Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 Kart 10/04 (V)

Datum:	24.11.2004
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	2.. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VI-2 Kart 10/04 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2004:1124.VI2KART10.04V.00

Tenor:

Die Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3 gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 2. April 2004, B 6 - 22122 -Fb - 81/03, werden zurückgewiesen.

Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben die im Beschwerdeverfahren angefalle-nen Gerichtskosten sowie die dem Bundeskartellamt zur zweckentspre-chenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu je 1/3 zu tragen. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen sie selbst.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 75.000 EUR festgesetzt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.) 1

A. 2

Die Beteiligten zu 1 bis 3 wenden sich gegen die Untersagung des Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung an der XY Verlagsgesellschaft mbH & Co., B. mit Sitz in C. (Beteiligte zu 1; nachfolgend: XY) durch die AB GmbH (Beteiligte zu 3; nachfolgend AB Medienverlag). 3

4

Im Jahre 1994 wurde die XY als paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der zur W.-Gruppe gehörenden WM GmbH & Co. KG mit Sitz in M. (Beteiligte zu 2; nachfolgend: WM-KG) und der G+J Anzeigenzeitung GmbH mit Sitz in B. gegründet. Ihre Komplementärin ist die "Verwaltung Wk. Verlagsgesellschaft mbH" in Bb. mit Sitz in C.. Einziger Gründungsgesellschafter der Komplementärin ist die XY (Einheitsgesellschaft). Dabei wurden die Bb.ischen Aktivitäten der zur W.-Gruppe gehörenden Wsp Verlagsgesellschaft mbH, Ho., die sich mit der Herausgabe des Anzeigenblatts "Wsp" mit Ausnahme von Ost-S. befasst hat, auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen. Gesellschaftszweck war die Herausgabe und der Vertrieb von Anzeigenzeitungen in dem Bundesland Bb., insbesondere unter dem Titel "Wk." (vgl. § 2 Gesellschaftsvertrag der Verwaltung Wk. Verlagsgesellschaft mbH Bb. vom 5. Oktober 1994; B6, S.15). Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wurde angemeldet und vom Bundeskartellamt freigegeben (B6-7451000-U- 43/94). Das Bundeskartellamt begründete die Freigabe damit, dass dem Wk. mit dem Anzeigenblatt "Wb" der zur AB Medienverlag GmbH (Beteiligte zu 3; nachfolgend: AB Medienverlag), gehörenden Wb. Verlagsgesellschaft mbH, C., und der Abonnement Tageszeitung "AB" als Erstzeitung starke Wettbewerber gegenüber gestanden haben. Allerdings wurde die Herausgabe des Wb., das mit den gleichen elf Regionalausgaben wie der Wk. verbreitet wurde, im Dezember 1995 als Folge des Anteilserwerbs AB Medienverlag an der Beteiligten zu 1 eingestellt.

Die XY verlegt wöchentlich das Anzeigenblatt "Wk." mit einer Gesamtauflage von ca. 262.000 bis 265.000 Exemplaren im Jahr 2002. Das Anzeigenblatt erscheint in elf Regionalausgaben in den sog. Altlandkreisen C., G., F., Sp., S., B. L., He., Fi., Lü., Lu. und Ca., wobei im Titel der entsprechenden Ausgaben der jeweilige Altlandkreis aufgeführt wird (z.B.: C.er Wk.). Der Wk. ist eingebunden in eine Anzeigengemeinschaft mit gleichnamigen Anzeigenblättern in S. (Wk. L., Wk. D.). 5

Die AB Medienverlag mit Sitz in C. gab im Jahr 2003 die Abonnement-Tageszeitung "AB" mit einer verkauften Gesamtauflage im Jahr 2002 von ca. 130.000 Exemplaren heraus. Sie erscheint im Süden von Bb., dem ehemaligen Bezirk C., in den Gebieten Altlandkreisen C., G., F., Sp., S., B. L., He., Fi., Lü., Lu. und Ca. mit Regionalausgaben. Darüber hinaus erscheint sie mit Ausgaben in S. in den Gebieten Ho. und We.- südlich angrenzend an Sp. und S. - sowie in S. -A. im Gebiet J. /W. - westlich angrenzend an He.. Die Lokalausgaben der AB erscheinen in J. /W., B. L. und Fi. als "E.". 6

Alleinige Gesellschafterin der AB Medienverlag ist die SZ. Verlag und Druckerei GmbH, Sa. (nachfolgend: SZ), die die Abonnement-Tageszeitung "SZ" mit einer verkauften Auflage von ca. 171.000 Exemplaren herausgibt. 52,3% der Gesellschafteranteile der SZ werden von der Verlagsgruppe G. H. GmbH & Co. KG, St., (nachfolgend: H.-K.), gehalten. Mit dem Verlag, der Herstellung und dem Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften sowie deren Bestandteilen wurde weltweit ein Umsatz im oberen dreistelligen Mio.-EUR Bereich erzielt. Der H.-K. hat im Jahr 2002 einen Umsatz von ca. 2,2 Mrd. EUR erzielt, von dem nahezu die Hälfte im Inland erwirtschaftet wird. Im Jahr 1996 betrugen die Gesamtumsätze ca. 3,2 Mrd. DM. Der Konzern ist insbesondere in den Bereichen Buchverlage, Verlag von Abonnement-Tageszeitungen, politische Wochenzeitungen und Anzeigenblättern, Druckerzeugnisse und Fernsehproduktionen tätig. Im Einzelnen verlegt der H.-K. die überregionale Abonnement-Wirtschaftstageszeitung "Hb." und die politische Wochenzeitung "D. Z." sowie noch die folgenden regionalen Abonnement-Tageszeitungen: "S." (K.), "T. V." (T.), "M." (W.), "P. N. N." (P.) und "D. T." (B.). 7

Die Verfahrensbeteiligte zu 2, die WM GmbH & Co. KG, veräußerte mit "Joint-Venture-Vertrag Wk. Bb. samt Vertrag über die Veräußerung und Abtretung von Kommanditanteilen" 8

vom 28. November 1995 mit Wirkung zum 1. Januar 1996 einen Anteil in Höhe von 24,9 % an der XY an die Beteiligte zu 3, die AB Medienverlag. Gleichzeitig erwarb die Sa. Wsp. Verlagsgesellschaft mbH, Sa., mittlerweile firmierend als S. Wb. Verlagsgesellschaft mbH (nachfolgend: S. Wb.), 25,1% der Anteile von der G+J. Die Anteile der WM KG und der G+J reduzierten sich dadurch auf 25,1% bzw. 24,9 %. Der Anteilserwerb durch die Beteiligte zu 3 ist dem Bundeskartellamt durch die Zusammenschlussbeteiligten nicht angezeigt worden. Das S. Wb. gehört ebenso wie der AB Medienverlag dem H.-K. an. Die SZ ist in Höhe eines Anteils von 45 % an dem S. Wb. beteiligt.

Gemäß Abschnitt IV, Ziffer 2.3 des zwischen den Kommanditisten geschlossenen Joint-Venture-Vertrages vom 28. November 1995 bedarf die Herausgabe von Anzeigenzeitungen in weiteren Kreisen von Bb. stets der Zustimmung aller Gesellschafter. Das Unternehmen der Kommanditgesellschaft (inklusive etwaige zukünftige Tochtergesellschaften) soll gemäß Abschnitt IV Ziffer 2.1 "at arms length und damit konzernfrei und unabhängig sowie mit dem Ziel der Gewinnmaximierung im Anzeigenblattbereich" geführt werden. 9

Nach § 2 Abs 2.1 des als Anlage 1 zum Joint-Venture-Vertrag geführten Kommanditgesellschaftsvertrages vom 5. Oktober 1995, der Bestandteil des Joint-Venture-Vertrags ist, ist der Gegenstand des Unternehmens die Herausgabe und der Vertrieb von Anzeigenzeitungen in den 11 Altlandkreisen des Bundeslandes Bb.. 10

Nach § 8 Abs. 8.1 des Gesellschaftsvertrages hat die Kommanditgesellschaft einen aus vier Mitgliedern bestehenden Beirat. Gemäß § 8 Abs. 8.3 bestellt jeder Kommanditist, der über mindestens 24 % des jeweils vorhandenen Kommanditfestkapitals verfügt, ein Beiratsmitglied. 11

Der Beirat hat nach § 8 Abs 8.8 die Geschäftsführung zu beraten sowie an der Umsetzung der Gesellschafterbeschlüsse und insbesondere der stetigen Fortschreibung der Geschäftspolitik mitzuwirken. Ferner soll der Beirat in enger Koordination mit der Geschäftsführung ein geeignetes Marketing- und Redaktionskonzept entwickeln und dafür Sorge tragen, dass alle Synergiemöglichkeiten, die die Kommanditisten mit ihren verbundenen Unternehmen bieten, sinnvoll genutzt werden. Zu dem Zweck kann der Beirat jederzeit Auskunft von der Geschäftsführung und der Komplementärin über die Angelegenheiten der Gesellschaft und die der Komplementärin verlangen, sowie Bücher und Schriften der Gesellschaft und der Komplementärin einsehen. 12

§ 5 Abs. 5.3 bestimmt, dass jedem Kommanditisten ein Auskunfts- und Einsichtsrecht im Umfang des § 51a Abs. 1 und 2 GmbHG zusteht. 13

Der Zustimmung des Beirates bedürfen nach § 5 Abs. 5.5. u.a. 14

- die Verabschiedung des Jahresbudgets (Planbilanz sowie Plan, Gewinn- und Verlustrechnung einschließlich des Investitions- und Finanzplans (Abs. 5.5.2), 15

- die Verabschiedung von 3-Jahres-Plänen, die von der Geschäftsführung kontinuierlich zu erstellen sind (Abs. 5.5.3), 16

- der Abschluß von Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als 3 Jahren, sofern es sich nicht um geschäftsübliche Leasingverträge handelt (Abs.5.5.4), 17

- der Abschluss von Verträgen, welche einen Gegenstandswert von mehr als DM 30.000,-- im Einzelfall und jährlich mehr als DM 100.000,-- haben, sofern sie außerhalb des jeweils von 18

der Gesellschafterversammlung beschlossenen Jahresbudgets liegen (Abs. 5.5.5),

- der Abschluss bzw. die Beendigung von Dienstverträgen (Abs. 5.5.12), auch mit den Geschäftsführern der Komplementärin (§ 7 Abs. 7.6.6). 19

§ 8 Abs. 8.7 des Gesellschaftsvertrages sieht vor, dass die Beschlüsse des Beirats der 3/4 Mehrheit bedürfen, wobei jedes Mitglied eine Stimme hat. Kommt ein Beschluss nicht zustande, entscheiden die Gesellschafter durch Beschluss. Nach § 9 Abs. 9.10 bedürfen Beschlüsse über eine Änderung des Kommanditgesellschaftsvertrages sowie Zustimmungsbeschlüsse in den Fällen des § 5 Abs. 5.4 ff des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung von drei Kommanditisten der Gesellschafterversammlung. 20

Auf den weiteren Inhalt des Joint-Venture-Vertrages vom 28. November 1995 nebst den Anlagen Gesellschaftsvertrag und Schiedsvertrag wird Bezug genommen. 21

Im Jahr 1999 schied das S. Wb. als Gesellschafterin der XY aus. Die Anteile des S. Wb. an der XY wurden in Höhe von 24,9% von der Landesbank S., Sa., erworben. Das Ziel der Beteiligung war eine Intensivierung der Geschäftsverbindungen mit der SZ. In einer Vorlage für die Sitzung des Verwaltungsrates der Landesbank am 4. Dezember 1998 hieß es dazu: "Mit der Anteilsübernahme der Landesbank S. kann die Wahrung der Interessen der AB Medienverlag und der Geschäftsinteressen der SZs-Gruppe in der Region Bb. unterstützt werden." Der Anteilserwerb durch die Landesbank S. wurde dem Bundeskartellamt nicht angezeigt. 22

Derzeit werden weitere 0,2 % der Anteile an der XY von einer Privatperson gehalten, während die WM-Beteiligung KG, deren Kerngeschäft der Offset-Druck in ihren eigenen Druckereien ist und zu der auch Verteilunternehmen und Zustelldienste gehören, inzwischen über insgesamt 50 % der Anteile verfügt. Sie hat mit Vertrag vom 9. April 2003 von der G+ J AG & Co. KG die Anteile in Höhe von 24,9 % erworben, die ihrerseits die Anteile von der G+ J GmbH mit Vertrag vom 19. Dezember 2002 zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben hatte. Die Geschäftsanteile der Beteiligten zu 3 blieben bei 24,9 %. Der Joint-Venture-Vertrag vom 7. April 2003 und der Gesellschaftsvertrag vom 4. April 2003 ersetzen den bisherigen Joint-Venture-Vertrag vom 28. November 1995 und den Gesellschaftsvertrag vom 5. Oktober 1994. 23

Auch in diesem Joint-Venture-Vertrag ist unter Abschnitt IV, Ziffer 2.2.3 geregelt, dass die Herausgabe von Anzeigenzeitungen in weiteren Kreisen von Bb. der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Im Übrigen entspricht die Regelung in Abschnitt IV, Ziffer 2.2.1 der Regelung im Joint-Venture-Vertrag vom 28. November 1995. 24

Der Gesellschaftsvertrag sieht unter § 8 Abs. 8.1 und 8.3 vor, dass die WM- KG künftig zwei Mitglieder in den Beirat entsendet. § 5 Abs. 5.5 des Gesellschaftsvertrages entspricht inhaltlich dem § 5 Abs. 5.5 des Gesellschaftsvertrages vom 28. November 1995. Auch § 8 Abs. 8.8 sieht unverändert vor, dass der Beirat insbesondere an der stetigen Fortschreibung der Geschäftpolitik mitzuwirken hat und dem Beirat zu diesem Zweck Auskunfts- und Einsichtsrechte zustehen. § 9 Abs. 9.10 des Gesellschaftsvertrages bestimmt, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über eine Änderung des Kommanditgesellschaftsvertrages sowie Zustimmungsbeschlüsse in den Fällen des § 5 Abs. 5.5. ff des Vertrages der Zustimmung von mindestens 67 % des Kommanditkapitals bedürfen. Auch für die Beschlussfassung des Beirates sieht § 8 Abs. 8.7 unverändert eine 3/4 Mehrheit vor. 25

26

Auf den weiteren Inhalt des Kommanditgesellschaftsvertrages vom 4. April 2003 und des Joint-Venture-Vertrages vom 7. April 2003 wird Bezug genommen.

Im Jahre 2002 erreichte die XY einen Anzeigenumsatz im unteren einstelligen Mio.-EUR Bereich ohne anteilige Umsätze aus Kombinationen mit anderen Verlagen. Im Jahre 1996 wurden dieselben Regionalausgaben/Anzeigenbelegmöglichkeiten angeboten. Der Verlag erreichte mit einer Auflage von bis zu 270.000 Exemplaren einen Anzeigenumsatz im oberen einstelligen Mio. DM- Bereich. Im Altlandkreis und der Stadt C. verfügte die XY mit einer Auflage des C.er Wk.s von ca. 72.000 Exemplaren im Jahr 2002 über einen Marktanteil von unter 10% bei einem Anzeigenumsatz von 300.000 bis 500.000 EUR. Im Altlandkreis S. erscheint der S.er Wk. mit einer Auflage von ca. 43.500 Exemplaren. Der Marktanteil bei den Anzeigenbelegmöglichkeiten auf diesem lokalen Markt lag mit einem Umsatz von 300.000 bis 450.000 EUR unter 30%. 27

Im Jahr 1996 erzielte die AB Medienverlag mit einer Gesamtauflage von ca. 196.000 Exemplaren und denselben Regionalausgaben bzw. Belegmöglichkeiten einen Anzeigenumsatz im mittleren zweistelligen Mio. DM-Bereich. Im Jahr 2002 erzielte sie mit der Herausgabe der AB einen Anzeigenumsatz im unteren zweistelligen Mio.-EUR -Bereich bei einer Gesamtauflage von ca. 133.000 Exemplaren. Die Gesamtauflage des Wk.s deckte im Jahre 2002 84% des Verteilgebietes der AB ab, der dort mit einer Auflage von insgesamt bis zu 265.000 Exemplaren im Jahr 2002 erschien. Auf dem regionalen Anzeigenmarkt, der durch die Gesamtbelegung der AB gebildet wird, und die elf Altlandkreise in SüdBb. sowie die Gebiete Ho. und We. im südlich angrenzenden S. sowie J. /W. im westlich angrenzenden S. -A. umfasst, verfügte die AB Medienverlag bereits vor dem Zusammenschluss mit der Herausgabe der AB über die Stellung einer Alleinzeitung bzw. zumindest die Stellung einer eindeutigen Erstzeitung. Sie verfügte im Altlandkreis und der Stadt C. mit einem Umsatz von 3 bis 3, 5 Mill. EUR über einen Marktanteil von über 55% und im Altlandkreis S. mit einem Umsatz von 900.000 EUR bis 1,2 Mill. EUR über 65%. 28

Im Altlandkreis einschließlich Stadt C. sind neben der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 3 der C.er Generalanzeiger mit dem wöchentlich erscheinenden "M. B." und der T. Werbeverlag mit dem "T. d. W." als weitere Anzeigenbelegmöglichkeiten mit einem Marktanteil von über 25% (bei einem Umsatz von 1.400.000 bis 1.800.000 EUR im Jahr 2002) bzw. unter 5% (Umsatz von 50.000 bis 100.000 EUR im Jahr 2002) vertreten. Im Altlandkreis S. hat der T. Werbeverlag einen Anteil von unter 10% bei einem Umsatz von 50.000 bis 80.000 EUR im Jahr 2002. 29

Mit Beschluss vom 2. April 2004 hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss durch den Erwerb einer Beteiligung in Höhe von 24,9 % der Kommanditanteile an der XY Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG Bb., C., durch die AB Medienverlag, C., aufgrund des Vertrages vom 28. November 1995 mit Wirkung zu 1. Januar 1996 untersagt. Zur Begründung hat das Bundeskartellamt ausgeführt, durch den Anteilserwerb in Höhe von 24,9 % an der XY werde der Zusammenschlusstatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. erfüllt. Die AB Medienverlag erlange vermittelt durch den Anteilserwerb einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die XY, die zu einer Verstärkung ihrer beherrschenden Stellung auf dem sachlichen Anzeigenmarkt und den räumlichen (lokalen) Anzeigenmärkten in C. und S. sowie dem regionalen Anzeigenmarkt in SüdBb. geführt habe. 30

Hiergegen richten sich die sofortigen Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3, mit denen sie sich gegen die Untersagung des Zusammenschlusses wenden. 31

32

Sie nehmen die im angefochtenen Beschluss vorgenommene sachliche und räumliche Marktabgrenzung hin und greifen auch die Feststellungen zur marktbeherrschenden Stellung der AB Medienverlag vor dem Zusammenschluss im Jahre 1996 nicht an.

Sie vertreten die Auffassung, es liege kein wettbewerblich erheblicher Einfluss der AB Medienverlag im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB vor, da ein solcher über die Gesellschafterstellung und Gesellschafterrechte hinaus "sonderrechtlich" durch zusätzliche Umstände ("Plusfaktoren") vermittelt werden müsse. Ein tatsächlicher Einfluss genüge nicht. Der Anteilserwerb an der XY ermögliche weder durch die im Gesellschaftsvertrag noch die im Joint-Venture-Vertrag vorgesehenen Einstimmigkeitserfordernisse in der Gesellschafterversammlung der AB Medienverlag einen wettbewerblich erheblichen Einfluss. Die zu der bloßen Minderheitsbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag der XY hinzukommenden Informations-, Mitsprache- und Kontrollrechte der AB Medienverlag als Beiratsmitglied ließen keinen wechselseitigen Interessenausgleich erwarten. Die Informations-, Mitsprache- und Kontrollrechte eines Beiratsmitgliedes reichten nicht über diejenigen eines Gesellschafters nach § 51 a GmbHG hinaus, auf die in § 5 Abs. 5.3 des Kommanditgesellschafts-Vertrags Bezug genommen ist. Die Verpflichtung der Gesellschafter auf die Führung der Beteiligten zu 1 "at arms length und damit konzernfrei und unabhängig " in Abschnitt IV, Ziffer 2.1 im Joint-Venture-Vertrag vom 4. April 2003 schließe zudem eine einseitige Einflussnahme aus. Zudem belege die Herausgabe der "Z. C." durch die AB Medienverlag seit dem Mai 2004, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 3 bestehe. 33

Die Beteiligten zu 1 bis 3 beantragen, 34

den Beschluss des Bundeskartellamts vom 2. April 2004 (Az.: B 6 -22122 -Fb- 81/03) zu 1 und zu 2 aufzuheben. 35

Das Bundeskartellamt beantragt, 36

die Beschwerden zurückzuweisen. 37

Es verteidigt den angefochtenen Beschluss als rechtmäßig. 38

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten und zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 39

B. 40

I. Die zulässigen Beschwerden haben keinen Erfolg. Der vor dem 1. Januar 1999 vollzogene und dem Bundeskartellamt nicht angezeigte, aber auch nicht anmeldepflichtige Anteilserwerb unterliegt gemäß der Übergangsbestimmung des § 131 Nr. 9 GWB n.F. i.V.m. § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (jetzt: § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) der Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I. S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 1, 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I, S. 2512 ; vgl. BGH, Beschl. v. 24. Juni 2003 - KVR 14/01, WuW/E-DE-R 1163, 1164- HABET/Lekkerland). Die Umsatzschwelle von 10 Millionen DM des § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB a.F. (Bagatellmarktregelung) und § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB n.F. ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamts auf den lokalen Märkten dem Altlandkreis C. einschließlich Stadt C. sowie dem Altlandkreis S. als auch auf dem regionalen Markt, der durch das Verbreitungsgebiet der AB gebildet wird und die elf Altlandkreise in SüdBb. sowie die Gebiete Ho. und We. und J. /W. umfasst, erreicht bzw. überschritten. Allein der AB 41

Medienverlag hat im Jahre 1996 auf den lokalen und regionalen Märkten mit den Anzeigenbelegmöglichkeiten der AB einen Umsatz von deutlich über 550.000 DM erzielt, so dass die Bagatellmarktschwelle unter Berücksichtigung der Pressenrechenklausel des § 23 Abs. 1 Satz 7 GWB a.F. und § 38 Abs. 3 GWB n.F. zumindest für diese Märkte überschritten wurde.

II. Der Zusammenschluss ist gemäß den anzuwendenden Bestimmungen des GWB in seiner alten (bis zum 31.12.1998 geltenden) Fassung wie in seiner neuen Fassung zu untersagen. Das Bundeskartellamt hat mit Recht angenommen, dass das Zusammenschlussvorhaben die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 3 sowohl auf den lokalen und regionalen Märkten erwarten lässt, ohne dass eine fusionsbedingte Verbesserung von Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten nachgewiesen ist, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegt (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GWB a.F. und § 36 Abs. 1 GWB n.F.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei einer Verfügung, mit der 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 (vgl. Kartellsenat, Beschl. v. 21.11.2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607, 612 f. - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel; Beschl. v. 24. Juni 2003, KVR 14/01, WUW/E DE-R 1163, 1170 - HABET/Lekkerland). Daraus folgt, dass auch das Bundeskartellamt, prüft es einen schon vollzogenen, anzeigepflichtigen Zusammenschluss, nach Vollzug des Zusammenschlusses eintretende tatsächliche Umstände in die nachträgliche Prüfung einzubeziehen hat. 42

Mit dem Erwerb von 24,9 % der Anteile an der Beteiligten zu 1 durch die Beteiligte zu 3 sind die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. und § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n. F. erfüllt. Nach § 24 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. sowie § 36 Abs. 1 GWB n.F. kann die Kartellbehörde einen Unternehmenszusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird und die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen, dass durch die Fusion Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. und § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. liegt ein der Fusionskontrolle unterworfener Unternehmenszusammenschluss u.a. dann vor, wenn zwar ein Gesellschaftsanteil unterhalb der Aufgreifschwelle des § 23 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 b) GWB n.F.) von 25 % erworben wird, durch den Anteilserwerb ein (oder mehrere) Unternehmen aber unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann (können). 43

1. Mit zutreffenden Erwägungen und von der Beschwerde auch nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen hat das Bundeskartellamt die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB und des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. bejaht und angenommen, dass vermittelt durch den Anteilserwerb der Beteiligten zu 3 ihr rechtlich und tatsächlich wettbewerblich erhebliche Einflussmöglichkeiten auf die Beteiligte zu 1 verschafft werden. Mit Recht hat das Bundeskartellamt eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorgenommen und festgestellt, dass jedenfalls der Beteiligten zu 3 sowohl rechtliche (hierzu unter a)-c)) als auch tatsächliche Möglichkeiten (hierzu unter d)) einer Einflussnahme auf das Wettbewerbsverhalten der Betroffenen zu 1 eröffnet sind. Insbesondere werden der Beteiligten zu 3 erhebliche Einflussmöglichkeiten auf die aktuelle Geschäftspolitik und das zukünftige Marktverhalten der Beteiligten zu 1 eröffnet. 44

45

a) Durch das der Beteiligten zu 3 als Kommanditistin mit einem Geschäftsanteil von mindestens 24 % gewährte Recht, ein Mitglied in das Kontrollorgan der Kommanditgesellschaft, nämlich den Beirat der Beteiligten zu 1 zu entsenden, werden der Beteiligten zu 3 als Wettbewerberin weitreichende Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung und Kontrolle der Geschäftsführung, und damit auf das Marktverhalten der Beteiligten zu 1 auf dem relevanten Markt eröffnet. Die durch die Einrichtung des Beirats vermittelte Stellung der Beteiligten zu 3 wird dadurch abgesichert, dass der Beirat mit umfassenden Zustimmungs-, Informations- und Auskunftsrechten ausgestattet ist, besonders hinsichtlich des Jahresabschlusses (vgl. § 171 AktG). Außerdem vertritt der Beirat die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern (vgl. § 112 AktG).

Der Beirat übt neben bzw. an Stelle der Kommanditisten über den (dispositiven) § 164 HGB hinausgehende Zustimmungsrechte zum Zwecke der Überwachung der Geschäftsführung aus (vgl. § 111 Abs. 1 AktG). § 164 1. Halbsatz HGB besagt, dass die Kommanditisten von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen sind. Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 164 HGB ist bei der Kommanditgesellschaft die Geschäftsführung grundsätzlich Sache der Komplementäre. Kommanditisten sind in der Regel von der Geschäftsführung ausgeschlossen; ihre Zustimmung ist nach § 164 2. Halbsatz i.V.m. § 116 Abs. 2 HGB nur bei Maßnahmen der außergewöhnlichen Geschäftsführung erforderlich. 46

Nach § 5 Abs. 5.5 und § 8 Abs.8.8 des Gesellschaftsvertrages sind dem Beirat über die gesetzliche Regelung hinaus weitreichende Zustimmungsbefugnisse zu Handlungen und Maßnahmen der Geschäftsführung, die sowohl den gewöhnlichen als auch den außergewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft (vgl. §§ 116 Abs. 1, 164 Satz 1 HGB - Akte der Geschäftsführung) betreffen (z.B. Zustimmung zur Kreditaufnahme; Zustimmung zum Abschluss von Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als 3 Jahren mit Ausnahme von Leasingverträgen; Zustimmung zum Abschluss von Anstellungsverträgen - auch mit Geschäftsführern-; Zustimmung bei Budgetplanerstellungen), zugesprochen. Nach dem dispositiven gesetzlichen Leitbild des § 164 HGB ist der Kommanditist regelmäßig von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Auch wenn in den diesbezüglichen Regelungen des Gesellschaftsvertrages keine unzulässige Übertragung der Gesellschaftergeschäftsführung auf die Kommanditisten des Beirats zu sehen ist (vgl. BGHZ 51, 198, 200), so geben diese Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten zu 3 in ihrer Funktion als Beiratsmitglied die Möglichkeit zu einer umfassenden Kontrolle der geschäftsführenden Komplementärin und zur unmittelbaren Einwirkung auf deren Geschäftsführung. Zudem kommt es entgegen der Auffassung der Beschwerde ferner nicht darauf an, ob diese dem Beirat obliegenden Zustimmungsbefugnisse den Aufgaben entsprechen, die einem Beirat als Kontrollorgan der Kommanditgesellschaft üblicherweise obliegen. Entscheidend ist, dass diese Befugnisse von einer als Mitglied im Beirat befindlichen Wettbewerberin der Beteiligten zu 1 ausgeübt werden und sie, die Beteiligte zu 3, vermittelt durch ihre Mitgliedschaft im Beirat, Einflussmöglichkeiten auf das wettbewerbliche Auftreten der Beteiligten am Markt und Informationen über dieses erlangt. 47

Mittelbar gewinnt der Beirat zudem Einfluß auf die Geschäftsführung dadurch, dass er nach § 7 Abs. 7.6 zuständig ist für den Abschluss der Dienstverträge mit den Geschäftsführern der die Geschäfte der Kommanditgesellschaft führenden Komplementärin, deren Geschäftsanteile wiederum der Kommanditgesellschaft gehören (In-sich-Gesellschaft). Regelmäßig steht der Geschäftsführer der Komplementärin im Dienstverhältnis zu dieser; eine Anstellung und Bezahlung von der GmbH & Co. KG ist eher selten. 48

49

Eine weitere unmittelbare Verstärkung der Position des Beirats gegenüber der Geschäftsführung erfolgt dadurch, dass § 8 Abs. 8.8 dem Beirat weitreichende Beratungs- und Mitwirkungsrechte bei der Umsetzung der Gesellschafterbeschlüsse und Fortschreibung der Geschäftspolitik (Marketing- und Redaktionskonzept sowie Synergiemöglichkeiten) durch die Geschäftsführung gewährt. Auch dies entspricht dem gesetzlichen Leitbild des entsprechend auf den Beirat einer Kommanditgesellschaft anzuwendenden § 111 AktG. § 111 Abs. 1 AktG bestimmt, dass der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 114, 127, 130) erstreckt sich die Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, der dem Beirat einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Kommanditgesellschaft entspricht, nicht nur auf abgeschlossene Sachverhalte, sondern auch auf grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik; sie ist nicht auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung beschränkt, sondern muss die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftführung einbeziehen. Eine so verstandene Kontrolle, so der Bundesgerichtshof in der oben genannten Entscheidung, kann wirksam nur durch ständige Diskussion mit der Geschäftsführung und insofern durch dessen laufende Beratung ausgeübt werden; die Beratung ist deshalb das vorrangige Mittel der in die Zukunft gerichteten Kontrolle des Vorstandes. Entspricht die Regelung des § 8.8 des Gesellschaftsvertrages auch dem gesetzlichen Leitbild der Aufgaben des Aufsichtsrates bzw. Beirats, so erlaubt sie der Beteiligten zu 3 sich stets aktuell in das wettbewerbliche Auftreten der Beteiligten zu 1 mitgestaltend einzuschalten. Damit wird der Beteiligten zu 3 als Wettbewerberin im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung eine rechtliche Position gegenüber der geschäftsführenden Komplementärin gewährt, die es ihr ermöglicht, auf deren Geschäftsführung im Rahmen der zukünftigen Geschäftspolitik unmittelbar tatsächlich Einfluß zu nehmen.

Die Position der Beiratsmitglieder und Kommanditisten wird zudem dadurch verstärkt, dass zu dem Zweck der Fortschreibung der Geschäftspolitik mit § 8 Abs. 8.8 - den nicht im Beirat vertretenen Kommanditisten wird mit § 5 Abs. 5.3 durch seinen Verweis auf § 51a GmbHG des Gesellschaftsvertrages ein umfassendes Einsichtsrecht gewährt - den Beiratsmitgliedern ein Auskunfts- und Einsichtsrecht gewährt wird, das weit über die Rechte hinausgeht, die die gesetzliche Regelung des § 166 HGB einem Kommanditisten zubilligt. Die dispositive Regelung des § 166 HGB gibt dem Kommanditisten nur das Recht gegenüber der Gesellschaft, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und seine Richtigkeit unter Einsicht in die Bücher und Papiere zu prüfen, also ein sich auf das vergangene Geschäftsjahr beziehendes Einsichts- und Kontrollrecht. Dieses eingeschränkte Kontrollrecht gilt zwar nur, soweit der Kommanditist nicht zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist. Letztgenanntes ist hier jedoch nicht der Fall, denn Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist die Kommanditgesellschaft (In-sich-Gesellschaft), nicht aber die Kommanditisten. Demgegenüber ist das individuelle Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters nach § 51a GmbHG umfassend ausgestaltet und, vom Sonderfall des § 51a Abs. 2 GmbHG abgesehen, prinzipiell unbeschränkt und findet seine Grenze erst bei einer nicht zweckentsprechenden Wahrnehmung (vgl. BGHZ 153, 339-347). Das nach § 51a Abs. 3 GmbHG unabdingbare Recht besteht gegenüber der Gesellschaft als Trägerin der Informationspflicht, die lediglich durch ihren organschaftlichen Vertreter handelt (vgl. BGHZ 135, 48-58). Abweichend von der dispositiven Regelung des § 166 HGB gewährt § 8 Abs. 8.8 des Gesellschaftsvertrages den Beiratsmitgliedern und Kommanditisten mit einer Minderheitsbeteiligung von mindestens 24 % - ebenso wie § 51a GmbHG und § 131 AktG - jederzeit ein umfassendes Auskunfts- und ein Einsichtsrecht in die Bücher und Schriften der Kommanditgesellschaft. 50

51

Auch insoweit kommt es - anders als die Beschwerde es sieht - nicht darauf an, dass die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Auskunfts- und Einsichtsrechte nicht über § 51a GmbHG hinausgehen (vgl. auch BGH, aaO, 278). Dispositives Leitbild für die Auskunftsrechte eines Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft ist § 166 HGB. Erweiterungen des Einsichts- und Kontrollrechts des Kommanditisten über § 166 HGB hinaus sind zwar gesellschaftsrechtlich ohne weiteres zulässig: Gleichwohl belegt diese Erweiterung, dass der Beteiligten zu 3 als Beiratsmitglied unmittelbare Einflussmöglichkeiten auf die aktuelle Geschäftsführung und künftige Geschäftspolitik der geschäftsführenden Kommanditistin durch die gesellschaftsvertraglichen Regelungen eröffnet sind. Allein auf Grund dieser Zustimmungs- und Auskunftsrechte erlangt die Beteiligte zu 3 wichtige und aktuelle Informationen über das tägliche Wettbewerbsverhalten der Betroffenen zu 1, die es ihr ermöglichen, Einfluß auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten zu 1 zu nehmen.

b) Die Beteiligte zu 3 hat durch den im Rahmen des Anteilserwerbs abgeschlossenen Joint-Venture-Vertrages die rechtliche Möglichkeit (ein Vetorecht) erhalten, ein wettbewerblich unabhängiges Auftreten der Beteiligten zu 1 in weiteren Gebieten von Bb. zu verhindern. Nach Abschnitt IV Ziffer 2.3 des Joint-Venture-Vertrages bedarf die Herausgabe von Anzeigenzeitungen in weiteren Kreisen von Bb. stets der Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. auch § 9 Abs. 9.10, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrages der qualifizierten Mehrheit von 3/4 und nach dem zur Zeit gültigen Gesellschaftsvertrag: 67 % der Stimmanteile der Kommanditisten bedürfen). Dies und das Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 5.5, das bei Verträgen, welche einen Gegenstandswert von mehr als 30.000 DM aufweisen und jährlich mehr als insgesamt 100.000 DM eine Zustimmung des Beirats mit qualifizierter Mehrheit verlangt (hierunter fallen auch Kreditverträge), verschaffen der Beteiligten zu 3 eine besonders weitreichende wettbewerblich erhebliche Einflussmöglichkeit. Sie erlauben ihr, Bemühungen der Beteiligten zu 1, ihren Tätigkeitsbereich über die 11 Altlandkreise hinaus in Bb. und/oder in S. -A. (J. /W.) und S. (Ho. und We.) auszuweiten und hierfür erforderliche Investitionen zu tätigen, zu unterbinden. 52

Zuzustimmen ist den Beteiligten insoweit, dass der vorliegende Fall sich von dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall "Si. Wb." (Beschl. v. 10.11.1987-KVR 7/86, WuW/E BGH 2443, 2448) unterscheidet. In diesem Fall ging es um einen Zusammenschluss nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 GWB in der vom 1. Januar 1986 bis 31. Dezember 1989 geltenden Fassung vom 19. Dezember 1985. Der Streitfall unterscheidet sich von dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt dadurch, dass sich die Verbreitungsgebiete der AB und des Wk.s in Bb. bereits im Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs im Jahre 1996 gedeckt haben. Der AB Medienverlag konnte deshalb ein Auftreten der Beteiligten zu 1 in einem Teil seines eigenen Verbreitungsgebiets, und zwar in den 11 Altlandkreisen Bb.s, nicht verhindern. Eine Erweiterung des Verbreitungsgebiets außerhalb Bb.s und/oder der 11 Altlandkreise setzt hier eine Änderung des Vertragsgegenstand des Gesellschaftervertrages voraus (vgl. Abschnitt IV Ziff. 2.3 des Joint-Venture-Vertrages i.V.m. § 2 Abs. 2.1 des Gesellschaftsvertrages). 53

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 und 2 kommt es insoweit nicht darauf an, ob ein künftiges Auftreten der Beteiligten zu 1 in weiteren Kreisen Bb.s sich nicht gegen die Beteiligte zu 3 richten würde, sondern gegen dritte Wettbewerber, die in anderen Kreisen von Bb. Anzeigenzeitungen herausgeben. § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a. F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) verlangt indes nur, dass einem auf horizontaler Ebene oder vertikaler Ebene auftretenden (potentiellen) Wettbewerber wettbewerblich erheblicher Einfluss auf das Beteiligungsunternehmen selbst eröffnet wird. Lediglich Einflüsse auf dritte Unternehmen reichen nicht aus, um die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 54

GWB n.F.) zu begründen. Insoweit liegt es zwar auf der Hand, dass die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Wettbewerberin, die dem AB Medienverlag durch den Anteilserwerb eröffnet worden ist, in der Regel dem eigenen Absatz von Anzeigenraum durch die Beteiligte zu 3 förderlich ist und zugleich auch dem (dritten) Wettbewerber nachteilig sein kann. Die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Entscheidung der Wk. KG berührt damit in der Regel unmittelbar auch die Stellung des Einflussnehmenden wie auch die seiner Mitbewerber (vgl. BGH, WuW/E DE-R 607, 611). Nach dem Zweck der Vorschrift muss es aber zur Ausfüllung des gesetzlichen Tatbestandes genügen, dass von einem Wettbewerber Einfluss auf die Entscheidungen des Beteiligungsunternehmens genommen werden kann, ungeachtet der Frage, gegen wen sich etwaige Wettbewerbshandlungen des Beteiligungsunternehmens und ob sie sich gegen den Beteiligungserwerber richten. Auch insoweit ist allein entscheidend, dass sich die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung und das Wettbewerbsverhalten des Beteiligungsunternehmens dem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eröffnen.

c) Ferner bedarf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen nach § 13 Abs. 13.1 des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung jedes Kommanditisten (Einstimmigkeitsprinzip), wobei die Zustimmung zur Übertragung von Geschäftsanteilen schriftlich vorliegen muss und den Kommanditisten für den Fall des Verkaufs eines Kommanditanteils ein Vorkaufsrecht eingeräumt ist (vgl. § 14 Abs. 14.1). Dem einzelnen Kommanditisten ist - auch der Beteiligten zu 3 - ein Vetorecht eingeräumt, das den Zwang zur Einigung aller Gesellschafter erzeugt. Entgegen der Auffassung der Beschwerde kommt es nicht darauf an, dass nach der gesetzlichen Regelung die Übertragung von Geschäftsanteilen, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, nur bei Vorliegen einer einstimmigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfolgen kann, weil es sich um ein Grundlagengeschäft handelt. Mit diesem Veto- und Vorkaufsrecht kann die Beteiligte zu 3 verhindern, dass ein (z. B. weiterer Gesellschafter zur Verstärkung der Finanzkraft der XY) aufgenommen wird. Auch diese Regelung schafft eine weitere, wettbewerblich erhebliche rechtliche Möglichkeit zur Einflussnahme der AB Medienverlag auf das Marktverhalten der XY. 55

d) Mit Recht hat das Bundeskartellamt auch die tatsächlichen Gegebenheiten zur Möglichkeit einer Einflussnahme der Beteiligten zu 3 nach dem Anteilserwerb durch das S. Wb. im Jahr 1996 und der Landesbank S. im Jahr 1999 berücksichtigt. 56

aa) Die Annahme des Bundeskartellamts, die Beteiligung der Landesbank S. im Jahre 1999 führt den Beteiligungserwerb der Beteiligten zu 3 nicht aus dem Anwendungsberech der Zusammenschlusskontrakte heraus. Ihm ist darin beizupflichten, dass die durch die Beteiligung an der XY vermittelte wettbewerblich erhebliche Einflussmöglichkeit zur Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) führt. Gerade auch der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch Wettbewerber - wie im vorliegenden Fall - sowie der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen von weniger als 25 % verbunden mit dem Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch nahestehende Banken oder Versicherungen sollte nach der Entstehungsgeschichte durch diesen Auffangtatbestand erfasst werden (vgl. Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, GWB 2. Aufl. § 23 GWB, Rdnr. 239; vgl. auch BGH, aaO, S. 613 -Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel). 57

Der Landesbank S. kam es - im Sinn eines dadurch zumindest mit verfolgten Zwecks - durch ihren im Jahre 1999 erfolgenden Anteilserwerb neben der zu erwartenden Rendite auch auf die Möglichkeit der Verwirklichung einer wettbewerblichen Einflussnahme durch die Beteiligte zu 3 an, weshalb es an einer Rechtfertigung dafür fehlt, den Anteilserwerb durch die 58

Beteiligte zu 3 von der Anwendung der Vorschrift auszunehmen. Dies ergibt sich bereits aus dem vom Bundeskartellamt festgestellten Sachverhalt anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrats der Landesbank S. am 4. Dezember 1998. In der ensprechenden Vorlage hat die Landesbank S. ausdrücklich ihre Bereitschaft erklärt, "die Wahrung der Interessen der AB Medienverlag und die Geschäftsinteressen der SZsgruppe in der Region Bb. zu unterstützen". Die vom Bundeskartellamt gezogene Schlussfolgerung, die ausdrücklich erklärte Bereitschaft der Landesbank S., die SZsgruppe und die AB Medienverlag in Bb. unterstützen zu wollen, lasse auf eine Bereitschaft der Landesbank S. schließen, gleiches auch innerhalb des Beirats der Kommanditgesellschaft zu tun, entspricht der Lebenserfahrung. Diese Bereitschaft lässt sich auch daraus ableiten, dass der Vertreter der Landesbank S. nur an 5 der insgesamt 14 Beiratssitzungen teilgenommen, die Landesbank den Vorsitz im Beirat nie ausgeübt und sie die Wahrnehmung ihrer Stimmrechte in den meisten Sitzungen dem Vertreter der AB Medienverlag überlassen hat (siehe angefochtenen Beschluss S. 16). Die Landesbank S. hat von der Entsendung ihres Beiratsmitgliedes in 14 von 17 Beiratssitzungen abgesehen und sich durch den Geschäftsführer der AB Medienverlag vertreten lassen. Diese Feststellung findet zudem darin ihre Unterstützung, dass die Landesbank S. im Gegensatz zur AB Medienverlag über keine eigenen Kenntnisse und Erfahrungen im Tätigkeitsbereich der XY verfügt. Dass die Landesbank S. als Minderheitsgesellschafterin mit einem Geschäftsanteil von 24,9 % auch ein Renditeinteresse hegt, steht der Annahme, dass sie auf die Vorstellungen des anderen Minderheitsgesellschafters Rücksicht nimmt oder diesen freien Raum lässt, nicht entgegen, auch wenn das nur soweit geschieht, wie es ihren eigenen Interessen nicht zuwiderläuft (vgl. BGH, aaO, 607, 608 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel).

Die AB Medienverlag ist auf Grund räumlichen Nähe zum Vertriebsgebiet und ihrer Marktkenntnisse eher in der Lage als die Landesbank S., ihre Position mit sachbezogenen Argumenten zu unterstützen (vgl. BGH, aaO, S. 609, 610 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel). Dies steigert die ohnehin der AB Medienverlag gegebene Möglichkeit der Einflussnahme. Auch wenn es der AB Medienverlag mangels rechtlicher Möglichkeiten nicht in jedem Fall gelingen wird, Mehrheiten für ihre Position zu sammeln, so kann sie jedenfalls nach der Lebenserfahrung Mehrheiten für ihre Position aufgrund einer durch ihre Kenntnisse des Marktes unterstützten Argumentation gewinnen. § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) verlangt auch nicht, dass der Erwerber der Anteile sich in allen Belangen mit seinen Vorstellungen rechtlich oder tatsächlich durchsetzen kann (vgl. BGH aaO, S. 609). Es reicht im Rahmen des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) aus, dass hierzu eine (i.S. einer Gefährdung des Wettbewerbs naheliegende) Möglichkeit besteht. Insoweit fällt auch ins Gewicht, dass die Mehrheitsgesellschafterin, die Beteiligte zu 2 mit Sitz in M., nur auf dem Gebiet des Druckes und des Vertriebs tätig ist, und auch bei ihr nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass sie den Vorstellungen des Minderheitsgesellschafters freien Raum läßt, solange dies ihren eigenen Interessen nicht zuwiderläuft (vgl. BGH, aaO, S. 607, 609 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel). 59

Zuzustimmen ist insoweit auch der Ansicht des Bundeskartellamts, dass die Beteiligte zu 3 mit ihrem Geschäftsanteil von 24,9 % und dem Geschäftsanteil der Landesbank S. bei den im Beirat und der Gesellschafterversammlung zu treffenden Entscheidungen faktisch ein Veto ausüben kann. Diese faktische Möglichkeit beruht darauf, dass der Beirat nicht mit einfacher Mehrheit der Geschäftsanteile entscheidet (vgl. § 119 Abs. 2 HGB). Nach § 8 Abs. 8.7 des Gesellschaftsvertrages der XY in der Fassung vom 4. April 2003 sind Beschlüsse des Beirats mit qualifizierter Mehrheit zu fassen, also mit 3/4 der Stimmen der Beiratsmitglieder, wobei jedes der insgesamt vier Beiratsmitglieder über eine Stimme verfügt. Die Gesellschafterversammlung ist nur im Falle des Nichterreichens der erforderlichen 60

qualifizierten Mehrheit subsidiär zuständig (§ 8 Absatz 8.7, letzter Satz). Für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über eine Änderung des Kommanditgesellschaftsvertrages sowie Zustimmungsbeschlüsse in den Fällen des § 5 Abs. 5.5 ff ist nach § 9 Abs. 9.10 die Zustimmung von mindestens 67% des Kommanditkapitals, also stets eine qualifizierte Mehrheit der Stimmanteile erforderlich. Es besteht somit ein faktischer Einigungszwang zwischen allen Gesellschaftern, da ohne Einigung von mindestens drei Gesellschaftern kein Beiratsbeschluss zustandekommen kann. In der Gesellschafterversammlung sind zwei der Gesellschafter, die WM-KG und die Privatperson mit ihren Geschäftsanteilen von 50 % und 0,2 % stets auf die Mitwirkung eines der anderen beiden Minderheitsgesellschafter angewiesen; andererseits aber kann die Beteiligte zu 3 mit dem Geschäftsanteil der Landesbank S. jederzeit faktisch ein Veto einlegen.

bb) Auch seit dem Jahr 1996 hat die Beteiligte zu 3 über die tatsächliche Möglichkeit des Interessenausgleichs verfügt. Über die SZ war die AB Medienverlag derart mit dem S. Wb. verklammert, dass sie faktisch ein Vetorecht ausüben konnte. Gemäß § 8 Abs. 8.7 bedurften Beschlüsse des Beirats der 3/4 Mehrheit und nach § 9 Abs. 9.10 des Gesellschaftsvertrages hat eine Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie ein Zustimmungsbeschluss in den Fällen des § 5 Abs. 5.4 ff. nur mit Zustimmung von 3 der insgesamt 4 Kommanditisten der Gesellschafterversammlung erfolgen können. Eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung bzw. des Beirats hat somit nicht gegen die Stimmen der Beteiligten zu 3 und des S. Wb. ergehen können. Diese beiden Unternehmen sind über ihre gemeinsame Anteilseignerin, die SZ, die an der S. Wb. 45% der Anteile hält und die Alleingesellschafterin der AB Medienverlag ist - und damit herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG ist - und die ihrerseits im Sinne des § 18 AktG konzernrechtlich mit dem H. -Verlag verbunden ist, miteinander verbundene Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB, § 15 AktG (vgl. den Wortlaut des Abschnitts IV, Ziffer 1.1.3 des Joint-Venture-Vertrages und § 8 Abs. 8.8, § 13 Abs. 13.3 des Gesellschaftsvertrages). 61

Ob der Umstand, dass die AB Medienverlag und das S. Wb. von der in § 13 Abs. 13. 3 des Gesellschaftsvertrags vorgesehenen Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters in der Gesellschafterversammlung abgesehen haben, - wie die Beschwerde meint - darauf hindeutet, dass die Annahme einer gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Konzern entgegen dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Joint-Venture-Vertrages (vgl. Abschnitt IV Ziffer 1.3) zu Unrecht erfolgt sei, kann letztlich dahinstehen. Denn nach den nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Bundeskartellamts hat der anwaltliche Vertreter der seinerzeitige Anmelder in dem Fall B6 - 66/98 (Heimat -Presseverlag - S. Wb.) in einem Schreiben vom 15. Juni 1998 dargelegt, dass "alle wettbewerblich relevanten Fragen der Zustimmung der SZ bedürfen" und diese einen mitbeherrschenden Einfluß auf das S. Wb. hat. Die Richtigkeit dieser Erklärung steht im vorliegenden Verfahren außer Streit. Die gesellschaftsmäßige Verklammerung über die SZ und die interessenmässige Verbindung lassen darauf schließen, dass auch bei der S. Wb. die Bereitschaft bestanden hat, die Position der AB Medienverlag im Beirat zu unterstützen. Insoweit fällt ferner ins Gewicht, dass die Beteiligte zu 2 mit ihrem Sitz in M. und der Tatsache, dass sie sich lediglich auf den Gebieten des Drucks und Vertriebs betätigt hat, eine jedenfalls deutlich geringere Erfahrung als die Beteiligte zu 3 auf dem hier relevanten räumlichen und sachlichen Markt besitzt. Dies gilt ebenso für die G + J mit Sitz in H.. 62

2. Die solchermaßen der Beteiligten zu 3 eröffneten tatsächlichen Einflussmöglichkeiten weisen den nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) erforderlichen erheblichen wettbewerblichen Bezug auf. 63

64

§ 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) verlangt, dass der Einfluss auch hinsichtlich seiner wettbewerblichen Wirkung relevant ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den einzelnen Unternehmen so wesentlich eingeschränkt ist, dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten (BTagsDrs., S. 20). Wettbewerblich erheblich ist der Einfluss, der es dem beteiligten Unternehmen insbesondere ermöglicht, bei der Entscheidung über den Einsatz der Ressourcen des anderen Unternehmens die eigenen Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen. Maßgeblich ist der Einfluss auf diejenigen Ressourcen, die für den Erwerb oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von §§ 22, 24 GWB a.F. (§19 Abs. 2, § 36 GWB n.F.) erheblich sind. Die auf Dauer gleichgerichtete Interessenlage der AB Medienverlag und der XY lässt erwarten, dass jedenfalls wesentlicher Wettbewerb zwischen ihnen ausgeschlossen sein wird. Es entspricht insoweit der kaufmännischen Erfahrung, dass die Beteiligte zu 3 ihre über den Beirat institutionalisierte enge Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung, ihre Veto-, Zustimmungs-, Auskunfts- und Einsichtsrechte und ihre tatsächlichen Einflussmöglichkeiten nutzen wird, um die eigenen wirtschaftlichen Belange zu wahren und Ausweitungen des Tätigkeitsbereiches der Beteiligten zu 1, sei es in räumlicher oder sachlicher Hinsicht, zu verhindern. Dies gilt umso mehr als nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, die Beteiligte zu 3 - im Gegensatz zu der zur Zeit einen Gewinn erwirtschaftenden Beteiligten zu 1 - derzeit "eine schwarze Null schreibt" und keine Gewinne erzielt.

Insoweit bedarf es an sich auch keiner vertieften Erörterung, ob und in welchem Umfang die Beteiligte zu 3 zu den in der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Maßnahmen zur Verbesserung der eigenen wettbewerblichen Position in der Vergangenheit tatsächlich bereits gegriffen hat. Nach § 23 Abs. 2 Nr. GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) genügt für die Anwendung der Vorschrift die bloße Möglichkeit einer solchen Einflussnahme, auch wenn es zu ihr bisher tatsächlich nicht gekommen ist. Insoweit liegt es jedoch auf der Hand, dass die Möglichkeit der Einflussnahme auf der gleichen Wettbewerbsstufe, die der Beteiligten zu 3 durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung eröffnet worden ist, dem eigenen Absatz von Anzeigenraum förderlich ist und damit zugleich auch der Beteiligten zu 1 als Wettbewerberin der Beteiligten zu 3 nachteilig sein kann. 65

Ungeachtet dessen sind vom Bundeskartellamt konkrete Abstimmungen des beiderseitigen Wettbewerbsverhaltens, nämlich die Erstellung der Preisliste der XY in der Beiratssitzung am 12. November 1999, der Austausch von Vergleichsdaten zum Thema Rabattierung in der Beiratssitzung am 21. Oktober 1998 sowie der Austausch von "schwarzen Listen" zu Forderungsausfällen in der Beiratssitzung am 7. Juni 1996 aufgrund der Beiratsprotokolle festgestellt worden. Gegen die umfassende und erschöpfende Würdigung dieser Beweise durch das Bundeskartellamt (angefochtener Beschluss, S. 13) bestehen keine rechtlichen Bedenken. 66

Entgegen der Auffassung der Beschwerde kann die Herausgabe der Zeitung "Ce." durch die A. V. GmbH, einer Tochtergesellschaft der AB Medienverlag, seit Mai 2004 mit einer gedruckten Auflage von 20.000 Exemplaren und verkauften Auflage von ca. 6.000-7.000 Exemplaren auf dem lokalen Markt C. nicht belegen, dass ein Wettbewerb zwischen ihr und der XY bestehe. Ausweislich der Anlage zum Schriftsatz vom 7. Juli 2004, (GA 74) soll die Tageszeitung "Ce." als Life-Style-Produkt junge Menschen als Leser ansprechen, die bisher keine Tageszeitung lesen oder nur gelegentlich, und "eine interessante Werbeplattform für all jene (Anzeigen-) Kunden bieten, die eine junge und konsumorientierte Zielgruppe ansprechen möchten", also "brachliegende Potentiale in Leser - und Anzeigenmärkten 67

generieren": Hierunter fallen nicht zwingend Anzeigenkundengruppen, die bisher in den Objekten der Beteiligten zu 1 (und zu 3) inseriert haben; ausgeschlossen ist dies aber - entgegen der Annahme des Bundeskartellamts - nicht. Zudem verlangt § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) nicht, dass einzelne Wettbewerbshandlungen des bereits marktbeherrschenden Anteilserwerbers zu Lasten des Beteiligungsunternehmens nicht (mehr) stattfinden. Für die Anwendung des § 26 Abs. 2 Nr.6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.), der Gefahren für die Freiheit und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs abwehren will, reicht es bereits aus, dass ein wesentlicher Wettbewerb des Beteiligungsunternehmens gegenüber dem Anteilserwerber ausgeschlossen zu werden droht. Entscheidend ist damit, dass das erworbene Unternehmen sein Wettbewerbsverhalten an den Interessen des Erwerbers ausrichtet. Dies ist hier der Fall. Die Zeitschrift "Ce." wird nicht von der Beteiligten zu 1 herausgegeben.

3. Die Einflussmöglichkeiten der Beteiligten zu 3 werden ihr im Wesentlichen durch ihre gesellschaftsrechtliche Stellung vermittelt. 68

Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist nicht ein "sonderrechtlich vermittelter Einfluss" erforderlich. § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) stellt einen Auffangtatbestand dar, der das Ziel verfolgt, die Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen zu verbessern. Das Merkmal der "Vermittlung des Einflusses durch eine gesellschaftsrechtliche Stellung" dient lediglich der Abgrenzung gegenüber sonstigen Einwirkungen auf Entscheidungen anderer Unternehmen, wie sie sich aus der bloßen Teilnahme am Wettbewerb und dem damit verbundenen Wettbewerb von Waren und Leistung ergeben, etwa aufgrund reiner Austauschbeziehungen, aufgrund langjähriger Lieferbeziehungen oder bloßer Kreditvereinbarungen ohne besondere Zusatzvorkehrungen (vgl. BGH, aaO, S. 612 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel; BGHZ 90, 381 ff.). Seiner Funktion nach bringt das Merkmal lediglich zum Ausdruck, dass die Möglichkeit der Einwirkung auf ein anderes Unternehmen nur ihre Grundlage in einer gesellschaftsrechtlichen oder einer vergleichbaren rechtlichen Beziehung finden muss. Das heißt nicht, dass der wettbewerblich erhebliche Einfluss ausschließlich auf dieser gesellschaftsrechtlichen Basis beruhen muss; hierfür können weitere tatsächliche Umstände herangezogen werden. Faktischer Einfluss steht insoweit rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten (etwa durch besondere Beschlussquoren, Zustimmungserfordernisse oder Entsendungsrechte in Unternehmen) gleich (vgl. BGH, aaO, S. 611 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel; ferner Ruppelt in Langen/Bunte, GWB, 9. Aufl., § 37 Rdnr. 48). In Verbindung mit einem Anteilserwerb, der allein den notwendigen gesellschaftsrechtlichen Bezug herstellt, können folglich alle tatsächlichen Umstände und Abhängigkeitslagen, aber auch alle (rechtlich - vertraglich oder gesetzlich oder tatsächlich gewährten) Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten in die Betrachtung einbezogen werden. Auch rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten werden von der Vorschrift stets erfasst ohne Rücksicht darauf, ob sie ihre Grundlage in einer gesellschaftsrechtlichen (gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen) Regelung oder in einer Regelung zwischen den Gesellschaftern außerhalb des Unternehmens haben (vgl. BTagsDrs. 11/4610, S. 19, 20), solange nicht durch den relevanten rechtlichen oder tatsächlichen Einfluss die Möglichkeit einer Beherrschung des Unternehmens gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.), an dem die Beteiligung erworben wird, eröffnet wird. Die Begründung des Regierungsentwurfes spricht folglich auch allgemein und undifferenziert von "Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten" (aaO, S. 20 r. Sp.) als sog. "Plusfaktoren", die nicht unbedingt rechtlich abgesichert sein, aber dauerhaften Einfluss vermitteln müssen (vgl. BGH, aaO, S. 609 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel; Bechtold, GWB, 3. Aufl. § 37 Rdnr. 40; so auch Bechtold, BB 1990, S. 357, 361 l. Sp.). 69

Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) erfasst damit neben dem Entsenderecht in den Beirat auch die gesellschaftsvertraglich abgesicherten Informations-, Zustimmungs- und Kontrollrechte der dem Beirat angehörenden Kommanditisten, soweit diese von einem potentiellen Wettbewerber in wettbewerblich erheblicher Weise ausgeübt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn den Kommanditisten im Kontrollorgan der Kommanditgesellschaft - wie im Streitfall - Auskunfts- und Einsichtsrechte sowie Zustimmungs- und Mitwirkungsrechte zugebilligt werden, die, auch wenn diese Rechte interessengerecht sind, über § 166 HGB hinausgehen und damit nicht dem (dispositiven) gesetzlichen Leitbild der Kommanditgesellschaft entsprechen, und sie der Beteiligten zu 3 damit erhebliche tatsächliche und rechtliche Einflussmöglichkeiten auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten zu 1 geben. 70

Auch die Tatsache, dass die Beiratsmitglieder und Gesellschafter Treuepflichten im Sinne einer Gewährleistung der Konzernfreiheit gegenüber der Gesellschaft unterliegen und nach § 8 Abs. 8.6 des Gesellschaftsvertrages nicht an Weisungen "im Sinne eines gruppenrepräsentierenden Sonderrechtseinflusses" der Gesellschafter gebunden sind, schließt es nicht aus, dass die Möglichkeit besteht, dass sie trotz des Vorliegens einer Interessenkollision zum Nachteil der Beteiligten zu 1 mitstimmen. Nicht jede Interessenkollision führt zu einem Stimmverbot im Beirat oder der Gesellschafterversammlung. Ein Stimmverbot in der Gesellschafterversammlung und entsprechend im Beirat kraft Gesetzes besteht nur dann, wenn ein Interessenkonflikt zwischen unmittelbaren Vermögensinteressen der Gesellschaft und des Gesellschafters eintritt, etwa in den Fällen der §§ 134, 136 AktG, § 47 GmbHG, § 43 GenG, die auf die Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung finden, etwa bei der Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Gesellschafter, der Einleitung eines Rechtsstreits gegen ihn, der Entlastung oder Befreiung von einer Verbindlichkeit, der Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit oder gegenüber einem Gesellschafter. Ferner besteht ein Stimmverbot in den Fällen, in denen das Mitstimmen ein "Richten in eigener Sache" wäre (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 31. Aufl., § 119 Rdnr. 8). Nicht jede Interessenkollision führt damit zu einem Stimmrechtsausschluss; als Sanktion kommen unter Umständen nur ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Treuepflicht auf Grund eines Stimmrechtsmißbrauch (§ 280 BGB) in Betracht. Auch Gesellschafterbeiratsmitglieder können grundsätzlich bei einer Interessenkollision im Beirat mitstimmen (BGH WM 1973, 844). Stimmrechtsmissbräuche der AB Medienverlag bei Entscheidungen über gegen sie gerichtete Wettbewerbshandlungen des Beteiligungsunternehmens sind somit - wie das Bundeskartellamt mit Recht festgestellt hat - grundsätzlich möglich. 71

Das Bestehen derartiger gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten, darauf weist das Bundeskartellamt zutreffend hin, kann nicht zur Nichtanwendung der Fusionskontrolle führen. Die Fusionskontrolle würde wirkungslos, wenn jede unternehmensstrategische Beteiligung von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen mit Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Treue - und Verhaltenspflichten keinen der Prüfung unterliegenden Zusammenschlusstatbestand mehr darstellte, obgleich es das offenkundige Ziel einer solchen Beteiligung ist, die eigene Markt- und Wettbewerbsposition zu verbessern. Damit wäre - da Kommanditisten stets Treuepflichten gegenüber ihrer Kommanditgesellschaft unterliegen - die Fusionskontrolle bei einer Kommanditgesellschaft überflüssig. Somit ist es im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung ohne Relevanz, ob die Beschwerdeführerin sich nach den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen im Falle der Interessenkollision ihrer Stimme zu enthalten oder sie aktiv zum Wohle der Beschwerdeführerin einzusetzen hat, wie die Beschwerde meint. 72

73

4. Ebenfalls zutreffend - und von der Beschwerde unbeanstandet - hat das Bundeskartellamt angenommen, dass der Zusammenschluss eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der AB Medienverlag sowohl auf den lokalen Märkten, dem Altlandkreis C. einschließlich Stadt C. sowie dem Altlandkreis S., als auch auf dem regionalen Markt erwarten lässt. Der regionale Markt wird durch das Verbreitungsgebiet der AB für Anzeigenbelegmöglichkeiten gebildet und umfasst die elf Altlandkreise in SüdBb. sowie die Gebiete Ho. und We. und J. /W..

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer schon bestehenden marktbeherrschenden Stellung nicht spürbar im Sinne des § 1 GWB sein (vgl. BGH, aaO, S. 612 - Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel). Das Bundeskartellamt hat zu Recht als relevanten regionalen Markt den gemeinsamen Anzeigenmarkt für regionale Tageszeitungen und wöchentlich erscheinende Anzeigenblätter im Verbreitungsgebiet der AB angesehen. Die Gesamtausgabe des Wk.s deckt 84 % des Verteilgebietes der AB ab. Dies hat das Bundeskartellamt in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich richtig gestellt (missverständlich ist insoweit die Feststellung des Bundeskartellamts auf Seite S. 26 oben des angefochtenen Beschlusses). Auf diesem regionalen Markt ist die Beteiligte zu 3 aufgrund ihrer überragenden Marktstellung beherrschend, sie verfügt über eine Alleinstellung bzw. über die Stellung einer Erstzeitung. Zu Recht hat das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang auch die Wechselwirkungen zwischen dem benachbarten Lesermarkt und dem Anzeigenmarkt berücksichtigt. So fördert eine hohes Anzeigenvolumen auch den Absatz auf dem Lesermarkt, da die Leser an Anzeigen interessiert sind. Eine hohe Leserzahl stärkt umgekehrt die Stellung der Zeitung auf dem Anzeigenmarkt, macht also die Zeitung für Anzeigenkunden attraktiver. Es ist zu erwarten, dass sich diese Stellung als Alleinzeitung durch den Erwerb der Anteile von 24,9% im Hinblick auf die weitreichenden Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Beteiligte zu 1 weiter verstärken wird, da hierdurch die Konkurrenz des einzigen Wettbewerbers nämlich des Wk.s, als solcher wegzufallen droht. 74

Auf den beiden lokalen Märkten, dem Altlandkreis und der Stadt C., beträgt der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten zu 1 und 3 mehr als 60%, während die beiden weiteren Wettbewerber, der C.er Generalanzeiger, über einen Anteil von mehr als 25% und der T. Werbeverlag über einen Anteil von unter 5% verfügen; im Altlandkreis S. verfügen die Zusammenschlussbeteiligten zu 1 und 3 über einen Marktanteil von etwa 90%, während der T. Werbeverlag mit dem "T. d. W." einen Markanteil von unter 10% hält. 75

Bei der Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals hat das Bundeskartellamt berechtigterweise auch den Umstand berücksichtigt, dass das Kerngeschäft des Hauptgesellschafters der XY, der WM KG, der Offset-Druck ist und sie zudem auf den nachgelagerten Marktstufen der Verteilung und des Vertriebs tätig ist. Dies erweitert den Handlungsspielraum der am Zusammenschluss Beteiligten zu 1 und 3 und sichert ihre marktbeherrschende Stellung. In diesem Zusammenhang hat das Bundeskartellamt mit Recht festgestellt, dass auch die Ressourcen der zum H.-K. gehörenden Beteiligten zu 3 dieser einen überragenden Verhaltensspielraum eröffnen. Potentieller Wettbewerb aus den angrenzenden Bundesländern und Kreisen aus dem nördlichen Bb. ist nicht zu erwarten, da es vor dem Hintergrund der dominierenden Stellung der AB als Alleinzeitung keine Anreize für das Eindringen in das Gebiet SüdBb. gibt. 76

5. Seine weitere Feststellung, dass durch den Zusammenschluss keine Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen, ist zutreffend. § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. HS GWB a. F. (§ 36 Abs. 1 2. Halbsatz 77

GWB n.F. - Abwägungsklausel) verlangt insoweit, dass die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht auf den von dem Zusammenschluss beherrschten Märkten eintritt, sondern auf anderen Märkten. Setzte die Vorschrift voraus, dass auf den von dem Zusammenschluss beherrschten Märkten eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (hier dem lokalen bzw. regionalen Anzeigenmarkt) zu bejahen wäre, so könnte das Tatbestandsmerkmal der Entstehung oder der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu verneinen sein, wenn eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf diesen Märkten tatsächlich durch den Zusammenschluss einträte (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, GWB, 9. Aufl., § 36 Rdnr. 50; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 183). Die Anwendung der Abwägungsklausel scheidet bei einer solchen Sachlage grundsätzlich aus.

Dass eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten außerhalb der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eingetreten wäre, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, haben die Beteiligten, denen nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift die Darlegungs- und Beweislast obliegt, zudem weder schlüssig dargelegt noch nachgewiesen. 78

Soweit die Beteiligten zudem geltend machen, durch ihren - vermeintlich nicht der Fusionskontrolle unterliegenden - Zusammenschluss seien erhebliche Einsparungspotentiale und Synergien freigesetzt und Rationalisierungen möglich geworden, haben sie nicht dargelegt, beim Bundeskartellamt einen Antrag auf Freistellung ihrer Kartellabsprache nach § 5 GWB a.F./n.F. gestellt zu haben. 79

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB n.F. Die Beteiligte zu 1 bis 3 haben als unterlegene Verfahrensbeteiligte die Gerichtskosten zu tragen sowie dem obsiegenden Bundeskartellamt die ihm in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten. 80

C. 81

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Zwecke der Rechtsfortbildung beruht auf § 74 Abs. 2 GWB. Die - soweit ersichtlich - bisher einzige Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. und zu § 37 Abs.1 Nr. 4 GWB n.F. auf dem Gebiet des Zeitschriftenhandels stammt vom 21. November 2000. 82

Rechtsmittelbelehrung: Die Beschwerdeentscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 83

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE