

## Fall 1<sup>1</sup>

Die P-AG (weltweiter Umsatz 10 Mrd. Euro, davon 350 Mio. Euro in der EU, aber nicht mehr als 2/3 in einem Mitgliedstaat) entwickelt, produziert, vermarktet und verkauft Sportwagen und sog. SUVs (sportliche Geländewagen). Die V-AG (weltweiter Umsatz 15 Mrd. Euro, davon 400 Mio. Euro in der EU, aber nicht mehr als 2/3 in einem Mitgliedstaat) produziert PKW in allen Marktsegmenten, u.a. auch Sportwagen und SUVs, aber auch andere Fahrzeuge (Kleinwagen, Minis, etc.). Wegen des scharfen Wettbewerbs sind Preiserhöhungen auf den Märkten für Sportwagen und SUVs kaum ohne Absatzverluste durchzusetzen. Neben PKW bieten die P-AG und die V-AG jeweils auch Ersatzteile (nur) für von ihnen produzierte Fahrzeuge an; zu anderen Fahrzeugen passen diese nicht.

Die P-AG hält derzeit 30,6% des stimmberechtigten Kapitals der V-AG. Die Hauptversammlungspräsenz bei der V-AG war in den vergangenen Jahren so niedrig, dass bereits 33% der Gesamtzahl an Aktien für eine Mehrheit der anwesenden Stimmen genügte. Größter Aktionär der V-AG neben der P-AG ist das Bundesland N, welches 20,08% der stimmberechtigten Aktien hält. Im Zeitpunkt des Anteilserwerbs durch die P-AG hatte das Bundesland N Sonderrechte, die durch Gesetz und Satzung abgesichert waren. Dazu gehörte ein Höchststimmrecht von 20% (d.h. niemand durfte mehr als 20% der Stimmen ausüben), ein besonderes Entsenderecht bzgl. 2 Aufsichtsratsmitgliedern und ein Vetorecht für Aktionäre mit einer Beteiligung von über 20% bzgl. Satzungsänderungen. Nachdem der EuGH die gesetzliche Regelung im Jahr 2007 für europarechtswidrig erklärt hatte, wurden die Anwendung der Stimmrechtsbeschränkung auf 20% und das Recht, jeweils zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, ausdrücklich aufgehoben. Die Sperrminorität von 20% besteht jedoch bis heute. Der Vorstand der P-AG plant, weitere 4,92% des stimmberechtigten Kapitals der V-AG zu erwerben, um so insgesamt 35,52% zu halten.

Beide Unternehmen erreichen auf dem Teilmarkt für SUVs in der Summe EWR-weit einen Marktanteil von insgesamt 5%, wovon weniger als 1% auf die P-AG entfällt. In keinem Mitgliedstaat würde der gemeinsame Marktanteil der P-AG und der V-AG 15% übersteigen.

Auf dem Teilmarkt für Sportwagen haben die Unternehmen zusammen EWR-weit einen gemeinsamen Marktanteil von 30%, von denen 10% auf die P-AG entfallen. In Dänemark läge der gemeinsame Marktanteil sogar bei 45%, in Deutschland immerhin bei 37%. Dort sind aber auch vor allem die D-AG sowie die B-AG mit Anteilen von bis zu 20% stark vertreten.

Eine Marktuntersuchung hat Sportwagenkunden hohes Markenbewusstsein attestiert: Interessenten, die einen dezenten Sportwagen suchten, würden eher Fahrzeuge der P-AG (oder der D-AG) erwerben, aber wegen des hohen Aufmerksamkeitsfaktors keine Fahrzeuge der V-AG oder der italienischen F N.V. kaufen. Umgekehrt würden Liebhaber von Fahrzeugen der F N.V. zwar notfalls auf Fahrzeuge der V-AG wechseln, wenn die Sportwagen der F N.V. teurer würden, hielten aber Fahrzeuge der P-AG keinesfalls für einen geeigneten Ersatz.

- 1. Muss die P-AG den Kauf der zusätzlichen 4,92% bei der EU-Kommission genehmigen lassen?**
- 2. Unterstellt, der Kauf fällt unter die Aufgreifkriterien – würde die EU-Kommission den Zusammenschluss ohne Auflagen freigeben?**

---

<sup>1</sup> Nach EU-Kommission, Entscheidung v. 23.7.2008, COMP/M.5250 – Porsche/Volkswagen; basierend auf Thomas, Kolloquium zum Kartellrecht im Sommersemester 2012, Fall 2, [https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/thomas/archiv/ss-2012/kolloquium-ss-2012/fall-2-loesung](https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/thomas/archiv/ss-2012/kolloquium-ss-2012/fall-2-loesung).

## Fall 2

Die Lebensmittelhandelskette P-AG mit Sitz in Deutschland (weltweiter Umsatz 2017 3,7 Milliarden Euro, davon 1,65 Milliarden in Deutschland) vereinbart mit der Investorengruppe S, 29,8 % der Geschäftsanteile der H-GmbH (Umsatz 580 Millionen Euro, davon 200 Millionen in der Ukraine, 200 Millionen in der Türkei und 180 Millionen in Deutschland) zu erwerben, die Bioprodukte herstellt. Neben der P-AG und der auch künftig mit 24,8% beteiligten Investorengruppe S ist an der H-GmbH noch die I-GmbH mit 50,4 % beteiligt. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft werden notariell beurkundet. Darüber hinaus wird eine Satzungsänderung beschlossen und beurkundet, wonach die P-AG zwei der sechs Aufsichtsratsmitglieder der nicht von Arbeitnehmern mitbestimmten H-GmbH unmittelbar bestimmen darf. Um keine Unruhe auf dem Kapitalmarkt und bei den Mitarbeitern zu verursachen, gibt die P-AG folgende Pressemitteilung heraus: „Die P-AG und die H-GmbH arbeiten ab sofort noch enger zusammen. Die Beschäftigten beider Unternehmen werden von einer erheblichen Stärkung der Marktposition profitieren. Die P-AG wird damit zum deutschlandweiten Marktführer für Bioprodukte. Mit einer baldigen Genehmigung durch die EU-Kommission wird gerechnet.“ In der Folge wird die Anmeldung des Zusammenschlusses vorbereitet.

### Droht S eine Geldbuße für dieses Verhalten?

## Fall 3<sup>2</sup>

Die A-AG (Umsatz 50 Mio. Euro pro Jahr) gibt eine regionale Abonnement-Tageszeitung in der süddeutschen Stadt X heraus. Die B-AG (Umsatz 60 Mio. Euro pro Jahr) gibt eine vergleichbare Zeitschrift in der Stadt Y heraus. Weil die Zeitungen sich spezifisch auf die jeweilige Stadt und Umgebung beziehen, überschneiden sich ihre Kundenkreise nicht. Neben den Abonnementgebühren erzielen die A-AG und die B-AG Umsätze mit Anzeigenkunden. Keines der Unternehmen ist außerhalb Deutschlands tätig. Neben den regionalen Abonnement-Tageszeitungen von A und B existieren in den Städten X und Y noch Straßenverkaufszeitungen mit regionalem Teil (z.B. Bild-Zeitung), reine Anzeigenblätter, überregionale Tageszeitungen (FAZ, Süddeutsche etc.), amtliche Gemeinde-Blätter sowie lokale Szenemagazine, in denen über neuere Restaurants, Konzerte etc. berichtet wird. Daneben informieren sich die Bürger in X und Y im Internet über lokale und regionale Vorgänge, wo sie auch Werbung lokaler Anbieter sehen. Auf Grundlage einer Kooperationsvereinbarung zwischen A, B und weiteren Verlagen haben alle Beteiligten Zugriff auf einen einheitlichen „Zeitungsmantel“ zu überregionalen Themen, um diesen in ihre regionalen Tageszeitungen einfügen zu können. Grund hierfür ist, dass viele regionale Abonnement-Tageszeitungen aus Kostengründen nur den Lokalteil selbst gestalten können. Die Kooperationsvereinbarung hat zudem eine zentrale Vermarktungsstelle für die Mitglieder geschaffen, über die Anzeigenaufträge von Werbekunden auf die einzelnen regionalen Abonnement-Tageszeitungen verteilt werden. Die Kunden haben so nur einen zentralen Ansprechpartner und es werden Kosten gespart. Der Kooperationsvertrag ist kartellrechtlich unbedenklich.

Die A-AG beabsichtigte, 100% der Aktien der B-AG zu erwerben. Das BKartA untersagte jedoch den Zusammenschluss, da er zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf dem **Lesermarkt für regionale Abonnement-Tageszeitungen** als auch auf dem **Anzeigenmarkt** führe. Nachweisbar haben A und B auf dem regionalen Anzeigenmarkt jeweils eine Marktstellung von deutlich über 40%; bei Abonnement-Tageszeitungen hätten sie

---

<sup>2</sup> Nach OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010, WuW/E DE-R 3173 – Anzeigengemeinschaft, basierend auf Thomas, Kolloquium zum Kartellrecht im Sommersemester 2012, Fall 8, [https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/thomas/archiv/ss-2012/kolloquium-ss-2012/fall-8-loesung](https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/thomas/archiv/ss-2012/kolloquium-ss-2012/fall-8-loesung).

sogar ein Monopol. Zwar handele es sich um jeweils geographisch unterschiedliche Märkte, jedoch sichere der Zusammenschluss die Marktstellung von A und B in X und Y ab, indem potentieller Wettbewerb ausgeschlossen wird. Immerhin sei es denkbar, dass künftig A im Marktgebiet des B oder umgekehrt B im Marktgebiet des A tätig werde. Dieses potentielle Wettbewerbsverhältnis wirke derzeit disziplinierend auf die Marktaktivitäten des jeweils anderen und würde bei einer Fusion entfallen.

A und B meinen hingegen, dass sie weder auf den Leser- noch auf den Anzeigenmärkten eine beherrschende Stellung hätten:

- Auf dem **Lesermarkt** seien regionale Abonnement-Tageszeitungen aus Sicht der Leser mit Gemeindeblätter sowie Stadt- und lokale Szenemagazine austauschbar, da auch diese Informationen über die Region enthalten. Zudem seien Online-Informationsangebote zum sachlich relevanten Lesermarkt zu rechnen. Bei Berücksichtigung dieser Substitute liege der Marktanteil von A und B deutlich unter einem Drittel. Weitergehend seien aber auch überregionale Tageszeitungen einzubeziehen, da sich deren Informationsgehalt ebenfalls überwiegend, insb. in Bezug auf die Berichterstattung über Themen von bundesweiter oder internationaler Bedeutung, mit regionalen Abonnement-Tageszeitungen decke.
- Auf dem **Anzeigenmarkt** stelle es für einen Anzeigenkunden keinen relevanten Unterschied dar, ob seine Werbung in einer regionalen Abonnement-Tageszeitung, in einem Stadtmagazin oder im Internet veröffentlicht wird. An diesem Gesamtmarkt hätten A und B daher Anteile von deutlich unter einem Drittel.

Der Zusammenschluss würde auch nicht zur Beseitigung eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses führe. Es existiere schon jetzt **kein potentieller Wettbewerb** zwischen A und B. Ein Eindringen in den anderen Markt ergäbe wirtschaftlich weder für A noch für B Sinn. Da A und B Mitglieder in der Kooperationsvereinbarung seien, bestehe keine Notwendigkeit, durch eine Ausweitung der eigenen Aktivitäten in fremden Märkten weitere Skaleneffekte zu erzielen. Es sei angesichts der Vorteile bei der Anzeigenkoordination und der Erstellung des Mantels unabhängig von der Fusion nicht beabsichtigt, künftig aus der Kooperation auszusteigen. Soweit man die erstmalige Begründung einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht zieht, würde die Beseitigung vermeintlichen potentiellen Wettbewerbs zudem nicht genügen.

**Wie wird das OLG Düsseldorf über die fristgerecht eingelegte Beschwerde von A und B entscheiden?**

## Lösung zu Fall 1

**Frage 1: Der Anteilskauf ist nach Art. 4 Abs. 1 FKVO anzuzeigen und nach Art. 2 Abs. 2 FKVO zu genehmigen, soweit ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 FKVO vorliegt und die Umsatzschwellen nach Art. 1 FKVO erreicht sind.**

- I. Ein **Zusammenschluss** liegt bei einer Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO) oder einem Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO) vor. Hier kommt nur ein Kontrollerwerb (in Form des Anteilserwerbs) in Betracht. Allerdings hat die P-AG nur eine Minderheitsbeteiligung erworben. Für eine gemeinsame Kontrolle mit dem Bundesland N ist hier nichts ersichtlich, beide Aktionäre agieren unabhängig voneinander. In Betracht kommt also nur alleinige Kontrolle durch eine Beteiligung von 35,5%.
1. Im Aktienrecht gilt grds. das Erfordernis einer **relativen Mehrheit der abgegebenen Stimmen** (§ 133 Abs. 1 AktG). Mit 35,5% hat man damit weder bei Personalentscheidungen (Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, §§ 119 Abs. 1 Nr. 1, 101 AktG) noch bei der Vermögensverwendung (§§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 58 AktG) eine maßgebliche Einflussmöglichkeit.
  2. Etwas anderes könnte sich hier aber durch die **geringe Hauptversammlungspräsenz** bei der V-AG ergeben.<sup>3</sup> Soweit auf der Hauptversammlung weniger als 100% der stimmberechtigten Aktionäre anwesend sind, ist allein die Mehrheit der vertretenen Stimmen maßgeblich. Laut Sachverhalt stellten bereits 33% in der Vergangenheit regelmäßig eine absolute Mehrheit dar und genügten für die oben genannten Entscheidungen. Damit hat die P-AG maßgeblichen tatsächlichen Einfluss auf die V-AG.
  3. Allerdings könnte dieser Einfluss durch das **VW-Gesetz bzw. die Satzungsregelungen** begrenzt worden sein. Ursprünglich bewirkte dieses Gesetz, dass trotz 33%-Beteiligung nur 20% der Stimmen ausgeübt werden konnten und zudem bestimmte Aufsichtsratsmandate unabhängig von der Beteiligungshöhe durch das Land N bestimmt werden durften. Damit war der Einfluss der Aktionäre gesetzlich vermindert und das Land N stets allein beherrschend. Jedoch ist dieses Gesetz weitgehend vom EuGH aufgehoben worden. Insoweit bestehen die bisherigen Sonderrechte weitgehend nicht mehr, so dass die Macht des Landes N vermindert wurde. Die Sperrminorität gegen Satzungsänderungen (20% wirken wie 25%) blieb aber aufrechterhalten. Derartige Satzungsänderungen haben zwar (etwa bei Kapitalerhöhungen) große Bedeutung für das Unternehmen. Auf das tägliche Verhalten im Wettbewerb haben sie jedoch nur geringen Einfluss; zudem sind Satzungsänderungen schon wegen des damit verbundenen Aufwands Grundlagenentscheidungen. Daher vermittelt ein bloß negatives Vetorecht in Form einer 25%- (bzw. 20%-) Sperrminorität noch keine Kontrolle. Etwas anderes würde nur gelten, wenn im Einzelfall sämtliche kontrollrelevante Faktoren unter den Zustimmungsvorbehalt

---

<sup>3</sup> Konsolidierte Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen v. 10.7.2008 Ziffer 59: Ein Minderheitsgesellschafter kann auch faktisch allein ein Unternehmen kontrollieren. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es angesichts des Umfangs seiner Beteiligung und unter Berücksichtigung der Anzahl der Gesellschafter, die in früheren Jahren an Hauptversammlungen teilgenommen haben, sehr wahrscheinlich ist, dass er in den kommenden Hauptversammlungen eine Mehrheit bekommen wird.“ Unter Hinweis auf Sache IV/M.343, Société Générale de Belgique/Générale de Banque (3. August 1993); Sache COMP/M.3330, RTL/M6 (12. März 2004); Sache IV/M.159, Mediobanca/Generali (19. Dezember 1991).

dieses Minderheitsgesellschafters fallen würden, was in der Aktiengesellschaft jedoch wegen § 23 Abs. 5 AktG schon gesetzlich nicht möglich ist. Eine Blockademöglichkeit nur hinsichtlich (weniger) Grundlagenentscheidungen genügt daher nicht für Kontrolle i.S.v. FKVO (siehe auch die Parallelwertung im deutschen Konzernrecht der §§ 17, 18 AktG).<sup>4</sup>

4. Schließlich steht einem Kontrollerwerb auch nicht entgegen, dass die P-AG bereits zuvor 30% hatte und damit ggf. **maßgeblichen Einfluss schon vor dem Anteils-erwerb ausüben konnte**. Nach dem Sinn und Zweck der Fusionskontrolle muss auch eine Verstärkung und Absicherung der Position unter den Tatbestand fallen.

Daher hat die P-AG alleinige Kontrolle über die V-AG erworben.

- II. Eine **aufdrängende Verweisung** an die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 oder Art. 22 FKVO ist nicht erfolgt.
- III. Der Anteilserwerb müsste daher **gemeinschaftswerte Bedeutung** haben, d.h. er müsste die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 FKVO überschreiten. Die beteiligten Unternehmen haben einen weltweiten Gesamtumsatz von 25 Milliarden Euro, d.h. mehr als die nach Art. 1 Abs. 2 lit. a FKVO erforderlichen 5 Milliarden Euro. Die Unternehmen haben 350 Mio. Euro und 400 Mio. Euro Umsatz in der EU und damit „jeweils“ mehr als die nach Art. 1 Abs. 2 lit. b FKVO erforderlichen 250 Mio. Euro. Schließlich erzielt weder die P-AG noch die V-AG mehr als 2/3 ihres gemeinschaftswerten Umsatzes in nur einem Mitgliedstaat.
- IV. Auch eine **abdrängende Verweisung** an die Behörde eines Mitgliedstaates nach Art. 4 Abs. 4 oder Art. 9 FKVO ist hier nicht ersichtlich.

**Daher ist der Erwerb der zusätzlichen Aktien genehmigungsbedürftig durch die EU-Kommission.**

#### Frage 2:

**Nach Art. 2 Abs. 3 FKVO wird die Kommission den Zusammenschluss nur untersagen, soweit wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde (= Significant Impediment to Effective Competition – kurz: SIEC), insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.**

Insoweit ist nach den einzelnen Märkten zu differenzieren, auf denen die P-AG und die V-AG tätig sind.

1. Zunächst sind beide Gesellschaften auf einem „**Markt für Ersatzteile**“ tätig.
  - a. Dieser Markt ist zunächst sachlich und räumlich **abzugrenzen**.

---

<sup>4</sup> Kons. Mitt. Zust. Tz. 66: „Diese Vetorechte müssen sich auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen. Dieser übliche Rechtsschutz für Minderheitsgesellschafter gilt für Entscheidungen, die das Wesen des Gemeinschaftsunternehmens berühren, wie Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen oder Liquidation. Ein Vetorecht beispielsweise, mit dem ein Verkauf oder eine Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens verhindert werden kann, gibt dem Minderheitsgesellschafter noch keine gemeinsame Kontrolle.“

- aa. In **sachlicher Hinsicht** kann eine Marktabgrenzung qualitativ oder quantitativ erfolgen.
- (1) Eine **qualitative Marktabgrenzung** erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept. Es ist also zu fragen, welche Eigenschaften aus Sicht der Marktgegenseite maßgeblich sind und durch welche Substitute diese gegebenenfalls zu ersetzen sind. Marktgegenseite ist hier regelmäßig nicht der Endkunde, also der Eigentümer des PKW, sondern eine mit der Reparatur oder Wartung beauftragte Werkstatt. Ersatzteile für PKW sollen defekte Originalteile ersetzen. Die von der P-AG und der V-AG hergestellten Ersatzteile sind laut Sachverhalt nicht zueinander kompatibel. Aus Sicht der Marktgegenseite sind sie damit auch nicht austauschbar, da stets nur ein bestimmtes Auto repariert werden soll. Damit handelt es sich bei den beiden Ersatzteilen um separate Märkte. Demgegenüber werden die Abnehmer durchaus Ersatzteile von dritter Hand (also von anderen Herstellern) in Betracht ziehen, soweit diese kompatibel sind. Jedoch haben Originalersatzteile einen besseren Ruf und erhalten den Wiederverkaufswert. Daher sind Originalersatzteile auch nicht vollständig durch Ersatzteile von Drittherstellern zu substituieren.
  - (2) Dies bestätigt auch eine **quantitative Betrachtung** (sog. SSNIP-Test): Bei einer geringfügigen, aber relevanten nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung würden die Kunden trotzdem nicht die Ersatzteile des jeweils anderen Herstellers erwerben. Eine relevante Preiserhöhung wird jedoch einige Kunden zum Erwerb von günstigeren Ersatzteilen aus dritter Hand bringen.
- bb. In **räumlicher Hinsicht** ist bei kleinen, transportablen Ersatzteilen ein gemeinschaftsweiter, ggf. sogar weltweiter Markt anzunehmen. Für Beschränkungen auf einzelne Mitgliedstaaten gibt es keinen Hinweis; vielmehr werden die typischen Abnehmer von Ersatzteilen (Werkstätten, Fachbetriebe) oftmals per Internet bestellen und so grenzüberschreitend tätig werden.<sup>5</sup>

Damit sind die P-AG und die V-AG in Bezug auf Ersatzteile auf verschiedenen Märkten tätig. Es liegt insoweit kein horizontaler, sondern nur ein konglomerater Zusammenschluss vor.

- b. Auf diesen Märkten (Ersatzteile für Fahrzeuge der P-AG und Ersatzteile für Fahrzeuge der V-AG) könnte nach dem Zusammenschluss eine **marktbeherrschende Stellung der P-AG begründet oder verstärkt** worden sein. Da es sich um separate Märkte handelt, sind die Marktanteile nicht zu addieren. Im Hinblick auf den (engeren) Markt für Originalersatzteile bleiben die Marktanteile unverändert; auch im Hinblick auf den Gesamtmarkt (einschließlich Drittanbieter) ist keine Verschiebung zu erwarten. Zwar ist denkbar, dass die P-AG und die V-AG langfristig ihre Ersatzteile vereinheitlichen – eine so weitgehende Zukunftsperspektive muss jedoch bei der Beurteilung außer Betracht bleiben. Damit wird eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt.
- c. Allerdings könnte der Zusammenschluss **wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern**. In Betracht

<sup>5</sup> Das kann man auch anders sehen; letztlich kommt es darauf aber hier auch nicht an.

kommt hier vor allem eine Stärkung der Machtposition durch technische Schutzrechte (Patente), welche die Produktion von Substituten durch Dritte verhindert. Zudem sind Ersparnisse durch Synergieeffekte zu erwarten. Schließlich mag es *spill over*-Effekte durch nunmehr mögliche Technologietransfers geben. Im konkreten Fall handelt es sich jedoch nur um abstrakte Risiken, für die es keine konkreten Hinweise gibt. Auch bei anderen großen Automobilunternehmen haben diese Möglichkeiten nicht zu einer signifikanten Gefährdung des Wettbewerbs auf dem Ersatzteilmarkt geführt. Damit scheidet jedenfalls eine „erhebliche“ Behinderung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss aus.

Damit ist der Zusammenschluss auf dem Markt für Ersatzteile unbedenklich.

2. Darüber hinaus sind beide Gesellschaften auf einem „**Markt für SUVs**“ tätig.
  - a. Dieser Markt ist zunächst sachlich und räumlich **abzugrenzen**.
    - aa. In **sachlicher Hinsicht** kann eine Marktabgrenzung qualitativ oder quantitativ erfolgen.
      - (1) Eine **qualitative Marktabgrenzung** erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept. Es ist also zu fragen, welche Eigenschaften aus Sicht der Marktgegenseite maßgeblich sind und durch welche Substitute diese gegebenenfalls zu ersetzen sind. Marktgegenseite sind hier die Käufer von PKW. SUVs unterscheiden sich dabei in wesentlichen Eigenschaften von anderen Fahrzeugen wie Limousinen, Kleinwagen („Minis“) und Sportwagen, insb. im Design, im Preis und in den möglichen Anwendungsgebieten. Daher kann ein SUV nicht durch ein anderes Fahrzeug ersetzt werden. Nach den Angaben im Sachverhalt ist jedoch bei SUVs (anders als bei Sportwagen) der Hersteller nicht von zentraler Bedeutung, so dass SUVs der V-AG durch SUVs der P-AG ausgetauscht werden können.
      - (2) Dies bestätigt auch eine **quantitative Betrachtung** (sog. SSNIP-Test): Bei einer geringfügigen, aber relevanten nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung würden die Interessenten für einen SUV trotzdem nicht auf einen Sportwagen, einen Mini oder eine Limousine ausweichen. Bei der Entscheidung für einen Anbieter spielt der Preis jedoch eine erhebliche Rolle – eine Preiserhöhung der P-AG würde der V-AG einen Kundenzuwachs bescheren und umgekehrt.
    - bb. In **räumlicher Hinsicht** erfolgt der Kauf regelmäßig vor Ort bei einem Händler; eine Bestellung im Fernabsatz ist unüblich. Der Grund hierfür ist oftmals ein Bedarf nach Beratung, Probefahrten, etc. Bestätigt wird dies durch die tatsächlichen Preisunterschiede für PKW in verschiedenen Mitgliedstaaten – wäre der Markt vollständig durchlässig wäre eine Vereinheitlichung der Preise praktisch unausweichlich, da die Kunden überwiegend von billigeren Bezugsquellen kaufen würde. Daher handelt es sich hier um national begrenzte Märkte.<sup>6</sup>

Damit sind die P-AG und die V-AG in Bezug auf SUVs auf identischen Märkten tätig.

---

<sup>6</sup> In der Praxis lässt die Kommission den räumlichen Markt oft zunächst offen und prüft den hypothetisch engsten Markt. Soweit schon dort keine Behinderung oder Marktmacht vorliegt, ist eine weitere Abgrenzung nicht erforderlich.

Es liegt insoweit ein horizontaler Zusammenschluss vor.

- b. Auf diesen Märkten (nationale Märkte für SUVs) könnte nach dem Zusammenschluss eine **marktbeherrschende Stellung der P-AG begründet oder verstärkt** worden sein. Bei einem Marktanteil von 15% ist jedoch eine Marktbeherrschung nur bei besonderen Umständen zu bejahen (regelmäßig wird sie ab 40% vermutet). Derartige Anhaltspunkte gibt es hier nicht. Vielmehr gibt es laut Sachverhalt durchaus marktstarke Konkurrenten und intensiven Wettbewerb. Auch für eine gemeinsame Marktbeherrschung mit anderen Unternehmen gibt es hier nicht.
- c. Allerdings könnte der Zusammenschluss **wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern**. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die nach dem Zusammenschluss neu entstehende wirtschaftliche Einheit einen größeren einseitigen Verhaltensspielraum hat als die bislang separat agierenden Unternehmen. Insoweit ist eine erhebliche Behinderung nicht zu erwarten.
3. Darüber hinaus sind beide Gesellschaften auf einem „**Markt für Sportwagen**“ tätig.
- a. Dieser Markt ist zunächst sachlich und räumlich **abzugrenzen**.
- aa. In **sachlicher Hinsicht** kann eine Marktabgrenzung qualitativ oder quantitativ erfolgen.
- (1) Eine **qualitative Marktabgrenzung** erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept. Es ist also zu fragen, welche Eigenschaften aus Sicht der Marktgegenseite maßgeblich sind und durch welche Substitute diese gegebenenfalls zu ersetzen sind. Marktgegenseite sind hier die Käufer von PKW. Sportwagen unterscheiden sich dabei in wesentlichen Eigenschaften von anderen Fahrzeugen, insb. im Design, im Preis und in den möglichen Anwendungsgebieten. Daher kann ein Sportwagen nicht durch ein anderes Fahrzeug ersetzt werden. Nach den Angaben im Sachverhalt ist jedoch bei Sportwagen (anders als bei SUVs) der Hersteller von zentraler Bedeutung. So wird auf dem Markt zwischen „auffälligen“ und „unauffälligen“ Sportwagen differenziert. Damit sind die Fahrzeuge der V-AG und diejenigen der P-AG nicht austauschbar. Es handelt sich also um separate Märkte.
- (2) Dies bestätigt auch eine **quantitative Betrachtung** (sog. SSNIP-Test): Laut Sachverhalt hat die Marktbefragung ergeben, dass bei einer geringfügigen, aber relevanten nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung die Interessenten für einen Sportwagen trotzdem nicht auf einen Sportwagen des jeweils anderen Herstellers ausweichen würden.
- bb. In **räumlicher Hinsicht** erfolgt der Kauf regelmäßig vor Ort bei einem Händler; eine Bestellung im Fernabsatz ist unüblich. Der Grund hierfür ist oftmals ein Bedarf nach Beratung, Probefahrten, etc. Bestätigt wird dies durch die tatsächlichen Preisunterschiede für PKW in verschiedenen Mitgliedstaaten – wäre der Markt vollständig durchlässig wäre eine Vereinheitlichung der Preise praktisch

unausweichlich, da die Kunden überwiegend von billigeren Bezugsquellen kaufen würde. Daher handelt es sich hier um national begrenzte Märkte.<sup>7</sup>

Damit sind die P-AG und die V-AG in Bezug auf Sportwagen auf verschiedenen Märkten tätig. Es liegt insoweit kein horizontaler, sondern nur ein konglomerater Zusammenschluss vor.

- b. Auf diesen Märkten (nationale Märkte für SUVs) könnte nach dem Zusammenschluss eine **marktbeherrschende Stellung der P-AG begründet oder verstärkt** worden sein. Ein gesamter Marktanteil von 45% in Dänemark spricht trotz der getrennten Märkte aufgrund der dennoch bestehenden Nähe der Produkte für eine Marktbeherrschung. Es ist also zu fragen, welche Auswirkungen der Zusammenschluss auf die Marktstruktur bei Sportwagen haben wird.<sup>8</sup> Hierzu ist zu fragen, ob die neu entstehende wirtschaftliche Einheit bei unverändertem Fortbestand des bisherigen Wettbewerbs durch die übrigen Unternehmen die Preise für ihre Produkte stärker erhöhen könnte, als dies ohne den Zusammenschluss der Fall wäre. Dies wäre der Fall, wenn die Produkte so nahe stünden, dass die Sportwagen der P-AG trotz fehlender Substitution letztlich das einzig denkbare „Ausweichprodukt“ für die Sportwagen der V-AG (oder umgekehrt) darstellen würden (sog. „*closest substitutes*“).<sup>9</sup> Aufgrund der im Verkehr wesentlichen unterschiedlichen Eigenschaften („Aufmerksamkeitsfaktor“) und des hohen Markenbewusstseins handelt es sich jedoch nicht um ein solches Ausweichprodukt. Auch für eine kollektive Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen gibt es keine Hinweise, vielmehr ist laut Sachverhalt von intensivem Wettbewerb mit der D-AG und der B-AG auszugehen. Daher wird eine marktbeherrschende Stellung nicht begründet oder verstärkt.
- c. Allerdings könnte der Zusammenschluss **wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern**. Zwar mag man hier an Synergieeffekte bei der Produktion, bei Forschung und Entwicklung und der Nutzung von Schutzrechten denken (unter Ausschluss von Konkurrenzunternehmen). Jedoch ist nicht ersichtlich, dass diese Effekte eine „erhebliche“ Behinderung zur Folge haben.

Damit besteht auf keinem der drei untersuchten Märkte die Gefahr einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

**Die Kommission wird den Zusammenschluss daher ohne Auflagen freigegeben (Art. 6 Abs. 1 lit. b) bzw. Art. 8 Abs. 1 AEUV FKVO).**

---

<sup>7</sup> In der Praxis lässt die Kommission den räumlichen Markt oft zunächst offen und prüft den hypothetisch engsten Markt. Soweit schon dort keine Behinderung oder Marktmacht vorliegt, ist eine weitere Abgrenzung nicht erforderlich.

<sup>8</sup> hierzu Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse („horizontal guidelines“), ABl. 2004 Nr. C 31/5.

<sup>9</sup> vgl. Erläuterung und Beispiel bei Kling/Thomas, Kartellrecht, § 9 Rn. 188 f.

## Lösung zu Fall 2

### A. Die Kommission kann nach Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO iVm Art. 7 FKVO ein Bußgeld gegen die P-AG verhängen, wenn diese einen Zusammenschluss unter Verstoß gegen Art. 7 FKVO vollzogen hat.

- I. Dazu müsste überhaupt ein **Zusammenschluss** vorliegen. Eine Fusion im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO scheidet hier aus. Jedoch könnte ein Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO erfolgt sein. Dazu müsste die P-AG nach dem Anteilserwerb und der Satzungsänderung die H-GmbH kontrollieren. Hier handelt es sich nur um eine Minderheitsbeteiligung (29,8%), wobei die I-GmbH mit 50,4% eine deutlich größere Mehrheit hat. Allerdings hat die P-AG unmittelbaren Einfluss auf die Besetzung der Organe, hier des Aufsichtsrates. Das Zusammenspiel dieser beiden Faktoren genügt nach Art. 3 Abs. 2 lit. b um „bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens zu gewähren“. Damit liegt ein Kontrollerwerb vor.<sup>10</sup>
- II. Allerdings müsste der Zusammenschluss auch **gemeinschaftswerte Bedeutung** im Sinne von Art. 1 Abs. 2 FKVO haben. Hier haben die beiden Unternehmen jedoch nur einen weltweiten Gesamtumsatz von 3,7 Milliarden Euro+580 Millionen Euro = 4,3 Milliarden Euro. Damit erreichen sie nicht den erforderlichen Betrag von 5 Milliarden Euro. Nach Art. 1 Abs. 3 FKVO genügt zwar ein weltweiter Gesamtumsatz von 2,5 Milliarden Euro. Allerdings überschreitet der Gesamtumsatz der H-GmbH nur in Deutschland mit 180 Millionen Euro den erforderlichen Betrag von 25 Millionen Euro. Alle anderen Staaten, in denen die H-GmbH tätig sind, sind keine EU-Mitgliedstaaten. Damit sind die Umsatzschwellen nicht erreicht.

Damit liegt kein Zusammenschluss von gemeinschaftswerte Bedeutung vor und das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO greift nicht ein.

**Daher darf die EU-Kommission im vorliegenden Fall kein Bußgeld verhängen.**

### B. Jedoch könnte das Bundeskartellamt nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 41 Abs. 1 S. 1 GWB ein Bußgeld verhängen, wenn die P-AG einen Zusammenschluss unter Verstoß gegen § 41 Abs. 1 S. 1 GWB vollzogen hat.<sup>11</sup>

- I. Dazu müsste zunächst ein **Zusammenschluss** vorliegen. Wie bereits oben geprüft liegt hier ein Fall des Kontrollerwerbs vor, der nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch im deutschen Recht erfasst ist.
- II. Es müssten die **Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB** erreicht sein. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB müssen die weltweiten Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen insgesamt 500 Millionen Euro überschreiten. Dies ist hier evident bei Umsätzen von 3,7 Milliarden Euro + 580 Millionen Euro der Fall. Ein beteiligtes Unternehmen muss mehr als 25 Millionen Euro erzielt haben, ein anderes mehr als 5 Millio-

<sup>10</sup> Dies kann man auch mit guten Gründen anders sehen. Dann würde die FKVO schon hier scheitern; man muss freilich trotzdem noch §§ 35 ff. GWB prüfen – dort wäre dann nicht § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB, sondern § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB anwendbar („sonstiger wettbewerblich erheblicher Einfluss“).

<sup>11</sup> Theoretisch käme auch ein Bußgeld nach österreichischem Recht in Betracht – dieses müssen Sie aber (schon mangels Vorhandensein der nötigen Gesetzestexte) nicht prüfen.

nen. Auch dies ist hier der Fall, die P-AG erzielt 1,65 Milliarden Umsatz in Deutschland, die H-GmbH 180 Millionen.

- III. Damit greift nach § 41 Abs. 1 S. 1 GWB ein grundsätzliches **Vollzugsverbot**. Dies gilt für den Zeitraum bis zur Anmeldung unabhängig davon, ob der Zusammenschluss nach § 36 GWB zu untersagen oder freizugeben wäre.<sup>12</sup> Für eine Ausnahme oder Befreiung ist hier nichts ersichtlich. Der Abschluss des notariellen Vertrages und die Änderung der Satzung stellen Vollzugsmaßnahmen dar. Der Umstand, dass diese grds. nichtig sind (§ 41 Abs. 1 S. 2 GWB) steht einem Verstoß nicht entgegen.

**Damit darf das Bundeskartellamt ein Bußgeld gegen die P-AG verhängen.**

---

<sup>12</sup> Insoweit ist die Lage ähnlich wie bei der „aufschiebenden Wirkung“ im Verwaltungsrecht.

### Lösung zu Fall 3

**Das OLG wird die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts aufheben, soweit die Beschwerde zulässig und begründet ist.**

- A. Die Beschwerde ist **zulässig**, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.
- I. Die Beschwerde ist nach § 63 Abs. 1 S. 1 GWB der **statthafte Rechtsbehelf** gegen Verfügungen der Kartellbehörde, zu denen auch die Untersagung nach § 36 Abs. 1 GWB gehört.
  - II. **Sachlich zuständig** für die Beschwerde ist nach § 63 Abs. 4 S. 1 der Kartellsenat am Oberlandesgericht (§ 91 S. 1 GWB).
  - III. Die **örtliche Zuständigkeit** richtet sich grundsätzlich nach dem Sitz des Bundeskartellamts (§ 63 Abs. 4 S. 1, 2. Halbsatz GWB). Das Bundeskartellamt sitzt in Bonn (§ 51 Abs. 1 S. 1 GWB). Bonn liegt im OLG Bezirk Köln, so dass eigentlich das OLG Köln zuständig wäre. Nach § 92 GWB können die Länder jedoch eine Zuständigkeitskonzentration durchführen. Dies hat das Land NRW durch die Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte und über die gerichtliche Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Energiewirtschaftsgesetz vom 30. August 2011 getan. Danach ist das Oberlandesgericht Düsseldorf örtlich zuständig.
  - IV. A und B sind als Antragsteller nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB Verfahrensbeteiligte und damit nach § 63 Abs. 2 S. 1 GWB **beschwerdebefugt**.
  - V. A und B müssen sich **durch einen Anwalt vertreten** lassen (§ 66 Abs. 5, 68 GWB).
  - VI. Die **Beschwerdefrist** von einem Monat (§ 66 Abs. 1 S. 1 GWB) wurde eingehalten.
  - VII. Auch die notwendige **Begründung** (§ 66 Abs. 4 GWB) liegt vor.

Damit ist die Beschwerde zulässig.

- B. Die Beschwerde ist **begründet**, soweit die Entscheidung des Bundeskartellamts unzulässig oder unbegründet war (§ 71 Abs. 2 S. 1 GWB).
- I. Die Verfügung wäre **formell rechtswidrig**, wenn bei Erlass der Untersagungsverfügung ein Verstoß gegen Zuständigkeit, Verfahren oder Form vorliegen würde.
    1. Das Bundeskartellamt war für den Erlass der Untersagungsverfügung **zuständig**, soweit die Aufgreifkriterien des § 35 GWB vorliegen.
      - a. Der angemeldete Vorgang müsste ein **Zusammenschluss** im Sinne von § 37 GWB sein.<sup>13</sup> Der Erwerb von 100% der Aktien an einem anderen Unternehmen stellt einen Anteilserwerb im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB dar. Ferner ist kumulativ ein Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB gegeben in Gestalt der alleinigen Kontrolle. Ein Zusammenschlusstatbestand ist somit erfüllt.
      - b. Das Vorhaben müsste die **Umsatzschwellen** des § 35 GWB überschreiten.<sup>14</sup> Beim Erwerb alleiniger Kontrolle sind beteiligte Unternehmen der Erwerber der

<sup>13</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 7 ff.

<sup>14</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 51 ff.

Kontrolle und das Unternehmen, über das Kontrolle erlangt wird.<sup>15</sup> Vorliegend sind also beteiligte Unternehmen A und B. Laut Sachverhalt erzielte A Umsatzerlöse von 50 Millionen Euro und B von 60 Millionen Euro, wobei die Umsätze allein in Deutschland generiert wurden. Allerdings ist die sog. „Presserechenklausel“ des § 38 Abs. 3 GWB zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Danach sind die Umsätze von A und B jeweils mit 8 zu multiplizieren. Damit hat A einen fiktiven Umsatz von 400 Millionen Euro, B einen Umsatz von 480 Millionen Euro. Zusammen erreichen beide somit 880 Millionen Euro und damit mehr als 500 Millionen Euro; zudem hat hier sogar jedes Unternehmen mehr als 25 Millionen Euro Umsatz in Deutschland. Damit sind die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB erfüllt.

- c. Das BKartA wäre gleichwohl nach § 35 Abs. 3 GWB unzuständig, wenn das Vorhaben unter die **europäische FKVO** fiel.<sup>17</sup> Ein Erwerb von 100% der Anteile würde die Erlangung alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 3 FKVO darstellen. Die Umsätze von insgesamt 110 Millionen Euro erreichen jedoch nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO. Eine Presserechenklausel gibt es in der FKVO nicht. Überdies ist bei den Umsatzschwellen der FKVO stets die sogenannte „Zweidrittel-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 nicht.

Damit hat das BKartA im Rahmen seiner Zuständigkeit gehandelt.

2. Für **Verfahrens- oder Formmängel** gibt es keine Hinweise.

II. Die Untersagungsverfügung wäre **materiell rechtmäßig**, wenn das Amt eine Ermächtigungsgrundlage hätte und deren Voraussetzungen erfüllt wären.

1. **Ermächtigungsgrundlage** für die Untersagung eines Zusammenschlusses ist § 40 GWB. Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vorlagen.<sup>18</sup>
2. Ein Zusammenschluss ist nach **§ 36 Abs. 1 GWB** zu untersagen, wenn durch diesen wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.
  - a. Zunächst sind die **sachlich und räumlich betroffenen Märkte** herauszuarbeiten. Auf den Zeitungs- und Zeitschriftenmärkten sind zwei Bereiche zu unterscheiden: Einerseits der Lesermarkt (auf dem eine Vergütung durch Abonnements oder Einzelkaufpreise erfolgt), andererseits der Anzeigenmarkt (auf dem eine Vergütung für die Schaltung einer Anzeige im Print-Erzeugnis erfolgt).
    - aa. Es ist zunächst der **Lesermarkt** sachlich abzugrenzen. Nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept ist zu fragen, welche Produkte

<sup>15</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 52 ff.

<sup>16</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 59 ff.

<sup>17</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 71.

<sup>18</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 72 ff.

nach den konkreten Bedürfnissen der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Lokale Abonnement-Tageszeitungen, überregionale Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen dienen unterschiedlichen Leserbedürfnissen und sind daher aus Sicht der Marktgegenseite nicht funktionell austauschbar.<sup>19</sup> Auch Gemeinde- und Anzeigenblättern sowie Stadt- und lokalen Szenemagazine bedienen andere Informationsbedürfnisse als Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung.<sup>20</sup> Schließlich sind Online-Informationsangebote nicht zum sachlich relevanten Lesermarkt hinzuzurechnen, da sich die Art der Benutzung von Printerzeugnissen einerseits und Internet-Informationen andererseits nach sehr unterschiedlichen Grundsätzen richtet. Während Printerzeugnisse auch „für kurze Zeit zur Hand genommen und gelesen werden“, verlangt die Internet-Nutzung auch unter Zuhilfenahme ausgereifter technischer Instrumente einen größeren Aufwand. Außerdem müssen Informationsgehalte im Internet „aktiv gesucht“ werden.<sup>21</sup> Hinzu kommt, dass die Internet-Angebote in der Regel kostenfrei sind und auch deshalb keine unmittelbare Alternative zu entgeltlichen Zeitungsabonnements darstellen. In räumlicher Sicht sind regionale und lokale Informationen in Abonnement-Tageszeitungen für den Leser der einen Stadt nicht mit solchen, die eine andere Stadt betreffen, austauschbar.<sup>22</sup>

- bb. Sodann ist der **Anzeigenmarkt** sachlich abzugrenzen. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist zu fragen, inwieweit die genannten Print-Erzeugnisse aus Sicht der Marktgegenseite (der Anzeigenkunden) austauschbar sind. Insoweit besteht ein einheitlicher Markt für Abonnement-Tageszeitungen, Straßenverkaufszeitungen und Anzeigenblätter, soweit sie mit den lokalen bzw. regionalen Abonnement-Tageszeitungen im wesentlichen deckungsgleiche Anzeigenbewegungseinheiten anbieten.<sup>23</sup> Stadtmagazine erreichen hingegen einen anderen Leserkreis als Abonnement-Tageszeitungen. Stadtmagazine werden von Personen gelesen, die ein spezifisches Interesse an kulturellen Aktivitäten und Ausgelmöglichkeiten haben, während Abonnement-Tageszeitungen von einer breiteren Leserschaft konsumiert werden. Zudem erscheinen Stadtmagazine üblicherweise seltener, so dass sie sich für tagesaktuelle Werbeaktionen nicht eignen. Auch die Möglichkeit der Internet-Werbung ist ein anderer Markt.<sup>24</sup> Die Nutzungsweise des Internet unterscheidet sich stark von der einer Abonnement-Tageszeitung und anderen Print-Erzeugnissen. Werbeanzeigen im Internet werden eher flüchtig wahrgenommen und erreichen nicht dieselbe Aufmerksamkeit wie Print-Werbung. Daran ändert auch

---

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3181.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3181.

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3182 f.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3186.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3183.

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3184.

der Umstand, dass die Werbeeinnahmen im Printbereich insgesamt sinken, im Onlinebereich jedoch steigen nichts.<sup>25</sup> Es handelt sich um eine bloße „komplementäre Bedarfsdeckung“ im Sinne einer (entfernten) Substitutionsbeziehung.<sup>26</sup> In räumlicher Hinsicht umfasst der Markt nur das jeweilige regionale Verbreitungsgebiet der betroffenen Zeitungsblätter.<sup>27</sup> Anzeigenkunden, die in derartigen Print-Erzeugnissen Anzeigen schalten, wollen eine bestimmte regionale Lesergruppe erreichen. 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.

- b. In einem zweiten Schritt sind die **Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb** zu untersuchen. Insoweit wird zwischen horizontalen, vertikalen und den so genannten konglomeraten Effekten unterschieden.<sup>28</sup> Ein horizontaler Zusammenschluss läge vor, wenn die Unternehmen auf demselben relevanten Markt tätig sind, so dass es zu einer Marktanteilsaddition kommt. Hier handelt es sich jedoch um regional getrennte sachlich relevante Leser- und Anzeigenmärkte. Nur wenn man auch überregionale Tageszeitungen in den Markt einbezogen hätte, wären A und B Konkurrenten auf einem deutschlandweiten Markt. Ein vertikaler Zusammenschluss läge vor, wenn sich unmittelbar vor- oder nachgelagerte Marktstufen verbinden. A und B sind jedoch auf sachlich identischen, aber räumlich getrennten Märkten aktiv. Damit handelt es sich um einen sog. konglomeraten Zusammenschluss. Nachteilige konglomerate Effekte sind insbesondere Ressourcenstärkung, technische spill-over-Effekte, Portfolio-Effekte oder der Fortfall potentiellen Wettbewerbs.
- aa. Bevor auf die konglomerate Effekte des vorliegenden Zusammenschlusses eingegangen werden kann ist zu prüfen, ob bei Zugrundelegung dieser Marktanteile bereits eine marktbeherrschende Stellung von A und B bestand bzw. wie stark diese war. Da es gilt, bestehenden Restwettbewerb zu schützen oder potentiellen Wettbewerb nicht zu entmutigen, müssen bei stärkerer **Marktstellung der Beteiligten** besonders große Fusionsvorteile zu erwarten sein.<sup>29</sup> Legt man die Marktanteile von 100 % auf den Lesermärkten und über 40% (vgl. § 18 Abs. 4 GWB) zugrunde, so würden A und B jeweils marktbeherrschende Stellungen haben. Die Marktstellung der beteiligten Unternehmen auf ihren jeweiligen Märkten könnte möglicherweise durch sogenannten Substitutionswettbewerb (§ 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB) geschwächt sein und daher trotz hoher Marktanteile keine Beherrschung vorliegen.<sup>30</sup> Ein Substitutionswettbewerb liegt vor, wenn Leistungen zwar nicht demselben sachlich-relevanten Markt angehören, aus

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3185.

<sup>26</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 9 Rn. 190 f.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3185.

<sup>28</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht 2007, § 20 Rn. 86 ff.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3191.

<sup>30</sup> Hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007, § 9 Rn. 190 f.

Sicht der Kunden aber entfernt substituierbar sind (z.B. Theaterkarten und Kinokarten, Streichhölzer und Feuerzeuge). Bei einer hypothetischen Preiserhöhung bei Produkt A käme es daher zu einer (wenngleich schwachen und verzögerten) Ausweichreaktionen auf das Substitut B.<sup>31</sup> Substitutionswettbewerb könnte hier im Verhältnis der regionalen Abonnement-Tageszeitungen zu Gemeinde- und Anzeigenblättern sowie Stadt- und Szenemagazinen und zu lokalen Online-Informationsangeboten vorliegen. Andere Informationsquellen können jedoch in der Breite und Tiefe der Berichterstattung nicht mit einer vollwertigen Abonnement-Tageszeitung konkurrieren. Sie werden daher allenfalls als sehr entfernte Substitute akzeptiert, welche die Marktstellung von A und B kaum relativieren dürften. Daher sind die möglichen Substitutionsbeziehungen so schwach, dass sie außer Betracht bleiben können.<sup>32</sup>

- bb. Die Verbindung von A und B könnte möglichen **potentiellen Wettbewerb** zwischen den Beteiligten beseitigen. Die bloße theoretische Möglichkeit des Marktzutritts von Wettbewerbern genügt jedoch nicht für die Annahme eines in dem Sinne wirksamen Wettbewerbsdrucks von außerhalb des relevanten Marktes. Vielmehr muss sich der künftige Markteintritt aufgrund objektiver und nachprüfbarer Anhaltspunkte unter Gesamtbetrachtung 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 darstellen.<sup>33</sup> Solange die Beteiligten durch den Kooperationsvertrag gebunden sind, wäre ein Markteintritt weder wirtschaftlich zweckmäßig noch kaufmännisch vernünftig.<sup>34</sup> 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“. 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

---

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3187.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3192.

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3193.

berücksichtigt werden.<sup>35</sup>

- cc. Allerdings könnte etwas anderes gelten, wenn A und B künftig ihre **Zeitungskooperation aufgeben**.<sup>36</sup> Eine solche rein theoretische Möglichkeit genügt jedoch nicht. Vielmehr muss die künftige Aufnahme von Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussbeteiligten gerade vor dem Hintergrund der konkreten Tatsachen für den Fall, dass der Zusammenschluss nicht vollzogen wird, wahrscheinlich sein.<sup>37</sup> Hier sprach jedoch einiges für die Annahme, dass es auch ohne den Zusammenschluss bei der bisherigen Marktstruktur bleiben würde.

Somit hätte der Zusammenschluss nicht kausal zur Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung geführt. Auch eine sonstige erhebliche Behinderung des Wettbewerbs ist nicht ersichtlich.

Damit lagen die Untersagungs Voraussetzungen nicht vor und die Verfügung ist materiell rechtswidrig.

**Somit ist die Beschwerde zulässig und begründet. Das OLG Düsseldorf wird daher die Untersagungsverfügung des BKartA aufzuheben.**

---

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3195.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3195 f.

<sup>37</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3195.