

**Zusammenschlussvorhaben
der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG
mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG**

**Ergänzendes Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB**

Inhaltsverzeichnis

I. Der Auftrag und seine Durchführung.....	1
II. Der Ministererlaubnis Antrag und die erste Stellungnahme der Monopolkommission: Rückblick und Nachlese.....	5
III. Ablauf und Ergebnis des Verkaufsverfahrens.....	10
IV. Der Auftrag des Ministers zum Nachweis der Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels.....	15
IV.1. Der Nachweis der Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels als notwendige Voraussetzung für die Ministererlaubnis.....	15
IV.2. Würdigung der inhaltlichen Vorgaben des Ministers.....	17
IV.2.1 Zulässigkeit materieller Vorgaben entsprechend den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Staatsneutralität.....	18
IV.2.2 Zusagen der Antragstellerin zum Erhalt des Tagesspiegels.....	19
IV.2.3 Die Anforderungen des Ministers an mögliche Erwerber des Tagesspiegels.....	21
IV.3. Würdigung des vom Minister gewählten Verfahrens.....	25
V. Beurteilung von Durchführung und Ergebnis des Verkaufsprozesses.....	32
VI. Unzulässigkeit der Stiftungslösung als Verstoß gegen das Verbot laufender Verhaltens- kontrollen.....	38
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und weiterführende Überlegungen.....	41

I. Der Auftrag und seine Durchführung

1. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Monopolkommission am 9. Juli 2003 über den Fortgang des Verfahrens zum Zusammenschlussvorhaben

Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG

mit der

Berliner Verlag GmbH & Co. KG

informiert und ihr anheim gestellt, die Stellungnahme, die sie gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB im April 2003 zu diesem Zusammenschlussvorhaben abgegeben hatte, aufgrund der seither eingetretenen Entwicklungen gegebenenfalls zu modifizieren oder zu ergänzen.

2. Zu den seit April 2003 eingetretenen Entwicklungen gehört insbesondere der vom Bankhaus Sal. Oppenheim im Auftrag von Holtzbrinck durchgeführte Versuch eines Verkaufs des Tagesspiegels. Im Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis war ausgeführt worden, der Zusammenschluss mit dem Berliner Verlag sei das einzige Mittel, um den zur Holtzbrinck-Gruppe gehörenden Tagesspiegel als redaktionell selbständige Zeitung dauerhaft zu erhalten. Ansonsten sei der Tagesspiegel nicht wirtschaftlich zu führen. In Anbetracht der hohen Verluste des Tagesspiegels sei auch kein anderes Unternehmen bereit, den Tagesspiegel zu übernehmen und als eigenständige Zeitung weiterzuführen. Nach Auffassung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit war letztere Aussage von der Antragstellerin nicht belegt worden, hatte sie doch bislang nicht einmal den Versuch eines Verkaufs des Tagesspiegels unternommen. Mit Schreiben vom 8. Mai 2003 forderte der Minister daher die Antragstellerin auf, sich unter Einschaltung eines geeigneten und vertrauenswürdigen Dritten ernsthaft um einen Verkauf zu bemühen und in einem „marktüblichen Verfahren“ zu ermitteln, welche Verkaufsmöglichkeiten gegebenenfalls beständen. Die Ergebnisse des daraufhin vom Bankhaus Sal. Oppenheim im Auftrag von Holtzbrinck durchgeführten Verfahrens wurden dem Minister von Sal. Oppenheim und Holtzbrinck in verschiedenen Schreiben Ende Juni/Anfang Juli 2003 dargelegt.

3. Nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB ist vor der Entscheidung in einem Ministererlaubnisverfahren eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Gegenstand dieser Stellungnahme sind die zur Entscheidung anstehenden Alternativen und die zur Bewertung der Alternativen relevanten Sachverhalte. Die üblicherweise aufgrund des Antrags auf Erteilung der Ministererlaubnis in einer Anfangsphase des Verfahrens abgegebene Stellungnahme der Monopolkommission genügt dem Gesetzauftrag *nicht*, wenn sich im weiteren Verlauf des Verfahrens erhebliche Änderungen der zur Entscheidung anstehenden Alternativen und der zur Bewertung der Alternativen relevanten Sachverhalten ergeben. Mit der erneuten Auftragserteilung vom 9. Juli 2003 trägt der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit dem Umstand Rechnung, dass der von Sal. Oppenheim im Auftrag von Holtzbrinck durchgeführte Versuch eines Verkaufs des Tagesspiegels als möglicherweise erhebliche Veränderung der Sachlage anzusehen ist.

4. Über die im bereits vorgelegten Sondergutachten erwähnten Materialien und das Schreiben des Bundeswirtschaftsministeriums vom 8. Mai 2003 an die Holtzbrinck-Gruppe hinaus haben der Monopolkommission zur Vorbereitung dieser Stellungnahme vorgelegen:

- Konsolidierte Fassung der sog. "Stiftungslösung" mit Anschreiben der Holtzbrinck-Gruppe/Anwälte Gleiss Lutz vom 10. April 2003 (an das Bundeswirtschaftsministerium),

- Mandatsvereinbarung zwischen Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG und Sal. Oppenheim jr. & Cie. KGaA vom 14. Mai 2003,
- Offer-Memorandum „Der Tagesspiegel“ vom 23. Mai 2003 und das Muster des zugehörigen Anschreibens von Sal. Oppenheim, in welchem Interessenten zur Abgabe eines indikativen Angebots aufgefordert werden, vom 27. Mai 2003,
- Bericht von Sal. Oppenheim jr. & Cie. KGaA an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zur Veräußerung des Tagesspiegels vom 23. Juni 2003 (Berichtsband und Anlagenband mit der Korrespondenz zwischen Sal. Oppenheim und den potentiellen Investoren und den Protokollen der Detaillierungsgespräche)¹,
- Stellungnahme der Holtzbrinck-Gruppe/Anwälte Gleiss Lutz zum Bericht von Sal. Oppenheim und zur Bewertung der Verkäuflichkeit des Tagesspiegels mit Schreiben vom 23. Juni 2003,
- Schreiben der Holtzbrinck-Gruppe/Anwälte Gleiss Lutz an das Bundeswirtschaftsministerium vom 27. Juni 2003 mit Anlagen (Schreiben des Bauer-Verlags/Anwälte Lovells an Sal. Oppenheim vom 25. Juni 2003 und Antwortschreiben der Holtzbrinck-Gruppe/Anwälte Gleiss Lutz vom 27. Juni 2003),
- Schriftsatz mit Schreiben von
Holtzbrinck/Anwälte Gleiss Lutz (vom 4. Juli 2003),
Sal. Oppenheim (vom 3. Juli 2003),
Bauer-Verlag/Anwälte Lovells (vom 26. Juni 2003) mit Vorblatt vom 9. Juli 2003 und Anlagen (insbesondere Schreiben vom 16. Juni 2003) an das Bundeswirtschaftsministerium.

5. Die Monopolkommission hat in drei nicht-öffentlichen Anhörungen am 6. August 2003 die Frage, ob ein anderes Unternehmen bereit wäre, den Tagesspiegel zu übernehmen und als eigenständige Zeitung weiterzuführen, mit Vertretern folgender Unternehmen erörtert:

- Heinrich Bauer Verlag,
- Sal. Oppenheim jr. & Cie. KGaA,
- Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG.

Darüber hinaus haben Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission in ergänzenden Einzelgesprächen Betroffene aus dem Kreis der Beigeladenen zu einzelnen Sachverhalten des Verkaufsverfahrens befragt.

6. Folgende potentielle Investoren, die sich das Offer-Memorandum für den Tagesspiegel hatten zuschicken lassen, wurden schriftlich zum Verkaufsverfahren befragt:

- Heinrich Bauer Verlag,
- BAVARIA Industriekapital AG,
- M. DuMont Schauberg,
- Econa AG,
- Laxa Bruk AB,

¹ Die um „Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung“ des Berichtsbands datiert vom 1. Juli 2003.

- Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft mbH,
- Süddeutscher Verlag GmbH,
- Südwestdeutsche Medien Holding GmbH,
- Münchner Zeitungsverlag GmbH & Co. KG,
- NordGB Gesellschaft für Beteiligungen mbH,
- Permira Beteiligungsberatung GmbH.

Gegenstand der Befragung war im Wesentlichen die Einschätzung und Bewertung der Befragten über das von Sal. Oppenheim durchgeführte Verfahren (Angemessenheit des Verfahrens, Intensität und Qualität der Informationen, eventuelle Auflagen im Falle des Erwerbs) sowie der Berichtsergebnisse des Verfahrens; außerdem wurden Fragen zum Erwerbsinteresse der Befragten gestellt. Fünf der elf angeschriebenen Unternehmen haben in der Sache geantwortet.

7. Ferner wurden der Monopolkommission von einzelnen Beigeladenen des Ministererlaubnisverfahrens Kopien schriftlicher Unterlagen zur Verfügung gestellt, die sie dem Bundeswirtschaftsministerium zugesandt hatten und die Teil der Verfahrensakte sind.

8. In der Anhörung am 6. August 2003 und in einem Schreiben an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vom 7. August 2003 hat der Verfahrensbevollmächtigte von Holtzbrinck die Vorgehensweise der Monopolkommission bei der Erarbeitung ihrer Stellungnahmen in diesem Ministererlaubnisverfahren kritisiert. Die Kritik betrifft die vorliegende Stellungnahme ebenso wie die erste Stellungnahme der Monopolkommission. Bemängelt wird insbesondere, dass die Monopolkommission ihren Gesprächspartnern in mündlichen Anhörungen und schriftlichen Befragungen Vertraulichkeit zusichert und diese auch wahrt. Dadurch komme es zu einem im Gesetz nicht vorgesehenen „Geheim-Nebenverfahren“, indem die Monopolkommission Informationen einhole, „die Holtzbrinck als Antragsteller und primär Verfahrensbeteiligten nicht offen gelegt werden.“ Ferner wird infrage gestellt, dass die Monopolkommission Gutachten einhole, im konkreten Fall das Gutachten zur Abgrenzung zwischen Strukturauflage und Verhaltensaufgabe von Prof. Dr. Winfried Veelken², ohne Holtzbrinck insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Nach § 45 Abs. 1 Satz 2 müssten die Mitglieder der Monopolkommission über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse verfügen. Das Einholen zusätzlicher Expertisen von außen sei demnach vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.

9. Die Monopolkommission weist diese Kritik zurück. Als eine Institution der wissenschaftlich fundierten Politikberatung hat sie den gesetzlichen Auftrag, die Entscheidungsgrundlage für die politischen Entscheidungsträger, hier für den Bundeswirtschaftsminister, aufzubereiten. Sie kann diese Aufgabe um so besser erfüllen, je gründlicher sie über den relevanten Sachverhalt informiert ist. Demgemäß besteht ein wesentlicher Teil der Arbeit der Monopolkommission im Vorfeld der Begutachtung in der Einholung von Auskünften und der Aufbereitung sonstiger verfügbarer Informationen. Zu diesem Zweck lädt die Monopolkommission manche Beteiligte zu Anhörungen ein (was von Holtzbrinck im Brief vom 7. August 2003 nicht gerügt worden ist), andere fordert sie zu schriftlichen Stellungnahmen auf, wieder andere werden telefonisch um Informationen gebeten. Welchen Weg die Monopolkommission beschreitet, hängt von zahlreichen Umständen des Einzelfalles ab, so von der Anzahl der potentiellen Adressaten, dem Umfang der jeweils zu erwartenden

² Das Gutachten wurde inzwischen veröffentlicht; vgl. Veelken Winfried, Die Abgrenzung zwischen Strukturaufgabe und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes und bei der Ministererlaubnis, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 49, 2003, S. 692-724.

Informationen, der der Monopolkommission für ihre Stellungnahme zur Verfügung stehenden Zeit, etc.

10. Die Vorgehensweise der Monopolkommission in diesem Ministererlaubnisverfahren unterscheidet sich nicht von der Vorgehensweise in anderen Ministererlaubnisverfahren und steht im Einklang mit dem Gesetz. Nach § 44 Abs. 2 Satz 1 GWB ist die Monopolkommission nur an den durch das Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. Es liegt daher allein in ihrem Ermessen, ob sie zur Diskussion und Klärung bestimmter Fragen auf zusätzliche Expertisen von außen rekurriert oder nicht. Die vom Gesetzgeber geforderten besonderen volkswirtschaftlichen, betriebswirtschaftlichen, sozialpolitischen, technologischen oder wirtschaftsrechtlichen Kenntnisse begründen gelegentlich die Einsicht, dass es angebracht ist, zu bestimmten Fragen zusätzlichen Sachverstand zu Rate zu ziehen, ehe man sich abschließend eine Meinung dazu bildet.

Im konkreten Fall ging es um die abstrakte, nicht nur das anstehende Verfahren betreffende Frage nach der genauen Bedeutung des in § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB formulierten Verbots von Bedingungen und Auflagen, die die „beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle ... unterstellen“. Der im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens E.ON/Ruhrgas ergangene Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Dezember 2002 hatte den Umgang mit diesem Verbot durch das Bundeskartellamt und den Bundeswirtschaftsminister infrage gestellt. Daher hielt die Monopolkommission eine genauere Auseinandersetzung mit den zugrunde liegenden Rechtsfragen für erforderlich.

11. Nach § 46 Abs. 3 GWB sind die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet, ferner auch zur Verschwiegenheit über Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden. Die von der Antragstellerin kritisierte Zusicherung und Wahrung der Vertraulichkeit gegenüber den Ansprechpartnern der Monopolkommission in mündlichen Anhörungen und schriftlichen Befragungen entspricht dieser Gesetzesvorschrift. Sie dient dem Schutz der Ansprechpartner der Monopolkommission vor Nachteilen, die ihnen entstehen könnten, wenn man ihnen bestimmte Informationen und Aussagen individuell zurechnen könnte. Die Zusicherung der Vertraulichkeit ist unerlässlich, denn die Monopolkommission hat nicht die Ermittlungsbefugnisse einer Kartellbehörde und ist auf die freiwillige Mitwirkung ihrer Ansprechpartner angewiesen. Könnte sie keine Vertraulichkeit zusichern, würde sie viele relevante Informationen nicht erhalten und könnte ihrem gesetzlichen Auftrag nicht genügen. Im Übrigen kommt der Schutz der Ansprechpartner in Ministererlaubnisverfahren auch den Antragstellern zugute. Wenn sie in Anhörungen oder im Schriftverkehr der Monopolkommission gegenüber vertrauliche Angaben machen, so werden diese auch nicht den übrigen Verfahrensbeteiligten offen gelegt. Andererseits sind die späteren Verfahrensinstanzen aber auch in keiner Weise an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen der Monopolkommission gebunden. Falls die gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB vorgelegte Stellungnahme zu Rückfragen hinsichtlich der Grundlagen der Meinungsbildung der Monopolkommission Anlass gibt oder falls Zweifel hinsichtlich der angemessenen Darstellung der referierten Sachverhalte und Meinungen bestehen, steht es den Antragstellern jederzeit frei, diese Rückfragen und Zweifel im Verfahren vor dem Minister als zuständiger Kartellbehörde vorzubringen. Diesem wiederum steht es frei, sie im Rahmen seiner Ermittlungsbefugnisse und der bestehenden Auskunftspflichten zu hinterfragen.

12. Die Monopolkommission dankt allen bei der Vorbereitung dieses Sondergutachtens Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Darüber hinaus bedankt sich die Monopolkommission bei den wissenschaftlichen Mitarbeitern der Geschäftsstelle, die die vorliegende Stellungnahme betreut haben, insbesondere bei Frau Juliane Scholl.

II. Der Ministererlaubnisantrag und die erste Stellungnahme der Monopolkommission: Rückblick und Nachlese

13. Der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis für den Zusammenschluss von Holtzbrinck mit dem Berliner Verlag gründet sich auf die Aussage, dass der zur Holtzbrinck-Gruppe gehörende Tagesspiegel andauernd hohe Verluste erwirtschaftete und es auf Stand-Alone-Basis auf Dauer keine Möglichkeit zur Weiterführung des Tagesspiegels gebe. Die Spielräume für interne Rationalisierungsmaßnahmen seien ausgeschöpft. Ein Zusammenschluss mit dem Berliner Verlag würde Effizienzsteigerungen insbesondere im Zeitungsvertrieb, Anzeigenmanagement, Einkauf, Vorstufen- und Verwaltungsbereich ermöglichen. Der Wert der dadurch zu erwartenden Rationalisierungsvorteile belaufe sich auf ca. 9,5 Mio. €, mehr als genug, um die derzeitigen jährlichen Verluste des Tagesspiegels auszugleichen. Der Zusammenschluss sei daher ein geeignetes Mittel, um den Tagesspiegel dauerhaft zu erhalten. Der im Erhalt des Tagesspiegels liegende Beitrag zur Vielfalt des hauptstädtischen Pressewesens sei ein Gemeinwohlvorteil im Sinne von § 42 GWB. Dieser Gemeinwohlvorteil überwiege die Nachteile der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen, zumal das Bundeskartellamt die Märkte unangemessen abgegrenzt habe und der starken Stellung des Axel Springer-Verlags zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt habe.

14. Um dem Einwand vorzubeugen, ein Unternehmenszusammenschluss reduziere die Zahl der unabhängigen Anbieter und stelle insofern keinen erkennbaren Beitrag zur Erhaltung von Angebotsvielfalt dar, schlägt die Antragstellerin eine besondere institutionelle Struktur zur Sicherung der redaktionellen Selbständigkeit des Tagesspiegels vor. Danach wäre die Redaktion des Tagesspiegels auf eine Gesellschaft zu übertragen, an der neben Holtzbrinck eine noch zu schaffende Stiftung "Der Tagesspiegel" beteiligt werden soll.³ Die Stiftung soll über ein Kuratorium aus 13 Vertretern von Politik, Verbänden, TV-Sendern und politischen Wochenzeitschriften bzw. Magazinen verfügen. Durch verschiedene Veto- und Sonderrechte der Stiftung soll sichergestellt werden, dass der Tagesspiegel redaktionell selbständig, insbesondere auch unabhängig von der Berliner Zeitung, geführt wird, wobei der derzeitige Umfang und der derzeitige redaktionelle Aufwand als Mindeststandard vorgesehen sind. Dieser Mindeststandard ist durch einen privatrechtlichen Vertrag abzusichern. Bei Verstößen sind – neben den Klagemöglichkeiten aus dem privatrechtlichen Vertrag – verschiedene statutarische Sanktionen vorgesehen. Insbesondere kann die Stiftung im Falle eines Verstoßes Holtzbrinck aus der Tagesspiegel-Redaktionsgemeinschaft ausschließen und dann den Tagesspiegel allein beherrschen. In diesem Fall könnte die Stiftung den Tagesspiegel an einen Dritten veräußern. Sollte die Veräußerung nicht möglich sein, könnte die Stiftung den Tagesspiegel einstellen, „was für Holtzbrinck zum Totalverlust führen würde.“⁴

15. In ihrer gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB abgegebenen Stellungnahme vom April 2003 hat die Monopolkommission empfohlen, den Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis für den Zusammenschluss von Holtzbrinck mit dem Berliner Verlag abzulehnen. Die Empfehlung der Monopolkommission gründete sich auf folgende Einschätzungen:

- Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin ist das Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkung als erheblich anzusehen. Die – gegebenenfalls ohnehin in einem Gerichtsverfahren und *nicht* im Ministererlaubnisverfahren vorzutragende – Kritik an der vom Bundeskartellamt vorgenommenen Marktabgrenzung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Ungeachtet des weiter bestehenden redaktionellen Wettbewerbs würde der wirtschaftliche Wettbewerb zwischen Tagesspiegel und Berliner Zeitung beschränkt werden. Als Teil des Holtzbrinck-Kon-

³ Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Sondergutachten 36, Baden-Baden 2003, insbes. Tz. 147.

⁴ Stiftungslösung zur Sicherung der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Redaktion des Tagesspiegels, S. 5.

zerns hätte die Berliner Zeitung weniger Interesse, auf die wirtschaftliche Ausbeutung ihrer Quasi-Monopolstellung im Osten von Berlin zu verzichten, um durch Wettbewerb im Westen der Stadt kaufkräftige Kunden anzuziehen, die sie als Werbeträger attraktiver machen, und gleichzeitig für eine Zeit vorzubauen, wo die historisch bedingten spezifischen Kundenbindungen im Osten Berlins an Bedeutung verlieren. Bei dem von der Antragstellerin entworfenen „Berliner Modell“ ginge es nicht nur um Effizienzsteigerungen, sondern auch um eine Finanzierung des Tagesspiegels durch Monopolgewinne aus der Berliner Zeitung, im Klartext: eine Umverteilung von Ost nach West.

- Die im Antrag enthaltene Vorstellung von einer Sicherung der Angebotsvielfalt im Pressewesen durch die im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens festzulegende Binnenstruktur eines Zeitungskonzerns weicht deutlich ab von der in Gesetz und Rechtsprechung vorherrschenden Vorstellung, dass Angebotsvielfalt im Pressewesen ohne staatliche Intervention durch Wettbewerb wirtschaftlich unabhängiger Unternehmen gesichert wird,⁵ dass Wettbewerbsbeschränkungen im Pressewesen daher noch kritischer zu sehen sind und die Eingriffsschwelle für die Fusionskontrolle bei Presseunternehmen niedriger anzusetzen ist als in anderen Wirtschaftsbereichen.⁶ Die Monopolkommission hält es für problematisch, wenn die einzelfallbezogene Beurteilung eines Gemeinwohlvorteils im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens so deutlich von den durch Judikatur und Legislative formulierten Ordnungsvorstellungen für das Pressewesen abweicht. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Zensurverbot der Verfassung jegliche Berücksichtigung inhaltlicher Aspekte im Einzelfall ausschließt.
- Selbst wenn man die im Antrag enthaltenen Vorstellungen zur Sicherung der Angebotsvielfalt im Pressewesen durch Konzernbinnenstrukturen akzeptieren würde, ist zu bemängeln, dass die Erforderlichkeit des Zusammenschlusses für den Erhalt des Tagesspiegels als Beitrag zur Pressevielfalt in Berlin nicht dargelegt worden ist. In Analogie zum Vorgehen bei „Sanierungsfusionen“ in der Anwendung von § 36 Abs. 1 GWB durch das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission die Darlegungspflicht in diesem Punkt auf Seiten der Antragstellerin. Diese hat nach Auffassung der Monopolkommission nur unzureichend dargelegt, dass der Tagesspiegel ohne den beantragten Zusammenschluss tatsächlich kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde. Insbesondere wurde nicht detailliert und substantiiert dargelegt, welche möglichen Rationalisierungsstrategien geprüft worden sind und warum diese Strategien keinen Erfolg versprechen. Ferner war die Möglichkeit, die durch einen Rückzug von Holtzbrinck entstehende Lücke durch einen Verkauf des Tagesspiegels zu schließen, zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion gestellt worden.
- Die von Holtzbrinck vorgeschlagene Stiftungslösung zur dauerhaften Sicherung der redaktionellen Selbständigkeit des Tagesspiegels verstößt gegen das nach § 42 Abs. 2 i.V.m. § 40 Abs. 3 GWB bestehende Verbot von Auflagen, die sich darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterwerfen.

16. Bei ihrer Stellungnahme war sich die Monopolkommission des Umstands bewusst, dass sich das Pressewesen derzeit in einer wirtschaftlichen Krise befindet, die nicht nur konjunkturelle, sondern auch strukturelle Gründe hat. Langfristig wirkende strukturelle Veränderungen, etwa das Abwandern eines Teils des Rubrikengeschäfts in das Internet oder Veränderungen von Mediennutzungsgeohnheiten – und damit der Produktloyalität – als Folge des Generationswandels, bedrohen die Fähigkeit von Zeitungen, über Anzeigengeschäft und Margen die für die Finanzierung von Redaktion und Verlag erforderlichen Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Insofern ist mit Tendenzen zu einer

⁵ Vgl. z.B. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. November 1979, NJW 1980, 1093, 1094.

⁶ Vgl. § 38 Abs. 3 GWB.

erhöhten Konzentration im Pressewesen zu rechnen. Daraus ergeben sich grundlegende Fragen zur Funktionsfähigkeit des tradierten Modells der Sicherung von Vielfalt und Eigenständigkeit der Pressemedien durch Wettbewerb in wirtschaftlicher Selbständigkeit. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten die Diskussionen um diese Fragen ausdrücklich und bewusst in den dafür zuständigen politischen Institutionen ausgetragen und nicht im Vorhinein durch die Präzedenzwirkungen einer zunächst als Ausnahme anvisierten Entscheidung in einem Ministererlaubnisverfahren präjudiziert werden.

17. In ihrer Stellungnahme vom April 2003 hatte die Monopolkommission ihr Bedauern darüber geäußert, dass der späte Zugang verschiedener Unterlagen ihr nicht mehr die Möglichkeit bot, sich aus diesen Unterlagen ergebende offene Fragen in Rede und Gegenrede zu klären. So hatte das der Monopolkommission am 2. April 2003 übersandte Gutachten der KPMG die Frage aufgeworfen, warum in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre Redaktionskosten und Personalaufwand des Tagesspiegels trotz ungünstiger Ertragslage drastisch erhöht wurden, so etwa die Bereichskosten (Redaktion etc.) von 1997 bis 2000 um mehr als 35 %. Der Anstieg wurde von der Antragstellerin als Investition in die Qualität der Zeitung interpretiert, deren Ertrag sich im Anstieg der Auflage zeige. In Anbetracht dessen, dass das Auflagenwachstum nur einen Bruchteil des Kostenwachstums ausmachte, stellte sich für die Monopolkommission hier die Frage, ob die derzeitigen Verluste des Tagesspiegels nicht wenigstens teilweise darauf zurückzuführen seien, dass die verfolgte Strategie der Investition in Qualität sich betriebswirtschaftlich nicht rentiert hat, woraus sich nicht unbedingt schließen ließe, dass auch eine alternative Strategie notwendigerweise unrentabel wäre. Die Relevanz dieser Frage im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens ergibt sich aus der Beobachtung, dass das Kostenwachstum der späten neunziger Jahre größenordnungsmäßig den heutigen Verlusten des Tagesspiegels vergleichbar ist. Das KPMG-Gutachten lässt die Frage allerdings offen; die darin enthaltenen Effizienzkennzahlen sind fast ausschließlich Verhältniszahlen, betreffend etwa den Aufwand pro Vollzeitkraft oder die Kosten pro Redaktionsseite, ohne dass das absolute Aufwandsniveau infrage gestellt würde.

18. Die erneute Anhörung der Antragstellerin am 6. August 2003 bot eine Gelegenheit zur Diskussion dieser im April offen gebliebenen Frage. Von Seiten der Antragstellerin wurde dazu ausgeführt, allerdings seien die Erwartungen in der Expansionsphase zu optimistisch gewesen; jedoch seien Arbeitsverhältnisse dauerhaft und daher sei es nicht möglich gewesen, die Kostenexpansion nach dem Einbruch der Werbeeinnahmen 2000 schnell wieder rückgängig zu machen. Zur Frage, warum denn eben dies bei der Berliner Zeitung gelungen sei, wurde ausgeführt, die Berliner Zeitung habe im Osten von Berlin eine Art Monopolmarkt, in dem solche Anpassungen leichter durchzuführen seien.

Letztere Antwort bestätigt die in der Stellungnahme der Monopolkommission vom April 2003 gegebene Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in den Berliner Zeitungsmärkten. Erstere Antwort lässt die derzeitigen Verluste des Tagesspiegels zumindest teilweise als konjunkturelles Phänomen erscheinen, begründet durch überoptimistische Planung in den „goldenen Jahren“ der Presse vor 2000, zeitlich begrenzt durch die Fähigkeit, nach Erkennen des Fehlers der Überexpansion die Kosten wieder zurückzufahren. Die Aussage, die Defizite des Tagesspiegels seien strukturell bedingt und nicht durch geeignete unternehmensinterne Maßnahmen zu beheben, wird dadurch infrage gestellt.

19. Die Antragstellerin ihrerseits nutzte die Anhörung am 6. August 2003 zur inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Stellungnahme der Monopolkommission. Sie nahm insbesondere Anstoß daran, dass die Monopolkommission die Möglichkeit von Kosteneinsparungen mit der Vorstellung verbunden habe, „dass der Tagesspiegel eine Berliner Abonnement-Tageszeitung bleibt und nicht

den Sprung in die Gruppe der überregionalen Qualitätszeitungen schafft“.⁷ Der Tagesspiegel versteht sich „als regionale Qualitätszeitung mit überregionaler Ausstrahlung“.

20. Im Übrigen beharrte die Antragstellerin – im Widerspruch zur Stellungnahme der Monopolkommission – auf der Aussage, ein Marktaustritt des Tagesspiegels werde die Stellung des Axel Springer-Verlags in den Berliner Zeitungsmärkten so sehr stärken, dass aufgrund eines Dominoeffekts auch ein Marktaustritt der Berliner Zeitung zu befürchten sei. Die Monopolkommission ist nach wie vor der Auffassung, diese Aussage sei zu spekulativ und genüge nicht den in einem Ministererlaubnisverfahren zu stellenden Substantiierungsanforderungen.

Der Vortrag der Antragstellerin beruht auf der These, ein Ausscheiden des Tagesspiegels werde ganz überwiegend dem Axel Springer-Verlag zugute kommen. Dadurch würden insbesondere in den Werbemärkten die Verhältnisse so ungleichgewichtig, dass die bestehende Marktposition der Berliner Zeitung nicht mehr aufrechterhalten werden könne.

Dieser Vortrag beruht auf einer mechanischen Zurechnung von Marktanteilen des ausscheidenden Unternehmens zu den verbleibenden Unternehmen in Verbindung mit vermuteten Effekten von Größen- und Verbundvorteilen, insbesondere im Anzeigengeschäft. Dabei fehlt jegliche Auseinandersetzung mit den Mechanismen der Kundenwanderung und der Marktentwicklung nach einem möglichen Ausscheiden des Tagesspiegels. Hinsichtlich der Lesermärkte wäre etwa zu erklären gewesen, warum im Falle eines Ausscheidens des Tagesspiegels die Kunden des Tagesspiegels nicht ganz überwiegend zur Berliner Zeitung wechseln sollten, deren Marktposition dementsprechend überproportional gestärkt würde. Aufgrund der in der Stellungnahme der Monopolkommission vom April 2003 dargelegten Muster der Produktdifferenzierung und der Substitutionsbeziehungen in den Berliner Zeitungsmärkten erscheint ein solches Wanderungsverhalten nach einem Ausscheiden des Tagesspiegels als durchaus wahrscheinlich. Die Antragstellerin selbst hebt in verschiedenen Unterlagen die besondere Qualität der Leserschaft des Tagesspiegels nach Bildung, beruflicher Tätigkeit und Einkommen hervor. Dem Verhalten einer derart „hochwertigen“ Leserschaft, die in erheblichen Teilen den Tagesspiegel gewählt hat, weil sie den Erzeugnissen des Axel Springer-Verlags bewusst kritisch gegenübersteht, wird eine auf mechanisch-proportionaler Zurechnung von Kundenanteilen beruhende Prognose der Kundenwanderung nach einem etwaigen Ausscheiden des Tagesspiegels nicht gerecht.

Entsprechendes gilt für die Prognose der Entwicklung des Werbegeschäfts. Das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten von KPMG weist darauf hin, dass der Tagesspiegel trotz insgesamt niedrigerer Auflage ein deutlich höheres Anzeigenvolumen nationaler Kunden aufweist als die Berliner Morgenpost und die Berliner Zeitung, und wertet diese Beobachtung als Beleg für den Erfolg einer Strategie, die mit hoher Qualität auf überregionale Ausstrahlung abstellt. Im Werbegeschäft geht es nicht so sehr darum, wie renommiert ein Werbeträger ist, als vielmehr darum, welche und wie viele Adressaten man erreicht. Insofern beruht diese Wertung des Erfolgs einer Strategie mit hoher Qualität und überregionaler Ausstrahlung nicht so sehr auf dem – verhältnismäßig geringen – Absatz des Tagesspiegels außerhalb von Berlin und Brandenburg oder auf Zitationen des Tagesspiegels in anderen Zeitungen als Belegen für überregionale Ausstrahlung. Vielmehr ist es die schon angesprochene Qualität der Leserschaft in Berlin und Brandenburg selbst, die den Tagesspiegel zum attraktiven Werbeträger macht. Das hohe Anzeigenvolumen nationaler Kunden beim Tagesspiegel zeigt, dass man auch bei der Analyse der Werbemärkte nicht mechanisch vorgehen darf. In dem Maße, in dem bei einem Ausscheiden des Tagesspiegels die derzeitige „hochwertige“ Kundenschaft zur Berliner Zeitung übergeht, wird – entgegen dem Vortrag der Antragstellerin – die Stel-

⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, a.a.O., Tz. 121.

lung der Berliner Zeitung auch in den Werbemärkten gestärkt. Im Übrigen belegt gerade auch der von der Antragstellerin hervorgehobene Erfolg des Tagesspiegels bei den nationalen Werbekunden, dass Größen- und Verbundvorteile auch im Werbegeschäft nicht unbegrenzt wirken.

Im Übrigen bleibt auch die von der Antragstellerin selbst in anderem Zusammenhang genannte außerordentlich starke Marktposition der Berliner Zeitung in den Ostberliner Lesemärkten – und die sich daraus ergebende Ertragskraft – in ihrem Vortrag zur Gefahr von Dominoeffekten völlig unberücksichtigt.

21. Für die Beurteilung der Aussicht auf mögliche Dominoeffekte ist der Umstand von Bedeutung, dass beim Verkauf der Berliner Zeitung durch die Gruner + Jahr AG & Co. noch andere Unternehmen substantielle Gebote gemacht hatten. Wenn wirklich der Tagesspiegel auf Stand-Alone-Basis nicht zu führen ist und ein Marktaustritt des Tagesspiegels aufgrund eines Dominoeffekts die Existenz der Berliner Zeitung bedrohen würde, dann hätten die anderen Bieter sich sagen müssen, dass der Erwerb der Berliner Zeitung durch sie statt durch Holtzbrinck mit gewisser Wahrscheinlichkeit den Dominoeffekt nach sich zieht. Die Höhe der gemachten Gebote ist mit einer solchen Erwartung nicht vereinbar, desgleichen auch nicht die Höhe des Preises, den Holtzbrinck bezahlen musste, um im Wettbewerb mit den anderen Bietern zu obsiegen.

22. Der Verlauf der Diskussion seit April 2003 bestärkt die Bedenken der Monopolkommission hinsichtlich der Zensurproblematik. Durch das Verhalten verschiedener Verfahrensbeteiligter ist das Ministererlaubnisverfahren in der Öffentlichkeit zeitweise als eine Auseinandersetzung Holtzbrinck versus Springer oder auch Tagesspiegel versus Springer-Pressé diskutiert worden. Auch die Stellung des Tagesspiegels „als regionaler Qualitätszeitung mit überregionaler Ausstrahlung“ wird in der Diskussion betont; potentielle Interessenten für den Tagesspiegel werden danach beurteilt, ob sie entsprechende Qualitätsansprüche erfüllen.⁸

Das Zensurverbot des Grundgesetzes und die daraus folgende inhaltliche Neutralitätspflicht des Staates verbieten es, dass solche Wertungen in die Entscheidung über die Ministererlaubnis einfließen. Eine Diskussion des Verfahrens im Sinne einer Auseinandersetzung zwischen dem Tagesspiegel und Springer täuscht darüber hinweg, dass die Entscheidung über die Ministererlaubnis nicht davon abhängen darf, ob der Antrag von Holtzbrinck oder vom Axel Springer-Verlag gestellt wird, auch darüber, dass die Entscheidung über einen Antrag von Holtzbrinck zur Sicherung der Pressevielfalt durch Erhalt des Tagesspiegels ein Präjudiz schafft für ähnlich gelagerte Fälle, in denen es dann um ein Zusammenschlussvorhaben des Axel Springer-Verlags gehen mag. Sie schafft auch ein Präjudiz für Fälle, in denen es nicht um eine „regionale Qualitätszeitung“, sondern um ein Boulevardblatt geht. Die Neutralitätspflicht des Staates verbietet es, hier einen Unterschied zu machen.

23. Die seit April 2003 hinzugekommenen Informationen bestärken die Monopolkommission in ihrer Einschätzung der Wirkungen der vom Zusammenschluss ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung, in ihrer Einschätzung der grundsätzlichen Problematik des Versuchs, Angebotsvielfalt im Pressewesen durch die Genehmigung von Zusammenschlüssen in Ministererlaubnisverfahren sicherzustellen, und in ihrer Einschätzung, dass bislang nicht detailliert und substantiiert dargelegt worden ist, welche Rationalisierungsstrategien für den Tagesspiegel geprüft worden sind und warum diese Strategien keinen Erfolg versprechen.

⁸ Vgl. „In eigener Sache“, Tagesspiegel vom 1. August 2003.

III. Ablauf und Ergebnis des Verkaufsverfahrens

24. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 8. Mai 2003 mitgeteilt, auf der Grundlage der bisher mitgeteilten Tatsachen sei er noch nicht davon überzeugt, dass kein anderes Unternehmen bereit sei, den Tagesspiegel zu übernehmen und als eigenständige Zeitung weiterzuführen. Er gebe der Antragstellerin daher Gelegenheit, ihren Sachvortrag zur fehlenden Veräußerlichkeit des Tagesspiegels in geeigneter Form zu ergänzen. Hierzu müssten ernsthafte Verkaufsbemühungen unter Einschaltung eines geeigneten und vertrauenswürdigen Dritten geführt werden, der über ausreichende Erfahrung mit der Veräußerung von Unternehmen verfügt (z.B. einer Investmentbank). Dieser Dritte sollte in einem „marktüblichen Verfahren“ ermitteln, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen ein Erwerber zum Kauf des Tagesspiegels bereit wäre.

25. In diesem Zusammenhang hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit eine Reihe von Anforderungen formuliert:⁹

„Bei dem Auswahlverfahren ist sicherzustellen, dass alle geeigneten Unternehmen Gelegenheit erhalten, ihr Interesse am Erwerb des „Tagesspiegel“ zu bekunden. Der Erwerber muss eine Gewähr dafür bieten, dass der „Tagesspiegel“ dauerhaft als eigenständige Abonnement-Zeitung in Berlin erhalten wird, ohne dass er zur reinen Lokalausgabe einer anderweitig in Berlin vertriebenen Zeitung wird. Dies sollte durch eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe abgesichert sein, für die eine Bankgarantie oder gleichwertige Sicherheit geboten wird. Darüber hinaus dürfen an den potenziellen Käufer keine Anforderungen gestellt werden, die über die im Markt üblichen Bedingungen hinausgehen (Nachweis der Bonität, Ausschluss von Strohmännern etc.)“

Nach Aussage des Bundeswirtschaftsministeriums hat es im weiteren Verfahren keine ergänzenden Hinweise an Holtzbrinck oder Sal. Oppenheim gegeben, die eine Präzisierung der Anforderungen zum Gegenstand hatten.

26. In einem bereits vorher mit dem Ministerium geführten Gespräch hatte Holtzbrinck für die Durchführung des Verkaufsprozesses die Bank Sal. Oppenheim jr. & Cie. KGaA vorgeschlagen. Diese Bank unterhalte keine Geschäftsbeziehungen mit Holtzbrinck oder einem der Beigeladenen, verfüge außerdem über mit Medienmärkten vertraute Experten und habe bereits Privatisierungsprojekte für die Bundesregierung durchgeführt.

Das Bundeswirtschaftsministerium erklärte sich mit der Auswahl von Sal. Oppenheim einverstanden. Das Mandat müsse vorab mit dem Ministerium abgestimmt werden und solle beinhalten, dass die Bank dem Ministerium zur Auskunft über alle – namentlich zu nennenden – Kaufinteressenten und den Fortgang des Verfahrens verpflichtet ist. Die erste Phase des Verkaufsverfahrens sollte innerhalb von sechs Wochen abgeschlossen sein. Die Frist könne aus begründetem Anlass verlängert werden.

27. Die am 14. Mai 2003 abgeschlossene Mandatsvereinbarung zwischen Sal. Oppenheim und Holtzbrinck beinhaltete die Durchführung eines möglichen Veräußerungsprozesses für den Tagesspiegel in zwei Stufen. Für die Stufe I waren sechs Wochen vorgesehen; diese Stufe betraf insbesondere die Identifikation und Ansprache möglicher Interessenten, die Erstellung und den Versand des Offer-Memorandums an zugelassene, durch Vertraulichkeitserklärungen gebundene Interessenten, die Analyse eingegangener indikativer Angebote und gegebenenfalls Durchführung von Erläu-

⁹ Schreiben des Bundeswirtschaftsministeriums an die Holtzbrinck-Gruppe vom 8. Mai 2003.

terungsgesprächen, die Auswertung aller Informationen und Unterstützung von Holtzbrinck bei der Entscheidung über die Auswahl der Interessenten, die zur Angebotsvorstellung eingeladen werden sollten, sowie die Mitarbeit bei der Durchführung der Angebotsvorstellung, dies alles in Verbindung mit laufenden Berichten nach abgestimmtem Zeitplan an das Ministerium, schließlich die Vorlage und Präsentation des Projektabschlussberichts an das Ministerium. Stufe II sollte im Wesentlichen aus der Fortführung des Veräußerungsprozesses an einen strategischen Investor (inkl. due diligence) bis hin zur Abgabe eines notariell bekundeten Erwerbsangebots bzw. dessen Annahme bestehen. Allerdings wurde die Möglichkeit vorgesehen, das Mandat nach Stufe I zu beenden, sofern die Durchführung von Stufe II nicht aussichtsreich erschien. Für die Leistungen von Sal. Oppenheim in Stufe I wurde als Bezahlung ein Fixum vorgesehen, zu etwaigen Leistungen von Sal. Oppenheim in Stufe II des Verfahrens wurde vereinbart, zu einem späteren Zeitpunkt „marktübliche Konditionen (insbesondere hinsichtlich Dauer, Honorierung, Kandidatenschutz)“ zu vereinbaren.

28. Aufgrund der Mandatserteilung veröffentlichte Sal. Oppenheim am 16. Mai 2003 Anzeigen zur „Prüfung der Veräußerbarkeit „Der Tagesspiegel““ in relevanten regionalen und überregionalen Tageszeitungen. Gleichzeitig wurden potentielle nationale und internationale Investoren mit bekanntem oder vermutetem Interesse am deutschen Pressemarkt direkt angesprochen; dazu gehörten auch alle vom Ministerium vorgeschlagenen Kandidaten.¹⁰ So wurden insgesamt 35 potentielle Investoren identifiziert:

- Vier Investoren hatten als Reaktion auf Presseberichte zum Ministererlaubnisverfahren bereits vor Projektbeginn ihr Interesse bekundet,
- nach Projektbeginn kamen weitere neun Kandidaten hinzu, die auf die Anzeigenveröffentlichung in Handelsblatt und Wall Street Journal reagiert hatten,
- Sal. Oppenheim hat zusammen mit Holtzbrinck und in Abstimmung mit dem Bundeswirtschaftsministerium zusätzlich weitere 22 potentielle nationale und internationale Investoren identifiziert und auf Entscheidungsebene angesprochen.

29. An die 35 Investoren (26 nationale und neun internationale Adressaten) wurde die Vertraulichkeitsvereinbarung mit der Bitte um Unterzeichnung übersandt. Dafür wurde der 23. Mai 2003 als Ausschlussfrist genannt.

Von den 35 angesprochenen potentiellen Investoren

- haben sieben Unternehmen nicht reagiert,
- teilten 15 Unternehmen schriftlich oder telefonisch mit, dass kein Interesse am Erwerb des Tagesspiegels besteht,
- war ein Unternehmen nicht bereit, die Vertragsstrafenregelung der Vertraulichkeitsvereinbarung zu akzeptieren,
- unterzeichneten zwölf Unternehmen die Vertraulichkeitsvereinbarung (davon sechs Unternehmen mit teils signifikanten, aber akzeptablen Änderungen).

30. Von den zwölf Unterzeichnern der Vertraulichkeitserklärung wurde ein Investor wegen des fehlenden Nachweises der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der fehlenden Darlegung relevanter Erfahrungen nicht berücksichtigt. An die übrigen elf Unternehmen (sechs nationale Verlags-

¹⁰ Nach Angaben des Ministeriums handelt es sich um den Bauer-Verlag und die Norddeutsche Private Equity; deren Kaufinteresse wurde dem Ministerium von Holtzbrinck mitgeteilt.

unternehmen und fünf nationale Finanzunternehmen) wurde am 27. Mai 2003 das Offer-Memorandum für die Tagesspiegel-Gruppe versandt. Nach Aussage von Sal. Oppenheim ging dessen Informationsgehalt deutlich über den bei vergleichbaren Transaktionen hinaus. Das „markt übliche“; den weiteren Projektverlauf strukturierende Anschreiben zum Versand des Offer-Memorandums gab den Adressaten Gelegenheit, bis zum 10. Juni 2003, 16.00 Uhr, ein indikatives Angebot abzugeben.

Als Anforderungen an dieses indikative Angebot wurden ausgeführt:

- (1) erste Einschätzung zum Gesamtkaufpreis und Angaben über die wesentlichen Annahmen zum Bewertungsverfahren,
- (2) Angaben zu den Zahlungsmodalitäten,
- (3) Darstellung des Akquisitionsrationals mit
 - unternehmerischem Konzept für die Tagesspiegel-Gruppe,
 - publizistischem Konzept für den Tagesspiegel und die Potsdamer Neuesten Nachrichten (mit Nachweis relevanter Erfahrungen und Referenzen),
 - schlüssiger Darstellung der geplanten wirtschaftlichen Entwicklung der Tagesspiegel-Gruppe,
- (4) Erläuterung der Gewährleistung, zur dauerhaften Bestandsgewährung für den Tagesspiegel als eigenständiger Abonnement-Zeitung;
Akzeptanz einer Vertragsstrafe und Nachweis von deren Absicherung,
- (5) Darstellung der Erwerbsstruktur,
- (6) Erklärung, dass ausschließlich im eigenen Namen und nicht im Namen eines Dritten gehandelt wird, Erläuterung von Vorstellungen zur Absicherung dieses Punktes im weiteren Verfahren, beispielsweise durch notarielle Beurkundung mit Vertragsstrafeversprechen o.ä.,
- (7) Nachweise zur Kaufpreisfinanzierung,
- (8) Bestätigung erforderlicher interner Genehmigungen;
kartellrechtliche Einschätzung,
- (9) Auflistung sonstiger für die Transaktion maßgeblicher Faktoren,
- (10) Zusicherung einer Kontaktsperrung zu Management, Arbeitnehmern oder Gesellschaftern der zu veräußernden Unternehmen,
- (11) Zusicherung des Stillschweigens über die Abgabe des indikativen Angebots.

Sofern aus Sicht der Adressaten Erläuterungsbedarf zu ihrem indikativen Angebot bestünde, wurde von Sal. Oppenheim eine Einladung zu Detaillierungsgesprächen am 12. oder 13. Juni 2003 in Aussicht gestellt.

31. Nach Erhalt des Offer-Memorandums haben von den insgesamt elf Adressaten sieben Unternehmen (vier Verlagsunternehmen und drei Finanzinvestoren) indikative Angebote abgegeben. Davon wiesen vier Angebote einen negativen oder nur symbolischen Kaufpreis aus und boten keine Bestandsgarantie an; sie wurden daher von Sal. Oppenheim nicht für ein Detaillierungsgespräch be-

rücksichtigt. Ein weiterer Investor zog sein Angebot vor dem Detaillierungsgespräch aus kartellrechtlichen Gründen zurück. Übrig blieben die Unternehmen Heinrich Bauer Verlag und Econa AG. Mit diesen beiden Unternehmen führten Vertreter von Sal. Oppenheim und der Holtzbrinck-Gruppe am 13. Juni 2003 jeweils ein Detaillierungsgespräch.

32. Wenige Tage nach dem Detaillierungsgespräch zog die Econa AG das indikative Angebot zurück. Als Grund für den Rückzug wurde angegeben, dass die in der Presse kolportierten Angebote in zweistelliger Millionenhöhe so hoch seien, dass man sich keine Chancen ausrechne und sich deshalb in der laufenden Phase des Veräußerungsverfahrens nicht weiter beteiligen wollte. Econa selbst hatte als Kaufpreis ein Fixum von 4 Mio. € geboten sowie – im Rahmen eines Earn-out-Modells – eine über die Jahre 2004 bis 2013 laufende variable Komponente von maximal 6 Mio. €. Dazu hieß es von Holtzbrinck, man bewerte dieses Angebot mit insgesamt 4 Mio. € und finde es daher nicht attraktiv. Die Diskussion um den Preis wurde überlagert durch die Diskussion über die mögliche Dauer einer Bestandsgarantie (Econa sprach von fünf Jahren) und die mögliche Höhe einer für den Fall der Einstellung des Tagesspiegels vorzusehenden Vertragsstrafe. Hierzu hatte Econa erklärt, die geforderte hohe Bestandsgarantie für den Tagesspiegel lasse sich nur in Verbindung mit einem entsprechend reduzierten Kaufpreis ökonomisch sinnvoll darstellen.

33. Der Bauer-Verlag hatte in seinem indikativen Angebot 20 Mio. € für den Erwerb des Tagesspiegels geboten. Zur Sicherung der Fortführung hatte er ein Vertragsstraferversprechen von 10 Mio. € in Aussicht gestellt, sofern man sich auf Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe einigen könnte, die klar und ohne auslegungsbedürftige Begriffe formuliert wären. Für diese Vertragsstrafe sollte der Gesellschafter des Bauer-Verlags, Heinz Heinrich Bauer, persönlich haften. Hierfür wurde eine Frist von fünf bis sieben Jahren angeboten. Dieses Angebot wurde von den Vertretern von Holtzbrinck als unzureichend betrachtet, zum einen hinsichtlich der angebotenen Dauer, zum anderen hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe. Eine angemessene Vertragsstrafe müsse Holtzbrinck für die Verluste entschädigen, die ein Ausscheiden des Tagesspiegels aufgrund des Dominoeffekts für die Berliner Zeitung mit sich bringe; darüber hinaus sollte eine angemessene Vertragsstrafe auch die Gewinne enthalten, die der Axel Springer-Verlag aus einem Ausscheiden des Tagesspiegels aus dem Berliner Zeitungsmarkt ziehen würde. Am 16. Juni 2003, drei Tage nach dem Detaillierungsgespräch, bot Bauer an, die im indikativen Angebot genannte Vertragsstrafe nachzubessern und bat um eine Konkretisierung der Vorstellungen von Holtzbrinck. Gleichzeitig teilte Bauer mit, man stehe in der von Sal. Oppenheim genannten Zeit vom 30. Juni bis 11. Juli 2003 für die Durchführung einer due diligence zur Verfügung. Nach Aussagen von Bauer gegenüber der Monopolkommission gab es danach jedoch keinen weiteren Kontakt mehr mit Sal. Oppenheim oder Holtzbrinck.

34. Am 23. Juni 2003 berichtete Sal. Oppenheim dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit über Verlauf und Ergebnis der Verkaufsbemühungen. Als Fazit wurde formuliert:

„Nach Erfahrung von Sal. Oppenheim ist nicht damit zu rechnen, dass der Tagesspiegel zu den Rahmenbedingungen des Projekts veräußerbar ist.“

Hinsichtlich des Angebots von Bauer wurde ausgeführt, das unternehmerische Konzept erscheine nicht realistisch, die Bestandsgarantie biete bei erwogener Dauer keine Gewähr für die dauerhafte Fortführung des Tagesspiegels, bei Heranziehung möglicher Gesichtspunkte wie dem aktuellen Verlust des Tagesspiegels, dem Marktberaumungsinteresse Dritter sowie der Zumutbarkeit für Holtzbrinck stelle die indikativ genannte Vertragsstrafe keine ausreichende Marktaustrittsbarriere dar; eine mögliche Nachbesserung sei nicht betragsmäßig beziffert. Bauer habe in den vergangenen zehn Jahren keine Zeitungstransaktion abgeschlossen – nach Branchenmeinung in einigen Fällen

aufgrund sehr hoher Renditeerwartungen bei geringer Risikobereitschaft. Die Grundlagen der Kaufpreisfindung seien nicht nachvollziehbar, daher bestehe erfahrungsgemäß eine hohe Wahrscheinlichkeit der Relativierung nach unten.

35. Im Anschluss an seinen Abschlussbericht wurde Sal. Oppenheim vom Ministerium um ein ganz klares und knappes Votum zu der Frage gebeten, dass und warum das Angebot der Verlagsgruppe Bauer kein ernst zu nehmendes Angebot sei. Hierzu führt Sal. Oppenheim mit Schreiben vom 3. Juli 2003¹¹ aus:

„Eine derartige Aussage ist für uns als Investmentbank ebenso wie eine endgültige Stellungnahme zur Veräußerbarkeit des Tagesspiegel zum derzeitigen Projektstand nicht möglich. Alle fristgerechten indikativen Angebote sind nicht abschließend verhandelt und lassen dementsprechend eine solche Beurteilung des möglichen Verfahrensausganges nicht zu. Hierfür wäre gegebenenfalls eine Fortsetzung des Verfahrens erforderlich.

Unser Mandat beinhaltet investmentbanktypisch die Durchführung und Dokumentation des Veräußerungsverfahrens im Auftrag der Verlagsgruppe Holtzbrinck, nicht jedoch eine sachverständige Drittbegutachtung der Veräußerbarkeit des Tagesspiegel. Diese würde zudem voraussetzen, dass konkrete Mindestanforderungen für einen Verkauf durch die Entscheidungsträger vorgegeben werden.“

¹¹ Das Anschreiben ist als „Persönlich/Vertraulich“ deklariert. Nach Angaben des Bundeswirtschaftsministeriums ist es den Verfahrensbeteiligten bekannt gegeben worden und Bestandteil der Verfahrensakte.

IV. Der Auftrag des Ministers zum Nachweis der Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels

IV.1 Der Nachweis der Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels als notwendige Voraussetzung für die Ministererlaubnis

36. Die Aufforderung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit an Holtzbrinck, seinen Sachvortrag zur fehlenden Veräußerlichkeit des Tagesspiegels zu ergänzen, berührt eine für die Entscheidung über die beantragte Ministererlaubnis zentrale Frage. Unterstellt man trotz der im Hinblick auf das Erfordernis der Staatsneutralität und die Wahrung der Unabhängigkeit der Presse von der Monopolkommission geäußerten Bedenken, dass das öffentliche Interesse an der Pressevielfalt als Gemeinwohlgrund auch für die Einzelfallentscheidung in einem Ministererlaubnisverfahren infrage kommt, so bleibt zu prüfen, ob der Zusammenschluss tatsächlich der Pressevielfalt dient, d.h. ob er geeignet und ob er erforderlich ist, die Pressevielfalt in Berlin zu bewahren. Nur bei erfolgreichem Nachweis der Eignung und Erforderlichkeit des Zusammenschlusses für das angestrebte Ziel müsste der Minister überhaupt erst die vom Gesetz vorgesehene Abwägung der Gemeinwohlvorteile mit den Wettbewerbsbeschränkungen vornehmen.

Bei der Frage nach der Erforderlichkeit des Zusammenschlusses kommt es darauf an, dass es keine alternative Konzeption gibt, die den Tagesspiegel und die Berliner Zeitung als redaktionell selbständige Zeitungen erhält, und dass die gegebenenfalls entstehende Lücke im Berliner Zeitungsangebot nicht von anderen Anbietern gefüllt würde. Wäre es möglich, den Tagesspiegel an einen Dritten zu verkaufen, der ihn dann auf seine Rechnung weiterführt, so wären diese Bedingungen nicht erfüllt, der Zusammenschluss wäre für den Erhalt der Pressevielfalt nicht erforderlich, und die Ministererlaubnis wäre zu versagen, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedürfte.

37. In ihrer Stellungnahme vom April 2003 hatte die Monopolkommission Zweifel an der Erforderlichkeit des Zusammenschlusses und damit an der Kausalität für die Erzielung der vorgetragenen Gemeinwohlvorteile geäußert.¹² Sie hielt es nicht für ausgeschlossen, dass sich Interessenten für den Erwerb des Tagesspiegels finden ließen. Es sei von den Antragstellern nicht dargetan worden, dass der Zusammenschluss die einzige mögliche Lösung darstelle. Vielmehr hätten sie betont, ein Verkauf des Tagesspiegels sei nie in Erwägung gezogen worden.

Im weiteren Verlauf des Verfahrens, insbesondere in der mündlichen Anhörung am 28. April 2003, hatte die Antragstellerin dann ausgeführt, sie halte einen Verkauf des Tagesspiegels für ausgeschlossen, da der Tagesspiegel auf Stand-Alone-Basis nicht wirtschaftlich zu führen sei und insofern auch kein anderes Unternehmen bereit sein würde, ihn zu übernehmen und als eigenständige Zeitung weiterzuführen. Allerdings hatte es keinen Versuch gegeben, den Tagesspiegel tatsächlich zu verkaufen und zu sehen, ob nicht möglicherweise ein anderes Unternehmen Chancen für eine wirtschaftliche Führung des Tagesspiegels sähe – oder sogar realisieren könnte –, die nach Einschätzung der Antragstellerin nicht gegeben waren. Insofern beruhte die Aussage der Antragstellerin über etwaige Kaufabsichten anderer Unternehmen auf reinen Mutmaßungen.

Das Schreiben des Ministers vom 8. Mai 2003 an Holtzbrinck stellt diese Lücke im Sachvortrag der Antragstellerin fest und gibt dieser die Gelegenheit, ihre Ausführungen zur Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels zu belegen, indem sie ernsthafte Verkaufsanstrengungen unternahme und das Ergebnis dem Minister gegenüber nachweise.

¹² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, a.a.O., insbesondere Tz. 127.

38. In der Sache gibt es gewisse Parallelen zur Zulassung einer Sanierungsfusion. Ein Zusammenschluss wird nicht als kausal für die Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen angesehen und als „Sanierungsfusion“ zugelassen, wenn feststeht, dass das zu erwerbende Unternehmen nicht an einen Dritten veräußerbar ist, der es fortführen würde, dass es ohne den Zusammenschluss aus dem Markt austreten müsste und dass in diesem Fall die Marktanteile des ausscheidenden Unternehmens gänzlich dem Erwerber zuwachsen würden.

Auch im vorliegenden Fall soll der Zusammenschluss einer Sanierung dienen. Anders als im Verfahren vor dem Bundeskartellamt dient das Sanierungsargument aber nicht dazu, die Gefahr für den Wettbewerb in Abrede zu stellen, sondern um den behaupteten Gemeinwohlvorteil der Pressevielfalt zu begründen. Ansonsten jedoch steht derselbe Sachverhalt zur Diskussion. Insofern sind in beiden Fällen dieselben Beweismaßstäbe anzulegen. Bei einem im Ministererlaubnisverfahren vorgebrachten Sanierungsargument ist ebenso wie bei der failing company defense nachzuweisen, dass das zur Diskussion stehende Unternehmen nicht an einen Dritten veräußerbar ist, der es fortführen würde, und dass es ohne den Zusammenschluss aus dem Markt austreten müsste.

39. Das Bundeskartellamt prüft die failing company defense im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB. Dabei tragen die Unternehmen die volle formelle und materielle Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion erfüllt sind. Diese Beweislastumkehr müsste auch für das Sanierungsargument im Ministererlaubnisverfahren gelten. Sie kommt im vorliegenden Fall nur deshalb nicht zum Tragen, weil die Frage der Sanierungsfusion im Verfahren vor dem Bundeskartellamt richtigerweise nicht zur Diskussion stand. Es bietet sich allerdings eine Analogie zu § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB an mit der Folge, dass bezüglich gewisser Kriterien für das Sanierungsargument auch im Ministererlaubnisverfahren die Beweislastumkehr greift. Insofern die Kriterien „Unveräußerlichkeit des sanierungsbedürftigen Unternehmens“ und „kurzfristig drohender Marktaustritt“ in beiden Verfahrenszusammenhängen dieselben sind, wäre eine vom Verfahren vor dem Bundeskartellamt abweichende Beweislastverteilung nicht sachgerecht.

Will man der vorstehend skizzierten Analogie nicht folgen, so unterliegt im Ministererlaubnisverfahren auch das gemeinwohlbezogene Sanierungsargument der Amtsaufklärungspflicht der Kartellbehörde, d.h. des Ministers. Selbst dann besteht allerdings eine Mitwirkungslast der Parteien. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, dass die Behörde bei Fragen, zu denen ein Beteiligter ohne weiteres etwas vortragen bzw. aufklären kann, nicht von sich aus allen denkbaren Möglichkeiten nachgehen muss.¹³

40. Im vorliegenden Fall stellt sich daher die Frage, ob Holtzbrinck aufgrund seiner Mitwirkungslast den Nachweis der Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels nicht schon im Rahmen des Antrags auf Erteilung der Ministererlaubnis erbringen musste. Die maßgeblichen Informationen liegen zwar nicht allein in der Sphäre von Holtzbrinck, sondern erfordern das Tätigwerden Dritter, die ein Erwerbsinteresse bekunden oder verneinen müssen, doch besteht für die Dritten kein Anlass zu solchen Äußerungen, solange Holtzbrinck nicht erkennen lässt, dass der Tagesspiegel zum Verkauf steht. Insofern wäre es angebracht gewesen, dass Holtzbrinck den Tagesspiegel schon im Vorfeld der Antragstellung zum Verkauf stellte und gegebenenfalls die negativen Ergebnisse des Verkaufsversuchs im Rahmen des Antrags dokumentierte.

Das Schreiben des Ministers vom 8. Mai 2003 gibt Holtzbrinck die Möglichkeit, den fehlenden Nachweis im Nachhinein zu erbringen. Der nachträgliche Verkaufsversuch ist aber von vornherein

¹³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 24, Rn. 20, § 26, Rn. 40 ff.; Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. 2001, § 57, Rn. 9.

dadurch belastet, dass er *innerhalb des Ministererlaubnisverfahrens* erfolgt. Wenn etwa das Zeitungsinserat von Sal. Oppenheim ankündigt, man sei „in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ... beauftragt worden, in einem marktüblichen Verfahren zu ermitteln, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen ein Erwerber zum Kauf des Tagesspiegels bereit ist“, so ist für potentielle Interessenten nicht ersichtlich, ob es sich um einen echten Verkaufsversuch handelt, bei dem sie die Möglichkeit haben, den Tagesspiegel tatsächlich zu erwerben, oder ob es sich um eine Zertifizierungsaktion handelt, bei der es darum geht, dem Minister gegenüber die Verkäuflichkeit oder Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels festzustellen, ohne dass ein Verkauf selbst zur Diskussion steht. Diese Unsicherheit mindert den Anreiz der Interessenten, Kosten und Mühe aufzuwenden, um im Detail zu prüfen, ob und zu welchen Bedingungen sich ein Erwerb des Tagesspiegels lohnen würde. Als Beleg der Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels ist daher der nachträgliche Verkaufsversuch im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens weniger geeignet als ein Verkaufsversuch, der im Vorhinein unternommen worden wäre.

Insofern die Nachträglichkeit des Verkaufsversuchs Probleme für die Sachverhaltsermittlung aufwirft, sind diese Probleme der Antragstellerin zuzurechnen. Hätte die Antragstellerin schon im Vorfeld des Kartellverfahrens einen Verkaufsversuch unternommen und gegebenenfalls die Ergebnisse dokumentiert, so wären die mit der Nachträglichkeit des Verkaufsversuchs verbundenen Probleme vermieden worden. Da die Initiierung eines Verkaufsversuchs im Vorfeld des Kartellverfahrens allein in der Hand von Holtzbrinck lag, sind die mit der Nachträglichkeit des Verkaufsversuchs verbundenen Probleme als Folge einer unzureichenden Erfüllung der Mitwirkungslast der Antragstellerin anzusehen.

IV.2 Würdigung der inhaltlichen Vorgaben des Ministers

41. Für die nachträgliche Prüfung der Veräußerlichkeit des Tagesspiegels macht das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 8. Mai 2003 verschiedene Vorgaben. Zum *Verfahren* verlangt der Minister, es müssten „ernsthafte Verkaufsbemühungen unter Einschaltung eines geeigneten und vertrauenswürdigen Dritten geführt werden ...“; und zwar in einem „marktüblichen Verfahren“. Dafür wurde eine Frist von sechs Wochen, gegebenenfalls verlängerbar auf acht Wochen, gesetzt. Das Mandat des Dritten müsse mit dem Ministerium abgestimmt werden; dieser müsse außerdem zur Auskunft gegenüber dem Ministerium verpflichtet sein. Ferner nennt das Ministerium drei *materielle* Anforderungen an einen möglichen Erwerber:

- Er dürfe den Tagesspiegel nicht in eine reine Lokalausgabe einer anderweitig in Berlin vertriebenen Zeitung umwandeln,
- er müsse die Gewähr dafür bieten, dass der Tagesspiegel „dauerhaft“ als eigenständige Abonnement-Zeitung in Berlin erhalten wird,
- dies solle durch eine Vertragsstrafe in „angemessener Höhe“ abgesichert sein.

Darüber hinaus dürften „an den potenziellen Käufer keine Anforderungen gestellt werden, die über die im Markt üblichen Bedingungen hinausgehen (Nachweis der Bonität, Ausschluss von Strohmännern etc.).“

IV.2.1 Zulässigkeit materieller Vorgaben entsprechend den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Staatsneutralität

42. Durch die vom Ministerium vorgegebenen materiellen Anforderungen an einen möglichen Erwerber des Tagesspiegels wird das Kriterium der Unveräußerlichkeit weiter gefasst als in der Sanierungsfusion im Verfahren vor dem Bundeskartellamt. Bei der Sanierungsfusion wird geprüft, ob überhaupt ein anderes Unternehmen bereit wäre, das sanierungsbedürftige Unternehmen zu übernehmen, vor dem kurzfristig drohenden Marktaustritt zu bewahren und als wettbewerblich relevante Einheit weiterzuführen. Hier jedoch sollte nicht nur geprüft werden, ob ein anderes Unternehmen bereit wäre, den Tagesspiegel zu übernehmen und vor dem kurzfristig drohenden Marktaustritt zu bewahren, sondern auch, ob der Erwerber bereit wäre, eine bestimmte inhaltliche Vorgabe zu erfüllen und eine mit einer Vertragsstrafe bewehrte Bestandsgarantie zu geben.

Durch diese zusätzlichen Anforderungen an einen möglichen Erwerber werden die Verkaufsmöglichkeiten eingeschränkt und der Nachweis der Unveräußerlichkeit erleichtert. Insofern stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Anforderungen des Ministers im gegebenen Verfahren.

Der Umstand, dass die zusätzlichen Anforderungen des Ministers an einen möglichen Erwerber den Nachweis der Unveräußerlichkeit leichter machen als bei der Sanierungsfusion im Verfahren vor dem Bundeskartellamt, ist *nicht* ohne weiteres als Indiz für eine Unzulässigkeit dieser Anforderungen zu werten. Mit der Sanierung durch eine Fusion werden in beiden Verfahren unterschiedliche Zielvorstellungen verbunden. Bei der Sanierungsfusion im Verfahren vor dem Bundeskartellamt geht es darum, ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil überhaupt kurzfristig am Leben zu erhalten, im vorliegenden Ministererlaubnisverfahren jedoch darum, durch Erhalt eines Unternehmens zur Pressevielfalt in Berlin beizutragen. Insofern als diese Zielvorstellungen sich unterscheiden, können auch bei der Beurteilung etwaiger wettbewerblich weniger schädlicher Alternativen Unterschiede gemacht werden. Ist in der Sanierungsfusion jeder Erwerber, der bereit ist, den kurzfristig drohenden Marktaustritt zu verhindern, als akzeptable Alternative zu betrachten, so ist es im vorliegenden Verfahren angemessen, mögliche Erwerber danach zu beurteilen, ob der angestrebte Beitrag zur Pressevielfalt in Berlin von ihnen erwartet werden kann.

Hier besteht eine gewisse Analogie zu den Maßstäben für die Erfüllung von Veräußerungszusagen im Rahmen fusionskontrollrechtlicher Freigaben. Bei der Erfüllung von Veräußerungszusagen im Rahmen fusionskontrollrechtlicher Freigaben kommt es darauf an, dass das veräußerte Unternehmen als starker und aktiver Wettbewerber weitergeführt wird, so dass die Veräußerung die erhofften Wettbewerbsswirkungen entfaltet. Daher werden an den Erwerber gewisse materielle Anforderungen gestellt, die die Erwartung rechtfertigen, er werde das zu erwerbende Unternehmen als aktiven Wettbewerber weiterführen.

43. Im Umgang mit zusätzlichen materiellen Anforderungen an mögliche Erwerber sind allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die inhaltliche Neutralitätspflicht des Staates zu beachten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert es, dass die an einen Erwerber gerichteten materiellen Anforderungen nicht weiter gehen als das, was im Hinblick auf den angestrebten Gemeinwohlgrund erforderlich ist. Sie dürfen auch nicht weiter gehen als die Anforderungen, die in diesem Zusammenhang an die Antragstellerin selbst gestellt werden, bzw. die Zusagen, die von dieser gemacht werden. Dabei sind auch die Grenzen zu beachten, die das Gesetz nach § 42 Abs. 2 GWB i.V.m. § 40 Abs. 3 GWB für solche Anforderungen zieht. Die inhaltliche Neutralitätspflicht des Staates verbietet jegliche Anforderungen inhaltlicher Art. Insofern darf auch die von der Antragstellerin hervorgehobene besondere Qualität des Tagesspiegels bei der Beurteilung möglicher Erwerber keine Rolle spielen.

IV.2.2 Zusagen der Antragstellerin zum Erhalt des Tagesspiegels

44. Nach dem Vortrag der Antragstellerin garantiert die von ihr vorgeschlagene Stiftungslösung den Bestand des Tagesspiegels für eine Dauer von wenigstens zwanzig Jahren. Zwischen der zu gründenden Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft, an der Holtzbrinck und die noch zu schaffende Stiftung beteiligt sein würden, und der ebenfalls noch zu gründenden und zu 100 % Holtzbrinck zuzurechnenden Medien-Betriebsgesellschaft (in der die übrigen neben der Redaktionsarbeit anfallenden verlagswirtschaftlichen Tätigkeiten von Tagesspiegel und Berliner Zeitung zusammengefasst werden) soll „ein für 20 Jahre nicht kündbarer Redaktionslieferungsvertrag“ geschlossen werden. Nach diesem Vertrag soll die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft „den redaktionellen Inhalt des Tagesspiegel auf dem einem hohen publizistischen Niveau entsprechenden Qualitätsstandard“ erstellen. Die Medien-Betriebsgesellschaft wäre demgegenüber zur Zahlung einer Vergütung an die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft und zum ausschließlichen Bezug des redaktionellen Inhalts des Tagesspiegel von der Redaktionsgesellschaft verpflichtet. Die Höhe der Vergütung für die Kosten der Redaktion „richtet sich nach der durchschnittlichen Personalausstattung der Redaktion des Tagesspiegels im Jahr 2002 sowie der Honorarkosten und sonstigen Kosten im Jahr 2002“: Anpassungen der Vergütung im Zeitverlauf werden nach bestimmten, im einzelnen im Vertrag fixierten Regeln vorgenommen.

45. Zur Sicherung der Ansprüche der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft sollen der Stiftung und der Redaktionsgesellschaft selbst gewisse Rechte zukommen. Vor allem soll die Redaktionsgesellschaft eine Option auf Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels erhalten, die ausgeübt werden kann, wenn gegen Gesellschaftsvertrag oder Redaktionslieferungsvertrag verstoßen wird, etwa indem die vertraglich vorgesehene Vergütung für die Lieferung des redaktionellen Inhalts des Tagesspiegels nicht bezahlt wird oder indem im Tagesspiegel redaktioneller Inhalt verwendet wird, der von der Berliner Zeitung geliefert wird, oder umgekehrt die Redaktionsgesellschaft redaktionellen Inhalt für die Berliner Zeitung liefert. In den Fällen, in denen die Redaktionsgesellschaft berechtigt ist, die Option auf Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels auszuüben, kann die Stiftung Holtzbrinck aus der Redaktionsgesellschaft ausschließen. Die Ausübung der Option hat den Verkauf von Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels oder, wenn ein Käufer nicht gefunden werden kann, die Einstellung des Tagesspiegels zur Folge. Im Falle eines Verkaufs fließen 75 % des Verkaufserlöses an die zu Holtzbrinck gehörende Medien-Betriebsgesellschaft.

Eine Kündigung des Redaktionslieferungsvertrags soll innerhalb der auf zwanzig Jahre festgesetzten Laufzeit „nur aus wichtigem Grund nach schriftlicher Abmahnung mit angemessener Fristsetzung zur Behebung eventueller Vertragsverletzungen“ möglich sein. Ein „wichtiger Grund“ würde vorliegen, wenn

- die vertraglich vorgesehene Vergütung für die Lieferung des redaktionellen Inhalts des Tagesspiegels nicht bezahlt wird oder wenn
- im Tagesspiegel redaktioneller Inhalt verwandt wird, der von der Berliner Zeitung geliefert wird, oder wenn
- die Option auf Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels durch die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft ausgeübt wird.

46. Für einen Vergleich der von der Antragstellerin gegebenen zwanzigjährigen Bestandsgarantie mit den vom Minister gestellten Anforderungen an etwaige Erwerber des Tagesspiegels kommt es darauf an, wie haltbar die gegebene Bestandsgarantie ist. Ein Zeitraum von zwanzig Jahren geht um

ein Mehrfaches über den normalen Planungshorizont von Unternehmen hinaus. Insofern ist zu prüfen, wie sich die vorgesehenen Verträge auswirken, wenn Holtzbrinck zu gegebener Zeit zu dem Schluss kommen sollte, dass es besser wäre, sich der darin enthaltenen Verpflichtungen zu entledigen.

Bei näherer Prüfung erweisen sich die für diesen Fall vorgesehenen Sanktionen als bemerkenswert schwach. Sollte Holtzbrinck beispielsweise in zwei oder drei Jahren zu dem Schluss kommen, der Aufwand für den Tagesspiegel lohne sich nicht, und dementsprechend die Zahlungen für die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft einstellen oder reduzieren, so könnte die Stiftung Holtzbrinck wie ausgeführt aus der Redaktionsgesellschaft ausschließen und die Option auf Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels ausüben. Die Konsequenz wäre dann schlimmstenfalls eine Schließung des Tagesspiegels, was zwar für Holtzbrinck „zum Totalverlust führen würde“, was aber keine weitere Sanktion, etwa in Form einer Vertragsstrafe, nach sich ziehen würde. Der Verlust des Tagesspiegels, der als Konsequenz einer Verweigerung der Ministeregenehmigung in den Raum gestellt wurde, ist also im Falle der Realisierung des „Berliner Modells“ gleichfalls die alleinige Referenzsituation für das Risiko von Holtzbrinck im Falle einer Nichteinhaltung der Bestandsgarantie.

Da Titelrecht und Abo-Stamm einer eingeführten Zeitung einen positiven Marktwert haben, ist der tatsächlich zu erwartende Verlust eher noch geringer, denn Holtzbrinck würde im Falle der Veräußerung von Titelrecht und Abo-Stamm noch 75 % des Erlöses bekommen; der Verlust beläuft sich somit nur auf 25 % des Verkaufserlöses, d.h. des Marktwertes von Titelrecht und Abo-Stamm. Sollte Holtzbrinck in diesem Fall selbst als Käufer auftreten,¹⁴ so ergäbe sich sogar die Möglichkeit, den Tagesspiegel ohne die Fessel des Redaktionslieferungsvertrages weiterzuführen; die effektiven Kosten der Entledigung von dieser Fessel für Holtzbrinck betragen lediglich 25 % von dem, was ein anderer Bieter für Titelrecht und Abo-Stamm bezahlen würde. Im Verhältnis zu dem, was sich einsparen lässt, wenn man, gegebenenfalls unter Änderung der publizistischen Strategie, den Redaktionsaufwand des Tagesspiegels verringerte, fiel dieser Betrag nur wenig ins Gewicht.

47. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf die auch im Falle der Optionsausübung verbleibenden privatrechtlichen Klagemöglichkeiten der Redaktionsgesellschaft bzw. der die Redaktionsgesellschaft führenden Stiftung. Die Monopolkommission sieht darin jedoch keine wirkliche Sanktion. Schon die lange Verfahrensdauer wirkt abschreckend für eine Klageeinreichung. Alle Beteiligten wüssten, dass der Redaktionsgesellschaft lange vor Abschluss eines – womöglich mehrinstanzlichen – Verfahrens die wirtschaftliche Grundlage ihrer Tätigkeit fehlen wird. Daher werden sie gegebenenfalls bereit sein, sich auf andere – für Holtzbrinck weniger belastende – Lösungen für entsprechende Konfliktsituationen einzulassen.

Ganz allgemein lässt die vorgeschlagene Stiftungslösung es zu, dass die Stiftung und Holtzbrinck die geschlossenen Verträge auch vor Ablauf der zwanzigjährigen Laufzeit neu aushandeln und revidieren. Wenn aufgrund negativer wirtschaftlicher Entwicklungen und der sich aus diesen Entwicklungen ergebenden Sachzwänge die Drohung einer Schließung des Tagesspiegels in den Raum gestellt wird, könnte die Stiftung sich veranlasst sehen, Veränderungen der geschlossenen Verträge mit neuen und für Holtzbrinck günstigeren Bedingungen zuzustimmen, um Schlimmeres zu verhindern. Solche Neuaushandlungen der geschlossenen Verträge wären für Holtzbrinck mit *keinerlei* Sanktionen verbunden.

¹⁴ Bei der in diesem Fall erneut auftretenden Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit gilt es zu bedenken, dass ein Verkauf von Titelrecht und Abo-Stamm durch die Redaktionsgesellschaft an Holtzbrinck gegenüber dem Zustand nach Erteilung der Ministererlaubnis keine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt.

48. Im Ergebnis hält die Monopolkommission die mit der Stiftungslösung verbundene zwanzigjährige Bestandsgarantie für den Tagesspiegel als eigenständiges Presseorgan am Markt für zu schwach. Die Schwäche beruht darauf, dass die Stiftungslösung durch privatrechtliche Verträge gesichert werden soll, die nur schwache Sanktionen gegen Vertragsverletzungen vorsehen und deren Durchsetzbarkeit noch dazu vom Verhalten der vertragsschließenden Parteien und nicht etwa vom Verhalten der öffentlichen Hand als Sachwalter des öffentlichen Interesses abhängt.

Diese vorstehenden Überlegungen sind unabhängig davon, wann eine Vertragsverletzung vorgenommen wird. Grundsätzlich ist nicht einmal ausgeschlossen, dass die vorgesehene Stiftungslösung schon nach wenigen Monaten wieder infrage gestellt wird. Das wird man aus verschiedenen Gründen für wenig wahrscheinlich halten. Dieses Urteil jedoch beruht nicht auf den formellen Rahmenbedingungen der von der Antragstellerin vorgelegten Stiftungslösung, sondern auf einer informellen Abschätzung der publizistischen, wirtschaftlichen und politischen Interessen. Solche Abschätzungen von Interessen jedoch lassen sich kaum für längere Zeit im Voraus verlässlich vornehmen.

49. Hinsichtlich des Ziels der Vielfalt des Presseangebots in Berlin ist ferner zu bemerken, dass die Antragstellerin für die Berliner Zeitung keine vergleichbare Bestandsgarantie gibt wie für den Tagesspiegel. Aus heutiger Sicht wird man das nicht als Problem betrachten, denn die Marktstellung der Berliner Zeitung im Osten Berlins ist so stark, dass eine Einstellung nicht zu befürchten ist. Es ist aber nicht auszuschließen, dass die zum Teil noch auf die deutsche Teilung zurückgehenden Loyalitäten, die heute die starke Marktstellung der Berliner Zeitung begründen, sich mit der Zeit verlieren und dass ein Unternehmen, das Tagesspiegel und Berliner Zeitung wirtschaftlich in einer Hand führt, zu gegebener Zeit ein Interesse daran haben wird, den Aufwand für die Berliner Zeitung zu reduzieren oder gar einzustellen, um dadurch die Wettbewerbsposition des Tagesspiegels weiter zu verbessern. In Anbetracht dessen, dass es im vorliegenden Ministererlaubnisverfahren nicht um den Erhalt des Tagesspiegels an sich, sondern um das Gemeinwohlziel der Pressevielfalt geht, ist die asymmetrische Behandlung der beiden Zeitungen kritisch zu sehen.

IV.2.3 Die Anforderungen des Ministers an mögliche Erwerber des Tagesspiegels

50. In seinem Schreiben vom 8. Mai 2003 fordert der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, ein möglicher Erwerber

„müsse eine Gewähr dafür bieten, dass der „Tagesspiegel“ dauerhaft als eigenständige Abonnement-Zeitung in Berlin erhalten wird, ohne dass er zur reinen Lokalausgabe einer anderweitig in Berlin vertriebenen Zeitung wird. Dies sollte durch eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe abgesichert sein, für die eine Bankgarantie oder gleichwertige Sicherheit geboten wird.“

Dieses Schreiben lässt verschiedene Fragen offen. So wird nicht spezifiziert, gegenüber wem und für welchen Zeitraum eine Bestandsgarantie abgegeben werden soll. Offen blieb auch, welche inhaltlichen Anforderungen an die Bestandsgarantie gestellt werden, ob während der Garantiezeit überhaupt Änderungen an Erscheinungsbild und Inhalt des Tagesspiegels vorgenommen werden dürfen, ob es erlaubt ist, statt sieben Ausgaben lediglich sechs pro Woche anzubieten usw. Ähnlich unspezifiziert ist die Vertragsstrafe, die gefordert wird, um die Bestandsgarantie abzusichern. Hier bleibt offen, wem die Vertragsstrafe gegebenenfalls zugute kommen sollte, nach welchen Kriterien sie sich zu bemessen habe, unter welchen Bedingungen sie fällig würde und nach welchem Verfahren das Eintreten dieser Bedingungen festzustellen wäre.

Nach Angaben des Ministeriums gegenüber der Monopolkommission hat es keine weitergehenden Hinweise an die Antragstellerin oder die von der Antragstellerin beauftragte Investmentbank gegeben, die diese Punkte präzisiert hätten. Insofern lag die Präzisierung im Rahmen des Verkaufsverfahrens bei Holtzbrinck und dem beauftragten Bankhaus Sal. Oppenheim.

51. Dazu wurde von der Antragstellerin in der Anhörung gegenüber der Monopolkommission ausgeführt, die Bestandsgarantie sei an Holtzbrinck als Verkäuferin des Tagesspiegels abzugeben, auch die Vertragsstrafe bei Verletzung der Bestandsgarantie müsse selbstverständlich an Holtzbrinck gezahlt werden. Bei der Festsetzung der Höhe der Vertragsstrafe sei abzustellen auf

- die Verluste, die Holtzbrinck als Besitzer der Berliner Zeitung im Falle einer Einstellung des Tagesspiegels aufgrund der dann eintretenden Dominoeffekte zu erwarten hätte, und
- die Gewinne, die dem Axel Springer-Verlag aus einer Einstellung des Tagesspiegels voraussichtlich erwachsen würden.

Ersteres sollte die Antragstellerin als Verkäuferin des Tagesspiegels vor den negativen Folgen einer Einstellung schützen. Letzteres sollte nach Aussage der Antragstellerin den gesamtwirtschaftlichen Aspekten von Erhalt und Einstellung des Tagesspiegels Rechnung tragen. An anderer Stelle¹⁵ nannte die Antragstellerin dafür einen kapitalisierten Betrag von 100 Mio. €.

52. Nach Auffassung der Monopolkommission ist der Vortrag der Antragstellerin zu diesen Fragen in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Zum einen werden einzelwirtschaftliche Aspekte und Gemeinwohlaspekte auf unzulässige Weise miteinander vermengt. Zum zweiten ist das zur Bewertung der Gemeinwohlbelange herangezogene Kriterium nicht angemessen. Zum dritten würde der Minister in mehrfacher Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, wenn er die Konkretisierung seiner Vorgaben durch die Antragstellerin übernehmen würde.

Wie oben in Tz. 41 ff. erläutert wurde, sind die über die einfache Frage der Kaufbereitschaft hinausgehenden Anforderungen des Ministers dadurch gerechtfertigt, dass zu prüfen ist, ob das zur Diskussion stehende Gemeinwohlinteresse an einem Erhalt des Tagesspiegels auch durch einen Verkauf an einen Dritten gewahrt werden kann. Dabei sind keine härteren Anforderungen zu stellen als sie die Antragstellerin selbst erfüllen würde.

53. Einzelwirtschaftliche Interessen der Antragstellerin sind bei dieser Prüfung nicht von Belang. Eine Beurteilung der einzelwirtschaftlichen Interessen von Holtzbrinck im Verkaufsverfahren muss sich an der Situation orientieren, die entsteht, wenn die Ministererlaubnis versagt wird. Die Ministererlaubnis soll schließlich nicht der Förderung Holtzbrinck'scher Gewinninteressen, sondern der Förderung des Gemeinwohlinteresses an Pressevielfalt dienen.

Für den Fall, dass die Ministererlaubnis versagt wird, hat Holtzbrinck angekündigt, werde man den Tagesspiegel einstellen, da er wirtschaftlich nicht mehr zu führen sei. Die von Holtzbrinck behaupteten negativen Rückwirkungen auf die Berliner Zeitung würden in diesem Fall sofort eintreten und den Berliner Verlag belasten.¹⁶ Im Falle eines Verkaufs des Berliner Verlags wäre der Preis entsprechend niedrig.¹⁷

¹⁵ Vgl. „In eigener Sache“, Tagesspiegel vom 1. August 2003.

¹⁶ Allerdings gibt es begründete Zweifel, dass es überhaupt zu solchen negativen Rückwirkungen kommt, siehe oben Tz. 20.

¹⁷ Dieser Effekt ist von dem Effekt zu unterscheiden, dass ein Käufer, dem die von Holtzbrinck erwarteten Monopolisierungseffekte nicht zur Verfügung stehen, weniger für den Berliner Verlag bietet als Holtzbrinck bezahlt hat. Die im Wettbewerb mit Holtzbrinck von anderen Unternehmen getätigten Gebote lassen vermuten, dass die Belastung durch mutmaßliche Dominoeffekte eines möglicherweise in Aussicht stehenden Marktaustritts des Tagesspiegels vergleichsweise weniger ins Gewicht fällt. Vgl. Tz. 21.

Sollten die befürchteten negativen Rückwirkungen eintreten, so wäre Holtzbrinck in dieser Situation schlechter gestellt, als wenn man den Berliner Verlag gar nicht erst erworben hätte. Die Schlechterstellung wäre allerdings nur die Konsequenz des Umstands, dass man das mit dem Erwerb des Berliner Verlags von Gruner + Jahr verbundene kartellrechtliche Risiko auf sich genommen hat. Diesen Umstand hat Holtzbrinck sich selbst zuzuschreiben. Für eine Behebung der Folgen dieser in eigener unternehmerischer Verantwortung getroffenen Entscheidung durch Anpassung der Kriterien für die Ministererlaubnis besteht kein Anlass.

Im Vergleich zu der Situation, die nach Aussage der Antragstellerin entsteht, wenn die Ministererlaubnis versagt wird, erbringt ein Verkauf des Tagesspiegels mit einer noch so kleinen Bestandsgarantie für die Antragstellerin auf jeden Fall eine Verbesserung. Die von ihr befürchteten Dominoeffekte würden wenigstens zeitlich hinausgezögert, vielleicht sogar ganz vermieden.

54. Auch der Vorschlag, die Gewinne, die der Axel Springer-Verlag aus einem Marktaustritt des Tagesspiegels ziehen würde, als Grundlage zur Berechnung einer angemessenen Vertragsstrafe heranzuziehen, wird von der Monopolkommission abgelehnt. Abgesehen davon, dass die von der Antragstellerin genannte Größe von 100 Mio. € als rein spekulativ erscheint, ist nicht einzusehen, warum eine Vertragsstrafe zur Sicherstellung des mit dem Erhalt des Tagesspiegels verbundenen Gemeinwohlvorteils der Pressevielfalt sich an den vermuteten Gewinnveränderungen eines im Wettbewerb mit dem Tagesspiegel stehenden Unternehmens orientieren sollte. Der mit dem Erhalt des Tagesspiegels verbundene Gemeinwohlvorteil der Pressevielfalt hat nichts damit zu tun, ob der Axel Springer-Verlag mehr oder weniger Gewinne macht. Bei der Festsetzung einer angemessenen Vertragsstrafe kann es nur darum gehen, welcher Wert dem Erhalt des Tagesspiegels als Beitrag zur Pressevielfalt in Berlin beizumessen ist und wie die Wirksamkeit der gewünschten Bestandsgarantie sichergestellt werden kann. Dabei ist auf jeden Fall auf Verhältnismäßigkeit zu achten.

Es hat zwar in Deutschland verschiedentlich allgemeinpolitische Diskussionen um Einfluss und Ausrichtung dieses oder jenes Verlags gegeben, insbesondere auch über den Einfluss und die Ausrichtung der „Springer-Presse“, doch ist zwischen solchen Diskussionen und dem Umgang mit dem Gemeinwohlanliegen am Erhalt der Pressevielfalt deutlich zu trennen. Ein Gewinnanstieg oder Einflusszuwachs des Axel Springer-Verlags oder irgendeines anderen Verlags mag einzelnen Beteiligten in solchen allgemeinpolitischen Diskussionen *per se* als Gemeinwohlverlust erscheinen, doch liefe der Einbezug solcher Erwägungen in ein staatliches Verwaltungsverfahren auf eine Verletzung des grundgesetzlichen Zensurverbots hinaus.

55. Der Abschlussbericht von Sal. Oppenheim spricht in diesem Zusammenhang von „dem Marktvereinigungsinteresse Dritter“ als relevantem Maßstab für die Festsetzung einer Vertragsstrafe als „Marktaustrittsbarriere“. Ein solcher Ansatz unterstellt, dass eine Übereinkunft zwischen den angesprochenen Dritten und dem Erwerber besteht oder zu erwarten ist, wonach der mutmaßliche Nutznießer eines Marktaustritts des Tagesspiegels den Erwerber für die ihm bei einem Marktaustritt entstehenden Kosten entschädigt. Eine solche Übereinkunft ist nach § 1 GWB verboten; sie ist gegebenenfalls durch das Bundeskartellamt zu verfolgen. Einer weitergehenden Sanktion zur Verhinderung einer solchen Übereinkunft bedarf es nach Auffassung der Monopolkommission nicht.

56. Wie oben ausgeführt, ist für Holtzbrinck selbst bei Einstellung des Tagesspiegels als Folge der Verletzung des Redaktionslieferungsvertrags im schlimmsten Fall der Verlust von 25 % des Werts zu befürchten, den ein Dritter für Titelrecht und Abo-Stamm bezahlen würde. Auch diese Sanktion ist insofern als unwahrscheinlich anzusehen, als Holtzbrinck damit rechnen kann, dass die Stiftung bereit ist, bei Eintreten tatsächlicher oder behaupteter wirtschaftlicher Sachzwänge den Redaktionslieferungsvertrag mit geänderten, für Holtzbrinck günstigeren Bedingungen neu auszuhandeln.

Zwar unterläge Holtzbrinck einer einklagbaren vertraglichen Verpflichtung, doch ist, wie schon erwähnt, bei entsprechenden Gerichtsverfahren mit einer erheblichen Dauer zu rechnen, die auch einen positiven Ausgang nicht zu einem Erfolg werden lässt. Vor diesem Hintergrund hätte Holtzbrinck ein gewichtiges Drohpotential für entsprechende spätere vertragliche Neuverhandlungen der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen.

Geht die von einem möglichen Erwerber des Tagesspiegels geforderte Vertragsstrafe für die Bestandsgarantie des Tagesspiegels über das hinaus, was Holtzbrinck selbst im entsprechenden Fall zu leisten hat, so ergibt sich eine Ungleichbehandlung der potentiellen Erwerber gegenüber Holtzbrinck. Während Holtzbrinck über den Verlust der eingesetzten Mittel hinaus im Falle der Einstellung des Tagesspiegels im schlimmsten Fall befürchten muss, dass 25 % des Werts von Titelrecht und Abo-Stamm an die Stiftung gehen, muss der potentielle Erwerber noch die Zahlung der Vertragsstrafe gewärtigen. Insofern die hier angesprochene Ungleichbehandlung vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit ausgeht, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, der bei jeder Anwendung von Hoheitsgewalt zu beachten ist. Einen sachlichen Grund für eine Differenzierung zwischen den Fällen vermag die Monopolkommission nicht zu erkennen.

57. Im Hinblick auf das Ziel der Förderung der Pressevielfalt in Berlin durch Erhalt des Tagesspiegels wäre ein De-facto-Verzicht auf das Erfordernis einer Vertragsstrafe nicht unbedingt als problematisch zu beurteilen. Es liegt im Eigeninteresse eines Käufers, mit dem erworbenen Gut nutzbringend umzugehen und seinen Bestand so lang wie möglich zu erhalten. Insofern bietet schon die Bereitschaft des Käufers, einen Preis für das betreffende Gut zu bezahlen, eine gewisse Bestandsgarantie. Die gilt insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden, wo ein Sanierungsbedarf des betreffenden Objekts bekannt ist und ein Erwerber im Vorhinein weiß, dass sich der Kauf erst nach längeren Sanierungsbemühungen mit entsprechendem Aufwand rentieren wird.

In einer solchen Situation dürfte die Nachhaltigkeit einer Bestandsgarantie mehr davon abhängen, ob das erwerbende Unternehmen die Wirtschaftskraft hat, den für die Sanierung erforderlichen Aufwand zu tätigen und die erforderliche anfängliche Durststrecke zu überstehen, als davon, ob die Bestandsgarantie mit einer Vertragsstrafe bewehrt ist. In den erwähnten Verfahren zur Erfüllung von Veräußerungszusagen im Rahmen fusionskontrollrechtlicher Freigaben der Europäischen Kommission wird das Erfordernis der Gewähr für eine aktive und starke Wettbewerbstätigkeit nicht durch Vertragsstrafen abgesichert, sondern dadurch, dass man den Kreis der möglichen Käufer auf Unternehmen beschränkt, die nach Finanzkraft, Kompetenz und Erfahrung die entsprechenden Erwartungen rechtfertigen.

58. Das Erfordernis der Gleichbehandlung betrifft auch die Frage, an wen eine Vertragsstrafe gegebenenfalls zu zahlen ist. Wenn Holtzbrinck den Redaktionslieferungsvertrag oder den Gesellschaftsvertrag der Stiftungslösung verletzt, kommen die 25 % des Erlöses aus dem Verkauf von Titelrecht und Abo-Stamm, die nicht an Holtzbrinck abgeführt werden, der Stiftung zugute. Dem würde es entsprechen, wenn die von einem möglichen Erwerber im Falle einer Einstellung des Tagesspiegels zu zahlende Vertragsstrafe einer das Gemeinwohl repräsentierenden Einrichtung zugute käme.

Eine solche Regelung wäre auch sachlich angemessen. Käme die Zahlung Holtzbrinck zugute – wie von Holtzbrinck ganz selbstverständlich vorausgesetzt – so würde sie im Ergebnis nicht anders wirken als eine bedingte Kaufpreiserhöhung für den Fall der Einstellung des Tagesspiegels. Eine solche bedingte Kaufpreiserhöhung für den Fall der Einstellung des Tagesspiegels wäre angemessen, wenn es bei der Vertragsstrafe darum ginge, das einzelwirtschaftliche Interesse von Holtzbrinck an einem Schutz der Berliner Zeitung vor den befürchteten negativen Rückwirkungen einer Einstel-

lung des Tagesspiegels zu wahren. In Anbetracht dessen, dass die vom Minister genannte Vertragsstrafe nicht den einzelwirtschaftlichen Interessen von Holtzbrinck, sondern der Absicherung der Nachhaltigkeit des Gemeinwohlvorteils zu dienen hat, wäre eine solche Regelung hier aber nicht angemessen. Als Ausgleich für den Fortfall des Gemeinwohlvorteils bei Einstellung des Tagesspiegels sollte die Vertragsstrafe vielmehr einer das Gemeinwohl repräsentierenden Einrichtung zugute kommen.

59. Des Weiteren ist fraglich, wie die Umwandlung des Tagesspiegels in eine reine Lokalausgabe einer anderweitig in Berlin vertriebenen Zeitung unter Gemeinwohlgesichtspunkten zu beurteilen ist. Auch hier kommt es wieder auf die Referenzsituation an. Nimmt man den gegenwärtigen Zustand einer Führung des Tagesspiegels als eigenständiger publizistische Einheit mit einer Vollredaktion als Maßstab, dann wäre die Umwandlung in eine Lokalausgabe einer anderen Zeitung publizistisch gesehen ein Rückschritt. Dies gilt allerdings nur, wenn man für den Vergleich den dauerhaften Bestand des Tagesspiegels zugrunde legt. Geht man jedoch von der möglichen Einstellung des Tagesspiegel aus, so wäre die Überführung und damit Erhaltung des bei Marktaustritt ansonsten verloren gehenden publizistischen Potentials die vergleichsweise bessere Lösung. Dies muss in der Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers Berücksichtigung finden.

Die Monopolkommission hält den apriorischen Ausschluss der Fortführung des Tagesspiegels als Lokalausgabe einer anderweitig in Berlin vertriebenen Zeitung für bedenklich. Damit wird offenbar *a limine* die Möglichkeit einer Verschmelzung des Tagesspiegels mit der Süddeutschen Zeitung ausgeschlossen. Die Süddeutsche Zeitung ist nicht mit in den relevanten Markt einbezogen worden, auf dem das Bundeskartellamt eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung festgestellt hat, weil sie keine regionale Abonnement-Tageszeitung ist. Wenn nun die Süddeutsche Zeitung und der Tagesspiegel zu einem Blatt fusionierten, das dann als Abonnement-Zeitung in Berlin weiter betrieben würde, so hätte dies auf dem relevanten Markt keine wettbewerblichen Verschlechterungen zur Folge. Der Wegfall des publizistischen Wettbewerbs zwischen Süddeutscher Zeitung und Tagesspiegel auf dem Berliner Markt dürfte im Hinblick auf die vergleichsweise geringen Verkaufszahlen¹⁸ der Süddeutschen Zeitung kaum ins Gewicht fallen. Zwischen einem fusionierten Blatt Tagesspiegel/Süddeutsche Zeitung und den übrigen Berliner Zeitungen würde der publizistische Wettbewerb aber nicht beeinträchtigt.

IV.3 Würdigung des vom Minister gewählten Verfahrens

60. Das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 8. Mai 2003 legte die Durchführung des nachträglichen Verkaufsversuchs für den Tagesspiegel in die Hände der Antragstellerin, der dabei aufgegeben wurde, einen geeigneten und vertrauenswürdigen Dritten in die Verkaufsbemühungen einzuschalten. Durch diese Vorgehensweise erhielt Holtzbrinck die Möglichkeit, erheblichen Einfluss auf den Verkaufsversuch zu nehmen. In Anbetracht der Rolle dieses Verkaufsversuchs in dieser späten Phase des Ministererlaubnisverfahrens hält die Monopolkommission diese Möglichkeit der Einflussnahme durch Holtzbrinck für problematisch.

Die Verkäuflichkeit eines Unternehmens – wie jedes anderen Gegenstandes auch – hängt von zweierlei Art von Bedingungen ab: den objektiven Marktgegebenheiten und Rahmenbedingungen, aus denen sich ein verbindliches Angebot ergeben muss, und der Verkaufsbereitschaft des Eigentümers. Man kann insofern von objektiver und subjektiver Verkäuflichkeit sprechen. Das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 8. Mai 2003 befasst sich vor allem mit der Frage

¹⁸ Die verkaufte Auflage beträgt nach Auskunft des Süddeutschen Verlags 14.303 Exemplare (Angaben für das Jahr 2002). Die entsprechenden Zahlen betragen für den Tagesspiegel 124.706 Exemplare und für die Berliner Zeitung 161.952 Exemplare.

der objektiven Verkäuflichkeit des Tagesspiegels; die Frage der subjektiven Verkäuflichkeit dagegen wird nur am Rande und ohne jede Präzisierung durch das Erfordernis „ernsthafter Verkaufsbemühungen“ gestreift.

61. Gerade an der Verkaufsbereitschaft von Holtzbrinck sind aber nach dem bisherigen Gang des Verfahrens Zweifel angebracht. Der vom Bundeskartellamt untersagte Zusammenschluss ist Ausdruck einer Unternehmenspolitik, die gerade nicht auf die Veräußerung des Tagesspiegels ausgerichtet ist, sondern – mit der Vereinigung wesentlicher Unternehmensfunktionen von Tagesspiegel und Berliner Zeitung in einer Hand – auf die Verwirklichung eines Unternehmenskonzepts, das zwingend voraussetzt, dass Holtzbrinck den Tagesspiegel behält. Auch im Verfahren der Ministererlaubnis hat Holtzbrinck wesentliche Synergieeffekte vorgetragen, die sich aus dem Zusammenschluss ergeben würden. Die vorgetragenen kostenseitigen Synergieeffekte würden durch die vom Bundeskartellamt und der Monopolkommission festgestellten Monopolisierungseffekte noch verstärkt.

Der Umstand, dass die Antragstellerin im Vorfeld des Ministererlaubnisverfahrens nicht einmal den Versuch eines Verkaufs des Tagesspiegels unternommen hat, sondern sowohl vor dem Bundeskartellamt als auch gegenüber der Monopolkommission erklärt hat, ein Verkauf des Tagesspiegels stehe nicht zur Diskussion, lässt erkennen, dass sie die Realisierung dieses Unternehmenskonzepts eindeutig gegenüber einer Alternative bevorzugt, bei der die Sanierung des Tagesspiegels von einem etwaigen Erwerber durchgeführt würde. Insofern reflektiert die Teilnahme von Holtzbrinck am Veräußerungsverfahren, das von Sal. Oppenheim durchgeführt wurde, kein echtes Verkaufsinteresse, sondern entspricht lediglich den Erfordernissen, die sich aus dem Prüfauftrag des Bundeswirtschaftsministeriums ergeben.

Aus Sicht von Holtzbrinck war ein Prüfungsergebnis wünschenswert, das den Tagesspiegel aufgrund seiner dauerhaften Verlustsituation als unverkäuflich erscheinen lässt und alternative unternehmerische Konzepte potentieller Investoren für eine mögliche Erlösverbesserung als unglaubwürdig und unrealistisch ausmacht, das auch die Bereitschaft von Interessenten, den Tagesspiegel dauerhaft als eigenständige Abonnement-Tageszeitung in Berlin zu betreiben, in Zweifel zieht. Soweit das für den Verkaufsversuch vorgesehene Verfahren Holtzbrinck die Möglichkeit gab, auf Gang und Ergebnis der Untersuchungen Einfluss zu nehmen, war zu erwarten, dass diese Möglichkeit von Holtzbrinck entsprechend genutzt würde.

62. Vor diesem Hintergrund genügt es auch nicht, dass die Durchführung des Verkaufsverfahrens in die Hände einer Investmentbank als geeignetem und vertrauenswürdigem Dritten gelegt wurde. Das Bankhaus Sal. Oppenheim als beauftragte Investmentbank war im vorliegenden Fall Auftragnehmer von Holtzbrinck. Sein unternehmerisches Interesse wurde geleitet durch die Bedingungen des von Holtzbrinck erteilten Mandats. Dazu schreibt Sal. Oppenheim selbst am 3. Juli 2003 ausdrücklich an den Minister, das Mandat beinhalte die Durchführung und Dokumentation des Veräußerungsverfahrens im Auftrag der Verlagsgruppe von Holtzbrinck, nicht aber eine sachverständige Drittbeurteilung der Veräußerbarkeit des Tagesspiegels.

Die zwischen Sal. Oppenheim und Holtzbrinck geschlossene Mandatsvereinbarung gab Sal. Oppenheim keinen Anreiz, sich sehr um einen Verkauf des Tagesspiegels zu bemühen. Genau genommen gab es nicht einmal ein Verkaufsmandat, denn die Mandatsvereinbarung trennte das Veräußerungsverfahren in zwei Stufen und ließ die für Sal. Oppenheim für etwaige Leistungen in Stufe II des Verfahrens zu erwartende Honorierung völlig offen; man vereinbarte lediglich, die Honorierung für Leistungen von Sal. Oppenheim in Stufe II gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt zu vereinbaren. Für Stufe I wurde die Durchführung und Dokumentation des vom Ministerium geforderten

Verkaufsversuchs vereinbart. Dafür wurde Sal. Oppenheim ein Fixum zugesagt, d.h. die Honorierung hing nicht davon ab, ob diese erste Stufe des Verfahrens den Tagesspiegel als verkäuflich erscheinen ließe oder nicht.

Die fehlende Verkaufswilligkeit von Holtzbrinck dürfte Sal. Oppenheim bekannt gewesen sein, schließlich wurde von Holtzbrinck selbst in allen Phasen des Verfahrens betont, man habe noch nicht wirklich beschlossen, den Tagesspiegel zu verkaufen. Insofern musste Sal. Oppenheim davon ausgehen, dass es nicht zu Stufe II des Veräußerungsverfahrens kommen würde. Da für Stufe I ein Fixum ausgemacht war, hatte Sal. Oppenheim keinen Anreiz, die Möglichkeit eines Verkaufs des Tagesspiegels durch eigene Anstrengungen zu steigern. Ob auch das Wissen darum, dass etwaige eigene Anstrengungen zur Steigerung der Möglichkeit eines Verkaufs nicht im Interesse des unmittelbaren Auftraggebers lagen, für Sal. Oppenheim von Belang war, sei an dieser Stelle dahingestellt; es genügt die Feststellung, dass die geschlossene Mandatsvereinbarung für Sal. Oppenheim in der gegebenen Situation nicht die Anreize für eigene Verkaufsanstrengungen schuf, die im Investment Banking ansonsten „marktüblich“ sind.

63. Der hier angesprochene Interessenkonflikt, dass der Auftrag des Ministers zur Prüfung der Veräußerlichkeit des Tagesspiegels als alternativer Möglichkeit zur Wahrung des Gemeinwohlvorteils von Holtzbrinck im Lichte der eigenen betriebswirtschaftlichen Interessen gestaltet und beeinflusst wurde, zeigt sich sehr deutlich im Umgang mit den inhaltlichen Anforderungen des Ministers an einen möglichen Erwerber. Wie oben in Tz. 50 diskutiert, hatte das Schreiben des Ministers vom 8. Mai 2003 wesentliche Aspekte dieser Anforderungen offen gelassen; auch weitere Konkretisierungen waren nicht erfolgt. Die inhaltliche Ausfüllung dieser Anforderungen im Zuge des Veräußerungsverfahrens lag daher gänzlich bei Holtzbrinck und Sal. Oppenheim.

In der Anhörung vor der Monopolkommission wurde dazu von Seiten von Holtzbrinck vorgetragen, als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung von Bestandsgarantien, Vertragsstrafen, etc., auch für die Beurteilung des Verkaufspreises, habe man die Situation genommen, die sich bei Erteilung der Ministererlaubnis einstellen werde. Daraus ergebe sich die Anforderung an eine Bestandsgarantie von zwanzig Jahren, an Holtzbrinck zu zahlende Vertragsstrafen zur Entschädigung für negative Rückwirkungen einer Einstellung des Tagesspiegels auf die Berliner Zeitung, eine Orientierung der Vertragsstrafen an den Gewinnen, die der Axel Springer-Verlag von einem Marktaustritt des Tagesspiegels zu erwarten habe, schließlich auch als Kaufpreis eine angemessene Entschädigung für den Wert des Tagesspiegels im Falle der Erteilung der Ministererlaubnis.

64. Der Vortrag von Holtzbrinck beruht offenbar auf der Vorstellung, dass die Ministererlaubnis nicht als *ultima ratio*, sondern als *prima ratio* zu betrachten ist. Diese Vorstellung ist verfehlt. Wenn der erstrebte Gemeinwohlvorteil durch ein weniger wettbewerbsschädliches Mittel als den beantragten Zusammenschluss erreicht werden kann, so ist dieses weniger schädliche Mittel zu wählen, auch wenn es den einzelwirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin zuwiderläuft. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Erhalt des Tagesspiegels auch durch einen Verkauf als ein weniger wettbewerbsschädliches Mittel erreicht werden kann, darf die Situation, die sich bei Erteilung der Ministererlaubnis ergeben würde, *nur* im Hinblick auf Gemeinwohlerwägungen zum Vergleichsmaßstab gemacht werden. Für die einzelwirtschaftlichen Belange der Antragstellerin kommt es auf die Situation an, die sich ergibt, wenn die Ministererlaubnis versagt wird. Die von der Antragstellerin vorgenommene Vermengung von einzelwirtschaftlichen Interessen und Gemeinwohlerwägungen ist daher, wie oben in Tz. 53 ausgeführt, nach Auffassung der Monopolkommission unzulässig.

Auf die Frage, warum man die Vorgaben des Ministers auf die angegebene Weise ausgefüllt habe, obwohl der Minister selbst seine Vorgaben offen gehalten habe, wurde von Holtzbrinck geantwortet, es stehe dem Minister selbstverständlich frei, die Ergebnisse des Veräußerungsverfahrens nach anderen Kriterien zu beurteilen. Man habe lediglich die Kriterien angelegt, die man für angemessen halte.

Auf die entsprechende Frage an Sal. Oppenheim, warum man im Bericht an den Minister das Angebot von Bauer mit Formulierungen wie „kein tragfähiges unternehmerisches Konzept“, „Bestands-garantie für 5 bis 7 Jahre nicht ausreichend“, Vertragsstrafe „keine ausreichende Marktaustrittsbarriere“ sehr apodiktisch als unzureichend bezeichnet habe, wurde darauf verwiesen, dass der Minister in seinem Schreiben vom 8. Mai 2003 diese zusätzlichen Anforderungen gestellt habe, an die man sich hätte halten müssen. Offensichtlich hat Sal. Oppenheim es gänzlich Holtzbrinck überlassen, die zusätzlichen Anforderungen des Ministers zu präzisieren.

65. Nach Auffassung der Monopolkommission hätte der Minister dafür Sorge tragen müssen, dass bei der Durchführung des Veräußerungsversuchs das auf Fortführung des Tagesspiegels in eigener Regie gerichtete Interesse von Holtzbrinck durch geeignete Verfahrensregeln neutralisiert wird. Denkbar wäre die Durchführung eines entsprechenden Sondierungsverfahrens durch das Bundeswirtschaftsministerium selbst gewesen, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme eines Dritten, etwa einer Investmentbank. Das Verkaufsverfahren hätte dann allein in der Hand des Ministers gelegen, eine Einflussnahme durch Holtzbrinck wäre richtigerweise vermieden worden. Allerdings wäre auch bei einem solchen Vorgehen fraglich gewesen, ob es zur Beweiserbringung überhaupt geeignet ist. Zum einen ist nicht auszuschließen, dass Angebote von Dritten vorgelegt werden, die nicht ernsthaft am Erwerb des Tagesspiegels interessiert sind, sondern lediglich die ministerielle Genehmigung erschweren oder verhindern wollen. Zum anderen besteht die Gefahr, dass ernsthafte Interessenten von einem Kaufangebot absehen. Unternehmen werden den mit einem Vertragsangebot verbundenen Zeit- und Kostenaufwand nur dann auf sich nehmen, wenn damit ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt wird. Sie werden diesen Zeit- und Kostenaufwand nicht nur betreiben, um den Minister bei seiner Entscheidung in einem Ministererlaubnisverfahren zu unterstützen. Zudem kann ein solches Kaufangebot die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen erforderlich machen, etwa was die künftige Unternehmensstrategie des potentiellen Erwerbers angeht oder den Wert, der dem Objekt Tagesspiegel für das eigene Unternehmen beigemessen wird. Zu einer solchen Offenlegung dürfte ein Unternehmen aber in der Regel nicht bereit sein, wenn von vornherein feststeht, dass ein Kaufvertrag realistischerweise nicht zustande kommen wird.

Um diesen Gefahren zu begegnen, hätten die auf das Veräußerungsverfahren bezogenen Vorgaben des Ministeriums dahin gehen können, dass eine Investmentbank auf der Grundlage näher festgelegter Verkaufsbedingungen nicht nur mit der Suche nach Kaufinteressenten, sondern definitiv und unwiderruflich als Stellvertreter, Kommissionär oder Treuhänder mit dem Verkauf des Tagesspiegels beauftragt worden wäre. Eine solche Verfahrensgestaltung hätte der Holtzbrinck-Gruppe jeglichen Einfluss auf das Verkaufsverfahren während dessen Laufzeit genommen und damit ihr Eigeninteresse, das in dem gegenwärtigen Verfahren letztlich auf eine Hintertreibung des Verkaufs gerichtet sein muss, ausgeschaltet. Damit wäre nur die objektive Verkäuflichkeit oder Unverkäuflichkeit als Kriterium für den Erhalt des Tagesspiegels als eigenständiger Zeitung bzw. als Voraussetzung der Ministererlaubnis bestehen geblieben. Nur dann wäre das Verfahren und sein Ergebnis nach Auffassung der Monopolkommission aussagekräftig. Wenn dagegen die Ministererlaubnis von der Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels und diese wiederum von einer entsprechenden Bereitschaft des Eigentümers abhängt, der zugleich Antragsteller des Verfahrens ist, hat dieser es in der Hand, die für ihn günstige Entscheidungsvoraussetzung zu beeinflussen.

66. Ein Vorbild für eine geeignete Vorgehensweise findet sich im europäischen Fusionskontrollrecht. Ergeht eine fusionskontrollrechtliche Freigabe der Europäischen Kommission unter dem Vorbehalt einer Veräußerungsverpflichtung, müssen die Zusammenschlussbeteiligten einen Treuhänder einschalten, der ein unwiderrufliches Mandat zur Veräußerung erhält und im Übrigen nicht an einen Mindestpreis gebunden ist. Er erhält alle für die Veräußerung erforderlichen Rechte und Befugnisse. Sowohl die Person des Treuhänders als auch der Treuhandvertrag sind von der Europäischen Kommission zu genehmigen. Darüber hinaus entsteht ein Treuhandverhältnis, das insofern von traditionellen Treuhandbeziehungen abweicht, als nachträgliche Anweisungen an den Treuhänder nur noch von der Kommission selbst vorgenommen werden dürfen.

Soweit dem dargestellten europäischen Verfahren eine erste Verkaufsphase vorangestellt ist, in der die Zusammenschlussbeteiligten zunächst selbst versuchen dürfen, den betreffenden Unternehmensanteil zu veräußern, beruht dies auf einer vom Ministererlaubnisverfahren grundsätzlich abweichenden Interessenlage. Im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens haben die Zusammenschlussbeteiligten nämlich selbst ein erhebliches Interesse am Erfolg des Veräußerungsverfahrens. Die fusionskontrollrechtliche Genehmigung ihres Zusammenschlusses wird in der Regel erst dann wirksam, wenn die Veräußerung erfolgreich abgeschlossen wurde. Im vorliegenden Ministererlaubnisverfahren haben die Zusammenschlussbeteiligten hingegen gerade umgekehrte Interessen. Die angestrebte Ministererlaubnis kann ihrer Vorstellung nach nämlich nur gewährt werden, wenn sich die Unveräußerlichkeit des Tagesspiegels nachweisen lässt. Es wäre daher sachgerecht und notwendig gewesen, das Desinteresse von Holtzbrinck am Verkauf bereits mit Beginn des Verkaufsprozesses zu neutralisieren.

67. Im Verfahren der Ministererlaubnis geht es, da der Minister an die wettbewerblichen Feststellungen des Bundeskartellamts gebunden ist, allein um die Ermittlung überragender Gemeinwohlgründe und ihre Abwägung mit den vom Bundeskartellamt festgestellten Nachteilen für den Wettbewerb. Keine Rolle spielen betriebswirtschaftliche Interessen des Antragstellers. Wenn der Minister zu erkennen gibt, dass er geneigt ist, die Erhaltung des Tagesspiegels als eigenständiger Zeitung im Hinblick auf die hauptstädtische Pressevielfalt als überragenden Gemeinwohlgrund anzuerkennen, so wird er folgerichtig nur nach wirtschaftlich tragfähigen Fortführungsalternativen zu der von der Holtzbrinck-Gruppe angekündigten Alternative einer Stilllegung des Tagesspiegels fragen können; nur darauf kommt es an, nicht darauf, ob eine solche Fortführungsalternative nach Veräußerung auch für den gegenwärtigen Eigentümer attraktiv ist. Die Lage ist also der Situation eines Insolvenzverwalters vergleichbar, der unter allen Umständen anstelle der Liquidation wenn irgend möglich eine Sanierung anstreben muss. Wie der Insolvenzverwalter hätte auch die mit dem Verkauf beauftragte Investmentbank ausschließlich auf die Fortführungsinteressen achten müssen, während die Interessen des Insolvenzschuldners bzw. des bisherigen Eigentümers des Tagesspiegels an einem günstigen Erlös vollständig in den Hintergrund treten.

So ist das Veräußerungsverfahren aber offenbar weder vom Ministerium konzipiert noch von der Investmentbank ausgestaltet worden. Die Durchführung von Gesprächen mit Kaufinteressenten unter Beteiligung der Holtzbrinck-Gruppe zeigt, dass deren Interessen zu jedem Zeitpunkt eine wichtige Rolle gespielt haben. Auch die Feststellung mancher Interessenten, dass Holtzbrinck sich immer wieder vorbehalten habe, vom Verkauf Abstand zu nehmen, belegt, dass Holtzbrinck seine Beteiligung an dem Verfahren dazu genutzt hat, die Veräußerungsbedingungen in seinem, Holtzbrincks, Interesse zu verbessern, obwohl es auf dieses Interesse im Ministererlaubnisverfahren eigentlich gar nicht hätte ankommen dürfen.

68. Auch die vom Bundeswirtschaftsministerium gesetzte Frist ist problematisch. Laut Schreiben vom 8. Mai 2003 sollte die erste Phase des Verkaufsverfahrens in einer Frist von sechs Wochen ab-

geschlossen werden. Die Frist sollte aus begründetem Anlass verlängerbar sein. Üblicherweise erfolgen Veräußerungsverhandlungen ohne derartigen Zeitdruck. Die Verkäuflichkeit eines Unternehmens stellt sich letztlich erst im Zeitpunkt eines erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen heraus, die in einen Vertragsschluss münden. Die vom Bundeswirtschaftsministerium gesetzte Frist hatte jedoch zur Folge, dass das Verkaufsverfahren in einem sehr frühen Zeitpunkt der Verhandlungen abgeschnitten wurde. Insofern ist der Hinweis im Schreiben von Sal. Oppenheim an den Minister vom 3. Juli 2003 von Bedeutung, alle fristgerecht eingereichten indikativen Angebote seien nicht abschließend verhandelt, eine endgültige Stellungnahme zur Veräußerbarkeit des Tagesspiegels sei daher zum derzeitigen Prüfungsstand nicht möglich, hierfür wäre gegebenenfalls eine Fortsetzung des Verfahrens erforderlich. Tatsächlich führte die Orientierung an der vom Minister gesetzten Sechs-Wochen-Frist dazu, dass nach den Detaillierungsgesprächen vom 13. Juni 2003 Fragen, die in diesem Gespräch offen geblieben waren, nicht weiter verhandelt wurden, obwohl entsprechende Gesprächsangebote noch am 16. und 17. Juni 2003 gemacht wurden. Auch dies ist problematisch, denn die für die Pressevielfalt in Berlin relevante Frage im Ministererlaubnisverfahren betrifft die Veräußerlichkeit des Tagesspiegels überhaupt, nicht aber die Veräußerlichkeit innerhalb einer festgesetzten Frist.

69. Die vorstehenden Überlegungen führen zu der Einschätzung, dass das durchgeführte Veräußerungsverfahren aufgrund seiner verschiedenen Besonderheiten schon von seiner Anlage her nicht geeignet ist, ein abschließendes verlässliches Urteil über die vom Minister gestellte Beweisfrage zur Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels zu stützen. Der Minister verstieße gegen die Denkgesetze, wollte er aus dem abgelaufenen Verfahren schließen, dass das Gemeinwohlinteresse am Erhalt des Tagesspiegels als Beitrag zur Pressevielfalt in Berlin auf keine andere Weise als durch die Erlaubnis des Zusammenschlusses gewahrt werden kann. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind die Denkgesetze auch bei der Beweiswürdigung zu beachten. Verstöße gegen sie begründen den Vorwurf der Rechtsverletzung, die nicht nur vom Rechtsmittelgericht zu rügen, sondern sogar revisibel wäre.¹⁹

Wenn das durchgeführte Veräußerungsverfahren keine Klarheit bringt, so besteht eine non liquet-Situation: weder die Verkäuflichkeit noch die Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels sind verlässlich festgestellt worden. Dies geht zulasten von Holtzbrinck als Antragstellerin im Ministererlaubnisverfahren. Dass Holtzbrinck die materielle Beweislast trägt, ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts. Hiernach treffen die Folgen der Unerweislichkeit einer Tatsache grundsätzlich denjenigen, der aus ihr eine ihm günstige Rechtsfolge herleitet.²⁰ In Antragsverfahren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes geht es in der Regel zulasten des Antragstellers, wenn die Voraussetzungen für das Bestehen des Anspruchs nicht festgestellt werden können. Für das Ministererlaubnisverfahren gilt dies in besonderem Maße. Denn das Ministererlaubnisverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass ein im Vorfeld erlassenes behördliches Verbot durch eine Ausnahmegenehmigung ersetzt wird. Dem Antragsteller wird damit eine Sonderstellung eingeräumt, die weit über die Position hinausgeht, die bei sonstigen begünstigenden Verwaltungsakten erreicht wird. Im Unterschied zu sonstigen Antragsverfahren, in denen eine Rechtsposition zugewiesen wird, weil sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, wird ein Ministererlaubnisverfahren erst angestrengt, wenn die zunächst zuständige Behörde, das Bundeskartellamt, festgestellt hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen einer Genehmigung nicht vorliegen und der Zusammenschluss nach den wettbewerblichen Kriterien des für alle geltenden GWB zu untersagen

¹⁹ Zöller, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 546, Rn. 7; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 137, Rn. 25 a, Fn. 33; BVerwG NvwZ 1985, 489; 1987, 602.

²⁰ BVerwG NuR 1998, S. 88; BGHZ 53, S. 245, 250; BVerwGE 44, S. 265; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Auflage 2001, § 24, Rn. 55; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Auflage 2000, § 24, Rn. 42, 46.

ist. Der Antragsteller verlangt im Ministererlaubnisverfahren also eine Privilegierung gegenüber der allgemein gültigen Rechtslage. Dass die tatsächlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, ist zu beweisen. Wenn dies nicht gelingt, muss der Minister für sein weiteres Verfahren das Gegenteil der zu beweisenden Tatsache unterstellen. Der Minister hat dann bei seiner Entscheidung davon auszugehen, dass der Tagesspiegel – wie jedes andere marktfähige Unternehmen – verkauft werden könnte. Dann kann der Zusammenschluss aber nicht als einzig möglicher Weg zur Wahrung des Gemeinwohlinteresses an Pressevielfalt durch Fortführung des Tagesspiegels als eigenständiger Zeitung anerkannt werden. Folglich ist die Ministererlaubnis nicht als erforderlich anzusehen, um dieses Gemeinwohlinteresse zu wahren. Die Erteilung der Ministererlaubnis ist jedoch wie alles staatliche Handeln und insbesondere jedes Verwaltungshandeln²¹ an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden und kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Gemeinwohlvorteils notwendig ist.²² Ist dies nicht der Fall, so ist die Ministererlaubnis zu versagen.

21 Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Auflage, 2001, § 9, Rn. 50.

22 Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 42, Rn. 30; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, § 11, Rn. 900.

V. Beurteilung von Durchführung und Ergebnis des Verkaufsprozesses

70. Entsprechend den Vorgaben des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit sollte die Verkaufsfähigkeit des Tagesspiegels in einem „marktüblichen Verfahren“ geprüft werden. Außer den vom Minister genannten Nebenbedingungen dürften an die potentiellen Käufer nur Anforderungen gestellt werden, die nicht über die im Markt üblichen Bedingungen hinaus gehen.

Die „Marktüblichkeit“ wird eingeschränkt durch die Bedeutung des Verkaufsversuchs für das Ministererlaubnisverfahren und durch die Vorgaben des Ministers selbst. Die Bedingungen der vertragsstrafebewehrten Bestandsgarantie und des Verbots der Umwandlung in eine Lokalausgabe einer anderen Zeitung sind angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem Tagesspiegel um ein defizitäres Unternehmen handelt, nicht als marktüblich anzusehen, können aber, wie ausgeführt, zumindest teilweise durch das Ziel der Wahrung des Gemeinwohlinteresses an Pressevielfalt als gerechtfertigt angesehen werden, wenn man die Pressevielfalt überhaupt dem Grunde nach als Gemeinwohlgrund anerkennen will. Problematisch ist allerdings die Übertragung der inhaltlichen Konkretisierung dieser Bedingungen an das betroffene Unternehmen, das nach seinen Äußerungen und seinem Verhalten im Verfahren gerade deutlich gemacht hatte, dass es gar nicht verkaufen wollte. Überhaupt ist die Durchführung eines Verkaufsversuchs durch einen Eigner, der gar nicht verkaufen will, als marktunüblich zu betrachten.

Des Weiteren führt die vom Ministerium aus verfahrenswirtschaftlicher Sicht eingeführte zeitliche Begrenzung des Verkaufsverfahrens zu einer marktunüblichen Verengung der Zeiträume für die einzelnen Abläufe des Verfahrens wie für das Verfahren insgesamt. Nach Angaben von Sal. Oppenheim wurden die aufgrund von Detaillierungsgespräch und nachfolgender Korrespondenz offen gebliebenen Fragen zum Angebot von Bauer unter anderem auch deshalb nicht durch weitere Gespräche geklärt, weil angesichts der Fristsetzung durch den Minister die Zeit hierfür nicht zur Verfügung stand.

71. Die durch die Mandatsvereinbarung zwischen Holtzbrinck und Sal. Oppenheim und die Stellung des Auftrags im Ministererlaubnisverfahren definierte Interessenlage von Sal. Oppenheim ist nach Auffassung der Monopolkommission als marktunüblich zu betrachten. Nach dem Vortrag der Vertreter von Sal. Oppenheim gegenüber der Monopolkommission ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit eingeräumte kurze Frist keine andere Möglichkeit als ein zweistufiges Verfahren zulässt. Ferner spielt eine Rolle, dass bei der derzeitigen Marktlage in vielen Verfahren der vom Verkäufer gewünschte Preis oft nicht zu realisieren ist und ein Erfolgshonorar erst nach Abschluss der ersten Stufe festgelegt werden kann. Im vorliegenden Fall überzeugt dies die Monopolkommission insofern nicht, als das in der Mandatsvereinbarung zwischen Sal. Oppenheim und Holtzbrinck für die erste Stufe festgesetzte Fixum vergleichsweise hoch ist;²³ die Bezahlung eines Fixums für die erste Stufe in der vorgesehenen Höhe ohne jegliche vertragliche Absicherung der Bedingungen für den weiteren Verlauf des Veräußerungsverfahrens ist nach Auffassung der Monopolkommission als marktunüblich zu betrachten.

Im Übrigen sind die durch die Stellung des Auftrags im Ministererlaubnisverfahren gesetzten Anreize für Sal. Oppenheim nicht als marktüblich anzusehen. In üblichen Veräußerungsverfahren weiß die Investmentbank, dass es um den Verkauf des Objekts geht und nicht um die Zertifizierung der Unverkäuflichkeit gegenüber dem Minister. Sie hat auch eine gewisse Gewähr, dass ein erfolgrei-

²³ Die Höhe des Betrages ist der Monopolkommission bekannt, ist aber – anders als die sonstigen Bestimmungen der Mandatsvereinbarung – vertraulich und nicht verfahrensöffentlich.

cher Abschluss von Stufe I zu einer Weiterführung des Mandats in Stufe II mit einem Erfolgshonorar für einen erfolgreichen Verkauf führen wird. Im vorliegenden Fall wusste Sal. Oppenheim, dass Holtzbrinck eigentlich nicht verkaufen wollte und möglicherweise selbst im Falle einer Verweigerung der Ministererlaubnis nicht den Tagesspiegel, sondern den Berliner Verlag verkaufen würde.

72. Zur Durchführung der ersten Phase des Verfahrens durch Sal. Oppenheim wurde der Monopolkommission von den meisten Interessenten mitgeteilt, die anfängliche Publizität des Verfahrens, auch das von Sal. Oppenheim übersandte Offer-Memorandum, entsprächen dem, was in dieser Phase eines Veräußerungsprozesses üblich sei. Die im Offer-Memorandum enthaltene Information sei grundsätzlich ausreichend, um zu entscheiden, ob man das Objekt interessant genug finde, um ein indikatives Angebot abzugeben. Einige Unternehmen kamen aufgrund dieser Information zum Schluss, der Tagesspiegel sei auf Stand-Alone-Basis nicht rentabel zu führen, und nahmen von einem indikativen Angebot Abstand, andere kamen zum entgegengesetzten Ergebnis und bekundeten ihr Interesse durch Abgabe eines indikativen Angebots.

Von den Unternehmen, die aufgrund des Offer-Memorandums Interesse an einem Erwerb des Tagesspiegels äußerten, wurde festgestellt, dass die im Offer-Memorandum enthaltenen Informationen nicht ausreichten, um einen detaillierten Unternehmensplan für den Tagesspiegel aufzustellen. Die Zahlen zu Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und zur Planung des Unternehmens seien sehr pauschal gewesen, wesentliche Parameter der Unternehmensplanung wie etwa der fünfzehnjährige Druckvertrag mit dem Axel Springer-Verlag seien nicht bekannt, schließlich sei auch nicht angegeben worden, was bisher an Maßnahmen zur Sanierung des Tagesspiegels schon versucht worden sei und was daher zu versuchen noch übrig bleibe. Aus Sicht der Monopolkommission wäre an dieser Stelle hinzuzufügen, dass auch eine Kenntnis des Mietvertrags für den Tagesspiegel und eine Kenntnis der Vernetzung des Tagesspiegels mit anderen Organen des Holtzbrinck-Konzerns erforderlich sein dürfte, um auf Grundlage der vorgelegten Zahlen eine detaillierte Planung vorzunehmen.

73. Die vorstehend genannten Informationsdefizite begründen nicht eine Kritik am Offer-Memorandum als solchem. Eine detaillierte Unternehmensplanung wird oft erst nach Abgabe des indikativen Angebots vorgenommen, etwa aufgrund der im Rahmen der due diligence ermittelten Detailinformationen. Die Informationsdefizite sind aber ein Indiz dafür, dass eine alleine auf dem Offer-Memorandum aufbauende Unternehmensplanung notwendigerweise lückenhaft sein musste.

Nach Aussage der Unternehmen, die später indikative Angebote abgegeben haben, hat Sal. Oppenheim in der Zeit zwischen dem Versand des Offer-Memorandums und dem Termin für die Abgabe von indikativen Angeboten jegliche Nachfrage nach weiteren Informationen zurückgewiesen und dies mit dem Erfordernis der Gleichbehandlung aller Bieter begründet. Ein solches Abblocken von Information sei absolut unüblich, zumal es bei der geringen Anzahl von betroffenen Unternehmen für Sal. Oppenheim nicht viel Aufwand erfordert hätte, dem Wunsch nach zusätzlicher Information entgegenzukommen.

74. Im Bericht von Sal. Oppenheim an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit werden die mit einigen indikativen Angeboten vorgelegten unternehmerischen Konzepte als „nicht realistisch“; „äußerst optimistisch“ und „nicht überzeugend“ kritisiert. Diese Kritik erscheint der Monopolkommission für die gegebene Phase des Verfahrens als unüblich und unangemessen. Wenn man schon detaillierte und belastbare unternehmerische Konzepte zum Zeitpunkt der Abgabe der indikativen Angebote erwartete, dann hätte entweder das Offer-Memorandum mehr Information enthalten müssen oder man hätte nicht die Wünsche nach zusätzlichen Informationen abblocken dürfen.

Im Übrigen lassen die der Monopolkommission vorliegenden Unterlagen nicht erkennen, wie die von Sal. Oppenheim gegebenen Bewertungen begründet werden. Die Protokolle der Detaillierungsgespräche lassen vermuten, dass Sal. Oppenheim sich weitgehend auf die entsprechenden Einschätzungen von Holtzbrinck verlassen hat. Aus den oben in Tz. 61 diskutierten Gründen sind diese jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht als verlässlich zu betrachten. Aus Sicht von Holtzbrinck muss im gegebenen Verfahrenszusammenhang alles als „äußerst optimistisch“ und „nicht überzeugend“ erscheinen, was nicht im Einklang mit dem eigenen Vortrag gegenüber dem Minister steht.

75. Von den Unternehmen, die indikative Angebote abgegeben hatten, sind vier nicht zu Detaillierungsgesprächen eingeladen worden. Im Bericht an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu diesen Unternehmen heißt es, sie hätten nur einen symbolischen Kaufpreis von 1 € oder einen negativen Kaufpreis geboten, und sie hätten eine Bestandsgarantie für den Tagesspiegel explizit ausgeschlossen oder hierzu keine Angaben gemacht. Auf Rückfrage der Monopolkommission wurde hierzu von Sal. Oppenheim in der Anhörung erklärt, nicht der Preis sei ausschlaggebend gewesen, sondern allein das Fehlen einer Bestandsgarantie.

Im Begleitschreiben zum Offer-Memorandum hatte Sal. Oppenheim die interessierten Unternehmen aufgefordert, ein etwaiges indikatives Angebot zu versehen mit einer

„Erläuterung Ihrer Vorstellungen zu einer Gewähr dafür, dass „Der Tagesspiegel“ als eigenständige Abonnement-Tageszeitung in Berlin dauerhaft erhalten wird“ und einer „Erklärung Ihrer Bereitschaft zur Akzeptanz einer entsprechenden Vertragsstrafe sowie Auskunft über deren Höhe und Absicherung durch eine Bankgarantie oder gleichwertige Sicherheiten“.

Eine weitergehende Präzisierung erfolgte zu diesem Zeitpunkt nicht. Nach Aussage der Antragstellerin hat es der Offenheit des Bieterwettbewerbs gedient, dass man Bestandsgarantie und Vertragsstrafe nicht im Vorhinein konkretisiert, sondern dies den Bietern überlassen habe.

Von Seiten betroffener Bieter wird in diesem Zusammenhang moniert, das Schreiben von Sal. Oppenheim vom 26. Mai 2003 habe in keiner Weise erkennen lassen, dass die Zusage einer Bestandsgarantie eine notwendige Bedingung für die weitere Beteiligung am Verfahren darstelle. Der Verzicht auf Detaillierungsgespräche anhand von Ausschlusskriterien, die im Vorfeld nicht offen gelegt wurden, erscheine als willkürlich.

76. Bestandsgarantie und Vertragsstrafe spielten naturgemäß auch eine wesentliche Rolle im Umgang mit den indikativen Angeboten von Bauer und Econa. Mit Verweis auf die negativen Auswirkungen einer Einstellung des Tagesspiegels auf die Berliner Zeitung wurde die von Bauer gebotene Vertragsstrafe in Höhe von 10 Mio. € zur Sicherheit der Fortführung des Tagesspiegels als zu gering bezeichnet, desgleichen die gebotene Dauer eines Zeitraums von fünf bis sieben Jahren; ferner wurde die Konkretisierung der Vorstellungen bezüglich der Höhe und der Dauer der Vertragsstrafe für fremdnütziges Handeln eingefordert. Der Verweis auf die negativen Auswirkungen einer Einstellung des Tagesspiegels auf die Berliner Zeitung erfolgte auch gegenüber Econa; auch hier wurden die gebotene Dauer von fünf Jahren und die – gegebenenfalls im Gegenzug gegen eine Reduktion des Kaufpreises in Erwägung gezogenen – Beträge als zu gering bezeichnet.

In einem Schreiben vom 16. Juni 2003 erklärte Bauer seine Bereitschaft, die Vertragsstrafe nachzubessern, bat jedoch um die kurzfristige Zuleitung von Zahlen und Annahmen, um die von Holtzbrinck gewünschte Berechnung der Vertragsstrafe auf der Grundlage der vom Axel Springer-Verlag im Falle eines Marktaustritts des Tagesspiegels zu erwartenden Gewinne vornehmen zu können. Im

Bericht von Sal. Oppenheim an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vom 23. Juni 2003 findet sich hierzu der Kommentar „mögliche Nachbesserung des Schutzes vor Stilllegung nicht betragsmäßig beziffert“. Auf Anfrage der Monopolkommission, warum man denn nicht auf die Bitte von Bauer um zusätzliche Information eingegangen sei, wurde von Sal. Oppenheim erklärt, man habe Montag, den 16. Juni 2003, als Abschlusstermin für die vor dem Bericht an den Minister zu führenden Verhandlungen gesetzt, ein Eingehen auf die Bitte von Bauer um zusätzliche Information hätte daher dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter widersprochen.

Nach Ansicht der Monopolkommission ist diese Begründung insofern befremdlich, als spätestens am 17. Juni 2003, als Econa sein Angebot zurückzog, Bauer der einzige noch zu berücksichtigende Bieter war. Noch befremdlicher ist für die Monopolkommission, dass der Bericht von Sal. Oppenheim das Fehlen einer betragsmäßigen Bezifferung rügt, ohne deutlich zu machen, dass die betragsmäßige Bezifferung vor allem deshalb fehlte, weil Holtzbrinck zu einem sehr späten Zeitpunkt völlig überraschend gefordert hatte, die Vertragsstrafe nach der Gewinnerhöhung des Axel Springer-Verlags bei Marktaustritt des Tagesspiegels zu bemessen, und die für eine Festsetzung auf dieser Bemessungsgrundlage erforderlichen Daten nicht zur Verfügung standen.

Der Vorgang weist gewisse Parallelen auf zu der oben erwähnten Kritik der aufgrund fehlender Aussagen zur Bestandsgarantie vom weiteren Verfahren ausgeschlossenen Unternehmen: im Vorhinein sind die Anforderungen an Bestandsgarantie und Vertragsstrafe nicht präzisiert worden, im Nachhinein jedoch wird gerügt, dass bestimmte Mindestanforderungen nicht erfüllt wurden, weitere Kontakte zur Präzisierung der Erwartungen sind nicht erfolgt. Die beschriebenen Abläufe passen kaum zum üblichen Bild der Investmentbank als einer Institution, die versucht, Information zu vermitteln, um einen Abschluss zustande zu bringen, wurden aber von Sal. Oppenheim mit der speziellen Konstellation im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens, insbesondere mit der vom Minister gesetzten Frist und dem Erfordernis der Gleichbehandlung aller Interessenten, begründet.

77. In der Sache ist zu kritisieren, dass, wie oben in Tz. 51 ff. ausführlich erläutert, die von Holtzbrinck genannten Kriterien für die Bemessung der Vertragsstrafe im gegebenen Kontext des Ministererlaubnisverfahrens völlig unangemessen sind. Die seither auch in der öffentlichen Diskussion geforderte Orientierung der Vertragsstrafe an den Auswirkungen einer Einstellung des Tagesspiegels auf die Gewinne des Axel Springer-Verlags²⁴ mag politisch effektiv suggerieren, es gehe bei der Ministererlaubnis um eine Auseinandersetzung Tagesspiegel versus Springer, mit den für die Ministererlaubnis maßgeblichen Gemeinwohlvorteilen jedoch hat sie nichts zu tun. Dies gilt um so mehr, als Holtzbrinck selbst für den Fall einer vorzeitigen Einstellung des Tagesspiegels *de facto* nur geringfügige Sanktionen zu erwarten hat.

78. Entsprechendes ist auch über die Kritik von Holtzbrinck und Sal. Oppenheim an den von Bauer und Econa genannten Zeiträumen von fünf bis sieben Jahren bzw. fünf Jahren für die Dauer der gebotenen Bestandsgarantie zu sagen. Diese Angebote sind nicht daran zu messen, dass Gesellschaftsvertrag und Redaktionslieferungsvertrag in der von Holtzbrinck entwickelten Stiftungslösung für mindestens zwanzig Jahre abgeschlossen werden sollen, sondern daran, dass diese Verträge im Unternehmen zwischen Holtzbrinck und der Stiftung jederzeit geändert werden können und dass auch ein jederzeit möglicher einseitiger Bruch dieser Verträge durch Holtzbrinck nur vergleichsweise geringe Konsequenzen nach sich zieht.

In der Sache erscheinen der Monopolkommission Zusagen über Bestandsdauern von fünf bis sieben Jahren im Hinblick auf das Gemeinwohlanliegen der Pressevielfalt in Berlin als angemessen. Der normale Planungshorizont eines Erwerbers dürfte die ersten drei Jahre nach dem Erwerb erfassen.

²⁴ Vgl. „In eigener Sache“, Tagesspiegel vom 1. August 2003.

Jegliche weitergehende Planung ist mit großer Unsicherheit behaftet. Insofern bedeutet eine Zusage von fünf bis sieben Jahren schon ein bemerkenswertes Engagement. Jenseits dieses Zeitraums ist die Planungsunsicherheit so groß, dass verlässliche Zusagen kaum gegeben werden können. Da kann es dann wichtiger sein, man ist von der Solidität und dem unternehmerischen Engagement eines Käufers überzeugt, als dass man bestimmte Fristen festschreiben lässt, von denen nicht abzusehen ist, ob sie am Ende nur auf dem Papier stehen.

79. Hier steht die Frage im Raum, wie das Angebot des Bauer-Verlags letztlich zu beurteilen ist. Von Holtzbrinck und Sal. Oppenheim ist geltend gemacht worden, das unternehmerische Konzept von Bauer sei nicht ausgearbeitet. Im Übrigen besteht der Verdacht, es gehe Bauer nur darum, das Ministererlaubnisverfahren zu stören, schließlich hat Bauer beim Verkauf des Berliner Verlags durch Gruner + Jahr das Nachsehen gehabt und könnte sich Hoffnung machen, beim Berliner Verlag doch noch zum Zuge zu kommen, wenn der Zusammenschluss von Holtzbrinck mit dem Berliner Verlag nicht genehmigt werde sollte.

Die Vorbehalte gegenüber dem Angebot von Bauer hält die Monopolkommission jedoch nicht für ausschlaggebend. Wenn eine Unternehmerpersönlichkeit für ein Unternehmen 20 Mio. € als Kaufpreis bietet und darüber hinaus – bei persönlicher Haftung! – 10 Mio. € als Vertragsstrafe für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Engagements, so kann man ein solches Angebot nicht einfach als unseriös abtun. Natürlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bauer mit seinem Angebot Hintergedanken bezüglich der Berliner Zeitung verbindet. Er muss aber damit rechnen, dass er mit seinem Angebot für den Tagesspiegel beim Wort genommen wird und dass er sich nicht ohne schwerwiegenden Reputationsverlust von diesem Angebot zurückziehen kann. Insofern steht für Bauer ein Betrag von 30 Mio. € auf dem Spiel. Die Bereitschaft, diesen Betrag aufs Spiel zu setzen, ist als Beleg unternehmerischer Absichten ernst zu nehmen.

80. Das unternehmerische Konzept von Bauer lässt viele Fragen offen. In diesem Punkt stimmt die Monopolkommission der Beurteilung durch Holtzbrinck und Sal. Oppenheim zu. Sie merkt aber dazu an, dass Bauer selbst die Lückenhaftigkeit des vorgelegten Konzepts einräumt und damit begründet, dass die verfügbare Information über den Tagesspiegel die Formulierung eines detaillierten und belastbaren unternehmerischen Konzeptes nicht zulasse.

Die Monopolkommission sieht hierin keinen Grund, die Seriosität des Angebots von Bauer infrage zu stellen. Zur Marktwirtschaft gehört es, dass die verschiedenen Unternehmer jeweils ihre eigenen Ziele verfolgen, ohne dass diese der Beurteilung durch Dritte unterliegen. Im vorliegenden Fall äußert Holtzbrinck die Ansicht, der Tagesspiegel sei auf Stand-Alone-Basis nicht dauerhaft wirtschaftlich zu führen. Etliche angesprochene Unternehmen haben dieselbe Ansicht geäußert, andere haben diesem Urteil nicht zugestimmt und eigene Angebote gemacht. Es steht weder der Monopolkommission noch dem Minister zu, die Qualität der unternehmerischen Pläne im Einzelnen zu beurteilen. Hier genügt der Umstand, dass ein Unternehmer bereit ist, aus eigenen Mitteln 20 Mio. € als Kaufpreis für den Tagesspiegel zu bieten und weitere 10 Mio. € als Vertragsstrafe für den Fall der vorzeitigen Einstellung des Tagesspiegels in Aussicht zu stellen. Ein solches Engagement auf eigenes Risiko geht ein Unternehmer nicht ein, wenn er nicht bereit ist, das Projekt soweit irgend möglich zum Erfolg zu führen.

81. Zum Angebot von Bauer merkt Sal. Oppenheim in seinem Bericht an den Minister an, die Grundlagen der Kaufpreisermittlung seien nicht nachvollziehbar, daher bestehe erfahrungsgemäß eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Relativierung nach unten. Der Sinn dieser Anmerkung hat sich der Monopolkommission nicht erschlossen. Wenn jemand 20 Mio. € für den Tagesspiegel bietet, so kann dem Verkäufer eigentlich egal sein, wie die Höhe des Gebots ermittelt wurde. Besteht die Be-

fürchtung, dass der Bieter sein Angebot in einer späteren Phase der Verhandlung, etwa nach der due diligence, reduziert, so käme es immer noch auf einen Versuch an. Ein Abbrechen eines Veräußerungsverfahrens aus Furcht davor, dass der beste Bieter sein Angebot im weiteren Verlauf der Verhandlung reduzieren könnte, ist für die Monopolkommission nur schwer nachzuvollziehen.

Dies gilt um so mehr, als Holtzbrinck gegenüber Econa den von Econa für den Tagesspiegel gebotenen Kaufpreis von 4 Mio. € als zu niedrig bezeichnete; soweit die Monopolkommission ermitteln konnte, lag dies daran, dass der von Bauer gebotene Preis deutlich höher lag. Das Angebot von Econa wurde später zurückgezogen, weil man sich angesichts des in der Presse kolportierten Gebots von Bauer im laufenden Verfahren keine Chancen mehr ausrechnete; wenn wirklich Zweifel an der Nachhaltigkeit des von Bauer gemachten Gebots vorlagen, so wäre es für Sal. Oppenheim bzw. Holtzbrinck ohne weiteres möglich gewesen, den Rückzugsgrund von Econa als Ergebnis eines Missverständnisses zu erklären und die Verhandlung mit Econa wieder aufzunehmen.

82. Ob ein Wirtschaftsgut verkäuflich ist, hängt letztlich von den Preisvorstellungen der Veräußerers und des Erwerbsinteressenten ab. Im Falle des Tagesspiegels – sieht man einmal von den durch das Ministerium initiierten und durch das Verfahren in den Vordergrund gestellten Nebenbedingungen ab – wäre ein symbolischer Kaufpreis von 1 € oder sogar ein negativer Kaufpreis kein Grund für eine Verhinderung der Akquisition. Wenn dem Verkäufer eines Unternehmens mit dauerhafter Verlustsituation als Alternative zum Verkauf nur der Marktaustritt zur Verfügung steht, dann dürfte für ihn die Veräußerung (mit Übergang aller bestehenden finanziellen Verpflichtungen auf den Käufer) aus betriebswirtschaftlicher Sicht auch ohne positiven Verkaufserlös die bessere Lösung sein. Im Falle des Tagesspiegels wurde von Stilllegungskosten in zweistelliger Millionenhöhe gesprochen. Insofern – und in Anbetracht der von Holtzbrinck behaupteten Unvermeidlichkeit der bestehenden Verluste auf Stand-Alone-Basis sind die getätigten Gebote von Bauer und Econa als bemerkenswert hoch zu bezeichnen. Selbst der von Sal. Oppenheim als „symbolisch“ bezeichnete Kaufpreis von 1 €, der von der Süddeutschen Zeitung und der Südwestdeutschen Medien Holding GmbH geboten wurde, ist nicht als belanglos abzutun.

83. Im Schreiben vom 3. Juli 2003 von Sal. Oppenheim an den Minister heißt es, eine endgültige Stellungnahme zur Veräußerbarkeit des Tagesspiegels sei zum derzeitigen Projektstand nicht möglich. Dafür wäre gegebenenfalls eine Fortsetzung des Verfahrens erforderlich. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Sie merkt ferner dazu an, dass die vorliegenden indikativen Angebote, insbesondere das indikative Angebot von Bauer, vermuten lassen, dass der Tagesspiegel unter den vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gestellten Anforderungen verkäuflich ist. Dieser vorläufige Befund ist ihres Erachtens um so bedeutsamer, als Holtzbrinck viele Möglichkeiten hatte, ihr Interesse an einem negativen Ergebnis des Verkaufsversuchs in das Verfahren einzubringen. Etwaige Interessenten dürften schon durch den Umstand abgeschreckt worden sein, dass zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens klargemacht wurde, ob Holtzbrinck gegebenenfalls wirklich zu einem Verkauf des Tagesspiegels bereit wäre.

VI. Unzulässigkeit der Stiftungslösung als Verstoß gegen das Verbot laufender Verhaltenskontrollen

84. Die in Kapitel IV.2.2 dieses Gutachtens vorgetragene Analyse der für den Tagesspiegel vorgeschlagenen Stiftungslösung kommt zu dem Ergebnis, dass die vertragliche Ausgestaltung verschiedene Möglichkeiten offen lässt, um gegebenenfalls von dem zugesagten Verhalten einer Weiterführung des Tagesspiegels als regionaler Qualitätszeitung mit überregionaler Ausstrahlung abzuweichen, ohne dass erhebliche Sanktionen befürchtet werden müssten. Aus dieser Analyse der Stiftungslösung ergaben sich wesentliche Anhaltspunkte zur Beurteilung der Erfordernisse von Bestandsgarantie und Vertragsstrafe in dem von Sal. Oppenheim im Auftrag von Holtzbrinck initiierten Veräußerungsverfahren.

In diesem Zusammenhang wird die Antragstellerin möglicherweise Nachbesserungen der Stiftungslösung vorschlagen. Zu denken wäre an zusätzliche Regeln zur Verhinderung einer einvernehmlichen Neuaushandlung von Gesellschaftsvertrag und Redaktionslieferungsvertrag durch die vorgesehene Stiftung und Holtzbrinck oder an die Einführung zusätzlicher Sanktionen bei Nichterfüllung des Redaktionslieferungsvertrags durch Holtzbrinck. Der Logik der in Kap. IV.2 dieses Gutachtens angestellten Überlegungen könnte es z.B. entsprechen, wenn unter den für einen Ausschluss von Holtzbrinck aus der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft genannten Bedingungen nicht nur die Option auf Titelrecht und Abo-Stamm ausgeübt werden könnte, sondern darüber hinaus eine Vertragsstrafe als Ausgleich für die mit dem Ausscheiden des Tagesspiegels verbundene Beeinträchtigung des Gemeinwohlanliegens der Pressevielfalt in Berlin vorgesehen würde.

85. Die Monopolkommission steht solchen Nachbesserungen kritisch gegenüber. Die in Kap. IV.2.2 dieses Gutachtens vorgetragene Analyse ist *nicht* als Aufforderung zu einer Nachbesserung der Stiftungslösung zu verstehen, sondern ausschließlich als Hinweis darauf, dass potentiellen Erwerbern des Tagesspiegels im Hinblick auf das Gemeinwohlanliegen der Wahrung der Pressevielfalt in Berlin durch Erhalt des Tagesspiegels als selbständiger Zeitung nicht mehr abverlangt werden darf, als *de facto* für Holtzbrinck selbst zur Diskussion steht.

Im Übrigen bekräftigt die Monopolkommission die in ihrer Stellungnahme vom April 2003 enthaltene Einschätzung, die vorgeschlagene Stiftungslösung – mit Nachbesserungen ebenso wie ohne – sei kein zulässiger Gegenstand einer Auflage in Verbindung mit einer Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens. Nach Auffassung der Monopolkommission erfordert die Stiftungslösung die Unterstellung der Unternehmen unter eine laufende Verhaltenskontrolle und darf daher gemäß § 42 Abs. 2 GWB i.V.m. § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht zum Gegenstand einer Auflage gemacht werden.

86. Der in der Stiftungslösung vorgesehene Redaktionslieferungsvertrag hat zum Ziel, die Pressevielfalt in Berlin sicherzustellen durch

- (a) eine langfristige wirtschaftliche Absicherung der Redaktion des Tagesspiegels,
- (b) eine Verpflichtung zur Abnahme, Veröffentlichung und Bezahlung des gelieferten redaktionellen Inhalts durch die Medienbetriebsgesellschaft und
- (c) die Erstellung eines Anpassungssystems, um die Leistungserstellung auch zukünftig abzusichern.

Gegenstand des Vertrags sind eine Verpflichtung der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft zur Lieferung des redaktionellen Inhalts des Tagesspiegels auf dem einem hohen publizistischen Niveau entsprechenden Qualitätsstandard und eine Verpflichtung der Medienbetriebsgesellschaft zur Abnahme des von der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft hergestellten redaktionellen Inhalts des Ta-

gesspiegels gegen Vergütung in Verbindung mit einem Verbot des Bezugs redaktioneller Inhalte für den Tagesspiegel von anderen Quellen als der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft. Im Einzelnen werden im Vertrag der Lieferumfang des redaktionellen Inhalts, die Ausstattung der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft und die Vergütung für Redaktion und Stiftung fixiert. Für die Vergütung der Redaktion wird ein Ausgangsniveau anhand der Größen für das Jahr 2002 festgesetzt, ferner ein Mechanismus für jährliche Anpassungen unter Berücksichtigung von Änderungen tarifvertraglicher Regelungen, Änderungen im Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte und Marktveränderungen.

87. Die Einrichtung der Stiftung und die Stellung der Stiftung in der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft soll sicherstellen, dass der Redaktionslieferungsvertrag eingehalten wird. Zu diesem Zweck erhält die Stiftung das Recht, Holtzbrinck aus der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft auszuschließen und die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft zur Ausübung der Option auf Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels zu bestimmen, wenn entweder gegen den Gesellschaftsvertrag der Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft verstoßen wird, z.B. indem die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft ganz oder teilweise redaktionellen Inhalt für die Berliner Zeitung liefert, oder gegen den Redaktionslieferungsvertrag verstoßen wird, indem die Medienbetriebsgesellschaft die vertraglich vorgesehene Vergütung für die Lieferung redaktionellen Inhalts des Tagesspiegels nicht bezahlt oder im Tagesspiegel redaktionellen Inhalt verwendet, der von der Berliner Zeitung geliefert wird.²⁵

88. In dieser Konstruktion wird ein laufendes Verhalten fixiert. Bei Einhaltung des Redaktionslieferungsvertrags ergibt sich für insgesamt mindestens zwanzig Jahre, welche Zahlungen die Medienbetriebsgesellschaft Jahr für Jahr an die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft zu leisten hat. Die Option der Redaktionsgesellschaft auf Titelrecht und Abo-Stamm sowie die Stellung der Stiftung in der Redaktionsgesellschaft sollen sicherstellen, dass dieses Verhalten tatsächlich erfolgt. Die Stiftung übernimmt die Aufgabe, die Übereinstimmung des tatsächlichen Verhaltens mit dem vertraglich vorgesehenen Verhalten laufend zu kontrollieren.

89. Die Monopolkommission hält diese Konstruktion für unvereinbar mit der gesetzlichen Bestimmung, dass die mit der Freigabe eines Unternehmenszusammenschlusses verbundenen Auflagen und Bedingungen sich nicht darauf richten dürfen, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterziehen. Dass die Kontrolle des erwünschten Verhaltens in diesem Fall nicht durch die Kartellbehörde, sondern durch die vorgesehene Stiftung erfolgt, ist nach Auffassung der Monopolkommission unerheblich.

Im Übrigen setzt das Funktionieren des Kontrollmechanismus ein bestimmtes Verhalten der Stiftung voraus. Dass das Stiftungskuratorium sich so verhält, wie von ihm erwartet und wie es durch den Stiftungszweck vorgegeben ist, kann insbesondere in Anbetracht des vorgesehenen langen Zeitraums nicht ohne weiteres unterstellt werden. Wie in Kap. IV.2.2 dieses Gutachtens ausgeführt wird, ist durchaus mit der Möglichkeit zu rechnen, dass das Stiftungskuratorium einer Neuaushandlung der Verträge zustimmt, wenn Holtzbrinck zu gegebener Zeit deutlich machen sollte, dass als Alternative nur eine Einstellung der Leistungen der Medienbetriebsgesellschaft und damit die Aufhebung der Stiftungslösung mit Veräußerung von Titelrecht und Abo-Stamm des Tagesspiegels, möglicherweise an Holtzbrinck selbst, infrage kommt. Um sicherzustellen, dass die Stiftung die vorgesehene Kontrollfunktion übernimmt, bräuchte man eine hoheitliche Überwachung, in diesem

²⁵ Die Verwendung redaktioneller Inhalte, die von anderen Einheiten des Holtzbrinck-Konzerns geliefert werden, möglicherweise sogar an Tagesspiegel und Berliner Zeitung gleichzeitig geliefert werden, ist offenbar nicht ausgeschlossen, desgleichen auch nicht die Möglichkeit, dass eine neue Einheit des Holtzbrinck-Konzerns gegründet wird, um Tagesspiegel und Berliner Zeitung gemeinsam mit redaktionellen Inhalten zu beliefern, wenn dies zu gegebener Zeit als wirtschaftlich notwendig erachtet werden sollte.

Fall die Stiftungsaufsicht. Das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB bezieht sich nicht nur auf eine Verhaltenskontrolle durch Kartellbehörden, sondern auf jede Art von Verhaltenskontrolle, und sei es auch durch die Stiftungsaufsicht.

Im Ergebnis ist die Stiftungslösung nach Auffassung der Monopolkommission auf kartellrechtlich unzulässige Weise auf eine laufende Verhaltenskontrolle gerichtet.

90. Die Monopolkommission nimmt die aktuelle Diskussion zum Anlass für eine grundsätzliche Bemerkung zur Umgehung des Verbots von Verhaltensaufgaben durch strukturbegründende privatrechtliche Verträge und gesellschaftsrechtliche Konstruktionen. Die Übernahme von Elementen eines zukünftigen laufenden Verhaltens in einen privatrechtlichen Vertrag bewirkt letztlich nur eine Formalisierung der Verhaltenssteuerung, deren Einhaltung von den Parteien kontrolliert und durch privatrechtliche Sanktionen durchgesetzt werden muss. Anders als bei Strukturaufgaben im eigentlichen Sinn, z.B. Entflechtungen durch Beteiligungsveräußerungen, folgt aus der vertraglichen Formalisierung des Verhaltens als scheinbarer Strukturaufgabe keine Veränderung der zugrunde liegenden unternehmerischen Interessenlage. Würde man solche privatrechtlichen Konstruktionen als strukturbegründend im Sinne der dem Gesetz zugrunde liegenden Unterscheidung von Struktur- und Verhaltensaufgaben anerkennen, so würde der Zweck des Gesetzes in der Substanz unterlaufen, denn letztlich könnte man jedes unternehmerische Verhalten zum Gegenstand eines Systems von privatrechtlichen Vereinbarungen machen. Damit würde die Grundlage für die vom Gesetzgeber intendierte Differenzierung entfallen, nach welcher bei der Freigabe eines Zusammenschlusses Verhaltensaufgaben (die Eingriffe in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit darstellen) verboten, Strukturaufgaben (die Veränderungen der unternehmerischen Interessenlage bewirken) dagegen erlaubt sind.

91. Der vorstehend beschriebene Konflikt zwischen der vorgeschlagenen Stiftungslösung und dem gesetzlichen Verbot von Verhaltensaufgaben belegt ein tieferes Problem der beantragten Ministererlaubnis. Als Gemeinwohlvorteil wird die Wahrung der Pressevielfalt in Berlin genannt. Gegenstand der beantragten Ministererlaubnis ist aber nicht die Pressevielfalt als solche, sondern die unternehmerische Verbindung von Tagesspiegel und Berliner Verlag. Der behauptete Zusammenhang zwischen dem Gegenstand der Ministererlaubnis und dem Gemeinwohlvorteil ist nicht selbstverständlich, sondern erschließt sich erst aus den Ausführungen der Antragstellerin über die voraussichtliche zukünftige Entwicklung des Tagesspiegels bei Versagen der Ministererlaubnis und aus den Zusagen der Antragstellerin über ihr eigenes zukünftiges Verhalten bei Erteilung der Ministererlaubnis. Die Zusage der Antragstellerin über das eigene zukünftige Verhalten im Falle der Erteilung der Ministererlaubnis ist somit ein wesentliches Glied in der Argumentationskette, durch die ein Zusammenhang zwischen Ministererlaubnis und Gemeinwohlvorteil konstruiert wird. Entfällt dieses Glied, so wird fraglich, warum die Genehmigung des beantragten Zusammenschlusses überhaupt von nennenswerter Bedeutung für das Gemeinwohlanliegen der Pressevielfalt in Berlin sein soll. Der Umstand, dass das von der Antragstellerin zugesagte Verhalten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht durch entsprechende Auflagen abgesichert werden darf, stellt daher die Grundlage des Ministererlaubnisanspruchs überhaupt infrage.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und weiterführende Überlegungen

92. Die Monopolkommission ist einstimmig der Auffassung, dass das durchgeführte Verkaufsverfahren den Nachweis der Unverkäuflichkeit des Tagesspiegel nicht erbracht hat. Der Gang des Veräußerungsverfahrens lässt vielmehr den Schluss zu, dass es bei einer Fortführung mit hoher Wahrscheinlichkeit möglich gewesen wäre – und auch heute noch möglich wäre –, einen Käufer für den Tagesspiegel zu finden, der eine klare Gewähr für den Fortbestand dieser Zeitung als Beitrag zur Vielfalt des Presseangebots in Berlin bieten würde. Ein endgültiger Befund kann, wie Sal. Oppenheim in seinem Schreiben vom 3. Juli festgestellt hat, erst fixiert werden, wenn das Verkaufsverfahren abgeschlossen ist. Sicher ist aber der Nachweis der Unverkäuflichkeit unter den durch das Ministererlaubnisverfahren gesetzten Rahmenbedingungen zum derzeitigen Zeitpunkt nicht erbracht.

Dieser Befund ist um so bemerkenswerter, als die Nachträglichkeit des Verfahrens und die durch den Auftrag des Ministers von 8. Mai 2003 gegebenen Einflussmöglichkeiten von Holtzbrinck auf das Verfahren dazu angetan waren, das Verfahrensergebnis zugunsten einer Feststellung der Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels zu verzerren. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu erwähnen, dass Sal. Oppenheim, die eingeschaltete Investmentbank, nicht etwa als sachverständiger Drittgutachter im Auftrag des Ministers, sondern als Beauftragter von Holtzbrinck tätig war und dass die zwischen Sal. Oppenheim und Holtzbrinck geschlossene Mandatsvereinbarung in ihrer Struktur der Investmentbank wenig Anreize gab, sehr aktiv auf einen Verkauf des Tagesspiegels hinzuarbeiten.

Die Folgen des Umstands, dass der Nachweis der Unverkäuflichkeit nicht erbracht wurde, sind von der Antragstellerin zu tragen. Dieser hätte es obliegen, schon im Vorfeld des Ministererlaubnisverfahrens zu prüfen, ob nicht doch möglicherweise ein anderes Unternehmen bereit sei, den Tagesspiegel zu kaufen und auf eigene Rechnung weiterzuführen, und gegebenenfalls das Ergebnis dieser Versuche im Rahmen des Antrags auf Erteilung der Ministererlaubnis zu dokumentieren. Dass die Antragstellerin dies versäumt hat, muss sie im Rahmen des Verfahrens gegen sich gelten lassen.

93. Die Monopolkommission hält daher die Empfehlung aufrecht, die sie bereits in ihrer ersten Stellungnahme zu diesem Ministererlaubnisfall im April 2003 abgegeben hat.²⁶ Sie empfiehlt dem Bundeswirtschaftsminister, den beantragten Zusammenschluss abzulehnen und auch nicht unter Auflagen zu genehmigen.

Die Monopolkommission hält die durch das Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Abonnement-Tageszeitungen in Berlin für bedeutsam. Der Zusammenschluss ist geeignet, den Zusammenschlussparteien vom Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielräume zu eröffnen oder zu erweitern. Als besonders störend empfindet sie dabei den Umstand, dass die durch den Zusammenschluss bewirkte Minderung der Anreize für die Berliner Zeitung, in Westberlin Wettbewerb gegen den Tagesspiegel zu machen, aller Voraussicht nach zu einer verstärkten Ausbeutung der in Ostberlin bestehenden Marktmacht führt und die Situation des Tagesspiegels erleichtert, sei es durch unmittelbare Quersubventionierung, sei es durch Entfallen des Wettbewerbsdrucks der Berliner Zeitung im Berliner Westen als dem hauptsächlichlichen Absatzgebiet des Tagesspiegels.

Von den Ausführungen der Antragstellerin zu den Gemeinwohlgründen für eine Ministererlaubnis ist die Monopolkommission nach wie vor nicht überzeugt. Diese Einschätzung betrifft sowohl die durch den Zusammenschluss angestrebte Arbeitsplatzsicherung als auch das Anliegen, durch einen Erhalt des Tagesspiegels zur Pressevielfalt auf den Berliner Zeitungsmärkten beizutragen. Im Übrigen gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass der Zusammenschluss und die von ihm ge-

²⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, a.a.O., Tz. 161 ff.

schaffene Marktstruktur, wie ausgeführt, Raum für eine Umverteilung von Ost nach West, von den Kunden der Berliner Zeitung im Berliner Osten zum Tagesspiegel und seinen Kunden im Berliner Westen schaffen, die im Rahmen des Prozesses der deutschen Vereinigung nur dann als Interesse der „Allgemeinheit“ auszugeben ist, wenn man im Umgang mit diesem Ausdruck von vornherein auf eine westliche „Allgemeinheit“ abstellt.

94. Den von der Antragstellerin geltend gemachten Beitrag des Zusammenschlusses zum Erhalt des Tagesspiegels und – über den Erhalt des Tagesspiegels – zur Wahrung der Vielfalt im Berliner Presseangebot hält die Monopolkommission nach wie vor nicht für überzeugend. Die seit April neu hinzugekommenen Informationen – einschließlich der Reaktionen der Antragstellerin auf die erste Stellungnahme der Monopolkommission – haben die Monopolkommission nicht zu einer Revision ihrer Einschätzung veranlassen können, wonach bislang nicht überzeugend dargelegt worden ist, dass beim Tagesspiegel tatsächlich schon alle möglichen Rationalisierungspotentiale ausgeschöpft sind. Die Ergebnisse des von Sal. Oppenheim im Auftrag von Holtzbrinck durchgeführten Verkaufsversuchs betrachtet die Monopolkommission überwiegend als Bestätigung ihrer im April geäußerten Meinung, die Möglichkeit einer Veräußerung des Tagesspiegels an einen Dritten als wettbewerblich weniger schädliche Alternative zum Zusammenschluss sei als durchaus wahrscheinlich zu betrachten.

Nach Auffassung der Monopolkommission fehlt es daher am Nachweis der Erforderlichkeit des Zusammenschlusses für das angestrebte Gemeinwohlziel der Förderung der Pressevielfalt in Berlin durch Erhalt des Tagesspiegels. Es wäre aber Aufgabe der Antragstellerin gewesen, die Erforderlichkeit nachzuweisen und im Einzelnen zu zeigen, dass das angestrebte Gemeinwohlziel nicht durch wettbewerblich weniger schädliche Mittel erreicht werden könnte.

In Anbetracht dessen, dass die Wettbewerbsbeschränkung als erheblich anzusehen ist, ein Gemeinwohlvorteil aber nicht nachgewiesen wurde, erübrigt sich eine Gewichtung von Wettbewerbsbeschränkung und Gemeinwohlvorteil. Nach Auffassung der Monopolkommission ist der Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis abzulehnen.

95. Zu einer positiven Einschätzung der Möglichkeit, dass der Tagesspiegel von einem anderen Unternehmen als selbständige Tageszeitung in Berlin weitergeführt werden könnte, gibt insbesondere das vom Bauer-Verlag vorgelegte indikative Angebot Anlass. Dieses Angebot dokumentiert eine erhebliche Bereitschaft zu finanziellem und unternehmerischem Engagement. In Ermangelung einer Prüfung durch weitere Verhandlungen ist dieses Engagement ernst zu nehmen und nicht mit dem pauschalen Verweis auf die Unglaubwürdigkeit und den mangelnden Realismus des von Bauer vorgelegten Sanierungskonzepts abzutun.²⁷ Abgesehen davon, dass die den Bietern vorliegenden Informationen – wie in der Frühphase solcher Verkaufsverfahren üblich – für belastbare Detailplanungen nicht ausreichen, ist eine solche Qualifizierung problematisch, wenn sie vom bisherigen Besitzer kommt, der selbst behauptet, eine Sanierung auf Stand-Alone-Basis sei überhaupt nicht möglich und deshalb erfordere das Gemeinwohl, dass er das in der Ministererlaubnis enthaltene Privileg bekomme. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Bereitschaft eines wirtschaftlich sehr erfolgreichen Unternehmers zum Aufwand eines zweistelligen Millionenbetrags für sich schon ein Beleg dafür, dass ein sehr ernsthaftes unternehmerisches Engagement zu erwarten ist.

96. Die von Sal. Oppenheim und Holtzbrinck erhobenen Einwände gegen die von den verschiedenen Bietern genannten Bestandsgarantien für den Tagesspiegel und die zur Sicherung dieser Bestandsgarantien angebotenen Vertragsstrafen sind nach Auffassung der Monopolkommission in mehrfacher Hinsicht unberechtigt. Zum einen stehen die geforderten Bestandsgarantien und Ver-

²⁷ Vgl. „In eigener Sache“, Tagesspiegel vom 1. August 2003.

tragsstrafen in keinem Verhältnis zu dem, was Holtzbrinck selbst im Rahmen der sog. Stiftungslösung anbietet. Die zwanzigjährige Laufzeit der für die Stiftungslösung vorgesehenen Verträge ist nicht automatisch mit einer zwanzigjährigen Bestandsgarantie für den Tagesspiegel gleichzusetzen. Vertragsänderungen im Einvernehmen zwischen Holtzbrinck und der Stiftung sind jederzeit ohne jegliche Sanktionen möglich. Auch die für einseitige Vertragsverletzungen durch Holtzbrinck vorgesehenen Sanktionen stehen in keinem Verhältnis zu den von anderen Bietern für den Fall einer Einstellung des Tagesspiegels geforderten Vertragsstrafen; dabei ist zu bedenken, dass schon die Drohung mit einer einseitigen Vertragsverletzung die Stiftung dazu bewegen kann, einer einvernehmlichen Vertragsänderung zuzustimmen, um „Schlimmeres“ zu verhindern.

97. Zum anderen sind die von Holtzbrinck genannten Maßstäbe für die Festsetzung von Vertragsstrafen unangemessen. Nach Auffassung der Monopolkommission haben die Bestandsgarantie und die zu Absicherung der Bestandsgarantie vorgesehenen Vertragsstrafen ausschließlich dem Gemeinwohlanliegen eines Erhalts des Tagesspiegels als Beitrag zur Pressevielfalt in Berlin zu dienen. Einzelwirtschaftliche Interessen der Antragstellerin dürfen dabei keine Rolle spielen; für diese wäre die Situation bei Nichterteilung der Ministererlaubnis als Referenzpunkt anzusehen, eine Situation, für die sie selbst die Einstellung des Tagesspiegels angekündigt hat. Für die Bemessung der Vertragsstrafe darf daher das von der Antragstellerin im Verkaufsverfahren geltend gemachte Anliegen eines Schutzes der Berliner Zeitung vor etwaigen negativen Rückwirkungen bei einer Einstellung des Tagesspiegels keine Rolle spielen; wenn es sie denn überhaupt geben sollte, würden diese negativen Rückwirkungen schon eintreten, wenn die Antragstellerin selbst bei Nichterteilung der Ministererlaubnis den Tagesspiegel, wie angekündigt, einstellte.

98. Die von der Antragstellerin im Verfahren ebenfalls geltend gemachte Vorstellung, dass die Vertragsstrafe dem Kapitalwert der zusätzlichen Gewinne entsprechen müsste, die der Axel Springer-Verlag im Falle einer Einstellung des Tagesspiegels erwarten könnte, entbehrt nach Auffassung der Monopolkommission jeder Grundlage. Nach dem Vortrag der Antragstellerin soll dieser Maßstab dem Gemeinwohlaspekt einer möglichen Einstellung des Tagesspiegels Rechnung tragen. Für die Monopolkommission ist nicht ersichtlich, warum das Gemeinwohlanliegen am Erhalt der Pressevielfalt anhand der Geschäftszahlen des Axel Springer-Verlags oder irgendwelchen anderen betriebswirtschaftlichen Größen dieses oder anderer Verlage bewertet werden sollte. Pressevielfalt ist ein Anliegen der Nutzer und ein Anliegen des Gemeinwesens insgesamt. Eine Vertragsstrafe für den Fall einer Einstellung des Tagesspiegels müsste sich danach bemessen, wie die Beeinträchtigung der Pressevielfalt durch ein etwaiges Ausscheiden des Tagesspiegels aus dem Markt zu bewerten ist.

Es hat zwar in Deutschland verschiedentlich allgemeinpolitische Diskussionen um Einfluss und Ausrichtung dieses oder jenes Verlags gegeben, insbesondere auch über den Einfluss und die Ausrichtung der „Springer-Presse“, doch ist zwischen solchen Diskussionen und dem Umgang mit dem Gemeinwohlanliegen am Erhalt der Pressevielfalt deutlich zu trennen. Der Umgang mit dem Gemeinwohlanliegen an Pressevielfalt im Ministererlaubnisverfahren darf nicht davon abhängen, ob der Antragsteller Holtzbrinck heißt oder Springer, ob es um den Tagesspiegel geht oder um die Morgenpost, um eine Abonnement-Zeitung oder ein Boulevardblatt.

99. Die vorgeschlagene Stiftungslösung zur Absicherung der redaktionellen Selbständigkeit des Tagesspiegels erfordert nach Auffassung der Monopolkommission eine laufende Verhaltenskontrolle. Es wäre daher kartellrechtlich unzulässig, die Stiftungslösung als Auflage in der Ministererlaubnis vorzusehen.

Diese Kritik betrifft einen Kernpunkt des Verfahrens: Der von der Antragstellerin behauptete Zusammenhang zwischen der Genehmigung der Fusion und der Förderung der Pressevielfalt in Berlin erschließt sich nicht von selbst, sondern erfordert zusätzliche Ausführungen, insbesondere die Zusage der Antragstellerin, sie werde trotz der Vereinigung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über Tagesspiegel und Berliner Zeitung in einem Unternehmen die beiden Zeitungen redaktionell selbstständig führen. Diese Zusage eines laufenden Verhaltens darf nicht zum Gegenstand einer Auflage gemacht werden, auch nicht in Form von privatrechtlichen Konstruktionen, durch die die laufende Verhaltenskontrolle auf Dritte übertragen wird. Ohne diese Zusage jedoch fehlt ein notwendiges Glied in der Argumentationskette, die den Zusammenhang zwischen der Genehmigung des Zusammenschlusses und der Förderung der Pressevielfalt in Berlin herstellen soll.

100. Die Schwierigkeit, den Zusammenhang zwischen der Einzelfallentscheidung über den beantragten Zusammenschluss und dem Gemeinwohlinteresse an Pressevielfalt herzustellen, liegt in der Natur der Sache begründet. „Pressevielfalt“ ist ein Abstraktum, das die Konstitution des Pressewesens insgesamt betrifft und sich nicht an dieser oder jener Zeitung festmachen lässt. Staatliche Versuche, die Pressevielfalt durch Entscheidungen über einzelne Zeitungen zu fördern, sind schon aus diesem Grund skeptisch zu sehen. Darüber hinaus steht bei solchen Versuchen immer die Gefahr von Verletzungen des Zensurverbots und der Neutralitätspflicht des Staates im Raum. Staatliche Förderung von Pressevielfalt sollte weitgehend von Einzelfallentscheidungen absehen und sich auf die Festlegung angemessener Rahmenbedingungen konzentrieren.

Die bisher für das Pressewesen geltenden Rahmenbedingungen beruhen auf der Vorstellung, dass Pressevielfalt vor allem durch wirtschaftliche Selbständigkeit der im Wettbewerb miteinander stehenden Anbieter von Presseprodukten gesichert wird. Der besonderen Bedeutung der Pressevielfalt wird dadurch Rechnung getragen, dass für die Pressefusionskontrolle schärfere Eingreifkriterien vorgesehen sind als für die allgemeine Fusionskontrolle. Offensichtlich betrachtete der Gesetzgeber die wirtschaftliche Konzentration im Pressewesen als große Gefahr für die Pressevielfalt.

101. Der von der Antragstellerin vorgeschlagenen Stiftungslösung für den Tagesspiegel liegt ein grundsätzlich anderes Verständnis von den für die Sicherung von Pressevielfalt geeigneten Mechanismen zugrunde. Danach kann auf die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen Organe verzichtet werden, wenn nur die Binnenstrukturen der Pressekonzerne genügend Kautelen zur Absicherung redaktioneller Selbständigkeit aufweisen. Die Analyse der für die Stiftungslösung vorgesehenen Verträge lässt vermuten, dass eine verlässliche Absicherung redaktioneller Selbständigkeit bei wirtschaftlicher Abhängigkeit vielleicht doch nicht so einfach zu erreichen ist, wie die Antragstellerin glauben machen möchte. Davon abgesehen hält die Monopolkommission es für problematisch, wenn eine derart grundsätzliche Abkehr von dem in Gesetzgebung und Rechtsprechung überkommenen Leitbild der Sicherung von Pressevielfalt durch wirtschaftliche Selbständigkeit und Wettbewerb nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch den Minister in einer Einzelfallentscheidung vorgenommen wird.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Ministers in diesem Einzelfall erhebliche Präzedenzwirkungen entfalten kann. Angesichts der Strukturprobleme im Zeitungssektor ist damit zu rechnen, dass bei Erteilung der Ministererlaubnis das Beispiel von Holtzbrinck und dem Berliner Verlag Nachahmer finden wird. Das Konzept, durch eine Fusion kostenseitige Synergien und marktmachtbedingte Verhaltensspielräume nutzbar zu machen, liegt nahe und wird auch anderen Verlegern attraktiv erscheinen. Soweit das Bundeskartellamt solche Fusionen aus wettbewerbsrechtlichen Gründen versagt, läge es für die betroffenen Unternehmen nahe, wie Holtzbrinck einen Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis zu stellen. Die Präzedenzwirkung der jetzt zur Diskussion stehenden Entscheidung wäre um so größer, als jegliche Abweichung in einem späteren Fall

den Minister dem Verdacht der inhaltlichen Wertung und damit eines Verstoßes gegen das Zensurverbot aussetzen würde. Sollte diese Entwicklung eintreten, so hätte am Ende der Minister mit seinen Entscheidungen nach § 42 GWB das in Gesetzgebung und Rechtsprechung überkommene Modell der Förderung von Pressevielfalt durch wirtschaftlichen Wettbewerb selbständiger Einheiten durch ein neues Modell der Förderung von Pressevielfalt durch unternehmerische Binnenstrukturen in Großkonzernen ersetzt. Ein solches Vorgehen wäre verfassungsrechtlich höchst problematisch.

102. Die Monopolkommission weist an dieser Stelle noch einmal darauf hin, dass die hier anstehende Entscheidung vor dem Hintergrund einer allgemeinen Krise der Zeitungsbranche zu sehen ist, die in der Stellungnahme vom April 2003 ausführlich diskutiert wird.²⁸ Die Krise ist gekennzeichnet durch erhebliche Einbrüche im Anzeigengeschäft seit 2000, verursacht zum Teil durch die schlechte Konjunktur, zum Teil aber auch durch die Konkurrenz des Internet. Auch der Generationswechsel und die damit einhergehenden Änderungen von Leserloyalitäten und Lesegewohnheiten wirken sich negativ aus. Diese teilweise auch mittel- und langfristig wirkenden Veränderungen der Rahmenbedingungen für das Zeitungswesen stellen die Zeitungsverlage insgesamt vor erhebliche Herausforderungen. Das zu erwartende breit angelegte Erfordernis, Rückgänge der im Anzeigengeschäft zu erwirtschaftenden Deckungsbeiträge durch Ausweitungen des Vertriebsgeschäfts zu kompensieren, lässt befürchten, dass sich Konzentrationstendenzen entwickeln werden, die möglicherweise das bisher geltende Leitbild der Sicherung von Pressevielfalt durch Wettbewerb wirtschaftlich selbständiger Einheiten infrage stellen.

Die dann erforderliche politische Diskussion sollte allerdings nicht durch eine Ministererlaubnis mit Präcedenzwirkungen vorweggenommen werden. Die erforderliche politische Diskussion über das Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Selbständigkeit, Wettbewerb und Angebotsvielfalt auf der einen Seite und den konzentrativen Entwicklungstendenzen auf der anderen Seite muss nach Auffassung der Monopolkommission in den dafür zuständigen Institutionen und den dazu berufenen Gremien der politischen Willensbildung geführt werden.

Bonn, im August 2003

	M. Hellwig	
J. Aldag	J. Basedow	K. Trebitsch

²⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, a.a.O., Tz. 48 ff.