

Marcel Römisch

Die kartellrechtliche Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Die kartellrechtliche Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen**

**von
Marcel Römisch**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2009

978-3-86955-190-6

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-190-6

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2008 abgeschlossen und im August 2009 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Die der Arbeit zugrunde liegende Literatur entspricht weitestgehend dem Stand von Januar 2010.

Mein ganz herzlicher Dank gebührt zu allererst Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga, der mir die Verwirklichung dieser Arbeit erst ermöglicht hat und mir mit seinen Anregungen, seiner ständigen Bereitschaft zur wissenschaftlichen Diskussion und seinem persönlichen Interesse meine Untersuchung stets hilfreich unterstützt hat.

Danken möchte ich weiterhin Herrn Professor Dr. Hans-Martin Müller-Laube für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonders danken möchte ich meinen zahlreichen Freunden, insbesondere Vera Braun und Saskia Eckhardt, die mich während der gemeinsamen Promotionszeit begleitet, mit mir Unmengen Kaffee getrunken und mir durch ihren vielfältigen Rat unschätzbare Hilfe geleistet haben.

Schließlich gilt ein ganz großes Dankeschön meiner Familie, vor allen meinen Mädels Traute, Jenny und Anneliese sowie meiner Freundin Svenja, die mich während der gesamten Zeit in jeder Hinsicht unterstützten und mir in jeder Situation einen ermutigenden Rückhalt boten.

Euch ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Februar 2010

Marcel Römisch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Einführung	3
I) Historische Entwicklung des Pressekartellrechts	3
1) <i>Der Beginn des Pressekonzentrationsprozesses</i>	3
2) <i>Die Einführung der Pressefusionskontrolle in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i>	4
3) <i>Die Krise im Bereich der Zeitungspresse</i>	5
4) <i>Die pressenspezifischen Reformvorschläge im Rahmen der Konzeption eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB</i>	11
a) Eckwerte einer Siebten GWB-Novelle und der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit	11
b) Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung.....	19
aa) Der pressefusionsrechtliche Teil des Entwurfs	19
bb) Der pressekooperationsrechtliche Teil des Entwurfs	24
c) Stellungnahme des Bundesrates	27
d) Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit	30
e) Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses und in Kraft treten der Siebten GWB-Novelle.....	35
f) Kooperationsrechtlich relevante Änderungen der Siebten GWB-Novelle	36
aa) § 1 GWB n.F.	36
bb) § 2 GWB n.F.	37
cc) § 3 GWB n.F.	38
II) Überblick über den weiteren Gang der Untersuchung	39
B. Die Zulässigkeit von pressenspezifischen Kooperationen nach deutschem Kartellrecht	41
I) Die Zulässigkeit im Rahmen des GWB in seiner Sechsten Fassung	41
1) <i>Die Zulässigkeit nach den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB</i>	41
a) Verfahrensrechtliche Regelungen	41
b) Verwaltungspraxis und Rechtsprechung.....	42
aa) Pressenspezifische Spezialisierungskartelle nach § 3 GWB.....	43
(1) Der Fall „ <i>Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf</i> “	43
(a) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben	43
(b) Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA	44
(c) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung	44
(2) Der Fall „ <i>Storck/Schneider</i> “	56
(a) Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben.....	56
(b) Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA	57
(c) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung	58
bb) Pressenspezifische Mittelstandskartelle gemäß § 4 GWB	63
(1) Der Fall „ <i>Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk</i> “	63

(a)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben.....	63
(b)	Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA	63
(c)	Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung	64
(2)	Die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“	69
cc)	Pressespezifische Rationalisierungskartelle gemäß § 5 GWB: Der Fall „Gießener Tageszeitungen“	69
(1)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben.....	69
(2)	Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung des LKartA.....	70
(a)	Der Kooperationsvertrag als einfaches Rationalisierungskartell i.S.v. § 5 Abs. 1 GWB	70
(b)	Der Kooperationsvertrag als höherstufiges Rationalisierungskartell i.S.v. § 5 Abs. 2 GWB	80
c)	Ergebnis zu den Praxisbeispielen nach §§ 2 ff. GWB	83
aa)	Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung	83
bb)	Analyse.....	89
(1)	Die „Tolerierungspraxis“ der Kartellbehörden	90
(2)	Das Medium Internet und seine Relevanz für pressenspezifische Kooperationen	92
cc)	Fazit.....	94
2)	Die Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich als besondere Form der Kooperation	95
a)	Anwendungsbereich des Kartellverbots oder der Fusionskontrolle?.....	96
b)	Verwaltungspraxis und Rechtsprechung.....	99
aa)	Der Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“	100
(1)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben.....	100
(2)	Die kartellrechtliche Überprüfung des Vorhabens durch das LKartA Nordrhein-Westfalen und das BKartA	100
(3)	Bewertung der Entscheidungen des LKartA sowie des BKartA.....	101
(a)	Nach fusionskontrollrechtlichen Kriterien.....	101
(b)	Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB?	119
(c)	Aktuelle Wettbewerbssituation der beteiligten Verlage	123
bb)	Der Fall „Prisma-Verlag“	124
(1)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben.....	124
(2)	Die Überprüfung des Vorhabens durch das LKartA Nordrhein-Westfalen und das BKartA	124
(3)	Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidungen des LKartA sowie des BKartA	125
(a)	Nach fusionskontrollrechtlichen Kriterien.....	125
(b)	Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB?	138
(c)	Aktuelle Wettbewerbssituation von PRISMA.....	141
cc)	Der Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“	142
(1)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben.....	143
(2)	Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung durch das BKartA	143
(3)	Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung des Vorhabens durch das KG.....	149
(4)	Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung des Vorhabens durch den BGH.....	154
c)	Ergebnis zu den Praxisbeispielen der Gemeinschaftsunternehmen	158

bb)	Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung	158
(1)	Die Praktikabilität der kartellrechtlichen Doppelkontrolle	159
(2)	Ergänzende Bewertung des Ausnahmetatbestandes von § 4 Abs. 1 GWB	161
cc)	Analyse zur Praktikabilität der Pressefusionskontrolle im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen	163
(1)	Die pressespezifischen Aufgreifkriterien gemäß §§ 38 Abs. 3, 35 Abs. 2 GWB.....	163
(2)	Materiellrechtliche Aspekte im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB	165
(a)	Die Marktabgrenzung im Pressebereich	167
(b)	Exkurs: Die Marktabgrenzung bei internetgestützten Formen pressespezifischer Kooperationen	169
(c)	Marktstellung, Marktbeherrschung und Abwägungsklausel	170
dd)	Fazit.....	174
3)	<i>Die Zulässigkeit sonstiger pressspezifischer Kartelle gemäß § 7 GWB</i>	177
a)	§ 7 GWB als Vorstufe zur Legalausnahme	177
b)	Der Fall „ <i>Stellenmarkt für Deutschland</i> “	179
aa)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben	179
bb)	Die fusionskontrollrechtliche und kartellrechtliche Überprüfung des BKartA	180
(1)	Die fusionskontrollrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens.....	180
(2)	Die kartellrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens	182
(a)	Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB	182
(b)	Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB.....	186
(aa)	Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen....	186
(bb)	Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn	188
(cc)	Keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	189
(dd)	Die nicht anderweitige Erreichbarkeit der Verbesserung.....	190
(ee)	Das angemessene Verhältnis zwischen der Verbesserung und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung.....	194
cc)	Der Beschluss des KG Berlin.....	197
(1)	Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB.....	197
(2)	Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB	199
dd)	Die Entscheidung des BGH.....	201
(1)	Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB.....	201
(2)	Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB	202
c)	Kartellrechtliche Analyse der Entscheidungen	204
aa)	Die „ <i>Stellenmarkt für Deutschland GmbH</i> “ als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.v. § 1 GWB	204
bb)	Die Freistellungsfähigkeit der „ <i>Stellenmarkt für Deutschland GmbH</i> “ gem. § 7 Abs. 1 GWB	210
d)	Ergebnis zur Zulässigkeit von pressspezifischen Kartellen nach § 7 GWB	214

II) Die Zulässigkeit im Rahmen des GWB in seiner Siebten Fassung..... 216

1)	<i>Von § 7 GWB zu § 2 GWB n.F.: Der Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ im Vergleich beider Freistellungstatbestände.....</i>	216
----	---	-----

a)	Effizienzvorteile und angemessene Beteiligung der Verbraucher	216
b)	Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (Verhältnismäßigkeitsprüfung)	219
c)	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	221
d)	Der Geltungsbereich der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen im deutschen Kartellrecht gemäß § 2 Abs. 2 GWB n.F.	222
e)	Bewertung der Zulässigkeit nach § 2 GWB n.F.	225
2)	<i>Von § 4 Abs. 1 GWB zu § 3 GWB n.F.: Pressespezifische Kooperationsfälle im Lichte des „neuen“ Freistellungstatbestandes für Mittelstandskartelle</i>	228
a)	Änderungen aufgrund des Systemwechsels	229
b)	Praktische Auswirkungen	231
c)	Bewertung der Zulässigkeit nach § 3 GWB n.F.	234
3)	<i>Ergebnis zur Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen im Rahmen der Siebten GWB-Fassung</i>	237
a)	Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung	237
aa)	Das Rechtsschutzniveau der kooperationsrechtlichen Regelungen nach der Siebten GWB-Novelle	237
(1)	Rechtssicherheit durch VO 2658/2000 – Gruppenfreistellung für Spezialisierungsvereinbarungen?	238
(2)	Rechtssicherheit durch § 3 GWB n.F. – Mittelstandskartelle?	241
(3)	Rechtssicherheit durch die Pressefusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB in Kombination mit §§ 1, 2 und 3 GWB n.F. im Wege der Doppelkontrolle?	242
(a)	Formellrechtliche Erwägungen	242
(b)	Materiellrechtliche Erwägungen	244
(c)	Die Doppelkontrolle nach der Siebten GWB-Novelle	244
bb)	Die kartellrechtliche und pressepolitische Flexibilität der kooperationsrechtlichen Regelungen im Zeichen konventioneller und dynamischer Presse Märkte	247
(1)	Die Reaktionsfähigkeit von § 2 GWB n.F.	248
(2)	Die Reaktionsfähigkeit von §§ 35 ff. GWB n.F. sowie der Doppelkontrolle	250
(3)	Die Reaktionsfähigkeit von § 3 GWB n.F.	252
b)	Zusammenfassende Bewertung	253
aa)	Bewertung des Rechtsschutzniveaus	253
bb)	Bewertung der pressekartellrechtlichen Reaktionsfähigkeit am Maßstab von § 31 GWB-RegE	254
cc)	Fazit	256

C. Die Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen nach europäischem Kartellrecht..... 258

I) Existenz „Europäischer Presse Märkte“? 258

II) Die Zulässigkeit im System von Art. 81 EG und der FKVO..... 261

1) Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG, GVOen und Bagatellbekanntmachung..... 261

2) Die Zulässigkeit zwischenstaatlicher Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich 265

a) Die Kooperationsform Gemeinschaftsunternehmen im Schnittfeld von Art. 81 EG und der FKVO..... 265

b)	Verwaltungspraxis und Rechtsprechung.....	268
aa)	Der Fall „ <i>Bertelsmann/Springer</i> “	268
(1)	Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben	268
(2)	Die fusionskontrollrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens.....	269
(a)	NewCo als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 4 FKVO	269
(aa)	Kontrollerwerb durch Gründung	269
(bb)	Vollfunktionsfähigkeit.....	271
(b)	Die gemeinschaftsweite Bedeutung von NewCo nach Art. 1 FKVO....	273
(c)	Vereinbarkeit von NewCo mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO	274
(aa)	Die pressespezifische Marktabgrenzung im europäischen Kartellrecht	275
(bb)	SIEC-Test: Marktbeherrschungs- oder Marktbehinderungstest?	279
(cc)	Beurteilung im Fall „ <i>Bertelsmann/Springer</i> “	281
(3)	Die kartellrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens	288
(a)	Prüfung nach Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO (i.V.m. Art. 81 EG)	288
(aa)	Bertelsmann und Springer als unabhängige (Gründer-)Unternehmen auf Candidate Markets	289
(bb)	Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bezweckte oder bewirkte Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens	290
(b)	Weitere Prüfungskriterien im Rahmen von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO i.V.m. Art. 81 EG	292
(aa)	Spürbarkeit der Koordination	292
(bb)	Kausalität zwischen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und Koordination.....	292
(cc)	Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO.....	293
(dd)	Art. 81 Abs. 3 EG	293
bb)	Ergebnis im Fall „ <i>Bertelsmann/Springer</i> “	293
3)	<i>Ergebnis zur Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen nach europäischem Kartellrecht</i>	293
a)	Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung	293
aa)	Pressespezifische Joint Ventures im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle und ihre Auswirkungen auf die Anwendungspraxis des GWB.....	294
bb)	Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG und sein Einfluss auf die Bewertung pressespezifischer Kooperationen nach §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F.	297
b)	Fazit.....	298
D.	Gesamtergebnis	300
I)	Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressespezifischer Kooperationen nach alter Rechtslage	300
II)	Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressespezifischer Kooperationen nach neuer Rechtslage.....	301
III)	Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressespezifischer Kooperationen nach europäischer Rechtslage	306

IV) Ausblick.....	308
Literaturverzeichnis.....	310
Abkürzungen	329
Lebenslauf.....	330

Einleitung

„Soll der Bürger politische Entscheidungen treffen, so muss er umfassend informiert sein, aber auch die Meinungen kennen und gegeneinander abwägen können, die andere sich gebildet haben [...]. In der repräsentativen Demokratie steht die Presse zugleich als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen Vertretern in Parlament und Regierung“ - BVerfGE 20, 162 (174, Abs. 35) - „Spiegel“

Eine demokratische Gesellschaft braucht neben Freiheiten daher auch die Vielfalt der Informationen und Meinungen. Diese Vielfalt wird maßgeblich durch Medienvielfalt gesichert¹, die ihren Ausdruck u.a. in einer pluralistischen Zeitungspresse findet, so dass ein moderner demokratischer Staat einen Wettbewerb unterschiedlicher Wertvorstellungen garantieren und fördern muss.

Zwar wird durch die Garantie des Instituts der freien Presse in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz (GG) der Bestand von Publizitätsvielfalt grundsätzlich geschützt. Die damit notwendige Unabhängigkeit von staatlichen und politischen Einflüssen begründet aber den Umstand, dass die Zeitungspresse in Deutschland ausschließlich privatwirtschaftlicher Natur ist, so dass Informationswahl und -aufbereitung in privater Hand liegen, womit letztlich der verlegerische Wille die publizistischen Handlungsspielräume einer Zeitung bestimmt.

Trotz des für die Zeitungsmacher hierbei zu beachtenden öffentlichen Auftrags, der die Beschaffung und Verbreitung von Nachrichten, die Stellungnahme sowie Kritik und Mitwirkung an der Meinungsbildung vorsieht², werden aber nicht nur Aufklärung, Wahrheitsfindung oder Schutz der Meinungsvielfalt von den unternehmerischen Zielen erfasst. Denn Pressebetriebe sind eben auch Wirtschaftsunternehmen, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen mit dem Ziel der Gewinnmaximierung arbeiten³, weshalb die Presse immer im Spannungsfeld von gesellschaftspolitischem Anspruch und wirtschaftlichem Streben steht.

Dies hat zur Folge, dass Probleme von Presseunternehmen nicht nur eine wirtschaftliche Dimension haben.

Kommt es zu wirtschaftlich nachteiligen Situationen auf den Pressemärkten infolge eines Rückgangs der Leser oder des Anzeigenaufkommens, verstärkt sich das Bestreben der Verlage kostensenkende Größen- und Verbundvorteile mit Hilfe von Kooperationen und

¹ Als Aufgaben der Medien in einer Demokratie werden die Information, die Mitwirkung an der Meinungsbildung, die Kontrolle und Kritik sowie im weiteren Sinne auch die Unterhaltung und Bildung genannt; Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 14 f. m.w.N.

² Die öffentliche Aufgabe der Presse ist in den Pressegesetzen der Bundesländer (LPG) festgeschrieben; Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 22 m.w.N.

³ Als Merkmale eines Wirtschaftsunternehmens sind neben Gewinn- und Rentabilitätszielen zu nennen: Der Absatz betrieblich erstellter Leistungen erfolgt gegen ein leistungsbezogenes Entgelt, Bestandsrisiko, keine Subventionierung durch öffentliche Haushalte im Falle von Zahlungsunfähigkeiten; Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 26 f. m.w.N.

Fusionen zu erzielen, um diese Entwicklungen zu kompensieren. Dies ist legitim und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, hat aber zwangsläufig nachhaltige Konzentrationsprozesse sowohl mit Blick auf den Wettbewerb als auch hinsichtlich der Publizitätsvielfalt zur Folge. Denn insbesondere wenn Zeitungen fusionieren, ist der Verlust publizistischer Vielfalt regelmäßig nicht auszuschließen, da sich hiernach die Zeitungen in der Hand ein und desselben Verlegers befinden.

Demnach besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Stand der Konzentration auf den Pressemärkten und der Funktionsfähigkeit der Presse, so dass Pressevielfalt und Wettbewerb am besten durch eine möglichst große Zahl wirtschaftlich unabhängiger Presseunternehmen zu erreichen ist.

Inwieweit das Mittel der Kooperation als „kleine Schwester“ der Fusion geeignet ist diesem Ziel wettbewerbsrechtlich und pressepolitisch Rechnung zu tragen, soll Gegenstand dieser Arbeit sein.

A. Einführung

I) Historische Entwicklung des Pressekartellrechts

1) Der Beginn des Pressekonzentrationsprozesses

Deutschland gilt als das Ursprungsland der Zeitungen.⁴

Bereits am ersten Juli 1650 wurde mit „Einkommende Zeitungen“ in Leipzig durch den Drucker Thimoteus Ritzsch die erste Tageszeitung mit sechs bis sieben Ausgaben pro Woche gegründet, nachdem dieser schon seit 1643 das Privileg zum Verlegen des Blattes „Wöchentliche Zeitung“ hatte. Bekämpft wurde dieses Privileg von der Post, welche es selbst übernehmen wollte, womit der Kampf um den lokalen Zeitungsmarkt in Deutschland sowie das Bestreben, diesen gegen Konkurrenz abzuschotten, geboren war.⁵

Als nachhaltiges Ereignis für die wettbewerblichen Entwicklungen in der deutschen Presselandschaft der jüngeren Vergangenheit zeichnete sich aber das Schriftleitergesetz aus dem Jahr 1933 aus, wonach die Tätigkeit des Chefredakteurs von einer staatlichen und somit parteipolitischen Genehmigung abhängig gemacht und letztlich die Pressefreiheit vollständig ausgesetzt wurde.⁶

Die Konsequenz bestand darin, dass nach 1945 die Herausgabe von Zeitungen in Deutschland an eine Lizenz gebunden war, welche durch die alliierten Siegermächte erteilt wurde und wodurch Altverleger mit NS-Vergangenheit von den Zeitungsmärkten ausgeschlossen werden sollten. Durch diesen Ausschluss erhielten zwar viele Personen mit geeigneter politischer Motivation, jedoch ohne auseichende kaufmännische Kenntnisse des Verlagswesens Lizenzen, so dass bis 1949 insgesamt 169 Lizenzzeitungen entstanden, deren längerfristiges wirtschaftliches Bestehen ungewiss war.⁷

Denn mit dem Wegfall des Lizenzzwangs im selben Jahr stieg die Anzahl der Publikationen aufgrund zahlreicher Markteintritte neuer Zeitungen sprunghaft auf über 500 an, was zu einem derartigen Überangebot führte, in dessen unmittelbarer Folge zahlreiche Zeitungen nun nicht mehr überlebensfähig waren. Seitdem findet eine stetige Konzentration in der deutschen Presselandschaft statt.⁸

Dieser Pressekonzentrationsprozess erhielt mit der Wiedervereinigung im Jahr 1990 eine besondere Qualität, denn parallel zur westdeutschen Besatzungsgeschichte hatte man auch in der sowjetischen Besatzungszone die Herausgabe von Zeitungen an staatliche Lizenzen gebunden. Allerdings mit dem entscheidenden Unterschied, dass dieser Lizenzzwang fast 40 Jahre länger andauerte. Solche Lizenzen wurden nahezu ausschließlich an Repräsentanten der SED oder staatsnahe Organisationen vergeben, weshalb ein Großteil dieser Zeitungen nach

⁴ Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 19 m.w.N.

⁵ Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 19.

⁶ Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 20 m.w.N.

⁷ Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 20 f. m.w.N.

⁸ Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 21.

der Wiedervereinigung entweder einfach eingestellt oder aber an westdeutsche Verlage verkauft wurde. Die Vorstellung, dass mit den zugelassenen Aufkäufen die Entfaltung eigener Aktivitäten von kleinen Lokalzeitungen in den neuen Bundesländern einhergehen würde, war jedoch illusorisch, denn sie stand im deutlichen Widerspruch zu den unternehmerischen Zielen der neuen Eigentümer und wurde von diesen auch weitgehend ignoriert.⁹

Doch nicht erst mit der Wiedervereinigung, sondern bereits seit Beginn der Pressekonzentration in den 60er Jahren stellt sie ein zentrales wettbewerbsrechtliches Thema dar. Denn die Zahl der publizistischen Einheiten in Deutschland nimmt seit 1954 nachweislich kontinuierlich ab. Sie sank von 263 Einheiten (BRD: 225/DDR: 38) bis 1995 auf 135 Einheiten, stieg 2001 durch die Gründung der „Financial Times Deutschland“ auf 136 und fiel bis 2003 weiter auf 134 Einheiten. Bis 2001 sank die Zahl der Verlage als Herausgeber hierbei von insgesamt 662 auf 356 und bis 2003 nochmals auf 349. Zugleich stieg der Konzentrationsgrad des Tageszeitungsmarkts bis zum Jahr 2000 so weit an, dass die fünf größten Verlagsgruppen 42,3 Prozent aller Abonnement- und Kaufzeitungen herausgaben. Bei den Kaufzeitungen vereinten sie zu diesem Zeitpunkt sogar 95,1 Prozent des Marktanteils auf sich.¹⁰

Der geringe Wettbewerbsgrad der Zeitungsmärkte spiegelt sich bis heute insbesondere in der hohen Zahl von sog. *Ein-Zeitungs-Kreisen* wieder, in denen Regional- bzw. Lokalzeitungen keinem intramedialen Wettbewerb ausgesetzt sind. Ihre Zahl stieg in der BRD seit 1954 von 85 auf 246 im Jahr 2001.¹¹

Als einzige gesetzgeberische Reaktion zur Begrenzung dieses Konzentrationsprozesses erfolgte 1976 die Einführung der Pressefusionskontrolle.

2) *Die Einführung der Pressefusionskontrolle in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

Zwar wurde bereits 1973, also 15 Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die allgemeine Fusionskontrolle eingeführt.¹² Von ihren Aufgreifkriterien her war die zwingend präventive Fusionskontrolle (§ 24a GWB a.F.) aber ausschließlich auf Großunternehmen bezogen, denn zwei der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mussten Umsatzmilliardäre sein. Bei der nachträglichen Fusionskontrolle (§ 23 GWB a.F.) waren Aufgreifschwelle entweder ein Marktanteil der beteiligten Unternehmen von 20 Prozent, eine Beschäftigtenzahl von 10.000 oder Umsatzerlöse von 500 Mio. DM. Die Fusionskontrolle entfiel insgesamt, wenn das erworbene

⁹ Mallik, *Ist die Zeitung noch zu retten?* [...], S. 21 f. m.w.N.

¹⁰ Mallik, *Ist die Zeitung noch zu retten?* [...], S. 44 f. m.w.N.

¹¹ Mallik, *Ist die Zeitung noch zu retten?* [...], S. 45.

¹² Das „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB) ist mit dem 1.1.1958 in Kraft getreten.

Unternehmen im letzten Geschäftsjahr weniger als 50 Mio. DM Umsatz hatte (§ 24a Abs. 8 GWB a.F.).¹³

Doch diese Schwellenwerte passten naturgemäß nicht auf den Pressesektor mit seinen weitgehend lokalen und regionalen Strukturen¹⁴, weshalb diese Gesetzeslage es z.B. dem Verlag der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung (WAZ) ermöglichte, flächendeckend Lokal- und Regionalzeitungen in Nordrhein Westfalen zu übernehmen.¹⁵

Es erfolgte 1976 daher eine pressespezifische Anpassung, so dass von nun an bei Fusionen im Pressebereich die Umsätze der beteiligten Unternehmen mit dem Faktor 20 zu multiplizieren waren. Der Grenzwert lag für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage damit bei 25 Mio. DM, was bei Zeitungen einer Auflage von 70.000 bis 80.000 Exemplaren entsprach. 1999 erfolgte eine Erhöhung dieses Grenzwertes auf 50 Mio. DM. Die Anschlussklausel des § 24a Abs. 8 GWB a.F. wurde für den Pressesektor ganz gestrichen.¹⁶

Die Pressefusionskontrolle bildete ab diesem Zeitpunkt ein wichtiges Instrument zur Sicherung des Wettbewerbs und der Publizitätsvielfalt, denn sie ermöglichte es wettbewerbswidrige Veränderungen von Marktstrukturen zu unterbinden und begrenzte insofern den Spielraum für die von marktbeherrschenden Stellungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁷

Doch neue Entwicklungen und Umstände führten zu einschneidenden Veränderungen auf den deutschen Pressemärkten, infolge derer auch die Pressefusionskontrolle im Fokus einer Reformdiskussion stand.

3) *Die Krise im Bereich der Zeitungspress*

Im Jahr 2001 war auf den deutschen Pressemärkten eine ungünstige wirtschaftliche Entwicklung festzustellen, die sich in der nachfolgenden Zeit zu einer schweren nachhaltigen Krise für die dort tätigen Zeitungsverlage ausweitete.¹⁸ Den wesentlichen Grund hierfür bildete das Aufeinandertreffen von zwei Faktoren: Erstens die gesamtwirtschaftlich schwache

¹³ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, S. 2, Rn. 4 ff.; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, Keine Aufweichung der Pressefusionskontrolle, S. 623 f.; *Säcker*, in: AfP 2005, „Fusions- und Kartellerleichterungen für Zeitungsverlage aus wettbewerbsrechtlicher Sicht“, S. 25.

¹⁴ So überschritt selbst der Gesamtumsatz des Axel Springer Verlags erst in den frühen 70er Jahren die Milliardengrenze, während der Gesamtumsatz des Zeitschriftengroßverlages Burda zu der Zeit kaum mehr als die Hälfte davon betrug; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622.

¹⁵ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 623; *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 25.

¹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 4 ff.; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622 f.; *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 25.

¹⁷ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622.

¹⁸ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 7; Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 57; *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, „Sinkende Auflagen, Einbrüche im Anzeigengeschäft, Konkurrent Internet – Die Krise auf dem deutschen Tageszeitungsmarkt“, S. 2; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010).

Lage, die in Deutschland zu diesem Zeitpunkt vorherrschte, zweitens eine strukturelle Veränderung der Zeitungsmärkte.¹⁹

Hatte hierbei die schwache konjunkturelle Wirtschaftsentwicklung zur Folge, dass die Einnahmen aus den Werbe- und Rubrikenanzeigen stark zurückgingen, die aber das finanzielle Rückgrad der Verlagsunternehmen bilden²⁰, so dass diese z.T. dramatische wirtschaftliche Einbrüche zu verzeichnen hatten²¹, waren stetig sinkende Auflagenzahlen der Zeitungen das Ergebnis der immer stärker werdenden Abdeckung des nachgefragten Informationsbedarfs durch andere Medien²², wie Fernsehen oder Internet sowie Folge des demographischen Wandels, der fortwährend zu einem veränderten Mediennutzungsverhalten beiträgt, weil insbesondere die jüngeren Generationen Zeitungen zunehmend nur noch punktuell und als Ergänzung zu elektronischen Medien bei der Deckung ihres Informationsbedarfes nutzen.²³

Die nachfolgenden Tabellen und Diagramme verdeutlichen zum einen die Auswirkungen der Konjunkturschwäche auf das Anzeigenaufkommen und damit einhergehend auf die Werbeeinnahmen der Verlage, zum anderen zeigen sie aber auch die Auswirkungen des demographischen Wandels auf die Leserzahlen und die davon abhängigen Auflagenzahlen der Zeitungen²⁴:

¹⁹ Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 36; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 7; Mallik, a.a.O, S. 57.

²⁰ Für Zeitungen gilt die Faustregel, dass sie sich zu rund 2/3 aus den Einnahmen der Anzeigen finanzieren und ein Drittel dem Verkauf an Leser entspringt; Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37; *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O, S. 6 ff.; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010); *Staebe*, in: AfP 2004, „Privilegierung vielfaltserhaltender Pressefusionen“, S. 14.

²¹ So verloren Zeitungen im Jahr 2001 auf dem Anzeigenmarkt insgesamt ganze 14 Prozent und 2002 etwa 10 Prozent Einnahmen, wobei die Verluste bei den Stellenanzeigen z.T. bei bis zu 30 Prozent im Jahr 2001 und 2002 sogar bei 50 Prozent lagen; vgl. *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O, S. 6 ff.; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010); Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 7.

²² Von 1980 bis 2003 betrug der Rückgang der Leser bei den Tageszeitungen insgesamt fast 7 Prozent, wobei v.a. die Kaufzeitungen (- 24 Prozent) und die lokalen und regionalen Abonnement-Zeitungen (- 4 Prozent) an Lesern verloren, während die überregionalen Zeitungen in dieser Zeit ihre Auflagen zunächst noch steigern konnten, später aber auch Verluste hinnehmen mussten (so z.B. die Frankfurter Allgemeine Zeitung mit - 3 Prozent im Jahr 2002); vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 36; *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O, S. 2 ff.; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010).

²³ Im Jahr 2004 erreichten Tageszeitungen nur noch ca. ¾ der Bevölkerung, während es 1995 noch 81 Prozent der Bevölkerung waren; vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37; *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O, S. 3 ff.; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010); vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 3, Rn. 7; Mallik, a.a.O, S. 62.

²⁴ Alle Tabellen und Diagramme entstammen *Meyer-Lucht*, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O, S. 2 ff.; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010); hierbei steht FAZ für „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, SZ für „Süddeutsche Zeitung“, TAZ für „Die Tageszeitung“ und FR für „Frankfurter Rundschau“. Bei der Quellenangabe IWV handelt es sich um die Informationsgesellschaft zur Feststellung der Verbreitung von

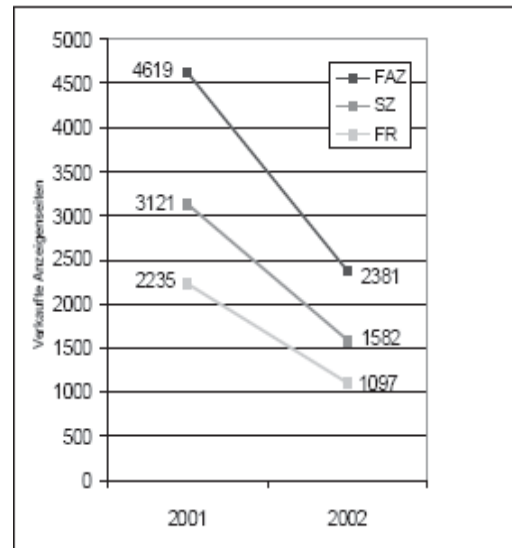
Abb. 1

	Werbe- anzeigen			Rubrikanzeigen		
	Ge- samt	Über- reg.	Lokal	Stel- len	Im- mob.	KFZ
Überregionale Abonnementstageszeitungen						
2000	9.8	16.5	33.3	20.0	-1.5	-11.4
2001	-20.2	-29.5	-20.4	-29.0	-2.9	-14.1
2002	-20.8	-21.9	17.9	-49.3	-9.7	-18.7
Regionale und lokale Abonnementstageszeitungen						
2000	4.2	18.2	-1.0	26.5	-1.9	-8.9
2001	-12.7	-27.4	-8.2	-18.8	-12.9	-13.1
2002	-12.3	-13.2	-2.6	-40.7	-10.8	-10.3

Quelle: ZMG; angegeben ist die Veränderung der gebuchten Millimeter zum Vorjahr in Prozent

Abb. 2

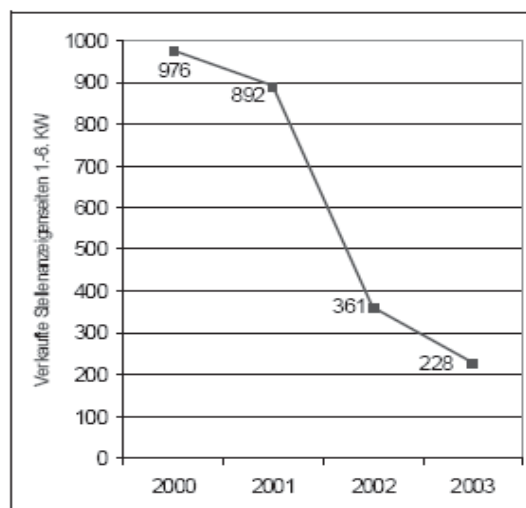
**Umfang der Stellenmärkte von
FAZ, SZ und FR 2001/2002**



Quelle: FAZ, SZ und FR

Abb. 3

**Der FAZ-Stellenmarkt
in 1.-6. KW 2000-2003**



Quelle: Stellenmarkt für Deutschland

Werbeträgern, bei den Quellen AWA und ZMG um die Allensbacher Markt- und Werbeträger-Analyse sowie die Zeitungs Marketing Gesellschaft.

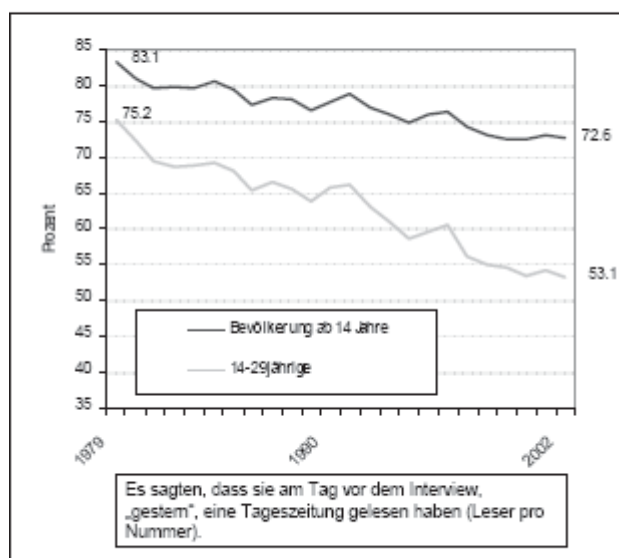
Abb. 4

Titel	Veränderung der Auflage Q4/98-Q4/02
SZ	6.0 %
TAZ	2.4 %
FR	-3.1 %
Welt	-3.5 %
FAZ	-4.0 %
Bild	-10.4 %
Handelsblatt	-11.8 %

Quelle: IVW

Abb. 5

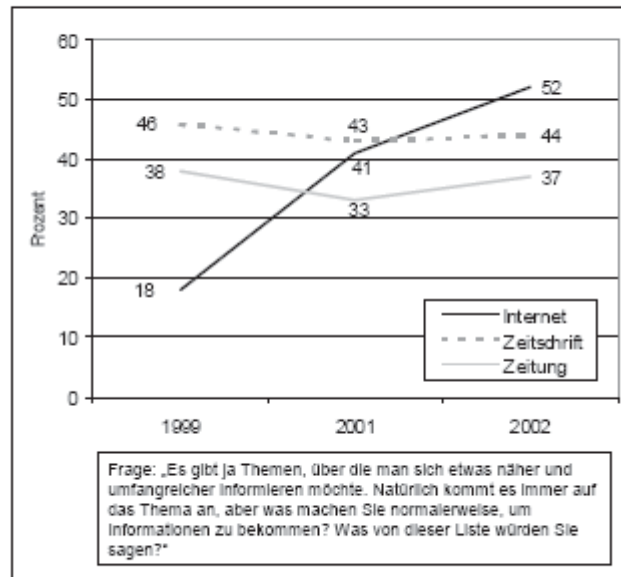
**Die Reichweite von Tageszeitungen in
Deutschland (alte Bundesländer)**



Quelle: AWA 1979-2002

Abb. 6

Informationsquellen der 14- bis 17-Jährigen



Quelle: AWA 1999, 2001, 2002

Speziell das Anzeigengeschäft reagiert überproportional stark auf Konjunkturschwankungen, was insbesondere für das volatile Stellenmarktgeschäft zutrifft²⁵, das gerade den Hauptanteil der Einnahmen für die meisten Zeitungen ausmacht, so dass ein Wegfall der Einnahmen besonders in diesem Segment erhebliche Folgen für die Verlagsunternehmen bedeutet.²⁶ Aber die rückläufige Entwicklung des Umfangs der Anzeigen, insbesondere aus den Rubriken Stellen-, Kfz- und Immobilienmarkt stellte nicht nur ein vorübergehendes, konjunkturelles Phänomen dar, sondern war auch Folge einer Abwanderung in das neue Medium Internet, da das Internet viele Funktionen der Zeitung substituieren kann, indem es durch die große Breite elektronischer Suchmöglichkeiten diverse Vorteile für den Stellensuchenden etc., aber auch für den Inserenten bietet, weshalb heutzutage z.B. die meisten großen Konzerne dazu übergegangen sind, ihre offenen Stellen ausschließlich auf ihrer sog. *Homepage* auszuschreiben.²⁷ Selbst unter Berücksichtigung eines zeitnahen wirtschaftlichen Aufschwungs wurde deshalb nicht erwartet, dass die Stellen-, Kfz- und

²⁵ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 7.

²⁶ Die FAZ erzielt über 60 Prozent, die SZ und die FR erzielen jeweils ca. 50 Prozent ihrer Einnahmen aus Stellenanzeigen. Bei Regionalzeitungen tragen die Stellenanzeigen häufig mit 30 Prozent zum Umsatz bei; vgl. Meyer-Lucht, in: Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft 2003, a.a.O., S. 7; veröffentlicht unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28.1.2010).

²⁷ Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 3, Rn. 7; Mallik, a.a.O., S. 57.

Immobilienanzeigen in vollem Umfang wieder in die Presseerzeugnisse zurückkehren würden, denn die konjunkturell bedingt rückläufigen Werbeerlöse mussten zunehmend strukturellen Gegebenheiten zugerechnet werden.²⁸

Vor dem Hintergrund dieser strukturellen Veränderungen und der gesamtwirtschaftlich schwachen Situation folgte die Annahme, dass hierdurch ein erhöhter Konzentrationsdruck bei den Zeitungsverlagen ausgelöst werde, der ein vermehrtes Bedürfnis nach Zusammenschlüssen und Kooperationen insbesondere von kleineren und mittleren Verlagen erwarten ließe, um Rückgänge im Anzeigengeschäft durch Ausweitung des Vertriebsgeschäfts und durch eine verbreiterte wirtschaftliche Basis zu kompensieren, um somit letztlich ein Überleben auf den Pressemärkten zu sichern.²⁹

Was daraufhin folgte, war das Aufflammen einer langjährigen Forderung von v.a. großen Presseverlagen in Deutschland: Die Lockerung der seit 1976 geltenden Regeln für Fusionen von Zeitungen.³⁰

Der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V. (BDZV) und die Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft mbH (RBDV; Herausgeber von „Rheinische Post“) forderten „legislative Entscheidungen, die [...] kartellrechtliche Lösungen ermöglichten, die Zeitungen im strukturellen Wandel des Medienmarktes nicht weiter an den Rand drängten, sondern stärkten, [...]“.³¹

Denn „ohne eine Liberalisierung des Kartellrechts drohe den deutschen Zeitungen das Schicksal von Leo Kirchs Medienimperium. Wie seine Sender würden bald ausländische Investoren deutsche Blätter übernehmen. Mit der Lockerung der Kartellregeln können wir wenigstens das erhalten, was ist“ lauteten weitere Stimmen.³²

Die Forderung einer Reform des Kartellrechts in Bezug auf den Pressebereich fiel dabei zeitlich zusammen mit dem allgemeinen Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB basierend auf der angeordneten Umsetzung europäischen Wettbewerbsrechts, namentlich der EG-Kartellverordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des EG-Vertrages (EG) niedergelegten Wettbewerbsregeln, um die nationalen Kartellrechtsregeln jedenfalls im Bereich der horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen dem Gemeinschaftsrecht anzugleichen³³, weshalb relativ zeitnah zahlreiche pressespezifischen Reformvorschläge Eingang in das

²⁸ Mallik, a.a.O., S. 59 f.; Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37.

²⁹ Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37; vgl. auch *Staebe*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 14.

³⁰ *Böge*, in: MMR 2004, „Reform der Pressefusionskontrolle: Forderungen, Vorschläge, Konsequenzen“, S. 227.

³¹ Siehe in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 44.

³² Zitat aus „Soviel Substanz. Kabinett billigt Clements Pressepläne“, FAZ Nr. 122 v. 27.5.2004, S. 44, siehe *Möschel*, in: JZ 2004, „Reform des Pressekartellrechts?“, S. 1061 f., Fn. 6; außerdem abrufbar unter <http://fazarchiv.faz.net> (Stand: 28.1.2010).

³³ Begründung zum Regierungsentwurf der Siebten GWB-Novelle v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 1; *Bechtold*, in: DB 2004, „Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle“, S. 235.

Gesetzgebungsverfahren der Siebten GWB-Novelle fanden und daraufhin kontrovers diskutiert wurden.

4) *Die pressespezifischen Reformvorschläge im Rahmen der Konzeption eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB*

a) Eckwerte einer Siebten GWB-Novelle und der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit

Am Anfang des Gesetzgebungsverfahrens eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) am 24. April 2003 zunächst nur einen Entwurf über Eckwerte, die der Anpassung an das europäische Kartellrecht dienen sollten.³⁴ Diese Eckwerte sahen aber noch keine pressespezifischen Modifikationen des Kartellrechts und insbesondere der Pressefusionskontrolle vor.³⁵ Erst der vom BMWA im Dezember 2003 vorgelegte Referentenentwurf enthielt erste pressespezifische Vorschläge, die die bestehende Rechtslage - des GWB in der Sechsten Fassung vom 1. Januar 1999 - in zwei Punkten ändern sollten und die sich an der Maxime ausrichteten, Zusammenschlüsse zwischen Presseunternehmen zu erleichtern, solange sichergestellt sei, dass die Titelvielfalt erhalten bliebe und die Existenzgrundlage der Zeitungen verbessert werde:³⁶

Zunächst wurde vorgeschlagen den erweiterten Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle bei Presseunternehmen durch die Anhebung der Aufgreifkriterien gegenüber dem Status quo einzuschränken, indem die Umsatzerlöse beim Verlag, bei der Herstellung und dem Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften nicht mehr mit dem Faktor 20 (vgl. §§ 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 38 Abs. 3 GWB³⁷), sondern nur noch mit dem Faktor zehn multipliziert werden sollten (§ 38 Abs. 3 Hs. 1 GWB-Referentenentwurf [nachfolgend GWB-RefE] i.V.m. § 35 Abs. 1 GWB), womit die relevanten Umsatzschwellen für Presseunternehmen verdoppelt würden.³⁸ Dies hätte gleichzeitig zur Folge, dass auch im Rahmen der sog. *Bagatellmarktklausel* nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB, welche die Unanwendbarkeit der Fusionskontrolle festlegt, wenn ein Markt betroffen ist, der seit mindestens fünf Jahren existiert und auf dem im Vorjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt

³⁴ BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle vom 24.2.2003, WuW 2003, S. 379 ff.

³⁵ Siehe BMWA, Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle vom 24.2.2003, WuW 2003, S. 379 ff.

³⁶ *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 240.

³⁷ In diesem Abschnitt über das Gesetzgebungsverfahren der Siebten GWB-Novelle bildet das GWB in der Sechsten Fassung den Bezugspunkt, weshalb alle GWB-Normen ohne weitergehende Kennzeichnung welche der Sechsten GWB-Novelle sind.

³⁸ Dies bedeutet, dass der bisher erforderliche gemeinsame Weltumsatz i.H.v. 25 Mio. Euro dann mindestens 50 Mio. Euro betragen würde und der Mindestbetrag des inländischen Umsatzerlöses eines der beteiligten Presseunternehmen nicht mehr bei 1,25 Mio. Euro, sondern bei 2,5 Mio. Euro läge. In diesem Zusammenhang forderte der BDZV eine noch weitergehende Absenkung des Umsatzfaktors auf fünf, so dass die Umsatzschwellen dann erst bei 100 Mio. Euro bzw. bei fünf Mio. Euro erreicht wären; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 6 f., Rn. 17 ff.; *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 240 f.; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229 f.; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2004, „Referentenentwurf der 7.GWB-Novelle: Tiefgreifende Änderungen des deutschen Kartellrechts“, S. 395.

wurden, sich die Grenze des Umsatzvolumens für Presseunternehmen um das Zweifache erhöhen würde.³⁹ Die bis dato auf Presseunternehmen nicht anwendbare sog. *Anschlussklausel* (de-minimis-Klausel) in § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB (vgl. § 35 Abs. 2 S. 2 GWB), wonach eine Fusionskontrolle dann keine Anwendung findet, soweit sich ein nicht abhängiges Unternehmen mit weltweiten Umsatzerlösen von weniger als zehn Mio. Euro mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt, sollte im Rahmen dieses Entwurfs nunmehr auch für den Pressebereich Geltung erlangen und zwar bis zu einem Umsatz von zwei Mio. Euro (§ 35 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE i.V.m. § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB).⁴⁰

Den zweiten Änderungsvorschlag bildete der Entwurf einer pressenspezifischen Ausnahme vom Untersagungstatbestand des § 36 Abs. 1 GWB, der grundsätzlich einen Zusammenschluss untersagt, wenn von ihm zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss nach. Nach dem neuen Ausnahmetatbestand von § 36 Abs. 2 S. 1 GWB-RefE sollten trotz Vorliegens der genannten Untersagungsvoraussetzungen Pressefusionen möglich sein, wenn Vorkehrungen getroffen wurden, die die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften langfristig als selbständige publizistische Einheiten erhalten, der Erwerber nicht die Titelrechte erlangt und die inhaltliche Ausrichtung der erworbenen Presseerzeugnisse nicht bestimmen kann (sog. *Redaktionsmodell*).⁴¹ Wann solche Vorkehrungen vermutet werden können, sollte durch § 36 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE geregelt werden, wonach folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen mussten: Der Veräußerer oder ein Dritter, auf die der Erwerber weder durch Anteilsbesitz oder Stimmrechte noch auf Grund sonstiger Verbindungen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss ausüben kann, bleibt oder wird an dem erworbenen Unternehmen mit mehr als 25 Prozent der Stimmrechte beteiligt, ihm steht aufgrund dieser Beteiligung ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht für Entscheidungen, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften als selbständige publizistische Einheiten wesentlich sind, zu, und ihm gehört das Titelrecht für die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften (sog. *Altverlegerklausel*).⁴² Um die Wirksamkeit und neutrale Kontrolle dieser Regelungen sicherzustellen, sollten die Regelungen gemäß § 36 Abs. 2 S. 4 GWB-RegE als Bedingungen oder Auflagen Teil der Freigabeentscheidung des BKartA werden, wobei das in

³⁹ D.h. Zusammenschlüsse auf Pressmärkten mit einem Volumen von weniger als 1,5 Mio. Euro, statt wie bisher 0,75 Mio. Euro der Fusionskontrolle durch das BKartA entzogen wären; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 7, Rn. 19; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2004, a.a.O., S. 395; *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 241.

⁴⁰ Der BDZV forderte an dieser Stelle die Geltung der Anschlussklausel in voller Höhe, also bis zu zehn Mio. Euro Umsatz; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 7, Rn. 18 f.; *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 241; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229.

⁴¹ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 7 f., Rn. 20; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2004, a.a.O., S. 395; *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 241; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229.

⁴² Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 8, Rn. 20; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2004, a.a.O., S. 395; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

§ 40 Abs. 3 S. 2 GWB verankerte Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle hierfür aufgehoben werden sollte (§ 40 Abs. 3 S. 3 GWB-RegE).⁴³

Der Entwurf, die Pressefusionskontrolle zu modifizieren, löste sogleich wettbewerbs- und medienpolitische Bedenken aus.

Zweifel bestanden schon daran, ob dem Bund für die pressspezifischen Regelungen des Referentenentwurfs überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zustehe.⁴⁴ Dies deshalb, weil mit dem im Entwurf eindeutig enthaltenen Bezug auf den Erhalt möglichst vieler selbständiger Redaktionen fraglich erschien, ob die Berücksichtigung von publizistischem Wettbewerb noch im Zusammenhang mit der Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 Grundgesetz (GG) als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung angesehen werden könnte.⁴⁵ Während der Wissenschaftliche Beirat beim BMWA in den zur Rede stehenden Entwürfen ein rein medien- und nicht wirtschaftspolitisches Ziel sah und deshalb eine Verbandskompetenz des Bundes verneinte⁴⁶, hielt die Monopolkommission die Gesetzgebungskompetenz für gegeben unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, wonach auch die Fusionskontrolle bei Presseunternehmen mit ihren besonderen Aufgreifkriterien der Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung dienen, da es bei diesen Regelungen in erster Linie um die Erhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs gehe.⁴⁷ Dass indirekt auch die publizistische Vielfalt geschützt werden soll, berühre die Gesetzgebungskompetenz nicht.⁴⁸

Der Vorschlag einer Anhebung der Aufgreifkriterien wurde zwar teilweise gebilligt⁴⁹, im Großen und Ganzen aber deutlich mehr kritisiert. So bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die vom BDZV geforderte Erhöhung der Umsatzschwellen im Rahmen von § 38 Abs. 3 GWB i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB auf 100 Mio. Euro bzw. fünf Mio. Euro (Multiplikator fünf statt 20) und die Geltung der *Anschluss-* bzw. *Bagatellmarktklausel* gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB i.H.v. zehn Mio. Euro bzw. drei Mio. Euro abzulehnen waren⁵⁰, denn diese Anhebungen hätten zur Folge gehabt, dass zahlreiche Fusionen zwischen Zeitungsverlagen von der Kontrolle durch das BKartA nicht mehr erfasst worden wären.⁵¹

⁴³ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 8 f., Rn. 20; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2004, a.a.O., S. 395; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

⁴⁴ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 632; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 9, Rn. 21.

⁴⁵ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 632.

⁴⁶ Der *Wissenschaftliche Beirat* sah stattdessen die Kompetenz für Regelungen im Medienbereich bei den Ländern; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 632.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.8.1983, WuW/E VG 307, „Münchener Anzeigenblätter“; BGH, Urt. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1687 f., „Springer/Elbe Wochenblatt“.

⁴⁸ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 10, Rn. 23.

⁴⁹ *Böge* meinte hierzu, dass bei einer mäßigen Erhöhung der Aufgreifschwellen das System der Fusionskontrolle und das Konzept der Marktbeherrschung grundsätzlich beibehalten werden könnten, während die *Monopolkommission* die im Referentenentwurf vorgeschlagene Anhebung der Aufgreifkriterien als noch hinnehmbar ansah; siehe *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 73.

⁵⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 6 f., Rn. 17 ff.; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229.

⁵¹ Vgl. *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 74.

Die Abschätzung der Monopolkommission ergab in diesem Zusammenhang, dass so Zusammenschlüsse mit einer gemeinsamen Auflage bis zu 240.000 Exemplaren kontrollfrei möglich wären, was etwa 210 Zeitungstiteln entspräche, die immerhin 40 Prozent der verkauften Auflage auf sich vereinigen, im Rahmen der Anschlussklausel kontrollfreie Aufkäufe von Verlagen mit einer Auflage bis zu 24.000 Stück (140 Titel mit 11 Prozent der Gesamtauflage) möglich wären und ähnliche Ergebnisse durch die Erhöhung der Bagatellmarktgrenze erzielt würden.⁵² Im Mittelpunkt der Kritik stand hierbei, dass solche Änderungen nicht die Möglichkeiten kleiner Verlage verbessern würden, um sich untereinander zusammenzuschließen, sondern sie es v.a. den großen Verlagen es ermöglichen würden, eine Bildung von flächendeckenden Zeitungsketten voranzutreiben.⁵³ Doch auch die vom Referentenentwurf vorgeschlagenen moderateren Anhebungen der Umsatzschwellen und der *Anschluss-* sowie *Bagatellmarktklausel*, ließen bei der Abschätzung ihrer Auswirkungen auf den Pressebereich kein viel besseres Ergebnis erwarten, denn Zusammenschlüsse von Verlagen mit einer gemeinsamen Auflage von ca. 120.000 Exemplaren (was 179 regionale Abonnementzeitungen betraf, also fast drei Viertel der Zeitungen dieser Gruppe) und die Übernahme von Verlagen mit einer Auflage bis zu 5.000 Stück (insgesamt 23 Zeitungstitel) im Wege der *Anschlussklausel* würden hiernach kontrollfrei bleiben⁵⁴, so dass argumentiert wurde, eine höhere gemeinsame Umsatzschwelle, eine höhere de-minimis-Schwelle für kontrollfrei zu übernehmende Verlage und eine höhere Bagatellmarktgrenze hätten grundsätzlich den Anstieg der Konzentration auf den Pressemärkten zur Konsequenz.⁵⁵ Denn bei der Anhebung der geltenden Aufgreifschwelle würde die Zahl der unabhängigen Presseverlage in Deutschland spürbar reduziert, mit der Folge, dass in noch mehr Kreisen und Großstädten (zum Zeitpunkt der Abschätzung - 2004 - bereits über 50 Prozent) nur eine einzige Tageszeitung bzw. die Zeitungen eines einzigen Verlags verblieben und nicht erkennbar sei, wie das Ziel Pressevielfalt zu gewährleisten mit einer derartigen Reduzierung des Presseangebots zu vereinbaren sein sollte.⁵⁶

Konfliktpotenzial bot hierbei auch der § 36 Abs. 2 GWB-RefE mit seinem *Redaktionsmodell*, dessen Zielsetzung darin bestand den Presseunternehmen die Möglichkeit einer gewissen Verbreiterung ihrer wirtschaftlichen Basis zu schaffen und trotzdem gleichzeitig eine nachhaltige Sicherung der publizistischen Vielfalt zu gewährleisten.⁵⁷ Dieses *Redaktionsmodell* wurde u.a. vom Wissenschaftlichen Beirat des BMWA wettbewerbspolitisch für höchst problematisch erachtet, weil sich mit der beabsichtigten Regelung eine Trennung von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb vollziehe, die den Ansatz Publizitätsvielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten faktisch

⁵² Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 26 ff., Rn. 70 ff.

⁵³ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 74; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229 f.

⁵⁴ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 26 ff., Rn. 70 ff.

⁵⁵ *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229.

⁵⁶ *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 229 f.

⁵⁷ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 29, Rn. 75.

ausschalte.⁵⁸ Zwar ging die Entwurfsbegründung davon aus, dass die vorgeschlagene Ausnahmeregelung dieses Grundprinzip nicht in Frage stelle, weil weiterhin das Kriterium der Marktbeherrschung Anknüpfungspunkt sei, die Monopolkommission aber konterte damit, dass die Marktbeherrschung keine Rolle mehr spiele, wenn § 36 Abs. 2 GWB-RefE es ermögliche, den wirtschaftlichen Wettbewerb immer dann auszuschalten, wenn die vom Entwurf geforderten „Vorkehrungen“ zum Erhalt der erworbenen Zeitung getroffen worden seien, Wettbewerbsbeschränkungen also hingenommen würden, solange nur die bestehenden Zeitungstitel erhalten blieben, womit dem Kriterium Marktbeherrschung letztlich nur noch die Bedeutung zukäme, den Bereich einzugrenzen, in dem „Vorkehrungen“ des Erwerbers zur Vielfaltsicherung erforderlich seien.⁵⁹ Sei also eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt, so brauche auch die publizistische Vielfalt nicht gesichert zu werden.⁶⁰ Dies bedeute aber gleichzeitig, dass Fusionen, die unter dem Aspekt der publizistischen Vielfalt bedenklich, wettbewerblich aber unproblematisch seien, keine Vorkehrungen zur Bewahrung der publizistischen Selbständigkeit erforderten.⁶¹

Bereits deshalb wurde die generelle Eignung des *Redaktionsmodells* zur nachhaltigen Sicherung publizistischer Vielfalt bezweifelt.

So auch aufgrund des Begriffes „selbständige publizistische Einheit“ in § 36 Abs. 2 S. 1 GWB-RefE, dem es nach Ansicht der Monopolkommission an der erforderlichen Bestimmtheit fehle, da dieser Begriff im Kartell- oder Presserecht bis dato nicht vorkomme und es auch im Gesetzesentwurf sowie seiner Begründung an einer Definition mangle.⁶² Für die Anwendung der Vorschrift käme es aber gerade darauf an, wie dieser Begriff auszulegen sei, weil klar formuliert sein müsste, welches Maß an Selbständigkeit ausreichen solle, um das Vorliegen einer „selbständigen publizistischen Einheit“ bejahen zu können.⁶³ Denn nur dann könne auch beurteilt werden, ob bestimmte „Vorkehrungen“ überhaupt ausreichend seien, um eine Zeitung langfristig als selbständige publizistische Einheit zu erhalten.⁶⁴ Andernfalls entstünden Abgrenzungsprobleme, die in ihrer Folge die Gefahr keiner allzu strengen Anforderungen an dieses Kriterium beherbergten, so dass einem Erwerber schließlich vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung stünden, die Eigenständigkeit der erworbenen Zeitung auszudünnen.⁶⁵

Auch die Minderheitsbeteiligung des Altverlegers bzw. eines Dritten i.S.v. § 36 Abs. 2 GWB-RefE (*Altverlegerklausel*) könne hierbei nicht für die publizistische Selbständigkeit

⁵⁸ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 628; Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 29 f., Rn. 75 ff.

⁶⁰ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 30, Rn. 78.

⁶¹ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 30, Rn. 79.

⁶² Der Begriff der „publizistischen Einheit“ entstammt dem Bereich der Zeitungsstatistik, worunter alle Zeitungsausgaben zusammengefasst sind, deren „Mantel“ (i.R. Seite 1 und 2 mit dem aktuellen politischen Nachrichten) vollständig oder in wesentlichen Teilen übereinstimmen; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 31, Rn. 82; vgl. auch Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 623, Fn. 2.

⁶³ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 30 f., Rn. 81 f.

⁶⁴ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 31, Rn. 81.

⁶⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 33, Rn. 87 f.

garantieren, wenn dies nicht den Zielvorstellungen und wirtschaftlichen Interessen des Erwerbers entspräche.⁶⁶ Denn eine Zeitung, die nach der Fusion u.U. der Quersubventionierung durch andere Unternehmensaktivitäten bedürfe, sei wirtschaftlich abhängig, so dass auch der Altverleger i.d.R. nicht in der Lage sei, publizistische Selbständigkeit gegen die unternehmerischen Interessen des Mehrheitseigners durchzusetzen, z.B. bei einer Ausdünnung der Redaktionen, um Kosten zu sparen oder wenn der Erwerber den Altverleger unter Verweigerung weiterer Finanznachsüsse vor die Wahl stelle, ob die Redaktionskosten durch eine Ankopplung an ein anderes Blatt drastisch gesenkt werden sollten, ansonsten die Stilllegung der Zeitung erfolge.⁶⁷ All diese Überlegungen aber setzten bereits voraus, dass der Altverleger bei der Ausübung seiner Rechte stets im Interesse der publizistischen Vielfalt handele, wovon nicht zwingend auszugehen sei, denn auch der unabhängige Veräußerer könnte Gewinninteressen haben und deshalb gegenüber einer Verbesserung der wirtschaftlichen Ergebnisse aufgeschlossen sein.⁶⁸ Ausreichen würde auch schon, dass sich Erwerber und Altverleger bzgl. der Einstellung oder inhaltlichen Neuausrichtung der betreffenden Zeitung einig wären, so dass die Mitbestimmungsrechte schlichtweg nicht genutzt würden.⁶⁹ In diesem Zusammenhang erscheine es auch fraglich, wieso ein „sonstiger Dritter“ als „Sachwalter des öffentlichen Interesses“, der nicht mal einen persönlichen Bezug zum betreffenden Presseobjekt aufweisen müsste, die publizistische Vielfalt in Konfliktsituationen verteidigen sollte, was die Annahme zuließe, dass durch diese Regelung Strohmann- und Umgehungsgeschäfte geradezu angeregt würden, indem gezielt „kooperationswillige“ Personen ausgesucht oder gar „befreundete“, aber unabhängige Verlage gegenseitig die Rolle des Dritten übernehmen würden.⁷⁰

Hinzu käme, dass der Entwurf zwar die publizistische Selbständigkeit der erworbenen Zeitung thematisiere, aber keinen Schutz für die bereits im Eigentum des Erwerbers stehenden Zeitungen vorsehe, so dass diese nach Belieben eingestellt oder an den erworbenen Titel angekoppelt werden könnten, insbesondere dann, wenn die übernommene Zeitung das wirtschaftlich stärkere Objekt wäre.⁷¹ Für die publizistische Vielfalt wäre diese Konstellation aber ebenso problematisch, wie eine Einstellung oder Ausdünnung einer erworbenen Zeitung.⁷²

⁶⁶ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 629.

⁶⁷ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 629; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 40, Rn. 110.

⁶⁸ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 39, Rn. 107 f.

⁶⁹ Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

⁷⁰ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 39 f., Rn. 109; Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

⁷¹ Als prägnantes Beispiel ist an dieser Stelle der Fusionsfall „Der Tagesspiegel/Berliner Zeitung“ zu nennen, bei dem es v.a. „Der Tagesspiegel“ war, also die im Eigentum des Erwerbers (Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG) stehende Zeitung, dessen Bestand als gefährdet angesehen wurde; vgl. ausführlich zu diesem Fall Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 36 von 2003, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, sowie Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 38 von 2003, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Ergänzendes Sondergutachten, beide veröffentlicht unter: http://www.monopolkommission.de/sonder_gesamt.html (Stand: 28.1.2010).

⁷² Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 40 f., Rn. 112.

Heftige Kritik wurde auch an der Regelung in § 36 Abs. 2 S. 4 GWB-RefE geübt, wonach die Aufrechterhaltung der „Vorkehrungen“ i.S.v. § 36 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE in der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung durch Bedingungen und Auflagen abgesichert werden sollte, wobei diese Bedingungen und Auflagen ihrerseits gemäß § 40 Abs. 3 S. 3 GWB-RefE einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das BKartA unterstellt werden sollten.

Der Hauptgrund für die vielfach geäußerte Kritik resultierte daraus, dass im GWB grundsätzlich die präventive Fusionskontrolle und nicht die nachträgliche Verhaltenskontrolle gilt, weshalb in § 40 Abs. 3 GWB ausdrücklich untersagt ist, dass ein Zusammenschluss, der eine wettbewerbswidrige Veränderung der Marktstruktur bewirkt, gleichwohl zugelassen wird in Verbindung mit einer Verhaltensauflage. Damit soll verhindert werden, dass freier Wettbewerb in verwalteten Wettbewerb abgeleitet.⁷³ Insbesondere für den Medienbereich ist dies doppelt wichtig, da Verhaltensauflagen immer einen Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit bedeuten und hierdurch die Unabhängigkeit eines Unternehmens vom Staat in hohem Maße gefährdet würde, denn diese befänden sich dann in einem ständigen Überwachungsverhältnis zum BKartA.⁷⁴ Bei Presseunternehmen wäre eine solch gesteigerte Staatsnähe besonders bedenklich, weil ihre verfassungsrechtlich geforderte Unabhängigkeit vom Staat betroffen sein könnte, denn es bestünde die Gefahr, dass ein solches Näheverhältnis zum Staat sich auch auf die Berichterstattung auswirkt.⁷⁵ Der Formulierung des Gesetzesentwurfs wurde in diesem Zusammenhang vorgeworfen, dass gerade nicht klar sei, ob die Verhaltensauflagen nur auf die formale Einhaltung der vom BKartA angeordneten Vorkehrungen oder auch materiell auf den hinter diesen Vorkehrungen stehenden Zweck des Erhalts publizistischer Selbständigkeit zielten.⁷⁶ Allein formale Überprüfungen seien aber nicht ausreichend, um die Erhaltung der publizistischen Selbständigkeit zu sichern, wenn dies den Interessen des Erwerbers zuwider liefe, so dass eine Erhaltung der Pressevielfalt dann vom Wohlverhalten der Verlage abhinge, die damit aber oftmals gegen ihre wirtschaftlichen und verlegerischen Interessen handeln müssten.⁷⁷ Materielle Prüftätigkeiten allerdings, die die Grenze zu einer inhaltlichen Kontrolle erreichen bzw. sogar überschreiten würden, stünden aber im Widerspruch zum Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG und würden einen Verstoß gegen die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG garantierte Pressefreiheit bzw. gegen den sich aus Art. 5 Abs. 2 GG ergebenden Grundsatz der „Staatsfreiheit“ darstellen.⁷⁸ Aus diesem Grund schütze nur die präventiv ausgerichtete Fusionskontrolle und nicht die nachträgliche Verhaltenskontrolle die vom BVerfG hervorgehobene „geistige und wirtschaftliche

⁷³ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWa, WuW 2004, a.a.O., S. 622; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 33, Rn. 90.

⁷⁴ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 34, Rn. 91.

⁷⁵ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 34, Rn. 92.

⁷⁶ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWa, WuW 2004, a.a.O., S. 630; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 37, Rn. 103.

⁷⁷ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWa, WuW 2004, a.a.O., S. 630; Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 231.

⁷⁸ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWa, WuW 2004, a.a.O., S. 630; Staebe, in: AfP 2004, a.a.O., S. 17; Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 231; Bechtold, in: DB 2004, a.a.O., S. 241; Kahlenberg/Haellmigk, in: BB 2004, a.a.O., S. 395.

Konkurrenz“ der Presseunternehmen, in welche die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen dürfe.⁷⁹

Insgesamt bestand deshalb eine ausgeprägte Ablehnungshaltung gegenüber den Vorschlägen des Referentenentwurfs zur Modifizierung des Pressekartellrechts⁸⁰, weshalb eine Vielzahl der Stimmen für eine Beibehaltung der bisherigen Regelungen plädierte.⁸¹ Zustimmung für den Referentenentwurf kam fast ausschließlich aus den Reihen der großen Verlagsunternehmen, die eine Lockerung des Pressekartellrechts schon länger forderten.⁸² Vereinzelt gab es Änderungsvorschläge für die geplanten Regelungen⁸³, die im Ergebnis aber nichts an der vorherrschenden Auffassung änderten, wonach die Grundkonzeption des Entwurfs, beim Schutz der publizistischen Vielfalt zukünftig nicht mehr auf den wirtschaftlichen Wettbewerb, sondern auf konzerninterne (Titel-)Vielfalt zu setzen, verfehlt wäre, solange alle Vorschläge weiterhin auf einer Trennung von publizistischer und wirtschaftlicher Verantwortung hinausliefen⁸⁴ und weiterhin die Gefahr neu entstehender regionaler Zeitungsketten bestünde mit dem theoretischen Szenario eines einzigen Verlages, der sämtliche Zeitungen in Deutschland herausgibt.⁸⁵

Eine Alternative zur Lösung der Probleme im Pressebereich wurde nur in der Fortentwicklung der Amtspraxis des BKartA gesehen.⁸⁶ Zum einen hinsichtlich des Anzeigenbereichs im Wege einer veränderten sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung mit Blick auf das

⁷⁹ Siehe BVerfG 20, Teilurteil v. 5.8.1966, S. 162, 175; vgl. auch Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622.

⁸⁰ Der Wissenschaftliche Beirat beim BMWA nannte das Reformvorhaben schlicht einen Irrweg; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622.

⁸¹ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 632; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 231; Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V. zum Problem der (publizistischen) Konzentration der Tageszeitungen in der BRD v. 12.11.2003, S. 2; veröffentlicht unter: http://www.djv.de/fileadmin/DJV/schwerpunkte/Medienrecht/Stellungnahme_vom_12._November_2003.pdf (Stand: 28.1.2010).

⁸² So u.a. die Axel Springer Verlag AG, die Westdeutsche Allgemeine Zeitung-Mediengruppe, die Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG; vgl. Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V. zum Problem der (publizistischen) Konzentration der Tageszeitungen in der BRD v. 12.11.2003, S. 2; veröffentlicht unter: http://www.djv.de/fileadmin/DJV/schwerpunkte/Medienrecht/Stellungnahme_vom_12._November_2003.pdf (Stand: 28.1.2010); *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 227.

⁸³ Z.B. von *Bechtold*, der an Stelle der nachträglichen Verhaltenskontrolle vorschlug, einseitige Änderungen der „Vorkehrungen“ i.S.v. § 36 Abs. 2 GWB-RefE ihrerseits der Fusionskontrolle zu unterwerfen, indem aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Vermutung für diesen Fall die Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB angenommen werden sollte; *Bechtold*, in: DB 2004, a.a.O., S. 241; Doch auch dieser Reformvariante wurde postwendend entgegengehalten, dass hiermit zwar klargestellt würde, dass sich die staatliche Kontrolle nur auf die Regelung zur Vielfaltsicherung, nicht aber auf die publizistische Vielfalt selbst beziehe, dadurch aber ermöglicht werde, dass die Regelungen zur Vielfaltsicherung formal eingehalten würden, während es trotzdem zu einer Ausdünnung der publizistischen Vielfalt käme, weil der Minderheitsgesellschafter entsprechenden Maßnahmen zugestimmt hat; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 45 f., Rn. 126.

⁸⁴ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 19, 52, Rn. 50, 142; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230, 231.

⁸⁵ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 626; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 74; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230; *Staebe*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 17.

⁸⁶ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 49 f., Rn. 134 ff.; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622.

Internet⁸⁷, zum anderen bzgl. einer großzügigeren Auslegung des Instituts der Sanierungsfusion, weil die Sanierungsfusion bereits ein leistungsfähiges Instrument sei, um die Rettung Not leidender Zeitungsverlage durch Übernahme zu ermöglichen.⁸⁸

b) Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung

Trotz der geschilderten Bedenken und Einwände, folgte am 26. Mai 2004 von der Bundesregierung der Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB⁸⁹, der hinsichtlich pressspezifischer Regelungen eine überarbeitete Version des Referentenentwurfs enthielt.⁹⁰

aa) Der pressefusionsrechtliche Teil des Entwurfs

Hinsichtlich der Umsatzberechnung bei Zusammenschlüssen von Presseunternehmen entsprach der Regierungsentwurf ohne Abweichungen dem Referentenentwurf, so dass nach § 38 Abs. 3 GWB-Regierungsentwurf (GWB-RegE) weiterhin die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors von 20 auf 10 geplant war, um eine Anhebung der Aufgreifkriterien zu bewirken und so die Spielräume für kontrollfreie Fusionen im Pressebereich zu erweitern.⁹¹ Auch die zu diesem Zweck bereits vom Referentenentwurf vorgesehene Anwendbarkeit der Anschlussklausel auf den Pressebereich bis zu einer Schwelle von zwei Mio. Euro sollte nach Vorstellung des Regierungsentwurfs mit § 35 Abs. 2 S. 2 GWB-RegE entsprechend umgesetzt werden.⁹²

Im Gegensatz dazu erfuhr der Ausnahmetatbestand des § 36 Abs. 2 GWB-RefE, wenn auch nicht im Kern, so doch in seiner Ausgestaltung, diverse Änderungen in Form des § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE. Der im Vergleich zum Referentenentwurf wesentlich detaillierter formulierte Ausnahmetatbestand ließ erkennen, dass er den im Rahmen des Referentenentwurfs vielfach entgegengebrachten Bedenken und Einwänden Geltung tragen und sie durch eine entsprechende Neuformulierung beseitigen sollte.

In § 36 Abs. 1a S. 1 GWB-RegE hieß es daher, dass ein Zusammenschluss von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, abweichend von Abs. 1 nicht zu untersagen ist, wenn Vorkehrungen dafür getroffen wurden,

⁸⁷ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 627; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 49 f., Rn. 135 f.

⁸⁸ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 50, Rn. 137 ff.; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 627 f.

⁸⁹ Abgedruckt in BT-Drucks. 15/3640; vgl. auch *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, „Neues Deutsches Kartellgesetz“, S. 1509.

⁹⁰ *Geerlings*, in: AfP 2004, „Pressefusionskontrolle contra Pressefreiheit?“, S. 330.

⁹¹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12, 38.

⁹² BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12, 38.

dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt.⁹³

Hiermit war klargestellt, dass die Ausnahmeregelung ausschließlich für Zeitungen und nicht auch für Zeitschriften gelten sollte.⁹⁴ Außerdem verdeutlichte der Zusatz „neben der erwerbenden [Zeitung]“, dass § 36 Abs. 1a GWB-RegE nicht nur den Schutz der publizistischen Selbständigkeit der erworbenen, sondern auch den der bereits im Eigentum des Erwerbers stehenden Zeitung bezwecken sollte.⁹⁵

Auch die Vermutungsregelung des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE erfuhr mit § 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 bis 3 GWB-RegE inhaltliche Änderungen, die einige Ergänzungen der Vorschrift beinhalteten, während S. 3 bis 6 die Streichung einer umstrittenen Regelung vorsah.

So wurde gemäß § 36 Abs. 1a S. 2 GWB-RegE die Eignung von Vorkehrungen zur Gewährleistung des Erhalts eigenständiger redaktioneller Einheiten widerleglich vermutet, wenn der Veräußerer oder ein Dritter, auf die der Erwerber weder durch Anteilsbesitz oder Stimmrechte noch auf Grund sonstiger Verbindungen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss ausüben kann, an dem erworbenen Unternehmen mit mehr als 25 Prozent des Kapitals und der Stimmrechte beteiligt ist (§ 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 GWB-RegE), dem Veräußerer oder dem Dritten das Titelrecht für die erworbene Zeitung gehört (§ 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 2 GWB-RegE) und dem Veräußerer oder dem Dritten ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht für Entscheidungen zusteht, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit wesentlich sind; dazu zählen insbesondere Entscheidungen über die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung [§ 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 a)], die Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion der erworbenen Zeitung [§ 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 b)] und die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer redaktionellen Ausgaben [§ 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 c)].

Im Vergleich zum Referentenentwurf enthielt der Regierungsentwurf mit § 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 a) bis c) GWB-RegE nun auch eine Aufzählung derjenigen Unternehmensentscheidungen, die nach Ansicht der Entwurfsbegründung die Erhaltung einer eigenständigen redaktionellen Einheit in Frage stellen könnten und wogegen der Veräußerer bzw. der unabhängige Dritte im entsprechenden Fall Mitbestimmungs- oder Vetorechte geltend machen können müsste.⁹⁶

⁹³ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12.

⁹⁴ Die *Monopolkommission* hatte in ihrem Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 42, Rn. 116 f. bezweifelt, dass auf den Zeitschriftenmärkten ähnliche Probleme wie bei den Tageszeitungen bestehen würden, weil auf vielen dieser Märkte ein relativ intensiver Wettbewerb herrsche und es zudem unklar sei, wie das Konzept der „selbständigen publizistischen Einheit“ bei Zeitschriften angewandt werden solle. Eine Neuregelung könne daher Fusionen ermöglichen, die zu großen Verhaltensspielräumen gegenüber Lesern und Anzeigenkunden führen würden.

⁹⁵ Vgl. hierzu die Kritik der Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 40 f., Rn. 112.

⁹⁶ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

Überdies verdeutlichte § 36 Abs. 1a S. 2 Nr. 3 GWB-RegE, insbesondere Nr. 3 c) mit der Formulierung „neben der erwerbenden [Zeitung]“ bzw. „oder der erwerbenden [Zeitung]“ ein weiteres Mal, dass sich der Schutz der publizistischen Selbständigkeit auch auf die bereits im Eigentum des Erwerbers stehende Zeitung erstrecken sollte.

Mit § 36 Abs. 1a S. 3 bis 6 GWB-RegE erfolgte eine weitere wesentliche Änderung gegenüber dem Referentenentwurf, nämlich die Streichung der ursprünglich vorgesehenen und heftig kritisierten Möglichkeit zusammenschlossene Zeitungsverlage einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das BKartA zu unterstellen. Stattdessen hieß es in § 36 Abs. 1a S. 3 GWB-RegE nur noch, dass die Einhaltung der nach S. 1 erforderlichen Vorkehrungen durch eine für die beteiligten Unternehmen jederzeit durchsetzbare Vereinbarung zu gewährleisten und gemäß S. 4 der Abschluss und die Aufrechterhaltung der Vereinbarung durch Bedingungen oder Auflagen nach § 40 Abs. 3 S. 1 GWB abzusichern ist.⁹⁷ Im Falle des S. 2 Nr. 3 c) gilt dies auch für die Einhaltung der Vorkehrungen (§ 36 Abs. 1a S. 5 GWB-RegE). Erfolgt der Zusammenschluss durch eine sonstige Verbindung nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, steht dem Erwerber i.S.d. S. 1 gleich, wer einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das andere Unternehmen ausüben kann (§ 36 Abs. 1a S. 6 GWB-RegE).⁹⁸

Ebenfalls neu und inhaltlich im ursprünglichen Referentenentwurf nicht vorgesehen war § 36 Abs. 1 b GWB-RegE, der einen Erforderlichkeitsmaßstab sowie eine Vermutungsregelung für die Anwendung von § 36 Abs. 1a GWB-RegE beinhaltete. Hiernach sollte § 36 Abs. 1a GWB-RegE keine Anwendung finden, wenn der Zusammenschluss für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen oder erwerbenden Zeitung mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit nicht erforderlich ist; die Erforderlichkeit wird vermutet, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die der erworbenen oder erwerbenden Zeitung zuzurechnenden Anzeigen- oder Beilagenerlöse pro Monatsstück jeweils rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen (§ 36 Abs. 1 b Nr. 1 GWB-RegE).⁹⁹ Ziel dieser Regelung war die Verhinderung von Missbrauch und überschießenden Marktauswirkungen der erweiterten Zusammenschlussmöglichkeiten.¹⁰⁰ Diese Beweggründe bildeten auch den Hintergrund für § 36 Abs. 1 b Nr. 2 GWB-RegE, nach dem § 36 Abs. 1a GWB-RegE keine Anwendung finden sollte, wenn die wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des § 36 Abs. 1a GWB-RegE zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt.¹⁰¹ Mit Hilfe von § 36 Abs. 1 b Nr. 2 GWB-RegE sollte insbesondere die Bildung von Regionalketten durch einen Zeitungsverlag ausgeschlossen

⁹⁷ Mit § 36 Abs. 1a S. 3 GWB-RegE sollte dem Altverleger bzw. unabhängigen Dritten die Möglichkeit der zivilrechtlichen Klage gegeben werden, im Falle der Verletzung der vereinbarten Rechte; BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

⁹⁸ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12.

⁹⁹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12.

¹⁰⁰ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

¹⁰¹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 12, 38.

werden¹⁰², ein Effekt, der von vielen bei einer tatsächlichen Umsetzung des Referentenentwurfs befürchtet wurde.¹⁰³

Zwar sollte mit dem Regierungsentwurf der Kritik an den pressefusionsrechtlichen Reformvorschlägen des Referentenentwurfs durch eine Überarbeitung Rechnung getragen werden, doch auch an die Neuformulierung knüpften sich nahtlos z.T. alte, aber auch neue Einwände und Bedenken an.

So blieb es hinsichtlich des unveränderten Entwurfes einer Anhebung der Umsatzschwellen und der Geltung der *Anschlussklausel* bis zu einer Höhe von zwei Mio. Euro bei der vorherrschenden Meinung, wonach hierdurch die Anzahl der kontrollfreien Zusammenschlüsse in einer Größenordnung ermöglicht würde, die unweigerlich die Zunahme der Pressekonzentration zur Folge habe, was aber dem gesetzgeberischen Zweck, nämlich der zunehmenden Verlagskonzentration durch pressspezifische Regelungen entgegenzuwirken gerade widerspräche.¹⁰⁴

Insbesondere § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE löste Kritik aus, denn die Norm sei mit einem wettbewerbspolitischen Denkansatz nicht mehr vereinbar, wenn Unternehmenszusammenschlüsse trotz Entstehens oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ermöglicht würden.¹⁰⁵ Damit würde auch der Bedingungs Zusammenhang zwischen wirtschaftlichem Wettbewerb und Meinungsvielfalt weitgehend aufgehoben.¹⁰⁶ Und die Gewährleistung publizistischer Vielfalt durch die Aufrechterhaltung unabhängiger Redaktionen zu erreichen, erschien vielen als zweifelhaft, denn der wirtschaftliche Erfolg eines Verlages sei auch von den Vertriebs Erlösen, also vom Lesermarkt abhängig, so dass eine tatsächliche Trennung zwischen unternehmerisch-wirtschaftlichen und publizistisch wirksamen Entscheidungen nicht möglich wäre, da sich die finanziellen Bedingungen eines Zeitungsträgers notwendig auch auf die Arbeit der Redaktion auswirkten.¹⁰⁷ Hierzu zähle z.B. die redaktionelle Personalausstattung.¹⁰⁸ Außerdem sei ein redaktioneller Wettbewerb innerhalb eines Presseunternehmens mehr als fraglich, weil dessen Aufrechterhaltung, ähnlich wie konzerninterner Wettbewerb zur Disposition der Konzernführung stünde.¹⁰⁹ Die in diesem Zusammenhang von § 36 Abs. 1a GWB-RegE vorgesehenen „Vorkehrungen“ zur Sicherstellung des Erhalts von redaktionell selbständigen Einheiten wurden größtenteils als untauglich erachtet, sogar als Scheinvorkehrungen

¹⁰² BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

¹⁰³ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 626; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 74; Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230; Staebe, in: AfP 2004, a.a.O., S. 17.

¹⁰⁴ Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; vgl. zur Kritik an einer Anhebung der Umsatzschwellen und der Geltung der Anschlussklausel für den Pressebereich A.I)4a).

¹⁰⁵ Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332.

¹⁰⁶ Immenga, in: ZWeR 2004, „Pressemärkte in der Wettbewerbs- und Medienpolitik“, S. 338.

¹⁰⁷ So Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339; vgl. auch Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹⁰⁸ Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063; Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339.

¹⁰⁹ Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339.

tituliert.¹¹⁰ Speziell die *Altverlegerklausel* in § 36 Abs. 1a S. 2 GWB-RegE ginge an der Realität vorbei, wenn angenommen würde, dass der Veräußerer ein über das finanzielle geartete Interesse habe, aufgrund dessen er sich für eine fortdauernde „Selbständigkeit“ der veräußerten Zeitung einsetze, zumal er die Zeitung zur Gänze verkauft hätte, wenn es ihm möglich gewesen wäre.¹¹¹ Zudem gewährleiste die *Altverlegerklausel* nicht, dass im alltäglichen Geschäft, z.B. bei plötzlich auftretenden Meinungsverschiedenheiten mit dem neuen Eigentümer, die redaktionelle Grundhaltung gewahrt bleibe, denn wer könnte schon beurteilen, inwieweit sich Änderungen ergeben, da Meinungen prinzipiell subjektiv seien und sich einer gerichtlichen Kontrolle vielfach entzögen, so dass die Möglichkeit eines schleichenden Prozesses bestünde, der die Grundeinstellung einer Redaktion schrittweise verändern könne.¹¹²

Auch die Tatsache, dass die Einhaltung der zu treffenden „Vorkehrungen“ gemäß § 36 Abs. 1a S. 3 GWB-RegE zwischen den beteiligten Unternehmen vertraglich vereinbart werden und der Abschluss sowie die Aufrechterhaltung dieser Vereinbarung gemäß S. 4 durch Bedingungen oder Auflagen nach § 40 Abs. 3 S. 1 GWB abzusichern sein sollte, sei kein praktikabler und effektiver Schutz für eine pluralistische Presselandschaft.¹¹³ Vielmehr seien derartige Verträge fusionskontrollrechtlich bedenklich, weil ihnen die strukturellen Bedingungen fehlten, weshalb sie im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Strukturkontrolle auch grundsätzlich unbeachtlich wären.¹¹⁴ Außerdem seien zivilrechtlich durchsetzbare Ansprüche aufgrund der vertraglichen Dispositionsfreiheit nicht wirklich als Absicherung zu sehen.¹¹⁵ Hinzu käme, dass die Einhaltung der Unabhängigkeitskriterien an die Freigabeentscheidung durch das BKartA gebunden sei, woran sich die Frage anknüpfe, wie die Aufrechterhaltung der „Vorkehrungen“ kontrolliert werden solle.¹¹⁶ Denn würde die Einhaltung der vertraglichen Vereinbarungen nicht kontrolliert, so wäre auch nicht gewährleistet, dass die vereinbarten, nach dem Entwurf gebotenen Inhalte auch tatsächlich entsprechend gehandhabt würden.¹¹⁷ Jede Form der Kontrolle, z.B. durch analog zu den Landesmedienanstalten errichtete Presseanstalten der Länder würde aber de facto wieder auf eine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle hinauslaufen¹¹⁸, die ja gerade mit dem Regierungsentwurf wieder verworfen wurde.

Eine ähnlich negative Wirkungsprognose wurde den sog. *Missbrauchsklauseln* des § 36 Abs. 1 b GWB-RegE ausgestellt. So seien die Ergebniszahlen in § 36 Abs. 1 b Nr. 1 GWB-RegE

¹¹⁰ So *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063; vgl. auch *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332.

¹¹¹ *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹¹² So *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332.

¹¹³ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; vgl. auch *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 340.

¹¹⁴ Der Regierungsentwurf setzte dem entgegen, dass die Unabhängigkeit einer Redaktion aber primär auf der 25 Prozent-Beteiligung an dem erworbenen Unternehmen beruhe. Dem wurde entgegengehalten, dass aufgrund dieser gesellschaftsrechtlich begrenzten Position ein Einfluss der Mehrheit nicht wirklich eingeschränkt werden könnte, weshalb eine solche Unabhängigkeit nicht strukturell bedingt sei; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339.

¹¹⁵ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339 f.

¹¹⁶ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331, 332; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 340.

¹¹⁷ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 340; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331.

¹¹⁸ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 340.

gestaltbar, weil es nicht auf die Ertragskraft eines Unternehmens insgesamt ankäme, so dass insoweit keine wirkliche Grenze bestünde.¹¹⁹ Auch mit § 36 Abs. 1 b Nr. 2 GWB-RegE und dem Erfordernis der „zeitlich eng aufeinander folgenden Anwendung des § 36 Abs. 1a GWB-RegE läge keine echte Grenze vor, denn man müsse die Erwerbsstrategie lediglich zeitlich etwas strecken.¹²⁰ Zudem fände die Vorschrift im kontrollfreien Bereich von vornherein keine Anwendung, so dass hier immer noch regionale Zeitungsketten entstehen könnten.¹²¹

bb) Der pressekooperationsrechtliche Teil des Entwurfs

Neben den überarbeiteten presserefusionsrechtlichen Regelungen des Referentenentwurfs sollte mit § 31 GWB-RegE eine weitere pressespezifische Regelung Einzug in das GWB halten, ein Ausnahmetatbestand vom Kartellverbot des § 1 GWB-RegE für Anzeigenkooperationen¹²², obwohl durch die Gesetzesreform die Regelungen im GWB für Unternehmenskooperationen an die Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts angepasst werden sollten, was eigentlich den Systemwechsel weg von den Ausnahmetatbeständen (§§ 2 ff. GWB) hin zur Legalausnahme i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EG bedeutete.¹²³

Gemäß § 31 GWB-RegE sollte § 1 GWB-RegE aber nicht für Vereinbarungen von Unternehmen über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich von Unternehmen gelten, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben (§ 31 S.1 GWB-RegE). Auch auf Zusammenschlüsse zum Zwecke dieser Zusammenarbeit sollten die Vorschriften über die Pressefusionskontrolle im Hinblick auf die betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung finden, wobei die Missbrauchsaufsicht in §§ 19 und 20 GWB unberührt bleiben sollte (§ 31 S. 2 und S. 3 GWB-RegE). Die Grenze solch bedingungsfreier Kooperationen im Anzeigenbereich bildete nach der Entwurfsbegründung das Gemeinschaftsrecht, wonach Kooperationen, die den Wettbewerb i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG beschränken, nur nach den restriktiveren Vorgaben des Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt werden können.¹²⁴

Im Rahmen der Zielvorstellungen des Entwurfes Zeitungsverlagen mehr Möglichkeiten zu eröffnen, ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern, um die ökonomische Grundlage der vorhandenen Pressevielfalt zu sichern sowie vor dem Hintergrund, dass nach Auffassung der Entwurfsbegründung eine Fusion aufgrund wirtschaftlicher Probleme von den Zeitungsverlagen i.d.R. nur als eine ultima ratio in Betracht gezogen würde, sollten mit § 31 GWB-RegE deshalb Kooperationsmöglichkeiten in einem besonders erlösträchtigen Bereich - dem Anzeigengeschäft - erweitert werden, denn Anzeigenerlöse würden im Vergleich zu

¹¹⁹ *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹²⁰ *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹²¹ *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062.

¹²² BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 10.

¹²³ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 21.

¹²⁴ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

Vertriebserlösen überproportional zum Umsatzergebnis einer Zeitung beitragen.¹²⁵ Die sich aus § 31 GWB-RegE ergebenden Vorteile bestünden nach der Entwurfsbegründung dann darin, dass langfristig eine wirtschaftliche Perspektive geschaffen würde, die die Notwendigkeit eines Zusammenschlusses abwenden und eine Selbständigkeit der beteiligten Verlage im redaktionellen Bereich absichern könne.¹²⁶

Doch wie schon die pressefusionsrechtlichen Reformvorschläge, löste auch § 31 GWB-RegE zunächst hauptsächlich Kritik aus.

Es wurde beanstandet, warum nicht an den Ansatz für Mittelstandskartelle gemäß § 4 GWB angeknüpft werde, die im Rahmen von § 3 GWB-RegE weiterhin vom vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungsverbot ausgenommen sein sollten¹²⁷, wenn § 31 GWB-RegE besonders auf eine Begünstigung kleiner und mittlerer Zeitungsverlage ausgerichtet sei.¹²⁸ Es sei unverständlich, warum das Ziel der Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit nicht auch als Tatbestandsmerkmal in § 31 GWB-RegE aufgenommen würde, wenn mit dieser Vorschrift die Hebung aller denkbaren Synergiepotenziale im Anzeigenbereich beabsichtigt sei und der Gesichtspunkt der Synergieeffekte gerade auch für die Mittelstandskartelle i.S.v. § 4 GWB bzw. § 3 GWB-RegE gelte.¹²⁹ Zudem sei die Anzeigenkooperation in § 31 GWB-RegE in keiner Form qualifiziert.¹³⁰ Stellte man aber vornehmlich auf Rationalisierungsmöglichkeiten ab, fehle es an Maßstäben zu deren Bewertung.¹³¹ Deshalb stünden auch nicht nur jenen in der Entwurfsbegründung genannten kleinen und mittleren Verlagen, sondern auch den Großverlagen die Möglichkeiten zu Anzeigenkooperationen offen.¹³² Dies bedeute aber, dass die kleinen und mittleren Verlage auf lange Sicht nicht mehr mit Großverlagen im Anzeigengeschäft konkurrieren könnten, weshalb die Gefahr bestünde, dass durch § 31 GWB-RegE der Konzentrationsgrad auf Anzeigenmärkten sich merklich erhöhe, was erhebliche Folgen für den Zeitungsmarkt hätte, der dadurch auch insgesamt einem erhöhtem Konzentrationsdruck ausgesetzt wäre.¹³³ Denn das Anzeigengeschäft als wesentliche wirtschaftliche Grundlage der Zeitungsunternehmen würde nicht ohne Rückwirkung auf den

¹²⁵ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 37 f.

¹²⁶ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 38.

¹²⁷ Ebenfalls abweichend vom Prinzip der grundsätzlichen Übernahme des europäischen Rechts sollte ausnahmsweise der Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle nach dem bisherigen § 4 GWB aufrechterhalten werden, weil Kooperationen der mittelständischen Wirtschaft, auch wenn sie den Wettbewerb beschränkten, nützlich und strukturell wettbewerbsfördernd sein könnten, denn sie verbesserten häufig die Wettbewerbschancen von kleinen und mittleren gegenüber großen Unternehmen. Zudem stünden sie dem europäischen Recht nicht entgegen, weil sie nur selten geeignet wären den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen; BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 27 f.

¹²⁸ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 38; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹²⁹ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350; darin zustimmend *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹³⁰ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹³¹ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹³² *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331.

¹³³ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

redaktionellen Teil und damit auf den Lesermarkt einer Zeitung bleiben, weil wirtschaftliche Notwendigkeiten schnell zu inhaltlichen Neuorientierungen führten, der sich eine Redaktion kaum entziehen könnte.¹³⁴

Kritik erfolgte außerdem aufgrund des bereits erwähnten Umstandes, wonach das europäische Kartellrecht gerade auf die Abschaffung von Ausnahmetatbeständen für bestimmte Branchen und Preiskartelle zielt.¹³⁵ Denn § 31 GWB-RegE als Bereichsausnahme stelle einen Verstoß gegen die Grundrichtung der Siebten GWB-Novelle dar, die Maßstäbe des EG-Rechts zu übernehmen.¹³⁶ V.a. sog. *Hardcore-Kartelle* seien nach Gemeinschaftsrecht grundsätzlich verboten¹³⁷, würden im Rahmen von § 31 GWB-RegE, z.B. in Form von Preisabsprachen aber ermöglicht.¹³⁸ Daran ändere auch die von der Entwurfsbegründung hervorgehobene Freistellungsgrenze solcher Anzeigenkooperationen aufgrund der sog. *Zwischenstaatlichkeitsklausel* in Art. 81 Abs. 1 EG nichts, wonach dann das restriktivere Gemeinschaftsrecht (insbesondere Art. 81 Abs. 3 EG) Anwendung finden würde¹³⁹, weil eine Zwischenstaatlichkeit selbst bei Großverlagen auf den bestenfalls nationalen Anzeigemärkten nicht erreicht würde.¹⁴⁰

Auch verfassungsrechtlich bestanden nach wie vor Bedenken am pressespezifischen Reformvorhaben, obwohl mit der Streichung einer „laufenden Verhaltenskontrolle“ im Rahmen des Regierungsentwurfs ein verfassungsrechtlicher Hauptstreitpunkt des Referentenentwurfes entfallen war.¹⁴¹

So bestanden weiterhin Zweifel an der Verbandskompetenz des Bundes für den Erlass solch pressespezifischer Regelungen, weil der Bezugsrahmen des Schutzes von Wettbewerb im Änderungsbereich des Pressekartellrechts aufgegeben worden sei.¹⁴² Insbesondere der eindeutige Bezug auf eine eigenständige redaktionelle Einheit in § 36 Abs. 1a GWB-RegE und die Einführung der pressespezifischen Bereichsausnahme in § 31 GWB-RegE würden eine Zielsetzung mit rein publizistischem Charakter aufweisen, die kaum noch als „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG und damit als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung angesehen werden könnten.¹⁴³

Darüber hinaus wäre im Vergleich zu sonstigen Wirtschaftsbereichen durch die Privilegierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Zeitungsbereich auch ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nicht ausgeschlossen, denn als Referenzpunkt der Gleichheit bzw. Ungleichheit einer Regelung müsste sich ein Gesetzgeber an den von ihm selbst gesetzten

¹³⁴ Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331.

¹³⁵ Vgl. Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331.

¹³⁶ So Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; vgl. auch Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹³⁷ Hardcore-Kartelle liegen vor bei Kernbeschränkungen, so z.B. bei Preis- und Gebietsabsprachen; Emmerich, in: WRP 2000, „Anmerkung zu der ‚neuen‘ Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission“, S. 861.

¹³⁸ Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹³⁹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 38; vgl. auch Geerlings, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331; Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹⁴⁰ Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062.

¹⁴¹ Vgl. A.I)4a).

¹⁴² Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063; Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 341.

¹⁴³ Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 341; Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

Maßstäben festhalten lassen, weshalb sich aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes eine Privilegierung des Pressesektors als schiere Willkür erweisen würde.¹⁴⁴

Aber auch im Lichte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, also unter dem Blickwinkel der Pressefreiheit seien die geplanten Änderungen verfassungsrechtlich in Frage zu stellen, denn die damit verbundene Gefahr, dass durch die Lockerung des Pressekartellrechts viele kleinere und mittlere Presseunternehmen vom Markt verschwinden könnten, zeige, dass die Wechselwirkung zwischen wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb, d.h. Meinungsvielfalt aufgrund Anbietervielfalt keine ausreichende Berücksichtigung fände, womit der Staat seine aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG folgenden objektiven Schutzpflichten verletze.¹⁴⁵

c) Stellungnahme des Bundesrates

Auf Grundlage der Empfehlungen des zuständigen Wirtschafts- und Rechtsausschusses vom 28. Juni 2004¹⁴⁶, nahm der Bundesrat (BR) am 9. Juli 2004 zunächst gemäß Art. 76 Abs. 2 GG Stellung zu dem dort zustimmungspflichtigen Gesetzesentwurf.¹⁴⁷ Im Konsens mit der dargestellten Kritik lehnte der BR die Änderungen des Pressekartellrechts vollumfänglich ab und plädierte ebenfalls für die Beibehaltung der geltenden Regelungen, weil diese sich insgesamt bewährt hätten und die in §§ 31 und 36 GWB-RegE vorgeschlagenen Maßnahmen ordnungspolitisch bedenklich, gesetzestechnisch systemwidrig und nicht zielführend hinsichtlich der Behebung der konjunkturellen und strukturellen Probleme der Pressebranche sowie nicht zur Wahrung der Meinungsvielfalt geeignet seien.¹⁴⁸ Hierbei knüpften die Begründungen im Einzelnen an zahlreiche, der schon im Vorfeld geäußerten Kritikpunkte an.

So ordnete auch der BR § 31 GWB-RegE als systemwidrige Bereichsausnahme ein, weil im Zuge der Siebten GWB-Novelle und in Angleichung an das europäische Kartellrecht Bereichsausnahmen gerade abgeschafft werden sollten und zudem das GWB keine Bereichsausnahmen für Fusionen kennen würde.¹⁴⁹ Insbesondere im Hinblick darauf, dass § 31 GWB-RegE Kooperationen unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle und oberhalb der Mittelstandsausnahme des § 4 GWB bzw. § 3 GWB-RegE abdecken würde, ermögliche Zeitungen jeder Größe voraussetzungslos und ohne Prüfung der Marktverhältnisse die Bildung von Preiskartellen und Gebietsabsprachen, womit für kleine und mittlere Verlage die

¹⁴⁴ *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹⁴⁵ *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332.

¹⁴⁶ Wirtschafts- und Rechtsausschuss, Empfehlungen zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB v. 28.6.2004, BR-Drucks. 441/1/04.

¹⁴⁷ Da die Siebte GWB-Novelle das Verwaltungsverfahren mit regelte, war das Gesetz insgesamt zustimmungspflichtig nach Art. 84 Abs. 1 GG; BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04; vgl. auch *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1064; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, a.a.O., S. 1509.

¹⁴⁸ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 8 f.

¹⁴⁹ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 9; so schon *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; vgl. auch *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

Gefahr der Marktverdrängung einherginge, obwohl es doch das Ziel der Norm sei, diese Presseunternehmen zu begünstigen.¹⁵⁰ Nach Ansicht des BR sei hierfür aber sowieso bereits § 4 GWB bzw. § 3 GWB-RegE ausreichend.¹⁵¹ Darüber hinaus sah der BR in § 31 GWB-RegE einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, da eine spezielle Bereichsausnahme für Zeitungen, die nicht auch für Zeitschriften gelte eine Diskriminierung darstelle, weil eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen beiden Presseerzeugnissen nicht möglich sei.¹⁵²

Die vorgeschlagene Anwendbarkeit der *Anschlussklausel* bis zu einer Höhe von zwei Mio. Euro gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 GWB-RegE lehnte der BR ab, weil hierdurch ca. 30 selbständige Zeitungsverlage kontrollfrei aufgekauft werden könnten. Erschwerend käme hinzu, dass hierbei v.a. den Großverlagen die Möglichkeit verschafft würde kleine Presseobjekte zu erwerben.¹⁵³

Der Aspekt einer wachsenden Anzahl an kontrollfreien Zusammenschlüssen und ein damit verbundener Konzentrationszuwachs stand auch im Vordergrund bei der Entscheidung des BR, die Anhebung der Aufgreifschwelle in § 38 Abs. 3 GWB-RegE nicht zu befürworten, denn hierbei sei ebenfalls ein nicht unerheblicher Teil der selbständigen Tageszeitungen Deutschlands betroffen (ca. 50 Zeitungsverlage).¹⁵⁴ Und da die Presserechenklausel für den gesamten Pressebereich gelte, werde auch eine größere Zahl des noch mittelständisch strukturierten Pressegrasso kontrollfrei fusionieren können bzw. Verlage könnten sich kontrollfrei am Grosso beteiligen.¹⁵⁵

Wie schon § 31 GWB-RegE hielt der BR auch § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE für systemwidrig, denn eine Fusionserlaubnis für Zeitungsunternehmen trotz Marktbeherrschung wäre einzigartig für den Pressebereich.¹⁵⁶ Auch das Ziel, übernommene Zeitungstitel publizistisch eigenständig zu erhalten, damit sie weiterhin ihren Beitrag zur Meinungsvielfalt leisteten, könnte nach Auffassung des BR nicht durch § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE erreicht werden, denn die dieser Norm zugrunde liegende Annahme, die Redaktionsarbeit sei von den

¹⁵⁰ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 9 f.; so schon *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 331; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹⁵¹ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 9; so schon *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁵² Dies gelte entsprechend für § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE; BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 10, 17.

¹⁵³ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 15; so schon *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; vgl. zur Kritik an der Geltung der Anschlussklausel für den Pressebereich auch A.I)4a).

¹⁵⁴ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 17; so schon *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; vgl. auch A.I)4a).

¹⁵⁵ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 17.

¹⁵⁶ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 15; so schon *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332.

wirtschaftlichen Interessen eines Verlages auf Dauer trennbar, wäre nicht haltbar.¹⁵⁷ Insbesondere der Altverleger sei nicht in der Lage eine Wahrung der publizistischen Selbständigkeit nachhaltig gegen die wirtschaftlichen und publizistischen Interessen des neuen Verlegers durchzusetzen, zumal sich dessen redaktioneller Einfluss auf die von ihm verlegte Zeitung als Teil seiner unternehmerisch wahrgenommenen Meinungsfreiheit darstelle.¹⁵⁸ Die Möglichkeit, dass der Altverleger die redaktionelle Unabhängigkeit gegebenenfalls aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung vor dem Zivilgericht durchsetzen könne, ändere nichts daran, denn ein faktischer Druck des neuen Eigentümers auf den Altverleger, von diesen zivilrechtlichen Instrumentarien keinen Gebrauch zu machen, sei nicht vermeidbar.¹⁵⁹ Und auch das BKartA habe nach einer Freigabe keine ordnungspolitische Handhabe mehr, die tatsächliche Einhaltung der Fusionsbedingungen zu überwachen. Eine laufende Überprüfung der publizistischen Inhalte wäre mit dem Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG auch gar nicht vereinbar.¹⁶⁰ Der Behörde stehe nur im Vorfeld die Überprüfung der Absicherung der redaktionellen Eigenständigkeit im Übernahmevertrag zu, womit § 36 Abs. 1a GWB-RegE aber bereits über eine meinungsneutrale Marktstrukturregelung hinausgehe und deshalb verfassungsrechtlich bedenklich sei, denn es gehe nicht mehr um die „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen“ (Art. 74 Nr. 16 GG), sondern nur noch um die Aufrechterhaltung publizistischen Wettbewerbs.¹⁶¹ Mit einer solch spezifisch-medienpolitischen Zielrichtung verleihe der Bund aber das Feld der konkurrierenden Gesetzgebung, die sich auch nicht aus Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG ableiten ließe, dem Recht zur Rahmenkompetenz für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse, weil diese Norm nicht zu detaillierten Regelungen mit einer medienpolitischen Zielrichtung ermächtige.¹⁶²

Nach Ansicht des BR sei § 36 Abs. 1 b GWB-RegE auch nicht geeignet Missbräuche der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1a GWB-RegE zu verhindern, denn das Erforderlichkeitskriterium einer gefährdeten wirtschaftlichen Grundlage (§ 36 Abs. 1 b Nr. 1 GWB-RegE) auf Seiten eines der beteiligten Unternehmen eröffne unzählige Möglichkeiten,

¹⁵⁷ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 15 f.; so schon *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339; vgl. auch *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹⁵⁸ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 16; so schon Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, Keine Aufweichung der Pressefusionskontrolle, S. 629 f.; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 40, Rn. 110.

¹⁵⁹ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 16; im Ergebnis so schon *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; vgl. auch *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 340.

¹⁶⁰ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 16; vgl. auch A.I)4a).

¹⁶¹ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 16; so bereits *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 341; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹⁶² BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 16; so schon *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 341; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

die Freigabe eines Zusammenschlusses zu erreichen.¹⁶³ Zudem seien allein die Anzeigen- und Beilagenlöhne kein ausreichender Indikator, um eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage zu verifizieren.¹⁶⁴ Auch § 36 Abs. 1 b Nr. 2 GWB-RegE sei zu vage formuliert, nicht justiziabel und zeige, dass der Regierungsentwurf selbst die redaktionelle Unabhängigkeit durch die *Altverlegerklausel* nicht hinreichend abgesichert sehe.¹⁶⁵

d) Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit

Der ablehnenden Stellungnahme des BR folgte am 20. September 2004 eine öffentliche Anhörung von Einzelsachverständigen, Verbänden und Institutionen vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, um die Gelegenheit zu bekommen sich zu dem Gesetzesvorhaben insgesamt und speziell zu den pressespezifischen Reformvorschlägen zu äußern. Nach wie vor stellte ein Großteil das pressekartellrechtliche Reformvorhaben in Frage und war deshalb der Ansicht die bisherigen Regelungen aufgrund ihrer Bewährtheit beizubehalten¹⁶⁶, während eine Reihe von v.a. großen Zeitungsverlagen sowie der BDZV den Regierungsentwurf grundsätzlich begrüßten.¹⁶⁷ Ein nicht unwesentlicher Teil der sich Äußernden aber differenzierte bei der Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zwischen den pressefusions- und den kooperationsrechtlichen Reformvorschlägen. So wurde von vielen zwar die vorgeschlagene Lockerung der pressefusionskontrollrechtlichen Regelungen aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken und Gefährdung der Meinungsfreiheit abgelehnt, die mit § 31 GWB-RegE vorgesehene besondere, tatbestandsmäßig begrenzte Erleichterung von Kooperationen zwischen Presseunternehmen wettbewerbspolitisch im Grundsatz aber befürwortet.¹⁶⁸

Diese zweigeteilte Auffassung war darauf zurückzuführen, dass der Regierungsentwurf bei seinem pressespezifischen Reformvorhaben neben konjunkturellen Gründen von einem Strukturwandel im Medienbereich zu Lasten der Presse ausging.¹⁶⁹ Einem solchen Strukturwandel könnte aber nicht durch Eingriffe in die Marktstrukturen entgegenwirkt

¹⁶³ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 17; so schon *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063.

¹⁶⁴ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 17.

¹⁶⁵ BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 17; so bereits *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062 f.

¹⁶⁶ So das *BKartA*; *Möschel*; *Hellwig*; der *Deutsche Journalistenverband*; die *Organisation Werbungtreibende im Markenverband*; die *FAZ*; alle in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 43 ff.

¹⁶⁷ Vgl. *BDZV*; *Rheinische Post*; *Balle (Straubinger Tageblatt)*; *Axel Springer Verlag*; *Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck*; *Verlag M. DuMont Schauberg*; alle in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 44 f.

¹⁶⁸ So *Fuchs*; der *Verband Deutscher Lokalzeitungen e.V.*; *Schulz* (Hans-Bredow-Institut für Medienforschung); *Groebel* (Europäisches Medieninstitut); der *Verband Deutscher Zeitschriftenverleger*; alle in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 43 ff.

¹⁶⁹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

werden, wohingegen die wettbewerbspolitische „Abfederung“ der Veränderung von Märkten durch Kooperationen ordnungspolitisch nicht ausgeschlossen sei.¹⁷⁰ Denn im Verhältnis zu strukturbedingten Privilegierungen hätten Kooperationen ein anderes wettbewerbspolitisches Gewicht, weil ihre Ziele mit der Möglichkeit einer Abwägung gegenüber den durch die Zusammenarbeit verursachten Wettbewerbsbeschränkungen formuliert werden könnten.¹⁷¹ Dies zeigten schon die Ausnahmeregelungen eines jeden Kartellrechts, wie z.B. die §§ 2 ff. GWB und Art. 81 Abs. 3 EG, die es den Unternehmen prinzipiell ermöglichten, wirtschaftliche Vorteile durch Rationalisierung zu realisieren.¹⁷² Für den Pressebereich seien erweiterte Kooperationsmöglichkeiten deshalb wettbewerbspolitisch vertretbar, wenn durch sie eine strukturell bedingte Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit der Verlage gegenüber elektronischen Medien (v.a. das Internet) ausgeglichen werden könnte, da die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit ein wettbewerbspolitisch akzeptierter Gesichtspunkt sei¹⁷³, der die Konkurrenzbedingungen der betroffenen Märkte positiver gestalten sowie unter medienpolitischen Gesichtspunkten die bestehende Meinungsvielfalt durch wettbewerbliche Pressemärkte erhalten könnte.¹⁷⁴

Deshalb wäre einer erweiterten Kooperationsmöglichkeit i.S.e. § 31 GWB-RegE unter Verzicht auf fusionskontrollrechtliche Sonderregelungen prinzipiell zuzustimmen, wenn eine dementsprechende Regelung auch über den Anzeigenbereich hinaus, etwa bei Druck und Vertrieb die Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Presseunternehmen tatbestandsmäßig beschreibe und die Verhältnismäßigkeit gegenüber möglichen Wettbewerbsbeschränkungen konkretisiere, wobei inhaltlich konsistent auch die Durchführung der Zusammenarbeit in Form eines Gemeinschaftsunternehmens ermöglicht werden müsste, denn erst dann könnten kartellrechtliche Erweiterungen der Kooperationsmöglichkeiten der wirtschaftlichen Absicherung nahe kommen.¹⁷⁵

Die vom Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit nachfolgende Beschlussempfehlung trug letztgenannten Forderungen schließlich Rechnung und strich aufgrund der insgesamt überwiegenden Ablehnung § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE vollständig aus dem Gesetzesentwurf¹⁷⁶, während im Gegenzug dazu die Kooperationsmöglichkeiten in § 31 GWB-RegE erweitert wurden als Folge der weitgehenden Einigkeit darüber, dass durch eine intensivere zwischenbetriebliche Zusammenarbeit in Teilbereichen der Verlagswirtschaft die

¹⁷⁰ Dies belegten die eingegrenzt anerkannten Strukturkrisenkartelle; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 349 f.

¹⁷¹ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 351.

¹⁷² *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 351.

¹⁷³ Auf diesem Gedanken beruhe bereits die Zulässigkeit von Mittelstandskartellen, indem kleinen und mittleren Unternehmen die betriebliche Zusammenarbeit ermöglicht werde, um Vorteile auszugleichen, die anderen Unternehmen allein aufgrund ihrer Größe am Markt entstehen; *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 351.

¹⁷⁴ *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 352.

¹⁷⁵ So die Forderungen von *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350, 352 f.

¹⁷⁶ Die Änderungen in § 35 Abs. 2 S. 2 und § 38 Abs. 3 GWB-RegE wurden beibehalten, weil die Anhebung der Aufgreifkriterien und die Geltung der Anschlussklausel bis zu einer Höhe von zwei Mio. Euro weiterhin als wettbewerbspolitisch noch vertretbar angesehen und nicht für verfassungswidrig gehalten wurden, da sich ein solcher Schritt noch im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens hielte; So *Möschel* und *Hellwig*, in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 44, 46; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 28, Rn. 73; *Böge*, in: MMR 2004, a.a.O., S. 230.

wirtschaftliche Basis der Zeitungsverlage gestärkt, der wirtschaftliche Wettbewerb auf konsolidierter Basis erhalten und damit ein Beitrag zur Vielfaltsicherung geleistet würde.¹⁷⁷ Bereits die Überschrift von § 31 GWB-RegE in der modifizierten Fassung verdeutlichte den jetzt erweiterten Anwendungsbereich, denn es hieß dort nicht mehr nur „Anzeigenkooperationen“, sondern „Verlagswirtschaftliche Kooperationen“.¹⁷⁸

Gemäß § 31 Abs. 1 GWB-RegE sollte § 1 GWB-RegE nicht für Vereinbarungen von Unternehmen gelten, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit in den Bereichen Anzeigen, Druck und Abonnementvertrieb, wenn die Vereinbarungen dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen zu verbessern (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 GWB-RegE), die Zusammenarbeit für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage und die Fortführung mindestens einer der beteiligten Zeitungen erforderlich ist (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RegE) und an der Zusammenarbeit direkt nicht mehr als fünf Zeitungen beteiligt sind, wobei Zeitungen, deren Beteiligung im Hinblick auf die §§ 19 und 20 geboten ist, außer Ansatz bleiben sollen (§ 36 Abs. 1 Nr. 3 GWB-RegE).¹⁷⁹

Im Vergleich zum Ursprungstatbestand wurde die Reichweite der von § 1 GWB-RegE ausgenommenen Möglichkeiten zur Zusammenarbeit damit wie gefordert über den Anzeigenbereich hinaus auf die weiteren Felder der Verlagswirtschaft erstreckt, wobei die Aufzählung abschließend war und Kooperationen im redaktionellen Bereich ausschloss. Hiermit sollte die Eigenständigkeit der Redaktionen der beteiligten Zeitungen strukturell nachhaltig gesichert werden.¹⁸⁰ Die Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 1 bis 3 sollten hierbei die Möglichkeiten der Inanspruchnahme des § 31 Abs. 1 GWB-RegE dahingehend einschränken, dass nur solche Kooperationen freistellungsfähig sein sollten, welche die verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gewährleisteten, weil sie sich wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig darstellten und hierbei die damit verbundenen Belastungen für die Marktgegenseite auf das Nötigste beschränkten.¹⁸¹ Die in diesem Kontext verwendete Begrifflichkeit der „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit“ entsprach ebenso wie die Tatbestandsvoraussetzung der verbesserten Wettbewerbsfähigkeit den bereits in § 4 Abs. 1 GWB (§ 3 GWB-RegE) genannten Tatbestandsmerkmalen, so dass sich ihre Auslegung an der zu dieser Vorschrift entwickelten Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis

¹⁷⁷ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14, 19 f., 47.

¹⁷⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14.

¹⁷⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14.

¹⁸⁰ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 47.

¹⁸¹ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48.

orientieren sollte.¹⁸² Somit erfüllte sich auch die Forderung nach einer weitgehenden Anknüpfung an die Grundsätze der Mittelstandskartelle.¹⁸³

Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 GWB-RegE sollten Vereinbarungen i.S.d. Abs. 1 von den beteiligten Unternehmen vor ihrer Durchführung bei der Kartellbehörde angemeldet werden. Die Anmeldung muss Angaben zu Art und Umfang der geplanten Zusammenarbeit sowie zu der Art des Geschäftsbetriebes der beteiligten Unternehmen umfassen (S. 2). Die Kartellbehörde hat die in §§ 32 bis 32c GWB-RegE genannten Befugnisse (S. 3), und wenn sie der Anmeldung nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der vollständigen Anmeldung widerspricht, soll dies als Entscheidung nach § 32c GWB-RegE gelten (S. 4).¹⁸⁴

Durch § 31 Abs. 2 GWB-RegE unterlagen auch Kooperationen auf ausschließlich vertraglicher Basis, also ohne gesellschaftsrechtliche Verflechtung der beteiligten Verlage einer vorherigen Kontrolle durch das BKartA im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 31 Abs. 1 GWB-RegE. Gerechtfertigt wurde diese Abweichung vom nun geltenden Prinzip der Legalausnahme mit der erst zu entwickelnden Rechtsanwendungspraxis zu § 31 GWB-RegE und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für kooperationswillige Verlagsunternehmen.¹⁸⁵ In Entsprechung der bis dato für die §§ 2 bis 4 Abs. 1 GWB geltenden Freistellungsregeln sollte das Widerspruchsverfahren eine Frist von drei Monaten betragen, um den Verfahrensaufwand sachlich und zeitlich möglichst gering zu halten.¹⁸⁶

§ 31 Abs. 3 GWB-RegE enthielt die Bestimmung, dass Zusammenschlüsse zum Zwecke der in Abs. 1 genannten Zusammenarbeit im Hinblick auf die von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Märkte nicht nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen sein sollten, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt wären.¹⁸⁷

Die in Abs. 3 geregelte Anwendung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse zum Zwecke der in Abs. 1 genannten Zusammenarbeit trug damit der Forderung Rechnung,

¹⁸² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48.

¹⁸³ Vgl. zu dieser Forderung A.I)4)b)bb).

¹⁸⁴ Die §§ 32- 32c GWB-RegE sahen die Erweiterung der bisherigen Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Verstoßes durch eine Kartellbehörde vor (§ 32 GWB-RegE) sowie die Neufassung der Regelungen über einstweilige Maßnahmen bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung (§ 32a GWB-RegE). Darüber hinaus enthielten sie die Einführung des Instruments von Verpflichtungszusagen wie im europäischen Recht (§ 32b GWB-RegE) und außerdem die Einführung der Entscheidungsmöglichkeit der Kartellbehörde, ob Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c GWB-RegE); BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 33; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14.

¹⁸⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48.

¹⁸⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48.

¹⁸⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14.

wonach § 31 GWB-RegE auch Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen ermöglichen sollte.¹⁸⁸

Gemäß § 31 Abs. 4 GWB-RegE bleiben die §§ 19 und 20 GWB unberührt.

Die Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschriften neben § 31 GWB-RegE sollte dazu dienen, dass Verhaltensspielräume für kooperierende Verlage, insbesondere im Anzeigenbereich nicht zu missbräuchlichen Preissetzungen gegenüber den Verbrauchern und der werbetreibenden Wirtschaft (Marktgegenseite) führen dürften sowie dass Verlagen der Zugang zu Kooperationen ihrer Konkurrenten möglich sein müsste, wenn sie ohne diese Beteiligung nicht mit Aussicht auf Erfolg auf dem betroffenen Markt als Wettbewerber der kooperierenden Verlage tätig sein könnten.¹⁸⁹

Nach § 31 Abs. 5 GWB-RegE sollte die Kartellbehörde die in §§ 32 bis 32b GWB-RegE genannten Befugnisse auch nach Abschluss des Anmeldeverfahrens nach Abs. 2 haben, wenn die Beteiligten die Freistellung von § 1 GWB-RegE missbrauchen.¹⁹⁰

Mit Abs. 5 sollte unabhängig von den Befugnissen nach § 40 Abs. 3a GWB-RegE eine Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde eingeführt werden¹⁹¹, um die Einhaltung der Freistellungsvoraussetzungen der Kooperationen zu überwachen, die eingreifen sollte, wenn die Durchführung der Vereinbarungen dem Sinn und Zweck der Freistellung zuwiderliefe, was z.B. der Fall wäre, wenn die Zusammenarbeit auf den redaktionellen Bereich erstreckt würde.¹⁹²

Aber sowohl der Verzicht auf § 36 Abs. 1a, 1b GWB-RegE als auch die Neufassung von § 31 GWB-RegE unter Berücksichtigung der zahlreich geäußerten Verbesserungsvorschläge konnte den Widerstand der Reformgegner gegen pressenspezifische Regelungsvorschläge allgemein und gegen § 31 GWB-RegE im Speziellen nicht brechen. Denn auch hinsichtlich der modifizierten Bereichsausnahme bestanden Zweifel, ob die beabsichtigte Freistellung überhaupt geeignet sei, das angestrebte Ziel des Erhalts eines wirtschaftlichen Wettbewerbs auf konsolidierter Basis mit dem Beitrag zur publizistischen Vielfaltsicherung zu erreichen, weil Kooperationen dieser Ansicht nach in erster Linie den Wettbewerb beschränkten.¹⁹³

Indem zusammenarbeitende Verlagsunternehmen beispielsweise ihre Anzeigenpreise aufeinander abstimmten, würden sie gegenüber Druckereien und Vertriebsunternehmen durch

¹⁸⁸ Siehe *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 352.

¹⁸⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48.

¹⁹⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 14.

¹⁹¹ § 40 Abs. 3a GWB-RegE übernimmt im Wesentlichen inhaltsgleich die Regelung des bisherigen § 12 Abs. 2 GWB, der bis dahin die Vorschriften zur Aufhebung oder Änderung der Freistellungen nach § 10 GWB (Freistellung von Kartellvereinbarungen und Kartellbeschlüssen der §§ 5bis 8 GWB; sog. Erlaubniskartelle) beinhaltet hat; BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 59; vgl. auch *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9.Aufl., Bd. 1, § 12, Rn. 27 ff.

¹⁹² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 48 f.

¹⁹³ *Basedow*, in: WuW 2005, Kommentar: „Das Pressekartell- eine lässliche Sünde? Aber nur auf Zeit!“, S. 3.

Koordination ihre Nachfragemacht erhöhen.¹⁹⁴ Gleichzeitig garantierten kartellierte Preise für Anzeigen aber noch keine Erhöhung der Einnahmen, vielmehr könnten sie bei manchen Gruppen von Anzeigen (insbesondere bei Rubrikanzeigen) eher die Abwanderung in andere Medien (wie das Internet) beschleunigen.¹⁹⁵

Im Einklang mit dem schon häufiger artikulierten Appell, die bestehenden pressekartellrechtlichen Regelungen beizubehalten und nicht zu erweitern, wurde die Einführung des Ausnahmetatbestandes daher als sektorale Wettbewerbspolitik weiterhin von vielen abgelehnt.¹⁹⁶ Und dabei gleichzeitig auf § 2 und § 3 GWB-RegE verwiesen, weil deren gesetzlicher Rahmen den Verlagen bereits ausreichend Spielraum für effizienzsteigernde Kooperationen biete.¹⁹⁷ Denn zur Hebung von Synergiepotenzialen liefere § 2 GWB-RegE den geeigneten Maßstab und handle es sich dabei um mittelständische Verlage, so vergrößere § 3 GWB-RegE diesen Kooperationsspielraum nochmals.¹⁹⁸

Trotz aller Einwände nahm der Bundestag (BT) am 11. März 2005 den Entwurf der Bundesregierung mit den Änderungen der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit an.¹⁹⁹

e) Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses und in Kraft treten der Siebten GWB-Novelle

Mit der Annahme des Regierungsentwurfs durch den BT wurden die pressenspezifischen Änderungen aber nicht endgültiger Bestandteil der Siebten GWB-Novelle, denn es folgte auf Antrag des BR die Einberufung eines Vermittlungsausschusses gemäß Art. 77 Abs. 2 GG, um die geplante Novellierung des Pressekartellrechts ein weiteres Mal zu überarbeiten.²⁰⁰ In seiner Antragsbegründung verdeutlichte der BR noch einmal seinen Standpunkt, wonach er eine Lockerung des Pressekartellrechts grundsätzlich für ordnungspolitisch falsch hielt und klarstellte, dass die in § 31 GWB-RegE vorgeschlagenen Regelungen über das Vertretbare hinausgingen.²⁰¹ Denn § 31 Abs. 3 GWB-RegE betreffe Pressehilfsunternehmen und begründe damit materielles Sonderrecht in der Fusionskontrolle. Es würde ein Novum darstellen, einer Branche die grundsätzliche Ausnahme von der Fusionskontrolle einzuräumen und sei deshalb zu streichen, ebenso wie die vorgeschlagenen Änderungen in § 35 Abs. 2 S. 2 und § 38 Abs. 3

¹⁹⁴ Basedow, in: WuW 2005, a.a.O., S. 3.

¹⁹⁵ Basedow, in: WuW 2005, a.a.O., S. 3; siehe auch Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062.

¹⁹⁶ Siehe Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; Basedow, in: WuW 2005, a.a.O., S. 3; *Fraktion der FDP*, in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049 S. 40; vgl. hierzu A.I)4)b)bb).

¹⁹⁷ Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; so auch schon BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 9; Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062.

¹⁹⁸ Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; vgl. auch Möschel, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1062.

¹⁹⁹ BT, Gesetzesbeschluss eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB v. 11.3.2005, BR-Drucks. 210/05; vgl. auch Kahlenberg/Haellmigk, in: BB 2005, a.a.O., S. 1509.

²⁰⁰ BR, Anrufung des Vermittlungsausschusses zur Überarbeitung des Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB v. 29.4.2005, BR-Drucks. 210/05.

²⁰¹ Wirtschaftsausschuss, Empfehlungen zum Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 18.4.2005, BR-Drucks. 210/1/05, S. 3 ff.

GWB-RegE.²⁰² Dennoch wollte der BR moderate Lockerungen bzw. Sonderregelungen im Bereich der Presse mittragen, wenn die Voraussetzungen für die Legalisierung von Kooperationen insgesamt ausreichend und justiziabel wären, was nach wie vor nicht der Fall sei, weil die Ungleichbehandlung von Zeitungen und Zeitschriften weiterhin verfassungsrechtlich bedenklich, die vorgesehene Beteiligung der Wettbewerbsbehörden in Gesetzeswortlaut (Verweis auf § 32c GWB-RegE) und Gesetzesbegründung (Verweis auf die §§ 2 bis 4 GWB) widersprüchlich und die Widerspruchslösung des § 31 Abs. 2 GWB-RegE unklar sei, da weder Voraussetzungen noch Rechtsfolgen des Widerspruchs geregelt wären.²⁰³

Das Ergebnis dieses fast zwei Jahre andauernden Streits über eine Modifikation des Pressekartellrechts, bei dem bis zuletzt kein Konsens gefunden wurde, bestand schließlich darin, dass der Vermittlungsausschuss in seiner Beschlussempfehlung alle vorgeschlagenen Änderungen in diesem Bereich aus der Novelle herausstrich mit der (unverbindlichen) Erklärung, in der neuen Legislaturperiode erneut über pressenspezifische Erleichterungen von Kooperationen und Fusionen nachzudenken.²⁰⁴ Diesem Einigungsvorschlag stimmten sowohl der BT als auch der BR am 16. Juni bzw. 17. Juni 2005 endgültig zu, so dass das GWB in seiner siebten Fassung am 1. Juli 2005 ohne Modifikationen der pressenspezifischen Regelungen in Kraft trat.²⁰⁵

f) Kooperationsrechtlich relevante Änderungen der Siebten GWB-Novelle

Auch ohne die Übernahme eines modifizierten Pressekartellrechts in das GWB der Siebten Fassung, ergaben sich für (pressenspezifische) Kooperationen dennoch einschneidende Regelungsänderungen im Rahmen der Reformierung mit §§ 1, 2 und 3 GWB n.F.

aa) § 1 GWB n.F.

So wurde § 1 GWB n.F. dem Art. 81 Abs. 1 EG angepasst.²⁰⁶ Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Damit ist § 1 GWB n.F. wortgleich mit

²⁰² Siehe in Wirtschaftsausschuss, Empfehlungen zum Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 18.4.2005, BR-Drucks. 210/1/05, S. 3, 5 f.; vgl. auch BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 8 f., 15, 17.

²⁰³ Zudem sollte nach den Vorstellungen des BR in § 31 Abs. 1 Nr. 4 GWB-RegE eine Gesamtumsatzgrenze für die beteiligten Unternehmen von 100 Mio. Euro und für das einzelne Unternehmen von 50 Mio. Euro eingeführt werden, um den Anliegen des Mittelstandes gerecht zu werden. Es bestünde sonst die Gefahr, dass die vorgebliche Rettung eines kleineren, in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Verlages die Kooperation von wirtschaftlich gesunden Verlagen ermögliche, was eine Begrenzung sachgerecht und geboten erscheinen ließe; Wirtschaftsausschuss, Empfehlungen zum Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 18.4.2005, BR-Drucks. 210/1/05, S. 3 f., 5 f.

²⁰⁴ Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 15.6.2005, BT-Drucks. 15/5735; siehe auch Bechtold, *GWB*, 5. Aufl., Einführung, Rn. 18.

²⁰⁵ *Kahlenberg/Haellmigk*, in: *BB 2005*, a.a.O., S. 1509.

²⁰⁶ Siehe hierzu auch ausführlich *Hartog/Noack*, in: *WRP 2005*, „Die 7. GWB-Novelle“, S. 1397 f.; vgl. auch *Kahlenberg/Haellmigk*, in: *BB 2005*, a.a.O., S. 1509.

Art. 81 Abs. 1 EG, verzichtet jedoch auf die Nennung der Regelbeispiele von Art. 81 Abs. 1 EG sowie auf die *Zwischenstaatlichkeitsklausel*. Der Verzicht auf die *Zwischenstaatlichkeitsklausel* erfolgte vor dem Hintergrund, dass heutzutage die Mehrzahl der Absprachen zwischen Unternehmen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Europäischen Union (EU) haben und schwierige und praktisch kaum durchführbare Abgrenzungsfragen, wann eine Vereinbarung oder Verhaltensweise zwischenstaatliche Auswirkung hat oder nicht, vermieden werden soll, so dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen jetzt grundsätzlich gleich behandelt werden.²⁰⁷

Für horizontale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ändert sich somit grundsätzlich nichts, denn sie bleiben weiterhin verboten. Neu aber ist, und insoweit das bisherige deutsche Recht formal verschärfend, dass § 1 GWB n.F. das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen entsprechend Art. 81 Abs. 1 EG auch auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt.²⁰⁸ Im bisher geltenden GWB waren im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen dagegen nur sog. *Inhaltsbindungen* (für Preise und Konditionen) per se verboten, während andere Vertriebsbindungen grundsätzlich erlaubt waren, aber einer Missbrauchsaufsicht unterlagen.²⁰⁹ Die Folge der Einbeziehung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in § 1 GWB n.F. war die ersatzlose Streichung der bisherigen §§ 14 bis 18 GWB (Vertikalvereinbarungen).²¹⁰

bb) § 2 GWB n.F.

Eine weitere grundlegende Veränderung vollzog sich mit der nahezu vollständigen Aufhebung der speziellen Freistellungstatbestände für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 2 bis 8 GWB) und der Einführung einer an Art. 81 Abs. 3 EG angepassten Generalklausel (§ 2 GWB n.F.) zur Freistellung bestimmter horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen.²¹¹

Mit der Übernahme des Generalklauselprinzips aus Art. 81 Abs. 3 EG bildet § 2 Abs. 1 GWB n.F. den zentralen Freistellungstatbestand, wonach diejenigen Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt sind, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser

²⁰⁷ Kahlenberg/Haellmigk, in: BB 2005, a.a.O., S. 1509 f.

²⁰⁸ Hierzu ausführlich Fuchs, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1387 f.; Hartog/Noack, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1397 f.

²⁰⁹ Hartog/Noack, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1399; Fuchs, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1387.

²¹⁰ Siehe hierzu Kahlenberg/Haellmigk, in: BB 2005, a.a.O., S. 1509 f.; Hartog/Noack, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1399; Fuchs, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1387.

²¹¹ Siehe hierzu auch die Darstellungen bei Kahlenberg/Haellmigk, in: BB 2005, a.a.O., S. 1510; Fuchs, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1393 und Hartog/Noack, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1398.

Ziele nicht unerlässlich sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F.), oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.).

Bei Anwendung dieser Generalklausel gelten gemäß § 2 Abs. 2 GWB n.F. die auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 3 EG erlassenen EG-Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) der EU-Kommission entsprechend. Im Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen sind dies z.B. die Spezialisierungs-GVO und die GMO über Forschung und Entwicklung, während im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere die Vertikal-GVO entsprechend gilt.²¹²

Die Beweislast, dass die Freistellungs Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. vorliegen, liegt nun bei den Unternehmen bzw. der Unternehmensvereinigung, die sich darauf beruft, was (anders als in Art. 2 Abs. 2 VO 1/2003) nicht ausdrücklich in § 2 GWB n.F. geregelt ist.²¹³

cc) § 3 GWB n.F.

Zwar erfolgte mit dem Systemwechsel die Streichung so gut wie aller Freistellungstatbestände, mit § 3 Abs. 1 GWB n.F. aber wurde die Ausnahmeregelung der Mittelstandskartelle gemäß § 4 Abs. 1 GWB im Wesentlichen unverändert übernommen.²¹⁴

Gemäß § 3 Abs. 1 GWB n.F. erfüllen Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB n.F., wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F.) und die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.).

Zu beachten bleibt an dieser Stelle, dass mit der Einführung des Systems der Legalausnahme die bisher im GWB geltende Pflicht zur vorherigen Anmeldung und das Legalisierungserfordernis bei wettbewerbsbeschränkenden horizontalen Vereinbarungen abgeschafft worden sind, so dass auch die Verfahrensvorschriften der §§ 9 bis 13 GWB obsolet geworden und daher gestrichen worden sind.²¹⁵ So müssen die Unternehmen nun im Wege einer „Selbstveranlagung“ prüfen, ob die Freistellungs Voraussetzungen in ihrem Fall objektiv vorliegen.²¹⁶

²¹² *Fuchs*, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1393; *Hartog/Noack*, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1398; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, a.a.O., S. 1510.

²¹³ *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, a.a.O., S. 1510.

²¹⁴ *Fuchs*, in: WRP 2005, „Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, 1393 f.; *Hartog/Noack*, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1398 f.; *Emmerich*, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 3.

²¹⁵ *Hartog/Noack*, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1399; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, a.a.O., S. 1511.

²¹⁶ *Hartog/Noack*, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1399; *Kahlenberg/Haellmigk*, in: BB 2005, a.a.O., S. 1511.

Gemäß § 3 Abs. 2 GWB n.F. haben mittelständische Unternehmen, sofern nicht Art. 81 Abs. 1 EG anwendbar ist, jetzt einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c GWB n.F. (Nichtigkeitsbescheid), wenn sie auf Antrag ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung darlegen. Dies gilt sowohl für horizontale als auch bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen.²¹⁷

II) Überblick über den weiteren Gang der Untersuchung

Die Aufforderung des Vermittlungsausschusses in der neuen Legislaturperiode erneut über pressenspezifische Erleichterungen von Kooperationen und Fusionen nachzudenken²¹⁸, soll an dieser Stelle als Anknüpfungspunkt dafür dienen, der Frage weiter nachzugehen, ob mit dem Wegfall des Großteils der Ausnahmetatbestände für Kooperationen (§§ 2 ff. GWB) und der Einführung der Legalausnahme (§ 2 GWB n.F.) sowie der Beibehaltung der Pressefusionsregelungen (§§ 35 ff. GWB) der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit von Presseunternehmen wettbewerbsrechtlich aber auch medienpolitisch ausreichend Rechnung getragen wird oder vielleicht doch Gründe bestehen, die nach einer Novellierung des Pressekartellrechts verlangen.

Hierfür gilt es zunächst anhand von ausgesuchten Fallbeispielen aus der Verwaltungspraxis des BKartA sowie der Rechtsprechung festzustellen, inwieweit das „alte Recht“ mit seinen Ausnahmetatbeständen der §§ 2 bis 8 GWB geeignet war pressenspezifischen Kooperationen ausreichend Rechnung zu tragen [Abschnitt B.I)1)], um in einem nächsten Schritt herauszufinden, ob die Generalklausel des § 2 GWB n.F. ein ebenso geeignetes, wenn nicht vielleicht sogar flexibleres Mittel hierfür bietet [Abschnitt B.II)1)]. § 7 GWB als generalklauselartiger Kompromiss zwischen dem System der Ausnahmetatbestände und dem System der Legalausnahme und insbesondere die hierzu ergangene Verwaltungspraxis durch die Kartellbehörden sowie die Rechtsprechung sollen hierbei ersten Aufschluss über die pressenspezifische Praktikabilität einer Generalklausel geben [Abschnitt B.I)3)]. In diesem Zusammenhang soll auch ein Vergleich mit der europäischen Praxis und Rechtsprechung im Pressebereich erfolgen [Abschnitt C.II)1)], da sich ja gerade die §§ 1 und 2 GWB n.F. an Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 EG anlehnen.

Besondere Berücksichtigung bei dieser kartellrechtlichen Analyse sollen die Gemeinschaftsunternehmen als eine Form der Kooperation finden, deren rechtliche Behandlung durch das GWB regelmäßig auch die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB betreffen und die bei gemeinschaftsweiter Bedeutung von der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) erfasst sein können, so dass diese Regelungen deshalb ebenfalls auf ihre pressenspezifische Sachdienlichkeit hin zu überprüfen sind [Abschnitt B.I)2) und C.II)2)].

²¹⁷ Die Regelung des § 3 Abs. 2 GWB n.F. ist allerdings bis zum 30.6.2009 befristet; *Hartog/Noack*, in: WRP 2005, a.a.O., S. 1399.

²¹⁸ Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 15.6.2005, BT-Drucks. 15/5735; siehe auch Bechtold, GWB, 5. Aufl., Einführung, Rn. 18.

Die hierdurch gewonnen Erkenntnisse über die kartellrechtliche Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen sollen schließlich Auskunft darüber geben, ob überhaupt und wenn, welcher Art hinsichtlich der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit von Presseunternehmen regelungstechnisch Nachbesserungsbedarf besteht und inwieweit hierbei die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Siebten GWB-Novelle diskutierten Entwürfe, Vorschläge und Alternativen eventuell doch noch Eingang finden sollten bzw. ob es vielleicht sogar völlig neuer Konzeptionen bedarf (Abschnitt D.).

B. Die Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen nach deutschem Kartellrecht

I) Die Zulässigkeit im Rahmen des GWB in seiner Sechsten Fassung

1) Die Zulässigkeit nach den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB

a) Verfahrensrechtliche Regelungen

Verfahrensrechtlich war die Erteilung von Ausnahmen gemäß §§ 2 ff. GWB vom grundsätzlichen Kartellverbot des § 1 GWB unterschiedlich geregelt. So genügte teilweise die bloße Anmeldung bei der Kartellbehörde (sog. *Anmeldekartelle*), die wiederum manchmal mit einem Widerspruchsrecht verknüpft war (sog. *Widerspruchskartelle*), während für andere Formen von kooperativer Zusammenarbeit bei der Kartellbehörde ein Antrag auf Freistellung zu stellen war, dessen Legalisierung dann erst durch Verwaltungsakt der Behörde erfolgte (sog. *Erlaubniskartelle*).

Kraft Gesetzes freigestellt wurden nur Einkaufskooperationen gemäß § 4 Abs. 2 GWB, die keine über den Einzelfall hinausgehende Bezugsbindung enthielten. Die Einkaufskooperation stellte den einzigen Fall eines *Anmeldekartells* im GWB dar, wonach es zu einer Legalisierung lediglich der ordnungsgemäßen Anmeldung bei der zuständigen Kartellbehörde gemäß § 9 Abs. 4 S. 1 GWB bedurfte. Die Anmeldung selbst stellte allerdings keine Freistellungsvoraussetzung dar. Nach der Freistellung unterlag die Kooperation nur noch der Missbrauchsaufsicht gemäß § 12 Abs. 1 GWB und erforderte gemäß § 9 Abs. 4 S. 3 GWB alle zwei Jahre einer erneuten Anzeige.

Hinsichtlich der freistellungsfähigen Kartelle (*Widerspruchs-* und *Erlaubniskartelle*) war zwischen *Anmelde-* und *Antragskartellen* zu unterscheiden.

Als *Anmeldekartell* war das *Widerspruchskartell* einzuordnen, das zunächst gemäß § 9 Abs. 1 GWB bei der zuständigen Kartellbehörde angemeldet werden musste. Erfolgte daraufhin kein Widerspruch innerhalb einer Frist von drei Monaten, war das Kartell mit Fristablauf gemäß § 9 Abs. 3 GWB legalisiert. Handelte es sich lediglich um Änderungen und Ergänzungen einer Vereinbarung, verkürzte sich die Dreimonatsfrist gemäß § 9 Abs. 3 S. 4 GWB auf einen Monat. Das Verfahren für *Anmelde-/Widerspruchskartelle* galt für Normen- und Typenkartelle gemäß § 2 Abs. 1 GWB, Konditionenkartelle gemäß § 2 Abs. 2 GWB, Spezialisierungskartelle gemäß § 3 GWB und Mittelstandskartelle gemäß § 4 Abs. 1 GWB.

Bei den *Erlaubniskartellen* handelte es sich dagegen um *Antragskartelle*, wonach gemäß § 10 GWB zunächst bei der zuständigen Kartellbehörde ein Antrag auf Freistellung zu stellen war und eine Legalisierung erst durch Verwaltungsakt durch die Behörde erfolgte. Die Freistellung auf Antrag galt für Rationalisierungskartelle nach § 5 GWB, Strukturkrisenkartelle nach § 6 GWB, sonstige Kartelle nach § 7 GWB und für das Ministerkartell aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls nach § 8 GWB.

b) Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

Da die Sechste GWB-Fassung im Rahmen ihrer Ausnahmetatbestände keine speziellen Regelungen für zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Pressebereich beinhaltet, erfolgt die kartellrechtliche Analyse all derjenigen Freistellungsverfahren gemäß der §§ 2 ff. GWB, die ihrem Sachverhalt nach zur Folge als Gegenstand ein pressenspezifisches Kooperationsvorhaben hatten. Berücksichtigung finden hierbei nicht nur Sachverhalte aus dem Pressebereich im engeren Sinne, d.h. der Zeitungs- und Tagespresse, sondern auch aus den Segmenten sonstiger zur Verbreitung geeigneter und bestimmter Druckerzeugnisse.²¹⁹ Zwar kommt der Zeitungs- und Tagespresse grundsätzlich die größte Bedeutung zu, weil nur sie in Abgrenzung zu anderen Presseerzeugnissen aufgrund ihrer Kommentierung der übermittelten Nachrichten ein konstitutives Element der Meinungsbildung darstellt.²²⁰

Jedoch lässt sich bei der Berücksichtigung des Pressebereichs im weiteren Sinne beispielsweise feststellen, welche generelle Bedeutung der Zeitungs- und Tagespresse bei Kooperationen im Verhältnis zu den anderen Presseerzeugnissen überhaupt zukommt.

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB erfolgt insofern nur, wenn sie eine pressenspezifische Relevanz erlangt haben.

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass eine bewertende Betrachtung sich primär an der Entscheidungspraxis des BKartA und der Gerichte als Rechtmittelinstanzen orientieren muss. Während aber die Rechtmittelentscheidungen namentlich des BGH als letzte und abschließende Instanz und im Grundsatz auch die des KG als Beschwerdeinstanz im Grunde lückenlos der Öffentlichkeit zugänglich sind, ist dies hinsichtlich der Entscheidungspraxis des BKartA nicht der Fall, weil erst seit dem 1. Januar 1999 alle Entscheidungen des BKartA im Hauptprüfverfahren, also auch Nichtuntersagungen durch begründete Verfügungen ergehen, die in einer um die Geschäftsgeheimnisse bereinigten Form veröffentlicht werden.²²¹ Bis dahin wurden die Akten in den Einzelfällen mit einem Schlussvermerk abgeschlossen, der nicht der Öffentlichkeit zugänglich war.²²² Da das BKartA wohl lückenlos über alle Fälle in seinen Tätigkeitsberichten berichtet hat, dient als Orientierungshilfe in diesem Zusammenhang deshalb der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Jahr 2002 herausgegebene Abschlußbericht zum Forschungsauftrag über den „Vergleich der kartellrechtlichen Regelungen und ihrer Rechtsanwendungen für Fusionen und Kooperationen im Bereich Presse und Pressegroßhandel in Europa und den USA“, der auf Grundlage einer Auswertung der Tätigkeitsberichte des BKartA aus den Jahren 1973 bis 2000 u.a. die in diesem Zeitraum ergangenen Entscheidungen zu pressenspezifischen Kooperationsvorhaben

²¹⁹ Als Presse gelten umgangssprachlich alle zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse, denn der Begriff „Presse“ leitet sich ursprünglich aus dem Vorgang der Herstellung mit einer Druckerpresse ab; Mallik, *Ist die Zeitung noch zu retten?* [...], S. 16.

²²⁰ Ohne die Kommentierung hätte eine Zeitung lediglich eine benachrichtigende und unterhaltende Funktion; Mallik, *Ist die Zeitung noch zu retten?* [...], S. 17 f.; *Greiffenberg, Zohlhöfer*, in: Oberender (Hrsg.), *Marktstruktur und Wettbewerb in der BRD*, S. 582 f.

²²¹ Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 20.

²²² Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 20.

nach den §§ 2 ff. GWB mit aufführt.²²³ Hiervon losgelöst wird für diese Arbeit auch der Zeitraum von 1976 bis 2008 berücksichtigt, um zum einen eine Zeitgleichheit zu der in 1976 eingeführten pressenspezifischen Zusammenschlusskontrolle herzustellen und zum anderen²²⁴, um auch die nach dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen mit in die Untersuchung einfließen zu lassen.

aa) Pressenspezifische Spezialisierungskartelle nach § 3 GWB

(1) Der Fall „*Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf*“

(a) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben

Die Verlagsunternehmen Bielefelder Verlagsanstalt KG (BVA) und die Werberuf GmbH (Werberuf) meldeten im Januar 1977 ein Spezialisierungskartell gemäß § 3 GWB (damals § 5a Abs. 1 GWB) beim BKartA an, weil die beiden Hersteller der Kundenzeitschriften „Funk-Fernseh-Journal“, „LEG AUF und SIEH FERN“ sowie „INTERFUNK-aktuell“, welche sie gegen Entgelt an den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel vertrieben, jetzt nur noch eine gemeinschaftliche Zeitschrift produzieren wollten, um so eine bessere Wirtschaftlichkeit zu erzielen. Der zwischen den Beteiligten vereinbarte Kooperationsvertrag sah diesbezüglich zwar vor inhaltlich und von der Aufmachung nur noch eine Zeitschrift herzustellen, deren Vertrieb sollte allerdings unter Beibehaltung der bisherigen Titel weiterlaufen. Hierfür vereinbarten die beteiligten Verlage eine Aufteilung bei der Herstellung der Zeitschrift derart, dass Aufgabe der Werberuf die Redaktion und Ausführung der graphischen Gestaltung sein sollte, während die BVA die Abwicklung mit der Druckerei sowie die Anzeigenakquisition, -verwaltung und -buchhaltung obliegen sollte. Der Vertrieb aber sollte weiterhin getrennt durchgeführt werden, wobei die Erlöse hieraus den Verlagen verbleiben sollten. Vereinbart wurde darüber hinaus, dass sich die Beteiligten keine Kunden gegenseitig abwerben dürften und Kundenlisten auszutauschen seien. Hinsichtlich der Anzeigenpreise, Abgabepreise und Rabatte galten nach dem Vertrag einheitliche Konditionen.²²⁵

²²³ Ausgewertet wurden die Tätigkeitsberichte des BKartA. Der Zeitraum von 1973 bis 2000 wurde hierbei gewählt, um die Zeitgleichheit mit der 1973 eingeführten (pressenspezifischen) Zusammenschlusskontrolle herzustellen; Knoche/Zerdick, Vergleich der kartellrechtlichen Regelungen und ihrer Rechtsanwendung für Fusionen im Bereich Presse und Pressegroßhandel in Europa und den USA, Abschlußbericht v. 7.8.2002 zum Forschungsauftrag Nr. 49/01 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, 28 ff.

²²⁴ Insoweit geht der Abschlußbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie von einer Fehlannahme aus, wenn das Jahr 1973 als Datum für die Einführung der pressenspezifischen Fusionskontrolle zugrunde gelegt wird (s.o., vgl. Abschlußbericht, S. 29), da zu diesem Zeitpunkt zunächst nur die allgemeine Fusionskontrolle in das GWB Einzug erhielt, während die Pressefusionskontrolle erst im Jahr 1976 aufgenommen wurde; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 2, Rn. 4 ff.; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, a.a.O., S. 622 f.; Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 25.

²²⁵ Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3f.; Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74 f.

(b) Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA

Im Rahmen seiner kartellrechtlichen Überprüfung widersprach das BKartA nicht der Anmeldung des Kooperationsvertrages von BVA und Werberuf. Ausschlaggebend hierfür war, dass das BKartA die Voraussetzungen von § 5a Abs. 1 GWB a.F. (§ 3 GWB) gegeben sah, weil nach Ansicht der Behörde die vertraglichen Regelungen eine Rationalisierung durch Spezialisierung zum Gegenstand hatten und das Kartell auf dem Markt wesentlichen Wettbewerb bestehen lassen würde (bzw. gemäß § 3 GWB: nicht zu einer Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde).²²⁶

Die von § 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F. (§ 3 GWB) geforderte Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung ergab sich nach Auffassung des BKartA aus der vereinbarten Arbeitsteilung bei der redaktionellen und graphischen Gestaltung der Zeitschrift sowie bei der Abwicklung des Anzeigengeschäfts, denn dadurch entfielen bei jedem der beteiligten Verlage ein Teil des bisherigen Herstellungsaufwandes.²²⁷

Auch das Kriterium eines Bestehens wesentlichen Wettbewerbs (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) war aus Sicht der Kartellbehörde erfüllt, obwohl die Vertragspartner auf dem betroffenen Markt für Kundenzeitschriften des Fachhandels über einen Marktanteil von etwa 80 Prozent verfügten. Das BKartA führte dazu aus, dass es bei seiner Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auch die Verlage zu berücksichtigen habe, die Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen (Supplements) herstellten, weil diese mit einiger Wahrscheinlichkeit als neue Anbieter auf den Markt kämen. Auch wenn Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen dem Fachhandel zum damaligen Zeitpunkt des Beschlusses noch nicht als Kundenzeitschriften angeboten würden, so wären doch die Berührungspunkte zwischen Beilagen und Kundenzeitschriften hinsichtlich des redaktionellen Inhalts und der Art des Anzeigenaufkommens so groß, dass mit dem Vertrieb von Beilagen als Kundenzeitschriften an den Fachhandel gerechnet werden müsse. Was den Wettbewerb bzgl. des Anzeigenmarktes betraf, auf dem die beteiligten Verlage als Anbieter von Anzeigenraum mit den Verlagen anderer Kundenzeitschriften bzw. Publikums- und Fachzeitschriften in Konkurrenz standen, befand das BKartA, dass der Kooperationsvertrag diesen nur geringfügig berühre.²²⁸

Die Vereinbarungen zwischen der BVA und Werberuf hinsichtlich der Anzeigenpreise sowie des gemeinschaftlichen Druckes bewertete die Kartellbehörde als erforderliche Zusatzabrede zur Durchführung der Spezialisierung i.S.v. § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F.²²⁹

(c) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung

Soweit die Freistellung einer Kooperation nach § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 GWB a.F.) angestrebt wurde, musste es sich bei dem Vorhaben zunächst um Vereinbarungen i.S.v. § 1 GWB (§ 1

²²⁶ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

²²⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

²²⁸ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74 f.

²²⁹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 75.

Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) handeln, da § 3 GWB (§ 5a GWB a.F.) als Ausnahmevorschrift zum Kartellverbot dies voraussetzte. Die Verträge über zwischenbetriebliche Spezialisierungsvereinbarungen stellten aber regelmäßig eine tatbestandmäßige Wettbewerbsbeschränkung dar, denn mit einer Spezialisierung engten die Beteiligten ihr Produkt- und Leistungsangebot als wettbewerbliche Aktionsparameter ein und waren somit in ihrer unternehmerischen Tätigkeit eingeschränkt.²³⁰ Was Spezialisierung begrifflich aber genau bedeutete, war gesetzlich nicht definiert. Legte man zunächst den eigentlich betriebswirtschaftlichen Vorgang zugrunde, bedeutete Spezialisierung die einzelbetriebliche Organisationsänderung mit dem Ziel der Konzentration oder der Produktverengung auf ausgewählte Waren, Leistungen oder Aufgaben, um diese qualitativ und bzw. oder quantitativ zu verbessern.²³¹ Geschah dies überbetrieblich durch Vereinbarung zwischen Unternehmen, so war nach wohl überwiegender Meinung unter dem kartellrechtlichen Spezialisierungsbegriff die Produktions- und Arbeitsteilung im weitesten Sinne zu verstehen.²³² Davon umschlossen waren u.a. die Bereiche der Produkt-, Sortiments- sowie sonstiger Leistungs- und Funktionsvereinbarungen.²³³ Ob auch Vertriebsvereinbarungen zulässig sein konnten²³⁴, musste in diesem Fall nicht diskutiert werden, da ein gemeinsamer Vertrieb im Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Insoweit konnte mit Blick auf das Vorhaben von BVA und Werberuf, wonach beide Verlage eine Arbeitsteilung bei der Herstellung einer gemeinsamen Zeitschrift geplant hatten, von einer Spezialisierung i.S.d. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 GWB a.F.) ausgegangen werden, denn die Beteiligten trafen eine Absprache über die Aufteilung ihrer Aufgabenbereiche, wonach sie sich verpflichteten nur die im Kooperationsvertrag gemeinsam festgelegten Tätigkeiten zur Herstellung der Zeitschrift zu erbringen („Positivklausel“).²³⁵ Damit war die Spezialisierungsabrede auch unmittelbarer Gegenstand des Kartellvertrages i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.).

Das Spezialisierungskartell war ein Sonderfall der Rationalisierungskartelle²³⁶, deshalb setzte § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) auch voraus, dass der Kooperationsvertrag zwischen BVA und Werberuf die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge (durch Spezialisierung)

²³⁰ BKartA, Beschl. v. 20.8.1963, WuW/E BKartA 687, 690, „Drehbänke“; vgl. Werner, Unternehmerische Kooperation zur Steigerung der Leistungsfähigkeit, S. 126; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 14.

²³¹ Werner, a.a.O., S. 127; Eckstein, Unternehmenswachstum mit Hilfe von Spezialisierungskartellen, S. 10; Benisch, Kooperationsfibel, S. 223 f., Rn. 3 ff.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 17.

²³² Vgl. BKartA, Beschl. v. 16.7.1964, WuW/E BKartA 858, 862 f., „PVC-Abflussrohre“; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 2; Werner, a.a.O., S. 128; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3 Rn. 17; Bunte, KartR, S. 117; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29.

²³³ Werner, a.a.O., S. 131 ff.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 18 ff.

²³⁴ Die Zulässigkeitsproblematik einer Vertriebsspezialisierung lag in der Abgrenzung zu den Absprachen über reine Marktaufteilungen, denn bloße Gebietsaufteilungen, die lediglich an örtliche Gesichtspunkte anknüpften, mussten als Spezialisierungskartelle ausscheiden; vgl. dazu *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 27 ff.; Werner, a.a.O., S. 133.

²³⁵ Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3 Rn. 18; Werner, a.a.O., S. 131.

²³⁶ Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 28; Werner, a.a.O., S. 135; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 1; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 32.

zum Gegenstand haben musste. Insoweit knüpfte die Vorschrift an die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 GWB (§ 5 Abs. 2 GWB a.F.) an.²³⁷

Der betriebswirtschaftlich geprägte Begriff der Rationalisierung bedeutet grundsätzlich die Hebung der Leistungsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung.²³⁸

Im Hinblick auf kartellrechtliche Sachverhalte im Rahmen von § 3 GWB waren darunter alle wirtschaftlichen Vorgänge zwischen Unternehmen zu verstehen, die sich als vereinbarte kartell- oder betriebsinterne, wettbewerbsbeschränkende, jedoch leistungssteigernde Maßnahmen darstellten und eine betriebstechnische bzw. unternehmenspolitische Organisations- oder Zustandsveränderung von unternehmerischen Haupt- oder Nebenfunktionen bzw. Leistungen zum Gegenstand hatten, ohne dass diese beim Abnehmer ausschließlich leistungsmindernd wirkten.²³⁹ Als wirtschaftliche Vorgänge waren dabei diejenigen Maßnahmen zu bezeichnen, die unmittelbar oder mittelbar die betriebswirtschaftliche Erfolgzurechnung beeinflussten.²⁴⁰ Es kam nur darauf an, dass der Rationalisierungsplan einen wirtschaftlichen Prozess innerhalb der Unternehmen betraf, wobei der Begriff „wirtschaftlicher Vorgang“ weit auszulegen war²⁴¹, so dass danach Geschäftsabläufe wie Finanzierung, Investitionen, Einkauf, Produktion und Verkauf unter dieses Tatbestandsmerkmal fielen.²⁴² Rationalisierungseffekte durch wirtschaftliche Vorgänge werden prinzipiell durch eine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses erreicht.²⁴³

Die Vereinbarungen zwischen BVA und Werberuf wären daher nur zulässig, wenn durch die Aufteilung der Aufgabenbereiche das Verhältnis zwischen betrieblichem Aufwand und betrieblichem Ertrag deutlich verbessert würde.²⁴⁴ Das BKartA hatte solch ein verbessertes Kosten-Nutzen-Verhältnis im Fall BVA/Werberuf bejaht, weil die Arbeitsteilung bei der redaktionellen und graphischen Gestaltung sowie beim Anzeigengeschäft dazu führen würde, dass bei jedem der Beteiligten ein Teil des bisherigen Herstellungsaufwandes entfiel, folglich der Kostenfaktor sinke, während der Nutzenfaktor mindestens gleich bliebe, wenn nicht sogar steige, ein Rationalisierungseffekt mithin entstünde.

Ein solches Ergebnis ist wohl i.R. von Spezialisierungskartellen zu erwarten und anzunehmen gewesen, da die Spezialisierung durch die ihr immanente Programmbegrenzung und

²³⁷ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 32; Werner, a.a.O., S. 135.

²³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 18.5.82, WuW/E BGH, 1929, 1930, „Basalt Union“; Tätigkeitsbericht des BKartA 1960, BT-Drucks. 3/2734, S. 25; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 3; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 19; Werner, a.a.O., S. 135.

²³⁹ Werner, a.a.O., S. 135.

²⁴⁰ Werner, a.a.O., S. 54.

²⁴¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA, 79, 84, „Steinzeugsyndikat“; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5 Rn. 27; Werner, a.a.O., S. 54.

²⁴² So z.B. BKartA, Beschl. v. 4.10.1962; WuW/E BKartA, 516, 520, „Langfräsmaschinen“; vgl. Benisch, Kooperationsfibel, S. 229 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5 Rn. 27; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29.

²⁴³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 9.7.1999, WuW/E D-EV, 127,129, „Fleurop II“; Eckstein, Unternehmenswachstum mit Hilfe von Spezialisierungskartellen, S. 80 ff.; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 3.

²⁴⁴ Vgl. Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29.

Mittelkonzentration, d.h. v.a. durch die Ermöglichung größerer Serien, gewöhnlich zu erheblichen Kostensenkungen führt.²⁴⁵ Eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung im Fall BVA/Werberuf war daher zu bejahen.

Bei Spezialisierungskartellen bestand regelmäßig die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung von hoher Intensität, weil die beteiligten Unternehmen den Markt unter sich aufteilten und die einzelnen Teilmärkte Monopolbildungen ausgesetzt wurden.²⁴⁶ Deshalb bedurften Spezialisierungsvereinbarungen einer am Wettbewerb orientierten Grenzziehung, die im Rahmen von § 3 GWB derart formuliert war, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen durfte. Zum Zeitpunkt des hier in Frage stehenden Falles galt allerdings § 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F., der diese Grenze mit dem Tatbestandsmerkmal bezeichnete, dass wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen bleiben musste. Hinsichtlich dieser Formulierung bestand lange nach einhelliger Meinung eine Gleichstellung zu dem Marktbeherrschungsbegriff des § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB a.F. (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB).²⁴⁷ Dies deshalb, weil das Gegenteil wesentlichen Wettbewerbs die Marktbeherrschung sei und deshalb Spezialisierungskartelle bis zur Grenze der Marktbeherrschung zulässig sein müssten.²⁴⁸ Umstritten war die Gleichstellung aber seit der Einführung des Marktbeherrschungsbegriffes gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB), der das Merkmal einer überragenden Marktstellung mit in den Tatbestand einbezog und stärker strukturelle Kriterien und nicht die Intensität des Wettbewerbs berücksichtigte.²⁴⁹ Mit der Einführung dieses Tatbestandsmerkmals durch die Zweite GWB-Novelle 1973 entstand Uneinigkeit darüber, ob das Erlangen einer „überragenden Marktstellung“ ein Freistellungshindernis i.S.d. § 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F. darstellte.²⁵⁰ Eine Auffassung bejahte diese Frage, wobei sie diesbezüglich weniger auf die gegenwärtige Wirksamkeit des Wettbewerbs und mehr auf die Disproportionalität zwischen marktmächtigen Unternehmen und ihren schwächeren Wettbewerbern abstellte.²⁵¹ Die Gegenansicht hielt dem entgegen, dass die Marktbeherrschungsbegriffe in § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB a.F. (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB) alternativ nebeneinander stünden, so dass die Annahme einer überragenden Marktstellung auch möglich wäre, obwohl weiterhin wesentlicher Wettbewerb auf dem

²⁴⁵ So auch BKartA, Beschl. v. 16.6.1964; WuW/E BKartA 846, 849, „Hydromechanik“; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 33.

²⁴⁶ So auch Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 36; Werner, a.a.O., S. 138; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 31.

²⁴⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 9.7.1965, WuW/E BKartA, 953, 955, „Sisalkordel“; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 37; Benisch, in: DB 1967, „Die Spezialisierungskooperation in Kartellrecht und Praxis“, S. 2061; Werner, a.a.O., S. 142; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 30; Karste, in: BB 1965, „Die Erleichterungen für Spezialisierungskartelle durch die Gesetzesnovelle“, S. 1041.

²⁴⁸ Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 30; Werner, a.a.O., S. 142.

²⁴⁹ Vgl. Werner, a.a.O., S. 142; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 39.

²⁵⁰ Werner, a.a.O., S. 142.

²⁵¹ Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, § 5 a, Rn. 26 mit Bezugnahme auf den Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 43, 44, „Betonrammpfähle“; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 290.

relevanten Markt bestünde.²⁵² Denn eine überragende Marktstellung könnte schon bei einem geringeren Marktanteil gegeben sein, als bei dem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs, so dass es einer Legalisierung eines Spezialisierungskartells nicht entgegenstehen könnte, wenn zwar eine überragende Marktstellung bestünde, aber das betreffende Kartell weiterhin einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt bliebe.²⁵³ Zudem sprach gegen die Einbeziehung der überragenden Marktstellung, dass das inhaltliche Verständnis von § 5a GWB a.F. nicht automatisch durch die erst später eingeführte zusätzliche Marktbeherrschungsdefinition entgegen seinem Wortlaut geändert werden könnte.²⁵⁴

Im Zuge der Sechsten GWB-Novelle 1998 und der hiermit einhergehenden Neustrukturierung der Ausnahmetatbestände zu § 1 GWB setzte sich diese Diskussion fort, da der neue § 3 GWB nun nicht mehr das Bestehen bleiben wesentlichen Wettbewerbs, sondern keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung forderte. Forciert durch die Regierungsbegründung, wonach das Abstellen auf eine marktbeherrschende Stellung der Vereinheitlichung der Kriterien zur Marktauswirkung in den einzelnen Freistellungstatbeständen dienen sollte und dass sich sachliche Unterschiede zur früheren Formulierung nicht ergeben würden²⁵⁵, entfachte erneut die Frage um die Einbeziehung der überragenden Marktstellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F.) im Anwendungsbereich von § 3 GWB.²⁵⁶ Unter dem Gesichtspunkt, dass eine überragende Marktstellung primär strukturelle Kriterien und nicht die Intensität des Wettbewerbs berücksichtige, es demgegenüber aber keinen Anlass gäbe ein Spezialisierungskartell, das die Voraussetzungen einer überragenden Marktstellung erfülle zu verbieten, wenn das Verhalten ausreichend durch wesentlichen Wettbewerb kontrolliert würde, begründete die Annahme, den Marktbeherrschungsbegriff für die Anwendung auf Spezialisierungskartelle vornehmlich an dem Erfordernis wesentlichen Wettbewerbs nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB orientiert zu interpretieren.²⁵⁷

Auch wenn die Entscheidungspraxis des BKartA in der hier diskutierten Frage nicht immer einheitlich war²⁵⁸, so stand sie im Fall BVA und Werberuf bzgl. des Merkmals der überragenden Marktstellung im Einklang mit dem obigen Ergebnis. Denn trotz des von der Kartellbehörde festgestellten Vorliegens einer überragenden Marktstellung der

²⁵² Vgl. BGH, Urt. v. 3.7.76, WuW/E BGH, 1435, 1439, „Vitamin-B-12“; Werner, a.a.O., S. 142.

²⁵³ Werner, a.a.O., S. 143.

²⁵⁴ So *Benisch*, in: GK, 4. Aufl., § 5 a, Rn. 20 und Werner, a.a.O., S. 143.

²⁵⁵ Vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47.

²⁵⁶ Ein Teil der Literatur teilte die Auffassung der Regierungsbegründung, vgl. Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 67, während der andere Teil eindeutige sachliche Unterschiede in dem weiterreichenden Kriterium der Marktbeherrschung (insbesondere wegen des Merkmals der überragenden Marktstellung) sah, vgl. *Kahlenberg*, in: BB 1998, „Novelliertes deutsches Kartellrecht“, S. 1595; *Bunte*, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1750; *Bechtold*, in: NJW 1998, „Das neue Kartellgesetz“, S. 2770.

²⁵⁷ So auch *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 40; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 4; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 31.

²⁵⁸ So hat das BKartA 1974 im Fall „Baumaschinen“ (vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1974, BT-Drucks. 7/3791, S. 52) die Ablehnung der Zulassung eines Spezialisierungskartells gerade wegen einer überragenden Marktstellung abgelehnt, wohingegen die Behörde im hier vorliegenden Fall der Zulassung eines Spezialisierungskartells trotz Vorliegens einer überragenden Marktstellung nicht widersprach.

Vertragspartner, die auf dem relevanten Markt über einen Marktanteil von 80 Prozent verfügten, entschied das BKartA nicht i.S.d. Marktbeherrschungsbegriffes nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F.), sondern orientierte sich an dem Kriterium eines Bestehens bleiben wesentlichen Wettbewerbs i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F.).²⁵⁹

Eine solche Prüfung setzt zunächst immer die Bestimmung des relevanten Marktes voraus, indem eine Marktabgrenzung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht vorgenommen wird.²⁶⁰ Die Marktabgrenzung unter sachlichen Gesichtspunkten muss sich nach ganz überwiegender Meinung gemäß dem Prinzip der funktionellen Austauschbarkeit der Produkte und Leistungen vollziehen (dem sog. *Bedarfsmarktkonzept*), d.h. aus Sicht der Marktgegenseite (hier des Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandels) müssten die Zeitschriften „Funk-Fernseh-Journal“, „LEG AUF und SIEH FERN“ sowie „INTERFUNK-aktuell“ nach ihren Eigenschaften, ihren wirtschaftlichen Verwendungszwecken und ihrer Preislage sich so nahe gestanden haben, dass der verständige Abnehmer sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet ansah.²⁶¹ Da im Pressebereich aber die Besonderheit besteht, dass der Bedarf der Marktgegenseite nach Information und Unterhaltung einerseits und nach Werbemöglichkeit andererseits besteht, muss hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes grundsätzlich zwischen Leser- und Anzeigenmarkt unterschieden werden.²⁶² Der spezifische Lesermarkt wird hierbei durch den Wettbewerb der Verlage um Abonnenten und Leser bestimmt, während der Anzeigenmarkt sich nach dem Wettbewerb um Anzeigenaufträge richtet²⁶³, wobei beide Märkte häufig unlösbar miteinander zusammenhängen, denn die Presseunternehmen stehen auf beiden in Konkurrenz.²⁶⁴ Auch in räumlicher Beziehung ist i.S.d. funktionellen Austauschbarkeit das Gebiet maßgeblich, auf dem die von der Spezialisierungsvereinbarung erfassten Produkte bzw.

²⁵⁹ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74 f.; Werner, a.a.O., S. 143, Fn. 75; *Benisch*, in: GK, 4. Aufl., § 5 a, Rn. 20.

²⁶⁰ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.63, WuW/E BKartA 629, 636, „Armaturen“; Werner, a.a.O., S. 138; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35.

²⁶¹ BGH, Urt. v. 22.9.1987, WuW/E BGH 2433, 2436 f., „Gruner+Jahr/Zeit“; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 24; *Bunte*, KartR, S. 188 f.; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 6; *Emmerich*, KartR, 9. Aufl., S. 168 f.

²⁶² Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.1.1978, WuW/E BKartA 1700, 1701, „Springer/Elbe Wochenblatt“; BKartA, Beschl. v. 9.3.1978, WuW/E BKartA 1709, 1712, „Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag“; BKartA, Beschl. v. 6.7.1978, WuW/E BKartA 1733, 1734, „Kaufzeitungen“; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 12; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 30.

²⁶³ *Bunte*, KartR, S. 190.

²⁶⁴ Das KG hat in der Entscheidung „Zeitungsmarkt München“ v. 24.10.1979, WuW/E OLG 2228, 2232 ausgeführt: „Die Anzeigenumsätze der Tageszeitungen werden nicht auf einem Markt erzielt, der keinerlei Beziehungen zum Lesermarkt aufweist und deswegen von der sich dort vollziehenden Entwicklung völlig unabhängig ist. Die Ergebnisse des einen Marktes wirken sich vielmehr stets auch auf dem anderen Markt aus. Die Auflage einer Zeitung wird im wesentlichen zunächst von dem Interesse bestimmt, das sie bei den Lesern findet; die Höhe der verkauften Auflage und damit ihre Verbreitung sind aber für die Anzeigen nachfrage maßgeblich. Auf der anderen Seite sind die den Verkaufserfolg bewirkende Qualität der redaktionellen Beiträge und deren Umfang abhängig vom Anzeigenaufkommen, weil durch den Verkauf der Zeitungen die Entstehungskosten nur zu einem geringeren Teil gedeckt werden können.“ (sog. Anzeigen-Auflagen-Spirale); *Löffler/Ricker*, Handbuch des PresseR, S. 670, Rn. 6 b; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 12.

Leistungen tatsächlichen oder potenziellen Konkurrenzangeboten gegenüberstehen²⁶⁵, während für die Beurteilung des zeitlich relevanten Marktes zunächst die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Kundenzeitschriftenmarkt für den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel zugrunde zu legen sind, die im Zeitpunkt der Entscheidung über den (etwaigen) Widerspruch bestanden haben²⁶⁶, hier also der 30. April 1977.²⁶⁷

Unter Beachtung der genannten Marktabgrenzungskriterien kam man für die hier vorliegende Art von Presseerzeugnis zu dem vorläufigen Ergebnis, dass in sachlicher Hinsicht weitere Spezifizierungen innerhalb der Leser- und Anzeigenmärkte vorerst nicht vorgenommen werden mussten, da es sich bei allen drei Verlagserzeugnissen unproblematisch um Kundenzeitschriften handelte, d.h. periodisch erscheinende Zeitschriften belehrenden und unterhaltenden Inhalts, die der Verbraucherinformation, dem Kundenkontakt und der Werbung dienten.²⁶⁸ Die durch die Kooperation angestrebte einheitliche Redaktion und das gemeinschaftliche Anzeigengeschäft sowie die Tatsache, dass es sich um die gleiche Art von Kundenzeitschrift handelte, nämlich für den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel, ließen den Rückschluss auf denselben Leser- bzw. Anzeigenmarkt zu, was sie i.S.d. *Bedarfsmarktkonzepts* funktionell austauschbar machte und folglich einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt begründete. Da die drei Kundenzeitschriften für den deutschlandweit verbreiteten Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel bestimmt waren, kam richtigerweise nur die Bundesrepublik Deutschland als räumlich relevanter Markt in Betracht.

Die Überregionalität sowie der relativ allgemein gehaltene redaktionelle Inhalt für ein breites Publikum begründeten zusätzlich noch einen weiteren sachlich relevanten Markt hinsichtlich des Anzeigenbereiches, nämlich den auf dem BVA und Werberuf mit Verlagen anderer Kundenzeitschriften sowie Publikums- und Fachzeitschriften im Wettbewerb standen, denn es handelt sich bei diesen im Regelfall ebenfalls um Publikationen, die sich praktisch an jedermann richten, weshalb prinzipiell auch die gleiche Zielgruppe für den überregional Werbenden bestehen.²⁶⁹

Als letztlich ausschlaggebende Tatbestandsvoraussetzung von § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) musste das von BVA und Werberuf geplante Spezialisierungskartell aber auf dem hier in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Beziehung als relevant konkretisierten Markt für Kundenzeitschriften für den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel einen „wesentlichen Wettbewerb“ bestehen lassen (bzw. nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen). Für die Beurteilung dieser Frage war vornehmlich auf den prozentualen Marktanteil der am Kartell beteiligten Unternehmen in Bezug auf die von

²⁶⁵ *Karrte*, in: BB 1965, a.a.O., S. 1041; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 36; Werner, a.a.O., S. 138; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 13.

²⁶⁶ Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 16; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 36; Werner, a.a.O., S. 139.

²⁶⁷ Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3.

²⁶⁸ So die Definition gemäß den „Richtlinien für die IVW-Auflagenkontrolle von Kundenzeitschriften“ veröffentlicht unter: <http://www.ivw.de/index.php?menuid=24&reporeid=141> (Stand: 28.1.2010).

²⁶⁹ So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht von 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 75; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA 1921, 1924, „Burda/Springer“.

der Spezialisierung erfassten Produkte bzw. Leistungen abzustellen.²⁷⁰ Hierbei fanden die Marktbeherrschungsvermutungen von § 19 Abs. 3 GWB (§ 22 Abs. 3 GWB a.F.) grundsätzlich keine Anwendung, sie stellten aber gewissermaßen eine Orientierungshilfe im Rahmen von § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) dar. Denn ging man unter Beachtung von § 9 Abs. 3 GWB davon aus, dass die Unternehmen im Rahmen des Freistellungsverfahrens nachzuweisen hatten, dass keine marktbeherrschende Stellung vorlag oder verstärkt wurde (also wesentlicher Wettbewerb bestehen blieb), mussten Zweifel daran dann im Lichte von § 19 Abs. 3 GWB (§ 22 Abs. 3 GWB a.F.) zu Lasten der um Freistellung ersuchenden Unternehmen gehen.²⁷¹ Mit einem Marktanteil von 80 Prozent der BVA und Werberuf bei den Kundenzeitschriften für den Rundfunk-, Fernseh- und Phonoeinzelhandel war objektiv eine marktbeherrschende Stellung zu bejahen und wesentlicher Wettbewerb ausgeschlossen, berücksichtigte man, dass die Marktbeherrschungsvermutung von § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB (§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB a.F.) bereits 50 Prozent genügen ließ. Allerdings konnte die Frage der Aufrechterhaltung wesentlichen Wettbewerbs nicht allein anhand der Höhe des Marktanteils beantwortet werden, auch wenn diesem Kriterium infolge seiner Indizfunktion eine wichtige Bedeutung zukam.²⁷² Es war vielmehr erforderlich dem Einzelfall und seinen Besonderheiten gerecht zu werden, indem das Marktverhalten der Beteiligten (insbesondere inwieweit der Kartellvertrag Wettbewerb zwischen den Kartellpartnern noch zuließ) und ihrer Wettbewerber sowie weitere Marktstrukturelemente für eine sachgerechte Beurteilung mit einzubeziehen waren.²⁷³ Eine an diesen Kriterien orientierte Gesamtwürdigung der Auswirkungen der Spezialisierungskooperation bzgl. der Wettbewerbsbedingungen des relevanten Marktes war hierbei entscheidend, wobei die einzelnen Faktoren mit ihrer spezifischen Wertigkeit in Relation gebracht und in einer daran orientierten Abwägung gewichtet werden mussten.²⁷⁴ Hinsichtlich der Produkte oder Leistungen, die von der Spezialisierungsvereinbarung erfasst wurden, bedurfte es dabei jeweils einer gesonderten Beurteilung.²⁷⁵ Dabei war zu beachten, je höher der Marktanteil war, umso genauer musste geprüft werden, ob trotz der getroffenen Spezialisierungsabreden wesentlicher Wettbewerb bestehen blieb.²⁷⁶ Das galt umso mehr (besonders im Hinblick auf die Abwägung bzgl. des Umfangs der kartellinternen Wettbewerbsbeschränkungen), wenn die Spezialisierungsvereinbarungen die Schwerpunkte des Herstellungsprogramms erfassten und es sich nicht bloß um Randsortenspezialisierung handelte.²⁷⁷

Der Begriff Wettbewerb setzt i.d.R. das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen mindestens zwei Unternehmen auf dem relevanten Markt und auf der derselben Marktseite

²⁷⁰ Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 30; Werner, a.a.O., S. 144.

²⁷¹ So auch Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 5; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 38; Werner, a.a.O., S. 145.

²⁷² *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 38; Werner, a.a.O., S. 145.

²⁷³ *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 44; Werner, a.a.O., S. 144 f.; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35.

²⁷⁴ Werner, a.a.O., S. 144; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 38.

²⁷⁵ *Karrte*, in: BB 1965, a.a.O., S. 1042; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 38; Werner, a.a.O., S. 144.

²⁷⁶ *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35.

²⁷⁷ Werner, a.a.O., S. 147.

voraus.²⁷⁸ Im Hinblick auf die mögliche Freistellung eines Spezialisierungskartells musste irgendeine Form von Wettbewerb vorhanden sein.²⁷⁹ Da der gemeinsame Marktanteil der BVA und Werberuf i.H.v. 80 Prozent gegenüber den restlichen Wettbewerbern bestand, begründete diese überragende Marktstellung deshalb die Frage, inwieweit zwischen den Verlagsunternehmen selbst noch ein i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) vertretbarer Wettbewerb vorhanden war. Auskunft hierüber gab in erster Linie die Art der Spezialisierungsvereinbarungen. Diese hatten hier zum Inhalt, dass Werberuf ausschließlich die Redaktion und Ausführung der graphischen Gestaltung übernehmen, während BVA alleine für den Anzeigenbereich zuständig sein sollte.²⁸⁰ Zwar war die gegenseitige Überwachung vertraglich festgehalten²⁸¹, faktisch gesehen war der Wettbewerb zwischen den beiden Unternehmen in redaktioneller Hinsicht und für den Anzeigenbereich aber ausgeschlossen, denn jeder der Beteiligten sollte eine wesentliche Aufgabe des Herstellungsvorgangs eines Presseproduktes alleine übernehmen und würde nicht mehr in Konkurrenz zum Kooperationspartner stehen. Weitere Argumente für fehlenden kartellinternen Wettbewerb stellten der gemeinsame Druck, die ebenfalls vereinbarten gemeinschaftlichen Anzeigenpreise und der einheitliche Abgabepreis dar sowie die Abmachung, dass sich die Beteiligten keine Kunden gegenseitig abwerben dürften und Kundenlisten auszutauschen waren. Einzig der Vertrieb sollte noch jedem Verlag allein obliegen.²⁸²

Das BKartA hatte in diesem Zusammenhang die Vereinbarungen über die Vergabe des gemeinsamen Druckauftrags und die Anzeigenpreise als notwendige Zusatzabreden gemäß § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. zur Durchführung der Spezialisierung gekennzeichnet.²⁸³ Dann musste es sich hierbei um Abreden der in § 5 Abs. 1 und 2 GWB (§ 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F.) bezeichneten Art handeln²⁸⁴, wobei zu berücksichtigen war, dass insbesondere bei einem hohen Marktanteil - wie in diesem Fall - strenge Maßstäbe an deren Bewertung anzulegen waren, wenn die Abreden den Wettbewerb mit Preisen beschränkten²⁸⁵, da solche Vereinbarungen im Rahmen von § 5 Abs. 1 und 2 GWB (§ 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F.), nicht jedoch gemäß § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. zusätzlich erlaubnispflichtig waren.²⁸⁶ Voraussetzung war in jedem Fall, dass die Zusatzabreden objektiv erforderlich und im Verhältnis zu dem Spezialisierungszweck von nachrangiger Bedeutung waren, also in ihrer

²⁷⁸ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 47; *Werner*, a.a.O., S. 143.

²⁷⁹ *Werner*, a.a.O., S. 143.

²⁸⁰ Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3 f.

²⁸¹ Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3 f.

²⁸² Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3 f.

²⁸³ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 75.

²⁸⁴ *Werner*, a.a.O., S. 150; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35 und Rn. 40.

²⁸⁵ *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35 und Rn. 40.

²⁸⁶ Die Freistellungsfähigkeit von Zusatzabreden wurde mit Einführung von § 3 GWB (Sechste GWB-Novelle 1998) nicht mehr mit aufgenommen; insoweit sollte für derartige Absprachen ausschließlich § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gelten; vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47. Grundsätzlich änderte dies nichts an der Bewertung solcher Zusatzabreden, da schon nach § 5 a Abs. 1 S. 2 GWB a. F. die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 bzw. 3 GWB a.F. vorliegen mussten. Im Rahmen von § 3 GWB wäre dann allerdings zu prüfen gewesen, ob die Zusatzabreden nicht einen integralen Bestandteil der Spezialisierung darstellten und deshalb legalisierungsfähig seien ohne einer extra Freistellung gemäß § 10 GWB zu bedürfen; vgl. *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 7.

Wertigkeit nur Nebenabsprachen darstellten und nicht den Hauptgegenstand oder Hauptzweck des Kartellvertrages bildeten.²⁸⁷ Im Mittelpunkt des Kooperationsvertrages zwischen BVA und Werberuf stand die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der von ihnen herausgegebenen Zeitschriften, was die Verlage durch Arbeitsteilung erreichen wollten.²⁸⁸ Die Kernbereiche der hier verabredeten Spezialisierung bildeten Redaktion und Anzeigengeschäft, denn diese Tätigkeitsfelder wurden von BVA und Werberuf selbst ausgeführt. Bzgl. einer gemeinsamen Vergabe des Druckauftrages war weder der tatsächliche Aufgabenbereich (der Druck selbst) von Werberuf noch von BVA betroffen (auch wenn der BVA die Abwicklung mit der Druckerei obliegen sollte²⁸⁹), sondern er sollte an einen Dritten erteilt werden, so dass diese Abrede nicht als Teilproduktions- bzw. Leistungsverzicht zugunsten eines Kartellmitglieds i.S.d. Spezialisierungsabrede zu verstehen war, sondern als objektiv erforderliche Ergänzung zur Herstellung einer gemeinsamen Zeitschrift gesehen werden musste. Aber auch die einheitlichen Anzeigenpreise und Rabatte sowie der einheitliche Abgabepreis waren als Nebenabsprachen zu charakterisieren, da ihr Zweck vornehmlich der Funktionsfähigkeit der Spezialisierungsabrede dienen sollte und gleichzeitig auch ihre objektive Erforderlichkeit begründete, denn die Vertragspartner eines Spezialisierungskartells vereinbarten grundsätzlich deshalb weitere Absprachen, um das mit der Spezialisierung verbundene erhöhte Markt- und Absatzrisiko infolge des Teilproduktions- bzw. Leistungsverzichts auszugleichen bzw. zu verringern.²⁹⁰ Insoweit war die gemeinsame Festlegung der Anzeigenpreise bzw. des Abgabepreises erforderlich, um zu verhindern, dass ein Beteiligter durch preispolitische Alleingänge die Spezialisierungsabreden stören und dadurch ihre Funktionsfähigkeit aufheben konnte.²⁹¹ Dies war auch für den Fall BVA/Werberuf anzunehmen, denn das Kooperationsziel drei Zeitschriften identischen Inhalts und Umfangs mit Hilfe eines aufgeteilten Herstellungsaufwandes zu produzieren, musste für den Nachfrager (Werbender/Käufer) gleichwertige Preiskonditionen beinhalten, um für alle Beteiligten gleichwertige Verhältnisse hinsichtlich der durch die Spezialisierung angestrebten Rationalisierungseffekte zu schaffen. Denn uneinheitliche Abgabepreise hätten das Absatzrisiko erhöht, während ungleiche Anzeigenpreise die Gleichwertigkeit des Anzeigenraumes der drei Zeitschriften in Frage gestellt hätten. Insoweit war hinsichtlich der Druck- und Preisabsprachen von zulässigen Zusatzabreden i.S.v. § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. auszugehen. Was die Kundenschutzklausel anging, so war ebenfalls von einer notwendigen Nebenabsprache auszugehen, die der Funktionsfähigkeit der Kernvereinbarung über die Aufteilung des Anzeigengeschäfts diene, denn übernimmt ein Wettbewerber eine Geschäftsbesorgung für einen anderen, so ist eine Kundenschutzzusage erforderlich, um auszuschließen, dass der Vertragspartner, der bei einer Vertragsabwicklung Kontakte mit den Kunden des anderen erhält, diese abwirbt. Bestünde diese Abrede nicht, würde das betreffende Unternehmen nicht in normalen Wettbewerb mit seinem Vertragspartner treten,

²⁸⁷ Benisch, Kooperationsfibel, S. 234, Rn. 13; Werner, a.a.O., S. 149, Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 33.

²⁸⁸ Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3.

²⁸⁹ Vgl. Bekanntmachung Nr. 19/77 im Bundesanzeiger Nr. 48/1977, S. 3.

²⁹⁰ Vgl. Benisch, in: GK, 4. Aufl., § 5 a, Rn. 33.

²⁹¹ So auch Werner, a.a.O., S. 150.

sondern die Kooperation dazu missbrauchen, sich die Aufwendungen seines Vertragspartners für den Aufbau oder Ausbau des eigenen Kundenstamms zunutze zu machen.²⁹² Daher war auch hinsichtlich der Abrede keine Kunden gegenseitig abzuwerben und Kundenlisten auszutauschen von einer zulässigen Zusatzabrede gemäß § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. auszugehen. Diese Zusatzabreden ließen aber keinen kartellinternen Wettbewerb bestehen, sondern schränkten ihn weiter ein.

Die überragende Marktstellung und das fehlende kartellinterne Konkurrenzverhältnis schlossen einen gegenwärtigen Wettbewerb auf dem hier relevanten Markt also nahezu aus, was zur Folge hatte, das anderweitige Formen von Wettbewerb nur noch begrenzt möglich waren. In Betracht zu ziehen war dabei ein eventuell potenzieller Wettbewerb bedingt durch günstige Marktzutrittschancen für Newcomer, der im Rahmen von § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) auch grundsätzlich anerkannt war und den das BKartA in diesem Fall bejahte, indem es die Verlage von Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen (Supplements) als zukünftige Wettbewerber von BVA und Werberuf einstuft.²⁹³ Denn bei der Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem in zeitlicher Hinsicht relevanten Markt kann grundsätzlich auch eine in der Zukunft liegende Entwicklung berücksichtigt werden, soweit sie sich im Augenblick der Entscheidung mit Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt.²⁹⁴ Maßgeblich ist demnach die zukünftige Wettbewerbsentwicklung. Unternehmen stehen miteinander im potenziellen Wettbewerb, wenn neben ihrer Bereitschaft zum Markteintritt das Eindringen in das Tätigkeitsgebiet des anderen objektiv möglich, wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch sinnvoll erscheint.²⁹⁵ Die Wahrscheinlichkeit und objektive Möglichkeit eines Markteintrittes ist dabei umso größer, je ähnlicher sich die Produktions- oder Dienstleistungsbereiche der Unternehmen sind.²⁹⁶ Als Bestimmungsgröße der Produktions- und der Angebotsflexibilität zwischen zwei Produkten ist deshalb vornehmlich auf die Verwandtschaft der betreffenden Beschaffungs-, Produktions- und Absatzprozesse abzustellen. Beruhen diese Prozesse auf der gleichen Basistechnologie, ist von einer relativ großen Flexibilität zwischen den Produkten auszugehen und ein Markteintritt objektiv möglich.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund war die Ansicht des BKartA zu teilen, dass Verlage von Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen objektiv die Möglichkeit besaßen in den hier relevanten Markt für Kundenzeitschriften relativ unproblematisch einzutreten, denn der Herstellungsprozess von Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen entsprach schon vom technischen Aufwand her dem der Kundenzeitschriften. Hinzu kam die Vergleichbarkeit

²⁹² So auch *Huber/Baums*, in: FK, § 1 GWB 1993, Rn. 500; bzgl. der Aufteilung von Absatzgebieten und Kundenkreisen als Zusatzabreden i.S.v. § 5 a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. vgl. *Benisch*, in: GK, 4. Aufl., § 5 a, Rn. 13.

²⁹³ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 75; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35; *Werner*, a.a.O., S. 143 und 145.

²⁹⁴ *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 36; v. Gamm, KartR, Einf. A, Rn. 23; anders *Werner*, a.a.O., S. 140; *Karrte*, in: BB 1965, a.a.O., S. 1042: Die Entwicklung muss sich im Augenblick der Entscheidung mit Sicherheit voraussehen lassen.

²⁹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1983, WuW/E BGH 2050 f., „Bauvorhaben Schramberg“; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 23; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 143.

²⁹⁶ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 146.

²⁹⁷ *Kantzenbach/Krüger*, in: WuW 1990, Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen“, S. 478 f.

beider Verlagserzeugnisse hinsichtlich ihres redaktionellen Inhalts und der Art des Anzeigenaufkommens, denn es handelte sich sowohl bei den Kundenzeitschriften für den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel als auch bei vielen Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen vornehmlich um Programmzeitschriften für den Hör- und Fernsehfunk.²⁹⁸

Im Vordergrund einer Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts muss aber die Gewinnträchtigkeit einer Marktteilnahme für den potenziellen Wettbewerber stehen, denn Unternehmen wollen ihre Gewinne maximieren. Dies wiederum beantwortet gleichzeitig die Frage der Markteintrittsbereitschaft entsprechender Verlage, denn nur wenn der Marktzutritt profitabel ist, werden sie auch bereit sein einen solchen vorzunehmen.²⁹⁹ Letztlich ist auch hier die Produktions- und Angebotsflexibilität (ökonomische Umstellungsflexibilität) ausschlaggebend, ob eine wirtschaftliche Zweckmäßigkeit bejaht werden kann, denn nur wenn Unternehmen in der Lage sind, ihre Produktion in begrenzter Zeit und zu Kosten umzustellen, die es erlauben, ein Angebot zu unterbreiten, das Nachfrage in nennenswertem Umfang auf sich zu ziehen vermag, kann dies kaufmännisch sinnvoll sein. Hierbei ist v.a. der Zeitbedarf zu berücksichtigen, der gegebenenfalls für einführende Werbung, den Aufbau einer Vertriebsorganisation oder eines Servicenetzes notwendig ist.³⁰⁰

Diesbezüglich konnte angenommen werden, dass die Hersteller von Zeitungs- und Zeitschriftenbeilagen innerhalb kurzer Zeit technisch, organisatorisch und logistisch in der Lage waren das Format Kundenzeitschrift für den Fachhandel zu produzieren und zu vertreiben, da es keiner umfangreichen Umstellung bei der Redaktion, im Anzeigengeschäft und beim Druck bedurfte. Auch beim Vertrieb waren keine großen Umstellungen zu erwarten, zumal die Verlage aufgrund der von ihnen herausgegebenen Tageszeitungen über ein komplexes Verteilernetz verfügten. In diesem Zusammenhang aber eine Prognose über eine zu erwartenden Rendite zu treffen war kaum möglich, denn sowohl Umstellungskosten als auch die zu erzielenden Erlöse waren im Vorhinein nicht präzise zu beziffern.³⁰¹ Allerdings hat die Verbreiterung des Angebots bei nahezu identischem Produktionsaufwand i.d.R. positive wirtschaftliche Effekte, so dass ein Markteintritt der betreffenden Verlage zum einen objektiv möglich zum anderen auch wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch sinnvoll war, was ihn damit wahrscheinlich machte. Potenzieller Wettbewerb lag mithin vor.

Von einer Einschränkung des Wettbewerbs mit Verlagen von anderen Kundenzeitschriften und Publikumszeitschriften auf dem gemeinsamen Anzeigenmarkt war nicht auszugehen, da der Kartellvertrag diesen nur geringfügig berührte. Denn hinsichtlich dieses überregionalen Anzeigenmarktes war der Marktanteil von BVA und Werberuf (auch nach dem

²⁹⁸ Beispiel hierfür ist die Zeitungsbeilage „PRISMA“, die 1977 von 14 Verlage in Nordrhein-Westfalen ihrer jeweiligen Tageszeitung beigelegt wurde und das wöchentliche Rundfunk- und Fernsehprogramm sowie einen zusätzlichen redaktionellen Teil und Anzeigen enthielt; vgl. Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

²⁹⁹ Vgl. Gey, Potenzieller Wettbewerb und Marktbeherrschung, S. 272.

³⁰⁰ Vgl. Schmidt, Institutionelle Markteintrittsschranken, potenzielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten, S. 21 f.

³⁰¹ Vgl. Schmidt, Institutionelle Markteintrittsschranken, potenzielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten, S. 22.

Spezialisierungskartell) relativ klein, so dass dort weiterhin wesentlicher Wettbewerb bestehen blieb bzw. keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wurde.³⁰²

Somit war, unter Beachtung der erhöhten Anforderungen an die Freistellung des Spezialisierungskartells aufgrund des hohen Marktanteils von BVA und Werberuf auf dem hier relevanten Markt und des hierdurch nahezu ausgeschlossenen kartellinternen Wettbewerbs, im Zuge einer abschließenden Gesamtabwägung aller zu berücksichtigenden Faktoren der Freigabe durch das BKartA zuzustimmen, insbesondere weil dem potenziellen Wettbewerb mit anderen Verlagen ein große Wertigkeit einzuräumen war. Denn die Eintrittswahrscheinlichkeit war - wie festgestellt - sehr hoch und ließ die Belegung des Wettbewerbs auf dem Markt für Kundenzeitschriften für den Rundfunk-, Fernseh- und Phono Einzelhandel mit einiger Sicherheit erwarten.

Diese Einschätzung ist auch vom aktuellen Standpunkt aus betrachtet berechtigt gewesen, denn Kundenzeitschriften für den Rundfunk- und Fernseheinzelhandel existieren mittlerweile nicht mehr, wohingegen bei Zeitungsbeilagen mit dem Rundfunk- und Fernsehprogramm eine fast vollständige Flächenabdeckung in Deutschland besteht, die sich gegenwärtig im Wesentlichen noch auf drei Anbieter verteilt.³⁰³

(2) Der Fall „*Storck/Schneider*“

(a) Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben

Ein Spezialisierungskartell nach § 3 GWB (damals § 5a GWB) wurde von den beiden Verlagsunternehmen Gebrüder Storck GmbH (Storck) und H. Schneider GmbH & Co. KG Verlag (Schneider) am 7. November 1977 beim BKartA angemeldet. Beide Unternehmen verlegten u.a. Apothekenkundenzeitschriften. Storck gab zweimal monatlich den „Ratgeber aus der Apotheke“ (Ratgeber) heraus, während Schneider 14tägig mit dem Titel „Der Wegweiser in gesunden und kranken Tagen“ vereinigt mit „Der Bote aus der Apotheke“ (Wegweiser) erschien. Ziel des Kooperationsvertrages zwischen den Beteiligten war die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung. Hierfür vereinbarten die Unternehmen, dass die Auflagen des Ratgeber sowie Wegweiser druckmäßig zusammengelegt werden und redaktionell wie auch hinsichtlich des Anzeigenteils gleichen Inhalts sein sollten. Auch ein gemeinsames Impressum wurde vereinbart, allerdings sollten beide Zeitschriften weiterhin unter ihren bisherigen Titeln erscheinen. Bei der Herstellung der Zeitschrift war gemäß dem Kooperationsvertrag eine Arbeitsteilung vorgesehen, wonach Schneider für den Druck und das Anzeigengeschäft, Storck für die Redaktion und die graphische Gestaltung verantwortlich sein sollte. Darüber hinaus vereinbarten beide Parteien einheitliche Anzeigen- und Beilagenpreise, eine gemeinsame Kunden- und Vertriebswerbung

³⁰² So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht von 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 75.

³⁰³ Hierbei handelt es sich um die TV-Supplements „PRISMA“, „BWZ“ und „rtv“; vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_bwz.pdf (Stand: 20.12.2006).

(ohne dabei den bestehenden Kundenstamm des anderen zu bewerben) sowie die gemeinsame Auslieferung der Zeitschriften.³⁰⁴

(b) Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA

Das BKartA hat im Fall der Kooperationsvereinbarungen zwischen Storck und Schneider einer Anmeldung dieses Vorhabens gemäß § 3 GWB (§ 5a GWB a.F.) nicht widersprochen, denn die Kartellbehörde sah hierdurch eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung gegeben und bejahte das Weiterbestehen wesentlichen Wettbewerbs beim Vertrieb von Apothekenkundenzeitschriften.³⁰⁵

Eine Spezialisierung i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) lag nach Auffassung des BKartA aufgrund der arbeitsteiligen Zusammenarbeit beider Verlage vor, denn hierdurch würden bei beiden Vertragspartnern die weitgehend von der Auflage unabhängigen Kosten für Redaktion, grafische Gestaltung, Druckvorbereitung und Anzeigengeschäft reduziert.³⁰⁶

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung des Bestehens wesentlichen Wettbewerbs in § 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F. kam die Kartellbehörde zu dem Ergebnis, dass trotz eines nach der monatlichen Auflage gewichteten Marktanteils der Beteiligten von zusammen 45 Prozent eine ausgewogene Wettbewerbsstruktur gesichert wäre, da berücksichtigt werden müsse, dass die beiden Unternehmen vor der geplanten Kooperation wegen des geringen Umfangs ihrer Zeitschriften gegenüber einigen Konkurrenten benachteiligt seien. Zudem verfügten die beiden bedeutendsten Konkurrenten v.a. durch ihre Nähe zu einem Berufsverband der Abnehmer bzw. durch das Angebot einer breiten Palette von allgemeinen und speziellen Apothekenkundenzeitschriften sowie anderen Werbemitteln über bessere Informations- und Werbemöglichkeiten, die sich gegenüber Storck und Schneider als wesentliche Wettbewerbsvorteile darstellten. Zudem relativiere sich die wettbewerbliche Bedeutung des hohen Marktanteils der Vertragspartner dadurch, dass beide Verlage als einzige Marktteilnehmer monatlich zwei Ausgaben herausbrächten und aufgrund einer erheblichen Anzahl von Doppellesern einen Leserkreis erreichten, der den gewichteten Auflagenteil wesentlich unterschreite. Auf dem weiter abzugrenzenden Anzeigenmarkt, auf dem auch einige spezielle Apothekenkundenzeitschriften um Inserate der werbenden pharmazeutischen Industrie konkurrierten, bestand nach Meinung des BKartA keine Gefahr der Beeinträchtigung des bestehenden wesentlichen Wettbewerbs.³⁰⁷

Die Vereinbarungen zwischen Storck und Schneider bzgl. der einheitlichen Anzeigen- und Beilagenpreise, des gemeinschaftlichen Drucks sowie der Vertriebswerbung bewertete die

³⁰⁴ Siehe Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977; Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83 f.

³⁰⁵ Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

³⁰⁶ Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

³⁰⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

Kartellbehörde als erforderliche Zusatzabrede zur Durchführung der Spezialisierung i.S.v. § 5a Abs. 1 S. 2 a.F.³⁰⁸

(c) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung

Bei dem Kartellvertrag zwischen Storck und Schneider handelte es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gemäß § 1 GWB (§ 1 Abs. 1 S. 2 GWB a.F.), die sich als Spezialisierung i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 GWB a.F.) darstellte, denn die geplante Aufteilung der Tätigkeitsbereiche bei der Herstellung einer gemeinsamen allgemeinen Kundenzeitschrift für Apotheken schränkte beide Unternehmen aufgrund der Verengung ihres Produkt- und Leistungsangebotes in der unternehmerischen Tätigkeit ein.³⁰⁹ Von der hier vereinbarten Arbeitsteilung umfasst war aber auch die Vertriebswerbung, für die Storck gemäß der Vereinbarung verantwortlich sein sollte. Zudem sollte die Auslieferung der beiden Zeitschriften gemeinsam erfolgen. Uneinigkeit bestand in diesem Zusammenhang darüber, ob Vertriebs- und Absatzvereinbarungen im Rahmen eines Spezialisierungskartells zulässig waren, wobei im Mittelpunkt dieser Diskussion die Abgrenzung zu Absprachen über reine Marktaufteilungen stand und ob diese Spezialisierungsvereinbarungen i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 GWB a.F.) darstellen konnten.³¹⁰ Da aber die übliche Form der Marktaufteilung die Gebietsaufteilung ist (durch einen sog. *Demarkationsvertrag*), bei der sich die Wettbewerber verpflichten sich wechselseitig in einem bestimmten, geographisch abgegrenzten dem anderen Partner zugewiesenen Gebiet nicht die gleichen Waren oder gewerblichen Leistungen anzubieten wie dieser und sich hierin i.d.R. auch der Inhalt des Vertrages erschöpft³¹¹, musste für diesen Fall daher die Frage nicht beantwortet werden, ob die ausschließliche Aufteilung von Absatzgebieten eine Spezialisierungsmaßnahme darstellen konnte oder nicht³¹², oder ob neben der Gebietsabsprache eine sachliche Aufteilung des Leistungs- oder Warenprogramms im Vordergrund stehen musste.³¹³ Denn die Vereinbarungen zwischen Storck und Schneider über die gemeinsame Vertriebswerbung und Auslieferung der Zeitschriften stellten zum einen keine Gebietsaufteilung in oben genannter Weise dar und bildeten zum anderen nicht den Hauptzweck des Kartellvertrages, sondern allenfalls eine Zusatzabrede, so dass sich eine fehlende Zulässigkeit höchstens aus § 5a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. (bzw. im Fall von § 3 GWB aus § 5 Abs. 1 und 2 GWB) ergeben konnte.³¹⁴ Somit war hinsichtlich der Vereinbarungen

³⁰⁸ Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83 f.

³⁰⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.8.1963, WuW/E BKartA 687, 690, „Drehbänke“; BKartA, Beschl. v. 16.7.1964, WuW/E BKartA 858, 862 f., „PVC-Abflussrohre“; Werner, a.a.O., S. 126 und 128; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 14; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 2; Bunte, KartR, S. 117; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 29.

³¹⁰ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 27; Werner, a.a.O., S. 133; Bunte, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 23.

³¹¹ Vgl. Huber/Baums, in: FK, § 1 GWB 1993, Rn. 490.

³¹² Bejahend Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und WarenzeichenR, 8. Aufl., § 5, Rn. 18; verneinend Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 66 und Deringer, in: WuW 1958, „Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 16 f.

³¹³ So wohl die h.M.; vgl. Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 27 f.; Werner, a.a.O., S. 133; Bunte, in: FK, § 3 GWB 1993, Rn. 23; Benisch, in: GK, 4. Aufl., § 5 a, Rn. 13.

³¹⁴ Vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c).

zwischen Storck und Schneider richtigerweise von Spezialisierungsabreden auszugehen, die unmittelbarer Gegenstand des Kartellvertrages i.S.v. § 3 GWB (§ 5a Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) waren.

Der Kooperationsvertrag zwischen Storck und Schneider hatte auch die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge (durch Spezialisierung) zum Gegenstand, denn die Arbeitsteilung hinsichtlich der redaktionellen und graphischen Gestaltung sowie beim Anzeigengeschäft führte dazu, dass bei jedem der Beteiligten ein Teil des bisherigen Herstellungsaufwandes entfiel, folglich der Kostenfaktor sank, während der Nutzenfaktor mindestens gleich blieb, wenn nicht sogar stieg, so dass bei den beteiligten Unternehmen von einer Hebung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit in betriebswirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht auszugehen war.³¹⁵

Die für die Feststellung der möglichen Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung notwendige Marktabgrenzung war sachlich dahingehend vorzunehmen, dass es sich um den Markt der allgemeinen Apothekenkundenzeitschriften handelte, denn die durch die Kooperation angestrebte einheitliche Redaktion und das gemeinschaftliche Anzeigengeschäft sowie die Tatsache, dass es sich bei beiden Verlagserzeugnissen um die gleiche Art von Kundenzeitschrift handelte, ließen den Rückschluss auf denselben Leser- bzw. Anzeigenmarkt zu, was sie i.S.d. *Bedarfsmarktkonzeptes* funktionell austauschbar machte. Im Segment Anzeigen bestand noch ein zweiter sachlich relevanter Markt, weil auch spezielle Apothekenkundenzeitschriften um Inserate der werbenden pharmazeutischen Industrie konkurrierten.³¹⁶ Da beide Kundenzeitschriften deutschlandweit vertrieben wurden, kam richtigerweise nur die Bundesrepublik Deutschland als räumlich relevanter Markt in Betracht.

Erstes Indiz für die Beurteilung, ob die Vereinbarungen zwischen Storck und Schneider auf dem Markt für allgemeine Apothekenkundenzeitschriften die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zur Folge haben (bzw. wesentlichen Wettbewerb bestehen lassen) konnten, bildete zunächst wiederum der prozentuale Marktanteil beider Unternehmen. Nach den Feststellungen des BKartA betrug dieser zum Zeitpunkt der Entscheidung bei beiden Unternehmen zusammen 45 Prozent.³¹⁷ Geht man in diesem Zusammenhang mit der verbreiteten, wenn auch nicht unumstrittenen Auffassung von einer kritischen Grenze bei 20 bis 25 Prozent aus³¹⁸, war dem hier relativ hohen Marktanteil eine wichtige Bedeutung bei der Gesamtbewertung beizumessen und deutete zunächst auf eingeschränkten Restwettbewerb im Außenverhältnis zu anderen Konkurrenten. Bezog man hierbei mit ein, dass die von Storck und Schneider getroffenen

³¹⁵ Vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c).

³¹⁶ So auch das BKartA; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

³¹⁷ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

³¹⁸ Vgl. BReg, Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA 1972, BT-Drucks. 7/986, S. II; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 290; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 39; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 45. Die Gegenansicht sieht die kritische Grenze erst bei einem höheren prozentualen Marktanteil und begründet dies mit der großzügigen Praxis des BKartA, wonach noch in keinem Fall eines Spezialisierungskartells mit einem Marktanteil unter 30 Prozent der Fortbestand wesentlichen Wettbewerbs verneint wurde, vgl. Werner, a.a.O., S. 145; Benisch, Kooperationsfibel, S. 232, Rn. 12.

Spezialisierungsvereinbarungen schwerpunktmäßig zum Inhalt hatten, dass der eine ausschließlich die Redaktion und Ausführung der graphischen Gestaltung übernehmen, während der andere alleine für den Anzeigenbereich zuständig sein sollte.³¹⁹ Womit beide Beteiligten die wesentlichen Aufgaben des Herstellungsvorgangs der Kundenzeitschrift untereinander aufteilten und faktisch gesehen kartellinterner Wettbewerb in diesen beiden Bereichen damit ausgeschlossen war, verstärkte dies den Eindruck, dass mit der geplanten Kooperation die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt der allgemeinen Apothekenkundenzeitschriften einhergehen würde. Außerdem konnte kartellinterner Wettbewerb nicht dadurch erhalten werden, dass die beiden Unternehmen vertraglich Einspruchsrechte vereinbarten.³²⁰

Für fehlenden kartellinternen Wettbewerb sprachen außerdem die festgeschriebenen gemeinschaftlichen Anzeigenpreise, der gemeinschaftliche Druck und die Regelung der gemeinsamen Vertriebswerbung sowie die Abmachung, dass sich die Beteiligten keine Kunden gegenseitig abwerben durften und Kundenlisten auszutauschen waren.³²¹ Diese Vereinbarungen waren nach Ansicht des BKartA als Zusatzabreden zur Durchführung der Spezialisierung objektiv erforderlich und stellten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrages nur Nebenabsprachen dar.³²² Dem war zuzustimmen, denn den Kernbereich der hier verabredeten Spezialisierung bildeten unzweifelhaft das Redaktions- und Anzeigengeschäft.³²³ Bzgl. einer gemeinsamen Vergabe des Druckauftrages war aber weder der tatsächliche Aufgabenbereich (der Druck selbst) von Storck noch von Schneider betroffen (auch wenn Schneider für die Abwicklung mit der Druckerei verantwortlich sein sollte), sondern er sollte an einen Dritten erteilt werden³²⁴, so dass diese Abrede nicht als Teilproduktions- bzw. Leistungsverzicht zugunsten eines Kartellmitglieds i.S.d. Spezialisierungsabrede zu verstehen war, sondern zusätzlich erforderlich war, um die Herstellung der gemeinsamen Zeitschrift zu ermöglichen. Auch die Vereinheitlichung der Anzeigenpreise war als Nebenabsprache zu charakterisieren, denn ihr Sinn und Zweck lag allein darin die Funktionsfähigkeit der Spezialisierungsvereinbarungen zu gewährleisten, indem die einheitlichen Anzeigenpreise verhindern sollten, dass ein Beteiligter durch preispolitische Alleingänge die Spezialisierungsabreden stören und dadurch die Funktionsfähigkeit aufheben konnte.³²⁵ Zudem hätten ungleiche Anzeigenpreise die Gleichwertigkeit des Anzeigenraumes der beiden Apothekenkundenzeitschriften in Frage gestellt. Auch die Kundenschutzklausel diente der Funktionsfähigkeit der Kernvereinbarungen zwischen Storck und Schneider und war daher als erforderliche Zusatzabrede zu verstehen, denn sonst hätte die Gefahr bestanden, dass der Vertragspartner, der bei einer Vertragsabwicklung Kontakte mit den Kunden des anderen erhält, diese abwirbt. Wird eine solche Abrede nicht getroffen, würde das betreffende Unternehmen nicht in

³¹⁹ Vgl. Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²⁰ Vgl. Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²¹ Vgl. Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²² Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83 f.

³²³ Vgl. Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²⁴ Vgl. Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²⁵ Vgl. Werner, a.a.O., S. 150.

normalen Wettbewerb mit seinem Vertragspartner treten, sondern die Kooperation dazu missbrauchen, sich die Aufwendungen seines Vertragspartners für den Aufbau oder Ausbau des eigenen Kundenstamms zunutze zu machen.³²⁶ Was den Sinn und Zweck der einheitlichen Anzeigenpreise und der Kundenschutzklausel betraf, ließ sich schließlich auch auf die gemeinsame Vertriebswerbung übertragen, denn die Abrede hierüber sollte ebenfalls für gleiche Ausgangsbedingungen sorgen, damit keinem der Unternehmen Vorteile gegenüber dem anderen entstehen konnten, die den Erfolg der Kooperation gefährdet hätten.³²⁷ Insoweit war auch diesbezüglich eine zulässige Zusatzabrede anzunehmen. Trotz der Zulässigkeit der hier getroffenen Abreden änderte dies nichts an dem Ergebnis, dass kartellinterner Wettbewerb durch die hier getroffenen Kooperationsvereinbarungen ausgeschlossen war.

Auch wenn die Höhe des Marktanteils von Storck und Schneider am betreffenden Markt und der Ausschluss kartellinternen Wettbewerbs zwischen beiden Unternehmen das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs nach der Kooperation vermuten ließen, mussten daneben weitere Marktstrukturelemente und das Marktverhalten der Wettbewerber in nicht unerheblichem Ausmaß berücksichtigt werden, um den differenzierten Gegebenheiten des hier relevanten Marktes Rechnung zu tragen. Denn nur eine an diesen Kriterien orientierte Gesamtwürdigung der (tatsächlichen) Auswirkungen des Spezialisierungskartells führte zu einer sachgerechten Entscheidung.³²⁸

So musste mit Blick auf die Marktstruktur vor der Spezialisierungskooperation berücksichtigt werden, dass beide Kartellmitglieder wegen des geringen Umfangs ihrer Zeitschriften gegenüber einigen Konkurrenten benachteiligt waren, wobei hinzu kam, dass hierbei die bedeutendsten Wettbewerber durch ihre Nähe zu einem Berufsverband der Apotheker und einem breiten Angebot von allgemeinen und speziellen Apothekenkundenzeitschriften sowie weiterer Werbemittel über bessere Informations- und Werbemöglichkeiten verfügten, so dass hier deutliche Wettbewerbsvorteile bestanden. Insoweit relativierte sich die wettbewerbliche Bedeutung des hohen Marktanteils der Kartellpartner sowie der fehlende kartellinterne Wettbewerb, wenn man, wie es das BKartA richtigerweise getan hat, mit einbezog, dass Storck und Schneider als einzige Marktteilnehmer monatlich zwei Ausgaben herausbrachten und aufgrund der großen Zahl von Doppellesern einen Leserkreis erreichten, der den bei der Bewertung gewichteten Auflagenanteil wesentlich unterschritt.³²⁹

Ferner war von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Anzeigenmarkt mit Verlagen von speziellen Apothekenkundenzeitschriften um Inserate der werbenden pharmazeutischen Industrie nicht auszugehen, denn der Kooperationsvertrag berührte diesen nur geringfügig. Das war damit zu

³²⁶ Vgl. *Huber/Baums*, in: FK, § 1 GWB 1993, Rn. 500.

³²⁷ Vgl. dazu Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

³²⁸ So auch Werner, a.a.O., S. 144 f.; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1993, Rn. 37 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 44.

³²⁹ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83 f.

begründen, dass der Anteil von Storck und Schneider (auch nach dem Spezialisierungskartell) auf diesem Markt verhältnismäßig klein war und bleiben würde.³³⁰

Insoweit war mit Blick auf den Marktanteil und den in diesem Fall nahezu ausgeschlossenen kartellinternen Wettbewerb, aber im Zuge einer abschließenden Gesamtabwägung aller zu berücksichtigenden Faktoren, wie Marktverhalten der anderen Wettbewerber und anderer Marktstrukturelemente, der Freigabe durch das BKartA zuzustimmen.

In den Jahren 1982 und 1988 erweiterten die Beteiligten ihre Zusammenarbeit, indem sie neben Änderungen an der bestehenden Kooperation sowie Zusatzvereinbarungen ein weiteres Spezialisierungskartell im Bereich der Kundenzeitschriften (gemeinsame Herausgabe der Kundenzeitschrift „Senioren-Magazin“) anmeldeten.³³¹ Bei diesem Vorhaben wollten die Beteiligten in Entsprechung zum ersten Spezialisierungskartells im Wege der Arbeitsteilung hinsichtlich Redaktion, Anzeigengeschäft, Vertrieb und Druck zusammenarbeiten, was vom BKartA wiederum nicht untersagt wurde.³³²

Auch ein drittes Spezialisierungskartell im Jahr 1987, dieses Mal allerdings zwischen Schneider und einem dritten Unternehmen vereinbart, namentlich der Amphora Verlag Bräuel oHG (Amphora Verlag), wurde ebenfalls nicht vom BKartA verboten.³³³ Denn auch hier standen dem Vorhaben mit Hilfe von Arbeitsteilung in den Bereichen Redaktion, Druck und Anzeigengeschäft und unter Erhalt der Selbständigkeit beider Verlage und ihrer Titelrechte („Wegweiser“ und „Gesundheits-Journal“ von Schneider; „Amphora“ vom Amphora Verlag) eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zu erreichen keine kartellrechtlichen Bedenken seitens des BKartA entgegen.³³⁴

Die aktuelle Wettbewerbssituation auf dem Markt für Apothekenkundenzeitschriften gibt auch keinen Anlass diese Entscheidungen rückblickend anders zu bewerten, denn in Deutschland erscheinen gegenwärtig über 15 Titel von Apothekenkundenzeitschriften, herausgegeben von ca. zehn unterschiedlichen Verlagsunternehmen³³⁵, wovon Storck eines mit insgesamt vier Titeln ist, worunter „Ratgeber“ und mittlerweile auch „Amphora“ zu finden sind.³³⁶ Somit konnte sich zumindest einer der an der Kooperation beteiligten Verlage dauerhaft am Markt behaupten³³⁷, der nach wie vor von Wettbewerb geprägt ist.

³³⁰ So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83.

³³¹ Bekanntmachung Nr. 37/88 des BKartA v. 6.5.1988, in: WuW 1988, S. 596 f.

³³² Bekanntmachung Nr. 37/88 und Nr. 75/88 des BKartA v. 6.5.1988 bzw. 9.8.1988, in: WuW 1988, S. 596 bzw. S. 4.

³³³ Bekanntmachung Nr. 106/87 im Bundesanzeiger Nr. 4/1988, S. 52.

³³⁴ Siehe zu den Einzelheiten des Vorhabens Bekanntmachung Nr. 77/ 87 im Bundesanzeiger Nr. 188/ 1987, S. 13.790 f.; Bekanntmachung Nr. 106/87 im Bundesanzeiger Nr. 4/1988, S. 52.

³³⁵ Vgl. die IVW-Auflagenliste, Kundenzeitschriften, Apotheken, IV. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1151&u=&p=&b=alle&sv=401&sb=401&t=Kundenzeitschriften+Prozent28branchenbezogenProzent29&tsb=APOTHEKENProzent2FMEDIZINProzent2FGESUNDHEIT> (Stand: 28.1.2010).

³³⁶ Siehe die Homepage von Gebr. Storck GmbH & Co. Verlags-oHG veröffentlicht unter: <http://www.storckverlag.de/> (Stand: 28.1.2010).

³³⁷ Über die H. Schneider GmbH & Co. KG Verlag sind keine aktuellen Daten zu erhalten.

bb) Pressespezifische Mittelstandskartelle gemäß § 4 GWB

(1) Der Fall „*Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk*“

(a) Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben

Ein Mittelstandskartell nach § 4 Abs. 1 GWB (damals § 5b Abs. 1 GWB) meldeten die Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Schlütersche Verwaltungsgesellschaft (SV) und die Verlagsanstalt Handwerk GmbH (VH) im März 1976 beim BKartA an. Als Herausgeber der Handwerkszeitungen „Nordwestdeutsches Handwerk“ (SV) und „HZ Deutsches Wirtschaftsblatt“ (VH) war es ihr erklärtes Ziel unter Wahrung der unternehmerischen Selbstständigkeit durch Zusammenarbeit auf drucktechnischem und redaktionellem Gebiet eine verbesserte Kalkulationsgrundlage zu erzielen. Die traditionelle Eigenart jeder der beiden Zeitungen sollte erhalten bleiben. Das längerfristige Ziel aber lag in der Erhaltung beider Zeitungstitel und ihrer Behauptung am Markt. Hierfür vereinbarten die beteiligten Unternehmen, dass beide Vertragspartner die Verbreitungsgebiete ihrer Zeitungen gegenseitig respektierten, indem sie das Primärinteresse der SV am norddeutschen Raum einerseits und der VH am westdeutschen und südwestdeutschen Bereich sowie am Land Hessen andererseits jeweils anerkannten. Im Kooperationsvertrag wurde des Weiteren festgehalten, dass die SV von ihrem Format (Nordisches Format) auf das Format und die Spaltenbreite von „HZ Deutsches Wirtschaftsblatt“ (Rheinisches Format) umstellen sowie dessen Papierqualität übernehmen sollte. Im Gegenzug verpflichtete sich die VH die Erscheinungsweise ihrer Zeitung auf die der vom „Nordwestdeutschen Handwerk“ umzustellen. Ferner wurde der gemeinsame Druck festgelegt. In redaktioneller Hinsicht bestand der Kooperationsinhalt darin, dass der überregionale Teil durch eine weitgehende gemeinsame Gestaltung erstellt werden sollte. Unberührt davon aber waren die regionalen Redaktionen, um eine Wahrung der regionalen Besonderheiten und der individuellen Gestaltung der einzelnen Zeitungen zu sichern. Für die Richtlinien des gemeinsamen Teils und der redaktionellen Gestaltung wurde ein Redaktionsbeirat vereinbart, der aus Vertretern der von diesem Kooperationsvertrag betroffenen Handwerksorganisationen bestehen sollte. Das Recht der Herausgeber separate Richtlinien und Weisungen für die separaten Teile, insbesondere für die regionalen Teile zu erteilen, war aber von dieser Vereinbarung nicht erfasst.³³⁸

(b) Die Überprüfung des Vorhabens durch das BKartA

Das BKartA hatte dem von SV und VH gemäß § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) angemeldeten Kooperationsvorhaben nicht widersprochen, weil es der Ansicht war, dass die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit in der oben dargestellten Form der Rationalisierung diene sowie zur Förderung der Leistungsfähigkeit (in § 4 Abs. 1 GWB hieß es seit der

³³⁸ Siehe Bekanntmachung Nr. 31/76 im Bundesanzeiger Nr. 73/1976, S. 4 f.; Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

Sechsten GWB-Novelle „Wettbewerbsfähigkeit“) der hier mittelgroßen Unternehmen beitrage und keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für Handwerkszeitungen nach sich ziehe.³³⁹

Nur hinsichtlich der zwischen den Unternehmen vereinbarten Gebietsschutzklausel stellte das BKartA kein Rationalisierungseffekt fest, denn der vorgesehene Gebietsschutz würde nicht die Verbesserung der Produktivität, sondern lediglich eine wettbewerbsbeschränkende Marktaufteilung bewirken. Aus diesem Grund wurde auf Veranlassung der Kartellbehörde die Vereinbarung von den Beteiligten aufgehoben.³⁴⁰

(c) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung

Auch der Anwendungsbereich von § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) war aufgrund des Wortlauts und seiner systematischen Stellung im Bereich der Ausnahmetatbestände auf Verträge und Beschlüsse gemäß § 1 GWB beschränkt, so dass zunächst Voraussetzung war, dass das Kooperationsvorhaben zwischen SV und VH überhaupt vom Kartellverbot erfasst wurde. Dass die Vereinbarungen zwischen SV und VH prinzipiell kartellrechtlich relevant waren i.S.v. § 1 GWB, zeigte sich schon an der vereinbarten Gebietschutzklausel, denn zum einen lag hierin bereits eine vertragliche Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der beteiligten Verlage, zum anderen hatte sie eine spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse (Außenwirkung) zur Folge, da hierdurch die Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite in jedem Fall beeinträchtigt wurden.³⁴¹

Wie schon von § 3 und § 5 Abs. 1 GWB gefordert, mussten auch gemäß § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) die vertraglichen Absprachen zwischen SV und VH die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben. Beschränkungen hinsichtlich des hierfür zur Verfügung stehenden Mittels der betrieblichen Zusammenarbeit bestanden kaum, denn abgesehen von der Ausklammerung der Spezialisierungsvereinbarungen wurde jegliche Form unternehmerischer Zusammenarbeit hiervon umfasst, so dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift sehr weit reichte.³⁴² Insofern ergaben sich für die vorliegenden Absprachen keine Schwierigkeiten, diese unter den Begriff der betrieblichen Zusammenarbeit zusammenzufassen, denn die Vereinbarungen über eine gemeinsame redaktionelle Berichterstattung im überregionalen Bereich, einen gemeinsamen Druck der Zeitungen, ein einheitliches Format, die einheitliche Papierqualität und eine einheitliche Erscheinungsweise ließen sich unproblematisch als Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen bezeichnen.³⁴³ Hierbei handelte es sich auch nicht um Spezialisierungsvereinbarungen, denn die Kooperation zwischen SV und VH begründete in

³³⁹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

³⁴⁰ Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

³⁴¹ Vgl. Werner, a.a.O., S. 167 f.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 254 f.; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 30 und 43 f..

³⁴² Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 37; Werner, a.a.O., S. 171 f.; Herresthal, Die Praxis der Mittelstandskooperationen nach § 5b GWB, S. 46.

³⁴³ Vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft 1973, BT-Drucks. 7/765, S. 3; Veltins, Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandskartellen gem. § 5b GWB, S. 110 f.; Werner, a.a.O., S. 172.

der Hauptsache nicht eine Produktverengung oder einen Produktverzicht aufgrund Produktteilung oder durch Aufteilung von Aufgabenbereichen, sondern eine Zusammenarbeit, bei der sich die Beteiligten nicht verpflichteten nur spezifische Tätigkeiten zur Herstellung ihrer Zeitungen zu erbringen bzw. nicht zu erbringen, vielmehr wollten sie bestimmte Tätigkeiten gemeinsam oder einheitlich vornehmen.³⁴⁴ Diese gemeinschaftlichen Tätigkeiten mussten schließlich die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge bezwecken. Wie schon § 3 GWB knüpfte auch § 4 Abs. 1 GWB hinsichtlich diesbezüglicher Formulierung an die Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 GWB an, war unter Zugrundelegung des hierbei maßgeblichen betriebswirtschaftlichen Rationalisierungsbegriffs ein Rationalisierungserfolg anzunehmen, wenn Vorgänge im Geschäftsablauf der einzelnen Unternehmen so gestaltet wurden, dass eine Verbesserung des innerbetrieblichen Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag eintrat.³⁴⁵ Als Beurteilungskriterien konnten die Verringerung des spezifischen Aufwandes, bezogen auf die Produktionseinheit und den Vergleich der Durchschnittskosten sowie der Produktivitätsvergleich vor und nach der Kartellierung herangezogen werden.³⁴⁶

Da eine Zusammenarbeit von zwei Verlagsunternehmen bzgl. Redaktion und Druck denknötwendig erstmal zu einer Verringerung des Herstellungsaufwandes bei den jeweiligen Zeitungen führt (z.B. aufgrund einer vereinheitlichten und somit vereinfachten Logistik, d.h. eines verbesserten Produktionsablaufs), hierdurch aus betriebswirtschaftlicher Sicht prinzipiell auch Kosten reduziert werden können (z.B. aufgrund Einsparungen beim Redaktionspersonal und einer effektiveren Auslastung der Druckmaschinen) und konsequenterweise deshalb von einer verbesserten Produktivität auszugehen ist, kann die Ansicht des BKartA geteilt werden, dass die zwischenbetrieblichen Vereinbarungen von SV und VH sich als Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge darstellten, weil hierdurch das Verhältnis zwischen Ertrag (gleiche bis höhere Produktivität) und Aufwand (verminderter Herstellungs- und Kostenaufwand) verbessert wurde. Nicht umfasst hiervon war allerdings die von SV und VH ebenfalls in diesem Zusammenhang vereinbarte Gebietsschutzklausel, wie das BKartA richtigerweise festgestellt hatte.³⁴⁷ Denn zwar kann die durch einen Gebietsschutz bewirkte Marktaufteilung theoretisch rationalisierend wirken bzw. innerbetriebliche Maßnahmen bedingen oder ermöglichen, die dann als Rationalisierung qualifiziert werden können³⁴⁸, in diesem Fall handelte es sich aber schlicht um die räumliche Abgrenzung der Interessengebiete zwischen den Verlagen (norddeutscher Bereich, SV; westdeutscher und südwestdeutscher Bereich, VH)³⁴⁹, die allein die Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen den Kartellmitgliedern bezweckte und eine Ertragssteigerung nur als Folge fehlenden Wettbewerbs herbeigeführt hätte. Dies war aber richtigerweise nach ganz

³⁴⁴ Zum Begriff der Spezialisierungsvereinbarung: B.I)1)b)aa)(1)(c).

³⁴⁵ BKartA, Beschl. v. 10.3.1976, WuW/E BKartA, 1616, 1623, „Pallas“; *Veltins*, in: DB 1978, „Die Mittelstandskooperation in Kartellrecht und Praxis“, S. 240; Herresthal, a.a.O., S. 40 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 26.

³⁴⁶ Vgl. Salje, Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 62, m.w.N.

³⁴⁷ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

³⁴⁸ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 72; *Teichmann*, in: WuW 1974, „Die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Schranke für Kooperationsvereinbarungen“, S. 450.

³⁴⁹ So auch Salje, a.a.O., S. 99.

überwiegender Meinung im Rahmen von § 4 Abs. 1 GWB grundsätzlich unzulässig und musste deshalb als freistellungswürdige Rationalisierungsmaßnahme ausscheiden.³⁵⁰ Da die beteiligten Verlage auf Hinweis des BKartA diesen Passus aber gestrichen hatten, konnte schließlich die Freistellungsvoraussetzung ohne Einschränkung bejaht werden, dass die Rationalisierung innerbetrieblicher Vorgänge unmittelbarer Gegenstand des Kartellvertrages i.S.v. § 4 Abs. 1 GWB geworden war, indem die Beteiligten ihren Kooperationszweck dahingehend vertraglich formuliert hatten, dass sie im Rahmen ihrer Vereinbarungen eine verbesserte Kalkulationsgrundlage erzielen und damit die langfristige Erhaltung beider Zeitungstitel und ihre Behauptung am Markt erreichen wollten.³⁵¹

Dieser von den Verlagen anvisierte Kooperationszweck deckte sich sinngemäß mit dem Erfordernis in § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.), wonach die Vereinbarungen dazu dienen mussten, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.³⁵² Dass es sich bei der SV und VH um mittelständische Unternehmen i.S.v. § 4 GWB handelte, wurde vom BKartA anhand verschiedener Kriterien festgestellt³⁵³, wobei im Vordergrund die relative Größe der Verlage stand, d.h. die Größe der Marktteilnehmer im Verhältnis zur Konkurrenz³⁵⁴, so dass für eine Beurteilung primär die Marktstruktur zugrunde gelegt werden musste.³⁵⁵ Als Bewertungskriterien dienten hierbei in erster Linie der Umsatz, aber auch die Zahl der Beschäftigten, die Produktionskapazität, das Eigenkapital, die Kundenbeziehungen und der Wirtschaftszweig.³⁵⁶ Von einer richtigen Einordnung der Verlage als Mittelstandsunternehmen durch die Kartellbehörde soll hier ausgegangen werden.³⁵⁷

Ob die Vereinbarungen auch eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit bei SV und VH nach sich ziehen würden, richtete sich danach, ob diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv

³⁵⁰ Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 30; Bunte, *KartR*, S. 121; *Teichmann*, in: *WuW* 1974, a.a.O., S. 450; Emmerich, *KartR*, 9. Aufl., S. 71.

³⁵¹ Vgl. Bekanntmachung Nr. 31/76 im Bundesanzeiger Nr. 73/1976, S. 4 f.

³⁵² In § 5b GWB a.F. hieß es statt „Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“ „Förderung der Leistungsfähigkeit“. Eine Änderung der Auslegung wurde mit dem Wortlautwechsel aber nicht beabsichtigt, vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 23; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 4.

³⁵³ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

³⁵⁴ Ein Teil der Literatur stellte zusätzlich auf die relative Größe im Verhältnis zur Marktgegenseite ab, während eine dritte Ansicht auch die absolute Größe der Unternehmen berücksichtigt wissen wollte, wobei für die Ober- und Untergrenze die §§ 35 ff. GWB als Anhaltspunkt dienen sollten; vgl. dazu ausführlich *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 64 ff.; Werner, a.a.O., S. 180 ff.; Veltins, *Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandskartellen gem. § 5b GWB*, S. 133 ff.; Kapteina, *§ 5b GWB – Mittelstandskooperationen*, S. 232 ff.; Herresthal, a.a.O., S. 48 ff.; Salje, a.a.O., S. 67 ff.

³⁵⁵ Grauel/Mack, *Das Mittelstandskartell in der Praxis*, S. 31; Veltins, *Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandskartellen gem. § 5b GWB*, S. 137; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 66.

³⁵⁶ Werner, a.a.O., S. 180; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 66; *Veltins*, in: *DB* 1978, a.a.O., S. 240; Görgemanns, *Der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, S. 12.

³⁵⁷ Auch aktuell handelt es sich bei der Schlüterschen Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG (SV) um ein mittelständisches Verlagsunternehmen, dass mit einem Umsatz von 78.283.000 Euro (2005) und 424 Mitarbeitern (Stand: 28.1.2010) den Schwerpunkt in der Herausgabe des Öffentlichen Telefonbuches und der Gelben Seiten hat, vgl. die Homepage des Unternehmens unter www.schluetersche.de und den Artikel von J. Winkelhage in *FAZ.NET*, vom 12. Mai 2006, „125 Jahre Telefonbuch [...]“, abrufbar unter <http://www.faz.net> Die Verlagsanstalt Handwerk (VH) lässt sich ebenfalls auch heute als Mittelstandsunternehmen einordnen; vgl. die Homepage des Verlages unter www.verlagsanstalt-handwerk.de (Stand: 28.1.2010).

geeignet waren einen Rationalisierungserfolg herbeizuführen.³⁵⁸ Denn i.d.R. ist davon auszugehen, dass ein Rationalisierungseffekt die verbesserte Wettbewerbsfähigkeit zur Folge hat, weil beide im untrennbaren Zusammenhang stehen.³⁵⁹ Als Verbesserungen kamen in diesem Zusammenhang u.a. in Betracht die Ausweitung der Produktion oder Erhöhung der Qualität, die Verbreiterung des Sortiments, die Verkürzung von Lieferwegen und die rationellere Gestaltung der Vertriebsorganisation etc.³⁶⁰ Da die Kooperation zwischen SV und VH objektiv geeignet war Rationalisierungseffekte herbeizuführen, weil die Zusammenlegung von Betriebsfunktionen kurzfristig in jedem Fall der Kosteneinsparung dienen würde, konnte angenommen werden, dass dies eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit nach sich ziehen und langfristig die Erhaltung der Vielfalt von Fachzeitschriften auf dem Markt bewirken würde.³⁶¹

Allerdings setzte § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) noch voraus, dass durch die Verbesserung der Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht wesentlich beeinträchtigt werden durfte. Voraussetzung dieses Tatbestandsmerkmals war daher auch hier zunächst die Eingrenzung des relevanten Marktes mittels der gängigen Marktabgrenzungsmethode.³⁶² So war unter Zugrundelegung des *Bedarfmarktkonzeptes* für die vorliegenden Handwerkszeitungen „Nordwestdeutsches Handwerk“ und „HZ Deutsches Wirtschaftsblatt“ festzustellen, dass in sachlicher Hinsicht sowohl für den Leser als auch für den Inserierenden zunächst von einer funktionellen Austauschbarkeit ausgegangen werden konnte, da die hier angesprochenen Berufsgruppen identisch waren, so dass grundsätzlich ein gemeinsamer Leser- und Anzeigenmarkt zu bejahen war. Bei der Ermittlung des räumlich relevanten Marktes musste im Rahmen von § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Besonderheit berücksichtigt werden, dass kleine und mittlere Unternehmen häufig nur regional tätig sind, so dass bei der Marktabgrenzung regelmäßig nur auf das Gebiet abzustellen war, in dem die Beteiligten üblicherweise ihre Leistungen erbrachten.³⁶³ Im Fall von SV war dies in erster Linie der norddeutsche Raum, während VH seine Zeitung im west- und südwestlichen Raum Deutschlands sowie in Hessen vertrieb.³⁶⁴ Insoweit bestand kein gemeinsames, mit den jeweiligen regionalen Märkten der Verlage übereinstimmendes Absatzgebiet der Kooperation. Dies ergab sich auch bereits aus der ursprünglich von den Unternehmen geplanten Gebietsschutzvereinbarung, wonach gerade das Eindringen einer der Verlage in das Absatzgebiet des anderen verhindert werden sollte.³⁶⁵ Allerdings begründete der von beiden angestrebte einheitliche überregionale Mantel für beide Zeitungen einen gemeinsamen räumlich relevanten Markt, weil hier nach Maßgabe der funktionellen Austauschbarkeit ein

³⁵⁸ Herresthal, a.a.O., S. 47; Werner, a.a.O., S. 178.

³⁵⁹ Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 40; Werner, a.a.O., S. 178; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 25.

³⁶⁰ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 29.

³⁶¹ So auch Salje, a.a.O., S. 121.

³⁶² *Teichmann*, in: *WuW* 1974, a.a.O., S. 450 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 48, 51; Werner, a.a.O., S. 184, 186 f.

³⁶³ Werner, a.a.O., S. 186 f.; *Veltins*, in: *DB* 1978, a.a.O., S. 241; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 54 f.; Herresthal, a.a.O., S. 71.

³⁶⁴ Vgl. Bekanntmachung Nr. 31/76 im Bundesanzeiger Nr. 73/1976, S. 4 f.

³⁶⁵ Vgl. Bekanntmachung Nr. 31/76 im Bundesanzeiger Nr. 73/1976, S. 4 f.

Gebiet bestand, auf dem die von der Kooperation erfassten Produkte bzw. Leistungen tatsächlichen oder potenziellen Konkurrenzangeboten gegenüberstanden.³⁶⁶ Da aber vom BKartA hier weder quantitative Merkmale (d.h. solche, die die Stellung der Unternehmen im Markt kennzeichnen, wie insbesondere der Marktanteil, dessen kritische Grenze bei 10-15 Prozent einzuordnen war³⁶⁷) noch qualitative Merkmale (also die Art und Intensität der Wettbewerbsbeschränkung) als Anknüpfungspunkte für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt wurden³⁶⁸, war nach dem Wegfall der Gebietsschutzklausel, die zu Recht vom BKartA als wettbewerbsbeschränkende Marktaufteilung eingeordnet wurde, keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarungen von SV und VH erkennbar.

Der damaligen Einschätzung des BKartA, wonach die Kooperation i.S.v. § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) zwischen SV und VH zum einen die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen nach sich ziehen und langfristig einen Beitrag zur Erhaltung der Vielfalt von Fachzeitschriften auf diesem Markt bewirken würde, zum anderen hierdurch auch keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung entstünde, war nicht nur aufgrund der vorliegenden Freistellungsvoraussetzungen zuzustimmen, sondern muss insbesondere unter dem Aspekt der gegenwärtigen, sowohl speziellen Wettbewerbssituation der beteiligten Verlage als auch der Wettbewerbssituation auf dem Markt der Handwerkszeitungen insgesamt als richtig bewertet werden. So erscheint die Zeitung „Norddeutsches Handwerk“ (ehemals „Nordwestdeutsches Handwerk“³⁶⁹) von SV mittlerweile in einer Auflagenhöhe von über 90.000 Stück³⁷⁰, das „Deutsche Handwerksblatt“ (ehemals „HZ Deutsches Wirtschaftsblatt“³⁷¹) von VH sogar in 230.000facher Auflage.³⁷²

In der Gesamtbetrachtung des Marktes der Handwerkszeitungen stellen „Deutsches Handwerksblatt“ und „Norddeutsches Handwerk“ zwei von gegenwärtig über 400 Titeln dar.³⁷³

³⁶⁶ Vgl. Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 19, Rn. 13; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 35.

³⁶⁷ So der Hinweis auf S. 7 im Merkblatt über die Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen nach dem Kartellgesetz; siehe BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern- Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 14, Fn. 42.

³⁶⁸ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85; vgl. zu den qualitativen und quantitativen Merkmalen ausführlich: *Teichmann*, in: *WuW* 1974, a.a.O., S. 451 ff.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 58 ff.; *Werner*, a.a.O., S. 187 f.

³⁶⁹ Änderung des Titels 1992.

³⁷⁰ Quelle: http://www.schluetersche.de/service/sms/zeitschriften/wirtschaft/norddeutsches_handwerk (Stand: 28.1.2010).

³⁷¹ Änderung des Titels 1997.

³⁷² Quelle: <http://www.verlagsanstalt-handwerk.de/zeitungen/deutsches-handwerksblatt.html> (Stand: 28.1.2010).

³⁷³ Vgl. *Petra Schmieder*, in: *Medium Magazin* 2002, „Lohnendes Gewerbe“ - Bericht über die Handwerkspresse; veröffentlicht unter: <http://www.handwerksjournalisten.de> (Stand: 28.1.2010).

(2) Die Fälle „*W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft*“ und „*Prisma-Verlag*“

Der Fall „Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk“ war nicht die einzige pressenspezifische Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB. Zu nennen sind an dieser Stelle auch die Fälle „*W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft*“ und „*Prisma-Verlag*“, die in der Verwaltungspraxis der Kartellbehörden eine Rolle gespielt haben. Diesen Fällen lag aber nicht nur die Frage nach Freistellung gemäß § 4 Abs. 1 GWB zugrunde, sondern sie verlangten auch nach fusionskontrollrechtlicher Überprüfung, da im Zusammenhang mit diesen Kooperationsvorhaben die Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen vorgesehen waren, weswegen eine kartellrechtliche Gesamtanalyse dieser Fälle im Rahmen des Abschnittes „Die Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich als besondere Form der Kooperation“ erfolgt.³⁷⁴

cc) Pressespezifische Rationalisierungskartelle gemäß § 5 GWB: Der Fall „*Gießener Tageszeitungen*“

(1) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben

Einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis für ein Rationalisierungskartell gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB (damals § 5 Abs. 2 und Abs. 3 GWB) stellten am 20. März 1992 die Mittelhessische Druck- und Verlagsgesellschaft mbH (MDV), Herausgeber der „Gießener Allgemeine Zeitung“ (GAZ) und die Brühlsche Universitätsdruckerei, Verlag des Gießener Anzeigers GmbH & Co. KG (BUV), Herausgeber des „Gießener Anzeiger“ (GA) beim Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellamt (LKartA). Zweck des zwischen den beteiligten Verlagen geschlossenen Vertrages war, die Herstellung und den Absatz ihrer Zeitungen sowie die Akquisition von Anzeigenaufträgen zu rationalisieren. Hierfür wollten sie eine oder mehrere Vertriebsgesellschaften gründen, um diesen die Auslieferung und Zustellung der Zeitungen zu übertragen. Außerdem sollten Anzeigen und Beilagen von jeder Partei auch im Namen und für Rechnung der anderen Partei verkauft werden können, wobei das Recht jeder Partei ihre Preise selbständig festzusetzen unberührt bleiben sollte. Des Weiteren wollten die Beteiligten Kombinationstarife einführen. Eine Prämierung bzw. Vergütung für die Neuwerbung von Abonnenten sollte aber nur erfolgen, wenn die neuen Abonnenten nicht bis zu ihrer Werbung die Zeitung der jeweils anderen Partei abonniert hatten. Neben einer gemeinsamen Geschäftsstelle vereinbarten MDV und BUV außerdem, dass der Einkauf von Papier und anderen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie der Verkauf von Druckkapazitäten koordiniert werden sollte. Durch Zusammenarbeit im Bereich der Produktion wollten die Verlage ferner Synergieeffekte

³⁷⁴ B.I)2).

aufgrund der unterschiedlichen Maschinenausrüstungen beider Parteien nutzen. Dies unter der Voraussetzung des Bestehens freier Kapazitäten und wettbewerbsfähiger Preise.³⁷⁵

(2) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidung des LKartA

Das LKartA erteilte am 6. Oktober 1992 den Verlagen die Erlaubnis zum Vertrag zur Gründung der Rationalisierungsgemeinschaft „Gießener Tageszeitungen“ nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB (damals § 5 Abs. 2 und Abs. 3 GWB³⁷⁶).³⁷⁷

Der Vertrag musste daher die Tatbestandsvoraussetzungen von § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB erfüllt haben.

Während § 5 Abs. 1 GWB Vereinbarungen und Beschlüsse regelte, die „einfache“ Rationalisierungskartelle zum Gegenstand hatten, mussten die zusätzlichen (höheren) Anforderungen von Abs. 2 vorliegen, wenn es sich um „höherrangige“ Rationalisierungskartelle handelte, d.h. Vereinbarungen, bei denen die Rationalisierung i.V.m. Preisabreden oder durch Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebs Einrichtungen (Syndikate) verwirklicht werden sollte.³⁷⁸ So war also in den Fällen des Abs. 2 stets erst zu prüfen, ob auch die Voraussetzungen von Abs. 1 erfüllt waren.³⁷⁹

(a) Der Kooperationsvertrag als einfaches Rationalisierungskartell i.S.v. § 5 Abs. 1 GWB

Da § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB als Ausnahmenvorschriften zu § 1 GWB die Geltung des Kartellverbots ausschlossen, setzten sie denotwendig das Vorliegen von dessen Tatbestandsmerkmalen voraus.³⁸⁰ Eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. § 1 GWB war im Falle von Rationalisierungskartellen aber regelmäßig schon in der Verpflichtung der Vertragspartner zu sehen, die vereinbarten Rationalisierungsmaßnahmen zu beachten.³⁸¹ Nichts anderes konnte für die Vereinbarungen von MDV und BUV gelten, denn bereits die geplanten Kombinationstarife für Anzeigen hatten die Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der beteiligten Verlage zur Folge und bewirkten außerdem eine spürbare

³⁷⁵ Siehe Bekanntmachung v. 9.4.1992 im Bundesanzeiger 1992, S. 3338.

³⁷⁶ Durch die Sechste GWB-Novelle (1998) wurden Rationalisierungskartelle i.S.d. § 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F. Gegenstand eines neuen § 5 GWB. § 5 Abs. 1 GWB übernahm die Regelung des § 5 Abs. 2 GWB a.F., die Regelung des § 5 Abs. 3 a.F. wurde weitgehend in § 5 Abs. 2 GWB übernommen, so dass die bis dato in der Verwaltungspraxis, der Rechtsprechung sowie Literatur gefundenen Ergebnisse zu den materiellen Bestimmungen der Freistellung von allgemeinen und höherstufigen Rationalisierungskartellen auch weiterhin Geltung beanspruchten; vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 14.

³⁷⁷ Siehe Bekanntmachung v. 6.10.1992 im Bundesanzeiger Nr. 199/1992, S. 8369.

³⁷⁸ *Lutz*, in: *GewArch* 1997, „Kartellverbot und zwischenbetriebliche Kooperation im deutschen Wettbewerbsrecht“, S. 270 f.; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 3, 120.

³⁷⁹ Ständige Rspr. und Praxis: BGH, Urt. v. 27.6.1968, WuW/E BGH 967, 968 f., „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA 79, „Steinzeugsyndikat“; BKartA, Beschl. v. 10.7.1963, WuW/E BKartA 732, 733, „Superphosphat II“; BKartA, Beschl. v. 14.12.1966, WuW/E BKartA 1035, 1036, „Montanzement II“; vgl. auch Eckstein, Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, S. 137; Seemann, Die Verwaltungspraxis des BKartA zu den höherstufigen Kartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB, S. 9.

³⁸⁰ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 1; *Lutz*, in: *GewArch* 1997, a.a.O., S. 270.

³⁸¹ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 1.

Beeinflussung der Marktverhältnisse im Hinblick auf die Marktgegenseite, deren Wahlmöglichkeiten hierdurch in jedem Fall beeinträchtigt wurden.³⁸²

Die Grundvoraussetzung einer Freistellung gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB aber bildete das Erfordernis, dass die Vereinbarungen und Beschlüsse „der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dienen“ (§ 5 Abs. 1 S. 1 GWB). Unter Zugrundelegung des betriebswirtschaftlich geprägten Begriffes der Rationalisierung in Kombination mit einer kartellrechtlichen Betrachtungsweise setzte dies grundsätzlich voraus, dass ein Zustand bei allen Beteiligten durch kartell- oder betriebsinterne, wettbewerbsbeschränkende, jedoch leistungssteigernde Maßnahmen herbeigeführt werden musste, der sich gegenüber dem vor der Rationalisierungsmaßnahme bestehenden Zustand als eine Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Erfolg darstellte, d.h. der gleiche Erfolg mit einem geringeren Aufwand oder ein besserer Erfolg mit gleich bleibendem Aufwand erzielt wurde.³⁸³ Als „wirtschaftliche Vorgänge“ wurden alle Möglichkeiten wirtschaftlicher Betätigung mit einbezogen, d.h. alle Maßnahmen, die in irgendeiner Weise den Geschäftsablauf beeinflussen konnten.³⁸⁴ Der Begriff „dienen“ sollte hierbei sicherstellen, dass objektiv eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestand, dass die konkrete Regelung bestimmte Rationalisierungsmaßnahmen zumindest fördern würde.³⁸⁵ Die von MDV und BUV vereinbarten Maßnahmen, wie z.B. die gemeinsamen Vertriebseinrichtungen und eine gemeinsame Geschäftsstelle, aber auch der koordinierte Einkauf von Roh- und Betriebsstoffen sowie die Zusammenarbeit im Bereich der Produktion entsprachen diesen Anforderungen, denn objektiv bestand hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass diese Regelungen den Geschäftsablauf beider Verlage beeinflussten, indem bei jedem der Beteiligten ein Teil des bisherigen innerbetrieblichen Herstellungs-, Vertriebs- und Verwaltungsaufwandes entfiel³⁸⁶, womit eine relative Kostensenkung einherging, d.h. die Senkung der Kosten pro Produktionseinheit³⁸⁷, während der Nutzenfaktor mindestens gleich blieb, wenn nicht sogar stieg. Vereinbarungen, die der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dienten, lagen zwischen MDV und BUV also vor.

Diese Vereinbarungen mussten aber auch geeignet sein, „die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder

³⁸² Vgl. *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 24.

³⁸³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.8.1997, WuW/E BKartA 2903 f., „Spannbeton-Hohldecken“; BKartA, Beschl. v. 25.7.1968, WuW/E BKartA 1225, 1227, „Krawattenstoff-Submission“; BKartA, Beschl. v. 2.5.1966, WuW/E BKartA 1248, 1250, „Fernmeldekabel“; BKartA, Beschl. v. 18.12.1968, WuW/E BKartA 1259, 1261, „Fernmeldekabel II“; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 81; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 31 ff.

³⁸⁴ BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA 79, 84, „Steinzeugsyndikat“; Werner, a.a.O., S. 54; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 39.

³⁸⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.11.1960, WuW/E 271, 276, „Einheitshydraulik“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 42.

³⁸⁶ Vgl. zu Maßnahmen zur Verringerung des innerbetrieblichen Aufwandes für wirtschaftliche Vorgänge umgerechnet auf die Produktionseinheit BKartA, Beschl. v. 4.10.1962, WuW/E BKartA 516, 520, „Langfräsmaschinen“; BKartA, Beschl. v. 3.4.1963, WuW/E BKartA 629, 631 f., „Armaturen“; BKartA, Beschl. v. 16.12.1975, WuW/E BKartA 1605, 1608, „Starkstromkabel“; siehe auch Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 81, Fn. 6 m.w.N.

³⁸⁷ Vgl. Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 81.

organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern“ (§ 5 Abs. 1 S. 1 GWB).

Während sich das Merkmal der verbesserten „Leistungsfähigkeit“ auf das Auftreten des Unternehmens nach außen, also die technische Seite des Produktionsprozesses bezog, z.B. im Hinblick auf eine bessere Qualität, ein größeres Angebot oder die schnellere Liefermöglichkeit, bezog sich das Merkmal der verbesserten „Wirtschaftlichkeit“ auf das innerbetriebliche Rechnungswesen, d.h. das verbesserte Verhältnis von Aufwand und Ertrag und damit auf den kaufmännischen Aspekt des Produktionsprozesses.³⁸⁸ Beide Voraussetzungen standen alternativ nebeneinander, so dass es nur der Hebung eines der Merkmale bedurfte.³⁸⁹ Die Begrifflichkeit „in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung“ sollte hierbei all diejenigen Bereiche kennzeichnen, in denen eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge grundsätzlich möglich war.³⁹⁰ Entscheidend war aber, dass nur wesentliche Vorteile eine Freistellung rechtfertigten.³⁹¹ Das bedeutete, dass die Verbesserung augenfällig, wirtschaftlich beachtlich und i.d.R. nachhaltig sein musste³⁹², wobei sich der Begriff der Wesentlichkeit einer allgemeinen Quantifizierung entzog.³⁹³ Es erforderte vielmehr der wertenden Einzelfallentscheidung.³⁹⁴ Nicht ausreichend war in jedem Fall eine bloße „Spürbarkeit“.³⁹⁵

Unabhängig davon, ob im Fall von MDV und BUV eine Produktionssteigerung, Qualitätsverbesserung oder gesteigerte Lieferfähigkeit i.S.e. Hebung der Leistungsfähigkeit vorlag³⁹⁶, so war der Kooperationsvertrag in jedem Fall geeignet die Hebung der Wirtschaftlichkeit beider Verlage herbeizuführen, denn es war nach der Art der vereinbarten Maßnahmen sehr wahrscheinlich³⁹⁷, dass durch eine verbesserte Kapazitätsausnutzung bzw. Kapazitätseinsparungen die Verminderung des Aufwandes und damit eine Senkung der Stückkosten erzielt würden, denn die gemeinsame Auftragslenkung und verbesserte

³⁸⁸ *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 14; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 50, 52; Werner, a.a.O., S. 65; *Veltins*, in: DB 1978, „Beurteilung von Strukturkrisen- und Rationalisierungskartellen“, S. 971.

³⁸⁹ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 51; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 14.

³⁹⁰ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 53; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 15.

³⁹¹ *Von Ditfurth*, in: DB 1965, „Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen bei Vereinbarungen zum Zweck der Rationalisierung unter der Geltung des GWB“, S. 209; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 16; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 72.

³⁹² BKartA, Beschl. v. 3.4.1963, WuW/E BKartA 629, 631 f., „Armaturen“; BKartA, Beschl. v. 10.5.1963, WuW/E BKartA 695, 701, „Kali II“.

³⁹³ *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 16; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 72.

³⁹⁴ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 72; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 16 f.

³⁹⁵ v. *Ditfurth*, in: DB 1965, a.a.O., S. 208; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 16; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 73.

³⁹⁶ Vgl. zur Hebung der Leistungsfähigkeit durch Produktionssteigerung, Qualitätsverbesserung und verbesserte Lieferfähigkeit die ausführlichen Darstellungen bei *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 54 ff. m.w.N. aus der Praxis des BKartA.

³⁹⁷ Da im Zeitpunkt der Entscheidung noch keine praktischen Erfahrungen vorlagen, wurde für das Erfordernis der „Eignung“ auf eine Zukunftsprognose abgestellt, wobei nicht eine entfernte theoretische Möglichkeit, sondern eine gewisse oder hohe Wahrscheinlichkeit vorliegen musste. Entscheidend hierbei war die objektive Eignung der Regelung; vgl. BKartA, Beschl. v. 21.3.1979, WuW/E BKartA 1797 f., „Bimsbausteine III“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 77; Bechtold, GWB, 3. Auflage, § 5, Rn. 49; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 21.

Produktionsplanung konnte zu einer gleichmäßigeren und kontinuierlicheren Beschäftigung der Verlage sowie zu Einsparungen im Bereich der Maschinennutzung beitragen.³⁹⁸

Unter Berücksichtigung der vergleichsweise geringen Anforderungen an das Wesentlichkeitskriterium³⁹⁹, war die Hebung der Wirtschaftlichkeit in diesem Fall als wesentlich i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 1 GWB einzustufen, denn die verbesserte Kapazitätsausnutzung bzw. Kapazitätseinsparungen konnten bei beiden Verlagen in den Bereichen Produktion, Vertrieb und Verwaltung als „merklich“⁴⁰⁰, d.h. augenfällig, „nicht nur geringfügig“⁴⁰¹, weil wirtschaftlich beachtlich und „ins Gewicht fallend“⁴⁰², weil nachhaltig eingeordnet werden, denn eine solch weitgehende Zusammenarbeit in allen wesentlichen verlagsunternehmerischen Segmenten ist immer von qualitativ sehr hohen Ausmaß.

Diese Zusammenarbeit musste aber auch geeignet sein, durch die Hebung der Wirtschaftlichkeit der beteiligten Verlage die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern, d.h. der Rationalisierungsvorteil musste auch der Allgemeinheit, speziell dem Nachfragebereich, also den Verbrauchern oder auch nachgelagerten Wirtschaftsstufen zugute kommen.⁴⁰³ Eine verbesserte Befriedigung des Bedarfs konnte immer dann angenommen werden, wenn die infolge der Vereinbarungen wesentlich gehobene Wirtschaftlichkeit oder Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen in Gestalt einer besseren (oder gleichen) Leistung zum gleichen (oder günstigeren) Preis sichtbar wurde oder wenn der Bezug des betreffenden Produktes erst ermöglicht oder auch nur erleichtert wurde.⁴⁰⁴ Auch wenn für diesen Fall nicht eindeutig zu prognostizieren war, ob eine Weitergabe von Kosteneinsparungen in Form gesenkter Preise (z.B. hinsichtlich des Stückpreises der betreffenden Zeitungen) oder verbesserte Bezugsmöglichkeiten, z.B. in Form eines größeren und reichhaltigeren Angebots oder kürzerer Lieferfristen erfolgen würde⁴⁰⁵, so war doch objektiv wahrscheinlich⁴⁰⁶, dass durch die Zusammenarbeit eine Verteuerung der Leistungen, z.B. im Hinblick auf Anzeigenpreise verhindert würde, was einer Verbesserung prinzipiell gleichzustellen war, denn schon preisstabilisierenden Maßnahmen wurde stets eine positive Bedeutung beigemessen⁴⁰⁷, zumal die Kartellbehörden das tatsächliche Eintreten der Vorteile und Verbesserungen regelmäßig

³⁹⁸ Vgl. zur Hebung der Wirtschaftlichkeit durch verbesserte Kapazitätsausnutzung und Kapazitätseinsparungen die ausführlichen Darstellungen bei *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 61 ff. m.w.N. aus der Praxis des BKartA.

³⁹⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 14.5.1963, WuW/E BKartA 668, 673, „Bleiweiß“; siehe auch *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 73.

⁴⁰⁰ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA 79, 86, „Steinzeug I“.

⁴⁰¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 26.6.1964, WuW/E BKartA 853, 855, „Vakuum-Technik“.

⁴⁰² Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.1963, WuW/E BKartA 629, 632, „Armaturen“.

⁴⁰³ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 85 f.

⁴⁰⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA 79, 87, „Steinzeug I“; siehe auch *Deringer*, in: WuW 1958, a.a.O., S. 15; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 85; *Langen*, in: WuW 1960, „Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungs-Kartellen“, S. 245.

⁴⁰⁵ Vgl. zu den Verbesserungsmöglichkeiten im Einzelnen die ausführlichen Darstellungen bei *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 87 ff.

⁴⁰⁶ Die Eignung der Vereinbarungen zur Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs richtete sich nach denselben Kriterien, wie die Eignung der Vereinbarungen zur Hebung der Wirtschaftlichkeit oder Leistungsfähigkeit; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 97.

⁴⁰⁷ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 85, 88, 90.

mit Hilfe von Auflagen absicherte.⁴⁰⁸ So auch im Fall von MDV und BUV, bei denen das LKartA die Freistellung u.a. mit der Auflage versah, dass Kombinationstarife für Anzeigen, die sowohl in der GAZ als auch im GA erschienen, nur in der Weise eingeführt werden durften, dass daneben die alleinige Belegung jeder der beiden Zeitungen weiterhin möglich war.⁴⁰⁹

Als weitere Voraussetzung für eine Freistellung musste gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 GWB der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen.

Die hiermit verbundene Abwägung stellte das zentrale Freistellungserfordernis dar, obgleich § 5 Abs. 1 GWB selbst nichts darüber aussagte, nach welchen Kriterien die Angemessenheit zu beurteilen war. Insoweit war eine wertende Einzelfallentscheidung zu treffen.⁴¹⁰ Hierbei galt, dass der Rationalisierungsvorteil und die Bedarfsbefriedigung, die zusammen den Rationalisierungserfolg ausmachten, insgesamt so erheblich sein mussten, dass sie die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung aufwogen.⁴¹¹ Eine diesbezügliche Beurteilung hing demnach maßgeblich vom Umfang des Rationalisierungserfolgs im Vergleich mit dem Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung ab.⁴¹² Es galt folglich, den Umfang derjenigen Vorteile, die sich per Saldo sowohl für die beteiligten Unternehmen wie auch für die Abnehmer aus der beabsichtigten Rationalisierung ergaben dem dadurch ausgelösten Umfang der Wettbewerbsbeschränkung gegenüberzustellen und abzuwägen.⁴¹³ Beurteilungskriterien auf Seiten des Rationalisierungserfolgs waren v.a. betriebswirtschaftliche Aspekte und Größen, wobei sowohl gesamtwirtschaftliche aber auch betriebsindividuelle Auswirkungen berücksichtigt werden mussten.⁴¹⁴ Ausschlaggebend waren i.d.R. die Auswirkungen auf die Verbraucher und den Markt, also die Frage nach einer verbesserten Befriedigung des Bedarfs.⁴¹⁵ Hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkung bildeten der Umfang des Ausschlusses internen Wettbewerbs sowie der Grad der Außenseiterkonkurrenz die

⁴⁰⁸ Vgl. etwa BKartA, Beschl. v. 21.3.1979, WuW/E BKartA 1794, 1799, „Bimsbausteine III“ oder BKartA, Beschl. v. 15.1.1976, WuW/E BKartA 1643, 1645, „Anhängervorrichtungen“; siehe auch Holland, Auflagen der Kartellbehörden zu Rationalisierungskartellen, S. 6.

⁴⁰⁹ Siehe Bekanntmachung v. 6.10.1992 im Bundesanzeiger Nr. 199/1992, S. 8369.

⁴¹⁰ Tätigkeitsbericht des BKartA 1960, BT-Drucks. 3/2734, S. 29; Werner, a.a.O., S. 84 f.; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 98 f.

⁴¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.1997, NJW 1998, S.756, 760, „Europapokalheimspiele“; KG, Urt. v. 8.5.1970, WuW/E OLG 1117, 1121, „Fernmeldekabel-Gemeinschaft“; BKartA, Beschl. v. 29.1994, WuW/E BKartA 2696, 2700, „Fußball-Fernsehübertragungsrechte II“; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 82; a.A. Werner, a.a.O., S. 85 f., wonach das Verhältnis nicht genau gleich, aber doch soweit angeglichen sein musste, dass zwischen Vor- und Nachteilen keine erhebliche Differenz bestehen durfte, weil dies der Wortbedeutung des Begriffes „angemessen“ am nächsten käme. Teilweise wurde auch gefordert, dass ein Überschuss an Vorteilen bestehen musste; so *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Auflage, § 5, Rn. 28; was sich aber dem § 5 Abs. 1 S. 2 GWB nicht entnehmen ließ; vgl. ausführlich dazu *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 101; Werner, a.a.O., S. 85 f.

⁴¹² *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 105.

⁴¹³ Werner, a.a.O., S. 84; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 98, 106.

⁴¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 18.5.1982, WuW/E BGH 1929, 1931, „Basalt-Union“; Werner, a.a.O., S. 85; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 106 f.

⁴¹⁵ Kirschstein/Segelmann, Rationalisierungskartelle und Syndikate, S. 19; *Dülz*, in: WRP 1958, „Die Behandlung der Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 165; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 106.

maßgeblichen Kriterien.⁴¹⁶ So fielen wettbewerbsbeschränkende Regelungen umso weniger ins Gewicht, je geringer die Auswirkungen auf das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen waren.⁴¹⁷ Den Beurteilungsmaßstab bildete hierfür der Umfang der vereinheitlichten Maßnahmen, wobei Art, Grad der Starrheit oder Elastizität der Bindung und bestehender oder nicht bestehender Preiswettbewerb die wichtigsten Parameter darstellten.⁴¹⁸ Und umso schwerer wiegten Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Unternehmen, je schwächer die Konkurrenz durch Dritte ausgeprägt war.⁴¹⁹

Auf innerbetrieblicher Seite konnten durch die Kooperation von MDV und BUV aufgrund der verbesserten Kapazitätsausnutzung bzw. Kapazitätseinsparungen diverse Kosten eingespart werden, somit eine Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Erfolg bei jedem Verlag erzielt werden. Allerdings stellten die hierfür getroffenen Regelungen auch eine Wettbewerbsbeschränkung dar, denn in den Bereichen, in denen die Zusammenarbeit stattfinden sollte, wie beispielsweise beim Vertrieb, dem Einkauf oder beim Verkauf von Druckkapazitäten, wurde der bislang bestehende Wettbewerb zwischen beiden Unternehmen weitgehend ausgeschaltet. Der Umstand, dass es sich bei GAZ und GA um die zwei einzigen Lokalzeitungen der Stadt Gießen handelte, ließ auch nicht auf ausgeprägte Konkurrenz durch dritte Anbieter von Lokalzeitungen schließen, so dass der mit der Kooperation einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich ein hohes Gewicht beizumessen war. Es durfte jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass im Zeitpunkt des Vertrages (1992) die Zahl der Lokalmonopole von Tageszeitungen in Deutschland bereits hoch war und deshalb insgesamt ein sehr hoher Konzentrationsgrad bestand⁴²⁰, was die Annahme rechtfertigte, den Erhalt der wirtschaftlichen Selbständigkeit beider Verlage mit ihren unterschiedlichen Zeitungen durch eine rein wirtschaftliche Zusammenarbeit im Hinblick auf die Verbraucher und den Markt insgesamt als positiv zu bewerten. Auch die Tatsache, dass beide Verlage hinsichtlich der Festlegung ihrer Preise weiterhin frei blieben, somit keine starre Bindung begründet wurde, sprach dafür, hinsichtlich des Rationalisierungserfolgs ein angemessenes Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen, denn die Vorteile waren insoweit so erheblich, dass sie die Nachteile aufwogen, zumal eine Freistellung i.d.R. nur versagt werden konnte, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung bestand⁴²¹, was in diesem Fall definitiv zu verneinen war.

Mit dem letzten Freistellungserfordernis gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 GWB, wonach die mit dem Rationalisierungskartell verbundene Wettbewerbsbeschränkung nicht „zur Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschenden Stellung“ führen durfte, bestand eine absolute

⁴¹⁶ Bunte, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 109.

⁴¹⁷ Bunte, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 110.

⁴¹⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 27.10.1959, WuW/E BKartA 79, 88, „Steinzeugsyndikat“; BKartA, Beschl. v. 20.7.1960, WuW/E BKartA 224, 233, „Niedersächsische Kalkwerke“; BKartA, Beschl. v. 14.5.1963, WuW/E BKartA 668, 674, „Bleiweiß“; Bunte, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 110.

⁴¹⁹ Bunte, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 114.

⁴²⁰ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1991/1992, BT-Drucks. 12/5200, S. 125 sowie X. Hauptgutachten der Monopolkommission von 1992/1993, S. 295 ff., Rn. 622 ff.

⁴²¹ Bunte, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 99.

Schranke der Wettbewerbsbeschränkung, die hinsichtlich ihrer rechtlichen Überprüfung der bei § 3 GWB entsprach.⁴²² Festzustellen war daher, ob die Rationalisierungsvereinbarung die beteiligten Unternehmen oder einzelne von ihnen jedem „wesentlichen Wettbewerb“ i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB entzog.⁴²³ Das war i.d.R. der Fall, wenn der Wettbewerb seine Kontrollfunktion nicht mehr erfüllte, d.h. wenn das einzelne Unternehmen das Verhalten von Wettbewerbern nicht mehr in Rechnung stellen musste. Für eine derartige Feststellung kam es entscheidend auf die Gesamtwürdigung der tatsächlichen Außenwirkungen der Kooperation auf die Marktverhältnisse an. Abzustellen war auf den Marktanteil und das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen sowie die Struktur des betroffenen Marktes.⁴²⁴ Dies erforderte vorab die Abgrenzung des relevanten Marktes nach der Bedarfsmarktmethode, d.h. ob bzgl. der Produkte von MDV und BUV eine funktionelle Austauschbarkeit bestand, also ob aus Sicht der Marktgegenseite (Leserschaft sowie Anzeigeninserenten) GAZ und GA publizistische Erzeugnisse waren, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe standen, dass sie vom Abnehmer als austauschbar und damit marktgleichwertig angesehen wurden.⁴²⁵

Unter sachlichen Gesichtspunkten bedeutet dies für den Lesermarkt, dass Inhalt, Charakter, Leserkreis, Erscheinungsweise, Vertriebsform und andere für den Leser entscheidende Merkmale den Grad der Austauschbarkeit bestimmen.⁴²⁶

Bei einer rein organisatorisch-technischen Betrachtung, wie Erscheinungsweise, Verbreitungsgebiet und Vertriebsmethode⁴²⁷, handelte es sich sowohl bei GAZ als auch bei

⁴²² Wie im Rahmen der Spezialisierungskartelle gemäß § 3 GWB erfolgte die Einführung der Freistellungsgrenze der „marktbeherrschenden Stellung“ erst mit der Sechsten GWB-Novelle (1998), so dass im Zeitpunkt der Entscheidung im Fall MDV/BUV diese Tatbestandsvoraussetzung noch nicht bestand. Während die Vorgängernorm von § 3 GWB (§ 5a GWB a.F.) ausdrücklich das Bestehen bleiben wesentlichen Wettbewerbs als Freistellungskriterium beinhaltet, wurde diese Voraussetzung im Rahmen von § 5 Abs. 2 S. 2 GWB a.F. als ein Element der Verhältnismäßigkeitsabwägung geprüft. Nach Auffassung des Gesetzgebers ergaben sich sowohl bei der Überprüfung von Spezialisierungs- als auch bei Rationalisierungsvereinbarungen aufgrund der begrifflichen Änderung aber keine sachlichen Unterschiede zwischen alter und neuer Regelung; vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; siehe auch *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 58; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 116 ff.; Der in diesem Zusammenhang bestehende Streit bei § 3 GWB über die Einbeziehung der überragenden Marktstellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB im Rahmen des Marktbeherrschungsbegriffes galt entsprechend für § 5 GWB, so dass diesbezüglich auf die Darstellungen im Fall „Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf“ verwiesen wird mit dem Fazit, dass das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vornehmlich an dem Erfordernis wesentlichen Wettbewerbs nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB orientiert zu interpretieren war; für § 5 GWB so auch *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 59; *Bunte*, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1752; *Bechtold*, in: NJW 1998, „Das neue Kartellgesetz“, S. 2770 f.

⁴²³ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 118.

⁴²⁴ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 118.

⁴²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 28.4.1992, WUW/E BGH 2771, 2772 f., „Kaufhof/Saturn“; KG, Urt. v. 18.2.1969, WuW/E OLG 995, 995 f., „Handpreisauszeichner“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 22; *Möschel*, in: JZ 1984, „Fusionskontrolle im Pressebereich“, S. 496; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Aufl., Bd. 1 § 19, Rn. 11; Thiel, a.a.O., S. 39.

⁴²⁶ Groß, Presserecht, Rn. 243; Thiel, a.a.O., S. 45; *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 496.

⁴²⁷ Zur Erscheinungsweise gehört die Trennung in Tages-, Wochen-, Sonntags-, Morgen- und Abendzeitungen. Das Verbreitungsgebiet lässt sich in lokale, regionale und überregionale Bereiche unterteilen. Die Vertriebsmethode untergliedert sich in Straßenverkauf oder Abonnementabsatz; vgl. Thiel, a.a.O., S. 48, Fn. 77-79; Groß, Presserecht, Rn. 243; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 63.

GA um lokale Abonnementtageszeitungen. Abonnementtageszeitungen deshalb, weil sie sechsmal die Woche (Montag bis Samstag) erschienen⁴²⁸ und sich hinsichtlich ihrer Berichterstattung und Aufmachung dahingehend von sog. *Straßenverkaufszeitungen* unterschieden, dass sie, was die Breite und Tiefe der Berichterstattung sowie ihre Art der Darstellung von Nachrichten- und Berichtsschwerpunkten anging, nicht wie *Straßenverkaufszeitungen* eine erweiterte Bildausstattung und eine blickfangende graphische Gestaltung aufwiesen, um den Kunden täglich aufs Neue zum Kauf zu veranlassen.⁴²⁹ Als lokale Tageszeitungen waren GAZ und GA einzuordnen, weil ihre inhaltlichen Nachrichten- und Berichtsschwerpunkte im redaktionellen Teil schwerpunktmäßig einen lokalen Bezug aufwiesen⁴³⁰, denn das Verbreitungsgebiet beider Zeitungen umfasste hauptsächlich die Stadt und den Landkreis Gießen.⁴³¹

Insoweit überschneiden sich an dieser Stelle die Kriterien der sachlichen mit denen der räumlichen Marktabgrenzung, weshalb eine strikte Trennung beider Bereiche nicht immer möglich ist. Den Anknüpfungspunkt der sachlichen Abgrenzung bilden aber in erster Linie die räumlich-inhaltlichen Berichtsschwerpunkte, d.h. inwieweit sich beide Ausgaben in Bezug auf den Lesermarkt nach dem örtlichen Geschehen (hier lokal) und den daraus entstehenden Bedürfnissen ausrichten, während sich die räumliche Abgrenzung maßgeblich nach dem tatsächlichen Verbreitungsgebiet richtet (dazu unten mehr).⁴³²

Auch unter Berücksichtigung inhaltlicher, publizistisch-geistiger Kriterien, die neben den organisatorisch-technischen Merkmalen das Erscheinungsbild, die Aufmachung und den Gesamtcharakter einer Zeitung ausmachen und die deshalb ausschlaggebend für die Kaufentscheidung des Lesers sind⁴³³, ließ sich insoweit kein sachlicher Unterschied zwischen GAZ und GA feststellen, denn beide Blätter waren Zeitungen, in denen über die gleichen Bereiche in vergleichbarer Darstellung berichtet wurde.⁴³⁴ Selbst wenn die religiöse oder politische Grundrichtung dieser Zeitungen derart ausgestaltet war, dass ihre Käufer bzw. Leser einen Wechsel zu der anderen Zeitung abgelehnt hätten, so änderte dies nichts an der

⁴²⁸ Als Tageszeitung wird ein Printmedium dann angesehen, wenn es mindestens zweimal in der Woche erscheint und einen aktuellen politischen Teil mit inhaltlich unbegrenzter Nachrichtenvermittlung enthält; so Thiel, a.a.O., S. 50; Auch gegenwärtig erscheinen GAZ und GA von Montag bis Samstag; siehe IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, IV. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=g> (Stand: 28.1.2010).

⁴²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1857 f., „Zeitungsmarkt München“; BKartA, Beschl. v. 13.10.1981, WuW/E BKartA 1921, 1928 f., „Burda/Springer“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 64; Thiel, a.a.O., S. 51 ff.

⁴³⁰ Dabei wird unter einer lokalen Verbreitung eine solche über einen kleinen Land- bzw. Stadtkreis oder ein Teil davon verstanden; vgl. Hildebrandt, Die Anwendung der §§ 22 und 26 Abs. 2 GWB auf das Pressewesen, S. 115.

⁴³¹ Dies trifft auch aktuell noch für das Verbreitungsgebiet von GAZ und GA zu; siehe http://www.giessener-anzeiger.de/verlag/pages/anzeigerservice/anzeigen_zgz.pdf und <http://www.giessener-allgemeine.de/media/anzeigen/Preisliste58.pdf> (Stand: 28.1.2010).

⁴³² Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 65; Thiel, a.a.O., S. 54 und 106; Hildebrandt, a.a.O., S. 114; Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 497.

⁴³³ Thiel, a.a.O., S. 48; Löffler/Ricker, Handbuch des PresseR, S. 671, Rn. 7; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 63.

⁴³⁴ Dies ließ sich auch schon aus der Tatsache folgern, dass in organisatorisch-technischer Hinsicht vergleichbare Zeitungen vorlagen.

generellen Austauschbarkeit beider Presseerzeugnisse. Denn entscheidend für die Marktgleichwertigkeit war, dass sowohl durch GAZ als auch GA der Bedarf nach täglicher Information über Politik, Wirtschaft, Kultur etc. in vergleichbarer Weise befriedigt wurde. Wollte man allein wegen der politischen oder religiösen Grundeinstellung der jeweiligen Tageszeitung eine Vergleichbarkeit der beiden Zeitungen verneinen, so hätte jede von ihnen einen eigenen Markt gebildet, was aber mit der Lebenswirklichkeit nicht zu vereinbaren gewesen wäre.⁴³⁵

Der räumlich relevante Markt bildet die zweite Dimension der Marktabgrenzung. Die räumliche Marktabgrenzung bezieht sich dabei auf die tatsächlichen Verbreitungsgebiete der Presseobjekte.⁴³⁶ Eine solche Abgrenzung ist erforderlich, soweit die Presseobjekte einem sachlichen Markt angehören (wie hier für den Markt der lokalen Abonnementtageszeitungen gegeben) oder die sachlichen Unterscheidungskriterien für die Annahme getrennter Märkte nicht ausreichen.

Es blieb damit festzustellen, ob GAZ und GA tatsächlich im gleichen (lokalen) Verbreitungsgebiet vertrieben wurden, d.h. ob sie einen gemeinsamen räumlich relevanten Markt bildeten. Dies war eindeutig zu bejahen, denn beide Zeitungen erschienen mit ihren Ausgaben in der Stadt Gießen, so dass sie örtlich betrachtet als funktionell austauschbar anzusehen waren.

Der grundsätzlich vom Lesermarkt zu unterscheidende und doch von diesem aufgrund wechselseitiger Abhängigkeit untrennbare Anzeigenmarkt erlaubt es zwar nicht⁴³⁷, dieselben Abgrenzungskriterien und -maßstäbe, die den Lesermarkt charakterisieren ohne Berücksichtigung der Besonderheiten im Anzeigensegment anzuwenden⁴³⁸, dennoch bildet insbesondere das Verbreitungsgebiet des zur Wahl stehenden Werbeträgers einen nicht unwesentlichen Abgrenzungsfaktor.⁴³⁹ Hierbei mit einzubeziehen sind v.a. der Inhalt und die Ortsbezogenheit des Anzeigensubjekts sowie die Verbreitungsdichte und Auflagenhöhe des Presseerzeugnisses.⁴⁴⁰ Insoweit besteht auch bei der Abgrenzung von Anzeigenmärkten eine enge Verknüpfung zwischen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung.⁴⁴¹

Unter der Annahme, dass Anzeigenkunden, die Anzeigen mit überwiegend lokalem Bezug aufgeben wollen, sich i.d.R. derjenigen Werbeträger bedienen, die sich auf lokaler Ebene betätigen (wie z.B. Lokalzeitungen)⁴⁴², konnte im Fall von GAZ und GA unter Berücksichtigung des identischen Lesermarktes unproblematisch von einem gemeinsamen

⁴³⁵ Vgl. KG, Urt. v. 7.2.1986, WuW/E OLG 3807, 3808, „Grüner+Jahr/Zeit“.

⁴³⁶ Thiel, a.a.O., S. 103; Hildebrandt, a.a.O., S. 114; Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 497.

⁴³⁷ Siehe zur wechselseitigen Abhängigkeit von Leser- und Anzeigenmarkt (sog. Anzeigen-Auflagen-Spirale) B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁴³⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70.

⁴³⁹ Spieler, a.a.O., S. 56; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70.

⁴⁴⁰ Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 84; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70; Spieler, a.a.O., S. 56.

⁴⁴¹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70.

⁴⁴² Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, WuW/E OLG 3767, 3770, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; Thiel, a.a.O., S. 71; Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 87.

sachlich und räumlich relevanten Markt für Anzeigen ausgegangen werden, denn für Inserenten waren beide Zeitungen funktionell austauschbar, weil sie mit beiden denselben Adressatenkreis erreichten.

Eine Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes konnte in diesem Fall dahinstehen, denn sie war hier ohne Bedeutung, so dass im Ergebnis GAZ und GA sachlich und räumlich marktgleichwertige publizistische Erzeugnisse darstellten.

Bei der Feststellung, ob durch die vorliegende Kooperation eine marktbeherrschende Stellung verstärkt oder begründet wurde, spielte die Höhe des gesamten Marktanteils der Beteiligten eine bedeutende Rolle, denn je höher dieser war, umso genauer musste geprüft werden, ob trotz der getroffenen Rationalisierungsvereinbarungen noch wesentlicher Wettbewerb zwischen den Beteiligten i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB bestehen blieb.⁴⁴³ Unter Berücksichtigung der Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB, wonach auch aktuell eine Marktbeherrschung bereits bei 50 Prozent anzunehmen ist, war hier objektiv von einer überragenden Marktstellung der beiden Unternehmen auszugehen, da beide Verlage mit GAZ und GA den Markt für lokale Abonnementtageszeitungen in Gießen unter sich aufteilten.⁴⁴⁴ Trotz der mit einem hohen Marktanteil verbundenen Indizfunktion, bedurfte es v.a. aber der Beurteilung des Marktverhaltens, also inwieweit der Kartellvertrag noch Wettbewerb zwischen beiden Kartellpartnern zuließ, denn nur so konnte man dem Einzelfall und seinen Besonderheiten gerecht werden.⁴⁴⁵ Eine Antwort auf die Frage, ob noch kartellinterner Wettbewerb bestand gab hierbei der Inhalt der Rationalisierungsvereinbarungen, so dass diesbezüglich die geplante Zusammenarbeit beim Vertrieb, Anzeigengeschäft, Einkauf, bei der Geschäftsstelle und der Maschinennutzung zu überprüfen war. Trotz der zu § 5 GWB vom BKartA herausgegebenen Verwaltungsgrundsätze⁴⁴⁶, wonach umfassende gemeinsame Vertriebseinrichtungen eine Freistellung i.d.R. ausschlossen und bei der erforderlichen restriktiven Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes im Rahmen von Rationalisierungskartellen⁴⁴⁷, war ein bestehender wesentlicher Wettbewerb zwischen MDV und BUV weiterhin zu erwarten. Denn bei einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände musste berücksichtigt werden, dass die von beiden Verlagen beschlossenen Rationalisierungsvereinbarungen keine so umfangreiche und enge geschäftliche Verflechtung begründeten, dass hierdurch eine dauerhaft gleichgerichtete Interessenlage entstand, die ausschließlich koordiniertes Wettbewerbsverhalten zur Folge hatte.⁴⁴⁸ Dafür sprach insbesondere, dass im Anzeigengeschäft jede Partei ihre Preise weiterhin selbständig festlegen konnte, eine Zusammenarbeit bei der Maschinennutzung nur erfolgte, wenn die Kapazitäten der Parteien

⁴⁴³ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 118.

⁴⁴⁴ Grundsätzlich fand die Marktbeherrschungsvermutung von § 19 Abs. 3 GWB keine Anwendung, sie konnte aber im Rahmen von § 3 und § 5 GWB eine Orientierungshilfe darstellen; vgl. hierzu B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁴⁴⁵ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 59; so auch schon zu § 3 GWB Werner, a.a.O., S. 144 f.; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 35, 38.

⁴⁴⁶ Siehe BKartA, Bekanntmachung Nr. 109/98, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., Textanhang, S. 2820.

⁴⁴⁷ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 59; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 6.

⁴⁴⁸ Vgl. KG, Urt. v. 12.3.1997, WuW/E OLG 5907, 5914 f., „Rheinpfalz/Medien Union“; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 47.

dafür frei waren und Kombinationstarife nur eingeführt werden sollten, wenn sie wirtschaftlich sinnvoll waren.⁴⁴⁹ Insgesamt blieb damit trotz der Vereinbarungen viel Raum für Wettbewerb (z.B. Preiswettbewerb), da keiner der beiden Verlage durch den Vertrag derart gebunden wurde, dass er bei wettbewerblichen Entscheidungen zur bedingungslosen Rücksichtnahme verpflichtet war.⁴⁵⁰

(b) Der Kooperationsvertrag als höherstufiges Rationalisierungskartell i.S.v. § 5 Abs. 2 GWB

Mit der Bezeichnung „höherstufige Rationalisierungskartelle“ waren besondere Vereinbarungen gemeint, die aufgrund weitergehender Wettbewerbsabsprachen und damit einer zusätzlichen Beschränkung des Wettbewerbs auch erweiterter Freistellungsvoraussetzungen bedurften.⁴⁵¹ Merkmale höherstufiger Rationalisierungskartelle waren gemäß § 5 Abs. 2 GWB Preisabsprachen und gemeinsame Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen (Syndikate), durch die bzw. i.V.m denen die Vereinbarung oder der Beschluss die Rationalisierung verwirklichen sollte, wenn die Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 GWB vorlagen und wenn der Rationalisierungszweck auf andere Weise nicht erreicht werden konnte.⁴⁵²

Unter Preisabsprachen waren alle Vereinbarungen zu verstehen, die unmittelbar oder mittelbar Abreden über Preise und Preisbestandteile enthielten und deshalb den Wettbewerb der Kartellpartner untereinander oder zu Dritten beschränkte.⁴⁵³ Zwar vereinbarten MDV und BUV ausdrücklich keine Preisabrede i.S.e. Zusatzvereinbarung zu einer Rationalisierungsmaßnahme i.S.v. § 5 Abs. 1 GWB⁴⁵⁴, sondern legten vielmehr fest, dass auch weiterhin jede Partei ihre Preise insbesondere in Bezug auf das Anzeigengeschäft selbständig bestimmen durfte. Doch die ebenfalls eingeräumten Möglichkeiten zu Kombinationstarifen, der Prämierung bzw. Vergütung von Abonnentenwerbung und der gemeinsame Verkauf von Druckkapazitäten sowie der gemeinsame Einkauf von Rohstoffen erforderte notwendig eine Verständigung über die zu fordernden Preise, so dass für diesen Fall Preisabsprachen i.S.v. § 5 Abs. 2 GWB anzunehmen waren, da neben gegenständlichen

⁴⁴⁹ Siehe Bekanntmachung v. 9.4.1992 im Bundesanzeiger 1992, S. 3338.

⁴⁵⁰ Vgl. KG, Urt. v. 12.3.1997, WuW/E OLG 5907, 5914 f., „Rheinpfalz/Medien Union“; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 47.

⁴⁵¹ Werner, a.a.O., S. 89.

⁴⁵² Die zum Zeitpunkt des hier in Frage stehenden Falles gemäß § 5 Abs. 3 GWB a.F. noch existierende Voraussetzung, dass die Rationalisierung im „Interesse der Allgemeinheit“ stehen musste, wurde im Zuge der Sechsten GWB-Novelle gestrichen mit der Begründung, dass eine Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen der Ministererlaubnis nach § 8 GWB vorbehalten und dafür im Rahmen der kartellbehördlichen Prüfung kein Raum sei; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; siehe auch *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 14; Aufgrund der Existenz dieser Freistellungsvoraussetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung im Fall „Gießener Tageszeitungen“ findet das Tatbestandsmerkmal des Allgemeinwohlinteresses später noch seine Berücksichtigung.

⁴⁵³ Hierzu gehörten v.a. Mindest- und Höchstpreisvereinbarungen, Kalkulationsabsprachen, Festpreisvereinbarungen und auch die Festlegung von Preisrelationen; vgl. *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 124 f.; Werner, a.a.O., S. 92 f.

⁴⁵⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.5.1960, WuW/E BKartA 205, 208, „Buchenfaserholz“; BKartA, Beschl. v. 29.12.1960, WuW/E BKartA 322, 326, „Textilohnveredlung“; *Koppensteiner*, in: WuW 1969, „Wettbewerbskosten und Leistungsverzicht als Grenze des Rationalisierungsbegriffes?“, S. 541.

Preisabreden auch solche mit einzubeziehen waren, die lediglich Zweck oder Folge der übrigen Vereinbarungen darstellten.⁴⁵⁵ Dies stand auch im Einklang mit der Formulierung „in Verbindung mit“ in § 5 Abs. 2 GWB, wonach es ausreichend war, dass die Preisabreden die Voraussetzung für Rationalisierungsmaßnahmen bildeten bzw. im Zusammenhang mit bestimmten Rationalisierungsvorhaben erst später erforderlich wurden.⁴⁵⁶

Für das Vorliegen von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen war erforderlich, dass sie syndikatstypische Kennzeichen aufwiesen, wie z.B. Preisvereinheitlichung, Quotierung, Gebietsabsprachen, Auftragssteuerung oder gemeinsames Marketingkonzept.⁴⁵⁷ Im Fall von MDV und BUV sollten Vertriebsgesellschaften gegründet werden, denen die Auslieferung und Zustellung der Zeitungen übertragen werden sollte. Außerdem sollte der Einkauf von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen koordiniert werden. Hiermit lagen klassische Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen i.S.v. § 5 Abs. 2 GWB vor, denn die gemeinsame Lenkung von Auftrags- und Lieferungsströmen sowie die Gründung selbständiger Einkaufsgesellschaften stellten eine typische Form des Syndikatvertrages dar, „durch“ die die Rationalisierung erfolgen sollte.⁴⁵⁸

Unter Berücksichtigung der Maßgabe, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 GWB im Hinblick auf diejenigen Rationalisierungsmaßnahmen erfüllt sein mussten, die ohne die Preisabreden oder das Syndikat nicht hätten verwirklicht werden können⁴⁵⁹, konnte für den vorliegenden Fall bereits festgestellt werden, dass sowohl für die Vereinbarungen hinsichtlich der Koordinierung des Vertriebs als auch bzgl. der Regelungen für einen gemeinsamen Einkauf die Voraussetzungen eines einfachen Rationalisierungskartells erfüllt waren.

Trotz Wegfalls des Erfordernisses in § 5 Abs. 2 GWB, dass die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit stehen musste (vgl. § 5 Abs. 3 GWB a.F.)⁴⁶⁰, soll an dieser Stelle der Fall von MDV und BUV auf dieses Kriterium hin überprüft werden, da im Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 1992 diese Voraussetzung noch Gültigkeit besaß.

Die Voraussetzung des Allgemeininteresses an der Rationalisierung war eine Frage der Gewichtung zwischen der erreichbaren kartellinternen Rationalisierung und der externen Gemeinnützigkeit einerseits sowie den Nachteilen der negativen Marktbeeinflussung andererseits.⁴⁶¹ Erforderlich war deshalb, dass bestimmte gesamtwirtschaftliche oder sonstige dem Allgemeinwohl dienende Vorteile durch die Rationalisierung erreicht werden konnten, weshalb es galt die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung mit dem zu erwartenden Nutzen für die Allgemeinheit gegeneinander zu gewichten.⁴⁶² Die Vorteile konnten hierbei

⁴⁵⁵ Werner, a.a.O., S. 94; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 124.

⁴⁵⁶ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 128.

⁴⁵⁷ BKartA, Beschl. v. 16.6.1964, WuW/E BKartA 846, 851, „Hydromechanik“; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 66; Werner, a.a.O., S. 96.

⁴⁵⁸ Vgl. dazu auch BKartA, Besch. v. 10.4.1964, WuW/E BKartA 795, 800 f., „Teerverwertung“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 126, 130 ff.; Werner, a.a.O., S. 94 ff., 99 f.

⁴⁵⁹ BKartA, Beschl. v. 16.11.1965, WuW/E BKartA 1011, 1012, „Zementkontor Unterelbe“; BKartA, Beschl. v. 14.2.1966, WuW/E BKartA 1035, 1036, „Montanzement II“.

⁴⁶⁰ Zu den Gründen der Streichung dieser Freistellungsvoraussetzung vgl. die Ausführungen in Fn. 452.

⁴⁶¹ BKartA, Beschl. v. 14.5.1963, WuW/E BKartA 668, 675 f., „Bleiweiß“; Werner, a.a.O., S. 107.

⁴⁶² Werner, a.a.O., S. 107.

insbesondere auch in nichtwirtschaftlichen Bereichen liegen⁴⁶³, so dass speziell für diesen Fall v.a. die verfassungsrechtlich geschützte Pressevielfalt den Maßstab für das Allgemeininteresse bildete, denn grundsätzlich bestand i.S.d. Gemeinwohls das Interesse an möglichst großer Titelvielfalt insbesondere hinsichtlich lokaler Tageszeitungen, weshalb die hiermit verbundene Wettbewerbsbeschränkung bei einer Gewichtung dahinter zurücktrat, auch unter der Berücksichtigung, dass durch die Kooperation die wirtschaftliche Selbständigkeit der Verlage mehr aufrechterhalten als eingeschränkt wurde.

Die Freistellung des Vorhabens nach § 5 Abs. 2 GWB konnte aber schließlich nur erfolgen, wenn der Rationalisierungszweck nicht auf eine andere Weise hätte erreicht werden können, d.h. die Beteiligten den Rationalisierungszweck ganz ohne Preisabrede oder Syndikat hätten erreichen können oder wenn weniger gravierende Wettbewerbsbeschränkungen als die vorgesehenen Preisabsprachen oder das Syndikat ausgereicht hätten.⁴⁶⁴ Das Erfordernis der Erforderlichkeit bezog sich damit ausschließlich auf die Preisabreden oder das Syndikat selbst und nicht auf die zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß § 5 Abs. 1 GWB.⁴⁶⁵ Bei der Feststellung, ob der Rationalisierungszweck mit gar keinen oder weniger wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auf gleiche Art hätte erreicht werden können, war ein objektiver Maßstab anzulegen.⁴⁶⁶ Außerdem sollten bei dieser Beurteilung wirtschaftlich und technisch zusammengehörende Stufen der Bearbeitung nicht getrennt werden.⁴⁶⁷

Die Notwendigkeit von Preisabreden ergab sich für diesen Fall aus der erforderlichen Verständigung über einheitliche Preise, z.B. beim Verkauf von Druckkapazitäten oder hinsichtlich des gemeinsamen Einkaufs von Rohstoffen, denn eine Auftragslenkung mit der damit geplanten optimalen Kapazitätsausnutzung hätte sich bei unterschiedlichen Preisen der Kartellmitglieder nicht erreichen lassen.⁴⁶⁸

Die Notwendigkeit der gemeinsamen Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen rechtfertigte sich aus der vom BKartA bereits in anderen Fällen anerkannten Tatsache, dass die Rationalisierung gerade darin lag, dass beide Verlage auf den selbständigen Vertrieb deshalb verzichteten, um durch den gemeinsamen Vertrieb die sonst erforderliche eigenständige Absatzorganisation einzusparen und dieser Zweck auch nicht auf andere Weise als durch Syndikat hätte erreicht werden können.⁴⁶⁹ Der hierbei zugrunde liegende Gesichtspunkt der Kosteneinsparung machte auch die Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf entsprechend notwendig.⁴⁷⁰

⁴⁶³ So z.B. in der Gesundheitsvorsorge oder dem Umweltschutz; Werner, a.a.O., S. 108.

⁴⁶⁴ BKartA, Beschl. v. 22.12.1965, WuW/E BKartA 1055, 1060, „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 144.

⁴⁶⁵ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 145.

⁴⁶⁶ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 144.

⁴⁶⁷ BKartA, Beschl. v. 5.9.1977, WuW/E BKartA 1695, 1697, „Uran“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 144.

⁴⁶⁸ So auch *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 145.

⁴⁶⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 21.3.1960, WuW/E BKartA 162, 169, „Basaltsyndikat“; BKartA, Beschl. v. 14.5.1963, WuW/E BKartA 668, 674 f., „Bleiweiß“; BKartA, Beschl. v. 10.5.1963, WuW/E BKartA 695, 702, „Kali II“; BKartA, Beschl. v. 27.9.1967, WuW/E BKartA 1175, 1178, „Kali III“; *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 153.

⁴⁷⁰ *Bunte*, in: FK, § 5 GWB 1999, Rn. 152.

Der Kooperationsvertrag zwischen MDV und BUV war somit richtigerweise als höherstufiges Rationalisierungskartell gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB freizustellen.

Auch dem Antrag der Beteiligten im Jahr 1995 auf Verlängerung dieses Rationierungskartells wurde vom LKartA stattgegeben.⁴⁷¹

Mit Blick auf die aktuelle Wettbewerbssituation auf dem Zeitungsmarkt in Gießen lässt sich die Freistellung des Rationalisierungskartells zwischen MDV und BUV auch im Nachhinein als richtig einordnen, denn bis heute sind beide Zeitungen wirtschaftlich selbständig geblieben und stehen im Wettbewerb miteinander. So erscheint die GAZ gegenwärtig mit einer Druckauflage i.H.v. 66.776 Exemplaren und der GA mit einer Druckauflage i.H.v. 35.772 Stück.⁴⁷² Damit ist Gießen eine der wenigen deutschen Städte mit unter 80.000 Einwohnern, die über zwei unabhängig voneinander erscheinende Tageszeitungen verfügt⁴⁷³, so dass sich die zum Zeitpunkt der Entscheidung getroffene Einschätzung bewahrheitet hat, wonach bei beiden Verlagen Rationalisierungserfolge eintreten würden, die nicht zur Einschränkung des Wettbewerbs führen und gleichzeitig zum Erhalt beider Zeitungstitel beitragen würden.

c) Ergebnis zu den Praxisbeispielen nach §§ 2 ff. GWB

aa) Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung

Unter Ausklammerung der „Sonstigen Kartelle“ gemäß § 7 GWB, die im Rahmen dieser Arbeit einer gesonderten Beurteilung bedürfen, weshalb sie an dieser Stelle auch noch keine Berücksichtigung finden, beschränkten sich die Tatbestandstypen der pressenspezifischen Kooperationen auf die dargestellten Fälle von Spezialisierungs-, Mittelstands- und Rationalisierungskartellen. Normen- und Typenkartelle gemäß § 2 Abs. 1 GWB, Konditionenkartelle gemäß § 2 Abs. 2 GWB, Einkaufskooperationen gemäß § 4 Abs. 2 GWB, Strukturkrisenkartelle gemäß § 6 GWB und Ministerkartelle gemäß § 8 GWB spielten in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zu pressenspezifischen Kooperationen damit keine Rolle.

Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass das Ziel der Verlagsunternehmen durch Kooperationen einen größeren wirtschaftlichen Erfolg bzw. wirtschaftliche Absicherung zu erreichen v.a. mit Hilfe der Rationalisierung von Unternehmensabläufen ermöglicht werden sollte, denn die Vorschriften der Spezialisierungs-, Mittelstands- und Rationalisierungskartelle regelten im Vergleich zu den anderen Ausnahmetatbeständen die verschiedenen Formen dieser zwischenbetrieblichen Leistungssteigerung (vgl. den Wortlaut von §§ 3, 4 Abs. 1 sowie § 5 Abs. 1 GWB: „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“).

⁴⁷¹ Bundesanzeiger Nr. 8/1995, S. 223.

⁴⁷² Vgl. die IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, I. Quartal 2007; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=g> (Stand: 28.1.2010).

⁴⁷³ In über der Hälfte der Landkreise in Deutschland liegen Monopolstellungen der jeweiligen Lokalzeitung vor; Röper, in: Media Perspektiven 2004, „Bewegung im Zeitungsmarkt 2004“, S. 281; vgl. auch Mallik, Ist die Zeitung noch zu retten? [...], S. 45 f., 160.

Die Beurteilung der pressespezifischen Funktionalität dieser qualifizierten Ausnahmetatbestände orientiert sich daher maßgeblich daran, ob diese Normen geeignet waren einerseits dem Streben der Unternehmen nach wirtschaftlichem Erfolg durch Rationalisierung und andererseits dem Gesellschaftsbedürfnis nach Wettbewerb und Publizitätsvielfalt gerecht zu werden.

Sowohl aus theoretischer Sicht als auch anhand der Praxisbeispiele überprüft, konnten die Handlungsspielräume der Verlagsunternehmen für Kooperationen im Rahmen der §§ 3, 4 Abs. 1 sowie des § 5 GWB als verhältnismäßig groß eingeordnet werden.⁴⁷⁴ Dies traf nicht nur für kleine und mittlere Verlage zu, denen mit § 4 Abs. 1 GWB ausdrücklich eine verbesserte Kooperationsmöglichkeit zu Verfügung gestellt wurde, um so den strukturellen Nachteil gegenüber großen Verlagen ausgleichen zu können⁴⁷⁵, sondern auch für alle anderen. Denn auch § 5 GWB und § 3 GWB boten bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Formulierung hinsichtlich der Freistellungsfähigkeit von Rationalisierungsvereinbarungen und Spezialisierungsabreden eine Vielzahl von Möglichkeiten, da allein der Begriff „wirtschaftlicher Vorgang“ so weit ausgelegt werden konnte, dass nahezu jeder Geschäftsablauf hiervon umfasst war und unter dem Spezialisierungsbegriff die Produktions- und Arbeitsteilung i.w.S. verstanden werden konnte. So ließen sich deshalb auch nahezu alle der daraufhin überprüften Vereinbarungen unter diese Tatbestandsvoraussetzungen subsumieren und ein Rationalisierungseffekt i.S.e. verbesserten Kosten-Nutzen-Verhältnisses feststellen.⁴⁷⁶ Selbst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in den §§ 3 und 5 Abs. 1 S. 3 GWB (regelmäßig in Form der überragenden Marktstellung) musste nicht zwingend zu einer Untersagung des Vorhabens führen, denn allen drei Ausnahmetatbeständen war gleich, dass sie immer auch der wertenden Einzelfallentscheidung bedurften, damit im Rahmen einer hiermit verbundenen Gesamtwürdigung bzw. Abwägung allen Besonderheiten des konkreten Falles Rechnung getragen werden konnte. So stand im Fall „BVA/Werberuf“ dem Marktanteil i.H.v. 80 Prozent ein so gewichtiger potenzieller Wettbewerb gegenüber, dass dieser die Freistellung des Vorhabens rechtfertigte.⁴⁷⁷ Oder im Fall der „Gießener Tageszeitungen“, bei dem zwar zwei Verlage den betroffenen Zeitungsmarkt unter sich aufteilten, die aber auch nach der Kooperation zwischenbetrieblich einen wesentlichen Wettbewerb erwarten ließen.⁴⁷⁸ Darüber hinaus bestand selbst bei äußersten Bedenken der Kartellbehörden am Vorhaben immer noch die Chance auf eine Freistellung, wenn die Verlage bereit waren die in Frage stehenden Vereinbarungen der Kooperation zu streichen oder bestimmte, von der Behörde i.V.m. den Abreden angeordnete Auflagen zu erfüllen⁴⁷⁹, so dass sich die §§ 3, 4 Abs. 1 und 5 GWB im Hinblick auf pressespezifische Kooperationen

⁴⁷⁴ So auch Knoche/Zerneck, a.a.O., S. 182.

⁴⁷⁵ BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 1; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 1.

⁴⁷⁶ Vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c); B.I)1)b)aa)(2)(c); B.I)1)b)bb)(1)(c); B.I)1)b)cc)(2)(a).

⁴⁷⁷ Siehe B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁴⁷⁸ Siehe B.I)1)b)cc)(2)(a).

⁴⁷⁹ So z.B. der Verzicht auf eine Gebietsschutzklausel; vgl. B.I)1)b)bb)(1)(c); oder von der Kartellbehörde angeordnete Auflagen bzgl. geplanter Kombinationstarife; vgl. B.I)1)b)cc)(2)(a).

insgesamt betrachtet als unternehmensfreundlich darstellten, was nicht zuletzt die Tatsache belegt, dass keines der beabsichtigten Vorhaben von der Kartellbehörde versagt wurde.⁴⁸⁰

Trotz der festgestellten umfangreichen Handlungsspielräume für die Presseunternehmen, sorgte die Kombination aus qualifiziertem Tatbestand, Freistellungsobergrenze (marktbeherrschende Stellung in § 3 und § 5 GWB bzw. keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in § 4 Abs. 1 GWB) und Gesamtwürdigung aller relevanten Fallumstände durch eine Verhältnismäßigkeitsabwägung der Vor- und Nachteile sowie die Möglichkeit der Kartellbehörden unter dem Vorbehalt von wettbewerbssichernden Auflagen das Vorhaben zu genehmigen für die Sicherstellung größtmöglichen Wettbewerbs und größtmöglicher Publizitätsvielfalt zum Zeitpunkt der Entscheidung, aber auch im Hinblick auf die hierbei getroffene Zukunftsprognose. Dies belegen u.a. die aktuellen Wettbewerbssituationen auf den fallbezogenen Märkten.

Zwar existieren die Kundenzeitungen für den Rundfunk- und Fernseheinzelhandel aus dem Fallbeispiel „BVA/Werberuf“ heutzutage nicht mehr, weil (wie vom BKartA vorausgesehen⁴⁸¹) an deren Stelle mittlerweile die Zeitungsbeilagen mit dem Rundfunk- und Fernsehprogramm getreten sind. Dies beweist aber auch, wie wichtig es zum Zeitpunkt der Entscheidung war, mit § 3 GWB eine Norm zur Verfügung zu haben, die es trotz der scheinbar eindeutigen Marktsituation (80 Prozent Marktanteil von BVA/Werberuf) und der mit Spezialisierungsvereinbarungen immer einhergehenden Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung von hoher Intensität ermöglichte⁴⁸², alle darüber hinaus relevanten Fallumstände mit zu berücksichtigen und deshalb die in dieser Situation einzig sinnvollen Spezialisierungsabreden zwischen den Verlagen vom Kartellverbot freizustellen, um den Druck des damals potenziellen Wettbewerbs durch die Verlage von Zeitungsbeilagen zumindest zeitweise abzufedern und somit BVA und Werberuf die Gelegenheit zu geben weiterhin wettbewerbsfähig zu bleiben und sich neu am Markt zu positionieren. Dies hat im Fall von BVA funktioniert, wie die aktuelle Wettbewerbssituation des Verlages zeigt⁴⁸³, denn das Unternehmen ist derzeit Herausgeber von mehr als sieben Fachzeitschriften, deren Themengebiete sich von „Fahrrad“ bis „Schmuck“ erstrecken.⁴⁸⁴ Im Bereich Rundfunk- und Fernsehprogramm erscheint bei BVA aktuell aber keine Publikation mehr.

Auch der Fall „Storck/Schneider“ verdeutlichte die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung und der damit verbundenen Verhältnismäßigkeitsabwägung bei der Freistellung von Spezialisierungsvereinbarungen gemäß § 3 GWB, denn hier lag der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten im Segment der Apothekenkundenzeitschriften mit 45 Prozent ebenfalls sehr

⁴⁸⁰ Im Ergebnis ebenso Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 31.

⁴⁸¹ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74 f.

⁴⁸² Die Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung von hoher Intensität ergab sich deshalb, weil die beteiligten Unternehmen bei Kooperationen i.S.v. § 3 GWB den Markt unter sich aufteilten und die einzelnen Teilmärkte Monopolbildungen ausgesetzt wurden; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 36; Werner, a.a.O., S. 138; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 31.

⁴⁸³ Über Werberuf sind keine aktuellen Daten zu erhalten.

⁴⁸⁴ Vgl. die Homepage der Bielefelder Verlag GmbH & Co. KG veröffentlicht unter: <http://zeuss.bva-bielefeld.de/bva/> (Stand: 28.1.2010).

hoch und ließ nicht nur auf den tatsächlich vorliegenden Ausschluss kartellinternen Wettbewerbs, sondern auch auf eingeschränkten Restwettbewerb im Außenverhältnis zu anderen Konkurrenten schließen. In diesem Fall musste jedoch gerade die Marktstruktur vor der Spezialisierungskooperation berücksichtigt werden, die deutlich machte, dass beide Kartellmitglieder gegenüber ihren Konkurrenten bis zum Zeitpunkt der Zusammenarbeit wegen des insgesamt geringen Umfangs ihrer Zeitschriften benachteiligt waren. Hinzu kam, dass die bedeutendsten Wettbewerber durch ihre Nähe zu einem Berufsverband der Apotheker, einem breiteren Angebot von allgemeinen und speziellen Apothekenkundenzeitschriften sowie weiterer Werbemittel über die besseren Informations- und Werbemöglichkeiten verfügten, weshalb sich schließlich die wettbewerbliche Bedeutung des hohen Marktanteils relativierte. Aber auch unter pressepolitischen Gesichtspunkten war die Kooperation zu rechtfertigen. Zwar sollten die gemeinsam hergestellten Kundenzeitschriften redaktionell gleichen Inhalts sein und bloß noch die verschiedenen Titel beibehalten.⁴⁸⁵ Dies war pressepolitisch dennoch vertretbar, weil Storck und Schneider aufgrund der großen Zahl von Doppellesern sowieso nur einen Leserkreis erreichten.⁴⁸⁶

An der Titelvielfalt insgesamt hat sich bis heute nicht viel geändert, weder im Hinblick auf das beteiligte Verlagsunternehmen Storck, noch im Hinblick auf die Marktsituation der Apothekenkundenzeitschriften allgemein. So erscheinen in Deutschland gegenwärtig weit über 15 verschiedene Titel, von denen Storck zwar alleine schon vier herausgibt, gleichzeitig aber nur eines von rund zehn weiteren Verlagsunternehmen ist, so dass losgelöst vom Aspekt der Titelvielfalt aktuell ausgeprägter Wettbewerb vorhanden ist.⁴⁸⁷

Ein ausgeprägter Wettbewerb sowie Titel- bzw. Publizitätsvielfalt lassen sich heute ebenfalls im Bereich der Handwerkszeitungen feststellen, in dem die Zeitungen „Norddeutsches Handwerk“ und „Deutsches Handwerksblatt“ mit einer Auflage von über 90.000 bzw. 230.000 Exemplaren vertreten sind und wo beide gerade mal zwei von derzeit über 400 Titeln darstellen.⁴⁸⁸ Die im Zusammenhang mit diesen beiden Zeitungstiteln überprüfte Kooperation zwischen den Herausgebern Schlütersche Verlagsanstalt (SV) und der Verlagsanstalt Handwerk (VH) stand hier exemplarisch für die pressenspezifische Zusammenarbeit von kleineren und mittleren Unternehmen nach den Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 GWB⁴⁸⁹ und

⁴⁸⁵ Siehe Bekanntmachung Nr. 116/77 im Bundesanzeiger Nr. 116/1977.

⁴⁸⁶ Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 83 f.

⁴⁸⁷ Vgl. dazu die IVW-Auflagenliste, Kundenzeitschriften, Apotheken, IV. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1151&u=&p=&b=alle&sv=401&sb=401&t=Kundenzeitschriften+Prozent28branchenbezogenProzent29&sub=APOTHEKENProzent2FMEDIZINProzent2FGESUNDHEIT> (Stand: 28.1.2010); siehe auch die Homepage von Gebr. Storck GmbH & Co. Verlags-oHG; veröffentlicht unter: <http://www.storckverlag.de/> (Stand: 28.1.2010).

⁴⁸⁸ Siehe B.I)1)b)bb)(1)(c).

⁴⁸⁹ Der Fall „Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk“ war nicht die einzige pressenspezifische Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB. Zu nennen sind ebenfalls die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“, die in der Verwaltungspraxis der Kartellbehörden eine Rolle gespielt haben, denen aber nicht nur die Frage nach Freistellung gemäß § 4 Abs. 1 GWB zurunde lag, sondern die auch nach fusionskontrollrechtlicher Überprüfung verlangten, da im Zusammenhang mit diesen Kooperationsvorhaben die Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen vorgesehen waren, weswegen ihre kartellrechtliche Bewertung im Rahmen der Abschnitte B.I)2)b)aa) und B.I)2)b)bb) erfolgt.

belegte die mit dieser Norm vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollten vielfältigen Möglichkeiten zum Abschluss von Rationalisierungsabreden unter Freistellung vom Kartellverbot, ohne dabei zu wesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen oder zu einer Einschränkung der Publizitätsvielfalt geführt zu haben.⁴⁹⁰ So war es den Verlagen aufgrund dieser speziellen Mittelstandsnorm möglich, ungebunden an eine bestimmte Art der Rationalisierung (wie z.B. bei § 3 GWB mit dem Erfordernis der Spezialisierungsvereinbarung der Fall)⁴⁹¹, umfassende und weitreichende Abreden im drucktechnischen und redaktionellen Bereich zu treffen, um vor dem Hintergrund größenbedingter, d.h. struktureller Nachteile eine verbesserte Kalkulationsgrundlage zu erzielen und damit eine Leistungssteigerung herbeizuführen sowie gleichzeitig einen Beitrag zur Erhaltung der Vielfalt von Fachzeitschriften zu bewirken.⁴⁹² Alles unter der Voraussetzung, dass hierbei der Wettbewerb nicht wesentlich beschränkt würde, denn auch in § 4 Abs. 1 GWB durfte die Abwägung zwischen dem Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung und der Bedeutung des Rationalisierungserfolges nicht unterbleiben⁴⁹³, was sich in diesem Fall nach dem Verzicht der Beteiligten auf die vom BKartA als Wettbewerbsbeschränkung eingeordnete Gebietsschutzklausel als unproblematisch darstellte, denn die Kooperation wies weder kritische Marktanteils Grenzen auf noch bestanden sonstige Anknüpfungspunkte, die auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung hindeuteten.⁴⁹⁴ Auch im Hinblick auf den Erhalt der Publizitätsvielfalt ergaben sich keine Bedenken, denn die Vereinbarungen sahen zwar die Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich vor, erklärtes Ziel war hierbei aber lediglich ein gemeinsamer überregionaler Teil, während die regionalen Redaktionen unberührt blieben, um die Wahrung regionaler Besonderheiten und individueller Gestaltung der einzelnen Zeitungen sicherzustellen.⁴⁹⁵

Die Sicherstellung der Pressevielfalt konnte auch im Rahmen der Kooperation zwischen den „Gießener Tageszeitungen“ erreicht werden, was sich nicht zuletzt in der Freistellungsfähigkeit des Vorhabens nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GWB begründete. Während § 3 GWB eine bestimmte Form der Rationalisierung (durch Spezialisierung) zum Gegenstand hatte und § 4 Abs. 1 GWB bestimmte Beteiligte (kleinere oder mittlere Unternehmen) voraussetzte, regelte § 5 GWB die Rationalisierungskartelle im eigentlichen Sinne⁴⁹⁶, wobei der Art der Vereinbarungen kaum Grenzen gesetzt und im Rahmen von Abs. 2 sogar Syndikate und Preisabreden denkbar waren. Deshalb war es im Fall der „Gießener Tageszeitungen“ den beteiligten Verlagen überhaupt möglich, nicht nur bei Produktion, Werbung und Anzeigengeschäft zusammenzuarbeiten, sondern auch in den Bereichen Vertrieb und Einkauf Abreden zu treffen, um die wirtschaftliche Selbständigkeit jeder Zeitung zu

⁴⁹⁰ Zu den Gründen der vielfältigen Freistellungsmöglichkeiten von Mittelstandskartellen gemäß § 4 Abs. 1 GWB siehe BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 1 ff.

⁴⁹¹ Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 3.

⁴⁹² B.I)1)b)bb)(1)(c).

⁴⁹³ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 31.

⁴⁹⁴ B.I)1)b)bb)(1)(c).

⁴⁹⁵ B.I)1)b)bb)(1)(c).

⁴⁹⁶ Siehe auch *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 1.

sichern.⁴⁹⁷ Diesen somit sehr umfangreichen Kooperationsmöglichkeiten der beiden einzigen Marktteilnehmer und der damit eng verbundenen Gefahr von erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen stand aber nicht nur die Freistellungsgrenze der marktbeherrschenden Stellung (§ 5 Abs. 1 S. 3 GWB), sondern auch das Erfordernis einer verbesserten Bedarfsbefriedigung (§ 5 Abs. 1 S. 1 GWB) sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung (§ 5 Abs. 1 S. 2 GWB) gegenüber, weshalb neben dem starren Kriterium des Marktanteils wiederum die wertende Einzelfallentscheidung unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinheit, insbesondere des Verbrauchers für die Entscheidung maßgeblich war. Hierbei boten Abs. 1 und Abs. 2 eine praktikable Abstufung bei der kartellrechtlichen Beurteilung, denn nur wenn auch tatsächlich Vertriebs- oder Beschaffungsvereinbarungen bzw. Preisabreden getroffen wurden, galt im Rahmen der Abwägung das zusätzliche Erfordernis der anderweitigen Unerreichbarkeit des Rationalisierungszwecks in § 5 Abs. 2 GWB. Für den Fall der „Gießener Tageszeitungen“ bedeute dies, dass obwohl der Markt zwischen beiden Anbietern aufgeteilt war, aufgrund der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung eine Kooperation allein zur Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit festgestellt werden konnte, die nicht nur notwendigerweise der Preisabreden und Vertriebs- bzw. Beschaffungsvereinbarungen zur Erreichung des Rationalisierungszweckes bedurfte, sondern primär eine verhältnismäßig lockere Koordinierung von Geschäftsabläufen beinhaltete und deshalb weiterhin wesentlichen Wettbewerb zwischen „Gießener Allgemeine Zeitung“ (GAZ) und „Gießener Anzeiger“ (GA) erwarten ließ⁴⁹⁸, aber insbesondere daneben zur Folge hatte, dass mit dem Erhalt der wirtschaftlichen Sicherheit auch der Erhalt publizistischer Vielfalt einherging, so dass heute beide Zeitungen nach wie vor im wirtschaftlichen wie publizistischen Wettbewerb miteinander stehen und Gießen eine der wenigen deutschen Städte mit unter 80.000 Einwohnern ist, die über zwei unabhängig voneinander erscheinende Tageszeitungen verfügt.⁴⁹⁹

Die überprüften Fälle belegen zunächst, dass sich das deutsche Kartellrecht vor der Siebten GWB-Novelle mit seinem klaren Regel-Ausnahme-System nicht nur allgemein, sondern auch im Hinblick auf pressenspezifische Sachverhalte als zuverlässig und praxistauglich erwiesen hat.⁵⁰⁰ Denn trotz des gemeinhin als verhältnismäßig streng und wenig flexibel eingestuften Rahmens der abschließend vorgegebenen Legalisierungsmöglichkeiten⁵⁰¹, boten die Tatbestände der §§ 3, 4 Abs. 1 und 5 GWB aufgrund ihrer ausreichenden Interpretationsfähigkeit und v.a. durch die Verhältnismäßigkeitsabwägung von Kooperationserfolg und Wettbewerbsbeschränkung genügend Möglichkeiten, um dem Bedürfnis der Presseunternehmen nach Zusammenarbeit zum Zwecke der Rationalisierung

⁴⁹⁷ B.I)1)b)cc)(2)(b).

⁴⁹⁸ B.I)1)b)cc)(2)(a).

⁴⁹⁹ B.I)1)b)cc)(2)(b).

⁵⁰⁰ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

⁵⁰¹ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

von Geschäftsabläufen und mit dem Ziel der Leistungssteigerung gerecht zu werden. Insbesondere der abschließende Charakter der Normen hatte für die Unternehmen den Vorteil der Einschätzbarkeit hinsichtlich der Freistellungsfähigkeit ihrer Vorhaben, so dass im Zuge der langjährigen Anwendungspraxis eine gewisse Rechtssicherheit bestand.⁵⁰² Die kartellrechtliche Praktikabilität der Ausnahmetatbestände zeigte sich aber v.a. anhand der Tatsache, dass die freigestellten Kooperationen keine negative Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zur Folge hatten, sondern vielmehr (wie die aktuellen Wettbewerbssituationen auf den jeweils einschlägigen Märkten gezeigt haben) zur Sicherung des bestehenden oder sogar zur Belebung eines solchen geführt haben und damit gleichzeitig einen erheblichen Beitrag zum Erhalt der Publizitätsvielfalt beitragen konnten.

bb) Analyse

Es darf allerdings nicht unbeachtet bleiben, dass Kooperationen im Bereich der Presse im Verhältnis zur übrigen Wirtschaft nur in sehr geringem Umfang Gegenstand kartellrechtlicher Entscheidungen geworden sind⁵⁰³, weshalb sich die Frage aufdrängt, ob seitens der Presseunternehmen überhaupt ein ausgeprägtes Bedürfnis danach bestand, die vom Gesetzgeber mit den §§ 2 ff. GWB gewährten Freiräume zu nutzen, zumal die wenigen Entscheidungen ohne eine einzige Untersagung noch auf eine insgesamt wenig restriktive Tendenz der Kartellbehörden bei der Freistellung deuten ließen.⁵⁰⁴

Von einem gesteigerten Bedürfnis muss aber zumindest in den Jahren 2001 ff. ausgegangen werden, legt man die Forderungen einiger Presseunternehmen aus diesen Jahren zugrunde, wonach die Verlage der anhaltend schwierigen wirtschaftlichen Lage nur mit Hilfe von erweiterten pressespezifischen Kooperationsmöglichkeiten begegnen könnten.⁵⁰⁵ Dann aber gilt es den Widerspruch aufzuklären, wenn ein so großes Bedürfnis nach Kooperationen bestand, warum sich dieses dann nicht in einer gesteigerten Anzahl von kartellrechtlich relevanten Fällen widerspiegelte.

Zunächst lässt sich dies damit erklären, dass es sich bei dem Großteil der Vertreter dieser Forderungen um verhältnismäßig große Verlagskonzerne (wie dem Axel Springer Verlag, der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck oder dem Verlag M. DuMont Schauberg) handelte⁵⁰⁶, deren Kooperationsvorhaben aufgrund ihrer umfangreichen Marktmacht und Finanzkraft regelmäßig nicht nach den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB legalisierungsfähig gewesen wären, so dass von vornherein kein Freistellungsversuch vor den Kartellbehörden

⁵⁰² So haben die hohe Rechtssicherheit und die deutliche negative Signalwirkung des Regel-Ausnahme-Systems dazu beigetragen, dass sich das deutsche Modell und die deutsche Praxis sowohl bei anderen Wettbewerbsbehörden als auch bei den Unternehmen einen guten Ruf erworben hatten; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

⁵⁰³ Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 31.

⁵⁰⁴ Ein solches Bedürfnis wird von Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 31, für kleine oder mittlere Verlage im Ergebnis verneint.

⁵⁰⁵ Siehe *Axel Springer Verlag; Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck; Verlag M. DuMont Schauberg*; alle in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 45.

⁵⁰⁶ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 45.

unternommen wurde, weshalb auch ein verstärktes Interesse dieser Verlage an einer Lockerung der kooperationsrechtlichen Regelungen bestand.

Dieser größenbedingte Umstand traf für kleine und mittlere Verlage aber nicht zu, weshalb gerade diese Unternehmen aufgrund ihrer strukturellen Nachteile besonders unter der Pressekrise zu leiden hatten, so dass zum Ausgleich dieser Nachteile eigentlich eine vermehrte Zusammenarbeit zu erwarten war und warum es andere Gründe für die geringe Anzahl kartellrechtlicher Entscheidungen bzgl. pressenspezifischer Kooperationen nach §§ 2 ff. GWB gegeben haben muss.

(1) Die „Tolerierungspraxis“ der Kartellbehörden

Ein Grund für die geringe Anzahl von kartellrechtlichen Entscheidungen bzgl. pressenspezifischer Kooperationen kann in der allgemeinen „Tolerierungspraxis“ der Kartellbehörden gesehen werden, die schon in der Zeit vor der Pressekrise, d.h. vor 2001 und für Kooperationsvorhaben insgesamt festzustellen war. So eröffnete das BKartA zwischen 1995 und 1999 pro Jahr durchschnittlich ca. 100 neue Vorgänge nach den §§ 2 ff. GWB, wobei gut zwei Drittel dieser Vorgänge im Durchschnitt formell durch Beschwerdeabweisungen, Legalisierungen, Auflagen, Bußgeldbescheide oder wegen der Aufgabe des Vorhabens abgeschlossen wurden.⁵⁰⁷ Unter Berücksichtigung einer gewissen Anzahl an informellen Voranfragen, für die ein Vorgang rein prophylaktisch angelegt wurde und keines formellen Abschlusses bedurfte, verblieben jedes Jahr einige Fälle, die toleriert bzw. nicht weiter verfolgt wurden.⁵⁰⁸

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die festgestellte wenig restriktive Tendenz der Kartellbehörden bei der Freistellung pressenspezifischer Kooperationen erklären⁵⁰⁹, die sogar bis zur Duldung von nicht legalisierungsfähigen Kartellen reichte, wie der Fall eines von vier Großverlagen gemeinsam geschaffenen Pressegrossvertriebssystems auf dem Gebiet der ehemaligen DDR im Jahr 1990 zeigt: Zwar hatte die Zusammenarbeit des Heinrich Bauer-, Axel Springer-, Gruner+Jahr- und Burda Verlags in den Grossunternehmen eindeutig die Beschränkung des Wettbewerbes insbesondere zwischen den beteiligten Verlagen sowohl hinsichtlich der Nachfrage nach Grossvertriebsleistungen als auch beim Angebot von

⁵⁰⁷ Ergebnis einer internen Erhebung des BKartA; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 15.

⁵⁰⁸ Ein Beispiel aus der Entsorgungswirtschaft bildete die offizielle Tolerierung der Zusammenarbeit der Wirtschaft in der Duales System Deutschland GmbH, deren Zweck die Gewährleistung einer flächendeckenden Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen sein sollte und mit der die Gründung von Garantiegemeinschaften sowie Gemeinschaftsunternehmen verbunden war, die wiederum die Gefahr der Entstehung von Gebietsmonopolen beherbergten. Soweit diese mit der Kooperation verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen direkt auf die Verpackungsordnung zurückzuführen waren, wurden sie vom BKartA weitgehend toleriert, um die umweltpolitische Zielvorgabe des Ordnungsgebers nicht zu gefährden; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern- Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 15; ausführlich zu diesem Fall *Hossenfelder/Müller/Parlasca*, in: ZHR 1996, „Das Kartellverbot und seine Ausnahmen“, S. 15 f. m.w.N.

⁵⁰⁹ So auch festgestellt von Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 31.

Presseerzeugnissen zur Folge.⁵¹⁰ Doch konnte das BKartA mangels Zuständigkeit nicht gegen die mit den Verlagsbeteiligungen noch vor der Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 geschaffenen Fakten einschreiten und musste wegen der wahrscheinlichen Verlagsauslieferung durch den Heinrich Bauer- und den Axel Springer Verlag im Falle einer Untersagung aller Pressegrossogesellschaften mit Verlagsbeteiligung mit den vier Verlagen einen Kompromiss schließen, der einerseits den teilweisen Verkauf der gemeinsamen Pressegrossunternehmen und die Übertragung von Vertriebsgebieten auf verlagsunabhängige Dritte vorsah, andererseits aber die Duldung des restlichen gemeinsamen Grossovertriebes beinhaltete, so dass die hiermit gefundene Lösung zumindest in einem Großteil der neuen Bundesländer die Etablierung verlagsunabhängiger Grossisten ermöglichte.⁵¹¹ Denn ein flächendeckendes Eindringen der Verlage in die Pressegrossostufe in den neuen Bundesländern hätte sonst die strukturelle Absicherung der Neutralität des Pressegrasso beseitigt, die jedoch eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des in Deutschland bestehenden Pressevertriebssystems mit Gebietsmonopolen auf der Grossostufe ist.⁵¹²

Diesem Fall lagen so spezifische wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen zugrunde, die eine kartellfreie Lösung nahezu unmöglich machten und weshalb dieser Fall auch nicht als repräsentatives Beispiel für eine ausgeprägte „Tolerierungspraxis“ der Kartellbehörden hinsichtlich pressespezifischer Kooperationen dienen kann. Dennoch begründen dieser Fall und der Aspekt der wenig restriktiven Tendenz bei der Freistellung pressespezifischer Kooperationsvorhaben sowie die allgemeine „Tolerierungspraxis“ den Anknüpfungspunkt für die Frage nach den Gründen für diese „informellere“ Handhabung.

Ein wesentlicher Grund für die Tolerierung von Kartellen lag in der niedrigen Spürbarkeitsschwelle des § 1 GWB⁵¹³, die in bestimmten Fällen auch von solchen Kooperationen überschritten wurden, die wettbewerblich positiv zu beurteilen waren, nach den Freistellungstatbeständen der §§ 2 ff. GWB aber nicht freigestellt werden konnten⁵¹⁴, weil sich diese z.B. im Hinblick auf neue Entwicklungen und Kooperationsformen als zu eng bzw.

⁵¹⁰ Tätigkeitsbericht des BKartA 1989/1990, BT-Drucks. 12/847, S. 106; *Hossenfelder/Müller/Parlasca*, in: ZHR 1996, a.a.O., S. 15.

⁵¹¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1989/1990, BT-Drucks. 12/847, S. 106; Tätigkeitsbericht des BKartA 1991/1992, BT-Drucks. 12/5200, S. 129; *Hossenfelder/Müller/Parlasca*, in: ZHR 1996, a.a.O., S. 15.

⁵¹² Das auf Gebietsmonopolen beruhende Pressegrasso-System in Deutschland wird i.V.m. dem Dispositionsrecht der Verlage, dem Recht des Handels, nicht verkaufte Exemplare an den Verlag auf dessen Rechnung zurückzugeben (Remissionsrecht) und der Neutralität des Pressegrasso allgemein damit gerechtfertigt, dass es der Pressevielfalt am besten diene; *Hossenfelder/Müller/Parlasca*, in: ZHR 1996, a.a.O., S. 15.

⁵¹³ Im Gegensatz zu Fusionen greift das Kartellverbot schon bei Vorliegen einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung. Diese deutlich strengere Bewertung von „losen“ Kooperationen gegenüber Zusammenschlüssen begründet sich damit, dass die Verhaltenskoordinierung unmittelbar dem Prinzip dezentraler Einzelentscheidungen widerspricht, dass schlichte Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern spontan und mit relativ geringem Aufwand getroffen werden können, dass sie häufig zur Erhaltung bzw. Vergrößerung von Ineffizienzen führen und dass die mit einer großen Anzahl von horizontalen Kooperationen verbundenen Netzeffekte nur schwer zu erfassen sind; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 14 m.w.N.

⁵¹⁴ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 29.

unflexibel erwiesen.⁵¹⁵ Die „Tolerierungspraxis“ diente hier als Ventil und bildete ein flexibles Instrument für die Handhabung solcher Fälle, da die Wettbewerbsbehörden somit über spürbar wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen informiert war, deren Entwicklung beobachten und zu gegebener Zeit (gestaltend) eingreifen konnte, ohne dabei ihr Drohpotenzial vorzeitig aufgeben zu müssen.⁵¹⁶

(2) Das Medium Internet und seine Relevanz für pressenspezifische Kooperationen

Eine im Zusammenhang mit der „Tolerierungspraxis“ stehende neue Entwicklung mit Relevanz für (pressenspezifische) Kooperationen und die §§ 2 ff. GWB stellte insbesondere das Internet dar⁵¹⁷, das zu strukturellen Veränderungen auf den Pressemärkten führte und welches daraufhin mitverantwortlich gemacht wurde für die Pressekrise der Jahre 2001 ff.⁵¹⁸ Da das Internet zu einer wesentlichen Verbesserung der Kommunikations- und Informationsmöglichkeiten, sowohl hinsichtlich der Geschwindigkeit und Aktualität des Datenaustausches als auch der Menge und Detailliertheit der verfügbaren Informationen führte, ermöglichte es eine direkte vertikale und v.a. horizontale Vernetzung von Unternehmen und ihren Geschäftsabläufen und eröffnete somit völlig neuartige Kooperationsformen, z.B. im Hinblick auf Vertriebs- und Beschaffungswege, so dass traditionelle Handelswege und -stufen teilweise obsolet wurden.⁵¹⁹

Als prägnante Beispiele für solch neue horizontale Kooperationsformen im Internet sind v.a. die sog. *Internetplattformen* bzw. *-marktplätze* zu nennen. Bei diesen stellen Anbieter und Nachfrager ihre Angebote bzw. Beschaffungswünsche auf einer Internetseite ein, über die dann der unmittelbare Kontakt zwischen zwei interessierten Parteien hergestellt werden kann.⁵²⁰ Das Hauptmotiv bei dieser Form der Kooperation besteht in dem Potenzial zu

⁵¹⁵ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

⁵¹⁶ Andererseits waren mit der „Tolerierungspraxis“ unübersehbare Nachteile verbunden, denn sie führte zu Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen und die fehlende Transparenz behinderte die Rechtsfortbildung. Ferner wurden Rechte Dritter bzw. der Marktgegenseite verkürzt, weshalb sie ähnliche Schwächen aufwies, wie sie der „Comfort-Letter-Praxis“ der Europäischen Kommission vorgeworfen wurden; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 15; vgl. zur Kritik an der „Comfort-Letter-Praxis“ *Wolf/ Fink*, in: WuW 1994, „Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?“, S. 289 f.

⁵¹⁷ „Die Verbreitung des Internet stellt eine der revolutionärsten technischen Entwicklungen der letzten Jahre dar, allein die explosionsartige Entwicklung sowohl der Nutzerzahlen als auch der Inhalte ist hierfür eindrucksvoller Beleg“; so das BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 8; vgl. hierzu auch Meyer, Crossmediale Kooperationen von Print- und Online-Redaktionen bei Tageszeitungen in Deutschland, S. 13.

⁵¹⁸ A.I)3).

⁵¹⁹ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 8 ff.

⁵²⁰ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 8; siehe auch *Beck*, in: WuW 1999, „Die wettbewerbspolitische Relevanz des Internet“, S. 461;

drastischen Kostensenkungen⁵²¹, so dass hiermit eine neue Variante von Rationalisierungsvereinbarungen ermöglicht wird und deshalb gerade auch für Presseunternehmen interessant ist, wie die bisherigen Überprüfungen von pressespezifischen Kooperationen gezeigt haben, denn neben der Bildung von neuartigen, zeitlich eng begrenzten und punktuellen Kooperationen mit wechselnden Partnern (z.B. im Rahmen von ad-hoc-Einkaufskooperationen⁵²²), erleichtern *Internetplattformen* auch traditionelle Absprachen bis hin zu Hardcore-Vereinbarungen, weil sich aufgrund der höheren Transparenz leichtere Abstimmungsmöglichkeiten für die Unternehmen ergeben (z.B. durch Marktinformationssysteme) und die technische Komplexität und Spurlosigkeit der Abläufe im Internet die Chancen der Kontrolle und Nachweisbarkeit von außen deutlich reduzieren.⁵²³

Gleichzeitige Folge der hohen Markttransparenz ist aber auch ein spürbarer Konkurrenzdruck, denn die jederzeitige unmittelbare und flächendeckende Abrufbarkeit der bestehenden Marktkonditionen ermöglicht einen ständigen Preisvergleich und bietet geringe Hürden für einen Anbieterwechsel.⁵²⁴ Zudem führt das Internet mit seinen neuen Marktplätzen in vielen Bereichen zu einer deutlichen Senkung der Marktzutrittsschranken, weil es neue Vertriebswege auch hinsichtlich traditioneller Märkte öffnet und damit für neue und kleinere Unternehmen Zugangsmöglichkeiten schafft.⁵²⁵

Doch neben all diesen positiven Effekten für die Unternehmen und für den Wettbewerb, bergen diese neuen virtuellen Marktplätze insbesondere im Hinblick auf die kartellrechtliche Behandlung von Kooperationen ebenso viele Problemfelder, die hohe Anforderungen an die Flexibilität des kartellrechtlichen Instrumentariums stellen, damit dieses ihnen angemessen begegnen kann, denn bei der Dynamik in diesem Bereich lassen sich Prognosen, z.B. ob sich ein bestimmter Marktplatz durchsetzen kann oder gar marktbeherrschend wird oder ob es zu Verhaltensabstimmungen der Teilnehmer kommt, nicht einfach machen.⁵²⁶ Die Problemfelder reichen hier von der horizontalen Informationsweitergabe zwischen den Wettbewerbern auf beiden Seiten über die Bündelung von Einkaufsmacht, abgestimmten Verhaltensweisen beim

⁵²¹ Es werden Zahlen von bis zu 80 Prozent Einsparung genannt; vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 9, Fn. 23.

⁵²² Auch wenn der Marktplatz zunächst keine zwingende Bündelung der Beschaffungsvorgänge beinhaltet, ist es grundsätzlich jederzeit möglich, dass ein Nachfrager sich an einen Beschaffungswunsch eines Wettbewerbers auf der Plattform spontan anhängt; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 9.

⁵²³ Beck, in: WuW 1999, a.a.O., S. 461; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 9 f.

⁵²⁴ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 10.

⁵²⁵ Beck, in: WuW 1999, a.a.O., S. 461; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 10 f.

⁵²⁶ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 12.

Angebotsverhalten, den Zugang zum Marktplatz als essential facility bis hin zum exklusiven Nutzungszwang der Plattform für die Betreiberunternehmen.⁵²⁷

Dass diese Probleme in der bisherigen pressenspezifischen Fallpraxis der Kartellbehörden noch nicht deutlicher zum Ausdruck gekommen sind, könnte zum einen auf die möglicherweise zu geringe Flexibilität der §§ 2 ff. GWB zurückzuführen sein, aber auch dem Umstand entspringen, dass viele Verlagskooperationen, ob nun in klassischen Bereichen oder im Rahmen des Internets, damals wie heute als Gemeinschaftsunternehmen angemeldet werden und sich die kartellrechtliche Überprüfung dann auf die vorwiegend strukturellen Kriterien der Fusionskontrolle gemäß der §§ 35 ff. GWB konzentriert.⁵²⁸ So hat das BKartA allein in den Jahren von 1995 bis 2002 ganze 82 von 90 Pressefusionen genehmigt, bei denen es sich überwiegend um Zusammenlegungen in Teilbereichen wie Vertrieb, Zustellung, Kundenservice, Herstellung, Anzeigengeschäft oder Druck handelte, die mehrheitlich nur aus formalen Gründen unter die Fusionskontrolle fielen, weil sie mit der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen verbunden waren.⁵²⁹

Um also einen vollständigen Überblick über die kartellrechtliche Zulässigkeit von pressenspezifischen Kooperationen jeglicher Art zu erhalten und eine umfassende Beurteilung darüber abgeben zu können, ob mit dem Wegfall der Ausnahmetatbestände, der Einführung einer Legalausnahme und der Beibehaltung der Pressefusionsregelungen den steigenden Anforderungen an die Flexibilität des wettbewerblichen Instrumentariums und insbesondere der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit von Presseunternehmen ausreichend Rechnung getragen worden ist, erfolgt im Anschluss die Analyse der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich.

cc) Fazit

Festzuhalten bleibt, dass sich die relevanten Freistellungstatbestände der §§ 3, 4 Abs. 1 und 5 GWB im Hinblick auf die wenigen verwaltungsrechtlich entschiedenen pressenspezifischen Kooperationen als praxistauglich und zuverlässig dargestellt haben, die aufgrund der mit ihnen verbundenen Verhältnismäßigkeitsabwägung eine flexible Handhabung jedes Falles i.S.e. wertenden Einzelfallentscheidung ermöglichten, auch wenn deutliche Anzeichen sichtbar wurden (Beispiel „Tolerierungspraxis“), wonach neue Entwicklungen (Internet) und Kooperationsformen (z.B. *Internetplattformen*) flexiblere wettbewerbsrechtliche Instrumentarien notwendig machen könnten.

⁵²⁷ Immenga, Frank A. in: FAZ v. 19.07.2000, „Auch für Handelsplattformen im Internet gilt das Kartellrecht“, S. 27; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 11.

⁵²⁸ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

⁵²⁹ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BWA, WuW 2004, a.a.O., S. 625.

2) Die Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich als besondere Form der Kooperation

Wie in der Wirtschaftspraxis allgemein, stellen auch speziell im Bereich des Pressewesens die Gemeinschaftsunternehmen eine weit verbreitete Form der Unternehmenskooperation dar.⁵³⁰

Als Beispielsfälle der letzten Jahre sind an dieser Stelle auszugsweise zu nennen⁵³¹:

März 2006

Die Zeitungen „Kölner Stadt-Anzeiger“, „Express“, „Kölnische Rundschau“ (alle Verlag M. DuMont-Schauberg), „Rheinische Post“, „Neuss-Grevenbroicher Zeitung“, „Westdeutsche Zeitung“, „Solinger Tageblatt“, „Remscheider General-Anzeiger“, „Bonner General-Anzeiger“, „Aachener Zeitung“ und „Aachener Nachrichten“ haben den Online-Rubrikenmarkt kalaydo.de (Kalaydo GmbH & Co. KG) gegründet.

Oktober 2005

Die FAZ, die Verlagsgruppe Handelsblatt (Georg von Holtzbrinck) und GBI haben die GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH gegründet. Die FAZ und die Verlagsgruppe Handelsblatt halten je 40 Prozent, GBI 20 Prozent der Anteile.

März 2005

Die Zeitungsverlage M. DuMont Schauberg, Köln, W. Girardet und Rheinisch-Bergische Druckerei- und Verlagsgesellschaft, beide Düsseldorf, haben die West Mail GmbH & Co. KG, Langenfeld, gegründet. Sie soll ab April 2005 Briefpost zustellen.

Dezember 2004

Die Konzerne Axel Springer Verlag AG und Georg von Holtzbrinck haben je 30 Prozent des Postdienstleisters Pin AG, Berlin, gekauft und wollen ihre Anteile „später“ auf 75 Prozent aufstocken.

März 2004

Die Sächsische Zeitung (Gruner+Jahr Verlag) und der „Döbelner Anzeiger“ gründen ein Joint Venture. Diese Dresdner Magazin Verlag GmbH gibt seit dem 1. Januar 2005 den Döbelner Anzeiger heraus.

Oktober 2003

Der Axel Springer Verlag und der OZ-Verlag, Rheinfelden, gründen als Joint Venture (50/50 Prozent) die Family Media GmbH & Co. KG.

Februar 2003

Die „Ostsee-Zeitung“, Rostock (Axel Springer Verlag AG), die „Schweringer Volkszeitung“ (Hubert Burda Media Holding GmbH & Co. KG) und der „Nordkurier“, Neubrandenburg

⁵³⁰ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern- Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16; *Immenga*, in: ZHR 150 (1986), „Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluss- ein Grundsatzurteil des BGH“, S. 366; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 35; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 446, Rn. 31.

⁵³¹ Alle aufgelistet bei ver.di, „Aktuelle Quartalsberichte zur Entwicklung der Medienwirtschaft“, Teil 3: Käufe, Fusionen und Kooperationen“, abrufbar unter <http://druck.verdi.de/quartalsberichte> (Stand: 28.1.2010).

(„Augsburger Allgemeine“, „Schwäbische Zeitung“, „Kieler Zeitung“), gründen als Joint Venture die MV Zeitungsservice GmbH & Co. KG für gemeinsame Kleinanzeigen.

Januar 2003

Die Verlagsgruppen Westdeutsche Allgemeine Zeitung, Georg von Holtzbrinck und Dr. Dirk Ippen gründen als Joint Venture die Internet-Annoncenplattform ISA GmbH & Co. KG.

November 2002

Sieben baden-württembergische Zeitungsverlage bilden unter Federführung des „Südkurier“ einen gemeinsamen Online-Rubrikanzeigenmarkt, dessen Realisierung der gemeinsam gegründeten BW-Pool GmbH & Co. KG obliegt.

a) Anwendungsbereich des Kartellverbots oder der Fusionskontrolle?

Solche Gemeinschaftsunternehmen können durch die gemeinschaftliche Gründung eines neuen Unternehmens oder durch die gleichzeitige bzw. sukzessive gemeinsame Beteiligung an einem bereits bestehenden Unternehmen entstehen.⁵³² Bei der kartellrechtlichen Betrachtung dieser Kooperationsform ist zunächst zu beachten, dass diesbezüglich ein Schnittfeld zwischen dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB und den Normen der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35 ff. GWB besteht.⁵³³ Denn zum einen kann die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens einen Zusammenschlusstatbestand erfüllen, zum anderen kann hierin eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskoordination der beteiligten Unternehmen gesehen werden, die dann grundsätzlich dem Kartellverbot unterliegt.⁵³⁴ Es stellt sich daher die Frage, welche Regeln Anwendung finden, geht man davon aus, dass es sich bei dem Kartellverbot einerseits und bei der Fusionskontrolle andererseits prinzipiell um zwei verschiedene Regelungsfelder handelt.⁵³⁵

Dieses Problem war lange Zeit Gegenstand kartellrechtlicher Diskussion, wobei im Wesentlichen drei Lösungsansätze diskutiert wurden: Die Spezialitätstheorie (wonach die Vorschriften der Fusionskontrolle gegenüber § 1 GWB *leges specialis* sind), die Trennungstheorie (die sich für eine gegenseitige Ausschließlichkeit des Kartellverbotes und der Zusammenschlusskontrolle ausspricht) sowie die Zweischränkentheorie (welche eine kumulative Anwendung der Vorschriften vorsieht [sog. *Doppelkontrolle*], soweit sich ihre Anwendungsbereiche überschneiden), die an dieser Stelle aber nicht alle im Einzelnen näher

⁵³² *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 251; vgl. auch *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 401.

⁵³³ In diesem Abschnitt über die kartellrechtliche Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen bildet das GWB in der Sechsten Fassung auch weiterhin den Bezugspunkt, weshalb alle GWB-Normen ohne weitergehende Kennzeichnung die der Sechsten GWB-Novelle sind. Da sich mit der Siebten GWB-Novelle im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen und die §§ 35 ff. GWB aber keine tatbestandlichen Änderungen vollzogen haben, kommt den hier gefundenen Ergebnissen auch im Rahmen der Siebten Fassung des GWB eine entsprechende Gültigkeit zu. Sollte es aufgrund der neuen Fassung in Einzelfällen zu Abweichungen oder Besonderheiten (z.B. bei der Rechtsanwendung) gegenüber der alten Fassung kommen, so wird dies an betreffender Stelle gekennzeichnet.

⁵³⁴ *Immenga*, in: ZHR 150 (1986), a.a.O., S. 366; *Huber*, in: FK, § 1 n.F. GWB 1999, Rn. 40.

⁵³⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 13.1.1998, WuW/E DE-R 115, 116, „Carpartner“; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 318.

erörtert werden⁵³⁶, da das Grundsatzurteil des BGH im „Mischwerke-Fall“ dieser Kontroverse ein Ende bereitet hat, indem das Gericht der Zweischrankentheorie gefolgt ist und die *Doppelkontrolle* anerkannt hat.⁵³⁷

Den Ausgangspunkt dieser *Doppelkontrolle* bilden die fusionskontrollrechtlichen Tatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 S. 3 bzw. Nr. 4 GWB. Während der Tatbestand von Nr. 2 S. 1 den gemeinsamen Kontrollerwerb (z.B. durch Gründung) eines anderen Unternehmens durch mehrere Unternehmen erfasst, beinhaltet Nr. 3 S. 3 eine Zusammenschlussfiktion.⁵³⁸ § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB bildet in diesem Zusammenhang einen subsidiären Auffangtatbestand, der eine Eingriffsmöglichkeit bietet bei denjenigen Unternehmensverbindungen, die unterhalb der Aufgreifschwelle der Nr. 2 und Nr. 3 liegen, die aber dennoch einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen zur Folge haben.⁵³⁹

Ein Fall des gemeinsamen Kontrollerwerbs liegt vor, wenn mehrere Unternehmen zusammen die Möglichkeit erwerben, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben, insbesondere weil die Muttergesellschaften ihr Vorgehen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen koordinieren (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB).⁵⁴⁰ Die Zusammenschlussfiktion von § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB greift schon bei einem gemeinsamen gleichzeitigen oder sukzessiven Erwerb von Anteilen von mindestens 25 Prozent durch mehrere Unternehmen an einem anderen Unternehmen und begründet damit jeweils einen (Vertikal-)Zusammenschluss zwischen den sich beteiligenden Mutter- und dem Gemeinschaftsunternehmen als auch einen (Horizontal-)Zusammenschluss der beteiligten Unternehmen untereinander hinsichtlich der Märkte, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, um so die Auswirkungen der gemeinsamen Beteiligung auch auf den Wettbewerb der Muttergesellschaften untereinander erfassen zu können (sog. *Gruppeneffekt*).⁵⁴¹ Die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses mehrerer Unternehmen auf ein anderes Unternehmen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB besteht, wenn der Einfluss auf einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Unternehmensverbindung beruht und wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden gesamten Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen so wesentlich eingeschränkt wird,

⁵³⁶ Ausführlich erörtert von: Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 109 ff.; Feldkamp, Gemeinschaftsunternehmen – als Kartelle verboten?, S. 84 ff.; Satzky, Gemeinschaftsunternehmen und das Kartellverbot des § 1 GWB, S. 39 ff. und 79 ff.

⁵³⁷ BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, „Mischwerke“.

⁵³⁸ Der Tatbestand der Zusammenschlussfiktion in § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB a.F. enthielt den Klammerzusatz „Gemeinschaftsunternehmen“, weshalb dieser Norm die Legaldefinition des Gemeinschaftsunternehmens entnommen wurde. Dieser Klammerzusatz wurde in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB mit der Begründung gestrichen, dass die Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen nicht nur im Wege des Anteilserwerbs, sondern auch durch den Kontrollerwerb erfolgen kann; vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 57.

⁵³⁹ Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 45; Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 37, Rn. 86 f.

⁵⁴⁰ Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 446, Rn. 34; Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 37, Rn. 25.

⁵⁴¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 316; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23, Rn. 130; Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 45; Immenga, in: Der GmbH-Konzern, S. 138.

dass die Unternehmen (insbesondere das Gemeinschaftsunternehmen) nicht mehr unabhängig am Markt auftreten.⁵⁴²

Liegen die Voraussetzungen von § 37 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 S. 3 oder Nr. 4 GWB vor, erfolgt insoweit ein reguläres Zusammenschlusskontrollverfahren nach den §§ 35 ff. GWB (im Bereich des Pressewesens unter Beachtung der Sondertatbestände der §§ 35 Abs. 2 S. 2, 38 Abs. 3 GWB), bei dem festzustellen ist, ob die Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens geeignet ist, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken (§ 36 Abs. 1 GWB). Hierbei ist zu unterscheiden zwischen marktbeherrschenden Stellungen, die durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bei den Muttergesellschaften entstehen oder verstärkt werden könnten, und solchen Auswirkungen beim Gemeinschaftsunternehmen selbst.⁵⁴³

Eine sich im Rahmen der *Doppelkontrolle* gegebenenfalls anschließende Prüfung von § 1 GWB erfolgt schließlich nur, wenn die Fallkonstellation nicht die ausschließliche Anwendung der §§ 35 ff. GWB gebietet. Dies kann der Fall sein bei konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen, denn der BGH unterscheidet die Anwendungsbereiche der Zusammenschlusskontrolle und des Kartellverbotes u.a. danach, ob ein konzentratives oder ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen vorliegt.⁵⁴⁴ Hierbei ist ein wesentliches Abgrenzungskriterium die Unterscheidung zwischen funktional selbständigen und funktional unselbständigen Gemeinschaftsunternehmen, d.h. inwieweit das Gemeinschaftsunternehmen Voll- oder nur Teilfunktionen wahrnimmt und ob und in welchem Umfang es am Markt unabhängig auftreten kann.⁵⁴⁵ Ausschlaggebend für eine Einordnung ist also der Grad der Autonomie des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber seinen Gründerunternehmen. Entsteht mit dem Gemeinschaftsunternehmen eine neue selbständige Planungseinheit, d.h. es plant, entscheidet und handelt wirtschaftlich selbständig, schließt dies ein wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken der Gründerunternehmer i.S.e. kooperativen Gemeinschaftsunternehmen weitgehend aus.⁵⁴⁶ Letztlich bedarf es allerdings immer einer Betrachtung der Gesamtumstände des Einzelfalls, denn Kriterien wie die Freiheit des Gemeinschaftsunternehmens in der Wahl der Märkte und der Grad seiner Eigenständigkeit in technischer, produktions- und absatzmäßiger Hinsicht sowie die Frage, ob die Ausübung der Geschäftsführung im wesentlichen beim Gemeinschaftsunternehmen selbst oder bei den Gründerunternehmen liegt, spielen zwar eine gewichtige Rolle⁵⁴⁷, wirklich entscheidend ist

⁵⁴² Schütz, in: GK, § 37, Rn. 64; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 40 ff.

⁵⁴³ Bechtold, in: BB 1980, „Zur Fusionskontrolle über Gemeinschaftsunternehmen“, S. 345.

⁵⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, 2170, „Mischwerke“; Schulte, in: WRP 1987, „Die ‚Kooperationen‘ des Handels [...]“, S. 359; Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 251; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 321.

⁵⁴⁵ Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 251; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 322; Immenga, in: ZHR 150 (1986), a.a.O., S. 370 f.; Huber/Börner, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 54.

⁵⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, 2172, „Mischwerke“; Schulte, in: WRP 1987, a.a.O., S. 359; Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 257; vgl. auch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 328 f.

⁵⁴⁷ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 318; Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 257; Ulmer, in: WuW 1979, „Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht“, S. 440; Köhler, in: ZGR 1987, „Gemeinschaftsunternehmen und Kartellrecht“, S. 275.

aber, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine Koordinierung des Marktverhaltens der beteiligten Unternehmen bezweckt oder bewirkt.⁵⁴⁸ Liegen mit dem Zusammenschluss keinerlei wettbewerbsbeschränkende Abstimmungen vor, ist allein die Zusammenschlusskontrolle einschlägig, die *Doppelkontrolle* mit einer zusätzlichen Prüfung von § 1 GWB entfällt.⁵⁴⁹ Eine Koordinierung des Verhaltens (mit der Folge der Anwendbarkeit von § 1 GWB) wird aber bereits angenommen, wenn die Gründerunternehmen und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig sind bzw. kann auch schon vorliegen, wenn nur die Gründerunternehmen auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig sind, der von demjenigen des Gemeinschaftsunternehmens aber verschieden ist.⁵⁵⁰

b) Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

Nicht erst in den letzten Jahren, sondern auch schon zum Zeitpunkt der Einführung der Pressefusionskontrolle im Jahr 1976 wurden Gemeinschaftsunternehmen als Form der Kooperation zwischen Presseunternehmen genutzt, so dass die zugrunde liegenden Vereinbarungen nicht selten Gegenstand der Entscheidungspraxis des BKartA bzw. der Gerichte waren. Einige Beispielfälle von damals bis heute sollen an dieser Stelle die Beurteilungsgrundlage dafür bilden, inwieweit das kartellrechtliche Instrumentarium dieser Form der pressenspezifischen Kooperation ausreichend Rechnung getragen hat und nach wie vor trägt. Wie bereits im Rahmen der Analyse der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zu pressenspezifischen Kooperationen nach den §§ 2 ff. GWB angemerkt⁵⁵¹, ist auch hier zu erwähnen, dass nur die Rechtsmittelentscheidungen des BGH als letzte und abschließende Instanz und im Grundsatz auch die des KG als Beschwerdeinstanz im Grunde lückenlos der Öffentlichkeit zugänglich sind, was hinsichtlich der Entscheidungspraxis des BKartA nicht der Fall ist, weil erst seit dem 1. Januar 1999 alle Entscheidungen des BKartA im Hauptprüfverfahren, also auch Nichtuntersagungen durch begründete Verfügung ergehen, die in einer um die Geschäftsgeheimnisse bereinigte Form veröffentlicht werden.⁵⁵² Bis dahin wurden die Akten in den Einzelfällen mit einem Schlussvermerk abgeschlossen, der nicht der Öffentlichkeit zugänglich war.⁵⁵³ Da das BKartA wohl lückenlos, wenn auch knapp über alle Fälle in seinen Tätigkeitsberichten berichtet hat, wird auf diese aus dem Zeitraum von 1976 bis 2007 sowie wiederum auf den vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Jahr 2002 herausgegebenen Abschlußbericht zum Forschungsauftrag über den „Vergleich der kartellrechtlichen Regelungen und ihrer Rechtsanwendungen für Fusionen und Kooperationen

⁵⁴⁸ Huber, in: FK, § 1 n.F. GWB 1999, Rn. 42; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 323, 326 ff.

⁵⁴⁹ Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 253; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 326.

⁵⁵⁰ BGH, Urt. v. 8.5.2001, WuW/E DE-R 711, 716, „Ost-Fleisch“; BKartA, Beschl. v. 21.8.1997, WuW/E DE-V 9, 14, „Ostfleisch“; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 327; Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, Anhang 1 zu § 1, Rn. 14.

⁵⁵¹ B.I)1b).

⁵⁵² Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 20.

⁵⁵³ Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 20.

im Bereich Presse und Pressegroßhandel in Europa und den USA“ im Folgenden Bezug genommen.⁵⁵⁴

aa) Der Fall „*W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft*“

(1) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben

Die Unternehmen W. Girardet (Girardet) und die Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft mbH (RBDV) hatten 1976 eine Mittelstandsvereinbarung nach § 4 Abs. 1 GWB (damals § 5b GWB) (hilfsweise ein Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 1 und 2 GWB [damals § 5 Abs. 2 und 3 GWB a.F.]) bei dem LKartA von Nordrhein-Westfalen angemeldet. Als Herausgeber von „Westdeutsche Zeitung“ (Girardet) und „Rheinische Post“ (RBDV) wollten die Beteiligten mit der Übertragung der Herstellung, der Abonnementsverwaltung sowie der Auslieferung dieser Presseerzeugnisse auf die Gemeinschaftsunternehmen Nordrhein Druck GmbH & Co. KG und Rheinisch Bergischer Zeitungsvertrieb GmbH & Co. KG (an denen Girardet jeweils mit 35 Prozent und die RBDV mit 65 Prozent beteiligt waren) im Wege der Ausgliederung und gemeinsamen Ausübung bestimmter betrieblicher Funktionen Rationalisierungseffekte erzielen, die die verbesserte Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Vertragspartner in technischer, betriebswirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht zur Folge haben sollten, um langfristig die Wettbewerbsfähigkeit der beiden Zeitungsverlage zu erhalten.⁵⁵⁵

(2) Die kartellrechtliche Überprüfung des Vorhabens durch das LKartA Nordrhein-Westfalen und das BKartA

Der Anmeldung des Kooperationsvorhabens von Girardet und RBDV nach § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) wurde seitens des LKartA Nordrhein-Westfalens nicht widersprochen.⁵⁵⁶

Im Anschluss hieran erfolgte ein Zusammenschlusskontrollverfahren des BKartA aufgrund der zur Durchführung der Zusammenarbeit gegründeten zwei Gemeinschaftsunternehmen. Doch hinsichtlich der beiden Gemeinschaftsunternehmen stellte auch die Kartellbehörde keine Anhaltspunkte fest, die eine Untersagung des Vorhabens zwingend notwendig machten. Nach Ansicht des BKartA könne zwar die Geschäftspolitik auf dem Leser- und Anzeigenmarkt durch die Verbindung beider Zeitungen über die Gemeinschaftsunternehmen berührt werden. Dies führe selbst dann aber nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Und obgleich die „Rheinische Post“ (RP) und die „Westdeutsche Zeitung“ (WZ) auf einzelnen lokalen Märkten marktbeherrschende Stellungen hätten, gäben diese, bezogen auf den einzelnen lokalen Markt, noch nicht ausreichend

⁵⁵⁴ Knoche/Zerdick, a.a.O.

⁵⁵⁵ Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8.

⁵⁵⁶ Eine ausführliche Begründung hierzu liegt nicht vor; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84.

Aufschluss über den Verhaltensspielraum gegenüber dem der im gleichen bzw. angrenzenden regionalen Bereich tätigen anderen Zeitungsunternehmen, zumal sowohl die RP als auch die WZ in ihren Randverbreitungsgebieten erheblichem Wettbewerbsdruck durch die Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft E. Brost & J. Funke mbH & Co. KG (WAZ-Mediengruppe) ausgesetzt seien. Ferner sei der Verhaltensspielraum beider Zeitungen auch in ihren Kernverbreitungsgebieten aufgrund ihrer unterdurchschnittlichen Haushaltsabdeckung, der hohen Finanz- und Ertragskraft der WAZ-Mediengruppe sowie durch deren tatsächliche aggressive Anzeigen- und Abonnementpreispolitik erheblich eingeschränkt, weshalb das BKartA die Freigabe des Vorhabens schließlich erteilte.⁵⁵⁷

(3) Bewertung der Entscheidungen des LKartA sowie des BKartA

(a) Nach fusionskontrollrechtlichen Kriterien

Zum Zeitpunkt der hier zu beurteilenden Entscheidung war die Diskussion hinsichtlich der Frage, ob die Vorschrift des Kartellverbots (§ 1 GWB) und der Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB, damals die §§ 23 ff. GWB) nebeneinander anwendbar sind im vollen Gang.⁵⁵⁸ Die Haltung des BKartA in dieser Rechtsfrage war nicht ganz einheitlich, dennoch vertrat es grundsätzlich den Standpunkt, dass die §§ 23 ff. GWB a.F. neben § 1 GWB (a.F.) im Wege der *Doppelkontrolle* anwendbar seien.⁵⁵⁹ Aus diesem Grund und weil nach heute ganz überwiegender Auffassung und gängiger Praxis die *Doppelkontrolle* anerkannt ist⁵⁶⁰, erfolgt die hier vorgenommene retrospektive kartellrechtliche Bewertung auch vor dem Hintergrund der Zweischrankentheorie. Zunächst fusionskontrollrechtlich.

Richtigerweise war bzgl. der von Girardet und RBDV gegründeten Gemeinschaftsunternehmen, Nordrhein Druck GmbH & Co. KG und Rheinisch Bergischer Zeitungsvertrieb GmbH & Co. KG, ein Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB (damals § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB) anzunehmen, denn Girardet war an diesen Gesellschaften mit jeweils 35 Prozent und RBDV mit jeweils 65 Prozent beteiligt, so dass die Mindestvoraussetzung einer jeweiligen Beteiligung i.H.v. 25 Prozent von beiden Gründerunternehmen erreicht war.⁵⁶¹ Ob auch der Tatbestand des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt war, d.h. das die Möglichkeit von Girardet und RBDV bestand einen bestimmten Einfluss in beiden Gemeinschaftsunternehmen auszuüben, konnte an dieser

⁵⁵⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84 f.

⁵⁵⁸ Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 109 ff.; Feldkamp, a.a.O., S. 84 ff.

⁵⁵⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 29.5.1974, WuW/E BKartA 1517 ff., „Bitumen Verkaufsgesellschaft“; BKartA, Beschl. v. 27.6.1975, BB 1975, S. 1314, „Bitumen Verkaufsgesellschaft II“; siehe auch Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 113 f.; *Steindorff*, in: BB 1988, Beilage 1 zu Heft 8, „Wettbewerb durch Gemeinschaftsunternehmen“, S. 3 f.

⁵⁶⁰ Vgl. *Lindemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 50.

⁵⁶¹ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84 f.

Stelle zunächst unberücksichtigt bleiben, denn ein Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB lag in jedem Fall vor.⁵⁶²

Hierbei sind zunächst zwei Beziehungen zu unterscheiden, nämlich die vertikale Beziehung jeder Muttergesellschaft zu den Gemeinschaftsunternehmen und die horizontale Beziehung der Muttergesellschaften untereinander⁵⁶³, die jeweils zwar technisch eigene Zusammenschlüsse begründen, sich aber hier als einheitlicher Lebensvorgang darstellen und deshalb auch einheitlich betrachtet werden müssen, denn aufgrund der bedingungsmäßigen Verknüpfung von Vertikal- und Horizontalzusammenschluss ist es nicht denkbar⁵⁶⁴, dass nur einer der Zusammenschlüsse untersagt wird.⁵⁶⁵ Die einzelnen Zusammenschlüsse sind rechtlich daher nicht getrennt zu bewerten.⁵⁶⁶

Ein Zusammenschluss unterliegt aber nur dem Geltungsbereich der Fusionskontrolle, wenn auch die in § 35 GWB (damals §§ 23 Abs. 1 S. 1, 24 Abs. 8 Nr. 1 GWB) festgelegten quantitativen Schwellenwerte überschritten sind.

Dies ist gemäß § 35 Abs. 1 GWB prinzipiell dann der Fall, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro (damals zusammen 500 Mio. DM) und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro (50 Mio. DM⁵⁶⁷) erzielt haben. § 38 GWB (damals § 23 Abs. 1 S. 3 bis 8 GWB) bildet in diesem Zusammenhang die allgemeine Vorschrift zur Umsatzberechnung und legt in Abs. 1 fest, dass für die Ermittlung der Umsatzerlöse § 277 Abs. 1 Handesgesetzbuch (HGB) Anwendung findet. Im Rahmen dieser Ermittlung gilt für Gemeinschaftsunternehmen i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB, dass die gesamten Umsatzerlöse sowohl des Gemeinschaftsunternehmens als auch der Muttergesellschaften zu berücksichtigen sind, denn hinter dem Gemeinschaftsunternehmen stehen die gesamten Ressourcen der Muttergesellschaften.⁵⁶⁸

⁵⁶² Zumal zum Zeitpunkt der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens (1976) der Zusammenschlusstatbestand des „Kontrollerwerbs“ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB noch nicht bestand. Diese Regelung hielt erst mit der Sechsten GWB-Novelle 1998 Einzug in das Gesetz in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 3 Abs. 3 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO).

⁵⁶³ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 32; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 42.

⁵⁶⁴ Die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens erschöpft sich nicht bloß in dem Gründungsvertrag, sondern ist vielmehr Bestandteil eines komplexen, aber wirtschaftlich einheitlichen Vorganges, der in einem System von Verträgen zwischen den beteiligten Gründern (horizontal) einerseits und den Gründern und dem Gemeinschaftsunternehmen (vertikal) andererseits seinen Ausdruck findet; vgl. I. Hauptgutachten der Monopolkommission, S. 491, Rn. 887; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, S. 63; Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, S. 414, 419, 420; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 85.

⁵⁶⁵ So auch BKartA, Beschl. v. 16.9.1977, AG 1978, S. 109, 110, „RWE/GfE“; BKartA, Beschl. v. 15.12.1978, AG 1979, S. 111 f., „Klöckner/Becorit“; vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 227. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 33; vgl. ferner auch *Immenga*, in: Der GmbH-Konzern, S. 146.

⁵⁶⁶ Im Ergebnis so auch *Mestmäcker/Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 37, Rn. 74; a.A. KG, Urt. v. 13.6.1979, WuW/E OLG 2145, 2146, „Sonntag Aktuell II“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23, Rn. 130.

⁵⁶⁷ Die Tatbestandsvoraussetzung des Inlandumsatzerlöses i.H.v. 50 Mio. DM wurde erst mit der Sechsten GWB-Novelle 1999 eingeführt und spielte für den hier in Frage stehenden Fall demzufolge keine Rolle.

⁵⁶⁸ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Zweiten GWB-Novelle v. 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 27; *Bauer*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, 2. Aufl., GWB, § 38, Rn. 5; *Schröer*, in: *Lange*,

Zu beachten ist aber, dass für die Umsatzbestimmung im Fall von Presseunternehmen § 38 Abs. 3 GWB (damals § 23 Abs. 1 S. 7 GWB) Berücksichtigung findet, der als medienspezifische Sonderregelung den besonderen Eigenschaften des Pressebereiches Rechnung tragen soll und der für die in diesem Sektor tätigen Unternehmen deren Umsätze 20fach ansetzt, so dass infolgedessen die Schwellenwerte um 1/20 sinken, d.h. die Umsatzschwelle von § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB sich damit auf 25 Mio. Euro (damals 25 Mio. DM), die von § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf 1,25 Mio. Euro (2,5 Mio. DM) reduziert.

Den Hintergrund dieser Modifikationen bildet die Erwägung, dass die Fusionskontrolle vornehmlich auf große überregionale Zusammenschlüsse zu begrenzen ist, weil nur bei diesen eine Kontrolle wettbewerbspolitisch notwendig ist, es aber im Pressewesen im besonderen Maße auf die Vielfalt des Angebots gerade auch im regionalen und lokalen Bereich ankommt.⁵⁶⁹ Und weil dort überwiegend mittlere und kleinere Unternehmen tätig sind, die die Umsatzschwellen von § 35 Abs. 1 GWB i.d.R. nicht erreichen, würden Zusammenschlüsse auf diesen Pressemärkten ohne § 38 Abs. 3 GWB nicht von der Fusionskontrolle erfasst.⁵⁷⁰ Ein weiterer medienpolitischer Hintergrund besteht darin, dass mit Hilfe von § 38 Abs. 3 GWB den dort bestehenden und fortschreitenden Tendenzen zur Marktkonzentration entgegengewirkt und die Erhaltung von Meinungs- und Publizitätsvielfalt erreicht werden soll.⁵⁷¹

Girardet und RBDV stellten in diesem Zusammenhang unstreitig Presseunternehmen i.S.v. § 38 Abs. 3 GWB dar, denn bei beiden handelte es sich um Verlagsunternehmen, die beide i.S.v. § 35 Abs. 1 GWB am Zusammenschluss beteiligt waren, denn im Falle von Gemeinschaftsunternehmen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB gelten diejenigen Unternehmen als beteiligt, die mit mindestens 25 Prozent an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sind und von denen anzunehmen ist⁵⁷², dass sie unter Berücksichtigung der Medienrechenklauseel im letzten Geschäftsjahr vor der Gründung der Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam einen Umsatz i.H.v. 25 Mio. Euro (damals 25 Mio. DM) erreicht haben (auf die Umsatzschwelle i.H.v. 1,25 Mio. Euro bzw. 2,5 Mio. DM kam es in diesem Fall nicht an, vgl. Fn. 567).⁵⁷³ Das Vorliegen des Ausschlussstatbestandes nach § 35 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 GWB (damals § 24 Abs. 9 GWB) war nicht ersichtlich.

Handbuch zum dt. und europ. KartR, 2. Aufl., S. 604, Rn. 1288; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 44; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 33.

⁵⁶⁹ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Dritten GWB-Novelle v. 11.12.1974, BT-Drucks. 7/2954, S. 5; Spieler, Fusionskontrolle im Medienbereich, S. 21; Thiel, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, S. 24 f.

⁵⁷⁰ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Dritten GWB-Novelle v. 11.12.1974, BT-Drucks. 7/2954, S. 5; Thiel, a.a.O., S. 24; Spieler, a.a.O., S. 20 f.; *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 38, Rn. 14; *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 494.

⁵⁷¹ *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 38, Rn. 27; *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 38, Rn. 14; *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 494.

⁵⁷² *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 35, Rn. 4.

⁵⁷³ Hiervon ist mit Blick auf das durchgeführte fusionskartellrechtliche Kontrollverfahren durch das BKartA auszugehen. Anmerkung: 1976 entsprachen 25 Mio. DM Umsatz einer Auflagenzahl von ca. 70.000 bis 80.000 Zeitungen; siehe Knoche/Zerneck, a.a.O., S. 17 m.w.N. Im IV. Quartal 1975 betrug die verkaufte Auflage von „Rheinische Post“ 372.778 Exemplare und die von „Westdeutsche Zeitung“ 201.159 Exemplare; vgl. Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 145, Anlage 12/1, so dass auch vor diesem Hintergrund die erforderliche Umsatzschwelle i.H.v. 25 Mio. Euro bzw. damals 25 Mio. DM in jedem Fall überschritten wurde.

Entscheidend für die Frage, ob dieser Zusammenschluss letztlich freizugeben oder zu untersagen war, richtet sich im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens schließlich nach § 36 Abs. 1 GWB (damals § 24 Abs. 1 GWB). Denn ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom BKartA zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (*Abwägungsklausel*).

Vorrangig zu prüfendes Tatbestandskriterium ist damit die marktbeherrschende Stellung. Die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hat zum Begriff der Marktbeherrschung ausgeführt: „Unternehmen sind in beherrschender Stellung, wenn sie Raum für unabhängige Verhaltensweisen haben, der sie in die Lage setzt, ohne große Rücksichtnahme auf Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferanten zu handeln. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn sie auf Grund ihres Marktanteils oder ihres Marktanteils in Verbindung insbesondere mit der Verfügbarkeit von technischem Wissen, Rohstoffen oder Kapital die Möglichkeit haben, für einen bedeutenden Teil der betreffenden Erzeugnisse die Preise zu bestimmen oder die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren.“⁵⁷⁴ Zu beachten ist hierbei aber, dass ein Unternehmen nicht an sich marktbeherrschend ist, weil es ein allgemein großes Machtpotenzial hat, sondern nur marktbeherrschend sein kann bzgl. einer bestimmten Marktfunktion (Angebot bzw. Nachfrage) in einem bestimmten sachlich, örtlich und zeitlich abgegrenzten Bereich.⁵⁷⁵ Damit kommt auch im Zusammenschlusskontrollverfahren zunächst der Marktabgrenzung eine Schlüsselfunktion zu.⁵⁷⁶ Diese erfolgt auch hier durch Bestimmung der sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Märkte anhand des *Bedarfsmarktkonzepts*, d.h. dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit.⁵⁷⁷

Mit Blick auf die Zusammenschlussfiktion des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB erfordert dies zunächst die Bestimmung derjenigen Bereiche, in denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist bzw. im Falle einer Neugründung, auf welchen es künftig tätig sein wird.⁵⁷⁸

Die beiden von Girardet und RBDV gegründeten Gemeinschaftsunternehmen sollten die Herstellung, Abonnementsverwaltung und Auslieferung von „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ übernehmen.⁵⁷⁹ Lässt man den inhaltlichen Aufgabenbereich eines Verlagsunternehmens (redaktionelle Herstellung einer Zeitung) unberücksichtigt, handelte es sich hierbei um die wesentlichen verlagsbetrieblichen Funktionen im technischen und logistischen Bereich, die bis dato von beiden Unternehmen getrennt durchgeführt wurden.

Es fand insoweit eine Ausgliederung wichtiger fachlicher Bereiche beider Verlage statt, um sie unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zu einer wirtschaftlichen Einheit zu

⁵⁷⁴ EWG-Kommission, Entsch. v. 9.12.1971, WuW/EV 353, 354, „Continental Can Company“.

⁵⁷⁵ Rieger, in: FK, § 36 GWB 2005, Rn. 37; Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 13.

⁵⁷⁶ Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 496.

⁵⁷⁷ BGH, Urt. v. 22.9.1987, WuW/E BGH 2433, 2436 f., „Gruner+Jahr/Zeit“; Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 496.

⁵⁷⁸ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 32; Rieger, in: FK, § 36 GWB 2005, Rn. 39.

⁵⁷⁹ Siehe Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8.

verschmelzen (sog. *Teilfusion*)⁵⁸⁰, so dass bzgl. dieser Segmente an die Stelle von Girardet und RBDV die Gemeinschaftsunternehmen traten.

Obwohl Girardet und RBDV rechtlich und wirtschaftlich selbständig blieben, bewirkte die *Teilfusion*, dass es zwischen ihnen bzw. zwischen ihnen und den Gemeinschaftsunternehmen zur Bildung einer wettbewerblichen (Teil-)Handlungseinheit im Tätigkeitsbereich der Gemeinschaftsunternehmen kam, da beide Verlage Einflussmöglichkeiten auf wettbewerbsrelevante Entscheidungen im Tochterunternehmen hatten und denkbare deshalb nicht mehr in unbeschränktem Wettbewerb miteinander standen.⁵⁸¹

Dies hat prüfungstechnisch die Folge, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein Untersagungsgrund i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB vorlag, vordergründig festzustellen war, inwieweit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen von den gegründeten Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen des *Gruppeneffekts* auf die Gründerunternehmen ausgingen⁵⁸², denn Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung der Gemeinschaftsunternehmen sind wesentlich seltener Untersagungsgrund als Marktbeherrschungseffekte bei den Gründergesellschaften⁵⁸³, so dass den Schwerpunkt der Analyse, ob eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt wurde die Marktstellungen der Muttergesellschaften bildeten.

Maßgeblich für die vorwegzunehmende Marktabgrenzung war daher, ob hinsichtlich der Produkte von Girardet und RBDV eine funktionelle Austauschbarkeit bestand, ob also aus Sicht der Marktgegenseite (Leserschaft sowie Anzeigeninserenten) die WZ und die RP publizistische Erzeugnisse waren, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe standen, dass sie vom Abnehmer als austauschbar und damit marktgleichwertig angesehen wurden.⁵⁸⁴

Bei rein organisatorisch-technischer Betrachtung, wie Erscheinungsweise, Verbreitungsgebiet und Vertriebsmethode⁵⁸⁵, handelte es sich sowohl bei WZ als auch bei RP um regionale

⁵⁸⁰ Siehe Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 125.

⁵⁸¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1538, „Erdgas Schwaben“; Wiedmann, a.a.O., S. 232 f., 244; *Immenga*, in: Der GmbH-Konzern, S. 145 f.; In diesem Zusammenhang konnte wohl auch ein Zusammenschluss durch Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB angenommen werden, denn es war von einem bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Gemeinschaftsunternehmen seitens der Muttergesellschaften auszugehen, weil Girardet und RBDV vor dem Hintergrund ihrer teilweisen Handlungseinheit im Tätigkeitsgebiet der Gemeinschaftsunternehmen die Möglichkeit besaßen, die Geschäftsstrategie, insbesondere die Besetzung der leitenden Organe, die Finanzplanung, die Geschäftsführung und den Geschäftsplan zu bestimmen, also ihr Vorgehen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen koordinieren zu können und sogar zu müssen; vgl. ausführlich zum Kontrollerwerb *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 8 ff.; *Schütz*, in: GK, § 37, Rn. 24 ff.

⁵⁸² Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 245; *Immenga*, in: Der GmbH-Konzern, S. 145 f.

⁵⁸³ *Bechtold*, in: BB 1980, a.a.O., S. 346.

⁵⁸⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 28.4.1992, WuW/E BGH 2771, 2772 f., „Kaufhof/Saturn“; KG, Urt. v. 18.2.1969, WuW/E OLG 995, 995 f., „Handpreisauszeichner“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 22; *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 496; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 10; Thiel, a.a.O., S. 39.

⁵⁸⁵ Zur Erscheinungsweise gehört die Trennung in Tages-, Wochen-, Sonntags-, Morgen- und Abendzeitungen. Das Verbreitungsgebiet lässt sich in lokale, regionale und überregionale Bereiche unterteilen. Die

Abonnementtageszeitungen. Abonnementtageszeitungen deshalb, weil sie sechsmal die Woche (Montag bis Samstag) erschienen⁵⁸⁶ und sich hinsichtlich ihrer Berichterstattung und Aufmachung dahingehend von *Straßenverkaufszeitungen* unterschieden, dass sie, was die Breite und Tiefe der Berichterstattung sowie ihre Art der Darstellung von Nachrichten- und Berichtsschwerpunkten anging, nicht wie *Straßenverkaufszeitungen* eine erweiterte Bildausstattung und eine blickfangende graphische Gestaltung aufwiesen, um den Kunden täglich aufs Neue zum Kauf zu veranlassen.⁵⁸⁷ Als regionale Tageszeitungen waren WZ und RP einzuordnen, weil ihre inhaltlichen Nachrichten- und Berichtsschwerpunkte im redaktionellen Teil nicht bloß einen lokalen, sondern auch einen regionalen Bezug aufwiesen⁵⁸⁸, denn das Verbreitungsgebiet beider Zeitungen erstreckte sich über mehrere Städte und Landkreise in Nordrhein-Westfalen, namentlich Düsseldorf (Verlagsstandort), Krefeld, Mönchengladbach, Neuss und viele mehr.⁵⁸⁹ Auch unter Berücksichtigung inhaltlicher, publizistisch-geistiger Kriterien, die neben den organisatorisch-technischen Merkmalen das Erscheinungsbild, die Aufmachung und den Gesamtcharakter einer Zeitung ausmachen und die deshalb ausschlaggebend für die Kaufentscheidung des Lesers sind⁵⁹⁰, ließ sich insoweit kein sachlicher Unterschied zwischen „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ feststellen, denn beide Blätter waren Zeitungen, in denen über die gleichen Bereiche in vergleichbarer Darstellung berichtet wurde.⁵⁹¹ Entscheidend für die Marktgleichwertigkeit war, dass sowohl durch die „Westdeutsche Zeitung“ als auch die „Rheinische Post“ der Bedarf nach täglicher Information über Politik, Wirtschaft, Kultur etc. in vergleichbarer Weise befriedigt wurde.

Festzustellen blieb noch, ob ein tatsächliches gemeinsames Verbreitungsgebiet der Presseobjekte bestand (räumliche Marktabgrenzung).⁵⁹² Eine solche Abgrenzung ist immer erforderlich, soweit die Presseobjekte einem sachlichen Markt angehören (wie hier für den Markt der regionalen Abonnementtageszeitungen gegeben) oder die sachlichen

Vertriebsmethode untergliedert sich in Straßenverkauf oder Abonnementabsatz; vgl. Thiel, a.a.O., S. 48, Fn. 77-79; Groß, Presserecht, Rn. 243; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 63.

⁵⁸⁶ Thiel, a.a.O., S. 50; auch gegenwärtig erscheinen „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ von Montag bis Samstag; siehe IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, I. Quartal 2007; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=w> und <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=r> (Stand: 28.1.2010).

⁵⁸⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1857 f., „Zeitungsmarkt München“; BKartA, Beschl. v. 13.10.1981, WuW/E BKartA 1921, 1928 f., „Burda/Springer“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 64; Thiel, a.a.O., S. 51 ff.

⁵⁸⁸ Dabei soll unter einer lokalen Verbreitung eine solche über einen kleinen Land- bzw. Stadtkreis oder ein Teil davon verstanden werden, während sich eine regionale Verbreitung über einen größeren oder mehrere Land- bzw. Stadtkreise bis zur Größe eines Regierungsbezirks und die Länder Berlin, Bremen und Hamburg erstreckt, vgl. Hildebrandt, a.a.O., S. 115.

⁵⁸⁹ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84 sowie <http://www.rbzv.de/> (Stand: 28.1.2010); Aktuell reicht sowohl das Verbreitungsgebiet von „Westdeutsche Zeitung“ als auch das von „Rheinische Post“ von der niederländischen Grenze bis nach Wuppertal bzw. ins Bergische Land; vgl. <http://www.wz-newsline.de/sro.php?redid=1929>; <http://www.rp-online.de/info/wir-ueber-uns/php> (Stand: 28.1.2010).

⁵⁹⁰ Thiel, a.a.O., S. 48; Löffler/Ricker, Handbuch des PresseR, S. 671, Rn. 7; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 63.

⁵⁹¹ Dies ließ sich auch schon aus der Tatsache folgern, dass in organisatorisch-technischer Hinsicht vergleichbare Zeitungen vorlagen.

⁵⁹² Vgl. Thiel, a.a.O., S. 103; Hildebrandt, a.a.O., S. 114; Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 497.

Unterscheidungskriterien für die Annahme getrennter Märkte nicht ausreichen. Das kann insbesondere der Fall sein im Verhältnis von Regional- zu den Lokalzeitungen.⁵⁹³

Beide Verlage waren im Verbreitungsgebiet ihrer Regionalzeitungen mit zahlreichen Lokalausgaben vertreten.⁵⁹⁴ Eine weitergehende Differenzierung zwischen regionalen und lokalen Lesermärkten war in diesem Fall aber nicht vorzunehmen, weil die überwiegende Zahl dieser Lokalausgaben als Kopfblätter der beiden Regionalzeitungen verbreitet wurden, so dass die Aufspaltung der Regionalmärkte in eine Vielzahl nebeneinander bestehender Lokalmärkte zur Annahme einer Anzahl von Lokalmonopolen ohne praktische Bedeutung für die Wettbewerbspolitik geführt und die von „Westdeutsche Zeitung“, „Rheinische Post“ und anderen großen Regionalzeitungen ausgehende Marktwirkung nur unzureichend Berücksichtigung gefunden hätte.⁵⁹⁵ Zwar können Lokalmärkte grundsätzlich als unterscheidbare Teilmärkte innerhalb eines einheitlichen regionalen Marktes eingeordnet werden, angesichts des von den Regionalzeitungen ausgehenden potenziellen Wettbewerbs gegenüber denjenigen Lokalmärkten innerhalb ihres Verbreitungsgebietes, auf denen sie noch nicht mit einer besonderen Lokalausgabe vertreten sind, spricht aber mit vorgenannten Gründen meist alles gegen eigenständige, gegenüber den Regionalmärkten abzugrenzende relevante Märkte.⁵⁹⁶

Es blieb demnach allein festzustellen, ob „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ tatsächlich im gleichen (regionalen) Verbreitungsgebiet vertrieben wurden, d.h. ob sie einen gemeinsamen räumlich relevanten Markt bildeten. Dies war zu bejahen, denn beide Zeitungen erschienen mit ihren Ausgaben in einem nahezu identischen Gebiet von Nordrhein-Westfalen, das u.a. die Bereiche Düsseldorf, Krefeld, Mönchengladbach und Neuss umfasste, so dass sie örtlich betrachtet als funktionell austauschbar anzusehen waren.

Insbesondere das Verbreitungsgebiet der Zeitungen und somit des zur Wahl stehenden Werbeträgers stellt auch einen nicht unwesentlichen Faktor für die Abgrenzung des Anzeigenmarktes dar.⁵⁹⁷ Hierbei mit einzubeziehen sind v.a. der Inhalt und die Ortsbezogenheit des Anzeigensubjekts sowie die Verbreitungsdichte und Auflagenhöhe des Presseerzeugnisses.⁵⁹⁸ Insoweit besteht auch bei der Abgrenzung von Anzeigenmärkten eine enge Verknüpfung zwischen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung.⁵⁹⁹

⁵⁹³ Hildebrandt, a.a.O., S. 114.

⁵⁹⁴ Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85; Aktuell (Stand: 26.9.2006) erscheint die „Westdeutsche Zeitung“ in ihrem Verbreitungsgebiet mit 17 Lokalausgaben, vgl. <http://www.wz-newsline.de/sro.php?redid=445>; die „Rheinische Post“ mit 29 Lokalausgaben, vgl. <http://www.rp-online.de/info/wir-ueber-uns/> (Stand: 28.1.2010).

⁵⁹⁵ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 44 f.

⁵⁹⁶ Vgl. Bericht der Kommission zur Untersuchung der Wettbewerbsgleichheit von Presse, Funk/ Fernsehen und Film –sog. Michel-Kommission-, BT-Drucks. V/2120, S. 159; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 44 f.; im Ergebnis ebenso: Hildebrandt, a.a.O., S. 107, 117.

⁵⁹⁷ Spieler, a.a.O., S. 56; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70.

⁵⁹⁸ Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 84; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70; Spieler, a.a.O., S. 56.

⁵⁹⁹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 70; Thiel, a.a.O., S. 70.

Geht man davon aus, dass Anzeigenkunden, die Anzeigen mit überwiegend lokalem Bezug aufgeben wollen, sich i.d.R. derjenigen Werbeträger bedienen, die sich auf lokaler Ebene betätigen (Lokalzeitungen sowie Regionalzeitungen mit Lokalteil)⁶⁰⁰ und Anzeigenkunden, die ein breiteres Publikum ansprechen wollen, ihren Bedarf durch Inserate auf regionaler Ebene mittels regional erscheinender Abonnementzeitungen decken⁶⁰¹, konnte im Fall von „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ unter Berücksichtigung des identischen Lesemarktes unproblematisch auch ein gemeinsamer sachlich und räumlich relevanter Markt für Anzeigen angenommen werden, denn für Inserenten waren beide Zeitungen funktionell austauschbar, weil sie mit beiden denselben Adressatenkreis erreichten.

Eine Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes konnte in diesem Fall dahinstehen, denn sie war hier ohne Bedeutung, so dass im Ergebnis „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ sachlich und räumlich marktgleichwertige publizistische Erzeugnisse darstellten.

Aufzuklären war ferner, ob die *Teilfusion* bzgl. der technischen und logistischen Segmente der Verlage Girardet und RBDV auf dem Markt der regionalen Abonnementtageszeitung im Wege des *Gruppeneffekts* eine marktbeherrschende Stellung begründeten oder verstärkten.

Die Formulierung „ist zu erwarten“ in § 36 Abs. 1 GWB stellt klar, dass eine Prognose verlangt ist, wonach objektive Anhaltspunkte vorliegen müssen, die eine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten lassen.⁶⁰² Erforderlich ist eine in die Zukunft gerichtete dynamische Analyse der Marktauswirkungen des Zusammenschlusses, wobei den Ausgangspunkt ein Vergleich der bisherigen Wettbewerbslage mit derjenigen, die durch die Fusion herbeigeführt wird bildet.⁶⁰³

Da § 36 GWB insoweit keine näheren Anhaltspunkte für das Vorliegen von Marktbeherrschung enthält, ist grundsätzlich auf die Vorschrift des § 19 Abs. 2 und 3 GWB (damals § 22 Abs. 1, 2 und 3 unter Beachtung von § 23a GWB⁶⁰⁴) zurückzugreifen, welche

⁶⁰⁰ Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, WuW/E OLG 3767, 3770, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; Thiel, a.a.O., S. 71; Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 87.

⁶⁰¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.5.1984, WuW/E BKartA 2140, 2141, „Südkurier/Singener Wochenblatt“; Thiel, a.a.O., S. 72.

⁶⁰² Vgl. BKartA, Beschl. v. 7.1.1974, WuW/E BKartA 1457, 1465, „VEBA/Gelsenberg“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 8; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 3.

⁶⁰³ Vgl. BGH, Urt. v. 6.10.1992, WuW/E BGH 2795, 2804, „Pinneberger Tageblatt“; BGH, Urt. v. 27.5.1986, WuW/E BGH 2276, 2283, „Süddeutscher Verlag/Donau Kurier“; Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 43, 44; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 3.

⁶⁰⁴ Zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses (1976) existierten neben den Vermutungstatbeständen des § 22 Abs. 3 GWB a.F. in § 23a GWB a.F. noch spezielle Vermutungstatbestände hinsichtlich Zusammenschlusswirkungen. Diese Vorschrift sollte den besonderen Eigenschaften der Fusionskontrolle Rechnung tragen und enthielt in Abs. 1 eine Reihe von Umsatzzahlen, bei deren Vorliegen vermutet wurde, dass der Zusammenschluss die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung nach sich ziehen würde. Abs. 2 enthielt eine Sonderregelung für Oligopole, die dem Tatbestand des heutigen § 19 Abs. 3 GWB weitgehend entsprach, nur dass § 23a Abs. 2 S. 2 GWB a.F. eine zusätzliche Toleranzklausel enthielt. Sofern die Voraussetzungen des § 23a Abs. 2 GWB a.F. vorlagen, war ein Zusammenschluss ausschließlich nach dieser Vorschrift und nicht nach § 22 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 GWB a.F. zu beurteilen. Mit Übernahme von § 23a Abs. 2 S. 1 GWB a.F. in der Sechsten GWB-Novelle und Einfügung in § 19 Abs. 3 S. 2 GWB ist diese Vorschrift nun auch für die Fusionskontrolle maßgeblich; vgl. hierzu ausführlich *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 153 m.w.N.

die marktbeherrschende Stellung „i.S.d. Gesetzes“ und somit auch für § 36 Abs. 1 GWB bestimmt.⁶⁰⁵

Der Wortlaut von § 19 Abs. 2 S. 1 GWB (§ 22 Abs. 1 GWB a.F.) enthält drei Möglichkeiten für das Vorliegen von Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen: Zum einen § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB a.F.), der Marktbeherrschung annimmt, wenn überhaupt kein Wettbewerb mehr auf dem relevanten Markt besteht; zum zweiten § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB a.F.), der erfüllt ist, wenn ein Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb auf dem relevanten Markt mehr ausgesetzt ist und zum dritten § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F.), der Marktbeherrschung als gegeben sieht, wenn ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Konkurrenten ein überragende Marktstellung hat. Diese Formen der Marktbeherrschung können auch bei zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam vorliegen, wenn zwischen ihnen wesentlicher Wettbewerb fehlt und die Voraussetzungen von § 19 Abs. 2 S. 1 GWB vorliegen (sog. *Oligopolatbestand*, vgl. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB [§ 22 Abs. 2 GWB a.F.]).

§ 19 Abs. 3 GWB (damals § 22 Abs. 3 GWB unter Beachtung von § 23a GWB) enthält zusätzlich Marktbeherrschungsvermutungen sowohl für die Einzelmarktbeherrschung (S.1) [§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a.F.], nämlich dann, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat, als auch für die Oligopol-Marktbeherrschung (S.2) [§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB a.F. bzw. § 23a Abs. 2 GWB a.F.], die greift, wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent (Nr. 1) bzw. fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln halten (Nr. 2). Weisen die Unternehmen allerdings nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat, gilt die Vermutung als widerlegt (§ 19 Abs. 3 S. 2 GWB [§ 23a Abs. 2 S. 1 GWB a.F.]).

Betrachtete man die Wettbewerbslage vor dem (Teil-)Zusammenschluss von Girardet und RBDV unter rein wirtschaftstheoretischen Gesichtspunkten, so war festzustellen, dass auf dem Markt der regionalen Abonnementtageszeitungen in den Gebieten in und um Düsseldorf, Krefeld, Mönchengladbach und Neuss, auf denen beide Verlage schwerpunktmäßig tätig waren, von oligopolistischen Verhältnissen auszugehen war, legt man zugrunde, dass das Oligopol in seiner wirtschaftlichen Bedeutung eine Marktform bezeichnet, bei der es zwar viele Nachfrager, aber nur wenige Anbieter gibt (Angebotsoligopol) bzw. umgekehrt (Nachfrageoligopol).⁶⁰⁶ Denn im bzw. am Rand des Verbreitungsgebiets von „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ existierten vor der Fusion neben den beteiligten Unternehmen nur zwei weitere Verlagsunternehmen mit regionalen Abonnementtageszeitungen, die als Konkurrenten eingestuft werden konnten, namentlich die Rheinisch Westfälische Verlagsgesellschaft mbH (RWV), welche die „Neue Ruhr Zeitung“ und die „Neue Rhein Zeitung“ (NRZ) u.a. im Raum von Düsseldorf, Wuppertal, Krefeld und

⁶⁰⁵ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 22; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 12; *Rieger*, in: FK, § 36 GWB 2005, Rn. 34.

⁶⁰⁶ Hahn, Oligopolistische Marktbeherrschung in der europäischen Fusionskontrolle, S. 18 f.

Kleve verlegte⁶⁰⁷, sowie die WAZ-Mediengruppe, die mit „Westdeutsche Allgemeine Zeitung“ (WAZ) zwar schwerpunktmäßig im mittleren Ruhrgebiet, insbesondere in Essen, Mülheim, Bochum, Gelsenkirchen, Wattenscheid und Umgebung vertreten war⁶⁰⁸, aber aufgrund ihres Expansionsdranges zunächst nur einen potenziellen Wettbewerber darstellte.⁶⁰⁹ Dies änderte sich, nachdem es zwischen RWV und der WAZ-Mediengruppe 1975/1976 zum Zusammenschluss kam, indem die Beteiligten die Zeitungsverlag Niederrhein GmbH & Co. KG (ZN) gründeten, die von fortan die Geschicke der NRZ leitete und an der die WAZ-Mediengruppe mit 89,4 Prozent beteiligt war⁶¹⁰, so dass faktisch nur noch die WAZ-Mediengruppe als echter Wettbewerber von Girardet und RBDV zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses eingeordnet werden konnte.

Ob hiermit aber auch ein Oligopol im wettbewerbstheoretischen Sinn vorlag, das die Voraussetzung von § 19 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllte und eine marktbeherrschende Stellung begründete, richtete sich zunächst danach, inwieweit zwischen Girardet und RBDV wesentlicher Wettbewerb fehlte. Hiermit ist das Innenverhältnis einer verdächtigen Oligopolgruppe angesprochen, denn die Feststellung, ob ein marktbeherrschendes Oligopol i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB vorliegt, erfordert vielfach die Ermittlung der Wettbewerbsbeziehungen der in einem Markt tätigen Unternehmen auf zwei Ebenen, wobei die zweite Ebene dann das Außenverhältnis betrifft, d.h. in diesem Fall das Verhältnis von Girardet und RBDV zu den sonstigen Wettbewerbern⁶¹¹, hier also der WAZ-Mediengruppe, wofür grundsätzlich § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB dann den Maßstab bilden.⁶¹² Allerdings kommt es auf eine Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse im Außenverhältnis nicht mehr an, wenn im Innenverhältnis wesentlicher Wettbewerb zwischen den Oligopolisten besteht, denn ist dies der Fall, scheidet die Annahme einer Marktbeherrschung des Oligopols denknotwendig aus.⁶¹³

Da die Fusionskontrolle grundsätzlich auf die Verhinderung einer Veränderung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen durch Unternehmenskonzentration gerichtet ist, bedarf es bei der Prüfung wesentlichen Wettbewerbs hinsichtlich des Innenverhältnisses zunächst eines Marktstrukturtests, dem eine hohe Indizfunktion für das Vorliegen von Binnenwettbewerb zukommt.⁶¹⁴

⁶⁰⁷ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 140, Anlage 8; siehe auch Artikel der FAZ vom 17.2.1968 in „Tageszeitungen in Deutschland“, S. 57.

⁶⁰⁸ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 24.

⁶⁰⁹ Siehe zum Wettbewerbsdruck durch die WAZ-Mediengruppe: Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85; sowie Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 25 ff.

⁶¹⁰ Siehe ausführlich zur Fusion NRZ/WAZ: Tätigkeitsbericht des BKartA 1975, BT-Drucks. 7/5390, S. 42 f.; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 130, Anlage 1; *Oppenberg*, in: *Zeitungsland Nordrhein-Westfalen*, S. 388 f.

⁶¹¹ Dies gilt nicht für sog. Volloligopole, die vorliegen, wenn dem Oligopol keine Außenwettbewerber gegenüber stehen, denn hier kommt es ausschließlich auf die Qualität des Wettbewerbs im Innenverhältnis an; vgl. *Leo*, in: GK, § 19, Rn. 1132, 1234.

⁶¹² *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 80; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 46 und 48; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 362.

⁶¹³ *Leo*, in: GK, § 19, Rn. 1136 f.

⁶¹⁴ *Schütz*, in: GK, § 36, Rn.103; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 372.

Allem voran steht daher die Frage nach der Markstellung der beteiligten Unternehmen. Die Auflagenhöhe der Objekte bietet sich dabei als Maßzahl an, denn die verkaufte Auflage ist als Klammer zwischen Verkaufs- und Anzeigensektor realistischer Ausdruck für die Größe der Presseerzeugnisse.⁶¹⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, inwieweit eine Symmetrie, d.h. eine annähernd gleiche Markstellung (Auflagenhöhe) zwischen den Verlagen besteht, oder ob eher ein asymmetrisches Verhältnis vorliegt, d.h. ihre Markstellung (Auflagenhöhe) unterschiedlich ist, ohne dass einem von ihnen eine überragende Markstellung zukommt.⁶¹⁶ Denn gleichförmiges Wettbewerbsverhalten ist eher zu erwarten, wenn das Oligopol bzgl. unternehmensbezogener Strukturmerkmale ausgeglichen ist, da eine Angleichung der Marktanteile auf die Annäherung der Interessen und fehlenden Wettbewerb hindeutet, was aber keine allgemeingültige Regel darstellt.⁶¹⁷

Zudem ist das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis umso wahrscheinlicher, je weniger Unternehmen dem Oligopol angehören und je geringer die Zahl der Außenseiter ist.⁶¹⁸ Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Reaktionsverbundenheit umso leichter zu erreichen ist⁶¹⁹, je weniger Unternehmen daran beteiligt sind.⁶²⁰ Zu unterscheiden sind in diesem Zusammenhang prinzipiell „enge“ und „weite“ Oligopole, wobei § 19 Abs. 2 S. 2 GWB vornehmlich das „enge“ Oligopol erfasst, d.h. wenn nur sehr wenige namhafte Anbieter auf dem Großteil eines Marktes vorhanden sind, denn in dieser Marktposition ist die gegenseitige Spürbarkeit des Aktionsparametereinsatzes der Konkurrenz besonders groß.⁶²¹

Der bereits mehrfach angedeutete wechselseitige Zusammenhang zwischen Strukturmerkmalen einerseits und Wettbewerbsverhalten andererseits macht klar, dass es neben dem Marktstrukturtest auch auf einen Marktverhaltenstest ankommt, folglich immer eine Gesamtbetrachtung erforderlich ist.⁶²²

Denn insbesondere gleichgerichtete Interessen und wechselseitige Abhängigkeit der am Oligopol beteiligten Unternehmen sind Indikatoren dafür, wie groß bzw. wie klein die wettbewerblichen Verhaltens- bzw. Entscheidungsspielräume sind und damit die Bewegungsfreiheit der einzelnen Unternehmen auf dem relevanten Markt ist.⁶²³ Es gilt das

⁶¹⁵ Hildebrandt, a.a.O., S. 132; vgl. hierzu außerdem ausführlich *Kirn*, in: ZRP 1970, „Der Stand der Diskussion um die Pressekonzentration“, S. 102 ff.

⁶¹⁶ Vgl. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 47; *Schütz*, in: GK, § 36, Rn.104.

⁶¹⁷ Vgl. KG, Urt. v. 1.7.1983, WuW/E OLG 3051, 3075 ff., „Morris/Rothmans“; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 61; *Schütz*, in: GK, § 36, Rn. 106; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 412.

⁶¹⁸ *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 61.

⁶¹⁹ Reaktionsverbundenheit bedeutet, dass wenn der Einsatz wettbewerblicher Aktionsparameter durch eines der Unternehmen für den anderen zu einer fühlbaren Veränderung ihrer Absatzmöglichkeiten führt (sog. oligopolistische Interdependenz), dies i.d.R. eine Reaktion in ihrem Marktverhalten zur Folge hat; vgl. Schmalenbach, Die qualifizierte Oligopolvermutung in § 23 a II GWB, S. 4 f.; Hahn, a.a.O., S. 19; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 364.

⁶²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 12.1968, WuW/E BGH 907, 913, „Fensterglas VI“; *Schütz*, in: GK, § 36, Rn. 105; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 61.

⁶²¹ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 45; Hahn, a.a.O., S. 20.

⁶²² Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1983, WuW/E BGH 2025, 2027, „Texaco/Zerssen“; BGH, Urt.v. 22.6.1981, WuW/E BGH 1824, 1827, „Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach“; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 372.

⁶²³ Vgl. *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 367; *Leo*, in: GK, § 19, Rn. 1248 f; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 46; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 61.

Marktverhalten der möglichen Oligopolisten auf ihre Reaktionsverbundenheit hin zu beurteilen.⁶²⁴ Reaktionsverbundenheit meint, dass wenn der Einsatz wettbewerblicher Aktionsparameter durch eines der Unternehmen für den anderen zu einer fühlbaren Veränderung ihrer Absatzmöglichkeiten führt (sog. *oligopolistische Interdependenz*), dies i.d.R. eine Reaktion in ihrem Marktverhalten zur Folge hat.⁶²⁵ Die Konsequenz besteht darin, dass die Oligopolisten versuchen werden ihre Unternehmenspolitik auf eine Absicherung gegenüber den negativen Folgen der Reaktionsverbundenheit auszurichten, d.h. aggressive Verhaltensweisen im Wettbewerb zu unterlassen und zu einer Einstellung des „leben und leben lassen“ überzugehen (sog. *Oligopolfriede*).⁶²⁶ Es wird von einer gesteigerten Reaktionsverbundenheit gesprochen, wenn die Unternehmen ihre Handlungsmöglichkeiten gegenseitig derart begrenzen, dass sie letztlich in einer „Pattsituation“ stehen mit der Folge, dass sich die Oligopolunternehmen gegenseitig keinen wesentlichen Wettbewerb mehr bereiten.⁶²⁷

Anhaltspunkte hierfür sind u.a., ob und inwieweit die Unternehmen aufeinander Rücksicht nehmen in der Erwartung, dass der andere ein gleiches macht und ob beide gegenüber Wettbewerbern möglichst geschlossen auftreten (sog. *Gruppenbewusstsein*).⁶²⁸

Mit der Gründung der Gemeinschaftsunternehmen durch Girardet und RBDV könnte wesentlicher Wettbewerb zwischen beiden Verlagen auf dem relevanten Markt für regionale Abonnementtageszeitungen mit maximal einem weiteren Anbieter (dann „enges“ Oligopol), nämlich der WAZ-Mediengruppe, weggefallen sein. Mit einer Auflagenanzahl von 372.778 Exemplaren lag der Marktanteil von RP wesentlich höher als der von WZ mit 201.183 Exemplaren⁶²⁹, so dass ein symmetrisches Oligopol mit erhöhter Indizfunktion ausschied, weil keine gleiche Marktstellung bestand.⁶³⁰

Dennoch konnten die Gemeinschaftsunternehmen langfristig gleichförmiges Marktverhalten begründen, wenn sich den Gemeinschaftsunternehmen und einem mit ihnen möglicherweise verbundenen *Gruppeneffekt* die Erhöhung der Reaktionsverbundenheit und damit die Minderung des Binnenwettbewerbs zwischen Girardet und RBDV nachweisen ließen.⁶³¹

Ob hier der *Gruppeneffekt* die marktbeherrschende Stellung einer der Verlage begründen oder verstärken konnte, richtete sich zunächst danach, ob die Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens für Girardet und RBDV so groß war, dass beide aus Rücksicht auf die Gemeinschaftsunternehmen ihren gegenseitigen Wettbewerb dämpften.⁶³²

⁶²⁴ Schütz, in: GK, § 36, Rn. 106.

⁶²⁵ Vgl. Schmalenbach, a.a.O., S. 4 f.; Hahn, a.a.O., S. 19; Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 364.

⁶²⁶ Hahn, a.a.O., S. 23; Leftwich, Lehrbuch der mikroökonomischen Theorie, S. 217.

⁶²⁷ Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 367 und 369.

⁶²⁸ Schütz, in: GK, § 36, Rn. 103; Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 61; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 46.

⁶²⁹ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 145, Anlage 12/1.

⁶³⁰ Siehe auch die unterschiedlichen Anteilsbeteiligungen an den Gemeinschaftsunternehmen: Girardet i.H.v. 35 Prozent, RBDV i.H.v. 65 Prozent; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84.

⁶³¹ Vgl. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 46; Schütz, in: GK, § 36, Rn. 106 und 132.

⁶³² Vgl. auch Schütz, in: GK, § 36, Rn.132.

Es war davon auszugehen, dass durch die Zusammenlegung von Druck und Vertrieb beide Verlage ihre Geschäftspolitik hinsichtlich dieser Segmente aufeinander abstimmen mussten, um am Ende die gewünschten Rationalisierungseffekte zu erzielen. Denn beide Unternehmen verfolgten das gleichgerichtete Ziel, nämlich langfristig ihre Wettbewerbsfähigkeit zu sichern, indem sie die Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit beider Verlage durch technische, betriebswirtschaftliche und organisatorische Zusammenarbeit steigern wollten.⁶³³ Dieses Ziel war nur zu erreichen, wenn beide Verlage im Rahmen ihrer Kooperation entsprechend Rücksicht aufeinander nahmen und ihre Geschäftspolitik hinsichtlich der gemeinsamen Aufgaben einheitlich gestalteten⁶³⁴, um weder die Gemeinschaftsunternehmen noch sich selbst zu gefährden.⁶³⁵ Insbesondere die unterdurchschnittliche Haushaltsabdeckung ihrer Zeitungen im Kernverbreitungsgebiet und der aggressive Konkurrenzkampf der WAZ-Mediengruppe erforderten ein geschlossenes und einheitliches Auftreten gegenüber dem Konkurrenten.⁶³⁶ Nur ein derartiges *Gruppenbewusstsein* hinsichtlich einer solchen Kooperation entsprach einem wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Verhalten.⁶³⁷ Hierbei handelte es sich gerade nicht nur um eine partielle Interessengemeinschaft auf einem Drittmarkt, die keinen Rückschluss auf wettbewerbsloses Parallelverhalten erlaubte. Allein der redaktionelle Bereich oblag jedem Verlag weiterhin eigenständig und erforderte folglich keine gegenseitige Rücksichtnahme oder ein geschlossenes Auftreten gegenüber der WAZ, so dass dort weiterhin ungetrübter publizistischer Wettbewerb möglich war.⁶³⁸ Dieser konnte im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung aber nicht berücksichtigt werden, denn zwar soll über die Pressefusionskontrolle der Konzentration bei Zeitungen entgegengewirkt und dadurch die Meinungsvielfalt gewahrt werden, im Fusionskontrollverfahren geht es aber nicht vorrangig um die Erhaltung der Presselandschaft, sondern entscheidend ist vielmehr, ob die Stellung eines Unternehmens durch den Zusammenschluss eine kartellrechtlich relevante Änderung erfährt.⁶³⁹

Im Ergebnis war deshalb aufgrund der gegründeten Gemeinschaftsunternehmen ein wesentlicher Wettbewerb im Innenverhältnis von Girardet und RBDV zu verneinen.⁶⁴⁰

⁶³³ Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8.

⁶³⁴ Auch das BKartA hat in seiner Beurteilung festgestellt, dass die Geschäftspolitik auf dem Leser- und Anzeigenmarkt durch die Verbindung beider Zeitungen über das Gemeinschaftsunternehmen berührt werden kann; Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

⁶³⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 22.9.1987, WuW/E BGH 2433, 2438 ff., „Gruner+Jahr/Zeit“; KG, Urt. v. 12.3.1997, WuW/E OLG 5907, 5914 f., „Rheinpfalz/Medien Union“; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., § 19, Rn. 47.

⁶³⁶ Zum Marktverhalten der WAZ-Mediengruppe im Allgemeinen: Ulmer, *Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen*, S. 25 f.; Auch das BKartA hat in seinem Beschluss auf die aggressive Anzeigen- und Abo-Preispolitik der WAZ-Gruppe und die unterdurchschnittliche Haushaltsabdeckung von „Rheinische Post“ und „Westdeutsche Zeitung“ hingewiesen; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

⁶³⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1983, WuW/E BGH 2025, 2027 f., „Texaco/Zerssen“; *Schütz*, in: *GK*, § 36, Rn.103.

⁶³⁸ So auch Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

⁶³⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2902, „Anzeigenblätter II“; BGH, Urt. v. 27.5.1985, WuW/E BGH 2276, 2284, „Süddeutscher Verlag/ Donau Kurier“; Bechtold, *GWB*, 5. Aufl., § 36, Rn. 33; *Ruppelt*, in: *Langen/Bunte, KartR*, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 46.

⁶⁴⁰ So auch das BKartA in seinem Beschluss v. 24.5.1978, WuW/E BKartA 1753, 1756, „bituminöses Mischgut“, welches ebenfalls davon ausging, dass sich Gesellschafter auf den Märkten des gegründeten

Es erforderte daher zusätzlich die Ermittlung der Wettbewerbsbeziehungen im Außenverhältnis, d.h. zu den sonstigen Wettbewerbern, hier der ZN/WAZ-Mediengruppe. Hierbei gelten die drei Marktbeherrschungsformen des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB entsprechend⁶⁴¹, d.h. Girardet und RBDV wären als marktbeherrschend einzuordnen gewesen, wenn sie in ihrer Gesamtheit ohne Wettbewerber waren (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB) oder keinem wesentlichen Wettbewerb durch Konkurrenten ausgesetzt waren (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB) oder im Verhältnis zu den Außenwettbewerbern eine überragende Marktstellung hatten (§ 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB).

Da die ZN/WAZ-Mediengruppe auf dem hier relevanten Markt tatsächlich als Wettbewerber einzuordnen war, musste die Möglichkeit der Marktbeherrschung aufgrund eines Fehlens jeglichen Wettbewerbs gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB ausscheiden.

Wann im Außenverhältnis ein Oligopol keinem wesentlichen Wettbewerb gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB ausgesetzt ist, richtet sich danach, ob es den Außenwettbewerbern gegenüber einen überragenden Verhaltensspielraum hat, d.h. ohne große Rücksichtnahme auf die Wettbewerber handeln und dadurch deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten übermäßig begrenzen kann.⁶⁴² Zu untersuchen ist damit die tatsächliche Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt, die immer dann zu verneinen ist, wenn der Wettbewerb so schwach ausgeprägt ist, dass er von den beherrschungsverdächtigen Unternehmen vernachlässigt werden kann, also kein dem Wettbewerb eigentümlicher Verhaltensspielraum mehr existiert, der zu eigenständigen, vom Marktverhalten der Wettbewerber im wesentlichen unabhängigen Marktstrategien befähigt.⁶⁴³ Ob und in welchem Umfang dies hier der Fall war, bedurfte einer wertenden Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, insbesondere der Wettbewerbsverhältnisse und Marktstrukturen.⁶⁴⁴ Der Marktstrukturtest misst die Marktstellung eines Unternehmens anhand von relativen Größenkriterien im Vergleich zu anderen Unternehmen, wofür gerade auch auf die in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB angeführten Kriterien zurückgegriffen werden kann.⁶⁴⁵

Und da v.a. solche Wettbewerber des Oligopols als Außenwettbewerber anzusehen sind, die im Verhältnis zu den Oligopolunternehmen nicht oder nur begrenzt reaktionsverbunden sind

Gemeinschaftsunternehmens nicht mehr als Wettbewerber gegenüberstehen werden; vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Zweiten GWB-Novelle v. 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 27: „Wenn nämlich die Muttergesellschaften vor Bildung des Gemeinschaftsunternehmens aktuelle oder potenzielle Wettbewerber waren, so sind sie dies danach zumindest auf dem Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens nicht mehr.“

⁶⁴¹ Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 408; Ruppelt, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 63.

⁶⁴² Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1983, WuW/E BGH 2025, 2028, „Texaco/Zerssen“; KG, Urt. v. 15.3.1979, WuW/E OLG 2113, 2116 f. und 2119 f., „Steinkohlenstromerzeuger“; Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 410; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 48; Leo, in: GK, § 19, Rn. 631.

⁶⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1983, WuW/E BGH 2025, 2028, „Texaco/Zerssen“; BGH, Urt. v. 3.7.1976, WuW/E BGH 1435, 1439, „Vitamin B12“; Leo, in: GK, § 19, Rn. 631 f.

⁶⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 16.2.1982, WuW/E BGH 1905, 1908, „Münchner Wochenblatt“; BGH, Urt. v. 3.7.1976, WuW/E BGH 1435, 1441, „Vitamin B12“; Leo, in: GK, § 19, Rn. 634; Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 177 und 190.

⁶⁴⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 22.6.1981, WuW/E BGH 1824, 1827, „Tonolli/Blei und Silberhütte Braubach“; Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 177.

und i.d.R. deutlich geringere Marktanteile als die Oligopolunternehmen aufweisen⁶⁴⁶, kommt auch im Rahmen von § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB insbesondere dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen eine wichtige Rolle, wenn auch nur mit Indizfunktion zu, denn unbestritten besteht bei jedem Unternehmen ein Zusammenhang zwischen seinem Marktanteil und dem ihm daraus entstehenden Verhaltensspielraum.⁶⁴⁷

Mit einer Gesamtauflage von 573.937 Zeitungen im gesamten Verbreitungsgebiet von „Rheinische Post“ (372.778 Stück) und „Westdeutsche Zeitung“ (201.159 Stück) lag die Auflagenhöhe gegenüber der NRZ mit 215.630 Exemplaren mehr als doppelt so hoch und ließ auf einen entsprechend höheren Marktanteil in den sich überschneidenden Hauptverbreitungsgebieten schließen.⁶⁴⁸ Insbesondere das Beispiel Düsseldorf als Kernverbreitungsgebiet von Girardet und RBDV, wo die NRZ mit einer Auflage von 21.222 Stück vertreten war und damit einen Marktanteil von lediglich 10,8 Prozent besaß zeigte deutlich⁶⁴⁹, wie ungleich größer der Marktanteil der beiden Oligopolisten gegenüber dem Außenwettbewerber war, die sich hier die restlichen 89,2 Prozent teilten.

Gemäß dem Marktbeherrschungsvermutungsstatbestand des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB gilt eine Gesamtheit von Unternehmen bereits als marktbeherrschend, wenn sie einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, was bei Girardet und RBDV auf einigen lokalen Märkten der Fall war und wo sie zum Teil sogar Monopolstellungen einnahmen.⁶⁵⁰

Für das Erfordernis in § 19 Abs. 2 S. 2 GWB „soweit sie [Anmerkung: die Unternehmen des Oligopols] in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllen“ genügt es allerdings nicht allein die Marktanteile bzw. Auflagenzahlen zusammen zu addieren, da zum einen hiermit nur statistisch die Marktstellungen erfasst, also die Entwicklungsphasen eines Marktes nicht einbezogen werden und zum anderen jedes einzelne Unternehmen des Oligopols den Außenwettbewerber überragen muss.⁶⁵¹ Zudem geben marktbeherrschende Stellungen, bezogen auf einzelne lokale Märkte nicht ausreichend Aufschluss über den Verhaltensspielraum der Zeitungsunternehmen gegenüber den im gleichen bzw. angrenzenden regionalen Bereich tätigen anderen Verlagen.⁶⁵²

Demnach musste für die Annahme fehlenden wesentlichen Wettbewerbs im Rahmen eines Marktverhaltenstests die ZN/WAZ-Mediengruppe sowohl dem Markteinfluss von Girardet als auch dem von RBDV unterlegen haben und nach dem relativ geringen Gewicht ihres eigenen Markteinflusses die beiden Verlage nicht oder nur geringfügig durch ihr eigenes Marktverhalten beeinflusst und zu verteidigenden Reaktionen veranlasst haben können, so

⁶⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1983, WuW/E BGH 2025, 2027, „Texaco/Zerssen“; in derselben Sache BKartA, Beschl. v. 28.10.1980, WuW/E BKartA 1840, 1847 ff.; *Leo*, in: GK, § 19, Rn. 1200.

⁶⁴⁷ So auch KG, Urt. v. 4.3.1986, WuW/E OLG, 3767, 3772, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; Thiel, a.a.O., S. 132 f.

⁶⁴⁸ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 23, S. 143 Anlage 11/1.

⁶⁴⁹ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 140 Anlage 8.

⁶⁵⁰ So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85.

⁶⁵¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 8.12.1986, WuW/E BKartA 2247, 2250, „Hüls/Condea“; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 190 und 410.

⁶⁵² Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85; so auch Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 44 f.

dass Girardet und RBDV keinen ins Gewicht fallenden Nachteil erleidet hätten, wenn die WAZ-Mediengruppe z.B. ihre Preise einseitig ermäßigt oder andere Parameter zur Verbesserung ihrer Marktstellung eingesetzt hätte, weil sie u.U. nur über beschränkte logistische Möglichkeiten verfügte und somit nur geringfügig in der Lage war, eine größere Nachfrage zu befriedigen.⁶⁵³

Wollte man den der WAZ-Mediengruppe auf dem hier relevanten Markt damals tatsächlich zur Verfügung stehenden Verhandlungsspielraum abstecken, so bedurfte es zunächst einer Betrachtung der Größe und Marktstellung des WAZ-Konzerns im allgemeinen, denn es handelte sich im Jahr 1976 um den mit Abstand größten Konzern von Abonnementtageszeitungen in Deutschland⁶⁵⁴, der es geschafft hatte in seinem Verbreitungsgebiet alle konkurrierenden regionalen und lokalen Abonnementtageszeitungen vom Markt zu verdrängen oder in den eigenen Marktbereich einzugliedern⁶⁵⁵, so dass auch der Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an der NRZ zur weiteren Festigung der schon vorher starken Position der WAZ im westlichen Ruhrgebiet beigetragen hatte.⁶⁵⁶

Diese enorme Expansion und die insgesamt gewichtige Marktstellung wurden durchweg auf ein ungewöhnlich aggressives Marktverhalten der WAZ-Mediengruppe zurückgeführt, hinter dem zum einen eine enorme Finanzkraft steckte und das zum anderen aus für die Mitbewerber nachteiligen Wettbewerbsmethoden bestand.⁶⁵⁷ Genannt wurden hier Begriffe wie „ruinöser Wettbewerb“, „Dumpingpreise“ oder „Marktverdrängung“.⁶⁵⁸ Hierbei war v.a. die Diskrepanz zwischen den Bezugs- und Anzeigenpreisen anzuführen, denn soweit die WAZ-Mediengruppe in einzelnen Teilmärkten ihres Verbreitungsgebietes eine führende Position hatte, lagen ihre Tausenderpreise (d.h. der Preis pro Anzeigenseite bezogen auf 1000 verkaufte Zeitungsexemplare⁶⁵⁹) für die betreffenden Lokalausgaben 1976 durchweg im oberen Drittel, wenn nicht an der Spitze der Preisskala der in vergleichbarer Höhe erscheinenden Tageszeitungen⁶⁶⁰, während die Bezugspreise über einen langen Zeitraum hinweg konstant außerordentlich niedrig blieben.⁶⁶¹ Auch im Fusionsfall von WAZ und NRZ

⁶⁵³ Leo, in: GK, § 19, Rn. 1209.

⁶⁵⁴ Die Verkaufsauflage der WAZ-Mediengruppe lag 1976 (I. Quartal) bei rund 1,2 Mio. Exemplaren. An zweiter Stelle stand, bezogen auf Abonnementtageszeitungen der Axel Springer-Konzern mit 734.279 Exemplaren; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 23.

⁶⁵⁵ So wurden seit 1954 insgesamt 14 Zeitungen durch Kauf oder Erwerb der maßgeblichen Beteiligung in den WAZ-Konzern eingebracht, deren Auflage sich zusammen auf 721.286 Exemplare bzw. 61 Prozent des Auflagenbestandes des WAZ-Konzerns im I. Quartal 1976 belief; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 5 und 23.

⁶⁵⁶ In diesem Zusammenhang stellte das BKartA fest, dass schon vor Übernahme der NRZ die WAZ-Mediengruppe auf dem Leser- und Anzeigenmarkt ihres Verbreitungsgebietes eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Es gab die Fusion aber dennoch frei, weil ohne sie das Ausscheiden der NRZ aus dem Markt zu erwarten gewesen wäre und weil die Übernahmevereinbarung die Erhaltung der redaktionellen Selbständigkeit vorsah; Tätigkeitsbericht des BKartA 1975, BT-Drucks. 7/5390, S. 42 f.

⁶⁵⁷ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 25 m.w.N. in Fn. 7.

⁶⁵⁸ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 25 m.w.N. in Fn. 8.

⁶⁵⁹ Groß, PresseR, Rn. 166; Löffler/Ricker, Handbuch des PresseR, S. 616, Rn. 33.

⁶⁶⁰ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 27 f.

⁶⁶¹ Die Steigerung des Zeitungsbezugspreises der WAZ in der Zeit von 1963 bis 1976 betrug 46 Prozent, während sich der Abonnementpreis im Branchendurchschnitt im gleichen Zeitraum mehr als verdoppelt hatte. Das galt auch für Zeitungsverlage in Nordrhein-Westfalen außerhalb des Einzugsbereichs der WAZ. Hier ließen

wurde der Tausenderpreis in den Gebieten, in denen die Anzeigentarifgemeinschaft der WAZ-Mediengruppe (bestehend aus der WAZ, NRZ, „Westfälischen Rundschau“, Dortmund [WR] sowie der „Westfalenpost“, Hagen [WP]⁶⁶²) tätig war überwiegend erhöht⁶⁶³, obwohl der Auflagenzuwachs einen erheblich abfallenden Tausenderpreis hätte erwarten lassen müssen.⁶⁶⁴

Die Kombination aus bedeutender Marktstellung, Größe, Finanzkraft und einem aggressiven Marktverhalten in der Zeit vor 1976 bildete den Grund für die Annahme, dass die WAZ-Mediengruppe weder dem Markteinfluss von Girardet noch von RBDV unterlag, sondern dass vielmehr ein nicht ganz geringer Markteinfluss seitens der WAZ-Mediengruppe auf beide Verlage ausging, der nicht nur geringfügig das Marktverhalten beider Unternehmen beeinflussen und zu verteidigenden Reaktionen veranlassen (z.B. die hier in Frage stehende Kooperation), sondern der auch bei beiden Verlagsunternehmen ins Gewicht fallende Nachteile bewirken konnte (Verlust von Marktanteilen insbesondere am Rand des Verbreitungsgebietes oder Werbeeinnahmen), wenn die WAZ-Mediengruppe Aktionsparameter zur Verbesserung ihrer Marktstellung einsetzte, weil diese insbesondere über sämtliche logistischen Möglichkeiten sowie die Finanzkraft verfügte, um auch eine größere Nachfrage in den Verbreitungsgebieten von Girardet und RBDV zu befriedigen.

Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zwischen Girardet und RBDV und der ZN/WAZ-Mediengruppe im Außenverhältnis war im Ergebnis daher zu verneinen und eine marktbeherrschende Stellung der beiden Düsseldorfer Verlage i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB abzulehnen.

Ob überhaupt noch eine gemeinsame überragende Marktstellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 S. 2 GWB bei Girardet und RBDV in Betracht kam, wenn fehlender wesentlicher Wettbewerb im Außenverhältnis zu verneinen war, wird unterschiedlich gesehen, denn es besteht Uneinigkeit darüber, in welchem Verhältnis § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 GWB zueinander stehen.

Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob ein Alternativverhältnis vorliegt, weil der Wortlaut („oder“) von § 19 Abs. 2 GWB hierauf schließen lassen könnte. In der Rechtsprechung besteht diesbezüglich eine Divergenz zwischen einzelnen Entscheidungen, die mal ein Alternativverhältnis verneinen und ein anderes Mal bejahen.⁶⁶⁵ So wird in einem BGH- Urteil

sich gegenüber den Preisen von 1963 Erhöhungen zwischen 100 und 160 Prozent feststellen (z.B. bei „Rheinische Post“ um 120 Prozent); Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 26 und S. 132 Anlage 3.

⁶⁶² Hierbei handelte es sich um eine Zwangskombination, bei der der Inserent nur noch die Wahl hatte zwischen der Werbung an einzelnen Orten oder einer von der WAZ-Mediengruppe gebildeten Tarifzonen, nicht aber zwischen den Zeitungen; siehe ausführlich hierzu Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 30 f.

⁶⁶³ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 28 und S. 141 Anlage 9.

⁶⁶⁴ Groß, PresseR, Rn. 166; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 28.

⁶⁶⁵ So entschied der BGH im Fall „Vitamin B12“ v. 3.7.1976, WuW/E BGH 1435, 1439, 1442, im Ergebnis, dass zwischen § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB ein echtes Alternativverhältnis nicht besteht, während der BGH im Fall „Valium“ v. 16.12.1976, WuW/E BGH 1445, 1449, diese Ansicht wieder aufgab; siehe auch Paschke, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 219 f.

(„Vitamin B12“) noch vorausgesetzt, dass für die Frage des Bestehens einer überragenden Marktstellung immer auch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem fraglichen Markt heranzuziehen sind und ein solche Marktstellung nicht angenommen werden kann, wenn das Unternehmen wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist⁶⁶⁶, während eine andere Entscheidung des BGH („Valium“) eine überragende Marktstellung annimmt, obwohl wesentlicher Wettbewerb besteht, das Unternehmen aber dennoch einen überragenden Spielraum in seinem Wettbewerbsverhalten besitzt.⁶⁶⁷ Die letztere Entscheidung des BGH führt aber zu nicht lösbaren Schwierigkeiten in der Praxis, denn worin soll sich der überragende Verhaltensspielraum eines Unternehmens äußern, wenn dieses Verhalten durch wesentlichen Wettbewerb an sich kontrolliert wird.⁶⁶⁸

Die Begründung zum Regierungsentwurf der Zweiten GWB-Novelle 1971 trennt in der Beschreibung der von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB (damals § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB) zu erfassenden Wettbewerbssituationen nicht zwischen der Situation, die bei Fehlen wesentlichen Wettbewerbs, und der, die bei überragender Marktstellung eines Unternehmens besteht.⁶⁶⁹ Beide Tatbestände bestimmen im Ergebnis den Begriff der Marktbeherrschung, obgleich es sich um zwei verschiedene Betrachtungsweisen des Marktgeschehens handelt, die sich aber insoweit ergänzen und gegenseitig beeinflussen, so dass weder für die Feststellung fehlenden wesentlichen Wettbewerbs die Marktstruktur unberücksichtigt bleiben kann, noch für die Feststellung einer überragenden Marktstellung das Marktverhalten unbeachtet bleiben darf.⁶⁷⁰ Allein diese wechselseitige Betrachtungsweise wird dem Wettbewerb als einem dynamischen Prozess gerecht.⁶⁷¹ Von einem dynamischen Wettbewerb kann aber nur bei einem normalen Verhaltensspielraum der Unternehmen ausgegangen werden, während bei einer überragenden Marktstellung der dynamische, d.h. wesentliche Wettbewerb grundsätzlich fehlt.⁶⁷²

Auch im Rahmen der Rechtsprechung und in der Praxis des BKartA hat sich diese Auffassung zunehmend durchgesetzt⁶⁷³, so dass das Vorhandensein (bzw. im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB die Erwartung des Entstehens) einer überragenden Marktstellung grundsätzlich davon abhängig zu machen ist, ob das Unternehmen wesentlichem Wettbewerb

⁶⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 3.7.1976, WuW/E BGH 1435, 1439, 1442, „Vitamin B12“.

⁶⁶⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1976, WuW/E BGH 1445, 1449, „Valium“.

⁶⁶⁸ So auch *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 221.

⁶⁶⁹ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Zweiten GWB-Novelle v. 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 21 f.

⁶⁷⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 24.6.1980, WuW/E BGH 1711, 1716, „Mannesmann/Brueninghaus“; BGH, Urt. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1755, „Klößner/Becorit“; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 237; *Lübbert*, in: WuW 1977, „Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis“, S. 568;

⁶⁷¹ *Lübbert*, in: WuW 1977, a.a.O., S. 568 f.; *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 237.

⁶⁷² *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 227.

⁶⁷³ Vgl. BGH, Urt. v. 24.6.1980, WuW/E BGH 1711, 1716, „Mannesmann/Brueninghaus“; BGH, Urt. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1754 f., „Klößner/Becorit“; BGH, Urt. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, „Kfz-Kupplungen“; Tätigkeitsbericht des BKartA 1979/1980, BT-Drucks. 9/565, S. 75.

ausgesetzt ist (bzw. gemäß den sich durch den Zusammenschluss verändernden Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich noch sein wird).⁶⁷⁴

Da das Verhältnis zwischen § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 GWB auch für den *Oligopolatbestand* von § 19 Abs. 2 S. 2 GWB gilt, ist die überragende Marktstellung eines Oligopols gegenüber den Außenwettbewerbern mithin in jedem Fall ausgeschlossen, wenn positiv festgestellt ist, dass das Oligopol wesentlichem Wettbewerb durch die Außenwettbewerber ausgesetzt ist.⁶⁷⁵

Wie festgestellt, ließ selbst der Zusammenschluss von Girardet und RBDV im Außenverhältnis zur NZ/WAZ-Mediengruppe noch wesentlichen Wettbewerb i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2, S. 2 GWB erwarten, so dass eine überragende Marktstellung des Oligopols Girardet und RBDV gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB nicht mehr in Frage kam.

Die Marktbeherrschungsvermutung von § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB kam in diesem Fall schließlich auch nicht mehr in Betracht. Zwar bestand gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 Alt. 1 GWB im Innenverhältnis von Girardet und RBDV kein wesentlicher Wettbewerb mehr, gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 Alt. 2 GWB hatten beide Verlage zusammen aber im Verhältnis zur WAZ-Mediengruppe keine überragende Marktstellung.

Im Ergebnis war deshalb dem BKartA in seiner Entscheidung zuzustimmen, die Gemeinschaftsunternehmen von Girardet und RBDV freizugeben, da nicht zu erwarten war, dass sie eine marktbeherrschende Stellung der beiden Verlage begründen oder verstärken würden. Ein Beweis der beteiligten Unternehmen, dass durch die Fusion Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese die Nachteile einer Marktbeherrschung überwiegen würden (*Abwägungsklausel*, vgl. § 36 Abs. 1 GWB), bedurfte es daher nicht.

(b) Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB?

Da Girardet und RBDV mit der Gründung ihrer Gemeinschaftsunternehmen noch vor der fusionsrechtlichen Kontrolle durch das BKartA eine Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB (damals § 5b GWB), hilfsweise ein Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 1 und 2 GWB (damals § 5 Abs. 2 und 3 GWB) beim LKartA von Nordrhein-Westfalen angemeldet hatten und dieses keinen Einwand erhob⁶⁷⁶, soll auch diese Entscheidung kartellrechtlich untersucht werden.

Weil eine *Doppelkontrolle* mit der zusätzlichen Prüfung von § 1 GWB nur in Frage kommt, wenn nicht rein konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen vorliegen, die der ausschließlichen

⁶⁷⁴ Im Ergebnis so auch *Ebel*, in: NJW 1973, „Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1580; *Benisch*, Anmerkung zum „Vitamin B12“-Urteil des BGH in: GRUR 1977, S. 173 f.; *Lübbert*, in: WuW 1977, a.a.O., S. 568; *Hootz*, Anmerkung zum „Vitamin B12“-Urteil des BGH in: BB 1976, S. 1240; *Hermanns*, in: WRP 1976, „Marktmacht und ihr Missbrauch“, S. 747.

⁶⁷⁵ *Paschke*, in: FK, § 19 GWB 2005, Rn. 417.

⁶⁷⁶ Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8; Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84.

Anwendung der §§ 35 ff. GWB unterliegen, war zunächst zu untersuchen, inwieweit die Nordrhein Druck GmbH & Co. KG sowie die Rheinisch Bergischer Zeitungsvertrieb GmbH & Co. KG als funktional selbständige Gemeinschaftsunternehmen einzuordnen waren, d.h. ob sie eine Voll- oder Teilfunktion wahrnehmen und ob und in welchem Umfang sie am Markt unabhängig auftreten konnten.⁶⁷⁷ Zu prüfen war damit ihre Autonomie gegenüber Girardet und RBDV, denn konnten beide Gemeinschaftsunternehmen selbständig planen, entscheiden und wirtschaftlich handeln, schloss das ein wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken von Girardet und RBDV i.S.e. kooperativen Gemeinschaftsunternehmen weitgehend aus.⁶⁷⁸

Mit der Gründung der beiden Gemeinschaftsunternehmen wurden wichtige verlagstechnische Bereiche wie Druck und Vertrieb zwar ausgegliedert, gleichzeitig verbunden war aber damit auch die (Teil-)Fusion der beiden Muttergesellschaften untereinander, die die gemeinsame wirtschaftliche Leitung beider Gemeinschaftsunternehmen zur Folge hatte, womit die unternehmensrelevanten Entscheidungen prinzipiell weiterhin von Girardet und RBDV getroffen wurden.⁶⁷⁹

Aber unabhängig davon, wie hoch letztlich der Grad der Autonomie der Gemeinschaftsunternehmen war oder wie groß die wirtschaftlichen Handlungsspielräume auch sein mochten, wirklich entscheidend blieb, ob die Gründung der beiden Gemeinschaftsunternehmen eine Koordinierung des Marktverhaltens der beteiligten Muttergesellschaften bezweckte oder bewirkte (vgl. § 1 GWB).⁶⁸⁰

Da eine Koordinierung des Verhaltens bereits angenommen wird, wenn die Gründerunternehmen und das Gemeinschaftsunternehmen bzw. nur die Gründerunternehmen auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind⁶⁸¹, konnte auch für diesen Fall von einer Verhaltenskoordinierung und damit von zwei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden, denn Girardet und RBDV waren hier nicht nur auf demselben regionalen Abonnementtageszeitungsmarkt tätig, auch ein wesentlicher Wettbewerb zwischen beiden Verlagen fand nicht mehr statt.

Für eine Freistellung gemäß § 4 Abs. 1 GWB mussten die beiden gegründeten Gemeinschaftsunternehmen von Girardet und RBDV die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben. Da hinsichtlich des für die Rationalisierung zur Verfügung stehenden Mittels der betrieblichen Zusammenarbeit bis auf Spezialisierungsvereinbarungen i.S.v. § 3 GWB keine Beschränkungen bestanden und jegliche Formen der betrieblichen

⁶⁷⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, 2170, „Mischwerke“; *Schulte*, in: WRP 1987, a.a.O., S. 359; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 251; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 321; *Lindemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, Anhang 1 zu § 1, Rn. 5 f.

⁶⁷⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, 2172, „Mischwerke“; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 328 f.; *Schulte*, in: WRP 1987, a.a.O., S. 359; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 1, Rn. 257.

⁶⁷⁹ Siehe B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁶⁸⁰ *Huber*, in: FK, § 1 n.F. GWB 1999, Rn. 42; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 323, 326 ff.

⁶⁸¹ BGH, Urt. v. 8.5.2001, WuW/E DE-R 711, 716, „Ost-Fleisch“; BKartA, Beschl. v. 21.8.1997, WuW/E DE-V 9, 14, „Ostfleisch“; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 327; *Lindemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, Anhang 1 zu § 1, Rn. 14.

Zusammenarbeit erfasst waren⁶⁸², ließ sich die Gründung von zwei Gemeinschaftsunternehmen mit den Aufgaben eines gemeinsamen Drucks sowie eines gemeinsamen Vertriebs unproblematisch als Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen bezeichnen.⁶⁸³ Es handelte sich hierbei auch nicht um Spezialisierungsvereinbarungen gemäß § 3 GWB, denn die Kooperation zwischen Girardet und RBDV begründete in der Hauptsache nicht eine Produktverengung oder einen Produktverzicht aufgrund Produktteilung oder durch Aufteilung von Aufgabenbereichen, sondern eine Zusammenarbeit, bei der sich die Beteiligten nicht verpflichteten nur spezifische Tätigkeiten zur Herstellung und zum Vertrieb ihrer Zeitungen zu erbringen bzw. nicht zu erbringen, vielmehr wollten sie im Rahmen der beiden Gemeinschaftsunternehmen bestimmte Tätigkeiten gemeinsam oder einheitlich vornehmen.⁶⁸⁴

Der gemeinsame Druck und Vertrieb musste aber auch die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge bezwecken. Ein Rationalisierungserfolg war dann anzunehmen, wenn Vorgänge im Geschäftsablauf von Girardet und RBDV so gestaltet wurden, dass eine Verbesserung des innerbetrieblichen Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag eintrat.⁶⁸⁵

Da eine Zusammenlegung von Druck und Vertrieb aufgrund der vereinheitlichten und damit vereinfachten Logistik sowie des vereinfachten Produktionsablaufs in jedem Fall zu einer Verringerung des Herstellungs- bzw. Vertriebsaufwandes bei „Westdeutsche Zeitung“ und „Rheinische Post“ führte, hierdurch aus betriebswirtschaftlicher Sicht aufgrund von Einsparungen bei den Verwaltungskosten, beim Personal und der effektiveren Auslastung der Druckmaschinen grundsätzlich auch Kosten reduziert werden konnten, war deshalb grundsätzlich von einer verbesserten Produktivität auszugehen⁶⁸⁶, so dass die Auffassung des LKartA von Nordrhein-Westfalen zu teilen war, dass die gegründeten Gemeinschaftsunternehmen sich als Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge darstellten, weil hierdurch das Verhältnis von Ertrag (gleiche bis höhere Produktivität) zu Aufwand (verminderter Herstellungs- und Kostenaufwand) verbessert wurde.⁶⁸⁷

Es war auch das vertraglich vereinbarte Ziel beider Verlagsunternehmen, langfristig die Wettbewerbsfähigkeit der Vertragspartner als Zeitungsverlage zu fördern, was sie durch die Rationalisierungsmaßnahmen (Ausgliederung und gemeinsame Ausübung bestimmter betrieblicher Funktionen) erreichen wollten, so dass die Rationalisierung innerbetrieblicher

⁶⁸² Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 37; Werner, a.a.O., S. 171 f.; Herresthal, a.a.O., S. 46.

⁶⁸³ Vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft 1973, BT-Drucks. 7/765, S. 3; Veltins, Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandskartellen gem. § 5b GWB, S. 110 f.; Werner, a.a.O., S. 172.

⁶⁸⁴ Zum Begriff der Spezialisierungsvereinbarung vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁶⁸⁵ BKartA, Beschl. v. 10.3.1976, WuW/E BKartA, 1616, 1623, „Pallas“; *Veltins*, in: DB 1978, a.a.O., S. 240; Herresthal, a.a.O., S. 40 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 26.

⁶⁸⁶ Bei Einsparungen von Verwaltungskosten durch Zusammenlegung, arbeitsteiliger Spezialisierung mit entsprechend niedrigeren Gestehungskosten und Senkung der Weiterverarbeitungskosten durch Synergieeffekte wird regelmäßig von üblichen Einsparungen auf der Kostenseite gesprochen; vgl. KG, (Teil-)Urt. v. 14.10.1998, WuW/E DE-R 277, 279, „Ostfleisch“; siehe auch *Bach*, in: ZWeR 2003, „Gemeinschaftsunternehmen nach dem ‚Ost-Fleisch‘- Beschluss des BGH“, S. 193.

⁶⁸⁷ Beachtliche Rationalisierungseffekte im Rahmen eines Zusammenschlusses, insbesondere beim Druck und Vertrieb von Presseprodukten sehen auch KG, Urt. v. 4.3.1986, WuW/E OLG, 3767, 3772, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; Thiel, a.a.O., S. 152; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 91.

Vorgänge unmittelbarer Gegenstand ihres Kooperationsvertrages geworden war.⁶⁸⁸ Damit entsprach der Kooperationszweck zumindest in der Zielrichtung der Tatbestandsvoraussetzung in § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wonach die Vereinbarungen dazu dienen mussten, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

Ob die vertraglichen Absprachen von Girardet und RBDV auch tatsächlich eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der beiden Unternehmen zur Folge hatten, richtete sich danach, ob diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv geeignet waren einen Rationalisierungserfolg herbeizuführen.⁶⁸⁹ Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Rationalisierungseffekt eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit zur Folge hat, weil beide im untrennbaren Zusammenhang stehen.⁶⁹⁰ Die rationellere Gestaltung der Vertriebsorganisation sowie des Herstellungsaufwands kamen u.a. hierbei als Verbesserungen in Betracht.⁶⁹¹

Da die beiden Gemeinschaftsunternehmen von Girardet und RBDV objektiv geeignet waren Rationalisierungseffekte herbeizuführen, weil die Zusammenlegung von Betriebsfunktionen in jedem Fall der Kosteneinsparung diene, war anzunehmen, dass dies eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit nach sich ziehen und langfristig die Erhaltung der Vielfalt von regionalen Abonnementtageszeitungen auf dem hier relevanten Markt bewirken würde.⁶⁹²

Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB durfte der Wettbewerb auf diesem Markt durch die verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der Verlage Girardet und RBDV aber nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Dass dies nicht der Fall war, wurde bereits fusionskontrollrechtlich festgestellt.⁶⁹³

Inwieweit es sich bei Girardet und RBDV um mittelständische Betriebe i.S.v. § 4 Abs. 1 GWB handelte, war v.a. anhand relativer Kriterien zu beurteilen, denn der Begriff „kleinere und mittlere Unternehmen“ enthielt eine Relation, die sich aus der Stellung der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern ergab⁶⁹⁴, weshalb er im Lichte des Zwecks des Ausgleichs tatsächlich bestehender Nachteile zur Herstellung gleicher Chancen auszulegen war.⁶⁹⁵ Im Vordergrund der Beurteilung stand daher die Marktstruktur.⁶⁹⁶ Als Bewertungskriterien dienten hierbei in erster Linie der Umsatz, der Wirtschaftszweig, die Zahl der Beschäftigten, die Kapazität, der Marktanteil, das Eigenkapital, die Kundenzahl etc.⁶⁹⁷ Unter Zugrundelegung einzelner Eckdaten der Verlage Girardet, RBDV und WAZ-

⁶⁸⁸ Siehe Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8.

⁶⁸⁹ Vgl. Herresthal, a.a.O., S. 47; Werner, a.a.O., S. 178.

⁶⁹⁰ Vgl. Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 40; Werner, a.a.O., S. 178; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 25.

⁶⁹¹ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 29.

⁶⁹² Vgl. auch Salje, a.a.O., S. 121.

⁶⁹³ Siehe die Ausführungen zu § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB oben, wo das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Außenverhältnis zwischen Girardet/RBDV und der WAZ-Mediengruppe verneint wurde.

⁶⁹⁴ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, in: *WuW* 1973, S. 584; *Bunte*, in: *FK*, § 4 GWB 1999, Rn. 47.

⁶⁹⁵ *Görgemanns*, a.a.O., S. 49; *Bunte*, in: *FK*, § 4 GWB 1999, Rn. 47.

⁶⁹⁶ *Grauel/Mack*, a.a.O., S. 31; *Veltins*, Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandskartellen gem. § 5b GWB, S. 137; *Bunte*, in: *FK*, § 4 GWB 1999, Rn. 49; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 66.

⁶⁹⁷ *Görgemanns*, a.a.O., S. 12; *Werner*, a.a.O., S. 180; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 66; *Veltins*, in: *DB* 1978, a.a.O., S. 240.

Mediengruppe, wie Finanzkraft⁶⁹⁸, allgemeine Markstellung⁶⁹⁹ und insbesondere Auflagenstärke⁷⁰⁰, gelangte man zu dem Ergebnis, dass sowohl Girardet als auch RBDV (und auch gemeinsam) im Verhältnis zur WAZ-Mediengruppe auf dem Markt für regionale Tageszeitungen maximal mittlere Unternehmen darstellten. Dies entsprach im Ergebnis der Auffassung des LKartA von Nordrhein-Westfalen⁷⁰¹, so dass auch insgesamt hinsichtlich der beiden von Girardet und RBDV gegründeten Gemeinschaftsunternehmen einer Freistellung gemäß § 4 Abs. 1 GWB zuzustimmen war.

(c) Aktuelle Wettbewerbssituation der beteiligten Verlage

Neben der auf die Vergangenheit bezogenen kartellrechtlichen Bewertung ist auch unter dem gegenwärtigen Blickwinkel den damaligen Entscheidungen des BKartA und des LKartA von Nordrhein-Westfalen, die Gründung der Gemeinschaftsunternehmen sowohl nach fusionskontrollrechtlichen als auch nach kooperationsrechtlichen Gesichtspunkten freizugeben beizupflichten, denn betrachtet man die aktuelle Wettbewerbssituation von Girardet und RBDV auf dem Markt der regionalen Abonnementtageszeitungen, so zeigt sich, dass die RP in einem Verbreitungsgebiet vom Bergischen Land bis zur niederländischen Grenze mit 29 Lokalausgaben und einer täglich verkauften Auflage von über 400.000 Exemplaren die zweitgrößte regionale Abonnementtageszeitung in Deutschland geworden ist⁷⁰², während sich das Verbreitungsgebiet von WZ mit 17 Lokalausgaben und einer Auflage von immerhin um die 200.000 Exemplaren auf die Städtelandschaft von Düsseldorf, Wuppertal und Krefeld erstreckt.⁷⁰³ Von den beiden gegründeten Gemeinschaftsunternehmen besteht allerdings nur noch die Rheinisch Bergischer Zeitungsvertrieb GmbH & Co. KG, die aber weiterhin von beiden Verlagen betrieben wird⁷⁰⁴, so dass im Ergebnis festzuhalten ist, dass der Zweck der Gemeinschaftsunternehmen, langfristig die Wettbewerbsfähigkeit von Girardet und RBDV zu fördern erreicht wurde, während die WAZ-Mediengruppe weiterhin mit 38 Tageszeitungen mit einer täglichen Auflage von über 4 Mio. Exemplaren zu den

⁶⁹⁸ Seit 1954 kaufte oder erwarb durch Beteiligung die WAZ-Mediengruppe insgesamt 14 Zeitungen, davon drei große Tageszeitungen allein in den Jahren 1974/1975; vgl. Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 23.

⁶⁹⁹ Im Jahr 1976 war die WAZ-Mediengruppe mit Abstand der größte Konzern von Abonnementtageszeitungen in Deutschland; siehe Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 23.

⁷⁰⁰ Verkaufte Auflage im IV. Quartal 1975: Die WAZ-Mediengruppe überstieg mit 1.210.009 Exemplaren die Gesamtauflage von Girardet und RBDV mit 573.937 Exemplaren um mehr als das Doppelte; siehe Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 145 Anlage 12/1.

⁷⁰¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 84.

⁷⁰² Vgl. die Homepage von „Rheinische Post“ unter <http://www.rp-online.de/info/wir-ueberuns/kurzundbuendig.php> (Stand: 28.1.2010) sowie die IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, III. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1&u=&p=&detail=true> (Stand: 28.1.2010) und Sobotta, in: Zeitungsland Nordrhein-Westfalen, S. 441 f..

⁷⁰³ Vgl. die Homepage von „Westdeutsche Zeitung“ unter <http://www.wz-newsline.de/sro.php?redid=445> (Stand: 28.1.2010) sowie die IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, III. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1&u=&p=&detail=true> (Stand: 28.1.2010).

⁷⁰⁴ Vgl. die Homepage von „Rheinische Post“ unter <http://www.rp-online.de/info/wir-ueberuns/beteiligungen.php> (Stand: 28.1.2010).

führenden Verlagsunternehmen zählt und mit der WAZ die größte Regionalzeitung in Deutschland stellt.⁷⁰⁵

bb) Der Fall „Prisma-Verlag“

(1) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben

14 Verlage in Nordrhein-Westfalen, darunter die Verlage von RP (RBDV), „Kölner Stadt-Anzeiger“ (Unternehmensgruppe M. DuMont Schauberg [DuMont]), WZ (Girardet), „Ruhr Nachrichten“ (Verlag Lensing-Wolff GmbH & Co. KG [Verlag Lensing]) und „Kölnische Rundschau“ (Heinen Verlag GmbH, seit 1999 DuMont) hatten 1977 die PRISMA-Verlag GmbH & Co. KG (PRISMA) gegründet. Dieses Kooperationsvorhaben wurde am 28. Februar 1977 beim LKartA Nordrhein-Westfalen als Mittelstandsvereinbarung nach § 4 Abs. 1 (damals § 5b Abs. 1) GWB angemeldet (sowie hilfsweise nach § 5 Abs. 1 [damals § 5 Abs. 2] GWB). Zeitgleich hatten die Beteiligten die Gründung des Unternehmens vor dem Vollzug auch beim BKartA nach § 24a Abs. 1 S. 2 GWB a.F. (jetzt §§ 35 ff., insbesondere § 39 GWB) angezeigt. Aufgaben dieses Gemeinschaftsunternehmens sollten die Herausgabe, der Verlag, die Herstellung und der Vertrieb von Druckschriften aller Art sein, wobei im Vordergrund zunächst die Herstellung eines Supplements unter dem Titel „PRISMA“ und dessen Lieferung an die Gesellschafter stand, die sich nach der Vereinbarung dazu verpflichteten die Zeitschrift ihren jeweils herausgegebenen Tageszeitungen wöchentlich beizulegen. Diese Illustrierte sollte das wöchentliche Rundfunk- und Fernsehprogramm sowie einen zusätzlichen redaktionellen Teil ohne unmittelbar aktuellen Bezug und Anzeigen enthalten.⁷⁰⁶

(2) Die Überprüfung des Vorhabens durch das LKartA Nordrhein-Westfalen und das BKartA

Das LKartA widersprach der Anmeldung von PRISMA nach § 4 Abs. 1 GWB (§ 5b Abs. 1 GWB a.F.) nicht widersprochen.⁷⁰⁷

Das BKartA stufte die Gründung von PRISMA als Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (damals § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB⁷⁰⁸) ein, weil es die Beherrschung des

⁷⁰⁵ Vgl. die Homepage der WAZ-Mediengruppe unter <http://www.waz-mediengruppe.de/Printmedien.7.0.html?&L=?ziel=Prozent5Fself&L=&link=PrintmedienProzent2E7Prozent2E0Prozent2EhtmlProzent3FProzent26LProzent3D> (Stand: 28.1.2010) sowie die IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, III. Quartal 2006; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=w> (Stand: 28.1.2010).

⁷⁰⁶ Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4; Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73 f.; WuW Heft 7 und 8/1977, S. 487.

⁷⁰⁷ Eine ausführliche Begründung hierzu liegt nicht vor; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73.

⁷⁰⁸ § 23 Abs. 2 Nr. 5 ebenso wie Nr. 6 GWB a.F. sind im Rahmen der Fünften GWB-Novelle 1989 gestrichen worden. An ihre Stelle rückte § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, der i.S.v. § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. auch weiterhin „jede sonstige Verbindung von Unternehmen“ erfasst, aber nicht mehr einen „beherrschenden“, sondern i.S.v. § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. einen „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ voraussetzt; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 35 ff.; Schütz, in: GK, § 37, Rn. 60.

Gemeinschaftsunternehmens durch einen Teil der Gesellschafter annahm. Als Grund hierfür führte die Kartellbehörde an, dass ein Teil der Gesellschafter zugleich Mitglied der Anzeigen Cooperation Nordrhein (ACN) sei⁷⁰⁹, die die Ausübung der Gesellschaftsrechte in der dazugehörigen ACN Beteiligungsgesellschaft mbH koordiniere, welche ihrerseits zu 76 Prozent wiederum an PRISMA beteiligt war. Das BKartA ging davon aus, dass die koordinierende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der einen Gesellschaft eine entsprechende Einflussnahme bei der Gesellschafterversammlung der anderen Gesellschaft zur Folge hätte. Dass die gemeinsame Herausgabe der Beilage aber auch zu einer Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei den beteiligten Zeitungen führen könnte, verneinte das BKartA deshalb, weil keiner der kooperierenden Verlage alleine dazu in der Lage sei eine solche Illustrierte herauszubringen, da für die Senkung der Stückkosten eine hohe Auflage und für ein erfolgreiches Anzeigengeschäft (das im wesentlichen aus dem Markenartikelgeschäft bestand) ein großes und geschlossenes Verbreitungsgebiet erforderlich sei. Diese Entscheidung traf das BKartA vor dem Hintergrund, dass die meisten der beteiligten Zeitungen zum Zeitpunkt des Vorhabens im Wettbewerb mit denen der WAZ-Mediengruppe standen und die Kartellbehörde PRISMA als wettbewerbliche Reaktion auf eine seit Januar 1977 allen Zeitungen der WAZ-Mediengruppe beiliegende Wochenzeitschrift verstand. Auch Nachteile der Kooperation, wie z.B. die weitere Festigung der marktbeherrschenden Stellung des „Kölner Stadtanzeigers“ auf dem Lesermarkt im Raum Köln konnten an der Entscheidung des BKartA aufgrund der Abwägung mit den Vorteilen, wie der Verbesserung der Wettbewerbsposition der Konkurrenzzeitungen gegenüber denen der WAZ-Mediengruppe auf den Lesermärkten sowie die Begünstigung stärkeren Wettbewerbs auf dem Anzeigenmarkt, nichts ändern.⁷¹⁰

(3) Kartellrechtliche Bewertung der Entscheidungen des LKartA sowie des BKartA

(a) Nach fusionskontrollrechtlichen Kriterien

Den Anknüpfungspunkt für eine fusionskontrollrechtliche Bewertung des Gemeinschaftsunternehmens bildete der grundsätzlich subsidiäre Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (damals § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB), denn die Möglichkeit des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB bestand zum Zeitpunkt der Gründung von PRISMA (1977) noch nicht⁷¹¹, während § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB (damals § 23 Abs. 2 Nr.

⁷⁰⁹ ACN ist eine Anzeigen-Kooperation, zu der sich mehrere rheinische Regionalzeitungen zusammengeschlossen hatten, namentlich „Westdeutsche Zeitung“ (Girardet), „Rheinische Post“ (RBDV), „Kölner Stadt-Anzeiger“ (DuMont), „Kölnische Rundschau“ (Heinen Verlag), „General-Anzeiger“ (Bonner Zeitungsdruckerei und Verlagsanstalt H. Neusser GmbH; siehe *Weber*, in: *Zeitungsland Nordrhein-Westfalen*, S. 207) und „Express“ (DuMont, siehe *Munkes*, in: *Zeitungsland Nordrhein-Westfalen*, S. 203). Ihr Verbreitungsgebiet reichte vom nördlichen Kleve bis ins südliche Ahrtal, von der holländischen Grenze bis ins Oberbergische Land; *Meffert*, in: *Zeitungsland Nordrhein-Westfalen*, S. 586.

⁷¹⁰ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73.

⁷¹¹ Siehe B.I)2)b)aa)(3)(a).

2 S. 3 GWB) ausschied, weil keiner der 14 beteiligten Verlage Anteile i.H.v. 25 Prozent bzw. 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte an PRISMA erlangt hatte.⁷¹²

Die Tatbestandvoraussetzung „jede sonstige Verbindung von Unternehmen“ in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB lässt zunächst annehmen, dass hiervon offenbar alle Unternehmensverbindungen, mögen sie rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur sein, erfasst werden. Mit Blick auf die zusammengestellten Formulierungselemente aus § 23 Abs. 2 Nr. 5 und Nr. 6 GWB a.F. in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, wonach „jede sonstige Verbindung“ (Nr. 5 a.F.) nur solche Unternehmensverbindungen erfasste, die der Art nach durch die vorhergehenden Nr. 1 bis 4 a.F. nicht erfasst waren (so z.B. der Anteilerwerb), während Nr. 6 a.F. gerade für die Fallgestaltungen der Nr. 2, 4 bis 5 a.F. galt (die nur die jeweiligen qualitativen oder quantitativen Schwellen nicht erreichten) und vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte, ist mit dem Wegfall beider Tatbestände und nach der Intention des Gesetzes, insbesondere auch die Fälle des Anteilerwerbs unter 25 Prozent zu erfassen, grundsätzlich eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung für § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erforderlich, während rein wirtschaftliche Abhängigkeiten nicht ausreichen.⁷¹³

Eine solch gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung lag im vorliegenden Fall mit dem Gesellschaftsvertrag zwischen PRISMA und den beteiligten Verlagen eindeutig vor.⁷¹⁴

Dieser Gesellschaftsvertrag musste gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses der beteiligten Verlage auf PRISMA beinhalten⁷¹⁵, wobei ein solcher Einfluss an der Willensbildung des Gemeinschaftsunternehmens ansetzen muss, d.h. er darf nicht (nur) auf externen Faktoren beruhen.⁷¹⁶ Es bedarf demnach z.B. Mitwirkungsrechte in den Organen der Gesellschaft oder erfordert Gesellschafterabsprachen.⁷¹⁷ Wettbewerblich erheblich ist ein Einfluss hierbei aber nur dann, wenn er sich gerade auf das Wettbewerbsverhalten auswirkt, d.h. wenn aufgrund des

⁷¹² Dem stand auch nicht die Beteiligung der ACN Beteiligungsgesellschaft i.H.v. 76 Prozent an PRISMA entgegen, denn diese stellte selbst ein von sechs der 14 beteiligten Verlage koordiniertes Gemeinschaftsunternehmen dar (s.o.), weswegen es ausschließlich auf die Anteile der einzelnen Gesellschafter ankam.

⁷¹³ Begründung zum Regierungsentwurf der Fünften GWB-Novelle v. 30.5.1989, BT-Drucks. 11/4610, S. 20; KG, Urt. v. 28.10.1998, WuW/E DE-R 270, 272, „ASV/Stilke“; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 35 ff.; Schütz, in: GK, § 37, Rn. 60 ff.; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 28; *Henschen/Ewen*, in: WuW 1999, „Der Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Entscheidungspraxis“, S. 941.

⁷¹⁴ Siehe Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4; Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73 f.; Herresthal, a.a.O., S. 183 f.; Auch dem § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. genügte der hier vorliegende gesellschaftsrechtliche Charakter; vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Fünften GWB-Novelle v. 3.5.1989, BT-Drucks. 11/4610, S. 20 unter Berufung auf BGHZ 90, 381, 394 f.; vgl. dazu auch *Bechtold*, in: BB 1990, „Die Änderungen der Fusionskontrolle durch die 5. GWB-Novelle“, S. 357, 360.

⁷¹⁵ Es reicht die Möglichkeit der Einflussnahme, vgl. den Wortlaut in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB „ausüben können“ sowie BGH, Urt. v. 21.11.2000, WuW/E DE-R 607, 608 f., „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“; Tätigkeitsbericht des BKartA 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 19; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 40; Zudem stünde sonst eine Anwendung des Tatbestandes bei mehreren Mehrheitsgesellschaftern regelmäßig in Frage; vgl. KG, Urt. v. 28.10.1998, WuW/E DE-R 270, 274, „ASV/Stilke“; *Schütz*, in: GK, § 37, Rn. 64.

⁷¹⁶ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 41; *Schütz*, in: GK, § 37, Rn. 64.

⁷¹⁷ *Schütz*, in: GK, § 37, Rn. 64; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 41.

zwischen den Unternehmen bestehenden gesamten Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen so wesentlich eingeschränkt wird, dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten.⁷¹⁸ Für die Möglichkeit eines derartigen Einflusses von mehreren Unternehmen auf ihr Gemeinschaftsunternehmen ist eine Vereinbarung erforderlich, die diesen gesichert vermittelt.⁷¹⁹

Der zwischen den 14 Unternehmen geschlossene Gesellschaftsvertrag zwecks Gründung von PRISMA sicherte allen Beteiligten einen gewissen Grad von unmittelbarer Einflussmöglichkeit auf das Gemeinschaftsunternehmen in Form von Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten⁷²⁰, insbesondere den sechs Verlagsunternehmen, die gemeinsam die Geschäftsführung der ACN Beteiligungsgesellschaft koordinierten, die wiederum mit 76 Prozent an PRISMA beteiligt war. Von diesen Verlagen war nämlich eine erhebliche Einflussnahme bei den Gesellschafterversammlungen von PRISMA zu erwarten, da sie aufgrund ihrer berechtigten wirtschaftlichen Interessen auch ihre Mitwirkungsrechte in den Organen der Gesellschaft in entsprechendem Umfang wahrnehmen würden, um den größtmöglichen Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens herbeizuführen.⁷²¹ Auch die Gesellschafterverlage mit weniger Anteilen würden eine wirtschaftliche Gefährdung von PRISMA vermeiden wollen und deshalb die ihnen aufgrund der gemeinsamen Vereinbarung zur Verfügung stehenden Einflussmöglichkeiten so weit es geht geltend machen.

Es ließ sich daher schlussfolgern, dass dieses Beziehungsgeflecht und die damit verbundene Interessengleichheit damit nicht nur eingeschränkten Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen, sondern auch ein von den Gesellschafterverlagen abhängiges Marktauftreten von PRISMA begründete.⁷²²

⁷¹⁸ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Fünften GWB-Novelle v. 30.5.1989, BT-Drucks. 11/4610, S. 20; *Schütz*, in: GK, § 37, Rn. 64; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 29; *Henschen/Ewen*, in: WuW 1999, a.a.O., S. 942.

⁷¹⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 31.1.2001, WuW/E DE-R 647, 654, „OTZ“; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 30; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 45.

⁷²⁰ Diese Möglichkeiten stellen neben der gesellschaftsrechtlichen Verbindung sog. Plusfaktoren dar, die für einen Einfluss i.S.d. Vorschrift erforderlich sind; vgl. *Bechtold*, in: BB 1990, a.a.O., S. 357, 361; *Henschen/Ewen*, in: WuW 1999, a.a.O., S. 943.

⁷²¹ Das BKartA hat die Möglichkeit der gemeinsamen Verwirklichung des Tatbestandes bejaht, wenn eine „dauerhaft gesicherte Interessengleichheit“ hinsichtlich der Beteiligung am Zielunternehmen bestand und aufgrund des vorhandenen marktbezogenen Wissens der Beteiligten ein gemeinschaftlicher wettbewerblich erheblicher Einfluss zu bejahen war; vgl. X. Hauptgutachten der Monopolkommission von 1992/1993, S. 312, Rn. 652 ff.; Tätigkeitsbericht des BKartA 1993/1994, BT-Drucks. 13/1660, S. 123; Tätigkeitsbericht des BKartA 1991/1992, BT-Drucks. 12/5200, S. 130; *Henschen/Ewen*, in: WuW 1999, a.a.O., S. 948; siehe zu den Kriterien der Interessengleichheit sowie der gemeinsamen Zielsetzungen in diesem Zusammenhang auch Thiel, a.a.O., S. 124 f. m.w.N. aus der pressenspezifischen Rechtsprechung und Behördenpraxis.

⁷²² Auch unter Berücksichtigung der Tatbestandsvoraussetzung von § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F., wonach die Unternehmensverbindung die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses beinhalten musste, konnte ein Zusammenschluss im vorliegenden Fall angenommen werden. Denn unter Beachtung der Mehrmütterklausel gemäß § 36 Abs. 2 S 2 GWB (damals § 23 Abs. 1 S. 2 GWB), die für den Fall der gemeinsamen Beherrschungsmöglichkeit mehrerer Unternehmen über ein anderes grundsätzlich heranzuziehen ist und in begrifflicher Anlehnung an § 17 AktG (vgl. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB, sog. Verbundklausel, damals § 23 Abs. 2 S. 2 GWB), wonach eine erhebliche positive Einwirkungsmöglichkeit des beherrschenden Unternehmens auf ein anderes erforderlich ist, ließ sich insbesondere für die sechs Verlage der ACN Beteiligungsgesellschaft feststellen, dass die beteiligten Unternehmen aufgrund des Gesellschaftsvertrages einen gemeinsamen Einfluss

Die Gründung von PRISMA stellte deshalb (jeweils) einen Zusammenschluss des Gemeinschaftsunternehmens mit seinen Gründerunternehmen i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB dar.⁷²³

Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB (damals § 23 Abs. 1 S. 1 GWB) mussten die beteiligten Verlage im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro (damals 500 Mio. DM) erzielt haben.⁷²⁴ Bei der Umsatzberechnung fand allerdings auch in diesem Fall die Medienrechenklausel des § 38 Abs. 3 GWB (damals § 23 Abs. 1 S. 7 GWB) Berücksichtigung, denn bei allen 14 Gründerunternehmen handelte es sich um Verlage und damit um Presseunternehmen i.S.d. Vorschrift, so dass deren Umsätze 20fach anzusetzen waren und der Schwellenwert sich damit auf 25 Mio. Euro (damals 25 Mio. DM) reduzierte.

Da bereits für einzelne an der Fusion beteiligten Verlage wie z.B. Girardet (WZ) oder RBDV (RP) zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses ein Überschreiten der 25 Mio. Euro (25 Mio. DM) Umsatzgrenze anzunehmen war⁷²⁵, konnte auch für den Zusammenschluss insgesamt vom Vorliegen dieses Schwellenwertes ausgegangen werden.⁷²⁶ Die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 GWB (damals § 24 Abs. 9 GWB) lagen augenscheinlich nicht vor.

Entscheidend blieb aber, ob gemäß § 36 Abs. 1 GWB (damals § 24 Abs. 1 GWB) mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens PRISMA ein Zusammenschluss vorlag, von dem zu erwarten war, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründete oder verstärkte. Hierfür war festzustellen, ob zu erwarten war, dass das Gemeinschaftsunternehmen selbst eine marktbeherrschende Stellung erlangen oder die Markstellung der Gründerunternehmen entsprechend verändern würde.⁷²⁷ Denn auch wenn § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (anders als § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB) keinen horizontalen Zusammenschluss zwischen den Müttern fingiert⁷²⁸, können Marktstrukturverschlechterungen auf dieser Ebene als Folge der Vertikalzusammenschlüsse jeder Muttergesellschaft mit dem Gemeinschaftsunternehmen entstehen, denn die Besonderheit von Zusammenschlüssen aufgrund der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens liegt v.a. darin, dass die Errichtung der gemeinsamen Tochter Auswirkungen auf das zukünftige Wettbewerbsverhalten der Gesellschafter zueinander haben

auf das Wettbewerbspotenzial von PRISMA i.d.S. hatten, dass sie die Möglichkeit besaßen, die eigenen Wettbewerbsinteressen im Verhältnis zueinander und gegenüber PRISMA abzustimmen und durchzusetzen; vgl. BGH, Urt. v. 18.11.1986, WuW/E BGH 2337, 2339, „Hussel/Mara“; BGH, Urt. v. 19.12.1989, WuW/E BGH 2620, 2622, „Springer/Kieler Zeitung“; Bechtold, GWB, 1. Aufl., § 23, Rn. 28 f.

⁷²³ Technisch lagen zwar 14 eigenständige (Vertikal-) Zusammenschlüsse vor, diese stellten jedoch nur jeweils Bestandteile eines komplexen, aber wirtschaftlich einheitlichen Vorganges dar und waren deshalb einheitlich zu betrachten; vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 214, 227 sowie B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁷²⁴ Auf das zusätzliche Erfordernis in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dass ein Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro (50 Mio. DM) erzielt haben muss, kam es in diesem Fall nicht an, weil dieses Tatbestandsmerkmal zum Zeitpunkt der Fusion noch nicht existent war; vgl. B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁷²⁵ Siehe zu den Umsatzzahlen dieser Verlagsunternehmen B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁷²⁶ Hiervon wird mit Blick auf das vom BKartA durchgeführte fusionsrechtliche Kontrollverfahren ausgegangen.

⁷²⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 48, 50 f.

⁷²⁸ Vgl. KG, Urt. v. 13.6.1979, WuW/E OLG 2145, 2146, „Sonntag Aktuell II“; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 214.

kann, obwohl diese Unternehmen rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleiben, insbesondere nicht unmittelbar strukturell miteinander verbunden sind.⁷²⁹

Lag hier ein tatbestandsmäßiger Fall vor, so wäre der Zusammenschluss zu untersagen gewesen, es sei denn, die beteiligten Verlage hätten nachweisen können, dass durch die Fusion auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen würden (vgl. § 36 Abs. 1 GWB).

Ob zu erwarten war, dass PRISMA selbst eine marktbeherrschende Stellung erlangen würde, bedurfte zunächst einer Marktabgrenzung bzgl. derjenigen Bereiche, in denen das Gemeinschaftsunternehmen künftig tätig werden sollte.

Die Tätigkeitsfelder des von den 14 Verlagen gegründeten Gemeinschaftsunternehmens PRISMA sollten in der Herausgabe, im Verlag, der Herstellung und im Vertrieb eines Supplements (Zeitungsbeilage) unter dem Titel „PRISMA“ liegen.⁷³⁰ Dieses Supplement war eine illustrierte Zeitschrift, die das wöchentliche Rundfunk- und Fernsehprogramm, daneben einen redaktionellen Teil ohne unmittelbar aktuellen Bezug sowie Anzeigen enthielt und den Tageszeitungen der beteiligten Verlage einmal wöchentlich beigelegt werden sollte.⁷³¹

Unter sachlichen Gesichtspunkten bestand daher schon keinerlei funktionelle Austauschbarkeit mit dem Produkt „Tageszeitung“ i.S.d. *Bedarfsmarktkonzepts*, weder für die Marktgegenseite in Form des Leser- noch des Anzeigenmarktes. Denn Inhalt, Charakter, Erscheinungsweise und andere für den Leser entscheidende Merkmale unterschieden sich hier gravierend voneinander.⁷³² Aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit von Leser- und Anzeigenmarkt ergaben sich auch hinsichtlich der Anforderungen, die die Anzeigenkunden an die hier zu vergleichenden Werbeträger stellten, erhebliche Differenzen.⁷³³ So werden in Tageszeitungen mit ihrem lokalen oder regionalen Bezug vielfach Anzeigen geschaltet, die eben diesen Bezug aufweisen, während das Anzeigenaufkommen einer wöchentlichen Zeitungsbeilage vornehmlich aus dem Markenartikelgeschäft entspringt, denn bei diesem wollen die Inserenten meist keine bestimmte Zielgruppe erreichen.⁷³⁴

Es war vielmehr eine funktionelle Austauschbarkeit mit Publikumszeitschriften in Betracht zu ziehen. Das deshalb, weil sowohl Zeitungsbeilage als auch Publikumszeitschrift einen weit abgesteckten Verbraucherkreis ansprechen sollen, unabhängig von sozialer Schicht, beruflicher Stellung und politischer Bildung.⁷³⁵ Losgelöst von der bei Publikumzeitschriften

⁷²⁹ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 243 f.

⁷³⁰ Siehe Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

⁷³¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73; Herresthal, a.a.O., S. 182.

⁷³² Insbesondere bei Berücksichtigung der inhaltlich, publizistisch-geistigen Kriterien ließ sich dieser Unterschied ausmachen, da beide Presseerzeugnisse nicht über die gleichen Bereiche in vergleichbarer Darstellung berichteten.

⁷³³ Siehe zur wechselseitigen Abhängigkeit von Leser- und Anzeigenmarkt (Anzeigen-Auflagen-Spirale) auch B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁷³⁴ So Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; vgl. auch Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 76; Spieler, a.a.O., S. 63.

⁷³⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA, 1921, 1924, „Burda/Springer“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 68; Spieler, a.a.O., S. 54; Thiel, a.a.O., S. 66.

notwendig zu treffenden Differenzierung hinsichtlich des Lesermarkts nach allgemein unterhaltenden Zeitschriften und solchen, die spezielle Themenkreise behandeln⁷³⁶, ist ein einheitlicher Anzeigenmarkt anzunehmen, weil dieser im Vergleich zu den unterschiedlichen Lesermärkten grundsätzlich weiter zu fassen ist, denn auch hier ist eine bestimmte Zielgruppenausrichtung der Anzeigeninserenten kaum möglich.⁷³⁷ Diese Parallele zwischen Publikumszeitschriften und den illustrierten Beilagen von Tages- und Wochenzeitungen macht sie zumindest hinsichtlich des Anzeigenmarkts für den Anzeigenkunden vom Prinzip her funktionell austauschbar.⁷³⁸

Einen eigenen sachlich relevanten Markt aber bilden grundsätzlich die Zeitungsbeilagen selbst, sowohl hinsichtlich des Leser- als auch des Anzeigenmarktes. Denn hier liegen aus Sicht der Marktgegenseite publizistische Erzeugnisse vor, die sich nach ihren Eigenschaften und ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck so nahe stehen, dass sie vom Leser und vom Inserenten als austauschbar und damit marktgleichwertig angesehen werden, weil Inhalt, Charakter und Erscheinungsweise nahezu identisch sind. Hier kam insbesondere die von der WAZ-Mediengruppe im Januar 1977 herausgebrachte Zeitungsbeilage „Bunte Wochen Zeitung“ (BWZ) als marktgleichwertiges Produkt in Frage. Hierbei handelte es sich ebenfalls um ein den Tageszeitungen der WAZ-Mediengruppe einmal wöchentlich beiliegendes Supplement, das in der Hauptsache das wöchentliche Fernsehprogramm, einen zusätzlichen redaktionellen Teil ohne unmittelbar aktuellen Bezug und Anzeigen enthielt⁷³⁹, so dass in sachlicher Hinsicht eindeutig eine funktionelle Austauschbarkeit mit PRISMA vorlag.

Ein gemeinsamer relevanter Markt lag allerdings nur dann vor, wenn PRISMA und BWZ auch i.S.d. räumlichen Marktabgrenzung marktgleichwertig waren, d.h. dass sich ihr Verbreitungsgebiet tatsächlich überschneidet. Da es sich bei beiden Illustrierten um Zeitungsbeilagen handelte, entsprach ihr Verbreitungsgebiet den Verbreitungsgebieten der Zeitungen, denen sie als Supplement beigelegt waren. Im Falle der WAZ-Mediengruppe und der ihr angeschlossenen vier regionalen Abonnementtageszeitungen WAZ, NRZ, WP und WR, denen die BWZ u.a. beilag, umfasste dies das Gebiet des mittleren Ruhrgebiets mit Schwerpunkten in Essen, Mülheim, Bochum, Duisburg, Oberhausen,

⁷³⁶ Der selbständige Teilmarkt der unterhaltenden Publikumszeitschriften bietet Lesern allgemeine Themen, ohne an spezielle Zielgruppen gebunden zu sein (z.B. „Stern“, „Bunte“), während spezielle Publikumszeitschriften eine Auswahl thematischer Bild- und Textschwerpunkte zu speziellen Reportbereichen aufweisen, wobei noch mal zu unterscheiden ist zwischen dem Markt der Programmzeitschriften (z.B. „Hörzu“, „TV Hören+Sehen“, „Bild+Funk“) und dem Markt der Zielgruppenzeitschriften (z.B. Wirtschafts-, Mode-, Reise-, Frauen-, oder Autozeitschriften); vgl. KG, Urt. v. 24.11.1982, AG 1983, „Gruner+Jahr/Zeit“, S. 285 f.; BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA, 1921, 1924, „Burda/Springer“; Thiel, a.a.O., S. 66 ff.; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 68; Spieler, a.a.O., S. 55.

⁷³⁷ Im Ergebnis so auch BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA, 1921, 1924, „Burda/Springer“; Spieler, a.a.O., S. 63; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 76; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 19, Rn. 19; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 19, Rn. 22; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 31.

⁷³⁸ So auch das BKartA, vgl. den Tätigkeitsbericht von 1976, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; ebenso Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 76; Spieler, a.a.O., S. 63.

⁷³⁹ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Salje, a.a.O., S. 243 und Fn. 131 sowie die Homepage der WAZ-Mediengruppe unter <http://www.waz-mediengruppe.de/BWZ.336.0.html> (Stand: 28.1.2010).

Gelsenkirchen, Wuppertal, aber auch Dortmund und Düsseldorf.⁷⁴⁰ Bei den PRISMA-Zeitungen ließen insbesondere das Verbreitungsgebiet der „Ruhr Nachrichten“ (nachfolgend: RN) , das neben dem Schwerpunkt Dortmund von Bottrop über Essen im Westen bis in den Kreis Unna im Osten reichte⁷⁴¹, sowie die Verbreitungsgebiete von WZ und RP, die u.a. den gesamten Wirtschaftsraum Düsseldorf erfassten, diverse örtliche Überschneidungen mit dem Verbreitungsgebiet von BWZ erkennen, die in vielen Fällen die Annahme eines gemeinsamen räumlich relevanten Marktes rechtfertigten⁷⁴², so dass insgesamt die Marktgleichwertigkeit von PRISMA und BWZ zu bejahen war.

Die insoweit überregionale Verbreitung von PRISMA⁷⁴³ und das i.R. bundesweite (jedenfalls überregionale) Verbreitungsgebiet von Publikumszeitschriften⁷⁴⁴ sowie in Anknüpfung an den engen Zusammenhang von Leser- und Anzeigenmarkt und die enge Verknüpfung von räumlicher und sachlicher Marktabgrenzung auf den Anzeigenmärkten erlaubten es⁷⁴⁵, auch zwischen diesen Presseerzeugnissen neben dem gemeinsamen sachlich relevanten einen gemeinsamen räumlich relevanten Anzeigenmarkt im Verbreitungsgebiet von PRISMA anzunehmen. Denn der bei beiden grundsätzlich sehr weit gefasste Adressatenkreis von Lesern und die damit kaum bestimmbare Zielgruppenausrichtung der Anzeigeninserenten, ließen auch für dieses überregionale Teilgebiet den Rückschluss zu, dass nur Anbieter von Markenartikeln oder bundesweit anbietende Dienstleistungsunternehmen als Nachfrager von Anzeigenraum für beide publizistischen Werbeträger in Frage kamen.⁷⁴⁶

Festzustellen blieb, ob zu erwarten war, dass PRISMA auf dem hier relevanten Markt der Zeitungsbeilagen bzw. auf dem mit den Publikumszeitschriften gemeinsamen Anzeigenmarkt eine marktbeherrschende Stellung erlangen würde (vgl. § 36 Abs. 1 GWB). Wann eine solche anzunehmen war, ließ sich wiederum anhand der drei Marktbeherrschungstatbestände von § 19 Abs. 2 S. 1 GWB (damals § 22 Abs. 1 GWB) bestimmen.

⁷⁴⁰ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 24; Das aktuelle (Stand: 6.12.2006) Verbreitungsgebiet der BWZ reicht im Westen von Kleve über das gesamte Ruhrgebiet mit Düsseldorf bis nach Soest und ins Hochsauerland im Osten. Zusätzlich erscheint es als Zeitungsbeilage bei dem Großteil der Thüringerischen Tageszeitungen; vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_bwz.pdf (Stand: 20.12.2006).

⁷⁴¹ Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 24.

⁷⁴² Zu den Verbreitungsgebieten von WZ und RP sowie den räumlichen Überschneidungen insbesondere mit dem Verbreitungsgebiet der NRZ (WAZ-Mediengruppe); vgl. B.I)2)b)aa)(3)(a); Das aktuelle (Stand: 6.12.2006) Verbreitungsgebiet von PRISMA erstreckt sich über ganz Nordrhein-Westfalen mit wenigen Ausnahmen, wie dem mittleren Ruhrgebiet, Hagen und dem Hochsauerland. Darüber hinaus erscheint es als Zeitungsbeilage im Ostteil von Niedersachsen, im Großteil von Mecklenburg-Vorpommern, in ganz Sachsen-Anhalt, Berlin, im Großraum von Brandenburg und in einem Teil von Sachsen; vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_gesamt.pdf (Stand: 20.12.2006).

⁷⁴³ Eine gewisse Überregionalität der Zeitungsbeilage PRISMA ergab sich bereits aus den Verbreitungsgebieten der von den ACN-Gesellschaftern herausgegebenen Zeitungen, die u.a. Bonn („General-Anzeiger“), Köln („Kölner Stadt-Anzeiger“, „Kölner Rundschau“, „Express“), Düsseldorf („Westdeutsche Zeitung“, Rheinische Post“) und Dortmund („Ruhr Nachrichten“) umfassten, die restlichen Verbreitungsgebiete der anderen beteiligten Zeitungen noch nicht mitgerechnet.

⁷⁴⁴ Vgl. Spieler, a.a.O., S. 35, 63.

⁷⁴⁵ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 13a; Thiel, a.a.O., S. 70 f.

⁷⁴⁶ Vgl. Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22, Rn. 76; Spieler, a.a.O., S. 63.

Betrachtete man den einschlägigen Markt für Zeitungsbeilagen vor dem Eintritt von PRISMA (am 28. Februar 1977 wurde das Kooperationsvorhaben angezeigt⁷⁴⁷), so existierte ein solcher bis Januar 1977 noch gar nicht. Erst als die WAZ-Mediengruppe ab diesem Zeitpunkt ihren Tageszeitungen das Supplement BWZ beilegte, entstand der hier zu beurteilende Markt. Insofern kam eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB („ohne Wettbewerber“) von vornherein nicht in Betracht, weil mit BWZ in jedem Fall ein Wettbewerber auf diesem Markt vorhanden war. Abzulehnen war § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB auch hinsichtlich des gemeinsamen Anzeigenmarktes mit den Publikumszeitschriften, denn auf diesem waren sogar zahlreiche Wettbewerber vorhanden.⁷⁴⁸

Vielmehr würde sich die Aktualisierung des potenziellen Wettbewerbs durch den Markteintritt eines „Newcomers“, obwohl ihm in einem gewissen Umfang die Ressourcen der Muttergesellschaften zuzurechnen waren⁷⁴⁹, grundsätzlich positiv auf die Marktstruktur auswirken⁷⁵⁰, so dass auch eine Marktbeherrschung aufgrund eines Fehlens wesentlichen Wettbewerbs i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB bzw. einer überragenden Marktstellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB als unwahrscheinlich erschien.⁷⁵¹

PRISMA wäre aber dann keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt gewesen, wenn es auf dem relevanten Markt der Zeitungsbeilagen in der Lage war, sein Marktverhalten unabhängig von dem möglichen Verhalten seiner Konkurrenten zu bestimmen oder durch sein Verhalten die Handlungsspielräume der Wettbewerber einzuschränken.⁷⁵² Ob dies hier gegenüber BWZ der Fall war, erforderte eine wertende Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, insbesondere die Berücksichtigung der auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse.⁷⁵³ Ohne hierbei aber auf einzelne Strukturkriterien (wie z.B. Marktanteile) oder Verhaltenskriterien (z.B. Preisgestaltung) näher einzugehen⁷⁵⁴, konnte mit Blick auf den wettbewerbspolitischen Hintergrund der Gründung von PRISMA, der Marktbeherrschungstatbestand von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB verneint werden, denn den Anlass hierfür bildete allein die Tatsache, dass die ohnehin marktstarke WAZ-Mediengruppe⁷⁵⁵ mit der Herausgabe von BWZ einen weiteren wichtigen Vorstoß in die

⁷⁴⁷ Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

⁷⁴⁸ Vgl. die beispielhafte Aufzählung oben in Fn. 736.

⁷⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang die Mehrmütterklausel gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 GWB, wonach bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen dem abhängigen Unternehmen die Ressourcen aller Mutterunternehmen zuzurechnen sind; *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 198; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 44.

⁷⁵⁰ Vgl. den Tätigkeitsbericht des BKartA 1978, BT.-Drucks. 8/2980, zu den Fällen „Henkel/Degussa“ und „Bayer/Süddeutscher Zucker“, S. 63 f.

⁷⁵¹ So auch Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 253.

⁷⁵² Vgl. *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 12; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 29.

⁷⁵³ So der BGH, Urt. v. 16.2.1982, WuW/E BGH 1905, 1908, „Münchner Wochenblatt“; vgl. auch Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 29; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 19, Rn. 27.

⁷⁵⁴ Auf die im Rahmen eines üblicherweise vorzunehmenden Marktstruktur- und Marktverhaltenstest prinzipiell aber detailliert einzugehen wäre, die an dieser Stelle aber nicht entsprechende Relevanz aufwiesen, um ausführlich auf sie einzugehen.

⁷⁵⁵ Zur starken Marktstellung der WAZ-Mediengruppe und ihrem Wettbewerbsverhalten siehe Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, S. 23 ff.

Randzonen der Absatzgebiete der Konkurrenten auf dem Markt für Tageszeitungen unternommen hatte, so dass die Wettbewerber gezwungen waren mit der WAZ-Mediengruppe gleichzuziehen und im Wege einer sog. *Abwehrkooperation* ebenfalls ein Supplement herauszugeben, um dem offensiven Marktverhalten und dem starken externen Unternehmenswachstum der WAZ-Mediengruppe weiterhin ein Gegengewicht bieten zu können⁷⁵⁶, was insgesamt den Rückschluss zuließ, das PRISMA sein Marktverhalten nicht unabhängig vom Verhalten der BWZ bestimmen bzw. dessen Handlungsspielräume willkürlich durch sein Verhalten einschränken konnte. Im Ergebnis war daher festzustellen, dass durch den Marktzutritt von PRISMA erst „funktionsfähiger“ Wettbewerb geschaffen wurde und nicht fehlte.

Von wesentlichem Wettbewerb war auch auf dem gemeinsamen Anzeigenmarkt mit den Publikumszeitschriften auszugehen, denn auch hier trat PRISMA neu in einen Markt ein, der überwiegend von den Wettbewerbern bestritten wurde, so dass überragende Verhaltensspielräumen gegenüber den Konkurrenten nicht zu erwarten waren.⁷⁵⁷

Da auf beiden Märkten das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs verneint werden konnte, kam die Möglichkeit einer überragenden Marktstellung von PRISMA gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB in beiden Fällen nicht mehr in Frage⁷⁵⁸

Daher war mit Blick auf das Gemeinschaftsunternehmen PRISMA selbst die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung durch dessen Markteintritt nicht zu erwarten.

Allerdings hätte die Gründung von PRISMA im Rahmen des sog. *Gruppeneffekts* noch Auswirkungen auf das zukünftige Wettbewerbsverhalten der beteiligten Verlage entfalten können, die in ihrer Folge auf Seiten der Muttergesellschaften die Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen hätte erwarten lassen können. Mit dem *Gruppeneffekt* ist der Umstand umschrieben, dass die gemeinsamen Beteiligungen der Mutterverlage an PRISMA und die dadurch entstehende Interessenverbindung automatisch eine Atmosphäre erzeugten, die gruppensolidarischem Verhalten günstig war und damit zu Wettbewerbsbeschränkungen führen konnte.⁷⁵⁹

Während sich der enge (direkte) *Gruppeneffekt* nur auf den Markt des Gemeinschaftsunternehmens selbst bezieht, weil sich die Gründerunternehmen z.B. aus diesem Tätigkeitsfeld gänzlich zurückziehen, lässt sich der weite (indirekte) *Gruppeneffekt* auch auf Drittmärkten feststellen⁷⁶⁰, wenn hier kein Unternehmen bereit ist, einen

⁷⁵⁶ So auch Salje, a.a.O., S. 242 f.; Herresthal, a.a.O., S. 182 f.; auch das BKartA stützt sich in seinem Beschluss auf das Gegengewichtsprinzip; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Salje, a.a.O., S. 243.

⁷⁵⁷ So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

⁷⁵⁸ Zum Verhältnis von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 GWB: B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁷⁵⁹ Huber, a.a.O., S. 20; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 42.

⁷⁶⁰ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 42 f.; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 49.

Wettbewerber, der zugleich Mitgesellschafter auf anderen wichtigen Tätigkeitsgebieten ist, in nachteilige wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen.⁷⁶¹

Im vorliegenden Fall konnte ein solch weiter *Gruppeneffekt* Bedeutung erlangen, wenn sich PRISMA als ein Gemeinschaftsunternehmen zur sachlichen Markterweiterung darstellte, d.h. es sich um einen gemeinsamen Marktzutritt von ansonsten auf anderen Märkten (Drittmärkten) tätigen Unternehmen handelte.⁷⁶²

Hierzu war es notwendig festzustellen, auf welchen Märkten die 14 beteiligten Verlagsunternehmen grundsätzlich tätig waren. Ohne dabei eine detaillierte Marktabgrenzung i.S.d. Bedarfsmarktmethode vorzunehmen⁷⁶³, war dennoch gemäß der gängigen sachlichen Abgrenzungskriterien festzuhalten, dass alle beteiligten Presseunternehmen Tageszeitungen herausbrachten⁷⁶⁴, die zwar für sich nicht einen eigenen umfassenden relevanten Tageszeitungsmarkt bildeten⁷⁶⁵, gegenüber dem Markt für Zeitungsbeilagen aber in jedem Fall einen abgrenzbaren Drittmarkt darstellten.⁷⁶⁶

Die Gründung von PRISMA diene demnach der Diversifizierung.

Inwieweit diese Gründung auch die gegenseitige Rücksichtnahme der 14 Verlage untereinander über den Markt für Zeitungsbeilagen hinaus zur Folge hatte, richtete sich in erster Linie nach den strukturellen Auswirkungen, die von dem Gemeinschaftsunternehmen in diesem Zusammenhang ausgingen.⁷⁶⁷ So war die Wahrscheinlichkeit wirksamen Wettbewerbs zwischen den beteiligten Verlagen umso geringer, je höher der Anteil der Investitionen war.⁷⁶⁸ Zudem erhöhte sich die Gefahr strukturell bedingter Wettbewerbsbeschränkungen mit jedem weiteren Gemeinschaftsunternehmen, also wenn die beteiligten Unternehmen auch schon in anderen Gemeinschaftsunternehmen zusammengeschlossen waren.⁷⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ließen insbesondere die sechs Gesellschafter, die schon das Gemeinschaftsunternehmen ACN koordinierten und dessen Beteiligungsgesellschaft mit 76 Prozent an PRISMA beteiligt war auf gegenseitige Rücksichtnahme schließen, um sich untereinander nicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen. Mit Blick auf das Unternehmen PRISMA und seine Tätigkeit auf dem Markt der Zeitungsbeilagen war dies

⁷⁶¹ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 43 und aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht Böhnke, Diversifizierte Unternehmen, S. 203 f.

⁷⁶² Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 253.

⁷⁶³ Eine solche war nicht nötig, weil an dieser Stelle noch nicht geklärt werden musste, ob hinsichtlich eines bestimmten Marktes eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

⁷⁶⁴ Als Tageszeitung wird ein Printmedium dann angesehen, wenn es mindestens zweimal in der Woche erscheint und einen aktuellen politischen Teil mit inhaltlich unbegrenzter Nachrichtenvermittlung enthält; Thiel, a.a.O., S. 50; Spieler, a.a.O., S. 50; Diese Form von Presseergebnis wird von allen beteiligten Verlagen herausgegeben; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73 f.; Herresthal, a.a.O., S. 182.

⁷⁶⁵ Spieler, a.a.O., S. 50; Thiel, a.a.O., S. 50.

⁷⁶⁶ Vgl. schon den Unterschied bei den redaktionellen Inhalten, wonach Zeitungsbeilagen keinen aktuellen politischen Teil enthalten sowie die Erscheinungsweise beider Formate (einmal täglich/ einmal wöchentlich).

⁷⁶⁷ Monopolkommission, I. Hauptgutachten von 1973/1975, S. 504, Rn. 907; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 43.

⁷⁶⁸ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 43; Monopolkommission, I. Hauptgutachten von 1973/1975, S. 504, Rn. 907.

⁷⁶⁹ So das KG, Urt. v. 28.12.1984, WuW/E OLG 3443, 3446, „Energieversorgung Schwaben/Technische Werke Stuttgart“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rn. 49.

auch nicht anders zu erwarten. Die Annahme marktübergreifender Effekte auf horizontaler Ebene blieb allerdings fraglich⁷⁷⁰, denn sowohl die sechs Gesellschafter von ACN als auch die restlichen acht beteiligten Verlage blieben als solche grundsätzlich wirtschaftlich unabhängig voneinander, insbesondere was ihre Tageszeitungen betraf. Und sie waren über die gemeinsame Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen nicht strukturell miteinander verbunden.⁷⁷¹ Hiermit war zwar nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen im Einzelfall auch Abstimmungen oder Kartellverträge über den Einsatz von Wettbewerbsparametern auf anderen Märkten getroffen bzw. geschlossen wurden. Solche zusätzlichen Abkommen waren hier aber zum einen nicht ersichtlich und zum anderen wären sie im Falle eines Vorliegens auch gesondert kartellrechtlich zu bewerten gewesen, da das Wesen des *Gruppeneffekts* gerade darin besteht, dass seine Wirkungen ohne zusätzliche Absprachen eintreten.⁷⁷²

Insofern hätten Strukturverschlechterungen in Form des weiten *Gruppeneffekts* hier zwar u.U. zur Verstärkung schon bestehender marktbeherrschender Stellungen einzelner Mutterverlage führen können, dass auf diese Weise aber auf horizontaler Ebene zwischen den beteiligten Verlagen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten eingetreten und eine marktbeherrschende Stellung eines der Verlagsunternehmen oder der gesamten Gesellschaftergruppe begründet worden wäre, war nicht zu erwarten.⁷⁷³

Die marktbeherrschende Stellung bzw. überragende Marktstellung eines Unternehmens wird durch einen Zusammenschluss verstärkt, wenn sich dadurch die Wettbewerbsbedingungen auf dem davon betroffenen Markt weiter verschlechtern.⁷⁷⁴ Demnach war zu prüfen, ob bei einem der Gründerverlage und seiner Tageszeitung bereits nicht kontrollierte Verhaltensspielräume bestanden, die durch die Errichtung von PRISMA erweitert wurden, so dass funktionsfähiger Wettbewerb noch weniger wahrscheinlich würde.⁷⁷⁵

Im Rahmen der Überprüfung dieses Fusionsvorhabens stellte das BKartA fest, dass von den 14 beteiligten Verlagsunternehmen eines, namentlich DuMont mit der Tageszeitung „Kölner Stadt-Anzeiger“ im Raum Köln bereits eine marktbeherrschende Stellung auf dem Lesermarkt besaß, so dass durch die Beteiligung an PRISMA eine Verstärkung dieser Marktstellung zu erwarten war, denn DuMont würde in die Lage versetzt werden nach dem Zusammenschluss

⁷⁷⁰ Für eine grundsätzliche Zurückhaltung bei der Bejahung marktübergreifender Effekte Ackermann, Gemeinschaftsunternehmen und Wettbewerb, S. 63 ff. und 80 ff.; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 249.

⁷⁷¹ Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 249

⁷⁷² *Bechtold*, in: WuW 1977, „Die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Zusammenschlüsse des § 23 Abs. 2 Nr. 1-4 GWB“, S. 467 f.; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 249; so auch für das Gemeinschaftsrecht *Ulmer*, in: WuW 1979, „Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht“, S. 444.

⁷⁷³ Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 250.

⁷⁷⁴ *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 196; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 19; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 9.

⁷⁷⁵ Vgl. dazu insbesondere BGH, Urt. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691, „Springer/Elbe-Wochenblatt“; BGH, Urt. v. 27.5.1986, WuW/E BGH 2276, 2283, „Süddeutscher Verlag/Donau Kurier“; BKartA, Beschl. v. 14.10.1999, WuW/E DE-V 195, 199, „Westfälische Ferngas“; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 19.

nachstoßenden Wettbewerb besser abwehren zu können als vorher und so die marktbeherrschende Stellung erhalten oder absichern zu können.⁷⁷⁶

Die Zulassung des Fusionsvorhabens (insbesondere die Beteiligung des Verlages DuMont mit dem „Kölner Stadt-Anzeiger“) wäre wegen der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 36 Abs. 1 GWB daher prinzipiell abzulehnen gewesen, es sei denn aufgrund der Errichtung von PRISMA wären dennoch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eingetreten, die zudem die Nachteile der Marktbeherrschung des „Kölner Stadt-Anzeiger“ auf dem Lesermarkt überwiegt hätten (vgl. § 36 Abs. 1 GWB).

Solche Verbesserungen konnten sich hier aus dem Umstand ergeben, das keiner der 14 kooperierenden Verlage zur Herausgabe einer derartigen Zeitungsbeilage alleine imstande gewesen wäre (Rationalisierung durch Massendegression) oder aus der Tatsache, dass ein großes geschlossenes Verbreitungsgebiet notwendig war, um eine hohe Auflage erreichen zu können und so die Stückkosten zu senken (Rationalisierung).⁷⁷⁷

Allerdings finden bei einer Abwägung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB nur Verbesserungen der Marktstruktur Berücksichtigung, so dass bloße betriebswirtschaftliche Vorteile für die beteiligten Unternehmen, wie z.B. Rationalisierungsvorteile nicht ausreichen, wenn sie nicht zugleich mit einer Verbesserung der Marktstruktur verbunden sind.⁷⁷⁸

Den Anlass für die Gründung von PRISMA bildete eine allen Zeitungen der WAZ-Mediengruppe beiliegende Wochenzeitschrift.⁷⁷⁹ Aufgrund seines offensiven Marktverhaltens, insbesondere auch durch die Herausgabe von Anzeigenblättern und eines starken externen Unternehmenswachstums hatte die WAZ im Ruhrgebiet die führende Marktposition erlangt, in dessen Verbreitungsgebiet nur eine selbständige Regionaltageszeitung übrig war, namentlich die ebenfalls an PRISMA beteiligten „Ruhr-Nachrichten“.⁷⁸⁰ Die Beilage einer im Preis der Tageszeitungen enthaltenen illustrierten Wochenzeitschrift bedeutete deshalb einen weiteren wichtigen Vorstoß in die Absatzgebiete der Konkurrenten auf dem Markt für Tageszeitungen (u.a. WZ, RP), weshalb die konkurrierenden Verlage, um wettbewerbsfähig zu bleiben gezwungen waren mit der WAZ-Mediengruppe gleichzuziehen und ebenfalls ein Supplement herauszugeben.⁷⁸¹ Eine kostengünstige Herausgabe einer solchen Beilage erforderte aber hohe Stückzahlen, die

⁷⁷⁶ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; vgl. auch BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1860, „Zeitungsmarkt München“; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 9; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 20.

⁷⁷⁷ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Salje, a.a.O., S. 243; Herresthal, a.a.O., S. 183.

⁷⁷⁸ BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2902, „Anzeigenblätter II“; BGH, Urt. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1539, „Erdgas Schwaben“; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 177; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 320; Thiel, a.a.O., S. 157.

⁷⁷⁹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Herresthal, a.a.O., S. 182; Salje, a.a.O., S. 243.

⁷⁸⁰ *Greiffenberg, Zohlhöfer*, in: Oberender (Hrsg.), Marktstruktur und Wettbewerb in der BRD, S. 609; Herresthal, a.a.O., S. 182; siehe zum Marktverhalten und der Marktstellung der WAZ-Mediengruppe auch B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁷⁸¹ Herresthal, a.a.O., S. 182 f..

folglich eine hohe Auflage der Tageszeitungen voraussetzten sowie ein weitgehend geschlossenes Verbreitungsgebiet, damit genügend Anzeigen aus dem Markenartikelgeschäft gewonnen werden konnten, so dass nur über die Zusammenarbeit der mit der WAZ konkurrierenden sowie einiger weiterer Verlagsunternehmen diese Bedingungen erfüllt werden konnten.⁷⁸² Für die Wettbewerbsstrukturen bedeutete dies, dass die Konkurrenzsituation zur starken Marktstellung der WAZ-Mediengruppe erheblich verbessert wurde.⁷⁸³ Unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt des Gegengewichtsprinzips waren deshalb Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB anzunehmen.⁷⁸⁴

Diese Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen betrafen auch den wirtschaftlichen Wettbewerb, denn Erwägungen des publizistischen Wettbewerbs spielen in diesem Zusammenhang grundsätzlich keine Rolle.⁷⁸⁵

Unbeachtlich war ferner, dass die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht auf dem Lesermarkt des „Kölner Stadt-Anzeiger“ eintraten, denn ob die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen den Markt, auf dem der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung führen würde oder einen anderen Markt betrifft, bleibt gleich.⁷⁸⁶

Schließlich sind die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen aber nur zu berücksichtigen, wenn sie durch den Zusammenschluss kausal bewirkt wurden.⁷⁸⁷ Vergleich man die Marktstrukturen mit und ohne Zusammenschluss, ließ sich mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen, dass aufgrund der gegebenen und der zukünftig zu erwartenden Marktverhältnisse anhand der oben dargestellten Umstände nach allgemeiner Erfahrung über wirtschaftliches Verhalten eine gleichwertige Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ohne PRISMA nicht zu erwarten war.⁷⁸⁸

Allerdings müssen die Verbesserungen die Nachteile nicht nur aufwiegen, sondern müssen sie überwiegen⁷⁸⁹, so dass an dieser Stelle eine Gewichtung der betreffenden Märkte vorzunehmen war.⁷⁹⁰ Der vom „Kölner Stadt-Anzeiger“ beherrschte Lesermarkt stand hier als

⁷⁸² Herresthal, a.a.O., S. 183; Salje, a.a.O., S. 243.

⁷⁸³ Im Ergebnis so auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

⁷⁸⁴ So auch Salje, a.a.O., S. 243.

⁷⁸⁵ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.; Monopolkommission, I. Hauptgutachten von 1973/1975, S. 504 Rn. 935; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 46; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 33.

⁷⁸⁶ Tätigkeitsbericht des BKartA 1987/1988, BT-Drucks. 11/4611, S. 14 f.; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 178.

⁷⁸⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 22; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 319; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 179; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 28.

⁷⁸⁸ Vgl. zu den Anforderungen an die Kausalität BGH, Urt. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1540, „Erdgas Schwaben“; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 179; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, Rn. 28.

⁷⁸⁹ BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861, „Zeitungsmarkt München“; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 53; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 180.

⁷⁹⁰ Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 478, Rn. 61; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 180; *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 166.

Nachteil des Zusammenschlussvorhabens den verbesserten Wettbewerbspositionen der Konkurrenzzeitungen zu denen der marktstarken WAZ-Mediengruppe auf den Lesermärkten gegenüber. Auch wenn hierbei kaum konkrete Maßstäbe für eine Gewichtung angelegt werden konnten⁷⁹¹, so sprach insbesondere die Tatsache, dass mit PRISMA auch eine Begünstigung stärkeren Wettbewerbs im Anzeigenmarkt einherging, die aufgrund des weiten Verbreitungsgebietes sogar das überregionale Anzeigengeschäft mit den Publikumszeitschriften erfasste, für ein Überwiegen der Verbesserungen über den Nachteil der Marktbeherrschung.⁷⁹²

Im Ergebnis war die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens PRISMA unter fusionskontrollrechtlichen Gesichtspunkten richtigerweise freizugeben.

(b) Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB?

Inwieweit das Gemeinschaftsunternehmen PRISMA auch als Mittelstandsvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 GWB (damals § 5b GWB) einzuordnen war, wie vom LKartA Nordrhein-Westfalen entschieden⁷⁹³, soll im Folgenden Gegenstand kartellrechtlicher Überprüfung sein.

Eine im Rahmen der *Doppelkontrolle* vorzunehmende Prüfung des Kooperationsvorhabens anhand von § 1 GWB setzt voraus, dass es sich bei PRISMA nicht um ein rein konzentratives, sondern auch kooperatives Gemeinschaftsunternehmen handelte.⁷⁹⁴ Mit Blick auf die von den Gründerverlagen vertraglich formulierten wesentlichen Aufgaben von PRISMA, wie die Herausgabe, die Herstellung und der Vertrieb der Zeitungsbeilage sowie der Tatsache⁷⁹⁵, dass es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen zur sachlichen Markterweiterung handelte, PRISMA also auf einem Drittmarkt tätig sein würde, ließ vermuten, es handele sich um ein funktional selbständiges Gemeinschaftsunternehmen, das eigenständig planen, entscheiden und wirtschaftlich handeln konnte, womit ein wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken der 14 beteiligten Verlage weitgehend ausgeschlossen gewesen wäre. Hierfür sprach auch die große Zahl der Gesellschafter, denn je größer ein Gesellschafterkreis ist, desto schwieriger gestaltet sich die Einflussnahme eines einzelnen auf das Tochterunternehmen und umso eher wird es der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens gelingen, eine wettbewerbslich unabhängige Geschäftspolitik zu verfolgen.⁷⁹⁶

Es war aber zu berücksichtigen, dass sechs der beteiligten Gesellschafter ebenfalls Mitglied von ACN waren, die bereits die Ausübung der Gesellschafterrechte in der ACN Beteiligungsgesellschaft koordinierten und von denen aufgrund ihrer insgesamt 76 prozentigen Beteiligung an PRISMA eine ähnliche Einflussnahme auch auf die Geschäftsführung von PRISMA zu erwarten war.⁷⁹⁷

⁷⁹¹ So auch *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 166; vgl. auch *Schütz*, in: GK, § 36, Rn. 152.

⁷⁹² So auch das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

⁷⁹³ Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73.

⁷⁹⁴ Zur Abgrenzung kooperatives/konzentratives Gemeinschaftsunternehmen: B.I)2)a).

⁷⁹⁵ Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

⁷⁹⁶ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 166.

⁷⁹⁷ So schon das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73 f.

Auf ein konkretes Marktinteresse der Gesellschafter mit der Folge, dass die Mütter planerischen Einfluss auf die Gestaltung des Angebotsprogramms der Tochter nehmen würden, ließ sich darüber hinaus gerade aufgrund des hier vorliegenden Markterweiterungszusammenschlusses schließen, denn es handelte sich bei dem Presseerzeugnis „Zeitungsbeilage“ im Hinblick auf „Tageszeitungen“ um einen sachlich ähnlichen bzw. branchenverwandten Produktmarkt, der von den Beteiligten zur unternehmenspolitischen Abrundung ihrer Produktionspalette genutzt wurde und auf dem sich ein Großteil der Gründerverlage prinzipiell als potenzielle Wettbewerber gegenüber standen.⁷⁹⁸ Und je ausgeprägter ein Gemeinschaftsunternehmen im marktnahen Bereich der Muttergesellschaften tätig ist, desto stärker ist deren eigenes Marktinteresse einzuschätzen und umso eher gewinnt ein Gemeinschaftsunternehmen den Charakter eines Hilfsmittels für die Durchsetzung von Gesellschafterinteressen⁷⁹⁹, so dass an dieser Stelle festzustellen war, dass die Gründung von PRISMA jedenfalls zwischen den Gesellschaftern von ACN die Koordinierung des Verhaltens bezweckte bzw. bewirkte und es sich folglich um ein (auch) kooperatives Gemeinschaftsunternehmen mit der Folge der Anwendbarkeit von § 1 GWB handelte.

Das Kooperationsvorhaben PRISMA als eine Form von zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit hatte hierbei auch die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand (vgl. § 4 Abs. 1 GWB)⁸⁰⁰, denn wie bereits oben festgestellt, ließen sich mit dem Gemeinschaftsunternehmen PRISMA Nachteile in den Unternehmensstrukturen der beteiligten Verlage ausgleichen (keiner der kooperierenden Verlage war zur alleinigen Herausgabe imstande), indem Rationalisierungseffekte durch die zweckmäßigere Gestaltung von Arbeitsvorgängen erzielt wurden (z.B. Verminderung der anteilmäßigen Herstellungskosten bei steigender Auflage, sog. *Kostendegressionsvorteil*), um damit letztlich die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber der WAZ-Mediengruppe zu bezwecken (*Abwehrkooperation*).⁸⁰¹

Dieser Kooperationszweck erfüllte in seiner Zielrichtung auch die weitere Voraussetzung von § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wonach die Vereinbarungen dazu dienen mussten, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen zu verbessern. Denn vor dem Hintergrund, dass Rationalisierungseffekte i.d.R. eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit zur Folge haben und PRISMA objektiv geeignet war Rationalisierungserfolge herbeizuführen⁸⁰², konnte davon ausgegangen werden, dass sich die Wettbewerbspositionen der Beteiligten

⁷⁹⁸ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 160.

⁷⁹⁹ Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 160.

⁸⁰⁰ Im Ergebnis so auch Herresthal, a.a.O., S. 183; Zum Begriff der „zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit“ gemäß § 4 Abs. 1 GWB siehe auch B.I)2)b)aa)(3)(a). Die Gründung von PRISMA stellte ferner keine Produktverengung oder einen Produktverzicht i.S.e. Spezialisierungsvereinbarung gemäß § 3 GWB dar (§ 4 Abs. 1 GWB); vgl. zum Begriff der Spezialisierungsvereinbarung B.I)1)b)aa)(1)(c).

⁸⁰¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Herresthal, a.a.O., S. 182 f.; Salje, a.a.O., S. 243.

⁸⁰² Zu den Anforderungen an die „Wettbewerbsfähigkeit“ gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 GWB siehe B.I)2)b)aa)(3)(a) sowie Herresthal, a.a.O., S. 47; Werner, a.a.O., S. 178; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 40; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4, Rn. 25.

gegenüber der WAZ-Mediengruppe mit dem Gemeinschaftsunternehmen PRISMA deutlich verbessern würde.⁸⁰³

In Frage stand aber die Mittelständigkeit einer der beteiligten Verlage, legte man zugrunde, dass die Begrifflichkeit „kleinere und mittlere Unternehmen“ eine Relation enthielt, die sich aus der Stellung der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern ergab⁸⁰⁴, denn dieses Unternehmen (DuMont mit dem „Kölner Stadt-Anzeiger“) hatte in seinem Gebiet (Kölner Raum) auf dem Lesermarkt der Tageszeitungen eine beherrschende Stellung.⁸⁰⁵ Abzustellen war in diesem Fall aber gerade auch auf das Verhältnis der beteiligten Verlage zum (potenziellen) Wettbewerber auf dem relevanten Markt für Zeitungsbeilagen und somit zu der WAZ-Mediengruppe. Unter Heranziehung der gängigen Bewertungskriterien wie Finanzkraft, allgemeine Marktstellung und Auflagenstärke sowie insbesondere der Tatsache⁸⁰⁶, dass keiner der Verlage alleine zur Herausgabe eines solchen Supplement imstande war⁸⁰⁷, gelangte man zu dem Ergebnis, dass DuMont wie auch die verbleibenden 13 Verlagsunternehmen als Einzelunternehmen im Verhältnis zur WAZ-Mediengruppe auf dem Markt für Zeitungsbeilagen nur als kleine oder mittlere Unternehmen einzuordnen waren.

Auch in der Frage, ob durch die Gründung von PRISMA der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt wurde gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB, war festzustellen, dass DuMont mit dem „Kölner Stadtanzeiger“ aufgrund seiner beherrschenden Stellung auf dem Kölner Lesermarkt der Tageszeitungen grundsätzlich keinem wesentlichen Wettbewerb mehr ausgesetzt war und dementsprechend einer Freistellung eigentlich widersprochen werden musste.⁸⁰⁸ Allerdings war auch hier der Blick über den Kölner Lesermarkt hinaus auf den relevanten Markt für Zeitungsbeilagen zu richten, auf dem unmittelbar wesentlicher Wettbewerb nur mit dem Markteintritt von PRISMA entstehen konnte und der mittelbar zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit aller beteiligten Zeitungsverlage gegenüber der WAZ-Mediengruppe führen würde.

Auch die Absprache, wonach jeder Verlag das Supplement wöchentlich zu beziehen und seiner Tageszeitung beizulegen hatte⁸⁰⁹, weswegen es für die Kooperationsmitglieder hätte unwirtschaftlich sein können gleichzeitig eine eigene Zeitungsbeilage herzustellen und so potenzieller Wettbewerb beschränkt worden sein könnte⁸¹⁰, war nicht als wesentliche

⁸⁰³ So auch die Landkartellbehörde Nordrhein-Westfalen, die den Rationalisierungseffekt bei ihrer Beurteilung in den Vordergrund rückte, weil die Kooperation in die Lage versetzt werde, kostengünstig ein Supplement herzustellen und unentgeltlich zu verteilen, welches einer ähnlichen Beilage der WAZ-Mediengruppe entsprach und den kooperierenden Zeitungsverlagen somit eine günstigere Position im Wettbewerb mit dieser ermöglichte; Salje, a.a.O., S. 243, Fn. 131.

⁸⁰⁴ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, in: WuW 1973, S. 584; *Bunte*, in: FK, § 4 GWB 1999, Rn. 47.

⁸⁰⁵ Salje, a.a.O., S. 122.

⁸⁰⁶ Vgl. zu den Bewertungskriterien sowie einiger Eckdaten der WAZ-Mediengruppe im Verhältnis zu einzelnen Wettbewerbern (z.B. Girardet, RBDV) B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁸⁰⁷ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74; Salje, a.a.O., S. 243; Herresthal, a.a.O., S. 183.

⁸⁰⁸ So Salje, a.a.O., S. 243.

⁸⁰⁹ Siehe Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

⁸¹⁰ Salje, a.a.O., S. 243.

Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu werten, denn zum einen war keiner der Verlage zur alleinigen Herausgabe einer solchen Illustrierten faktisch in der Lage, zum anderen war dieser wettbewerbsbeschränkenden Abrede geringe Bedeutung beizumessen, weil die Zeitungsbeilage im Preis der Zeitungen enthalten war.⁸¹¹

Im Ergebnis war deshalb der Auffassung des LKartA von Nordrhein-Westfalen zuzustimmen, die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens PRISMA gemäß § 4 Abs. 1 GWB freizustellen.⁸¹²

(c) Aktuelle Wettbewerbssituation von PRISMA

Genau 30 Jahre nach der Freigabe des Kooperationsvorhabens PRISMA besteht für den Markt klassischer TV-Supplements in Deutschland eine fast vollständige Flächenabdeckung, die sich im Wesentlichen auf drei Anbietern verteilt.⁸¹³

Zum einen handelt es sich um PRISMA selbst. Mit einer Gesamtauflage von 4.565.400 Exemplaren erscheint es in einem Verbreitungsgebiet, dass sich über ganz Nordrhein-Westfalen mit wenigen Ausnahmen, wie dem mittleren Ruhrgebiet, Hagen und dem Hochsauerland erstreckt sowie darüber hinaus als Zeitungsbeilage im Ostteil von Niedersachsen, im Großteil von Mecklenburg-Vorpommern, in ganz Sachsen-Anhalt, Berlin, im Großraum von Brandenburg und in einem Teil von Sachsen.⁸¹⁴ Hierbei erzielt es eine bundesweite Reichweite von 12,6 Prozent und liegt bei den allgemeinen Publikumszeitschriften national auf Platz vier hinter „ADAC motorwelt“, „rtv“ und „BILD am SONNTAG“, während PRISMA in Nordrhein-Westfalen mit einer Reichweite von 37,8 Prozent sogar auf Platz eins liegt⁸¹⁵, womit sich nachhaltig die Wettbewerbsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens zeigt.

Ebenfalls vertreten ist weiterhin BWZ. Das Verbreitungsgebiet der BWZ reicht im Westen von Kleve über das gesamte Ruhrgebiet mit Düsseldorf bis nach Soest und ins Hochsauerland im Osten. Zusätzlich erscheint es als Zeitungsbeilage bei dem Großteil der Thüringerischen Tageszeitungen. Hierbei erscheint es in einer Gesamtauflage i.H.v. 1.460.469 Exemplaren mit einer bundesweiten Reichweite von 4,7 Prozent. Auf dem Markt der allgemeinen Publikumszeitschriften in Nordrhein-Westfalen belegt BWZ den vierten Platz, woraus sich schließen lässt, dass die Annahme des Gegengewichtsprinzip ihre Rechtfertigung erfahren hat.

Als drittes Supplement ist „rtv“ von der Deutscher Supplement Verlag GmbH, Nürnberg (Bertelsmann AG) auf dem Markt, dessen Verbreitungsgebiet von ganz Schleswig-Holstein, Teilen Mecklenburg-Vorpommerns, fast ganz Niedersachsens und Hessens über große Gebiete Brandenburgs, Sachsens, Berlins sowie ganz Bayern und Baden-Württemberg und

⁸¹¹ Salje, a.a.O., S. 243.

⁸¹² Vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 73.

⁸¹³ Vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_2006.pdf (Stand: 20.12.2006).

⁸¹⁴ Vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_gesamt.pdf (Stand: 20.12.2006).

⁸¹⁵ Vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/zuf_fokusnrw.php (Stand: 20.12.2006).

Teilen von Rheinland-Pfalz reicht. Mit einer Gesamtauflage von 7.920.162 Exemplaren und einer bundesweiten Reichweite von 20,1 Prozent ist es der Marktführer unter den drei klassischen Fernsehbeilagen.⁸¹⁶

Für den Fall PRISMA von 1977 bedeutet dies rückblickend, dass die 14 Verlage im Verhältnis zur WAZ-Mediengruppe einen wichtigen Wettbewerbsparameter kostengünstig einsetzen konnten, ohne ihre Freiheit in Bezug auf den Einsatz ihrer sonstigen Wettbewerbsparameter einzuschränken und ohne die Anzahl der den Nachfragern offen stehenden Alternativen zu vermindern.⁸¹⁷

cc) Der Fall „*Niederrheinische Anzeigenblätter*“

Im Rahmen pressespezifischer Kooperationsvorhaben mit Hilfe von Gemeinschaftsunternehmen nehmen die Anzeigenblätter kartellrechtlich eine besondere Stellung ein. So erschienen im Jahr 2006 in Deutschland insgesamt 1.350 Anzeigenblätter, herausgegeben von 468 Verlagen mit einer Gesamtauflage von 86,4 Mio. Exemplaren.⁸¹⁸

Den Hintergrund hierfür bildet die Tatsache, dass das Anzeigengeschäft als Ertragsquelle der Verlags- und Presseunternehmen eine große Bedeutung hat.⁸¹⁹ So kann der Anteil der Anzeigenerträge über 70 Prozent der Gesamtumsätze ausmachen, so dass der Erfolg im Anzeigenbereich für die Mehrzahl der Verlags- und Presseunternehmen die Existenzgrundlage darstellt.⁸²⁰ Die Gewichtigkeit des Anzeigengeschäfts führte deshalb zu einer verstärkten Verselbständigung, die insbesondere ihren Ausdruck in der Entwicklung von Anzeigenblättern gefunden hat.⁸²¹ Es handelt sich hierbei um kostenlos verteilte, auf Lokalmärkte zielende Werbeträger, die im Verhältnis zu den starren Strukturformen der historisch gewachsenen Presselandschaft mit ihren hohen Marktzutrittsschranken noch die Möglichkeit einer wirtschaftlichen, erfolgsorientierten Entfaltung bieten.⁸²² Kennzeichnend für die Entwicklung dieser Marktstruktur ist, dass der wirtschaftliche Erfolg der Anzeigenblätter und die von ihnen ausgehende Konkurrenz dazu geführt haben, dass immer mehr örtliche Tageszeitungsverleger angefangen haben ihren Marktanteil an den Anzeigenblättern auszubauen, indem sie selbst welche produzieren oder unabhängige Anzeigenblätter im Wege der Fusion übernehmen.⁸²³

⁸¹⁶ Vgl. die Homepage von PRISMA unter http://www.prisma-verlag.de/download/acrobat/karten2006v3/prisma_vbk_rtv.pdf (Stand: 20.12.2006).

⁸¹⁷ So auch Herresthal, a.a.O., S. 183.

⁸¹⁸ Vgl. die Homepage des Bundesverband Deutscher Anzeigenblätter e.V. (BVDA); veröffentlicht unter: http://www.bvda.de/servlet/de.blueorange.xred.util.GetFile/AB_Markt_D_06.pdf?db=bvda&tbl=int_xredfile&key=id&keyval=19917&imgcol=xred_file (Stand: 28.1.2010).

⁸¹⁹ Thiel, a.a.O., S. 69.

⁸²⁰ *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 51; Thiel, a.a.O., S. 69, 84.

⁸²¹ *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 51.

⁸²² Thiel, a.a.O., S. 83 f.; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 51.

⁸²³ So wurden die unabhängigen Anzeigenblätter, die noch bis Mitte der 70er Jahre den Markt beherrschten, immer weiter von den Zeitungsverlagen verdrängt; Spieler, a.a.O., S. 34; *Mestmäcker/Veelken*, in:

Aus diesem Grund haben die Anzeigenblätter zunehmend Bedeutung für die Zusammenschlusskontrolle des BKartA und der Gerichte erlangt.⁸²⁴ Eines dieser Zusammenschlussvorhaben war der Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“, der nachfolgend Gegenstand kartellrechtlicher Erörterung sein soll.

(1) Die beteiligten Unternehmen und ihr Kooperationsvorhaben

Wie schon in einigen vorangegangenen Fällen zählten auch im folgenden Fall die Verlage RBDV und Girardet zu den am Kooperationsvorhaben beteiligten Unternehmen. Dieses bestand darin, dass 1982 beide Verlage mit ihrem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen (50:50-Beteiligung) namens Panorama Anzeigenblatt GmbH, Düsseldorf (Panorama) und einiger weiterer von Panorama gegründeten 100prozentigen Tochtergesellschaften zusammen mit der Neußer Zeitungsverlag GmbH (NZV) eine Reihe von Anzeigenblättern („Stadtanzeiger“, „Stadt-Panorama“, „Report am Sonntag“) von der Delta Beteiligungsgesellschaft für Verlags- und Werbeunternehmen mbH & Co. (Delta) übernehmen wollten. Die beteiligten Verlage verfolgten mit dieser Kooperation das Ziel ihre jeweiligen defizitären Zweitzeitungen (die Lokalausgaben der RP in Krefeld/Kempfen und die WZ in Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen bzw. Neuß-Grevenbroich) zu schützen, indem die zusätzlichen Erlöse aus den Anzeigenblättern die Verluste bei diesen Zeitungen decken sollten. In diesem Zusammenhang stand auch die Übernahme eines weiteren Teils der Delta-Anzeigenblattaktivitäten durch die City-Panorama Anzeigenblatt GmbH (City-Panorama) und die Eingliederung in ein 100prozentiges Tochterunternehmen der City-Panorama, einem hierfür ebenfalls neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen von Panorama und NZV.⁸²⁵

(2) Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung durch das BKartA

Zunächst oblag dem BKartA die kartellrechtliche Bewertung des Vorhabens. Es stellte fest, dass der Erwerb des Anzeigenauftragsbestandes, der Anzeigenkartei und der Titelrechte der einzelnen Anzeigenblätter durch die Tochterunternehmen von Panorama und City-Panorama die Voraussetzungen des Vermögenserwerbs i.S.d. Zusammenschlusstatbestandes von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB (damals § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB) erfüllte und zusätzlich die Voraussetzungen von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (i.V.m. § 36 Abs. 2 GWB; damals § 23 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 i.V.m. Abs. 3 S. 3 GWB) vorlagen, denn die Kartellbehörde ging davon aus, dass die Verlage RBDV und Girardet einen wettbewerblich erheblichen Einfluss (damals beherrschenden Einfluss gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 GWB) auf Panorama bzw. Panorama und NZV einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf City-Panorama hätten.⁸²⁶

Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 51; *Bechtold*, in: AfP 1981, „Wettbewerbs-, kartell- und fusionskontrollrechtliche Probleme bei der Zusammenarbeit von Tageszeitungen und Anzeigenblättern“, S. 260.

⁸²⁴ *Bechtold*, in: AfP 1981, a.a.O., S. 260; Thiel, a.a.O., S. 84.

⁸²⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 164, 166 f.; sowie KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 365.

⁸²⁶ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 164 f.

Das Vorliegen eines Vermögenserwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB setzt den Wechsel der Inhaberschaft an einem Vermögen voraus, wenn aus wirtschaftlicher Sicht also der Erwerber in die Position des Veräußerers einrückt.⁸²⁷ Als Vermögen eines Unternehmens sind dessen geldwerte Güter und Rechte zu verstehen, sofern sie im Verkehr gehandelt werden.⁸²⁸ Das BKartA stellte in diesem Fall darauf ab, dass mit Hilfe des Anzeigenauftragsbestandes, der Anzeigenkartei und der Titelrechte es den Erwerbern möglich sei, übergangslos in die Marktpositionen der erworbenen Anzeigenblätter einzutreten.⁸²⁹ Dem war zuzustimmen, denn insbesondere die Herausgeber- und Titelrechte stellen die tragende Grundlage der Stellung des Veräußerers auf dem Markt für Anzeigenblätter dar, die geeignet sind diese Stellung auf die erwerbenden Verlage zu übertragen.⁸³⁰

Die für das Vorliegen des Zusammenschlusstatbestandes nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB zunächst erforderliche gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung ergab sich hier unproblematisch aus den von den beteiligten Verlagen (RBDV, Girardet, NZV) geschlossenen Gesellschafterverträgen.

Diese Gesellschafterverträge legte das BKartA auch zugrunde, als es den wettbewerblich erheblichen Einfluss (die gemeinsame Beherrschung) der Mutterverlage annahm. Denn nach Ansicht der Kartellbehörde lieferten die jeweils 50prozentige Beteiligung von RBDV und Girardet am Gemeinschaftsunternehmen Panorama, das im Gesellschaftsvertrag festgelegte Einstimmigkeitserfordernis für eine Vielzahl von Beschlüssen und ein dort verankertes Konkurrenzverbot sowie die Einsetzung von Geschäftsführern der RBDV und Girardet hinreichend Indizien für eine zu erwartende, gesicherte einheitliche Einflussnahme auf Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit.⁸³¹ Dem konnte nicht widersprochen werden, denn hierbei handelte es sich neben Mitwirkungsrechten auch um Gesellschafterabsprachen, die einen Einfluss begründeten, der an der Willensbildung des Gemeinschaftsunternehmens ansetzte und der nicht unerheblich war, weil er sich gerade auf das Wettbewerbsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens auswirkte.⁸³² Denn an der Vielzahl der gesellschaftsvertraglich geregelten und von der Zustimmung der Gesellschafter abhängigen Geschäfte wurde die geplante starke Anbindung an die Mutterverlage deutlich, so dass ein weiter Teil der Unternehmenspolitik einer eigenständigen Entscheidung der Geschäftsführer des Gemeinschaftsunternehmens entzogen wurde. Zudem bewirkte die Einsetzung von Geschäftsführern von RBDV und Girardet eine mit den Mutterverlagsinteressen in Einklang stehende Steuerung der geschäftlichen Vorgänge der erworbenen Anzeigenblätter.⁸³³

⁸²⁷ *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 37, Rn. 15; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 6.

⁸²⁸ *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 7; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 3.

⁸²⁹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 164.

⁸³⁰ So auch KG, Urt. v. 15.1.1988, WuW/E OLG 4095, 4102, „W + i/Weiss-Druck“; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 37, Rn. 4.

⁸³¹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

⁸³² Vgl. auch B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁸³³ So auch das BKartA in seinem Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

Nach Auffassung des BKartA ließ dieses Zusammenschlussvorhaben aber nicht nur gemäß § 36 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (damals § 24 Abs. 1 GWB i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB) die Verstärkung der auf den sachlich relevanten regionalen (lokalen) Abonnement-Tageszeitungsleser- und Tageszeitungsanzeigenmärkten bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der WZ, RP und „Neuß-Grevenbroicher Zeitung“ (NGZ) in den von der Kartellbehörde räumlich abgegrenzten Gebieten Krefeld/Kempen (WZ), Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen (RP) sowie Neuß-Grevenbroich (NGZ) erwarten, sondern würde auch die marktbeherrschenden Stellungen der Anzeigenblätter „Stadtanzeiger“, „Stadt-Panorama“ und „Report am Sonntag“ in ihren jeweiligen Verbreitungsgebieten (Krefeld/Kempen, Mönchengladbach/Erkelenz, Viersen und Neuß-Grevenbroich) verstärken.⁸³⁴

Der vom BKartA im Zusammenhang mit den Tageszeitungen getroffenen sachlichen und räumlichen Abgrenzung des Lesermarktes war zuzustimmen, denn unter Beachtung der organisatorisch-technischen Merkmale, wie Erscheinungsweise, Verbreitungsgebiet und Vertriebsmethode, aber auch bei Berücksichtigung der inhaltlichen, publizistisch-geistigen Kriterien war nur der Lesermarkt für regionale Abonnements-Tageszeitungen einschlägig⁸³⁵, denn die hierfür notwendige schwerpunktmäßige Berichterstattung über Ereignisse aus dem lokalen und regionalen Bereich (von Krefeld/Kempen, Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen sowie Neuß-Grevenbroich) wurde im Gegensatz zu den Lokalausgaben der WZ, RP und NGZ von überregionalen Tageszeitungen und *Straßenverkaufszeitungen* nicht erbracht.⁸³⁶ Diese unterscheiden sich von den Abonnementzeitungen nicht nur in der Breite und Tiefe der Berichterstattung, sondern auch durch einen andersartigen Schreibstil, eine erweiterte Bildausstattung und eine blickfangende graphische Gestaltung, die den Kunden täglich aufs Neue zum kaufen veranlassen soll.⁸³⁷

Aufgrund des untrennbaren Zusammenhangs zwischen Vertriebs- und Anzeigengeschäft und der ebenfalls engen Verknüpfung von sachlicher und räumlicher Marktabgrenzung, aber auch unter Beachtung der spezifischen Marktbeziehungen auf den Anzeigenmärkten (Verlag/Inserenten) war dem BKartA in seiner Auffassung Recht zu geben⁸³⁸, dass für diesen Fall von lokalen Anzeigenmärkten in Krefeld/Kempen, Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen sowie Neuß-Grevenbroich auszugehen war⁸³⁹, denn die an bestimmten Zielgruppen (hier den lokalen Lesern der jeweiligen Zeitung) orientierte Nachfrage nach Anzeigenräumen (überwiegend Inserate mit lokalem Bezug) begrenzte die funktionelle Austauschbarkeit von

⁸³⁴ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165 f.

⁸³⁵ Spieler, a.a.O., S. 48 f.; Thiel, a.a.O., S. 48; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53.

⁸³⁶ So wohl die überwiegende Meinung; vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1856 f., „Zeitungsmarkt München“; Thiel, a.a.O., S. 51 f.; Spieler, a.a.O., S. 50; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53.

⁸³⁷ BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA 1921, 1928 f., „Burda/Springer“; Thiel, a.a.O., S. 52; Spieler, a.a.O., S. 50 f.

⁸³⁸ Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 56; Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 55 f.; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 52; Spieler, a.a.O., S. 55 f.; Thiel, a.a.O., S. 71.

⁸³⁹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

Werbeträgern aus der Sicht der Werbung betreibenden Wirtschaft und privaten Inserenten⁸⁴⁰, so dass als taugliche Werbeträger an dieser Stelle unstrittig die Lokalausgaben der WZ, RP und NGZ einzuordnen waren. Zwar war nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch *Straßenverkaufszeitungen* einem gemeinsamen lokalen Anzeigenmarkt mit Abonnement-Tageszeitungen hätten zugerechnet werden können, wenn sie einen Lokalteil und lokale Anzeigenbelegungseinheiten gehabt hätten⁸⁴¹, doch die hier gegebenenfalls zu berücksichtigende „Bild“ - Zeitung (Ausgabe Düsseldorf/Niederrhein/Bergisches Land), der „Düsseldorfer Express“ oder „Express Köln“ mussten für die in Frage stehenden Anzeigenmärkte ausscheiden, weil sie zwar eine entsprechende lokale Berichterstattung enthielten, aber nicht über gesonderte Anzeigenbelegungseinheiten für diese Märkte verfügten.⁸⁴²

In Frage zu stellen war aber die Entscheidung der Kartellbehörde, wonach die Anzeigenblätter „Stadtanzeiger“, Stadt-Panorama“ und „Report am Sonntag“ zunächst nicht diesem Anzeigenmarkt zugerechnet werden könnten, weil im Vergleich mit den Lokalteilen der Abonnementzeitungen unterschiedliche Streuverluste für die Inserenten vorliegen würden (d.h. dass Anzeigen Empfänger erreichen, die nicht zum eigentlichen Zielpublikum gerechnet werden) und den Anzeigen in Anzeigenblättern das redaktionelle Umfeld fehle, das aber gerade einen erhöhten Aufmerksamkeitsgrad der Leser bewirke.⁸⁴³ Stattdessen ging von den Anzeigenblättern nach Ansicht des BKartA eine Randsubstitution aus, deren wettbewerblichen Impulse aufgrund entsprechender Auflage, deckungsgleicher Verbreitung und einem ausgeprägten redaktionellen Teil schließlich doch die Zurechnung zu den relevanten lokalen Anzeigenmärkten begründete.⁸⁴⁴

Unabhängig davon, dass das BKartA einmal die funktionelle Austauschbarkeit wegen eines fehlenden redaktionellen Umfelds verneinte, einen ausgeprägten redaktionellen Teil später aber im Rahmen der Randsubstitution dann doch für einen gemeinsamen Anzeigenmarkt zugrunde legte, war nicht nachvollziehbar, weshalb für die in Frage stehenden lokalen Anzeigenmärkte nicht von Anfang an funktionelle Austauschbarkeit zwischen den Tageszeitungen und den Anzeigenblättern angenommen wurde, zumal sie hinsichtlich ihrer Verbreitungsgebiete nahezu deckungsgleich waren und beide nach sachlichen Gesichtspunkten die Nachfragekriterien der lokalen Inserenten nach entsprechendem Anzeigenraum erfüllten.⁸⁴⁵

Ob durch das Fusionsvorhaben auch die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen gemäß § 36 Abs. 1 GWB auf den sachlich und räumlich relevanten Abonnement-Tageszeitungsleser- und Anzeigenmärkten zu erwarten war, richtet sich danach, inwieweit voraussehbar war, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf den vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten weiter verschlechtern würden. Also, ob bereits bestehende, nicht kontrollierte

⁸⁴⁰ Spieler, a.a.O., S. 56; vgl. auch Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 84.

⁸⁴¹ KG, Urt. v. 26.1.1977, WuW/E OLG 1767, 1769, „Kombinationstarif“.

⁸⁴² So später vom KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367 festgestellt.

⁸⁴³ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

⁸⁴⁴ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166.

⁸⁴⁵ Im Ergebnis ebenso Spieler, a.a.O., S. 56; Thiel, a.a.O., S. 71.

Verhaltensspielräume erweitert wurden und damit funktionsfähiger Wettbewerb noch weniger wahrscheinlich würde.⁸⁴⁶

Für die Lesermärkte von WZ, RP und NGZ war dies unschwer zu bejahen, denn allen drei war eins, dass sie in ihren Verbreitungsgebieten Krefeld/Kempfen (WZ), Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen (RP) sowie Neuß-Grevenbroich (NGZ) schon vor dem Zusammenschluss als jeweilige Erstzeitungen marktbeherrschende Stellungen besaßen. Dies bewiesen schon ihre hohen Marktanteile, die mit 74,8 Prozent (WZ), 81 Prozent (RP) und 75,2 Prozent (NGZ) weit über dem vom Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB erforderlichen Drittel Marktanteil lagen.⁸⁴⁷ Mit dem Erwerb der Anzeigenblätter erweiterten die Erstzeitungen aufgrund der zusätzlichen Anzeigenerlöse ihre finanziellen Ressourcen und bewirkten vor dem Hintergrund der *Anzeigen-Auflagen-Spirale* durch das erhöhte Anzeigenangebot die Stärkung ihres Absatzes auf den Lesermärkten, womit eine Verstärkung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB zu erwarten war, weil die Verlagsunternehmen nachstoßenden Wettbewerb besser abwehren und ihre marktbeherrschenden Stellungen erhalten und absichern konnten.⁸⁴⁸

Hinsichtlich der Anzeigenmärkte differenzierte das BKartA m.E. unnötigerweise zwischen den Tageszeitungen und den Anzeigenblättern, weil es die Anzeigenblätter nur im Wege der Randsubstitution den Anzeigenmärkten der Zeitungen zurechnete und deshalb im Kern von unterschiedlichen Anzeigenmärkten ausging. Diese Differenzierung hatte an dieser Stelle aber Auswirkung darauf, ob erst die Entstehung oder bereits eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Abonnement-Tageszeitungen auf den Anzeigenmärkten zu erwarten war, denn es war davon auszugehen, dass der Erwerb der Anzeigenblätter durch die Verlage RBDV, Girardet und NZV bewirken würde, dass ihre Zeitungen nach einem Zusammenschluss von dem von den Anzeigenblättern ausgehenden Wettbewerbsruck befreit und unter Zurechnung der Marktanteile der Anzeigenblätter dann selbst Marktanteile von 46 Prozent (WZ), 64 Prozent (RP) und 66 Prozent (NGZ) auf den betreffenden Anzeigenmärkten erreichen würden⁸⁴⁹, womit ihre Marktanteile wiederum weit oberhalb der Vermutungsgrenze (ein Drittel Marktanteil) des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB lägen. Während hier die Auffassung von gemeinsamen Anzeigenmärkten vertreten wird und deshalb erst eine Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen der WZ, RP und NGZ durch das Zusammenschlussvorhaben zu erwarten war, denn vorher standen sich beide Seiten noch als wettbewerbsstarke Konkurrenten gegenüber, stellte das BKartA in umständlicher Weise für die Tageszeitungen die Verstärkung bereits vorhandener marktbeherrschender Stellungen fest, weil es die

⁸⁴⁶ BGH, Urt. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691, „Springer/Elbe Wochenblatt“; BGH, Urt. v. 27.5.1986, WuW/E BGH 2276, 2283, „Süddeutscher Verlag/Donau Kurier“; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 196; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 19.

⁸⁴⁷ Vgl. zu den Marktanteilen BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2429, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁴⁸ Vgl. *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 20; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 34.

⁸⁴⁹ Vgl. zu den Marktanteilen KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367; sowie BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2429, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

Übernahme der Anzeigenblätter als eine Absicherung der marktbeherrschenden Stellungen der Zeitungen gegenüber aktuellen Wettbewerbern einordnete und nahm gleichzeitig für die Anzeigenblätter selbst ebenfalls die Verstärkung eigenständiger marktbeherrschender Stellungen durch das Fusionsvorhaben an.⁸⁵⁰

Die Nachteile solch verstärkter Marktbeherrschung als Folge der Zusammenschlüsse wurden aus Sicht der Kartellbehörde auch nicht durch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwogen (vgl. § 36 Abs. 1 GWB bzw. § 24 Abs. 1 GWB a.F.), denn auch wenn das Fortbestehen der defizitären lokalen Zweitzeitungsausgaben ohne die Zusammenschlüsse tatsächlich dauerhaft gefährdet gewesen wäre, so konnte in der Verbesserung der finanziellen Basis der jeweiligen Lokalausgaben der beteiligten Zeitungen in Krefeld, Mönchengladbach und Neuß noch keine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gesehen werden. Für eine solche Abwägungssituation wäre vielmehr die Gefährdung der Gesamtexistenz einer der beteiligten Zeitungen erforderlich gewesen.⁸⁵¹

Das Erfordernis der verbesserten Wettbewerbsbedingungen in § 36 Abs. 1 GWB verlangt grundsätzlich Verbesserungen der Marktstrukturen.⁸⁵² Diese treten i.d.R. nicht schon durch bloße betriebswirtschaftliche Vorteile, wie z.B. durch Zuwachs von Finanzmitteln ein, denn diese führen meist nur zur Erweiterung der allgemeinen Handlungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens.⁸⁵³ Zwar hätte durch einen Erhalt der Zweitzeitungen aufgrund eines Ressourcenzuwachses bei den herausgebenden Verlagen (RBDV, Girardet, NZV) theoretisch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf den jeweiligen Lesermärkten von RP, WZ und NGZ diskutiert werden können⁸⁵⁴, diese hätte aber i.S.d. *Abwägungsklausel* die irreversible Beseitigung des Wettbewerbs auf den dazugehörigen Anzeigenmärkten überwiegen und nicht nur aufwiegen müssen.⁸⁵⁵ Dies war mit Blick darauf, dass gleichzeitig marktbeherrschende Stellungen der Erstzeitungen dieser Verlage auf ein und denselben Leser- und Anzeigenmärkten verstärkt wurden bzw. entstanden abzulehnen, zumal hierdurch die ohnehin schon hohen Marktzutrittschancen für potenzielle Konkurrenten weiter erschwert worden wären.⁸⁵⁶

Im Ergebnis untersagte das BKartA deshalb zu Recht das Fusionsvorhaben von RBDV, Girardet und NZV, woraufhin die Beteiligten diese Verfügung aber anfochten, so dass das Kammergericht (KG) erneut über das Vorhaben zu befinden hatte.

⁸⁵⁰ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166.

⁸⁵¹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166 f.

⁸⁵² BGH, Urt. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1538 f., „Erdgas Schwaben“; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 321; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 177; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 49.

⁸⁵³ *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 177; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 49.

⁸⁵⁴ Vgl. dazu das KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 ff.; sowie BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2431, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861, „Zeitungsmarkt München“; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 53; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 180; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 333.

⁸⁵⁶ So auch *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 332.

(3) Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung des Vorhabens durch das KG

Zunächst musste das KG entscheiden, ob eine Rückübertragung der Vermögensgegenstände (Anzeigenauftragsbestand, Anzeigenkartei, Titelrechte der einzelnen Anzeigenblätter) seitens der (City-)Panorama-Tochtergesellschaften an RBDV, Girardet, NZV und Panorama die Erledigung der Hauptsache zur Folge hatte. Das Gericht verneinte dies, weil es hierin nur eine konzerninterne Vermögensverschiebung sah, die den ursprünglichen Zustand nicht wiederherstelle und den Kern des Zusammenschlusses unberührt lasse, weswegen die angefochtene Verfügung nicht gegenstandslos geworden sei.⁸⁵⁷

Es folgte daher die Prüfung der Untersagungsvoraussetzungen.

Der bereits im Rahmen des vom BKartA angenommenen Zusammenschlusstatbestandes der gemeinsamen Beherrschung (des wettbewerblich erheblichen Einflusses) vorgebrachte Einwand, dass die Einsetzung eines weiteren, nicht von RBDV oder Girardet abgestellten Geschäftsführers bei Panorama gegen die gemeinsame Beherrschung (den wettbewerblich erheblichen Einfluss) spreche und dass ein Entsendungsrecht in die Geschäftsführung konsequenterweise aus der paritätischen Beteiligung folge, wurde auch vom KG abgelehnt, weil es letzteres nicht als zwangsläufige Folge der Beteiligungsverhältnisse ansah und in einem dritten Geschäftsführer, der vorwiegend mit Verwaltungsaufgaben und der Informationsübermittlung an die Muttergesellschaften befasst sein sollte, kein den gemeinsamen Einfluss minderndes Kriterium erblickte.⁸⁵⁸

Ginge man davon aus, der dritte Geschäftsführer hätte neben den Geschäftsführern von RBDV und Girardet tatsächlich eigenen Einfluss in der Unternehmenspolitik des Gemeinschaftsunternehmens geltend machen können, so hätte das im Gesellschaftsvertrag festgelegte Einstimmigkeitserfordernis für diverse Beschlüsse und Geschäfte sowie das Konkurrenzverbot dennoch die gesicherte einheitliche Einflussnahme auf Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit von RBDV und Girardet auf das Gemeinschaftsunternehmen erwarten lassen.

Hinsichtlich der für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung notwendigen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung bestand zwischen KG und BKartA weitgehend Übereinstimmung.⁸⁵⁹ Allerdings stellte das Gericht im Unterschied zur Kartellbehörde ausdrücklich heraus, dass die Anzeigenblätter „Stadtanzeiger“, „Stadt-Panorama“ und „Report am Sonntag“ mit den jeweiligen lokalen Tageszeitungen demselben Anzeigenmarkt zuzurechnen seien, weil sich sowohl ihre Verbreitungsgebiete als auch die Belegungsmöglichkeiten deckten.⁸⁶⁰ Dies hatte das BKartA zunächst verneint und hierfür u.a. als Grund angeführt, dass den Anzeigen in Anzeigenblättern das redaktionelle Umfeld fehle, welches aber grundsätzlich einen erhöhten Aufmerksamkeitsgrad des Lesers bewirke, was

⁸⁵⁷ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 365 f.

⁸⁵⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165; bestätigt durch KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366.

⁸⁵⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165; KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366.

⁸⁶⁰ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366.

wiederum zu einer gesteigerten Intensität der Werbebotschaft beitrage.⁸⁶¹ Dieses Argument widerlegte das KG mit seiner Feststellung, dass sowohl der „Stadtanzeiger“ als auch „Stadt-Panorama“ über einen relativ umfangreichen redaktionellen Teil verfügten, der sich überwiegend auf lokale Berichterstattung konzentrierte.⁸⁶²

Die Auffassung des KG war zu teilen⁸⁶³, denn das Gericht machte noch mal deutlich, dass insbesondere die von den Anzeigenblättern angebotenen Kombinationsbelegungen und die bei den Abonnements-Tageszeitungen teilweise mögliche getrennte Belegung innerhalb einer Lokalausgabe bewiesen, dass die Unterschiede der bei beiden Presseerzeugnissen auftretenden Streuverluste so gering waren, dass eine funktionelle Austauschbarkeit für lokale Inserenten grundsätzlich anzunehmen war.⁸⁶⁴ Und selbst wenn Mängel im redaktionellen Bereich der Anzeigenblätter bestanden, die eine verminderte Aufmerksamkeit beim Leser zur Folge haben konnten, wurden diese Mängel durch die nahezu 100prozentige Haushaltsabdeckung aufgewogen.⁸⁶⁵

Letztlich bestand im Ergebnis aber Einigkeit über die einheitlichen lokalen Anzeigenmärkte, weil - wie bereits dargestellt - das BKartA in seiner Begründung zu dem Schluss kam, dass die von Anzeigenblättern ausgehenden wettbewerblichen Impulse im Wege der Randsubstitution auf die Anzeigenaktivität der Zeitungen ausstrahlen würden und umgekehrt, so dass im Falle von deckungsgleichen Gebieten schließlich doch gemeinsame Anzeigenmärkte anzunehmen seien.⁸⁶⁶

Wie schon das BKartA, nahm auch das KG für diese gemeinsamen lokalen Anzeigenmärkte sowie für die entsprechenden örtlichen Lesermärkte marktbeherrschende Stellungen der dort vertretenen Erstzeitungen an.⁸⁶⁷ Während die Kartellbehörde aber auf allen Märkten von der Verstärkung bestehender marktbeherrschender Stellungen gemäß § 36 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ausging, stellte das KG abweichend davon hinsichtlich der Anzeigenmärkte auf die Entstehung einer überragenden Marktstellung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (damals § 24 Abs. 1 GWB i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB) ab.⁸⁶⁸ Beide legten bzgl. der Lesermärkte die hohen Marktanteile von RBDV (ca. 94 Prozent in Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen mit RP, „Stadt-Panorama“ und „Report am Sonntag“), Girardet (ca. 76 Prozent in Krefeld/Kempen mit WZ, „Stadtanzeiger“ und „Neue Rundschau“) und NZV (ca. 96 Prozent in Neuß-Grevenbroich mit NGZ, „Stadtanzeiger“ und „Kurier-Verlag“) zu Grunde.⁸⁶⁹ Hinsichtlich der Anzeigenmärkte bestätigte das KG die Einschätzung des BKartA, dass auch dort durch den Zusammenschluss marktbeherrschende Positionen der Anzeigenblätter in Kombination mit den Erstzeitungen in den jeweiligen Verbreitungsgebieten erreicht würden (während sich nach Ansicht des BKartA

⁸⁶¹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

⁸⁶² KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

⁸⁶³ Siehe zur Kritik am Beschluss des BKartA in diesem Zusammenhang B.I)2)b)(cc)(2).

⁸⁶⁴ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366 f.

⁸⁶⁵ So auch *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 497.

⁸⁶⁶ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166.

⁸⁶⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165; bestätigt durch KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368.

⁸⁶⁸ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367 f.

⁸⁶⁹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166; bestätigt durch KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

ihre eigenständige marktbeherrschende Stellung verstärken würde⁸⁷⁰), indem das Gericht anhand der Marktanteile sowie weiterer Strukturmerkmale den Vorsprung gegenüber anderen Wettbewerbern darlegte.⁸⁷¹ So lag nach Feststellung des KG der gesamte Anteil der Konkurrenten auf den hier zu betrachtenden Märkten nicht über 30 Prozent, während der „Stadtanzeiger“ (Girardet/NZV) in Krefeld/Kempfen (WZ) bzw. Neuß-Grevenbroich (NGZ) mit einem Marktanteil von mindestens 46 Prozent bzw. 66 Prozent sowie „Stadt-Panorama“ und „Report am Sonntag“ (RBDV) in Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen (RP) mit einem Marktanteil von mindestens 64 Prozent vertreten waren.⁸⁷² I.V.m. der Möglichkeit aufgrund der Zusammenschlüsse nun mit RBDV, Girardet und NGZ durch Vertriebskooperationen, Personaltransfer, gemeinsamer Kundenwerbung etc. Rationalisierungseffekte herbeizuführen und dabei finanzstarke Muttergesellschaften im Rücken zu haben sowie dem auf Seiten der Mutterverlage entstehenden enormen Ressourcenzuwachses, begründete für das KG die Annahme, dass das Zusammenschlussvorhaben bei allen Beteiligten derart weite Verhaltensspielräume zur Folge hätte, die wettbewerblich nicht hinreichend kontrolliert werden könnten. Eine ausreichende Kontrolle erfolge hierbei auch nicht durch Substitutionswettbewerb mit den Straßenverkaufs-Zeitungen „Bild“ (Ausgabe Düsseldorf/Niederrhein/Bergisches Land), „Düsseldorfer Express“ und „Express Köln“ oder der WAZ-Mediengruppe als einem potenziellen Wettbewerber.⁸⁷³

Insofern kam das KG zu keinem anderen Ergebnis als das BKartA, bis auf den Umstand, dass das KG von einem gemeinsamen Anzeigenmarkt der Anzeigenblätter und der Tageszeitungen ausging und deshalb richtigerweise schlussfolgerte, dass auf Seiten der Zeitungen nicht die Verstärkung, sondern erst die Entstehung marktbeherrschender Stellungen (überragenden Marktstellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) zu erwarten war. Hierbei führte es nicht nur die hohen Marktanteile der Verlage als Begründung für nicht mehr hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume an, sondern maß im Rahmen der nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB erforderlichen Gesamtbetrachtung weiteren Strukturmerkmalen die entsprechende Bedeutung zu, indem es aufgrund des Marktanteilsvorsprungs der Erstzeitungen u.a. hervorhob, dass Inserenten wegen der von der Auflagenhöhe abhängigen Wirksamkeit ihrer Anzeigen im Regelfall die Erstzeitungen als Werbeträger wählten.⁸⁷⁴ Zuzustimmen war dem KG auch in seiner Annahme, dass der von den *Straßenverkaufszeitungen* ausgehende Substitutionswettbewerb keine hinreichende Kontrolle schaffte, weil seine Intensität in diesem Fall nicht ausreichte, um das Wettbewerbsverhalten der Zeitungen und Anzeigenblätter nennenswert zu beeinflussen⁸⁷⁵, denn die von den *Straßenverkaufszeitungen* angebotenen Werbeleistungen waren für die örtlichen Inserenten hierfür gerade nicht marktgleichwertig bzw. ausreichend marktähnlich.

⁸⁷⁰ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166.

⁸⁷¹ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

⁸⁷² KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

⁸⁷³ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367 f.

⁸⁷⁴ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367; so schon OLG, Urt. v. 2.10.1981, WuW/E OLG 2624, 2626, „gemeinsamer Anzeigenteil“.

⁸⁷⁵ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367 f.

Entgegen der Ansicht des BKartA, das keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB feststellte, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen⁸⁷⁶, kam das KG zu dem Ergebnis, dass aufgrund besonderer Umstände, die in der Struktur von Pressemärkten lägen, die unternehmensinternen Vorteile des Zusammenschlusses gleichzeitig mittelbar zu einer strukturellen Verbesserung des Wettbewerbs führen würden.⁸⁷⁷ Denn vor dem Hintergrund, dass zwar nicht jede Verstärkung der finanziellen Grundlage eines Unternehmens als relevante Strukturverbesserung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB gewertet werden könnte, das Anzeigengeschäft aber über die Lebensfähigkeit einer Zeitung entscheide, bedeute hier hinsichtlich des Erwerbs der Anzeigenblätter eine Zurückgewinnung der von diesen zu Lasten der Tageszeitungen erzielten Anzeigenerlöse und stelle daher für die jeweiligen Zweitzeitungen die Wiederherstellung ihrer traditionellen Finanzierungsgrundlage dar.⁸⁷⁸ Nach Auffassung des Gerichts führe dies zur Erhaltung der Zweitzeitungen auf den örtlichen Lesermärkten für Abonnement-Tageszeitungen, was für die korrespondierenden Anzeigenmärkte zwar keine nennenswerten Verbesserungen bedeute, insgesamt aber als eine Wettbewerbsverbesserung einzuordnen sei, die die Nachteile der Verstärkung bzw. Entstehung der Marktbeherrschung der jeweiligen Erstzeitung auf dem Leser- und Anzeigenmarkt überwiege, insbesondere weil es für den Wettbewerb wichtiger sei auf einem wettbewerbsarmen Markt einen noch verbliebenen aktuellen Wettbewerber zu erhalten und damit die Monopolstellung der Erstzeitung zu vermeiden, als eine Erhöhung der ohnehin hohen Marktzutrittsschranken zu verhindern und damit den Markt für einen ungewissen künftigen Wettbewerber möglichst offen zu halten.⁸⁷⁹

Dieser Einschätzung konnte unter Verweis auf die bereits zur Beurteilung durch das BKartA gemachten Ausführungen nicht gefolgt werden.⁸⁸⁰ Zwar war dem KG darin zuzustimmen, dass das Anzeigengeschäft die wesentliche Finanzierungsgrundlage für eine Zeitung darstellt.⁸⁸¹ Dieser sicherlich pressespezifische Umstand begründete aber noch keine strukturelle Verbesserung des Wettbewerbs, insbesondere dann nicht, wenn auf die Wiederherstellung der traditionellen Finanzierungsgrundlage abgestellt wurde, aber ein unmittelbarer Zufluss der dazu gewonnenen Anzeigenerlöse an die defizitären Zweitzeitungen gar nicht stattfinden, sondern nur im Rahmen einer für die jeweilige Lokalausgabe erstellten Ertragsberechnung konstruiert würde.⁸⁸² Diese durch Zusammenschluss erlangten unternehmensinterne Vorteile ließen sich daher letztlich nur als Erweiterung der allgemeinen Handlungsmöglichkeiten der Verlage einordnen, die in keinem Fall die irreversible Beseitigung des Wettbewerbs auf den Anzeigenmärkten überwiegen und die damit

⁸⁷⁶ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166.

⁸⁷⁷ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 ff.

⁸⁷⁸ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 f.

⁸⁷⁹ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.

⁸⁸⁰ Vgl. B.I)2)b)cc)(1).

⁸⁸¹ Auszugehen davon ist, dass die finanzielle Basis einer Tageszeitung im Durchschnitt zu etwa zwei Drittel aus Anzeigenerlösen und zu einem Drittel aus Vertriebs Erlösen besteht; vgl. *Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § Vor 35, Rn. 51; Spieler, a.a.O., S. 37; Thiel, a.a.O., S. 69.

⁸⁸² Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 f.

einhergehende Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf den Lesermärkten rechtfertigten.

Das KG lehnte trotz der Annahme von verbesserten Wettbewerbsbedingungen die Anwendung der *Abwägungsklausel* von § 36 Abs. 1 GWB zugunsten der Verlage RBDV, Girardet und NZV schließlich ab. Den Grund hierfür bildete das Fehlen der erforderlichen Kausalität zwischen dem Zusammenschlussvorhaben und der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, denn nach Ansicht des Gerichts fehlte es am Nachweis dafür, dass die Wettbewerbsverbesserungen nur durch ein Fusionsvorhaben erreicht werden konnten mit der Folge der Verstärkung bzw. Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Erstzeitungen auf den relevanten Leser- und Anzeigenmärkten.⁸⁸³ Vielmehr sag es das KG als erwiesen an, dass ein Erwerb der Anzeigenblätter nicht nur gemeinschaftlich durch die jeweiligen Erst- und Zweitzeitungsverlage, sondern auch alleine durch den die jeweilige Zweitzeitung herausgebenden Verlag möglich gewesen wäre.⁸⁸⁴

Grundsätzlich gilt, dass der Zusammenschluss nicht nur kausal für die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen sein muss, sondern es ist vielmehr erforderlich, dass die Verbesserungen allein durch den Zusammenschluss erreicht werden können.⁸⁸⁵ Sind sie auch auf andere Weise zu erreichen, ist eine Anwendung der *Abwägungsklausel* ausgeschlossen.⁸⁸⁶

Vor dem Hintergrund, dass die Anzeigenblätter seitens des Veräußerers (Wegeners Couranten Concern N.V.) bewusst als „Paket“ angeboten worden waren, um sich getrennte Verhandlungen mit mehreren potenziellen Erwerbern unterschiedlicher Interessenlagen zu ersparen und einen gleichzeitigen Verkauf aller Anzeigenblätter sicherzustellen⁸⁸⁷, war dem KG deshalb insoweit Recht zu geben, als dass RBDV und Girardet diesem Interesse auch hätten Rechnung tragen können, wenn sie gegenüber dem Veräußerer als gemeinschaftliche Kaufinteressenten aufgetreten wären, die zum Schutz ihrer jeweiligen Zweitzeitung die angebotenen Anzeigenblätter statt durch Gemeinschaftsunternehmen im Wege einer internen Einigung jeweils durch den Verlag, der im Verbreitungsgebiet der Anzeigenblätter die Zweitzeitung herausgibt, erworben hätten.⁸⁸⁸

Allerdings kam es darauf nicht mehr an, wenn - wie hier angenommen - schon gar keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen vorlag.

Im Ergebnis bestätigte das KG also die Untersagungsverfügung des BKartA. Hiergegen legten die Betroffenen wiederum Rechtsbeschwerde ein, dieses Mal beim BGH.

⁸⁸³ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.

⁸⁸⁴ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369 f.

⁸⁸⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1540, „Erdgas Schwaben“; Tätigkeitsbericht des BKartA 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 22; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 179.

⁸⁸⁶ *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 179.

⁸⁸⁷ Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.

⁸⁸⁸ Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369 f.

(4) Bewertung der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung des Vorhabens durch den BGH

Im Rahmen dieser Rechtsbeschwerde erhoben die beteiligten Verlage hinsichtlich der Entscheidung des KG, dass eine Erledigung der Hauptsache durch die Rückübertragung der Vermögensgegenstände nicht vorlag, den Einwand, dass gar keine unternehmensinterne Vermögensverschiebung stattgefunden haben konnte, weil Delta vor dem untersagten Zusammenschluss mit den (City-)Panoramagesellschaften nicht verbunden war, sondern eine Verbindung erst mit der Fusion selbst erfolgte.⁸⁸⁹ Der BGH wies diesen Einwand zurück und bekräftigte den Beschluss des KG, indem es klarstellte, dass es nicht darauf ankam, wann die Anteile von Delta erworben und die fusionsrechtlich bedeutsamen Unternehmensverbindungen hergestellt worden waren, sondern entscheidend war, dass zum Zeitpunkt der Rückübertragung des erworbenen Vermögens die Unternehmensverbindung bestand, das erworbene Vermögen nach der Rückübertragung auf die Konzernunternehmen RBDV, Girardet, NZV und Panorama also weiterhin im Einflussbereich der (City-)Panoramagesellschaften blieb und der ursprüngliche Zustand nur wiederhergestellt worden wäre, wenn die (City-)Panoramagesellschaften die erworbene Vermögensmasse völlig ausgegliedert hätten.⁸⁹⁰

Darüber hinaus hatte der BGH zu klären, ob das KG bei der Marktabgrenzung hinsichtlich der regionalen (lokalen) Abonnements-Tageszeitungen und der *Straßenverkaufszeitungen* richtigerweise von unterschiedlichen Lesermärkten ausgehen durfte, denn nach Ansicht der Verlage hätte die Lokalausgabe „Niederrhein“ der „Bild“ - Zeitung mit in den relevanten Lesermarkt mit einbezogen werden müssen. Auch in diesem Punkt entschied der BGH entgegen dem Einwand der Unternehmen, weil es, wie schon das BKartA und das KG zuvor⁸⁹¹, eine funktionelle Austauschbarkeit zwischen beiden Presseerzeugnissen verneinte aufgrund der wesentlichen Unterschiede in der Breite und Tiefe der Berichterstattung, in der Art der Darstellung sowie in den Nachrichten- und Berichtsschwerpunkten.⁸⁹²

Dem war nicht vielmehr hinzuzufügen, als dass diese Wertung im Einklang mit der gängigen Rechtsprechung stand und auch sonst der wohl überwiegenden Meinung entsprach.⁸⁹³

Ebenfalls keinen Erfolg hatten die Verlage mit ihrer Beschwerde, dass hinsichtlich der Feststellung, inwieweit eine marktbeherrschende Stellung vorlag, der Marktanteil der erworbenen Anzeigenblätter nur anteilig den gemeinsam herrschenden Muttergesellschaften hätte zugerechnet werden dürfen.⁸⁹⁴ Denn ohne eine abschließende Entscheidung darüber getroffen zu haben, ob nicht die Marktanteile von gemeinsam erworbenen Unternehmen prinzipiell jeder der erwerbenden Muttergesellschaften zuzurechnen waren (so das BKartA),

⁸⁸⁹ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2427, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁹⁰ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2427 f., „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁹¹ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165; KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366.

⁸⁹² BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2428, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁹³ Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E 1854, 1857 f., „Zeitungsmarkt München“; BKartA, Beschl. v. 23.10.1981, WuW/E BKartA 1921, 1929, „Burda/Springer“; Thiel, a.a.O., S. 51 f.; Spieler, a.a.O., S. 50 f.; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53.

⁸⁹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2429, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

entschied der BGH i.S.d. KG, dass jedes Anzeigenblatt der jeweils im selben Verbreitungsgebiet tätigen Zeitung (mit bereits hervorragender Marktstellung) zuzurechnen war.⁸⁹⁵ Diese Zurechnung rechtfertigte sich daraus, dass mit dem Erwerb konkurrierender Anzeigenblätter nicht nur Wettbewerber ausgeschaltet würden, sondern gleichzeitig der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der erwerbenden Verlage erweitert würde und das Potenzial der ehemaligen Wettbewerber gerade zugunsten des erwerbenden Unternehmens gewirkt hätte, das schon vorher eine hervorragende Marktstellung einnahm.⁸⁹⁶

Bei dem Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB entsteht gesellschafts- oder sachenrechtlich eine Zusammenführung von bisher selbständigen Unternehmen oder deren Vermögen, so dass auch die Marktanteile addiert werden müssen⁸⁹⁷, weshalb der Marktanteil zusammengeschlossener Unternehmen grundsätzlich der Summe der zuvor von den Beteiligten allein erzielten Marktanteile entspricht.⁸⁹⁸

Der Marktanteilszurechnung des KG und BGH war insoweit beizupflichten.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde stimmte der BGH dem KG auch darin zu, dass der durch den Zusammenschluss erreichte weite Verhaltensspielraum der jeweiligen Marktführer auf den örtlichen Anzeigenmärkten durch die relativ schwache Intensität des Substitutionswettbewerbs u.a. mit den *Straßenverkaufszeitungen* nicht hinreichend kontrolliert würde und hier auch keine marktgegebenen Besonderheiten vorlagen, wie von den Verlagen vorgetragen, die ausreichten, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern.⁸⁹⁹

Unabhängig davon, ob man der Auffassung ist ein Einfluss des Substitutionswettbewerbs sei nur möglich, wenn die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen in unterschiedlichster Weise davon betroffen würden, weil nur der das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber den Mitbewerbern stärker treffende Substitutionswettbewerb ausreichend Wettbewerbseinfluss besitze⁹⁰⁰, oder aber die Ansicht der Verlage teilt, dass bestehender Substitutionswettbewerb nicht von vornherein als unerheblich behandelt werden kann, nur weil er die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen in gleicher Weise trifft⁹⁰¹, musste eine ausreichende Kontrolle durch den Substitutionswettbewerb ausscheiden.

Zwar waren die Abonnements-Tageszeitungen und Anzeigenblätter aufgrund ihrer unterschiedlich stark ausgeprägten Ähnlichkeit zu den *Straßenverkaufszeitungen* auch in gewisser Weise unterschiedlich stark vom Substitutionswettbewerb betroffen⁹⁰², doch entsprechend der zweit genannten Ansicht ist letztlich immer die Intensität des

⁸⁹⁵ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2429, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

⁸⁹⁶ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2429, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁸⁹⁷ Rieger, in: FK, § 36 GWB 2005, Rn. 14.

⁸⁹⁸ So auch Kahlenberg/Peter, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 41.

⁸⁹⁹ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁹⁰⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 2.10.1984, WuW/E BGH 2112, 2123 f., „Gruner+Jahr/Zeit“; vgl. auch Koenigs, in: WuW 1985, Entscheidungsanmerkung: Der BGH zum Substitutionswettbewerb, S. 877.

⁹⁰¹ Vgl. BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430, „Niederrheinische Anzeigenblätter“; Koenigs, in: WuW 1985, a.a.O., S. 876 f.

⁹⁰² Vgl. BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

Substitutionswettbewerbs insgesamt entscheidend, da sich nur so objektiv eine Aussage darüber treffen lässt, ob der Substitutionswettbewerb geeignet ist den Verhaltensspielraum des auf Marktbeherrschung zu prüfenden Unternehmens hinreichend zu beschränken und sein Marktverhalten durch Wettbewerb zu kontrollieren.⁹⁰³ Die hier vorliegende Intensität reichte jedoch nicht aus, um das Ungleichgewicht auf den relevanten Märkten auszugleichen bzw. die Entstehung von überragenden Marktstellungen der Erstzeitungsverlage zu verhindern⁹⁰⁴, denn wie festgestellt, waren die in anderen Medien angebotenen Werbeleistungen für die örtlichen Interessen nicht marktgleichwertig bzw. marktähnlich genug, so dass dem im vorliegenden Fall bestehenden Substitutionswettbewerb auch unter Berücksichtigung der letzteren Ansicht keine wettbewerblich ausreichende Relevanz zugesprochen werden konnte.

In seiner Begründung abweichend vom Beschluss des KG, aber in Übereinstimmung mit dem BKartA verneinte der BGH schließlich die Anwendbarkeit der *Abwägungsklausel* in § 36 Abs. 1 GWB.⁹⁰⁵ Das Gericht folgte nicht der Auffassung des KG, wonach eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen eintreten würde, die die durch den Zusammenschluss verursachten Nachteile überwiege⁹⁰⁶, denn es war der Ansicht, dass das KG sich rechtsfehlerhaft auf die Prüfung beschränkt hatte, ob der Erwerb der konkurrierenden Anzeigenblätter den Fortbestand der Zweitzeitungen erwarten ließe.⁹⁰⁷ Die *Abwägungsklausel* erfordere aber die Gesamtbetrachtung aller für den Wettbewerb und die Marktstellung der Beteiligten wesentlichen Umstände, wozu nicht nur zähle, dass die zusätzlichen Anzeigenerlöse ein hinreichendes Potenzial für einen Ausgleich der mit den defizitären Zweitzeitungen erwirtschafteten Verluste darstellten, sondern auch die Frage zu berücksichtigen sei, ob die mit dem Erwerb der Anzeigenblätter entstandene und verstärkte marktbeherrschende Stellung der Erstzeitungen und der damit verbundene Ressourcenzuwachs dazu führten, dass potenzielle Wettbewerber von der Möglichkeit, in diesen Markt einzudringen, abgehalten werden würden.⁹⁰⁸

Die Entscheidung des BGH stand damit im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht.

Das Gericht stellte aber weitergehend fest, dass in diesem Zusammenhang außerdem der Aspekt unberücksichtigt geblieben wäre, dass nicht nur die Wiederherstellung der Finanzierungsgrundlage der defizitären Zweitzeitungen durch eine Zurechnung des Erlöses aus den Anzeigenblätter eintrete, sondern auch erhebliche finanzielle Mittel für den Erwerb der Anzeigenblätter aufgewendet werden müssten, die sich aber wiederum belastend auf die Ertragsberechnungen auswirkten in der Form von Finanzierungskosten oder anderweitigen Renditeminderungen, so dass es letztlich an der tatsächlichen Grundlage für die Annahme von strukturellen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den regionalen (lokalen) Lesermärkten fehlte.⁹⁰⁹

⁹⁰³ Koenigs, in: WuW 1985, a.a.O., S. 877.

⁹⁰⁴ So der BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁹⁰⁵ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁹⁰⁶ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 f.

⁹⁰⁷ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2431, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁹⁰⁸ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2431 f., „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

⁹⁰⁹ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2432, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

Im Ergebnis bestätigte der BGH damit die Beschlüsse des BKartA und des KG, die die Untersagung des Kooperationsvorhabens zum Gegenstand hatten. Dieses Urteil wurde allerdings vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aufgrund einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde der Verlage RBDV, Girardet und NZV aufgehoben und an den BGH zurückverwiesen mit der Begründung, dass der BGH bei seiner Entscheidung hinsichtlich der Frage, ob das untersagte Zusammenschlussvorhaben zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB führen würde, Anforderungen an den Vortrag der Verlage gestellt hatte, die für diese weder vom bisherigen Verfahrensgang noch vom sachlichen Hintergrund her voraussehbar gewesen wären (Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG).⁹¹⁰

Doch auch nach erneuter Entscheidung des BGH in diesem Punkt kam das Gericht zu keinem anderen Ergebnis als dem, dass durch den Zusammenschluss keine Verbesserungen der Marktstrukturen eintreten würden.⁹¹¹ Hierfür legte das Gericht noch einmal dar, dass ein Zuwachs an Finanzmitteln auf Seiten der Verlage zwar die Gesamtertragslage verbessern und die allgemeinen Handlungsmöglichkeiten erweitern könnte, es aber erforderlich wäre, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem betreffenden Markt so gelagert sein müssten, dass das Einsetzen der zusätzlichen Finanzmittel für die weitere Wettbewerbstätigkeit der Verlagsunternehmen hinsichtlich ihrer Zweitzeitungen mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden können müsste und dass an solche Erwartungen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden dürften, denn es ging schließlich um eine Ausnahmegenehmigung von einem Untersagungstatbestand.⁹¹² Allein die Möglichkeit, dass Zeitungsverleger ihre defizitären Zweitzeitungen aufgrund zusätzlicher Finanzmittel fortführten entspräche nicht diesen Anforderungen, vielmehr müsste sich die Erwartung von Verbesserungen auf wirtschaftliche Gegebenheiten stützen, nur insoweit wären sie durch die Marktstruktur begründet gewesen. Diese Voraussetzungen wären hier aber nicht erfüllt.⁹¹³

Dieser Auffassung war im Kontext mit den davor gemachten Ausführungen zuzustimmen, denn zu entscheiden war über eine Ausnahme vom Prinzip und auch wenn es nachvollziehbare unternehmerische Motive für ein wettbewerbsfreundliches Verhalten, wie z.B. das „Durchschleppen“ eines Konkurrenzverlages gab, das den Wettbewerbsschaden hätte neutralisieren können, reichte dies nicht aus, die Anwendung der Ausnahmeklausel zu begründen, denn hiermit wurde das unternehmerische Ermessen der Verlage nicht aufgehoben, ob oder bis zu welcher Grenze sie das zwar wettbewerbsförderliche, aber wirtschaftlich ambivalente Verhalten durchhalten könnten oder wollten, was aber gerade ausgeschaltet bleiben soll, soll die *Abwägungsklausel* nicht zur Bresche werden, die die Wettbewerbsgewährleistungsaufgabe der Zusammenschlusskontrolle in Teilbereichen zur Disposition der betroffenen Unternehmen stellt.⁹¹⁴

⁹¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.3.1993, NJW-RR 1994, S. 188, 189 f.; BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2900, „Anzeigenblätter II“.

⁹¹¹ BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2901, „Anzeigenblätter II“.

⁹¹² BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2903, „Anzeigenblätter II“.

⁹¹³ BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2903, „Anzeigenblätter II“.

⁹¹⁴ So *Oehler*, in: EWiR 1994, Kurzkommentar zum BGH-Urteil v. 8.2.1994, „Anzeigenblätter II“, S. 794.

c) Ergebnis zu den Praxisbeispielen der Gemeinschaftsunternehmen

bb) Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung

Die hier untersuchten Beispiele aus Praxis und Rechtsprechung können nur einen Auszug aus der Vielzahl von kartellrechtlich relevanten Fällen aus dem Bereich der pressenspezifischen Zusammenarbeit mit Hilfe von Gemeinschaftsunternehmen bilden.⁹¹⁵ Doch bereits dieser Ausschnitt kann eine erste Aussage zulassen über die Praktikabilität und Flexibilität des kartellrechtlichen Instrumentariums im Hinblick auf pressenspezifische Gemeinschaftsunternehmen als organisationsrechtliches Mittel, um bestimmte unternehmenspolitische Ziele der Beteiligten zu verwirklichen, von denen in diesem Zusammenhang aber auch als Erscheinungsform des wettbewerbspolitischen Problems der zunehmenden Verflechtung der Wirtschaft gesprochen wird.⁹¹⁶ Ob Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich überhaupt als kartellrechtlicher Problemfall einzuordnen sind, soll es an dieser Stelle geklärt werden.

Die bei der Gründung oder Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen zugrunde liegenden ökonomischen oder rechtlichen Motive der Verlage sind vielfältig. So können die unternehmenspolitischen Ziele der gemeinsamen Beteiligung auf rechtlicher Ebene u.a. in dem Erreichen steuerrechtlicher Vorteile oder zur Vermeidung von Patentrechtsstreitigkeiten liegen⁹¹⁷, während sie in ökonomischer Hinsicht darin bestehen können das Risiko, das die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zur Folge hat, auf mehrere Schultern zu verteilen oder eine Diversifikation durchzuführen mit geringeren Investitionen, als sie erforderlich wären, wenn jeder einzelne das Gesamtprojekt tragen würde.⁹¹⁸ In jedem Fall aber wird die Realisierung von Kostenersparnissen in den unterschiedlichsten Unternehmensbereichen Bestandteil der unternehmenspolitischen Ziele sein, so dass der Hauptgrund für die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen ihr Einsatz als Mittel zur Rationalisierung ist, d.h. zur Hebung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung.⁹¹⁹

Das Motiv der Rationalisierung findet sich auch bei den Verlagsunternehmen der besprochenen Beispielfälle wieder, bei denen im Wege der Ausgliederung und der gemeinsamen Ausübung bestimmter betrieblicher Funktionen Rationalisierungseffekte erzielt werden sollten. Es deckt sich ebenfalls mit der Schlussfolgerung im Zwischenergebnis zu den Praxisbeispielen nach §§ 2 ff. GWB, wo bereits festgestellt wurde, dass das Ziel der Verlagsunternehmen durch Kooperation einen größeren wirtschaftlichen Erfolg bzw.

⁹¹⁵ Vgl. die nicht abschließende Liste einzelner Vorhaben seit November 2002; B.I)2).

⁹¹⁶ Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 75 m.w.N.

⁹¹⁷ Ausführliche Darstellung der Rechtsgründe bei Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 82 ff. m.w.N.

⁹¹⁸ *Eckstein*, in: BB 1972, Beilage zu Heft 26, „Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung“, S. 7 und 12 m.w.N.

⁹¹⁹ *Eckstein*, in: BB 1972, Beilage zu Heft 26, „Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung“, S. 12 f.; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 78.

wirtschaftliche Absicherung zu erreichen, in erster Linie durch die Rationalisierung von Unternehmensabläufen ermöglicht werden soll.⁹²⁰

Vor diesem Hintergrund dienen zunächst die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“ als Beurteilungsgrundlage für die Praktikabilität und Flexibilität des zur Verfügung stehenden kartellrechtlichen Instrumentariums, insbesondere wenn das Bedürfnis nach Rationalisierung mit dem organisationsrechtlichen Mittel des Gemeinschaftsunternehmens befriedigt werden soll und hierbei die Rechtskreise des Kartellverbots und der Fusionskontrolle ein Schnittfeld bilden⁹²¹, woran sich zwingend die Frage anschließt, ob in diesen Konstellationen eventuell Ausnutzungsmöglichkeiten von kartellrechtlichen Freiräumen bestehen.⁹²² In Diskussion steht damit zunächst die *Doppelkontrolle*, die hier in beiden Fällen Anwendung fand, so dass das jeweilige Kooperationsvorhaben nicht nur fusionsrechtlich gemäß der §§ 35 ff. GWB, sondern auch kooperationsrechtlich nach § 1 (und § 4 Abs. 1) GWB zu beurteilen war.

(1) Die Praktikabilität der kartellrechtlichen Doppelkontrolle

Anknüpfungspunkt für eine derartige *Doppelkontrolle* ist zunächst immer die Frage, ob ein rein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen vorliegt, denn nur dann scheidet der Anwendungsbereich von § 1 GWB prinzipiell aus.⁹²³ Auch wenn erstmal dem Kriterium der funktionalen Selbst- bzw. Unselbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens, d.h. der Grad der Autonomie gegenüber seinen Gründergesellschaften eine gewichtige Indizfunktion zukommt⁹²⁴, zeigen die vorliegenden Fälle, insbesondere der Fall „Prisma-Verlag“, dass davon unabhängig regelmäßig schon mit der Gründung bzw. Bildung von Gemeinschaftsunternehmen aufgrund eines Kontrollerwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), einer *Teilfusion* der Muttergesellschaften (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB) oder durch jede sonstige Verbindung (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) auch eine Koordinierung des Marktverhaltens und damit die Anwendbarkeit von § 1 GWB einhergeht.⁹²⁵ Denn es mag zwar von außen betrachtet mit dem Gemeinschaftsunternehmen eine selbständige Planungseinheit vorliegen, weil es sich z.B. um ein Gemeinschaftsunternehmen zur sachlichen Markterweiterung (Tätigkeit auf einem Drittmarkt) handelt und die große Anzahl der Gesellschafter gegen eine koordinierte, planerische Einflussnahme auf das Tochterunternehmen sprechen (so im Fall „Prisma-Verlag“)⁹²⁶, doch muss eine Koordinierung des Marktverhaltens regelmäßig schon angenommen werden, wenn die Gründerunternehmen und das Gemeinschaftsunternehmen bzw. nur die Gründerunternehmen auf denselben relevanten Märkten tätig sind⁹²⁷, was bei

⁹²⁰ B.I)c)aa).

⁹²¹ B.I)2)a).

⁹²² Vgl. zu dieser Frage ausführlich Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 82 m.w.N.

⁹²³ B.I)2)a).

⁹²⁴ B.I)2)a); a.A. *Bach*, in: ZWeR 2003, a.a.O., S. 191, der „dem Kriterium der Autonomie des Gemeinschaftsunternehmens jede Trennschärfe für die gebotene Abgrenzung“ abspricht.

⁹²⁵ Siehe B.I)2)b)aa)(3)(b) und B.I)2)b)bb)(3)(b).

⁹²⁶ B.I)2)b)aa)(3)(b).

⁹²⁷ BGH, Urt. v. 8.5.2001, WuW/E DE-R 711, 716, „Ost-Fleisch“; BKartA, Beschl. v. 21.8.1997, WuW/E DE-V 9, 14, „Ostfleisch“; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 327; *Lindemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, Anhang 1 zu § 1, Rn. 14; vgl. auch B.I)2)a).

Presseunternehmen häufig vorkommt und weshalb dann bereits aufgrund der Branchenverwandtheit immer auch ein konkretes Marktinteresse der Gesellschafter am Tochterunternehmen besteht mit der Folge der planerischen Einflussnahme.⁹²⁸

Diese Einschätzung wird auch durch den Fall „DEL-Wochenblatt GmbH“ verstärkt, in dem die mit der Bremer Tageszeitungen AG verbundene Hackmack, Meyer GmbH & Co. KG (Hackmack) und die Druckerei und Verlag Siegfried Rieck GmbH & Co. KG (Rieck) ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zur Herausgabe eines gemeinsamen Anzeigenblattes (DEL-Wochenblatt GmbH) gegründet hatten.⁹²⁹

Unter dem Aspekt, dass die Herausgabe eines Anzeigenblattes i.d.R. die einzige Möglichkeit bietet, in das Verbreitungsgebiet marktbeherrschender Tageszeitungen einzudringen und wettbewerbliche Wirkung auf dem Anzeigenmarkt zu entfalten und vor dem Hintergrund, dass auf dem hier relevanten Anzeigenmarkt (Delmenhorst) der Verlag Rieck mit seinem dort erscheinenden Zeitungstitel „Delmenhorster Kreisblatt“ bereits eine marktbeherrschende Stellung hatte und auch die Bremer Tageszeitungen AG mit einer Lokalausgabe ihres „Weser-Kurier“ vertreten war, sah das BKartA die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB (zum Zeitpunkt der Entscheidung § 24 GWB a.F.) als erfüllt an, weil sich sonst eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des „Delmenhorster Kreisblatt“ insbesondere aus dem Wegfall des potenziellen Wettbewerbs ausgehend vom Verlag Hackmack ergeben hätte.⁹³⁰

Denn Hackmack war bereits mit einer Beteiligung an der Bremer Anzeiger GmbH im Anzeigengeschäft in Bremen und Umgebung engagiert, so dass hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Herausgabe eines eigenen Anzeigenblattes bestand. Durch die Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen wäre dieser potenzielle Wettbewerb aber beseitigt worden.⁹³¹

Nach Ansicht der Kartellbehörde lag aber nicht nur ein Verstoß gegen § 36 Abs. 1 GWB vor, sondern auch gegen das Kartellverbot gemäß § 1 GWB, weil das BKartA die spezielle Funktion eines Anzeigenblattes berücksichtigte, das von einem Zeitungsverlag herausgegeben wird.⁹³² Denn ein solches Anzeigenblatt dient vorrangig der wettbewerblichen Stützung der Tageszeitungen und wird i.d.R. zur Abwehr gegenüber aktuellen und potenziellen Wettbewerbern eingesetzt, die mit einem Anzeigenblatt auf dem Markt der Tageszeitungen

⁹²⁸ „Allein die naheliegende wirtschaftlich vernünftige Orientierung an dem Verhalten der gemeinsamen Tochtergesellschaft reicht für die Annahme einer Koordinierung des Marktverhaltens der Mütter aus“; BGH, UrT. v. 8.5.2001, WuW/E DE-R 711, 717, „Ost-Fleisch“; Je ausgeprägter das Gemeinschaftsunternehmen im marktnahen Bereich der Muttergesellschaften tätig ist, desto stärker ist deren eigenes Marktinteresse einzuschätzen und umso eher gewinnt ein Gemeinschaftsunternehmen den Charakter eines Hilfsmittels für die Durchsetzung von Gesellschaftsinteressen; Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 160.

⁹²⁹ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 89 f.

⁹³⁰ Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 89; siehe auch Knoche/Zerdick, a.a.O., (Anhang) S. A-66.

⁹³¹ Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 89; siehe auch Knoche/Zerdick, a.a.O., (Anhang) S. A-66.

⁹³² Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 89 f.

tätig sind, weshalb also die Verhinderung des Neuzutritts von Wettbewerbern sowie die Wachstumssperre vorhandener Wettbewerber als Motive im Vordergrund stehen.⁹³³

Die Herausgabe von Anzeigenblättern durch Tageszeitungsverlage hat damit die Qualität eines unselbständigen Wettbewerbsparameters im Zusammenhang mit der Herausgabe der Tageszeitung, so dass in einem solchen Fall ein Gemeinschaftsunternehmen nicht als selbständige wirtschaftliche Planungseinheit angesehen werden kann, da es im Hinblick auf seine Stützungsfunktion keine von den marktbezogenen Interessen der Muttergesellschaften unbeeinflusste Geschäftspolitik entwickeln und verfolgen kann.⁹³⁴

Im Rahmen der *Doppelkontrolle* ordnete das BKartA in diesem Fall das Gemeinschaftsunternehmen deshalb als ein kooperatives ein, dessen verbotene Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. § 1 GWB in der Vereinheitlichung eines Wettbewerbsparameters lag.⁹³⁵

Das letztgenannte Beispiel dient damit dem weiteren Beweis, dass eine „Flucht in die Gemeinschaftsunternehmen“ zur Umgehung des Kartellverbotes gemäß § 1 GWB für Presseunternehmen i.d.R. ausscheidet⁹³⁶, weshalb spätestens seit Anerkennung der *Doppelkontrolle* (durch das Grundsatzurteil des BGH im „Mischwerke-Fall“⁹³⁷) das Schnittfeld beider Rechtskreise im Falle von (nicht nur pressespezifischen) Gemeinschaftsunternehmen kartellrechtlich umfassend kontrolliert werden kann und die Ausnutzung kartellrechtlicher Freiräume weitgehend ausgeschlossen ist.⁹³⁸

(2) Ergänzende Bewertung des Ausnahmetatbestandes von § 4 Abs. 1 GWB

Die im Zusammenhang mit der *Doppelkontrolle* für die hier besprochenen Fälle gegebene Möglichkeit der Freistellung der Gemeinschaftsunternehmen von § 1 GWB aufgrund des Ausnahmetatbestandes von § 4 Abs. 1 GWB, belegte zwei weitere Male die schon im Zwischenergebnis zu den §§ 2 ff. GWB festgestellten relativ großen Handlungsspielräume insbesondere kleiner und mittlerer Verlagsunternehmen hinsichtlich ihrer Kooperationsvorhaben, um so den strukturellen Nachteil gegenüber großen Verlagen besser ausgleichen zu können ohne hierbei aber den Wettbewerb bedenklich zu beschränken oder die Publizitätsvielfalt zu schmälern.⁹³⁹ Denn auch im Hinblick auf die überprüften Gemeinschaftsunternehmen sorgte die Freistellungsobergrenze (keine wesentliche

⁹³³ Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 90; siehe auch Knoche/Zerdick, a.a.O., (Anhang) S. A-66.

⁹³⁴ Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 90; siehe auch Knoche/Zerdick, a.a.O., (Anhang) S. A-66.

⁹³⁵ Tätigkeitsbericht des BKartA 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 90.

⁹³⁶ Der Begriff der „Flucht in die Gemeinschaftsunternehmen“ wurde von *Emmerich* im Zusammenhang mit der Ausnutzung kartellrechtlicher Freiräume durch Gemeinschaftsunternehmen geprägt; *Emmerich*, in: Der GmbH-Konzern, „Die Bedeutung des Kartellrechts für die GmbH-Konzern-Praxis“, Diskussionsbeitrag, S. 230; siehe auch Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 82.

⁹³⁷ BGH, Urt. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, „Mischwerke“.

⁹³⁸ So auch *Immenga*, in: ZHR 150 (1986), a.a.O., S. 368 und *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 320, die durch die Möglichkeit der *Doppelkontrolle* eine lückenlose, von Rechtsunsicherheit freie Anwendung des GWB sehen, weil sie die Eigenart der Gemeinschaftsunternehmen als Form der Wettbewerbsbeschränkung, die sowohl Elemente des Kartells als auch des Zusammenschluss enthält, erfasst.

⁹³⁹ Vgl. B.I)1)c)aa).

Beeinträchtigung des Wettbewerbs, vgl. § 4 Abs. 1 GWB), aber v.a. die Möglichkeit der Gesamtwürdigung aller relevanten Fallumstände durch eine Verhältnismäßigkeitsabwägung der Vor- und Nachteile für deren Sicherstellung nicht nur zum Zeitpunkt der Entscheidung, sondern auch im Hinblick auf die dabei getroffene Zukunftsprognose. Nur so war es den Verlagen möglich, ungebunden an eine festgelegte Art der Rationalisierung Gemeinschaftsunternehmen für den druck- und vertriebstechnischen Bereich (Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“⁹⁴⁰) bzw. zur Herausgabe einer Zeitungsbeilage (Fall „Prisma-Verlag“⁹⁴¹) zu gründen, um größenbedingte, d.h. strukturelle Nachteile gegenüber der WAZ-Mediengruppe (in beiden Fällen) auszugleichen, somit wettbewerbsfähig zu bleiben und in Folge dessen mit dem Erhalt jeder der beteiligten Zeitungen als eigenständige Publikation die entsprechende Publizitäts- und nicht nur Titelvielfalt zu sichern.⁹⁴² Denn in Frage stand in beiden Fällen u.a. die Mittelständigkeit der beteiligten Presseunternehmen, weil teilweise einzelne Verlage marktbeherrschende Stellungen aufwiesen, die aber im Verhältnis zur WAZ-Mediengruppe und deren Finanzkraft sowie der allgemeinen Marktstellung als mittlere Unternehmen eingestuft werden konnten und mussten.⁹⁴³ Aber auch hinsichtlich der Frage, ob der Wettbewerb durch die Gemeinschaftsunternehmen beschränkt würde, war die Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Zusammenarbeit wesentlich für eine sachgerechte Entscheidung, denn fehlte es im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ im Innenverhältnis am funktionierenden Wettbewerb⁹⁴⁴, so gab es im Fall „Prisma-Verlag“ ein beteiligten Verlag mit marktbeherrschender Stellung (DuMont mit dem „Kölner Stadtanzeiger“) ⁹⁴⁵, so dass zunächst alles gegen die Freigabe dieser Vorhaben sprach, eine umfassende Abwägung v.a. mit der marktstarken Stellung der WAZ-Mediengruppe aber schließlich doch noch die Freistellungen zuließ⁹⁴⁶, deren Richtigkeit sich letztlich auch in den aktuellen Wettbewerbssituationen auf den jeweils einschlägigen Märkten widerspiegelt.⁹⁴⁷

Festzuhalten ist daher, dass sich auch hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen als besondere Form der pressespezifischen Kooperation bei ihrer kartellrechtlichen Überprüfung anhand von § 4 Abs. 1 GWB gegenüber der bisher zu diesem Ausnahmetatbestand festgestellten Erkenntnis der prinzipiellen Praxistauglichkeit im Ergebnis keine Abweichungen ergeben haben.⁹⁴⁸

⁹⁴⁰ Siehe Bekanntmachung Nr. 3/76 im Bundesanzeiger Nr. 148/1976, S. 8.

⁹⁴¹ Siehe Bekanntmachung Nr. 2/77 im Bundesanzeiger Nr. 76/1977, S. 4.

⁹⁴² Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(b) und B.I)2)b)bb)(3)(b).

⁹⁴³ Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(b) und B.I)2)b)bb)(3)(b).

⁹⁴⁴ Siehe B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁹⁴⁵ Siehe B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁴⁶ Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(a) und B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁴⁷ Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(c) und B.I)2)b)bb)(3)(c).

⁹⁴⁸ Siehe hierzu B.I)1)c)aa).

cc) Analyse zur Praktikabilität der Pressefusionskontrolle im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen

Zu klären bleibt die Praktikabilität der Pressefusionskontrolle im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen, denn gerade das Instrument der Pressefusionskontrolle steht im Rahmen der *Doppelkontrolle* regelmäßig im Zentrum der kartellrechtlichen Überprüfung der Gemeinschaftsunternehmen von Verlagsunternehmen, wie die besprochenen Beispielfälle zeigen.

(1) Die pressespezifischen Aufgreifkriterien gemäß §§ 38 Abs. 3, 35 Abs. 2 GWB

Eine der wesentlichen Forderungen im Zusammenhang mit der Siebten GWB-Reform und einer möglichen Änderung der pressefusionsrechtlichen Regelungen war die Einschränkung des erweiterten Geltungsbereiches der Zusammenschlusskontrolle bei Presseunternehmen durch eine Anhebung der Aufgreifkriterien (vgl. §§ 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 38 Abs. 3 GWB) und die Anwendbarkeit der de-minimis-Klausel (vgl. §§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 35 Abs. 2 S. 2 GWB) für den Pressesektor. Die Umsatzerlöse sollten hiernach nicht mehr mit dem Faktor 20, sondern nur noch mit dem Faktor zehn multipliziert werden, womit die relevanten Umsatzschwellen für Presseunternehmen verdoppelt worden wären (50 Mio. Euro/2,5 Mio. Euro) und die Fusionskontrolle keine Anwendung mehr gefunden hätte, soweit sich ein abhängiges Unternehmen mit weltweiten Umsatzerlösen von weniger als zwei Mio. Euro mit einem anderen Unternehmen zusammengeschlossen hätte.⁹⁴⁹ Die Anhebung der Umsatzschwellen hätte außerdem zur Folge gehabt, dass auch im Rahmen der „Bagatellmarktklausel“ nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB die Grenze des Umsatzvolumens für Presseunternehmen sich um das zweifache erhöht hätte (auf 1,5 Mio. Euro).⁹⁵⁰ Der Grund derartiger Forderungen lag in der Annahme, dass hierdurch den Zeitungsverlagen mehr wirtschaftliche Handlungsfreiheit ermöglicht würde, weil größere kontrollfreie Räume entstünden.⁹⁵¹ Mit Blick auf die Zusammenarbeit in Form von Gemeinschaftsunternehmen erscheint dies allerdings fraglich.

Legt man die beiden Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“ als Beispiele zugrunde, so fielen beide Vorhaben aufgrund der entsprechenden Umsätze der beteiligten Verlage unproblematisch unter die pressespezifischen Aufgreifkriterien in Entsprechung der Intention des Gesetzgebers, wonach mit der Pressefusionskontrolle erreicht werden soll, dass nicht nur die Großverlage, sondern auch die vielen kleinen und mittelständischen Verlage im lokalen und regionalen Bereich von der Zusammenschlusskontrolle erfasst werden sollen, weil es insbesondere auf diesen

⁹⁴⁹ A.I)4)a).

⁹⁵⁰ A.I)4)a).

⁹⁵¹ Vgl. zu den Forderungen Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 227; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 44 ff.

Märkten auf die Vielfalt des Angebots ankommt und dort der zunehmenden Verlagskonzentration durch Fusionen wettbewerbsrechtlich entgegengewirkt werden muss.⁹⁵²

Bei der geforderten Anhebung der Schellenwerte bestünde bei entsprechend niedrigeren Umsatz zwar die Chance, dass diese Verlagsunternehmen bei einem Zusammenschluss theoretisch nicht mehr erfasst würden, mit Blick auf das gewählte Kooperationsmittel Gemeinschaftsunternehmen träfe dies dann aber dennoch nicht zu, wenn wie im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ der Tatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB erfüllt ist⁹⁵³, denn dieser verlangt bei der Umsatzberechnung i.S.d. §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 3 GWB immer auch die vollständige und gegenseitige Zurechnung aller (Gesamt-)Umsätze der Muttergesellschaften⁹⁵⁴, so dass selbst im Falle von umsatzschwachen bzw. kleinen oder mittleren Verlagen aufgrund der Umsatzaddition auch erhöhte Schwellenwerte regelmäßig wohl erreicht würden.⁹⁵⁵ Entsprechendes gilt für den Tatbestand des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB⁹⁵⁶, der zum Zeitpunkt der Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ (1976) sowie „Prisma-Verlag“ (1977) zwar noch nicht bestand⁹⁵⁷, mit Blick auf heutige, ähnlich gelagerte Sachverhalte grundsätzlich aber Anwendung gefunden hätte und deshalb ebenfalls die Annahme begründet, dass eine Anhebung der pressspezifischen Schwellenwerte hinsichtlich

⁹⁵² Begründung zum Regierungsentwurf der Dritten GWB-Novelle v. 11.12.1974, BT-Drucks. 7/2954, S. 5; siehe auch Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 16; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 46 ff.; Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 88 ff.

⁹⁵³ B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁹⁵⁴ Begründung zum Regierungsentwurf der Zweiten GWB-Novelle v. 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 27; *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 38, Rn. 5; *Schröer*, in: Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 2. Aufl., S. 604, Rn. 1288; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 44; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 33; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 37, Rn. 74; *Röhling*, in: DB 1973, „Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz“, S. 1587; *Jungbäck*, in: AG 1980, „Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im deutschen Kartellrecht und im US-Antitrustrecht“, S. 60.

⁹⁵⁵ Die Umsätze sind insofern abstrakte Kennziffern für die Bedeutung einer Fusion ohne Rücksicht darauf, welche Ressourcen von den beteiligten Unternehmen tatsächlich in dem betroffenen Bereich eingesetzt werden bzw. mobilisiert werden können; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 44.

⁹⁵⁶ Anders als bei § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB enthält Nr. 2 für den Fall der gemeinsamen Kontrolle keine Vorschrift darüber, wie das Verhältnis der mitkontrollierenden Unternehmen fusionskontrollrechtlich zu deuten ist und welche Unternehmen in diesen Fällen „beteiligt“ sind, so dass dies dafür sprechen könnte, jeweils nur auf das Verhältnis der einzelnen (mit-)kontrollierenden Unternehmen und des kontrollierten Unternehmens abzustellen, nicht aber auf die Gesamtheit der mitkontrollierenden Unternehmen. Da es nach *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 37, Rn. 16 ff. in der Fusionskontrolle auch um die sinnvolle Abgrenzung zur EG-Fusionskontrolle „nach oben und unten“ gehen müsse, sei es erforderlich, in dieser Frage die gleichen Maßstäbe anzuwenden, die dazu im EG-Recht entwickelt worden sind, wonach in allen Fällen des Erwerbs einer gemeinsamen Kontrolle alle Unternehmen als beteiligt gelten, die an der Kontrolle teilnehmen, so dass auch immer ihr jeweiliger Umsatz damit in die Berechnung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB mit einzubeziehen ist. Denn mit dem Gegenschlussargument aus § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB, das zur Unanwendbarkeit im Rahmen der Nr. 2 führen würde (s.o.), würde für die Zusammenschlussverhalte der gemeinsamen Kontrolle die Frage, wann die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB überschritten sind, nach anderen Kriterien beurteilt als die Frage, ab wann wegen Überschreitens der Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 und 3 VO 139/2004 die deutsche Fusionskontrolle nicht anwendbar ist, weshalb für § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine entsprechende Anwendung von Nr. 3 S. 3 erforderlich sei. Im Ergebnis, nicht aber in der Begründung ebenso *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 37, Rn. 33.

⁹⁵⁷ Der Zusammenschlusstatbestand des „Kontrollerwerbs“ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB hielt erst mit der Sechsten GWB-Novelle 1998 Einzug in das Gesetz in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 3 Abs. 3 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO).

Gemeinschaftsunternehmen und ihrer kartellrechtlichen Bewertung nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 S. 3 GWB formell betrachtet nicht zu mehr wirtschaftlicher Handlungsfreiheit der Verlage aufgrund größerer kontrollfreier Räume führen würde. Dieses Ergebnis kann allerdings nicht auf Vorhaben von Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden, die dem Auffangtatbestand der sonstigen Unternehmensverbindung i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB unterfallen, wie im Beispielsfall „Niederrheinische Anzeigenblätter“⁹⁵⁸, denn hier findet gerade keine Umsatzaddition der beteiligten Unternehmen statt.

Bezogen auf Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, wie im Beispiel „Niederrheinische Anzeigenblätter“, hätte eine Anhebung der pressenspezifischen Aufgreifkriterien deshalb bedeutet, dass u.U. das Vorhaben der beteiligten Verlage nicht von der Fusionskontrolle erfasst worden wäre, was speziell im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ dazu geführt hätte, dass es auf den betroffenen Leser- und Anzeigenmärkten (von WZ, RP und „Neuß-Grevenbroicher Zeitung“⁹⁵⁹) zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation gekommen wäre, denn nicht nur das BKartA, sondern auch das KG und der BGH stellten bei ihren jeweiligen Überprüfungen des Vorhabens richtigerweise die Verstärkung bzw. Entstehung marktbeherrschender Stellungen der beteiligten Verlage auf den entsprechenden Märkten fest⁹⁶⁰, die auch nicht durch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen überwogen wurden.⁹⁶¹

Vor dem Hintergrund der wettbewerbs- und pressepolitischen Intention des Gesetzgebers bzgl. der Höhe der pressenspezifischen Umsatzschwellen sowie der Tatsache, dass viele Kooperationsvorhaben mit Hilfe von Gemeinschaftsunternehmen i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 S. 3 GWB auch bei einer Anhebung der pressenspezifischen Aufgreifkriterien dennoch fusionsrechtlich kontrollfähig wären sowie dem gegenteiligen Umstand, dass Fälle von Gemeinschaftsunternehmen nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB bei einer solchen Anhebung kontrollfrei werden und zur Ausnutzung marktstarker Stellungen führen könnten, wie das hypothetische Szenario im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ zeigt, begründet die Annahme, dass sich die Höhe der vom Gesetzgeber gewählten Umsatzschwellen für Presseunternehmen in den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 3 GWB im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen als wettbewerbsrechtlich und pressepolitisch sinnvoll und praktikabel erwiesen hat.

(2) Materiellrechtliche Aspekte im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB

Auch materiellrechtlich wurden während des Gesetzgebungsverfahrens zur Siebten GWB-Novelle diverse Vorschläge für Änderungen der fusionskontrollrechtlichen Regelungen im Pressebereich gemacht mit dem Ziel Verlagsunternehmen mehr wirtschaftliche

⁹⁵⁸ B.I)2)b)cc)(2).

⁹⁵⁹ Bei den betroffenen Verbreitungsgebieten handelte es sich um Krefeld/Kempfen (WZ), Mönchengladbach/Erkelenz und Viersen (RP) sowie Neuß-Grevenbroich (NGZ).

⁹⁶⁰ Siehe B.I)2)b)cc)(2); B.I)2)b)cc)(3) und B.I)2)b)cc)(4).

⁹⁶¹ Nur das KG sah Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB, die prinzipiell die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkungen überwogen hätten, verneinte diese letztlich aber aufgrund fehlender Kausalität [B.I)2)b)cc)(3)]; vgl. diesbezüglich zur Entscheidung des BKartA: AG 1984, S. 166 und zum Urteil des BGH: WuW/E BGH 2899, 2901, „Anzeigenblätter II“.

Handlungsfreiheit zu schaffen ohne dabei die Publizitätsvielfalt zu gefährden. Diese Vorschläge reichten vom *Redaktionsmodell*, wonach trotz des Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen von § 36 Abs. 1 GWB Pressefusionen möglich sein sollten, wenn bestimmte Vorkehrungen für das Fortbestehen „selbständiger publizistischer Einheiten“ getroffen wurden, bis hin zur einer *Altverlegerklausel*, bei der der Verbleib eines Stimm- bzw. Vetorechts beim Veräußerer oder einem unabhängigen Dritten trotz wettbewerbsrechtlich fraglichen Zusammenschlusses für den Bestand der publizistischen Selbständigkeit garantieren sollte.⁹⁶² Diese vielfach kritisierten Entwürfe⁹⁶³ erscheinen auch im Hinblick auf fusionsrechtlich relevante Gemeinschaftsunternehmen schon deshalb überflüssig, weil in den meisten Fällen die Gründer- bzw. Mutterverlage von Gemeinschaftsunternehmen mit ihren Zeitungen ohnehin wirtschaftlich und redaktionell selbständig bleiben, wie u.a. die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ sowie „Prisma-Verlag“ gezeigt haben.

Zwar bedeutete im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ die Gründung des Tochterunternehmens und die Übertragung wesentlicher verlagsbetrieblicher Funktionen, wie Herstellung, Abonnementsverwaltung und Auslieferung der beiden betroffenen Zeitungen (WZ, RP), dass das Gemeinschaftsunternehmen an die Stelle der beiden Verlage trat, so dass es zwischen diesen zu einer *Teilfusion* kam mit der Folge, dass eine wettbewerbliche (Teil-)Handlungseinheit im Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens vorlag (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB). Im Übrigen blieben die beteiligten Verlage (Girardet und RBDV) aber rechtlich und wirtschaftlich selbständig und ihre Zeitungen redaktionell unabhängig.⁹⁶⁴

Dies galt auch für die 14 Gründerverlage vom „Prisma-Verlag“ und hätte bei einer Freistellung des Vorhabens im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ prinzipiell auch für die dort beteiligten Verlage gegolten, denn zwar bildeten alle jeweils beteiligten Verlage aufgrund von Gesellschaftsverträgen untereinander ausgedehnte Beziehungsgeflechte, womit natürlicherweise eine wirtschaftliche Interessengleichheit einherging und deshalb im Innenverhältnis eingeschränkter Wettbewerb zu erwarten war.⁹⁶⁵ Im Vergleich zum Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ aber lag mit diesen gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen nicht einmal eine horizontale (Teil-)Fusion der Muttergesellschaften vor, sondern nur jeweils Vertikalzusammenschlüsse der Gemeinschaftsunternehmen mit seinen Gründerunternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 1 GWB)⁹⁶⁶, so dass keiner der Verlage seine wirtschaftliche Selbständigkeit und keine der dazugehörigen Zeitungen ihre Unabhängigkeit verloren bzw. im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ verloren hätten.⁹⁶⁷

⁹⁶² Vgl. A.I)4)a).

⁹⁶³ Vgl. A.I)4)a) und A.I)4)c).

⁹⁶⁴ B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁹⁶⁵ Vgl. B.I)2)b)bb)(3)(a) und B.I)2)b)cc)(2).

⁹⁶⁶ Vgl. B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁶⁷ Vgl. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 243 f.

Unabhängig von der regelmäßig verbleibenden Selbständigkeit jedes einzelnen Verlages können durch die entstandenen wirtschaftlichen Verknüpfungen der einzelnen Gesellschafter untereinander dennoch immer Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, die der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung gemäß § 36 Abs. 1 GWB unterliegen, was insbesondere im Fall von Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB materiell zu speziellen, z.T. pressespezifischen Problemen führen kann, denn die Besonderheit liegt hier darin, dass nicht nur die Marktstellung des Gemeinschaftsunternehmens selbst in Frage steht, sondern auch in welchem Ausmaß wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Wege des *Gruppeneffekts* auf den Märkten und im Verhältnis der Gründerverlage untereinander vorliegen.

(a) Die Marktabgrenzung im Pressebereich

Im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ wäre für die Frage, ob durch den Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird aus oben genannten Gründen daher prinzipiell zunächst die Ermittlung der Marktstellung des Gemeinschaftsunternehmens erforderlich gewesen und damit die Bestimmung desjenigen Marktes, auf dem das Tochterunternehmen tätig werden sollte. Doch die Tatsache, dass das Gemeinschaftsunternehmen in den betroffenen Tätigkeitsbereichen (Herstellung, Abonnementsverwaltung und Auslieferung der jeweiligen Zeitung) an die Stelle der Mutterverlage treten sollte, verlangte vorrangig die Bestimmung der Marktstellungen der Gründerunternehmen, so dass sich die Frage nach funktioneller Austauschbarkeit in erster Linie für die Zeitungen WZ und RP stellte.⁹⁶⁸

Obwohl auch im Rahmen von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB Marktverschlechterungen auf horizontaler Ebene als Folge der Vertikalzusammenschlüsse jeder Muttergesellschaft mit dem Gemeinschaftsunternehmen entstehen können, weil die Errichtung des gemeinsamen Tochterunternehmens im Wege des *Gruppeneffekts* Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhalten der Gesellschafter zueinander haben kann und deshalb dann ebenfalls die Marktstellungen der Muttergesellschaften zu überprüfen sind, galt es im Fall „Prisma-Verlag“ zunächst die Marktstellung von PRISMA selbst festzustellen, denn im Unterschied zum erst genannten Fall wurde das Gemeinschaftsunternehmen bzgl. seiner Aufgabenbereiche nicht an Stelle der 14 Gründerverlage, sondern es wurde auf einem Drittmarkt tätig.⁹⁶⁹

Während im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ die funktionelle Austauschbarkeit von WZ und RP noch ohne Schwierigkeit bejaht werden konnte, weil sich beide relativ problemlos einem sachlich und räumlich relevanten Leser- und Anzeigenmarkt zuordnen ließen (Markt für regionale Abonnementtageszeitungen u.a. in Düsseldorf, Krefeld, Mönchengladbach und Neuss)⁹⁷⁰, ließ der Fall von „Prisma-Verlag“ bereits ansatzweise die pressespezifischen Besonderheiten (insbesondere die Unterscheidung

⁹⁶⁸ B.I)2)b)aa)(3)(a).

⁹⁶⁹ B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁷⁰ B.I)2)b)aa)(3)(a).

von Leser- und Anzeigenmarkt) bei der Marktabgrenzung erkennen. Es konnte zwar wegen der sich entsprechenden Unbestimmtheit des Adressatenkreises im Bereich der Markenartikelwerbung ein einheitlicher Anzeigenmarkt mit den Publikumszeitschriften angenommen werden, nicht aber auch die funktionelle Austauschbarkeit im Hinblick auf den Lesermarkt, denn dort reichen die Differenzierungen von allgemein unterhaltenden bis zu speziell unterhaltenden (themenbezogenen) Zeitschriften, so dass zum damaligen Zeitpunkt keine Vergleichbarkeit mit PRISMA als einer illustrierten Fernseh- und Programmbeilage vorlag.⁹⁷¹ Vollständige Marktgleichwertigkeit bestand aber mit der Zeitungsbeilage BWZ der WAZ-Mediengruppe, die zusammen mit PRISMA einen gemeinsamen Markt bildete und für den es galt herauszufinden, ob eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.⁹⁷² Selbiges galt auch für den gemeinsamen Anzeigenmarkt mit den Publikumszeitschriften sowie für die Marktstellungen der Mutterverlage im Rahmen eines eventuellen *Gruppeneffekts*.⁹⁷³ Kartellrechtlich relevante Uneinigkeiten bei der Marktabgrenzung aufgrund der im Pressebereich geltenden Besonderheiten ergaben sich aber zwischen dem BKartA und dem KG bzw. BGH im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ v.a. im Bereich der Anzeigenmärkte. Zwar bestand von Seiten der beteiligten Verlage der Einwand, dass hinsichtlich des für die beteiligten Zeitungen festgestellten relevanten Lesermarktes für regionale bzw. lokale Abonnement-Tageszeitungen auch eine Straßenverkaufszeitung („Bild“-Zeitung mit der Lokalausgabe „Niederrhein“) hätte mit berücksichtigt werden müssen, der aber sowohl vom BKartA und KG als auch vom BGH übereinstimmend verneint wurde, denn richtigerweise lagen hier wesentliche Unterschiede in der Breite und Tiefe der Berichterstattung, in der Art der Darstellung sowie in den Nachrichten- und Berichtsschwerpunkten vor.⁹⁷⁴ Keine Übereinstimmung lag aber im Hinblick auf die Zurechnung der in Frage stehenden Anzeigenblätter zu den in diesem Fall hauptsächlich lokal einzuordnenden Anzeigenmärkten der Zeitungen vor, denn das BKartA rechnete diese Anzeigenblätter - anders als später das KG⁹⁷⁵ - anderen Anzeigenmärkten zu, weil sie nach Ansicht der Kartellbehörde im Vergleich mit den Lokalteilen der Tageszeitungen unterschiedliche Streuverluste für die Inserenten hätten und den Anzeigen in Anzeigenblättern das redaktionelle Umfeld fehle, das gerade einen erhöhten Aufmerksamkeitsgrad der Leser bewirke.⁹⁷⁶ Dennoch nahm das BKartA für die Anzeigenblätter und die Zeitungen gemeinsame Anzeigenmärkte an, weil deren wettbewerbliche Impulse aufgrund entsprechender Auflage und deckungsgleicher Verbreitung mit den Zeitungen sowie wegen ihres ausgeprägten redaktionellen Teils eine Randsubstitution begründet hätten, die eine Zurechnung zuließen.⁹⁷⁷ Unabhängig von dem

⁹⁷¹ B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁷² B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁷³ B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁷⁴ Siehe hierzu B.I)2)b)cc)(4).

⁹⁷⁵ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366.

⁹⁷⁶ BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 165.

⁹⁷⁷ Ein solcher Substitutionswettbewerb in den Randbereichen wurde vom BKartA nicht nur im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ angenommen, siehe BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166, sondern auch im Fall „Contact/Ammerland Echo“, BKartA, Beschl. v. 1.9.1981, WuW/E BKartA 1931, 1932 f. sowie im Fall „Südkurier/Singener Wochenblatt“, BKartA, Beschl. v. 3.5.1984, WuW/E BKartA 2140, 2141.

Widerspruch, der sich daraus ergab einmal funktionelle Austauschbarkeit wegen des fehlenden redaktionellen Umfelds zu verneinen und andererseits Randsubstitution aufgrund des ausgeprägten redaktionellen Teils anzunehmen, legte das KG in seiner Entscheidung klar dar, dass alle Anzeigenblätter über einen relativ umfangreichen redaktionellen Teil verfügten, der sich überwiegend auf eine lokale Berichterstattung konzentrierte.⁹⁷⁸ Selbst bei Mängeln im redaktionellen Bereich würden diese durch die 100prozentige Haushaltsabdeckung aufgewogen werden, weshalb die Streuverluste als so gering einzustufen waren, dass von denselben Anzeigenmärkten ausgegangen werden konnte.⁹⁷⁹ Diese Feststellung wurde durch den BGH bestätigt und entspricht auch weitgehend der übrigen Praxis und Rechtsprechung in anderen Zusammenschlussfällen unter Beteiligung sowohl von Zeitungen als auch Anzeigenblättern, welche immer dann funktionelle Austauschbarkeit zwischen beiden Presseerzeugnissen bejaht, wenn sich das Verbreitungsgebiet und die Belegungseinheiten decken und die Anzeigenblätter einen gewissen, nicht ganz unbeachtlichen redaktionellen Teil aufweisen.⁹⁸⁰ Von einer generellen Austauschbarkeit kann und darf aber nicht ausgegangen werden.⁹⁸¹

Insbesondere der letztgenannte Fall aber zeigt, dass die differenzierte Marktabgrenzung im Pressebereich (Leser-/Anzeigenmarkt) trotz z.T. verschwimmender sachlicher und räumlicher Grenzen und den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten sachgerechte Marktbestimmungen ermöglicht, die im Hinblick auf die für den Pressebereich doppelt wichtige Frage (wettbewerbs- wie pressepolitisch), ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht, die i.S.d. Marktmachtkonzepts erforderliche eng umgrenzte Feststellungsgrundlage liefert.⁹⁸² Dies zusätzlich vor dem Hintergrund der ohnehin speziellen Anforderungen bei der Bestimmung der Marktstellungen der beteiligten Unternehmen im Falle von Gemeinschaftsunternehmen.

(b) Exkurs: Die Marktabgrenzung bei internetgestützten Formen pressenspezifischer Kooperationen

Wie sich den zu Beginn des Abschnitts über die Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen aufgezählten Vorhaben entnehmen lässt, handelt es sich aktuell verhältnismäßig häufig um Kooperationsvorhaben im Rahmen des Internets, primär in Gestalt sog.

⁹⁷⁸ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 367.

⁹⁷⁹ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 366 f.; vgl. auch *Möschel*, in: JZ 1984, a.a.O., S. 497; a.A. Spieler, a.a.O., S. 62 f.

⁹⁸⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691, „Springer/Elbe Wochenblatt“; BGH, Urt. v. 10.12.1985, WuW/E BGH 2195, 2196 f., „Abwehrblatt II“; BGH, Urt. v. 16.2.1982, WuW/E BGH 1905, 1906, „Münchener Anzeigenblätter“; KG, Urt. v. 1.11.1978, WuW/E OLG 2109, 2110 f., „Springer/Elbe Wochenblatt“; KG, Urt. v. 23.4.1986, WuW/E OLG 3875, 3878 f., „Südkurier/Singener Wochenblatt“; BKartA, Beschl. v. 18.1.1978, WuW/E BKartA 1700, 1701 f., „Springer/Elbe Wochenblatt“; BKartA, Beschl. v. 14.1.1987, WuW/E BKartA 2251, 2252, „Hamburger Wochenblatt/Schlei-Verlag“; vgl. auch *Möschel*, in: ZGR 1982, „Zur Pressefusionskontrolle – Besprechung von BGHZ 76, 55 „Springer/Elbe Wochenblatt“, S. 346; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 51; kritisch hierzu Spieler, a.a.O., S. 61 ff.

⁹⁸¹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.2.1982, WuW/E BGH 1905, 1907, „Münchener Anzeigenblätter“; KG, Urt. v. 22.11.1979, WuW/E OLG 2457, 2458, „Münchener Wochenblatt“; BKartA, Beschl. v. 6.7.1978, WuW/E BKartA 1733, 1734 f., „Kaufzeitungen“; vgl. auch Spieler, a.a.O., S. 61; *Möschel*, in: ZGR 1982, a.a.O., S. 346.

⁹⁸² Siehe zum Marktmachtkonzept: Bunte, KartR, S. 188.

Internetplattformen.⁹⁸³ Die von den Presseunternehmen und ihren Gemeinschaftsunternehmen hiermit verfolgten Geschäftszwecke sind vielfältig und reichen von Online-Rubrikanzeigenmärkten über gemeinsame Datenbanken bis hin zu Downloadportalen.⁹⁸⁴ Auch bei dieser relativ neuartigen Form der Kooperation bleibt die Marktabgrenzung zentrale Voraussetzung für die Bestimmung der Marktstellungen der beteiligten Unternehmen (Gründergesellschaften wie Gemeinschaftsunternehmen).⁹⁸⁵ Für *Internetplattformen* sind dabei grundsätzlich drei verschiedene Märkte zu unterscheiden: Zunächst der der Plattform zugrunde liegende Produktmarkt, dann der zwischengelagerte Markt für Transaktionsdienstleistungen des elektronischen Marktplatzes und zuletzt der dem Marktplatz vor gelagerte Markt für die Marktplatzinfrastruktur, der insbesondere die Software-Technologie für *Internetplattformen* umfasst.⁹⁸⁶ Während die letzten beiden Märkte hinsichtlich ihrer Abgrenzungen ganz eigene Probleme aufwerfen können⁹⁸⁷, haben sie für die pressenspezifische Marktabgrenzung aber keine Relevanz und sollen deshalb an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden. Im Gegensatz dazu kann der der Plattform zugrunde liegende Produktmarkt pressenspezifisch beachtlich sein, denn dieser bezeichnet den Markt für jene Waren und Dienstleistungen, die den Gegenstand der auf der Internetplattform durchgeführten Transaktion bilden, so dass es sich demnach (auch) um den Markt (bzw. die Märkte) handeln kann, auf denen sich die Teilnehmer der Plattform auch unabhängig von dieser als Anbieter und Nachfrager gegenüberstehen⁹⁸⁸, wie z.B. einem gemeinsamen Zeitungsmarkt. Da sich für die Abgrenzung des Produktmarktes aber keinerlei Abweichungen von der herkömmlichen kartellrechtlichen Methodik (*Bedarfsmarktkonzept*) ergeben⁹⁸⁹, erhalten die Ergebnisse der bereits im Vorfeld vorgenommenen Bewertung zur pressenspezifischen Marktabgrenzung von Kooperationsvorhaben via Gemeinschaftsunternehmen dieselbe Gültigkeit für solche in Form von *Internetplattformen*, so dass auch diesbezüglich von einer sach-, d.h. pressenspezifischen Praktikabilität auszugehen ist, womit sich das Kartellrechtsinstrumentarium im Hinblick auf das Internet und Kooperationsvorhaben aus dem Pressebereich bzgl. der Marktabgrenzung in jedem Fall als flexibel genug darstellt.⁹⁹⁰

(c) Marktstellung, Marktbeherrschung und Abwägungsklausel

Die für die Prognostizierung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung notwendigen objektiven Anhaltspunkte bei Zuhilfenahme des Orientierungsmaßstabes von § 19 Abs. 2 und Abs. 3 GWB ließen im Fall „W.

⁹⁸³ Vgl. B.I)2); B.I)1c)bb)(2).

⁹⁸⁴ Vgl. B.I)2).

⁹⁸⁵ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, *Internetplattformen in der Unternehmenspraxis*, S. 185.

⁹⁸⁶ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 186 f.; vgl. auch *Gassner*, in: MMR 2001, „Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts“, S. 142; *Jestaedt*, in: BB 2001, „Funktionalität, Effizienz, und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht“, S. 586; *Trafkowski*, in: MMR 1999, „Die sachliche Abgrenzung der Märkte im Internet“, S. 631 f.

⁹⁸⁷ Hierzu ausführlich Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 188 ff.

⁹⁸⁸ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 187.

⁹⁸⁹ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 187; Unberücksichtigt bleiben müssen an dieser Stelle die Abgrenzungsprobleme, die sich über nationale pressenspezifische Produktmärkte des Gemeinschaftsunternehmens bzw. seiner Gesellschafter hinaus im Zusammenhang mit Internetportalen ergeben können; siehe hierzu ausführlich die Darstellungen bei *Beck*, in: WuW 1999, a.a.O., S. 462 f.

⁹⁹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang B.I)1c)bb)(2).

Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ (bei Zugrundelegung von § 19 Abs. 2 S. 1 und S. 2 GWB) für den relevanten Leser- und Anzeigenmarkt zunächst keinen ausgeprägten Wettbewerb zwischen beiden Beteiligten erwarten, denn das Vorliegen enger oligopolistischer Verhältnisse und die mit dem Gemeinschaftsunternehmen einhergehende abgestimmte Geschäftspolitik in dessen Tätigkeitsbereichen sprachen für fehlenden Wettbewerb im Innenverhältnis. Aber auch im Außenverhältnis deuteten die Strukturmerkmale (gemeinsame Marktanteile in überragender Höhe, Wettbewerb nur am Rand der Verbreitungsgebiete) erstmal auf eine gemeinsame Marktbeherrschung. Doch die im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB stets erforderliche Gesamtbetrachtung unter Zugrundelegung sowohl eines Marktstruktur- als auch, wie in diesem Fall ausschlaggebenden Marktverhaltenstests (grundsätzlich immer für Innen- und Außenverhältnis), führte zu dem einzig sachgerechten Ergebnis, dass der enorme Wettbewerbsdruck der WAZ-Mediengruppe in Teilbereichen des Verbreitungsgebietes den Grund dafür bildete, Marktbeherrschung im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ zu verneinen, das Kooperationsvorhaben freizugeben und damit den Verlagen zu helfen ihre Wettbewerbsfähigkeit zu wahren und in Folge dessen Publizitätsvielfalt zu erhalten.⁹⁹¹

Im Hinblick auf das Wettbewerbsverhältnis der im Fall „Prisma-Verlag“ beteiligten Unternehmen zum WAZ-Medienkonzern stellte sich die Situation ganz ähnlich dar, denn auf dem relevanten Markt der Zeitungsbeilagen entstand mit dem Gemeinschaftsunternehmen PRISMA überhaupt erst ein Wettbewerbsverhältnis mit BWZ⁹⁹², während sich Auswirkungen im Rahmen des weiten *Gruppeneffekts* in erster Linie auf die verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der Mutterverlage gegenüber dem WAZ-Konzern beschränkten, da enge strukturelle zwischenbetriebliche Verbindungen nicht festgestellt werden konnten und bis auf wettbewerbsrechtlich vertretbare gegenseitige Rücksichtnahme deshalb auch kein horizontales wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu erwarten war.⁹⁹³ Allerdings verstärkte PRISMA in diesem Zusammenhang die schon marktbeherrschende Stellung eines der beteiligten Verlagsunternehmen (DuMont)⁹⁹⁴, so dass nur im Rahmen der *Abwägungsklausel* von § 36 Abs. 1 GWB noch eine Freistellung in Betracht kam. Aber unter Abwägungsgesichtspunkten waren der marktstarken Stellung der WAZ-Mediengruppe sowie ihrem Marktverhalten auch in diesem Fall so viel Gewicht beizumessen, dass unter dem Gesichtspunkt des Gegengewichtsprinzips freistellungswürdige Verbesserungen i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB angenommen werden konnten.⁹⁹⁵

Die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen ließ sich auch im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ jedenfalls für die Lesermärkte der hieran beteiligten Zeitungen (WZ, RP und NGZ) unproblematisch feststellen, denn schon vor dem Kooperationsvorhaben der

⁹⁹¹ B.I)2)b)aa).

⁹⁹² Auch im Hinblick auf den gemeinsamen Anzeigenmarkt mit den Publikumszeitschriften trat PRISMA als Newcomer neu in den Markt ein, der überwiegend von den Wettbewerbern bestritten wurde, weswegen hier von wesentlichem Wettbewerb ausgegangen werden konnte; vgl. B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁹³ B.I)2)b)bb)(3)(a).

⁹⁹⁴ Tätigkeitsbericht des BKartA 1977, BT-Drucks. 8/1925, S. 74.

⁹⁹⁵ B.I)2)b)bb)(3)(a).

herausgebenden Verlage hatten alle drei Zeitungen überragende Marktstellungen, was sich anhand der sehr hohen Marktanteile und mit Hilfe des Vermutungstatbestandes von § 19 Abs. 3 S. 1 GWB ermitteln ließ. Hinsichtlich der Anzeigenmärkte stellte sich eine entsprechende Feststellung aber als problematischer dar, denn aufgrund der unterschiedlichen Ansichten über die Zurechnung der Anzeigenblätter zu den Anzeigenmärkten der Zeitungen war fraglich, ob hinsichtlich der Zeitungen erst eine Entstehung oder bereits eine Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen auf den Anzeigenmärkten zu erwarten war. Entgegen der Ansicht des BKartA, welches von unterschiedlichen Anzeigenmärkten ausging und daraufhin in umständlicher und konstruierter Weise die Verstärkung bereits vorhandener marktbeherrschender Stellungen bejahte, weil es die Übernahme der Anzeigenblätter als eine Absicherung der Marktmacht gegenüber aktuellen Wettbewerbern einordnete und gleichzeitig für die ebenfalls schon marktbeherrschenden Stellungen der Anzeigenblätter eine Verstärkung annehmen musste, war nach Ansicht von KG, BGH und hier vertretener Auffassung unter Zurechnung der Marktanteile der Anzeigenblätter erst die Entstehung marktbeherrschender Stellungen anzunehmen, denn vor dem Kooperationsvorhaben standen sich Zeitungen und Anzeigenblätter noch als wettbewerbsstarke Konkurrenten gegenüber. Von diesem Wettbewerbsdruck wurden die Zeitungen aber durch die Übernahme befreit. Daran änderte auch nichts der Einwand der Verlage, wonach bei der Marktanteilsberechnung der Marktanteil der Anzeigenblätter nur hätte anteilig den gemeinsam herrschenden Muttergesellschaften zugerechnet werden dürfen.⁹⁹⁶ Denn in diesem Fall war jedes Anzeigenblatt der jeweils im selben Verbreitungsgebiet tätigen Zeitung zuzurechnen, weil mit dem Erwerb der Anzeigenblätter nicht bloß Wettbewerber ausgeschaltet, sondern auch die Verhaltensspielräume der Verlage erweitert wurden und das Potenzial der Anzeigenblätter folglich zugunsten der Erwerber wirkte, was sich auch aus der Tatsache rechtfertigt, dass bei einem Vermögenserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB alle Marktanteile prinzipiell addiert werden müssen, so dass der Marktanteil zusammenschlossener Unternehmen (Anzeigenblatt mit jeweiliger Zeitung) grundsätzlich der Summe der zuvor von den Beteiligten allein erzielten Marktanteile entspricht.⁹⁹⁷

Uneinigkeit bestand schließlich auch hinsichtlich der Frage, ob die Nachteile der nach allen Ansichten vorliegenden marktbeherrschenden Stellungen durch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen i.S.d. *Abwägungsklausel* des § 36 Abs. 1 GWB überwogen wurden. Die Verlage sahen dieses Erfordernis deshalb als erfüllt an, weil sie nach eigenen Aussagen mit ihrem Vorhaben zur Ertragssteigerung die Erhaltung ihrer defizitären Zweitzeitungen erreichen wollten und somit die Publizitätsvielfalt auf den betroffenen Lesermärkten bewahren würden.⁹⁹⁸ Aber während das BKartA und der BGH m.E. zu Recht in der Ertragssteigerung noch keine Verbesserung i.S.v. § 36 Abs. 1 GWB erblickten, weil das Mindesterfordernis der verbesserten Wettbewerbsbedingungen eine Verbesserung der Marktstrukturen verlangt und in der Erhöhung der Gesamtertragslage zwar ein erweiterter

⁹⁹⁶ B.I)2)b)cc)(4).

⁹⁹⁷ Vgl. *Rieger*, in: FK, § 36 GWB 2005, Rn. 14; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 41.

⁹⁹⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 164, 166 f.; sowie KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 365.

Handlungsspielraum der Verlage zu sehen war, dies aber nicht gleichzeitig ein Beweis für den Erhalt der Zweitzeitungen darstellte⁹⁹⁹, kam das KG zu dem Ergebnis, dass aufgrund besonderer Umstände, die in der Struktur von Pressemärkten lägen, die unternehmerischen Vorteile des Vorhabens gleichzeitig mittelbar zu einer strukturellen Verbesserung des Wettbewerbs führen würden.¹⁰⁰⁰ Dies deshalb, weil zwar nicht jede Verstärkung der finanziellen Grundlage gleich als Verbesserung gewertet werden könnte, im Bereich der Presse aber v.a. das Anzeigengeschäft über die Lebensfähigkeit einer Zeitung entscheide, so dass bzgl. des Erwerbs der Anzeigenblätter eine Zurückgewinnung der von diesen zu Lasten der Tageszeitungen erzielten Anzeigenerlöse vorläge, was für die Zweitzeitungen eine Wiederherstellung ihrer traditionellen Finanzierungsgrundlage bedeute und die Erhaltung dieser zur Folge hätte.¹⁰⁰¹ Dies bedeute zwar keine Verbesserungen auf den Anzeigenmärkten, sei aber dennoch als Wettbewerbsverbesserung einzuordnen, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, weil es für den Wettbewerb wichtiger sei auf einem wettbewerbsarmen Markt einen noch verbliebenen Wettbewerber zu erhalten und damit die Monopolstellung der Erstzeitung zu vermeiden, als eine Erhöhung der ohnehin hohen Marktzutrittsschranken zu verhindern und damit den Markt für einen ungewissen künftigen Wettbewerber möglichst offen zu halten.¹⁰⁰²

Losgelöst davon, dass das KG letztlich die Abwägung zugunsten der Verlage wegen fehlender Kausalität zwischen dem Vorhaben und der Verbesserungen ablehnte¹⁰⁰³, lagen diese schon deshalb nicht vor, weil bei einer Abwägung gemäß § 36 Abs. 1 GWB die Verbesserungen die Nachteile nicht nur aufwiegen, sondern überwiegen müssen, denn es handelt sich um eine Ausnahmegenehmigung von einem Untersagungstatbestand, an die keine zu geringen Anforderungen gestellt werden dürfen.¹⁰⁰⁴ Für eine solche Abwägungssituation hätte im Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“ aber z.B. die Gefährdung der Gesamtexistenz einer der Zeitungen vorliegen müssen, um damit ein Übergewicht zu den Wettbewerbsbeschränkungen auf anderer Seite zu bilden.¹⁰⁰⁵ Zudem waren nicht allein der potenzielle Finanzzuwachs, sondern auch die erheblichen Finanzierungskosten des Vorhabens zu berücksichtigen, die eine Ertragssteigerung zumindest relativiert hätten.¹⁰⁰⁶ Allein die Möglichkeit von zusätzlichen Finanzmitteln kann aber nicht den Anforderungen der *Abwägungsklausel* genügen. Vielmehr muss sich die Erwartung von

⁹⁹⁹ BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2901 ff., „Anzeigenblätter II“; BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2430 ff., „Niederrheinische Anzeigenblätter“; BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166 f.

¹⁰⁰⁰ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 ff.

¹⁰⁰¹ KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 368 f.

¹⁰⁰² KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.

¹⁰⁰³ Vgl. KG, Urt. v. 4.3.1986, AG 1986, S. 369.

¹⁰⁰⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2903, „Anzeigenblätter II“; BGH, Urt. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861, „Zeitungsmarkt München“; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 36, Rn. 53; *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 36, Rn. 180; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36, Rn. 333.

¹⁰⁰⁵ So das BKartA, Beschl. v. 22.12.1983, AG 1984, S. 166 f.

¹⁰⁰⁶ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2432, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

Verbesserungen auf wirtschaftliche Gegebenheiten stützen, nur insoweit sind sie durch die Marktstruktur begründet.¹⁰⁰⁷

dd) Fazit

Dass es im Pressebereich bei der (pressefusions-)kartellrechtlichen Beurteilung immer strukturelle Besonderheiten zu beachten gilt, steht vor dem Hintergrund der Trennung von Leser- und Anzeigenmarkt, der *Anzeigen-Auflagen-Spirale* und dem Spannungsverhältnis zwischen Privatwirtschaft und gebotener Publizitätsvielfalt außer Zweifel. Und insbesondere das Ergebnis im Fallbeispiel „Niederrheinische Anzeigenblätter“ zeigt, ohne dabei das Anzeigengeschäft als wesentliche finanzielle Grundlage der Zeitungen unberücksichtigt zu lassen oder in Frage zu stellen, dass die bloße Steigerung der Ertragslage und ein Zuwachs an Finanzmitteln zwar die wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit eines Verlagsunternehmens sichern, aber keinesfalls immer auch Garant für die Erhaltung von Publizitätsvielfalt sein kann, denn hierbei wird i.d.R. nicht das unternehmerische Ermessen der Verlage aufgehoben, ob oder bis zu welcher Grenze es auch sein die Pressevielfalt förderndes bzw. sicherndes, aber wirtschaftlich ambivalentes Verhalten auf längere Sicht durchhalten kann oder will.¹⁰⁰⁸

Insoweit weicht das hier gefundene Ergebnis von den im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Siebten GWB-Novelle mit § 31 GWB-RegE verfolgten Zielvorstellungen ab, wonach vereinfachte Kooperationsmöglichkeiten der Zeitungsverlage im Bereich des besonders erlösträchtigen Anzeigengeschäfts helfen würden aufgrund der damit verbundenen Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis neben der ökonomischen Existenzsicherung auch die vorhandene Pressevielfalt zu sichern¹⁰⁰⁹, woran sich unweigerlich die Frage anknüpft, ob im Rahmen der Pressefusionskontrolle nicht doch Maßnahmen zur Sicherung der Publizitätsvielfalt, wie beispielsweise das *Redaktionsmodell* oder die *Altverlegerklausel* eingeführt werden sollten, um damit die Möglichkeiten für wirtschaftlich effiziente Kooperationen zu erhöhen und gleichzeitig die Sicherung der Pressevielfalt zu erreichen. Doch wie die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“ gezeigt haben, sind solche einschneidenden Maßnahmen mit Blick auf Gemeinschaftsunternehmen gar nicht nötig, denn im Regelfall bleiben nicht nur die Verlagsunternehmen wirtschaftlich selbständig, sondern die beteiligten Zeitungen auch redaktionell unabhängig. Bei Pressefusionen im Wege von Gemeinschaftsunternehmen ist von Gesetzesänderungen zum Erhalt von Publizitätsvielfalt durch die Ermöglichung größerer wirtschaftlicher Handlungsspielräume für die Verlage daher abzuraten, zumal die beträchtliche Anzahl der bestehenden Anzeigenkooperationen und die im Verhältnis zu den untersagten Pressefusionen große Zahl der freigestellten Vorhaben für

¹⁰⁰⁷ BGH, Urt. v. 26.5.1987, WuW/E BGH 2425, 2432, „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

¹⁰⁰⁸ Vgl. B.I)2)b)cc)(4).

¹⁰⁰⁹ § 31 GWB-RegE sollte nicht nur Geltung im Hinblick auf Anzeigenkooperationen i.S.v. § 1 GWB erlangen, sondern auch für Zusammenschlüsse zum Zwecke der Zusammenarbeit im Anzeigenbereich, so dass die Vorschriften über die Pressefusionskontrolle hinsichtlich der betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung finden sollten; siehe hierzu A.I)4)b)bb).

hinreichend große Handlungsspielräume der Presseunternehmen sprechen.¹⁰¹⁰ Dies zeigen auch die nachfolgenden Grafiken:¹⁰¹¹

Abb. 7



¹⁰¹⁰ Denn von den freigestellten Pressefusionen umfasst sind auch all diejenigen Kooperationsvorhaben, welche fusionsrechtlich relevante Gemeinschaftsunternehmen zum Gegenstand haben; vgl. ausführlich zur Entscheidungspraxis im Bereich der Pressefusionskontrolle die Darstellungen bei Knoche/Zerdtick, a.a.O., S. 20 ff. und S. 35 f.

¹⁰¹¹ Die Rangliste der Anzeigenkooperationen Deutschland entstammt der Stellungnahme der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft e.V. – ver.di., Fachbereich Medien, Kunst und Industrie, zur Reform der Pressefusionskontrolle v. 13.10.2003; veröffentlicht unter: http://dju.verdi.de/ueber_dju/journalistentage/jit_2003/data/stellungnahme_zur_reform_der_pressefusionskontrolle (Stand: 28.1.2010).

Abb. 8

Rangliste der Anzeigenkooperationen in Deutschland

Rang	Gruppe	Gesamtauflage
1	ACN	1.270.367
2	Zeitungsgruppe Westdeutsche Allgemeine Zeitung	1.063.834
3	ZWG Zeitungsgruppe Westfalen	883.913
4	Hannoversche Allgemeine Zeitung Total	607.636
5	Zeitungskombi Hessen	574.220
6	WIRAKO Hamburg	559.444
7	Stuttgarter Zeitung Anzeiengemeinschaft	519.408
8	Zeitungsregion Rhein-Mosel-Saar	513.876
9	Zeitungsgruppe Bremen / Weser-Ems (ZBW)	504.411
10	ZGT Thüringer Gesamtausgabe	432.035
11	Freie Presse Gesamt mit Döbelner Anzeiger	386.114
12	Augsburger Allgemeine mit Allgäuer Zeitung Gesamt	362.353
13	SHP Schleswig-Holstein Presse Gesamt	350.055
14	Südwest Presse Gesamt	339.450
15	Mitteldeutsche Zeitung Gesamt Sachsen-Anhalt Süd	327.400
16	Sächsische Zeitung Gesamt	325.290
17	Nürnberger Nachrichten Gesamt	230.382
18	Mittelhessenpresse Gesamt	319.844
19	Nordwest-Zeitung / Zeitungsregion Nordwest	313.557
20	Neue Osnabrücker Zeitung	305.537
21	Leipziger Volkszeitung Gesamt	300.096

Die Beispielfälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“, „Prisma-Verlag“ und „Niederrheinische Anzeigenblätter“ zeigen vielmehr, dass die differenzierte, wechselseitige Gesamtbetrachtungsweise von Strukturmerkmalen einerseits und Verhaltensmerkmalen andererseits im Zusammenspiel mit der einzelfallorientierten *Abwägungsklausel* im Rahmen der Pressefusionskontrolle zu sachgerechten Ergebnissen (sowohl i.S.d. Wettbewerbs als auch der Publizitätsvielfalt) kommt, ohne dabei die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Verlagsunternehmen unzumutbar zu beschränken und ohne das Bedürfnis nach speziellen die Publizität erhaltenden Klauseln hervorzurufen oder zu verstärken.

Wie festgestellt, besteht zudem mit der *Doppelkontrolle* bei der Überprüfung von Kooperationen mit Hilfe von Gemeinschaftsunternehmen die Möglichkeit der umfassenden wettbewerbrechtlichen Kontrolle hinsichtlich der hierbei häufig gleichzeitig tangierten Rechtskreise des Kartellverbots (§ 1 GWB) und der Pressefusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB),

so dass nahezu keine Ausnutzungsmöglichkeit von kartellrechtlichen Freiräumen besteht.¹⁰¹² Hierbei hat sich § 4 Abs. 1 GWB erneut als praxistauglicher Ausnahmetatbestand insbesondere im Hinblick auf pressenspezifische Sachverhalte erwiesen, was auch als Anknüpfungspunkt für die spätere Beuteilung der Nachfolgenorm des § 3 GWB n.F. zu sehen ist.

Weit größere Relevanz in Bezug auf die Frage der Praxistauglichkeit und Flexibilität gerade auch im Zusammenhang mit der *Doppelkontrolle* kommt aber der neuen Legalausnahme und Generalklausel § 2 GWB n.F. zu, denn diese bildet heute den kartellrechtlichen Dreh- und Angelpunkt für pressenspezifische Kooperationen. Da sich diesbezüglich aber noch keine umfangreiche Verwaltungspraxis und Rechtsprechung herausgebildet hat, soll der Rückgriff auf die praktischen Erfahrungswerte zu § 7 GWB als eine Art „Übergangsnorm“ mit Generalklauselcharakter vom Prinzip der Ausnahmetatbestände zum System der Legalausnahme als Ausgangspunkt für eine erste Beurteilung dienen und Hinweise darauf geben, wo pressenspezifische Probleme auftauchen können oder die Legalausnahme vielleicht sogar bessere Lösungsansätze verspricht.

3) Die Zulässigkeit sonstiger pressenspezifischer Kartelle gemäß § 7 GWB

a) § 7 GWB als Vorstufe zur Legalausnahme

§ 7 GWB wurde zum 1. Januar 1999 im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt und stellte damit ein neues Element in der Reihe der Ausnahmenvorschriften zu § 1 GWB dar, denn im Zuge der mit der Gesetzesnovelle bezweckten Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht vollzog sich ein partieller Systemwechsel, weg vom Verbot-Ausnahmeprinzip hin zu einer Generalklausel i.S.v. Art. 81 Abs. 3 EG.¹⁰¹³ Den Hintergrund für die Schaffung dieser die §§ 2 bis 6 GWB ergänzenden Freistellungsklausel bildete der Gedanke, sowohl den Kartellbehörden als auch den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, flexibel auf die in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlichen und sich rasch verändernden Sachverhaltskonstellationen angemessen zu reagieren.¹⁰¹⁴ Anders als in den §§ 2 bis 6 GWB bezog sich § 7 GWB daher nicht auf eine bestimmte Kartellform, mit der Folge, dass § 7 GWB gegenüber den §§ 2 bis 6 GWB grundsätzlich subsidiär war, was sich auch dem § 7 Abs. 2 GWB entnehmen ließ und womit zugleich sichergestellt war, dass die Wertungen der Sondertatbestände der §§ 2 bis 6 GWB nicht durch die Generalklausel übergangen wurden.¹⁰¹⁵ Dennoch sollte § 7 GWB einen klar konturierten, nach

¹⁰¹² Siehe zu diesem Ergebnis B.I)2)c)aa)(1).

¹⁰¹³ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 1; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 1.

¹⁰¹⁴ Bunte, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1748, 1750.

¹⁰¹⁵ Gemäß § 7 Abs. 2 GWB konnten Vereinbarungen oder Beschlüsse, die eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch Spezialisierung oder auf andere Weise, den gemeinsamen Einkauf von Waren oder die gemeinsame Beschaffung gewerblicher Leistungen oder die einheitliche Anwendung von Konditionen zum Gegenstand hatten, nur nach § 2 Abs. 2 GWB und den §§ 3 bis 5 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellt werden; vgl. auch BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 33; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7; Bunte, in: DB 1998, „Die 6.

wettbewerblichen Kriterien begrenzten Rahmen schaffen, der es ermöglicht, Unternehmenskooperationen unter bestimmten Voraussetzungen vom Kartellverbot freizustellen.¹⁰¹⁶ Diese inhaltlichen Freistellungsvoraussetzungen waren eng an das gemeinschaftsrechtliche Vorbild des Art. 81 Abs. 3 EG angelehnt, wichen in einigen Formulierungen aber ab, so dass sie mal enger, mal weiter gefasst waren als das europäische Vorbild.¹⁰¹⁷

§ 7 GWB kann daher als Bindeglied zwischen Regel-Ausnahme-Prinzip und Legalausnahme bezeichnet werden, weil hiermit ein Kompromiss zwischen der Forderung nach einer generellen Übernahme der Generalklausel von Art. 81 Abs. 3 EG und der Beibehaltung des Systems der Ausnahmetatbestände geschlossen wurde¹⁰¹⁸, der bereits eine deutliche Annäherung an das europäische Recht mit seiner Legalausnahme beinhaltet.¹⁰¹⁹ Diese Kompromisslösung hatte zur Folge, dass bei der Auslegung von § 7 GWB auch die Entscheidungen der Kommission sowie der Gemeinschaftsgerichte Berücksichtigung finden konnte, der Rechtsanwender gleichzeitig aber auch die Systematik des GWB zu beachten hatte.¹⁰²⁰ So war aufgrund der Auslegungspraxis von Art. 81 Abs. 3 EG und in Abgrenzung zu § 8 GWB (Ministererlaubnis) z.B. eine Berücksichtigung der Allgemeinwohlinteressen bei § 7 GWB ausgeschlossen.¹⁰²¹

Aufgrund der Subsidiarität des § 7 GWB gegenüber den spezielleren Ausnahmetatbeständen kam eine Freistellung nach dieser Norm aber von Anfang an nur für eine begrenzte Anzahl von Unternehmen in Frage¹⁰²², was auch die Zahlen der bei den Kartellämtern eingegangenen Anträge belegt¹⁰²³, so dass § 7 GWB keine „Rechtsgeschichte“ geschrieben hätte, wenn nicht die „Stellenmarkt für Deutschland“ – Entscheidung des BGH ergangen wäre, die zum damaligen Zeitpunkt mit Blick auf die (pressespezifische) Praxistauglichkeit einer Legalausnahme zukunftsweisend war, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass mit § 7 GWB den Fällen bisheriger kartellbehördlicher Duldung von Absprachen („Tolerierungspraxis“¹⁰²⁴) eine gesetzliche Grundlage für Freistellungen geschaffen werden sollte.¹⁰²⁵ Denn bereits seit 1996 bestand zwischen der Süddeutsche Zeitung GmbH, München, (nachfolgend: SZ GmbH) und der Axel Springer Verlag AG, Hamburg, (ASV AG) als Beteiligte im Fall „Stellenmarkt

GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1748, 1750; *Kiecker*, in: *Langen/Bunte, KartR*, Bd. 1, 9. Aufl., § 7 GWB, Rn. 12.

¹⁰¹⁶ BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 33; *Bechtold, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 1; *Lange*, in: *Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR*, 1. Aufl., S. 123, Rn. 208.

¹⁰¹⁷ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 1 f.

¹⁰¹⁸ Für eine generelle Übernahme der Regelung des Art. 81 Abs. 3 EG plädierte z.B. *Bunte*, in: *WuW* 1994, „Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle“, S. 17 f.

¹⁰¹⁹ Vgl. *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 5.

¹⁰²⁰ *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 5.

¹⁰²¹ *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 5.

¹⁰²² So das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht von 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 44 und 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, S. 48.

¹⁰²³ Das BKartA hatte zwischen 1999 und 2002 insgesamt sieben, die Landeskartellbehörden insgesamt nur sechs Freistellungsanträge nach § 7 GWB zu bearbeiten; Tätigkeitsbericht des BKartA, 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, S. 48; Tätigkeitsbericht des BKartA, 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 44.

¹⁰²⁴ Vgl. B.I)1)c)bb(1).

¹⁰²⁵ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 5; *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 5.

für Deutschland“ eine Stellenanzeigenkombination für deren überregionale Abonnement-Tageszeitungen Süddeutsche Zeitung (SZ), Die Welt und Welt am Sonntag (Welt/WamS) unter der Bezeichnung „Deutschland Stellen-Kombi“ (DSK), die nach Auffassung des BKartA gegen § 1 GWB verstieß, deren Wettbewerbsbeschränkung die Kartellbehörde im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens aber bisher nicht verfolgt hatte. Erst als die Anzeigenkombination um die Belegungsmöglichkeit der vom Druck- und Verlagshaus Frankfurt a.M. GmbH (DuV GmbH) herausgegebenen Frankfurter Rundschau (FR) erweitert werden und das beim BKartA angemeldete Zusammenschlussvorhaben eine strukturelle Grundlage erhalten sollte, erfolgte eine umfassende kartellrechtliche Kontrolle¹⁰²⁶, die deshalb nachfolgend Gegenstand einer pressespezifisch kartellrechtlichen Analyse ist.¹⁰²⁷

b) Der Fall „*Stellenmarkt für Deutschland*“

aa) Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben

Im Jahr 1998 beabsichtigten die SZ GmbH, die DuV GmbH und die ASV AG ein drittelparitätisches Gemeinschaftsunternehmen mit dem Namen „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ zu gründen. Gegenstand dieses Vorhabens war die Publikation einer Stellenanzeigenkombination in Form eines eigenen „Buches“ (gesondert gefalteter Teil der Zeitung, der sich optisch und/oder räumlich vom übrigen Stellenteil in den Tageszeitungen unterscheiden sollte) in vier zu den Verlagen gehörenden überregionalen Tageszeitungen, namentlich SZ, FR und Welt/WamS. Den Anzeigenkunden sollte damit die Möglichkeit geboten werden mit Belegung dieser Anzeigenkombination bundesweit gleichzeitig in den jeweiligen Wochenendausgaben der SZ, FR, Welt und WamS ihre Stellenanzeigen zu veröffentlichen. Dem Gemeinschaftsunternehmen kam nach dem Plan der Beteiligten hierbei die Aufgaben der Akquisition, Vermittlung und Verwaltung der aufgegebenen Stellenanzeigen zu, d.h. es sollte zu diesem Zweck einen eigenen Außendienst aufbauen, eigene Werbemaßnahmen entwickeln und durchführen, für die Kombination Stellenanzeigen akquirieren, die eingehenden Anzeigenaufträge verwalten und abwickeln, den Kundenkreis betreuen, die Geschäftsführung wahrnehmen sowie für das Inkasso und für die Weiterleitung der Erlöse an die beteiligten Verlage zuständig sein. Die Grundlage hierfür bildete ein Vertragswerk, dass neben einer Rahmenvereinbarung zwischen den Verlagsunternehmen und dem von ihnen gegründeten Gemeinschaftsunternehmen auch eine Satzung, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und eine Gesellschaftervereinbarung über die Ausstattung der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ mit benötigten Eigenmitteln enthielt. Gemäß der Rahmenvereinbarung sollte die gleichzeitige Veröffentlichung der Anzeigen in den genannten Titeln auf der Grundlage von zuvor von den beteiligten Verlagsunternehmen gemeinsam festgelegten Konditionen erfolgen. Hierzu gehörte ein einheitlicher

¹⁰²⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 101.

¹⁰²⁷ Zu § 7 GWB und dem „Stellenmarkt für Deutschland“ - Urteil des BGH ausführlich auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: *ZWeR* 1/2004, „Die ‚Stellenmarkt für Deutschland‘ - Entscheidung des BGH“, S. 128 ff.

Insertionspreis pro Millimeter¹⁰²⁸, ein auf Basis dieses Millimeter-Preises vertraglich vereinbarter Schlüssel zur Aufteilung des Anzeigenerlöses sowie das Übereinkommen der Beteiligten rechtlich darin frei zu sein, regionale und überregionale Stellenanzeigen auch einzeln in ihren jeweiligen Zeitungen zu veröffentlichen, wobei sie sich bei der Möglichkeit der Einzelvermarktung zur Einhaltung der Listenpreise für ihre jeweils an der Anzeigenkombination „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ teilnehmenden Zeitungen verpflichteten.¹⁰²⁹

Mit dem Vorhaben der Anzeigenkombination „Stellenmarkt für Deutschland“ verfolgten die beteiligten Zeitungsverlage das Ziel, sich den Inserenten und Stellensuchenden als leistungsstarke Alternative zum Stellenanzeigenteil der von der Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ GmbH) herausgegeben „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ (FAZ) darzustellen, die auf dem Markt für Stellenanzeigen bis dahin die führende Position innehatte.¹⁰³⁰

Vor der praktischen Umsetzung musste sich die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ aber der fusionskontroll- und kartellrechtlichen Überprüfung durch das BKartA, das KG Berlin und schließlich den BGH stellen.

bb) Die fusionskontrollrechtliche und kartellrechtliche Überprüfung des BKartA

(1) Die fusionskontrollrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens

Eine erste Entscheidung musste das BKartA hinsichtlich des geplanten Gemeinschaftsunternehmens im Rahmen des Zusammenschlusskontrollverfahrens nach den Regeln der §§ 35 ff. GWB treffen¹⁰³¹, denn der beabsichtigte Erwerb von jeweils einem Drittel der Geschäftsanteile an der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ durch die drei beteiligten Verlagsunternehmen erfüllte jeweils den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 b) GWB sowie den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. Nr. 3 S. 3 GWB.¹⁰³² Außerdem lagen die Beteiligten mit ihren Umsatzerlösen nach § 35 Abs. 1 und Abs. 2 GWB, insbesondere unter Berücksichtigung der Medienrechenklausel in § 38 Abs. 3 GWB über der kontrollfreien Grenze von einer Mrd. DM bzw. 50 Mio. DM (500 Mio./25 Mio. Euro) weltweiter und 50 Mio. DM bzw. 3,5 Mio. DM (25 Mio./1,25 Mio. Euro) inländischer Umsatzerlöse, so dass es sich um ein anmelde- und kontrollpflichtiges Zusammenschlussvorhaben gemäß § 39 GWB handelte.¹⁰³³ Eine ordnungsgemäße

¹⁰²⁸ Ein gemeinsamer Millimeter-Anzeigenpreis lag auch schon der Stellenanzeigenkombination „DSK“ zugrunde; vgl. BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 101.

¹⁰²⁹ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209.

¹⁰³⁰ BKartA, Beschl. B6-22131-M-49/99, S. 8; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁰³¹ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100.

¹⁰³² BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 101.

¹⁰³³ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 101.

Anmeldung seitens der beteiligten Verlagsunternehmen erfolgte im Mai/Juni 1998 beim BKartA.¹⁰³⁴

In seiner Überprüfung kam das BKartA zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss nicht die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllte, denn nach Auffassung der Kartellbehörde würden die Zusammenschlussbeteiligten zwar gemeinsam mit ihren Abonnement-Tageszeitungen eine größere verkaufte Auflage und infolgedessen eine höhere Leserzahl als die FAZ erreichen, dennoch würde die Marktstellung der FAZ aufgrund ihrer jahrzehntelangen Bedeutung als bevorzugter Werbeträger für bundesweite Stellenanzeigen so stabil bleiben, dass zwar ein Verlust von Marktanteilen auf Seiten der FAZ nicht ausgeschlossen werden könnte, jedoch nicht zu erwarten sei, dass die Zusammenschlussbeteiligten einen wettbewerblich unkontrollierten Verhaltensspielraum erlangen und die Fusion auf den Anzeigen- oder anderen Märkten zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würden, weil auf keinem der Stellenanzeigenmärkte und bei keiner der in Betracht kommenden Marktanteilermittlungsweisen die Beteiligten zusammen einen derartigen Marktanteil erreichen würden.¹⁰³⁵ Eine differenzierte Markt abgrenzung konnte nach Ansicht der Kartellbehörde deshalb dahingestellt bleiben.¹⁰³⁶ Daraufhin erging am 26.1.1999 vom BKartA der fusionskontrollrechtliche Freistellungsbeschluss für das Gemeinschaftsunternehmen.¹⁰³⁷

Allerdings stellte das BKartA in diesem Zusammenhang ebenfalls fest, dass die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ mehr die Funktion eines Kartellorgans bzgl. der Anzeigenkombination zukommen werde als die einer selbstständigen unternehmerischen Einheit, so dass der dringende Verdacht bestand, dass dieses Zusammenwirken den Tatbestand des Kartellverbots gemäß § 1 GWB erfüllen könnte.¹⁰³⁸ Infolgedessen und aufgrund der Tatsache, dass mit dem Abschluss des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens nicht automatisch eine Prüfung gemäß § 1 GWB entfällt (Möglichkeit der *Doppelkontrolle*¹⁰³⁹), knüpfte sich in diesem Fall ein zweites eigenständiges Prüfungsverfahren an, gerichtet auf die Frage nach der Vereinbarkeit des Gemeinschaftsunternehmens mit § 1 GWB, in welchem die Kartellbehörde das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots zu prüfen und einen Antrag der beteiligten Verlagsunternehmen vom 5.3.1999 auf Freistellung vom Verbot des § 1 GWB gemäß § 7 Abs. 1 GWB zu entscheiden hatte.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁴ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, S. 2; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion99/B6_74_98.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 100; Stand: 28.1.2010).

¹⁰³⁵ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 102.

¹⁰³⁶ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 101.

¹⁰³⁷ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100.

¹⁰³⁸ BKartA, Beschl. v. 26.1.99, WuW/E DE-V 100, 102.

¹⁰³⁹ B.I)2)a).

¹⁰⁴⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209.

(2) Die kartellrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens

(a) Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB

Zentraler Prüfungspunkt im Rahmen der Vereinbarkeit des Gemeinschaftsunternehmens mit § 1 GWB war die Frage, ob die Verträge über die Anzeigenkombination „Stellenmarkt für Deutschland“ eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten oder bewirkten. Da wirtschaftlicher Wettbewerb nur in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen zum Ausdruck kommt¹⁰⁴¹, musste folglich ein solches zwischen den an der Zusammenarbeit Beteiligten einerseits und den davon (möglicherweise) betroffenen Verlagsunternehmen andererseits vom BKartA festgestellt werden.

Ein Wettbewerbsverhältnis liegt immer vor, wenn die Unternehmen auf dem gleichen Markt tätig sind, so dass hier letztlich auf die Grundsätze der Marktabgrenzung zurückzugreifen war.¹⁰⁴² Nach dem als Methode der Marktabgrenzung anerkannten *Bedarfsmarktkonzept* hatte das BKartA den in diesem Fall sachlich relevanten Markt auf Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in Zeitungen begrenzt, denn die Abgrenzung eines allgemeinen, umfassenden Anzeigenmarktes, dessen Teil die Anzeigen für Fach- und Führungskräfte wären, erschien dem BKartA aus verschiedenen Gründen nicht einschlägig.¹⁰⁴³ So führte die Kartellbehörde in seiner Begründung an, dass alle überregionalen Zeitungsverlage jeweils Stellenanzeigen in besonderen „Büchern“ ihres Anzeigenteils anbieten und in ihren Preislisten hierfür gesonderte und im Vergleich zu anderen Rubrikanzeigen i.d.R. abweichende Konditionen und insbesondere Preise ausweisen würden. Zudem würden sich die Stellenanzeigenkunden von anderen Anzeigenkunden wie z.B. Maklern oder Kfz-Händlern durch ihren besonderen Bedarf unterscheiden, nämlich Anzeigen, mit denen sie möglichst viele und geeignete Stellenbewerber erreichen. Eine Austauschbarkeit sei deshalb nicht gegeben, denn dieser Bedarf könnte nicht durch Anzeigen im Immobilienanzeigenteil oder Kfz-Anzeigenteil gedeckt werden. Insoweit seien die Stellenanzeigenkunden neben ihrem besonderen Insertionsbedarf auch durch die Angebots- und insbesondere Konditionen- und Preispolitik der Zeitungen von den übrigen Anzeigenkundengruppen zu trennen. Wenn also unterschiedliche Abnehmergruppen bestünden und die Anbieter gegenüber den einzelnen Abnehmergruppen zu unterschiedlichen Marktstrategien, insbesondere einer unterschiedlichen Produkt-, Preis- und Rabattdifferenzierung in der Lage wären, sei nach Ansicht des BKartA von unterschiedlichen Märkten auszugehen.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Bunte, KartR, S. 72.

¹⁰⁴² Bunte, KartR, S. 72.

¹⁰⁴³ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 211.

¹⁰⁴⁴ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, S. 12 (veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf; insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010); das BKartA stützt seine Ansicht hierbei zudem auf die Rechtsprechung des BGH, vgl. WuW/E BGH 1711, 1715, „Mannesmann/Brueninghaus“ und WuW/E BGH 2575, 2577, „Kampffmeyer/Plange“; vgl. dazu auch *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 27.

In räumlicher Hinsicht stellte das BKartA auf einen überregionalen Markt ab, den sie dahingehend abgrenzte, dass ihm solche Nachfrager von Anzeigenraum zuzuordnen seien, die mit ihren Stellenanzeigen eine bundesweit ansässige Zielgruppe von mobilen, qualifizierten Bewerbern für höher dotierte Stellen insbesondere mit Führungsaufgaben oder höheren Verantwortungsanforderungen erreichen wollen würden. Denn die Anbieter solcher Stellen benötigen für deren optimale Besetzung eine hinreichende Ausschöpfung dieses Bewerberpotenzials, was i.d.R. nur durch eine überregionale Verbreitung der Anzeigen möglich sei.¹⁰⁴⁵

Nach Ansicht des BKartA handelte es sich bei den beteiligten Verlagsunternehmen SZ GmbH, DuV GmbH und der ASV AG neben der FAZ GmbH und weiteren Verlagsunternehmen auch um Marktteilnehmer, d.h. Wettbewerber dieses inländischen überregionalen Marktes für Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in Zeitungen, denn sie alle würden diesen Anzeigenraum in ihren Tageszeitungen speziell für Stellenanzeigen in jeweils gesonderten „Büchern“ ihres Anzeigenteils anbieten und erfüllten die notwendigen mediatechnischen Daten, wie überregionale Verbreitung, Leserreichweite und Zielgruppenreichweite.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁵ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 211.

¹⁰⁴⁶ Dass die Zeitungen SZ, Welt/WamS, FR und FAZ bundesweit verbreitet werden (mit unterschiedlichen regionalen Verbreitungsschwerpunkten), geht aus der folgenden, nach „Nielsen-Gebieten“ aufgeteilten Tabelle hervor, wobei für die SZ, die FR und die FAZ jeweils die verkaufte Samstagsauflage und für die Welt die verkaufte Auflage der Ausgaben Montag bis Samstag jeweils auf der Basis der IVW-Verbreitungsanalyse 1996 angegeben ist. Für die WamS ist die verkaufte Auflage aus der IVW-Auflagenliste des zweiten Quartal 1998 zugrunde gelegt, denn sie ist nicht Mitglied der Verbreitungsanalyse; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 210 und 212; **Abb. 9:**

	Auflage der SZ		Auflage der Welt		Auflage WamS		Auflage SZ+Welt+WamS		Auflage der FR		Auflage der FAZ		zusammen	
	absolut	Prozent	abs.	Prozent	abs.	Prozent	abs.	Prozent	abs.	Prozent	abs.	Prozent	abs.	Prozent
Nielsen I (Nieders.)	23.991	8,8	62.358	22	103.985	36,7	190.334	67	25.402	9	67.981	24	283.717	100
Nielsen II (NRW)	33.196	9	49.864	13,6	136.527	37,2	219.587	59,8	21.403	5,8	125.970	34,4	366.960	100
Nielsen IIIa (Hessen)	27.634	6,3	26.747	6,1	42.761	9,8	97.142	22,2	180.721	41,3	160.011	36,5	437.874	100
Nielsen IIIb (Bad-Württ.)	34.179	22,3	17.143	11,2	31.861	20,8	83.183	54,2	9.281	6	60.976	39,7	153.440	100
Nielsen IV (Bayern)	391.928	79,5	16.024	3,3	36.451	7,4	444.403	90,1	4.346	0,9	44.240	9	492.989	100
Nielsen V (Berlin)	7.862	12,6	10.807	17,3	17.205	27,5	35.874	57,4	10.180	16,3	16.398	26,3	62.452	100
Nielsen VI + VII (Neue Bundesländer ohne Berlin)	9.018	15	5.100	8,5	28.931	48,2	43.049	71,7	3.814	6,4	13.168	21,9	60.031	100

Dieser vom BKartA festgestellte Wettbewerb zwischen den Verlagsunternehmen drohte aber nach Meinung der Kartellbehörde durch das Gemeinschaftsunternehmen „Stellenmarkt für Deutschland“ eingeschränkt zu werden. In seinem Beschluss vom 25. August 1999 stellte das BKartA fest, dass die geplante Anzeigenkombination die Einschränkung des inländischen überregionalen Marktes für Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in Zeitungen zur Folge hätte. Denn durch die Vereinbarungen würde der Wettbewerb zwischen den Beteiligten auf diesem Markt ausgeschlossen und ihre Wettbewerbsmöglichkeiten sowie die von Dritten eingeschränkt werden.¹⁰⁴⁷

Zur Begründung führte das BKartA an, dass die zugrunde liegenden Verträge zwar keine rechtliche Verpflichtung der Beteiligten beinhalteten ihre Stellenanzeigen in der Anzeigenkombination oder ausschließlich in dieser zu veröffentlichen, noch dass sie rechtlich gehindert waren weiterhin Stellenanzeigen auch einzeln in ihren jeweils eigenen Zeitungen zu veröffentlichen.¹⁰⁴⁸ Dennoch kam die Kartellbehörde zu dem Schluss, dass diese Vereinbarungen eine Einschränkung des Wettbewerbs gemäß § 1 GWB bezwecken und bewirken würden. Ausgangspunkt für diese Beurteilung war der Zweck des Gemeinschaftsunternehmens, auf den das BKartA hier abstellte. Bei der Prüfung, ob die Vereinbarungen i.S.v. § 1 GWB eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten, war das BKartA in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 81 Abs. 1 EG vom Inhalt der Vereinbarungen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Begleitumstände ausgegangen.¹⁰⁴⁹ Hierbei hatte es den Zweck objektiv i.S.d. objektiven Eignung der Vereinbarung bzw. der feststellbaren Tendenz der Vereinbarung zur Einschränkung des Wettbewerbs ermittelt.¹⁰⁵⁰ Auf eine subjektive Absicht der Verlagsunternehmen kam es nach Ansicht der Kartellbehörde dabei nicht an.¹⁰⁵¹

Den Inhalt der Vereinbarungen zwischen der SZ GmbH, der DuV GmbH und der ASV AG einerseits und der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ andererseits sah das BKartA in einer Übertragung nahezu aller wesentlichen Marktfunktionen auf das Gemeinschaftsunternehmen im Segment des Anzeigengeschäfts, darunter insbesondere die Entwicklung und Durchführung des Werbeplans, Aufbau, der Steuerung und Leitung eines Außendienstes für die Stellenkombination und Vermittlung nationaler Stellenanzeigen, der Anzeigenkundenbetreuung, Auftragsabwicklung, des Inkasso und der Verteilung der Erlöse der Kombination. Da zum einen diese Funktionen in der Satzung des Gemeinschaftsunternehmens und zum anderen die Anzeigenkombinations-Preise und der Schlüssel für die Aufteilung der Anzeigenkombinations-Erlöse gemeinsam festgelegt wurden,

¹⁰⁴⁷ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212.

¹⁰⁴⁸ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212.

¹⁰⁴⁹ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212; vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 30.6.66, Slg. 1966, 281, 303, „Maschinenbau Ulm“; *Bunte* in: Langen/Bunte, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 97; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 73 ff., Rn. 77 ff.

¹⁰⁵⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212; vgl. dazu auch Kommission, Entsch. v. 13.12.89, WuW/E EV 1484, 1486, „Bayo-n-ox“; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 73, Rn. 77 f.

¹⁰⁵¹ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212; vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 28.3.84, Slg. 1984, 1679, 1703 f., „CRAM/Rheinzink“; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 97.

folgerte das BKartA, dass aus diesen Vereinbarungen der verfolgte Zweck der Beteiligten darin lag, das Geschäft mit nationalen Stellenanzeigen nicht mehr autonom, also unabhängig im gegenseitigen Wettbewerb, sondern koordiniert und gemeinsam zu betreiben. Dies führe auch mittelbar zu einer Koordinierung der Preise für die Einzelbelegung der Zeitungen mit nationalen Stellenanzeigen, denn die Verlagsunternehmen müssten im Hinblick auf ihr Ziel, das nationale Stellenanzeigengeschäft gemeinsam zu betreiben, die Preise für die Einzelbelegung mit Rücksicht auf den gemeinsamen Kombinationspreis festlegen. Ferner würde nach der objektiven Eignung der Stellenanzeigenkombination (größere Reichweite, niedrigerer Preis je 1000 Leserkontakte) der bei weitem größte Teil des Geschäfts mit nationalen Stellenanzeigen auf die Kombination und nicht auf die Einzelbelegung entfallen.¹⁰⁵²

Lässt sich wie in diesem Fall der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Maßnahme feststellen, so ist eine Folgeprüfung hinsichtlich der Auswirkungen der Vereinbarungen aufgrund des Alternativverhältnisses in § 1 GWB grundsätzlich entbehrlich.¹⁰⁵³ Das BKartA stellte dennoch anhand objektiver Maßstäbe i.S.d. europäischen Rechtsprechung fest, welche Folgen der Vereinbarung immanent oder äquivalent, d.h. bei kaufmännisch rationalem Verhalten wahrscheinlich und damit zu erwarten waren.¹⁰⁵⁴ Hierbei kam es zu der Annahme, dass den Vereinbarungen über eine Koordinierung einer gemeinsamen Anzeigenkombination mit den oben genannten Folgen eine entsprechende wettbewerbsbeschränkende Wirkung immanent sei.¹⁰⁵⁵

Diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung sei auch spürbar, so das BKartA, denn das ergebe sich schon aus dem Potenzial der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Verlagsunternehmen auf dem betroffenen Markt. Diese würden zusammen mit ihren an der Anzeigenkombination teilnehmenden Zeitungen die dreifache Auflagenhöhe der Samstagsausgabe der FAZ erreichen, so dass nach dem allgemeinen Erfahrungssatz der Kartellbehörde hinsichtlich des Insertionsverhaltens die Zeitung (bzw. in Rahmen der Anzeigenkombination: Zeitungen) mit der höheren Auflage und der größeren Zielgruppenreichweite bevorzugt mit Anzeigen belegt wird. Und auch wenn bis zu diesem Zeitpunkt die FAZ mit großem Abstand die führende Position im Segment der nationalen Stellenanzeigen innehatte, so seien die Vereinbarungen dennoch geeignet, die Marktpositionen wesentlich zu verändern, was auch das Ziel der beteiligten Verlagsunternehmen sei. Darüber hinaus führte das BKartA an, dass eine Spürbarkeit auch schon durch die Tatsache des ausgeschlossenen oder zumindest stark eingeschränkten Wettbewerbs zwischen den Beteiligten gegeben sei.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵² BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212 f.

¹⁰⁵³ *Bunte* in: Langen/Bunte, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 100; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 73, Rn. 76.

¹⁰⁵⁴ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213; vgl. dazu auch Kommission, Entsch. v. 15.7.1975, ABl. 1975, Nr. L 228/3, 8, „IFTRA-Aluminium“; *Bunte* in: Langen/Bunte, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 100.

¹⁰⁵⁵ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

¹⁰⁵⁶ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

Das BKartA kam daher zu dem Ergebnis, dass das Gemeinschaftsunternehmen „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ prinzipiell dem Kartellverbot von § 1 GWB unterfiel.¹⁰⁵⁷

(b) Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB

In einem zweiten Schritt hatte das BKartA die Freistellung des Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 7 Abs. 1 GWB vom Verbot des § 1 GWB zu prüfen.¹⁰⁵⁸

(aa) Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen

Doch schon hinsichtlich der Freistellungsvoraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 GWB, nach der die Vereinbarungen zu einer Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen hätte beitragen müssen¹⁰⁵⁹, hatte die Kartellbehörde ernste Zweifel, ob durch die eintretende technische Vereinfachung der Buchung von Anzeigen für die Kunden schon eine ausreichend große Verbesserung bei der Dienstleistung i.S.v. § 7 Abs. 1 GWB gegeben war.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB, auf die hier nicht näher eingegangen worden ist, waren unproblematisch erfüllt; vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 211.

¹⁰⁵⁸ Da § 7 GWB eine Freistellungsnorm war, die nur subsidiär zu den Freistellungsregelungen der §§ 2 bis 6 GWB anwendbar war, wären diese vorrangig zu prüfen gewesen. Nach Ansicht des BKartA war aber nicht erkennbar, dass die angemeldeten Vereinbarungen nach §§ 2 bis 6 GWB freistellbar seien. Insbesondere diene die Stellenanzeigenkombination nicht vorrangig der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge i.S.v. § 5 GWB; vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213 f.

¹⁰⁵⁹ Diese Freistellungsvoraussetzung war im Vergleich zum Wortlaut des Art. 81 Abs. 3 EG („zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“) um die Begriffe „Entwicklung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung“ auch von „Dienstleistungen“ weiter gefasst, weil der Begriff der Entwicklung auch die Einbeziehung von Forschungs- und Entwicklungskooperationen ermöglichte, BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 10, der Begriff der Beschaffung verbesserte Beschaffungsbedingungen, wie rationellere Kapazitätsausnutzungen, schnellere Belieferung oder Kosteneinsparungen zuließ, *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 15, und die Begriffe Rücknahme und Entsorgung auf das Bedürfnis nach kartellrechtlicher Zulässigkeit von Kooperationen im Zusammenhang mit der dualen Abfallentsorgung zurückzuführen waren; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 13; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7. Die Einbeziehung der Dienstleistungswirtschaft trug den gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen mit der prägenden Bedeutung des Dienstleistungssektors Rechnung; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 22. Tatbestandlich enger als Art. 81 Abs. 3 EG zeigte sich § 7 Abs. 1 GWB dagegen darin, dass das Merkmal „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ nicht übernommen wurde, denn mit § 7 Abs. 1 GWB sollte keine industriepolitische oder gemeinwohlorientierte Öffnungsklausel, d.h. kein Einfallstor für nicht wettbewerblich begründete Legalisierungen geschaffen werden; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 7; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 2; *Lange*, in: *Lange*, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 1. Aufl., S. 123, Rn. 209; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 2. Denn anders als im deutschen Recht ist die Einbeziehung wettbewerbsfremder Kriterien im Gemeinschaftsrecht nicht ausgeschlossen, wie die Praxis zeigt, da dort neben dem Schutz unverfälschten Wettbewerbs auch andere Vertragsziele berücksichtigt werden; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 3. Zudem war eine Berücksichtigung der Allgemeinwohlintressen in § 7 Abs. 1 GWB schon mit Blick auf die in § 8 GWB zur Verfügung stehende Ministererlaubnis ausgeschlossen; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 5; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 2.

¹⁰⁶⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214.

Grundsätzlich verdeutlichte der Begriff der Verbesserung, dass die bloße Erhaltung des bestehenden Leistungsniveaus für die Freistellung nach § 7 Abs. 1 GWB nicht ausreichend war, so dass prinzipiell eine positive Beeinflussung vorausgesetzt wurde, d.h. die Absprache spürbare objektive Vorteile mit sich bringen musste.¹⁰⁶¹ Das bedeutete v.a. die Erbringung bedarfsgerechter und qualitativ besserer Waren oder Dienstleistungen, wobei neue, innovativere Produkte, bzgl. Dienstleistungen insbesondere die bessere Anpassung an spezielle Verbraucherwünsche, ein verbesserter Kundendienst in Bezug auf Beratung, technische Unterrichtung, Serviceleistung, Wartung und Reparatur sowie die kontinuierliche Versorgung Verbesserungen i.S.v. § 7 Abs. 1 GWB darstellen konnten.¹⁰⁶²

Eine entsprechende Verbesserung lag nach dem Antrag der Verlagsunternehmen in der Erweiterung des Angebots von Anzeigenraum, indem die Verbreitungsmöglichkeit der Anzeigen und damit die Absatzbedingungen gesteigert werden sollten. Hierbei sollte den Inserenten eine Anzeigenbelegungsmöglichkeit mit höherer Haushaltsabdeckung und höherer Zielgruppenreichweite sowie eine bundesweit gleichmäßigere Verbreitung angeboten werden, als es den Verlagen einzeln mit ihren Zeitungen möglich war.¹⁰⁶³ Dem hielt das BKartA entgegen, dass die mit der Anzeigenkombination geplante Zusammenfassung des Angebots auf dem relevanten Stellenanzeigenmarkt und die Vereinheitlichung des Preises mit einem gegenüber den Einzelangeboten implizierten Rabatt sowie die gewerbliche Darstellung und Durchsetzung dieses Angebots auf dem Markt nicht als Produktverbesserung i.S.v. § 7 Abs. 1

¹⁰⁶¹ Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Verbesserung entspricht auch der bei Art. 81 Abs. 3 EG und wurde in diesem Fall auch vom BKartA zugrunde gelegt; BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214; vgl. dazu auch Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 6 f.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 150; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 84 ff.; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 7; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; *Lange*, in: Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 1. Aufl., S. 124, Rn. 213.

¹⁰⁶² Eine Verbesserung der Entwicklung von Waren oder Dienstleistungen lag daher vor, wenn die Vereinbarung oder der Beschluss durch eine Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen zu neuen oder verbesserten Produktionen oder Dienstleistungen führte; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7; Ein solch verbesserte Produkt- bzw. Dienstleistungsqualität, z.B. in Form einer Optimierung des Herstellungsverfahrens oder durch bessere Auslastung der Kapazitäten und eine daraus erfolgende Senkung der Produktionskosten und Erhöhung der Rentabilität war auch für das Merkmal der Erzeugung zu verlangen; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 12; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7. Eine Verbesserung der Verteilung war z.B. in der Optimierung der Vertriebssysteme zu sehen, d.h. bei der Verteilungsgeschwindigkeit oder Lieferbereitschaft, *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 14; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7, während für das Merkmal der Beschaffung Vorteile im Einkauf erzielt werden mussten, die aber nicht in der Bildung eines Beschaffungs- oder Einkaufskartells gemäß § 4 Abs. 2 GWB liegen konnten, denn eine Legitimation hierfür konnte sich aufgrund von § 7 Abs. 2 GWB nur aus § 4 Abs. 2 GWB selbst ergeben; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 12; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 15. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Gesetzgebers mit der Sechsten GWB-Novelle auch dem Kooperationsbedarf im Rahmen der Pflichten des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes gerecht zu werden, BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48, war die Rücknahme oder Entsorgung von Waren grundsätzlich positiv zu bewerten, soweit ein öffentliches oder gesamtwirtschaftliches Interesse daran besteht, dass Waren oder Reste davon nach Erfüllung ihrer Funktion kontrolliert beseitigt werden; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 7; vgl. auch *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 23. Ein bestimmtes quantitatives Mindestausmaß der Verbesserung war gesetzlich aber nicht vorgeschrieben, denn es ergab sich bereit aus der gesonderten Freistellungsvoraussetzung, dass die Verbesserung in einem angemessenen Verhältnis zu der Wettbewerbsbeschränkung stehen und sie zudem Spürbarkeit begründen musste, die nur vorlag, wenn die Vorteile wirtschaftlich ins Gewicht fielen; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 6.

¹⁰⁶³ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, S. 19; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010).

GWB einzuordnen sei, sondern es sich hierbei vielmehr um eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der Markstrategie der Antragsteller mit der Folge einer Angebotsverengung handele. Eine über die Wettbewerbsbeschränkung hinausgehende Veränderung des Produkts (Angebot von Anzeigenraum) trete nicht ein, so dass gleichzeitig durch diese Angebotszusammenfassung und damit Angebotsverengung das Angebot insbesondere kleinerer Unternehmen für die Anzeigenkunden relativ unattraktiver würde. Zudem sah die Kartellbehörde das Argument einer durch die Zusammenarbeit verbesserten Haushaltsabdeckung und Gleichverteilung als widersprüchlich an, denn danach würde sich eine optimale Abdeckung und Gleichverteilung bei einer Kartellierung aller wesentlichen Anzeigentäger für nationale Stellenanzeigen ergeben, also einer Monopolbildung, was wegen des mit ihr verbundenen Wettbewerbsausschlusses keine Verbesserung i.S.v. § 7 Abs. 1 GWB darstellen könnte.¹⁰⁶⁴

Letztlich ließ es das BKartA aber offen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Dienstleistungen in dem erforderlichen Umfang erfüllt waren, denn die Freistellungsvoraussetzungen von § 7 Abs. 1 GWB lagen seiner Ansicht nach insgesamt nicht vor.¹⁰⁶⁵

(bb) Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn

Als erfüllt sah die Kartellbehörde aber die Tatbestandsvoraussetzung einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn¹⁰⁶⁶, der aus einer Verbesserung der

¹⁰⁶⁴ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, S. 20; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010).

¹⁰⁶⁵ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215.

¹⁰⁶⁶ Diese dem Art. 81 Abs. 3 EG wörtlich entsprechende Freistellungsvoraussetzung lag die Vorstellung zugrunde, dass die Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung nicht nur den beteiligten Unternehmen aufgrund ihrer neuen Marktstellung zugute kommen sollten, sondern auch der Allgemeinheit; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 35. Denn hätten sich die kooperierenden Unternehmen dadurch dem Wettbewerbsdruck auf dem betreffenden Markt entzogen, so wären sonst die etwa durch Rationalisierung entstandenen Gewinne nicht an die Marktgegenseite weitergegeben worden; EuGH, Urteil v. 25.10.1977, Slg. 1977, 1875, 1916, „Metro/SABA“; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 14; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 36. Die Marktgegenseite umfasste hierbei nicht nur den privaten Endverbraucher, sondern alle unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer des betreffenden Erzeugnisses, wie Hersteller von Zwischenprodukten, Groß- und Einzelhändler etc.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, Art. 81 EG, 2. Aufl., Rn. 149; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 8; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 14; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 40. Der Begriff des Gewinns in § 7 Abs. 1 GWB war ähnlich dem in § 5 Abs. 1 GWB zu verstehen, nämlich als Verbesserung der Bedarfsbefriedigung; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47. Somit war der Begriff nicht rein betriebswirtschaftlich zu verstehen und umfasste neben finanziellen auch jeden anderen Vorteil, der der Marktgegenseite zugute kam, wie eine höhere Qualität der angebotenen Waren, ein erweitertes Angebot, bequeme Einkaufsmöglichkeiten oder einem verstärkten Preiswettbewerb; BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 15; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 38. Diese Auslegung entsprach auch der gemeinschaftsrechtlichen Interpretation des Begriffes in Art. 81 Abs. 3 EG; vgl. Kommission v. 21.12.1994, Philips/Osram, ABl. EG 1994 Nr. L 378/ 37; Kommission v. 23.9.1964, Grundig/Consten, ABl. EG 1964 Nr. 161/2545; *Ellger*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 234 ff. m.w.N. Inwieweit eine angemessene Beteiligung der Marktgegenseite an diesem Gewinn vorlag, war anhand der Bedeutung der Beteiligung zu beurteilen. Hierbei war nicht notwendig, dass die Vorteile voll an die Verbraucher weitergegeben wurden oder der Verbraucher an allen Vorteilen beteiligt wurde; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 8; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 14; *Bunte*, KartR, S. 136 f. Zu verlangen war aber die hinreichende Bedeutung der Beteiligung, d.h. ganz geringfügige Verbesserungen waren

Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Dienstleistungen durch die Anzeigenkombination entstünde, da vor dem Hintergrund vermehrten Wettbewerbs die Stellenanbieter (Inserenten) durch günstigere Anzeigenpreise und die Stellensuchenden (Leser) durch den Kauf nur noch einer notwendig gewordenen Zeitung finanziell profitieren würden.¹⁰⁶⁷

(cc) Keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

Hinsichtlich der Voraussetzung, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen durfte, hatte das BKartA schon in seiner fusionskontrollrechtlichen Überprüfung festgestellt, dass dies wegen der starken Marktstellung der FAZ GmbH nicht eintreten würde.¹⁰⁶⁸

Diese Freistellungsvoraussetzung stellte eine tatbestandliche Gleichstellung mit der Freistellungsvoraussetzung bei den Spezialisierungskartellen in § 3 GWB und den Rationalisierungskartellen in § 5 Abs. 1 S. 3 GWB im Hinblick auf die Außenwirkung der Vereinbarungen dar. Gegenüber Art. 81 Abs. 3 lit. b EG aber bestanden Unterschiede im Wortlaut, denn dieser setzt voraus, dass keine Möglichkeiten eröffnet werden dürfen, die für einen wesentlichen Teil der Waren den Wettbewerb ausschalten. Fasst man den Begriff der marktbeherrschenden Stellung innerhalb des GWB einheitlich auf und legt dieser Auffassung den Auslegungsmaßstab des Marktbeherrschungsbegriffes in § 19 GWB zugrunde, so ergaben sich neben den terminologischen auch sachliche Unterschiede zum Gemeinschaftsrecht, denn Art. 81 Abs. 3 lit. b EG geht ausschließlich von der Ausschaltung des Wettbewerbs und nicht auch von einer überragenden Marktstellung, wie sie in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB formuliert ist aus.¹⁰⁶⁹ In der Regierungsbegründung zur Sechsten GWB-Novelle wurde diesbezüglich lediglich ausgeführt, dass das hier in Rede stehende Tatbestandsmerkmal der in Art. 85 Abs. 3 EG a.F./Art. 81 Abs. 3 lit. b EG n.F. aufgeführten Grenze entsprach.¹⁰⁷⁰ Eine vollständige inhaltliche Übereinstimmung erschien demgegenüber aber fraglich.¹⁰⁷¹ Denn die Prüfungspraxis der Kommission zeigt, dass nicht entscheidend ist, ob die beteiligten Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung sind, sondern nur, ob weiterhin (Innen- bzw. Außen-¹⁰⁷²)Wettbewerb besteht, der noch wirksam ist und dass die Vorteile der

ungenügend, sie mussten vielmehr merklich sowie wahrscheinlich sein, so dass zumindest der Erfolg des Kartells überhaupt in irgendeinem Verhältnis der Marktgegenseite zugute kam; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 41; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 86. Insoweit bestand ein erheblicher Beurteilungsspielraum, wobei die Wahrscheinlichkeit der Beteiligung der Verbraucher an dem entstandenen Gewinn umso größer war, je mehr Wettbewerb auf dem Markt noch erhalten blieb; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 86.

¹⁰⁶⁷ BKartA, Beschl. v. 25.8.1999, WuW/E DE-V 209, 215.

¹⁰⁶⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 26.1.1999, WuW/E DE-V 100.

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 64; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 8, Rn. 20; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 12.

¹⁰⁷⁰ Vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48.

¹⁰⁷¹ So wohl die überwiegende Auffassung in der Literatur; vgl. *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 12; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 8, Rn. 20; *Bunte*, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1750.

¹⁰⁷² Innenwettbewerb bedeutet, inwieweit die beteiligten Unternehmen nach der vertraglichen Koordinierung ihres Wettbewerbsverhaltens untereinander noch im Wettbewerb stehen; der Außenwettbewerb ist gekennzeichnet durch die Stellung der Unternehmen auf dem relevanten Markt und die darauf bestehenden Marktverhältnisse.

Kooperation an die Marktgegenseite weitergegeben werden.¹⁰⁷³ Das Kriterium Wettbewerb spielt aber im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB nicht die ausschließliche Rolle, weil es hier nicht zwingend auf die Intensität des Wettbewerbs ankommt und eine Marktbeherrschung i.S.e. überragenden Marktstellung auch bei wesentlichem Wettbewerb möglich ist.¹⁰⁷⁴ Ist das aber der Fall gewesen, bestand prinzipiell kein Grund eine Kooperation i.S.v. § 7 Abs. 1 GWB zu verbieten, denn Sinn und Zweck von § 7 Abs. 1 GWB war es, den Unternehmen die Möglichkeit zu bieten im Rahmen von Unternehmensvereinbarungen wettbewerblichen Nutzen zu erlangen, solange sie sich nicht einem wesentlichen Wettbewerb entzogen.¹⁰⁷⁵ Für die Annahme den Marktbeherrschungsbegriff gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB im Rahmen von § 7 Abs. 1 GWB auszuklammern, sprach ebenfalls, dass ein Verbesserungserfolg i.S.d. § 7 Abs. 1 GWB mitsamt der erforderlichen Verbraucherbeteiligung auch bei einer überragenden Marktstellung i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB noch möglich war.¹⁰⁷⁶ Zudem ließ sich dies auch mit der allgemein restriktiven Interpretation des Marktbeherrschungsbegriffs bei den Freistellungsvoraussetzungen von § 3 GWB und § 5 Abs. 1 S. 3 GWB vereinbaren¹⁰⁷⁷, dem grundsätzlich auch § 19 GWB zugrunde gelegt wurde und wo ebenfalls davon ausgegangen wurde, dass ein Rationalisierungserfolg mit gesamtwirtschaftlich positiven Effekten auch bei einer überragenden Marktstellung des Kartells nicht ausgeschlossen war, wenn das Verhalten der Beteiligten ausreichend durch wesentlichen Wettbewerb steuerbar blieb.¹⁰⁷⁸ Insofern war der Marktbeherrschungsbegriff i.S.d. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB im Rahmen von § 7 Abs. 1 GWB außen vor zu lassen und der Beurteilungsmaßstab bei § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts anzulegen.

(dd) Die nicht anderweitige Erreichbarkeit der Verbesserung

Einen zentralen Grund für die Nichtfreistellung aber bildete die unerfüllte Freistellungsvoraussetzung in § 7 Abs. 1 GWB, die forderte, dass die Verbesserung von den beteiligten Unternehmen nicht auf andere Weise als durch die Kartellierung erreicht werden kann, es also keine den Wettbewerb weniger beschränkende und den Beteiligten zumutbare Lösung mit derselben Wirkung, wie sie das Kartell vermutlich hätte, gab.¹⁰⁷⁹

Mit Blick auf die beabsichtigte Angleichung an das europäische Kartellrecht und dabei insbesondere auf Art. 81 Abs. 3 lit. a EG legt dieser für die hier erörterte Freistellungsvoraussetzung eine entsprechende Auslegung des dort verankerten

¹⁰⁷³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 20.7.1978, ABl. 1978, Nr. L 224/29, 44, „FEDETAB“; bestätigt durch das EuGH, Beschl. v. 29.10.1980, Slg. 1980, 3125, Rn. 185, van Landewijk; Kommission, Entsch. v. 5.12.1979, ABl. 1980, Nr. L 51/19, 25, „Présure (LAB)“; vgl. auch *Lange*, in: *Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR*, 1. Aufl., S.124, Rn. 213; *Ellger*, in: *Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR*, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 287 ff.; *Bechtold, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 12.

¹⁰⁷⁴ KG, Urt. v. 16.12.1976, BGHZ 68, 23 ff., 28, „Valium I“; *Bechtold, GWB*, 5. Aufl., § 19, Rn. 43; *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 64

¹⁰⁷⁵ *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 64.

¹⁰⁷⁶ *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 64.

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 20; *Bechtold, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 12; § 3, Rn. 4; § 5, Rn. 6; *Bunte*, in: *FK, § 7 GWB 1999*, Rn. 64; § 3 GWB 1999, Rn. 32; § 5 GWB 1999, Rn. 117.

¹⁰⁷⁸ *Bunte*, in: *FK, § 3 GWB 1999*, Rn. 32.

¹⁰⁷⁹ *Emmerich, KartR*, 9. Aufl., S. 86; *Bechtold, GWB*, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

Unerlässlichkeitskriteriums nahe.¹⁰⁸⁰ Und obwohl § 7 Abs. 1 GWB in seiner Formulierung von Art. 81 Abs. 3 lit. a EG abweichte und dazu auch keine weiteren Ausführungen in der Regierungsbegründung gemacht wurden¹⁰⁸¹, wurde mit überwiegender Auffassung davon ausgegangen, dass der terminologische Unterschied keine unterschiedliche Auslegung begründete.¹⁰⁸² Argumente für diese Ansicht bildeten die vom Gesetzgeber eingangs genannte Zielsetzung der Anlehnung an Art. 81 Abs. 3 EG, ferner die in Folge der nicht bestehenden Stellungnahme und somit im Umkehrschluss fehlenden entgegenstehenden Anhaltspunkte für eine abweichende Auslegungsmöglichkeit sowie schließlich eine unakzeptable Konsequenz, die sich bei anderweitiger Interpretation ergeben hätte.¹⁰⁸³ Denn hätte man im Unterschied zum Kriterium der Unerlässlichkeit verlangen wollen, dass die Kartellvereinbarung die einzige Möglichkeit darstellen musste, um die Verbesserung zu erreichen, hätten alle anderen unternehmerischen Alternativen ausgeschlossen werden müssen, gleichgültig ob sie sich positiv oder negativ wettbewerblich ausgewirkt hätten¹⁰⁸⁴, was nicht i.S.d. § 7 Abs. 1 GWB sein konnte. Nach einer weiteren Ansicht aber erübrigte sich eine abschließende Klärung bzgl. eines materiellen Unterschieds, denn aufgrund der wortwörtlich gleichen Anforderungen für die höherstufigen Rationalisierungskartelle in § 5 Abs. 2 GWB und vor dem Hintergrund, dass § 7 Abs. 1 GWB grundsätzlich auch Rationalisierungszwecke verfolgte, musste die hier in Frage stehende Formulierung entsprechend der in § 5 Abs. 2 GWB zu interpretieren sein.¹⁰⁸⁵

Es kann an dieser Stelle aber offen gelassen werden, ob eine entsprechende Auslegung am Maßstab des Unerlässlichkeitskriteriums i.S.d. Gemeinschaftsrechts oder nach § 5 Abs. 2 GWB ausgerichtet werden musste, denn letztlich kamen alle Ansichten zu dem Schluss, dass eine Verbesserung auf andere Weise nicht erreichbar sein durfte bzw. die Wettbewerbsbeschränkung nicht unerlässlich war, wenn die Beteiligten die Verbesserung auch ohne Vereinbarung einer Wettbewerbsbeschränkung hätten erreichen können oder wenn eine andere, weniger gewichtige Wettbewerbsbeschränkung als die vorgesehene ausgereicht hätte.¹⁰⁸⁶ Hierbei war für die Unerreichbarkeit bzw. Unerlässlichkeit eine objektive Betrachtungsweise vorzunehmen¹⁰⁸⁷, wobei neben der wettbewerbsrechtlichen Perspektive auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen sein konnten.¹⁰⁸⁸ So z.B. dann, wenn ein anderer Weg zwar logisch denkbar war, aus betriebswirtschaftlichen Gründen aber

¹⁰⁸⁰ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 47; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

¹⁰⁸¹ Vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 6 ff.

¹⁰⁸² Vgl. Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 86; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 50.

¹⁰⁸³ *Bunte*, KartR, S. 137; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

¹⁰⁸⁴ Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

¹⁰⁸⁵ *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 17.

¹⁰⁸⁶ Vgl. BKartA, Beschluss v. 10.7.1963, WuW/E BKartA 732, 739, „Superphosphat II“; EuGH, Urteil v. 25.3.1981, Slg. 1981, 851, „Cooperative Streuselen Kleurserlfabrik“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, Art. 81 EG, 2. Aufl., Rn. 152; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 50; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 77.

¹⁰⁸⁷ So zu § 5 Abs. 2 GWB: *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Aufl., Bd. 1, § 5 GWB, Rn. 35; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 51; zu Art. 81 Abs. 3 EG: *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 263.

¹⁰⁸⁸ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 51.

nicht sinnvoll gewesen wäre.¹⁰⁸⁹ Darüber hinaus musste die wettbewerbskonformere Lösung für die beteiligten Unternehmen zumutbar sein, was sie nicht war, wenn sie sich als so schwierig, unwirtschaftlich oder so nachteilig darstellte, dass die Unternehmen im Wettbewerb nicht bestehen konnten.¹⁰⁹⁰ Trotz unterschiedlichen Wortlauts hatten die anderweitige Unerreichbarkeit und das Unerlässlichkeitskriterium insoweit dieselbe Bedeutung¹⁰⁹¹, so dass sie letztlich ein und denselben Auslegungsmaßstab begründeten.

In Anlehnung an die Interpretation der Unerlässlichkeitsvoraussetzung von Art. 81 Abs. 3 EG war daher anhand objektiver Maßstäbe vom BKartA festzustellen¹⁰⁹², ob die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ unerlässlich für das mit ihr verfolgte Ziel war, oder ob der Zweck des Gemeinschaftsunternehmens nicht auch durch wettbewerbskonformere Lösungen hätte erreicht werden können.¹⁰⁹³

Den Zweck des Gemeinschaftsunternehmens sahen die Verlagsunternehmen ihrem Antrag nach darin, durch die Erhöhung der Reichweite und eine gleichmäßigere bundesweite Verbreitung ihrer Anzeigenträger, den Inserenten eine verbesserte Anzeigenbelegungsmöglichkeit anbieten zu können, um so einen intensiveren Wettbewerb mit der FAZ GmbH herbeizuführen.¹⁰⁹⁴

Zur Erreichung dieses Zwecks bedurfte es nach Ansicht des BKartA aber nicht der Einbeziehung aller neben der FAZ bestehenden bedeutenden überregionalen allgemeinen Tages- bzw. Sonntagszeitungen in die Stellenanzeigenkombination und hielt daher die Beteiligung sowohl der SZ als auch der FR und der Welt/WamS an diesem Gemeinschaftsunternehmen nicht für unerlässlich.¹⁰⁹⁵

Dieser Einschätzung lag u.a. ein Vergleich der Verbreitungs- und Leserreichweitenkennziffern zwischen den beteiligten Verlagsunternehmen und der FAZ GmbH zugrunde.

So stellte das BKartA anhand der von der „Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern“ (IVW) herausgegebenen Auflagenliste vom ersten Quartal 1999 fest, dass die verkaufte Auflage der Samstagsausgabe der FAZ mit 512 275 verkauften Exemplaren unter der Anzahl der Welt/WamS (223.258/Montag bis Samstag; 408.452/Sonntag) lag.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁸⁹ So zu § 5 Abs. 2 GWB: *Kartte*, in: BB 1965, „Die Erleichterungen für Spezialisierungskartelle durch die Kartellgesetznovelle“, S. 1044 f.; vgl. auch *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 53; zu Art. 81 Abs. 3 EG: *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 262 ff.

¹⁰⁹⁰ So zu § 5 Abs. 2 GWB: BKartA, Beschluss v. 3.4.1963, WuW/E BKartA 629, 641, „Armaturen“; vgl. auch *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 51; vgl. zu Art. 81 Abs. 3 EG: Kommission, Entsch. v. 13.7.1983, ABl. 1983 Nr. L 224/19, 26, „Rockwell/Iveco“; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 262 ff.

¹⁰⁹¹ So auch *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 50.

¹⁰⁹² *Bunte*, KartR, § 5, S. 137.

¹⁰⁹³ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215.

¹⁰⁹⁴ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215.

¹⁰⁹⁵ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215.

¹⁰⁹⁶ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215.

Des Weiteren nahm die Kartellbehörde Bezug auf eine von der SZ erstellten Zielgruppen-Analyse gestützt auf die Zahlen der Media-Analyse (AG.MA) 1997 „Tageszeitungen“ und folgerte hieraus, dass der Stellenmarkt für qualifizierte und leitende Positionen sich auf die Wochenendausgaben insbesondere der FAZ und der SZ konzentrierte, wobei hinsichtlich dieser Zielgruppe die höhere Leserreichweite aber bei der SZ, nicht bei der FAZ lag (vgl. folgende Tabelle).¹⁰⁹⁷

Abb. 10

Reichweite in von Hundert der Gesamtzahl der Zielgruppe

	SZ	FAZ
Berufstätige bis 55 Jahre mit Abitur/Hochschulreife oder abgeschlossenem Studium	5,8	5,0
Berufstätige bis 37 Jahre mit abgeschlossenem Studium	7,2	6,0
Leitende und qualifizierte Angestellte bis 55 Jahre	4,0	3,4
Leitende und qualifizierte Angestellte bis 55 Jahre mit weiterführender Schule, Abitur/Hochschulreife oder abgeschlossenem Studium	4,4	3,8
Leitende und qualifizierte Angestellte bis 55 Jahre mit Abitur/Hochschulreife oder abgeschlossenem Studium	5,6	5,1
Hochschulabsolventen bis 35 Jahre mit abgeschlossenem Studium	6,7	5,1

Anhand dieser Analyse stellte das BKartA zudem fest, dass die Anzeigenpreise pro 1000 Leser (1000 Leserpreise) bei der SZ niedriger waren als bei der FAZ.¹⁰⁹⁸

Auch die Netto-Reichweiten hinsichtlich der Leser im Norden (Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Berlin), in der Mitte (Nordrhein-Westfalen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland), im Süden (Bayern, Baden-Württemberg) und im Osten (neue Bundesländer) Deutschlands ließen beim BKartA den Rückschluss zu, dass die Welt/WamS schon ohne die SZ in allen vier Gebieten eine höhere Reichweite als die FAZ besaß und auch die Reichweiten der SZ nicht grundlegend ungleichgewichtiger verteilt waren als die der FAZ (vgl. folgende Tabelle).¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁷ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216.

¹⁰⁹⁸ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216.

¹⁰⁹⁹ Hinsichtlich der SZ, Welt/WamS und der FAZ veröffentlicht durch die bereits praktizierte „DSK“ auf der Grundlage der Media-Analyse (AG.MA)1997, „Pressemedien I“; hinsichtlich der FR Angaben durch die FAZ

Abb. 11

Leserreichweiten (in Millionen)

	SZ	Welt	WamS	FAZ	FR
Norden	0,10	0,26	0,42	0,16	0,09
Mitte	0,12	0,19	0,50	0,48	0,41
Süden	0,98	0,07	0,16	0,19	0,06
Osten	0,04	0,03	0,10	0,04	0,02

So kam die Kartellbehörde auch vor dem Hintergrund, dass der räumlichen Gleichverteilung einer Zeitung eine geringere Bedeutung gegenüber der Reichweite bei der maßgeblichen Zielgruppe von den Inserenten der Stellenanzeigen beigemessen wird, zu dem Ergebnis, dass die sowieso schon größeren Leserreichweiten von SZ und Welt/WamS, sowie die höhere Zielgruppenreichweite der SZ gegenüber der FAZ und insbesondere der bestehende Auflagen- und Reichweitevorsprung der bereits praktizierten Stellenkombination („DSK“) aus SZ und Welt/WamS durch die geplante Einbeziehung der FR v.a. im Gebiet der Mitte weiter ausgebaut würde, so dass die hier entstehende Wettbewerbsbeschränkung bzgl. der Zweckerreichung nicht dem Unerlässlichkeitskriterium entspräche, denn die beteiligten Zeitungen hätten teilweise schon einzeln, mindestens aber durch die bereits praktizierte Stellenanzeigenkombination „DSK“, das medientechnische Potenzial durch weniger einschneidende Maßnahmen den Wettbewerb mit der FAZ auf dem überregionalen Stellenanzeigenmarkt für Fach- und Führungskräfte zu intensivieren.¹¹⁰⁰

(ee) Das angemessene Verhältnis zwischen der Verbesserung und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung

Der zweite entscheidende Grund für die Nichtfreistellung des Gemeinschaftsunternehmens lag nach Auffassung des BKartA in der nicht erfüllten Voraussetzung eines angemessenen Verhältnisses der Verbesserung bei der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Dienstleistungen zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung.¹¹⁰¹

Dieses Freistellungserfordernis entsprach dem § 5 Abs. 1 S. 2 GWB, so dass prinzipiell auf dessen Interpretation Bezug genommen werden konnte.¹¹⁰² Im Vergleich zu Art. 81 Abs. 3 EG aber bestand eine Abweichung im Wortlaut des § 7 Abs. 1 GWB, der anders als im Gemeinschaftsrecht die Verhältnismäßigkeit ausdrücklich forderte. Dieser terminologische

GmbH ebenfalls auf der Grundlage der Media-Analyse 1997; vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216.

¹¹⁰⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216.

¹¹⁰¹ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216.

¹¹⁰² Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 11; Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 17.

Unterschied begründete aber keine inhaltliche Abweichung, denn das geforderte angemessene Verhältnis entsprach im Wesentlichen der Auslegungspraxis des gemeinschaftsrechtlichen Unerlässlichkeitskriteriums durch die EG-Kommission, denn es handelt sich hierbei auch nur um eine anders formulierte Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.¹¹⁰³ Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung musste der materiellen Verbesserung somit das Kriterium der Wettbewerbsbeschränkung gegenübergestellt werden, so dass auf der einen Seite die konkreten Vorteile der Verbesserung, auf der anderen Seite die damit verbundenen Beeinträchtigungen des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit und der gesamten Wettbewerbssituation standen. Die Verbesserung und die Wettbewerbsbeschränkung bildeten aber keine unmittelbar miteinander vergleichbaren Größen, so dass sich für die erforderliche Wertung keine allgemeingültigen Angemessenheitskriterien formulieren ließen und vom Gesetz auch nicht vorgegeben wurden. Stattdessen konnte eine Verhältnisbetrachtung immer nur für den Einzelfall erfolgen.¹¹⁰⁴ Entscheidend für die Wertung war daher, ob im konkreten Fall die Beeinträchtigung des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit so schwerwiegend war, dass sie einer Zusammenarbeit zur Förderung der in Frage stehenden Verbesserung entgegenstand und damit ein angemessenes Verhältnis ausschloss.¹¹⁰⁵ Wann das der Fall war, lag grundsätzlich im Beurteilungsspielraum der Kartellbehörde¹¹⁰⁶, wobei ein Missverhältnis zwischen Verbesserung und Wettbewerbsbeschränkung aber anzunehmen war, wenn es tatsächlich offensichtlich war¹¹⁰⁷ oder die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch die mit der Kooperation erreichte Verbesserung nicht aufgewogen wurden.¹¹⁰⁸ Ein absolutes Gleichgewicht zwischen Vor- und Nachteilen war hierbei aber nicht zwingend, denn bereits ein angeglichenes Verhältnis konnte unter bestimmten Umständen die Angemessenheit rechtfertigen.¹¹⁰⁹ Insoweit kam schon dem Tatbestandmerkmal der nicht anderweitigen Erreichbarkeit eine Indizwirkung zu, denn die fehlende Erforderlichkeit bzw. das Vorliegen eines mildereren Mittels ließ von vornherein an einem angemessenen Verhältnis zweifeln.¹¹¹⁰

In seiner Abwägung maß die Kartellbehörde der hier in Frage kommenden Verbesserung (Vereinfachung der Buchung von Anzeigen; Erweiterung des Angebots von Anzeigenraum) als Folge einer Steigerung der Haushaltsabdeckung und Zielgruppenreichweite mit Hilfe der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ nur eine eingeschränkte Bedeutung zu, denn zum Teil hatten die beteiligten Verlagsunternehmen, so insbesondere die SZ GmbH, schon einzeln mit ihren Zeitungen Auflagenhöhen, Haushaltsabdeckungen und Zielgruppenreichweiten, die mit

¹¹⁰³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 19.2.1991, ABl. 1991 Nr. L 63/32, 44, „Screensport/EBU-Mitglieder“; Kommission, Entsch. v. 22.12.1976, ABl. 1977 Nr. L 16/8, 12, „Gerofabrik“; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 260; *Bunte*, KartR, S. 137; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 10.

¹¹⁰⁴ *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 54 f.; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 54 f.

¹¹⁰⁵ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 55.

¹¹⁰⁶ *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 55; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 55.

¹¹⁰⁷ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 55.

¹¹⁰⁸ KG, Urt. v. 8.5.1970, WuW/E OLG 1117, 1121, „Fernmeldekabel-Gemeinschaft“; *Emmerich*, KartR, 9. Aufl., S. 83.

¹¹⁰⁹ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 56.

¹¹¹⁰ So auch *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 11.

denen der FAZ zumindest vergleichbar waren und mit denen die FAZ GmbH am Markt erfolgreich tätig war.¹¹¹¹

Große Bedeutung dagegen hatte nach Ansicht des BKartA aber die Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick darauf, dass sie alle neben der FAZ bestehenden bedeutenden überregionalen allgemeinen Tageszeitungen sowie die mit großem Abstand führende überregionale allgemeine Sonntagszeitung umfassen und so zu einer hochkonzentrierten, duopolistischen Angebotsstruktur führen würde.¹¹¹²

Im Rahmen dieses Abwägungsspielraums kam das BKartA daher zu dem Ergebnis, dass neben dem durch die Stellenanzeigenkombination entstehenden Auflagen- und Reichweitenvorsprung der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen auch die Chancen anderer Wettbewerber, insbesondere der Zeitungen „Die Zeit“ und „Handelsblatt“ (beide herausgegeben von der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH), die ebenfalls auf dem betroffenen Stellenanzeigenmarkt tätig waren, erheblich eingeschränkt worden wären.¹¹¹³ Zudem wäre die Möglichkeit eines erfolgreichen Marktzutritts neuer überregionaler Zeitungen erheblich erschwert worden.¹¹¹⁴ Begründet hatte die Kartellbehörde ihre Ansicht mit dem Argument der Wechselwirkung zwischen der Stellung einer Zeitung auf dem Lesermarkt und der auf dem Anzeigenmarkt, da die Zugangsmöglichkeit zum Anzeigenmarkt eine wesentliche Voraussetzung für den Marktzutritt einer Zeitung überhaupt ist. Denn je größer die Leserreichweite und Zielgruppenreichweite einer Zeitung ist, umso attraktiver ist die Schaltung von Stellenanzeigen in dieser Zeitung. Umgekehrt ist eine Zeitung aber mit einem beachtlichen Stellenanzeigenteil für Fach- und Führungskräfte auch für die Leser attraktiver, insbesondere wenn sie der Zielgruppe angehören (Prinzip der Auflagen-Anzeigen-Spirale). I.S.d. Wechselwirkung und unter dem zusätzlichen Aspekt, dass die Anzeigenerlöse i.d.R. den weit überwiegenden Deckungsbeitrag für die Erstellung des redaktionellen Zeitungsteils erbringen und so den Umfang und die Qualität der Zeitung und damit deren Attraktivität für die Leser beeinflussen, kam das BKartA zu dem Schluss, dass die geplante Stellenanzeigenkombination und die durch sie bewirkte Konzentration der Angebotsstruktur auf diesem Markt zum Duopol führen und den Duopolaußenseitern einschließlich den auf dem Markt neu zutretenden Unternehmen die Gewinnung von Anzeigenkunden erheblich erschweren würde, so dass nicht von einem angemessenen Verhältnis zwischen Wettbewerbsbeschränkung und angestrebter Verbesserung ausgegangen werden könnte.¹¹¹⁵

So begründete das BKartA schließlich seinen Beschluss damit, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit dem Zweck der Erlangung von Marktmacht im Hinblick auf die Ausgestaltung von § 1 GWB als Verbotstatbestand sowie den Wortlaut, die

¹¹¹¹ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 216 f.

¹¹¹² BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 217.

¹¹¹³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 210 f.

¹¹¹⁴ Dies betraf zu der Zeit die geplante Herausgabe einer deutschen Ausgabe der „Financial Times“ durch die zur Bertelsmann AG, Gütersloh, gehörende Gruner+Jahr AG, Hamburg, und die Financial Times Group Limited, London, UK; vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 201, 217.

¹¹¹⁵ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 217.

Gesetzessystematik und den Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 GWB und dessen Stellung im Verhältnis zu den übrigen Ausnahmetatbeständen nicht legalisierungsfähig sei, wenn die mit dieser Vereinbarung angestrebte Verbesserung des Angebots (hier: Angebot von Anzeigenraum für überregionale Stellenanzeigen) nicht vorrangig oder allein auf Marktmachtkonzentration zurückzuführen ist. Dies gelte auch, soweit die Vereinbarungen darauf abzielten, durch Marktmachterlangung die im Wettbewerb entstandene starke Stellung der FAZ zu beseitigen und ihr so Marktanteile abzugewinnen, denn eine Legalisierungsfähigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Zweck des Ausgleichs von Marktmacht (Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit) sei auf kleine und mittlere Unternehmen im Rahmen von § 4 Abs. 1 GWB beschränkt, so dass nicht § 7 Abs. 1 GWB herangezogen werden könne, um diese festgelegten Grenzen für Freistellungen und die diesen Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen des Gesetzgebers zu überspielen. Da nach Ansicht der Kartellbehörde die angemeldeten Vereinbarungen über die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ im Wesentlichen auf eine Marktmachtbildung im Verhältnis zur FAZ gerichtet waren, verneinte sie deshalb die Legalisierungsfähigkeit nach § 7 Abs. 1 GWB.¹¹¹⁶

cc) Der Beschluss des KG Berlin

Auf den Beschluss des BKartA, die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ nicht gemäß § 7 Abs. 1 GWB vom Verbot des § 1 GWB freizustellen, folgte eine Beschwerde der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Verlagsunternehmen beim KG Berlin, das daraufhin erneut die Anzeigenkombination anhand der §§ 1 und 7 Abs. 1 GWB zu überprüfen hatte.

(1) Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB

Bei der Überprüfung der Vereinbarkeit des Gemeinschaftsunternehmens mit § 1 GWB kam auch das KG - wie schon das BKartA - zu dem Ergebnis, dass die zugrunde liegenden Vereinbarungen eine Einschränkung des zwischen den beteiligten Unternehmen bestehenden Wettbewerbs bezweckten.¹¹¹⁷

Auch der Einwand der Verlagsunternehmen, sie betätigten sich grundsätzlich nur im regionalen Anzeigengeschäft, das überregionale solle gerade erst durch das Gemeinschaftsunternehmen erschlossen werden, änderte nichts an der vom KG getroffenen Entscheidung.¹¹¹⁸

Denn neben den schon vom BKartA vorgebrachten Argumenten führte das KG weiter aus, dass nur weil die beteiligten Verlagsunternehmen im nationalen Stellenanzeigenbereich weniger erfolgreich seien als die FAZ GmbH, nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden könnte, dass sie auf dem relevanten Markt überhaupt nicht tätig wären. Dazu müssten die anderen Zeitungen von den Inserenten gänzlich als unaustauschbar mit der FAZ angesehen

¹¹¹⁶ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214; vgl. auch BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 33.

¹¹¹⁷ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628.

¹¹¹⁸ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 629.

werden, wovon aber ungeachtet der Ungleichmäßigkeit ihrer Verbreitung nicht ausgegangen werden könnte, da allein die tatsächliche bundesweite Verbreitung und ihr journalistisches Niveau ihnen die Eignung als Träger der betreffenden Anzeigen verleihen würde, wobei nichts ersichtlich sei, was bei der Anzeigenkundschaft zur Verkennung dessen geführt haben könnte.¹¹¹⁹

Zur Vergewisserung seiner Annahme führte der beschließende Kartellsenat eine Stichprobe durch, indem er die Stellenanzeigenteile der Wochenendausgaben der beteiligten Zeitungen (SZ, FR und Welt/WamS) vom ersten und zweiten Juli 2000 auf das Vorliegen überregionaler Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte überprüfte.

So stellte das KG fest, dass im Stellenanzeigenteil der FR über 70 Anzeigen für Fach- und Führungspositionen angeboten wurden, von denen ein erheblicher Teil als überregional einzustufen war. Zum einen wurde hier Personal für Einsatzorte außerhalb des Kernverbreitungsgebiets (Rhein-Main-Gebiet) angeworben, zum anderen war aber auch bzgl. der Stellenangebote mit Einsatzort in diesem Gebiet regelmäßig die überregionale Verbreitung Grund für die Schaltung der Anzeige, da gerade die überregionale Reichweite bei für Unternehmen besonders wichtigen Positionen die beste Gewähr für eine qualitätvolle Personalauswahl darstelle, was sich dadurch feststellen ließ, dass u.a. ausdrücklich Bewerber angesprochen wurden mit der Bereitschaft ins Rhein-Main-Gebiet umzuziehen.¹¹²⁰

Die SZ enthielt über 200 Stellenanzeigen, die als Angebot für Fach- und Führungskräfte einzuordnen waren, wobei die Einsatzorte ganz überwiegend im Hauptverbreitungsgebiet der Zeitung lagen, nämlich in München und seinem näheren Umfeld sowie im übrigen Bayern und in Baden-Württemberg. Nur wenige Stellen wurden anderen Orts angeboten (so z.B. in Salzgitter und Dresden). Doch trotz des Stellenschwerpunktes in Süddeutschland, war mit den Ausführungen im Falle der FR von einer Betätigung der SZ auf dem nationalen Stellenanzeigenmarkt für Fach- und Führungskräfte auszugehen, denn die Angebote zielten ungeachtet des Einsatzortes zu einem nicht unerheblichen Teil wegen der Höhe der Anforderungen erkennbar gerade auf die überregionale Reichweite des Blattes.¹¹²¹

Bei dem übereinstimmenden Stellenanzeigenteil der Zeitungen Welt und WamS mit über 20 Stellenangeboten für Fach- und Führungskräfte spiegelte sich die vom KG festgestellte Überregionalität in der Streuung der Einsatzorte des gesuchten Personals wider. So wurden Stellen von Kiel über Helgoland, Hamburg, Oldenburg, Münster, Salzgitter, Halle/Leipzig, Stuttgart bis Oberfranken angeboten.¹¹²²

Das KG bekräftigte in seinem Beschluss schließlich die Auffassung des BKartA, dass das Gemeinschaftsunternehmen auch mittelbar zu einer Koordinierung der Preise bzgl. der Einzelbelegung der Zeitungen führe und damit eine Einschränkung des Wettbewerbs zur Folge habe¹¹²³, denn auch bei der weiterhin bestehenden Möglichkeit zur Einzelbelegung von

¹¹¹⁹ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 629 f.

¹¹²⁰ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630.

¹¹²¹ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630.

¹¹²² KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630 f.

¹¹²³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

Stellenanzeigen in den beteiligten Zeitungen sei § 1 GWB einschlägig, wenn die Gründer der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ auf dem selben Markt tätig blieben und die Zusammenarbeit eine Koordinierung auch im Hinblick auf das gegenseitige Wettbewerbsverhältnis der Mütter vorläge.¹¹²⁴ Dies war nach Ansicht des KG hier der Fall und es begründete seine Auffassung damit, dass wenn das Gemeinschaftsunternehmen mit dem Stellenanzeigenkombinationspreis am Markt erfolgreich sein solle, die beteiligten Verlage bei einer Einzelbelegung ihrer Zeitungen keinen nennenswerten Wettbewerb mehr untereinander austragen könnten, denn ein Wettbewerb, der über die Einzelbelegungspreise geführt werde, könne dann so dermaßen sinken, dass sämtliche Einzelbelegungen in der Summe billiger wären als die von dem Gemeinschaftsunternehmen angebotene Kombination. Die Folge bestünde darin, dass das Gemeinschaftsunternehmen in Absatzschwierigkeiten geriete. Um dies zu verhindern und vielmehr die erfolgreiche Durchführung des Vorhabens sicherzustellen, seien die Beteiligten darauf angewiesen, hinsichtlich ihrer Einzelbelegungspreise ihre wettbewerbliche Handlungsfreiheit zu koordinieren. Eine solche Preiskoordination läge auch vor, indem die Verlage ihre wettbewerbliche Handlungsfreiheit ausdrücklich dahingehend beschränkt hatten, dass sie sich zur Preislistentreue verpflichteten.¹¹²⁵

(2) Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB

Auch beim KG folgte die Überprüfung einer Freistellungsmöglichkeit des Gemeinschaftsunternehmens nach § 7 Abs. 1 GWB.¹¹²⁶

Das KG ging aber anders als das BKartA eindeutig von einer Verbesserung aus. Denn dass der Verbraucher nur eine Anzeige schalten bzw. nur eine Tageszeitung kaufen müsse, stellte nach Auffassung des Gerichts eine klare Vereinfachung und damit eine Verbesserung i.S.v. § 7 Abs. 1 GWB dar. Keine Verbesserung sei aber in der Preissenkung für die gebündelte Belegung der mehreren Zeitungen zu sehen, denn ein Preisvorteil sei keine Verbesserung der Dienstleistung als solche. Gleichzeitig stellte das KG aber auch klar, dass es sich bei der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ nicht um ein neues Anzeigenprodukt handele, denn bereits vorher habe die Möglichkeit bestanden, eine Anzeige in allen betroffenen Tageszeitungen parallel zu schalten.¹¹²⁷

Ob die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde, ließ das KG in seinem Beschluss dahinstehen, obwohl es an dieser Stelle der Frage nachging, welcher Markt für eine konkrete Beurteilung zugrunde zulegen wäre, also ob derjenige Markt maßgebend war, auf dem sich die Wettbewerbsbeschränkung abspielen würde, um deren Freistellung es ging, oder ob auch andere, von den Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung betroffene Märkte zu

¹¹²⁴ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631; vgl. dazu auch Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Einl., Rn. 130.

¹¹²⁵ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

¹¹²⁶ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631 f.

¹¹²⁷ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

berücksichtigen waren.¹¹²⁸ I.S.d. erstgenannten Auffassung, der das BKartA bei seinem Beschluss gefolgt war, bestätigte das KG das Ergebnis der Kartellbehörde, dass keine Gefahr der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung bestand, auch wenn das Gericht hinsichtlich der vom BKartA prophezeiten duopolistischen Angebotsstruktur, also einem wettbewerbsfreien Nebeneinander, keine Anhaltspunkte sah und stattdessen von einer zukünftigen Zweier-Spitzengruppe ausging, die die Nachfrage im Wesentlichen auf sich gezogen hätte, so dass das KG i.S.d. zweiten Ansicht zu der Überlegung kam, dass eine untereinander wetteifernde Spitzengruppe bestehend aus der FAZ GmbH und den am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen aufgrund der Qualität und Exklusivität ihres jeweiligen Produktes an Ansehen und Bedeutung so herausragen würde, dass eine Verstärkung marktbeherrschender Stellungen der SZ GmbH, ASV AG und DuV GmbH zumindest nicht auszuschließen sei.¹¹²⁹ Das KG vertiefte seine Untersuchungen dahingehend aber nicht, weil es schon aus anderen Gründen zu dem Ergebnis kam, dass nicht alle Freistellungsvoraussetzungen von § 7 Abs. 1 GWB gegeben waren. So insbesondere im Rahmen des Unerlässlichkeitskriteriums, denn nach Ansicht des KG hätten die beteiligten Verlagsunternehmen die Verbesserung auch auf andere, wettbewerbskonformere Weise erreichen können.

Statt der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens hätte es nach Auffassung des Gerichts genügt, eine gemeinsame autonome Annahmestelle einzurichten, bei der die gleichzeitige Schaltung der Anzeige in den beteiligten Zeitungen in nur einem einzigen Bestellvorgang in Auftrag gegeben und mit einer einzigen Zahlung entgolten hätte werden können.¹¹³⁰

Letztendlich scheitern ließ das KG aber die Freistellung daran, dass auch nach seiner Ansicht die Verbesserung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stand. Es bestätigte damit die Argumentation des BKartA, dass der gewonnenen Buchungsvereinfachung nur ein geringes Gewicht beizumessen sei, während die Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt der Stellenkombination die Struktur des Marktes erheblich verschlechtern würde. Durch ein zwar so entstehendes Gegengewicht zur FAZ gewönnten beide zusammen wegen ihrer Attraktivität aber ein derartiges Übergewicht am Markt, dass für alle anderen der Zutritt („Financial Times Deutschland“) und die Selbstbehauptung („Handelsblatt“, „Die Zeit“) noch schwerer würde als bisher. Am Beispiel der „Financial Times Deutschland“ machte das KG deutlich, wie schwierig es schon zur damaligen Zeit für die neu auf den Markt gekommene Zeitung war Stellenanzeigenaufträge zu akquirieren, indem das Gericht anhand der Ausgabe vom 30. Juni 2000 aufzeigte, dass der Anzeigenraum über weite Strecken hinweg nur mit Stellenangeboten eines nahe stehenden Unternehmens besetzt war, nämlich der mit der Konzernmutter (Bertelsmann AG) verbundenen „Lycos Europe“.¹¹³¹

¹¹²⁸ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 632.

¹¹²⁹ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 632.

¹¹³⁰ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631 f.

¹¹³¹ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 632.

Das KG sah daher in seinem Beschluss keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch das BKartA und verneinte ebenfalls die Möglichkeit der Freistellung nach § 7 Abs. 1 GWB.

dd) Die Entscheidung des BGH

Nachdem die beteiligten Verlagsunternehmen auch gegen den Beschluss des KG Rechtsbeschwerde eingelegt hatten, musste schließlich der BGH über die rechtliche Beurteilung der Freistellung entscheiden.¹¹³²

Allerdings hatte sich die ASV AG zu diesem Zeitpunkt dazu entschlossen, aus dem Gemeinschaftsunternehmen auszusteigen, so dass nur noch die Verlage von SZ und FR an ihrem Vorhaben festhalten und eine neue Freistellung beantragen wollten. Diese tatsächliche Entwicklung führte zu mehreren verfahrensrechtlichen Fragen, die der BGH vorab zu klären hatte mit dem Ergebnis, dass der BGH trotz der eingetretenen Erledigung des ursprünglichen Freistellungsantrags über die Rechtmäßigkeit der ablehnenden Entscheidung von BKartA und KG im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage entschied.¹¹³³

(1) Die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot gemäß § 1 GWB

Der BGH bestätigte die vom BKartA und KG im Rahmen von § 1 GWB vorgenommene sachliche und räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes („überregionaler Markt für Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in Zeitungen“) und führte dazu weiter aus, dass die von den Verlagsunternehmen in ihrer Rechtsbeschwerde geltend gemachte bestehende unterschiedliche Flächendeckung, wonach die SZ und die FR nicht mit der FAZ vergleichbar wären, zwar einen gewissen Nachteil bedeute, es für die Eignung einer Zeitung als Träger von Stellenanzeigen der fraglichen Art indessen nicht entscheidend auf die Gleichmäßigkeit der Flächendeckung ankäme, die sich v.a. aus einer gleichmäßigen Verteilung der Abonnenten ergebe. Denn wäre das Kriterium einer möglichst gleichmäßigen Flächendeckung entscheidend, so sei zu erwarten, dass Welt und WamS wegen ihrer verhältnismäßig gleichmäßigen Flächendeckung erfolgreicher sein müssten, als sie es tatsächlich waren. Die relativ bessere Stellung von SZ und FR gegenüber Welt/WamS sei daraus zu erklären, dass die Blätter auch für den Markt der nationalen Anzeigen bis zu einem gewissen Umfang von ihrer Stellung im Markt für regionale Anzeigen profitierten. Der BGH schloss sich damit der Ansicht des KG an und stellte zudem noch klar, dass wenn eine Tages- oder Wochenzeitung als interessanter Träger von überregionalen Stellenanzeigen wahrgenommen würde, sie auch die Stellensuchenden erreiche, die die Suche ohnehin nicht auf die Zeitung beschränkten, die

¹¹³² BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740.

¹¹³³ Vgl. 1. Leitsatz des BGH ZIP 38/2002, S. 1740: „Der Antrag auf Freistellung nach § 7 Abs. 1, § 10 GWB erledigt sich grundsätzlich, wenn eines der beteiligten Unternehmen aus dem geplanten Kartell ausscheidet. Tritt eine solche Erledigung im Beschwerde- oder Rechtsbeschwerdeverfahren ein und ist zu erwarten, dass die Kartellbehörde den neuen Freistellungsantrag der verbliebenen Unternehmen aus denselben Gründen ablehnt, die für die Ablehnung des ursprünglichen Antrags maßgeblich waren, kann dies ein hinreichendes Interesse für eine Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 71 Abs. 2 GWB begründen.“

sie zufällig im Abonnement bezögen.¹¹³⁴ In diesem Zusammenhang stimmte der BGH auch den Beschlüssen von BKartA und KG zu, dass die unstrittig bundesweit vertriebenen Zeitungen SZ, FR und Welt/WamS bereits vor der Zusammenarbeit im Markt für überregionale Stellenanzeigen tätig waren, sie sich deshalb auch nicht darauf berufen könnten, dass ihnen erst eine Kooperation den Marktzutritt eröffne.¹¹³⁵ Auch dem Argument der Verlagsunternehmen eine Un austauschbarkeit mit der FAZ sei dadurch belegt, dass die Position der FAZ in dem in Rede stehenden Markt trotz günstigerer Preise bislang nicht gefährdet werden konnte, trat der BGH entgegen, indem er eine strukturelle Besonderheit dieses Marktes hierfür verantwortlich machte. Danach handele es sich um einen Markt, in dem sich die Nachfrage von selbst auf den stärksten Anbieter konzentriere. Sowohl für den Inserenten als auch für die stellensuchenden Leser sei das Angebot des Marktführers besonders interessant, weil die Konzentration auf den stärksten Anbieter wie die Verabredung eines Treffpunkts wirke. Hat in einem solchen Markt ein Anbieter einen Vorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern erreicht, würde sich dieser Vorsprung tendenziell weiter ausbauen. Denn stellensuchende Leser wüssten, dass sie in dieser Zeitung die meisten Anzeigen finden, während die inserierende Wirtschaft sich dieser Zeitung besonders gern bediene, weil sie dort die meisten Leser ihrer speziellen Zielgruppe erwarte.¹¹³⁶

Der BGH kam daher ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen zwischen den beteiligten Verlagsunternehmen in den Anwendungsbereich von § 1 GWB fielen.¹¹³⁷

(2) Die Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 7 Abs. 1 GWB

Bei der Überprüfung der Freistellung des Gemeinschaftsunternehmens nach § 7 Abs. 1 GWB bejahte der BGH ebenso deutlich wie das KG das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung einer notwendigen Verbesserung des Dienstleistungsangebots, wobei er nicht allein auf den Vorteil einer für den Anzeigenkunden erleichterten Vierfachbelegung abstellte, sondern i.S.d. Rechtsbeschwerde auch den Umstand als Verbesserung wertete, dass mit dem geplanten Kombinationsangebot ein als solcher wahrnehmbarer nationaler Stellenanzeigenteil und damit entgegen der Ansicht des KG ein zusätzliches Produkt auf einem Markt entstünde, auf dem bislang nur wenige Anbieter tätig seien und der sich durch hohe Zutrittsschranken auszeichne. Die Zusammenarbeit hätte daher nicht nur zu einer Verbesserung, sondern auch zu einer Verbreiterung des Angebots beigetragen.¹¹³⁸

Auch hinsichtlich der Voraussetzung einer angemessenen Beteiligung des Verbrauchers am Gewinn entschied der BGH i.S.d. BKartA und des KG, indem er sogar über die Aspekte des Preisvorteils für den Anzeigenkunden und der Möglichkeit für den Stellensuchenden mit dem Kauf einer Zeitung den überregionalen Stellenanzeigenteil zu erwerben hinaus eine

¹¹³⁴ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹³⁵ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹³⁶ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹³⁷ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹³⁸ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743 f.

Beteiligung am Gewinn darin sah, dass vor dem Hintergrund der herausragenden Marktstellung der FAZ der bis dahin gedämpfte Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern durch die Kooperation belebt würde mit der Folge eines maßgeblichen Vorteils für die Verbraucher aufgrund des so entstehenden Preiswettbewerbs.¹¹³⁹

Bzgl. der Frage, ob die beteiligten Verlagsunternehmen mit Hilfe ihrer Zusammenarbeit eine marktbeherrschende Stellung erreichen könnten, schloss sich der BGH den Feststellungen des BKartA an, nach denen die bislang unangefochtene Stellung der FAZ keine Annahme in diese Richtung zuließe. Ferner wies der BGH zur weiteren Begründung darauf hin, dass die beschränkte Dauer einer Freistellung es dem BKartA gestatte, nach fünf Jahren eine erneute Einschätzung vorzunehmen. Auf die kritischen Ausführungen und Überlegungen des KG ging der BGH nicht ein.¹¹⁴⁰

Zu einer anderen Einschätzung als die beiden Vorinstanzen kam der BGH aber im Rahmen des Unerlässlichkeitskriteriums und der sich anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung. So konstatierte der BGH, dass für die Frage der Unerlässlichkeit das KG die den Sachverhalt kennzeichnenden Umstände nicht erschöpfend gewürdigt und die durch die Kooperation ermöglichten Verbesserungen nicht hinreichend berücksichtigt habe. Denn das KG hätte allein auf den Umstand abgestellt, dass im Rahmen der Kooperation mit einem Auftrag eine Vierfachbelegung hätte erreicht werden können. Damit erschöpften sich die Verbesserungen der Dienstleistungen aber nicht, denn die wesentliche Verbesserung hätte vielmehr darin bestanden, dass mit dem „Stellenmarkt für Deutschland“, einem einheitlichen, den vier Zeitungen als gesondertes „Buch“ beiliegenden Anzeigenteil, ein eigenständiges Produkt entstanden wäre, das als eine Erfolg versprechende Alternative zum Marktführer wahrgenommen worden wäre. Nach Auffassung des BGH wäre diese Verbesserung auch nicht durch die vom KG als Ausweichmöglichkeit angeführte gemeinsame autonome Annahmestelle zu erreichen gewesen.

Diese vom KG unberücksichtigte Verbesserung, so der BGH, wirke sich auch entscheidend, d.h. positiv i.S.e. Freistellung gemäß § 7 Abs. 1 GWB auf die gebotene umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung aus.

Den Einwand des BKartA, dies führe zu einer Freistellung von Gegenmachtkartellen, die in § 4 Abs. 1 GWB abschließend geregelt sei, trat der BGH mit dem Argument entgegen, dass es in diesem Fall nicht um die Schaffung einer Gegenmacht, sondern lediglich darum ging, im Stellenanzeigenmarkt den besonderen, den Erstplazierten überproportional bevorzugenden Mechanismus zu durchbrechen und dadurch eine auf andere Weise nicht zu erreichende Belegung des Wettbewerbs zu ermöglichen.

Auch unter Berücksichtigung weiterer Auswirkungen der Kooperation auf die Marktchancen der sonstigen Wettbewerber, insbesondere der Zeitungen „Handelsblatt“ und „Financial Times Deutschland“ kam der BGH, anders als das BKartA und das KG zu dem Ergebnis, dass die Schwierigkeiten der anderen Marktteilnehmer im nennenswerten Umfang überregionale

¹¹³⁹ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

¹¹⁴⁰ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

Stellenanzeigen zu akquirieren sowie die damit verbundenen hohen Marktzutrittsschranken v.a. auf der unangefochtenen Marktführerstellung der FAZ beruhten, so dass nicht davon ausgegangen werden könnte, dass die Marktchancen der anderen Marktteilnehmer durch die Anzeigenkombination in nennenswertem Umfang zusätzlich verschlechtert worden wären.¹¹⁴¹

Schließlich fasste der BGH daher den Beschluss, dass eine Freistellung der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ gemäß § 7 Abs. 1 GWB von fünf Jahren gemäß § 10 Abs. 4 GWB auszusprechen gewesen wäre. Ein über diese Regelungsdauer gehender Antrag wäre unbegründet, um möglichen schädlichen Auswirkungen auf das Marktgeschehen rechtzeitig begegnen zu können.¹¹⁴²

c) Kartellrechtliche Analyse der Entscheidungen

Im Vordergrund der folgenden kartellrechtlichen Analyse soll nicht die fusionskontrollrechtliche, sondern die Kontrolle des Vorhabens nach §§ 1, 7 Abs. 1 GWB stehen, weil § 7 Abs. 1 GWB als Vorgängernorm von § 2 n.F. GWB und Ausgangspunkt für dessen Beurteilung die größere kooperationsrechtliche Bedeutung zukommt, zumal bzgl. fusionskontrollrechtlicher Aspekte im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich bereits ausführlich eingegangen wurde.¹¹⁴³

aa) Die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.v. § 1 GWB

Im Rahmen der dreifachen Überprüfung, ob die geplante Anzeigenkombination „Stellenmarkt für Deutschland“ eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.v. § 1 GWB darstellte, lagen sowohl BKartA, KG als auch BGH bei ihren Beurteilungen nicht weit auseinander. Bei der zunächst zu klärenden Frage hinsichtlich der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung waren sich alle drei Instanzen darüber einig, dass es sich hier um den inländischen überregionalen Markt für Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in Zeitungen handelte, der hier beschränkt würde.¹¹⁴⁴

Diesem Ergebnis war zuzustimmen vor dem Hintergrund, dass die Belegung von Anzeigen nicht zuletzt durch die potenziellen Leser der jeweiligen Zeitungen bedingt wird, so dass aus diesem Grund eine Abgrenzung der sachlich relevanten Anzeigenmärkte häufig mit Bezug zu den zugehörigen Lesermärkten der jeweiligen Presseerzeugnisse erfolgen muss.¹¹⁴⁵ So auch im Fall des Stellenanzeigenmarktes, denn auch hier fungiert eine Zeitung nur als Kommunikationsmittel zwischen den Anzeigenkunden und den an den Anzeigen

¹¹⁴¹ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

¹¹⁴² BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

¹¹⁴³ B.I)2.

¹¹⁴⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 211; KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628; BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹⁴⁵ Zur Marktabgrenzung im Pressebereich vgl. B.I)1)b)cc)(2)(a).

interessierten Lesern.¹¹⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ließ sich richtigerweise auch die sachliche Begrenzung auf Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte begründen. Es konnte nämlich nicht, wie die FAZ GmbH geltend machte, von einem allgemeinen, umfassenden Anzeigenmarkt ausgegangen werden, dessen einer Teil die Anzeigen für Fach- und Führungskräfte darstellten.¹¹⁴⁷ Dagegen sprach bereits die vom BKartA nach dem *Bedarfsmarktkonzept* festgestellte fehlende Austauschbarkeit der einzelnen Anzeigenarten, denn Stellenanzeigenkunden unterscheiden sich von anderen Anzeigenkunden schon allein in ihrem anvisierten Adressatenkreis.¹¹⁴⁸ Des Weiteren waren die zugrunde liegenden, im Vergleich zu anderen Rubrikenanzeigen abweichenden Konditionen, insbesondere bzgl. der Preise und Rabatte mit zu berücksichtigen, denn Stellenanzeigen sind im Allgemeinen erheblich teurer als andere Inserate, so dass dies ebenfalls prinzipiell eine sachliche Trennung der Stellenanzeigen von den übrigen Anzeigengruppen begründet.¹¹⁴⁹ Die weitere Zielgruppenuntergliederung auf Fach- und Führungskräfte ließ sich durch die Unterschiedlichkeit der Lesermärkte bestimmter Zeitungen und die Unterschiedlichkeit der Qualifikationsanforderungen bei verschiedenen Stellen rechtfertigen, da die Zielgruppe der Fach- und Führungskräfte nur von Zeitungen erreicht wird, die einen hinreichend großen Anteil Leser mit einer entsprechenden Qualifizierung haben¹¹⁵⁰, wie es neben anderen Zeitungen insbesondere bei der SZ und FAZ der Fall war.¹¹⁵¹

Diesen Zeitungen war auch ihre nationale Verbreitung gemeinsam¹¹⁵², so dass ein überregionaler Leserkreis angesprochen werden konnte. Der ist auch notwendig, wenn Unternehmen mit ihren Stellenanzeigen die Zielgruppe von mobilen, qualifizierten Bewerbern für höher dotierte Stellen erreichen wollen, denn nur die deutschlandweite Verbreitung ermöglicht die hinreichende Ausschöpfung dieses Bewerberpotenzials.¹¹⁵³ Dass die Stellenanzeigen einen überregionalen Bezug aufwiesen, belegte die Stichprobe des KG, die zum Ergebnis hatte, dass die Zeitungen trotz teilweise regionaler Schwerpunkte überregionale

¹¹⁴⁶ Hartmann-Rüppel/Wagner, in: ZWeR 1/2004, „Die ‘Stellenmarkt für Deutschland’ – Entscheidung des BGH“, S. 141.

¹¹⁴⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 211.

¹¹⁴⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, S. 12; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010).

¹¹⁴⁹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, S. 12; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010); KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 629; vgl. hierzu auch die Anzeigen-Preislisten von FAZ (Preisliste Nr. 65 v. 1.1.2005; veröffentlicht unter: http://www.faz.net/dynamic/download/anzeigen/Preisliste_FAZ_Nr_65.pdf) und SZ (Preisliste Nr. 69 v. 1.10.2005; veröffentlicht unter: http://anzeigencontent.sueddeutsche.de/imperia/md/content/anzeigenservice/preisliste_sz_p69_komplett.pdf), wonach der Millimeter-Preis (Grundpreis) für Stellenanzeigen in der Samstagsausgabe der FAZ bei 13,10 Euro, in der SZ bei 11,50 Euro liegt. Demgegenüber kostet der Millimeter bei den Immobilienanzeigen in der Freitags- und Sonntagsausgabe der FAZ zusammen 8,90 Euro und in der Freitagsausgabe der SZ 7,60 Euro (Kaufmarkt)/6,60 Euro (Mietmarkt).

¹¹⁵⁰ So auch Hartmann-Rüppel/Wagner, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

¹¹⁵¹ Vgl. die Tabelle der Zielgruppen-Analyse gestützt auf die Zahlen der Media-Analyse (AG.MA) 1997 „Tageszeitungen“ auf S. 12.

¹¹⁵² Vgl. die „Nielsen“-Tabelle auf Basis der IVW-Verbreitungsanalyse 1996 und IVW-Auflagenanalyse 1998 auf S. 6, Fn. 18.

¹¹⁵³ So auch Hartmann-Rüppel/Wagner, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte veröffentlichten.¹¹⁵⁴ Insofern war es richtig, den hier betroffenen Stellenanzeigenmarkt räumlich als überregional einzuordnen.

Auf dem hier festgestellten überregionalen Stellenanzeigenmarkt standen die beteiligten Verlage nach Ansicht der Kartellbehörde und beider Gerichte sowohl untereinander als auch im Verhältnis zur FAZ im Wettbewerb. Und das nach einhelliger Auffassung auch schon vor dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen.¹¹⁵⁵ Dem war zuzustimmen, denn der Einwand der Verlagsunternehmen, sie hätten sich nur im regionalen Anzeigengeschäft betätigt, das überregionale sollte gerade erst durch die Anzeigenkombination erschlossen werden¹¹⁵⁶, überzeugte nicht. Hiergegen sprachen schon die vom BKartA ermittelten medientechnischen Daten, die belegten, dass alle beteiligten Zeitungen bzgl. ihrer Verbreitung, Leserreichweite und Zielgruppenreichweite sowie der Art und Aufmachung ihres Stellenanzeigenteils (als gesondertes „Buch“) nicht nur auf demselben sachlich, sondern auch räumlich relevanten Markt tätig waren.¹¹⁵⁷ Dies wurde von der vom KG vorgenommenen Stichprobe bestätigt, die deutlich erkennen ließ, dass auch schon vorher überregionale Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte in der SZ, FR und Welt/WamS geschaltet wurden.¹¹⁵⁸ Dabei ließ sich zwar nicht verleugnen, dass ebenfalls zu erkennen war, dass der Schwerpunkt der Verteilung der Stellenanzeigen oftmals auf regionaler Ebene lag (vgl. SZ¹¹⁵⁹), was aber nicht dahingehend ausgelegt werden konnte, dies würde aus Sicht der Inserenten die Unaustauschbarkeit mit der FAZ begründen. Denn wie schon das KG festgestellt hatte, war zu berücksichtigen, dass die vom Inserenten getroffene Wahl einer vom Einsatzort entfernt erscheinenden Zeitung regelmäßig nicht den Verzicht auf die Ansprache der in der eigenen Region lebenden Stelleninteressenten bedeutet.¹¹⁶⁰ Die damit gegebene Austauschbarkeit der Zeitungen konnte auch nicht mit dem von den Verlagen hervorgebrachten Argument widerlegt werden, die ungleichmäßige Verbreitung ihrer Zeitungen (SZ, FR) und die Bedeutungslosigkeit auf dem betreffenden Markt (Welt/WamS) hätten eine Unvergleichbarkeit mit der FAZ begründet.¹¹⁶¹ Dem ließ sich zum einen das Beispiel von Welt/WamS entgegenhalten, die wegen ihrer verhältnismäßig gleichmäßigen Flächendeckung wesentlich erfolgreicher hätten sein müssen, als sie es tatsächlich waren.¹¹⁶² Zum anderen kann sich die Eignung einer Zeitung als Träger von überregionalen Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte richtigerweise nur aus der tatsächlichen bundesweiten Verbreitung sowie ihres journalistischen Niveaus ergeben.¹¹⁶³ Beides lag bei den hier involvierten Zeitungen unstreitig vor. Hätte man dennoch einen aktuellen Wettbewerb zwischen SZ, FR, Welt/WamS und der FAZ entgegen der

¹¹⁵⁴ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630 f.

¹¹⁵⁵ So auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

¹¹⁵⁶ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 629; BGH, Beschl. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹⁵⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 210 und 212.

¹¹⁵⁸ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630 f.

¹¹⁵⁹ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630.

¹¹⁶⁰ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 630; so auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

¹¹⁶¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743; diesen Einwand ebenso ablehnend *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

¹¹⁶² Vgl. BGH, Beschl. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹⁶³ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 629.

vorgebrachten Argumente verneinen wollen, so hätte letztlich ein potenzieller Wettbewerb mit der FAZ zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals führen müssen, da dieser für § 1 GWB grundsätzlich ausreicht, denn dessen Berücksichtigung steht dem Wortlaut „miteinander im Wettbewerb stehend“ nicht entgegen.¹¹⁶⁴ Unternehmen, die auf demselben Produktmarkt, aber auf räumlich unterschiedlichen Märkten tätig sind, sind dann potenzielle Wettbewerber, wenn das Eindringen in das Tätigkeitsgebiet des anderen objektiv möglich und kaufmännisch sinnvoll erscheint.¹¹⁶⁵ In Anbetracht der geplanten überregionalen Stellenanzeigenkooperation war daher in jedem Fall mindestens der potenzielle Wettbewerb mit der FAZ anzunehmen.

Dem von SZ, FR und Welt/WamS darüber hinaus geltend gemachten Einwand, eine Unvergleichbarkeit mit der FAZ wäre dadurch belegt gewesen, dass keine der Zeitungen trotz günstigerer Preise bei ihren Stellenanzeigen die Markstellung der FAZ gefährden konnte, kann ebenfalls nicht beigetreten werden. Doch entgegen der Begründung des BGH, wonach eine strukturelle Besonderheit des überregionalen Stellenanzeigenmarktes für Fach- und Führungskräfte den Ausschlag zur Ablehnung dieses Einwands gab¹¹⁶⁶, lieferte schon das *Bedarfsmarktkonzept* einen plausiblen Ablehnungsgrund, denn nach dessen objektiven Maßstäben hätte eine Stellenanzeigenbelegung in der FAZ hinsichtlich ihrer Preislage so weit von der der anderen Zeitungen abweichen müssen, dass nicht mehr von einer Marktgleichwertigkeit hätte gesprochen werden können.¹¹⁶⁷ Bei der Feststellung einer funktionellen Austauschbarkeit tritt zunächst der Gesichtspunkt des Preises bzw. eines Preisunterschieds aber grundsätzlich hinter dem des Verwendungszwecks und der Eigenschaften der in Frage kommenden Waren und Dienstleistungen zurück¹¹⁶⁸, so dass einer unterschiedlichen Preislage von Erzeugnissen bei der Abgrenzung des relevanten Marktes von vornherein meist keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.¹¹⁶⁹ Gleichwohl kann eine große Preisdifferenz zu separaten Märkten führen.¹¹⁷⁰ Wie groß diese Differenz sein muss, um die Annahme getrennter Märkte zu rechtfertigen, kann nicht generell gesagt werden.¹¹⁷¹ Das KG ging im Zusammenschlussfall „Gruner+Jahr/Zeit“ davon aus, wenn der Preis des einen Produktes mehr als doppelt so hoch wie der des anderen ist, würde dies einen Hinderungsgrund für die Austauschbarkeit darstellen.¹¹⁷² Häufig gibt aber nicht die relative Differenz, sondern der Unterschied in der absoluten Preislage den Ausschlag.¹¹⁷³ In jedem Fall muss aber wegen der funktionellen Austauschbarkeit die Differenz erheblich, substantiell

¹¹⁶⁴ Vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 31; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 141; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 23.

¹¹⁶⁵ BGH, Beschl. v. 13.12.1983, WuW/E BGH 2050, „Bauvorhaben Schramberg“; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 143; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 23.

¹¹⁶⁶ B.I)3)b)dd)(2).

¹¹⁶⁷ KG, Urte. v. 18.2.1969 WUW/E OLG 995, 996, „Handpreisauszeichner“; Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 7; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 24; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19, Rn. 7.

¹¹⁶⁸ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 29; Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 19.

¹¹⁶⁹ Vgl. KG, Urte. v. 7.2.1986, WuW/E OLG 3807, 3808, „Gruner+Jahr/Zeit“.

¹¹⁷⁰ Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 19.

¹¹⁷¹ Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 20.

¹¹⁷² KG, Urte. v. 7.2.1986, WuW/E OLG 3807, 3808.

¹¹⁷³ Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 20.

und spürbar sein.¹¹⁷⁴ Diese Kriterien waren hier nicht erfüllt. Denn selbst wenn der Anzeigenpreis der FAZ gegenüber den anderen Zeitungen einen Unterschied aufgewiesen hätte, der bei relativer Betrachtung mehr als 100 Prozent betrug, so hätte dies bezogen auf die absolute Preislage aber keine unterschiedlichen Preisklassen begründet, d.h. eine Separierung eigenständiger Märkte gerechtfertigt. Denn anders als bei Prestige- und Luxusartikeln, die gegenüber preiswerteren Produkten durch unterschiedliche Preisklassen unterschiedliche Nachfragergruppen zur Folge haben können und somit vereinzelt eine Abgrenzung eigenständiger Märkte erlauben¹¹⁷⁵, kann Entsprechendes nicht für Stellenanzeigen gelten, denn zum einen gibt es hier keine derartige Produktunterteilung in „Premiumanzeigen“ und „Billiganzeigen“ mit der Folge verschiedener Nachfragergruppen. Zum anderen tritt der Preisunterschied bei überregionalen Stellenanzeigen für Fach- und Führungskräfte schon hinter dem vergleichbaren Verwendungszweck bzw. den vergleichbaren Eigenschaften zurück.

Ein Rückgriff auf das Instrument der Marktbesonderheit war daher zur Begründung der Austauschbarkeit von FAZ mit den am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Verlagen trotz unterschiedlicher Anzeigenpreise nicht erforderlich.¹¹⁷⁶

Der Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ dient somit als weiterer Beleg dafür, dass trotz z.T. verschwimmender sachlicher und räumlicher Grenzen bei der pressespezifischen Marktabgrenzung die Anwendung des Bedarfmarktkonzepts zu sachgerechten Marktbestimmungen führt.

Dass die Vereinbarungen der an der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ beteiligten Verlage eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten i.S.v. § 1 GWB stand für keine der drei Instanzen am Ende ihrer Beurteilungen in Frage. Der BGH ging in seinem Beschluss nicht einmal ausdrücklich auf dieses Tatbestandsmerkmal ein, sondern bestätigte lediglich das Ergebnis des KG, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen in den Anwendungsbereich von § 1 GWB fielen.¹¹⁷⁷ Das KG wiederum bekräftigte hierbei den vom BKartA festgestellten Zweck des Gemeinschaftsvorhabens, den die Kartellbehörde vor dem Hintergrund der objektiven Eignung zur Einschränkung des Wettbewerbs anhand des Inhalts der Vereinbarungen dahingehend ermittelt hatte, dass das überregionale Stellenanzeigengeschäft nicht mehr unabhängig im gegenseitigen Wettbewerb zwischen SZ, FR und Welt/WamS, sondern koordiniert und gemeinsam betrieben werden sollte, so dass aufgrund dessen die Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt werden würde.¹¹⁷⁸ Dem war aus objektiver Sicht auch beizupflichten, denn durch die vertraglichen Vereinbarungen alle wesentlichen Aufgaben des Anzeigengeschäfts auf die „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ zu

¹¹⁷⁴ Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 20.

¹¹⁷⁵ BKartA, Beschl. v. 9.2.1996, AG 6/ 1996, S. 282, 283 f.; KG, Urt. v. 24.4.1985, WuW/E OLG 3577, 3584, „Hussel/Mara“; BKartA, Beschl. v. 4.2.1974, WuW/E BKartA 1475, 1476, „Haindl/Holtzmann“; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 29; Richter, in: Wiedemann, Handbuch des KartR, 2. Aufl., § 20, Rn. 20.

¹¹⁷⁶ Im Ergebnis so auch Hartmann-Rüppel/Wagner, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 142.

¹¹⁷⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹⁷⁸ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631; BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

übertragen wurde faktisch der Wettbewerb zwischen den beteiligten Verlagen auf dem Markt für überregionale Stellenanzeigen ausgeschaltet und ihre wettbewerbliche Handlungsfreiheit eingeschränkt. Die Freiheit jedes Verlages auch weiterhin entsprechende Stellenanzeigen einzeln in seiner jeweiligen Zeitung zu veröffentlichen, begründete keinen Handlungsspielraum, der etwas an der wettbewerbsbeschränkenden Eignung änderte, denn diesbezüglich hatte insbesondere das KG richtigerweise hervorgehoben, dass die Beteiligten aufgrund der Gestaltung ihrer Abmachungen weiterhin Wettbewerberinnen blieben, weswegen der hierbei festgestellten Prognose des Gerichts zuzustimmen war, dass im Hinblick auf den wirtschaftlichen Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens die Verlage keinen nennenswerten Preiswettbewerb untereinander hätten austragen können, um diesen nicht zu gefährden.¹¹⁷⁹ Denn ein Preiswettbewerb bei der Einzelbelegung hätte zu niedrigeren Preisen bei der gesamten Belegung aller Zeitungen gegenüber der Kombination führen können, was aus ökonomischer Betrachtung Absatzschwierigkeiten der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ zur Folge gehabt und nicht im Interesse der an der Kombination finanziell partizipierenden Verlage gelegen hätte.¹¹⁸⁰ Die Konsequenz daraus lag denknottwendig in einer weiteren, mittelbaren Beschränkung der Handlungsfreiheit, die in diesem Fall sogar vertraglich vereinbart wurde, indem sich die Verlage zur Preislistentreue verpflichtet hatten.¹¹⁸¹ Und unabhängig davon, ob zur Auslegung des Merkmals des Bezweckens in § 1 GWB in Anlehnung an Art. 81 Abs. 1 EG auf die objektive Eignung bzw. feststellbare Tendenz der Vereinbarung zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung abzustellen ist oder doch die subjektiven Absichten der beteiligten Unternehmen maßgeblich sein sollen¹¹⁸², brauchte an dieser Stelle nicht problematisiert werden, da auch mit letztgenannter Ansicht hier eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde. Denn natürlich war es das erklärte Ziel der SZ GmbH, der DuV GmbH und der ASV AG ihre Marktposition gegenüber der FAZ GmbH so zu verändern, dass sich mit Hilfe der Gründung eines klassischen Aufholkartells eine Gegenmacht bilden sollte.¹¹⁸³

Auch wenn für die Anwendung des Kartellverbots bereits die Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks der Maßnahme aufgrund des Alternativitätsverhältnisses von Zweck und Wirkung in § 1 GWB ausreichte¹¹⁸⁴, so ist der Annahme des BKartA aber insoweit zuzustimmen, dass die Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt hätten, denn sie war ihnen immanent, weil die vollständige gemeinsame Koordination des Stellenanzeigengeschäfts den Ausschluss von Wettbewerb unter den Beteiligten sehr

¹¹⁷⁹ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

¹¹⁸⁰ Vgl. KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

¹¹⁸¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209.

¹¹⁸² Für eine objektive Auslegung: *Hootz*, in GK, § 1, Rn. 181; Für eine subjektive Auslegung: Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 34; *Huber*, in FK, Kurzdarstellung § 1 n. F., Rn. 59; Zum Meinungsstreit ausführlich; vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 242 ff.

¹¹⁸³ So auch *Emmerich*, in: LM H. 12/2002 § 7 GWB Nr. 1, Bl. 2251; BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

¹¹⁸⁴ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1, Rn. 247; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1, Rn. 34.

wahrscheinlich gemacht hätte und auch unter wirtschaftlich-rationalen Gesichtspunkten zu erwarten war.¹¹⁸⁵

Dass diese Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt spürbar gewesen wäre, stand weder für das BKartA, noch für das KG oder den BGH außer Zweifel, wobei nur die Kartellbehörde eine ausführlichere Begründung hierfür lieferte, indem sie den Stellenanzeigenraum der beteiligten Unternehmen sowie ihre Bedeutung und Auflagenstärke anführte, der dem Wettbewerb entzogen worden wäre.¹¹⁸⁶ Dem schloss sich das KG ausdrücklich an¹¹⁸⁷, während der BGH nicht mehr explizit darauf einging, aber wohl im Ergebnis zustimmte.¹¹⁸⁸ Dieser Auffassung war ebenfalls beizutreten, denn durch den großen Vorsprung, den die Verlage mit Hilfe der Anzeigenkombination erreicht hätten, wäre auch eine wesentliche Veränderung der Marktpositionen sowohl gegenüber der FAZ als auch gegenüber den weiteren Marktteilnehmern einhergegangen. Über den dann spürbar stark eingeschränkten, wenn nicht ausgeschlossenen Wettbewerb unter den Beteiligten hinaus wäre es bzgl. der anderen Wettbewerber, insbesondere der damals neu hinzutretenden „Financial Times Deutschland“ aber auch der „Zeit“ zur fühlbaren Erhöhung der Marktzutrittschancen gekommen, denn nach dem allgemeinen Erfahrungssatz, wonach die Zeitung mit der höheren Auflage und der größeren Zielgruppenreichweite bevorzugt mit Anzeigen belegt wird¹¹⁸⁹, war hier von konkret feststellbaren und spürbaren Veränderungen der Marktfaktoren zum Nachteil Dritter auszugehen.¹¹⁹⁰

bb) Die Freistellungsfähigkeit der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ gem. § 7 Abs. 1 GWB

In den Entscheidungsbegründungen des BKartA, des KG und des BGH zu dem Kooperationsvorhaben „Stellenmarkt für Deutschland“ fanden sich zwar nur marginale Abweichungen bei der Beurteilung des Vorhabens hinsichtlich § 1 GWB, dafür bestanden aber z.T. wesentliche Unterschiede bei der Bewertung der Freistellungsvoraussetzungen von § 7 Abs. 1 GWB, die im Ergebnis erhebliche Folgen hatten, denn zweimal folgte die Untersagung und einmal die Freistellung des Gemeinschaftsunternehmens. Auch wenn das BKartA bis dahin nur wenige Möglichkeiten und der BGH nur eine einzige Möglichkeit hatte zu § 7 GWB Stellung zu nehmen¹¹⁹¹, weswegen bereits an dieser Stelle festzuhalten ist, dass § 7 GWB weder durch die Verwaltungspraxis noch durch die Rechtsprechung ein richtiges

¹¹⁸⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 212; vgl. dazu auch Kommission, Entsch. v. 15.7.75, ABl. 1975, Nr. L 228/3, 8, „IFTRA-Aluminium“; *Bunte* in: Langen/Bunte, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 100.

¹¹⁸⁶ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 213.

¹¹⁸⁷ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

¹¹⁸⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743.

¹¹⁸⁹ Vgl. Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 5 f.

¹¹⁹⁰ Vgl. dazu Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 43.

¹¹⁹¹ Das BKartA hatte zwischen 1999 und 2002 insgesamt sieben Freistellungsanträge nach § 7 GWB zu bearbeiten. Außerdem gab es mehr als 20 Anmeldungen aus dem Bankensektor, für die nach § 29 Abs. 1 GWB das Freistellungsverfahren des § 7 GWB entsprechend galt; vgl. dazu BKartA, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 44 f. und S. 166 f. sowie BKartA, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, S. 48 f.

Profil erhalten konnte¹¹⁹², so ermöglichte die unterschiedliche Beurteilung einzelner Freistellungsvoraussetzungen im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ einen ersten Überblick darüber, welche Tatbestandsmerkmale einer zukünftigen Generalklausel und Legalausnahme (pressespezifische) Probleme aufweisen können und wo die Vorteile gegenüber festen Ausnahmetatbeständen liegen.

So löste z.B. der Begriff der „Verbesserung“ bzgl. „der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder Dienstleistungen“ in § 7 Abs. 1 GWB bereits eine Kontroverse bei allen Beteiligten aus über den erforderlichen Umfang. Denn ein bestimmtes quantitatives Mindestmaß dieser Verbesserung war gesetzlich nicht vorgeschrieben¹¹⁹³, so dass aufgrund des erforderlichen angemessenen Verhältnisses zur Wettbewerbsbeschränkung und in Anlehnung an die Auslegungsgrundsätze von Art. 81 Abs. 3 EG zwar alle von einer gewissen Spürbarkeit und damit objektiven Vorteilen von einigem wirtschaftlichen Gewicht als Voraussetzung ausgingen.¹¹⁹⁴ Wann diese Grenze aber erreicht war, wurde unterschiedlich gesehen. Während das BKartA ernsthafte Zweifel daran hatte, dass mit der technischen Vereinfachung der Buchung von Anzeigen für die Kunden überhaupt schon eine ausreichend große Verbesserung bei der Dienstleistung eintreten würde¹¹⁹⁵, sahen die Verlagsunternehmen spürbare objektive Vorteile bereits in der Erweiterung des Angebots von Anzeigenraum verwirklicht, weil hiermit die Steigerung der Verbreitungsmöglichkeiten der einzelnen Anzeigen verbunden wäre.¹¹⁹⁶ Das KG dagegen sah gerade in der vereinfachten Anzeigenbuchung die ausreichende Verbesserung, lehnte die gesteigerte Verbreitungsmöglichkeit als einen entsprechenden objektiven Vorteil aber ab.¹¹⁹⁷ Dies wiederum entschied der BGH genau gegenteilig, weil er das geplante Kombinationsangebot v.a. als ein zusätzliches Produkt und damit als Verbreiterung, d.h. Verbesserung des Angebots einordnete.¹¹⁹⁸

Bereits diese Diskussion um die Freistellungsvoraussetzung der „Verbesserung“ in § 7 Abs. 1 GWB lässt erahnen, wie auslegungsfähig relativ unbestimmte Tatbestandsmerkmale einer Generalklausel sein können und wie konkretisierungsbedürftig sie sind, damit sie (für die Verlagsunternehmen) eine gewisse Rechtssicherheit begründen, insbesondere dann, wenn keine feststehenden Ausnahmetatbestände vorgeschaltet sind, die bereits einen Großteil der Kooperationsformen kartellrechtlich regeln.

¹¹⁹² So auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 129; vgl. dazu auch die Anmerkung von *Emmerich*, in: LM H. 12/2002 § 7 GWB Nr. 1, Bl. 2250.

¹¹⁹³ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 6.

¹¹⁹⁴ *BKartA*, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214; vgl. dazu auch *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 6 f.; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, KartR, Bd.2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 150; *Emmerich*, KartR, 9. Aufl., S. 84 ff.; *Bunte*, in: *FK*, § 7 GWB 1999, Rn. 7; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9; *Lange*, in: *Lange*, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 1. Aufl., S. 124, Rn. 213.

¹¹⁹⁵ *BKartA*, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214.

¹¹⁹⁶ Siehe Vgl. *BKartA*, Beschl. v. 25.8.99, S. 19; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B6_49_99.pdf (insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-V 209; Stand: 28.1.2010).

¹¹⁹⁷ *KG*, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631.

¹¹⁹⁸ *BGH*, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743 f.

Ebenfalls viel Beurteilungsspielraum bot in diesem Zusammenhang das Erfordernis der nicht anderweitigen Erreichbarkeit der Verbesserung, wie die unterschiedlichen Sichtweisen hierzu im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ zeigten. Obgleich für die Frage, inwieweit die Beteiligten die Verbesserung auch ohne bzw. mit einer anderen, weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung als die vorgesehene hätten erreichen können, grundsätzlich eine objektive Betrachtungsweise vorzunehmen war, so dass bei der erforderlichen Berücksichtigung von wettbewerbsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein einheitliches Ergebnis zu erwarten war.¹¹⁹⁹

Während jedoch das BKartA die Einbeziehung aller neben der FAZ bestehenden bedeutenden überregionalen allgemeinen Tages- und Sonntagszeitungen in die Stellenanzeigenkombination als nicht notwendig erachtete, weil nach Ansicht der Kartellbehörde die beteiligten Zeitungen schon einzeln, mindestens aber durch die bereits praktizierte Stellenanzeigenkombination „DSK“ das medientechnische Potenzial besaßen.¹²⁰⁰ Und das KG die Erreichbarkeit der geplanten Verbesserung nicht erst durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, sondern schon durch die gemeinsame Einrichtung einer autonomen Annahmestelle für möglich hielt¹²⁰¹, kam der BGH zu der Schlussfolgerung, dass eine für die Beteiligten zumutbare Ausweichmöglichkeit gerade nicht vorlag, weil die mit der Anzeigenkombination entstehende Verbesserung (eigenständiges Produkt) durch den vom KG gemachten Vorschlag so nicht zu erreichen gewesen wäre.¹²⁰²

Diese deutlich voneinander abweichenden Beurteilungen erfolgten allerdings im Zusammenhang mit der nach § 7 Abs. 1 GWB darüber hinaus erforderlichen Prüfung des angemessenen Verhältnisses zwischen der entstehenden Verbesserung und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung,

Denn obwohl § 7 Abs. 1 GWB in seiner Formulierung bzgl. der nicht anderweitigen Erreichbarkeit und hinsichtlich des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Formulierung in Art. 81 Abs. 3 EG abwich, waren beide Voraussetzungen mit Blick auf die beabsichtigte Angleichung an das europäische Recht dem in Art. 81 Abs. 3 lit. a EG verankerten Unerlässlichkeitskriterium nachempfunden, bei dem es sich letztlich um dieselbe Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit handelt, wenn auch zusammengefasst formuliert, so dass sich der eingangs erwähnte Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die alternative Erreichbarkeit der Verbesserung daraus erklärte, dass beide Freistellungsvoraussetzungen entsprechend dem Unerlässlichkeitskriterium nicht getrennt voneinander beurteilt werden konnten.¹²⁰³ Denn ob eine wettbewerbskonformere Lösung für

¹¹⁹⁹ Vgl. BKartA, Beschluss v. 10.7.1963, WuW/E BKartA 732, 739, „Superphosphat II“; EuGH, Urteil v. 25.3.1981, Slg. 1981, 851, „Cooperative Streuselen Kleurserlfabrik“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 152; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 50 f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 77; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

¹²⁰⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 215 f.

¹²⁰¹ KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631 f.

¹²⁰² BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

¹²⁰³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 19.2.1991, ABl. 1991, Nr. L 63/32, 44, „Screensport/EBU-Mitglieder“; Kommission, Entsch. v. 22.12.1976, ABl. 1977, Nr. L 16/8, 12, „Gerofabrik“; *Bunte*, KartR, S. 137; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9 f.; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 47.

die beteiligten Verlage zumutbar war oder nicht, bedurfte i.d.R. auch einer Verhältnismäßigkeitsabwägung.

Umgekehrt kam daher dem Tatbestandsmerkmal der nicht anderweitigen Erreichbarkeit eine entsprechende Indizwirkung für die Frage des angemessenen Verhältnisses zwischen Verbesserung und Wettbewerbsbeschränkung zu, denn die fehlende Erforderlichkeit bzw. das Vorliegen eines mildereren Mittels ließ von vornherein an einem angemessenen Verhältnis zweifeln.¹²⁰⁴

Da jedoch im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ über das Vorliegen eines mildereren Mittels konträre Ansichten bestanden, verhalf auch die damit prinzipiell einhergehende Indizwirkung nicht zu einer einheitlichen Auffassung über die Verhältnismäßigkeit von Verbesserung und Wettbewerbsbeschränkung. Für deren Beurteilung bildete aufgrund der fehlenden Gesetzesvorgaben oder allgemeingültiger Angemessenheitskriterien v.a. die einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung den zugrunde liegenden Wertungsmaßstab.¹²⁰⁵

Hierbei zeigte sich in Anknüpfung an das Zwischenergebnis zu den Praxisbeispielen nach §§ 2 ff. GWB erneut, dass das Prinzip der wertenden Einzelfallbetrachtung mit seiner Verhältnismäßigkeitsabwägung die flexibelste Form kartellrechtlicher Handhabung bietet, denn nur wenn die konkreten Vorteile der Verbesserung mit den damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen ins Verhältnis gesetzt werden, kann den (pressespezifischen) Besonderheiten jedes Einzelfalles gerecht werden.¹²⁰⁶

Doch der hiermit verbundene weite Beurteilungsspielraum ermöglicht häufig eine unterschiedliche Einschätzung der Sachlage, was in der Folge zu erheblich abweichenden Ergebnissen führen kann, wie die einzelnen Bewertungen im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ gezeigt haben.

Zwar maßen sowohl BKartA als auch KG übereinstimmend in ihren Abwägungen der vereinfachten Buchung von Anzeigen und dem erweiterten Angebot von Anzeigenraum als Folge der Steigerung der Haushaltsabdeckung und Zielgruppenreichweite im Verhältnis zu der damit eintretenden hochkonzentrierten, duopolistischen Angebotsstruktur und den dadurch erhöhten Marktzutrittschancen für andere Zeitungen nur eine untergeordnete Bedeutung zu.¹²⁰⁷ Der BGH hingegen kam aber zu dem Ergebnis, dass mit einer neuen Anzeigenkombination der spezielle, den Erstplazierten überproportional bevorzugende Mechanismus durchbrochen und eine Belebung des Wettbewerbs ermöglicht und auch nicht von sinkenden Marktzutrittsschranken sonstiger Wettbewerber überwogen worden wäre, weil gerade diese auf der bis dato unangefochtenen Marktführerstellung der FAZ beruht hätten.¹²⁰⁸

Im Ergebnis hatten die unterschiedlichen Beurteilungen daher zur Folge, dass in den zwei Vorinstanzen zunächst die Untersagung und letztinstanzlich die Freigabe des Vorhabens

¹²⁰⁴ Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 11.

¹²⁰⁵ Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 54 f.; Bunte, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 54 f.

¹²⁰⁶ Siehe B.I)1)c).

¹²⁰⁷ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 210 f., 216 f.; KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631 f.

¹²⁰⁸ BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

folgte, weshalb der Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ nicht nur ein Beleg dafür ist, dass eine wertende Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet ist die jeweiligen (pressespezifischen) Besonderheiten des Einzelfalles zu erfassen, sondern gleichzeitig verdeutlicht, dass hiermit regelmäßig die Gefahr eines lang andauernden Freistellungsverfahrens über mehrere Instanzen verbunden ist, bei dem sich die endgültige Entscheidung über einen langen Zeitraum hinauszögern kann (in diesem Fall nahezu vier Jahre!), was für die Unternehmen neben den ohnehin schon erheblichen Investitionskosten bei Kooperationsvorhaben (z.B. in Form von Gemeinschaftsunternehmen) mit einem nicht unwesentlichen Mehraufwand verbunden ist und darüber hinaus einen hohen Grad an Rechtsunsicherheit bedeutet. So erfolgte im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ die Freigabe des Gemeinschaftsunternehmens durch den BGH erst zu einem Zeitpunkt, als das Vorhaben von Seiten der Verlage im bisherigen Umfang schon längst wieder aufgegeben worden war, weil sich im Zeitraum des gesamten Verfahrens die Rahmenbedingungen entscheidend verändert hatten (Ausscheiden der ASV AG)¹²⁰⁹, so dass die Freigabe des ursprünglichen Vorhabens für die beteiligten Verlage zwar noch von theoretischem Wert war, allerdings die Umsetzung des Vorhabens mit nur noch zwei Verlagen (SZ GmbH und DuV GmbH) für die Zukunft legitimierte.

Diese Anzeigenkombination besteht auch aktuell noch und stellt mit einer Gesamtauflage von 764.109 Exemplaren (IVW II/2007)¹²¹⁰ und einer Reichweite von ca. 1,92 Mio. Personen (AWA 2007)¹²¹¹ einen gewichtigen Wettbewerber zur FAZ (466.242 Exemplare/0,95 Mio. Personen)¹²¹² dar, ohne hierbei die wirtschaftliche Selbständigkeit der beteiligten Verlage oder die publizistische Unabhängigkeit der zugehörigen Zeitungen zu beschränken und die Marktstellung der FAZ ernsthaft zu gefährden, weshalb im Ergebnis mit der Anzeigenkooperation neue Kräfteverhältnisse am Markt entstanden sind, die diesen kompetitiv in positiver Weise beeinflussen.

d) Ergebnis zur Zulässigkeit von pressespezifischen Kartellen nach § 7 GWB

Legt man zugrunde, dass mit § 7 GWB eine Freistellungsklausel geschaffen wurde, die sowohl den Kartellbehörden als auch den Unternehmen die Möglichkeit geben sollte, flexibel auf die in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlichen und sich rasch verändernden Sachverhaltskonstellationen angemessen zu reagieren¹²¹³, ergab sich mit Blick auf den Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ ein gespaltenes Bild.

¹²⁰⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740.

¹²¹⁰ Siehe IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, II. Quartal 2007; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=s> und <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=f> (Stand: 28.1.2010); vgl. auch die Homepage der SZ; veröffentlicht unter: http://mediadaten.sueddeutsche.de/anzeigen/files/mediadaten_szsfdplus.pdf (Stand: 2.8.2007).

¹²¹¹ Siehe AWA-Reichweitenliste, 2007; veröffentlicht unter: <http://www.awa-online.de/> (Stand: 28.1.2010); vgl. auch die Homepage der SZ; veröffentlicht unter: http://mediadaten.sueddeutsche.de/anzeigen/files/mediadaten_szsfdplus.pdf (Stand: 2.8.2007).

¹²¹² Siehe IVW-Auflagenliste, Tageszeitungen, II. Quartal 2007; veröffentlicht unter: <http://daten.ivw.eu/index.php?menuid=1111&u=&p=&t=Tageszeitungen+Gesamtliste&b=f> (Stand: 28.1.2010) und AWA-Reichweitenliste, 2007; veröffentlicht unter: <http://www.awa-online.de/> (Stand: 28.1.2010).

¹²¹³ Bunte, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1748, 1750.

Auf der einen Seite erlaubte der Verzicht auf eine bestimmte Kartellform in § 7 Abs. 1 GWB sehr weit reichende Handlungsspielräume bei Art und Umfang einer pressenspezifischen Kooperation, berücksichtigt man, dass es sich bei SZ, FR und Welt/WamS neben der FAZ um die größten überregionalen Tageszeitungen handelte, deren umfangreiches Kooperationsvorhaben mit Hilfe eines Gemeinschaftsunternehmens schließlich freigegeben wurde, nicht zuletzt deshalb, weil dessen kartellrechtliche Bewertung aufgrund der Beurteilungsspielräume in § 7 Abs. 1 GWB vom BGH verhältnismäßig flexibel gehandhabt werden konnte.

Die hiermit allerdings gleichzeitig einhergehenden unterschiedlichen Wertungsmöglichkeiten hatten mit Blick auf die Bewertungen von BKartA und KG aber so unterschiedliche Ergebnisse zur Folge, dass die damit gewonnene Flexibilität der Norm wieder einbüßte, indem das Kooperationsvorhaben bis zu einer endgültigen Entscheidung alle Instanzen durchlaufen musste, weshalb sich das gesamte Verfahren über einen Zeitraum von vier Jahren hinzog und warum § 7 GWB dem Anspruch letztlich nicht gerecht werden konnte, eine verbesserte Reaktionsmöglichkeit auf sich rasch verändernde Sachverhaltskonstellationen zu bieten. Denn während der Dauer des Verfahrens führte die insgesamt ungünstige Wirtschaftslage zu einem Abbau von Stellen und deshalb zu einer stark verminderten Nachfrage von Stellenanzeigen, so dass die mit dem insgesamt geringen Anzeigenaufkommen verbundene Pressekrise der Jahre 2000 ff. in Kombination mit dem Projektausstieg der ASV AG mustergültige Veränderungen der Rahmenbedingungen und Sachverhaltskonstellation bedeuteten, die eine schnelle Entscheidung erfordert hätten, um den Verlagen Planungssicherheit zu geben.

Diese Feststellung wiegt aber mit Blick auf den subsidiären Charakter von § 7 GWB weniger schwer, wenn man berücksichtigt, dass es sich hierbei um eine Freistellungsklausel handelte, die eine Ergänzung zu den anderen Ausnahmetatbeständen darstellte und mit denen im Vorfeld bereits ein großes Maß an Rechtssicherheit sowohl in wettbewerbs- als auch pressepolitischer Hinsicht bestand¹²¹⁴, was sich bezeichnenderweise auch in der Tatsache widerspiegelt, dass kaum pressenspezifische Kooperationsvorhaben über den Beschluss des BKartA hinaus Gegenstand gerichtlicher Überprüfung durch das KG oder gar den BGH geworden sind.¹²¹⁵

Mit Blick auf die Generalklausel und Legalausnahme des § 2 GWB n.F. erscheint einzelfallorientierte Flexibilität und Praktikabilität daher prinzipiell möglich, Rechtssicherheit ohne vorgeschaltete Ausnahmetatbestände aber fraglich.

Inwieweit Flexibilität, Praktikabilität und Rechtssicherheit einer Generalklausel und Legalausnahme darüber hinaus in Frage zu stellen sind, weil sich weitere Problemkreise von § 7 Abs. 1 GWB, insbesondere aufgrund terminologischer Abweichungen zur Vorbildvorschrift des Art. 81 Abs. 3 EG, auf § 2 GWB n.F. übertragen lassen oder ob der Fall „Stellenmarkt für

¹²¹⁴ Vgl. B.I)1)c).

¹²¹⁵ So auch Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 31.

Deutschland“ gemäß der neuen Legalausnahme hätte problemlos entschieden werden können, soll im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein.

II) Die Zulässigkeit im Rahmen des GWB in seiner Siebten Fassung

Mit der Einführung von § 7 GWB hatte sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, trotz geplanter Annäherung an den europäischen Freistellungstatbestand bestimmte Differenzierungen zu Art. 81 Abs. 3 EG beizubehalten, weil diese nötig waren, um gleichzeitig den Anforderungen des GWB-Systems (Prinzip der festen Ausnahmetatbestände, Subsidiarität eines Auffangtatbestandes) gerecht zu werden, was sich vordergründig im z.T. unterschiedlichen Wortlaut ausdrückte, der wie festgestellt mal weiter, mal enger gefasst war.¹²¹⁶ Mit der vollständigen Übernahme der Freistellungskriterien von Art. 81 Abs. 3 EG in § 2 Abs. 1 GWB n.F. und dem damit verbundenen Systemwechsel zur Legalausnahme wurden alle Unterschiede zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht im Bereich der Freistellungstatbestände ausgeglichen.¹²¹⁷ Ob mit der finalen Angleichung auch die auf den terminologischen Abweichungen basierenden Problemkreise der Vorgängernorm des § 7 GWB damit obsolet geworden sind und ob der Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ nach aktuellem Recht anders hätte entschieden werden müssen, soll der Vergleich von § 7 GWB mit § 2 GWB n.F. zeigen.

Beleuchtet werden aber auch die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von § 4 Abs. 1 GWB und § 3 GWB n.F. und deren Auswirkungen auf die Anwendungspraxis. Hierfür dienen bereits überprüfte Fälle von Mittelstandskartellen als Vergleichsobjekt.

1) Von § 7 GWB zu § 2 GWB n.F.: Der Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ im Vergleich beider Freistellungstatbestände

a) Effizienzvorteile und angemessene Beteiligung der Verbraucher

Während § 7 Abs. 1 GWB in seinen Freistellungsvoraussetzungen auf die Verbesserung speziell der Beschaffung, der Entwicklung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren abstellte und die Verbesserung ausdrücklich auch auf Dienstleistungen bezog, stellt § 2 Abs. 1 GWB n.F. entsprechend Art. 81 Abs. 3 EG dagegen allgemein auf eine Verbesserung von Warenerzeugung oder -verteilung ab, was für Dienstleistungen nach den „Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag“¹²¹⁸ allerdings entsprechend gelten soll.¹²¹⁹ Diese und andere Freistellungsleitlinien der Kommission bilden die Auslegungsmaßstäbe bei der Beurteilung der Freistellungsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG und können damit

¹²¹⁶ Siehe hierzu auch bei *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 133 ff.

¹²¹⁷ Obgleich bei der Formulierung von § 2 GWB n.F. im Gegensatz zum Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG das Prinzip der Legalausnahme berücksichtigt wurde. So heißt es in § 2 Abs. 1 GWB n.F. „Vom Verbot des § 1 sind freigestellt...“, während der Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG „...können für nicht anwendbar erklärt werden...“ noch vom System des Freistellungsvorbehalts geprägt ist; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 132 f.

¹²¹⁸ Die „Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag“ sind abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 4, S. 1106 ff.

¹²¹⁹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 4, S. 1121; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 133 m.w.N.

folglich auch für § 2 Abs. 1 GWB n.F. als Bewertungsgrundlage bei der Rechtsanwendung herangezogen werden.¹²²⁰ Sie entfalten zwar keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung für die nationalen Gerichte und Behörden, weil es sich nur um unverbindliche Verwaltungsgrundsätze handelt.¹²²¹ Dennoch stellen sie gewichtige Auslegungsargumente für das GWB dar, denn sie spiegeln die langjährige Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht wider, was im Grundsatz eine Vermutung für ihre rechtspraktische Plausibilität spricht.¹²²²

So sind die Tatbestandsmerkmale der „Beschaffung, Entwicklung, Rücknahme oder Entsorgung“ aus § 7 Abs. 1 GWB zwar kein Bestandteil mehr von § 2 Abs. 1 GWB n.F.¹²²³, sie finden unter Beachtung der Horizontalleitlinien der Kommission¹²²⁴ bzw. gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 GWB n.F. der verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) aber weiterhin ihre Berücksichtigung.¹²²⁵

Da der Schwerpunkt des geplanten Gemeinschaftsunternehmens im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ in der Akquisition und der Verwaltung der Stellenanzeigen für den neuen Stellenmarktteil lag, der als neues Produkt eigenständig vermarktet werden sollte, würde diese Art der Kooperation von den Horizontalleitlinien im Abschnitt „Vermarktungsvereinbarungen“ behandelt.¹²²⁶ In diesem Fall war aber zu beachten, dass die Herstellung und der Vertrieb des „Buches“ mit den Stellenanzeigen von den einzelnen Verlagen für die jeweilige Zeitung selbst erfolgen sollten, weshalb keine Produktionsvereinbarung vorlag.¹²²⁷ Somit handelte es sich nicht um den gemeinsamen Vertrieb bereits existierender Produkte, wie es die meisten Formulierungen der Leitlinien und die dort angeführten Beispiele voraussetzen, sondern um die gemeinsame Vermarktung eines

¹²²⁰ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 27; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150 m.w.N.; Kling/Thomas, KartR, S. 526, Rn. 15.

¹²²¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2005, WuW/E DE-R 1610, 1613, „Filigranbetondecken“; Kling/Thomas, KartR, S. 526, Rn. 15; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 14 ff.

¹²²² In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass eine Abweichung eines letztinstanzlichen Gerichts von den Leitlinien der Kommission deshalb einen Tatbestand darstellen, der eine Vorlage zum EuGH erforderlich macht; *Bornkamm/Becker*, in: ZWeR 2005, „Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts“, S. 230; vgl. auch Kling/Thomas, KartR, S. 526, Rn. 15.

¹²²³ Etwas anderes gilt für das Merkmal der „Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ aus Art. 81 Abs. 3 EG, welches in § 7 Abs. 1 GWB noch keine Berücksichtigung gefunden hatte, weil hierin zunächst eine „industriepolitische und gemeinwohlorientierte Öffnungsklausel“ gesehen wurde, die in § 2 Abs. 1 GWB n.F. nun aber doch Einzug gehalten hat, weil die Entscheidungspraxis der Kommission gezeigt habe, dass dieses Tatbestandsmerkmal anhand wettbewerblicher Maßstäbe auszulegen sei; Vgl. BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 134; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 7; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 2; *Lange*, in: Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 1. Aufl., S. 123, Rn. 209; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 2.

¹²²⁴ Z.B. für Einkaufs- und Umweltschutzvereinbarungen; vgl. die „Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit“; abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B5, S. 1139 ff.; die Abschnitte „Einkaufs- bzw. Umweltschutzvereinbarungen“ befinden sich auf S. 1167 ff. und S. 1182 ff.

¹²²⁵ Z.B. VO 2659/2000: Gruppenfreistellung für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen E., S. 677 ff.

¹²²⁶ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 5, S. 1172 ff.

¹²²⁷ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150.

neuen gemeinschaftlichen Produkts.¹²²⁸ Diesen Fall einer Vermarktungsvereinbarung berücksichtigen die Horizontalleitlinien zwar nicht unmittelbar¹²²⁹, dennoch kann auf die dort angeführten Grundsätze, in jedem Fall aber auf die allgemeinen Grundsätze nach Art. 81 Abs. 3 EG, wie sie sich aus den Freistellungsleitlinien ergeben, bei der Bewertung zurückgegriffen werden.¹²³⁰

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH sind bei der Feststellung, ob die beschränkende Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. von Dienstleistungen (im Wortlaut der Freistellungsrichtlinien: „Effizienzgewinne“) beiträgt, lediglich objektive Vorteile zu berücksichtigen¹²³¹, wobei nicht allein Kosteneinsparungen maßgeblich sind, sondern auch die Schaffung eines Mehrwerts in Form von neuen oder verbesserten Produkten.¹²³²

Damit ergibt sich für die Beurteilung dieser Freistellungsvoraussetzung in § 2 Abs. 1 GWB n.F. im Vergleich zu § 7 Abs. 1 GWB prinzipiell nichts Neues, denn auch dort wurde die „Verbesserung“ bereits in Anlehnung an die Auslegungsgrundsätze von Art. 81 Abs. 3 EG ermittelt¹²³³, so dass die im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ festgestellte Auslegungsfähigkeit des Begriffes auch im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. nach wie vor gilt und viel Beurteilungsspielraum bietet, weshalb es auch aktuell zu unterschiedlichen Bewertungen durch BKartA, KG und BGH gekommen wäre und womit weiterhin die Gefahr der Rechtsunsicherheit verbunden bleibt.¹²³⁴

Anzumerken bleibt hierbei aber, dass die zum Vorliegen der „Verbesserung“ gemachten Entscheidungsbegründungen unter dem aktuellen Freistellungstatbestand von § 2 Abs. 1 GWB n.F. den Anforderungen der Kommission nicht genügen würden, da diese eine detaillierte Analyse bei der Feststellung von Effizienzgewinnen erwartet.¹²³⁵ Danach soll sich die Überprüfung der geltend gemachten Verbesserungen nicht nur auf die Art der Verbesserung und deren Zusammenhang mit der Vereinbarung beschränken, sondern es sollen auch die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß der Effizienzgewinne beurteilt und möglichst quantifiziert werden.¹²³⁶ Ferner soll festgestellt werden, wie und wann die Vorteile erreicht werden und welche Kosten dabei anfallen.¹²³⁷ Im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“

¹²²⁸ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150.

¹²²⁹ Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 5, S. 1172 ff.

¹²³⁰ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150.

¹²³¹ EuGH, Urt. v. 13.7.1966, Slg. 1966, 322, „Consten/Grundig“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 143 und Anhang B 4, S. 1121; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/ Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 159.

¹²³² *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/ Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 160; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 148; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150.

¹²³³ Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 6 f.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 2, 10. Aufl., Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 150; Emmerich, KartR, 9. Aufl., S. 84 ff.; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 7, Rn. 9.

¹²³⁴ Vgl. B.I)3)c)bb).

¹²³⁵ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 151.

¹²³⁶ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 151; siehe auch Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 4, S. 1121 f.

¹²³⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang D, S. 1121 f.

hatten BKartA, KG und BGH zwar (voneinander abweichend) die Art der Verbesserungen und deren Kausalität mit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung festgestellt, es fehlte aber an den Ausführungen über das Ausmaß der Gewinne und wann diese zu erwarten gewesen wären.¹²³⁸ Sowohl Kartellbehörde als auch die Gerichte hätten sich nach europäischem Maßstab damit auseinandersetzen müssen, in welchem Maß und in welcher Zeitspanne Leser und Inserenten das neue Produkt annehmen würden und die Vorteile als solche erkannt und realisiert worden wären.¹²³⁹ Denn insbesondere der Zeitfaktor stellt bei der späteren Abwägung der Alternativvorschläge im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Unerlässlichkeitsmerkmal) ein wichtiges Kriterium dar.¹²⁴⁰

Insofern ergibt sich aus den erhöhten Anforderungen an die Entscheidungsbegründung hinsichtlich der Freistellungsvoraussetzung der „Verbesserung“ jetzt eine gewisse Begrenzung des Beurteilungsspielraums, denn durch die erforderliche detaillierte Analyse erhält die Entscheidung mehr Transparenz, womit sich die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses erhöht, welches dann besser Aufschluss über zukünftige Verfahren geben kann, was letztlich zu mehr Rechtssicherheit führt.

Keine wesentlichen Beurteilungsunterschiede im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ würden auftreten hinsichtlich des Merkmals der angemessenen Gewinnbeteiligung des Verbrauchers, denn bereits § 7 Abs. 1 GWB entsprach im Wortlaut und Inhalt diesbezüglich Art. 81 Abs. 3 EG, so dass die hier von allen drei Instanzen positiv übereinstimmenden Ausführungen darüber, inwieweit die Inserenten und Stellen Suchenden von den Änderungen profitieren würden auch unter § 2 Abs. 1 GWB n.F. Bestand gehabt hätten.¹²⁴¹

b) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (Verhältnismäßigkeitsprüfung)

Zumindest vom Wortlaut ließe der Prüfungspunkt der Verhältnismäßigkeitsabwägung von Wettbewerbsbeschränkung und erzielter Verbesserung auf Unterschiede zwischen § 7 GWB und § 2 GWB n.F. schließen, denn während in § 7 Abs. 1 GWB als Voraussetzung für eine Freistellung die Verbesserung auf andere Weise nicht erreicht werden durfte und in einem angemessenen Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung stehen musste, setzt § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. entsprechend Art. 81 Abs. 3 lit. a EG voraus, dass die Beschränkung zur Erreichung der Verbesserung unerlässlich sein muss. Wie aber bereits festgestellt, war schon zwischen § 7 Abs. 1 GWB und Art. 81 Abs. 3 lit. a EG inhaltlich von keinem Unterschied auszugehen¹²⁴², denn wenn etwas unerlässlich ist, um ein Ziel zu erreichen, kann das Ziel nicht anders als mit dem „Etwas“ erreicht werden.¹²⁴³

¹²³⁸ Siehe BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214 f.; KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 631; BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1743 f.; vgl. auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 151.

¹²³⁹ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 151 f.

¹²⁴⁰ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 152.

¹²⁴¹ Siehe hierzu die Beurteilungen des BKartA, Beschl. v. 25.8.1999, WuW/E DE-V 209, 215; BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744; vgl. auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 151.

¹²⁴² Siehe B.I)3)c)bb).

¹²⁴³ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 134.

Insofern entspricht die Verhältnismäßigkeitsprüfung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. prinzipiell der von § 7 Abs. 1 GWB, so dass aufgrund der fehlenden Gesetzesvorgaben oder allgemeiner Angemessenheitskriterien auch aktuell BKartA, KG und BGH im Rahmen ihrer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtungen des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“ zu entsprechend unterschiedlichen Ergebnissen gekommen wären.

Im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist allerdings zu beachten, dass im Rahmen von § 7 Abs. 1 GWB noch keine Berücksichtigung von Interessen des Gemeinwohls möglich war, weil dieses Kriterium ausschließlich der Ministerfreistellung gemäß § 8 GWB vorbehalten war.¹²⁴⁴ Bei Art. 81 Abs. 3 lit. a EG dagegen ist das Gemeinwohl und sind die Ziele der Verträge wichtige Elemente bei der Abwägung der Vor- und Nachteile¹²⁴⁵, so dass diese Kriterien nun auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. ihre Berücksichtigung finden müssen.¹²⁴⁶ Hiermit eröffnen sich weitere Beurteilungsspielräume für die Behörden und Gerichte, denn der Begriff des Gemeinwohls entzieht sich einer inhaltlichen Festlegung.¹²⁴⁷

Aber selbst dieser zusätzliche Beurteilungsspielraum in § 2 Abs. 1 GWB n.F. würde die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung von § 7 Abs. 1 GWB vom BGH für die Freistellung der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ zugrunde gelegte und heftig kritisierte Konstruktion der Durchbrechung einer strukturellen Besonderheit des Stellenanzeigenmarktes nicht stützen¹²⁴⁸, denn insbesondere Gegenmachtkartelle können durch Art. 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 Abs. 1 GWB n.F. grundsätzlich nicht gerechtfertigt sein¹²⁴⁹, selbst wenn sie theoretisch als gesamtwirtschaftlich vorteilhaft angesehen werden und damit dem Gemeinwohl dienen können.¹²⁵⁰ Denn wie den Freistellungsrichtlinien eindeutig zu entnehmen ist, können beschränkende Vereinbarungen nicht gerechtfertigt sein, weil sie darauf abzielen gerechte Wettbewerbsbedingungen im Markt zu gewährleisten.¹²⁵¹ Da das Vorhaben „Stellenmarkt für Deutschland“ -wie schon vom BKartA festgestellt und vom KG bestätigt- aber gerade darauf abzielte durch Begründung einer Gegenmacht die produktbezogenen Wettbewerbsvorteile des Marktführers FAZ auszugleichen¹²⁵², wäre eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB n.F. mit dem Argument des BGH, dass es in diesem Fall nicht um die Schaffung einer Gegenmacht ging, sondern den Erstplazierten überproportional bevorzugenden Mechanismus zu durchbrechen und dadurch eine auf andere Weise nicht zu

¹²⁴⁴ *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 5; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 134 f.

¹²⁴⁵ Vgl. Kommission, *Entsch. v. 23.12.1992*, ABl. 1993, Nr. L 20/ 14, Rn. 36, „Ford/ Volkswagen“.

¹²⁴⁶ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 135.

¹²⁴⁷ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 8, Rn. 37.

¹²⁴⁸ Zur strukturellen Besonderheit des Stellenanzeigenmarktes BGH, *Urt. v. 9.7.2002*, ZIP 38/2002, S. 1741; hierzu kritisch *Emmerich*, in: LM H. 12/2002 § 7 GWB Nr. 1, Bl. 2251; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 153.

¹²⁴⁹ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 152.

¹²⁵⁰ Vgl. *Schuhmacher*, in: ZHR 1976, „Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip“, S. 348; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 8, Rn. 40.

¹²⁵¹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 4, S. 1120 mit Hinweis auf EuG, *Urt. v. 21.2.1995*, Rs. T -29/92, Slg. 1995, II-289, Rn. 294 ff., „Vereniging van Samenwerkende Prijsregelnde Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)“.

¹²⁵² BKartA, *Beschl. v. 25.8.99*, WuW/E DE-V 209, 214; KG, *Urt. v. 19.7.2000*, WuW/E DE-R 628, 632.

erreichende Belegung des Wettbewerbs zu ermöglichen¹²⁵³, nach aktueller Rechtslage wohl nicht mehr möglich gewesen.¹²⁵⁴

So ist mit Blick auf das Unerlässlichkeitskriterium und seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen, dass die Freistellungsleitlinien der Kommission im Falle ihrer Berücksichtigung der wertenden Einzelfallbetrachtung und den hiermit verbundenen großen Beurteilungsspielräumen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. einen klarer konturierten, nach wettbewerblichen Kriterien begrenzenden Rahmen verleihen, der § 7 Abs. 1 GWB seinerzeit noch gefehlt hat, der allerdings auch weniger notwendig war, da dem subsidiären Ergänzungstatbestand feste Ausnahmetatbestände vorgeschaltet waren, die bereits den Großteil der Kooperationsformen regelten. Insofern liegt mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. und den Freistellungsrichtlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG eine wettbewerbsrechtlich sinnvolle Kombination aus Flexibilität der Einzelfallabwägung und relativ feststehenden Auslegungsgrundsätzen vor.

c) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Nicht von § 7 Abs. 1 GWB übernommen wurde dessen Freistellungsvoraussetzung, wonach die Wettbewerbsbeschränkung nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen durfte, denn auch hinsichtlich der Freistellungsobergrenze übernahm § 2 Abs. 1 GWB n.F. die Formulierung aus Art. 81 Abs. 3 lit. b EG, wonach den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet werden darf für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschließen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.).

Zwar sollte trotz des geänderten Wortlauts in § 7 Abs. 1 GWB im Vergleich zu Art. 81 Abs. 3 EG inhaltlich nichts anderes gemeint sein¹²⁵⁵, doch durch die terminologische Abweichung zur gemeinschaftsrechtlichen Regelung ergab sich das Problem der Einbeziehung des Marktbeherrschungsbegriffes von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB, der die überragende Marktstellung selbst beim Bestehen wesentlichen Wettbewerbs erfasst, welche aber bei Art. 81 Abs. 3 EG grundsätzlich keine Berücksichtigung findet, weil dort allein auf das Kriterium „Wettbewerb“ abzustellen ist.¹²⁵⁶ Daher war nur im Wege der Ausklammerung der überragenden Marktstellung eine europarechtlich konforme Auslegung möglich und deshalb nicht ganz unstrittig, wollte man den Marktbeherrschungsbegriff innerhalb des GWB einheitlich auffassen und hierfür den grundsätzlichen Auslegungsmaßstab des Marktbeherrschungsbegriffes in § 19 GWB zugrunde legen.¹²⁵⁷

Dieses Problem ist mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. nun nicht mehr existent, da jetzt entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Regelung ausdrücklich das Kriterium „Wettbewerb“ den Maßstab bildet. Es ist davon auszugehen, dass nicht nur dieses, sondern

¹²⁵³ Vgl. BGH, Urt. v. 9.7.2002, ZIP 38/2002, S. 1740, 1744.

¹²⁵⁴ So auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 153; a.A. *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹²⁵⁵ BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 48; vgl. auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 135.

¹²⁵⁶ B.I)3)b)bb)(2)(b)(cc).

¹²⁵⁷ Vgl. B.I)3)b)bb)(2)(b)(cc).

wohl all diejenigen Problemkreise von § 7 Abs. 1 GWB, die aus terminologischen Abweichungen zu Art. 81 Abs. 3 EG resultierten, im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. aufgrund der Wortgleichheit mit der europäischen Generalklausel keine Relevanz mehr besitzen¹²⁵⁸, zumal bereits mit § 7 Abs. 1 GWB inhaltlich eine weitgehende Angleichung an Art. 81 Abs. 3 EG erfolgte und die Abweichungen im Wortlaut nur deshalb bestanden, um den Anforderungen des GWB-Systems (z.B. dem System der Ausnahmetatbestände) gerecht zu werden.¹²⁵⁹

So verlor mit Einführung des Prinzips der Legalausnahme auch die Subsidiaritätsregelung in § 7 Abs. 2 GWB ihren Sinn und Zweck, weshalb sie in § 2 GWB n.F. keiner Berücksichtigung mehr bedarf, obwohl mit § 3 GWB n.F. ein spezieller Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle i.S.v. § 4 Abs. 1 GWB erhalten bleibt, der aber aufgrund des Systemwechsels und der Anpassung an das europäische Recht bzw. dessen Vorranges nun ebenfalls eine Legalausnahme bildet und nur auf nationaler Ebene und bei horizontalen Vereinbarungen Anwendung finden kann (hierzu unten mehr).¹²⁶⁰

Theoretisch wäre es daher zwar denkbar, dass Rationalisierungskooperationen von Großverlagen mit Marktausgleichszwecken (Gegenmachtkartelle) im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. freigestellt werden könnten.¹²⁶¹ Finden die Freistellungsleitlinien, wie grundsätzlich zu erwarten aber ihre Berücksichtigung, dann sind auch im deutschen Kartellrecht Gegenmachtkartelle, wie im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ prinzipiell ausgeschlossen.¹²⁶²

d) Der Geltungsbereich der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen im deutschen Kartellrecht gemäß § 2 Abs. 2 GWB n.F.

Gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 GWB n.F. finden nun die für Art. 81 Abs. 3 EG geltenden GVOen entsprechend Anwendung, selbst wenn keine zwischenstaatliche Beeinträchtigung vorliegt (§ 2 Abs. 2 S. 2 GWB n.F.).

GVOen begründen abstrakt-generell Freistellungen bestimmter Arten („Gruppen“) von Vereinbarungen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG.¹²⁶³ Gekennzeichnet ist eine solche „Gruppe“ von Vereinbarungen durch gemeinsame oder vergleichbare Merkmale, die wegen der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten, ihrer Handelspartner, ihrer Mitbewerber sowie der Verbraucher typisierend beurteilt werden können.¹²⁶⁴ Hierbei können

¹²⁵⁸ So auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 135.

¹²⁵⁹ Unterschiede im Wortlaut bestanden außerdem auch deshalb, weil Art. 81 Abs. 3 EG lediglich durch sekundäre Rechtsakte und nur für die Kommission wirklich verbindliche Leitlinien eine nähere Ausgestaltung erfahren hatte. Hieran konnten sich deutsche Behörden und Gerichte zwar orientieren, sich darauf aber nicht berufen; *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 135.

¹²⁶⁰ Vgl. A.I)4(cc).

¹²⁶¹ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 136.

¹²⁶² Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 4, S. 1120 mit Hinweis auf EuG, Entsch. v. 21.2.1995, Rs. T -29/92, Slg. 1995, II- 289, Rn. 294 ff., „Vereniging van Samenwerkende Prijsregelnde Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO).“

¹²⁶³ Lettl, KartR, 2. Aufl., Rn. 15.

¹²⁶⁴ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches WettbewerbsR, § 1, Rn. 13; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 73.

GVOen sowohl für horizontale als auch für vertikale Vereinbarungen aber auch für bestimmte Wirtschaftssektoren erfolgen.

Beispiele für GVOen über horizontale Vereinbarungen stellen die Verordnungen über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (VO 2658/2000¹²⁶⁵), Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (VO 2659/2000¹²⁶⁶) sowie Technologietransfer-Vereinbarungen (VO 772/2004¹²⁶⁷) dar.

Als GVO für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ist die VO 2790/1999 zu nennen¹²⁶⁸, die allerdings gegenüber anderen GVOen subsidiär ist, weil sie nicht für vertikale Vereinbarungen gilt, deren Gegenstand in den Geltungsbereich einer anderen GVO fällt (Art. 2 V VO 2790/1999), was z.B. bei Vereinbarungen in speziellen Wirtschaftsbereichen der Fall sein kann.

So sind in wirtschaftssektorspezifischer Hinsicht beispielsweise die GVOen über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor (VO 358/2003¹²⁶⁹) sowie auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor (VO 1400/2002¹²⁷⁰) zu nennen.

Hinsichtlich dieser GVOen wird allerdings kontrovers diskutiert, welche Rechtsnatur ihnen im deutschen Recht zukommt, insbesondere ob sie konstitutive oder ähnlich wie die Freistellungsleitlinien lediglich deklaratorische Wirkung entfalten.¹²⁷¹ Bereits mit der Modernisierung des EG-Kartellrechts durch die VO 1/2003 und des damit verbundenen Systemwechsels zur Legalausnahme entbrannte der Streit über die weitere Bedeutung der GVOen innerhalb des neuen Systems.¹²⁷² Während eine Ansicht seit der VO 1/2003 den GVOen keine eigenständige Bedeutung mehr zumisst und sie lediglich noch als

¹²⁶⁵ Abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen, D. VO 2658/2000, S. 651 ff.

¹²⁶⁶ Abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen, E. VO 2659/2000, S. 677 ff.

¹²⁶⁷ Abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen, C. VO 772/2004, S. 587 ff.

¹²⁶⁸ Abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen, A. VO 2790/1999, S. 377 ff.

¹²⁶⁹ Abgedruckt in: Langen/Bunte, KartR, 10. Aufl., Bd. 2, Anhang 1.32., S. 1880 ff.

¹²⁷⁰ Abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., IV. Gruppenfreistellungsverordnungen, B. VO 1400/2002, S. 449 ff.

¹²⁷¹ Vgl. in letzter Zeit insbesondere *Baron*, in: WuW 2006, „Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme - ein Scheinproblem“, S. 358 ff.; *Bornkamm/Becker*, in: ZWeR 2005, „Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts“, S. 222 ff.; *Fuchs*, in: ZWeR 2005, „Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme“, S. 1 ff.; vgl. auch *Kling/Thomas*, KartR, S. 524 ff., Rn. 11 ff.

¹²⁷² Für die deklaratorische Wirkung *Hirsch*, in: ZWeR 2003, „Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte“, S. 246 f.; *Koenigs*, in: DB 2003, „Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht“, S. 759; und für die konstitutive Wirkung *Wagner*, in: WRP 2003, „Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht - Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik“, S. 1372 ff.; *Schmidt*, in: BB 2003, „Umdenken im Kartellverfahrensrecht! Gedanken zur Europäischen VO Nr. 1/2003“, S. 1241.

einschränkende Konkretisierungen der Legalsausnahme einordnet¹²⁷³, geht die Gegenansicht nach wie vor von konstitutiven Gesetzgebungsakten aus.¹²⁷⁴ Diese Kontroverse ist mit der Angleichung an das Gemeinschaftsrecht insbesondere durch § 2 Abs. 2 GWB n.F. auf nationale Ebene übergelapungen. Während die Befürworter der lediglich deklaratorischen Wirkung ins Feld führen, dass einer konstitutiven Wirkung der GVOen im EG-Recht v.a. der Vorrang des Primärrechts entgegensteht, weil sonst die normsystematisch niedriger stehenden GVOen einen über Art. 81 Abs. 3 EG hinausgehenden Freistellungsbereich schaffen würden¹²⁷⁵, begründen die Vertreter der Gegenposition ihre Meinung damit, dass es sich zum einen bei den GVOen eindeutig um Rechtsnormen i.S.d. Art. 249 EG handelt, d.h. materielle Gesetze mit materiellem Regelungsgehalt und zum anderen die Möglichkeit zum Entzug der Freistellung nach § 32d GWB n.F. bzw. nach Art. 7 Vertikal-GVO, Art. 29 VO 1/2003 keinen Sinn machen würde, wenn die GVOen keinen eigenständigen Anwendungsbereich neben § 2 Abs. 1 GWB n.F. bzw. Art. 81 Abs. 3 EG besäßen.¹²⁷⁶ Denn ein Entzug der Freistellung könnte nur in Betracht kommen, wenn die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB n.F. bzw. Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt wären.¹²⁷⁷ Dem ist der Aspekt hinzuzufügen, dass das System der GVOen praktisch entwertet würde, wenn diese lediglich die Wirkung bloßer Leitlinien zur Auslegung von § 2 Abs. 1 GWB n.F. bzw. Art. 81 Abs. 3 EG hätten, was für die mit ihnen angestrebte Wirksamkeit als „safe harbour“ für die Unternehmen eine deutliche Reduzierung bedeuten würde, weil sonst jede Freistellung einer Vereinbarung, die unter eine GVO fällt, angezweifelt werden könnte wegen Nichterfüllung von Art. 81 Abs. 3 EG.¹²⁷⁸ Materielle Rechtssicherheit könnten die GVOen dann also nicht vermitteln.

Vor dem Hintergrund, dass im EG-Primärrecht Art. 81 Abs. 3 EG und Art. 83 Abs. 2 lit. b EG selbst das System der GVOen als ein Verfahren zur Konkretisierung des Anwendungsbereiches von Art. 81 Abs. 3 EG ermöglichen, ist davon auszugehen, dass auch alle damit verbundenen Funktionsvoraussetzungen der GVOen, insbesondere ihre positive materielle rechtliche Wirkung als „safe harbour“ primärrechtlich angelegt sind, so dass dies die Annahme stützt, dass eine Vereinbarung, die unter eine GVO fällt, solange materielle rechtlich von Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt ist, wie die Kommission den Vorteil einer einschlägigen GVO nicht entzogen hat, selbst wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt

¹²⁷³ So z.B. *Geiger*, in: EuZW 2000, „Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG – eine Reform, besser als ihr Ruf“, S. 165.; vgl. auch *Heinemann*, in: JURA 2003, „Europäisches Kartellrecht – Einführung und aktuelle Entwicklungen (Teil I)“, S. 655; Lettl, KartR, 2. Aufl., Rn. 15.

¹²⁷⁴ *Eilmansberger*, in: JZ 2001, „Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs“, S. 374; *Gröning*, in: WRP 2001, „Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62“, S. 85; *Jaeger*, in: WuW 2000, „Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte“, S. 166; *Wagner*, in: WRP 2003, „Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht – Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik“, S. 1374 f.

¹²⁷⁵ Vgl. *Baron*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 359 ff.; *Kling/Thomas*, KartR, S. 525, Rn. 13.

¹²⁷⁶ *Baron*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 364; *Bornkamm/Becker*, in: ZWeR 2005, a.a.O., S. 224; *Kling/Thomas*, KartR, S. 524, Rn. 12; vgl. aber auch *Fuchs*, in: ZWeR 2005, „Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme“, S. 12ff. und *Schmidt*, in: BB 2003, a.a.O., S. 1241.

¹²⁷⁷ So auch *Kling/Thomas*, KartR, S. 524, Rn. 12.

¹²⁷⁸ *Kling/Thomas*, KartR, S. 525, Rn. 13.

sind.¹²⁷⁹ Für die Anwendung der GVOen im deutschen Kartellrecht über § 2 Abs. 2 GWB n.F. muss dieses Ergebnis aber erst recht gelten, denn sind diese über die dynamische Verweisung anwendbar, stehen sie im Rang auf der Ebene des einfachen nationalen Rechts, da anders als im Verhältnis von Art. 81 Abs. 3 EG zu den GVOen, besteht von Seiten des § 2 Abs. 1 GWB n.F. kein normhierarchisch begründeter Vorrang der Freistellungsvoraussetzungen.¹²⁸⁰ Insoweit ist bei den GVOen sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht von einer konstitutiven Wirkung auszugehen.¹²⁸¹

Sind die konkreten Voraussetzungen einer GVO also erfüllt, wird die Vereinbarung gemäß § 2 Abs. 2 GWB n.F. nicht vom Kartellverbot erfasst. Gleichzeitig aber sind damit auch die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. erfüllt, so dass die Vereinbarung dann grundsätzlich aus doppeltem Grund freigestellt ist, sog. *Doppelwirkung im Recht*.¹²⁸²

Für den Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ hätte sich trotz dieser doppelten Freistellungsmöglichkeit kein anderes Ergebnis ergeben, da hier keine der aufgezählten GVOen einschlägig gewesen wäre, so dass das „Stellenmarkt“ – Urteil des BGH nach aktuellem Gesetzesstand keine Rechtsgrundlage mehr gefunden hätte.¹²⁸³

In Ergänzung zu der beim Unerlässlichkeitskriterium getroffenen Feststellung ist daher hinzuzufügen, dass nicht nur die nun auch für das deutsche Recht geltenden, aber rechtlich nicht bindenden Freistellungsrichtlinien der Kommission, sondern v.a. auch die über § 2 Abs. 2 GWB n.F. anwendbaren konstitutiven GVOen im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 GWB n.F. einen wettbewerblichen Rahmen bieten, der durch die Auslegungsgrundsätze und Freistellungsvorgaben grundsätzlich geeignet ist das Rechtsschutzniveau der Generalklausel zu heben, weil insbesondere mit den GVOen feste Ausnahmetatbestände vorliegen, die den Unternehmen eine sichere Beurteilungsgrundlage für die Selbsteinschätzung hinsichtlich der Freistellungsfähigkeit ihrer Vorhaben an die Seite stellen (Stichwort „safe harbour“).¹²⁸⁴ Dies gilt für die Freistellungsfähigkeit im Positiven, wie auch im Negativen. Denn für den Pressebereich selbst besteht keine eigene GVO, so dass eine Freistellung aus wirtschaftssektoralen Gründen auf diese Weise grundsätzlich ausscheidet.

e) Bewertung der Zulässigkeit nach § 2 GWB n.F.

Erschien die kartellrechtliche Praktikabilität und Flexibilität einer Generalklausel nach der Analyse des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“ am Maßstab von § 7 Abs. 1 GWB im Hinblick auf die nun ausschließlich geltende Legalausnahme des § 2 Abs. 1 GWB n.F. wahrscheinlich, die Gewährleistung von Rechtssicherheit aber fraglich, weil die Gefahr von

¹²⁷⁹ Kling/Thomas, KartR, S. 525 f., Rn. 13.

¹²⁸⁰ Kling/Thomas, KartR, S. 526, Rn. 14.

¹²⁸¹ Im Ergebnis ebenso *Baron*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 364 f.; *Bornkamm/Becker*, in: ZWeR 2005, a.a.O., S. 223 f.; *Fuchs*, in: ZWeR 2005, „Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme“, S. 10 ff.; *Schmidt*, in: BB 2003, a.a.O., S. 1241.

¹²⁸² *Schmidt*, in: BB 2003, a.a.O., S. 1241; Kling/Thomas, KartR, S. 524, Rn. 11.

¹²⁸³ So auch *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 153.

¹²⁸⁴ Im Ergebnis so auch Lettl, KartR, 2. Aufl., Rn. 10.

unterschiedlichen Beurteilungen und dadurch lang andauernden Verfahren auftauchte¹²⁸⁵, so zeigt die vergleichende Bewertung des selben Falles nach § 2 Abs. 1 GWB n.F., dass z.B. der auch weiterhin auslegungsfähige Begriff der „Verbesserung“ („Effizienzgewinn“) und die weiterhin einzelfallorientierte Verhältnismäßigkeitprüfung („Unerlässlichkeitskriterium“) zwar immer noch große Beurteilungsspielräume zulassen.¹²⁸⁶ Doch anders als bei § 7 Abs. 1 GWB hat der Systemwechsel und die vollständige Angleichung an Art. 81 Abs. 3 EG jetzt Auslegungsgrundsätze in Form von Freistellungsrichtlinien sowie konkretisierte rechtsverbindliche Freistellungsvoraussetzungen durch die GVOen mit sich gebracht, deren Vorgaben diesen Beurteilungsspielräumen einen nach wettbewerblichen Kriterien begrenzten Rahmen verleihen.¹²⁸⁷

So hätte es im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. unter Beachtung der Anforderungen der Kommission im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ bei allen drei Instanzen an einer ausreichend detaillierten Entscheidungsbegründung insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Effizienzgewinne („Verbesserung“) gefehlt, denn diese hätte nach europäischen Maßstäben die genaue Quantifizierung der Wahrscheinlichkeit und des Ausmaßes der Effizienzgewinne erfordert, worüber sich weder in der Beurteilung des BKartA oder des KG noch des BGH Aussagen finden ließen.¹²⁸⁸

Andererseits wäre die Freistellungsbegründung des BGH mit der Aussage, dass es im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ nicht um die Schaffung von Gegenmacht ginge, sondern darum, den Erstplazierten überproportional bevorzugenden Mechanismus zu durchbrechen und dadurch eine auf andere Weise nicht zu erreichende Belebung des Wettbewerbs zu ermöglichen, unter Zugrundelegung der europäischen Freistellungsrichtlinien wohl nicht mehr von § 2 Abs. 1 GWB n.F. gedeckt gewesen, da diesen eindeutig zu entnehmen ist, dass beschränkende Vereinbarungen nicht gerechtfertigt sein können, nur weil sie darauf abzielen gerechte Wettbewerbsbedingungen im Markt zu gewährleisten.¹²⁸⁹

Das Konstrukt des BGH wäre demzufolge im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB n.F. nicht mehr haltbar und das Vorhaben daher zu untersagen gewesen, womit im Ergebnis kein Unterschied zu den Entscheidungen von BKartA und KG bestünde, die bereits bei der Überprüfung anhand von § 7 Abs. 1 GWB die Kooperation aufgrund der unzulässigen Bildung eines Gegenmachtkartells abgelehnt hatten.¹²⁹⁰ Insoweit hätte nach neuer Rechtslage wohl weitgehend Übereinstimmung in der Beurteilung des Falles bestanden, was die Annahme stärkt, dass der nunmehr erhöhte Anspruch an die Entscheidungsbegründung in Kombination mit den Auslegungsgrundsätzen der Kommission der rechtlichen Bewertung nach § 2 Abs. 1 GWB n.F. im Vergleich zu § 7 Abs. 1 GWB einen klar konturierten Rahmen verschafft, der in

¹²⁸⁵ B.I)3)d).

¹²⁸⁶ Vgl. B.II)1)a) und B.II)1)b).

¹²⁸⁷ *Hartmann-Rüppel/Wagner*, in: ZWeR 1/2004, a.a.O., S. 150 m.w.N.; siehe zur Bedeutung der Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission bei der Auslegung von § 2 GWB n.F. auch die Ausführungen bei *Bunte*, in: *Langen/Bunte, KartR*, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 14 ff.

¹²⁸⁸ B.II)1)a).

¹²⁸⁹ B.II)1)b).

¹²⁹⁰ BKartA, Beschl. v. 25.8.99, WuW/E DE-V 209, 214; KG, Urt. v. 19.7.2000, WuW/E DE-R 628, 632.

der Folge ein erhöhtes Rechtsschutzniveau für die Unternehmen bedeutet. Denn durch die begrenzte Interpretationsmöglichkeiten der Norm, die konkreten GVOen und eine einheitliche Verwaltungspraxis bzw. Rechtsprechung wird die im Rahmen von § 2 GWB n.F. notwendige Selbsteinschätzungen (System der „Selbstveranlagung“ bzw. Prinzip der Selbsteinschätzung¹²⁹¹) vereinfacht. Damit besteht eine Rechtssicherheit ähnlich derjenigen, die mit den festen Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB vorlag und die zurzeit von § 7 Abs. 1 GWB dessen weiten Tatbestand aufgrund der Subsidiarität der Norm abfedern konnte.¹²⁹²

Während aber das mit § 7 GWB verfolgte Ziel, ohne eine bestimmte Kartellform sowohl den Kartellbehörden als auch den Unternehmen die Möglichkeit zu geben flexibel auf die in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlichen und sich rasch verändernden Sachverhaltskonstellationen angemessen zu reagieren¹²⁹³ im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ z.T. noch unerreicht blieb¹²⁹⁴, erscheint mit § 2 GWB n.F. nicht nur eine vergleichsweise hohe Rechtssicherheit gewährleistet, sondern auch die gewünschte Flexibilität im Umgang mit neuen (pressespezifischen) Kooperationsformen. Denn v.a. mit Blick auf das Medium Internet als Paradebeispiel für unterschiedliche und sich rasch verändernde Sachverhaltskonstellationen insbesondere im Bereich der Presse (Beispiel „Internetplattformen“), erfüllt die Legalausnahme die notwendigen Voraussetzungen, um diesbezüglich angemessen kartellrechtlich reagieren zu können.¹²⁹⁵ So lässt es sich bei der derzeitigen Dynamik des Internets nicht leicht prognostizieren, ob sich z.B. ein bestimmter Marktplatz durchsetzen oder gar marktbeherrschend wird und deshalb Gefahren einer Marktabschottung bestehen¹²⁹⁶, weshalb für eine derartige Bewertung die relativ großen Beurteilungsspielräume einer Generalklausel das beste Instrument bieten, um die notwendige einzelfallorientierte Entscheidung zu ermöglichen.¹²⁹⁷ Diese Spielräume werden in § 2 Abs. 1 GWB n.F. durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung, aber auch durch die grundsätzliche Auslegungsfähigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale gewährleistet, ohne dabei uferlos zu sein.¹²⁹⁸ Im Zusammenhang mit dem Internet ist außerdem zu berücksichtigen, dass dieses nicht nur eine direkte horizontale, sondern auch die vertikale Vernetzung von Verlagsunternehmen und Geschäftsabläufen ermöglicht, weshalb neue Vertriebs- und Beschaffungswege eröffnet und die traditionellen Handelswege und -stufen teilweise obsolet

¹²⁹¹ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 2, Rn. 2; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 8.

¹²⁹² Vgl. B.I)3)d) und B.I)1)c).

¹²⁹³ *Bunte*, in: DB 1998, „Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“, S. 1748, 1750.

¹²⁹⁴ B.I)3)d).

¹²⁹⁵ B.I)1)c)bb)(2).

¹²⁹⁶ Zu den wettbewerbsrechtlichen Gefahren durch das Internet vgl. auch BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 12.

¹²⁹⁷ Die Möglichkeit der flexibleren bzw. differenzierteren Analyse des Einzelfalls durch das Instrument der Generalklausel wird vom BKartA bestätigt; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 28.

¹²⁹⁸ Siehe B.II)1)a) und B.II)1)b).

werden.¹²⁹⁹ Doch auch diese Fälle können von § 2 GWB n.F. erfasst werden, da dessen Anwendungsbereich sich nicht nur auf horizontale, sondern auch auf vertikale Kooperationen erstreckt¹³⁰⁰, so dass hier die notwendige Flexibilität für die kartellrechtliche Überprüfung gegeben ist.

Festzuhalten bleibt damit, dass durch die konsequente Angleichung von § 2 GWB n.F. an Art. 81 Abs. 3 EG mit Blick auf § 7 GWB eine Weiterentwicklung stattgefunden hat, in Folge derer die bereits mit § 7 GWB angestrebten Ziele erreicht wurden ohne hierbei dessen Schwächen zu übernehmen. Nicht unberücksichtigt bleiben darf dabei allerdings, dass viele Anwendungsprobleme von § 7 GWB aus der Zwitterstellung der Norm resultierten, indem die Norm als ergänzende Freistellungsklausel zu den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB einerseits den Anforderungen des damals geltenden Systems entsprechen musste, andererseits aber die Funktion einer Generalklausel i.S.d. der Legalausnahme von Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen sollte. So entfielen mit dem Systemwechsel auf einen Schlag z.B. die Problemkreise, die allein aufgrund der vorher notwendigen terminologischen Abweichungen zu Art. 81 Abs. 3 EG bestanden.

2) *Von § 4 Abs. 1 GWB zu § 3 GWB n.F.: Pressespezifische Kooperationsfälle im Lichte des „neuen“ Freistellungstatbestandes für Mittelstandskartelle*

Mit § 3 GWB n.F. existiert im GWB noch ein weiterer Freistellungstatbestand neben § 2 GWB n.F., dessen Sinn und Zweck entsprechend § 4 Abs. 1 GWB darin liegt, kleineren und mittleren Unternehmen als „strukturellen Nachteilsausgleich“ eine leichtere Legalisierungsmöglichkeit für Rationalisierungskartelle zu geben.¹³⁰¹ Insofern entspricht § 3 GWB n.F. seiner Vorgängernorm in vielerlei Hinsicht.¹³⁰² Doch vor dem Hintergrund der Angleichung an das Gemeinschaftsrecht ist der Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle jetzt unter Beachtung des nach den Vorgaben des Art. 81 EG ausgerichteten und in den §§ 1 und 2 GWB n.F. systematisch übernommen Regelungsgefüges zu interpretieren, so dass sich daraus im Vergleich zu § 4 Abs. 1 GWB Änderungen im Bereich der tatbestandlichen Voraussetzungen und auch bzgl. der Rechtsfolgen ergeben.¹³⁰³

¹²⁹⁹ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 8 ff.

¹³⁰⁰ Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 4.

¹³⁰¹ In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es im Hinblick auf § 3 Abs. 1 GWB n.F., durch ihn sollten „insbesondere kleine und mittlere Unternehmen Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen verbessern“; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 2; siehe auch BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 5 f., Rn. 11; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010); vgl. auch BReg, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 32 f; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 1 f.; Schneider, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 1; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 4.

¹³⁰² Schneider, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 2; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 1 f.; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 3; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 2.

¹³⁰³ Schneider, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 2.

a) Änderungen aufgrund des Systemwechsels

Ein grundlegender Unterschied besteht bereits darin, dass § 3 Abs. 1 GWB n.F. anders als § 4 Abs. 1 GWB im Verhältnis zum Kartellverbot des § 1 GWB aufgrund des Systemwechsels eine Legalausnahme darstellt, d.h. die freistellende Wirkung ipso iure eintritt.¹³⁰⁴ Da § 3 Abs. 1 GWB n.F. selbst allerdings systematisch erheblich vom europäischen Konzept abweicht, indem er einen eigenen Ausnahmetatbestand für eine bestimmte Kooperationsform bildet, die nicht generalklauselartig erfasst wird und mit der Siebten GWB-Novelle aber gerade ein Gleichklang zwischen Art. 81 (Abs. 3) EG und §§ 1 und 2 GWB n.F. hergestellt werden sollte, bedeutet dies in der Konsequenz, dass sich der Geltungsbereich von § 3 Abs. 1 GWB n.F. auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen Art. 81 Abs. 3 EG nicht zur Anwendung kommt.¹³⁰⁵ Daher beschränkt sich die potenzielle Einschlägigkeit von § 3 Abs. 1 GWB n.F. auf die Fälle von horizontalen Vereinbarungen ohne Berührung des zwischenstaatlichen Handels i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG¹³⁰⁶, weshalb die Nichterfüllung der *Zwischenstaatlichkeitsklausel* eine ungeschriebene, aus der Gesetzessystematik folgende Tatbestandsvoraussetzung darstellt.¹³⁰⁷ Dies hat aber auch zur Folge, dass für § 3 Abs. 1 GWB n.F. als eigenständiger nationaler Freistellungstatbestand die materiellen Vorgaben von Art. 81 Abs. 3 EG, welche in § 2 Abs. 1 GWB n.F. widergespiegelt sind, nicht bindend sein können und eine eigenständige, vom europäischen Recht abweichende Bewertung zulassen.¹³⁰⁸ Hierfür spricht auch, dass in § 3 Abs. 1 GWB n.F. lediglich ein Verweis auf die Rechtsfolgen der Generalklausel von § 2 Abs. 1 GWB n.F. besteht, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Mittelstandsnorm grundsätzlich losgelöst vom Verständnis des Tatbestandes von § 2 Abs. 1 GWB n.F. (bzw. Art. 81 Abs. 3 EG) auszulegen sind und die bisherige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis zu § 4 Abs. 1 GWB weiterhin eine wesentliche Auslegungshilfe für die Vorschrift des § 3 Abs. 1 GWB n.F.

¹³⁰⁴ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3.

¹³⁰⁵ BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 7, Rn. 17; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010); Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 4; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 309, Rn. 7 f.

¹³⁰⁶ Da § 3 GWB n.F. damit an der herkömmlichen Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen festhält, obwohl diese Unterscheidung nach dem Systemwechsel grundsätzlich entfallen ist, ist im Rahmen von § 3 Abs. 1 GWB n.F. weiterhin eine Abgrenzung erforderlich, die sich auch weiterhin nach den Regeln und Maßstäben der früheren Rechtslage richtet; siehe hierzu ausführlich Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 309, Rn. 7 und S. 281 ff., Rn. 14 ff. m.w.N.

¹³⁰⁷ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3; vgl. zur Bedeutung der Zwischenstaatlichkeitsklausel als Freistellungsvoraussetzung von § 3 Abs. 1 GWB n.F. auch *Wimmer-Leonhardt*, in: WuW 2006, „Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandkartellen“, S. 486 ff.

¹³⁰⁸ Dass der Gesetzgeber nie die Absicht hatte, Kernbeschränkungen in Mittelstandkartellen wie im europäischen Recht zu beurteilen, zeigt auch die Stellungnahme der BReg zur Gegenäußerung des BR v. 14.7.2004 auf S. 2 sowie die Entwicklung des im Vermittlungsverfahren ganz aus dem Gesetz gestrichenen § 23 GWB-E, der aus anderen Gründen insgesamt als verunglückt empfunden wurde. Der Gesetzesentwurf der BReg (BT-Drs. 441/04) enthielt folgenden § 23 GWB: „Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich zugrunde zulegen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind.“ Im Gesetzesbeschluss des BT (BT-Drs. 210/05) wurde § 3 GWB n.F. von dieser Regelung ausgenommen; *Rißmann*, in: WuW 2006, „Kartellverbot und Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen nach der 7. GWB-Novelle“, S. 886 f., Fn. 48; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 10.

darstellt.¹³⁰⁹ § 3 Abs. 1 GWB n.F. stellt aber keine abschließende Regelung über die Freistellung von Mittelstandskartellen dar, denn sind dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht weiterhin die Möglichkeit der Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB n.F.¹³¹⁰ Damit bildet § 3 Abs. 1 GWB n.F. allerdings keinen Unterfall von § 2 Abs. 1 GWB n.F., denn zwischen beiden Ausnahmetatbeständen ist nicht von einem Subsidiaritätsverhältnis, sondern vielmehr von einer Gleichrangigkeit auszugehen, womit die Prüfungsreihenfolge grundsätzlich einzelfallabhängig ist.¹³¹¹

Im Zusammenhang mit der Problematik von Tatbestandskonkurrenzen bleibt noch festzuhalten, dass die mit § 4 Abs. 1 GWB bisher vorliegende Konkurrenzproblematik zu den Spezialisierungskartellen gemäß § 3 GWB sich mit § 3 Abs. 1 GWB n.F. erledigt hat, denn diese werden nun von der neu gefassten Freistellungsnorm mit erfasst, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.¹³¹²

Tatbestandlich entfallen sind die in § 4 Abs. 2 GWB geregelten Einkaufskooperationen, die nach neuer Rechtslage i.d.R. nur noch von § 2 Abs. 1 GWB n.F. freigestellt werden können, es sei denn, es handelt sich um Sachverhalte ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug. Dann kann auch § 3 Abs. 1 GWB n.F. einschlägig sein.¹³¹³

Verfahrensrechtlich ist mit dem Systemwechsel zwar die Anmeldepflicht für Mittelstandskartelle entfallen, § 3 Abs. 2 GWB n.F. enthält aber mit dem Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c GWB n.F. (Nichtigkeitsbescheid) eine verfahrensmäßige Übergangsregelung¹³¹⁴, die den mittelständischen (Verlags-)Unternehmen die Möglichkeit geben soll mehr Rechtssicherheit zu erlangen, als dies im neuen System der Legalausnahme normalerweise möglich ist.¹³¹⁵ Zu beachten ist aber, dass die Entscheidung im Rahmen von § 3 Abs. 2 S. 1 GWB n.F. (§ 32 c GWB n.F.) rechtlich keine Aussage darüber enthält, dass die Vereinbarung materiell die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 GWB n.F. erfüllt, sondern nur die Erklärung, dass für die Kartellbehörde „kein Anlass besteht, tätig zu werden“.¹³¹⁶ Die damit bewirkte Selbstbindung der Kartellbehörde gilt deshalb immer nur solange keine „neuen Erkenntnisse“ vorliegen.¹³¹⁷

¹³⁰⁹ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 10; *Lutz*, in: WuW 2005, „Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle“, S. 720.

¹³¹⁰ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 44 f.; BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 14, Rn. 26; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹³¹¹ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 10.

¹³¹² BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 45.

¹³¹³ Da es sich in der Vergangenheit bei den meisten Mittelstandskartellen um Vertriebsgemeinschaften, d.h. Syndikate handelte, vgl. Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 4, kommt § 3 Abs. 1 GWB n.F. diesbezüglich aller Wahrscheinlichkeit nach eine hohe rechtspraktische Bedeutung zu.

¹³¹⁴ Gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 GWB n.F. tritt diese Regelung (§ 3 Abs. 2 S. 1 GWB n.F.) am 30.6.2009 außer Kraft.

¹³¹⁵ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 52; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 2; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 12; *Lutz*, in: WuW 2005, „Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle“, S. 721.

¹³¹⁶ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 14.

¹³¹⁷ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 14.

b) Praktische Auswirkungen

Mit § 3 GWB n.F. wollte der Gesetzgeber die bisherige Sonderbehandlung des Mittelstandes im deutschen Wettbewerbsrecht beibehalten¹³¹⁸, schließlich hatte sich § 4 Abs. 1 GWB bis zur Siebten GWB-Novelle zur wichtigsten Ausnahme vom Kartellverbot entwickelt.¹³¹⁹ Zudem gelten Kooperationen der mittelständischen Wirtschaft nach wie vor als nützlich und strukturell wettbewerbsfördernd¹³²⁰, weil regelmäßig die damit verbundenen positiven Wirkungen die hierbei ebenfalls auftretenden Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen¹³²¹, weshalb die Hauptintention des Gesetzgebers bzgl. § 3 Abs. 1 GWB n.F. darin lag, auch nach der Kartellrechtsreform entsprechend der Entscheidungspraxis zum bisherigen § 4 Abs. 1 GWB vergleichbare Ergebnisse zu erzielen.¹³²²

Auch wenn diese Erwartungshaltung in Anbetracht des systematischen Vorrangs von Art. 81 Abs. 3 EG und des hierdurch eingeschränkten Anwendungsbereiches des § 3 Abs. 1 GWB n.F. wohl als übersteigert eingestuft werden muss¹³²³, so ist vor dem Hintergrund, dass § 3 Abs. 1 GWB n.F. in seinen entscheidenden Freistellungsvoraussetzungen mit denen des früheren § 4 Abs. 1 GWB inhaltlich übereinstimmt und der Tatsache¹³²⁴, dass hinsichtlich § 3 Abs. 1 GWB n.F. die materiellen Vorgaben von Art. 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 Abs. 1 GWB n.F. prinzipiell keine bindende Wirkung entfallen¹³²⁵, festzustellen, dass die im Rahmen dieser Arbeit nach § 4 Abs. 1 GWB untersuchten pressespezifischen Kooperationsfälle auch nach aktueller Rechtslage allesamt vom Geltungsbereich des § 3 Abs. 1 GWB n.F. erfasst worden wären.

Denn sowohl im Fall „Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk“, als auch im Fall „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ sowie im Beispiel „Prisma-Verlag“ handelte es sich um Kooperationsvorhaben auf horizontaler Ebene¹³²⁶, deren jeweiligen Vereinbarungen keine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten erwarten ließen, weil nach den objektiven (rechtlichen sowie tatsächlichen) Gesamtumständen des Einzelfalls nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehbar war, dass die unternehmerischen Verhaltensweisen unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den freien Warenverkehr in dieser Art und Weise hätten

¹³¹⁸ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 4.

¹³¹⁹ Allein in den 90er Jahren wurden über 180 Mittelstandskartelle mit mehr als 1500 Beteiligten gezählt; siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 1991/1992, BT-Drucks. 12/5200, S. 39; Tätigkeitsbericht des BKartA 1993/1994, BT-Drucks. 13/1660, S. 29; vgl. auch Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 4.

¹³²⁰ Vgl. BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 5, Rn. 11; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹³²¹ Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 5.

¹³²² BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 28.

¹³²³ So *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 4.

¹³²⁴ *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 885; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 5; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 1.

¹³²⁵ *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 886 f.; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 10.

¹³²⁶ Siehe B.I)1)b)bb(1); B.I)2)b)aa) und B.I)2)b)bb).

beschränken können.¹³²⁷ Denn losgelöst von der Annahme der Kommission, dass eine Spürbarkeit grundsätzlich ausscheidet, wenn der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf keinem der betroffenen relevanten Märkte innerhalb der Gemeinschaft fünf Prozent erreicht und der gesamte Jahresumsatz der Parteien innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Vereinbarung umfassten Waren nicht den Betrag von 40 Mio. Euro überschreitet¹³²⁸, musste für diese Fälle eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausscheiden, weil sich die jeweiligen Wettbewerbsbeschränkungen nur auf dem nationalen (deutschen) Markt auswirkten und die Auswirkungen auf die Tätigkeit von ausländischen Unternehmen in diesen Märkten gering einzuschätzen waren¹³²⁹, so dass weder Handelsschranken hierdurch entstehen konnten noch das die vom EG-Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung der Märkte erschwert wurde.¹³³⁰

Insoweit stützen diese Fälle auch die allgemeine These der Kommission, wonach Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen grundsätzlich nicht zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet sind¹³³¹, was wohl insbesondere für (v.a. mittelständische) Kooperationsvorhaben im Pressebereich regelmäßig gilt, weil es sich bei den Beteiligten hauptsächlich um Verlagsunternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt im lokalen bzw. regionalen Bereich handelt, deren Presseerzeugnisse, wie z.B. Zeitungen oder Anzeigenblätter i.d.R. maximal nationale Bedeutung aufweisen und Kooperationen entsprechend lokal, regional bzw. höchstens überregional stattfinden.¹³³²

Im Hinblick auf die restlichen dem § 4 Abs. 1 GWB entsprechenden Freistellungsvoraussetzungen in § 3 Abs. 1 GWB n.F., wie das Vorliegen einer zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit in Form von Vereinbarungen oder Beschlüssen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben müssen und dabei den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen dürfen, aber dazu dienen müssen, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB n.F.), hätte sich im Vergleich mit der Bewertung nach der Vorgängernorm für besagte Fälle nichts am jeweiligen Ergebnis geändert, denn für diese Tatbestandsmerkmale sind aufgrund der Eigenständigkeit der Norm im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht weiterhin die Auslegungsmaßstäbe für die entsprechenden Freistellungsmerkmale in § 4 Abs. 1 GWB zugrunde zulegen.¹³³³

¹³²⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.6.1966, Slg. 1966, 282, „LTM/Maschinenbau Ulm“; EuGH, Urt. v. 14.5.1997, Slg. 1997, II 759, „Bloemkwekerijprodukten“; vgl. auch die „Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel“, abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 3, S. 1083, Rn. 24 ff.

¹³²⁸ „Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel“, abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 3, S. 1090 f., Rn. 52.

¹³²⁹ Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81, Rn. 112.

¹³³⁰ Schneider, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 15.

¹³³¹ Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 309, Rn. 8; Schneider, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 5; Lutz, in: WuW 2005, „Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle“, S. 721.

¹³³² Vgl. zu den Märkten im Pressebereich Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53 f.

¹³³³ Hier kann die bisherige Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und Gerichte zu § 4 Abs. 1 GWB uneingeschränkt herangezogen werden; Lutz, in: WuW 2005, a.a.O., S. 721.

Exemplarisch für die Notwendigkeit der eigenständigen, an die Vorgängernorm des § 4 Abs. 1 GWB angelehnten Auslegung steht das Freistellungsmerkmal „kleine oder mittlere Unternehmen“. Während im deutschen Kartellrecht „kleine oder mittlere Unternehmen“ bisher nach ihrer relativen Größe im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern bestimmt wurden¹³³⁴, orientiert sich das europäische Recht an absoluten Grenzen.¹³³⁵ War bei § 4 Abs. 1 GWB die Marktstruktur entscheidend, gilt im Gemeinschaftsrecht die Empfehlung der Kommission, welche als mittlere Unternehmen noch solche mit bis zu 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis 50 Mio. Euro bzw. einer Jahresbilanzsumme bis 43 Mio. Euro definiert.¹³³⁶ Mit diesem Verständnis ginge § 3 Abs. 1 GWB n.F. aber weit über die bisher nach § 4 Abs. 1 GWB gewährte Freistellung hinaus.¹³³⁷

Denn es ist zu beachten, dass die Kommissionsempfehlung primär Förderungsmaßnahmen für kleine und mittlere Unternehmen seitens der Mitgliedstaaten, der Europäischen Investitionsbank und des Europäischen Investitionsfonds betrifft.¹³³⁸ Hierbei stellt die Kommission zwar einen Bezug zum Wettbewerbsrecht her, indem sie für das Handels-de-minimis in Art. 81 Abs. 1 EG auf ihre Empfehlung verweist.¹³³⁹ Die Zwischenstaatlichkeitsschwelle dient in erster Linie jedoch dazu, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem Recht der Mitgliedsstaaten abzugrenzen.¹³⁴⁰ Solch eine schematische Betrachtungsweise würde § 3 Abs. 1 GWB aber nicht gerecht, weil Größennachteile von kleineren und mittleren Unternehmen von der jeweiligen Markt- und Unternehmensstruktur in den konkreten Wirtschaftsbereichen abhängen, so dass eine großzügigere und an absoluten Werten ausgerichtete Auslegung unter Heranziehung der Kommissionsempfehlung für § 3 Abs. 1 GWB n.F. (insbesondere im Hinblick auf den Pressebereich) nicht in Frage kommt.¹³⁴¹

Aber auch mit Blick auf die Voraussetzung des „Nichtvorliegens einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung“ muss eine Annäherung der Rechtspraxis zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. an diejenige zu der „Wettbewerbsklausel“ gemäß Art. 81 Abs. 3 lit. b EG aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts und den divergierenden Zielsetzungen ausscheiden.¹³⁴²

Trotz aller Eigenständigkeit von § 3 Abs. 1 GWB n.F. bewirkt die grundsätzliche Anpassung an das europäische Recht und der damit verbundene Systemwechsel eine Art von Bindungswirkung und zwar im Bereich der Rechtsfolge. Nunmehr als Legalausnahme formuliert enthält § 3 Abs. 1 GWB n.F. eine Rechtsfolgenverweisung auf § 2 Abs. 1 GWB

¹³³⁴ B.I)1)b)bb)(1)(b); vgl. auch *Lutz*, in: *GewArch* 1997, „Kartellverbot und zwischenbetriebliche Kooperation im deutschen Wettbewerbsrecht“, S. 272 f.

¹³³⁵ *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887.

¹³³⁶ Siehe Empfehlung der Kommission v. 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. Nr. L 124/36 v. 20.5.2003); vgl. auch *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887; *Schneider*, in: *Langen/Bunte, KartR*, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 41.

¹³³⁷ *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887.

¹³³⁸ *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887.

¹³³⁹ *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887 m.w.N.

¹³⁴⁰ Grundlegend EuGH, Urt. Entsch. v. 13.7.1966, *WuW/E EWG/ MUV*, 125, „Grundig/Consten“.

¹³⁴¹ So *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 887; *Schneider*, in: *Langen/Bunte, KartR*, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 43; vgl. auch *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker, GWB*, 4. Aufl., § 3, Rn. 36.

¹³⁴² *Rißmann*, in: *WuW* 2006, a.a.O., S. 888.

n.F., was bedeutet, dass an die spezielle Regelung der Voraussetzungen der Norm (hier § 3 Abs. 1 GWB n.F.) die in einer anderen Norm vorgesehen Rechtsfolgen (hier diejenigen des § 2 Abs. 1 GWB n.F.) geknüpft werden, ohne dass auch deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen müssen.¹³⁴³ Im Ergebnis tritt bei Erfüllung des Tatbestandes von § 3 Abs. 1 GWB n.F. also die Rechtsfolge von § 2 Abs. 1 GWB n.F. ein, nämlich dass die in Frage stehende Kartellvereinbarung ausnahmsweise von Gesetzes wegen erlaubt ist.¹³⁴⁴ Insofern ändert auch diese Rechtsfolgenverweisung dann letztlich nichts an der Eigenständigkeit und Vollwertigkeit von § 3 Abs. 1 GWB n.F.¹³⁴⁵, so dass sich für die jeweiligen Ergebnisse der oben genannten Fälle im Vergleich zu § 4 Abs. 1 GWB auch diesbezüglich keine Abweichungen ergeben hätten.

Allein der aus dem Systemwechsel resultierende Abbau verfahrensmäßiger Hindernisse und die Pflicht der beteiligten Unternehmen zur Selbsteinschätzung bergen ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit.¹³⁴⁶

c) Bewertung der Zulässigkeit nach § 3 GWB n.F.

Für § 4 Abs. 1 GWB konnte bereits festgestellt werden, dass der für mittelständische Unternehmen konzipierte Ausnahmetatbestand dem hiermit verfolgten Anspruch gerecht wurde, den kleinen und mittleren (Verlags-)Unternehmen eine vereinfachte Kooperationsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, um so durch Leistungssteigerung den strukturellen Nachteil gegenüber großen (Verlags-)Unternehmen ausgleichen zu können.¹³⁴⁷ In Frage steht somit, ob der an die Stelle von § 4 Abs. 1 GWB getretene Nachfolgetatbestand von § 3 GWB n.F. diesen Anspruch weiterhin erfüllen kann, zumal dies ausdrücklich vom Gesetzgeber gewollt ist.¹³⁴⁸ Das erscheint deshalb fraglich, weil § 3 Abs. 1 GWB n.F. mit seinem konkretisierten Ausnahmetatbestand prinzipiell einen Fremdkörper in dem vom Gemeinschaftsrecht übernommenen System der Legalausnahme darstellt¹³⁴⁹, woraus sich Einschränkungen im Anwendungsbereich der Norm ergeben, die u.U. die Herabsetzung der ursprünglichen Funktionalität zur Folge haben könnten.

Tatsächlich ist der Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 GWB n.F. aufgrund des Vorrangs des europäischen Kartellrechts auf nationale und horizontale Vereinbarungen beschränkt.¹³⁵⁰ Aber

¹³⁴³ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 64.

¹³⁴⁴ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 64.

¹³⁴⁵ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 64.

¹³⁴⁶ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 63.

¹³⁴⁷ B.I)1)c); B.I)2)c)aa)(2).

¹³⁴⁸ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 27, 44; siehe auch BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 7, Rn. 15; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹³⁴⁹ Vgl. BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 7, Rn. 15; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010); *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3.

¹³⁵⁰ *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 3, Rn. 1, 8; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 4, 6; Kling/Thomas, KartR, S. 583, Rn. 190.

gerade bzgl. mittelständischer Verlagsunternehmen, deren Tätigkeitsschwerpunkte vorwiegend im lokalen bis überregionalen Bereich einzuordnen sind, bedeutet diese geographische Begrenzung keine wirkliche Einschränkung des Anwendungsbereichs.¹³⁵¹ Denn dieser entspricht auch aufgrund der horizontalen Begrenzung letztlich nur dem von § 4 Abs. 1 GWB, dessen Tatbestand seiner Zeit verhältnismäßig große Handlungsspielräume für kleinere bzw. mittlere Verlage beinhaltete, denn die Ungebundenheit an eine spezielle Art der Rationalisierungsmaßnahme (wie z.B. der Spezialisierung) ermöglichte umfassende und weit reichende Abreden hinsichtlich einer zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit¹³⁵², die von den Verlagsunternehmen vielfach genutzt wurden. So konnten gemäß § 4 Abs. 1 GWB Vereinbarungen im drucktechnischen Bereich (z.B. in den Fällen „Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk“¹³⁵³, „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“¹³⁵⁴, „Prisma-Verlag“¹³⁵⁵) sowie im Vertrieb (Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“¹³⁵⁶, „Prisma-Verlag“¹³⁵⁷) bis hin zu Abreden über eine gemeinsame Redaktionsarbeit (Fälle „Schlütersche Verlagsanstalt und Druckerei/Verlagsanstalt Handwerk“¹³⁵⁸, „Prisma-Verlag“¹³⁵⁹) getroffen werden, die im Ergebnis nachhaltig zu Leistungssteigerungen der Beteiligten führten, dabei die Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten nicht wesentlich beeinträchtigten und gleichzeitig zum Erhalt der Publizitätsvielfalt beitrugen, wie v.a. die aktuellen Wettbewerbssituationen zeigen.¹³⁶⁰

Die erneute Bewertung dieser Fälle diesmal nach § 3 Abs. 1 GWB n.F. ergab, dass die Handlungsspielräume von § 4 Abs. 1 GWB mit der Nachfolgenorm nicht verloren gehen, denn gerade der Vorrang des Gemeinschaftsrechts mit der *Zwischenstaatlichkeitsklausel* als Trennlinie begründet für die Tatbestandsmerkmale der Norm eine eigenständige, nicht an Art. 81 Abs. 3 EG (§ 2 Abs. 1 GWB n.F.) gebundene, sondern vielmehr an § 4 Abs. 1 GWB orientierte Auslegungsfähigkeit. Da dessen Freistellungsvoraussetzungen im Grunde vollständig übernommen wurden, spricht dies außerdem dafür bei einer Bewertung die zu § 4 Abs. 1 GWB ergangenen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung maßgeblich zu berücksichtigen¹³⁶¹, womit die Wahrscheinlichkeit entsprechende Ergebnisse mit § 3 Abs. 1 GB n.F. zu erzielen als hoch einzuschätzen ist.

Wie wichtig eine vom Gemeinschaftsrecht losgelöste und dem § 4 Abs. 1 GWB entsprechende Interpretation der Freistellungsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 GWB n.F. ist,

¹³⁵¹ Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 7; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010); vgl. zu den Märkten im Pressebereich auch ausführlich *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53 f.

¹³⁵² B.I)1)c); B.I)2)c)aa)(2).

¹³⁵³ Vgl. B.I)1)b)bb)(1)(a).

¹³⁵⁴ Vgl. B.I)2)b)aa)(1).

¹³⁵⁵ Vgl. B.I)2)b)bb)(1).

¹³⁵⁶ Vgl. B.I)2)b)aa)(1).

¹³⁵⁷ Vgl. B.I)2)b)bb)(1).

¹³⁵⁸ Vgl. B.I)1)b)bb)(1)(a).

¹³⁵⁹ Vgl. B.I)2)b)bb)(1).

¹³⁶⁰ Siehe B.I)1)b)bb)(1)(c); B.I)2)b)aa)(3)(c) und B.I)2)b)bb)(3)(c).

¹³⁶¹ So auch *Lutz*, in: WuW 2005, a.a.O., S. 721.

zeigt sich insbesondere am Tatbestandsmerkmal „kleine oder mittlere Unternehmen“. Denn während in Entsprechung zur Vorgängernorm damit die relative Größe der beteiligten Unternehmen gemeint ist, d.h. ihre Größe im Verhältnis zu den restlichen Wettbewerbern, orientiert sich das europäische Kartellrecht an absoluten Zahlen.¹³⁶² Eine solch schematische Betrachtung der Größe speziell im Pressebereich würde aber regelmäßig zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen¹³⁶³, wie sich anhand der Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“ zeigen lässt. Denn ohne eine Berücksichtigung der jeweiligen Marktstrukturen losgelöst von Umsatz- und Mitarbeiterzahlen der beteiligten Verlage wäre die Freistellung der notwendigen Kooperationen zur Leistungssteigerung der Beteiligten und zum Ausgleich struktureller Nachteile gegenüber der in mehrfacher Hinsicht übermächtigen WAZ-Mediengruppe nicht möglich gewesen, da bei absoluter Betrachtungsweise i.S.d. Gemeinschaftsrechts einige Verlage dem Kriterium „klein“ oder „mittel“ nicht mehr entsprochen hätten.¹³⁶⁴

Beide Beispiele stehen aber exemplarisch für das auch weiterhin bestehende Kooperationsbedürfnis v.a. kleinerer und mittlerer Verlagen¹³⁶⁵, die sich im Wettbewerb gegenüber den wenigen, dafür aber umso größeren Verlagskonzernen¹³⁶⁶ wirtschaftlich behaupten müssen und außerdem einen Beitrag zur Publizitätsvielfalt leisten sollen.

Wie gesehen existiert mit § 3 Abs. 1 GWB n.F. eine Norm, die grundsätzlich geeignet ist, diesem „mittelständischen“ Bedürfnis in unmittelbarer Anknüpfung an § 4 Abs. 1 GWB weiterhin gerecht zu werden.

Auch wenn der aus dem Systemwechsel resultierende Abbau verfahrensmäßiger Hindernisse und die Pflicht der beteiligten Unternehmen zur Selbsteinschätzung für die Legalausnahme des § 3 Abs. 1 GWB n.F. jetzt ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit bergen¹³⁶⁷, besteht neben der temporären Abfederung durch den Anspruch der Unternehmen auf einen Nichtigkeitsbescheid i.S.v. § 32c GWB n.F. v.a. durch die jahrzehntelange Anwendungspraxis zu § 4 Abs. 1 GWB eine Beurteilungsgrundlage, die die relativ sichere Einschätzung der Freistellungsaussichten eines Vorhabens zulässt.¹³⁶⁸

¹³⁶² Als mittlere Unternehmen gelten hiernach noch solche mit bis zu 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis 50 Mio. €; siehe Empfehlung der Kommission v. 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. Nr. L 124/36 v. 20.5.2003); vgl. auch *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 887; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 41.

¹³⁶³ So auch *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 887; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 43; vgl. auch *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 3, Rn. 36.

¹³⁶⁴ B.I)2)b)aa)(3)(b); B.I)2)b)bb)(3)(b).

¹³⁶⁵ Hierfür spricht u.a. auch die große praktische Bedeutung von § 4 Abs. 1 GWB im Verhältnis zu den sonstigen Freistellungsvorschriften noch bis zur Siebten GWB-Novelle 2005: Denn allein in den Jahren 2003 und 2004 gingen noch insgesamt 35 neue Anmeldungen beim BKartA bzw. 13 bei den LKartÄmtern ein; BKartA, Tätigkeitsbericht von 2003/2004, BT-Drucks. 15/5790, S. 232 f.; vgl. auch Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 1; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 3, Rn. 9.

¹³⁶⁶ Als Beispiele sind an dieser Stelle insbesondere die Axel Springer AG und die WAZ-Mediengruppe zu nennen; vgl. Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 25.

¹³⁶⁷ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 64.

¹³⁶⁸ Im Ergebnis ebenso *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 890.

3) *Ergebnis zur Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen im Rahmen der Siebten GWB-Fassung*

a) Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung

In der Begründung des Entwurfes eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB hieß es, dass sowohl ein Generalklauselprinzip wie auch ein kasuistisch ausgestaltetes System von Freistellungstatbeständen jeweils unterschiedliche Vorteile hätte: Biete ein kasuistisch ausgestaltetes System, insbesondere i.V.m. dem bislang geltenden Administrativfreistellungssystem den Vorteil höherer Rechtssicherheit, sei ein Generalklauselprinzip insgesamt geeigneter, auf in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen angemessen reagieren zu können.¹³⁶⁹

Dass dieser Aussage mit Blick auf pressespezifische Kooperationen grundsätzlich zuzustimmen ist, ergab zunächst die kartellrechtliche Überprüfung von Beispielfällen im Rahmen der §§ 2 ff. GWB. Insbesondere der abschließende Charakter der Freistellungstatbestände hatte für die Verlagsunternehmen den Vorteil der Einschätzbarkeit bzgl. der Freistellungsfähigkeit ihrer Vorhaben, so dass in Kombination mit der langjährigen Anwendungspraxis dieser Normen deshalb ein relativ hohes Rechtsschutzniveau erreicht wurde.¹³⁷⁰ Darüber hinaus ließen sich auch Anzeichen erkennen, dass die Reaktionsfähigkeit der starren Ausnahmetatbestände hinsichtlich sich ändernder Sachverhaltskonstellationen und neuer Entwicklungen sowie Kooperationsformen seine Grenzen gefunden hatte. So deutete insbesondere die „Tolerierungspraxis“ des BKartA darauf hin, dass eine Generalklausel u.U. das geeignetere Instrument ist, diesen Entwicklungsprozessen wettbewerbsrechtlich und pressepolitisch Rechnung zu tragen.¹³⁷¹ Diese Annahme bestätigte sich zunächst durch die kartellrechtliche Überprüfung der Kooperation „Stellenmarkt für Deutschland“ anhand der die §§ 2 ff. GWB ergänzende, aber als Generalklausel angelegte Freistellungsnorm des § 7 Abs. 1 GWB.¹³⁷² Es verhärtete sich hierbei auch der Verdacht, dass der nicht qualifizierte Tatbestand einer Generalklausel und die damit verbundenen Beurteilungsspielräume und zahlreichen Wertungsmöglichkeiten eine relativ unsichere Rechtslage für die Verlage zur Folge haben würde, womit gleichzeitig wiederum die beabsichtigte Reaktionsfähigkeit eines solchen Freistellungstatbestandes in Frage stand, weil die Gefahr von lang andauernden Freistellungsverfahren bestand (so im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ ca. vier Jahre).¹³⁷³

aa) Das Rechtsschutzniveau der kooperationsrechtlichen Regelungen nach der Siebten GWB-Novelle

Die Prognose, dass eine Generalklausel in einem System der Legalausnahme zwingend zu einer Senkung des Rechtsschutzniveaus führen könnte, relativierte sich mit der Überprüfung des „Stellenmarkt für Deutschland“ – Falles anhand von § 2 Abs. 1 GWB n.F. So war

¹³⁶⁹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 24.

¹³⁷⁰ B.I)1)c)aa); vgl. auch BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 16.

¹³⁷¹ Vgl. B.I)1)c)bb)(1).

¹³⁷² B.I)3)d).

¹³⁷³ B.I)3)d).

festzustellen, dass es der Freigabe durch den BGH im Vergleich mit § 7 Abs. 1 GWB nach neuer Rechtslage an einer ausreichenden Entscheidungsbegründung gefehlt, aber v.a. die neue Legalausnahme keine Rechtsgrundlage hierfür begründet hätte, weil nun die Freistellungsrichtlinien der Kommission zu Art. 81 Abs. 3 EG für einen zwar nicht bindenden, aber dennoch deutlich konturierten Bewertungsrahmen sorgen, der z.B. die Freistellungsfähigkeit von Gegenmachtkartellen ausdrücklich ausschließt und damit auch kein Umgehungsstrukturen aufgrund „struktureller Besonderheiten des Marktes“ zulassen würde, wie es im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ im Rahmen von § 7 Abs. 1 GWB noch möglich gewesen war.¹³⁷⁴

Über diese Auslegungsgrundsätze hinaus finden über § 2 Abs. 2 GWB n.F. jetzt zusätzlich die bis dato allein für Art. 81 Abs. 3 EG geltenden GVOen auf § 2 Abs. 1 GWB n.F. Anwendung. Diese sind im Gegensatz zu den Freistellungsrichtlinien aber konstitutiv, weshalb das Rechtsschutzniveau im Rahmen der Generalklausel prinzipiell noch einmal angehoben wird, denn sie können mit ihren qualifizierten Tatbeständen und ihrer materiellen Wirkung i.V.m. § 2 GWB n.F. einen „safe harbour“ bilden für die Verlagsunternehmen bei der aufgrund des Systemwechsels zur Legalausnahme nun notwendigen Selbsteinschätzung ihrer Vorhaben.¹³⁷⁵ Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die nach den §§ 2 ff. GWB für pressenspezifische Kooperationen relevanten Ausnahmetatbestände für Spezialisierungskartelle (§ 3 GWB), Rationalisierungskartelle (§ 5 GWB) und Mittelstandskartelle (§ 4 Abs. 1 GWB) sich z.T. als GVO (GVO für Spezialisierungsvereinbarungen) oder sogar als weitere Legalausnahme (§ 3 GWB n.F. für Mittelstandskartelle) im deutschen Recht wieder finden.¹³⁷⁶

(1) Rechtssicherheit durch VO 2658/2000 – Gruppenfreistellung für Spezialisierungsvereinbarungen?

Den Freistellungstatbeständen von Art. 1 VO 2658/2000 und § 3 GWB (a.F.) ist gemein, dass deren Verständnis des Spezialisierungsbegriffs gekennzeichnet ist (bzw. war) durch die „Arbeitsteilung“ zwischen Unternehmen, von der typischerweise Rationalisierungseffekte zu erwarten sind.¹³⁷⁷ Diese müssen dann zumindest teilweise an den Verbraucher weitergegeben werden, wenn die beteiligten Unternehmen auf den für sie relevanten Märkten wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind, wobei sich die Wirksamkeit des Wettbewerbs nicht nur aus dem Wettbewerb durch Dritte ergeben kann, sondern daraus, dass der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen erhalten bleibt.¹³⁷⁸ Insofern bestehen zwischen den gesetzgeberischen Intentionen der Normen keine Unterschiede. Dennoch weichen sie bei einigen Freistellungsvoraussetzungen voneinander ab. Während Art. 1 VO 2658/2000 tatbestandlich drei Arten von Spezialisierungen unterscheidet, nämlich die einseitige Spezialisierung (Art. 1 Abs. 1 lit. a VO 2658/2000), die gegenseitige Spezialisierung (Art. 1

¹³⁷⁴ B.II)1)e).

¹³⁷⁵ B.II)1)e); vgl. auch B.II)1)d).

¹³⁷⁶ Vgl. B.I)c)aa).

¹³⁷⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. VO 2658/2000, Rn. 1.

¹³⁷⁸ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. VO 2658/2000, Rn. 1; vgl. auch Werner, a.a.O., S. 135.

Abs. 1 lit. b VO 2658/2000) und die gemeinsame Produktion (Art. 1 Abs. 1 lit. c VO 2658/2000), galt für § 3 GWB allein die Spezialisierung i.S.e. Arbeitsteilung zwischen mehrere Unternehmen in der Weise, dass unter Beibehaltung des bisherigen Leistungsprogramms der Gesamtheit der beteiligten Unternehmen die einzelnen dieser Unternehmen ihr Leistungsprogramm reduzieren.¹³⁷⁹ Damit war die einseitige und selbständige Spezialisierung eines Unternehmens ausgeschlossen und auch die bloße Reduzierung des Leistungsprogramms aller Beteiligten auf ein gemeinsames Erzeugnis kein Fall des § 3 GWB.¹³⁸⁰ Insoweit reicht die Regelung von Art. 1 VO 2658/2000 tatbestandlich weiter, sie folgt aber nicht dem Grundsatz, dass alles freigestellt ist, was nicht ausdrücklich von der Freistellung ausgeschlossen ist.¹³⁸¹ Vielmehr ist von der Freistellung nur das erfasst, was entweder die Spezialisierung unmittelbar bewirkt oder mit der Spezialisierung unmittelbar verbunden und für sie notwendig ist.¹³⁸² Während in diesem Zusammenhang sowohl von Art. 1 Abs. 2 S. 2 VO 2658/2000 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VO 2658/2000 als auch im Rahmen von § 3 GWB Gebiets- und Preisabsprachen als Bestandteil einer Spezialisierungsvereinbarung ausgeschlossen sind (bzw. waren)¹³⁸³, besteht ein ganz wesentlicher Unterschied beider Klauseln darin, dass die Freistellung einer Spezialisierungsvereinbarung nach Art. 1 VO 2658/2000 nur in Frage kommt, wenn die Unternehmen die Marktanteilsgrenze von Art. 4 VO 2658/2000 nicht überschreiten.¹³⁸⁴ Diese liegt bei 20 Prozent, womit eine deutliche Begrenzung der Freistellungsfähigkeit pressenspezifischer Spezialisierungskooperationen vorliegt, die bei § 3 GWB nicht bestand.

Eine Freistellung in den Fällen „Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf“ und „Storck Schneider“ wäre nach heutiger Rechtslage daher nicht über Art. 1 VO 2658/2000 möglich gewesen, da im erst genannten Fall die Vertragspartner auf dem betroffenen Markt über einen gemeinsamen Marktanteil von etwa 80 Prozent verfügten und im zweiten Fall die Beteiligten zusammen auf 45 Prozent kamen.¹³⁸⁵ Damit erweist sich die GVO für Spezialisierungsvereinbarungen trotz weiterem Tatbestand letztlich enger als § 3 GWB und verkleinert den Bereich des „safe harbour“ auf Vorhaben unterhalb der 20 Prozent-Schwelle.

Damit wäre eine Freistellung der beiden Spezialisierungskooperationen allerdings noch nicht ausgeschlossen gewesen, denn eine solche hätte nach § 2 Abs. 1 GWB n.F. weiterhin möglich sein können.¹³⁸⁶ Dies wäre wohl auch sehr wahrscheinlich gewesen, denn das Kriterium des wirtschaftlichen Nutzens gemäß § 2 Abs. 1 GWB n.F. wäre in beiden Fällen eindeutig erfüllt gewesen, da im Rahmen von § 3 GWB diesem Prüfungspunkt die „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ entsprach und in diesem Zusammenhang im Fall „Bielefelder

¹³⁷⁹ Vgl. B.I)1b)aa)(1)(c).

¹³⁸⁰ Kiecker, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Aufl., § 3, Rn. 8.

¹³⁸¹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. VO 2658/2000, Rn. 4.

¹³⁸² Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. VO 2658/2000, Rn. 4.

¹³⁸³ Im Rahmen von § 3 GWB jedenfalls immer, wenn es sich z.B. um reine Marktaufteilungen handelte; vgl. Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 27 ff.; Kiecker, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Aufl., § 3, Rn. 9.

¹³⁸⁴ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. VO 2658/2000, Rn. 4.

¹³⁸⁵ B.I)1b)aa)(1)(c); B.I)1b)aa)(2)(b).

¹³⁸⁶ Braun, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., nach § 2, Rn. 107.

Verlagsanstalt/Werberuf“ sowie im Fall „Storck Schneider“ durch die Arbeitsteilung bei der redaktionellen und graphischen Gestaltung sowie beim Anzeigengeschäft ein verbessertes Kosten-Nutzen-Verhältnis festgestellt werden konnte.¹³⁸⁷

Da sich die Effizienzgewinne i.d.R. auch zugunsten der Verbraucher auswirken¹³⁸⁸, hätte sich dies für besagte Fälle mit hoher Wahrscheinlichkeit ebenfalls feststellen lassen können.

Zwar stellt das Erfordernis der Unerlässlichkeit in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. gegenüber § 3 GWB eine zusätzliche Voraussetzung dar.¹³⁸⁹ Doch auch diesbezüglich hätten beide Fälle das Erfordernis erfüllt, dass die Effizienzgewinne auf andere Weise nicht hätten erreicht werden können, d.h. ohne oder eine andere, weniger wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung.¹³⁹⁰ Denn als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips entspricht das Unerlässlichkeitskriterium in weiten Teilen der in Anlehnung an § 5 Abs. 1 S. 1 GWB bei § 3 GWB vorzunehmenden Abwägung, wonach der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis mit der Wettbewerbsbeschränkung stehen musste.¹³⁹¹ Im Fall „Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf“ hätte demnach die hohe Eintrittswahrscheinlichkeit potenzieller Wettbewerber und im Fall „Storck/Schneider“ die klaren Wettbewerbsnachteile gegenüber Mitkonkurrenten die Unerlässlichkeit der Vereinbarungen begründet.¹³⁹²

Während beide Vorhaben gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. nicht die Ausschaltung des Wettbewerbs zur Folge hätten haben dürfen, war bei § 3 GWB zu prüfen, ob die Kooperationen zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würden. Zwar ließen sich im Fall „Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf“ und im Fall „Storck/Schneider“ aufgrund ihrer Marktanteile i.H.v. 80 bzw. 45 Prozent solche Stellungen problemlos feststellen, doch bereits bei § 3 GWB stand das Kriterium des Wettbewerbs im Vordergrund¹³⁹³, weshalb der potenzielle Wettbewerb im einen, der tatsächliche Wettbewerb im anderen Fall im Rahmen der Gesamtbetrachtung aufgrund ihrer jeweils großen Bedeutung das Bestehen bleiben eines wesentlichen Wettbewerbs i.S.v. § 3 GWB begründen konnten bzw. im Fall von § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. hätten begründen können, weshalb beide Fälle auch nach aktueller Rechtslage nicht zu untersagen gewesen wären.

Beide Fälle machen aber auch deutlich, dass die Funktion der GVO für Spezialisierungsvereinbarungen als ein „safe harbour“ für pressespezifische Kooperationen aufgrund der Marktanteilsschwelle i.H.v. 20 Prozent den potenziellen Adressatenkreis der Verlagsunternehmen deutlich verkleinert. Gleichzeitig dient ihre Freistellungsfähigkeit nach §

¹³⁸⁷ Vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c); B.I)1)b)aa)(2)(c); vgl. auch *Braun*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., nach § 2, Rn. 113 f..

¹³⁸⁸ Kling/Thomas, KartR, S. 704, Rn. 10.

¹³⁸⁹ *Braun*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., nach § 2, Rn. 118.

¹³⁹⁰ Vgl. BKartA, Beschluss v. 10.7.1963, WuW/E BKartA 732, 739, „Superphosphat II“; EuGH, Urteil v. 25.3.1981, Slg. 1981, 851, „Cooperative Streuselen Kleurserlfabrik“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 152; *Bunte*, in: FK, § 7 GWB 1999, Rn. 50; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 5, Rn. 77.

¹³⁹¹ Vgl. *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 2, Rn. 27; *Kiecker*, in: Langen/Bunte, KartR, 9. Aufl., § 3, Rn. 5.

¹³⁹² Vgl. B.I)1)b)aa)(1)(c); B.I)1)b)aa)(2)(c).

¹³⁹³ Vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 40; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 3, Rn. 4; *Bunte*, in: FK, § 3 GWB 1999, Rn. 31.

2 Abs. 1 GWB n.F. aber auch als Beleg dafür, wie weitreichend das Spektrum legalisierungsfähiger pressenspezifischer Kooperationen unter der Generalklausel sein kann, denn nicht nur Spezialisierungsvereinbarungen, sondern auch alle anderen Formen von Rationalisierungskooperationen können auch immer durch § 2 Abs. 1 GWB n.F. freigestellt sein, unabhängig von der Einschlägigkeit einer GVO.¹³⁹⁴

(2) Rechtssicherheit durch § 3 GWB n.F. – Mittelstandkartelle?

Ein wesentlicher Aspekt des Systemwechsels zur Legalausnahme war der hieraus resultierende Abbau verfahrensmäßiger Hindernisse und die Pflicht der beteiligten (Verlags-)Unternehmen zur Selbsteinschätzung der Freistellungsfähigkeit ihrer Kooperationsvorhaben.¹³⁹⁵ Dies beherbergt ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit für die Unternehmen.¹³⁹⁶ Und auch der qualifikationslose Tatbestand von § 2 Abs. 1 GWB n.F. trägt ein Stückweit zur Absenkung des Rechtsschutzniveaus bei, obgleich mit den Freistellungsrichtlinien und den GVOen eine deutliche Abfederung besteht.¹³⁹⁷ Dennoch bleiben Unwägbarkeiten, die insbesondere kleine und mittlere Verlage gegenüber großen Presseunternehmen doppelt benachteiligen, weil diese einerseits stärker als ihre großen Konkurrenten auf Kooperationen angewiesen sind, um überhaupt ihre Wettbewerbsfähigkeit behaupten zu können, gleichzeitig aber aufgrund ihrer geringeren Finanzressourcen wesentlich stärker auf Investitionssicherheit angewiesen sind, weshalb nur ein von Beginn an rechtmäßiger Kooperationsvertrag erhöhte Kostenrisiken und drohende Fehlinvestitionen vermeiden kann.¹³⁹⁸ Das § 3 Abs. 1 GWB n.F. geeignet ist eine solche Planungssicherheit für mittelständische (Verlags-)Unternehmen zu gewährleisten, ergab der praktische Vergleich mit der Vorgängernorm § 4 Abs. 1 GWB. Dessen Praktikabilität bzgl. der vereinfachten Kooperationsmöglichkeit für kleinere und mittlere Unternehmen zwecks Leistungssteigerung für den strukturellen Nachteilsausgleich gegenüber großen Wettbewerbern konnte bereits im Vorfeld anhand einiger Praxisbeispiele festgestellt werden.¹³⁹⁹ Doch auch bei der Projektion dieser Fälle auf die neue Rechtslage nach § 3 Abs. 1 GWB n.F. ließen sich entsprechende Ergebnisse erzielen, denn die nahezu vollständige Übernahme der Freistellungsvoraussetzungen von § 4 Abs. 1 GWB und die Sonderstellung im (europäischen) Generalklauselsystem verlangen eine eigenständige Interpretation der mittelständischen Legalausnahme, die gerade nicht an Art. 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 Abs. 1 GWB n.F. gebunden ist, sondern sich vielmehr an der Anwendungspraxis zur Vorgängernorm orientieren muss.¹⁴⁰⁰ Wie wichtig eine vom europäischen Recht losgelöste und an die langjährigen Praxiserfahrung zu § 4 Abs. 1 GWB ausgerichtete Bewertung gemäß § 3 Abs. 1 GWB n.F. ist, hat v.a. die vergleichende Beurteilung der Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“ gezeigt. Denn hier hätte eine

¹³⁹⁴ Vgl. *Braun*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., nach § 2, Rn. 113 f.

¹³⁹⁵ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 63.

¹³⁹⁶ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 63.

¹³⁹⁷ B.II)1e).

¹³⁹⁸ Vgl. *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 881.

¹³⁹⁹ Siehe B.I)1c) und B.I)1c)aa)(2).

¹⁴⁰⁰ B.II)2).

Sachverhaltsbewertung nach europarechtlichen Auslegungskriterien für kleine und mittlere Unternehmen zu einer weiteren Marktstärkung des großen Verlagskonzerns und massiven Wettbewerbsnachteilen für die kleineren Wettbewerber geführt, statt den strukturell benachteiligten Verlagen eine Effizienz steigernde zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zu ermöglichen und damit zum Erhalt bzw. zur Belebung des Wettbewerbs beizutragen.¹⁴⁰¹

Dennoch können die europäischen Vorgaben im Rahmen von Mittelstandskartellen Geltung erlangen, sobald das Vorhaben von zwischenstaatlicher Bedeutung ist (Art. 81 Abs. 1 EG) oder die Freistellungsvoraussetzungen von § 3 Abs. 1 GWB n.F. nicht erfüllt sind, denn dann bildet allein § 2 Abs. 1 GWB n.F. (Art. 81 Abs. 3 EG) den Legalisierungsmaßstab.¹⁴⁰²

Doch die Kombination aus nun relativ hoher materieller Spürbarkeitsschwelle für kernbeschränkungsfreie Kooperationen, die „safe harbour“ der GVOen sowie der wettbewerbsrechtliche Rahmen der Freistellungsrichtlinien und letztlich die fortgeführte Legalisierung von Mittelstandskartellen in ihrer bekannten Form begründet ein Rechtsschutzniveau, das insbesondere den kleinen und mittleren Verlagen hinsichtlich ihrer Kooperationsvorhaben ausreichend Handlungsspielraum lässt, gleichzeitig aber auch genügend Anhaltspunkte und Beurteilungsgrundlagen für die sichere Selbsteinschätzung bietet.¹⁴⁰³

(3) Rechtssicherheit durch die Pressefusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB in Kombination mit §§ 1, 2 und 3 GWB n.F. im Wege der Doppelkontrolle?

Unberücksichtigt bleiben für die Frage des Rechtsschutzniveaus darf aber nicht die für pressenspezifische Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig relevante Pressefusionskontrolle gemäß der §§ 35 ff. GWB, denn sie spielte bereits nach alter Rechtslage kooperationsrechtlich eine wesentliche Rolle (beispielsweise im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“) und behält als Bestandteil der kooperationsrechtlichen Regelungen in der Siebten Fassung des GWB auch weiterhin erhöhte Relevanz.

(a) Formellrechtliche Erwägungen

Ein durch die Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB (a.F./n.F.¹⁴⁰⁴) geschaffenes Mindestmaß an Rechtsschutzniveau für den Bereich der Presse besteht bereits aufgrund der speziell hierfür erweiterten Aufgreifkriterien in § 38 Abs. 3 GWB, denn somit können nicht nur Großverlage von der Zusammenschlusskontrolle erfasst werden, für die § 35 Abs. 1 GWB regelmäßig auch ohne modifizierte Umsatzschwellen einschlägig wäre, sondern auch die vielen lokal und

¹⁴⁰¹ B.II)2)c).

¹⁴⁰² Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 45; BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 7, 14, Rn. 17, 26; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010); Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 4; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 309, Rn. 7 f.

¹⁴⁰³ Im Ergebnis so auch *Rißmann*, in: WuW 2006, a.a.O., S. 890.

¹⁴⁰⁴ Auch wenn vielfach während des Gesetzgebungsverfahrens zur Siebten GWB-Novelle gefordert, so erfolgten letztlich keine Änderungen an der Pressefusionskontrolle, weshalb diesbezüglich die §§ 35 ff. GWB n.F. denen der a.F. entsprechen.

regional tätigen Verlage mit geringeren Geschäftsbeträgen.¹⁴⁰⁵ Es existieren somit feste Umsatzgrenzen, die die kontrollfreien Handlungsspielräume der Verlagsunternehmen zwar einschränken, gleichzeitig aber für alle Beteiligten auch einen deutlich formulierten Orientierungsmaßstab bilden. So hat sich dieses Formalerfordernis in über 30 Jahren Anwendungspraxis aus wettbewerbs- und pressepolitischer Sicht als sinnvoll erwiesen, weil hierdurch der schon seit vielen Jahren andauernde Prozess der zunehmenden Verlagskonzentration insbesondere im lokalen und regionalen Bereich kartellrechtlich kontrollierbar geblieben ist.¹⁴⁰⁶ Die für pressespezifische Gemeinschaftsunternehmen festgestellten relevanten Tatbestände von § 37 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 S. 3 bzw. Nr. 4 GWB bieten in diesem Zusammenhang ein umfangreiches und differenziertes Instrumentarium, um die vielfältigen Varianten dieser Form von zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit (z.B. durch Gründung, Kontroll- oder Anteilerwerb) zu erfassen, wie die Überprüfungen ausgewählter Praxisbeispiele gezeigt haben.¹⁴⁰⁷ Hierbei wurde deutlich, dass die vielfach gestellte Forderung nach einer Anhebung der formalen Aufgreifkriterien im Hinblick auf pressespezifischen Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig nicht den gewünschten Effekt von mehr (kontrollfreiem) Handlungsspielraum der Verlage zur Folge hätte, sondern nur zu einer Absenkung des bestehenden Rechtsschutzniveaus führen würde.¹⁴⁰⁸ Während nämlich in den Fällen von § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 S. 3 GWB bei der Umsatzberechnung immer eine vollständige und gegenseitige Zurechnung aller Gesamtumsätze der Beteiligten stattfindet, so dass aufgrund der Umsatzaddition auch erhöhte Aufgreifkriterien regelmäßig selbst von umsatzschwachen Verlagen erreicht würden (vgl. hierzu die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“)¹⁴⁰⁹, bestünde dort, wo eine Anhebung der pressespezifischen Schwellenwerte tatsächlich diese weiteren Handlungsspielräume schaffen würde, wie z.B. im Fall von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, die umso größere Gefahr einer massiven Verschlechterung der betreffenden Wettbewerbssituation, wie am Beispiel „Niederrheinische Anzeigenblätter“ demonstriert.¹⁴¹⁰

In diesem Zusammenhang sind aber nicht nur formelle-, sondern gerade auch materiellrechtliche Kriterien verantwortlich für den klar konturierten Bewertungsrahmen der Pressefusionskontrolle.

¹⁴⁰⁵ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der Dritten GWB-Novelle v. 11.12.1974, BT-Drucks. 7/2954, S. 5; Spieler, Fusionskontrolle im Medienbereich, S. 20 f.; Thiel, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, S. 24 f.; Bauer, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 38, Rn. 14; Möschel, in: JZ 1984, a.a.O., S. 494.

¹⁴⁰⁶ So auch BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 8; im Ergebnis entsprechend Böge, in: MMR 2004, a.a.O., S. 228; Balle, Möschel, beide in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 45 f.; vgl. zur 30jährigen Anwendungspraxis und Praktikabilität der Pressefusionskontrolle insgesamt Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 20 ff.

¹⁴⁰⁷ Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(a); B.I)2)b)bb)(3)(a); B.I)2)b)cc)(2) und B.I)3)b)bb)(1).

¹⁴⁰⁸ Siehe B.I)c).

¹⁴⁰⁹ B.I)2)c)bb)(1).

¹⁴¹⁰ B.I)2)c)bb)(1).

(b) Materiellrechtliche Erwägungen

Insbesondere für die bei Gemeinschaftsunternehmen aufgrund des regelmäßig zu beachtenden *Gruppeneffekts* mehrfach relevante Frage der Marktstellung immer vorzunehmende Marktabgrenzung (sowohl hinsichtlich des Gemeinschaftsunternehmens selbst als auch bzgl. der Muttergesellschaften), haben die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“, „Prisma-Verlag“ und „Niederrheinische Anzeigenblätter“ exemplarisch gezeigt, dass die im Bereich der Presse differenzierte Art und Weise der Marktbestimmung (Leser-/Anzeigenmarkt, lokal, regional, überregional etc.) trotz den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund z.T. verschwimmender sachlicher und räumlicher Grenzen i.d.R. zu sachgerechten Ergebnissen kommt, welche im Hinblick auf die für den Pressebereich doppelt wichtige Frage (wettbewerbsrechtlich wie pressepolitisch), ob eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, die i.S.d. Marktmachtkonzepts erforderliche eng umgrenzte Feststellungsgrundlage liefert.¹⁴¹¹ Somit trägt das *Bedarfsmarktkonzept* neben den pressespezifischen Aufgreifkriterien im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung von Gemeinschaftsunternehmen maßgeblich zu einem insgesamt hohen Rechtsschutzniveau der Pressefusionskontrolle bei. Und wie einige aktuelle Wettbewerbssituationen auf den betroffenen Märkten der Beispielfälle zeigen, das nicht bloß in wettbewerbsrechtlicher, sondern insbesondere auch in pressepolitischer Hinsicht.¹⁴¹² Doch nicht nur aus diesem Grund sind materiellrechtliche Änderungen der Pressefusionskontrolle in der Art eines „Redaktionsmodells“ oder einer „Altverlegerklausel“ in § 36 Abs. 1 GWB entbehrlich, die zum Schutz der Publizitätsvielfalt im Rahmen der Siebten GWB-Novelle angedacht wurden, um erweiterte wirtschaftliche Handlungsspielräume der Verlage zu ermöglichen. Denn im Hinblick auf fusionsrechtlich relevante Gemeinschaftsunternehmen wären solche Regelungen schon deshalb meist wirkungslos, da in vielen Fällen derartiger zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit die Muttergesellschaften mit ihren Presseerzeugnissen ohnehin wirtschaftlich und redaktionell selbständig bleiben. Dies zeigen u.a. die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“, implizit aber auch die Fälle „Niederrheinische Anzeigenblätter“ und „Stellenmarkt für Deutschland“.¹⁴¹³

(c) Die Doppelkontrolle nach der Siebten GWB-Novelle

Letztlich entscheidend für die Beurteilung des Rechtsschutzniveaus im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Kontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ist aber das Zusammenspiel zwischen den fusionskontrollrechtlichen Regelungen und dem Kartellverbot sowie seinen Ausnahmen, da bei dieser Form der Kooperation regelmäßig beide Rechtskreise betroffen sind. Vor der Novellierung des GWB war durch die weitgehend anerkannte *Doppelkontrolle* (basierend auf der Zweischrankentheorie¹⁴¹⁴) eine nahezu lückenlose umfassende

¹⁴¹¹ B.I)2)c)bb)(2).

¹⁴¹² Vgl. B.I)2)b)aa)(3)(c) und B.I)2)b)bb)(3)(c).

¹⁴¹³ B.I)3)d); B.I)2)c)bb)(2).

¹⁴¹⁴ Zur Zweischrankentheorie und der Anerkennung der *Doppelkontrolle* durch den BGH im „Mischwerke“ – Urteil v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, vgl. B.I)2)a).

kartellrechtliche Kontrolle gewährleistet, weshalb z.B. eine „Flucht in die Gemeinschaftsunternehmen“ zur Umgehung des Kartellverbots für die Verlage nahezu ausgeschlossen war.¹⁴¹⁵

Diese Rechtslage scheint einigen nach der Novellierung des GWB durch § 22 GWB n.F. nun unsicher, weil sie teilweise die Frage des Anwendungsverhältnisses zwischen nationalem/europäischem Kartellverbot und nationaler/europäischer Fusionskontrolle nicht abschließend geklärt sehen.¹⁴¹⁶

Mit § 22 GWB n.F. sind die für die deutsche Gesetzgebung und Anwendungspraxis verbindlichen und vorrangigen Vorgaben des Art. 3 VO 1/2003 aufgenommen worden, die das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem europäischen Wettbewerbsrecht bei Erfüllung der *Zwischenstaatlichkeitsklausel* bestimmen (sog. *Rechtsnormenkonkurrenz*).¹⁴¹⁷ Während bis hierher nationales und europäisches Kartellrecht grundsätzlich nebeneinander anwendbar waren und sich im konkreten Fall das jeweils strengere Recht durchsetzte¹⁴¹⁸, regelt § 22 Abs. 1 bis 4 GWB n.F. nun welches Recht zur Lösung von Einzelfällen angewandt werden muss.¹⁴¹⁹ Die Norm ist einerseits geprägt von der Möglichkeit der parallelen Anwendung beider Rechtssysteme (§ 22 Abs. 1 und Abs. 3 GWB n.F.), andererseits aber vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts (§ 22 Abs. 2 GWB n.F.). Allein mit § 22 Abs. 4 GWB n.F. bestehen Ausnahmen von den Anwendungs- und Vorrangsregeln der Abs. 1 bis 3. Hiernach ist die Verpflichtung zur parallelen Anwendung des europäischen und deutschen Kartellrechts auf solche nationalen Vorschriften begrenzt, die überwiegend denselben Zweck verfolgen wie die Art. 81 und 82 EG. Vorschriften, die vorwiegend ein abweichendes Ziel verfolgen, sind von der Verpflichtung zur parallelen Anwendung sowie vom Vorrangsprinzip befreit (§ 22 Abs. 4 S. 2 GWB n.F.). Ausdrücklich ergänzt wird diese Ausnahme für die Vorschriften über die Fusionskontrolle nach den §§ 35 ff. GWB (§ 22 Abs. 4 S. 1 GWB n.F.).

Aufgrund dieser europarechtlichen Vorgaben sollen sich nun Anwendungsprobleme bei der *Doppelkontrolle* ergeben, die auch nach der Reform grundsätzlich als kartellrechtliches Instrument zur Verfügung steht.¹⁴²⁰ Abgestellt wird hierbei darauf, dass in den Fällen kooperativer Gemeinschaftsunternehmen, bei denen die *Zwischenstaatlichkeitsklausel* erfüllt ist, prüfungstechnisch insofern differenziert werden muss, dass die kartellrechtliche Prüfung nach den §§ 1 ff. GWB n.F. den Regeln zu § 22 Abs. 1 und 2 GWB n.F. zu folgen hat, während die fusionskontrollrechtliche Prüfung nach §§ 35 ff. GWB gemäß § 22 Abs. 4 S. 1 GWB n.F. ohne derartige Vorgaben vorgenommen werden kann.¹⁴²¹ Kommt es bei diesen

¹⁴¹⁵ B.I)2)c)aa)(1).

¹⁴¹⁶ Vgl. *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27 m.w.N.; vgl. auch Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 4, Rn. 23 m.w.N.

¹⁴¹⁷ Auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 lit. e EG; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 1, 5; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 1; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2. Aufl., GWB, § 22, Rn. 2.

¹⁴¹⁸ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 1.

¹⁴¹⁹ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 5.

¹⁴²⁰ Vgl. Lettl, KartR, 2. Aufl., S. 321, Rn. 18; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 18; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27.

¹⁴²¹ *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27.

Prüfungen dann aber zu divergierenden Ergebnissen, so würde sich die Frage des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen Art. 81 EG auf der einen, zu den §§ 35 ff. GWB auf der anderen Seite stellen.¹⁴²²

In diesen Fällen wird die Ansicht vertreten, dass für derartige staatsübergreifende Projekte der allgemeine Grundsatz gelten muss, wonach die volle Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 81 EG) nicht durch die Anwendung nationaler Vorschriften unterlaufen werden darf (§§ 35 ff. GWB), was allerdings noch der abschließenden Klärung durch den EuGH bedürfe.¹⁴²³ In der Konsequenz bedeutet dies, dass Gemeinschaftsunternehmen, die unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen und die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen, vom BKartA gemäß den §§ 35 ff. GWB nicht untersagt werden dürften¹⁴²⁴, was dazu führen könnte, dass Gemeinschaftsunternehmen hinzunehmen sind, die zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen, weil die Grenze von Art. 81 Abs. 3 lit. b EG erst in der Ausschaltung des wesentlichen Wettbewerbs besteht, womit sie deutlich oberhalb der Marktbeherrschung i.S.e. überragenden Marktstellung gemäß § 36 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt.¹⁴²⁵

Losgelöst von dem Umstand, dass in vielen Fällen kartellrechtlich relevanter pressespezifischer Gemeinschaftsunternehmen der zwischenstaatliche Handel erst gar nicht betroffen ist (denn regelmäßig handelt es sich aufgrund der linguistischen, kulturellen und politischen Schranken um die rein nationale zwischenbetriebliche Zusammenarbeit von Verlagsunternehmen¹⁴²⁶), ergibt sich auch für zwischenstaatliche Vorhaben m.E. kein ungeklärtes Anwendungsverhältnis selbst bei divergierenden Ergebnissen, denn die Anwendungsbereiche und ihr Verhältnis sind klar konturiert.

Insbesondere Art. 21 Abs. 1 Hs. 1 FKVO trägt hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen maßgeblich dazu bei, denn er legt i.V.m. Art. 3 Abs. 4 FKVO fest, dass sog. *Vollfunktionsunternehmen* mit zwischenstaatlicher Bedeutung ausschließlich der europäischen Fusionskontrolle unterliegen¹⁴²⁷, womit sie dann von der zweistufigen Prüfung nach den Regeln der FKVO und Art. 81 EG i.V.m. VO 1/2003 erfasst werden.¹⁴²⁸ Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 FKVO stellt demgegenüber klar, dass alle weiteren Gemeinschaftsunternehmen, wie insbesondere solche ohne Vollfunktion oder mit Vollfunktion, aber ohne die Schwellenwerte von Art. 1 FKVO der VO 1/2003 und somit Art. 81 EG unterfallen.¹⁴²⁹ Diese

¹⁴²² *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27 m.w.N.; Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 4, Rn. 23 m.w.N.

¹⁴²³ Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 449, Rn. 42; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27 m.w.N.

¹⁴²⁴ *Bach*, in: ZWeR 2003, a.a.O., S. 197.

¹⁴²⁵ *Bach*, in: ZWeR 2003, a.a.O., S. 197.

¹⁴²⁶ Vgl. Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 1, 7; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁴²⁷ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 17; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 380; a.A. *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 22, Rn. 27 m.w.N., für den sich in diesem Zusammenhang aus Art. 21 Abs. 1 FKVO keine hinreichend eindeutigen Schlussfolgerungen ziehen lassen.

¹⁴²⁸ Hierzu später unter C.II)2)a); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 444.

¹⁴²⁹ Vgl. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 17.

Gemeinschaftsunternehmen unterliegen denknottwendig dann auch dem Geltungsbereich von Art. 3 VO 1/2003 und nach deutschem Recht damit § 22 GWB n.F., so dass grundsätzlich für entsprechende Vorhaben potenziell die Anwendungsausschlüsse und Vorränge von § 22 Abs. 1 bis 3 GWB n.F. (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 VO 1/2003) Anwendung finden.¹⁴³⁰ Legitimiert also z.B. Art. 81 Abs. 3 EG ein solches Gemeinschaftsunternehmen, dürfte deutsches Recht dies prinzipiell nicht verbieten (§ 22 Abs. 2 GWB n.F. bzw. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003). Wenn allerdings die Gemeinschaftsunternehmen den Vorschriften der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB n.F. unterliegen, gehen diese gemäß § 22 Abs. 4 S. 1 GWB n.F. (Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003) vor, denn hiernach gelten § 22 Abs. 1 bis 3 GWB n.F. gerade nicht, „soweit die Vorschriften über die [nationale] Zusammenschlusskontrolle angewendet werden.“¹⁴³¹ Und da nach deutschem Kartellrecht sowohl konzentrierte wie kooperative Gemeinschaftsunternehmen generell von der deutschen Fusionskontrolle erfasst werden, ganz gleich ob mit Vollfunktion oder Teilfunktion, gilt für (zwischenstaatliche) Gemeinschaftsunternehmen immer die Vorrangregelung des § 22 Abs. 4 GWB n.F. (Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003)¹⁴³², so dass Gemeinschaftsunternehmen gemäß §§ 35 ff. GWB n.F. untersagt werden können, die nach Art. 81 EG eigentlich gestattet wären.¹⁴³³ Für die Anwendungspraxis der Doppelkontrolle auf nationaler Ebene ändert sich aufgrund dieses „Vorranges“ aber nichts, da die §§ 35 ff. GWB auch weiterhin keinen Ausschluss der §§ 1 bis 3 GWB n.F. vorsehen (es sei denn, es handelt sich um rein konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen¹⁴³⁴)¹⁴³⁵, so dass das Instrument der *Doppelkontrolle* seine bisherige Praktikabilität auch weiterhin nicht verliert.¹⁴³⁶

bb) Die kartellrechtliche und pressepolitische Flexibilität der kooperationsrechtlichen Regelungen im Zeichen konventioneller und dynamischer Pressemärkte

Es bleibt die Annahme zu prüfen, ob das neu eingeführte System der Legalausnahme mit der Generalklausel § 2 GWB n.F. tatsächlich geeigneter ist, auf die in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen angemessen zu reagieren.¹⁴³⁷ Mit Blick auf pressenspezifische Kooperationen ist hierbei die Flexibilität und das Zusammenspiel der kooperationsrechtlichen Regelungen des GWB in seiner aktuellen Fassung in Bezug auf wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Entwicklungsprozesse damit insgesamt zu klären.

Der Wunsch nach größtmöglichen Handlungsspielräumen für die Verlage einerseits, bei Erhaltung des Wettbewerbs und der Publizitätsvielfalt andererseits, stellt hohe Anforderungen

¹⁴³⁰ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 17.

¹⁴³¹ Dalheimer, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 3, nach Art. 83 EGV, Rn. 27; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 17, 18.

¹⁴³² Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 18.

¹⁴³³ So auch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 381, Fn. 254.

¹⁴³⁴ Siehe B.I)2)a).

¹⁴³⁵ Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 22, Rn. 17, 18.

¹⁴³⁶ B.I)2)c)aa)(1).

¹⁴³⁷ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 24.

an das aktuelle kartellrechtliche Instrumentarium und führte während des letzten Gesetzgebungsverfahrens zu vielerlei pressespezifischen Reformvorschlägen¹⁴³⁸, von denen aber keiner einziger im Rahmen der Siebten GWB-Novelle Berücksichtigung fand.¹⁴³⁹ Nach eingehender Untersuchung erscheint dies die richtige Entscheidung gewesen zu sein und nach dem Systemwechsel wohl endgültig nicht mehr nötig, denn es besteht kein ausreichender Anlass das Kartellverbot gemäß § 1 GWB n.F. bzw. die Pressefusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB über die §§ 2 und 3 GWB n.F. bzw. §§ 38 Abs. 3, 35 Abs. 2 S. 2 GWB hinausgehend pressespezifisch zu erweitern. Schon jetzt ist nahezu jede Effizienz steigernde Kooperation bis zur Grenze der Preis- und Gebietsabsprache möglich, wie sich im Folgenden gezeigt hat.¹⁴⁴⁰

(1) Die Reaktionsfähigkeit von § 2 GWB n.F.

Gerade wenn es um die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit und die Hebung von Synergiepotenzialen geht, liefert insbesondere § 2 GWB n.F. hierfür einen geeigneten Maßstab.¹⁴⁴¹ Denn die relativ großzügigen Beurteilungsspielräume bei der Einschätzung, ob sich nur durch die konkrete Kooperation Effizienzgewinne erreichen lassen, an denen die Leser angemessen beteiligt werden, ermöglichen den Verlagsunternehmen weit reichende Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigen-, Druck- und Vertriebsbereich. Dies haben u.a. die Beispiele von Spezialisierungsvereinbarungen in den Fällen „Bielefelder Verlagsanstalt/Werberuf“ und „Storck Schneider“ gezeigt, die aufgrund ihrer hohen gemeinsamen Marktanteile (80 Prozent und 45 Prozent) zwar nicht mehr nach der GVO für Spezialisierungsvereinbarungen freistellungsfähig gewesen, durchaus aber noch in das Legalisierungsspektrum von § 2 Abs. 1 GWB n.F. gefallen wären, da im Rahmen der einzelfallorientierten Verhältnismäßigkeit auch nach neuer Rechtslage noch wesentlicher Wettbewerb hätte festgestellt werden können.¹⁴⁴²

Insbesondere die im Rahmen einer solchen Verhältnismäßigkeitsabwägung nun möglich gewordene Berücksichtigung von Interessen des Gemeinwohls macht die Generalklausel für die Behörden und Gerichte zu einem anpassungsfähigen Instrument für temporäre Krisensituationen, wie beispielsweise einer Pressekrise in Folge einer wirtschaftlich schlechten Konjunktur.¹⁴⁴³ Denn hierbei können begrenzt auch außerwirtschaftliche Gesichtspunkte mit in die Gesamtbeurteilung eines Kooperationsvorhabens einfließen¹⁴⁴⁴, was allerdings nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass z.B. jede „strukturelle Besonderheit“ eines Marktes die Freistellung eines Vorhabens begründen kann, wie die Neubewertung des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“ nach § 2 Abs. 1 GWB n.F. gezeigt hat.¹⁴⁴⁵ In Ausnahmefällen würden sich hiermit aber durchaus Kooperationsformen

¹⁴³⁸ Siehe A.I)4).

¹⁴³⁹ Vgl. A.I)4)f).

¹⁴⁴⁰ So schon auch *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁴⁴¹ So auch *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁴⁴² Siehe B.II)3)a)aa)(1); vgl. auch *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁴⁴³ Im Ergebnis so auch *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁴⁴⁴ Zum Kriterium des „Gemeinwohls“ im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vgl. B.II)1)b).

¹⁴⁴⁵ Siehe B.II)1)b); a.A. *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

rechtfertigen lassen, denen im Hinblick auf Entwicklungen, die eine Verschlechterung der gesamtwirtschaftlichen Situation von Printmedien zur Folge haben, eine kompensatorische Funktion zukommt.

Während der Pressekrise der Jahre 2000 ff. wurde eine solche Verschlechterung u.a. in der dynamischen Entwicklung der elektronischen Medien und den sich hieraus ergebenden neuen Nutzungsmöglichkeiten gesehen. Dies löste sogleich die kooperationsrechtliche Diskussion aus, ob die Konkurrenz des Mediums Internet z.B. im Bereich der Rubrikanzeigenmärkte ein gerechtfertigtes Bedürfnis nach erweiterten Kooperationsmöglichkeiten für Verlagsunternehmen begründe.¹⁴⁴⁶ In Frage stand aber gleichzeitig auch die Praktikabilität der bestehenden Regelungen für pressespezifische zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Bereich des Internets selbst.¹⁴⁴⁷ Doch weder die eine noch die andere Fragestellung rechtfertigen nach den hier gewonnen Erkenntnissen über die Generalklausel und die Pressefusionskontrolle hinausreichende Privilegierungen für pressespezifische Kooperationen. Zwar war mit Blick auf die „Tolerierungspraxis“ der Kartellbehörden im Rahmen der kooperationsrechtlichen Anwendungspraxis des GWB in der Sechsten Fassung eine gewisse Flexibilisierung aufgrund neuer Entwicklungen und Kooperationsformen notwendig.¹⁴⁴⁸ Diese vollzog sich aber ausreichend mit dem Wechsel von den Ausnahmetatbeständen zur Generalausnahme.

V.a. hinsichtlich des Internets als Paradebeispiel für sich stetig verändernde Sachverhaltskonstellationen auch im Pressebereich (Beispiel „*Internetplattformen*“) erfüllt § 2 GWB n.F. die notwendigen Voraussetzungen, um auf diese Veränderungen angemessen kartellrechtlich reagieren zu können. Lässt sich bei der derzeitigen dynamischen Entwicklung des Internets beispielsweise nicht leicht prognostizieren, ob sich ein bestimmter Marktplatz durchsetzen oder gar marktbeherrschend wird und deshalb Gefahren einer Marktabschottung bestehen¹⁴⁴⁹, bieten für eine diesbezügliche Bewertung die Beurteilungsspielräume der Generalklausel das flexibelste Instrument, um die hierfür notwendige einzelfallorientierte Entscheidung zu treffen.¹⁴⁵⁰ Diese Spielräume werden hauptsächlich durch die Verhältnismäßigkeitsabwägung, aber auch aufgrund der Unbestimmtheit der Kooperationsform in § 2 Abs. 1 GWB n.F. gewährleistet. Im Zusammenhang mit dem Internet ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass dieses nicht nur direkte horizontale, sondern auch vertikale Vernetzung von Verlagsunternehmen und Geschäftsabläufen

¹⁴⁴⁶ So die häufig geäußerte Forderung verschiedener Großverlage; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Gesetzesentwurf eines Siebten GWB v. 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 43 ff.

¹⁴⁴⁷ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 2, 8 ff.

¹⁴⁴⁸ B.I)1)c).

¹⁴⁴⁹ Zu den wettbewerbsrechtlichen Gefahren durch das Internet vgl. auch BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 12.

¹⁴⁵⁰ Die Möglichkeit der flexibleren bzw. differenzierteren Analyse des Einzelfalls durch das Instrument der Generalklausel wird vom BKartA bestätigt; BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 28.

ermöglicht, weshalb neue Vertriebs- und Beschaffungswege eröffnet und die traditionellen Handelswege und -stufen teilweise obsolet werden.¹⁴⁵¹ Diese Fälle können jetzt von § 2 GWB n.F. problemlos erfasst werden, da sich dessen Anwendungsbereich im Gegensatz zu dem der qualifizierten Ausnahmetatbestände nicht mehr nur auf horizontale, sondern auch auf vertikale Kooperationen erstreckt.¹⁴⁵²

(2) Die Reaktionsfähigkeit von §§ 35 ff. GWB n.F. sowie der Doppelkontrolle

Auch die unveränderten Regelungen der Pressefusionskontrolle erweisen sich bei pressespezifischen Internetkooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen als ausreichend flexibles Kontrollinstrument. Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang aufgrund der zunehmenden Konkurrenz für die Tageszeitungen durch das Internet zwar vielfach das Erfordernis einer veränderten Marktabgrenzung¹⁴⁵³, doch anhand des Beispiels „Internetplattform“ war zu sehen, dass eine solche Forderung im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen nicht gerechtfertigt ist.¹⁴⁵⁴ Vielmehr konnte hier die Tauglichkeit der bisher praktizierten Marktbestimmungen bestätigt werden. Denn auch bei dieser relativ neuartigen Form der Kooperation bleibt die Marktabgrenzung zentrale Voraussetzung für die Bestimmung der Marktstellung der beteiligten Verlage, wengleich zumeist nur der der Internetplattform zugrunde liegende Produktmarkt für die Frage der pressespezifischen Abgrenzung wirklich interessant ist.¹⁴⁵⁵ Dies deshalb, weil es sich hierbei auch um den Markt handeln kann, auf dem sich die Teilnehmer der Plattform auch unabhängig von dieser als Anbieter und Nachfrager gegenüberstehen¹⁴⁵⁶, wie z.B. einem gemeinsamen Zeitungsmarkt. Für die Abgrenzung dieses Produktmarktes ergeben sich dann aber keinerlei Abweichungen zur herkömmlichen kartellrechtlichen Methodik¹⁴⁵⁷, weshalb die Praktikabilität des *Bedarfsmarktkonzepts* in Bezug auf *Internetplattformen* letztlich der der pressespezifischen Marktabgrenzung im Allgemeinen entspricht.

Diesbezüglich haben die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“, „Prisma-Verlag“ sowie „Niederrheinische Anzeigenblätter“ gezeigt, dass die differenzierte Marktabgrenzung im Pressebereich (Leser-/Anzeigenmarkt; lokal, regional, überregional) trotz z.T. verschwimmender sachlicher und räumlicher Grenzen und den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten sachgerechte Marktbestimmungen v.a. auch bzgl. Gemeinschaftsunternehmen und seiner Muttergesellschaften ermöglicht (Stichwort „*Gruppeneffekt*“) und im Hinblick auf die für den Pressebereich doppelt wichtige Frage (wettbewerbsrechtlich wie pressepolitisch), ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt

¹⁴⁵¹ Vgl. BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern- Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 8 ff.

¹⁴⁵² Bunte, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 2, Rn. 4.

¹⁴⁵³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 42 von 2004, a.a.O., S. 40, Rn. 110; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, WuW 2004, Keine Aufweichung der Pressefusionskontrolle, S. 627.

¹⁴⁵⁴ Siehe B.I)2)c)bb)2)(b).

¹⁴⁵⁵ Die ebenfalls bei Internetplattformen grundsätzlich abzugrenzenden Märkte für Transaktionsdienstleistungen des elektronischen Marktplatzes sowie für die Marktplatzinfrastruktur bleiben deshalb an dieser Stelle unberücksichtigt, auch wenn diese regelmäßig ganz eigene Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen können; vgl. hierzu ausführlich Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 188 ff.

¹⁴⁵⁶ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, a.a.O., S. 187.

¹⁴⁵⁷ Hierzu B.I)2)c)bb)2)(b).

oder nicht, die i.S.d. Marktmachtkonzepts erforderliche eng umgrenzte Feststellungsgrundlage liefert.¹⁴⁵⁸

Dass auch die im zweiten Schritt vorzunehmende wechselseitige Gesamtbetrachtungsweise von Strukturmerkmalen einerseits und Verhaltensmerkmalen andererseits im Zusammenspiel mit der einzelfallorientierten *Abwägungsklausel* im Rahmen der Pressefusionskontrolle ebenfalls zu sachgerechten Ergebnissen kommt (sowohl i.S.d. Wettbewerbs als auch der Publizitätsvielfalt), ohne dabei die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Verlagsunternehmen unzumutbar zu beschränken, bewiesen besagte Fälle ebenso.¹⁴⁵⁹

Sie verdeutlichten auch, dass sich der Grad der Flexibilität von pressefusionsrechtlichen Regelungen für Gemeinschaftsunternehmen nicht dadurch erhöhen lässt, dass Verlagsunternehmen z.B. mit einer Anhebung der Aufgreifkriterien mehr kontrollfreier Handlungsspielraum bei der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit ermöglicht wird, damit diese ihre Ertragsleistung steigern können. Denn erstmal entstünden in vielen fusionsrechtlich relevanten Fällen von Gemeinschaftsunternehmen diese kontrollfreien Räume erst gar nicht (Stichwort „Umsatzaddition“, vgl. die Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“ und „Prisma-Verlag“), und dort wo sie ermöglicht würden, wäre zwar den Verlagen die Chance eines vereinfachten Finanzzuwachses gegeben, ein Erhalt der Publizitätsvielfalt aber umso weniger gewährleistet, denn die Möglichkeit der Kartellbehörden regulierend eingreifen zu können läge nicht mehr vor (vgl. hierzu den Fall „Niederrheinische Anzeigenblätter“).¹⁴⁶⁰

Auch die in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen durch Schutzvorkehrungen, wie beispielsweise einem „Redaktionsmodell“ oder einer „Altverlegerklausel“, die Publizitätsvielfalt aufrecht erhalten zu können, würden sich, wie schon während des Gesetzgebungsverfahrens festgestellt, nicht als praxistaugliches Regulativ eignen.¹⁴⁶¹ Demgegenüber ergab aber die Überprüfung der Fälle „W. Girardet/Rheinisch-Bergische Druckerei und Verlagsgesellschaft“, „Prisma-Verlag“ und „Stellenmarkt für Deutschland“, dass bei fusionsrechtlich relevanten Gemeinschaftsunternehmen die Publizitätsvielfalt regelmäßig bereits dadurch gewährleistet ist, weil im Rahmen einer derartigen Kooperation die Mutterverlage i.d.R. auch weiterhin wirtschaftlich selbständig und die beteiligten Zeitungen redaktionell unabhängig bleiben.¹⁴⁶² Diese Tatsache verdeutlichte erneut, dass die mit den für pressespezifische Gemeinschaftsunternehmen relevanten Tatbeständen der §§ 37 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 S. 3, Nr. 4, 38 Abs. 3, 35 und 36 GWB nach wie vor ein durchweg praktikables Instrumentarium bieten, um die vielfältigen Varianten dieser Form von

¹⁴⁵⁸ Siehe B.I)2)c)bb)(2)(a).

¹⁴⁵⁹ B.I)2)c)cc).

¹⁴⁶⁰ Siehe B.I)2)c)bb)(1).

¹⁴⁶¹ Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere die Kritik von *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063; *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; vgl. auch die vollumfängliche Ablehnung dieser Regelungen seitens des BR in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 8 f.

¹⁴⁶² Siehe B.I)2)c)bb)(2).

zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit kartellrechtlich zu erfassen und wettbewerbsrechtlich wie pressepolitisch sachgerechte Ergebnisse zu erzielen.

Somit ergibt sich sowohl für die Generalklausel als auch für die Pressefusionskontrolle ein einheitliches Bild hinsichtlich ihrer pressspezifischen Reaktionsfähigkeit, so dass deshalb das Instrument der *Doppelkontrolle* seine bisherige Praktikabilität auch nach neuer Rechtslage prinzipiell nicht verliert¹⁴⁶³, auch wenn es bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung zu Anwendungsproblemen der *Doppelkontrolle* aufgrund europarechtlicher Vorgaben kommen kann.¹⁴⁶⁴ In den meisten Fällen von kartellrechtlich relevanten pressspezifischen Gemeinschaftsunternehmen ist der zwischenstaatliche Handel aufgrund rein lokaler, regionaler bzw. überregionaler Bedeutung aber erst gar nicht betroffen.¹⁴⁶⁵

(3) Die Reaktionsfähigkeit von § 3 GWB n.F.

Ist die *Zwischenstaatlichkeitsklausel* nicht erfüllt, so vergrößert § 3 n.F. als weiterer Bestandteil des kartellrechtlichen Instrumentariums den bisher aufgezeigten Kooperationspielraum nochmals. Insbesondere die Voraussetzung der nicht extraterritorialen Wirkung der Vereinbarungen ermöglicht eine von europäischen Vorgaben losgelöste Auslegung von § 3 GWB n.F. und begründet letztlich dessen Praxistauglichkeit.¹⁴⁶⁶ Denn nur so kann die in ihrem Tatbestand weitgehend der Vorgängernorm des § 4 Abs. 1 GWB entsprechende Norm deren spezielle kooperationsrechtliche Regelung für mittelständische Unternehmen in gleichem Maße weiterführen, die sich bis zum Zeitpunkt der Gesetzesnovelle zum wichtigsten Ausnahmetatbestand entwickelt hatte und dabei ihre Praktikabilität insbesondere auch im Pressebereich hinreichend unter Beweis stellen konnte¹⁴⁶⁷, wofür u.a. der bereits damals vergleichsweise sehr weitreichende Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes trotz qualifizierter Charaktereigenschaft verantwortlich war.¹⁴⁶⁸ Doch auch nach dem Systemwechsel und den hiermit verbundenen tatbestandlichen Änderungen bleiben nicht nur die relativ großen wirtschaftlichen Handlungsspielräume für mittelständische Verlage bestehen aufgrund der wenigen Beschränkungen in Bezug auf das für die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zur Verfügung stehende Mittel der betrieblichen Zusammenarbeit, sondern auch deren kartellrechtliche Bewertung orientiert sich weitgehend an den zu § 4 Abs. 1 GWB entwickelten und bewährten

¹⁴⁶³ Siehe B.I)2)c)aa)(1).

¹⁴⁶⁴ B.II)3)a)aa)(3)(c).

¹⁴⁶⁵ Vgl. B.II)3)a)aa)(3)(c).

¹⁴⁶⁶ Zum Erfordernis der nicht gemeinschaftsweiten Bedeutung des Vorhabens in § 3 GWB n.F.: BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 7, Rn. 17; veröffentlicht unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010); Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 3, Rn. 4; *Schneider*, in: Langen/Bunte, KartR, Bd. 1, 10. Aufl., § 3, Rn. 3; Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 309, Rn. 7 f.

¹⁴⁶⁷ Allein in den 90er Jahren wurden über 180 Mittelstandskartelle mit mehr als 1500 Beteiligten gezählt; Tätigkeitsbericht des BKartA 1991/1992, BT-Drucks. 12/5200, S. 39; Tätigkeitsbericht des BKartA 1993/1994, BT-Drucks. 13/1660, S. 29; vgl. auch Emmerich, KartR, 11. Aufl., S. 308, Rn. 4.

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 3, Rn. 51; Werner, a.a.O., S. 171 f.; Herresthal, Die Praxis der Mittelstandskooperationen nach § 5b GWB, S. 46.

Auslegungsmaßstäben.¹⁴⁶⁹ Die Überprüfung von Praxisfällen aus der Zeit vor der Reform unter dem Blickwinkel der aktuellen Rechtslage ergab dabei, dass bei dem nach wie vor bestehenden Bedürfnis nach Mittelstandskooperationen auch weiterhin auf wettbewerbsrechtlich ähnlich erfolgreiche Ergebnisse geschlossen werden kann, die wie bei § 4 Abs. 1 GWB gesehen, nachhaltig zu Leistungssteigerungen kleinerer und mittlerer Verlage führen können, ohne dabei weder die Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten wesentlich zu beeinträchtigen noch der Publizitätsvielfalt zu schaden.¹⁴⁷⁰ Und da es sich bei § 3 GWB n.F. um keine abschließende Mittelstandsregelung handelt, besteht daneben immer auch die Freistellungsfähigkeit nach § 2 Abs. 1 GWB n.F.¹⁴⁷¹, so dass sich § 3 GWB n.F. trotz seines Charakters als tatbestandlicher „Fremdkörper“ in das vom Gemeinschaftsrecht übernommene System der Legalausnahme einfügt und im Hinblick auf pressenspezifische Kooperationen das kartellrechtliche Instrumentarium sinnvoll ergänzt.

b) Zusammenfassende Bewertung

aa) Bewertung des Rechtsschutzniveaus

Die eingangs dargestellte Einschätzung, wonach ein Legalausnahmesystem mit Generalklausel dem Administrativsystem und seinen qualifizierten Ausnahmetatbeständen aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit unterlegen sei¹⁴⁷², hat sich im Rahmen einer dahingehenden Überprüfung für pressenspezifische Kooperationen (insbesondere im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“¹⁴⁷³) nur sehr eingeschränkt bewahrheitet.

Richtig ist, dass der Tatbestand von § 2 Abs. 1 GWB n.F. aufgrund seiner Interpretationsmöglichkeiten durch die rechtlich nicht bindenden Freistellungsrichtlinien der Kommission und die den Adressatenkreis deutlich einschränkende GVO (z.B. 20 Prozent Marktanteilsgrenze der Beteiligten bei der GVO für Spezialisierungsvereinbarungen) im Vergleich zu den qualifizierten §§ 2 ff. GWB ihrer langjährigen Anwendungspraxis zunächst auf ein wesentlich niedrigeres Rechtsschutzniveau schließen lassen.

Dennoch begründet v.a. die Kombination aus den Freistellungsrichtlinien und GVOen zusammen mit der gemäß § 3 GWB n.F. fortgeführten Legalisierung von Mittelstandskartellen in ihrer bekannten Form einen wettbewerbsrechtlichen Beurteilungsrahmen, der im Vergleich zur Anwendungspraxis der früher für pressenspezifische Sachverhalte relevanten Qualifikationstatbestände (§§ 3, 4 Abs. 1, 5 GWB) den Verlagsunternehmen vor dem Hintergrund der jetzt geltenden Legalausnahme eine

¹⁴⁶⁹ Vgl. B.II)2)a); B.II)2)b).

¹⁴⁷⁰ Siehe B.II)2)c).

¹⁴⁷¹ BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 45; BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen, S. 14, Rn. 26; veröffentlicht unter:

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁴⁷² So BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 24.

¹⁴⁷³ Siehe B.II)1).

ausreichend qualifizierte Bewertungsgrundlage für die notwendig gewordene sichere Selbsteinschätzung liefert.

Im Bereich der Gemeinschaftsunternehmen hat sich bzgl. des Rechtsschutzniveaus von alter zu neuer Rechtslage insofern nichts geändert, als das auch aktuell die pressenspezifischen Aufgreifkriterien gelten und zusammen mit der Marktabgrenzung im Pressebereich nach dem bewährten *Bedarfsmarktkonzept* einen nach wie vor festen Orientierungsmaßstab für alle Beteiligten liefert, der nach 30jähriger Praxiserfahrung eine gewisse „Rechtsverlässlichkeit“ aufweist. Änderungen, wie beispielsweise eine Anhebung der pressenspezifischen Aufgreifkriterien würden nach eingehender Analyse an mit Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit rechtsschutztechnisch einen gegenteiligen Effekt auslösen.

Im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen und mit Blick auf das Instrument der *Doppelkontrolle* bleibt festzustellen, dass sich auf nationaler Ebene aufgrund der umfassenden kartellrechtlichen Kontrollmöglichkeit auch weiterhin nahezu keine kartellrechtsfreien Räume ergeben. Nur in Fällen von Gemeinschaftsunternehmen mit staatsübergreifender Bedeutung ist aufgrund der Angleichung an das europäische Kartellrecht im Rahmen von § 22 GWB n.F. der z.T. bestehende Anwendungsvorrang des Art. 81 EG und der FKVO zu beachten, wobei die Ausnahmen hiervon nicht unberücksichtigt bleiben dürfen (vgl. § 22 Abs. 4 GWB n.F.).

Die anfangs befürchtete evidente Absenkung des Rechtsschutzniveaus erfolgte mit dem Systemwechsel daher nicht.

bb) Bewertung der pressekartellrechtlichen Reaktionsfähigkeit am Maßstab von § 31 GWB-RegE

Es bewahrheitete sich aber in weiten Teilen die These, wonach eine Generalklausel sich als geeignetes kartellrechtliches Instrument darstellt, um Verlagen und ihren Zeitungen größtmöglichen wirtschaftlichen Handlungsspielraum zu ermöglichen, ohne hierbei die wettbewerbsrechtliche Kontrolle aus der Hand zu geben und die Publizitätsvielfalt zu gefährden.¹⁴⁷⁴ Damit erfüllen sich im Grunde sämtliche Zielvorstellungen, die mit diversen pressenspezifischen Änderungsvorschlägen während des letzten Gesetzgebungsverfahrens verfolgt wurden, ohne letztlich tatsächlich sonderrechtliche Regelungen zu schaffen.

Inbesondere der pressenspezifische Ausnahmetatbestand des § 31 GWB-RegE sollte den Zeitungsverlagen mehr Möglichkeiten eröffnen ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern, um so die ökonomische Grundlage der vorhandenen Pressevielfalt zu sichern.¹⁴⁷⁵ Diese erweiterten Möglichkeiten sollten v.a. den erlösträchtigen Anzeigenbereich betreffen, in einer späteren Konzeption der Norm aber auch die Tätigkeitsfelder Vertrieb und Druck.¹⁴⁷⁶ Losgelöst von dem Umstand, dass mit einem Zuwachs von finanziellen Ressourcen nicht denknotwendig auch der Erhalt von Publizitätsvielfalt einhergehen muss (vgl. den Fall

¹⁴⁷⁴ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 24; Säcker, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

¹⁴⁷⁵ Siehe A.I)4)b)bb).

¹⁴⁷⁶ A.I)4)b)bb); A.I)4)d).

„Niederrheinische Anzeigenblätter“¹⁴⁷⁷, besteht mit § 2 GWB n.F. jetzt eine Legalausnahme, die entsprechend den Zielvorstellungen des § 31 GWB-RegE mit Hilfe eines qualifikationslosen Tatbestandes nahezu jede Art von verlagsspezifischer Zusammenarbeit zur Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge legitimieren kann und somit hinreichend wirtschaftliche Perspektiven für die Verlage zur Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit schafft, was grundsätzlich die Chance auf den Erhalt der Selbständigkeit im redaktionellen Bereich vergrößert, weil die Notwendigkeit eines Zusammenschlusses hiermit vermeidbar bleibt.

Die nun innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung mögliche Berücksichtigung von Interessen des Gemeinwohls macht § 2 Abs. 1 GWB n.F. zu einer reaktionsfähigen Generalklausel selbst für temporäre bereichsspezifische Wirtschaftslagen, wie beispielsweise einer Pressekrise, mit der sich dann in Ausnahmefällen auch Kooperationen rechtfertigen lassen, die bei rein wettbewerbsrechtlicher Betrachtung und unter normalen Bedingungen nicht freistellungsfähig wären. Dieser Umstand legitimiert deshalb aber noch nicht zu jeder Art von Kooperation, weil z.B. „strukturelle Besonderheiten“ eines Marktes vorliegen, wie im Rahmen der Neubewertung des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“ festgestellt, so dass auch dem sehr weitreichenden Tatbestand der Generalklausel klare wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt sind.

Dennoch werden sektorale Regelungsüberlegungen, wie die eines § 31 GWB-RegE zur Überwindung von konjunkturellen Schwächeperioden oder aber struktureller Veränderungen im Bereich der Presse damit obsolet, denn auch für den Bereich der dynamischen Medienmärkte, wie insbesondere das Internet, bietet der Tatbestand von § 2 Abs. 1 GWB n.F. die notwendige Flexibilität, um kartellrechtlich angemessen auf neue Kooperationsformen (vgl. das Beispiel „Internetplattformen“¹⁴⁷⁸) reagieren zu können und dem Einzelfall entsprechend sachgerechte Entscheidungen zu ermöglichen.

Die Entbehrlichkeit eines § 31 GWB-RegE ergibt sich ferner daraus, dass die hiermit angestrebte Begünstigung v.a. kleiner und mittlerer Verlage bereits durch die Beibehaltung der vereinfachten Legalisierungsmöglichkeit für Mittelstandsvereinbarungen gemäß § 4 Abs. 1 GWB mit § 3 GWB n.F. weitergeführt wurde und dessen Tatbestand den Kooperationsspielraum für mittelständische Verlagsunternehmen nochmals vergrößert.¹⁴⁷⁹

Zwar sollte § 31 GWB-RegE noch über den kooperationsrechtlichen Bereich hinaus auch für Gemeinschaftsunternehmen mit dem Zweck pressenspezifischer Zusammenarbeit gelten, womit diese dann von der Pressefusionskontrolle freigestellt gewesen wären.¹⁴⁸⁰ Doch gerade im Bereich pressenspezifischer Gemeinschaftsunternehmen erweisen sich die Regelungen der Pressefusionskontrolle nach wie vor als zuverlässiges, aber auch reaktionsfähiges Kontrollinstrument im Hinblick auf sich rasch verändernden Sachverhaltskonstellationen und

¹⁴⁷⁷ Vgl. B.I)2)b)cc)(4).

¹⁴⁷⁸ B.II)3)a)bb)(1).

¹⁴⁷⁹ Vgl. BReg, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB mit Begründung v. 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 38; Immenga, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 350.

¹⁴⁸⁰ A.I)4)b)bb).

Entwicklungen. So gewährleistet das *Bedarfsmarktkonzept* nicht nur für die herkömmlichen Pressemärkte (Anzeigen- und Lesermarkt etc.), sondern auch hinsichtlich der Marktabgrenzung im Internet die erforderlichen Bewertungsgrundlagen zur Feststellung der Marktstellungen aller Beteiligten. In Kombination mit der darauf aufbauenden wechselseitigen Gesamtbetrachtungsweise von Strukturmerkmalen einerseits und Verhaltensmerkmalen andererseits im Zusammenspiel mit der einzelfallorientierten *Abwägungsklausel* ermöglicht dies sachgerechte Ergebnisse (wettbewerbsrechtlich wie pressepolitisch), ohne dabei die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Verlage unzumutbar zu beschränken. Vielmehr stellt sich die Kooperationsform „Gemeinschaftsunternehmen“ kartellrechtlich wie pressepolitisch für die Verlage als aussichtsreiche Option der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit zur Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dar, weil erhebliche wirtschaftliche Vorteile erlangt werden können ohne hierbei die Schmälerung der Publizitätsvielfalt zu gefährden. Denn diese wird im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig schon deshalb gewährleistet, weil die Mutterverlage i.d.R. auch weiterhin wirtschaftlich selbständig und die beteiligten Zeitungen redaktionell unabhängig bleiben. Überlegungen, wie die eines „Redaktionsmodells“ oder einer „Altverlegerklausel“ im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB, damit Kooperationsvorhaben trotz Marktbeherrschung freigestellt werden können, um mehr Handlungsspielraum für die Verlage zu schaffen, erscheinen im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen daher überflüssig und sollten nicht weiterverfolgt werden.¹⁴⁸¹ Dies muss auch für die Idee einer Anhebung der pressenspezifischen Aufgreifkriterien im Rahmen der Pressefusionskontrolle bei § 38 Abs. 3 GWB gelten. Denn hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen führt eine solche Anhebung nicht notwendigerweise auch zu den damit beabsichtigten größeren Handlungsspielräumen für die Verlage, da in den meisten Fällen von § 37 Abs. 1 Nr. 2 und 3 S. 3 GWB die dort zu beachtende Addition der Gesamtumsätze eines jeden Beteiligten dazu führen würde, dass selbst die erhöhten Aufgreifwerte regelmäßig erreicht werden würden und deshalb kontrollfreie Handlungsspielräume gar nicht entstünden.

cc) Fazit

Das Zusammenspiel der kooperationsrechtlichen Regelungen im Bereich der Presse stellt sich im Gesamtbild damit als durchaus praxistaugliches und kartellrechtlich umfassendes Instrument mit hinreichendem Rechtsschutzniveau dar (vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere die Neubewertung des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“¹⁴⁸²¹⁴⁸³), was sich nicht zuletzt auch in der *Doppelkontrolle* widerspiegelt, die allein im zwischenstaatlichen

¹⁴⁸¹ Zu der generellen Untauglichkeit dieser die Publizitätsvielfalt erhaltenen Klauseln, vgl. *Immenga*, in: ZWeR 2004, a.a.O., S. 339; *Geerlings*, in: AfP 2004, a.a.O., S. 332; *Möschel*, in: JZ 2004, a.a.O., S. 1063; *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29; vgl. auch die vollumfängliche Ablehnung dieser Regelungen seitens des BR in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 8 f.

¹⁴⁸² B.II)1).

¹⁴⁸³ Im Hinblick auf §§ 2 und 3 GWB n.F. ebenso: BR, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04, S. 9; *Säcker*, in: AfP 2005, a.a.O., S. 29.

Bereich aufgrund des teilweisen Vorrangs europarechtlicher Regelungen ihren Geltungsbereich verliert.

Dieser partielle Anwendungsvorrang demonstriert aber bereits anschaulich die Maßgeblichkeit des europäischen Rechts und seiner Rechtsprechung bzw. Verwaltungspraxis für das deutsche Kartellrecht und dessen Anwendungspraxis. Dies nun umso mehr, nachdem sich die nahezu vollständige Angleichung an die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen im Rahmen der Siebten GWB-Novelle vollzogen hat, so dass die europäische Verwaltungspraxis und Rechtsprechung für pressespezifische Anwendungsfragen v.a. bei § 2 Abs. 1 und insbesondere bei Abs. 2 GWB n.F. durchaus Relevanz haben können, weshalb sie u.a. im Folgenden Gegenstand einer eingehenden Untersuchung sein sollen.

C. Die Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen nach europäischem Kartellrecht

Ende der 1990er Jahre leitete die Kommission eine umfassende Reform des europäischen Kartellrechts ein, bei der die Regeln für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen weitreichend überarbeitet wurden.¹⁴⁸⁴ Dieser Reformprozess ist u.a. durch die Modernisierung des Verfahrensrechts in Form der VO 1/2003 abgeschlossen worden, dessen sichtbarstes Zeichen die Einführung des Systems der Legalausnahme darstellt.¹⁴⁸⁵ Für die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ist es nunmehr nur noch erforderlich, dass die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind, es sich also um einen Ausnahmefall von Art. 81 Abs. 1 EG handelt. Denn dieser normiert das generelle Kartellverbot auf europäischer Ebene und gilt für alle Wirtschaftsbereiche, die der EG-Vertrag nicht explizit von der Anwendung ausnimmt (z.B. die Landwirtschaft¹⁴⁸⁶),¹⁴⁸⁷ so dass auch der Bereich der Presse hiervon erfasst wird, denn für diesen bestehen im europäischen Kartellrecht grundsätzlich keine eigenen Sonderregelungen.¹⁴⁸⁸ Solche sind auch vermeintlich entbehrlich, da bereits das Vorliegen eines „Gemeinsamen Marktes“ im Hinblick auf Presseerzeugnisse fraglich erscheint.

D) Existenz „Europäischer Pressemärkte“?

Das Phänomen des Zusammenwachsens von Märkten als ein wesentlicher Bestandteil der Globalisierung betrifft denotwendig auch Europa und seine Mitgliedsstaaten. Ursachen für diese Entwicklung liegen zum einen in der Liberalisierung des weltweiten Handels durch den Abbau staatlicher Handelsbeschränkungen und zum anderen in den deutlich verbesserten Kommunikations- und Transportmöglichkeiten bzw. der Reduzierung der damit verbundenen (Transaktions-)Kosten, wobei insbesondere dem Internet für die Überwindung ehemaliger Begrenzungen durch Raum und Zeit eine zentrale Bedeutung zukommt, so dass Folgen dieser Entwicklung z.B. die europaweite Verfügbarkeit bestimmter Produkte oder die Aufteilung von Funktionsbereichen eines Unternehmens auf verschiedene Standorte sind.¹⁴⁸⁹

Trotz der linguistischen, kulturellen und politischen Schranken, die regelmäßig die Märkte von Presseerzeugnissen auf einen nationalen (Teil-)Bereich begrenzen und deshalb „Europäische Pressemärkte“ zunächst fraglich erscheinen lassen¹⁴⁹⁰, haben die mit der

¹⁴⁸⁴ Lange, in: Lange, Handbuch zum dt. und europ. KartR, 2. Aufl., S. 16, Rn. 29.

¹⁴⁸⁵ Europäischer Rat, VO (EG) Nr. 1/ 2003 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. 2003, Nr. L 1, 1.

¹⁴⁸⁶ Auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und deren Handel sind die Wettbewerbsvorschriften nur insoweit anwendbar, als dies der Europäische Rat bestimmt; vgl. Art. 36 Abs. 1 EG

¹⁴⁸⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.4.1986, Slg. 1986,1425 ff., Rn. 40, „Asjes“.

¹⁴⁸⁸ Vgl. Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 174.

¹⁴⁸⁹ Siehe zur Globalisierung und ihrer wettbewerblichen Relevanz für Kooperationen ausführlich BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 3.

¹⁴⁹⁰ Vgl. Nehl, Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 1, 7; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

Globalisierung verbundenen wirtschaftlichen Anreize, wie beispielsweise das erhöhte Potenzial an Kooperationspartnern oder sinkende Transaktionskosten auch bei Presseunternehmen für vermehrt über die nationalen Grenzen hinausreichende zwischenbetriebliche Zusammenarbeit gesorgt, wofür die Anzahl an Kooperationsvorhaben mit gemeinschaftsweiter Beteiligung der letzten Jahre ein Beleg ist. Ein Auszug¹⁴⁹¹:

Mai 2007

Die Verlagsgruppe Handelsblatt, Frankfurt/a.M., (Holtzbrinck) hat mit dem rumänischen Konzern Realitatea Catavencu eine „strategische Zusammenarbeit“ vereinbart und gibt mit ihm zusammen eine Wirtschaftstageszeitung heraus.

August 2006

Die Burda Direct Gruppe und der Burda Verlag Osteuropa haben als Joint Venture (50/50 Prozent) Burda Direct Polska gegründet.

Juni 2006

Die Verlagsgruppe Handelsblatt, Frankfurt/a.M., (Holtzbrinck) hat über ein bulgarisches Joint Venture den Verlag IDG Bulgaria gekauft.

Januar 2006

Burda Eastern Europe und die Verlagsgruppe Hachette Filipacchi gründen als Joint Venture die Hachette Filipacchi – Burda Polska und bringen ihre Zeitschriftentitel dort ein.

Oktober 2005

Die Verlagsgruppe Langenscheidt, München, hat mit der Verlagsgruppe Mondadori, Mailand, (Berlusconi) ein langfristiges Kooperationsabkommen abgeschlossen.

Januar 2005

Die Verlagsgruppe Handelsblatt, Frankfurt/a.M., (Holtzbrinck) hat mit dem bulgarischen Verlag AII OOD als Joint Venture (50/50 Prozent) den Verlag Economedia AD gegründet.

Juni 2004

Der Verlag Gruner+Jahr (Bertelsmann) und die spanische Grupo Vocento gründen ein Joint Venture (50/50 Prozent) und bringen die Zeitschrift „Gala“ heraus.

März 2004

Die Verlagsgruppe Weltbild, Augsburg, gründet mit Bayard Presse, Paris, und Roularta Media Group, Brüssel, ein Joint Venture für Seniorenzeitschriften

Oktober 2003

Burda Media und die Verlagsgruppe Weltbild gründen als Joint Venture den russischen Medienversandhandel „Moy Mir“.

September 2003

Der Motor-Presse-Verlag, Stuttgart, und der Verlag HM Nordic, Oslo, bringen eine norwegische Ausgabe von „Auto, Motor und Sport“ heraus.

Der Verlagskonzern Axel Springer bringt in Rumänien zusammen mit einem schweizer und einem griechischen Verlag die Zeitschrift „Deco Style“ heraus.

August 2003

¹⁴⁹¹ Aus den Listen bei ver.di, „Aktuelle Quartalsberichte zur Entwicklung der Medienwirtschaft“, Teil 3: Käufe, Fusionen und Kooperationen“, abrufbar unter <http://druck.verdi.de/quartalsberichte> (Stand: 28.1.2010).

Der Verlag Gruner+Jahr (Bertelsmann) bringt zusammen mit dem Verlag Univers eine rumänische Ausgabe von „Geo“ heraus.

Juli 2003

Die Neue Darmstädter Verlagsanstalt und die Editions Jean-Francois Doumic, Paris, gründen ein gemeinsames Onlineportal.

April 2003

Der Verlag Gruner+Jahr (Bertelsmann) verkauft seine Anteile an der ungarischen Zeitung „Népszabadság“ an Ringier und erhöht seine Anteile an den gemeinsamen tschechischen Firmen auf 27 %.

Die Fachzeitschrift „Textil-Wirtschaft“ (Deutscher Fachverlag) und die polnischen Fachzeitschrift „Moda Forum“ (Unit-Verlag) gründen als Joint Venture den Titel „Textil-Wirtschaft Moda Forum“.

Oktober 2002

Der deutsche Kneipp-Verlag, Bad Wörishofen, und der österreichische Kneipp-Verlag schließen eine Kooperation zur Gestaltung eines gemeinsamen Verlagsprogramms.

Oktober 2001

Der Süddeutsche Verlag Hüthing FI, München, gründet zusammen mit drei polnischen Minderheitsgesellschaftern den Fachverlag Kodeks Sp.z.o.o.

Januar 2001

Die Verlagsgruppe Handelsblatt, Düsseldorf, (Holtzbrinck) schließt eine Kooperation mit dem Zeitungsverlag AII, Sofia.

Insoweit ist von der Existenz eines die Mitgliedstaaten der EU umfassenden „Gemeinsamen Marktes“ für Presseerzeugnisse auszugehen¹⁴⁹², der jedoch diverse Einzelmärkte aufweist.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung solcher „europäischer“ Kooperationsvorhaben ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit die damit einhergehende Vergrößerung der räumlichen Märkte sowie die gestiegene Anzahl an aktuellen und potenziellen Wettbewerbern zwar theoretisch die Intensivierung des Wettbewerbs zur Folge haben kann, in der Praxis jedoch die Konzentrationstendenzen der Unternehmen auf vergrößerten Märkten nicht selten in einem engen Oligopol resultieren und damit die Intensität des Wettbewerbs reduzieren.¹⁴⁹³

Dieser Umstand verdeutlicht, wie bedeutsam eine sachgerechte kartellrechtliche Einschätzung solcher Vorhaben z.B. im Hinblick auf die Marktabgrenzung, bei der Ermittlung der Marktanteile oder bzgl. der Betrachtung der konkreten Wettbewerbsbedingungen ist. Dies jedoch nicht nur aus wettbewerbs-, sondern v.a. auch aus pressepolitischen Gesichtspunkten: Denn vor dem Hintergrund des den EG-Wettbewerbsregeln zugrunde liegenden Mechanismus, wonach der wirtschaftliche Integrationsprozess zugleich die nicht-ökonomischen Integrationsziele und Grundfreiheiten der Bürger zu fördern geeignet ist und

¹⁴⁹² So Nehl, Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 1; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁴⁹³ BKartA, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich?“, S. 4.

das Medium der europäischen Presse sowie der effektive Gebrauch der europäischen Grundrechte auf Informations- und Pressefreiheit (vgl. Art. 10 Europäische Menschenrechtskonvention [EMRK] sowie Art. 11 der Charta der Grundrechte der EU) wichtige Triebfedern eines politischen und demokratischen Integrationsprozesses bilden, sind grenzüberschreitende Informationen, die Kommunikation sowie die Verbreitung vielfältiger Meinungen, kultureller Inhalte und politischer Überzeugungen ohne die entsprechende Vielfalt an Presseerzeugnissen nicht möglich, denn nur bei hinreichender Publizitätsvielfalt ist eine „transnationale Kommunikation“ und „gemeineuropäische Willensbildung“ unter Wahrung der Meinungsvielfalt und nationaler kultureller Besitzstände gewährleistet.¹⁴⁹⁴

Inwieweit pressenspezifische Kooperationen im Rahmen von Art. 81 EG diesen hochgesteckten Integrationszielen Rechnung tragen können und welche Rolle Zusammenschlüsse bzw. die FKVO in diesem Zusammenhang spielen und welche Rückschlüsse sich daraus schließlich für das deutsche Kartellrecht ziehen lassen, soll die nachfolgende kartellrechtliche Analyse von einschlägigen Praxisfällen anhand der EG-Wettbewesregeln klären.

II) Die Zulässigkeit im System von Art. 81 EG und der FKVO

1) Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG, GVOen und Bagatellbekanntmachung

Mit Art. 81 Abs. 1 EG soll die Entstehung einer durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen herbeigeführten Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Gemeinsamen Marktes verhindert werden, weshalb die Norm Koordinierungen des Marktverhaltens selbständiger Unternehmen sowohl im Horizontalverhältnis als auch im Vertikalverhältnis insbesondere dann verbietet, wenn die Regelbeispiele, wie Absprachen über den Preis (Art. 81 Abs. 1 lit. a EG), Einschränkungen bzgl. der Erzeugung oder des Absatzes (Art. 81 Abs. 1 lit. b EG), Marktaufteilungen (Art. 81 Abs. 1 lit. c EG), Anwendungen unterschiedlicher Bedingungen (Art. 81 Abs. 1 lit. d EG) oder die Kopplung (Art. 81 Abs. 1 lit. e EG) erfüllt sind. Deren Nichtigkeit ist durch Art. 81 Abs. 2 EG angeordnet, es sei denn, es besteht eine Legitimation hierfür nach Art. 81 Abs. 3 EG, dem Ausnahmetatbestand in Form einer Generalklausel, die allgemein und abstrakt vier Voraussetzungen bestimmt, unter denen Art. 81 Abs. 1 EG für nicht anwendbar erklärt werden kann. Dies ist der Fall, wenn mit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung eine angemessene Beteiligung des Verbrauchers am Gewinn vorliegt (Art. 81 Abs. 3 EG), Effizienzvorteile erzielt werden (Art. 81 Abs. 3 EG), die Wettbewerbsbeschränkung unerlässlich ist (Art. 81 Abs. 3 lit. a EG) und keine Ausschaltung des Wettbewerbs damit verbunden ist (Art. 81 Abs. 3 lit. b EG).

Die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG schließt sich hierbei unmittelbar an die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 EG an, denn beide Absätze müssen als unteilbares Ganzes betrachtet werden, so dass Art. 81 EG immer in seiner Gesamtheit

¹⁴⁹⁴ Nehl, Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 1 f.; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

anzuwenden ist (sog. *integrale Anwendung*).¹⁴⁹⁵ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass mit der VO 1/2003 das System der Legalausnahme eingeführt worden ist und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen danach automatisch freigestellt sind (*ipso iure*), wenn sie den Tatbestand von Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen (sog. *direkte Anwendbarkeit*, vgl. Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003).¹⁴⁹⁶ Das bis dato geltende zweistufige Anmelde- und Genehmigungsverfahren ist damit entfallen.¹⁴⁹⁷ Hiernach konnte gemäß der Vorgängerverordnung VO 17/62 eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG nur im Wege einer Einzelfreistellungsentscheidung der Kommission oder einer GVO als zusätzlichem Akt nach der Anmeldung des Vorhabens erreicht werden, weshalb sich nicht nur die Prüfung und Behandlung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mit dem Systemwechsel erheblich verändert hat, sondern auch das Gewicht und die Bedeutung der GVOen.¹⁴⁹⁸

So verpflichten die GVOen die Unternehmen nicht dazu¹⁴⁹⁹, sich in der Weise zu verhalten, wie in den GVOen vorgesehen, sondern die Unternehmen erhalten durch eine Anpassung ihres Verhaltens an den Inhalt der jeweils maßgeblichen GVO nur die Möglichkeit, von vornherein einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG zu vermeiden.¹⁵⁰⁰ Denn sind die Freistellungsvoraussetzungen einer GVO erfüllt, bedarf es keiner Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG mehr.¹⁵⁰¹ Dies gilt selbst dann, wenn anzunehmen ist, dass von der Vereinbarung mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbare Wirkungen ausgehen.¹⁵⁰² GVOen bieten den Unternehmen daher einen rechtssicheren Kooperationspielraum. Ist der Anwendungsbereich einer GVO aber nicht eröffnet, so muss die Prüfung nach Art. 81 Abs. 3 EG erfolgen¹⁵⁰³, die ein erheblich größeres Subsumtionsrisiko für die Unternehmen bereithält.¹⁵⁰⁴

Denn die Beweislast für das Vorliegen der Einzelfreistellungsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG liegt nach neuer Gesetzeslage gemäß Art. 2 S. 2 VO 1/2003 jetzt bei den Unternehmen selbst (sog. *Selbstveranlagung*), so dass diese eigenverantwortlich über die Vereinbarkeit ihres Verhaltens mit Art. 81 Abs. 1 EG entscheiden müssen, ohne dass eine

¹⁴⁹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 6.4.1962, Slg. 1962, 99, 113, „Bosch“; KG, Urt. v. 30.10.1996, WuW/E OLG 5694, 5700, „Ruhrgas/Thyssengas II“; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, 10. Aufl., Bd. 2, Art. 81, Rn. 4.

¹⁴⁹⁶ *Dalheimer*, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, EU-Kartellverfahrensverordnung, EGV nach Art. 83, Art. 1, Rn. 2, 8; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, 10. Aufl., Bd. 2, Art. 81, Rn. 4; Lettl, KartR, 2. Aufl., S. 77, Rn. 134; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 2.

¹⁴⁹⁷ *Wagner*, in: WRP 2003, „Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht – Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik“, S. 1369.

¹⁴⁹⁸ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 2; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartR, 10. Aufl., Bd. 2, Art. 81, Rn. 4.

¹⁴⁹⁹ Zum Begriff, der Rechtsnatur und Beispielen von GVOen: B.II)1)d).

¹⁵⁰⁰ Lettl, KartR, 2. Aufl., S. 77, Rn. 135.

¹⁵⁰¹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 2; Lettl, KartR, 2. Aufl., S. 77, Rn. 135.

¹⁵⁰² Lettl, KartR, 2. Aufl., S. 77, Rn. 135.

¹⁵⁰³ *Dalheimer*, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, EU-Kartellverfahrensverordnung, EGV nach Art. 83, Art. 1, Rn. 10; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 2.

¹⁵⁰⁴ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches WettbewerbsR, § 13, Rn. 25.

behördliche Prüfung vorausgeht. Damit tragen die Unternehmen jetzt das volle Risiko bei der Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung.¹⁵⁰⁵

Für den Vorwurf eines Verstoßes i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG liegt die Beweislast allerdings bei der Partei oder Behörde, die einen solchen erhebt (Art. 2 S. 2 VO 1/2003).

Ein solcher setzt immer voraus, dass überhaupt die sog. *de-minimis*- oder *Bagatellgrenze* mit der unternehmerischen Zusammenarbeit überschritten wird. Denn ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG kommt nur in Frage, wenn die wettbewerbs- und handelsbeschränkenden Konsequenzen der Vereinbarung auch spürbar, d.h. nicht bloß als geringfügig bzw. unbedeutend einzustufen sind.¹⁵⁰⁶ Und weil die ungeschriebene Tatbestandsrestriktion der Spürbarkeit sowohl für die Wettbewerbsbeschränkung als auch für die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten (*Zwischenstaatlichkeitsklausel*, Art. 81 Abs. 1 EG) maßgeblich ist¹⁵⁰⁷, hat sie insbesondere bei Kooperationen zwischen Verlagsunternehmen eine nicht unwesentliche Bedeutung. Denn da der geographisch relevante Produktmarkt für Presseerzeugnisse häufig ein nationaler ist und es sich bei den Verlagen regelmäßig um mittelständische Unternehmen handelt¹⁵⁰⁸, erscheint eine ausreichende Spürbarkeit pressespezifischer Kooperationen gemessen an den quantitativen und qualitativen Kriterien der (unverbindlichen) Bagatellbekanntmachung der Kommission zur Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie den (unverbindlichen) Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels regelmäßig eher fraglich.¹⁵⁰⁹

So definiert die Bagatellbekanntmachung den Bereich, innerhalb dessen keine Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung besteht in erster Linie anhand der Marktanteile der an dem Vorhaben beteiligten Unternehmen, wobei Umsatzgrößen keinen Ausschlag geben.¹⁵¹⁰ Zu unterscheiden sind hierbei horizontale und vertikale Vereinbarungen, denn während die Marktanteilsschwelle für horizontale Vereinbarungen bei zehn Prozent liegt, gilt für vertikale Vereinbarungen eine Spürbarkeitsgrenze von 15 Prozent.¹⁵¹¹ Der Grund dieser Unterscheidung resultiert aus der Annahme, dass mit horizontalen Vereinbarungen größere Gefahren verbunden sind und darüber hinaus der positive Einfluss von vertikalen Vereinbarungen berücksichtigt werden kann.¹⁵¹² Das Erreichen oder Überschreiten der

¹⁵⁰⁵ Siehe zum erhöhten Subsumtionsrisiko der Unternehmen bei Art. 81 Abs. 3 EG: Lettl, *KartR*, 2. Aufl., S. 6 f., Rn. 12; Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches WettbewerbsR*, § 13, Rn. 25.

¹⁵⁰⁶ EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Slg. 1980, 3125, Rn. 154, „Van Landewyck“; EuGH, Urt. v. 18.2.1971, Slg. 1971, 69, „Sirena“; EuGH, Urt. v. 25.11.1971, Slg. 1971, 949, Rn. 18, „Béguelin“; EuGH, Urt. v. 6.5.1971, Slg. 1971, 351, „Cadillon/Höss“; EuGH, Urt. v. 9.7.1969, Slg. 1969, 295, „Völk/Vervaecke“; EuGH, Urt. v. 30.6.1966, Slg. 1966, 282, 304, „LTM/Maschinenbau Ulm“.

¹⁵⁰⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 95.

¹⁵⁰⁸ Nehl, *Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts*, S. 7; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁵⁰⁹ Bei beiden Dokumenten handelt es sich um unverbindliche Rechtsakte, die aber von den Gerichten faktisch als Auslegungshilfe berücksichtigt werden und zu einer Selbstbindung der Kommission führen; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 96 m.w.N.; Die „Bagatellbekanntmachung“ ist abgedruckt in Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Anhang B 2, S. 1074 ff. und die „Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel“ in Anhang B 3, S. 1079 ff.

¹⁵¹⁰ Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Anhang B 2, S. 1074 ff.; Art. 81 EG, Rn. 97.

¹⁵¹¹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Anhang B 2, S. 1075, Rn. 7.

¹⁵¹² Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-KartR*, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 98 m.w.N.

Marktanteilsschwellen begründet aber nicht zwingend eine Spürbarkeit, denn vielmehr sind die konkreten Marktauswirkungen entscheidend¹⁵¹³, so dass die Kommission und Gerichte in ihrer Entscheidungspraxis regelmäßig weitere Kriterien, wie etwa die Bedeutung des beschränkten Handels¹⁵¹⁴, die bereits bestehende Marktkonzentration¹⁵¹⁵ oder die Größe der involvierten Unternehmen berücksichtigen.¹⁵¹⁶ Es kommt letztlich daher auf die individuellen Gegebenheiten des Einzelfalls und eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände an.¹⁵¹⁷

Diese einzelfallorientierte Gesamtbetrachtung gilt gemäß der Spruchpraxis der europäischen Gerichte auch für die Feststellung, ob eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten vorliegt, soweit zwischen der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels überhaupt unterschieden wird.¹⁵¹⁸ Obgleich mit der Möglichkeit der Berücksichtigung des Gesamtjahresumsatzes bei der Ermittlung der Marktstellung der beteiligten Unternehmen grundsätzlich ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Spürbarkeitsprüfungen besteht. Denn neben der Marktanteilsschwelle von gemeinsam fünf Prozent auf dem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Produktmarkt innerhalb der Gemeinschaft, bildet auch der Betrag von 40 Mio. Euro Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen einen Grenzwert, der bei einem Nichterreichen die Vermutung begründet, dass es an einer zwischenstaatlichen Spürbarkeit fehlt, weil dann nur eine schwache Marktstellung der beteiligten Unternehmen vorliegt, die den fraglichen Produktmarkt nur geringfügig zu beeinträchtigen vermag.¹⁵¹⁹

In jedem Fall mangelt es aber an einer Spürbarkeit, soweit sich eine Beschränkung nur auf einem nationalen Markt auswirkt und die Auswirkung auf die Tätigkeit von ausländischen Unternehmen in diesem nationalen Markt gering ist.¹⁵²⁰

Daher erklärt es sich, dass pressespezifische Kooperationen im europäischen Kartellrecht eine im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsbereichen eher untergeordnete Rolle spielen, denn wenn es nicht bereits an der Zwischenstaatlichkeit fehlt, dann regelmäßig an der gemeinschaftsweiten Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung. Dies spiegelt sich auch in der eingangs aufgeführten Liste von Kooperationsfällen wider. Denn bei den hieran Beteiligten handelt es sich in der Mehrzahl ausschließlich um große Verlagskonzerne, wie Bertelsmann, Holtzbrinck, Burda oder Springer, deren wirtschaftliches Agieren schon allein

¹⁵¹³ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 97, 101.

¹⁵¹⁴ Kommission, Entsch. v. 15.5.1991, ABl. 1991, L 185/23, Rn. 38, „Gosme/Martell-DMP“; vgl. ähnlich EuGH, Urt. v. 16.6.1981, Slg. 1981, 1563, Rn. 17, „Salonia/Poidermani und Giglio“.

¹⁵¹⁵ Kommission, Entsch. v. 15.12.1982, ABl. 1982, L 379/19, 26, „Toltecs/Dorcet“.

¹⁵¹⁶ Kommission, Entsch. v. 23.12.1992, ABl. 1993, L 20/14, Rn. 22, „Ford/VW“; Kommission, Entsch. v. 28.11.1979, ABl. 1980 L 39/51, 57, „Floral“.

¹⁵¹⁷ Siehe EuGH, Urt. v. 30.6.1966, Slg. 1966, 282, „LTM/Maschinenbau Ulm“.

¹⁵¹⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.1.1999, Slg. 1999 I, 135, Rn. 50-53, „Bagnasco/BPN und Carige“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 112.

¹⁵¹⁹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Anhang B 3, S. 1090 f., Rn. 52; Art. 81 EG, Rn. 110.

¹⁵²⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.1.1999, Slg. 1999 I, 135, Rn. 50-53, „Bagnasco/BPN und Carige“; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 81 EG, Rn. 112.

aufgrund ihrer Umsatzgrößen i.d.R. gemeinschaftsweite Auswirkungen hat¹⁵²¹, wobei ihr Handeln die gesamte Bandbreite der Medien umfasst und welches nur vereinzelt auch unmittelbar mit der hier vordergründig behandelten Zeitungspressen in Zusammenhang steht.¹⁵²² Hierbei ist auffällig, dass die häufigste Form der medien- bzw. pressenspezifischen Zusammenarbeit durch sog. *Joint Ventures* erfolgt, d.h. durch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, so dass diese als Haupterscheinungsform von grenzübergreifenden pressenspezifischen Kooperationen eingeordnet werden können.¹⁵²³ Sie stehen deshalb auch im Mittelpunkt der sich unmittelbar anschließenden Analyse, denn deren kartellrechtliche Beurteilung richtet sich auch im Gemeinschaftsrecht nicht allein nach dem Kartellverbot und seinen Ausnahmen (Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG), sondern erfordert regelmäßig auch die Einbeziehung der Zusammenschlusskontrolle (FKVO).

2) Die Zulässigkeit zwischenstaatlicher Gemeinschaftsunternehmen im Pressebereich

a) Die Kooperationsform Gemeinschaftsunternehmen im Schnittfeld von Art. 81 EG und der FKVO

Wie im Rahmen des deutschen Kartellrechts¹⁵²⁴, bedürfen Gemeinschaftsunternehmen auch im europäischen Recht einer kartellrechtlichen „Sonderbehandlung“.¹⁵²⁵ Denn ähnlich wie im GWB, bereitet die kartellrechtliche Beurteilung derartiger Sachverhalte Probleme wegen der sich z.T. überschneidenden konzentrativen und kooperativen Wirkungen eines Gemeinschaftsunternehmens.¹⁵²⁶

Die Überschneidung kommt daher, weil sich mit Gemeinschaftsunternehmen zwei zu unterscheidende Effekte vereinen: Zum einen führt die Zusammenlegung bislang getrennter Unternehmensaktivitäten zu einer Marktstrukturveränderung, die den Wettbewerb hinsichtlich jener Aktivitäten einschränken kann.¹⁵²⁷ Zum anderen zieht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens häufig die Abschwächung des Wettbewerbs hinsichtlich der getrennt bleibenden Unternehmensaktivitäten nach sich, denn um eine loyale Zusammenarbeit

¹⁵²¹ So belief sich allein der Gesamtjahresumsatz von Bertelsmann im Jahr 2006 auf über 19 Mrd. Euro, vgl. den Geschäftsbericht von 2006; veröffentlicht unter: http://www.bertelsmann.de/bertelsmann_corp/wms41//customers/bmcorp/pdf/GB_deutsch.pdf (Stand: 28.1.2010); während der von Springer bei ca. 2,4 Mrd. Euro lag; vgl. Geschäftsbericht von 2006; veröffentlicht unter: http://www.axelspringer.de/inhalte/pdf/geschber/06/01_axelspringer_geschaeftsbericht_2006.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁵²² Von den hier 18 aufgelisteten Kooperationen betrafen höchstens fünf unmittelbar eine Zusammenarbeit bei der Zeitungspressen.

¹⁵²³ Mindestens elf der 18 Kooperationen stellten sich als *Joint Ventures* dar; vgl. auch Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 80.

¹⁵²⁴ Siehe B.I)2).

¹⁵²⁵ Im EG-Recht wird ein Gemeinschaftsunternehmen definiert als Unternehmen, das von zwei oder mehr Gesellschaftern gemeinsam beherrscht wird; vgl. Mitteilung der Kommission vom 2.3.1998 über die Beurteilung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, ABl. 1998, C 66/1, Rn. 3, und die Mitteilung der Kommission vom 2.3.1998 über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl. 1998, C 66/5, Rn. 18; vgl. auch *Schroeder*, in: WuW 2004, a.a.O., S. 893.

¹⁵²⁶ *Pohlmann*, in: WuW 2003, „Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Kartellrecht“, S. 473.

¹⁵²⁷ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 378; *Ellger*, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 443; *Schroeder*, in: WuW 2004, „Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht“, S. 893 f.

im Gemeinschaftsunternehmen nicht zu gefährden, werden sich die Gründerunternehmen i.d.R. auch dort keinen starken Konkurrenzkampf mehr leisten.¹⁵²⁸ Die mit der Kooperation einhergehende Bündelung der Ressourcen kann daher einerseits als Zusammenschluss zu qualifizieren sein, dessen Zulässigkeit sich dann nach den Regelungen der FKVO (Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO) bemisst, andererseits aber auch kooperative Wirkungen entfalten, wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zur Folge hat, dass die Muttergesellschaften in ihrem übrigen Wettbewerbsverhalten nicht mehr frei handeln, so dass der Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EG eröffnet ist.¹⁵²⁹ Letzteres Verhalten wird dem sog. *spill-over effect* („überschwappender“ Koordinationseffekt) zugerechnet, wonach eine Erlahmung des Wettbewerbs auf anderen Märkten umso wahrscheinlicher ist, je größer und umfangreicher das Gemeinschaftsunternehmen ist bzw. je mehr die Gründergesellschaften durch weitere Gemeinschaftsunternehmen miteinander vernetzt sind.¹⁵³⁰ Der *spill-over effect* entspricht damit dem *Gruppeneffekt* im deutschen Kartellrecht.¹⁵³¹

Wie im GWB besteht die kartellrechtliche Schwierigkeit nun darin, die verschiedenen wettbewerblichen Auswirkungen eines Gemeinschaftsunternehmens sowohl in materieller als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht angemessen zu erfassen, womit das Verhältnis zwischen der FKVO und den Kartellrechtsnormen des EG-Vertrages in Frage steht.

Entsprechend dem deutschen Kartellrecht wurde hier die Trennungs- und Zweischrankentheorie diskutiert.¹⁵³² Während für das GWB mit dem „Mischwerke-Urteil“ des BGH die Wahl auf die Zweischrankentheorie und somit die *Doppelkontrolle* fiel¹⁵³³, hatte sich im europäischen Recht im Wesentlichen das Trennungsprinzip durchgesetzt, indem lange Zeit zwischen Gemeinschaftsunternehmen differenziert wurde, die als Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle geprüft wurden und solchen, die im Rahmen von Art. 81 EG (Art. 85 EG a.F.) zu beurteilen waren.¹⁵³⁴ Konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen, die zugleich kooperative Wirkungen entfalteten und damit unter Art. 81 EG fallen konnten, waren dabei vom Anwendungsbereich der FKVO ausgenommen (Art. 3 Abs. 2 FKVO a.F.).¹⁵³⁵

Mit der vorletzten Reform der FKVO durch die VO 1310/97¹⁵³⁶ und dem Inkrafttreten von Art. 2 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 4 FKVO am 1. März 1998 wurde dieses Trennungsprinzip insofern durchbrochen, als das sog. *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* (wirtschaftlich

¹⁵²⁸ *Schroeder*, in: WuW 2004, a.a.O., S. 894.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 378.

¹⁵²⁹ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 473; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 443.

¹⁵³⁰ Vgl. Kommission, Entsch. v. 14.7.1986, ABl. 1986, Nr. L 236/30, Rn. 45 ff., „Lichtwellenreiter“; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 378; *Schroeder*, in: WuW 2004, a.a.O., S. 894.

¹⁵³¹ Zum Gruppeneffekt im deutschen Kartellrecht: B.I)2)a).

¹⁵³² *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 379.

¹⁵³³ BGH, Ur. v. 1.10.1985, WuW/E BGH 2169, „Mischwerke“; siehe auch *Schroeder*, in: WuW 2004, a.a.O., S. 894.

¹⁵³⁴ *Schroeder*, in: WuW 2004, a.a.O. S. 894 f.; vgl. auch *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 379.

¹⁵³⁵ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 473; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 443.

¹⁵³⁶ VO Nr. 1310/97 v. 30.6.1997 zur Änderung der VO Nr. 4064/89, ABl. 1997, Nr. L 180/1-6.

selbständig handelnde Gemeinschaftsunternehmen¹⁵³⁷) mit konzentrativen und kooperativen Wirkungen fortan sowohl am Maßstab der FKVO als auch an dem des Art. 81 EG geprüft werden können (Diese Regelung ist auch in der jüngsten Reform der FKVO beibehalten worden¹⁵³⁸).¹⁵³⁹

Denn trotz des nach wie vor geltenden Grundsatzes, wonach die normale Kartellverbotsprüfung im Rahmen der FKVO ausgeschlossen ist (Art. 21 Abs. 1 FKVO), besteht mit Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO nun ein spezieller Beurteilungsmaßstab, der vorsieht, dass soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäß Art. 3 FKVO darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Art. 81 Abs. 1 und 3 EG-Vertrages beurteilt wird, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Damit stellt Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO klar, dass der materielle Maßstab von Art. 81 EG im Fusionskontrollverfahren unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere beim Vorliegen eines *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens*) anzuwenden ist.¹⁵⁴⁰

Dies richtet sich maßgeblich nach Art. 3 Abs. 4 FKVO, denn anhand dieser Norm entscheidet sich, ob überhaupt ein für die Anwendbarkeit der FKVO notwendiger Zusammenschluss vorliegt oder nicht vielleicht doch ausschließlich Art. 81 EG i.V.m. VO 1/2003 Anwendung findet.¹⁵⁴¹

Liegt gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und hierbei die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO überschreitet, so stellt dies einen Zusammenschluss i.S.d. FKVO dar. I.V.m. Art. 21 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 FKVO bedeutet dies, dass dann ein solches *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* ausschließlich nach den Regeln des europäischen Fusionskontrollverfahrens beurteilt werden kann (sog. *one-stop-shop* – Prinzip)¹⁵⁴², was für den Inhalt der materiellen Prüfung bedeutet, dass eine zweistufige Prüfung erfolgen muss: So ist die Bewertung der Marktstrukturänderung aufgrund der

¹⁵³⁷ Siehe zum Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der VO 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998, Nr. C 66/1; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 444, Fn. 890.

¹⁵³⁸ Am 1.5.2004 ist die VO Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) in Kraft getreten; ABl. EU Nr. L 24/1.

¹⁵³⁹ Hintergrund hierfür war das Ziel mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen, denn die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist i.d.R. mit hohen Investitionen für die Gründerunternehmen verbunden und auf langfristige Perspektive der Zusammenarbeit angelegt. In Anbetracht der hohen Investitionen wäre es für die Gründerunternehmen riskant, wenn die Existenz des Gemeinschaftsunternehmens (wie im System der Legalausnahme gemäß Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 vorgesehen) jederzeit im Zuge einer kartellrechtlichen Untersuchung oder eines Gerichtsverfahrens auf den Prüfstand gestellt werden könnte mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG, falls die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG bejaht und die des Art. 81 Abs. 3 verneint würden; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 443, 445; *Zimmer*, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 379; *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 473.

¹⁵⁴⁰ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 473.

¹⁵⁴¹ Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 382.

¹⁵⁴² *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 380.

Zusammenlegung bislang getrennter Unternehmensaktivitäten an dem sog. *SIEC-Test*¹⁵⁴³ gemäß Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 FKVO auszurichten, während der *spill-over effect* bzw. *Gruppeneffekt* nach Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO am Kartellverbot von Art. 81 EG zu messen ist, weshalb *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* materiellrechtlich zwar anhand von zwei unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben untersucht werden, von einer echten *Doppelkontrolle* aber nicht gesprochen werden kann¹⁵⁴⁴, denn zum einen finden verfahrensrechtlich ausschließlich die Regeln der FKVO Anwendung (Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 FKVO), zum anderen werden alle zwischenstaatlichen Gemeinschaftsunternehmen, die nicht von Art. 3 Abs. 4 FKVO erfasst werden, auch weiterhin ausschließlich an Art. 81 EG i.V.m. der VO 1/2003 gemessen und folgen dabei einer bloß einstufigen Prüfung.¹⁵⁴⁵

Wie diese Überprüfung sowohl nach dem einen als auch nach dem anderen Beurteilungsmaßstab im Konkreten und insbesondere im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen mit pressenspezifischem Hintergrund aussieht, soll nachfolgend anhand einschlägiger Beispielfälle veranschaulicht werden.

b) Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

In der Praxis des europäischen Kartellrechts kommt der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen eine herausragende Bedeutung zu, was auch für den Medien- bzw. Pressebereich gilt¹⁵⁴⁶: Denn ca. 85 Prozent aller angemeldeten Medienezusammenschlüsse betreffen Gemeinschaftsunternehmen.¹⁵⁴⁷ So auch das pressenspezifische Kooperationsvorhaben der Verlage Bertelsmann, Gruner+Jahr und Springer aus dem Jahr 2004.

aa) Der Fall „*Bertelsmann/Springer*“

(1) Die beteiligten Unternehmen und ihr Vorhaben

Am 4. April 2004 wurde der Kommission ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet, wonach die deutschen Unternehmen Bertelsmann AG (Bertelsmann), die 100prozentige

¹⁵⁴³ Seit der FKVO 139/2004 vom 1.5.2004 (VO 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [FKVO], ABl. 2004, Nr. L 24/1-24) liegt der europäischen Fusionskontrolle ein neuer Prüfungsmaßstab zugrunde, der vom bisherigen Konzept der Marktbeherrschung abweicht und nunmehr Unternehmenszusammenschlüsse für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt, wenn durch sie „wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“ (Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004). In Anlehnung an die englische Textfassung, bei der von „Significant Impediment to Effective Competition“ die Rede ist, wird allgemein vom neuen *SIEC-Test* der europäischen Fusionskontrolle gesprochen; vgl. hierzu ausführlich *Ehrlicke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 1 m.w.N.; vgl. auch *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-KartR, 2. Aufl., Einf. FKVO, Rn. 8; *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 183 f.

¹⁵⁴⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches WettbewerbsR, § 24, Rn. 69; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 380; a.A. *Schroeder*, in: *WuW* 2004, a.a.O. S. 895 und *Pohlmann*, in: *WuW* 2003, a.a.O., S. 474, die insoweit von einer Doppelkontrolle im europäischen Recht ausgehen.

¹⁵⁴⁵ Hierzu zählen insbesondere die sog. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, denen die langfristige eigenständige Lebensfähigkeit am Markt fehlt; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 380, 382.

¹⁵⁴⁶ Vgl. die Liste mit dem Auszug von medienpezifischen Kooperationsvorhaben unter C.I).

¹⁵⁴⁷ *Ablasser*, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 80.

Bertelsmanntochter Gruner+Jahr AG & Co. KG (G+J) und die Axel Springer AG (Springer) durch Aktienkauf die gemeinsame Kontrolle über das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen NewCo erwerben wollten, dessen Sitz in Hamburg eingetragen und welches im Bereich des Tiefdrucks tätig werden sollte. Hierfür brachten die Parteien in NewCo u.a. ihre bereits bestehenden fünf Tiefdruckereien in Deutschland (Bertelsmann und G+J zusammen drei, Springer zwei¹⁵⁴⁸), eine geplante Druckerei in England, die dazugehörigen Marketing- und Verkaufsabteilungen sowie das auf Vertragsbasis für andere Verlage übernommene Druckvolumen ein. Nach der Transaktion sollten Bertelsmann und G+J jeweils 37,45 Prozent und Springer die restlichen 25,1 Prozent der Anteile an NewCo halten.¹⁵⁴⁹

Doch nicht nur das BKartA befürchtete von diesem Gemeinschaftsunternehmen eine erhebliche Bedrohung des Wettbewerbs auf dem deutschen Tiefdruckmarkt, sondern auch die Kommission hatte ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt, weshalb sie ein Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO einleitete und gemäß Art. 9 Abs. 3 lit. a FKVO beschloss, den vom BKartA vorgebrachten Sachverhalt selbst zu prüfen.¹⁵⁵⁰

(2) Die fusionskontrollrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens

Wie vorab festgestellt, erfolgt die fusionskontrollrechtliche Überprüfung eines Gemeinschaftsunternehmens im europäischen Recht nur, wenn dessen Gründung den Tatbestand des Zusammenschlusses i.S.v. Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 lit. b FKVO erfüllt, d.h. ein *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* vorliegt.¹⁵⁵¹ Erst dann kann der unmittelbare Zusammenlegungseffekt (die Marktstrukturänderung durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens) anhand des materiellen Fusionskontrollkriteriums bewertet und auf eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs hin an den Maßstäben von Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO untersucht werden (*SIEC-Test*).¹⁵⁵²

(a) NewCo als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 3 Abs. 4 FKVO

(aa) Kontrollerwerb durch Gründung

Die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen stellt in der Systematik des Art. 3 FKVO eine Fallgruppe des Kontrollerwerbs dar, was Abs. 4 dadurch zum Ausdruck bringt, dass das Vorliegen eines Zusammenschlusses aufgrund von Gründung den Formen des

¹⁵⁴⁸ Beim Bertelsmann-Verlag war bis zu diesem Zeitpunkt die Tochter-AG Arvato für den gesamten Druck verantwortlich, die das deutsche Tiefdruckunternehmen maul-belser in Nürnberg, die Offset-Druckerei Mohn Media in Gütersloh und verschiedene andere Druckereien in Europa – u.a. in Italien und Spanien – kontrollierte und darüber hinaus die Gründung einer weiteren Tiefdruckerei in England plante. G+J verfügte über zwei Tiefdruckstandorte in Itzehoe und Dresden, ebenso der Springer-Verlag, der zwei Tiefdruckstandorte in Ahrensburg und Darmstadt betrieb sowie drei Offsetdruckereien, die ausschließlich Zeitungen drucken; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁴⁹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁵⁰ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁵¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 382.

¹⁵⁵² Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 1, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 383.

Kontrollerwerbs gemäß Abs. 1 lit. b gleichgestellt ist.¹⁵⁵³ Insofern handelt es sich um eine Spezifikation von Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO, weshalb für die Prüfung, ob im konkreten Fall des Abs. 4 das Erfordernis der „Kontrolle“ vorliegt, von einer einheitlichen Begriffsbestimmung auszugehen ist.¹⁵⁵⁴ Inhaltlich wird der Begriff der „Kontrolle“ in Art. 3 Abs. 2 FKVO definiert als die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben, d.h. es muss ein lenkender Einfluss auf die wesentlichen unternehmerischen oder strategischen Entscheidungen des anderen Unternehmens ausgeübt werden können.¹⁵⁵⁵ Für Art. 3 Abs. 4 FKVO ergibt sich daraus unter Bezugnahme auf Abs. 1 lit. b, der grundsätzlich zwischen alleiniger und gemeinsamer Kontrolle differenziert, dass ein Zusammenschluss begründendes Gemeinschaftsunternehmen nur anzunehmen ist, wenn seine Gründer die gemeinsame Kontrolle darüber ausüben und nicht ein bloßes Nebeneinander von Beteiligungen in Verfolgung ganz unterschiedlicher Interessen vorliegt.¹⁵⁵⁶ Hierbei sind zwei Arten der gemeinsamen Kontrolle zu unterscheiden: Entweder verfügt jedes der mitkontrollierenden Unternehmen einzeln über die Einflussmöglichkeiten, die die Kontrolle kennzeichnen, oder die Unternehmen bündeln (*poolen*) ihre Einflussmöglichkeiten, um Kontrolle zu Erlangen.¹⁵⁵⁷

Ohne für diesen Fall auf die eine oder andere Art der gemeinsamen Kontrolle näher einzugehen, ist eine gemeinsame Kontrolle durch Bertelsmann und Springer bzgl. NewCo eindeutig zu bejahen. Zwar ließen ihre jeweiligen Anteile i.H.v. 74,9 Prozent und 25,1 Prozent an dem Gemeinschaftsunternehmen noch nicht zwingend auf eine solche schließen¹⁵⁵⁸, doch i.V.m. dem vereinbarten Stimmenmehrheitsvorbehalt i.H.v. 75 Prozent für eine Reihe von wichtigen unternehmenspolitischen Entscheidungen, wie dem Unternehmensplan, der Einnahmen- bzw. Ausgabenplanung sowie Investitionsplänen sicherte dieser für alle Parteien aber ein Vetorecht¹⁵⁵⁹, das neben weiteren Faktoren, wie beispielsweise dem Recht von Bertelsmann und Springer, die Zusammensetzung der für die Unternehmensleitung wichtigen Organe zu bestimmen (so rekrutierte sich die NewCo-Geschäftsleitung, bestehend aus einem Chief Executive Officer [CEO] und drei nicht geschäftsführenden Direktoren vollständig aus dem Personal von Bertelsmann und

¹⁵⁵³ *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 123; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 19.

¹⁵⁵⁴ *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 123.

¹⁵⁵⁵ *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 21 m.w.N.

¹⁵⁵⁶ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 6; *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 123 m.w.N.

¹⁵⁵⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 6.

¹⁵⁵⁸ Vgl. *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 123.

¹⁵⁵⁹ In folgenden Fällen wurde eine Kontrolle aufgrund der Mitbestimmung über den jährlichen Finanz- und Geschäftsplan bejaht: Kommission, *Entsch. v. 12.3.1993*, ABl. 1993, Nr. C 83, Rn. 6, „Ericsson/Hewlett-Packard“; Kommission, *Entsch. v. 11.5.1995*, ABl. 1995, Nr. C 163/8, Rn. 7, „EDS/Lufthansa“; vgl. auch *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 22.

Springer)¹⁵⁶⁰, eindeutig kontrollbegründend war, weil hiermit die faktische wirtschaftliche Möglichkeit zur Unternehmenssteuerung geschaffen wurde.¹⁵⁶¹

(bb) Vollfunktionsfähigkeit

Um die Voraussetzungen für die Anwendung der FKVO vollständig zu erfüllen, muss das Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 3 Abs. 4 FKVO aber auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen, denn nur dann bewirkt es eine dauerhafte Strukturveränderung auf dem Markt, wodurch erst ein die Fusionskontrolle erfordernder Zusammenschluss gegeben ist.¹⁵⁶²

Ob Vollfunktionsfähigkeit vorliegt, ergibt sich aus der Gesamtbetrachtung einer Vielzahl von Beurteilungsmerkmalen, die sich insbesondere aus der Entscheidungspraxis der Kommission entwickelt haben¹⁵⁶³, wobei regelmäßig von einem *Vollfunktionsfähigkeitsgemeinschaftsunternehmen* auszugehen ist, wenn es alle Funktionen ausübt, die auch von den anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen ausgeübt werden¹⁵⁶⁴, es also selbst aktiv am Markt teilnimmt und über ausreichende Ressourcen verfügt, um alle wesentlichen Funktionen tatsächlich selbständig ausüben zu können.¹⁵⁶⁵

Mit Ressourcen sind in diesem Zusammenhang finanzielle Mittel, Know-how, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte gemeint, die das Gemeinschaftsunternehmen aufweisen muss, damit es seinen vertraglich vorgesehenen Aufgaben langfristig nachkommen kann¹⁵⁶⁶, was sich für NewCo unproblematisch feststellen ließ, denn mit den Einlagen von Bertelsmann und Springer (u.a. fünf Tiefdruckereien) erhielt das Gemeinschaftsunternehmen eigene Maschinen, Vermögenswerte, Mitarbeiter und Kunden.¹⁵⁶⁷ Letztere resultierten insbesondere aus dem ebenfalls auf NewCo übergegangenen Druckvolumen für andere Verlage¹⁵⁶⁸, womit die erforderliche aktive Marktteilnahme des Gemeinschaftsunternehmens zunächst bejaht werden konnte, denn diese setzt voraus, dass das Gemeinschaftsunternehmen

¹⁵⁶⁰ Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. b FKVO; vgl. auch *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 23.

¹⁵⁶¹ Wer strategische Entscheidungen des Unternehmens bestimmen oder wenigstens blockieren kann, hat alleinige oder wenigstens gemeinsame Kontrolle; Mitteilung der Kommission über den Zusammenschlussbegriff, ABl. EG Nr. C 66/5, Rn. 18 ff.; vgl. auch *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 22, 123; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 15 f.; im Ergebnis so schon Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁶² Werden dagegen nur einzelne unternehmerische Funktionen durch das Gemeinschaftsunternehmen koordiniert, liegt lediglich eine Verhaltenabstimmung, nicht aber eine Strukturveränderung vor; vgl. Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. EG Nr. C 66/1, Rn. 5; *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 125.

¹⁵⁶³ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 21; *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 126.

¹⁵⁶⁴ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. EG Nr. C 66/1, Rn. 12.

¹⁵⁶⁵ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 21; vgl. auch Lüder, *Konzentrierte und kooperative Gemeinschaftsunternehmen: Jenseits der Dichotomie*, S. 13 f.

¹⁵⁶⁶ Kommission, Entsch. v. 14.10.1999, ABl. 2000, Nr. C 16/5, Rn. 8, „Castrol/Carless/JV“; vgl. auch Gerwing, *Kooperative Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzungsfrage*, S. 23 f. und 25 f.

¹⁵⁶⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁶⁸ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

tatsächlich Geschäftsbeziehungen mit Dritten unterhält.¹⁵⁶⁹ Doch der Rahmendruckvertrag zwischen NewCo und Bertelsmann sowie Springer stellte dies gleich wieder in Frage, denn dem Charakter des Gemeinschaftsunternehmens als selbständige Wirtschaftseinheit kann es entgegenstehen, wenn eine große Nähe zu einem oder mehreren Gründerunternehmen besteht.¹⁵⁷⁰ Eine solche Nähe ließ sich aufgrund des Rahmendruckvertrages vermuten, da diesem nach NewCo verpflichtet war die Zeitschriften von G+J und Springer in den folgenden Jahren zu drucken.¹⁵⁷¹ Führt die Präsenz der Gründer auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder diesem vor- oder nachgelagerten Märkten zu umfangreichen Geschäftsbeziehungen zwischen Gemeinschaftsunternehmen und Gründern, hängt der Vollfunktionscharakter des Gemeinschaftsunternehmens sowohl von dessen Wertschöpfungstiefe als auch von einer zeitlichen Komponente ab.¹⁵⁷² Je nach Beschaffenheit des Marktes steht der Selbständigkeit i.d.R. ein Zeitraum von bis zu drei Jahren nicht entgegen, weil sich dies mit der Anlaufphase rechtfertigen lässt, die das Gemeinschaftsunternehmen braucht, um auf dem betreffenden Markt Fuß zu fassen.¹⁵⁷³ Nach Ablauf dieser Frist ist ein Vollfunktionscharakter dann umso fraglicher, je geringer die Wertschöpfung der vom Gemeinschaftsunternehmen hergestellten Erzeugnisse oder erbrachten Dienstleistungen ist.¹⁵⁷⁴ Im Fall von NewCo begründete der Rahmendruckvertrag zwar ein starkes Abhängigkeitsverhältnis zu Bertelsmann und Springer, doch bestand dies nur für die unmittelbar folgenden Jahre.¹⁵⁷⁵ Im Übrigen stellten die vereinbarten Druckmengen nur eine teilweise Auslastung der Druckkapazitäten von NewCo dar, so dass anzunehmen war, dass sich das Gemeinschaftsunternehmen selbst in der Anlaufphase der ersten Jahre aktiv am Marktgeschehen beteiligen würde, um eine völlige Auslastung herbeizuführen.¹⁵⁷⁶

In Kombination mit der vollständigen Übertragung der Marketing- und Vertriebsabteilungen sowie der Einsetzung eines sich dem Tagesgeschäft widmenden Management, welches eigenständig mit den Kunden verhandeln und kontrahieren kann¹⁵⁷⁷, war daher festzustellen, dass NewCo alle wesentlichen Funktionen wahrnehmen würde, welche die auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen kennzeichnen, also die der ehemaligen Tiefdruckereien von Bertelsmann und Springer.¹⁵⁷⁸ Diese Wahrnehmung sollte auch

¹⁵⁶⁹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 21 f.

¹⁵⁷⁰ *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 135.

¹⁵⁷¹ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁷² Kommission, Entsch. v. 11.4.1995, ABl. 1995, Nr. C 243/5, Rn. 8 ff., „Hoogovens/Klöckner & Co.“; Kommission, Entsch. v. 17.4.2000, ABl. 2000, Nr. C 183/8, Rn. 13, „Reuters/Equant-Project Proton“; Vgl. auch *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 136.

¹⁵⁷³ Siehe Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. EG Nr. C 66/1, Rn. 14; vgl. auch Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, ABl. 1999, Nr. L 53/1, Rn. 14 f., „Bertelsmann/Kirch/Premiere“.

¹⁵⁷⁴ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. EG Nr. C 66/1, Rn. 14.

¹⁵⁷⁵ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁷⁶ So die Einschätzung der Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁷⁷ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁷⁸ Unabhängige Marketing- und Vertriebsorganisation sowie ein eigenständig handelndes Management können Indizien für den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens sein; vgl. Kommission, Entsch. v. 2.2.2000, ABl. 2000, Nr. C 61/6, Rn. 7, „General Electric/Thomson CSF/JV“; vgl. auch Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 23.

langfristig, d.h. auf Dauer erfolgen, denn als Indiz hierfür dient der volumenmäßige Umfang der zur Verfügung gestellten personellen und Sachmittel, der sich hier nahezu vollumfänglich darstellte und deshalb eine dauerhafte Selbständigkeit gewährleistete.¹⁵⁷⁹ Dies alles vor dem Hintergrund, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf unbestimmte Zeit gegründet wurde¹⁵⁸⁰, so dass für NewCo schließlich die Vollfunktionsfähigkeit zu bejahen war.¹⁵⁸¹

(b) Die gemeinschaftsweite Bedeutung von NewCo nach Art. 1 FKVO

Neben dem Vorliegen eines *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens* i.S.v. Art. 3 Abs. 4 FKVO bedarf es für die Einschlägigkeit der europäischen Zusammenschlusskontrolle gemäß Art. 1 Abs. 1 FKVO der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses i.S.d. Artikels. Gemäß Abs. 2 ist dies grundsätzlich der Fall, wenn alle beteiligten Unternehmen zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als fünf Mrd. Euro (Abs. 2 lit. a) und mindestens zwei beteiligte Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als 250 Mio. Euro (Abs. 2 lit. b) erzielen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat (Abs. 2 Hs. 2). Abweichend hiervon kommt gemeinschaftsweite Bedeutung außerdem in Frage, wenn gemäß Abs. 3 und seinen Voraussetzungen (lit. a-d) die in Abs. 2 vorgesehenen Schwellenwerte nicht erreicht werden.

Die gemeinschaftsweite Bedeutung knüpft damit an umsatzbezogene und damit rein quantitative Kriterien an.¹⁵⁸²

Ungeachtet des Umstandes, dass sich in diesem Fall die Zuständigkeit der Kommission im Wege des Verweisungsantrags aus Art. 9 Abs. 3 lit. a, Abs. 7 FKVO ergab¹⁵⁸³, hätten die beteiligten Unternehmen, namentlich Bertelsmann, G+J und Springer aber problemlos die Schwellenwerte von Art. 1 Abs. 1 FKVO erreicht¹⁵⁸⁴, wobei in diesem Zusammenhang zu beachten gewesen wäre, dass G+J und Bertelsmann bei der Umsatzberechnung im Rahmen von Art. 5 FKVO als verbundenes Unternehmen hätten berücksichtigt werden müssen (vgl. Art. 5 Abs. 4 FKVO).

¹⁵⁷⁹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“; vgl. in diesem Zusammenhang *Schröer*, in: FK, Art. 3 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 135 m.w.N. sowie *Mälzer*, in: WuW 1992, „Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht“, S. 711 m.w.N.

¹⁵⁸⁰ Aus der Entscheidung der Kommission lässt sich insofern nichts Gegenteiliges entnehmen; vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121 f., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁸¹ Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 3 FKVO, Rn. 24.

¹⁵⁸² Trotz dieses relativ formalen Ansatzes der FKVO liegt das Bestreben der Kommission darin, insbesondere im wichtigen Bereich der Gemeinschaftsunternehmen Interpretationsfreiräume zu nutzen, um den Anwendungsbereich der FKVO zu erweitern; vgl. *Völcker*, in: FK, Art. 1 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 10 m.w.N.

¹⁵⁸³ Siehe Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁸⁴ Der in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO mehrfach verwendete Begriff der „beteiligten Unternehmen“ ist in der FKVO nicht definiert, weshalb insoweit die Begriffsbestimmung der Kommission einschlägig ist. Hiernach sind beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle durch Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens nur die Muttergesellschaften beteiligte Unternehmen, nicht jedoch das Gemeinschaftsunternehmen selbst, da dieses noch nicht besteht und ihm auch kein Umsatz zugerechnet werden kann; Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen, ABl. EG Nr. C 66/14, Rn. 21; vgl. auch *Völcker*, in: FK, Art. 1 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 20, 34.

Diese Tatsache unterstreicht allerdings nur noch mehr die Größe des Bertelsmannkonzerns, der auch international aufgestellt ist und mit einem Gesamtumsatz von über 19 Mrd. Euro¹⁵⁸⁵ deutlich die Umsatzgrenzen von Art. 1 Abs. 1 FKVO erreicht.¹⁵⁸⁶ Doch auch der Springerkonzern, der in den Bereichen Herausgabe, Druck und Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften tätig ist sowie Anteile an Fernseh- und Rundfunkstationen hält¹⁵⁸⁷, ist mit einem Gesamtumsatz von ca. 2,4 Mrd. Euro kein Leichtgewicht.¹⁵⁸⁸

Gemeinschaftsweite Bedeutung von NewCo war mithin gegeben.

(c) Vereinbarkeit von NewCo mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO

Erfüllt ein Zusammenschlussvorhaben die formellen Aufgreifkriterien der Art. 1 und Art. 3 FKVO und stellt somit einen Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung dar, ist seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen. Hierfür enthält Art. 2 FKVO den materiellen Beurteilungsmaßstab. Maßgeblich sind hierbei Abs. 2 und 3, von dessen Tatbestandsvoraussetzungen es abhängt, ob eine Vereinbarkeit gegeben ist, während Abs. 1 eine Reihe von Beurteilungsmerkmalen aufführt, die bei der Anwendung von Abs. 2, 3 und auch 4 zu berücksichtigen sind.¹⁵⁸⁹ Den Bewertungsmaßstab für Abs. 2 und 3 bildet die Frage, ob der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert, was insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung geschehen kann. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist ein Unternehmenszusammenschluss zu untersagen (Abs. 3). Sind sie es nicht, ist er freizugeben (Abs. 2).

Um aber überhaupt eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bzw. eine beherrschende Stellung auf dem vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Markt feststellen zu können, bedarf es zunächst der Bestimmung des relevanten Marktes sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht, damit auf dessen Basis dann die Wettbewerbssituation geklärt werden kann.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸⁵Siehe Geschäftsbericht von 2006; veröffentlicht unter: http://www.bertelsmann.de/bertelsmann_corp/wms41//customers/bmcorp/pdf/GB_deutsch.pdf (Stand: 28.1.2010)

¹⁵⁸⁶ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁸⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁵⁸⁸Siehe Geschäftsbericht von 2006; veröffentlicht unter: http://www.axelspringer.de/inhalte/pdf/geschber/06/01_axelspringer_geschaeftsbericht_2006.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁵⁸⁹ Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 FKVO wurde ursprünglich für den sog. Marktbeherrschungstest gemäß den Abs. 2 und 3 entworfen. Nachdem die FKVO 139/2004 die FKVO 4064/89 (geändert durch VO 1310/97) ersetzt hat, gelten sie für den sog. Wettbewerbsbehinderungstest insgesamt, so dass sie aufgrund ihrer systematischen Stellung auch die Beurteilung der Koordinierungseffekte aus kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nach Abs. 4 beeinflussen; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 1 ff.

¹⁵⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.1988, Slg. 1988, 5987, Rn. 13, „Alsatel/ Novasam“; EuGH, Urt. v. 2.3.1994, Slg. 1994, I-667, Rn. 4, „Hilti/Kommission“; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 7; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 31; *Bach*, in: WuW 1993, „Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht“, S. 809; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 118.

Doch wie schon im Rahmen des deutschen Kartellrechts, wirft auch im europäischen Kartellrecht die Marktbestimmung gerade im Pressebereich eine spezielle Problematik auf, weil sich dort ganz besondere bereichsspezifische Abgrenzungsfragen stellen, die zuweilen feinsinnige Differenzierungen in einzelnen Marktsegmenten und eine flexible Anwendung der gängigen Abgrenzungskonzepte erfordern.¹⁵⁹¹

(aa) Die pressenspezifische Marktabgrenzung im europäischen Kartellrecht

Neben der Produktions- oder Angebotsumstellungsflexibilität (Substituierbarkeit des Angebots aus Sicht der Hersteller/Händler) stellt das *Bedarfsmarktkonzept* bzw. die Nachfragesubstituierbarkeit (Austauschbarkeit des angebotenen Produkts seitens der Verbraucher) das maßgebliche Kriterium zur Ermittlung des relevanten Produktmarktes im Gemeinschaftsrecht dar.¹⁵⁹² Dies entspricht der Handhabung im deutschen Kartellrecht¹⁵⁹³, weshalb genau wie dort die pressenspezifische Marktbestimmung entscheidend durch den Einfluss publizistischer Kriterien gekennzeichnet ist.¹⁵⁹⁴ So richtet sich die Abgrenzung der einzelnen Märkte v.a. nach den unterschiedlichen Leserbedürfnissen, so dass sich die Austauschbarkeit einer Zeitung zumeist nach dem Inhalt, dem Charakter, der Erscheinungsweise sowie der Vertriebsform richtet.¹⁵⁹⁵ Daraus ergeben sich zahlreiche unterschiedliche Zeitungstypen, die jeweils einen eigenen Leser-, Werbe- und Anzeigenmarkt aufweisen.¹⁵⁹⁶

Auf europäischer Ebene gab es aber nur wenige Fälle, in denen überhaupt Zeitungsmärkte definiert wurden.¹⁵⁹⁷ Hierzu zählten v.a. die Fälle „Newspaper Publishing“ und „Gruner+Jahr/Financial Times“.¹⁵⁹⁸

[1] Marktabgrenzung im Fall „*Newspaper Publishing*“

Im Fall „Newspaper Publishing“ wollte ein spanisch/italienisch/britisches Konsortium die Kontrolle über das Unternehmen Newspaper Publishing (NP) im Wege des Mehrheitserwerbs erlangen.¹⁵⁹⁹ Bei NP handelte es sich um ein britisches Zeitungsverlagsunternehmen, bei dem die Tageszeitungen „The Independent“ und „The Independent on Sunday“ erschienen.¹⁶⁰⁰ Da es sich bei einem Beteiligten des Konsortiums ebenfalls um ein britisches

¹⁵⁹¹ Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 5; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁵⁹² Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 5 f.; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010); Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 119; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 32.

¹⁵⁹³ BGH, Urt. v. 22.9.1987, WuW/E BGH 2433, 2436 f., „Gruner+Jahr/Zeit“.

¹⁵⁹⁴ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 148.

¹⁵⁹⁵ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 148; vgl. für das deutsche Kartellrecht Spieler, a.a.O., S. 48 f.; Thiel, a.a.O., S. 48; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., Vor § 35, Rn. 53.

¹⁵⁹⁶ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 148

¹⁵⁹⁷ Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 175; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁵⁹⁸ Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, „Newspaper Publishing“; Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 6; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁵⁹⁹ Vgl. WuW 1994, „Europäische Fusionskontrolle“, S. 649.

¹⁶⁰⁰ Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, „Newspaper Publishing“.

Zeitungsverlagsunternehmen handelte¹⁶⁰¹, namentlich die britische Mirror Group Newspapers plc. (MGN), welche in Großbritannien die Titel „The Daily Mirror“, „The Sunday Mirror“, „The People“ und verschiedene Regional- und Spezialblätter herausgab¹⁶⁰², war zunächst ganz allgemein der englische Markt für Zeitungen betroffen.¹⁶⁰³ Hier unterschied die Kommission anhand der funktionellen Austauschbarkeit zunächst zwischen regionalen und nationalen Tageszeitungen, um dann innerhalb des nationalen Zeitungsmarktes drei weitere Segmente u.a. unter Zuhilfenahme publizistischer Kriterien abzugrenzen: Den Markt für „Boulevardzeitungen“ (Popular tabloids: „Daily Mirror“), „mid-market Zeitungen“¹⁶⁰⁴ („Daily Express“) und „Qualitätszeitungen“ (quality segment: „The Times“).¹⁶⁰⁵ Für diese Differenzierung führte die Kommission als Abgrenzungsmerkmal zunächst den deutlichen Preisunterschied zwischen den „Boulevardzeitungen“ und den „Qualitätszeitungen“ an, der z.T. 100 Prozent betrug.¹⁶⁰⁶ In publizistischer Hinsicht stellte sie auf die verschiedenen Inhalte ab, welche hauptverantwortlich für die unterschiedliche Leserkreise bzw. -märkte seien.¹⁶⁰⁷ Denn gegenüber den „Boulevardzeitungen“ machte die Kommission bei „Qualitätszeitungen“ weit umfangreichere sowie profundere Nachrichtenberichterstattungen und -analysen aus sowie eine größere Spannweite der angebotenen Nachrichten insbesondere im internationalen Bereich.¹⁶⁰⁸ Nach Ansicht der Kommission begründete dieser Umstand in weiterer Folge auch unterschiedliche Zeitungswerbe- und Anzeigenmärkte¹⁶⁰⁹, so dass im Ergebnis zwar auf der Angebotsseite eine physische Substitution (Druck einer Zeitung) grundsätzlich möglich erschien, nicht aber in editorialer Hinsicht, weshalb aus Sicht des Lesers oder Werbenden keine hohe Substituierbarkeit zwischen den einzelnen Titeln bestand.¹⁶¹⁰

[2] Marktabgrenzung im Fall „Gruner+Jahr/Financial Times“

Auch in der Kommissionsentscheidung „Gruner+Jahr/Financial Times“ aus dem Jahr 1999 über ein Joint Venture zur Herausgabe einer deutschen Ausgabe von „Financial Times“ spielte der Test der Nachfragesubstituierbarkeit eine entscheidende Rolle für die Abgrenzung der im Fall sachlich relevanten Pressemärkte im engeren Sinne, d.h. der Zeitungsmärkte.¹⁶¹¹ Ähnlich dem Fall „Newspaper Publishing“ wurde hier der eigenständige sachliche

¹⁶⁰¹ Bei den anderen Mitgliedern des Konsortiums handelte es sich um die spanische Medien-Holding Promotora de Informaciones S.A. (Zeitungen, Zeitschriften, Pay-TV), und die italienische Holding Editoriale L'Espresso S.p.A. (Zeitungen und Privatfunk), die letztlich von der de Benedetti-Gruppe kontrolliert wird; vgl. WuW 1994, „Europäische Fusionskontrolle“, S. 649.

¹⁶⁰² Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, „Newspaper Publishing“.

¹⁶⁰³ Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, 2187, „Newspaper Publishing“.

¹⁶⁰⁴ Für „mid-market titles“ existiert in der deutschsprachigen Publizistik kein vergleichbarer Begriff. Gemeint sind jedenfalls Zeitungen, die nach Qualitätsmaßstäben zwischen „Boulevard“- und „Qualitätszeitungen“ liegen; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 150.

¹⁶⁰⁵ Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, 2186, „Newspaper Publishing“.

¹⁶⁰⁶ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁶⁰⁷ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁶⁰⁸ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁶⁰⁹ Kommission, Entsch. v. 14.3.1994, WuW/E EV 2185, 2187, „Newspaper Publishing“; vgl. auch Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 150.

¹⁶¹⁰ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 150.

¹⁶¹¹ Vgl. Nehl, Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 6; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

Produktmarkt für Tageszeitungen (räumlich diesmal allerdings in Deutschland) festgestellt, welcher abzugrenzen war vom Markt für Wochen- und Monatszeitschriften.¹⁶¹² Auch in diesem Fall unterteilte die Kommission den Markt für Tageszeitungen nochmals anhand des Inhalts (z.B. generelle Informationen, Sport, Finanzen) bzw. der Qualität des jeweiligen Blattes (z.B. politische Information, Boulevardblatt) und bestimmte die sachlich relevanten Anzeigenmärkte parallel zur Abgrenzung der entsprechenden Lesermärkte, wobei sie die Möglichkeit weiterreichender Märkte einräumte, wenn dies die Substituierbarkeit aus Sicht der Werbeindustrie erforderte.¹⁶¹³

Sachlich ergeben sich für die pressenspezifische Marktbestimmung im europäischen Kartellrecht damit keine grundlegenden Abweichungen gegenüber dem deutschen Kartellrecht, so dass sich die Differenzierungen bzgl. der Leser- und Anzeigenmärkte weitgehend entsprechen. Selbst räumlich lassen sich kaum Unterschiede ausmachen, obgleich die beiden letztgenannten Vorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung waren. Denn die in solchen Fällen regelmäßig bestehenden linguistischen und kulturellen Schranken (hier einmal britischer, einmal deutscher Natur), bewirken einen Fortbestand innerstaatlicher Grenzen im Pressebereich, so dass der geographisch relevante Produktmarkt für Presseerzeugnisse trotz zwischenstaatlicher Beteiligung und gemeinschaftsrelevanten Umsatzschwellen häufig ein nationaler bleibt¹⁶¹⁴, so dass sich für das Gebiet von Deutschland an den bekannten lokalen, regionalen und überregionalen Grenzen nichts ändert, es sei denn es liegt ein grenzüberschreitendes Vorhaben in homogenen Sprachräumen oder Grenzregionen vor (Beispiel Deutschland/Österreich).¹⁶¹⁵

Etwas anderes ergibt sich aber, sobald sachlich nicht die Pressemärkte im engeren Sinne, d.h. die Zeitungsmärkte selbst den Gegenstand der Marktabgrenzung bilden, wie das Beispiel „Bertelsmann/Springer“ beweist.

[3] Marktabgrenzung im Fall „Bertelsmann/Springer“

In sachlicher Hinsicht hatte die Marktuntersuchung der Kommission ergeben, dass im Fall „Bertelsmann/Springer“ zwei relevante Märkte vom Vorhaben betroffen waren: Der Tiefdruckmarkt für Zeitschriften und der Tiefdruckmarkt für Versandhauskataloge und Werbebeilagen.¹⁶¹⁶

Entgegen der Ansicht der Kooperationsbeteiligten, wonach ein Markt für Illustrationsdruck (Zeitschriften, Kataloge und Werbebeilagen) vorlag, der sowohl das Tiefdruck- als auch das Offset-Druckverfahren umfasste, bildeten beide nach Auffassung der Kommission keinen gemeinsamen Markt, weil sich Tiefdruckaufträge aufgrund ihres deutlich größeren Umfangs

¹⁶¹² Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 6; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶¹³ Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 6; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶¹⁴ Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 7; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶¹⁵ So auch Nehl, Europäische Presse Märkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 7 f.; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶¹⁶ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123, „Bertelsmann/Springer“.

erheblich von den wesentlich kleineren Volumina der Offset-Druckaufträge unterschieden, weshalb sie sich gegenseitig keine Konkurrenz machten.¹⁶¹⁷

Im Bereich der Zeitschriften, Kataloge und Werbebeilagen stellte die Kommission zwar fest, dass eine Tiefdruckpresse grundsätzlich alle drei Publikationsarten drucken konnte, zumindest im Hinblick auf Zeitschriften aber von einem getrennten Produktmarkt auszugehen war, da es sich im Gegensatz zu Katalogen und Werbebeilagen um zeitkritische Druckerzeugnisse handelte, die spezielle Anforderungen an die Weiterverarbeitung und den Vertrieb stellten.¹⁶¹⁸

Auch im Hinblick auf die räumliche Marktbestimmung widersprach die Kommission der Einschätzung von Bertelsmann und Springer. Während diese für den von ihnen angenommenen einheitlichen großvolumigen Illustrationsdruck prinzipiell die gesamte EU als räumlich relevanten Markt ansahen und selbst bei der Annahme von Teilmärkten von einer EU-weiten Bedeutung ausgingen (z.T. im Wege von Substitutionsketten aufgrund sich überschneidender Kundenkreise¹⁶¹⁹),¹⁶²⁰ differenzierte die Kommission an dieser Stelle deutlich. So beschränkte sie für den Tiefdruck deutscher Zeitschriften den Markt auf Deutschland, weil es sich gerade um zeitkritische Presseerzeugnisse mit speziellen Anforderungen handelte¹⁶²¹, stellte demgegenüber im Bereich der Kataloge und Werbebeilagen aber fest, dass im Segment der Kataloge die Kunden aufgrund logistischer Umstände und der nicht bestehenden besonderen Anforderungen an die Weiterverarbeitung und den Vertrieb ausländische Druckereien v.a. in an Deutschland angrenzenden Ländern als geeignete Alternative ansahen und auch nutzten.¹⁶²² Zwar galt dies nicht im gleichen Maße auch für Werbebeilagen, weil hier die nationalen Kapazitäten der Druckereien noch ausreichten.¹⁶²³ Grundsätzlich war aber davon auszugehen, dass die ausländischen Druckereien, die bereits Kataloge für deutsche Kunden druckten auch in der Lage waren, Werbebeilagen für den deutschen Markt herzustellen und hierfür die entsprechende Nachfrage potenziell auch bestand.¹⁶²⁴

¹⁶¹⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶¹⁸ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶¹⁹ Beim Zeitschriften- und Werbebeilagenmarkt gingen Bertelsmann und Springer davon aus, dass jede Druckerei Kunden im Umkreis von mindestens 700 Kilometern bedienen könnte. Würde man danach um die wichtigsten europäischen Tief- und Offset-Druckstandorte Kreise mit einem Radius von 700 Kilometern ziehen, entstünde ein Bild, bei dem sich die Kreise weitgehend überschneiden würden, was auf Substitutionsketten schließen ließe, die einen relevanten Markt der EU begründeten; vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²⁰ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²¹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123 f., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²² Dies ergab sich daraus, dass bei Katalogen die Aufträge hierfür i.d.R. unter mehreren Druckereien aufgeteilt wurden, um die Produktion und rechtzeitige Auslieferung der großen Mengen sicherzustellen und hierbei auch auf Druckereien im nahe gelegenen Ausland zurückgriffen wurde und umgekehrt; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123 f., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²³ Importierte Druckleistungen im Segment der Werbebeilagen machten zu diesem Zeitpunkt nur fünf Prozent aus; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1124, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²⁴ Die Kommission ging davon aus, dass neben der relativ einfachen Angebotsumstellung auf Seiten der Druckereien die meisten Herausgeber von Katalogen auch Werbebeilagen drucken ließen und ihr bereits bestehenden Verbindungen zu ausländischen Druckereien hierfür grundsätzlich nutzen würden; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1124, „Bertelsmann/Springer“.

Infolgedessen ließ sich jedenfalls für den Markt der Kataloge und Werbebeilagen ein räumliches Gebiet abgrenzen, das neben Deutschland sämtliche angrenzenden Staaten (ohne Großbritannien¹⁶²⁵) sowie Italien und die Slowakei umfasste.¹⁶²⁶

(bb) SIEC-Test: Marktbeherrschungs- oder Marktbehinderungstest?

Es blieb festzustellen, ob Bertelsmann und Springer gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO durch die Bündelung ihrer Ressourcen in NewCo auf einem der beiden Märkte eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs herbeiführen oder gar eine marktbeherrschende Stellung erlangen würden, wobei dem Kriterium der Marktbeherrschung im Rahmen einer solchen Überprüfung an sich nur die Funktion eines Regelbeispiels zukommt, während das Kriterium der Eignung zur erheblichen Wettbewerbsbehinderung augenscheinlich in den Mittelpunkt gerückt ist.¹⁶²⁷ Dies ermöglicht besondere Probleme oligopolistisch strukturierter Märkte zu erfassen und auch solche Zusammenschlüsse die Freigabe zu verweigern, die ohne eine Koordinierung zwischen den Oligopolmitgliedern zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würden, weil in deren Folge ein beträchtlicher Wettbewerbsdruck beseitigt werden würde, den die fusionierenden Unternehmen vorher i.R. aufeinander ausgeübt hatten bzw. der vorher auf den verbleibenden Wettbewerbern lastete (sog. „*unilaterale Effekte*“).¹⁶²⁸

Hauptanwendungsfälle von Art. 2 Abs. 3 FKVO aber bleiben Zusammenschlüsse, durch die eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens (Einzelmarktbeherrschung) bzw. eine kollektive marktbeherrschende Stellung mehrerer Oligopolisten (kollektive Marktbeherrschung) begründet oder verstärkt würde¹⁶²⁹, obgleich sich jede der drei Fallgruppen mit den beiden anderen überschneiden kann.¹⁶³⁰

¹⁶²⁵ Großbritannien schied aus, weil deutsche Kunden in einer Marktumfrage der Kommission britische Druckereien übereinstimmend nicht als geeignete Alternative ansahen; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1124, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²⁶ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1123 f., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶²⁷ *Christiansen*, in: WuW 2005, „Die ‚Ökonomisierung‘ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?“, S. 286; *Böge*, in: WuW 2004, „Reform der Europäischen Fusionskontrolle“, S. 144; *Mestmäcker*, in: WuW 2004, Kommentar „Zur Reform der Europäischen Fusionskontrollverordnung“, S. 135; *Dittert*, in: WuW 2004, „Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung“, S. 148; Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 183.

¹⁶²⁸ Vgl. Erwägungsgründe zur FKVO 139/2004, Nr. 25, abgedruckt in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Einleitung FKVO, Rn. 163 ff.

¹⁶²⁹ Dies zeigt die Praxis, die sich seit dem Inkrafttreten der FKVO 139/2004 ganz überwiegend in den Bahnen des Marktbeherrschungstests bewegt, während unilaterale Effekte selten Gegenstand der Untersuchung waren und noch nie den tragenden Grund für eine Untersagung bildeten; Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 190 m.w.N.

¹⁶³⁰ Einzelmarktbeherrschung und kollektive Marktbeherrschung sind Fälle der Marktbeherrschung, kollektive Marktbeherrschung und nicht koordinierte bzw. unilaterale Effekte im Oligopol sind Oligopolfälle und Einzelmarktbeherrschung und nicht koordinierte bzw. unilaterale Effekte im Oligopol sind Fälle, in denen der Zusammenschluss die unilaterale Ausübung von Marktmacht begünstigen; vgl. Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 193.

Trotz der Herabstufung zum Regelbeispiel bleibt für viele Fälle damit die Überprüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung (anhand des sog. *Marktbeherrschungstests*) notwendig.¹⁶³¹

Da eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 2 Abs. 3 FKVO grundsätzlich dann zu bejahen ist, wenn durch den Zusammenschluss die Beteiligten einen derartigen Grad an Marktmacht erlangen, dass sie andere Marktteilnehmer in ihrem Wettbewerbsverhalten dergestalt einzuschränken vermögen, dass der dynamische Prozess wirksamen Wettbewerbs zum Erliegen kommt und sich der Intensitätsgrad dieser Marktmacht hauptsächlich in der Marktunabhängigkeit manifestiert, die prinzipiell am höchsten ist in den Fällen von Marktbeherrschung¹⁶³², ist dem *SIEC-Test* die „Formel“ *Marktbeherrschungstest* plus Erfassung nicht koordinierter (*unilateral*) Effekte im Oligopol zugrunde zu legen, wobei diese beiden Erfordernisse nur alternativ vorliegen müssen.¹⁶³³

Dem Kriterium der „Erheblichkeit“ der Behinderung kommt in diesem Zusammenhang eine klarstellende Funktion zu: Denn es macht deutlich, dass neben der marktbeherrschenden Stellung eben noch andere Anwendungsfälle des Art. 2 Abs. 3 FKVO denkbar sind.¹⁶³⁴ Während den Fällen von Marktbeherrschung die Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung aber i.d.R. immanent ist¹⁶³⁵, bedarf es im Bereich der *unilateralen Effekte* einer entsprechenden Feststellung, denn nur wenn diese den Wettbewerb ebenso einschneidend beeinträchtigen würden, wie die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, legitimiert dies zur Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens.¹⁶³⁶ Erheblichkeit kann sich hierbei z.B. aufgrund eines zeitlichen Aspekts, wie der Dauerhaftigkeit einer Behinderung ergeben.¹⁶³⁷

¹⁶³¹ So die Einschätzung der Kommission in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, Nr. C 31/5, Rn. 4, wonach den meisten Untersagungsentscheidungen auch weiterhin die Feststellung von Marktbeherrschung zugrunde zulegen und die einschlägige Rechtsprechung in vollem Umfang zu berücksichtigen ist. Aus Erwägungsgrund Nr. 25 zur FKVO 139/2004 und der dort verwendeten Begrifflichkeit „ausschließlich“ wird zudem gefolgert, dass der Marktbeherrschungstest die Regel bildet und der Wettbewerbsbehinderungstest nur einen Zusatz darstellt. Erwägungsgrund Nr. 26 zur FKVO 139/2004 stützt diese Annahme, indem er betont, dass eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs „im Allgemeinen aus der Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung“ resultiert; siehe bei Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Einleitung FKVO, Rn. 163 sowie Art. 2 FKVO, Rn. 185, 190; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 28 ff.

¹⁶³² Ehricke, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 118 m.w.N.

¹⁶³³ So Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 185, 192.

¹⁶³⁴ Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 202.

¹⁶³⁵ Nach Auffassung der Kommission in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, Nr. C 31/5, Rn. 25, ist auch unter Geltung des *SIEC-Tests* im Allgemeinen von der Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung auszugehen, wenn die Voraussetzungen des Marktbeherrschungstests erfüllt sind; siehe bei Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 197.

¹⁶³⁶ Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 202.

¹⁶³⁷ Die Kommission hat im Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung bereits auf Grundlage des Marktbeherrschungstests ein eigenständiges Merkmal mit Bezug auf den zeitlichen Aspekt der Dauerhaftigkeit der beherrschenden Stellung gesehen und im betreffenden Fall betont, dass es sich um eine zeitlich unbegrenzte Marktbeherrschung handeln würde, durch die ein wirksamer Wettbewerb erheblich behindert werden würde; Kommission, Entsch. v. 2.10.1991, ABl. 1991, Nr. L 334/42, Rn. 72, „Aéropatiale-Alenia/de Havilland“; vgl.

Ist weder eine marktbeherrschende Stellung noch eine erhebliche Behinderung festzustellen, dann muss das Vorhaben gemäß dem Vereinbarkeitstatbestand von Art. 2 Abs. 2 FKVO freigestellt werden.

(cc) Beurteilung im Fall „*Bertelsmann/Springer*“

Die Tatsache, dass NewCo mit Bertelsmann (G+J mit eingeschlossen) und Springer den bisherigen Marktführer unter den deutschen und europäischen Tiefdruckbetrieben und das drittgrößte deutsche und sechstgrößte europäische Tiefdruckunternehmen vereinen würde, legte den Verdacht nahe, dass hierdurch den Beteiligten ein derartiger Grad an Marktmacht erwachsen könnte, der in seiner Intensität möglicherweise nicht bloß in der Lage sein würde andere Marktteilnehmer in ihrem Wettbewerbsverhalten erheblich einzuschränken, sondern der darüber hinaus eine Marktunabhängigkeit i.S.e. Marktbeherrschung zur Folge haben könnte.¹⁶³⁸

[1] Marktbeherrschungstest

Eine marktbeherrschende Stellung ist immer anzunehmen, wenn ein Unternehmen (oder eine Gruppe von Unternehmen¹⁶³⁹) eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.¹⁶⁴⁰

Ergibt sich eine solche Marktunabhängigkeit für die Beteiligten erstmalig durch den Zusammenschluss, liegt hierin die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 FKVO¹⁶⁴¹, während eine Verstärkung nach dieser Norm voraussetzt, dass eine bereits bestehende beherrschende Marktstellung der beteiligten Unternehmen nochmals

auch Immenga/Körper, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 198; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 123 m.w.N.

¹⁶³⁸ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1124, „*Bertelsmann/Springer*“.

¹⁶³⁹ In einer Grundsatzentscheidung des EuGH stellte das Gericht die Anwendbarkeit der FKVO auf Fallkonstellationen kollektiver Marktbeherrschung fest und führte zur Begriffsbestimmung aus, dass die Kommission anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes untersuchen müsse, ob der zu prüfende Zusammenschluss zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitze, erheblich behindert wird; EuGH, Urt. v. 31.3.1998, Slg. 1998, I-1375, Rn. 164 ff., „*Frankreich/Kommission*“; vgl. auch *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 188.

¹⁶⁴⁰ So die Definition des EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Slg. 1979, Rs. 85/76, S. 461, Rn. 38, „*Hoffmann-La Roche/Kommission*“, die von der Kommission entsprechend übernommen wurde; siehe Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372/1, Rn. 10; vgl. auch *Bach*, in: WuW 1993, „*Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht*“, S. 805.

¹⁶⁴¹ Kommission, Entsch. v. 2.10.1991, ABl. 1991, Nr. L 334/42, Rn. 52, „*Aérospatiale-Alenia/de Havilland*“; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 129 m.w.N.

verstärkt und somit der schon bestehende unabhängige Verhaltensspielraum erweitert bzw. abgesichert wird.¹⁶⁴²

Zwar gilt es als ein Indiz des Nichtvorliegens einer marktbeherrschende Stellung, wenn die an der Fusion beteiligten Unternehmen im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben einen gemeinsamen Marktanteil i.H.v. 25 Prozent nicht übersteigen¹⁶⁴³, jedoch lässt dies umgekehrt kaum Rückschlüsse über das tatsächliche Bestehen einer Marktbeherrschung zu.¹⁶⁴⁴ Vielmehr müssen neben den Marktanteilen eine Vielzahl weiterer Faktoren im Rahmen einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden, um feststellen zu können, ob entsprechende Marktmacht vorhanden ist.¹⁶⁴⁵ Hierfür sind die Prüfungskriterien von Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. a und lit. b FKVO einzubeziehen.

Allem voran gilt es die Struktur der relevanten Märkte zu beurteilen, wobei der tatsächliche und potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. a FKVO), natürlich aber auch die jeweiligen Marktstellungen anhand von Marktanteilen sowie weitere Merkmale (Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Entwicklung von Angebot und Nachfrage etc., vgl. Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. b FKVO).

Im Fall „Bertelsmann/Springer“ bildeten folglich der deutsche Markt für Zeitschriftentiefdruck und die Märkte des Katalog- und Werbebeilagentiefdrucks den Gegenstand einer eingehenden Marktuntersuchung.

Wie eingangs erwähnt, ließ bereits der Blick auf die Verteilung der Gesamttiefdruckkapazitäten in Deutschland erkennen, dass mit Anteilen i.H.v. 30 bis 35 Prozent (Bertelsmann/G+J) und 10 bis 15 Prozent (Springer) die Fusion zwischen dem Marktführer mit dem drittgrößten Wettbewerber eine entsprechende Addition der Marktanteile zur Folge haben würde.¹⁶⁴⁶ Mit insgesamt 45 bis 50 Prozent Marktanteil verfügte das Gemeinschaftsunternehmen NewCo über beinahe doppelt so viele Kapazitäten, wie der nachfolgende Wettbewerber Schlott mit 20 bis 25 Prozent, gefolgt von TSB mit 10 bis 15 Prozent und Bauer sowie Burda mit 5 bis 10 Prozent (Sonstige ca. 4 Prozent).¹⁶⁴⁷

Auch im Hinblick auf die Gesamtkapazitäten des europäischen Tiefdruckmarktes wurde NewCo zum Marktführer. Alleine die jährlichen Kapazitäten von NewCo mit 1000 bis 1100 Kilotonnen (kt)¹⁶⁴⁸ übertrafen schon die gemeinsamen Jahresaufkommen von Frankreich (656 kt) und Großbritannien (333 kt) zusammen, was bei einem deutschen Anteil von über 45

¹⁶⁴² Kommission, Entsch. v. 19.7.1991, ABl. 1991, Nr. L 290/35, „Tetra Pak/Alfa-Laval“; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 130 m.w.N.

¹⁶⁴³ So Erwägungsgrund Nr. 32 zur FKVO 139/2004, abgedruckt in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Einleitung FKVO, Rn. 163 ff.

¹⁶⁴⁴ *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 131.

¹⁶⁴⁵ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 181 f.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, Art. 2 FKVO, Rn. 4.

¹⁶⁴⁶ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1125, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁴⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1125, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁴⁸ Die Marktanteile im Tiefdrucksektor werden auf der Grundlage der für das Drucken verbrauchten Papiermengen in Tonnen errechnet; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1126, „Bertelsmann/Springer“.

Prozent an den in Europa vorhandenen Gesamtkapazitäten die Bedeutung der in Deutschland verfügbaren Tiefdruckkapazitäten noch unterstrich.¹⁶⁴⁹

Dennoch ließ sich für den hier relevanten Katalog- und Werbebeilagentiefdruckmarkt im Gebiet von Deutschland, den angrenzenden Staaten sowie Italien und der Slowakei keine marktunabhängige Stellung von NewCo im Verhältnis zu seinen zukünftigen Wettbewerbern prognostizieren, denn dessen Anteil an diesem Markt belief sich insgesamt auf 20 bis 25 Prozent, wobei auf den Teilmärkten sogar nur 15 bis 20 Prozent Marktanteil bei den Katalogen bzw. 20 bis 25 Prozent Marktanteil bei den Werbebeilagen festgestellt wurden.¹⁶⁵⁰ Zwar bildet der Marktanteil kein ausschließlich Indiz für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, gleichwohl bleibt es ein wichtiger Indikator.¹⁶⁵¹ So ist bei Marktanteilen zwischen 25 und 45 Prozent eine beherrschende Stellung grundsätzlich möglich, dies setzt aber weitere hierfür sprechende Kriterien voraus.¹⁶⁵² Diesbezüglich kommt v.a. den relativen Marktanteilen eine aussagekräftige Bedeutung zu, d.h. die Verteilung der übrigen Marktanteile auf die Wettbewerber.¹⁶⁵³ Hierbei gilt, je größer der Abstand zur Konkurrenz ist, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁶⁵⁴ In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist aber auch die Anzahl der Wettbewerber¹⁶⁵⁵, weshalb sich der Marktanteil von NewCo durch die Marktanteile der nächsten Wettbewerber Schlott und Quebecor mit jeweils 13 bis 14 Prozent und TBS mit 11 Prozent erheblich relativierte¹⁶⁵⁶, zumal es sich beispielsweise bei Schlott um den drittgrößten europäischen Marktteilnehmer im Bereich Tiefdruck handelte.¹⁶⁵⁷

Demgegenüber war bzgl. des deutschen Handelsmarktes für Zeitschriftentiefdruck für Dritte (Drucken von Zeitschriften für Dritte) aufgrund des addierten Marktanteils i.H.v. 45 bis 50 Prozent (Bertelsmann/G+J: 35 bis 40 Prozent; Springer: 10 bis 15 Prozent) eindeutig die Marktführerschaft von NewCo gegenüber TSB und Schlott mit jeweils rund 20 bis 25 Prozent sowie Burda mit 5 Prozent festzustellen.¹⁶⁵⁸

Angesichts des hohen Marktanteils stellte sich die Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung und der damit verbundenen potenziellen wettbewerblichen Benachteiligung der Kunden (andere Zeitschriftenverlage). Denn es bestand der Verdacht, dass NewCo einen Marktunabhängigkeitsgrad erlangen könnte, der es ihm erlauben würde, z.B. gewinnbringende Preiserhöhungen vorzunehmen, denen sich dritte Zeitschriftenverlage durch

¹⁶⁴⁹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1125, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁵⁰ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (95, 98); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010); vgl. auch Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1126, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁵¹ Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 183; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 139.

¹⁶⁵² *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 151.

¹⁶⁵³ *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 142.

¹⁶⁵⁴ *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 142.

¹⁶⁵⁵ *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 142.

¹⁶⁵⁶ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (95); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶⁵⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1125, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁵⁸ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1126, „Bertelsmann/Springer“.

das Überwechseln zu anderen Anbietern wegen der unzureichenden Anzahl geeigneter Wettbewerber oder nicht verfügbarer Kapazitäten nicht entziehen könnten.¹⁶⁵⁹

Doch auch bei einem Marktanteil zwischen 45 und 80 Prozent erfordert es für eine sachgerechte Prognose grundsätzlich mehr, als nur der Hinweis auf die Marktanteilssituation; vielmehr sind weitere Beherrschungsmerkmale zur Annahme einer solchen Marktstellung notwendig.¹⁶⁶⁰

Hierzu gehören insbesondere die Wahlmöglichkeiten der Abnehmer (vgl. Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. b FKVO), d.h. ob diese in der Lage sind auszuweichen, wenn Unternehmen auf der Marktgegenseite versuchen, eine Wettbewerbsbehinderung, wie eine Preiserhöhung durchzusetzen.¹⁶⁶¹ Für den Fall „Bertelsmann/Springer“ stellte sich damit die Frage, ob die Zeitschriftenverlage einer Preiserhöhung durch NewCo hypothetisch entgegenwirken konnten, indem sie die von NewCo bezogenen Mengen durch Lieferungen von Wettbewerbern in erheblichem Ausmaß ersetzen würden, so dass eine Preiserhöhung für das Gemeinschaftsunternehmen unrentabel werden würde.¹⁶⁶²

Die Möglichkeit auf andere Tiefdruckereien auszuweichen setzte aber voraus, dass die Wettbewerber auf diesem Markt über ausreichend ungenutzte Kapazitäten verfügten bzw. durch Umschichtung oder Verlagerung von Kapazitäten auf den Zeitschriftendruck verfügbar machen könnten, wobei u.a. auch geplante Kapazitätserweiterungen mit zu berücksichtigen waren.¹⁶⁶³

Trotz der insgesamt hohen Kapazitätsauslastungen im Segment des Tiefdrucks (90 Prozent und mehr), ließen sich bei Schlott, TSB und Burda ungenutzte Kapazitäten von zusammen 17 Kt im Jahr feststellen.¹⁶⁶⁴ Die beim Zeitschriftendruck grundsätzlich höhere Lukrativität gegenüber dem Druck von Werbebeilagen bzw. der Kombination von Werbebeilagen und Katalogen¹⁶⁶⁵, veranlasste zu der Annahme, dass hiervon ein finanzieller Anreiz ausginge, der die Wettbewerber im Falle einer Preiserhöhung durch den Marktführer zu Umschichtungen bzw. Verlagerungen von zusätzlichen Kapazitäten i.H.v. 130 Kt auf den Zeitschriftendruck veranlassen könnte.¹⁶⁶⁶ Doch auch die von allen drei Unternehmen neu geplanten Tiefdruckbetriebe ließen eine Aufstockung der Nettokapazitäten auf weitere 50 Kt

¹⁶⁵⁹ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1127, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁶⁰ *Ehrlicke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 150.

¹⁶⁶¹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 20.

¹⁶⁶² Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1127, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁶³ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁶⁴ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (119); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶⁶⁵ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (130); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶⁶⁶ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (123,133); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

erwarten¹⁶⁶⁷, so dass in der Summe den drei wichtigsten deutschen Wettbewerbern von NewCo prinzipiell 197 Kt Kapazitäten für den Zeitschriftendruck zur Verfügung stünden, die mit Blick auf den Gesamtabsatz von NewCo an Dritte i.H.v. 150 bis 200 Kt¹⁶⁶⁸ den Zeitschriftenverlagen entsprechende Ausweichmöglichkeiten böte und somit für NewCo eine Preiserhöhung unrentabel machen würde.¹⁶⁶⁹

Neben der Erwägung, dass ausreichend Kapazitäten zum Druck deutscher Zeitschriften verfügbar sein mussten, war allerdings noch mit einzubeziehen, dass mit dem Gemeinschaftsunternehmen der Wegfall mindestens eines Wettbewerbers verbunden war, so dass hierdurch die Auswahlmöglichkeiten für die Herausgeber von Zeitschriften eingeschränkt wurden.¹⁶⁷⁰ Denn mit NewCo fiel nicht nur Springer als unabhängiger Wettbewerber, sondern auch der bisher noch fortbestehende Wettbewerb zwischen Bertelsmann und G+J weg, deren Wettbewerbsverhalten im Markt nicht abgestimmt war.¹⁶⁷¹ Doch mit Blick auf die drei weiteren deutschen Tiefdruckunternehmen Schlott, TBS und Burda war zu erkennen, dass die Zeitschriftenverlage auch weiterhin auf noch ausreichend viele Tiefdruckunternehmen mit ähnlich großen Kapazitäten zurückgreifen konnten (Schlott und TBS mit je 60 bis 80 kt und Burda mit bis zu 10 kt).¹⁶⁷²

Dieser Einschätzung stand auch nicht der Einwand von Verlagen ohne eigene Druckerei entgegen, wonach durch NewCo eine Wettbewerbssituation entstünde, in der Verlage ohne eigene Druckerei ihre Zeitschriften u.U. bei einer vertikal im Verlagswesen integrierten Druckerei drucken lassen müssten, was im Fall von Konkurrenzzeitschriften zu Interessenkonflikten führen könnte.¹⁶⁷³ Denn das Gemeinschaftsunternehmen verdrängte keine unabhängigen Druckereien aus dem Markt, sondern brachte lediglich Druckunternehmen zusammen, die bereits im Verlagsbereich integriert waren, so dass sich die Gesamtlage bei den vertikal nicht integrierten Verlagen nicht verschlechterte und hier ebenfalls noch ausreichend Wahlmöglichkeiten bestanden.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁶⁷ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (135 f.); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶⁶⁸ Tatsächlich war sogar nur von einer Gesamtmenge i.H.v. 100 bis 150 kt auszugehen, denn ein Teil der Handelsmarktkapazitäten war wegen des Erwerbs von Verlagen durch Bertelsmann und Springer zum Eigenbedarf geworden, so dass auch kein anderer Zeitschriftenverlag aufgrund dieser übergegangenen Menge hätte geschädigt werden können; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1127, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁶⁹ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (137 ff.); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁶⁷⁰ Im Bereich der Zeitschriftenverlage, die i.d.R. Ausschreibungen zur Vergabe ihrer Druckaufträge durchführen, heißt dies konkret, dass sich aufgrund eines Gemeinschaftsunternehmens die Anzahl der potenziellen Bieter verringert; vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷¹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷² Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1126, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷³ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁴ Die Marktuntersuchung der Kommission hatte ergeben, dass kein Zeitschriftensegment bestand, in dem bisher vertikal nicht integrierte Druckereien wegen einer bestimmten Wettbewerbslage bei ihren Zeitschriften hätte in Probleme geraten können. Zudem wurde festgestellt, dass derartige Interessenkonflikte dann

Die vertikale Integration begründete noch eine Reihe weiterer Wettbewerbsbedenken von Seiten Dritter. Diese bestanden zum einen darin, dass die Aufträge von Bertelsmann, G+J und Springer die Grundlast für NewCo bilden könnten, so dass die verbleibenden Druckkapazitäten mit Aufträgen aus dem Handelsmarkt nur noch aufgefüllt werden müssten, was nach Auffassung der Wettbewerber dem Gemeinschaftsunternehmen einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffen würde.¹⁶⁷⁵ Gleichzeitig wurde aber auch eingewandt, dass NewCo selbst durch diese Grundlast in seiner Flexibilität eingeschränkt wäre, da das Gemeinschaftsunternehmen den internen Druckaufträgen Vorrang einräumen müsste und daher nicht Druckaufträge allein im Hinblick auf die besten im Markt erzielbaren Geschäftsergebnisse annehmen könnte.¹⁶⁷⁶ Beiden Einsprüchen war nicht zuzustimmen, denn auch hier galt es zu berücksichtigen, dass die Muttergesellschaften von NewCo bereits vor der Kooperation vertikal integriert waren und den größten Teil ihres Eigenbedarfs an Zeitschriftendruck schon vorher mit ihren eigenen Druckereien abgedeckt hatten.¹⁶⁷⁷ Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens führte nicht zur Erhöhung dieses Eigenbedarfsanteils an den Druckkapazitäten, vielmehr verkleinerte er sich in Relation zu den neuen Gesamtkapazitäten des Gemeinschaftsunternehmens, so dass NewCo gezwungen war, die verbleibenden Kapazitäten mit Aufträgen aus dem Handelsmarkt aufzufüllen.¹⁶⁷⁸ Daher war weder ein Wettbewerbsvorteil noch eine eingeschränkte Flexibilität aufgrund vertikaler Integration festzustellen¹⁶⁷⁹, so dass auch NewCo maßgeblich von der allgemeinen Entwicklung von Angebot und Nachfrage auf dem Handelsmarkt für Zeitschriftentiefdruck betroffen sein würde.

Die Entwicklung von Angebot und Nachfrage stellte hier ein weiteres wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Marktstellung von NewCo dar (vgl. Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. b FKVO), denn entscheidend ist nicht bloß die aktuelle Angebots-Nachfrage-Situation, sondern vielmehr ihre weitere Entwicklung in Form einer Zukunftsprognose, wobei eine Verbreiterung oder Verengung der Angebotsstrukturen und Nachfragewachstum oder -rückgang wichtige Bewertungsfaktoren bilden.¹⁶⁸⁰

Während auf dem Tiefdruckmarkt für Zeitschriften das Gesamtangebot tendenziell zunahm, weil die meisten der Anbieter Investitionen planten, die zu einem Nettozuwachs bei den Kapazitäten in Deutschland führen würden¹⁶⁸¹, gab es keine Anzeichen dafür, dass die Nachfrage im selben Maße diese Entwicklung nachvollziehen würde. Denn nach einem Höhepunkt um das Jahr 2000 war die Nachfrage v.a. aufgrund des Rückgangs der

üblicherweise durch vertragliche Sicherungen gelöst wurden; Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁵ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1128 f., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁶ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁸ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁷⁹ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁸⁰ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 23; *Ehricke*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 173 f.

¹⁶⁸¹ Commission, Decision of 3.5.2005, Case No COMP/M.3178, Bertelsmann-Springer, (135 f.); veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf (Stand: 28.1.2010); siehe auch Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

Werbeseiten, der Abnahme der Exemplare je Ausgabe und der zunehmenden Bedeutung des Internet für den Austausch von Informationen und für Werbezwecke zurückgegangen, so dass die Gesamtentwicklung von Angebot und Nachfrage auf dem Tiefdruckmarkt für Zeitschriften nicht die Erwartung nachteiliger Auswirkungen aufgrund der Gründung von NewCo stützte.¹⁶⁸²

Somit war trotz der Marktführerschaft von NewCo mit einem Marktanteil i.H.v. 45 bis 50 Prozent auch beim Zeitschriftentiefdruck aufgrund des weiterhin bestehenden Wettbewerbers mit einer hinreichenden Zahl an effektiven Konkurrenten eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen.¹⁶⁸³

[2] Marktbehinderungstest

Es blieb allerdings noch zu klären, ob nicht aufgrund der Anwendungserweiterung von Art. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 FKVO durch NewCo eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für Zeitschriften- sowie Katalog- und Werbebeilagentiefdruck vorlag.¹⁶⁸⁴

Von dieser Anwendungserweiterung sind Fusionssachverhalte mit sog. *unilateralen Effekten* erfasst, d.h. alle einseitigen, also nicht auf einer offenen oder stillschweigenden Koordinierung beruhenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen können.¹⁶⁸⁵

Unilaterale Effekte entstehen v.a. auf oligopolistisch strukturierten Märkten, wenn aufgrund des Zusammenschlusses der Wegfall des Wettbewerbsdrucks zwischen den beiden beteiligten Unternehmen bzw. gegenüber Wettbewerbern es dem neu entstehenden Unternehmen ermöglicht, die Wettbewerbsparameter spürbar und nachhaltig zu beeinträchtigen (z.B. indem es die Preise gewinnbringend über das Niveau vor der Fusion anhebt), dabei zwar keine marktbeherrschende Stellung zu besitzen, aber dennoch nicht die Reaktion der restlichen Wettbewerber berücksichtigen zu müssen.¹⁶⁸⁶

Dies ist i.d.R. der Fall, wenn das fragliche Unternehmen einen wesentlichen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum besitzt¹⁶⁸⁷, was für NewCo gerade nicht zutraf, da mit Schlott, TSB und Burda Konkurrenten bestanden, die alle miteinander in einem dynamischen Wettbewerb standen (s.o.).

¹⁶⁸² Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1127, 1129, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁸³ So im Ergebnis auch die Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“; vgl. auch Kommission, Entsch. v. 23.10.1998, WuW/E EU-V 287, „Kodak/Imation“; Ehricke, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 150.

¹⁶⁸⁴ Eine diesbezüglich eigenständige Prüfung erfolgte seitens der Kommission nicht; vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121 ff., „Bertelsmann/Springer“.

¹⁶⁸⁵ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 475; vgl. auch Alfter, in: WuW 2003, „Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle“, S. 21.

¹⁶⁸⁶ Alfter, in: WuW 2003, a.a.O., S. 21 f.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 47 f.; Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, Bd. 1, Teil 2, Art. 2 FKVO, Rn. 483; Ehricke, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2005, Rn. 219.

¹⁶⁸⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 47 f.

Eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten durch NewCo war -wie schon die marktbeherrschende Stellung- abzulehnen.

(3) Die kartellrechtliche Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens

Da es sich bei NewCo um ein *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* mit gemeinschaftsweiter Bedeutung handelte¹⁶⁸⁸, welchem grundsätzlich die Möglichkeit von *spill-over effects* innewohnen¹⁶⁸⁹, war anhand des Beurteilungsmaßstabs von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO festzustellen, ob NewCo die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens seiner Gründerunternehmen Bertelsmann und Springer bezweckte oder bewirkte, d.h. ob es kooperative Elemente aufwies, die nach Art. 81 Abs. 1 und 3 EG zu beurteilen waren.

(a) Prüfung nach Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO (i.V.m. Art. 81 EG)

Die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens ist das zentrale Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 4 FKVO.¹⁶⁹⁰ Diese liegt unterhalb der Schwelle der Vereinbarung und auch unter der des abgestimmten Verhaltens, das aber denotwendig mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens verbunden ist, weil die Gründerunternehmen hierfür ihre Interessen zwangsläufig bis zu einem gewissen Maß aufeinander abstimmen müssen.¹⁶⁹¹ Systematisch entspricht die Koordinierung deshalb dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG, also dem Erfordernis, dass die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, wobei im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO das Vorliegen einer Vereinbarung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG gerade nicht geprüft werden muss, denn eine solche Vereinbarung liegt schon in den Verträgen zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens.¹⁶⁹² Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Tatbestand der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens bei Art. 2 Abs. 4 FKVO enger ist als der allgemeine Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG, denn Art. 81 Abs. 1 EG findet gemäß Art. 2 Abs. 4 FKVO in der Zusammenschlusskontrolle nur Anwendung, soweit die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens einen Zusammenschluss darstellt, der die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, womit die Gründerunternehmen nicht demselben Konzern angehören oder auf andere Weise derart eng verbunden sein dürfen, dass sie kartellrechtlich eine wirtschaftliche Einheit bilden.¹⁶⁹³ Damit ist von vornherein eine mögliche Koordination zwischen einem einzelnen Gründungsunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO

¹⁶⁸⁸ Siehe C.II)2)b)aa)(2)(a) und C.II)2)b)aa)(2)(b).

¹⁶⁸⁹ Vgl. C.II)2)a).

¹⁶⁹⁰ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 84.

¹⁶⁹¹ Schroeder, in: WuW 2004, a.a.O., S. 896; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 84.

¹⁶⁹² Schroeder, in: WuW 2004, a.a.O., S. 895 f.; Wiedemann, in: Festschrift für Ulmer, 2003, „Die Beurteilung kooperativer Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach der EG-Fusionskontrollverordnung“, S. 1040; a.A. Lüder, Konzentration und kooperative Gemeinschaftsunternehmen: Jenseits der Dichotomie, S. 82 f.

¹⁶⁹³ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 85; Schroeder, in: WuW 2004, a.a.O., S. 89.

ausgenommen.¹⁶⁹⁴ Eine solche Koordination kann lediglich insofern von Bedeutung sein, als sie ein Instrument für die Herbeiführung oder Stärkung der Koordinierung zwischen den Gründern darstellt.¹⁶⁹⁵

(aa) Bertelsmann und Springer als unabhängige (Gründer-)Unternehmen auf Candidate Markets

Neben dem Erfordernis, dass sich Bertelsmann und Springer trotz ihres Gemeinschaftsunternehmens als unabhängige Wettbewerber gegenüber gestanden haben müssten, grenzt Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO die hierfür in Frage kommenden Märkte dahingehend ein, dass ein unabhängiger Wettbewerb zwischen beiden ausschließlich auf dem Markt von NewCo selbst oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt hätte vorgelegen haben müssen (sog. *Candidate Markets*¹⁶⁹⁶). Der Sache nach ist also die Identifikation der für eine horizontale Koordination in Betracht kommenden Märkte identisch mit der Frage, auf welchen Märkten sich die Gründerunternehmen als Wettbewerber gegenüber stehen¹⁶⁹⁷, weshalb auch im Fall „Bertelsmann/Springer“ eine Bestimmung der in Betracht kommenden Märkte erforderlich war.

Die Marktabgrenzung erfolgt hierbei nach der gängigen Abgrenzungsmethode des *Bedarfsmarktkonzeptes*, d.h. der funktionellen Austauschbarkeit¹⁶⁹⁸, so dass als relevanter Markt i.S.v. Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO zunächst das Tätigkeitsgebiet von NewCo und damit der deutsche Tiefdruckmarkt für Zeitschriften in Frage kam.¹⁶⁹⁹ Doch aufgrund der beiderseits nahezu vollständigen Einbringung der Druckereien einschließlich der Marketing- und Verkaufsabteilungen in das Gemeinschaftsunternehmen¹⁷⁰⁰, war hinsichtlich Bertelsmann und Springer nicht mehr von unabhängigen Wettbewerbern auf diesem Markt auszugehen, obgleich Märkte nicht schon allein deshalb für eine mögliche Koordination ausscheiden, weil sich die Muttergesellschaften aus ihnen zurückziehen, indem sie ihre Tätigkeit auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen, insbesondere dann nicht, wenn die Muttergesellschaften noch potenzielle Wettbewerber bleiben.¹⁷⁰¹

Näher lag aber ein tatsächlich bestehendes Wettbewerbsverhältnis zwischen beiden Unternehmen, nämlich auf dem deutschen Zeitschriftenmarkt. Vor dem Hintergrund des *Bedarfsmarktkonzeptes* finden auch in diesem Printmediensegment die pressespezifischen

¹⁶⁹⁴ Vgl. Kommission, Entsch. v. 5.10.1992, WuW/E EV 1948, 1951 f., „Air France/Sabena“; Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 478 m.w.N.; Schröer, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 273.

¹⁶⁹⁵ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 85 m.w.N.; Schröer, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 273.

¹⁶⁹⁶ Vgl. Kommission, Entsch. v. 30.9.1999, WuW/EU-V 371, 372, „Fujitsu/Siemens“; Kommission, Entsch. v. 11.8.1999, WuW/EU-V 473, 477, „KLM/Alitalia“; Schröer, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 269.

¹⁶⁹⁷ Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 479 m.w.N.

¹⁶⁹⁸ Schröer, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 269; Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 480 f.; vgl. auch Kommission, Bekanntmachung über den relevanten Markt, ABl. 1997, C 372/ 1, Rn. 7 ff.

¹⁶⁹⁹ Vgl. C.II)2)b)aa)(2)(c)(aa)[3].

¹⁷⁰⁰ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷⁰¹ Vgl. Kommission, Entsch. v. 15.9.1998, ABl. 1999, Nr. C 178/17, Rn. 30, „@Home Benelux B.V.“; Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 479.

Besonderheiten, wie die Unterscheidung der Leser- und Anzeigenmärkte grundsätzlich Berücksichtigung, so dass u.a. zwischen Publikums- und Fachzeitschriften jeglicher Art unterschieden werden muss.¹⁷⁰² Eine genauere Differenzierung konnte hier allerdings dahinstehen, weil sie auf das Ergebnis keinen Einfluss gehabt hätte, denn jede diesbezüglich in Betracht kommenden Marktbestimmung hätte ergeben, dass sowohl Bertelsmann (hauptsächlich über seine Tochtergesellschaft G+J) als auch Springer Zeitschriften jeder Art verlegen, die größtenteils im Tiefdruckverfahren hergestellt und in Deutschland vertrieben werden.¹⁷⁰³

Dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit ist allerdings nicht zu entnehmen, wann Märkte i.S.v. Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO einander vor- oder nachgelagert, benachbart oder eng miteinander verknüpft sind¹⁷⁰⁴, was für die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO in diesen Fall entscheidend war, da es sich beim deutschen Zeitschriftenmarkt nicht um das Tätigkeitsgebiet von NewCo handelte.

Da aber Voraussetzung für das Verlegen von Zeitschriften ihr Druck ist und sich die Frage, ob ein Markt vor- bzw. nachgelagert ist, nach der Wertschöpfungskette richtet, womit vertikal verbundene Märkte gemeint sind¹⁷⁰⁵, stellt das Verlegen von Zeitschriften eine Tätigkeit dar, die der Tiefdrucktätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO nachgelagert ist.¹⁷⁰⁶

(bb) Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bezweckte oder bewirkte Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens

Die von Art. 2 Abs. 4 FKVO erfassten kooperativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses (*spill-over effects*) können nur Verhaltenskoordinierungen zwischen den Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens sein, die durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bezweckt oder bewirkt werden.

Insoweit knüpft Art. 2 Abs. 4 FKVO an den Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EG an, wobei auch hier „bezweckt“ auf die subjektive Vorstellung (der Gründer) abstellt, während sich „bewirkt“ auf die objektiven Auswirkungen bezieht.¹⁷⁰⁷

Als bezweckte Koordinierungssachverhalte sind solche zu charakterisieren, die ihre Ursache in einer vertraglichen oder satzungsmäßigen Vereinbarung haben, die anlässlich der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens geschlossen wird.¹⁷⁰⁸

Im Fall „Bertelsmann/Springer“ gab es hierfür keine Anhaltspunkte¹⁷⁰⁹, was auch der Regel bei neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen entspricht, wohingegen die tatsächlich

¹⁷⁰² Siehe hierzu ausführlich Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 151 f.

¹⁷⁰³ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“; vgl. auch Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 480.

¹⁷⁰⁴ Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 481.

¹⁷⁰⁵ Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 270.

¹⁷⁰⁶ So auch Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷⁰⁷ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 87.

¹⁷⁰⁸ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 87.

¹⁷⁰⁹ So die Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

bewirkte Koordinierung insbesondere aufgrund von *spill-over effects* in der Praxis häufiger vorliegen kann.¹⁷¹⁰

Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer bewirkten Koordination ist dann grundsätzlich die Marktstruktur, aufgrund der auch in diesem Fall zu beurteilen war, ob Bertelsmann und Springer ein Interesse daran hatten ihr Marktverhalten zu koordinieren bzw. ob sie in der Lage waren, eine solche Koordination dauerhaft umzusetzen.¹⁷¹¹

Hierbei ist die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung umso höher, je größer die Bedeutung der Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens für die Gründerunternehmen ist.¹⁷¹²

Eine derartige Bedeutung ließ sich u.U. dem Rahmendruckvertrag entnehmen, der vorsah, dass NewCo in den folgenden Jahren sämtliche Zeitschriften von G+J und Springer drucken sollte und ihm anschließend ein „matching right“ für einen bestimmten Prozentsatz eines festgelegten Zeitschriftendruckvolumens einräumte.¹⁷¹³

Denn das Druckgeschäft stellt einen wichtigen Teilaspekt beim Verlegen von Zeitschriften dar, weshalb die Gründung von NewCo u.U. eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von Bertelsmann und Springer auf dem deutschen Zeitschriftenmarkt hätte bewirken können.¹⁷¹⁴

Bei der Beurteilung ist zu beachten, dass die Bedeutung der Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens sowohl mit der Größe seiner Umsätze im Verhältnis zu denen der Gründerunternehmen als auch mit der relativen Größe (bezogen auf die Umsätze, das Ertragspotenzial oder die geographische Dimension) des Marktes, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, zu den *Candidate Markets* der Gründerunternehmen korreliert.¹⁷¹⁵ Die notwendige Bedeutung entfällt, wenn die im Gemeinschaftsunternehmen zusammengefasste Tätigkeit nur einen kleinen Teil der Tätigkeiten der Gründerunternehmen repräsentiert.¹⁷¹⁶

Im Fall „Bertelsmann/Springer“ war festzustellen, dass die Druckkosten weniger als 15 Prozent der gesamten Produktionskosten einer Zeitschrift ausmachten, wobei der Anteil der Druckkosten je nach Zeitschrift zwischen fünf und 15 Prozent variierte, so dass die geringen Auswirkungen der Druckkosten auf den Preis der Zeitschriften die Gefahr der Abstimmung auf dem nachgelagerten Markt des Zeitschriftenverlagswesens minimierte.¹⁷¹⁷ Die Gefahr wurde noch dadurch verringert, dass der von Bertelsmann und Springer mit Zeitschriften

¹⁷¹⁰ Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 280; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 87; Pohlmann, in: WuW 2003, a.a.O., S. 487 f.

¹⁷¹¹ Vgl. Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 282.

¹⁷¹² Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 283.

¹⁷¹³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷¹⁴ Vgl. Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷¹⁵ Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 283 m.w.N. aus der Entscheidungspraxis der Kommission.

¹⁷¹⁶ Vgl. Kommission, Entsch. v. 6.12.2001, Abl. 2002, Nr. C 21/29, Rn. 32 ff., „Mezzo/Muzzik“; Schröder, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 283.

¹⁷¹⁷ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

erwirtschaftete Umsatz deutlich den Umsatz mit Tiefdruckleistungen überstieg, so dass die wirtschaftlichen Anreize für Bertelsmann und Springer ihr Wettbewerbsverhalten auf dem deutschen Zeitschriftenmarkt zu koordinieren relativ gering einzuschätzen waren, weshalb die Bewirkung einer Koordinierung als unwahrscheinlich einzuordnen war.¹⁷¹⁸

Insofern stellte der Rahmendruckvertrag auch kein Instrument zur Herbeiführung oder Stärkung der Koordinierung zwischen Bertelsmann und Springer dar¹⁷¹⁹, sondern betraf allein das jeweilige Einzelverhältnis von NewCo zu seinen Muttergesellschaften.¹⁷²⁰

(b) Weitere Prüfungskriterien im Rahmen von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO i.V.m. Art. 81 EG
Da im Fall „Bertelsmann/Springer“ eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens i.S.v. Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 EG nicht festgestellt werden konnte, entfiel eine ansonsten folgende Prüfung weiterer Beurteilungskriterien, wie der Spürbarkeit und Kausalität der Koordination sowie der Anforderungen von Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO, auf die an dieser Stelle der Vollständigkeit halber noch kurz eingegangen werden soll.

(aa) Spürbarkeit der Koordination

Lässt sich eine Verhaltenskoordination i.S.v. Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG aufgrund der Marktstruktur des Koordinationsmarktes, der Marktanteile der Parteien und den Veränderungen der Marktstruktur durch das Gemeinschaftsunternehmen feststellen¹⁷²¹, setzt dies eine gewisse Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung voraus. Hierfür gelten grundsätzlich die zu Art. 81 Abs. 1 EG entwickelten Kriterien, so dass insbesondere die in der Bagatellbekanntmachung der Kommission genannten Marktanteilsschwellen zu berücksichtigen sind¹⁷²², wonach horizontale Wettbewerbsbeschränkungen nicht spürbar sind, sofern der gemeinsame Marktanteil der Gründerunternehmen auf einem räumlich und sachlich abgegrenzten *Candidate Market* zehn Prozent nicht übersteigt.¹⁷²³

(bb) Kausalität zwischen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und Koordination

Außerdem bedarf es für Art. 2 Abs. 4 FKVO der Kausalität zwischen der Koordinierung und der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens, die nur dann bejaht werden kann, wenn das gegründete Gemeinschaftsunternehmen erstmals zu einer Verhaltenskoordination führt oder die Anreize hierfür signifikant erhöht werden.¹⁷²⁴ Es reicht nicht aus, wenn eine Koordination

¹⁷¹⁸ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷¹⁹ Vgl. Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-KartR, 2. Aufl., Art. 2 FKVO, Rn. 85 m.w.N.; *Schröer*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 273.

¹⁷²⁰ Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1122, „Bertelsmann/Springer“.

¹⁷²¹ Vgl. *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 483 f. m.w.N. aus der Kommissionspraxis.

¹⁷²² Kommission, Bagatellbekanntmachung, ABl. EG 2001 Nr. C 368/13, Rn. 7.

¹⁷²³ Zur Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO vgl. ausführlich bei *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 482 f. m.w.N.; *Schröer*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 290 m.w.N.

¹⁷²⁴ Vgl. Kommission, Entsch. v. 12.8.2005, ABl. 2005, Nr. C 222/4, Rn. 94, „EDF/AEM/Edison“; *Schröer*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 292; vgl. auch *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 489.

zwischen den Gründerunternehmen bereits vorher bestand oder durch das Gemeinschaftsunternehmen lediglich gefördert wird.¹⁷²⁵

(cc) Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO

Bisher ohne Bedeutung in der Entscheidungspraxis der Kommission geblieben ist der Tatbestand von Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO, der in einem direkten Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 3 EG steht¹⁷²⁶, da die positive Feststellung des Beurteilungsmerkmals der Möglichkeit der Gründerunternehmen „für einen wesentlichen Markt der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten“ eine grundsätzlich mögliche Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG gemäß Art. 81 Abs. 3 lit. b EG ausschließt. Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO ist daher überhaupt erst zu berücksichtigen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt sind.¹⁷²⁷

(dd) Art. 81 Abs. 3 EG

Ist der Tatbestand von Art. 81 Abs. 1 EG im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO erfüllt, was (soweit ersichtlich) noch nicht der Fall war¹⁷²⁸, kann eine danach verbotene Koordinierung nach Art. 81 Abs. 3 EG gerechtfertigt und damit freistellungsfähig sein¹⁷²⁹, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind. Einen Anwendungsfall dieser Norm hat es allerdings (soweit ersichtlich) im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens noch nicht gegeben.¹⁷³⁰

bb) Ergebnis im Fall „*Bertelsmann/Springer*“

Die eingangs geäußerten Zweifel von BKartA und Kommission über eine erhebliche Bedrohung des Wettbewerbs auf dem Tiefdruckmarkt bewahrheiteten sich nach dem Festgestellten nicht, so dass dem Ergebnis der Kommission zuzustimmen war, wonach durch NewCo wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich behindert wurde, insbesondere nicht durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung (Art. 2 Abs. 3 FKVO). Auch eine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund kooperativer Auswirkungen i.S.v. Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 EG war insoweit nicht einschlägig, so dass das Kooperationsvorhaben von Bertelsmann und Springer gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären war.¹⁷³¹

3) *Ergebnis zur Zulässigkeit von pressespezifischen Kooperationen nach europäischem Kartellrecht*

a) Wettbewerbsrechtliche und pressepolitische Gesamtbetrachtung

¹⁷²⁵ Vgl. Kommission, Entsch. v. 30.9.1999, WuW/EU-V 371, 373, „Fujitsu/Siemens“; Kommission, Entsch. v. 1.2.2000, ABl. 2000, Nr. C 56/9, Rn. 30, „Beiselen/BayWa/MG Chemag“; *Schröder*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 292.

¹⁷²⁶ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 489.

¹⁷²⁷ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 489.

¹⁷²⁸ *Pohlmann*, in: WuW 2003, a.a.O., S. 489.

¹⁷²⁹ *Schröder*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 294.

¹⁷³⁰ *Schröder*, in: FK, Art. 2 FKVO 139/2004, Bd. III, Teil 3, 2006, Rn. 295.

¹⁷³¹ So im Ergebnis Kommission, Entsch. v. 3.5.2005, WuW/E EU-V 1121, 1130, „Bertelsmann/Springer“.

Die Vielzahl an Kooperationen von deutschen Verlagsunternehmen mit Verlagsunternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten der EU belegen, dass grundsätzlich von einem „Gemeinsamen Markt“ für Presseerzeugnisse auszugehen ist.¹⁷³²

Welche „Pressemärkte“ im Einzelnen davon erfasst werden, zeigt die anfangs aufgeführte Liste mit Beispielen der letzten Jahre.¹⁷³³

Während es sich hierbei in der Mehrzahl um zwischenbetriebliche Zusammenarbeit in den Bereichen der Zeitschriftenpresse, der Onlineportale oder des Produktionsverfahrens (z.B. Druck) handelte¹⁷³⁴, wies das Segment der Zeitungspresse über einen viel längeren Zeitraum (soweit ersichtlich) insgesamt nur zwei kartell- bzw. fusionsrechtlich relevante Fälle auf: Den Fall „Newspaper Publishing“ sowie den Fall „Gruner+Jahr/Financial Times“.¹⁷³⁵

Eines aber ist allen medien- bzw. pressespezifischen Kooperationsfällen gemeinsam: Es handelt sich fast immer um *Joint Ventures*, also die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, so dass diesen eine herausragende Bedeutung (nicht nur) in der medien- und pressespezifischen Praxis des europäischen Kartellrechts zukommt, weshalb sie hier auch im Mittelpunkt der wettbewerbsrechtlichen und pressepolitischen Betrachtung standen.¹⁷³⁶

Anders als nach deutschem Kartellrecht, erfolgt die europarechtliche Handhabung von Gemeinschaftsunternehmen mit regelmäßig einhergehenden konzentrativen und kooperativen Wirkungen nicht im Wege der *Doppelkontrolle* (Zweischrankentheorie), sondern nach dem Trennungsprinzip.¹⁷³⁷ Diese Vorgehensweise wird nur im Falle von *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* (mit gemeinschaftsweiter Bedeutung) durchbrochen. Verfahrensrechtlich werden sie zwar allein von der FKVO erfasst, doch ihre u.U. kooperativen Auswirkungen (*spill-over effects*) können innerhalb des Zusammenschlusskontrollverfahrens darüber hinaus am Maßstab von Art. 81 EG überprüft werden (Art. 2 Abs. 4 FKVO).¹⁷³⁸

Inwieweit sich daher aus der gemeinschaftsrechtlichen Anwendungspraxis Erkenntnisse für die deutsche Kartellrechtsprechung und Verwaltungspraxis insbesondere im Bereich der Presse ziehen lassen, ist differenziert zu bewerten, zumal für besagte *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* ein absoluter Vorrang des europäischen Rechts besteht und deutsche Regelungen schon gar keine Anwendung finden (vgl. Art. 21 Abs. 1 Hs. 1 FKVO i.V.m. Art. 3 Abs. 4 FKVO).¹⁷³⁹

aa) Pressespezifische Joint Ventures im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle und ihre Auswirkungen auf die Anwendungspraxis des GWB

¹⁷³² Siehe C.I).

¹⁷³³ Vgl. C.I).

¹⁷³⁴ Vgl. C.I).

¹⁷³⁵ Vgl. Knoche/Zerneck, a.a.O., S. 175; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁷³⁶ Vgl. Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 80.

¹⁷³⁷ C.II)2)a).

¹⁷³⁸ C.II)2)a).

¹⁷³⁹ Siehe hierzu B.II)3)a)aa)(3)(c).

In fusionsrechtlicher Hinsicht sind zunächst wenig Auswirkungen zu erwarten gewesen, denn diesbezüglich folgt die deutsche Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) grundsätzlich ihren eigenen Kriterien und Maßstäben und ist insoweit relativ frei vom Einfluss europarechtlicher Vorschriften, wie v.a. der FKVO (vgl. § 22 Abs. 4 GWB n.F.).¹⁷⁴⁰

Bedarf es gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO immer eines *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens* für die Anwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle, erfassen die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB jede Art von Gemeinschaftsunternehmen.¹⁷⁴¹ Hierbei gelten speziell für Presseunternehmen eigene Aufgreifkriterien, um eine Kontrolle dieses sensiblen Wirtschaftsbereiches nicht nur in wettbewerblicher Weise zu schützen, sondern auch um Publizitäts- und Meinungsvielfalt zu gewährleisten (vgl. § 38 Abs. 3 GWB), während Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO pressenspezifisch keine Modifizierungen im Hinblick auf das Vorliegen gemeinschaftsrechtlich relevanter Umsätze vorsieht. Dies hat aber zur Folge, dass letztlich nur große Verlagskonzerne, wie beispielsweise Bertelsmann und Springer hiervon erfasst werden und sich für kleine und mittlere Verlage damit ein verhältnismäßig großer kontrollfreier Raum ergibt, der übertragen auf deutsche Pressemärkte aber eine erhebliche Gefahr für den Wettbewerb und die Publizitätsvielfalt darstellen würde, wie sich aus der Analyse der darauf abzielenden Reformvorschläge zur Siebten GWB-Novelle entnehmen ließ.¹⁷⁴²

Weiterreichende Erkenntnisse lassen sich aber aus dem materiellrechtlichen Bereich der europäischen Fusionskontrolle ziehen.

Obgleich in beiden Rechtsordnungen materiellrechtlich ein ähnlicher Maßstab für die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung angelegt wird, bemisst sich die Freistellung oder Untersagung eines Zusammenschlusses im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB ausschließlich nach dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, während sich bei Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 FKVO die Prüfung der Vereinbarkeit des Gemeinschaftsunternehmens mit dem Gemeinsamen Markt in einen Marktbeherrschungs- und Marktbehinderungstest (*SIEC-Test*) aufgliedert.¹⁷⁴³ Hierbei erfolgt die Konkretisierung des Begriffs der Marktbeherrschung im Gegensatz zur Definition in 19 Abs. 2, Abs. 3 GWB aus der zu Art. 86 EG a.F. (jetzt Art. 82 EG) ergangenen Rechtsprechung des EuGH sowie der Verwaltungspraxis der Kommission.¹⁷⁴⁴

Beiden Begriffsbestimmungen ist aber gleich, dass sie im Vorfeld die Abgrenzung der in sachlicher und räumlicher Hinsicht relevanten Märkte voraussetzen, wobei sowohl im deutschen als auch europäischen Kartellrecht das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit (*Bedarfsmarktkonzept*) die zentrale Bestimmungsmethode darstellt. Während sich der GWB-Anwendungspraxis zahlreiche Fälle entnehmen lassen, die die Abgrenzung von Pressemärkten zum Gegenstand hatten, ließen sich für das Gemeinschaftsrecht nur besagte Fälle „Newspaper Publishing“ und „Gruner+Jahr/Financial Times“ für eine Beurteilung

¹⁷⁴⁰ B.II)3)a)aa)(3)(c).

¹⁷⁴¹ Vgl. B.I)2)a).

¹⁷⁴² Siehe in diesem Zusammenhang B.I)2)c)bb)(1).

¹⁷⁴³ C.II)2)b)aa)(2)(c)(bb).

¹⁷⁴⁴ Vgl. C.II)2)b)aa)(2)(c)(cc)[1].

heranziehen.¹⁷⁴⁵ Doch bereits diese ließen erkennen, dass sich die deutsche und die europäische Marktbestimmung sachlich wenig unterscheiden, denn beiden liegt die grundsätzliche Trennung von Leser- und Anzeigenmärkten zugrunde, deren weitere Untergliederung sich aus Leser- bzw. Inserentenbedürfnissen, wie Inhalt, Charakter, Erscheinungsweise und Vertriebsform einer Zeitung ergeben.¹⁷⁴⁶

Wirklich Bemerkenswertes aber ergab die räumlichen Marktbestimmung, denn sowohl im Fall „Newspaper Publishing“ als auch im Fall „Gruner+Jahr/Financial Times“ handelte es sich zwar um Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung zwischen Verlagsunternehmen verschiedener Mitgliedsstaaten, die geographisch relevanten Zeitungsmärkte blieben jedoch national (Großbritannien bzw. Deutschland), so dass daraus gefolgert werden kann, dass insbesondere im Bereich der Zeitungsmärkte die linguistischen, kulturellen und politischen Schranken im Pressebereich einen Fortbestand innerstaatlicher Grenzen bewirken, es sei denn es liegt ein grenzüberschreitendes Vorhaben in homogenen Sprachräumen oder Grenzregionen vor (z.B. Deutschland/Österreich).¹⁷⁴⁷

Etwas anderes kann sich allerdings für vor- bzw. nachgelagerte Märkte im Bereich von Presseerzeugnissen ergeben, wie beispielsweise dem Tiefdruckmarkt im Fall „Bertelsmann/Springer“, für den räumlich zwar ein grenzüberschreitendes Gebiet angenommen werden konnte, das allerdings nur in den Segmenten des Katalog- bzw. Werbebeilagedrucks, denn im Bereich des Zeitschriftendrucks war aufgrund des zeitkritischen Charakters von Zeitschriften wieder allein der deutsche Markt relevant.¹⁷⁴⁸

Es lässt sich damit zunächst festhalten, dass losgelöst vom absoluten Vorrang des europäischen Kartellrechts in Fällen von (pressespezifischen) *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* die FKVO nur große Verlagskonzerne mit entsprechenden Umsatzzahlen erfasst, während sich die betroffenen Märkte für Presseerzeugnisse, insbesondere für Zeitungen trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung der Kooperation meist auf ein nationales Gebiet beschränken.

Während sich der in dieser Aussage enthaltene Erkenntnisgewinn zunächst darauf begrenzt, wie wichtig demnach das Instrument der Pressefusionskontrolle mit ihren abgesenkten Umsatzschwellen für die deutsche Rechtsanwendungspraxis ist, um auch auf lokalen, regionalen und überregionalen Zeitungsmärkten einen effektiven Schutz des Wettbewerbs und der Publizitätsvielfalt zu gewährleisten¹⁷⁴⁹, stellt sich darüber hinaus die Frage nach weitergehenden Auswirkungen für die kooperationsrechtliche Anwendungspraxis der §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. Diese können sich aus der Anwendungspraxis zu Art. 81 EG ergeben, an

¹⁷⁴⁵ Vgl. Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 175; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149; Nehl, Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts, S. 6; veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28.1.2010).

¹⁷⁴⁶ Vgl. Knoche/Zerdick, a.a.O., S. 175; Ablasser, Medienmarkt und Fusionskontrolle, S. 149.

¹⁷⁴⁷ Vgl. C.II)2)b)aa)(2)(c)(aa)[1] und C.II)2)b)aa)(2)(c)(aa)[2].

¹⁷⁴⁸ C.II)2)b)aa)(2)(c)(aa)[3].

¹⁷⁴⁹ Siehe hierzu B.I)2)c)bb).

den die §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. angepasst sind und die sich daher grundsätzlich an den hierfür geltenden Beurteilungs- und Auslegungsmaßstäben orientieren.¹⁷⁵⁰

bb) Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG und sein Einfluss auf die Bewertung pressenspezifischer Kooperationen nach §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F.

Es scheint jedoch fraglich, ob Art. 81 EG in Bezug auf pressenspezifische Sachverhalte überhaupt ausreichend Relevanz besitzt, um irgendeinen Einfluss auf die Bewertung pressenspezifischer Kooperationen nach §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. haben zu können.

Denn ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG setzt immer voraus, dass überhaupt die *de-minimis*- oder *Bagatellgrenze* mit dem Kooperationsvorhaben überschritten wird, d.h. eine Spürbarkeit gegeben ist.¹⁷⁵¹ Die ungeschriebene Tatbestandsrestriktion der Spürbarkeit ist aber sowohl für die Wettbewerbsbeschränkung als auch für die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten (*Zwischenstaatlichkeitsklausel*) maßgeblich, so dass die geographisch meist national relevanten Zeitungsmärkte und die häufig mittelständischen Verlagsunternehmen regelmäßig keine ausreichende Spürbarkeit gemessen an den quantitativen und qualitativen Kriterien der Bagatellbekanntmachung der Kommission zur Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie den Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels herbeiführen.¹⁷⁵² Gemeinschaftsrechtlich relevante Pressekooperationen nach Art. 81 Abs. 1 EG waren daher soweit auch nicht ersichtlich.

Selbst im Tiefdruckfall „Bertelsmann/Springer“ ermöglichte Art. 2 Abs. 4 FKVO zwar die Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens anhand von Art. 81 Abs. 1 EG unter Berücksichtigung der speziellen Anforderungen von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO, doch auch hier konnten weder bezweckte noch bewirkte *spill-over effects* im nachgelagerten Zeitschriftensegment festgestellt werden, weil hierfür die wirtschaftlichen Anreize im Rahmen einer vertikal integrierten Drucktätigkeit nicht ausreichten.¹⁷⁵³

Was blieb, war allein die Erkenntnis, dass für das Vorliegen einer vertikalen Kooperation i.S.v. Art. 81 EG (und damit auch i.S.d. §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F.) die Wertschöpfungskette maßgeblich ist.¹⁷⁵⁴

Ohne pressenspezifische Bedeutung blieb daher nicht nur Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO, dessen Beurteilungsmerkmale in engem Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 3 EG stehen und die noch nie im Rahmen eines *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens* Anwendung gefunden haben¹⁷⁵⁵, sondern auch die Legalausnahme an sich.¹⁷⁵⁶ Denn ohne das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 EG (s.o.), bedarf es logischerweise auch keiner Prüfung von Art. 81 Abs. 3 EG, weshalb sich eine pressenspezifische

¹⁷⁵⁰ Siehe A.I)4)f) und B.II)1)e).

¹⁷⁵¹ C.II)1).

¹⁷⁵² C.II)1).

¹⁷⁵³ C.II)2)b)aa)(3)(a)(bb).

¹⁷⁵⁴ C.II)2)b)aa)(3)(a)(aa).

¹⁷⁵⁵ C.II)2)b)aa)(3)(b)(cc).

¹⁷⁵⁶ C.II)2)b)aa)(3)(b)(dd).

Rechtsanwendungspraxis im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG nicht entwickelt hat, an der sich die §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. orientieren müssen.

b) Fazit

Weder die zwei einzigen gemeinschaftsrechtlich relevanten Fällen aus dem Bereich der Zeitungspresse („Newspaper Publishing“, „Gruener+Jahr/Financial Times“), noch der Fall „Bertelsmann/Springer“ aus den zeitungspresse-nahen Segmenten Druck und Zeitschriften begründen den Eindruck, wonach die europäische Rechtsprechung bzw. Verwaltungspraxis entscheidende Bedeutung für die deutsche Beurteilung pressenspezifischer Kooperationsvorhaben haben könnte. Dies zunächst vor dem Hintergrund, dass es sich bei besagten Fällen um Zusammenschlussverfahren handelte, für deren Bewertung primär die FKVO maßgeblich war, welche aber mit Blick auf die Anwendungspraxis der deutschen Pressefusionskontrolle, z.B. im Bereich von Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich keine Berücksichtigung findet, es sei denn es handelt sich um pressenspezifische *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen* mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, auf die dann ausschließlich die FKVO Anwendung findet.

Doch auch für die §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. sind vom pressenspezifischen Aspekt her Einflüsse oder Rückschlüsse aus der europäischen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis kaum zu erwarten, denn der Blick auf die Spürbarkeitsschwellen von Art. 81 Abs. 1 EG und den regelmäßig nationalen Charakter pressenspezifischer Kooperationen mit mittelständischer Beteiligung verdeutlichte, warum sich bis dato keine Rechtsanwendungspraxis insbesondere auch bzgl. der Legalausnahme von Art. 81 Abs. 3 EG entwickeln konnte. Selbst die Überprüfung des *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens* im Fall „Bertelsmann/Springer“ ließ nicht vielmehr als die Aussage zu, dass das Druckgeschäft nicht ausreichend wirtschaftliche Anreize bot, um auf dem nachgelagerten Zeitschriftenmarkt eine Verhaltenskoordinierung i.S.v. Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG zu bewirken. Hieraus schon eine allgemeingültige Regel für alle Presseerzeugnisse abzuleiten erscheint aber verfehlt.

Für die Rechtsanwendungspraxis der §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. ergibt sich im Hinblick auf pressenspezifische Sachverhalte daraus, dass zwar die allgemeinen zu Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG entwickelten Auslegungsgrundsätze und Beurteilungsmaßstäbe Berücksichtigung finden müssen (wozu insbesondere auch die GVOen und Freistellungsrichtlinien der Kommission gehören). Dass aber beispielsweise bei der Gesamtwürdigung aller pressenspezifisch relevanten Fallumstände im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung der Vor- und Nachteile auch weiterhin die Erkenntnisse aus der pressenspezifischen Anwendungspraxis zu den §§ 2 ff. GWB (a.F.) weitgehend ihre Gültigkeit behalten, solange die Sachverhalte aus dem Pressebereich nicht nach einer Weiterentwicklung dieser Beurteilungsmaßstäbe verlangen, wofür die Legalausnahme des § 2 Abs. 1 GWB n.F. aber über ausreichend

Flexibilität verfügt. In diesem Zusammenhang sei verwiesen auf die Neubewertung des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“ nach § 2 GWB n.F.¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵⁷ B.II)1.

D. Gesamtergebnis

Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildete die Aufforderung des Vermittlungsausschusses über die Notwendigkeit gesetzlicher Erleichterungen von pressespezifischen Fusionen und Kooperationen nachzudenken.¹⁷⁵⁸

Seit dieser Aufforderung im Sommer 2005 haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen insbesondere auch für Verlagsunternehmen merklich stabilisiert.¹⁷⁵⁹ Die Gesamtbewertung erfolgt daher nicht unter dem Eindruck einer akuten Pressekrise, wie sie damals bestand. Vielmehr besteht die Möglichkeit einer wettbewerbsrechtlichen und pressepolitischen Beurteilung der kooperationsrechtlichen Regelungen im Wandel der Zeit mit den dazugehörigen konjunkturellen Schwankungen und strukturellen Veränderungen.

Vor diesem Hintergrund erwies sich die teils massive Kritik an den kartellrechtlichen Regelungen des GWB in seiner Sechsten Fassung während der Konjunkturkrise und des sichtbar werdenden Strukturwandels auf den Pressemärkten in geäußertem Umfang als unbegründet, wie zunächst die umfassende praxisorientierte Überprüfung der einschlägigen kooperationsrechtlichen Regelungen zeigte.

D) Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressespezifischer Kooperationen nach alter Rechtslage

Zunächst wurde deutlich, dass pressespezifische Kooperationen im Verhältnis zu anderen Wirtschaftszweigen insgesamt nur sehr selten überhaupt Gegenstand kartellrechtlicher Entscheidungen waren und wenn, dann i.d.R. zugelassen wurden.

Gesetzestechisch beschränkte es sich dabei auf Spezialisierungs-, Mittelstands- und Rationalisierungsvereinbarungen nach Maßgabe der §§ 3, 4 Abs. 1 und 5 GWB a.F., deren qualifizierte Tatbestände sich bei ihrer Überprüfung anhand von einschlägigen Fallbeispielen als zuverlässig und praxistauglich im Hinblick auf pressespezifische Sachverhalte erwiesen. Denn trotz ihrer gemeinhin als verhältnismäßig streng und wenig flexibel eingestuften Tatbestände, boten sie aufgrund ihrer ausreichenden Interpretationsfähigkeit und v.a. durch die Verhältnismäßigkeitsabwägung von Kooperationserfolg und Wettbewerbsbeschränkung genügend Möglichkeiten, um dem Bedürfnis der Presseunternehmen nach Zusammenarbeit zum Zwecke der Rationalisierung von Geschäftsabläufen und dem Ziel der Leistungssteigerung gerecht zu werden. Insbesondere der abschließende Charakter der Normen hatte für die Unternehmen den Vorteil der Einschätzbarkeit hinsichtlich der Freistellungsfähigkeit ihrer Vorhaben, so dass im Zuge der langjährigen Anwendungspraxis eine nicht zu unterschätzende Rechtssicherheit entstand. Die kartellrechtliche Effektivität des klaren Regel-Ausnahme-Systems zeigte sich aber v.a. anhand der Tatsache, dass die freigestellten Kooperationen keine negative Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zur Folge hatten, sondern vielmehr zur Sicherung des bestehenden oder sogar zur Belebung eines solchen führten und damit gleichzeitig einen erheblichen Beitrag zum Erhalt der

¹⁷⁵⁸ A.II)

¹⁷⁵⁹ Vgl. Pasquay, „Zur Lage der Zeitungen in Deutschland 2007“; veröffentlicht unter: http://www.bdzv.de/markttrends_und_daten.html (Stand: 28.1.2010).

Publizitätsvielfalt beitragen. Dies beweisen die aktuellen Wettbewerbssituationen auf den betroffenen Märkten.

Ein gespaltenes Bild ergab sich in diesem Zusammenhang für § 7 GWB (a.F.) als viertem pressenspezifisch relevantem Ausnahmetatbestand.

Dessen Sinn und Zweck als eine Art Auffangtatbestand bestand darin, sowohl den Kartellbehörden als auch den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, flexibel auf die in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlichen und sich rasch verändernden Sachverhaltskonstellationen angemessen zu reagieren, weshalb diese Art von Freistellungsnorm für den sich strukturell wandelnden und konjunkturell schwächelnden Pressebereich prinzipiell besonders geeignet erschien. Denn der Verzicht auf eine bestimmte Kartellform erlaubte theoretisch weitreichende Handlungsspielräume bei Art und Umfang pressenspezifischer Kooperationen.

Tatsächlich erlangte § 7 GWB (a.F.) im Pressebereich mit dem Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ einmalige Bedeutung und ermöglichte speziell in diesem Segment als Vorstufe zur Generalklausel einen Ausblick auf Chancen und Risiken einer unbestimmten Legalausnahme, wie sie mit § 2 GWB n.F. im Rahmen der Siebten GWB-Novelle schließlich Einzug erhielt.

Hierbei ließ sich feststellen, dass der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsspielraum von § 7 GWB (a.F.) für pressenspezifische zwischenbetriebliche Zusammenarbeit gegenüber den §§ 2 ff. GWB (a.F.) zwar verhältnismäßig groß war und im Hinblick auf neuartige und sich verändernde Situationen und Sachverhaltskonstellationen damit grundsätzlich die hierfür notwendige Anpassungsfähigkeit aufwies. Gleichzeitig war aber auch festzustellen, dass die unterschiedlichen Wertungsmöglichkeiten immer auch die Gefahr langandauernder Verfahren über mehrerer Instanzen barg, womit die vermeintlich bessere Reaktionsfähigkeit wieder eingebüßt wurde und was Rechts- bzw. Planungsunsicherheit für die Verlage bedeutete. Mit Blick auf den subsidiären Charakter von § 7 GWB (a.F.) wog dies weniger schwer, berücksichtigt man, dass es sich „nur“ um eine Ergänzungsklausel zu den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 ff. GWB (a.F.) handelte, die im Vorfeld ja bereits eine großes Maß an Rechtsicherheit begründeten.

Für § 2 GWB n.F. ließ sich dem entnehmen, dass einzelfallorientierte Flexibilität mit einer ausschließlichen Legalausnahme grundsätzlich möglich, Rechtssicherheit ohne vorgeschaltete qualifizierte Ausnahmetatbestände aber fraglich erschien.

II) Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressenspezifischer Kooperationen nach neuer Rechtslage

Insbesondere die erneute Beurteilung des Falles „Stellenmarkt für Deutschland“, diesmal am Maßstab von § 2 Abs. 1 GWB n.F., kam zu einem bemerkenswerten Ergebnis.

Sie bestätigte nicht nur die Prognose der einzelfallorientierten Flexibilität einer Generalklausel aufgrund der großen Beurteilungsspielräume wegen fehlender Qualifikation, auslegungsfähiger Begriffe und einer anpassungsfähigen Verhältnismäßigkeitsprüfung,

sondern widerlegte zudem die Vermutung, eine derartige Legalausnahme hätte notwendigerweise Rechtsunsicherheit zur Folge. Anders als noch bei § 7 GWB (a.F.), der sich zwar schon an der europäischen Generalklausel orientierte, bewirkte der Systemwechsel die vollständigen Angleichung des neuen § 2 Abs. 1 GWB n.F. an Art. 81 Abs. 3 EG, womit jetzt Auslegungsgrundsätze, wie Freistellungsrichtlinien und konkretisierende Freistellungsvoraussetzungen im Rahmen von GVOen für die Beurteilung zugrunde zu legen sind, so dass deren Vorgaben dem § 2 Abs. 1 GWB n.F. einen nach wettbewerblichen Kriterien deutlich konturierteren Rahmen verleihen als noch bei der Vorgängernorm der Fall.

So hätte es im Fall „Stellenmarkt für Deutschland“ gemäß § 2 Abs. 1 GWB n.F. nach Maßgabe der Kommission beispielsweise bei allen drei Instanzen an einer ausreichend detaillierten Entscheidungsbegründung gefehlt. Zudem wäre eine Freistellung des Vorhabens unter Zugrundelegung eines so unbestimmten Begriffes, wie dem des „pressespezifischen Marktmechanismus“ bei Berücksichtigung der europäischen Freistellungsrichtlinien nicht mehr von § 2 Abs. 1 GWB n.F. gedeckt gewesen. Die Anforderungen an die neue Legalausnahme hätten nach neuer Rechtslage insoweit für eine weitgehende Übereinstimmung in der Beurteilung des Falles gesorgt und in allen drei Instanzen wohl zu einer Freistellungsversagung geführt, was deutlich macht, dass der Beurteilung nach § 2 Abs. 1 GWB n.F. ein verhältnismäßig klar konturierter Bewertungsrahmen zugrunde liegt, in dessen Folge ein erhöhtes Rechtsschutzniveau für die Verlage besteht. Denn durch die begrenzten Interpretationsmöglichkeiten der Norm, die konkreten GVOen und eine einheitliche Rechtspraxis, wird die im Rahmen einer Legalausnahme notwendige Selbsteinschätzung vereinfacht, womit eine entsprechende Planungssicherheit für die Verlage einhergeht, die ähnlich der bei den qualifizierten Ausnahmetatbeständen einzustufen ist.

Während hohe Rechtssicherheit oftmals mit mangelnder Anpassungsfähigkeit bzw. Flexibilität gleichgesetzt wird, ist dies in Bezug auf § 2 Abs. 1 GWB n.F. und pressenspezifische Kooperationen aber zu verneinen.

So beweist die Generalklausel insbesondere im Umgang mit neuen (pressespezifischen) Kooperationsformen die erwünschte Anpassungsfähigkeit. V.a. mit Blick auf das Medium Internet als Paradebeispiel unterschiedlicher und sich rasch verändernder Sachverhaltskonstellationen erfüllt der qualifikationslose Tatbestand die notwendigen Voraussetzungen, um diesbezüglich angemessen kartellrechtlich reagieren zu können. So lässt es sich bei der derzeitigen Dynamik des Internets nicht leicht prognostizieren, ob sich z.B. ein bestimmter Marktplatz durchsetzen oder gar marktbeherrschend wird und deshalb Gefahren einer Marktabschottung bestehen, weshalb für eine derartige Bewertung die großen Beurteilungsspielräume des § 2 Abs. 1 GWB n.F. das beste Instrument bieten, um die notwendige einzelfallorientierte Entscheidung zu ermöglichen. Diese Spielräume werden in § 2 Abs. 1 GWB n.F. insbesondere durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung, aber auch durch die grundsätzliche Auslegungsfähigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale gewährleistet ohne dabei uferlos zu sein.

Im Zusammenhang mit dem Internet ist außerdem zu berücksichtigen, dass dieses nicht nur eine direkte horizontale, sondern auch die vertikale Vernetzung von Verlagsunternehmen und Geschäftsabläufen ermöglicht, weshalb neue Vertriebs- und Beschaffungswege eröffnet und die traditionellen Handelswege und -stufen teilweise obsolet werden. Doch auch diese Fälle können von § 2 Abs. 1 GWB n.F. nun erfasst werden, da dessen Anwendungsbereich sich nicht nur auf horizontale, sondern auch auf vertikale Kooperationen erstreckt, so dass auch in diesen Fällen die notwendige Flexibilität für eine kartellrechtliche Überprüfung gegeben ist.

Durch die konsequente Angleichung von § 2 Abs. 1 GWB n.F. an Art. 81 Abs. 3 EG hat mit Blick auf § 7 GWB (a.F.) somit eine Weiterentwicklung stattgefunden, in Folge derer die bereits mit § 7 GWB (a.F.) angestrebten Ziele erreicht wurden ohne hierbei dessen Schwächen zu übernehmen.

Umgekehrt erschien es fraglich, ob mit § 3 Abs. 1 GWB n.F. an die bisherige kooperationsrechtliche Erfolgsstory von § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) angeknüpft werden könnte, wonach der speziell für kleine und mittlere Unternehmen konzipierte Ausnahmetatbestand vielfach eine vereinfachte zwischenbetriebliche Zusammenarbeit ermöglicht hatte, um so durch Leistungssteigerung strukturelle Nachteile gegenüber großen Unternehmen ausgleichen zu können. Denn als konkretisierter Ausnahmetatbestand stellt § 3 Abs. 1 GWB n.F. grundsätzlich einen Fremdkörper im System der Legalausnahme dar, was Einschränkungen im Anwendungsbereich der Norm erwarten ließ, so dass eine Funktionalität entsprechend der von § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) zunächst als eher unwahrscheinlich einzustufen war.

Tatsächlich ist der Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 GWB n.F. aufgrund des Vorrangs des europäischen Kartellrechts auf nationale und horizontale Vereinbarungen beschränkt. Aber gerade bzgl. mittelständischer Verlagsunternehmen, deren Tätigkeitsschwerpunkte vorwiegend im lokalen bis überregionalen Bereich einzuordnen sind, bedeutet diese geographische Begrenzung keine wirkliche Einschränkung des Anwendungsbereichs. Denn dieser entspricht auch aufgrund der horizontalen Begrenzung letztlich nur dem von § 4 Abs. 1 GWB (a.F.), dessen Tatbestand seiner Zeit verhältnismäßig große Handlungsspielräume für kleinere bzw. mittlere Verlage beinhaltete, da die Ungebundenheit an eine spezielle Art der Rationalisierungsmaßnahme (wie z.B. der Spezialisierung) umfassende und weitreichende Abreden hinsichtlich einer zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit ermöglichte, die von den Verlagsunternehmen vielfach genutzt wurden. So konnten gemäß § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) Vereinbarungen im drucktechnischen Bereich und im Vertrieb bis hin zu Abreden über eine gemeinsame Redaktionsarbeit getroffen werden, die im Ergebnis nachhaltig zu Leistungssteigerungen der Beteiligten führten, dabei aber die Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten nicht wesentlich beeinträchtigten und gleichzeitig zum Erhalt der Publizitätsvielfalt beitrugen, wie v.a. die aktuellen Wettbewerbssituationen zeigen.

Die erneute Bewertung dieser Fälle ergab, diesmal nach § 3 Abs. 1 GWB n.F., dass die Handlungsspielräume von § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) mit der Nachfolgenorm nicht verloren gehen, denn gerade der Vorrang des Gemeinschaftsrechts mit der *Zwischenstaatlichkeitsklausel* als Trennlinie begründet für die Tatbestandsmerkmale der

Norm eine eigenständige, nicht an Art. 81 Abs. 3 EG (§ 2 Abs. 1 GWB n.F.) gebundene, sondern vielmehr an § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) orientierte Auslegungsfähigkeit.

Wie wichtig eine vom Gemeinschaftsrecht losgelöste und dem § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) entsprechende Interpretation der Freistellungsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 GWB n.F. ist, zeigte sich insbesondere am Tatbestandsmerkmal „kleine oder mittlere Unternehmen“. Während in Entsprechung zur Vorgängernorm damit die relative Größe der beteiligten Unternehmen gemeint ist, d.h. ihre Größe im Verhältnis zu den restlichen Wettbewerbern, orientiert sich das europäische Kartellrecht an absoluten Zahlen. Eine solch schematische Betrachtung der Größe würde aber speziell im Pressebereich regelmäßig zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Denn ohne die Berücksichtigung der jeweiligen Marktstrukturen losgelöst von Umsatz- und Mitarbeiterzahlen der beteiligten Verlage, wären Freistellungen notwendiger Kooperationen zur Leistungssteigerung und zum Ausgleich struktureller Nachteile gegenüber beispielsweise übermächtigen Verlagskonzernen von vornherein ausgeschlossen, da bei absoluter Betrachtungsweise i.S.d. Gemeinschaftsrechts dann viele deutsche Verlage bereits dem Kriterium „klein“ oder „mittel“ nicht mehr entsprechen würden.

Die Tatsache, dass auch im Übrigen die Freistellungsvoraussetzungen von § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) fast vollständig übernommen wurden, begründet zudem, dass bei Sachverhaltsbewertungen nach § 3 Abs. 1 GWB n.F. die zur Vorgängernorm ergangene langjährige Verwaltungspraxis und Rechtsprechung maßgeblich zu berücksichtigen ist, weshalb mit § 3 Abs. 1 GWB n.F. eine Norm in das System der Legalausnahme aufgenommen wurde, deren pressespezifische Praktikabilität sich bereits im Vorfeld hinreichend bewiesen hat und die auch in Zukunft geeignet sein wird, speziell den „mittelständischen“ Bedürfnissen der Verlagsunternehmen in entsprechender Weise gerecht zu werden und somit den allgemeinen Kooperationsspielraum nochmals vergrößert.

Selbst der aus dem Systemwechsel resultierende Abbau verfahrensmäßiger Hindernisse und die Pflicht der beteiligten Unternehmen zur Selbsteinschätzung, die zunächst ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit befürchten ließen, wird durch den Anspruch der Unternehmen auf einen Nichtigkeitsbescheid i.S.v. § 32c GWB n.F. abgedeckt ebenso wie die Tatsache, dass durch die jahrzehntelange Anwendungspraxis zu § 4 Abs. 1 GWB (a.F.) eine Beurteilungsgrundlage besteht, die eine relativ sichere Einschätzung der Freistellungsaussichten eines Vorhabens zulässt.

Es lässt sich daher insgesamt sagen, dass die anfangs befürchtete Absenkung des Rechtsschutzniveaus mit dem Systemwechsel zur Legalausnahme ausblieb. Demgegenüber bewahrheitete sich aber in weiten Teilen, dass eine Generalklausel i.S.v. § 2 GWB n.F. ein geeignetes kartellrechtliches Instrument darstellt, um Verlagen und ihren Zeitungen größtmöglichen wirtschaftlichen Handlungsspielraum zu ermöglichen, ohne hierbei die wettbewerbsrechtliche Kontrolle aus der Hand zu geben und die Publizitätsvielfalt zu gefährden, womit sich im Grunde sämtliche Zielvorstellungen erfüllen, die mit diversen

sonderrechtlichen pressespezifischen Änderungsvorschlägen während des letzten Gesetzgebungsverfahrens verfolgt wurden.

So sollte insbesondere der pressespezifische Ausnahmetatbestand des § 31 GWB-RegE den Zeitungsverlagen mehr und vereinfachte kooperationsrechtliche Möglichkeiten eröffnen ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern, um so die ökonomische Grundlage der vorhandenen Pressevielfalt zu sichern.

Mit § 2 und § 3 GWB n.F. bestehen aber Regelungen, die entsprechend diesen Zielvorstellungen mit Hilfe ihres qualifikationslosen bzw. speziell mittelständischen Tatbestandes nahezu jede Art von verlagsspezifischer Zusammenarbeit zur Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge legitimieren können und somit hinreichend wirtschaftliche Perspektiven für die Verlage zur Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit schaffen, was grundsätzlich auch die Chance auf den Erhalt der Selbständigkeit im redaktionellen Bereich vergrößert, denn die Notwendigkeit eines Zusammenschlusses bleibt hiermit vermeidbar.

Die innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung mögliche Berücksichtigung von Interessen des Gemeinwohls macht § 2 Abs. 1 GWB n.F. zu einer reaktionsfähigen Generalklausel selbst für temporäre bereichsspezifische Wirtschaftssituationen, wie beispielsweise einer Pressekrise, mit der sich in Ausnahmefällen auch Kooperationen rechtfertigen lassen, die bei rein wettbewerbsrechtlicher Betrachtung und unter normalen Bedingungen nicht generell freistellungsfähig wären. Diesen Möglichkeiten sind dann aber dennoch klare wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt.

Sektorale Regelungsüberlegungen, wie die eines § 31 GWB-RegE zur Überwindung von konjunkturellen Schwächeperioden oder aber struktureller Veränderungen im Bereich der Presse, werden somit überflüssig.

Zwar sollte der § 31 GWB-RegE noch über den rein kooperationsrechtlichen Bereich hinaus auch für fusionsrechtlich relevante Gemeinschaftsunternehmen mit dem Zweck pressespezifischer Zusammenarbeit gelten, womit diese dann von der Pressefusionskontrolle insgesamt freigestellt gewesen wären. Doch gerade diesbezüglich erwiesen sich die beibehaltenen Regelungen der Pressefusionskontrolle als zuverlässiges, aber auch reaktionsfähiges Kontrollinstrument im Hinblick auf sich rasch verändernde Sachverhaltskonstellationen und Entwicklungen.

So gewährleistet das *Bedarfsmarktkonzept* nicht nur für die herkömmlichen Pressemärkte (Anzeigen- und Lesermärkte etc.), sondern auch hinsichtlich der Marktabgrenzung im Internet die erforderlichen Bewertungsgrundlagen zur Feststellung der Marktstellungen aller Beteiligten. In Kombination mit der darauf aufbauenden wechselseitigen Gesamtbetrachtungsweise von Strukturmerkmalen einerseits und Verhaltensmerkmalen andererseits im Zusammenspiel mit der einzelfallorientierten *Abwägungsklausel* ermöglicht dies (wettbewerbsrechtlich wie pressepolitisch) sachgerechte Ergebnisse, ohne dabei die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Verlage unzumutbar zu beschränken. Vielmehr stellt sich die Kooperationsform „Gemeinschaftsunternehmen“ kartellrechtlich wie pressepolitisch

für die Verlage als aussichtsreiche Option der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit zur Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dar, weil erhebliche wirtschaftliche Vorteile erlangt werden können ohne hierbei die Schmälerung der Publizitätsvielfalt zu gefährden. Denn diese wird im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig schon deshalb gewährleistet, weil die Mutterverlage i.d.R. auch weiterhin wirtschaftlich selbständig und die beteiligten Zeitungen redaktionell unabhängig bleiben.

Reformansätze, wie die eines „Redaktionsmodells“ oder einer „*Altverlegerklausel*“ im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB, damit Kooperationsvorhaben trotz Marktbeherrschung freigestellt werden können, um mehr Handlungsspielraum für die Verlage zu schaffen, erscheinen im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen deshalb überflüssig und sollten nicht weiterverfolgt werden.

Dies muss auch für die Idee einer Anhebung der pressespezifischen Aufgreifkriterien im Rahmen der Pressefusionskontrolle bei § 38 Abs. 3 GWB gelten. Denn hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen führt eine solche Anhebung nicht notwendigerweise auch zu den damit beabsichtigten größeren Handlungsspielräumen für die Verlage, da in den meisten Fällen von § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 S. 3 GWB die dort zu beachtende Addition der Gesamtumsätze eines jeden Beteiligten dazu führen würde, dass selbst die erhöhten Aufgreifwerte regelmäßig erreicht werden würden und deshalb kontrollfreie Handlungsspielräume gar nicht entstünden.

Das Zusammenspiel der aktuellen kooperationsrechtlichen Regelungen im Bereich der Presse stellt sich im Gesamtbild damit als durchaus praxistaugliches und kartellrechtlich umfassendes Instrument mit hinreichendem Rechtsschutzniveau dar, was sich gerade auch im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen in der Möglichkeit der *Doppelkontrolle* widerspiegelt, weshalb sich auf nationaler Ebene auch nach dem Systemwechsel nahezu keine kartellrechtsfreien Räume ergeben.

Nur in Fällen von Gemeinschaftsunternehmen mit zwischenstaatlicher Bedeutung ist aufgrund der Angleichung an das europäische Kartellrecht im Rahmen von § 22 GWB n.F. der z.T. bestehende Anwendungsvorrang des Art. 81 EG und der FKVO zu beachten.

III) Schlussbetrachtung der Zulässigkeit pressespezifischer Kooperationen nach europäischer Rechtslage

Wie die praxisorientierte Überprüfung jedoch, ist die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts an sich und seine Auswirkungen auf das nationale Kooperationsrecht ausschließlich im Zusammenhang mit pressespezifischen Sachverhalten insgesamt eher niedrig einzustufen.

Zwar ließ sich eine Vielzahl an Kooperationen von deutschen Verlagsunternehmen mit Verlagsunternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten der EU feststellen, so dass grundsätzlich von einem „Gemeinsamen Markt“ für Presseerzeugnisse auszugehen ist.

Während es sich hierbei in der Mehrzahl aber um die Zusammenarbeit in den Bereichen der Zeitschriftenpresse, der Onlineportale oder des allgemeinen Produktionsverfahrens (z.B. Druck) handelte, wies das Segment der Zeitungspresse mit den Fällen „Newspaper

Publishing“ und „Gruner+Jahr/Financial Times“ überhaupt nur zwei kartell- bzw. fusionsrechtlich relevante Fälle auf.

Hierbei wurde deutlich, dass das kooperationsrechtliche Mittel des *Joint Venture* den Regelfall bildet, also die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, so dass im Falle des Vorliegens eines sog. *Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens* dann tatsächlich immer der absolute Vorrang des europäischen Rechts besteht und deutsche Regelungen partout keine Anwendung finden (vgl. Art. 21 Abs. 1 Hs. 1 FKVO i.V.m. Art. 3 Abs. 4 FKVO).

Im Gegensatz zum deutschen Kartellrecht mit seiner Pressefusionskontrolle sieht Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO aber gerade keine pressespezifischen Modifizierungen im Hinblick auf das Vorliegen gemeinschaftsrechtlich relevanter Umsätze vor, weshalb daher letztlich nur große Verlagskonzerne mit entsprechenden Umsatzzahlen hievon erfasst werden, so dass sich für kleine bzw. mittlere Verlagsunternehmen und ihre Gemeinschaftsunternehmen auch in Zukunft ein Vorrang des europäischen Rechts letztlich selten ergeben wird.

Ganz ähnlich verhält es sich auch hinsichtlich der pressespezifischen Relevanz von Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 EG im Hinblick auf die konkrete Anwendung der §§ 1 und 2 Abs. 1 GWB n.F.

Denn ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG setzt immer voraus, dass überhaupt die *de-minimis-* oder *Bagatellgrenze* mit dem Kooperationsvorhaben überschritten wird, d.h. eine Spürbarkeit gegeben ist. Die ungeschriebene Tatbestandsrestriktion der Spürbarkeit ist aber sowohl für die Wettbewerbsbeschränkung als auch für die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten (*Zwischenstaatlichkeitsklausel*) maßgeblich, so dass die geographisch i.d.R. national relevanten Zeitungsmärkte und die häufig mittelständischen Verlagsunternehmen regelmäßig keine ausreichende Spürbarkeit gemessen an den quantitativen und qualitativen Kriterien der Bagatellbekanntmachung der Kommission zur Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie den Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels herbeiführen.

Gemeinschaftsrechtlich relevante Pressekooperationen nach Art. 81 Abs. 1 EG waren bis zum jetzigen Zeitpunkt daher soweit auch nicht ersichtlich.

Selbst im Tiefdruckfall „Bertelsmann/Springer“ ermöglichte Art. 2 Abs. 4 FKVO zwar die Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens anhand von Art. 81 Abs. 1 EG unter Berücksichtigung der speziellen Anforderungen von Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO, doch auch hier konnten weder bezweckte noch bewirkte *spill-over effects* im nachgelagerten Zeitschriftensegment festgestellt werden, weil hierfür die wirtschaftlichen Anreize im Rahmen einer vertikal integrierten Drucktätigkeit nicht ausreichten.

Was blieb, war allein die Erkenntnis, dass für das Vorliegen einer vertikalen Kooperation i.S.v. Art. 81 EG (und damit auch i.S.d. §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F.) grundsätzlich die Wertschöpfungskette maßgeblich ist.

Ohne pressespezifische Bedeutung blieb daher auch die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG an sich. Denn ohne das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 1 EG

bedarf es logischerweise auch keiner Prüfung von Art. 81 Abs. 3 EG, weshalb sich eine pressenspezifische Rechtsanwendungspraxis im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG bis heute nicht entwickelt hat, an der sich die §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. orientieren müssten.

Für die Rechtsanwendungspraxis der §§ 1, 2 Abs. 1 GWB n.F. ergibt sich im Hinblick auf pressenspezifische Sachverhalte daraus, dass zwar die allgemeinen zu Art. 81 Abs. 1, Abs. 3 EG entwickelten Auslegungsgrundsätze und Beurteilungsmaßstäbe Berücksichtigung finden müssen. Dass aber beispielsweise bei der Gesamtwürdigung aller pressenspezifisch relevanten Fallumstände im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung der Vor- und Nachteile auch weiterhin die Erkenntnisse aus der bewährten pressenspezifischen Anwendungspraxis zu den §§ 2 ff. GWB a.F. weitgehend ihre Gültigkeit behalten, solange die Sachverhalte aus dem Pressebereich nicht nach einer Weiterentwicklung dieser Beurteilungsmaßstäbe verlangen, wofür die Legalausnahme des § 2 Abs. 1 GWB n.F. dann aber über ausreichend Flexibilität verfügt.

IV) Ausblick

Aufklärung, Wahrheitsfindung und Schutz der Meinungsvielfalt werden auch in Zukunft höheres unternehmerisches Ziel eines jeden Zeitungsverlages sein.

Dennoch bleiben die Verlage hierbei Wirtschaftsunternehmen, die natürlich mit dem Ziel der Gewinnmaximierung arbeiten, so dass auch weiterhin wirtschaftlich nachteilige Situationen auf den Pressemärkten -gleich welchen Ursprungs- eine Verstärkung des Spannungsverhältnisses zwischen gesellschaftspolitischem Anspruch und wirtschaftlichem Streben zur Folge haben werden, in deren Konsequenz die Verlage verständlicherweise versuchen werden, kostensenkende Größen- und Verbundvorteile mit Hilfe von Kooperationen und Fusionen zu erzielen, um diese Entwicklungen zu kompensieren.

Die Eigenschaft eines funktionierenden Kartellrechts muss es daher sein sowohl den dauernden als auch den temporären Gegebenheiten ein geeignetes Instrumentarium zu bieten, um einerseits den Unternehmen die notwendige wirtschaftliche Handlungsfreiheit zu gewähren und andererseits den hiermit z.T. verstärkt einsetzenden Konzentrationsprozessen für Wettbewerb und Publizitätsvielfalt Einhalt zu gebieten.

Dies insbesondere dort, wo Zeitungsverlage fusionieren und der Verlust publizistischer Vielfalt regelmäßig nicht auszuschließen ist, weil sich danach die Zeitungen in der Hand ein und desselben Verlegers befinden.

Mit der Pressefusionskontrolle besteht aber ein wettbewerbsrechtliches Instrument, das sich hinsichtlich dieser Problematik vielfach bewährt hat und diesbezüglich auch in Zukunft eine verlässliche Kontrollinstanz bietet, was sich im Rahmen dieser Arbeit speziell in den Fällen von Gemeinschaftsunternehmen gezeigt hat.

Die Untersuchung ergab aber v.a., dass nicht nur Gemeinschaftsunternehmen als eine Form der Kooperation, sondern auch die übrigen Varianten zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit den Verlagsunternehmen die Möglichkeit geben, die vielfach notwendigen wirtschaftlichen

Synergieeffekte herbeizuführen, ohne dass diese ihre wirtschaftliche Selbständigkeit sowie redaktionelle Unabhängigkeit verlieren.

Im Sinne des Wettbewerbs und der Publizitätsvielfalt sind mit Kooperationen gegenüber Zusammenschlüssen damit deutlich weniger Nachteile verbunden, weshalb für einen nachhaltigen Schutz, unternehmerische Handlungsfreiheit und aufgrund der Vielfalt zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit hohe Ansprüche an die Praktikabilität der kooperationsrechtlichen Regelungen im GWB zu stellen sind.

Diesen Ansprüchen wurde mit der Streichung der qualifizierten Ausnahmetatbestände und der Einführung der Generalklausel des § 2 GWB n.F. in Kombination mit den §§ 3, 35 ff. GWB n.F. sowie dem Systemwechsel zur Legalausnahme hinlänglich Rechnung getragen, während weiterführende sonderrechtliche Kooperationsregelungen für den Bereich der Presse gerade nicht zielführend wären und deshalb jetzt und auch in Zukunft abzulehnen sind.

Literaturverzeichnis

- Ablasser, Astrid** **Medienmarkt und Fusionskontrolle**, München 1998
- Ackermann, Günther M.** **Gemeinschaftsunternehmen und Wettbewerb**, Berlin 1978
- Alfter, Mette** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 1, 2003, „**Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle**“, S. 20-28
- Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit** **Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** vom 9. März 2005, Bundestag-Drucksache 15/5049
- Ausschuss für Wirtschaft** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 8, 1973, **Bericht des Ausschusses für Wirtschaft**, S. 581-597
- Bach, Albrecht** in: **Zeitschrift für Wettbewerb**, Heft 2, 2003, „**Gemeinschaftsunternehmen nach dem `Ost-Fleisch`-Beschluss des BGH**“, S. 187-199
- Ders.** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 10, 1993, „**Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht**“, S. 805-817
- Baron, Michael** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 4, 2006, „**Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme – ein Scheinproblem**“, S. 358-365
- Basedow, Jürgen** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 1, 2005, **Kommentar: „Das Pressekartellrecht- eine lässliche Sünde? Aber nur auf Zeit!“**, S. 3

- Baumbach, Adolf;**
Hefermehl, Wolfgang **Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht**, 8. Auflage,
München und Berlin 1960
- Bechtold, Rainer;**
Bosch, Wolfgang;
Brinker, Ingo;
Hirsbrunner, Simon **EG-Kartellrecht**, Kommentar, 2. Auflage,
München 2009
- Bechtold, Rainer** **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**,
Kommentar, 5. Auflage, München 2008
- Ders.** **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**,
Kommentar, 3. Auflage, München 2002
- Ders.** in: **Der Betrieb**, Heft 5, 2004, „**Grundlegende Umge-**
gestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf
der 7. GWB-Novelle“, S. 235-241
- Ders.** in: **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 38, 1998,
„**Das neue Kartellgesetz**“, S. 2769-2774
- Ders.** **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**,
Kommentar, München 1993
- Ders.** in: **Betriebs-Berater**, Heft 6, 1990, „**Die Änderungen**
der Fusionskontrolle durch die 5. GWB-Novelle“,
S. 357-363
- Ders.** in: **Archiv für Presserecht**, Heft 1, 1981, „**Wett-**
bewerbs-, kartell-, und fusionskontrollrechtliche
Probleme bei der Zusammenarbeit von Tages-
zeitungen und Anzeigenblättern“, S. 260-264
- Ders.** in: **Betriebs-Berater**, Heft 7, 1980, „**Zur Fusions-**
kontrolle über Gemeinschaftsunternehmen“, S. 344-
347
- Ders.** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 7 und 8, 1977,
„**Die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Zusammen-**
schlüsse des § 23 Abs. 2 Nr. 1-4 GWB (mit Ausnahme
der Gemeinschaftsunternehmen)“, S. 460-469

- Beck, Hanno** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 5, 1999, „**Die wettbewerbspolitische Relevanz des Internet**“, S. 460-467
- Benckiser, Nikolas (Hrsg.)** **Tageszeitungen in Deutschland, 56 Porträts von Deutschen Tageszeitungen**, dargeboten durch die Frankfurter Allgemeine Zeitung, Frankfurt am Main 1968
- Benisch, Werner** in: **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, Heft 3, 1977, **Anmerkung um BGH-Urteil „Vitamin-B-12“**, S. 173-74
- Ders.** **Kooperationsfibel**, 4. Auflage, Bergisch Gladbach 1973
- Ders.** in: **Der Betrieb**, Heft 48, 1969, „**Die Spezialisierungskooperation in Kartellrecht und Praxis**“, S. 2059-2066
- Böge, Ulf** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 2, 2004, „**Reform der Europäischen Fusionskontrolle**“, S. 138-148
- Ders.** in: **Multimedia und Recht**, Heft 2, 2004, „**Reform der Pressefusionskontrolle: Forderungen, Vorschläge, Konsequenzen**“, S. 227-231
- Böhnke, Rolf** **Diversifizierte Unternehmen**, Berlin 1976
- Boll, Bernhard (Hrsg.); Schulze, Volker (Hrsg.); Süßmuth, Hans (Hrsg.)** **Zeitungsland Nordrhein-Westfalen**, Bonn 1993
- Bornkamm, Joachim; Becker, Mirko** in: **Zeitschrift für Wettbewerbsrecht**, Heft 3, 2005, „**Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts**“, S. 213-236
- Bundeskartellamt** **Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**, Bundestag-Drucksache 3/2734
-Tätigkeitsbericht 1972, Bundestag-Drucksache 7/986

- Tätigkeitsbericht 1974**, Bundestag-Drucksache 7/3791
- Tätigkeitsbericht 1975**, Bundestag-Drucksache 7/5390
- Tätigkeitsbericht 1976**, Bundestag-Drucksache 8/704
- Tätigkeitsbericht 1977**, Bundestag-Drucksache 8/1925
- Tätigkeitsbericht 1978**, Bundestag-Drucksache 8/2980
- Tätigkeitsbericht 1979/1980**, Bundestag-Drucksache 9/565
- **Tätigkeitsbericht 1987/1988**, Bundestag-Drucksache 11/4611
- **Tätigkeitsbericht 1989/1990**, Bundestag-Drucksache 12/847
- **Tätigkeitsbericht 1991/1992**, Bundestag-Drucksache 12/5200
- **Tätigkeitsbericht 1993/1994**, Bundestag-Drucksache 13/1660
- Tätigkeitsbericht 1999/2000**, Bundestag-Drucksache 14/6300
- Tätigkeitsbericht 2001/2002**, Bundestag-Drucksache 15/1226
- Tätigkeitsbericht 2003/2004**, Bundestag-Drucksache 15/5790

Dass.

Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten kleinerer und mittlerer Unternehmen, veröffentlicht unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf (Stand: 28. Januar 2010)

Dass.

Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 9. und 10. Oktober 2000, „Kooperationen zwischen Wettbewerbern- Ist eine Neubewertung erforderlich?“, veröffentlicht unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/AKK_00.pdf (Stand: 28. Januar 2010)

**Bundesministerium für
Wirtschaft und Arbeit**

Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle, in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 4, 2003. S. 379-382

Bundesrat

Anrufung des Vermittlungsausschusses, Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbe-

- werbsbeschränkungen** vom 29. April 2005, Bundesrat-Drucksache 210/05
- Ders.** **Stellungnahme, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** vom 9. Juli 2004, Bundesrat-Drucksache 441/04
- Bundestag** **Gesetzesbeschluss, Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** vom 11. März 2005, Bundesrat-Drucksache 210/05
- Bundesregierung** **Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung** vom 07. Juni 2004, Bundestag-Drucksache 15/3640
- Dies.** **Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung** vom 29. Januar 1998, Bundestag-Drucksache 13/9720
- Dies.** **Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung** vom 30. Mai 1989, Bundestag-Drucksache 11/4610
- Dies.** **Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung** vom 11. Dezember 1974, Bundestag-Drucksache 7/2954
- Dies.** **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung** vom 18. August 1971, Bundestag-Drucksache VI/2520
- Bunte, Hermann-Josef** **Kartellrecht mit neuem Vergaberecht**, München 2003
- Ders.** in: **Der Betrieb**, Heft 35, 1998, „**Die 6. GWB-Novelle-Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**“, S. 1748-1754

- Ders.** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 1, 1994, „**Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle**“, S. 5-21
- Christiansen, Arndt** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 3, 2005, „**Die 'Ökonomisierung' der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?**“, S. 285-293
- Dalheimer, Dorothe;**
Feddersen, Christoph T.;
Miersch, Gerald **EU-Kartellverfahrensverordnung**, Kommentar zur VO 1/2003, München 2005
- Deringer, Arved** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 1, 1958, „**Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**“, S. 3-21
- Deutscher Journalisten-Verband e.V.** **Stellungnahme zum Problem der publizistischen Konzentration in der Bundesrepublik Deutschland** vom 12. November 2003, veröffentlicht unter http://www.djv.de/fileadmin/DJV/schwerpunkte/Medienrecht/Stellungnahme_vom_12._November_2003.pdf (Stand: 28. Januar 2010)
- Ditfurth, von, Hoimer** in: **Der Betrieb**, 1965, „**Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen bei Vereinbarungen zum Zweck der Rationalisierung unter Geltung des GWB**“, Teil I, S. 207-210, Teil II. S. 244-246
- Dittert, Daniel** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 2, 2004, „**Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung**“, S.148-161
- Dülz, Sigurd** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 6, 1958, „**Die Behandlung der Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**“, S. 161-165
- Ebel, Hans-Rudolf** in: **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 36, 1973 „**Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**“, S. 1577-1583

- Eckstein, Wolfram** in: **Der Betriebs-Berater**, Beilage zu Heft 26/1972, „**Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive für ihre Gründung**“, S. 7-13
- Ders.** **Unternehmenswachstum mit Hilfe von Spezialisierungskartellen**, Frankfurt 1971
- Ders.** **Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen**, Köln 1966
- Eilmansberger, Thomas** in: **Juristen Zeitung**, Heft 8, 2001, „**Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs**“, S. 365-374
- Emmerich, Volker** **Kartellrecht**, 11. Auflage, München 2008
- Ders.** **Kartellrecht**, 9. Auflage, München 2001
- Ders.** Anmerkung in: **Lindenmaier-Möhring**, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, § 7 **GWB** Nr.1, 12/2002, Bl. 2250-2251
- Ders.** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 9, 2000, „**Anmerkung zu der ´neuen` Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission**“, S. 858-862
- Ders.** in: **Der GmbH-Konzern**, Köln 1976, „**Die Bedeutung des Kartellrechts für die GmbH-Konzern-Praxis**“ – Diskussionsbeitrag, S. 230-236
- Ders.** **Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten **GWB****, Tübingen 1974
- Feldkamp, Hans-Martin** **Gemeinschaftsunternehmen - als Kartelle verboten? Zu den Grenzen der Anwendbarkeit des § 1 **GWB** neben den §§ 23 ff. **GWB****, Köln 1991
- Fuchs, Andreas** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 11, 2005, „**Die 7. **GWB**-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen**“, S. 1384-1396

- Ders.** in: **Zeitschrift für Wettbewerbsrecht**, Heft 1, 2005, „**Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme**“, S. 1-31
- Gamm, von, Otto-Friedrich Frhr.** **Kartellrecht**, 2. Auflage, München 1990
- Gansweid, Wolfgang** **Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht**, Baden-Baden 1976
- Gassner, Ulrich M.** in: **MultiMedia und Recht**, Heft 3, 2001, „**Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts**“, S. 140-144
- Geerlings, Jörg** in: **Archiv für Presserecht**, Heft 4, 2004, „**Pressefusionskontrolle contra Pressefreiheit?**“, S. 329-332
- Geiger, Andreas** in: **Europäische Zeitschrift für Wettbewerbsrecht**, Heft 6, 2000, „**Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG – eine Reform, besser als ihr Ruf**“, S. 165-169
- Gerwing, Bernd** **Kooperative Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzungsfrage**, München 1994
- Gey, Peter** **Potentieller Wettbewerb und Marktbeherrschung**, Baden-Baden 2004
- Görgemanns, Thomas** **Der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**, Frankfurt am Main 1998
- Grauel, Holger;**
Mack, Wolfgang **Das Mittelstandskartell in der Praxis**, Köln 1979
- Gröning, Jochen** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 2, 2001, „**Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62**“, S. 83-89
- Groß, Rolf** **Presserecht**, 3. Auflage, Heidelberg 1999

- Hossenfelder, Silke;**
Müller, Martina;
Parlasca, Susanne in: **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**, 160. Band, 1996, „**Das Kartellverbot und seine Ausnahmen**“, S. 1-30
- Hootz, Christian** in: **Betriebs-Berater**, Heft 27, 1976, **Anmerkung zum BGH-Urteil „Vitamin-B-12“**, S. 1240
- Huber, Ulrich;**
Börner, Bodo **Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht**, München 1978
- Immenga, Frank A.** in: **Frankfurter Allgemeine Zeitung** v. 19.07.2000, „**Auch für Handelsplattformen im Internet gilt das Kartellrecht**“, S. 27, veröffentlicht unter: <http://fazarchiv.faz>. (Stand: 28. Januar 2010)
- Immenga, Ulrich;**
Mestmäcker, Ernst-Joachim **Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1**, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007
- Dies.** **Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 2**, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007
- Dies.** **Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB**, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007
- Dies.** **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**, Kommentar, 3. Auflage, München 2001
- Immenga, Ulrich** in: **Zeitschrift für Wettbewerbsrecht**, Heft 3, 2004, „**Pressemärkte in der Wettbewerbs- und Medienpolitik**“, S. 329-354
- Ders.** in: **Zeitschrift für Handelsrecht**, 150. Band, 1986, „**Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluss – ein Grundsatzurteil des BGH**“, S. 366-373
- Ders.** in: **Der GmbH-Konzern**, Köln 1976, „**Die Bedeutung des Kartellrechts für die GmbH-Konzernpraxis unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsunternehmen**“, S. 134-153

- Jaeger, Wolfgang** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 11, 2000, „**Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte**“, S. 1062-1074
- Jestaedt, Thomas** in: **Betriebs-Berater**, Heft 12, 2001, „**Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht**“, S. 581-587
- Jungbäck, Manfred** in: **Die Aktiengesellschaft**, Heft 3, 1980, „**Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im deutschen Kartellrecht und im US-Antitrustrecht**“, S. 57-66
- Kahlenberg, Harald;**
Haellmigk, Christian in: **Betriebs-Berater**, Heft 28/29, 2005, „**Neues Deutsches Kartellrecht**“, S. 1509-1516
- Dies.** in: **Betriebs-Berater**, Heft 8, 2004, „**Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle: Tief greifende Änderungen des deutschen Kartellrechts**“, S. 389-397
- Kahlenberg, Harald** in: **Betriebs-Berater**, Heft 31, 1998, „**Novelliertes Deutsches Kartellrecht**“, S. 1593-1599
- Kantzenbach, Erhard;**
Krüger, Reinald in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 6, 1990, „**Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen**“, S. 472-481
- Kapteina, Gerd-Ulrich** **§ 5 b GWB – Mittelstandkooperationen**, Bochum 1980
- Karrte, Wolfgang** in: **Betriebs-Berater**, Heft 26, 1965, „**Die Erleichterungen für Spezialisierungskartelle durch die Kartellgesetznovelle**“, S. 1037-1046
- Kirn, Michael** in: **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 5, 1970, „**Der Stand der Diskussion um die Pressekonzentration**“, S. 102-109
- Kirschstein, Friedrich;**
Segelmann, Frank **Rationalisierungskartelle und Syndikate**, Düsseldorf 1960

- Kleinmann, Werner;**
Bechtold, Rainer **Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage,**
Heidelberg 1989
- Klees, Andreas** **Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, München 2005**
- Kling, Michael;**
Thomas, Stefan **Kartellrecht, München 2007**
- Knoche, Manfred;**
Zerdick, Axel **Vergleich der kartellrechtlichen Regelungen und ihrer Rechtsanwendungen für Fusionen und Kooperationen im Bereich Presse und Pressegroßhandel in Europa und den USA, Abschlußbericht vom 07.08.2002 zum Forschungsauftrag Nr. 49/01 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Berlin**
- Koenig, Christian;**
Kulenkampff, Gabriele;
Kühling, Jürgen;
Loetz, Sascha;
Smit, Hilke **Internetplattformen in der Unternehmenspraxis,**
Heidelberg 2002
- Koenigs, Folkmar** in: **Der Betrieb**, Heft 14, 2003, „**Die VO Nr. 1/ 2003: Wende im EG-Kartellrecht**“, S. 755-759
- Ders.** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 11, 1985, Entscheidungsanmerkung: **Der BGH zum Substitutionswettbewerb**, S. 876-877
- Köhler, Helmut** in: **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, Heft 2, 1987, „**Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot**“, S. 271-284
- Kommission zur Untersuchung der Wettbewerbsgleichheit von Presse, Funk/ Fernsehen und Film** **Bericht der Kommission zur Untersuchung der Wettbewerbsgleichheit von Presse, Funk/Fernsehen und Film** vom 25.9.1967, Bundestag-Drucksache V/2120

- Koppensteiner, Hans Georg** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 9, 1969, „**Wettbewerbskosten und Leistungsverzicht als Grenzen des Rationalisierungsbegriffes?**“, S. 539-546
- Lange, Knut Werner** **Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht**, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2006
- Ders.** **Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht**, Heidelberg 2001
- Langen, Eugen;**
Bunte, Hermann-Josef **Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht**, 10. Auflage, München 2006
- Dies.** **Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht**, 10. Auflage, München 2006
- Dies.** **Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht**, 9. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 2001
- Langen, Eugen;**
Niederleithinger, Ernst;
Ritter, Lennart;
Schmidt, Ulrich **Kommentar zum Kartellgesetz**, 6. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1982
- Langen, Eugen** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 4, 1960, „**Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungs-Kartellen**“, S. 237-250
- Leftwich, Richard H.** **Lehrbuch der mikroökonomischen Theorie**, Stuttgart 1972
- Lettl, Tobias** **Kartellrecht**, 2. Auflage, München 2007
- Loewenheim, Ulrich;**
Meessen, Karl M.;
Riesenkampff, Alexander **Kartellrecht**, Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009
- Löffler, Martin;**
Ricker, Reinhart **Handbuch des Presserechts**, 5. Auflage, München 2005

- Lübbert, Hans-Dieter** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 9, 1977, „**Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis**“, S. 559-569
- Lüder, Tilman** **Konzentration und kooperative Gemeinschaftsunternehmen: Jenseits der Dichotomie**, Tübingen 1997
- Lutz, Helmut** in: **Gewerbe Archiv**, Heft 7, 1997, „**Kartellverbot und Zwischenbetriebliche Kooperationen im deutschen Wettbewerbsrecht**“, S. 265-276
- Lutz, Martin** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 7 und 8, 2005, „**Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle**“, S. 718-732
- Mälzer, Susanne** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 9, 1992, „**Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht**“, S. 705-717
- Mallik, Stephan** **Ist die Zeitung noch zu retten? Das Vielfaltsversprechen der Zeitung auf elektronischem Papier für Zeitungsmarkt und Zeitungsleser**. Diss. phil., Berlin 2004, veröffentlicht unter <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=972219307> (Stand: 28. Januar 2010)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim** **Europäisches Wettbewerbsrecht**, 2. völlig erneuerte Auflage, München 2004
- Schweitzer, Heike**
- Mestmäcker, Ernst-Joachim** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 2, 2004, **Kommentar „Zur Reform der Europäischen Fusionskontrollverordnung“**, S. 135
- Ders.** **Recht und ökonomisches Gesetz**, 2. ergänzte Auflage, Baden-Baden 1984
- Ders.** **Medienkonzentration und Meinungsvielfalt**, Baden-Baden 1978
- Meyer, Kathrin** **Crossmediale Kooperationen von Print- und Online-Redaktionen bei Tageszeitungen in Deutschland**, München 2005

- Meyer-Lucht, Robin** in: **Analysen der Friedrich-Ebert-Stiftung zur Informationsgesellschaft**, Nr. 9/2003, „**Sinkende Auflagen, Einbrüche im Anzeigengeschäft, Konkurrent Internet – Die Krise auf dem deutschen Tageszeitungsmarkt**“, veröffentlicht unter <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01562.pdf> (Stand: 28. Januar 2010)
- Möschel, Wernhard** in: **Juristen Zeitung**, Heft 21, 2004, „**Reform des Pressekartellrechts?**“, S. 1060-1064
- Ders.** in: **Juristen Zeitung**, Heft 11, 1984, „**Fusionskontrolle im Pressebereich**“, S. 493-499
- Ders.** **Recht der Wettbewerbsbeschränkungen**, Köln 1983
- Ders.** in: **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, Heft 2, 1982, „**Zur Pressefusionskontrolle – Besprechung von BGHZ 76, 55, 'Springer/Elbe Wochenblatt'**“, S. 337-348
- Ders.** **Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz**, Tübingen 1978
- Monopolkommission** **42. Sondergutachten von 2004, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle**, veröffentlicht unter (Stand: 30. Januar 2007) http://www.monopolkommission.de/sg_42/text_s42.pdf (Stand: 28. Januar 2010)
- Dies.** **38. Sondergutachten von 2003, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten**, veröffentlicht unter http://www.monopolkommission.de/sg_38/text_s38.pdf (Stand: 28. Januar 2010)
- Dies.** **36. Sondergutachten von 2003, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG**, veröffentlicht unter http://www.monopolkommission.de/sg_36/text_s36.pdf (Stand: 28. Januar 2010)

- Dies.** **X. Hauptgutachten von 1992/1993**, Bundestag-Drucksache 12/8323
- Dies.** **I. Hauptgutachten von 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich**, 2. Auflage, Baden-Baden 1977
- Müller-Henneberg, Hans;**
Schwartz, Gustav;
Hootz, Christian (Hrsg.) **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht**, Gemeinschaftskommentar, **§ 1 GWB Kartellverbot**, 5. Auflage, 1. Lieferung, München 1999
- Müller-Henneberg, Hans;**
Schwartz, Gustav;
Benisch, Werner (Hrsg.) **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht**, Gemeinschaftskommentar, **§§ 5-14 GWB**, 4. Auflage, 8. Lieferung, München 1984
- Müller-Henneberg, Hans;**
Schwartz, Gustav;
Schütz, Jörg;
Hootz, Christian (Hrsg.) **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht**, Gemeinschaftskommentar, **Zusammenschlußkontrolle §§ 35- 43 GWB**, 5. Auflage, 2. Lieferung, München 2000
- Nehl, Hanns Peter** **Europäische Pressemärkte im Lichte des EG-Wettbewerbsrechts**, Ergänzende Schriftform eines Vortrages, gehalten im Rahmen des Internationalen Fachgesprächs „Europäische Pressemärkte – Grundlagen und Statistik des Zeitungswesens“ am 1. Februar 2002, auf Einladung der Hochschule für Musik und Theater Hannover, Institut für Journalistik und Kommunikationsforschung, veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_029_de.pdf (Stand: 28. Januar 2010)
- Greiffenberg, Horst;**
Zohlhöfer, Werner in: **Oberender, Peter (Hrsg.), Marktstruktur und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland**, München 1984
- Oehler, Wolfgang** in: **Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht**, Heft 1, 1994, **Kurzkommentar zum BGH, Beschluss vom 8.2.1994**, „Anzeigenblätter II“, S. 793-794

- Pohlmann, Petra** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 5, 2003, „**Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Kartellrecht**“, S. 473-491
- Rißmann, Karin** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 9, 2006, „**Kartellverbot und Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen nach der 7. GWB-Novelle**“, S. 881-890
- Röhling, Eike** in: **Der Betrieb**, Heft 32, 1973, „**Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz**“, S. 1585-1591
- Röper, Horst** in: **Media Perspektiven**, Heft 6, 2004, „**Bewegung im Zeitungsmarkt 2004**“, Daten zur Konzentration der Tagespresse in der Bundesrepublik Deutschland im I. Quartal 2004
- Säcker, Jürgen** in: **Archiv für Presserecht**, Heft 1, 2005, „**Fusions- und Kartellerleichterungen für Zeitungsverlage aus wettbewerbsrechtlicher Sicht**“, S. 24-29
- Salje, Peter** **Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht**, Tübingen 1981
- Satzky, Horst** **Gemeinschaftsunternehmen und das Kartellverbot des § 1 GWB**, Frankfurt am Main 1990
- Schmalenbach, Dirk** **Die qualifizierte Oligopolvermutung in § 23a II GWB**, Frankfurt am Main 1987
- Schmidt, Frank** **Institutionelle Markteintrittsschranken, potentielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten**, Berlin 1998
- Schmidt, Karsten** in: **Betriebs-Berater**, Heft 24, 2003, „**Umdenken im Kartellverfahrensrecht! Gedanken zur Europäischen VO Nr. 1/ 2003**“, S. 1237-1245
- Schroeder, Dirk** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 9, 2004, „**Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht**“, S. 893-906

- Schulte, Günther** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 6, 1987, „Die `Kooperationen` des Handels/Wettbewerbspolitischer Musterknabe unter kartellrechtlichem Fallbeil“, S. 355-362
- Schumacher, Wolfgang** in: **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**, Heft 4, Band 140, „Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip“, S. 317-354
- Seemann, Klaus** **Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes zu den höherstufigen Rationalisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB**, Köln und Opladen 1961
- Spieler, Ekkehard** **Fusionskontrolle im Medienbereich**, Berlin 1988
- Staebe, Erik** in: **Archiv für Presserecht**, Heft 1, 2004, „Priveli-gierung vielfaltserhaltender Pressefusionen“, S. 14-18
- Steindorff, Ernst** in: **Betriebs-Berater**, Beilage 1 zu Heft 8, 1988, „Wettbewerb durch Gemeinschaftsunternehmen“, S. 1-23
- Teichmann, Arndt** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 7 und 8, 1974, „Die `wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs` als Schranke für Kooperationsvereinbarungen“, S. 449-461
- Thiel, Michael H.** **Presseunternehmen in der Fusionskontrolle**, München 1992
- Trafkowski, Armin** in: **MultiMedia und Recht**, Heft 11, 1999, „Die sachliche Abgrenzung der Märkte im Internet“, S. 630-636
- Ulmer, Peter** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 7, 1979, „Ge-meinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht“, S. 433-447
- Ders.** **Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbe-herrschender Unternehmen**, Baden-Baden 1977
- Veltins, Michael A.** **Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandkartellen gem.**

- Veltins, Michael A.** **Die Zulässigkeit von sog. Mittelstandkartellen gem. § 5 b GWB, Düsseldorf 1981**
- Ders.** in: **Der Betrieb**, Heft 20, 1978, „**Beurteilung von Strukturkrisen- und Rationalisierungskartellen**“, S. 969-971
- Ders.** in: **Der Betrieb**, Heft 5, 1978, „**Die Mittelstandskooperation in Kartellrecht und Praxis**“, S. 239-241
- Vermittlungsausschuss** **Beschlussempfehlung zu dem Siebten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. Juni 2005, Bundestag-Drucksache 15/5735**
- Wagner, Achim** in: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, Heft 12, 2003, „**Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht – Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik**“, S. 1369-1389
- Werner, Horst Siegfried** **Unternehmerische Kooperation zur Steigerung der Leistungsfähigkeit, Göttingen 1985**
- Wiedemann, Gerhard** in: **Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003**, „**Die Beurteilung kooperativer Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach der EG-Fusionskontrollverordnung**“, S. 1031-1051
- Ders.** **Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008**
- Ders.** **Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, Heidelberg 1981**
- Wimmer-Leonhardt, Susanne** in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 5, 2006, „**Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandskartellen**“, S. 486-492

**Wissenschaftlicher Beirat
beim Bundesministerium
für Wirtschaft und Arbeit**

in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 6, 2004, **Keine
Aufweichung der Pressefusionskontrolle**, Stellung-
nahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundes-
ministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 24. April
2004, S. 622-632

**Wirtschaftsausschuss
beim Bundesrat**

**Empfehlungen der Ausschüsse, Siebtes Gesetz zur
Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen** vom 18. April 2005, Bundesrat-Druck-
sache 210/1/05

**Wirtschafts- und
Rechtsausschuss beim
Bundesrat**

**Empfehlungen der Ausschüsse, Entwurf eines Siebten
Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen** vom 9. Juli 2004, Bundesrat-
Drucksache 441/1/04

Wolf, Dieter;
Fink, Reinhard

in: **Wirtschaft und Wettbewerb**, Heft 4, 1994, „**Mit
der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?**“, S.
289-293

Abkürzungen

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert;
Butz, Cornelia

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
6. Auflage, Berlin 2008

Lebenslauf

15.10.1978: Geburtsort: Celle

1985 - 1989: Grundschule am Basberg/Hameln

1989 - 1991: Orientierungsstufe Nord/Hameln

1991 - 1998: Albert-Einstein-Gymnasium/Hameln

1998 - 1999: Zivildienst im Seniorenheim Julius Tönebön Stiftung/Hameln

Sommersemester 2000:

Beginn des Studiums der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen

17. März 2005: 1. Juristische Staatsprüfung

1. August 2005 - 30. November 2007:

Promotion bei Prof. Dr. Dr. (h.c.) Ulrich Immenga

1. Dezember 2007 – 30. November 2009:

Juristischer Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Schleswig am Landgericht Lübeck

2. Dezember 2010: Rigorosum

8. Januar 2010: 2. Juristische Staatsprüfung

Marcel Römisch

