



Fallbericht

1.12.2014

Rücknahme der Anmeldung einer Zeitungsfusion im Raum Dortmund

Branche: Regionale Abonnement-Tageszeitungen

Aktenzeichen: B6 – 89/13

Datum der Rücknahme: 22. Juli 2014

Das Medienhaus Lensing („Lensing“) hat den geplanten Erwerb von sieben Lokalausgaben der zur Funke Mediengruppe („Funke“) gehörenden *Westfälischen Rundschau* („WR“) und der *Westdeutschen Allgemeinen Zeitung* („WAZ“) im Raum Dortmund im Hauptprüfverfahren aufgegeben und die Anmeldung am 22. Juli 2014 zurückgenommen. Der Zusammenschluss betraf eine Vielzahl von Pressemärkten im Raum Dortmund.

Wesentlicher Gegenstand des Hauptprüfverfahrens waren die Grundsätze zur Sanierungsfusion bei unselbständigen Betriebsteilen („failing division defense“). Hierzu hat das Bundeskartellamt mit dem vorliegenden Fall für die Pressefusionskontrolle eine grundsätzliche Praxis entwickelt. Das Bundeskartellamt hat sich ferner erstmals mit der speziellen Presseausnahmeklausel befasst, die mit der 8. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt wurde.¹

Funke ist in Deutschland u.a. als Verleger regionaler Tageszeitungen in Nordrhein-Westfalen, Thüringen und Niedersachsen tätig. Die Zeitungskette von Funke umfasst allein in Nordrhein-Westfalen rund 75 Lokalausgaben, die unter den vier Schwestertiteln *WR*, *WAZ*, *Neue Ruhrzeitung* („NRZ“) und *Westfalenpost* („WP“) erscheinen. Die Erwerberin Lensing gibt im Ruhrgebiet und im Münsterland eine Reihe regionaler Tageszeitungen heraus. Im Raum Dortmund erscheinen im Verlag Lensing die *Ruhr-Nachrichten*, die dort gleichzeitig die einzige Wettbewerberin der Erwerbsobjekte auf den betroffenen Lesermärkten Dortmund, Lünen, Schwerte und Castrop-Rauxel sind. Auf den betroffenen fünf Anzeigenmärkten ist Lensing ebenfalls im Wesentlichen die einzige Wettbewerberin der erworbenen Lokalausgaben. Auf praktisch allen betroffenen Märkten wäre es daher durch das Zusammenschlussvorhaben zu einem Monopol von Lensing gekommen.

¹ § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB.

Eine Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens kam damit nur bei Nachweis der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion oder der Presseausnahmeklausel durch die Beteiligten in Betracht. Die Voraussetzungen beider Ausnahmeregelungen waren nicht erfüllt.

Die Grundsätze der Sanierungsfusion in der Variante der sog. „*failing division defense*“ waren im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Lokalausgaben als einzelne Vermögenswerte von Funke nach den gegebenen betrieblichen Umständen keinen tauglichen Sanierungsgegenstand darstellten. Denn die betroffenen Lokalausgaben konnten nicht als ein abgegrenzter Geschäftsbereich („*division*“) angesehen werden, der eigenständig operierte und dem Kosten und Erlöse unmittelbar und hinreichend eindeutig zugeordnet werden konnten. Sie stellten vielmehr einen stark integrierten Teil der in der profitablen Funke Medien NRW erscheinenden Zeitungskette von rund 75 Ausgaben dar.

Das Erfordernis eines wirtschaftlich und organisatorisch abgegrenzten Geschäftsbereichs leitet sich aus den Anforderungen an das Vorliegen einer Sanierungsfusion ab. Ein Zusammenschluss ist nach den Grundsätzen der Sanierungsfusion mangels Kausalität nur dann freizugeben, wenn das Zielunternehmen nachweist, dass es

- aufgrund seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten ohne den Zusammenschluss zwingend und kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde,
- seine Marktposition in diesem Fall ohnehin dem Erwerber im Wesentlichen zufiele und
- es keinen alternativen Erwerber, dessen Erwerb zu keinen oder geringeren Wettbewerbsproblemen führen würde, gibt.

Der Regelfall der Sanierungsfusion ist dabei die beantragte oder zumindest unmittelbar bevorstehende Insolvenz eines ganzen Unternehmens („*failing company*“). An diesem durch objektive und gesetzlich geregelte Tatbestände gekennzeichneten Regelfall sind die Sanierungsbedürftigkeit und die Marktaustrittsprognose bei einem bloßen Unternehmensteil zu messen. In der Variante der „*failing division*“ ist aus Sicht des Bundeskartellamts ein mit dem Regelfall vergleichbarer objektiver Nachweis nur möglich, wenn der fragliche Betriebsteil in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht hinreichend eigenständig geführt wird. An den Nachweis der zwingenden Notwendigkeit des Austritts eines Betriebsteils sind hohe Anforderungen zu stellen, weil Unternehmen bei der Entscheidung über den Marktaustritt eines Unternehmensteils über erhebliche Spielräume verfügen.

Zur Erfüllung der Nachweisanforderungen ist maßgeblich, welche Erlöse und Kosten durch eine Einstellung des Betriebsteils tatsächlich *wegfallen* würden („Wegfallrechnung“). Erforderlich ist

eine Betrachtung der Erlöse und Kosten der gesamten Organisation. Dabei muss berücksichtigt werden, wie diese auf alle Unternehmensteile verteilt werden. Außerdem müssen die beteiligten Unternehmen darstellen, wie sich eine Schließung des Unternehmensteils auf die fortgeführten Unternehmensteile auswirkt und dabei insbesondere erläutern, welche Gemeinerlöse und Gemeinkosten nach der Schließung verbleiben. Die gewählten Zuordnungen und Schlüsselungen müssen sach-, verursachungsgerecht und insbesondere auch robust sein. Es ist daher darzulegen und nachzuweisen, dass andere sachgerechte Schlüssel zu demselben Ergebnis führen. Die Betrachtung aller Betriebsteile muss außerdem mit dem testierten Jahresabschluss der Gesellschaft, in dem die tatsächlichen Kosten und Erlöse des gesamten Unternehmens dargestellt sind, konsistent sein. Die Situation des betroffenen Betriebsteils muss nach einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und unternehmensindividuellen Umstände (insbesondere der verschiedenen Unternehmenskennzahlen, der Marktverhältnisse, der Schließungskosten und der bisherigen Praxis des Unternehmens bei der Schließung von Unternehmensteilen) nachhaltig krisenhaft sein.

Bei einem nicht hinreichend selbständigen Unternehmensteil ist insbesondere eine robuste Zuordnung und Schlüsselung von Gemeinkosten und –erlösen nicht mehr erreichbar. Je höher der Integrationsgrad des Unternehmens ist, desto weniger lassen sich auch hinreichend verlässliche Aussagen machen, wie sich die Einstellung der betreffenden geschäftlichen Aktivität auf die Wirtschaftlichkeit des restlichen Unternehmens auswirkt. Denn das Ergebnis weist dann regelmäßig je nach Wahl der Berechnungsmethode, der Betrachtungsebene und der dafür zu treffenden Annahmen enorme Unterschiede auf. Das Unternehmen hat in einem solchen Fall ganz erhebliche Spielräume auch bei der Entscheidung über die Einstellung von einzelnen Unternehmensteilen. Es existieren keine hinreichend objektiven Anhaltspunkte für die Entscheidung, ob das den einzelnen Unternehmensteilen jeweils mit großen Freiheitsgraden zugeordnete und zugeschlüsselte Ergebnis tatsächlich mit der erforderlichen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit einen Marktaustritt nach sich ziehen wird.

Maßgeblich für die Feststellung des Integrationsgrads sind die betriebswirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Gesamtorganisation des Unternehmens sowie die Einbettung der betroffenen geschäftlichen Aktivitäten und ihrer Wertschöpfungsprozesse in diese Organisation. Ein bedeutsames Indiz für die Unselbständigkeit ist ein hoher Gemeinkosten- und –erlösanteil, der dem betroffenen Unternehmensteil zugeschlüsselt werden muss.

Die sieben Lokalausgaben, die einem „Großraum Dortmund“ zugeordnet wurden, waren in jeder Hinsicht unselbständig. Bei Funke hatte es organisatorisch einen Geschäftsbereich, der

gerade aus den sieben Lokalausgaben und den ihnen (jeweils) zu Grunde liegenden Wertschöpfungsanteilen bestanden hätte, als solches nie gegeben. Es handelt sich um einzelne Teilausgaben der Zeitungskette in Nordrhein-Westfalen, die organisatorisch und wirtschaftlich gemeinsam der Funke Medien NRW Zeitungsgruppe zuzuordnen sind. Die Wertschöpfung, die diesen Lokalausgaben zu Grunde liegt, verteilt sich über diverse Konzernunternehmen, die über ein komplexes, teilweise mehrstufiges System von konzerninternen Leistungs- und Verrechnungsbeziehungen miteinander verbunden sind. Der den Ausgaben zugeschlüsselte Gemeinkostenanteil ist demgemäß sehr hoch. Es existieren auch in nicht unerheblichem Umfang Gemeinerlöse – insbesondere die Erlöse aus verschiedensten Anzeigenkombinationen, an denen die betroffenen Ausgaben teilhatten. Die Berechnungsmethoden, die allesamt aus betriebswirtschaftlicher Sicht als sachgerecht und vertretbar angesehen werden konnten, ergaben für die betroffenen Ausgaben je nach betrachteter Ebene, Kennzahl oder Bündel ganz unterschiedliche Ergebnisse bis hin zur Profitabilität. Bereits geringfügige Variationen der zugrunde gelegten Annahmen der Beteiligten – etwa über das Nachfrageverhalten bei einer Einstellung der Lokalausgaben – hätten die Fortführung ohne den Zusammenschluss nahegelegt.

Hinzu kam, dass beweiskräftige Unterlagen nicht vorgelegt werden konnten. Unterlagen, die für die Zwecke des Nachweises der Voraussetzungen der Sanierungsfusion erst erstellt wurden, haben insbesondere bei dem hier gegebenen Integrationsgrad und den daraus folgenden Freiheitsgraden des Unternehmens nur eine begrenzte Beweiskraft. Darüber hinaus hatten die Zusammenschlussbeteiligten aus Sicht des Bundeskartellamts bereits mit dem Vollzug ihres gemeinsamen Vorhabens begonnen: Funke schloss eigene Lokalredaktionen und begann im Vorgriff auf die beabsichtigte Sanierungsfusion, den Lokalteil von Lensing zu beziehen. Eine Einstellung der Lokalausgaben ist in diesem Fall nach den Feststellungen des Bundeskartellamts im Unternehmen zu keinem Zeitpunkt erwogen worden. Unternehmensinterne Dokumente wie z.B. Strategiepapiere, Managementvorlagen, Berechnung von Schließungskosten, die nicht speziell für die beabsichtigte Sanierungsfusion erstellt worden waren, hat Funke nicht vorlegen können.

Schließlich hat Funke auch nicht nachgewiesen, dass es für die Lokalausgaben keinen alternativen Erwerber gab. Ein ernsthafter Verkaufsprozess ist nicht durchgeführt worden. Die Kaufverhandlungen zwischen Funke und Lensing waren bereits abgeschlossen, und der Vollzug hatte bereits begonnen als Funke zum ersten Mal eine Reihe möglicher Dritterwerber ansprach. Eine erst nachträglich vorgenommene abstrakte Betrachtung potentieller Erwerbssaussichten reicht nicht aus, um konkrete und ernsthafte Verkaufsbemühungen zu

ersetzen. Dies gilt auch für die Veräußerung von Lokalzeitungen, die nicht abstrakt - angesichts des andauernden Strukturwandels - als unverkäuflich angesehen werden können, wenn sie nicht an den einzigen Wettbewerber gehen dürfen. Hiergegen spricht auch, dass die neue Presseausnahmeklausel auf dieses Merkmal gerade nicht verzichtet hat.

Die Voraussetzungen der Presseausnahmeklausel waren damit ebenfalls nicht erfüllt. Die Regelung verlangt außer dem Fehlen eines alternativen Erwerbers den Nachweis, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren einen erheblichen Jahresfehlbetrag hatte und ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Sind diese Anforderungen erfüllt, kann ein Vorhaben nicht untersagt werden, wenn die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlages verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt.

Es spricht viel dafür, dass es sich für die pressespezifische Ausnahmeklausel bei dem Erwerbsobjekt des „Zeitungsverlags“ zwingend um ein rechtlich verselbständigtes Unternehmen handeln muss, das ein aus sich heraus funktionsfähiges Verlagsgeschäft betreibt. Denn die „Existenzgefährdung“ muss sich anhand von erheblichen Jahresfehlbeträgen nach § 275 HGB nachweisen lassen. Dies setzt jedoch eine entsprechende Rechtsform des erworbenen „Zeitungsverlags“ voraus, also z.B. die Rechtsform einer Handelsgesellschaft. Jedenfalls aber muss es sich auch für die Pressesanktionsklausel um ein in organisatorisch und wirtschaftlicher Hinsicht klar abgegrenzten verselbständigten Verlag handeln. Die von Lensing erworbenen sieben Lokalausgaben waren weder rechtlich, organisatorisch und wirtschaftlich selbständig organisiert, noch konnte eine Existenzgefährdung und ein bevorstehender Marktaustritt angesichts der erwähnten Bandbreite der möglichen Ergebnisse bei der Betrachtung von Kosten und Erlösen unselbständiger Lokalausgaben nachgewiesen werden.

Außerdem handelte es sich im Fall von Funke nicht um einen „kleineren und mittleren Zeitungsverlag“, so dass die Presseausnahmeklausel auch aus diesem Grund nicht anwendbar war. Da die Presseausnahmeklausel eine pressespezifische Regelung ist, muss der Begriff des kleineren und mittleren Tageszeitungsverlages in Relation zu den im Pressesektor tätigen Unternehmen – und hier der Tageszeitungsverlage – gesehen werden. Dies ergibt sich aus dem Ziel der Regelung einige Unternehmen unter den Tageszeitungsverlagen zu privilegieren. Verlage, die keine kleine oder mittlere Zeitungsverlage sind, bleiben den strengeren Voraussetzungen der allgemeinen Sanierungsfusion unterworfen. Der sektorale Ansatz der Norm erfordert einen weiter gefassten Größenvergleich. Unabhängig von der Frage, welche absoluten Umsatzgrößen hier anzulegen wären, ist nach dem Zweck des Gesetzes anzunehmen, dass die in Deutschland tätigen Tageszeitungsketten nicht Privilegierungs-

adressaten der Norm sein sollten, sondern mittelständische und lokal tätige Verlagsunternehmen, die angesichts der beschränkten Tätigkeit und finanziellen Mittel im Verhältnis zu Tageszeitungsketten besonders große Probleme mit dem digitalen Strukturwandel der Branche haben. Funke gibt die zweitgrößte deutsche Zeitungskette heraus. Würde man Funke als abgebendes Unternehmen in den Anwendungsbereich einbeziehen, wären praktisch alle deutschen Zeitungsverlage kleinere und mittlere Verlage.