % insbesondere für den Fall eröffnet worden, daß der Erwerber eine Rechtsstellung nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 GWB a.F. nicht erhalten hat und ihm auch ein beherrschender Einfluß im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. nicht eröffnet wird.

Von diesem beherrschenden Einfluß ist, wie das Kammergericht zutreffend ausgeführt hat, der wettbewerblich erhebliche Einfluß abzugrenzen, an den § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. die kartellrechtliche Untersagung eines Erwerbs knüpft. Wie sich schon aus dem unterschiedlichen Wortlaut der Regelung ergibt, verlangt der danach relevante Einfluß die Möglichkeit einer Beherrschung des Unternehmens, an dem die Beteiligung erworben wird, nicht. Ausreichend ist vielmehr die Möglichkeit einer durch den Erwerb vermittelten Einflußnahme. Anders als bei § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. muß sich die Möglichkeit dieser Einflußnahme nicht auf das gesamte Wettbewerbspotential des Beteiligungsunternehmens beziehen. Es genügt, wenn dieses infolge der Be-

teiligung auch von dem Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblichen Zwecke, etwa wie hier für ein Eindringen in die nachgelagerte Handelsstufe, nutzbar gemacht und eingesetzt werden kann.

b) Die Möglichkeit einer Einflußnahme in diesem Sinne hat das Kammergericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei bejaht. Dabei kann dahinstehen, ob seiner von der Rechtsbeschwerde beanstandeten Annahme zu folgen ist, mit dem Erwerb der Anteile habe die ASV AG nicht das Ziel verfolgt, über den Einsatz von Kapital eine möglichst hohe Rendite zu erzielen. Allerdings zielt - worauf die ASV AG im rechtlichen Ansatz zu Recht hinweist - die Fusionskontrolle nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. nicht auf einen allein Renditezwecken dienenden Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen. Ihrer Zweckbestimmung nach bildet sie eine flankierende Maßnahme zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen der Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs infolge der durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung vermittelten Einflußmöglichkeiten. Kommt es dem Erwerber neben der zu erwartenden Rendite aber auch und gerade auf eine wettbewerbliche Einflußnahme im Sinne der Vorschrift an, so werden die von dem Anteilserwerb ausgehenden Gefahren für den Wettbewerb, deren Abwehr § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. dient, von der mit dem Erwerb auch verfolgten Renditeabsicht nicht beseitigt. Daher fehlt es an einer Rechtfertigung dafür, einen solchen Erwerb von der Anwendung der Vorschrift auszunehmen.

Von daher begegnet die Annahme des Kammergerichts, die Beteiligung der ASV AG an Stilke sei nicht lediglich eine der Fusionskontrolle nicht unterworfenen Kapitalanlage, keinen durchgreifenden Bedenken. Ihm ist vielmehr darin beizupflichten, daß die durch diese Beteiligung vermittelten Einflußmög-

lichkeiten zur Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. führen. In diesem Zusammenhang hat es zutreffend auf die von ihm rechtsfehlerfrei in tatrichterlicher Würdigung festgestellten mehrfachen Versuche der ASV AG hingewiesen, Beteiligungen an Presse-Vertriebsunternehmen zu erwerben, und daraus zu Recht den Schluß gezogen, daß sie auf diese Weise auch auf die nachgeordneten Handelsstufen vordringen wollen. Dabei ist es der ASV AG, wie der zunächst unternommene Versuch eines Erwerbs der Mehrheit der Anteile an Stilke belegt, auch darum gegangen, auf dieser Stufe Einfluß auf die Geschäftstätigkeit zu gewinnen. Von diesem Erwerb hat sie nach den Feststellungen der angefochtenen Entscheidung, denen die Rechtsbeschwerde nicht entgegentritt, erst Abstand genommen, als das Bundeskartellamt gegenüber der Beteiligung Bedenken geäußert hatte. Ein weiteres Vorhaben, bei dem die ASV AG sämtliche Anteile an einem anderen Unternehmen der gleichen Handelsstufe wie Stilke, der PSG-Postdienst Service GmbH mit 246 Verkaufsstellen des Presse-Einzelhandels einschließlich 31 Bahnhofsbuchhandlungen in den neuen Bundesländern, erwerben wollte, wurde ihr durch bestandskräftige Entscheidung der Kartellbehörde untersagt (WuW/E BKartA 2909 - ASV/Postdienst-Service).

Daß der Erwerb von 24 % der Anteile an Stilke der ASV AG die Möglichkeit einer den gesetzlichen Tatbestand ausfüllenden, auf Dauer angelegten Einflußnahme eröffnet, ergibt sich bereits aus der aus dem festgestellten Sachverhalt abzuleitenden Bereitschaft von Valora, im Rahmen der Gesellschaft auf ihre Wünsche und Vorstellungen einzugehen. Nach den geschlossenen Verträgen hat sich diese Gesellschafterin in den Verträgen mit den Veräußerern vorbehalten, von den Vereinbarungen zurückzutreten, wenn der Erwerb der Anteile an die ASV AG scheitern sollte. In dieser Bindung ihres Erwerbs der

Anteile an den der übrigen durch die ASV AG kommt, worauf das Kammergericht zutreffend hingewiesen hat, eine Verknüpfung der beiderseitigen Interessen zum Ausdruck. Dies läßt erwarten, daß Valora auch in der Folge auf die Wünsche und Vorstellungen der ASV AG bei der Geschäftstätigkeit von Stilke eingehen wird, die dieser eine ihren eigenen wettbewerblichen Interessen und deren Durchsetzung entsprechende Einflußnahme auf die Geschäftstätigkeit des gemeinsamen Unternehmens ermöglicht. Durch die rechtliche Verknüpfung des eigenen Erwerbs mit der Übertragung der übrigen Anteile an die ASV AG hat Valora zum Ausdruck gebracht, daß sie besonderen Wert auf die Zusammenarbeit mit dieser Gesellschafterin legt. Jedenfalls bei einem Unternehmen mit der wirtschaftlichen Bedeutung der ASV AG läßt das nach der Lebenserfahrung auf die Bereitschaft schließen, innerhalb der Gesellschaft den Interessen und Vorstellungen dieses Partners auch dann Raum zu geben, wenn diesem rechtliche Mittel zu ihrer Durchsetzung nicht zur Verfügung stehen.

Soweit die Rechtsbeschwerde demgegenüber geltend macht, eine relevante Möglichkeit der Einflußnahme scheide in diesem Zusammenhang schon deshalb aus, weil sich die ASV AG nach ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung bei gegenläufigen Interessen gegenüber ihrer Mitgesellschafterin nicht durchsetzen könne, verkennt sie den maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkt. Für den Zusammenschlußtatbestand nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. ist nicht entscheidend, ob sich der Erwerber der Anteile in allen Belangen mit seinen Vorstellungen rechtlich oder tatsächlich durchsetzen kann. Die Vorschrift will bereits der Gefährdung des Wettbewerbs durch die Möglichkeit einer wettbewerblich erheblichen Einflußnahme entgegenwirken. Das gebietet ihre Anwendung jedenfalls bereits dann, wenn nach Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, daß der Mehrheitsgesellschafter

auf die Vorstellungen des anderen Gesellschafters Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum läßt, auch wenn das nur soweit geschieht, wie es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft.

Einen solchen Sachverhalt hat das Kammergericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Zutreffend hat es darauf hingewiesen, daß - über die mit der Bindung der Wirksamkeit des eigenen Kaufes durch Valora an den Erwerb der übrigen Anteile durch die ASV AG dokumentierte besondere Bereitschaft zur Zusammenarbeit gerade mit diesem Unternehmen hinaus - auch die sonstigen Verknüpfungen der beiderseitigen Interessen der Gesellschafter eine Möglichkeit der Einflußnahme auf die Geschäftstätigkeit von Stilke durch sie erwarten lassen, die über die mit dem nominalen Gesellschaftsanteil vermittelte Rechtsstellung hinausgeht. Zu Recht und in der Sache überzeugend hat es als Anzeichen hierfür den Umstand gewertet, daß die ASV AG die Belieferung der Verkaufsstellen im Tessin mit ihren Verlagserzeugnissen im Vorfeld des Anteilserwerbs erneut auf die Kiosk AG, eine Tochter von Valora, übertragen hat.

Diese Würdigung und die daraus gezogenen Schlüsse greift die Rechtsbeschwerde im Ergebnis ohne Erfolg an. Dabei kann dahinstehen, welche Gründe die ASV AG im einzelnen veranlaßt haben, die zunächst unterbrochene Geschäftsbeziehung zu Valora wieder aufzunehmen und dieser bzw. ihrer Tochtergesellschaft den Grosso für alle ihre Presse-Erzeugnisse im Tessin zu übertragen. Entscheidend ist insoweit allein, daß diese Beziehung im Hinblick auf den beträchtlichen Marktanteil, den die Publikationen der ASV AG nach den Feststellungen des Kammergerichts im Vertragsgebiet besitzen, für Valora von einiger Bedeutung sind und dieses Unternehmen daher bestrebt sein muß, die Geschäftsbeziehung nicht unnötig aufs Spiel zu setzen. Von de-

ren uneingeschränktem Fortbestand könnte sie indessen nicht mehr ausgehen, wenn sie Wünschen und Vorstellungen der ASV AG im Rahmen der gemeinsamen Gesellschaft auch dort entgegentreten würde, wo deren Durchsetzung eigene wesentliche Interessen nicht entgegenstehen. Das gilt um so mehr, als die ASV AG die Beziehung zu Valora in der Vergangenheit bereits einmal aufgelöst hatte.

Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde demgegenüber geltend, das Beschwerdegericht habe bei der Würdigung der beiderseitigen Interessen gegen Denkgesetze verstoßen. Der von ihr angenommene Gegensatz besteht nicht. Mit der Zielsetzung von Valora, eine Kombination von Presse-Einzelhandel, insbesondere Bahnhofsbuchhandel, und sonstigem Kiosk-Geschäft in Deutschland voranzutreiben, ist das Interesse der ASV AG, den Absatz ihrer Verlagserzeugnisse zu verbessern, ohne weiteres in Einklang zu bringen. Das Kammergericht hat entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht angenommen, daß Valora der ASV AG das Pressegeschäft von Stilke völlig überlasse. Das ist für die Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. auch nicht erforderlich, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat.

Bei der Würdigung des Gewichtes der Beteiligungsverhältnisse kommt weiter hinzu, daß die ASV AG als in Norddeutschland ansässiges Unternehmen den Markt im Vertriebsgebiet von Stilke kennt und die dort herrschenden Verhältnisse besser einschätzen kann als ein Unternehmen, dessen Hauptsitz in der Schweiz liegt. Auch daraus hat das Kammergericht zu Recht hergeleitet, daß diese räumliche Nähe zum Vertriebsgebiet der gemeinsamen Gesellschaft es der ASV AG im Verhältnis zu ihrer Mitgesellschafterin erleichtere, ihre Wün-

sche und Vorstellungen mit sachbezogenen Argumenten zu unterstützen, und so die aufgrund der sonstigen Umstände ohnehin gegebene Möglichkeit der Einflußnahme zusätzlich steigern.

c) Die so ermöglichte Einflußnahme weist auch den nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. erforderlichen wettbewerblichen Bezug auf. Insoweit bedarf keiner vertieften Erörterung, ob und in welchem Umfang die ASV AG zu den in der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Maßnahmen zur Verbesserung der eigenen wettbewerblichen Position greifen wird oder ob deren Umsetzung im einzelnen - wie die Rechtsbeschwerde geltend macht - nach Lage der Dinge sinnlos oder jedenfalls nicht zu erwarten ist. Ebenso ist unerheblich, daß - wovon auch das Kammergericht ausgegangen ist - bisher konkrete Tendenzen einer Einflußnahme der ASV AG auf die Geschäftspolitik von Stilke nicht zu erkennen sind. Nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. genügt für die Anwendung der Vorschrift die bloße Möglichkeit einer solchen Einflußnahme, auch wenn es zu ihr tatsächlich bisher nicht gekommen ist. Insoweit liegt jedoch auf der Hand, daß die Möglichkeit der Einflußnahme auf der nachgeordneten Handelsstufe, die der ASV AG durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung eröffnet worden ist, dem eigenen Absatz förderlich und damit zugleich dem der Wettbewerber nachteilig sein kann. Wie im Ergebnis auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht, wird der Erfolg eines Produktes maßgeblich auch durch seine Präsentation im Laden bestimmt. Daß für Presse-Erzeugnisse insoweit etwas anderes gilt, ist nicht zu erkennen und wird so von der ASV AG auch nicht geltend gemacht. Spontane Entscheidungen über den Kauf einer Publikation werden erfahrungsgemäß auch von ihrem Inhalt bestimmt, wie er einem möglichen Interessenten erkennbar wird. Bei einer Plazierung oder Präsentation, der dem Kunden das Titelblatt nicht ohne weiteres zugänglich macht, wer-

den derartige Entschlüsse daher eher die Ausnahme sein. Insoweit stehen dem Händler mit der Art der Präsentation und der Plazierung einer Zeitung oder Zeitschrift im Blickfeld des Kunden Möglichkeiten zur Verfügung, den Absatz bestimmter Presseerzeugnisse zu beeinflussen. Das gleiche gilt für die Teilnahme an Werbeaktionen für einzelne Erzeugnisse oder Verlage. Die Möglichkeit einer Einwirkung auf die dem zugrundeliegenden Entscheidungen des Händlers berührt damit unmittelbar auch die Stellung des Einflußnehmenden im Wettbewerb wie auch die seiner Mitbewerber. Durch sie wird daher die Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs mit Hilfe der durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung vermittelten Stellung begründet, der die Fusionskontrolle nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. entgegenwirken soll. Schon das muß nach dem Zweck der Vorschrift zur Ausfüllung des gesetzlichen Tatbestandes genügen.

Die Möglichkeit der ASV AG, ihre wettbewerblichen Interessen insoweit zur Geltung zu bringen, wird weder durch die vom Verband deutscher Zeitschriftenverleger aufgestellten "Kriterien für den Bahnhofsbuchhandel" noch durch die Pachtverträge von Stilke mit der Deutschen Bahn AG in Frage gestellt, nach denen Stilke gehalten ist, ein Pressevollsortiment zu führen. Zutreffend hat bereits das Kammergericht hierzu ausgeführt, daß ein wettbewerblich erheblicher Einfluß nicht voraussetzt, daß Verlagserzeugnisse der Konkurrenz auf Veranlassung der ASV AG aus dem Angebot genommen werden. Das Merkmal der wettbewerblichen Einflußnahme ist vielmehr bereits bei Maßnahmen im Vorfeld solcher Eingriffe erfüllt. Auch wenn diese tatsächlich noch nicht zu einer Verschiebung der Marktanteile führen, genügt es vielmehr, daß die ASV AG in die Maßnahmen zur Bewerbung, Plazierung und Präsentation ihrer

Verlagserzeugnisse eingreifen kann und damit die Möglichkeit einer Verbesserung ihrer wettbewerblichen Position erwirbt.

d) Ohne Erfolg beanstandet die Rechtsbeschwerde weiter die Annahme des Kammergerichts, diese Einflußmöglichkeit werde der ASV AG durch ihre gesellschaftsrechtliche Stellung vermittelt. Nach Wortlaut und Funktion des gesetzlichen Tatbestandes ist es dazu nicht erforderlich, daß die gesellschaftsrechtliche Stellung der ASV AG die rechtliche Position eröffnet, ihre Wünsche und Vorstellungen in der Gesellschaft durchzusetzen. Dieser Fall wird von den vorausgehenden Alternativen des § 23 Abs. 2 GWB a.F. erfaßt. Die Regelung in § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. betrifft demgegenüber den Fall, daß der Erwerber mit dem Anteilserwerb auch ohne rechtliche Ansprüche die tatsächliche Möglichkeit erhält, über die Gesellschaft und seine Beteiligung an dieser im Sinne seines Unternehmens auf das Wettbewerbsgeschehen einzuwirken. Das - im gesetzlichen Tatbestand nur mittelbar angesprochene - Merkmal der Vermittlung des Einflusses durch eine gesellschaftsrechtliche Stellung dient der Abgrenzung gegenüber sonstigen Einwirkungen auf Entscheidungen anderer Unternehmen, wie sie sich etwa aus der bloßen Teilnahme am Wettbewerb und dem damit verbundenen Wettbewerb von Waren und Leistungen ergeben. Gegenstand der Fusionskontrolle ist ihrer Funktion nach allein das Zusammengehen von Unternehmen oder die Begründung rechtlich vermittelter Abhängigkeiten; sonstige Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit von anderen Unternehmen werden von ihr nicht erfaßt. Seiner Funktion nach bringt das Merkmal mithin lediglich zum Ausdruck, daß die Möglichkeit der Einwirkung auf ein anderes Unternehmen ihre Grundlage in einer gesellschaftsrechtlichen oder einer dieser vergleichbaren rechtlichen Beziehung finden muß. Das ist hier schon deshalb der Fall, weil die Einwirkungsmöglichkeiten auf Stilke für die

ASV AG maßgeblich durch den Erwerb der Gesellschaftsanteile an diesem Unternehmen begründet werden. Bestätigt wird die Einschätzung des Beschwerdegerichts, daß die Begründung solcher Einwirkungsmöglichkeiten in erster Linie das mit dem Erwerb der Anteile bezweckte Ziel waren, darüber hinaus auch dadurch, daß die ASV AG sich nach dem Vertrag Informationsrechte vorbehalten hat, die über die ohnehin nach § 51 a GmbHG bestehenden Rechte hinausgehen.

e) Ebenfalls zutreffend und von der Rechtsbeschwerde insoweit auch nicht beanstandet hat das Kammergericht angenommen, daß durch den Zusammenschluß eine Verstärkung der beherrschenden Stellung der ASV AG auf den Hamburger Märkten für Straßenverkaufszeitungen und für Abonnementstageszeitungen sowie auf dem Markt für Zeitungsanzeigen zu erwarten ist. Seine weitere Feststellung, daß durch den Zusammenschluß keine Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, wird von der Rechtsbeschwerde ebenfalls nicht beanstandet. Das Kammergericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, daß bislang am Presse-Einzelhandel Zeitungsverlage nicht beteiligt sind. Das gewährleistet grundsätzlich eine Neutralität des Einzelhandels gegenüber den Verlagen. Unter diesem Gesichtspunkt würde das Vordringen der ASV AG auf die Ebene des Presse-Einzelhandels die Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil ihrer Wettbewerber verändern.

f) Die infolge des Inkrafttretens der 6. GWB-Novelle zum 1. Januar 1999 eingetretenen Rechtsänderungen führen zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Grundlage der rechtlichen Bewertung und Entscheidung ist nunmehr § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB in der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung. Mit

der Untersagung des Anteilserwerbs durch die ASV AG hat das Bundeskartellamt nicht nur auf die aktuellen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten eingewirkt, sondern diese zugleich für die Zukunft bestimmend gestaltet. Die Untersagungsverfügung soll die ASV AG dauerhaft an einem Erwerb dieser Anteile hindern. Sie beeinflusst daher auch die zukünftigen Rechtsbeziehungen der Beteiligten und weist in diesem Umfang in die Zukunft gerichtete Wirkungen auf. Bei der Anfechtung von Maßnahmen einer Behörde mit einem solchen, auf die Zukunft gerichteten Inhalt und Gegenstand richtet sich die rechtliche Bewertung nicht allein nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des letzten Verwaltungshandelns. Zu berücksichtigen sind vielmehr auch Änderungen der Sach- und Rechtslage, die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eingetreten sind, sowie darüber hinaus bis zur Entscheidung in der Rechtsbeschwerdeinstanz eingetretene Veränderungen der rechtlichen Grundlagen der Entscheidung (vgl. Sen.Beschl. v. 18.1.2000 - KVR 23/98, WuW/E Verg 297, 305 - Tariftreueerklärung II und v. 28.9.1999 - KVR 29/96, WuW/E DE-R 399, 401 - Verbundnetz m.w.N.). Trotz des anderen Wortlauts der Regelungen haben sich jedoch insoweit in der Sache wesentliche Veränderungen nicht ergeben.

In der Begründung des Regierungsentwurfs zur 6. GWB-Novelle ist ausgeführt, daß die bisherige Regelung in § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. beibehalten werden solle, da sie sich insbesondere im Bereich der Medien sowie der Energieversorgungsunternehmen als notwendiges Korrektiv zu wettbewerblich bedenklichen Umgehungsstrategien erwiesen habe (vgl. BT-Drucks. 13/9720, S. 43). Sie ist nunmehr, wovon auch die Rechtsbeschwerde ausgeht, ohne inhaltliche Änderung in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB enthalten (vgl. auch Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 37 Rdn. 28). In dem Erwerb der Anteile an einem anderen

Unternehmen ist daher eine sonstige Verbindung im Sinne dieser Regelung zu sehen, durch die der ASV AG im Zusammenwirken mit weiteren Umständen die Möglichkeit eröffnet wird, einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf dieses Unternehmen auszuüben.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Hirsch

Melullis

Goette

Ball

Tepperwien