# Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-Kart 7/06 (V)

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 03.12.2008 |
| **Gericht:** | Oberlandesgericht Düsseldorf |
| **Spruchkörper:** | 1. Kartellsenat |
| **Entscheidungsart:** | Beschluss |
| **Aktenzeichen:** | VI-Kart 7/06 (V) |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OLGD:2008:1203.VI.KART7.06V.00 |

**Tenor:**

I. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 19. Januar 2006 (B 6 - 103/05) wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligte zu 1. hat die im Beschwerdeverfahren und im Rechtsbeschwerdeverfahren angefallenen Gerichtskosten zu tragen; sie hat darüber hinaus dem Bundeskartellamt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen beider Instanzen sowie der Beigeladenen zu 7. die in der – durch die Rechtsbeschwerdeentscheidung wiedereröffneten – Beschwerdeinstanz angefallenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

IV. Der Beschwerdewert wird auf 20 Mio. € und für die Zeit ab dem 25. September 2007 auf 7 Mio. € festgesetzt.

**G r ü n d e** 1

**I.** 2

Die Beteiligte zu 1. (nachfolgend: AS) beabsichtigte, von der Beteiligten zu 3. (nachfolgend: ProSieben-Holding) deren Geschäftsanteile an der Beteiligten zu 2. (nachfolgend: P7S1) 3

sowie an der SAT.1 Beteiligungs GmbH - die ihrerseits wiederum knapp 25 % der Stammaktien an P7S1 hält - zu erwerben. Nach dem Vollzug der Fusion hätte die Beteiligte zu 1. über insgesamt 100 % der Stammaktien von P7S1 verfügt.

AS ist in den Bereichen Zeitungen, Zeitschriften, Druckerzeugnisse und neue Medien in Deutschland und international tätig. In Deutschland vertreibt sie unter anderem die Bild-Zeitung, die auflagenstärkste Straßenverkaufszeitung mit einem Marktanteil zwischen 80 und 100 %. 4

P7S1 betreibt die Fernsehsender Pro 7, Sat 1, Kabel 1 und den Nachrichtensender N 24. Das Werbeangebot von P7S1 wird über deren 100 %ige Tochter SevenOne Media GmbH vermarktet. 5

Die Beigeladene zu 3. (nachfolgend: Bertelsmann) betreibt die Sender RTL, VOX und den Nachrichtensender n-tv (nachfolgend, soweit die Sendergruppe in Bezug genommen wird: RTL). Darüber hinaus ist Bertelsmann mit 35,9 % an der RTL II Fernsehen GmbH & Co.KG beteiligt, die den Fernsehsender RTL II betreibt. Bertelsmann vermarktet die Werbezeiten seiner TV-Sender – bis zum Jahr 2003 zusammen mit denjenigen des Senders RTL II – über seine Konzerntochter IP Deutschland GmbH. Seit dem Jahr 2004 vermarktet RTL II seine Werbezeiten separat. Darüber hinaus ist Bertelsmann im Bereich der Erstellung und des Vertriebs von Zeitungen, Zeitschriften, Büchern und weiterer Medien deutschlandweit und international tätig. 6

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben mit Beschluss vom 19. Januar 2006 untersagt, weil es auf insgesamt drei Märkten, nämlich auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt, ferner auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie schließlich auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen, zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten kommen werde. 7

Das Amt hat angenommen, auf dem Fernsehwerbemarkt bestehe ein marktbeherrschendes Oligopol (Duopol) aus P7S1 und Bertelsmann. In den Jahren 2000 bis 2004 sei, was unstreitig ist, auf die Unternehmen ein gemeinsamer Marktanteil von 80 bis 90 % entfallen. Das Bundeskartellamt hat angenommen, die Stellung des Duopols auf dem Fernsehwerbemarkt werde durch den Zusammenschluss von P7S1 mit AS verstärkt, da zwar keine Marktanteilsaddition stattfinde, aber durch die gemeinsamen Tätigkeiten der Duopolisten auf weiteren Märkten zusätzliches Vergeltungspotential entstehe, das wettbewerbliche Vorstöße innerhalb des Duopols verhindere und dadurch dessen Stellung am Markt stärke. Zudem könne durch das Eintreten cross-medialer Effekte die Wettbewerbsposition des Duopols verstärkt werden. Hierzu zähle die Möglichkeit, die Produkte des Unternehmens in dessen Medien wechselseitig zu bewerben sowie Dritten Kombinationsangebote zur Werbung in den verschiedenen Medien unterbreiten zu können. 8

Das Amt hat zudem eine marktbeherrschende Stellung von AS auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufzeitungen angenommen. Durch den Zusammenschluss werde namentlich wegen der fusionsbedingt entstehenden cross-medialen Effekte und Möglichkeiten diese Stellung verstärkt. 9

Schließlich hat das Amt auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen und Zeitschriften die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen. 10

Dagegen wendet sich die Beschwerde. Sie tritt der kartellrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Einzelnen entgegen. 11

Hinsichtlich des Duopols meint sie, die Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Ziffer 1 GWB beinhalte keine echte Beweislastumkehr. Das Amt habe deshalb im Einzelnen nachzuweisen, dass auf dem Fernsehwerbemarkt weder funktionsfähiger Binnenwettbewerb noch eine überragende Marktstellung des Duopols gegenüber seinen Wettbewerbern vorliege. Beides sei im Übrigen nicht der Fall. Zwischen den Sendergruppen von P7S1 und RTL gebe es wesentlichen Wettbewerb, der vor allem über die Einschaltquoten und Zuschaueranteile stattfinde. Daher sei eine gleichförmige Entwicklung der Werbezeitpreise kein taugliches Kriterium, fehlenden Wettbewerb zu begründen. Im Übrigen sei die Preisentwicklung nur bei den Brutto-Preisen ähnlich verlaufen. Letztlich preisbestimmend seien aber Rabatte und Sonderkonditionen, die den Kunden individuell gewährt würden und die den Wettbewerbern nicht bekannt seien. 12

Jedenfalls werde die Marktstellung der Sendergruppen auf dem Fernsehwerbemarkt durch den Zusammenschluss nicht verstärkt. Zusätzliches Vergeltungspotential trete nicht auf, da AS und Bertelsmann auf den gemeinsamen Märkten mit unterschiedlichen Marktanteilen tätig seien. Die Beschwerde bezweifelt darüber hinaus die vom Amt angenommenen Effekte cross-medialer Strukturen auf dem Werbemarkt. Daher trete auch auf den weiteren vom Amt zugrunde gelegten Märkten keine Verstärkungswirkung ein, die eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens rechtfertige. 13

Schließlich meint die Beschwerde, der Zusammenschluss sei zumindest unter Auflagen freizugeben gewesen. P7S1 sei zum einen bereit gewesen, sich gegenüber der Medienaufsicht umfassenden Verpflichtungen betreffend die Präsenz und Werbekonditionen der Bild-Zeitung zu unterwerfen. Darüber hinaus habe AS zugesagt, sich von zahlreichen Beteiligungen im Print- und Hörfunkbereich zu trennen. 14

AS hat ursprünglich sinngemäß beantragt, die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes aufzuheben, hilfsweise, deren Rechtswidrigkeit festzustellen. 15

Da die ProSieben-Holding das Fusionsvorhaben während des gerichtlichen Verfahrens aufgegeben hat, hat der Senat mit Beschluss vom 29.09.2006 die Beschwerde in vollem Umfang verworfen. Ein Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung hat er verneint, da kein über den Einzelfall hinaus gehendes Interesse an einer Entscheidung der streitigen Rechtsfragen erkennbar sei. 16

Auf die Rechtsbeschwerde von AS hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 25.09.2007 die Senatsentscheidung im Ausspruch zum hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag aufgehoben. Er hat ausgeführt, dass auch ohne ein konkretes Zusammenschlussvorhaben ein schützenswertes Interesse der Beteiligten an einer Klärung der Rechtmäßigkeit der Untersagung des aufgegebenen Zusammenschlusses gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB bestehe. Das gelte jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – das Zielobjekt des gescheiterten Zusammenschlussvorhabens auch in Zukunft jederzeit wieder zum Verkauf angeboten werden könne. 17

Die Beteiligte zu 1. beantragt nunmehr, 18

festzustellen, dass der angefochtene Beschluss unbegründet gewesen ist. 19

Das Bundeskartellamt beantragt, 20

die Beschwerde zurückzuweisen. 21

22

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen.

**II.** 23

A. 24

Die Beschwerde ist zulässig. 25

Durch die Rechtsbeschwerdeentscheidung des Bundesgerichtshofs steht bindend fest, dass AS ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB zur Seite steht, die Rechtmäßigkeit der kartellbehördlichen Untersagungsentscheidung gerichtlich klären zu lassen. 26

B. 27

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. 28

Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes war zulässig und begründet. Das Amt hat das Zusammenschlussvorhaben zu Recht untersagt. Der Zusammenschluss hätte im Sinne von § 36 Abs. 1 GWB jedenfalls erwarten lassen, dass die marktbeherrschende Stellung, die P7S1 und Bertelsmann/RTL als Oligopol (Duopol) auf dem Fernsehwerbemarkt (dazu nachfolgend unter C.) und die ferner AS auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen (dazu nachfolgend unter D.) innehaben, verstärkt worden wäre, ohne dass es fusionsbedingt zu Verbesserungen der Wettbewerbsbindungen gekommen wäre, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwogen hätten. Die Verstärkungswirkung hätte auch nicht durch Auflagen kompensiert werden können (dazu nachfolgend unter F.). 29

Maßgeblicher und der Entscheidung des Senats über den Fortsetzungsfeststellungsantrag zugrunde zu legender Zeitpunkt ist derjenige des Eintritts des erledigenden Ereignisses, hier also der Zeitpunkt der Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens im Februar 2006. 30

Bei einer Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB ist der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt derjenige, der ohne den Eintritt der Erledigung maßgebend gewesen wäre. Bei einer Verfügung ohne Dauerwirkung kommt es dementsprechend auf den Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung an (*Karsten Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., § 71 RdNr. 9). Bei einer Verfügung mit Dauerwirkung wie der in Rede stehenden Untersagungsentscheidung ist demgegenüber zu prüfen, ob sie vor ihrer Erledigung rechtswidrig war oder geworden ist ( *Karsten Schmidt,* a.a.O.; Senat , Beschl. v. 17.07.2007 – VI – Kart 5/07 (V), Umdruck S. 4; Senat , WuW/E DE-R 829, 831 – *Freie Tanstellen*). In keinem Fall sind die Marktverhältnisse nach der Erledigung in die Bewertung einzubeziehen, da sie für die Frage, ob die erledigte Verfügung rechtmäßig war, ohne Belang sind. 31

Dieser Grundsatz gilt auch im Streitfall. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass sich das berechtigte Interesse von AS an einer gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung aus dem Umstand ergibt, dass die zu entscheidenden Rechtsfragen auch bei zukünftigen Zusammenschlussvorhaben relevant sein können. Die zukunftsorientierte Herleitung des Rechtsschutzinteresses für den Fortsetzungsfeststellungsantrag hat keinerlei Bedeutung für den materiell-rechtlichen 32

Prüfungs- und Beurteilungszeitpunkt und kann es deshalb – anders als P7S1 meint – auch nicht rechtfertigen, für die Begründetheitsprüfung auf die aktuelle Sach- und Rechtslage abzustellen. Dem steht im Übrigen schon § 71 Abs. 2 S. 1 GWB entgegen, wonach das Beschwerdegericht im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde darüber zu befinden hat, ob die erledigte Verfügung unzulässig oder unbegründet gewesen ist.

C. 33

Das Bundeskartellamt hat zu Recht entschieden, dass aufgrund des geplanten Zusammenschlusses die marktbeherrschende Stellung des aus P7S1 und Bertelsmann bestehenden Duopols auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt worden wäre. 34

I. 35

Zutreffend und von den Verfahrensbeteiligten auch nicht angegriffen hat das Amt den bundesweiten Markt für Fernsehwerbung als relevanten Markt bestimmt, auf dem P7S1 und RTL ihre Leistungen gegenüber den werbenden Nachfragern (Werbeagenturen und Direktwerber) erbringen. 36

Diesem Markt gehören neben den Sendern von P7S1 und RTL alle diejenigen Fernsehsender an, die sich – zumindest teilweise – über Werbeinnahmen und nicht überwiegend durch Abonnementenentgelte finanzieren (sog. Free-TV-Sender). Demnach zählen die öffentlich rechtlichen Fernsehsender ARD und ZDF zum relevanten Markt, nicht jedoch Pay-TV-Anbieter, bei denen Werbeeinnahmen eine zu vernachlässigende Einnahmequelle bilden. 37

Nicht zum relevanten Markt gehören auch die Werbeangebote anderer Medien, insbesondere im Print-, Online- und Hörfunkbereich, da diese andere Reichweiten haben und deshalb von den Werbekunden nicht als mit dem Angebot der Free-TV-Sender funktional austauschbare Leistungsalternative angesehen werden. 38

Wegen der – mit irrelevanten Ausnahmen im zeitlich begrenzten Bereich regionaler Berichterstattung (sog. "lokale Fenster") – bundesweiten Reichweite der Free-TV-Fernsehsender ist der Markt räumlich bundesweit abzugrenzen. 39

II. 40

Auf dem so abgegrenzten Fernsehwerbemarkt bildeten die Fernsehsendergruppen P7S1 und RTL bei Erledigung der Anfechtungsbeschwerde im Februar 2006 ein marktbeherrschendes Duopol. Die gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 GWB geltende Oligopolvermutung haben die Zusammenschlussbeteiligten nicht zu widerlegen vermocht. 41

1. 42

Die marktbeherrschende Stellung von RTL und P7S1 auf dem Angebotsmarkt für Fernsehwerbung folgt aus der Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen (Oligopol), es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen (Binnenwettbewerb) oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (Außenwettbewerb). 43

44

Die Vorschrift enthält eine echte Umkehr der Beweislast und unterscheidet sich insoweit deutlich von der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB (Senat, Beschluss vom 07.05.2008, VI – (Kart) 13/07 V, Umdruck S. 21 – *Cargotec;* zu § 23 a Abs. 2 GWB a.F.: BGH WuW/E BGH 1749, 1755 – *Klöckner-Becorit*; KG WuW/E OLG 3051, 3071 – *Morris-Rothmans*;; Möschel in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 19 Rn. 97; Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 19 Rn. 58; anders noch: OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1625, 1628 f. - *Rethmann/GfA Köthen*). Die formelle Beweislast liegt – wie bei § 36 Abs. 1 hinsichtlich der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen – insgesamt bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Gleiches gilt für die materielle Beweislast im Fall der Unaufklärbarkeit. Sie liegt bei denjenigen Unternehmen, zu deren Lasten die Vermutung gilt. Die Umkehr der Beweislast führt allerdings nicht dazu, dass das Bundeskartellamt von einer Aufklärungs- und Ermittlungspflicht vollständig befreit ist. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben zwar alle zur Widerlegung geeigneten Tatsachen vorzutragen, jedoch nur, soweit sie ihnen zugänglich sind. Bei erheblichen Umständen, von denen sie keine genaue Kenntnis haben können, setzt die Aufklärungspflicht des Bundeskartellamts ein. Auch muss es anderem Tatsachenvortrag der beteiligten Unternehmen nachgehen und weitere Ermittlungen anstellen, wenn diese Ermittlungen sich aufgrund der besonderen Kenntnisse des Amtes vom Sachverhalt aufdrängen (Senat, a.a.O.; KG WuW/E OLG 3051, 3071 m.w.Nachw. – *Morris-Rothmans*).

2. 45

Die Voraussetzungen der Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB sind erfüllt. 46
Der Anteil der Sendergruppe P7S1 an den gesamten auf dem relevanten Markt erzielten Werbeeinnahmen belief sich in den Jahren 2000 bis 2004 auf 44 bis 45 %. Die zu Bertelsmann gehörenden Sender RTL, Super RTL, VOX und n-tv erwirtschafteten im gleichen Zeitraum Anteile von 36 bis 39 %. Bereits die Addition der Marktanteile der beiden genannten Sendergruppen übersteigt mit 80-84 % die 50 %-Vermutungsschwelle bei weitem. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob auch das Werbezeitangebot von RTL II bis zum Jahr 2003 aufgrund einer gemeinsamen Vermarktung RTL zuzurechnen ist.

3. 47

AS hat die Vermutung, dass die Unternehmen P7S1 und Bertelsmann im Zeitpunkt der 48
Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens ein marktbeherrschendes Duopol auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt bildeten, nicht widerlegt. Die Beschwerde hat weder den strukturell gesicherten (Fort-)Bestand wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis noch das Fehlen einer überragenden Marktstellung im Außenverhältnis gegenüber den übrigen Wettbewerbern nachgewiesen.

a) Binnenwettbewerb 49

Auch bei Berücksichtigung aller von der Beschwerde vorgebrachten Argumente lässt sich ein 50
funktionsfähiger Wettbewerb zwischen P7S1 und RTL nicht feststellen. Im Gegenteil bestätigt die Wettbewerbsanalyse die Vermutungsfolge des § 19 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 GWB.

Maßgebend für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse in einem möglichen Oligopol ist 51
eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (BGH, Beschluss vom 11.11.2008 – KVR 60/07, RdNr. 39 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege;* BGHZ 49, 367, 377 – *Fensterglas II;* BGH WuW/E 1824, 1827 f. – *Tonelli Blei- und Silberhütte Braubach*). Dabei kommt – im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle – den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu (BGHZ a.a.O. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*; BGH WuW/E 1749,

1754 f. – *Klöckner-Becorit*; BGHZ 88, 284, 289 fl. – *Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte*). Es ist zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht. Entscheidende Indizien dafür sind die Marktransparenz und die Abschreckungs- und Sanktionsmittel bei abweichendem Marktverhalten. Es muss ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Davon ist dann auszugehen, wenn jedes beteiligte Unternehmen weiß, dass eine auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme die gleiche Maßnahme seitens der anderen Unternehmen auslösen würde, sodass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte (BGH, a.a.O. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege;* EuG, Urt. v. 06.06.2002 – T-342/99, Slg. 2002, II-2585 Tz. 61 f = WuW/E EU-R 559 – *Airtours/First Choice)*. So besteht kein Anreiz für einen Preiswettbewerb, wenn eine Preissenkung durch ein Unternehmen von den anderen Unternehmen des Oligopols zeitnah erkannt und mit einer ebensolchen Preissenkung beantwortet werden kann, ohne dass sich dadurch die Marktanteile aller beteiligten Unternehmen verändern. In diesem Zusammenhang sind weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage. Von Bedeutung kann auch sein, ob aufgrund der Homogenität des vertriebenen Produkts ein Produkt- und Qualitätswettbewerb nur eingeschränkt oder gar nicht in Betracht kommt (BGH, a.a.O., - *Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte)* und ob die Mitglieder des möglichen Oligopols gesellschaftsrechtlich miteinander verflochten sind (BGH, WuW/E 2433, 2439 f. – *Gruner+Jahr/Zeit II).* Daneben ist das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der Beteiligten Unternehmen auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen (BGH, a.a.O. – *Tonelli Blei- und Silberhütte Braubach)*. Dabei kann eine geringe Kundenwechselquote ein Anzeichen für fehlenden Binnenwettbewerb sein (BGH, a.a.O. – *E.ON/Stadtwerke* Eschwege, vgl. auch: *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 36, RdNr. 153 ff).

Für die Beantwortung der Frage, ob zwischen den betreffenden Unternehmen im Innenverhältnis wesentlicher Wettbewerb besteht, ist abschließend eine über die Beurteilung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen hinausgehende Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände vorzunehmen (BGH a.a.O. –*Tonolli – Blei- und Silberhütte Braubach*; BGH a.a.O. – *Klöckner-Becorit*; Senat, Beschluss vom 07.05.2008, VI – (Kart) 13/07 V, Umdruck S. 22 – *Cargotec;* KG WuW/E OLG 3051, 3072 – *Morris – Rothmans*). 52

Diesen Grundsätzen folgend haben die Zusammenschlussbeteiligten keinen wesentlichen Wettbewerb zwischen P7S1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt darzulegen vermocht. 53

aa) <u>Marktanteile</u> 54

Die Verteilung der Markanteile zwischen P7S1 und RTL und deren Entwicklung in den Jahren 2000 bis 2004 bestätigen die Oligopolvermutung. 55

(1) 56

Gleiche oder fast gleich hohe Marktanteile sprechen gegen wesentlichen Wettbewerb. Wegen des relativen Gleichgewichts der Kräfte ist ein Verhalten, das auf den Erhalt der eigenen Marktstellung gerichtet ist, zu erwarten. Gleiche Marktanteile der zur Gesamtheit im Sinne des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB gehörenden Unternehmen sind daher eher Voraussetzungen für eine gemeinsame Monopolisierung und Gewinnmaximierung als für die 57

Sicherung wesentlichen Binnenwettbewerbs (*Möschel* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19, RdNr. 98 m.w.Nachw.).

Vorliegend verfügen die Senderfamilien P7S1 und RTL seit Jahren über annähernd gleich hohe Marktanteil auf dem Fernsehwerbemarkt, ermittelt anhand der Nettoerlöse. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Amtes lag der Marktanteil von P7S1 in den Jahren 2000 bis 2004 konstant bei 44 – 45 % und der Anteil von RTL (ohne RTL II) bei 36 – 39 % (vgl. Tabelle 3, S. 28 UV). Diese verhältnismäßig geringe Differenz der Marktanteile begünstigt bereits als solche ein paralleles Wettbewerbsverhalten der beiden Senderfamilien. Zählt man den Marktanteil des bis 2003 zusammen mit den Sendern der Bertelsmann-Gruppe vermarkteten Senders RTL II von ca. 5 - 6 % hinzu, liegen die Marktanteile sogar auf nahezu identischem Niveau. 58

(2) 59

Über Jahre hinweg sind die Marktanteile der Sendergruppen nahezu konstant geblieben. Nach den Feststellungen des Amtes stellt sich die Marktanteilsentwicklung wie folgt dar: 60

61

| **Sender** | **2000** | **2001** | **2002** | **2003** | **2004** |
|---|---|---|---|---|---|
| P7S1 | 44 % | 44 % | 45 % | 44 % | 45 % |
| RTL | 37 % | 36 % | 38 % | 39 % | 38 % |

Auch diese nur geringfügigen Marktanteilsschwankungen legen bereits für sich genommen ein Parallelverhalten am Markt ohne funktionsfähigen Wettbewerb nahe. Dies gilt umso mehr, als im gleichen Zeitraum das Marktvolumen um rd. 18 % zurückgegangen ist. Im Falle eines funktionierenden Wettbewerbs wäre zu erwarten gewesen, dass die Marktteilnehmer auf die Marktreduzierung mit wirksamen Wettbewerbsmaßnahmen reagiert hätten, um ihre eigene bisherige Werbezeitauslastung zu sichern. Dies hätte mit großer Wahrscheinlichkeit zu zumindest vorübergehenden deutlichen Marktanteilsverschiebungen führen müssen. Es ist demgegenüber nicht erklärbar – und auch von den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen nicht plausibel gemacht worden -, dass sich die erhebliche Reduzierung des Gesamtmarktvolumens bei funktionierendem Wettbewerb derartig gleichmäßig auf die größten Marktteilnehmer verteilt. 62

P7S1 hat im Verwaltungsverfahren zur Erläuterung darauf hingewiesen, dass einzelne Werbekunden vom Jahr 2004 auf das Jahr 2005 nicht unerhebliche Teile ihres Werbebudgets zwischen den Vermarktungsgesellschaften von P7S1 (Seven-One-Media) und RTL (IP Deutschland) verschoben haben, und hierzu die Werbebudgets der Unternehmen ... wie folgt dargestellt. 63

64

| | **Seven-One-Media** | | **IP Deutschland** | |
|---|---|---|---|---|
| | **2005** | **2004** | **2005** | **2004** |
| … | 43,7 % | 44,4 % | 51 % | 50,4 % |
| … | 33,5 % | 47,8 % | 54 % | 42,6 % |
| … | 54,7 % | 26,3 % | 27,4 % | 50,7 % |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| ... | 35,2 % | 44,3 % | 19,4 % | 14,4 % |

Hieraus ergibt sich zwar, dass Rückgänge und Zuwächse der Budgetanteile bei den beiden Vermarktungsgesellschaften spiegelbildlich in ähnlicher Höhe erfolgt sind. Gleichwohl sind die Beispiele nicht geeignet, einen wesentlichen Binnenwettbewerb zu belegen. Denn es handelt sich lediglich um eine Momentaufnahme für 2004/2005, die sich zudem nur auf vier Werbekunden bezieht. Berücksichtigt man, dass P7S1 aus den genannten Umbuchungen einen Umsatzverlust von ... Mio. € erlitten haben sowie um den Preis einer Verdoppelung der eigenen Rabatte eine Erlössteigerung von ... Mio. € erzielt haben will, und stellt man ferner in Rechnung, dass der Gesamtbetrag von 22,5 Mio. € bei einem Gesamtumsatz des Vermarkters Seven-One-Media im Jahr 2004 von 1.720 Mio. € lediglich einem Anteil von 1,31 % entspricht, ist die gezeigte Geschäftsentwicklung bei den vier Werbekunden schon nicht hinreichend repräsentativ, um einen wesentlichen Wettbewerb im Innenverhältnis zu belegen. 65

Überdies hat P7S1 nicht dargelegt, dass die Verlagerungen der Werbebudgets dieser vier Werbekunden überhaupt das Ergebnis eines funktionsfähigen Wettbewerbs gewesen sind. So ist auch denkbar, dass wettbewerbsneutrale Faktoren (z.B. eine andere Ausrichtung der von den Werbekunden vertriebenen Produkte, der Wunsch, eine andere Zielgruppe zu erreichen, oder eine Änderung der Programmstruktur der Sender) eine Verlagerung der Werbebudgets herbeigeführt haben. 66

(3) 67

Auch die Entwicklung der jährlichen Auslastung der TV-Werbekapazitäten (vgl. BB S. 36, GA Bl. 139) ergibt kein Bild wirksamen Binnenwettbewerbs. Die Auslastungskurven verlaufen bei beiden Senderfamilien weitgehend parallel und lassen insgesamt nicht erkennen, dass P7S1 und RTL die jeweils vorhandenen (und teilweise nicht unerheblichen) freien Kapazitäten zu Lasten der jeweils anderen Senderfamilien genutzt haben. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Bild: 68

Nach den Angaben der Zusammenschlussbeteiligten stellt sich die im Zeitraum zwischen 2000 und 2005 die Werbezeitauslastung in Minuten wie folgt dar: 69

| **Sender** | **2000** | **2001** | **2002** | **2003** | **2004** | **2005** | **Max. zulässige Werbezeit** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| PRO 7 | 186 | 181 | 195 | 204 | 214 | 209 | 216 |
| SAT 1 | 208 | 205 | 204 | 210 | 210 | 215 | 216 |
| RTL | 226 | 205 | 213 | 216 | 214 | 208 | 216 |

70

Bezogen auf die beiden Senderfamilien P7S1 und RTL ergeben sich daraus die folgenden Auslastungsveränderungen: 71

<u>2000 auf 2001</u>: PRO 7/SAT 1 (- 8) RTL (- 21) 72

<u>2001 auf 2002</u>: PRO 7/SAT 1 (+ 13) RTL (+ 8) 73

<u>2002 auf 2003</u>: PRO 7/SAT 1 (+ 15) RTL (+ 3) 74

<u>2003 auf 2004</u>: PRO 7/SAT 1 (+ 10) RTL (- 2) 75

2004 auf 2005: PRO 7/SAT 1 (+/- 0) RTL (- 6) 76

Für P7S1 und RTL verläuft die Auslastungskurve somit im 6-Jahres-Zeitraum zwischen 2000 und 2005 weitgehend parallel und lässt einen wirksamen Wettbewerb untereinander nicht erkennen. 77

In den Jahren 2000 bis 2004 lag die maximale tägliche Werbezeit je Sender bei 216 Minuten. Im Jahr 2000 schöpften Pro7 (186 min.) und Sat1 (208 min.) diese nicht aus, während RTL sie sogar überschritt (226 min.). Zum Jahr 2001 sank die Auslastung bei P7S1 um 8 % bei RTL ebenfalls und wegen der vorherigen Überschreitung in größerem Maße um 21 %. Im Jahr 2001 lag die Auslastung sodann bei 181 min (Pro 7) und je 205 min. (Sat1 und RTL). Zum Jahr 2002 erfolgte ein Anstieg von 13 % bei P7S1 und um 8 % bei RTL. Zu einer ähnlichen Steigerung kam es zum Jahr 2003 (P7S1: 15 %, RTL 3 %). Pro7 sendete durchschnittlich 204 min., Sat1 210 min. und RTL 216 min. Zum Jahr 2004 kam es zu unterschiedlichen Entwicklungen: Bei P7S1 stieg die Auslastung um 10 % (auf 214 min. (Pro7) und 210 min (Sat1), während sie bei RTL um 2 % sank (auf 214 min.). 78

bb) Preiswettbewerb 79

Vor dem Hintergrund der vorstehend erörterten Marktanteile, die für sich genommen gegen einen funktionsfähigen Wettbewerb sprechen, haben die fusionswilligen Unternehmen nicht belegen können, dass zwischen P7S1 und RTL ein funktionierender Preiswettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt stattgefunden hat. 80

Soweit der Preis eines Wirtschaftsgutes nicht von externen Faktoren, auf die die Marktteilnehmer keinen Einfluss haben, vorgegeben wird, handelt es sich beim Preiswettbewerb in der Regel um den wichtigsten Wettbewerbsfaktor (vgl. KG WuW/E OLG 3051, 3072 – *Morris-Rothmans*; KG WuW/E OLG 1824, 1827 – *Tonelli-Blei- und Silberhütte Braubach,* bestätigt durch BGH WuW/E BGH 1824, 1828 – *Tonelli-Blei- und Silberhütte Braubach*; Senat Beschluss vom 7. Mai 2008, VI – Kart 13/07(V), Umdruck S. 23 f. – *Cargotec*).). Grundsätzlich ist kein anderer Wettbewerbsparameter in einer dem Preis vergleichbaren Weise geeignet, das Nachfragevolumen zu beeinflussen und damit die eigene Position am Markt zu stärken. 81

Das gilt insbesondere dann, wenn ein gleichförmiges Preisverhalten der Marktteilnehmer weder durch die Homogenität der betreffenden Produkte noch sonst strukturell vorgegeben ist. So liegt der Fall hier. Bei der Bereitstellung von Fernsehwerbezeit handelt es sich um ein heterogenes Produkt, weil der wirtschaftliche Wert eines Sendeplatzes nicht nur von der jeweiligen Zuschauerreichweite, sondern auch (und in besonderem Maße) von der Einschaltquote derjenigen Sendung abhängt, in die die jeweilige Werbung eingebettet wird, wobei die Einschaltquote wiederum von individuellen (und oftmals kaum prognostizierbaren) Faktoren abhängt, die das Zuschauerinteresse ausmachen und damit über den Erfolg einer Sendung entscheiden. Sonstige Faktoren der Marktstruktur, die zu einem gleichförmigen Preisverhalten zwingen, liegen nicht vor und werden auch von den Zusammenschlussbeteiligten nicht aufgezeigt. Dass die Mediaagenturen, die mit bis zu 95 % den weitaus größten Teil der Fernsehwerbung verhandeln, in den Preisverhandlungen versuchen, die Sender gegeneinander auszuspielen, mag strukturell zu einer Preisangleichung führen, schließt einen Preiswettbewerb aber nicht aus. 82

Zwar ist der Einfluss der Nachfrage auf den Preis desto größer, je gebündelter und damit verhandlungsstärker sie auftritt. Die Beschwerde hat aber nicht dargelegt, dass aufgrund der Nachfragemacht keinerlei Spielraum bei der Gestaltung der Preise mehr bliebe. Sie hat im 83

Gegenteil die Verhandlungen mit den Werbeagenturen als fortlaufenden Prozess beschrieben, innerhalb dessen individuelle Rabatte und Sonderkonditionen ausgehandelt würden. Eine derartige Vorgehensweise wäre entbehrlich, würden die nachfragenden Mediaagenturen vermöge ihrer überragenden Marktmacht die Preise vorgeben können, ohne dass die Anbieter im Wettbewerb zueinander hierauf reagieren könnten.

(1) Entwicklung der (Brutto-) Preise 84

Der Preis für die Bereitstellung von Werbezeit im Fernsehen ist frei bestimmbar. Eine gleichförmige Entwicklung der Preise deutet deshalb auf fehlenden Preiswettbewerb hin. Vorliegend haben sich jedenfalls die listenmäßig vorgegebenen Bruttopreise für Werbeleistungen der Sender von P7S1 und RTL über Jahre gleichförmig entwickelt. 85

(a) 86

Dies ergibt sich aus den Feststellungen des Amtes (Tabelle 3, UV S. 28 f.) sowie den hierzu von der Beschwerde vorgetragenen Daten. 87

Das Bundeskartellamt hat die Entwicklung der Brutto-TKP (Tausender-Kontakt-Preis: ein im Nachhinein ermittelter Wert, der den Preis angibt, den ein Werbekunde investieren musste, um 30 Sekunden lang 1000 Zuschauer zu erreichen) in den Jahren 2000 bis 2005 bezogen auf die wichtige Werbezeit zwischen 17 und 23 Uhr ermittelt (vgl. Tabelle 4, irrtümlich als "Netto-TKP" überschrieben, S. 29 UV). Die betreffende Preisentwicklung ist aus dem nachstehend abgebildeten Schaubild ersichtlich: 88

Tabelle 4 89

AS hat überdies eine Übersicht über die Brutto-TKP für die Jahre 2000 bis 2004 bezogen auf den durchschnittlichen Tagespreis überreicht (vgl. Schriftsatz vom 24.05.2006, GA Bl. 141, auch dort irrtümlich als Netto-TKP bezeichnet). Aus beiden Übersichten ergibt sich, dass sich die Brutto-Preise der maßgeblichen Sender von P7S1 und RTL in den Jahren 2000 bis 2004 nahezu identisch entwickelt haben. Besonders augenfällig wird dies bei dem auf den Tagesdurchschnitt bezogenen Brutto-TKP. Nachstehendes Diagramm veranschaulicht die Gleichförmigkeit der Entwicklung der Preise bei den Sendern der hier in Rede stehenden Senderfamilien von P7S1 und RTL. Diese werden durch die in der unteren Hälfte dargestellten Verlaufskurven repräsentiert. Die oberen Linien stellen den Verlauf der Brutto-TKP bei den öffentlich-rechtlichen Sendern ARD und ZDF dar: 90

(b) 91

Dass das Niveau der Preise in dem herangezogenen Zeitraum von 2000 bis 2004 insgesamt gesunken ist, lässt – anders als die Beschwerde meint - nicht auf einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Senderfamilien schließen. Die sinkenden Preise sind vielmehr die Reaktion auf die erhebliche Reduzierung der Werbebudgets der Werbetreibenden. Dieser Einbruch der Ausgabebereitschaft der Werbekunden, der der schlechteren allgemeinen wirtschaftlichen Situation folgte, hat vor allem die werbefinanzierten TV-Sender dazu veranlasst, bei unveränderter oder gar gesteigerter Kapazitätsauslastung ihrer Werbezeit die Preise pro Werbeeinheit entsprechend zu senken. Das belegt die von AS selbst vorgelegte Übersicht zu den Brutto-TKP (03-03 Uhr): 92

| **Sender** | **2000** | **2001** | **2002** | **2003** | **2004** |
|---|---|---|---|---|---|

93

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| SAT 1 | 11,6 | 11,3 | 10,1 | 9,4 | 9,2 |
| PRO 7 | 11,4 | 11,8 | 10,6 | 9,3 | 9,1 |
| RTL | 12,1 | 11,6 | 10,1 | 9,1 | 9,6 |

So sind die gesunkenen Preise eine unmittelbare Folge des gesunkenen Marktvolumens, und es ist nicht umgekehrt das Marktvolumen aufgrund wirksamen Wettbewerbs kleiner geworden. Ein solcher Wettbewerb hätte nicht zur Folge gehabt, dass sich die Preise in der vorstehend dargestellten Form gleichförmig entwickeln. Legt man die vorstehend wiedergegebene Tabelle zu den Brutto-TKP zugrunde, so sind die Preise von Sat 1., Pro7 und RTL zwischen 2000 und 2004 jeweils um 21 % gesunken, nämlich bei SAT 1 von 11,6 auf 9,2 (= minus 21 %), bei PRO 7 um 11,4 auf 9,1 (= minus 21 %) und bei RTL von 12,1 auf 9,6 (= minus 21 %). 94

Die in Anlage 5 des Schriftsatzes von RTL vom 08.12.2005 ausgewiesene "Konditionenhistorie Key-Kunden RTL 2000-2005" ist vor dem dargestellten Hintergrund nicht geeignet, einen funktionierenden Wettbewerb zwischen den beiden Senderfamilien zu belegen. Zum einen geht es um lediglich 15 Einzelfälle, die – bezogen z.B. auf das Jahr 2004 – lediglich einen Anteil von 32 % an den Gesamtwerbeeinnahmen von RTL ausmachen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass bei einigen Kunden zwar eine deutliche Veränderung des sog. Share – d.h. dem Anteil, den RTL am Gesamtwerbebudget des Kunden erhalten hat – ausgewiesen wird, diese Verschiebungen aber ohne weiteres auch auf wettbewerbsneutrale Ursachen zurückgehen können, beispielsweise auf die Entscheidung des Werbekunden, angesichts der von ihm anvisierten Zielgruppe verstärkt die eine oder andere Sendegruppe einzuschalten. Die ausgewiesenen Veränderungen beim Netto-Faktor, der Aufschluss über die Höhe der gewährten Rabatte gibt, können schließlich – ganz oder teilweise – auf das Schrumpfen des Marktvolumens zurückgehen und belegen deshalb gleichfalls nicht einen wirksamen Binnenwettbewerb. 95

Soweit Bertelsmann anführt, im 2. Quartal 2007 habe ein vorstoßender Preiswettbewerb des Fernsehsenders VOX (Bertelsmann) stattgefunden, ist dieser Einwand unerheblich, da die dargestellte Maßnahme außerhalb des vorliegend relevanten Beurteilungszeitraums, nämlich nach Februar 2006, stattgefunden hat. 96

(2) <u>Rabattwettbewerb/Netto-Preise</u> 97

Die Zusammenschlussbeteiligten haben auch nicht nachgewiesen, dass zwischen den Sendergruppen P7S1und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt ein wesentlicher Wettbewerb durch die individuelle Gewährung von Rabatten gegenüber den Werbekunden besteht. 98

(a) 99

Dass die Vermarktungsgesellschaften der Sendergruppen von P7S1 und RTL den Werbeagenturen, über die bis zu 95 % der Werbezeiten gebucht werden, zum Teil sehr hohe und zudem hochdifferenzierte Rabatte gewähren, hat das Bundeskartellamt nicht in Abrede gestellt. Die Rabatte werden mit den einzelnen Werbeagenturen individuell ausgehandelt und orientieren sich an der Menge der gebuchten Werbezeiten sowie an dem Programmumfeld, innerhalb dessen die Werbeeinblendung geschaltet wird. Der Brutto-Preis dient dabei als Orientierung und Einstiegsvariable für die Preisverhandlungen. Bereits hier gibt es verschiedene (öffentliche) Preislisten für die jeweiligen Sendezeiten. Hierauf aufbauend vereinbaren die Kunden mit den Vermarktungsgesellschaften Regelungen, die bestimmte 100

Bar-Rabatte für die Schaltung bestimmter Werbemengen vorsehen. Grundlage sind in der Regel feststehende Rabattstaffeln für die Werbezeiten der einzelnen Sender bzw. Senderfamilien. Darüber hinaus werden bestimmten Kunden weitere, sog. "On-Top-Rabatte" gewährt, die nicht standardisiert, sondern das unmittelbare Ergebnis der Verhandlungen sind. Diese Rabatte werden nicht als bloße Nachlässe auf den Preis gewährt, sondern auch in Form von Gratisschaltungen oder der Zusicherung fester Tausender-Kontakt-Preise.

Neben diesen Rabatten erwirken die Agenturen zum Teil noch Rabattkontingente, die unabhängig vom jeweiligen Werbekunden eingesetzt werden können. Hierbei handelt es sich in der Regel um Freischaltungen, die die Agenturen nach freiem Belieben ihren Werbekunden zur Verfügung stellen können. 101

Schließlich werden die Preise in nicht seltenen Fällen noch nach Vertragsschluss im laufenden Sendebetrieb nachverhandelt, etwa wenn eine Sendung die erwartete Einschaltquote nicht erreicht oder diese übersteigt. 102

(b) 103

Der auf dieser Basis ausgetragene Rabattwettbewerb der Vermarktungsgesellschaften der Senderfamilien von P7S1 und RTL ist indes nicht wesentlich. 104

Trotz des sehr differenzierten und individuellen Rabattsystems bewirken nämlich die übrigen Rahmenbedingungen am Markt, dass hierdurch ein wirksamer Wettbewerb nicht entstehen kann. Preisnachlässe können nur dann einen wesentlichen Preiswettbewerb begründen, wenn die gewährten Rabatte den anderen Unternehmen erst mit einer solchen zeitlichen Verzögerung bekannt werden, dass eine hinreichend reaktionsfreie Zeit für einen Vorstoß bleibt, um einen für die Ausdehnung des Marktanteils erforderlichen Vorsprung zu erlangen. Hinzu kommen muss eine entsprechend intensive Handhabung, weil alle Unternehmen entsprechend vorgehen, und letztlich vorgehen müssen, sodass die effektiv am Markt erzielten Preise die Listenpreise der Wettbewerber häufig ganz erheblich unterschreiten ( *Paschke* in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, § 19 RdNr. 381). 105

Vorliegend spricht vor allem die vorhandene hohe Markttransparenz und die damit einhergehende enge Reaktionsverbundenheit gegen einen wesentlichen Rabattwettbewerb zwischen P7S1 und RTL. 106

Grundsätzlich ist zur Annahme einer duopolistischen Marktstruktur ohne wesentlichen Binnenwettbewerb erforderlich, dass die Preisgestaltung des jeweils anderen Duopolisten so hinreichend transparent ist, dass jedes beteiligte Unternehmen die Entwicklung des Verhaltens des anderen Unternehmens mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit in Erfahrung bringen und sodann einen Wettbewerbsvorstoß zeitnah "beantworten" kann (EuGH v. 10.07.2008, C-413/06, RdNr. 123 – *Impala*). Das Merkmal der Transparenz ist dabei nicht mechanisch und ohne Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gesamtmechanismus der unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu beachten. Entscheidend ist vielmehr eine Einbeziehung aller Überwachungsmechanismen, die den an einer solchen Koordinierung Beteiligten zugänglich sind (EuGH, a.a.O., RdNr. 126). 107

Danach kann vorliegend die erforderliche Transparenz angenommen werden. Selbst wenn die individuellen Rabattkonditionen der jeweils anderen Seite nicht ausdrücklich bekannt gemacht werden, kommt es über die Marktgegenseite zu einem zeitnahen und hinreichend genauen Informationsaustausch über die Konditionen. AS räumt selbst ein, dass es aufgrund der Preisverhandlungen mit den Mediaagenturen "zwangsläufig zu einer gewissen 108

Angleichung der Preise" komme. In der Beschwerdebegründung (dort Seite 38, GA Bl. 141), heißt es dazu wörtlich: "... platzieren die meisten Werbekunden ihre Werbung nicht nur bei einem Sender, sondern bei mehreren. Daher kennen die Kunden die Preise der verschiedenen Sender und versuchen, in den Preisverhandlungen die Sender gegeneinander auszuspielen, was zwangsläufig auf eine gewisse Angleichung der Preise hinausläuft". Berücksichtigt man weiter, dass die Nachfrageseite – wie von den Beteiligten selbst vorgetragen – hochkonzentriert ist und sich auf wenige Mediaagenturen beschränkt, die ca. 95 % des Marktvolumens verhandeln und zu denen die Vermarktungsgesellschaften der Fernsehsender in jahrelangen regelmäßigen Geschäftsbeziehungen stehen, entspricht es kaufmännischem Verhalten, dass jeder mögliche Preisvorstoß eines Anbieters unmittelbar dem jeweils anderen Sender mitgeteilt und diesem die Möglichkeit zur Reaktion gegeben wird. Diese Rückkoppelung über die Werbeagenturen funktioniert schon deswegen, weil diese in der Regel ihrerseits darauf angewiesen sind, die Werbung den Kundenwünschen entsprechend bei beiden Sendergruppen zu schalten, um eine größtmögliche Reichweite sicher zu stellen. Sie werden deshalb darauf drängen, den Rabatt eines Anbieters auch bei der jeweils anderen Sendergruppe zu erhalten. Der Einwand der Zusammenschlussbeteiligten, die Angaben der Werbeagenturen über die von den anderen Sendern gewährten Rabatte seien nicht vertrauenswürdig und verlässlich, da diese zumeist überzogen oder unrichtig dargestellt würden, um selbst größtmögliche Rabatte zu erzielen, ist nicht durch Tatsachenvortrag belegt und nach der Lebenserfahrung auch fernliegend. Die Werbeagenturen stehen zu den Vermarktungsgesellschaften in einer dauerhaften Geschäftsbeziehung, in der beide Geschäftspartner aufeinander angewiesen sind, da auch die Werbeagenturen zur optimalen Präsentation der Produkte Werbespots bei den beiden Sendergruppen von P7S1 und RTL schalten müssen. Vorgetäuschte Rabatte der jeweils anderen Vermarktungsgesellschaft würden das innerhalb der Geschäftsbeziehung erforderliche Vertrauen nachhaltig stören und dazu führen, dass aus Sicht der Werbetreibenden die optimalen Rabatte gerade nicht mehr erzielt werden können.

Dass dieser Marktmechanismus funktioniert, zeigt die über Jahre gleichlaufende Entwicklung der anhand der Netto-Preise ermittelten Marktanteile. Soweit AS insoweit einwendet, gleiche Netto-Gesamtumsätze könnten auch bei unterschiedlichen Nettopreisen und diese ausgleichenden unterschiedlichen Umsatzvolumina eintreten, handelt es sich um eine zwar theoretisch mögliche, aber praktisch ausgeschlossene Konstellation. Im Streitfall spricht nichts dafür, dass der Rabattbewettbewerb zwar zu nennenswert voneinander abweichenden Nettopreisen geführt hat, sich gleichwohl die Umsatzvolumina über viele Jahre in einer Weise entwickelt haben, dass daraus in der Gesamtsumme identische Marktanteilsentwicklungen resultieren. Auch die Zusammenschlussbeteiligten haben hierzu keinen einzigen Gesichtspunkt aufzeigen können. 109

(c) 110

Gegen einen funktionierenden Preiswettbewerb zwischen P7S1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt sprechen auch die Rabattvereinbarungen, die Gegenstand der am 27. November 2007 gegen die Vermarktungsgesellschaften SevenOne Media GmbH (P7S1) und IP Deutschland GmbH (RTL) ergangenen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes sind. Nach den Feststellungen der (rechtskräftigen) Bescheide haben beide Vermarktungsgesellschaften mit den Mediaagenturen ein Rabattsystem vereinbart und seit 2005 auch praktiziert, dass diesen steigende Rabatte nach dem Anteil des bei der jeweiligen Sendergruppe gebuchten Medienbudgets am Gesamtbudget der Agentur bzw. des Kunden gewährte. Diese Rabatte waren retroaktiv ausgestaltet, d.h. eine Rabatt wirkte sich bei Überschreiten gewisser Budgetanteile auf das gesamte Buchungsvolumen aus. Damit sollte 111

ein Anreiz geschaffen werden, möglichst große Anteile des gesamten Budgets bei der jeweiligen Sendergruppe zu buchen (sog. Sogwirkung). Da die Mediaagenturen wegen der annähernd gleichen Zuschaueranteile der großen Sender der Gruppen P7S1 und RTL in vielen Fällen darauf angewiesen sind, Werbung bei beiden Senderfamilien zu buchen, wirkte sich diese Vereinbarung unmittelbar nur zu Lasten der kleineren Marktteilnehmer aus. Dass durch die Verträge ein Wettbewerb der Vertriebsgesellschaften untereinander nicht angestoßen, sondern vermieden werden sollte, wird zudem daraus ersichtlich, dass in beiden Verträgen die höchste Rabattstufe bereits bei Platzierung eines Werbebudgets von mehr als 50 % erreicht wurde. Die Rabattstaffel der IP Deutschland GmbH sah bezogen auf den Sender RTL den maximalen Naturalrabatt für den Fall vor, dass der betreffende Werbekunde dort mit 41,5 % seines Werbebudgets bucht, und gewährte einen weiteren Naturalrabatt, falls der Kunde auch bei den 4 von IP Deutschland GmbH vermarkteten weiteren Sendern der RTL-Senderfamilie nach Maßgabe einer näher bestimmten Aufteilung dieses Volumens auf die einzelnen Sender bucht und damit im Ergebnis mehr als 50 % seiner Werbeausgaben bei IP Deutschland GmbH platziert. Nach der Rabattstaffel der SevenOne Media wurde der maximale Naturalrabatt für den Fall gewährt, dass der Werbekunde dort mit bis zu 51 % seines Werbebudgets bucht. Damit konnte sich ein Werbetreibender einen nahezu maximalen Rabatt für seinen Werbeumsatz dadurch sichern, dass er sein Budget gleichmäßig auf beide Vermarktungsgesellschaften verteilte und kleinere Fernsehsender unberücksichtigt ließ. Ein über 51 % hinausgehender Budgetanteil brachte grundsätzlich in keinem der Verträge weitere Vorteile, sodass sich ein Wettbewerb der beiden Duopolisten nicht einstellen konnte. Verstärkt wurde dieser Effekt durch eine Regelung in dem Rabattvertrag der SevenOne Media GmbH (P7S1) mit seinen Werbepartnern, der eine Deckelung nach oben dergestalt vorsah, dass bereits die Platzierung eines Werbebudgets von mehr als 60 % nur in Ausnahmefällen vereinbart werden sollte und der Zustimmung des Sales Directors bedurfte. Diese Bestimmung bewirkte bei einem Marktanteil der Sendergruppen von P7S1 von ca. 40 %, dass ein Wettbewerb sich nicht oder nur unwesentlich zu Lasten der RTL-Werbeeinnahmen auswirken konnte und ist schlechterdings nur mit der Absicht einer "Schonung" des Haupt-Mitanbieters RTL zu erklären. Eine Ausnahme bildet insoweit lediglich der "News-SoA-Rabatt", der den höchsten Rabattsatz für den Fall vorsieht, dass 100 % bei dem News-TV-Sender N 24 und ntv platziert werden.

(d) Sinkendes Preisniveau 112

Ein wesentlicher Wettbewerb wird auch nicht durch die insgesamt gesunkenen Netto-Umsätze auf dem Fernsehwerbemarkt indiziert. Insgesamt sinkende Preise sind nicht zwangsläufig ein Indiz für funktionsfähigen Wettbewerb. Auch – und vor allem – eine sinkende Nachfrage und ein dadurch geringeres Marktvolumen bewirken sinkende Marktpreise. Eine solche Entwicklung gilt auch für monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen. Auch ein Duopol ist in der Regel nicht in der Lage, Preise auf einem schrumpfenden Markt dauerhaft stabil zu halten. Vorliegend ist das Marktvolumen auf dem Fernsehwerbemarkt in den Jahren 2000 bis 2003 erheblich um rund 18 % eingebrochen. Erst im Jahr 2004 war eine Stagnation und in den nachfolgenden Jahren eine Zunahme des Marktvolumens zu verzeichnen. Diese Entwicklung spiegelt sich sowohl in den Netto-Umsatzzahlen von P7S1 und RTL wieder, wie sie aus der nachstehend wiedergegebenen Übersicht (Tabelle 3 der UV) ersichtlich ist): 113

| Sender | Netto Umsätze Werbefernsehen | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|

114

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|

115

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|---|---|---|---|---|---|

116

| | in Mio. € | Anteil | in Mio. € | Anteil | in Mio. € | Anteil | in Mio. € | Anteil | in Mio. € | Anteil |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | | | | |
| ARD | 199,77 | 4% | 166,73 | 4% | 136,71 | 4% | 141,04 | 4% | 182,17 | 5% |
| ZDF | 178,78 | 4% | 147,77 | 3% | 116,10 | 3% | 111,23 | 3% | 111,58 | 3% |
| **öff.- rechtl.** | **378,55** | 8% | **314,50** | 7% | **252,81** | 6% | **252,27** | 7% | **293,75** | 8% |
| | | | | | | | | | | |
| Pro Sieben | 882,49 | 19% | 875,00 | 20% | 786,00 | 20% | 700,80 | 18% | 725,00 | 19% |
| SAT.1 | 982,19 | 21% | 858,00 | 19% | 795,00 | 20% | 777,30 | 20% | 778,00 | 20% |
| Kabel 1 | 227,01 | 5% | 219,00 | 5% | 198,00 | 5% | 193,70 | 5% | 193,00 | 5% |
| N24 | | | | | | | 18,60 | 1% | 24,00 | 1% |
| **SevenOneMedia/ P7S1** | **2091,69** | 44% | **1952,00** | 44% | **1779,00** | 45% | **1690,40** | 44% | **1720,00** | 45% |
| | | | | | | | | | | |
| RTL | 1345,70 | 29% | 1274,50 | 29% | 1180,50 | 30% | 1152,40 | 30% | 1118,00 | 29% |
| RTL II | 293,90 | 6% | 255,10 | 6% | 214,30 | 5% | 223,20 | 6% | | |
| Super RTL | 92,70 | 2% | 91,10 | 2% | 86,60 | 2% | 91,70 | 2% | 98,50 | 3% |
| VOX | 190,00 | 4% | 198,30 | 4% | 216,70 | 6% | 230,40 | 6% | 224,80 | 6% |
| n-tv | 93,94 | 2% | 56,33 | 1% | 39,50 | 1% | 26,50 | 1% | 32,80 | 1% |
| | | | | | | | | | | |
| **IP/RTL-Gruppe** | **2016,24** | 43% | **1875,33** | 42% | **1737,60** | 44% | **1724,20** | 45% | **1474,10** | 38% |
| | | | | | | | | | | |
| **El Cartel/RTLII** | | | | | | | | | **209,53** | 5% |
| Sonst. | 229,66 | 5% | 327,20 | 7% | 187,00 | 5% | 144,40 | 4% | 163,00 | 4% |
| | | | | | | | | | | |
| **GESAMT** | **4716,14** | | **4469,03** | | **3956,41** | | **3811,27** | | **3860,38** | |

117

| **Veränderung 2000 zu 2004** | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|

118

119

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **absolut** | | | | | | | | | **-855,76** | **Mio. €** |
| **relativ** | | | | | | | | | **-18,10** | **%** |
| | | | | | | | | | | |

Quelle für die Zahlen: ZAW Werbung in Deutschland 2004, S. 278 120

Media Perspektiven 6/05, S. 263 121

Tabelle 3 122

als auch in den Brutto-TKP in diesem Zeitraum. Auch hier ist besonders auffällig, dass die Marktentwicklung der Sendergruppen sowohl bei den Marktanteilen als auch bei den Brutto-TKP nahezu identisch verlaufen ist. Bei einem funktionsfähigen Wettbewerb wären Schwankungen in den Entwicklungen zu erwarten gewesen. 123

Die Beschwerde kann dem auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, das gesunkene Preisniveau spreche jedenfalls vor dem Hintergrund eines in zeitlicher Hinsicht gestiegenen Werbevolumens für eine wettbewerbsbegründete Entwicklung. Die von ihr hierzu vorgelegten Zahlen (BB S. 35, GA Bl. 138), wie sie nachstehend wiedergegeben sind: 124

**Werbesekunden** 125

126

| **SENDER** | **2000** | **2001** | **2002** | **2003** | **2004** | **2005** |
|---|---|---|---|---|---|---|
| KABEL 1 | 4.569.904 | 4.071.967 | 4.095.969 | 4.372.271 | 4.334.326 | 4.306.017 |
| N24 | ---- | 1.085.972 | 1.307.181 | 2.477.301 | 3.105.432 | 3.203.609 |
| PROSIEBEN | 4.093.921 | 3.953.279 | 4.266.216 | 4.477.094 | 4.693.015 | 4.586.367 |
| SAT.1 | 4.954.155 | 4.480.772 | 4.653.897 | 4.726.882 | 4.694.058 | 4.558.328 |
| **SUMME** | **13.617.980** | **13.591.990** | **14.323.263** | **16.053.548** | **16.826.831** | **16.654.321** |

Quelle: Nielsen Media Research 127

tragen diese Behauptung nicht. Zwar ist aus der vorgelegten Übersicht - ihr Inhalt als zutreffend unterstellt - ein Anstieg der Werbezeit aller Sender der Gruppe P7S1 von 2000 bis 2005 von rund 20 % feststellbar. Dieser Anstieg lässt allerdings weder isoliert betrachtet noch unter Berücksichtigung der parallel um 21 % gesunkenen Brutto-TKP auf einen funktionierenden Binnenwettbewerb schließen. Die dargestellte Entwicklung ist vielmehr darauf zurückführbar, dass die Werbeausgaben der Unternehmen knapp 20 % gefallen sind und die beiden Senderfamilien dieses geschrumpfte Marktvolumen zum Anlass genommen haben, ihre Brutto-TKP's abzusenken und nicht die verkaufte Werbezeit zu reduzieren. Soweit die Beschwerde darüber hinausgehend einen deutlichen Anstieg der Werbezeit in der P7S1-Senderfamilie reklamiert, trifft diese Annahme nicht zu. Denn der Zuwachs ist ganz überwiegend darauf zurückzuführen, dass der Sender N24 im Jahr 2001 zur P7S1- 128

Senderfamilie hinzugekommen ist. Bringt man die auf N24 entfallende Wartezeit in Abzug, hat bis 2005 in der (restlichen) P7S1-Senderfamilie kein Anstieg der verkauften Werbezeit stattgefunden.

Insgesamt hat AS damit keinen Preiswettbewerb im Innenverhältnis der Sendergruppen P7S1 und RTL nachweisen können. 129

cc) Zuschauerwettbewerb 130

Ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt existiert auch nicht als Produktwettbewerb über die Programminhalte. 131

(1) 132

Es trifft zu, dass die Preise für Werbezeiten in den Programmen der Sender von P7S1 und RTL sich maßgeblich nach den Einschaltquoten der entsprechenden Programme und ihrer Zuschaueranteile bestimmen. Diesen Zusammenhang drückt schon die für den gesamten Markt entscheidende Größe des Tausender-Kontaktpreises (TKP) aus, in welchem ex-post die tatsächlichen Kosten für eine Werbeeinblendung in ein unmittelbares Verhältnis zu den erreichten Zuschauern, also der Einschaltquote, ermittelt werden. Dieser Wert zeigt den Marktteilnehmern die Effizienz der geschalteten Werbung und dient als Grundlage für die zukünftige Preisgestaltung. Aus diesem Grundsatz folgt jedoch nicht bereits, dass die werbenden Sender des Free-TV ihre Programmgestaltung allein im Hinblick auf einen Wettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt ausrichten. Jedenfalls wirkt sich das Bemühen der Fernsehsender von P7S1 und RTL um hohe Einschaltquoten und Zuschaueranteile nicht als wesentlicher Wettbewerb zwischen diesen Sendern auf dem Fernsehwerbemarkt aus. 133

Für das Streben der werbefinanzierten TV-Sender nach hohen Einschaltquoten gibt es verschiedene Gründe. Zunächst gilt es für alle werbenden TV-Sender, das Zuschauerinteresse losgelöst von einem Wettbewerb der Sender untereinander zu wecken und zu erhalten. Dem Zuschauer bleibt nämlich nicht nur die Wahl zwischen den Programmen der verschiedenen Sender, sondern er kann sich dem Fernsehkonsum gänzlich entziehen, wenn die Programminhalte ihn nicht hinreichend ansprechen. Insofern dient das Bemühen, Zuschauer zu gewinnen, nicht per se und ausschließlich dem Wettbewerb gegenüber den übrigen TV-Sendern sondern in seiner Gesamtheit auch dazu, überhaupt genügend Zuschauer für das Medium Fernsehen zu gewinnen. 134

Darüber hinaus beruht das Streben der privaten Fernsehsender, so auch der Sender der Familien P7S1 und RTL, nach einer größtmöglichen Zuschauerreichweite maßgeblich auf dem Wettbewerb mit den Programmen der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten von ARD und ZDF, da diese – bezogen auf den Zuschaueranteil – die größten Wettbewerber der Sendergruppen von P7S1 und RTL sind. Diese folgen bei ihrer Programmplanung vor 20 Uhr einer ähnlichen Motivation wie privaten Sender, da sie in dieser Zeit auch Werbung senden dürfen und auf diese Einnahmen zur Mitfinanzierung neben den Fernseh- und Rundfunkgebühren angewiesen sind. Aber auch nach 20 Uhr ist das Angebot von ARD und ZDF in die Programmplanung der Privatsender einzubeziehen, da die öffentlich-rechtlichen Sender auch in diesem Zeitraum bestrebt sind, höchstmögliche Einschaltquoten zu erreichen, um einerseits für das zulässige Sponsoring attraktiv zu sein und andererseits dem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag zu genügen. Die Fernsehsender von P7S1 und RTL müssen daher schon in Abgrenzung zu ARD und ZDF um einen größtmöglichen Zuschaueranteil kämpfen. 135

136

Schließlich dient die Programmplanung der privaten Sender untereinander auch dazu, möglichst hohe Einschaltquoten zu erreichen, um die eigene Position auf dem "Zuschauermarkt" und dem nachgelagerten Fernsehwerbemarkt zu sichern. Dass hierdurch ein wesentlicher Wettbewerb der Fernsehsender von P7S1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt entsteht, ist von den Beteiligten jedoch nicht belegt worden. Die Brutto-TKP der Sender haben sich über Jahre hinweg gleichförmig entwickelt (s.o.). Auch die Marktanteile der Sender haben sich, wie dargestellt, nicht wesentlich verändert. Dies spricht gegen die Annahme, dass sich der Wettbewerb der Sendergruppen P7S1 und RTL um Einschaltquoten auf dem Fernsehwerbemarkt wesentlich ausgewirkt hat. Die Beschwerde vermag keinen nachvollziehbaren Grund dafür anzugeben, warum sich trotz des behaupteten starken Wettbewerbs um Zuschauerquoten die an diesen orientierten Werbepreise im Verhältnis zueinander nicht oder nur unwesentlich verändert haben. Im Gegenteil belegen die stabilen Marktanteile der beiden Senderfamilien bei gleichzeitig fehlendem Preiswettbewerb und hoher Markttransparenz, dass allein der Wettbewerb um Einschaltquoten nicht ausreicht, um einen wesentlichen Binnenwettbewerb um TV-Werbekunden sicherzustellen. Nur wenn Quotenerfolge auf dem Zuschauermarkt durch vorstoßenden Preiswettbewerb, konsequente Kundenabwerbung etc. auf dem Fernsehwerbemarkt ausgenutzt werden, schlägt der "Wettbewerb um den Zuschauer" auf den Werbemarkt durch. Das ist vorliegend gerade nicht der Fall.

dd) Entscheidung der EU-Kommission *Bertelsmann/CLT* 137

Die Beschwerde kann sich schließlich zum Nachweis funktionsfähigen Binnenwettbewerbs nicht auf die Entscheidung der EU-Kommission vom 07.10.1996 berufen. In dieser hat die Kommission zwar festgestellt, dass es keine Anzeichen dafür gebe, dass die TV-Sender der CLT/UFA-Gruppe (jetzt zu Bertelsmann gehörig) und diejenigen der Kirch-Gruppe (jetzt P7S1) auf dem Fernsehwerbemarkt trotz eines gemeinsamen Marktanteils von etwa 88 % zukünftig eine beherrschende Stellung einnehmen würde, da eine Untersuchung am Markt ergeben habe, dass ein effektiver Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern stattfinde. Diese Ansicht sei von den größten Werbetreibenden auf Befragen der Kommission bestätigt worden (EU-Kommission, Entscheidung vom 07.10.1996, Case No. IV/M.779, Official Journal C364, 04/12/1996, P. 0003, Ziffer 26 – *Bertelsmann/CLT*). Diese Feststellung der Kommission aus dem Jahr 1996 trägt jedoch nicht die Annahme eines funktionsfähigen Binnenwettbewerbs zwischen P7S1 und RTL im Jahr 2006. Zum einen betrifft die Kommissionsentscheidung Marktverhältnisse, die 10 Jahre zurück liegen; zum anderen ergibt sich aus der Entscheidung nicht, welche Marktteilnehmer – insbesondere auf der Nachfrageseite – die Kommission in welchem Umfang, mit welcher Fragestellung und welchem detaillierten Ergebnis befragt hat. 138

Die Behauptung der Beschwerde, die Marktverhältnisse hätten sich seither nicht verändert, sodass die von der Kommission getroffene Bewertung fortgelte, ist zu pauschal. Es oblag der Beschwerde vielmehr, im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, aus welchen Marktstrukturen sie einen funktionsfähigen Binnenwettbewerb herleiten will. Dass ihr dies nicht gelungen ist, wurde vorstehend erörtert. Angesichts der in den Jahren 2000 bis 2004 nahezu identischen Entwicklung der Marktanteile und Brutto-TKP in Verbindung mit einer hohen Markttransparenz steht im Gegenteil sogar fest, dass ein wesentlicher Wettbewerb – sei es als Preis- oder Produktwettbewerb – zwischen den Duopolisten nicht stattfindet. 139

ee) Projekte Blue/Dolphin 140

Gegen einen funktionsfähigen Binnenwettbewerb von P7S1 und RTL spricht auch die gemeinsame Beteiligung an den Projekten zur Digitalisierung des Fernsehsignals (Blue und 141

Dolphin). Dabei war geplant, das digitalisierte Signal mittelfristig verschlüsselt auszusenden und für die Dekodierung eine Gebühr von den Nutzern zu fordern. Da befürchtet wurde, dass sich die Verschlüsselung nur einer der Sendergruppen zu deren Nachteil am Markt auswirken würde, da die Zuschauer verstärkt auf die frei empfangbaren Sender der anderen Senderfamilie ausweichen würden, kamen P7S1 und RTL überein, die Digitalisierung und die damit einhergehende Verschlüsselung gemeinsam zu betreiben und die Freischaltung an ein gemeinsames einheitliches Entgelt des Kunden zu koppeln. Dieses gemeinsame Vorgehen scheiterte schließlich unter anderem an den Widerständen des Bundeskartellamtes.

Blue/Dolphin belegt, dass den Duopolisten daran gelegen war, einen Wettbewerb untereinander aus Anlass der Digitalisierung des Fernsehsignals auszuschließen. 142

ff) Gesamtbetrachtung 143

Die erforderliche Gesamtbetrachtung der vorstehend erörterten Aspekte und Marktbesonderheiten ergibt kein Bild eines funktionsfähigen und wesentlichen Binnenwettenbewerbs der TV-Sender von P7S1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt. Die Beschwerde hat nicht nachgewiesen, dass die sich in den Jahren 2000 bis 2005 identisch entwickelten TKP und Marktanteile der Sendergruppen anders erklärt werden können, als durch das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs. Sie hat weder einen Preiswettbewerb noch die Relevanz eines Wettbewerbs um Einschaltquoten und Zuschaueranteile für den Wettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt nachgewiesen. Auch die Nachfragemacht der Mediaagenturen kann keinen wirksamen Binnenwettbewerb gewährleisten, weil viele Werbekunden die beiden Senderfamilien parallel buchen, um deren Zuschauer gleichermaßen zu erreichen. Das setzt der Möglichkeit der Agenturen, zwischen P7S1 und RTL einen funktionierenden Wettbewerb zu erzwingen, von vornherein und wirksam Grenzen. 144

b) Außenwettbewerb 145

Die Beschwerde hat auch nicht nachgewiesen, dass die Gesamtheit der Unternehmen (P7S1 und RTL) im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat, § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB. Auch bei der Untersuchung des Außenwettbewerbs des Oligopols im Verhältnis zu den übrigen (tatsächlichen oder potentiellen) Marktteilnehmern ist eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände geboten. Dabei kann gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2, Satz 1 Nr. 2 GWB der gemeinsame Marktanteil der Oligopolisten eine Rolle spielen (BGH, Beschluss vom 11.11.2008 – KVR 60/07, Tz. 52 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, BGHZ166, 165, Tz. 43 – *DB Regio/Üstra*), aber auch etwa der Abstand zu den nächststärkeren Wettbewerbern, die unterschiedlichen Unternehmensstrukturen, etwaige Marktzutrittsschranken und unternehmerische Verflechtungen sowie die tatsächlich bestehenden Wettbewerbsverhältnisse. 146

Die Marktbeherrschungsvermutung von § 19 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 GWB kann dabei bereits als widerlegt angesehen werden, wenn die übrigen Wettbewerber und die Gesamtheit der Oligopolisten annähernd die gleiche Größenordnung haben oder die übrigen Wettbewerber die Oligopolunternehmen größenmäßig überragen (*Möschel* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19 RdNr. 98). Das ist vorliegend nicht der Fall. Der Marktanteilsvorsprung der P7S1 und RTL zusammen gegenüber den nachfolgenden Wettbewerbern ist immens. Die ARD hatte in den Jahren 2000 bis 2004 einen Marktanteil von jeweils 4 - 5 %, das ZDF von 3 - 4 % und RTL II von 5 - 6 %. Die Anteile der übrigen Sender addierten sich auf 4 - 7%. 147

Angesichts dieses überragenden Marktanteilsvorsprungs des Duopols von annähernd 80 % gegenüber jedem seiner Wettbewerber kommt auch einem in Grenzen tatsächlich 148

stattfindenden Wettbewerb zu den übrigen Sendern, insbesondere den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten, kein maßgebliches Gewicht zu. Denn dieser Wettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt ist auf die Zeit von 17 bis 20 Uhr begrenzt, da ARD und ZDF nur in dieser Zeit werben dürfen und damit nur in diesem Umfang Marktteilnehmer sind. Dass es sich bei dem genannten Zeitraum um die Hauptwerbezeit im deutschen Fernsehen handelt, und innerhalb dieser Zeit die Werbepreise der privaten Fernsehsender aufgrund der starken Stellung der öffentlich-rechtlichen Anstalten stark gedrückt werden, ist im Ergebnis nicht von entscheidender Bedeutung. Denn dieser Wettbewerb wirkt sich – wie die geringen Marktanteile von ARD und ZDF belegen – auf dem Fernsehwerbemarkt insgesamt kaum aus. Ganz offensichtlich geht von den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten trotz ihrer mit Abstand höchsten Zuschaueranteile von ca. 42 % im Jahr 2004 und ihren in der Werbezeit von 17 bis 20 Uhr mit Abstand höchsten Brutto-Werbepreisen (vgl. oben 3., a), bb), (1)) kein wirksamer und funktionsfähiger Wettbewerb auf die Sender von P7S1 und RTL aus. Die Beschwerde kann sich in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Quotenerfolg der öffentlich-rechtlichen Sender die Werbepreise der privaten Sender außerhalb der für ARD und ZDF erlaubten Werbezeiten (17.00 – 20.00 Uhr) drücke. Selbst wenn der Einwand der Sache nach zutreffen sollte, beeinflusst der Quotenerfolg der öffentlich-rechtlichen Sender den Wettbewerb auf dem Fernsehwerbemarkt allenfalls dadurch, dass die Werbeeinnahmen der Privatsender auf jenen Werbeplätzen und hierdurch auch ihre Werbeumsätze insgesamt sinken. Es ist indes ausgeschlossen, dass durch eine auf diesem Weg nur geringfügig verminderte Finanzkraft ein funktionierender Außenwettbewerb entsteht. Die bisherige Marktentwicklung und der daraus resultierende enorme Marktanteilsvorsprung von P7S1 und RTL belegen vielmehr das Gegenteil.

Ein funktionierender Außenwettbewerb resultiert ebenso wenig aus der Tatsache, dass die öffentlich rechtlichen Fernsehsender auch nach 20 Uhr um Einschaltquoten und Zuschaueranteile mit den Privatsendern konkurrieren und ihnen ein Sponsoring einzelner Fernsehsendungen gestattet ist. Auch die Beschwerde vermag nicht im Ansatz aufzuzeigen, dass und inwieweit hierdurch eine überragende Marktstellung des Duopols gegenüber seinen Wettbewerbern ausgeschlossen sein soll. 149

Dass den öffentlich-rechtlichen Sendern insgesamt dadurch ein Wettbewerbsvorsprung zufällt, dass sie ihre Finanzierung wesentlich durch das Gebührenaufkommen sicherstellen, wie die Beschwerde geltend macht, hat lediglich Relevanz auf den Wettbewerb um die Zuschauer, lässt aber die vom Amt festgestellten Marktverhältnisse auf dem Fernsehwerbemarkt insgesamt unberührt. Die Beschwerde legt indes auch insoweit nicht dar, warum den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten durch die Gebührenfinanzierung auf eben diesem Markt überhaupt die Möglichkeit zu einem funktionsfähigen Wettbewerb zu den Sendern von P7S1 und RTL ermöglicht werden soll. 150

Schließlich ist weder ersichtlich noch dargetan, inwieweit von den in den Jahren 2000 bis 2005 neu in den Markt eingetretenen Fernsehsendern ein auch nur im Ansatz spürbarer Wettbewerb zu erwarten gewesen sein soll. Der Fernsehsender RTL II ist bereits nicht neu am Markt, sondern wird seit 2004 nur über eine eigene Gesellschaft vermarktet. Bei der Berechnung der Marktanteile hat der Senat diesen wegen seiner nicht unmittelbaren Zugehörigkeit zu Bertelsmann ohnehin zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten separat berücksichtigt. Die von der Beschwerde angeführten Sender Das Vierte, Tele5, VIVA/MTV und weitere namentlich nicht benannte über Satellit empfangbare Sender haben bereits zusammengenommen nur einen Marktanteil von unter 5 %. Es ist von der Beschwerde nicht dargelegt worden, wie angesichts eines Marktanteilsvorsprungs des Duopols von über 80 % auch nur im Ansatz ein funktionsfähiger Wettbewerb von diesen Sendern ausgehen könnte. 151

In einer Gesamtschau dieser das Verhältnis der Duopolisten zu seinen Wettbewerbern bestimmenden Umstände lässt sich nicht feststellen, dass die Duopolisten einem wesentlichen Wettbewerb von außerhalb des Duopols kommend ausgesetzt sind. Der Befund ergibt im Gegenteil auch hier eine Situation überragender Marktmacht durch das Duopol. 152

III. Verstärkungswirkung 153

Durch den Zusammenschluss von AS und P7S1 wäre die marktbeherrschende Stellung des aus P7S1 und RTL bestehenden Duopols verstärkt worden, § 36 Abs. 1 GWB. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegt nach gefestigter Rechtsprechung in der Veränderung der die Marktmacht bestimmenden Größen dergestalt, dass die Macht auf einem bestimmten Markt die neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße einschränkt, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Diese Veränderung ist festzustellen durch einen Vergleich der den Wettbewerb auf dem relevanten Markt bestimmenden Kräfte vor und nach dem Zusammenschluss unter Einbeziehung der weiteren, zu erwartenden Entwicklung (BGH, Beschluss vom 11.11.2008, KVR 60/07, Tz. 61 – *E.ON/Stadtwerke* Eschwege; BGH, WuW/E DE-R1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex*; BGH WuW/E DE-R 1681, 1691 – *DB Regio/üstra*). Die weitere Beschränkung des Wettbewerbs besteht vor allem in der Festigung und Ausdehnung der beherrschenden Stellung gegen gegenwärtige oder potentielle Konkurrenz. Je stärker der Grad der bereits verwirklichten Wettbewerbsbeschränkung ist, desto nachhaltiger ist der Restwettbewerb zu schützen und desto weitreichendere Grenzen muss sich das marktbeherrschende Unternehmen gefallen lassen (BGH, a.a.O., - *Deutsche Post/trans-o-flex*; BGH WuW/E DE-R 1925 – *National Geographic II)*. 154

Auf einen bestimmten Grad der Spürbarkeit der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung kommt es dabei nicht an (BGH, a.a.O., - *E.On/Stadtwerke* Eschwege; BGH, a.a.O. - *DB Regio/üstra*; Senat, a.a.O., Umdruck S. 27 - *Cargotec*). Bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbleibenden oder potenziellen Wettbewerbs. Dabei wird die marktbeherrschende Stellung eines Oligopols schon dann verstärkt, wenn die Absatzmöglichkeiten nur eines Oligopolisten verbessert werden (BGH, a.a.O. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege* m.w.Nachw.*)* 155

Vorliegend wäre eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Duopols dadurch eingetreten, dass durch den Hinzutritt von AS zu einem der Duopolisten (P7S1) die Symmetrie der Duopolisten im Innenverhältnis zugenommen hätte, wodurch deren ohnehin starke Stellung gegenüber den übrigen Marktteilnehmer gestiegen wäre. Dass es durch den Zusammenschluss nicht zu einer Marktanteilsaddition und damit zu einer Veränderung der Marktanteile auf dem für die Beurteilung relevanten Markt kommt, ist unerheblich (BGH, a.a.O., - *Deutsche Posttrans-o-flex)*. 156

1. Auswirkungen auf Binnenwettbewerb 157

Von einer Verstärkungswirkung im Innenverhältnis ist regelmäßig bereits bei einer Verengung des Duopols und einer damit verbundenen erhöhten Reaktionsverbundenheit auszugehen, da in diesen Fällen das Gleichgewicht zwischen den Duopolmitgliedern verstärkt wird (Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 36, RdNr. 21 m.w.Nachw.; *Mestmäcker/Veelken* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 36 RdNr. 163). 158

a) 159

160

Eine solche Verstärkungswirkung innerhalb des Duopols wäre bereits dadurch eingetreten, dass deren Mitglieder durch den geplanten Zusammenschluss neben dem Fernsehwerbemarkt auf weiteren Märkten gemeinsam tätig geworden wären und damit ihr wechselseitiges Vergeltungspotential, um auf etwaige wettbewerbliche Vorstöße des jeweils anderen Duopolisten reagieren zu können, gestiegen wäre.

Das Gleichgewicht in einem Duopol wird neben der Transparenz der unternehmerischen Tätigkeit seiner Mitglieder davon geprägt, dass es diesen jederzeit möglich ist, auf einen Wettbewerbsvorstoß mit eigenem Verhalten zu reagieren. Diese Reaktionsverbundenheit ist als ein Merkmal oligopolistischer Marktstrukturen gerade dadurch gekennzeichnet, dass sich das Verhalten der Oligopolisten von dem der jeweils anderen Oligopolunternehmen nicht abhebt (*Mestmäcker/Veelken* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 36 RdNr. 161 m.w.Nachw.). 161

Vorliegend bestand (und besteht) ohne die Fusion von AS und P7S1 zwischen P7S1 und Bertelsmann ein Vergeltungspotential im Sinne einer möglichen Reaktionsverbundenheit allein auf dem Fernsehwerbemarkt, auf dem beide Sendergruppen tätig sind. Wäre der beabsichtigte Zusammenschluss erfolgt, wäre der neu entstandene Medienkonzern AS/P7S1 auf weiteren Märkten neben Bertelsmann tätig gewesen, wodurch sich die zusätzliche Möglichkeit von Gegenmaßnahmen im Fall eines wettbewerblichen Vorstoßes des jeweils anderen Duopolisten auf dem Fernsehwerbemarkt eröffnet hätte. Diese größere Symmetrie des Duopols und der damit verbundene Zuwachs an Vergeltungspotential hätte zu einer Verfestigung des Duopols und damit zu einer Verstärkung von dessen marktbeherrschender Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt geführt. 162

Zusätzliches Vergeltungspotenzial wäre insbesondere auf einigen Printmedien-Märkten entstanden. Sowohl AS als auch Bertelsmann verfügen über eine Vielzahl von Zeitungen und Zeitschriften mit gleichen Nutzergruppen. Insbesondere in den Segmenten Motorzeitung, Elternzeitung, Wirtschaftszeitung, Finanzzeitung und Überregionale Tageszeitungen sind beide Unternehmen mit jeweils eigenen Produkten vertreten. Dies hat das Bundeskartellamt in der angefochtenen Untersagungsentscheidung im Einzelnen ausgeführt (dort Seite 38). Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Dass auf diesen Teil-Märkten keine duopolistischen Strukturen bestehen, also die Marktanteile beider Unternehmen – je nach Markt – höchst unterschiedlich und zudem noch weitere Wettbewerber mit maßgeblichen Anteilen auf diesen Märkten vertreten sind, ist insoweit unerheblich. Für die Annahme eines Vergeltungspotentials von Oligopolisten auf anderen Märkten ist es nicht erforderlich, dass sich die gemeinsame Marktbeherrschung auch auf diese Märkte erstreckt. Maßgeblich ist allein, dass wechselseitige Wettbewerbsmaßnahmen nicht ausgeschlossen sind. Allein die Möglichkeit, auf einen Wettbewerbsvorstoß auf dem oligopolistischen Markt mit einer Maßnahme auf einem anderen Markt reagieren zu können, reicht insoweit aus. Das Abschreckungspotential ist vielmehr noch umso größer, wenn auf den übrigen Märkten, auf denen die Oligopolisten aufeinander treffen, jeweils einer von ihnen eine stärkere Position hat, als der oder die andere/n. In diesem Fall besteht nämlich ein ungleich größerer, weil effektiverer Abschreckungseffekt. 163

b) 164

Darüber hinaus hätte sich für den neuen integrierten Konzern AS/P7S1 die Möglichkeit cross-medialer Strategien eröffnet, die das Gleichgewicht im Innenverhältnis der Duopolisten erhöht und damit einen potentiellen Wettbewerb zwischen ihnen (weiter) eingeschränkt hätte. 165

Cross-mediale Effekte sind zu trennen in die wechselseitige Werbung konzerneigener Produkte bzw. Medien, die direkt (durch werbende Hinweise auf Inhalte des jeweils anderen 166

Mediums) oder publizistisch (durch Erwähnung der Inhalte des anderen Mediums innerhalb der Inhalte eines anderen ) erfolgen kann (sog. Cross-Promotion), und das Angebot von Werbung für externe Werbekunden in den verschiedenen Medien aus einer Hand (cross-mediale Werbung).

aa) 167

Nach dem Zusammenschluss hätte der neue Medienkonzern AS/P7S1 über die Möglichkeit verfügt, auf Sendeinhalte der TV-Sender innerhalb der übrigen Medien, vor allem der Bild-Zeitung, hinzuweisen. Über dieses Instrument der Cross-Promotion verfügt der Mischkonzern Bertelsmann bereits, sodass es auch insoweit zu einer weiteren Machtangleichung innerhalb des Duopols mit einhergehender Verstärkungswirkung gekommen wäre. 168

Es hätte nahegelegen, dass nach einem Zusammenschluss die Inhalte der TV-Sender des Unternehmens AS/P7S1 vor allem in dem Massenmedium der Bildzeitung bevorzugte Erwähnung gefunden hätten und hierdurch eine werbende Wirkung eingetreten wäre. 169

Dem Grundsatz folgend, dass ein wirtschaftlich denkender Unternehmer eine wirtschaftlich sinnvolle Maßnahme auch ergreifen wird, ist anzunehmen, dass nach dem Zusammenschluss verstärkt Hinweise auf die Programminhalte der konzerneigenen TV-Sender unter gleichzeitiger Vernachlässigung der Inhalte anderer Sender erfolgt wären. Solche Maßnahmen wären für die mit überragender Marktstellung ausgestattete Bild-Zeitung ohne Nachteil gewesen, hätte aber angesichts deren Reichweite einen großen Werbeeffekt für die entsprechenden Sender gehabt. 170

Der Einwand der Beschwerde, die Nutzergruppen der Bild-Zeitung einerseits und P7S1 andererseits überschnitten sich nicht in einem Maße, dass solche Werbemaßnahmen sinnvoll oder Erfolg versprechend wären, geht fehl. Sowohl die Bild-Zeitung als auch Pro7 und Sat1 richten sich mit ihrem Angebot an das breite Publikum. Die Bild-Zeitung erreicht mit einer Auflage von täglich 12 Mio. Stück dabei einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung, was für P7S1 mit einem Zuschaueranteil von 40 % ebenso gilt. Ohne dass es auf die Einzelheiten der jeweiligen Nutzergruppen ankäme, lässt sich bereits hieraus eine nicht zu vernachlässigende Schnittmenge annehmen, die im Rahmen einer Cross-Promotion zugunsten P7S1 hätte genutzt werden können und zur Verengung des Duopols geführt hätte. So kommen die Zusammenschlussbeteiligten in ihrer Nutzergruppenanalyse je nach zugrunde liegendem Kriterium (Beruf, Schulbildung, Einkommen, Alter, Geschlecht) selbst zu einer Überschneidung von Bild-Zeitungslesern und Sat1-Zuschauern von 12 - 23 % der über 14-Jährigen und zu einer Schnittmenge von 12 – 28 % bezogen auf die Zuschauer des Senders Pro7. Die ARD kommt unter zugrunde Legung anderer (weiterer) Maßstäbe sogar zu Überschneidungen von 90 % (Sat1 und BILD) bzw. 80 % (Pro7 und BILD). 171

Einer Entscheidung, welcher Analyse zu folgen ist, bedarf es nicht, da bereits die von den Zusammenschlussbeteiligten ermittelten Werte einen relevanten Werbeeffekt für die Sendungen von P7S1 in der Bild-Zeitung nahe legen. Dies gilt umso mehr, als durch Werbung immer auch neue Zuschauer gewonnen werden sollen. Hier wäre das Potential nach den Berechnungen der Zusammenschlussbeteiligten sogar besonders hoch. 172

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch, soweit die Bild-Zeitung nicht direkt werbend, sondern im Rahmen ihrer Berichterstattung über Ereignisse des Tagesgeschehens auf Inhalte der TV-Sender von P7S1 hingewiesen hätte (sog. publizistische Cross-Promotion). 173

174

Mit diesen Möglichkeiten der sog. Cross-Promotion für unternehmenseigene Produkte hätten dem Medienkonzern AS/P7S1 dieselben Instrumente zur Verfügung gestanden wie Bertelsmann, der diese Möglichkeiten wegen seines breiten Medienangebots schon bisher hat. Damit wäre auch insoweit ein Gleichgewicht der Kräfte im Duopol eingetreten, das den wettbewerbslosen Zustand im Duopol weiter verfestigt hätte.

bb) 175

Neben der dargestellten Möglichkeit einer wechselseitigen Cross-Promotion hätte sich durch die Fusion für den neuen integrierten Konzern AS/P7S1 ferner die Option ergeben, seinen Werbekunden cross-mediale Angebote zu unterbreiten, bei denen die Werbung in den verschiedenen Medien des Unternehmens gebündelt angeboten worden wäre. Da Bertelsmann bereits über die Möglichkeit solcher Angebote verfügt, hätte AS/P7S1 auch in diesem Punkt zu Bertelsmann aufgeschlossen, was zu einer weiteren Symmetrie und Verengung innerhalb des Duopols geführt hätte. 176

Die wettbewerbliche Bedeutung einer solchen cross-medialen Werbung aus einer Hand wird durch Fakten und etliche Äußerungen der Zusammenschlussbeteiligten belegt. Diese haben bereits selbst nicht behauptet, dass es keine Nachfrage nach solchen Koppelungsangeboten gebe. Eine solche Annahme wäre auch fernliegend. Nach dem Vortrag der Beschwerde wurden im Jahr 2005 ... der außerhalb der Rubrikanzeigen in der Bild-Zeitung beworbenen insgesamt ... Artikel in den Fernsehsendern von P7S1 beworben, was einem Anteil von .. % entspricht. Bei der Zeitung "Die Welt" betrug der Anteil noch .. %. Insgesamt entfiel ein Umsatzanteil von .. % der Anzeigeneinnahmen der BILD und der WELT auf Kunden, die zusätzlich noch Fernsehwerbung schalteten. Hinzu kommt, dass der Verband Deutscher Zeitungsverleger innerhalb von 30 Fallstudien zu cross-medialen Werbungskampagnen 8 Studien eingestellt hat, welchen die Werbekombination Print/TV zugrunde lag. Diese Zahlen belegen, dass es ein nicht unerhebliches Interesse von Werbekunden gibt, parallel in Zeitungen und bei den TV-Sendern zu werben. 177

Die Bedeutung cross-medialer Werbestrategien wird auch dadurch belegt, dass AS aktuell mit "Axel Springer Media Impact" einen Geschäftsbereich errichtet hat, dessen erklärtes Ziel es ist, Werbekunden einen Auftritt innerhalb der gesamten Medienbreite der Unternehmensgruppe zu erleichtern. Das Unternehmen wirbt ausdrücklich mit der Ankündigung, dass den Werbetreibenden ein optimales Erreichen der Zielgruppen in allen Arten von Medien – Print, Online und Mobil – effizient ermöglicht werde (Anlage BKartA DU – 3, 4). Diese mediale Integration gegenüber den Werbekunden zeigt, dass auch AS von einem Bedarf nach gekoppelten Werbestrategien "aus einer Hand" ausgeht und bestrebt ist, diesen Bedarf auch zu befriedigen. Dass dabei die Werbung im Fernsehen unerwähnt bleibt, ist unerheblich und liegt allein in der Tatsache begründet, dass AS mangels eines TV-Senders aktuell kein diesbezügliches Angebot unterbreiten kann. 178

2. Auswirkungen auf den Außenwettbewerb 179

Die vorgenannten Aspekte, die zu einer Stärkung des Machtgefüges innerhalb des Duopols geführt hätten, hätten zugleich auch zu einer Verstärkung der herrschenden Stellung des Duopols gegenüber seinen Wettbewerbern geführt. 180

Dies gilt sowohl für die durch den Zusammenschluss herbeigeführte Möglichkeit der Duopolmitglieder, in ihren Printmedien eine Cross-Promotion zugunsten der jeweils eigenen Fernsehsender zu betreiben, um den Wert ihrer Sendeplätze zu steigern, als auch für die sich eröffnenden Optionen beider Duopolmitglieder, eine crossmediale Werbung aus einer Hand 181

und aufeinander abgestimmt anbieten zu können. Diese Wettbewerbsvorteile, derer sich bisher nur Bertelsmann bedienen konnte, hätten nach dem Zusammenschluss beide Duopolmitglieder gezielt gegen ihre Wettbewerber auf dem Fernsehwerbemarkt, insbesondere gegenüber den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten, nutzen können.

III. 182

Die Zusammenschlussbeteiligten haben nicht gemäß § 36 Abs. 1 GWB nachgewiesen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eingetreten wären und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Markbeherrschung aufgehoben hätten. 183

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben insoweit geltend gemacht, durch die fusionsbedingt eintretende wirtschaftliche Stärkung von P7S1 auf dem Fernsehwerbemarkt wäre der Wettbewerb zwischen den TV-Sendern von P7S1 und Bertelsmann verstärkt worden. Das ist nach den vorstehenden Ausführungen indes nicht der Fall. Durch den Zusammenschluss hätte sich, wie gezeigt, das Gleichgewicht innerhalb des Duopols verstärkt. Sowohl durch die Tätigkeit beider Duopolisten auf weiteren Märkten als auch durch die bei dem zusammengeschlossenen Unternehmen entstandenen Möglichkeiten, cross-mediale Effekte zu erzielen, wäre eine (nicht notwendig quantitative) Symmetrie eingetreten, die das Vergeltungspotential gegenüber Wettbewerbsvorstößen des jeweils anderen Duopolisten vergrößert und damit die marktbeherrschende Stellung des Duopols verstärkt hätte. 184

D. 185

Auch in Bezug auf den Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen hat das Bundeskartellamt zu Recht die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der AS angenommen und die Fusion aus diesem Grund untersagt. 186

I. 187

Das Amt hat den sachlich relevanten Markt zutreffend abgegrenzt und diesem Straßenverkaufzeitungen, nicht jedoch wegen deren in Breite und Tiefe abweichenden Berichterstattung Abonnement-Tageszeitungen zugerechnet. Räumlich hat es den Markt wegen der bundesweiten Verbreitung der den Markt prägenden Bild-Zeitung bundesweit abgegrenzt und die Marktanteile der regionalen Marktteilnehmer auf deren bundesweiten Anteile heruntergerechnet (so auch st. Rspr., vgl. nur BGH WuW/E DE-R 1854, 1856 ff – *Zeitungsmarkt München*; BGH WuW/E DE-R 2425, 2428 – *Niederrheinische Anzeigenblätter* ). Dagegen erhebt die Beschwerde auch keine Einwände. 188

II. 189

Auf dem so abgegrenzten Markt hat AS eine marktbeherrschende Stellung (§ 19 Abs. 2 GWB). Allein die Bild-Zeitung überschreitet mit einem Marktanteil von 77 % die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB erheblich. Hinzu kommt, dass AS mit der Berliner Zeitung (BZ) über einen weiteren unmittelbaren (regionalen) Wettbewerber der Bild-Zeitung mit einem Marktanteil von 4 % verfügt. Der Markt ist weiter davon geprägt, dass zu den übrigen Marktteilnehmern ein immenser Marktanteilsabstand besteht. Die nächst größeren Wettbewerber haben Marktanteile von jeweils nur 3 bis 4 % und sind zudem nur regional vertreten. Damit ist die Bild-Zeitung die einzige den gesamten (bundesweiten) Markt umspannende Straßenverkaufszeitung. Diese Marktverhältnisse 190

verschaffen AS eine überragende, den Markt beherrschende Stellung.

III. 191

Durch die Fusion mit P7S1 wäre diese marktbeherrschende Position verstärkt worden. Zwar wäre es nicht zu einer Marktanteilsaddition gekommen, da P7S1 auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen nicht tätig ist. 192

Das Amt hat aber zu Recht auch auf diesem Markt eine Verstärkungswirkung durch die entstehenden cross-medialen Effekte angenommen. Hierbei ist insbesondere auf die Möglichkeit abzustellen, dass nach dem Zusammenschluss in den Fernsehsendern von P7S1 verstärkt für die Produkte von AS hätte geworben werden können, sei es durch die direkte Schaltung von Werbespots in freien Sendeplätzen oder durch sog. publizistische Promotion in Form einer verstärkten Bezugnahme auf Artikel in der Bild-Zeitung oder der BZ in den (Nachrichten-)Magazinen der Sender von P7S1. 193

Dass der Effekt solcher Werbemaßnahmen, wie die Beschwerde geltend macht, nur sehr gering gewesen wäre, ist dabei ohne Belang. Je geringer der verbleibende Restwettbewerb ist, desto schützenswerter ist er. Bei einer Marktbeherrschung wie der vorliegenden reicht deshalb jede Verfestigung der Position am Markt aus, um eine Verstärkungswirkung anzunehmen. Eine größere Präsenz der Bild-Zeitung in den Medien von P7S1, sei es direkt werbend oder in Form publizistischer Zitate, gegebenenfalls verbunden mit einer Reduzierung der Werbung für im Wettbewerb mit den Straßenverkaufszeitungen der AS stehende Produkte hätte zweifelsohne zu hinreichenden Verstärkungseffekten geführt. Angesichts der oben bereits erörterten Reichweite der Fernsehsender von P7S1 kann schlechterdings nicht angenommen werden, dass die Möglichkeit der Nutzung cross-medialer Effekte ohne Wirkung auf die marktbeherrschende Stellung von AS geblieben wäre. 194

IV. 195

Die Zusammenschlussbeteiligten haben auch für den Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen nicht geltend gemacht, dass es durch den Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gekommen wäre und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwogen hätten. Dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. 196

E. 197

Da – wie festgestellt – die Untersagungsvoraussetzungen bereits auf dem Markt für Fernsehwerbung und auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen erfüllt waren, bedarf der vom Bundeskartellamt in seiner Entscheidung ebenfalls untersuchte Anzeigenmarkt für Zeitungen keiner Prüfung mehr. 198

F. Freigabe unter Auflagen 199

Die Untersagung des Zusammenschlusses war auch verhältnismäßig. Das Amt war nicht gehalten, die Fusion unter den angebotenen Auflagen freizugeben. 200

Das Bundeskartellamt hat das ihm zustehende Ermessen bei der Beurteilung, ob ein Zusammenschlussvorhaben gemäß § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB unter Nebenbestimmungen freizugeben ist, fehlerfrei ausgeübt. 201

202

Ob das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagt oder von der Möglichkeit einer Freigabeentscheidung unter Beifügung von Bedingungen und Auflagen Gebrauch macht und welche Art der Beschränkungen das Bundeskartellamt wählt, steht nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB in seinem pflichtgemäßen Ermessen (Senat, Beschluss vom 12.11.2008 – VI-Kart 5/08 (V); *Mestmäcker/Veelken* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 40 RdNr. 61). Es hat hierbei zu prüfen, ob sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen lässt, dass die der Freigabe beigefügte Nebenbestimmung die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB entfallen lässt. Verbleiben bei der notwendigen ex-ante Betrachtung vernünftige Zweifel an der Eignung der Nebenstimmungen, verbleibt es bei der Untersagungspflicht (*Mestmäcker/Veelken* in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 40 RdNr. 51). So liegt der Fall auch hier.

I. 203

Die Zusammenschlussbeteiligten haben angeboten, dass sich P7S1 gegenüber der Medienaufsicht verpflichte, (1) keine Programminhalte unter Verwendung der Marke Bild-Zeitung zu gestalten, (2) in den Programmen nicht in einer Weise auf die Berichterstattung der Bild-Zeitung Bezug zu nehmen, die über das Maß anerkannter journalistischer Grundsätze hinaus geht, (3) keine Werbung oder Sponsoring für die Bild-Zeitung zu schalten, deren Umfang die Werbebuchungen für die Bild-Zeitung im Durchschnitt der Werbebuchungen der Jahre 2000 bis 2005 übersteig, (4) der Bild-Zeitung bei den nach Nr. 3 zulässigen Werbebuchungen keine günstigeren Konditionen einzuräumen als in der Vergangenheit oder als unabhängigen Dritten und (5) die Werbezeit der P7S1-Programme getrennt vom Anzeigenangebot von AS zu vermarkten. 204

Das Bundeskartellamt hat zutreffend entschieden, dass die Auflagen ungeeignet sind, die vorstehend festgestellten Verstärkungswirkungen vollständig auszuräumen oder zumindest auf ein kartellrechtlich unbedenkliches Maß zurückzuführen. 205

1. 206

Die Bereitschaft, keine Programminhalte unter Verwendung der Markte Bild-Zeitung zu gestalten, hat das Amt zutreffend mit der Begründung zurückgewiesen, eine solche Verpflichtung sei nicht ausreichend, um eine mögliche Stärkung der Bild-Zeitung auf dem Zeitungslesermarkt durch redaktionelle Cross-Promotion zu verhindern. Hinzu kommt, dass das umgekehrte Risiko einer (journalistischen) Cross-Promotion in der Bild-Zeitung zugunsten der Fernsehsender von P7S1 durch eine solche Auflage nicht ausgeräumt worden wäre. 207

2. 208

Die Zusage, in den Programmen von P7S1 nicht in einer über das Maß anerkannter journalistischer Grundsätze (§ 10 RStV) hinausgehenden Art und Weise auf die Bild-Zeitung Bezug zu nehmen, hat das Bundeskartellamt zu Recht als bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung identifiziert, der kein weiterer Wert für die Vermeidung einer Verstärkungswirkung zukommt. 209

3. 210

Die Auflage, keine Werbung und kein Sponsoring für BILD in den Fernsehsendern von P7S1 über den Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2005 hinaus zu betreiben, hat das Amt zutreffend mit der Begründung verworfen, dass hierdurch zwar eine dämpfende Wirkung auf werbende 211

Cross-Promotion eintreten könne, diese aber insgesamt keinen Umfang erreiche, dass sie in der Gesamtschau geeignet wäre, die Verstärkungswirkungen entfallen zu lassen. Möglich bleiben insbesondere qualitative Verbesserungen der werbenden Cross-Promotion, z.B. in Bezug auf den Werbeplatz oder die Werbeinhalte. Zudem verbleibt es bei der Möglichkeit journalistischer Cross-Promotion.

4. 212

Die Bereitschaft, der Bild-Zeitung für etwaige Werbung in den Sendern von P7S1 keine Vorzugsbedingungen zu gewähren, hat im Rahmen der vom Senat festgestellten Verstärkungswirkungen keinen Einfluss. 213

5. 214

Die Pflicht, die Werbezeit von P7S1 getrennt vom Anzeigenangebot von AS zu vermarkten, hat zunächst Bedeutung für den Anzeigenmarkt in Zeitungen und Zeitschriften. Hinsichtlich des Fernsehwerbemarktes und des Lesermarktes für Straßenverkaufzeitungen hat das Bundeskartellamt die Zusage zutreffend als nicht ausreichend beurteilt. Den Zusammenschlussbeteiligten verbleibt nämlich auch bei einer getrennten Vermarktung die Möglichkeit, ihre Werbeangebote im TV- und Printbereich derart aufeinander abzustimmen, dass sie aus Sicht des Werbekunden einem "Angebot aus einer Hand" gleichkommen. 215

6. 216

Auch die von den Zusammenschlussbeteiligten angebotenen Veräußerungsauflagen hat das Bundeskartellamt ermessenfehlerfrei als unzureichend angesehen, um die fusionsbedingten Verstärkungswirkungen zu beseitigen. 217

a) 218

Soweit die Beschwerdeführerin bereit ist, sich von ihren Beteiligungen an dem Tiefdruckunternehmen Prinovis sowie an allen Unternehmen (Hörfunksender und Pressevertriebsunternehmen) zu trennen, an denen auch Bertelsmann beteiligt ist, werden die zuvor genannten Verstärkungswirkungen schon nicht beseitigt, da diese hierauf gar nicht beruhen. 219

Auch nach einer Aufgabe der gemeinsamen Beteiligungen würden die erörterten cross-medialen Effekte (Cross-Promotion und cross-mediale Angebote "aus einer Hand") verbleiben, die zwischen den TV-Sendern von P7S1 und der Bild-Zeitung möglich gewesen wären und zu einer Stärkung des Duopols geführt hätten. 220

b) 221

Auch die zusätzlich angebotene Veräußerung von Beteiligungen an Programmzeitschriften, Zeitschriften –und Zeitschriftenverlagen, Hörfunk- und Ballungsraumfernsehsendern, Anzeigenblättern und Onlineunternehmen wäre nicht geeignet gewesen, diese Verstärkungseffekte zu beseitigen Die cross-medialen Effekte – sei es in Form der Möglichkeit, für konzerneigene Medien wechselseitig zu werben oder externen Werbetreibenden Kombinationsangebote zu unterbreiten – wären solange bestehen geblieben, wie der integrierte Konzern AS/P7S1 auf verschiedenen Medienmärkten tätig gebliebe wäre und insoweit eine (nicht erforderlich quantitative) Symmetrie zu Bertelsmann fortbestanden hätte. Insbesondere wären P7S1/AS (Auto-Bild, Computer-Bild, Bild der Frau etc.) und Bertelsmann im Zeitschriftenbereich weiterhin auf gemeinsamen Märkten tätig 222

geworden, was – wie ausgeführt – das bestehende Duopol auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt hätte.

G. 223

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB. Die Beteiligte zu 1. hat als unterlegene Partei die Gerichtskosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen sowie dem Bundeskartellamt seine in beiden Instanzen angefallenen notwendigen Auslagen zu erstatten. Die Beteiligte zu 1. hat zudem aus Billigkeitsgründen der Beigeladenen zu 7. ihre im wiedereröffneten Beschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu ersetzen, weil diese in jenem Verfahrensabschnitt das Beschwerdeverfahren durch schriftsätzlichen Sachvortrag wesentlich gefördert hat. 224

H. 225

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 74 Abs. 2 GWB. 226

I. 227

Mit der Reduzierung des Beschwerdewertes hat der Senat berücksichtigt, dass es nach der Rechtsbeschwerdeentscheidung nicht mehr um einen Primärrechtsschutz geht, sondern im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nur noch über die Rechtsmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsentscheidung zu befinden ist. 228

Rechtsmittelbelehrung: 229

Die Entscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag des Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 230

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE