



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 30/06

Verkündet am:
25. September 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Springer/ProSieben

GWB § 71 Abs. 2 Satz 2

Im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ist ausnahmsweise ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB schon dann zu bejahen, wenn die Beteiligten darlegen können, dass sie an der Klärung der durch die Untersagungsverfügung aufgeworfenen Fragen ein besonderes berechtigtes Interesse haben, das sich auch aus der Präjudizierung eines entsprechenden, wenn auch derzeit noch nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben kann.

BGH, Beschluss vom 25. September 2007 – KVR 30/06 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm sowie die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Strohn beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen zu 1 wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. September 2006 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht auch den hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag als unzulässig verworfen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 20 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene zu 1 (nachfolgend: Springer) beabsichtigte, von der Betroffenen zu 3 (nachfolgend: ProSieben-Holding) deren Geschäftsanteile an der Betroffenen zu 2 (nachfolgend: ProSieben) sowie an der SAT.1 Beteiligungsgesellschaft

mbH (die ihrerseits wiederum knapp 25% der Stammaktien an ProSieben hält) zu erwerben. Nach dem Vollzug des Zusammenschlusses hätte Springer über sämtliche Stammaktien von ProSieben verfügt.

2 Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss mit dem angefochtenen Beschluss mit der Begründung untersagt, im Falle der Durchführung des Vorhabens komme es auf drei Märkten – dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt, dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen – zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten (BKartA WuW/E DE-V 1163).

3 Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde, mit der Springer beantragt hat, die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts aufzuheben, hilfsweise festzustellen, dass die angefochtene Verfügung unbegründet war, hat das Beschwerdegericht als unzulässig verworfen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1839). Hiergegen richtet sich die – vom Beschwerdegericht zugelassene – Rechtsbeschwerde, mit der Springer beantragt, den Beschluss des Beschwerdegerichts aufzuheben und die Sache an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. Das Bundeskartellamt beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II.

4 Das Beschwerdegericht hat angenommen, sowohl der auf Aufhebung der Untersagungsverfügung gerichtete Hauptantrag als auch der Fortsetzungsfeststellungsantrag seien unzulässig. Zur Begründung hat es ausgeführt:

5 Der Antrag, mit dem Springer die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung begehrt habe, sei unstatthaft, weil sich die Untersagungsverfügung des Bun-

deskartellamts erledigt habe. Eine Erledigung sei eingetreten, weil die ProSieben-Holding das Zusammenschlussvorhaben aufgegeben habe. Dies ergebe sich aus einer Presseerklärung der Zusammenschlussbeteiligten vom 1. Februar 2006, mit der sie erklärt hätten, das Zusammenschlussvorhaben nicht weiterverfolgen zu wollen. Zwar behaupte Springer, das Vorhaben sei nur einstweilen aufgegeben worden; dem widerspreche aber die Erklärung der ProSieben-Holding, wonach nicht auszuschließen sei, dass das Vorhaben für den Fall der Aufhebung der Untersagungsverfügung wieder aufgegriffen und weiterverfolgt werde. Im Übrigen habe auch Springer das Vorhaben aufgegeben, wie sich aus einer Fülle von Presseberichten über einen entsprechenden Beschluss des Vorstands von Springer ergebe.

- 6 Auch der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei unzulässig. Ein solcher Antrag setze ein Feststellungsinteresse voraus, an dem es im Streitfall fehle. Ein entsprechendes Interesse könne sich zum einen aus einer Wiederholungsgefahr ergeben. Dies setze aber voraus, dass sich die Wiederholung der Rechtshandlung, die Gegenstand der Untersagungsverfügung gewesen sei, konkret abzeichne. Das sei hier nicht der Fall. Ein berechtigtes Interesse werde zum anderen dann anerkannt, wenn die Klärung einer unklaren Rechtslage für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von Interesse sei. Ausreichend, aber auch erforderlich sei insofern, dass im Falle einer künftigen Entscheidung von den gleichen tatsächlichen Verhältnissen und von denselben Tatbestandsvoraussetzungen ausgegangen werden müsse. Hieran scheitere das Feststellungsbegehren. Denn die erstrebte gerichtliche Überprüfung könne Springer keine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftig in Aussicht genommene Zusammenschlussvorhaben verschaffen.

III.

7 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Verwerfung des Hauptantrags als unzulässig richtet. Sie hat dagegen Erfolg, soweit sie den in der Beschwerdeinstanz hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag weiterverfolgt (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GWB). In diesem Umfang führt die Rechtsbeschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

8 1. Mit Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass sich die Untersagungsverfügung erledigt hat. Eine Erledigung tritt ein, wenn das angemeldete Zusammenschlussvorhaben nicht mehr weiterverfolgt wird, was – wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt – nicht voraussetzt, dass das Vorhaben objektiv undurchführbar geworden wäre. Die Erledigung tritt vielmehr auch dann ein, wenn zumindest eine Partei das Vorhaben endgültig aufgibt (vgl. KG WuW/E OLG 5364, 5369 f.; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1435, 1437; WuW/E DE-R 1835, 1836; zur Erledigung im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ferner BGH, Beschl. v. 31.5.2006 – KVR 1/05, Tz. 13, WuW/E DE-R 1783, 1785 – Call-Option). Dies war nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz der Fall.

9 Die Presseerklärung der Zusammenschlussbeteiligten vom 1. Februar 2006, mit der sie erklärt hatten, das Zusammenschlussvorhaben nicht weiterverfolgen zu wollen, hatte den Zweck, gegenüber der Öffentlichkeit deutlich zu machen, dass sich die Parteien nicht mehr an die rechtlichen Verpflichtungen aus den Unternehmenskaufverträgen gebunden sahen. Damit sollte der Verkäuferin, der ProSieben-Holding, der Weg zu Verhandlungen mit anderen Kaufinteressenten geebnet werden. Hätte die ursprüngliche rechtliche Verpflichtung, die Unternehmensanteile an ProSieben auf Springer zu übertragen, fortbestanden, hätte Springer im Falle

der im Beschwerdeverfahren angestrebten Aufhebung der Untersagungsverfügung Erfüllung der Unternehmenskaufverträge beanspruchen können. Damit wären die unbestrittenen Bemühungen der ProSieben-Holding, die Unternehmensanteile an ProSieben nach der Untersagung des Verkaufs an Springer nunmehr an einen anderen Interessenten zu veräußern, erheblich erschwert worden.

10 Auch die Rechtsbeschwerde stellt den Sachverhalt letztlich nicht anders dar. Sie macht nicht geltend, dass die von der ProSieben-Holding nach dem (vorläufigen) Scheitern der Veräußerung an Springer eingeleiteten Verkaufsbemühungen unter dem Vorbehalt eines Fortbestehens der kartellamtlichen Untersagungsverfügung gestanden hätte. Sie macht vielmehr geltend, dass Springer im Rahmen der neuen Verkaufsbemühungen als Käufer in Betracht gekommen wäre, wenn die Untersagungsverfügung aufgehoben worden wäre. Wäre Springer in dieser Situation doch noch als Käufer zum Zuge gekommen, hätte der Zusammenschluss neu verhandelt werden müssen mit der Folge, dass es sich um ein neues Zusammenschlussvorhaben gehandelt hätte.

11 Bei dieser Sachlage brauchte das Beschwerdegericht den Sachverhalt nicht weiter durch eine Anhörung oder (Partei-)Vernehmung von Vorstandsmitgliedern der Zusammenschlussbeteiligten aufzuklären. Die insofern von der Rechtsbeschwerde erhobene Verfahrensrüge ist unbegründet. Auch darauf, dass ProSieben nach dem nicht bestrittenen Vortrag des Bundeskartellamts während des Rechtsbeschwerdeverfahrens an einen Dritten veräußert worden ist, kommt es unter den gegebenen Umständen nicht mehr an.

12 2. Zu Unrecht hat das Oberlandesgericht die Beschwerde auch insoweit zurückgewiesen, als hilfsweise die Feststellung der Unbegründetheit der Untersagungsverfügung beantragt worden war (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GWB). Ein berechtigtes Interesse von Springer an dieser Feststellung kann nicht verneint werden.

13 a) Allerdings steht die Begründung, mit der das Beschwerdegericht im Streitfall ein berechtigtes Feststellungsinteresse verneint hat, im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

14 Für das nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (BGHZ 151, 260, 268 – Stellenmarkt für Deutschland, m.w.N.). Dieses Interesse kann zum einen durch Wiederholungsgefahr, zum anderen damit begründet sein, dass die Klärung der durch die erledigte Entscheidung der Kartellbehörde aufgeworfenen unklaren Rechtslage für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von Interesse ist. Die Feststellung muss geeignet sein, dem Beschwerdeführer eine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftige Entscheidungen zu verschaffen (KG WuW/E OLG 5497, 5503). Dazu ist nicht erforderlich, dass derselbe Sachverhalt mit demselben Begehren erneut zur Entscheidung der Kartellbehörde gestellt werden wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob zukünftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen, ob gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten werden und ob es um dieselben Personen gehen wird (vgl. zu § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Februar 2007, § 113 Rdn. 93). Dies setzt eine Bewertung danach voraus, ob die Unterschiede, die zwischen dem früheren und dem zukünftigen Sachverhalt bestehen, für die Behörde vermutlich eine unterschiedliche Beurteilung nahelegen werden. Ist zu erwarten, dass die Behörde den zukünftigen Fall nach denselben Kriterien und mit demselben Ergebnis beurteilen wird wie den Sachverhalt, der dem ursprünglichen Freistellungsantrag zugrunde lag, ist das besondere Feststellungsinteresse zu bejahen (BGHZ 151, 260, 269 – Stellenmarkt für Deutschland).

- 15 Springer kann sich nach der Veräußerung von ProSieben an einen Dritten auf kein konkretes Vorhaben berufen, hinsichtlich dessen die Klärung der Rechtsfragen unerlässlich erscheint, die durch die angefochtene Untersagungsverfügung aufgeworfen worden sind. Mit Recht verweist das Beschwerdegericht darauf, dass es derzeit offen ist, ob und gegebenenfalls wann sich für Springer erneut eine Gelegenheit bieten wird, einen deutschen Fernsehsender zu erwerben, und ob sich in einem solchen Falle dieselben oder ähnliche Fragen stellen werden wie im vorliegenden Untersagungsverfahren.
- 16 b) Die Anwendung dieser Grundsätze kann indessen im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Rechtsschutzes der Zusammenschlussbeteiligten führen. Geben die Beteiligten das Zusammenschlussvorhaben infolge der Untersagungsverfügung auf, weil sich das Vorhaben aus naheliegenden wirtschaftlichen Gründen nicht bis zum Abschluss der gerichtlichen Überprüfung in der Schwebe halten lässt, kann auf Seiten der Beteiligten auch ohne ein erneutes konkretes Zusammenschlussvorhaben ein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Klärung bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Zielobjekt des gescheiterten Zusammenschlussvorhabens auch in Zukunft jederzeit wieder zum Verkauf angeboten werden kann. Der gebotene Rechtsschutz ist den Zusammenschlussbeteiligten in dieser Konstellation – in Anlehnung an das europäische Recht – dadurch zu gewähren, dass im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB ein großzügigerer Maßstab an das Feststellungsinteresse angelegt wird.
- 17 aa) Unternehmenszusammenschlüsse stehen aus naheliegenden wirtschaftlichen Gründen unter besonderem Zeitdruck. Das Gesetz trägt diesem Umstand durch die engen zeitlichen Grenzen Rechnung, die für das kartellamtliche Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gelten (§ 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2

GWB). Der Rechtsschutz, den das Gesetz den Beteiligten im Falle einer Untersagung des Zusammenschlusses gewährt, steht dagegen nicht in ähnlich kurzer Frist zur Verfügung. Vielmehr müssen die Beteiligten damit rechnen, dass ein gerichtliches Verfahren auch bei zügiger Bearbeitung durch das Beschwerde- und das Rechtsbeschwerdegericht längere Zeit in Anspruch nehmen wird. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit führt häufig dazu, dass die Zusammenschlussbeteiligten ihr Vorhaben im Falle einer Untersagung durch das Bundeskartellamt aufgeben, ohne eine Klärung im Beschwerde- und gegebenenfalls im Rechtsbeschwerdeverfahren abzuwarten.

18 Diese für die Beteiligten im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz unbefriedigende Situation wird zusätzlich dadurch gekennzeichnet, dass der gescheiterte Käufer bei zukünftigen Akquisition Gelegenheiten damit rechnen muss, dass seinem Erwerbsvorhaben die Argumente aus der Verfügung entgegengehalten werden, mit der das frühere Zusammenschlussvorhaben untersagt worden war. Es ist auch ohne weiteres nachvollziehbar, dass sich ein Verkäufer kaum dem Risiko aussetzen wird, an einen solchen Kaufinteressenten zu verkaufen, wenn er mit einer entsprechenden Entscheidung wie der früheren Untersagungsverfügung rechnen muss. Im Übrigen würde auch der neuerliche Zusammenschluss unter denselben wirtschaftlichen Zwängen stehen wie der erste, so dass häufig auch in dem zweiten Verfahren eine gerichtliche Klärung der zugrunde liegenden Fragen nicht erfolgen kann.

19 bb) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Zusammenschlussbeteiligten durch vertragliche Vereinbarungen sicherstellen können, dass das Vorhaben im Falle einer erfolgreichen Anfechtung der Untersagungsverfügung doch noch realisiert werden kann. Die vom Bundeskartellamt zum einen angeführte „Parklösung“ setzt voraus, dass ein drittes Unternehmen bereit und in der Lage ist,

das Zielobjekt bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung in fusionskontrollrechtlich unbedenklicher Weise zu übernehmen. Hiervon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Zum anderen mag es möglich sein, den Veräußerer trotz Erlass einer Untersagungsverfügung bis zur abschließenden gerichtlichen Klärung an das Vorhaben zu binden. Der Erwerber muss indessen die Übernahme des Risikos eines kartellrechtlichen Verbots durch den Veräußerer – hiervon geht auch das Bundeskartellamt aus – stets durch einen entsprechenden Risikozuschlag bezahlen, dessen Höhe im Hinblick auf die ungewisse Dauer des gerichtlichen Verfahrens kaum abzuschätzen ist. Der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz kann den Zusammenschlussbeteiligten nicht unter Hinweis auf derartige – der Höhe nach kaum kalkulierbare und schon deswegen prohibitiv wirkende – Risikozuschläge verwehrt werden.

- 20 cc) Aus diesen Gründen ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ausnahmsweise schon dann zu bejahen, wenn die Beteiligten darlegen können, dass sie an der Klärung der durch die Untersagungsverfügung aufgeworfenen Fragen ein besonderes berechtigtes Interesse haben, das sich auch aus der Präjudizierung eines entsprechenden, wenn auch derzeit noch nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben kann. Im Streitfall ist in diesem Zusammenhang insbesondere von Bedeutung, dass das Zielunternehmen jederzeit wieder zum Verkauf angeboten werden kann und die frühere Untersagungsverfügung in diesem Fall die Chancen von Springer, als Käufer in Betracht gezogen zu werden, erheblich schmälern würde, weil mit einer erneuten Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt zu rechnen wäre. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob sich Springer zur Begründung des besonderen Feststellungsinteresses auch darauf berufen kann, dass die erledigte und gerichtlich nicht mehr nachprüfbare

Untersagungsverfügung generell Akquisitionsbemühungen von Springer im Bereich Rundfunk und Fernsehen erschwert.

- 21 dd) Mit der Anerkennung eines besonderen Feststellungsinteresses in Fällen, in denen sich die Untersagungsverfügung erledigt hat, wird der in der nationalen Rechtsordnung gewährte Rechtsschutz in der Fusionskontrolle dem europäischen Recht angenähert. Denn dort können die Zusammenschlussbeteiligten eine Untersagungsverfügung auch dann noch gerichtlich überprüfen lassen, wenn das Vorhaben im Hinblick auf die behördliche Untersagung aufgegeben worden ist (vgl. EuG, Urt. v. 25.3.1999 – T-102/96, Slg. 1999, II-753 Tz. 45 – Gencor/Kommission; Urt. v. 15.12.1999 – T-22/97, Slg. 1999, II-3775 Tz. 58 – Kesko/Kommission; Urt. v. 28.9.2004 – T-310/00, Slg. 2004, II-3253 Tz. 46 ff. – MCI/Kommission; ferner Staebe, EuZW 2005, 14 f.; Soltész/Müller, EuZW 2007, 200, 201).

IV.

22 Danach ist die angefochtene Entscheidung des Beschwerdegerichts aufzuheben, soweit die Beschwerde auch mit dem Antrag auf Feststellung der Unbegründetheit der Untersagungsverfügung verworfen worden ist. Da das Beschwerdegericht – aus seiner Sicht folgerichtig – noch keine Ausführungen zur Berechtigung der Untersagungsverfügung gemacht hat, ist die Sache an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.09.2006 - VI-Kart 7/06 (V) -