



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 1/01

Verkündet am:  
9. Juli 2002  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

Stellenmarkt für Deutschland

GWB § 7 Abs. 1 und 2, §§ 10, 71 Abs. 2 Satz 2

- a) Der Antrag auf Freistellung nach § 7 Abs. 1, § 10 GWB erledigt sich grundsätzlich, wenn eines der beteiligten Unternehmen aus dem geplanten Kartell ausscheidet. Tritt eine solche Erledigung im Beschwerde- oder Rechtsbeschwerdeverfahren ein und ist zu erwarten, daß die Kartellbehörde den neuen Freistellungsantrag der verbliebenen Unternehmen aus denselben Gründen ablehnt, die für die Ablehnung des ursprünglichen Antrags maßgeblich waren, kann dies ein hinreichendes Interesse für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB begründen.
- b) Eine Freistellung nach § 7 Abs. 1 GWB setzt eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung voraus. Dabei ist – neben der Verbesserung des Waren- oder Dienstleistungsangebots sowie den entsprechenden Verbrauchervorteilen – auch eine durch die Kooperation zu erwartende Belebung des Wettbewerbs zu berücksichtigen. Die Subsidiarität gegenüber den besonderen Freistellungstatbeständen der §§ 2 bis 5, insbesondere gegenüber dem Tatbestand des § 4 Abs. 1 GWB, steht dem nicht entgegen, wenn die Freistellung nicht der Bildung von Gegenmacht, sondern dazu dient, einen den Marktführer besonders bevorzugenden Marktmechanismus zu durchbrechen.



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

**KVR 1/01**

Verkündet am:  
9. Juli 2002  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 2002 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 wird festgestellt, daß die Ablehnung des Freistellungsantrags der Beteiligten zu 1, 2 und 3 durch das Bundeskartellamt insoweit unbegründet war, als eine Freistellung für die Dauer von fünf Jahren beantragt worden war. Die weitergehende Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 wird zurückgewiesen.

Die Festsetzung der Verwaltungsgebühr im Beschluß des Bundeskartellamts bleibt unberührt.

Von den Gerichtskosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die Beteiligten zu 1 und zu 2 ein Drittel und das Bundeskartellamt zwei Drittel. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 2.556.459,40 € (= 5 Mio. DM) festgesetzt.

Gründe:

**A.**

Die Verlagsunternehmen Süddeutsche Zeitung GmbH (im folgenden: Beteiligte zu 1), Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH (im folgenden: Beteiligte zu 2) und Axel Springer Verlag AG (im folgenden: Beteiligte zu 3) geben jeweils eine überregionale Abonnement-Tageszeitung heraus, die „Süddeutsche Zeitung“, die „Frankfurter Rundschau“ und „Die Welt“. Im Verlag der Beteiligten zu 3 erscheint ferner die Sonntagszeitung „Welt am Sonntag“. Die drei Tageszeitungen veröffentlichen jeweils in der samstags erscheinenden Wochenendausgabe, die „Welt am Sonntag“ am Erscheinungstag Stellenanzeigen, wobei „Welt“ und „Welt am Sonntag“ nur gemeinsam belegt werden können. Die Stellenanzeigen sind jeweils in einem gesondert gefalteten Teil der Zeitung – in der Fachsprache: einem Buch – zusammengefaßt.

„Süddeutsche Zeitung“, „Frankfurter Rundschau“ und „Welt“/„Welt am Sonntag“ haben unterschiedliche regionale Verbreitungsschwerpunkte. Die „Süddeutsche Zeitung“ (verkaufte Auflage montags bis freitags 395.055, samstags 559.855 Exemplare [die Angaben zur Auflage beziehen sich jeweils auf das 1. Quartal 1999 und beruhen auf der IVW-Auflagenliste]) hat ihren Schwerpunkt im Wirtschaftsraum München; dort werden 60 %, in Bayern insgesamt über 70 % ihrer Auflage verbreitet. Die „Frankfurter Rundschau“ (verkaufte Auflage montags bis freitags 178.055, samstags 254.894 Exemplare) wird zu etwa 55 % im Ballungsraum Frankfurt am Main und zu etwa 70 % im Nielsen-Gebiet IIIa verbreitet, in dem Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland zusammengefaßt sind. Bei „Welt“ (verkaufte Auflage montags bis samstags 223.258 Exemplare) und „Welt am Sonntag“ (verkaufte Auflage 408.452 Exemplare) liegen die Stärken im Absatz

im Norden und Westen Deutschlands (Schleswig-Holstein, Hamburg, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen).

Die Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 praktizierten seit 1996 unter der Bezeichnung „Deutschland-Stellen-Kombi“ eine Stellenanzeigenkombination, gegen die das Bundeskartellamt trotz des seiner Auffassung nach vorliegenden Verstoßes gegen § 1 GWB nicht einschritt. Anzeigen, die im Rahmen dieser Kombination aufgegeben wurden, erschienen am Wochenende jeweils in der „Süddeutschen Zeitung“ sowie in der „Welt“ und in der „Welt am Sonntag“.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das drittelparitätische Gemeinschaftsunternehmen „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“, das die Beteiligten zu 1 und zu 3 zusammen mit der Beteiligten zu 2 gegründet haben. Dieses Unternehmen sollte – von den beteiligten Verlagshäusern mit den erforderlichen Eigenmitteln ausgestattet – den Organisationsrahmen für eine um die „Frankfurter Rundschau“ erweiterte Stellenanzeigenkombination bilden, die unter dem Titel „Stellenmarkt für Deutschland“ als eigenes „Buch“ in den beteiligten Zeitungen – also in der „Süddeutschen Zeitung“, in der „Frankfurter Rundschau“, in der „Welt“ und in der „Welt am Sonntag“ – erscheinen sollte. Das Gemeinschaftsunternehmen sollte zu diesem Zweck einen eigenen Außendienst aufbauen, eigene Werbemaßnahmen entwickeln und durchführen, für die Kombination Stellenanzeigen akquirieren, die eingehenden Anzeigenaufträge verwalten und abwickeln, den Kundenkreis betreuen, die Geschäftsführung und Verwaltung der Anzeigenkombination wahrnehmen sowie für das Inkasso und für die Weiterleitung der Erlöse an die beteiligten Verlage zuständig sein. Das Gemeinschaftsunternehmen sollte für seine Tätigkeit durch einen Anteil an den Erlösen entgolten werden. Für den Vertrieb der Anzeigenkombination sollten einheitliche, von den beteiligten Verlagshäusern gemeinsam festgelegte Konditionen, insbesondere ein einheitli-

cher Millimeterpreis, gelten. Den beteiligten Verlagen sollte es auch weiterhin gestattet sein, Stellenanzeigen gesondert zu akquirieren und in den an der Kombination beteiligten Zeitungen zu veröffentlichen, wobei sie auch in der Preisgestaltung rechtlich nicht gebunden sein sollten. Sie sollten lediglich gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet sein, bei dieser Einzelvermarktung die eigenen Listenpreise einzuhalten.

Mit der Stellenkombination „Stellenmarkt für Deutschland“ verfolgten die beteiligten Zeitungsverlage das Ziel, sich den Inserenten und Stellensuchenden als leistungsstarke Alternative zum Stellenanzeigenteil der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ (im folgenden: FAZ) darzustellen. Die FAZ wird von der Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH herausgegeben. Sie ist – wie auch die Gruner + Jahr AG & Co., in deren Verlag die Tageszeitung „Financial Times Deutschland“ erscheint – an diesem Verfahren ebenfalls beteiligt.

Die FAZ (verkaufte Auflage montags bis freitags 396.738, samstags 512.275 Exemplare) enthält bei weitem die meisten Stellenanzeigen für gehobene, bundesweit ausgeschriebene Positionen, obwohl die Preise deutlich über denen der Konkurrenz liegen. Sie wird auch von Stellenbewerbern bevorzugt erworben. Die FAZ weist eine relativ ausgeglichene Verbreitung auf; am stärksten ist sie im Westen und Südwesten Deutschlands vertreten, wo sie über 70 % ihrer Auflage verbreitet. Außer der seit Februar 2000 erscheinenden „Financial Times Deutschland“ enthalten noch die bundesweit verbreitete Abonnement-Tageszeitung „Handelsblatt“ (verkaufte Auflage: 148.456 Exemplare) und die Wochenzeitung „Die Zeit“ (verkaufte Auflage: 446.850 Exemplare) einen Stellenanzeigenteil.

Die an dem Vorhaben beteiligten Verlage haben das Gemeinschaftsunternehmen als Zusammenschlußvorhaben angemeldet. Insoweit hat das Bundes-

kartellamt beschlossen, das Vorhaben nicht zu untersagen, weil durch den Zusammenschluß keine marktbeherrschende Stellung entstehe (BKartA WuW/E DE-V 100). Dieser Beschluß ist bestandskräftig geworden. Infolge des Hinweises des Amtes, die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens sei zwar nicht als Zusammenschluß zu untersagen, stelle aber ein Kartell nach § 1 GWB dar, haben die beteiligten Verlage unter Vorlage des entsprechenden Vertragswerks (Rahmenvereinbarung der drei beteiligten Verlage mit dem Gemeinschaftsunternehmen, Satzung des Gemeinschaftsunternehmens, Geschäftsordnung für die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens und Gesellschaftervereinbarung über die Ausstattung des Gemeinschaftsunternehmens mit den benötigten Eigenmitteln) beantragt, die Zusammenarbeit in der „Stellenmarkt für Deutschland GmbH“ nach § 7 Abs. 1 GWB für acht, mindestens aber für fünf Jahre vom Verbot des § 1 GWB freizustellen. Mit Beschluß vom 25. August 1999 hat das Bundeskartellamt unter 1. den Antrag abgelehnt und für die Entscheidung unter 2. eine Gebühr festgesetzt (BKartA WuW/E DE-V 209). Das Kammergericht hat die Beschwerde zurückgewiesen (KG WuW/E DE-R 628). Hiergegen richtet sich die (zugelassene) Rechtsbeschwerde der beteiligten Verlagshäuser.

Im Rechtsbeschwerdeverfahren hat die Beteiligte zu 3 mitgeteilt, sie sei aus der geplanten Anzeigenkombination „Stellenmarkt für Deutschland“ ausgeschieden; das Rechtsverhältnis zu den anderen beiden an dem Vorhaben beteiligten Verlagen sei beendet. Die Beteiligte zu 3 hat die Hauptsache für erledigt erklärt, soweit ihre Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen in Rede steht; sie beantragt, die Verfahrenskosten dem Bundeskartellamt aufzuerlegen.

Die Beteiligten zu 1 und zu 2 haben mitgeteilt, sie hielten an dem Kooperationsvorhaben fest, für das nach wie vor das Vertragswerk maßgeblich sein solle, das bereits Gegenstand des Freistellungsantrags nach § 7 GWB sei. Sie verfol-

gen mit ihrer Rechtsbeschwerde ihren Freistellungsantrag weiter, soweit er sie und nicht den Axel Springer Verlag betrifft. Hilfsweise für den Fall, daß sich die Hauptsache durch das Ausscheiden des Axel Springer Verlags aus dem Gemeinschaftsunternehmen erledigt hat, beantragen sie die Feststellung, daß die angefochtene Verfügung des Bundeskartellamts unbegründet war und dem Freistellungsantrag hätte stattgegeben werden müssen.

Das Bundeskartellamt schließt sich der Erledigungserklärung des Axel Springer Verlags mit der Maßgabe an, daß die Erledigung nur die Entscheidung über den Freistellungsantrag, nicht die Festsetzung der Gebühr nach § 80 GWB betreffe. Es beantragt, den Hauptantrag der Beteiligten zu 1 und zu 2 als unzulässig zurückzuweisen, weil durch das Ausscheiden des Axel Springer Verlags aus dem Gemeinschaftsunternehmen die Hauptsache insgesamt erledigt sei; in jedem Fall sei der Hauptantrag aber unbegründet, weil die Freistellung mit Recht versagt worden sei. Dem Fortsetzungsfeststellungsantrag tritt das Bundeskartellamt ebenfalls entgegen; dieser sei mangels Feststellungsinteresses unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH und die Gruner + Jahr AG & Co. beantragen, die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 zurückzuweisen.

Soweit die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist, stellen die Verfahrensbeteiligten den Antrag, der jeweiligen Gegenseite die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

**B.**

Soweit die Beteiligten zu 1 und zu 2 ihren ursprünglichen Freistellungsantrag weiterverfolgen, ist ihre Rechtsbeschwerde unbegründet; denn durch das Ausscheiden der Beteiligten zu 3 aus der freizustellenden Kooperation hat sich die Hauptsache erledigt (I.). Indessen ist auf den Hilfsantrag der Beteiligten zu 1 und zu 2 festzustellen, daß die begehrte Freistellung jedenfalls für fünf Jahre hätte gewährt werden müssen (II.). Da die Beteiligte zu 3 und das Bundeskartellamt die Hauptsache hinsichtlich der Mitwirkung der Beteiligten zu 3 an der geplanten Kooperation übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist insofern nur noch über die Kosten zu entscheiden (III.).

**I.**

Die Rechtsbeschwerden sind unbegründet, soweit die Beteiligten zu 1 und zu 2 ihren ursprünglichen Freistellungsantrag nach § 7 Abs. 1, § 10 GWB weiterverfolgen.

1. Mit dem Ausscheiden der Beteiligten zu 3 aus dem Kooperationsvorhaben ist der gestellte Freistellungsantrag hinfällig geworden; er hat sich erledigt, weil das zunächst angemeldete Vorhaben nicht mehr durchgeführt werden soll.

Die Beteiligten zu 1 und zu 2 haben die Ansicht vertreten, durch das Ausscheiden der Beteiligten zu 3 aus der geplanten Kooperation habe sich ihr ursprüngliches Freistellungsbegehren in der Sache nicht geändert. In keinem Punkt hänge die beantragte Freistellung davon ab, ob das Vorhaben in dem ursprünglich vorgesehenen Umfang oder nur zwischen den Beteiligten zu 1 und zu 2 durchgeführt werde. Dem kann nicht beigetreten werden.

Die Voraussetzungen einer Freistellung nach § 7 Abs. 1 GWB sind nicht abstrakt zu beurteilen. Sie hängen vielmehr davon ab, wer im einzelnen an dem freizustellenden Kartell beteiligt sein soll. Schon die Frage, ob die geplante Kooperation unter § 1 GWB fällt, kann unterschiedlich zu beantworten sein, je nachdem wer an ihr beteiligt ist. So kann sich die Frage, ob eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten ist, anders beurteilen, wenn ein am Kartell beteiligtes Unternehmen ausscheidet. Auch die Voraussetzungen der Freistellung können sich jeweils anders darstellen, je nachdem welche Anbieter sich an der Kooperation beteiligen: Die Frage, ob die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und ob die Kooperation zu einer Verbesserung des Angebots führt, kann anders zu beurteilen sein, wenn sich zwei statt drei Anbieter an der Kooperation beteiligen. Diese Unterschiede können sich darüber hinaus auch auf die Beantwortung der Frage auswirken, ob die erzielte Verbesserung in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht. Schließlich hängt auch die Frage, ob durch die Kooperation eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, davon ab, welche Unternehmen eine solche Zusammenarbeit planen.

Der Hinweis der Rechtsbeschwerde auf die Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 4 GWB führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn diese Bestimmung spricht eher gegen als für die Ansicht der Rechtsbeschwerde: § 9 GWB betrifft die sogenannten Anmeldekartelle, die in einem einfachen Verfahren dadurch freigestellt werden können, daß sie angemeldet werden und die Kartellbehörde innerhalb einer vorgegebenen Frist nicht widerspricht. Für dieses Verfahren enthält § 9 Abs. 3 Satz 4 GWB eine aufschlußreiche Regelung, aus der sich ergibt, was im Falle von Änderungen des Kartells zu gelten hat. Aus der Bestimmung wird deutlich, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Falle einer Veränderung der Zusammensetzung der Kartellmitglieder an sich immer ein neues Freistellungsver-

fahren erforderlich wird. Bei der Änderungsanzeige handelt es sich danach um eine neue Anmeldung, der die Kartellbehörde innerhalb von drei Monaten widersprechen kann (§ 9 Abs. 3 Satz 1 GWB). Nach der gesetzlichen Regelung in § 9 Abs. 3 Satz 4 GWB gilt dies jedenfalls für erhebliche Veränderungen des angemeldeten Kartells, zu denen das Gesetz gerade auch eine Veränderung im Kreis der Kartellmitglieder zählt, und zwar nicht nur eine Erweiterung, sondern auch ein Ausscheiden von Kartellmitgliedern (vgl. Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 9 Rdn. 9; Sauter in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 9 Rdn. 30). Nur bei geringfügigen Veränderungen – wozu eine Erweiterung oder Beschränkung des Kreises der Mitglieder nicht gehört – sieht das Gesetz eine verkürzte Frist von einem Monat vor, innerhalb deren die Kartellbehörde widersprechen muß. Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß bei einer Veränderung des Kreises der Kartellmitglieder ein neuer Sachverhalt vorliegt, der ein neues Freistellungsverfahren erforderlich macht. Ob bei geringfügigen Veränderungen, die nicht die Zusammensetzung des Kreises der Kartellmitglieder betrifft, etwas anderes zu gelten hat, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

2. Unter diesen Umständen können die Beteiligten zu 1 und zu 2 mit ihrem Hauptantrag im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben. Denn mit diesem Antrag verfolgen sie die Freistellung des ursprünglichen Vorhabens weiter, an dem außer ihnen auch die Beteiligte zu 3 mit der „Welt“ und der „Welt am Sonntag“ mitwirken sollte. Da eine solche Zusammenarbeit nach dem übereinstimmenden Vorbringen nicht mehr vorgesehen ist, die Hauptsache sich vielmehr erledigt hat, ist die – einer Verpflichtungsklage im Verwaltungsprozeß entsprechende – Beschwerde, mit der sich die Beteiligten zu 1 und zu 2 gegen die Versagung der Freistellung wenden, unzulässig geworden (vgl. Eyermann/Jörg Schmidt, VwGO, § 113 Rdn. 70; Clausen in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner,

VwGO, Stand: Jan. 2001, § 161 Rdn. 12 m.w.N.). Die Rechtsbeschwerde ist daher insoweit zurückzuweisen.

## II.

Dagegen hat die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 mit dem hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 76 Abs. 5 Satz 1, § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB Erfolg.

### 1. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig.

a) Erledigt sich die Hauptsache im Rechtsbeschwerdeverfahren, kann das Rechtsschutzbegehren bei Vorliegen des besonderen Feststellungsinteresses auch in diesem Verfahrensstadium noch auf die Feststellung umgestellt werden, daß das ursprüngliche Begehren begründet war. Dies ergibt sich bereits daraus, daß § 76 Abs. 5 GWB auf die gesamte Regelung des § 71 GWB und damit auch auf die in § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB geregelte Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde verweist (vgl. zur entsprechenden Regelung in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO Eyermann/Jörg Schmidt aaO § 113 Rdn. 70). Dabei entspricht es der einhelligen Auffassung, daß trotz des Wortlauts des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB ein Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht nur im Rahmen der Anfechtungs-, sondern auch im Rahmen der Verpflichtungsbeschwerde gestellt werden kann (vgl. BGH, Beschl. v. 31.10.1978 – KVR 3/77, WuW/E 1556, 1558 – Weichschaum III; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 71 Rdn. 25; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 71 GWB Rdn. 30; Bechtold aaO § 71 Rdn. 7). Schließlich kann der Antrag nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB auch hilfsweise gestellt werden, wenn in erster Linie am Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag festgehalten

werden soll (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 71 Rdn. 29; vgl. auch Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner aaO § 113 Rdn. 80 m.w.N.).

b) Im Streitfall steht den Beteiligten zu 1 und zu 2 auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung zur Seite.

Für das nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. zu § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO BVerwGE 26, 161, 168; Eyermann/Jörg Schmidt aaO § 113 Rdn. 84; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 71 Rdn. 30 f.; Kollmorgen in Langen/Bunte aaO § 71 GWB Rdn. 36). Im Streitfall können sich die Beteiligten zu 1 und zu 2 auch im Hinblick auf die Gründe, die nach den bislang getroffenen Entscheidungen für die Ablehnung maßgeblich waren, darauf stützen, daß das – einen neuen Sachverhalt begründende – Ausscheiden der Beteiligten zu 3 das Bundeskartellamt nicht zu einer anderen Einschätzung bewegen würde, daß vielmehr ein erneuter Freistellungsantrag, der nunmehr die Kooperation nur der Beteiligten zu 1 und zu 2 betreffe, aus denselben Gründen abgelehnt werden würde wie der ursprüngliche Freistellungsantrag, der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war. Die Beteiligten zu 1 und zu 2 können sich daher darauf berufen, daß die Rechtslage klärungsbedürftig und die Klärung für sie im Hinblick auf ihr künftiges Verhalten von unmittelbarem Interesse ist (vgl. BGHZ 65, 30, 32 – Zementverkaufsstelle Niedersachsen II; BGH, Beschl. v. 25.10.1983 – KVR 8/82, WuW/E 2058, 2059 – Internord).

Dem kann nicht entgegengehalten werden, es gehe den Beteiligten zu 1 und zu 2 nur um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage. Zwar besteht die Gefahr nicht, daß derselbe Freistellungsantrag noch einmal abgelehnt wird. In den Fäl-

len, in denen das Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Verfügung der Kartellbehörde aus einem „Wiederholungsvorbeugungsinteresse“ folgt, geht es nicht darum, daß derselbe Sachverhalt erneut zur Entscheidung stehen wird, sondern darum, ob zukünftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen, ob gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten werden und ob es um dieselben Personen gehen wird (vgl. zu § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner aaO § 113 Rdn. 93). Dies setzt eine Bewertung danach voraus, ob die Unterschiede, die zwischen dem früheren und dem zukünftigen Sachverhalt bestehen, für die Behörde, hier für das Bundeskartellamt, vermutlich eine unterschiedliche Beurteilung nahelegen werden. Ist dies nicht der Fall, ist vielmehr zu erwarten, daß das Bundeskartellamt den zukünftigen Fall nach denselben Kriterien und mit demselben Ergebnis beurteilen wird wie den Sachverhalt, der dem ursprünglichen Freistellungsantrag zugrunde lag, ist das besondere Feststellungsinteresse zu bejahen. Im Streitfall haben die Beteiligten zu 1 und zu 2 im übrigen dargelegt, daß die Mitglieder der zuständigen Beschlußabteilung in einem Vorgespräch bereits angedeutet hätten, die Zweierkooperation wahrscheinlich nicht anders zu beurteilen als die unter Einschluß der Beteiligten zu 3. Dieser – im Hinblick auf die Begründung des ablehnenden Beschlusses ohnehin nicht fernliegenden – Einschätzung hat auch der Vertreter des Bundeskartellamts in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht zu widersprechen vermocht. Unter diesen Umständen entspricht eine Entscheidung in der Sache auch der Verfahrensökonomie, der zu dienen § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB ebenfalls bestimmt ist.

2. Die Beteiligten zu 1, 2 und 3 hatten Anspruch auf Freistellung der geplanten Kooperation nach § 7 Abs. 1 GWB.

a) Mit Recht ist das Kammergericht davon ausgegangen, daß die in Rede stehende Vereinbarung zwischen den Beteiligten in den Anwendungsbereich von § 1 GWB fällt.

Den relevanten Markt hat das Kammergericht in sachlicher Hinsicht in der Weise abgegrenzt, daß als Träger von gehobenen Stellenanzeigen nur Zeitungen in Betracht kommen, die bundesweit verbreitet werden. Diesem Markt hat es neben der FAZ unter anderem auch die „Süddeutsche Zeitung“, die „Frankfurter Rundschau“ sowie „Welt“ und „Welt am Sonntag“ zugerechnet. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Denn die in Rede stehenden Zeitungen werden unstreitig bundesweit – wenngleich nicht überall mit demselben Erfolg – vertrieben.

Dem hält die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg entgegen, die „Süddeutsche Zeitung“ und die „Frankfurter Rundschau“ seien in der Flächendeckung nicht mit der FAZ vergleichbar; etwas anderes gelte nur für „Welt“ und „Welt am Sonntag“, die jedoch als Anbieter auf dem hier in Rede stehenden Markt ohne jede Bedeutung seien. Die unterschiedliche Flächendeckung mag einen gewissen Nachteil bedeuten. Für die Eignung einer Zeitung als Träger von Stellenanzeigen der fraglichen Art kommt es indessen nicht entscheidend auf die gleichmäßige Flächendeckung an, die sich vor allem aus einer gleichmäßigen Verteilung der Abonnenten ergibt. Wird eine Tages- oder Wochenzeitung als interessanter Träger von überregionalen Stellenanzeigen wahrgenommen, erreicht sie auch die Stellensuchenden, die die Suche ohnehin nicht auf die Zeitung beschränken, die sie zufällig im Abonnement beziehen.

Daß die Zeitungen der Beteiligten zu 1, 2 und 3 die Position der FAZ in dem in Rede stehenden Markt trotz günstigerer Preise bislang nicht gefährden konn-

ten, belegt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht, daß die Nachfrager nach Anzeigenraum das Angebot dieser Zeitungen nicht als austauschbar mit dem Angebot der FAZ ansähen. Vielmehr ist hierfür offensichtlich eine andere strukturelle Besonderheit dieses Marktes verantwortlich: Es handelt sich um einen Markt, in dem sich die Nachfrage von selbst auf den stärksten Anbieter konzentriert. Sowohl für die Inserenten als auch für die stellensuchenden Leser ist das Angebot des Marktführers besonders interessant, weil die Konzentration auf den stärksten Anbieter wie die Verabredung eines Treffpunkts wirkt. Hat in einem solchen Markt ein Anbieter einen Vorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern erreicht, wird sich dieser Vorsprung tendenziell weiter ausbauen. Denn stellensuchende Leser wissen, daß sie in dieser Zeitung die meisten Anzeigen finden. Die inserierende Wirtschaft wird sich dieser Zeitung besonders gern bedienen, weil sie mit Recht dort die meisten Leser ihrer speziellen Zielgruppe erwartet.

Diese Besonderheiten des Marktes ändern indessen nichts daran, daß es außer der FAZ noch andere Marktteilnehmer gibt, die zur FAZ und miteinander im Wettbewerb stehen. Auch die Marktstellungen der Beteiligten bestätigen letztlich, daß es in diesem Markt nicht um eine möglichst gleichmäßige Flächendeckung geht. Wäre dieses Kriterium entscheidend, wäre zu erwarten, daß „Welt“ und „Welt am Sonntag“ wegen ihrer gleichmäßigen Flächendeckung erfolgreicher wären, als sie es tatsächlich sind. Vielmehr erklärt sich die relativ bessere Stellung von „Süddeutscher Zeitung“ und „Frankfurter Rundschau“ daraus, daß diese Blätter auch für den Markt der nationalen Anzeigen bis zu einem gewissen Umfang von ihrer Stellung im Markt für regionale Anzeigen profitieren.

Da die Beteiligten zu 1, 2 und 3 schon bislang im Markt für überregionale Stellenanzeigen tätig sind, können sie sich auch nicht darauf berufen, daß ihnen erst eine Kooperation den Marktzutritt eröffne (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1983

- KRB 3/83, WuW/E 2050 – Bauvorhaben Schramberg; Urt. v. 5.2.2002
- KZR 3/01, WuW/E DE-R 876, 878 – Jugendnachtfahrten).

b) Die Voraussetzungen einer Freistellung nach § 7 Abs. 1 GWB hat das Kammergericht zu Unrecht verneint.

aa) Unbestritten ist, daß die Kooperation zu einer Verbesserung des Dienstleistungsangebots geführt hätte. In diesem Zusammenhang ist nicht allein auf den Vorteil zu verweisen, der sich für Anzeigenkunden durch die erleichterte Kombination von Stellenanzeigen in mehreren Zeitungen ergibt. Vielmehr ist – wie die Rechtsbeschwerde mit Recht geltend macht – als Vorteil auch der Umstand zu werten, daß mit dem geplanten Kombinationsangebot ein als solcher wahrnehmbarer nationaler Stellenanzeigenteil und damit ein zusätzliches Produkt auf einem Markt entstünde, auf dem bislang nur wenige Anbieter tätig sind und der sich durch hohe Zutrittsschranken auszeichnet. Die Zusammenarbeit hätte daher nicht nur zu einer Verbesserung, sondern auch zu einer Verbreiterung des Angebots beigetragen (vgl. Kiecker in Langen/Bunte aaO § 7 GWB Rdn. 27; zum entsprechenden Merkmal in Art. 81 Abs. 3 EG Bunte in Langen/Bunte aaO Art. 81 EG Rdn. 153 f. m.w.N. auf die Entscheidungspraxis der Kommission; Immenga in Immenga/Mestmäcker aaO § 7 Rdn. 11).

bb) Als Vorteile für die Verbraucher hat das Kammergericht zutreffend auf die Preisvorteile verwiesen, die sich aus der neuen Kombinationsmöglichkeit ergeben hätten. Ferner hat es mit Recht angeführt, daß die Stellensuchenden durch die Kombination nur eine der beteiligten Zeitungen erwerben müssen, um in den Genuß des neuen nationalen Anzeigenteils zu gelangen.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß die herausragende Marktstellung der FAZ in der Vergangenheit dazu geführt hat, daß zwischen den verschiedenen Anbietern nur wenig Preiswettbewerb geherrscht hat. Ist die Marktsituation dadurch gekennzeichnet, daß durch die Kooperation von Wettbewerbern der bislang gedämpfte Wettbewerb belebt würde, ist auch darin, insbesondere in dem belebten Preiswettbewerb, ein maßgeblicher Vorteil für die Verbraucher zu sehen.

Schließlich kommt die angeführte Verbesserung und Verbreiterung des Angebots den Verbrauchern – das sind hier die Inserenten und die stellensuchenden Leser (vgl. Kiecker in Langen/Bunte aaO § 7 GWB Rdn. 32; Bechtold aaO § 7 Rdn. 8; Sauter in Immenga/Mestmäcker, EG-WettbewerbsR, Art. 85 Abs. 3 Rdn. C 19) – zugute.

cc) Nach den getroffenen Feststellungen spricht im Hinblick auf die bislang unangefochtene Stellung der FAZ nichts dafür, daß die Beteiligten zu 1, 2 und 3 mit Hilfe ihrer Kooperation eine marktbeherrschende Stellung erreichen könnten. Dies entspricht auch der Einschätzung des Bundeskartellamtes, das aus diesem Grunde keinen Anlaß für eine fusionskontrollrechtliche Untersagungsverfügung gesehen hat. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die beschränkte Dauer der Freistellung es dem Bundeskartellamt gestattet, nach fünf Jahren eine erneute Einschätzung vorzunehmen.

dd) Das Kammergericht hat – dem Bundeskartellamt folgend – die Freistellung daran scheitern lassen, daß sie nicht unerläßlich sei, um die festgestellten Verbesserungen zu erreichen, und daß diese Verbesserungen nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehe. Diese Einschätzung beruht indessen darauf, daß die den Sachverhalt

kennzeichnenden Umstände nicht erschöpfend gewürdigt und die durch die Kooperation ermöglichten Verbesserungen nicht hinreichend berücksichtigt worden sind.

Für die Frage der Unerläßlichkeit hat das Kammergericht allein auf den Umstand abgestellt, daß im Rahmen der geplanten Kooperation mit einem Auftrag eine Vierfachbelegung hätte erreicht werden können. Damit erschöpfen sich die Verbesserungen der Dienstleistungen aber nicht. Die wesentliche Verbesserung hätte vielmehr darin bestanden, daß mit dem „Stellenmarkt für Deutschland“ – einem einheitlichen, den vier Zeitungen als gesondertes „Buch“ beiliegenden Anzeigenteil – ein eigenständiges Produkt entstanden wäre, das als eine erfolgversprechende Alternative zum Marktführer wahrgenommen worden wäre. Diese Verbesserung wäre durch die vom Kammergericht als Ausweichmöglichkeit angeführte gemeinsame Annahmestelle nicht zu erreichen gewesen.

Wird die Verbesserung dagegen auch in dem zusätzlichen – eine Alternative zum Marktführer bildenden – Angebot gesehen, wirkt sich dies entscheidend auf die gebotene umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung aus. Unbegründet ist demgegenüber der vom Bundeskartellamt in der Rechtsbeschwerdeerwiderung geäußerte Einwand, dies führe zu einer Freistellung von Gegenmachtkartellen, die in § 4 Abs. 1 GWB abschließend geregelt sei. Denn im Streitfall wäre es nicht um die Schaffung einer Gegenmacht, sondern lediglich darum gegangen, im Stellenanzeigenmarkt den besonderen, den Erstplazierten überproportional bevorzugenden Mechanismus zu durchbrechen und dadurch eine auf andere Weise nicht zu erreichende Belebung des Wettbewerbs zu ermöglichen.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind allerdings auch die Auswirkungen der Kooperation auf die Marktchancen der sonstigen Wettbewerber,

insbesondere des „Handelsblatts“ und der „Financial Times Deutschland“, zu berücksichtigen. Die Schwierigkeiten der anderen Marktteilnehmer, in nennenswertem Umfang überregionale Stellenanzeigen zu akquirieren, und die damit verbundenen hohen Marktzutrittsschranken beruhen jedoch vor allem auf der unangefochtenen Marktführerstellung der FAZ. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Marktchancen der anderen Marktteilnehmer durch die Kooperation der Beteiligten zu 1, 2 und 3 in nennenswertem Umfang zusätzlich verschlechtert worden wären.

c) Die Freistellung wäre für die Dauer von fünf Jahren auszusprechen gewesen. Der weitergehende Antrag war unbegründet. Im Streitfall bestand schon wegen der Notwendigkeit, möglichen schädlichen Auswirkungen der Kooperation auf das Marktgeschehen rechtzeitig begegnen zu können, kein Anlaß, über die in § 10 Abs. 4 Satz 2 GWB vorgesehene Regeldauer hinauszugehen. Im Hinblick auf die mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens verbundenen Investitionen wäre eine kürzere Frist als fünf Jahre nicht in Betracht gekommen.

### III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 78 Satz 1 GWB. Soweit den Beteiligten zu 1 und zu 2 Gerichtskosten auferlegt worden sind, haften sie als Gesamtschuldner (§ 59 Abs. 2 i.V. mit Abs. 1 GKG).

Den Ausführungen zum Fortsetzungsfeststellungsantrag (oben unter B. II. 2.) ist zu entnehmen, daß die Beteiligte zu 3 mit ihrer Rechtsbeschwerde Erfolg gehabt hätte, falls das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Es entspricht daher billigem Ermessen, der Beteiligten zu 3 keine Gerichtskosten aufzulegen. Im übrigen wurde bei der Verteilung der Gerichtskosten berücksichtigt,

daß sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrem in erster Linie verfolgten Ziel einer ihrem ursprünglichen Freistellungsantrag stattgebenden Entscheidung nicht durchgesetzt haben.

Eine Veranlassung, eine Erstattung außergerichtlicher Kosten anzuordnen, besteht im Streitfall nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 16.11.1999 – KVR 10/98, WuW/E DE-R 420 – Erledigte Beschwerde).

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum