

GWB-Fusionskontrolle; Marktabgrenzung; Marktbeherrschungsprüfung

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 22.12.2010, WuW/E DE-R 3173 – Anzeigengemeinschaft)

Sachverhalt (teilweise modifiziert und vereinfacht)

A und B sind Zeitungsverlage im süddeutschen Raum, die jeweils eine regionale Abonnement-Tageszeitung herausgeben. A ist insoweit in der Stadt X aktiv, B in der Stadt Y. Auch wenn die Städte in demselben Bundesland liegen, so überschneiden sich die Verbreitungskreise der Zeitungen von A und B nicht, weil sie als *regionale* Abonnement-Tageszeitungen einen starken regionalen Bezug auf die jeweilige Stadt und Umgebung aufweisen.

A und B sind als Aktiengesellschaften verfaßt. 100% der Aktien von B gehören derzeit der Aktiengesellschaft C. A beabsichtigt, 100% der Aktien an B von C zu erwerben. A hat dieses Vorhaben beim Bundeskartellamt fusionskontrollrechtlich angemeldet. Es liegen der Anmeldung folgende Angaben zugrunde:

A hat im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluß Umsatzerlöse von 50 Millionen Euro erzielt. Bei B lag der Umsatz bei 60 Millionen Euro. Die Umsätze von A und B wurden ausschließlich in Deutschland erzielt. Inwieweit C Umsätze erzielt hat bzw. C Umsätze nach § 36 Abs. 2 GWB von anderen Unternehmen als B zuzurechnen sind, wurde nicht ermittelt.

Was die Marktaktivitäten von A und B anbelangt, so ist folgendes unbestritten:

A und B geben jeweils in den Städten X bzw. Y eine regionale Abonnement-Tageszeitung heraus. In den betreffenden Städten mit dem angrenzenden Umland sind die regionalen Abonnement-Tageszeitungen von A und B jeweils die einzigen Publikationen ihrer Art. Die Zeitungen von A und B werden entgeltlich im Abonnement an die jeweiligen regionalen Zeitungskunden vertrieben. Zugleich erzielen A und B mit ihren Publikationen Umsätze mit Anzeigenkunden.

Neben den regionalen Abonnement-Tageszeitungen von A und B existieren in den Städten X und Y noch folgende weitere Zeitungs-Produkte im weitesten Sinne, die jedoch nicht von A und B angeboten werden, sondern von anderen Verlagen: Es gibt Straßenverkaufszeitungen (z.B. Bild-Zeitung), reine Anzeigenblätter (Publikationen ohne Copypreis, die sich nur über Anzeigenerlöse finanzieren), überregionale Tageszeitungen (FAZ, Süddeutsche etc.), Gemeinde-Blätter (amtliche Veröffentlichungen und Kurzberichte über kulturelle und politische Kommunal-Veranstaltungen), Stadt- und lokale Szenemagazine (z.B. „Prinz“ etc., in denen über neuere Restaurants, Konzerte etc. berichtet wird).

Daneben ist darauf hinzuweisen, daß die Bürger in X und Y sich nach den gegebenen technischen Möglichkeiten im Internet über lokale und regionale Vorgänge informieren können und dort auch von den Anbietern dieser Internet-Inhalte Internet-Werbung zu finden ist.

Außerdem ist folgendes zu beachten: A und B sowie einige weitere Verlage haben eine Kooperationsvereinbarung geschlossen. Diese Kooperationsvereinbarung läuft noch bis ins Jahr 2014 und verlängert sich stillschweigend, sofern keiner der Beteiligten seine Mitgliedschaft kündigt. Gegenstand dieser Kooperation ist zum einen die Erstellung eines sogenannten „Zei-

tungsmantels“, der allen Verlagen zur Verfügung gestellt wird. Beim Zeitungsmantel handelt es sich um einen redaktionellen Teil, der überregionale Themen behandelt (Fragen von bundespolitischer oder internationaler Bedeutung) und allen Mitgliedsverlagen zur Verfügung gestellt wird, damit diese ihn in ihre regionalen Abonnement-Tageszeitungen einfügen können. Hintergrund ist, daß zur Kosteneinsparung viele regionale Abonnement-Tageszeitungen keine sogenannte Vollredaktion mehr haben, sondern nur noch den Lokalteil selbst gestalten, sie sich die überregionalen Themen aber zentral über solche Mantel-Kooperationen besorgen. Zum anderen bezieht sich die Kooperationsvereinbarung auf das Anzeigengeschäft. Die Mitgliedsverlage haben eine zentrale Vermarktungsstelle implementiert, die die Anzeigenaufträge von Werbekunden auf die einzelnen regionalen Abonnement-Tageszeitungen verteilt, so daß die Kunden nur an einen zentralen Ansprechpartner herantreten müssen. Auch dieser Teil der Kooperation zielt in erster Linie auf Kosteneinsparungen ab. Dieser Kooperationsvertrag wurde seinerzeit durch die Landeskartellbehörde geprüft und für kartellrechtlich unbedenklich gehalten. Es ist nach Lage der Dinge auch nicht davon auszugehen, daß er gegen § 1 GWB verstößt, weil aktueller Wettbewerb nicht beschränkt wird und weil im übrigen diese Kooperation erforderlich ist, um die wirtschaftliche Existenz der Mitglieds-Verlage zu sichern. Die Kartellrechtskonformität dieses Vertrags wurde auch durch das BKartA daher nie in Frage gestellt.

Das BKartA hat den Zusammenschluß von A und B untersagt, weil er zur Verstärkung marktbeherrschender Stellung bei A und B führe. Hierbei hat das BKartA folgende Argumentation zugrunde gelegt:

A und B hielten jeweils in ihren regionalen Räumen eine Monopol-Stellung auf dem **Lesermarkt für regionale Abonnement-Tageszeitungen**. Es sei das Bedarfsmarktkonzept zugrunde zu legen. Danach seien regionale Abonnement-Tageszeitungen der Stadt X nicht mit solchen der Stadt Y austauschbar. In sachlicher Hinsicht sei der relevante Lesermarkt auf regionale Abonnement-Tageszeitungen beschränkt. Andere Publikationen, wie Gemeindeblätter oder Stadt- und lokale Szenemagazine seien dem Lesermarkt nicht zuzurechnen, weil diese nach Ansicht der betroffenen Kundenkreise nicht mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen austauschbar seien. Dasselbe gelte für überregionale Tageszeitungen. Auch diese böten ein anderes Informationsspektrum und würden daher von den Kunden nicht für austauschbar gehalten. Bei dieser sachlichen Marktabgrenzung hielten A und B in ihren Gebieten eine **Monopolstellung**, weil es dort jeweils keine andere regionale Abonnement-Tageszeitung gebe.

Eine marktbeherrschende Stellung hielten A und B auch auf dem **relevanten Anzeigenmarkt**. Dieser umfasse neben Abonnement-Tageszeitungen auch Straßenverkaufszeitungen und Anzeigenblätter, soweit sie mit den lokalen bzw. regionalen Abonnement-Tageszeitungen im wesentlichen deckungsgleiche Anzeigenbelegungseinheiten anbieten. Auch auf einem solchermaßen abgegrenzten regionalen Anzeigenmarkt hielten A und B jeweils eine Marktstellung von **deutlich über einem Drittel**. Nicht in diesen Anzeigenmarkt einzubeziehen seien Stadtmagazine und die Werbemöglichkeiten im Internet. Der Grund sei darin zu sehen, daß Stadtmagazine einen anderen Leserkreis ansprächen als regionale Abonnement-Tageszeitungen und daher auch aus Sicht der Werbekunden ein anderes „Mittel“ für Werbezwecke darstellten. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, daß der Erscheinungsrhythmus von Stadtmagazinen niedriger sei (14tägig oder nur monatlich), wohingegen die anderen genannten Publikationen grundsätzlich täglich erschienen. Daher eigneten sich letztere auch für die Bewerbung von kurzfristigen Ereignissen oder Sonderaktionen, was für Stadtmagazine nicht gelte. Die Werbemöglichkeiten im Internet seien wegen der unterschiedlichen Nutzergewohnheiten nicht austauschbar. Werbung im Internet würde in der Regel nur oberflächlich

wahrgenommen, wohingegen Werbung in Printmedien noch einen höheren Aufmerksamkeitswert erziele.

Legte man diese marktbeherrschenden Stellungen den jeweiligen Leser- und Anzeigenmärkten zugrunde, führe der Zusammenschluß zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den genannten Märkten. Zwar handele es sich um geographisch unterschiedliche Märkte für den regionalen Bereich X einerseits und Y andererseits. Dennoch sichere der Zusammenschluß die Marktstellung von A und B in X und Y ab. Dies begründete das Amt mit der These, daß potentieller Wettbewerb zwischen A und B entfalle. Hierzu argumentierte das Amt wie folgt:

Es sei grundsätzlich möglich, daß A im Marktgebiet des B oder umgekehrt B im Marktgebiet des A künftig tätig werde. Zwar sei dies derzeit noch nicht der Fall, solche Wettbewerbsaktivitäten könnten aber in der Zukunft entstehen. Zwischen A und B bestehe daher ein potentielles Wettbewerbsverhältnis, das bereits disziplinierend auf die Marktaktivitäten des jeweils anderen wirke. Schlossen sich A und B nun zusammen, entfalle dieser potentielle Wettbewerb, und die Marktstellung von A und B in ihren Marktgebieten werde verfestigt zugunsten der künftig bestehenden fusionierten Einheit.

Gegen diese solchermaßen begründete Untersagungsentscheidung legten die beteiligten Unternehmen **fristgerecht Beschwerde zum OLG Düsseldorf** ein. Zur Begründung ihrer Beschwerde trugen die beteiligten Unternehmen A und B folgendes vor:

A und B hielten weder auf den Leser- noch auf den Anzeigenmärkten eine beherrschende Stellung. Was den Lesermarkt anbelange, so seien in den relevanten Markt weitere Publikationserzeugnisse anderer Verlage einzubeziehen. Aus Sicht der Leser seien mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen austauschbar Gemeindeblätter sowie Stadt- und lokale Szenemagazine, denn auch diese enthielten Informationen über die Region. Sie deckten daher im wesentlichen dieselben Informationsbedürfnisse. Außerdem seien die verschiedenen Online-Informationsangebote zum sachlich relevanten Lesermarkt zu rechnen. Im Internet-Zeitalter informierten sich viele Personen in immer stärkerem Maße ergänzend oder ausschließlich über das Internet, was eine Austauschbarkeit mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen ebenfalls belege. Dies sei auch vor dem Hintergrund zu sehen, daß Smartphones etc. in immer stärkerem Maße einen spontanen und mobilen Zugriff auf Internet-Inhalte ermöglichten. Darüber hinaus seien auch überregionale Tageszeitungen in den relevanten Markt einzubeziehen, da sich deren Informationsgehalt ebenfalls in nennenswertem Umfang mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen decke, was insbesondere die Berichterstattung über Themen von bundesweiter oder internationaler Bedeutung betreffe. Lege man diesen relevanten Markt zugrunde, so liege der Marktanteil deutlich unter einem Drittel. Das gelte auch dann noch, wenn man die überregionalen Tageszeitungen außen vor lasse.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen halten A und B auch auf dem relevanten Anzeigenmarkt keine beherrschende Stellung. Auch insoweit seien Stadtmagazine und die Werbemöglichkeiten im Internet zu berücksichtigen. Aus Sicht eines Anzeigenkunden stelle es keinen relevanten Unterschied dar, ob seine Werbung in einer regionalen Abonnement-Tageszeitung, in einem Stadtmagazin oder im Internet veröffentlicht werde. Entscheidend sei, ob Informationssuchende auf die Werbung stoßen. Grenze man den relevanten Anzeigenmarkt auf diese Weise ab, hielten A und B ebenfalls Anteile von deutlich unter einem Drittel (was als zutreffend unterstellt werden soll). Da eine marktbeherrschende Stellung nicht bestehe, komme nach § 36 Abs. 1 GWB nur die Variante der erstmaligen Begründung einer markt-

beherrschenden Stellung in Betracht. Hierfür reiche die Beseitigung vermeintlichen potentiellen Wettbewerbs schon nicht aus.

Im übrigen – so die Beschwerdeführerinnen weiter – treffe auch die These des Amtes nicht zu, wonach der Zusammenschluß zur Beseitigung eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses führe. Dies gelte unabhängig davon, ob man den Beschwerdeführern in bezug auf die Marktabgrenzung folge. Selbst wenn man also davon ausgehe, daß A und B auf den betroffenen regionalen Leser- und Anzeigenmärkten jeweils eine marktbeherrschende Stellung (bzw. auf den Lesermärkten sogar eine Monopolstellung) hielten, so verändere bzw. verstärke sich diese Stellung durch den Zusammenschluß nicht. Es existiere nämlich **kein potentieller Wettbewerb** zwischen A und B. Die Beschwerdeführerinnen tragen insoweit vor, daß es derzeit keine Anhaltspunkte für ein Eindringen in den jeweils anderen Markt gebe. Dies ergäbe nach Lage der Dinge wirtschaftlich weder für A noch für B Sinn. Jedenfalls habe das Amt (was zutrifft) nicht festgestellt, daß ein solches Eindringen in den anderen Markt für A und B in absehbarer Zeit in Frage komme. Dies liege auch daran, daß A und B Mitglieder in der **Kooperationsvereinbarung** seien. Vor diesem Hintergrund bestehe keine Notwendigkeit, durch eine Ausweitung der eigenen Aktivitäten in fremden Märkten weitere Skaleneffekte (d.h. Größenvorteile) zu erzielen. Denn entsprechende Vorteile bei der Gestaltung des Zeitungsmantels und bei der Akquise von Anzeigen folgten bereits jetzt aus der Kooperationsvereinbarung. Es sei daher von A und B auch nicht beabsichtigt, künftig aus dieser Kooperation auszuweichen.

Aufgabenstellung:

Bitte entwerfen Sie den Beschluß des OLG.

Lösung:

A. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 63 ff. GWB zulässig. Laut Sachverhalt wurde die Beschwerdefrist eingehalten (Einlegungsfrist 1 Monat). Sachlich zuständig ist der Kartellsenat des OLG. Örtlich zuständig ist das OLG Düsseldorf, weil das BKartA seinen Sitz in Bonn hat und eine entsprechende landesrechtliche Zuweisung an das OLG Düsseldorf nach § 92 GWB besteht. An der Zulässigkeit der Beschwerde bestehen somit keine Bedenken.

B. Begründetheit

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Zu prüfen ist zunächst die formelle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung. Zu untersuchen ist also die Zuständigkeit des BKartA bzw. die Fusionskontrollpflichtigkeit des Vorhabens. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 3 ff.).

1. Zusammenschlußtatbestand

Der angemeldete Vorgang ein Zusammenschluß müßte im Sinne von § 37 GWB sein. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 7 ff.).

Der Erwerb von 100% der Aktien an einem anderen Unternehmen stellt einen Anteils-erwerb im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB dar. Ferner ist kumulativ ein Kontroll-erwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB gegeben in Gestalt der alleinigen Kontrolle.

Ein Zusammenschlußtatbestand ist somit erfüllt.

2. Geltungsbereich der deutschen Fusionskontrolle

Das Vorhaben müßte die Umsatzschwellen des § 35 GWB überschreiten. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 51 ff.).

Dazu ist zunächst zu klären, wer beteiligtes Unternehmen im Sinne des § 35 ist, damit ermittelt werden kann, welche Umsätze hier zu berücksichtigen sind (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 52 ff.). Beim Erwerb alleiniger Kontrolle ist beteiligtes Unternehmen der Erwerber der Kontrolle und das Unternehmen, über das Kontrolle erlangt wird. Nicht beteiligtes Unternehmen ist der Veräußerer, der seine Kontrolle vollständig verliert. Vorliegend sind also beteiligte Unternehmen A und B. C ist als Veräußerer kein beteiligtes Unternehmen.

Dies zugrunde gelegt, ist also zu prüfen, ob A und B die Umsatzschwellen des § 35 GWB erfüllen. Laut Sachverhalt erzielte A Umsatzerlöse von 50 Millionen Euro und B von 60 Millionen Euro, wobei die Umsätze allein in Deutschland generiert wurden. Mit 110 Millionen Euro wäre also nicht die Umsatzschwelle von § 35 Abs. 1 Ziffer 1 (mehr als 500 Millionen Euro) erreicht. Hier ist allerdings die sogenannte „Presserechenklausel“ des § 38 Abs. 3 GWB zu berücksichtigen (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 59 ff.).

„Für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen, die Herstellung und den Vertrieb von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten ist das Zwanzigfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen“.

Dies zugrunde gelegt, sind also die Umsätze von A und B mit 20 zu multiplizieren. Dann werden die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB erfüllt.

3. **Kein Vorrang der EU-FKVO**

Das BKartA wäre gleichwohl nach § 35 Abs. 3 GWB unzuständig, wenn das Vorhaben unter die europäische FKVO fiel (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 71). Daher ist insoweit inzident die Anwendbarkeit der FKVO zu untersuchen (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 9 Rn. 21 ff.):

Ein Erwerb von 100% der Anteile würde die Erlangung alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 3 FKVO darstellen. Es wären aber nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO erfüllt. Die Umsätze von 110 Millionen Euro erreichen nicht die erforderlichen Mindestschwellen von Art. 1 FKVO. Eine Presserechenklausel gibt es in der FKVO nicht. Überdies ist bei den Umsatzschwellen der FKVO stets die sogenannte „Zwei-

drittel-Klausel“ zu berücksichtigen, wonach die FKVO selbst bei Überschreitung der FKVO-Umsatzschwellen nicht greift, wenn mehr als zwei Drittel der betroffenen Umsätze in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielt wurden, was vorliegend für A und B der Fall war. Vor diesem Hintergrund greift die FKVO also nicht, so daß das BKartA zuständig war.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Vorüberlegungen

Die Untersagungsverfügung wäre materiell rechtmäßig, wenn das Amt eine Ermächtigungsgrundlage hätte und die Voraussetzungen erfüllt wären. Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung eines Zusammenschlusses ist § 40 GWB. Ein Zusammenschluß ist zu untersagen, wenn er zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 36 Abs. 1 GWB führt. Es ist daher zu prüfen, ob diese Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vorlagen (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 72 ff.).

Hinsichtlich der materiellen Beurteilung eines Zusammenschlußvorhabens ist nach den einzelnen sachlich und räumlich relevanten Märkten zu differenzieren. Erst wenn die betroffenen Märkte identifiziert wurden, läßt sich klären, um welche Zusammenschlußeffekte es sich handelt. Es wird insoweit unterschieden zwischen den horizontalen, vertikalen und den so genannten konglomeraten Effekten. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 86 ff.).

Horizontale Zusammenschlüsse liegen vor, wenn die Unternehmen auf demselben relevanten Markt tätig sind, so daß es zu einer Marktanteilsaddition kommt. In dem zu beurteilenden Fall ist nicht erkennbar, daß der Zusammenschluß horizontale Effekte auslöst, denn unabhängig von den zur Marktabgrenzung vorgetragenen Argumenten steht fest, daß es sich um regional getrennte sachlich relevante Leser- und Anzeigenmärkte handelt. Selbst wenn die Marktabgrenzung nach den Argumenten der Beschwerdeführerinnen zuträfe, so käme es grds. nicht zu einer Marktanteilsaddition. Etwas anderes gälte nur, wenn man überregionale Tageszeitungen in den Markt einbezöge – dann wären A

und B Konkurrenten auf einem deutschlandweiten Markt. Diese Marktabgrenzung ist aber a priori kaum überzeugend, so daß der Frage im folgenden bei der Marktabgrenzung zwar nachgegangen wird. Es spricht aber schon jetzt kaum etwas für diese Abgrenzung und daher auch nicht für einen einheitlichen Markt und damit einen horizontalen Zusammenschluß.

Vertikale Zusammenschlüsse sind gegeben, wenn sich unmittelbar vor- oder nachgelagerte Marktstufen verbinden. Auch ein solcher vertikaler Effekt ist hier nicht erkennbar. Da A und B auf sachlich identischen und räumlich getrennten Märkten aktiv sind, würden durch den Zusammenschluß keine vertikalen Strukturen geschaffen.

Der vorliegende Zusammenschluß ist daher als **konglomerat** zu qualifizieren. Ein konglomerater Zusammenschluß ist gegeben, wenn sich Unternehmen zusammenschließen, die weder auf demselben noch auf einem unmittelbar vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind. So liegt es hier, wenn man von regional getrennten sachlich relevanten Märkten ausgeht. Was die Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse anbelangt, so ist weiter nach den unterschiedlichen möglichen konglomeraten Effekten zu differenzieren. Zu nennen sind etwa:

Ressourcenstärkung, technische spill-over-Effekte, Portfolio-Effekte oder eben der Fortfall potentiellen Wettbewerbs.

Die Beurteilung all' dieser konglomeraten Effekte macht es zunächst erforderlich, den Markt exakt abzugrenzen und sodann möglichst präzise die existierende Marktstellung der betroffenen Unternehmen zu bestimmen. Nur dann kann ermittelt werden, inwieweit eine Konglomerat-Fusion die bestehende Marktstellung möglicherweise in relevantem Umfang verstärkt.

Dies zugrunde gelegt, sind im folgenden zunächst also die Märkte abzugrenzen und die Marktstellungen von A und B auf diesen Märkten zu bestimmen:

2. Marktabgrenzung

Auf den Zeitungs- und Zeitschriftenmärkten sind in sachlicher Hinsicht zwei Bereiche zu trennen: Print-Erzeugnisse werden in der Regel gegen einen Copypreis vertrieben (Ausnahme: reine Anzeigenblätter). Dieser Verkaufsmarkt gegenüber den Lesern wird als sogenannter **Lesermarkt** bezeichnet.

Davon zu trennen ist der **Anzeigenmarkt**. Marktgegenseite auf dem Anzeigenmarkt sind die Werbekunden, die gegen Entgelt eine Anzeige in dem Print-Erzeugnis schalten.

a) Lesermärkte

(I.) Sachliche Marktabgrenzung

Dies zugrunde gelegt, ist also zunächst der Lesermarkt abzugrenzen. Es gilt hier zunächst das sogenannte Bedarfsmarktkonzept. Zu fragen ist also, welche Print-Erzeugnisse nach den konkreten Bedürfnissen der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden (siehe Entscheidung, WuW/E DE-R 3181 (im folg. nur noch mit „DE-R“ zitiert).

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf ist hier der **Lesermarkt auf Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung** begrenzt. Der Grund ist darin zu sehen, daß lokale Abonnement-Tageszeitungen, überregionale Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen unterschiedlichen Leserbedürfnissen dienen und daher aus Sicht der Marktgegenseite nicht funktionell austauschbar sind (DE-R 3181).

Das gilt auch für die Abgrenzung zu **Gemeinde- und Anzeigenblättern und Stadt- und lokalen Szenemagazinen**. Auch diese Publikationen bedienen andere Informationsbedürfnisse als die Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung (DE-R 3181). Diese sachliche Marktabgrenzung des OLG Düsseldorf verdient sicherlich Zustimmung.

Auch **Online-Informationsangebote** sind nach Ansicht des OLG Düsseldorf nicht zum sachlich relevanten Lesermarkt hinzuzurechnen. Hierfür ist für das OLG ausschlaggebend, daß sich die Art der Benutzung von Printerzeugnissen einerseits und Internet-Informationen andererseits (noch) nach sehr unterschiedlichen Grundsätzen richtet. Während Printerzeugnisse auch „für kurze Zeit zur Hand genommen und gelesen werden“, so verlangt die Internet-Nutzung auch unter Zuhilfenahme ausgereifter technischer Instrumente einen größeren Aufwand. Außerdem müssen Informationsgehalte im Internet „aktiv gesucht“ werden (DE-R 3182 f.). Auch hierin wird man dem OLG Düsseldorf sicherlich zustimmen müssen. Hinzu kommt, daß die Internet-Angebote in der Regel kostenfrei sind. Kostenlose Leistungen können aber grundsätzlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu entgeltlich angebotenen Print-Produkten stehen (im einzelnen str.). Es wäre daher allenfalls denkbar, kostenpflichtige Internet-Angebote zu Print-Erzeugnissen in ein Wettbewerbsverhältnis zu setzen. Dies ist aber mit den vom OLG angestellten Erwägungen wohl derzeit noch zu verneinen.

Dies zugrunde gelegt, ist gegen die vom BKartA gewählte sachliche Marktabgrenzung wohl nichts einzuwenden.

(II.) Räumliche Marktabgrenzung

Auch die räumliche Marktabgrenzung des Amtes ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf richtig. Entscheidend ist, daß regionale und lokale Informationen in Abonnement-Tageszeitungen für den Leser der einen Stadt nicht mit solchen, die eine andere Stadt betreffen, austauschbar sind (DE-R 3186). Bei näherem Hinsehen zeigt sich zwar, daß dieser Gesichtspunkt an sich keine Frage der räumlichen Marktabgrenzung, sondern der sachlichen ist: Der Grund für die mangelnde Austauschbarkeit liegt nämlich nicht darin, daß potentielle Abonnenten, die in der Stadt X wohnen, kein Abonnement mit dem Verlag aus der Stadt Y abschließen, weil die Stadt Y zu weit weg liegt. Entscheidend ist vielmehr, daß das von B für die Stadt Y zur Verfügung gestellte Informationsportfolio aus sachlich-funktionellen Gründen für Anwohner der Stadt X keinen Sinn ergibt. Es entspricht aber „guter Tradition“ der deutschen Kartellrechtspraxis, diese Aspekte, die einen geographischen Bezug haben, unter dem Stichwort der geographischen Marktabgrenzung abzuhandeln, auch wenn dies inhaltlich an sich der falsche Prüfungsort ist. So wird etwa auch bei der Abgrenzung von Verkehrsmärkten,

z.B. Flugverbindungen, verfahren. Auch hier wird davon gesprochen, daß der Flug von München nach Frankfurt nicht geographisch austauschbar sei mit dem Flug von München nach Hamburg. Das ist natürlich unrichtig, weil ein Kunde, der nach Hamburg fliegen will, deshalb nicht nach Frankfurt fliegt, weil die Flugleistungen für ihn *sachlich* nicht austauschbar sind. Mit räumlicher Austauschbarkeit hat dies nichts zu tun. Da es aber der ständigen Praxis des Amtes und der Rechtsprechung entspricht, diese Frage unter dem Stichpunkt der geographischen Marktabgrenzung abzuhandeln, wäre es in der Klausur nicht falsch, ebenso zu verfahren.

b) Anzeigenmarkt

(I.) Sachliche Marktabgrenzung

Das Amt hat einen sachlich relevanten **Anzeigenmarkt für Abonnement-Tageszeitungen, Straßenverkaufszeitungen und Anzeigenblätter, soweit sie mit den lokalen bzw. regionalen Abonnement-Tageszeitungen im wesentlichen deckungsgleiche Anzeigenbewegungseinheiten anbieten**, gebildet (DE-R 3183). Auch in bezug auf die Überprüfung dieser Marktabgrenzung ist das Bedarfsmarktkonzept anzuwenden. Es ist also danach zu fragen, inwieweit Print-Erzeugnisse aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar sind. Was den Anzeigenmarkt angeht, so besteht die Marktgegenseite hier aus den Anzeigenkunden. Es ist also danach zu fragen, welche Anzeigenkunden welche Print-Erzeugnisse für ihre Werbezwecke für austauschbar halten.

Das OLG Düsseldorf bestätigt, daß die vom Amt hier zugrunde gelegte Marktabgrenzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht (DE-R 3183). Die hierfür maßgeblichen Erwägungen sind wohl auch zustimmungswürdig:

Stadtmagazine und die Werbemöglichkeiten im **Internet** sind wohl nicht dem sachlich relevanten Anzeigenmarkt zuzurechnen. Was die Stadtmagazine angeht, so ist der Leserkreis wohl anders als bei den Abonnement-Tageszeitungen. Stadtmagazine werden von Personen gelesen, die ein spezifisches Interesse an kulturellen Aktivitäten und Ausgelmöglichkeiten haben. Abonnement-Tageszeitungen werden wohl von einer breiteren Leserschaft konsumiert. Hinzu kommt, daß die Stadtmagazine üblicher-

weise seltener erscheinen, so daß sie sich weniger für tagesaktuelle Werbeaktionen eignen.

Auch die Möglichkeit der **Internet-Werbung** ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf dem relevanten Anzeigenmarkt (noch) nicht zuzurechnen (DE-R 3184). Das OLG stellt insoweit darauf ab, daß sich die Nutzungsweise des Internets noch stark von der einer Abonnement-Tageszeitung und anderen vergleichbaren Print-Erzeugnissen unterscheidet. Das OLG vertritt insoweit die Auffassung, daß Werbeanzeigen im Internet eher flüchtig wahrgenommen werden und insoweit nicht dieselbe Aufmerksamkeit erreichen wie Print-Werbung.

Anmerkung: Zwar hatten die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Fall darauf hingewiesen, daß seit Jahren ein Wachstum des Online-Werbemarktes und eine damit einhergehende Verlagerung der Nachfrage der Inserenten von Anzeigenschaltungen in Printmedien hin zur Anzeigenveröffentlichung im Internet zu verzeichnen sei (DE-R 3185). Diese Erwägung wurde vom OLG Düsseldorf aber nicht für ausreichend gehalten, um einen *einheitlichen Werbemarkt unter Einbeziehung des Internets* anzunehmen. Ein solcher Gedanke hätte allerdings wohl naheliegen können, weil diese Wechselwirkungen Ausdruck einer Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite sein können (Gedanke der Kreuz-Preis-Elastizität). Das OLG Düsseldorf geht aber davon aus, daß es sich insoweit um eine „*komplementäre Bedarfsdeckung*“ handelt. So nimmt der Kartellsenat offenbar an, daß es sich bei dem Print-Werbemarkt und dem Internet-Werbemarkt zwar um substituierbare Leistungen handelt, aber eben nicht um Leistungen, die auf demselben sachlich relevanten Markt angeboten werden. Eine solche (entfernte) Substitutionsbeziehung begründet noch keine Wettbewerbsbeziehung im Sinne der Marktdefinition. Auch an dieser Stelle erscheint die Begründung des OLG Düsseldorf also vertretbar. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 9 Rn. 190 f.)

(II.) Räumliche Marktabgrenzung

Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung stellte das BKartA ebenfalls auf das regionale Verbreitungsgebiet der betroffenen Zeitungsblätter ab. Dem folgt das OLG

Düsseldorf (DE-R 3185). Auch hier ist wieder anzumerken, daß es sich bei dieser Frage an sich um ein Problem der sachlichen Marktabgrenzung handelt, wie soeben bereits zum Lesermarkt ausgeführt. In der Sache wird man dem Amt und dem OLG Düsseldorf aber darin zustimmen können, daß der Anzeigenmarkt (sachlich bzw. räumlich) auf das regionale Gebiet beschränkt ist, weil Anzeigenkunden, die in diesen Print-Erzeugnissen Anzeigen schalten, eine bestimmte regionale Lesergruppe erreichen wollen. Die Veröffentlichung einer Anzeige in einer Abonnement-Tageszeitung in der Stadt X ist daher nicht austauschbar mit der Schaltung einer entsprechenden Anzeige in der Stadt Y.

c) Zwischenergebnis zur Marktabgrenzung

Vor diesem Hintergrund hat das OLG Düsseldorf mit gut nachvollziehbarer Begründung die Marktabgrenzung des Amtes bestätigt. Auf dieser Grundlage hielten A und B auf den betroffenen Lesermärkten eine Monopolstellung und auf den Anzeigenmärkten eine Stellung von deutlich über 30%. Bevor auf die Effekte des vorliegenden Zusammenschlusses eingegangen werden kann (konglomerate Effekte) ist zu prüfen, ob bei Zugrundelegung dieser Marktanteile bereits eine marktbeherrschende Stellung von A und B bestand bzw. wie stark diese war. Erst wenn diese Frage konkret beantwortet ist, kann ermittelt werden, inwieweit eine mögliche Marktbeherrschende Stellung von A und B durch das Vorhaben verstärkt wird im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB.

3. Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf den betroffenen Märkten?

Legt man die Marktanteile von 100 % auf den Lesermärkten und über einem Drittel (vgl. § 19 Abs. 3 GWB) zugrunde, so hielten A und B jeweils marktbeherrschende Stellungen.

Die Marktstellung der beteiligten Unternehmen auf ihren jeweiligen Märkten könnte möglicherweise durch sogenannten **Substitutionswettbewerb** geschwächt sein und es daher trotz der hohen Marktanteile an Beherrschung fehlen. (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 9 Rn. 190 f.)

Ein Substitutionswettbewerb liegt vor, wenn Leistungen zwar nicht demselben sachlich-relevanten Markt angehören, aus Sicht der Kunden aber entfernt substituierbar sind (z.B. Theaterkarten und Kinokarten, Streichhölzer und Feuerzeuge). Es besteht hier eine **entfernte Substitutionsbeziehung**, die zwar nicht soweit reicht, daß die betroffenen Kundenkreise die Leistung als unmittelbar austauschbar ansehen; bei einer hypothetischen Preiserhöhung bei dem Produkt A käme es gleichwohl zu – wenngleich schwachen und verzögerten – Ausweichreaktionen auf das Substitut B.

Anmerkung: Dieser Substitutionswettbewerb ist nicht zu verwechseln mit dem Phänomen der sogenannten close substitutes (Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 9 Rn. 190 f.). Unter close substitutes versteht man besonders enge Substitute auf demselben sachlich relevanten Markt. Es geht also bei den close substitutes um die Bildung von „Submärkten“ innerhalb eines relevanten Marktes. Siehe dazu den Fall „Porsche/Volkswagen“ bezüglich des sachlichen Marktes für Sportwagen.

Substitutionswettbewerb könnte hier im Verhältnis der regionalen Abonnement-Tageszeitungen zu Gemeinde- und Anzeigenblättern sowie Stadt- und Szenemagazinen und zu lokalen Online-Informationsangeboten gegeben sein. Es wäre also denkbar, daß Kunden die letztgenannten Informationsquellen als entfernt austauschbar mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen ansehen und dies die Marktstellung von A und B auf ihren jeweiligen regionalen sachlich relevanten Märkten relativieren könnte.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf wären solche möglichen Substitutionsbeziehungen aber **sehr schwach**, wenn sie überhaupt feststellbar wären (DE-R 3187). In der Tat wird man wohl einwenden können, daß die letztgenannten Informationsquellen in der Breite und Tiefe der Berichterstattung nicht mit einer vollwertigen Abonnement-Tageszeitung konkurrieren können und daher allenfalls als sehr entfernte Substitute angesehen werden können, welche die Marktstellung von A und B kaum relativieren würden.

4. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung?

Daher ist nun zu klären, ob durch den Zusammenschluß von A und B die marktbeherrschenden Stellungen der Beteiligten auf den getrennten sachlich- und räumlich relevanten Märkten im Sinne von § 36 Abs. 1 GWB verstärkt würden. Diesbezüglich gilt der allgemeine Grundsatz, daß *„die zu erwartenden Fusionsvorteile umso geringeres Gewicht haben müssen, je stärker die Marktstellung des betroffenen Unternehmens bereits vor dem Zusammenschluss gewesen ist; denn gerade dann gilt es, bestehenden Restwettbewerb zu schützen oder potentiellen Wettbewerb nicht zu entmutigen“* (DE-R 3191).

Klärungsbedürftig ist also, ob die Verbindung von A und B möglichen **potentiellen Wettbewerb zwischen den Beteiligten beseitigt**, wie dies das BKartA angenommen hatte. Das Amt hatte sich insoweit auf den Standpunkt gestellt, daß potentieller Wettbewerb nach Lage der Dinge, **insbesondere wegen des Kooperationsvertrags**, zwar nicht erkennbar ist, daß ein solcher Wettbewerb **künftig aber entstehen könnte**. Das OLG Düsseldorf meint hierzu jedoch, daß diese Prognose des **BKartA nicht hinreichend fundiert** ist. Der Kartellsenat führt aus: *„für die Annahme eines in dem Sinne wirksamen Wettbewerbsdrucks von außerhalb des relevanten Marktes genügt die bloße theoretische Möglichkeit des Marktzutritts von Wettbewerbern nicht. Vielmehr muß nach der Marktsituation sowie nach den Fähigkeiten und Möglichkeiten des betreffenden Unternehmens wahrscheinlich sein, daß es demnächst aktuellen Wettbewerb aufnehmen wird.“* (DE-R 3192).

Weiter meint das OLG Düsseldorf: *„Maßgeblich hierfür ist, daß sich der künftige Markteintritt aufgrund objektiver und nachprüfbarer Anhaltspunkte unter Gesamtbeachtung aller maßgeblichen Umstände des relevanten Marktes, vor allem der Marktzutrittsschranken, der Ressourcen des in Betracht gezogenen Unternehmens und dessen Geschäftspolitik, als realistische und nahe liegende Möglichkeit darstellt.“* (DE-R 3192 f.).

Nach diesem Maßstab prüft das OLG Düsseldorf sodann den Sachverhalt und kommt zu dem Ergebnis, daß mit der Aufnahme aktuellen Wettbewerbs kaum zu rechnen ist, weil dies *„weder wirtschaftlich zweckmäßig noch kaufmännisch vernünftig“* wäre, solange die Beteiligten durch den Kooperationsvertrag gebunden sind (DE-R 3193).

An dieser Stelle ließe sich nun die Frage aufwerfen, ob es zulässig ist, den **Kooperationsvertrag** bei der fusionskontrollrechtlichen Betrachtung **überhaupt zu berücksichtigen**. Das Amt war hier der Auffassung, daß dieser Vertrag das Eindringen in die anderen Märkte möglicherweise verhindere, weil es **wirtschaftliche Anreize zu aktuellem Wettbewerb auf den anderen Märkten dämpfe**. Daher könne er im Rahmen der Fusionskontrolle *„nicht als neutrale Tatsache berücksichtigt werden“* (so das BKartA, wiedergegeben in DE-R 3194).

Das OLG Düsseldorf meint zu dieser These jedoch, daß es nicht in Betracht komme, diesen Vertrag einfach auszublenden. Vielmehr weist der Kartellsenat darauf hin, daß dieser Kooperationsvertrag nach dem damaligen Prüfungsergebnis der Landeskartellbehörde wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden war und auch das BKartA im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens keine Gründe dafür angegeben hatte, daß bzw. weshalb dieser Kooperationsvertrag gegen § 1 GWB verstoße. Dies zugrunde gelegt, müsse daher die Kooperation als relevante Tatsache bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung berücksichtigt werden (DE-R 3195).

Sodann wendet sich das OLG Düsseldorf der Frage zu, ob mit einer gegenseitigen Markteindringung zu rechnen wäre, wenn die Parteien sich nicht zusammenschlossen und künftig ihre Zeitungsk Kooperation aufgaben (DE-R 3195 f.). Insoweit stellt das OLG Düsseldorf folgenden Prüfungsmaßstab auf: *„Auch dann ist der Prognose der vom BGH geforderte strenge Maßstab zugrunde zu legen, d.h. es genügt nicht, die rein theoretische Möglichkeit einer solchen Wettbewerbsentwicklung, vielmehr muß die durch konkrete Tatsachen gestützte Wahrscheinlichkeit der künftigen Aufnahme von Wettbewerb zwischen den Zusammenschlußbeteiligten begründet sein, wenn der Zusammenschluß nicht vollzogen wird.“* (DE-R 3195).

Nach diesem Maßstab war nach den Feststellungen des Gerichts vorliegend vom BKartA nicht hinreichend begründet, daß eine solche Entwicklung zu erwarten wäre. Vielmehr sprach nach dem Dafürhalten des Kartellsenats einiges für die Annahme, daß es auch ohne den Zusammenschluß bei der bisherigen Marktstruktur bleiben würde. Somit war nicht hinreichend begründet, daß der Zusammenschluß kausal zur Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung geführt hätte. Damit

lagen die Untersagungsvoraussetzungen nicht vor. Somit war die Verfügung des BKartA materiell rechtswidrig und die Untersagung aufzuheben.