

Dr. Ulrich Klumpp, Stuttgart*

Presse & Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle

Mit der 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber einen neuen Ausnahmereich für die Presse geschaffen. Vereinbarungen zwischen Presseverlagen sind danach von der Anwendbarkeit des Kartellverbots in § 1 GWB ausgenommen, soweit sie eine Zusammenarbeit im verlagswirtschaftlichen, nicht-redaktionellen Bereich betreffen. Der folgende Beitrag stellt die neue Vorschrift und ihre Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen vor und beleuchtet die Konsequenzen für die Praxis.

I. Einleitung

Die 9. GWB-Novelle bringt für Presseverlage – wie schon die 8. GWB-Novelle – eine echte Veränderung der kartellrechtlichen Rahmenbedingungen mit sich. Während die Änderungen im Zuge der 8. GWB-Novelle im Bereich der Fusionskontrolle erfolgten, betrifft die aktuelle Reform die Anwendbarkeit des Kartellverbots auf Presseverlage. Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle findet das Kartellverbot in § 1 GWB auf Vereinbarungen zwischen Presseverlagen unter bestimmten Voraussetzungen keine Anwendung mehr.

Dazu hat der Gesetzgeber im fünften Kapitel des GWB, in dem sich Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche finden, den nun mit „Presse“ überschriebenen § 30 GWB ergänzt und einen weiteren Ausnahmereich vom Kartellverbot hinzugefügt. Waren in § 30 GWB a. F. bislang Ausnahmen in Bezug auf die vertikale Preisbindung durch Zeitungs- und Zeitschriftenverlage sowie in Bezug auf Branchenvereinbarungen für den Pressevertrieb geregelt, sollen jetzt zusätzlich auch Vereinbarungen zwischen Presseverlagen freigestellt sein, soweit sie eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben und nicht den redaktionellen Bereich betreffen. Wörtlich heißt es im neu eingefügten Abs. 2 b des § 30 GWB¹:

„§ 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken. Satz 1 gilt nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich. Die Unternehmen haben auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32 c, wenn

1. bei einer Vereinbarung nach Satz 1 die Voraussetzungen für ein Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach den

der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind und

2. die Antragsteller ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Entscheidung haben.

Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

II. Motivation des Gesetzgebers

Mit der neuen Ausnahme in § 30 Abs. 2 b GWB haben CDU, CSU und SPD ihr Versprechen im Koalitionsvertrag eingelöst, durch eine Reform des Kartellrechts die Möglichkeiten der betriebswirtschaftlichen Zusammenarbeit von Verlagen unterhalb der redaktionellen Ebene zu erleichtern. Damit wollten sie den Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der digitalen Medienlandschaft begegnen.²

In der Tat befindet sich die Medienlandschaft seit einigen Jahren im Umbruch.³ Die Ertragslage der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage hat sich aufgrund rückläufiger Auflagenzahlen und fallender Werbeerböse bei zugleich steigenden Kosten für Redaktion und Verlag stetig verschlechtert. Das geänderte Nutzungsverhalten der Leser setzt zudem Investitionen in digitale Angebote voraus, die zwar kostenintensiv, aber nicht immer ertragreich sind. Hinzu kommt, dass der Wettbewerbsdruck auf den Leser- wie Anzeigenmärkten deutlich zugenommen hat. Während eine Berichterstattung durch private Medien in den 70er-Jahren fast ausschließlich in Zeitungen und Zeitschriften erfolgte, konkurriert die Presse seit den 80er-Jahren in zunehmendem Maße mit privaten Fernseh- und Hörfunksendern um die Gunst der Mediennutzer ebenso wie der Werbekunden. Mit Verbreitung des Internets und der sozialen Medien sind weitere, teilweise international aufgestellte und äußerst mächtige Anbieter hinzugekommen, welche der „klassischen Presse“ zunehmend das Wasser abgraben. Und auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk, der sich aus Gebühren finanziert und anders als Zeitungs- und Zeitschriftenverlage nicht auf Werbeeinnahmen angewiesen ist, breitet sich mit ständig erwei-

* Dr. Ulrich Klumpp ist Rechtsanwalt bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte in Stuttgart und Lehrbeauftragter für Kartellrecht an der Universität Tübingen.

1 Zitiert nach dem Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/10207 vom 7.11.2016, S. 14.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013, Deutschlands Zukunft gestalten, S. 13.

3 Siehe dazu ausführlich die gemeinsame Stellungnahme von BDZV, VDZ und VDL zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)1097 vom 19.1.2017.

terten digitalen Angeboten zu Lasten der Presseverlage aus. Auf den Anzeigenmärkten treffen die Verlage auf immer mächtigere Kunden und Wettbewerber. So wird ein Großteil der Werbebudgets in Deutschland von einem Oligopol aus großen Media-Agenturen vergeben. Viele Kunden haben einen erheblichen Teil ihrer Werbeausgaben auf andere Mediengattungen verlagert. Teilweise sind ganze Werbearten vollständig ins Internet abgewandert, so zum Beispiel die Rubrikanzeigen, die früher für stetige Umsätze sorgten.

Den Spagat zwischen steigenden Kosten und rückläufigen Erlösen können viele Verlage nur meistern, wenn sie sich zusammenschließen oder kooperieren, um gemeinsam in für die Kunden attraktive und die Verlage lukrative Angebote zu investieren. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber mit der 9. GWB-Novelle einen neuen Ausnahmetatbestand geschaffen, der Kooperationsvorhaben von Presseverlagen vom Kartellverbot in § 1 GWB freistellt. Damit sollen die Handlungsspielräume der Presseunternehmen angemessen erweitert werden.⁴

Der Gesetzgeber knüpft ausdrücklich an die mit der 8. GWB-Novelle eingeführten Erleichterungen für Presseverlage im Bereich der Fusionskontrolle⁵ an. Ging es seinerzeit darum, dass Verlage ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Mediengattungen durch Fusionen steigern können, soll die nun eingeführte Erleichterung eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit durch Kooperationen ermöglichen. Die kooperierenden Verlage sollen ihre wirtschaftliche Basis stärken können, um im Wettbewerb mit anderen Medien besser zu bestehen.⁶ Begründet wird die Ausnahme vom Kartellverbot mit den nach wie vor verschärften wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseverlage und der Notwendigkeit, Pressevielfalt zu schützen. Der Gesetzgeber verweist darauf, dass sich die Medienlandschaft aufgrund der Digitalisierung, internetbasierten und datengestützten Geschäftsmodellen sowie des geänderten Nutzerverhaltens in einem Umbruch befinde. Dadurch werde der Wettbewerb der Medien verändert, was eine Reaktion in Gestalt des Ausnahmebereichs für Presseverlage erforderlich mache.⁷

Mit der neuen Vorschrift soll insbesondere eine Zusammenarbeit privilegiert werden, die der Rationalisierung und Synergiegewinnung in der verlagswirtschaftlichen Tätigkeit dient. Der Gesetzgeber denkt dabei an Kooperationen im Anzeigen- und Werbegeschäft, beim Vertrieb, der Zustellung und der Herstellung.⁸ Die Stärkung der wirtschaftlichen Basis und damit der Wettbewerbsfähigkeit der Presseverlage im Verhältnis zu anderen Medienunternehmen rechtfertigt demzufolge eine Beschränkung des Wettbewerbs, die mit einer solchen verlagswirtschaftlichen Kooperation einhergeht.

Der Vorschlag der Koalition, einen Ausnahmebereich für Pressekooperationen einzuführen, ist nicht ohne Kritik geblieben. Unter anderem das Bundeskartellamt verneint die Notwendigkeit für eine solche Regelung ebenso wie ihre Eignung zur Erreichung der angestrebten Ziele. Insbesondere aber wird beanstandet, dass Ausnahmebereiche generell wettbewerbspolitisch verfehlt seien und zu einer zunehmenden Divergenz von nationalem und EU-Recht führen.⁹ Die Kritikpunkte haben den Gesetzgeber jedoch nicht davon abgehalten, die neue Vorschrift wie im Regierungsentwurf vorgesehen zu verabschieden.

Die Ausnahme vom Kartellverbot für Pressekooperationen soll allerdings nicht unbefristet gelten. § 186 Abs. 6 sieht vor, dass § 30 Abs. 2 b GWB nur Anwendung auf Verein-

barungen findet, die nach dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle und vor dem 31.12.2027 wirksam geworden sind. Weiter ist vorgesehen, dass die Wirkungen der neu geschaffenen Ausnahme nach fünf Jahren evaluiert werden. Der Gesetzgeber erkennt damit den Ausnahmecharakter der Regelung an. Ihre Angemessenheit soll mit Blick auf das Ziel, nämlich die Wettbewerbsfähigkeit der Presseverlage im intermedialen Wettbewerb zu stärken und so die Pressevielfalt in Deutschland zu schützen, überprüft werden, sobald Erfahrungen mit der Norm und ihren Wirkungen vorliegen.¹⁰

III. Materielle Freistellungsvoraussetzungen

Die in § 30 Abs. 2 b GWB neu geschaffene Ausnahme vom Kartellverbot in § 1 GWB setzt eine Vereinbarung zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen voraus, die sich auf die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit bezieht. Zudem ist erforderlich, dass sie nicht vom vorrangigen europäischen Recht, insbesondere Art. 101 Abs. 1 AEUV, verdrängt wird.

1. Vereinbarung

§ 30 Abs. 2 b GWB nennt *Vereinbarungen* zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen, für die § 1 GWB nicht gelten soll. § 1 GWB dagegen erfasst *Vereinbarungen* zwischen Unternehmen, *Beschlüsse* von Unternehmensvereinigungen und *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*. Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von der Privilegierung in § 30 Abs. 2 b GWB profitieren können.

Der Wortlaut in § 30 Abs. 2 b GWB spricht zwar gegen eine Ausweitung der Privilegierung auch auf Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Die Grenzziehung zwischen den einzelnen Handlungsformen ist jedoch oftmals fließend. Entscheidend für das Kartellverbot ist, dass alle drei Handlungsformen eine Koordinierung wettbewerblichen Verhaltens erfassen sollen. Besonders deutlich wird dies am Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise, das die Funktion eines Auffangtatbestands hat für Formen der Koordinierung, die noch nicht die Qualität einer Vereinbarung oder eines Beschlusses haben.¹¹ Deshalb kann für die Beurteilung nach § 1 GWB im Einzelfall offen bleiben, ob ein Verhalten als Vereinbarung bzw. Beschluss zu werten ist, wenn jedenfalls die Voraussetzungen für eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Vor diesem Hintergrund wäre es wenig überzeugend, die „schwächere“ Form der Koordinierung in Gestalt einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise oder die bei Beteiligung von mehr als zwei Unternehmen häufig anzutreffende Form des Beschlusses von der Privilegierung in § 30 Abs. 2 b GWB auszunehmen.

Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass auch bei anderen Freistellungstatbeständen zwischen den einzelnen Handlungsformen differenziert wird. Während § 2 Abs. 1 GWB

4 BT-Drs. 18/10207, S. 1, S. 38.

5 Dazu Klumpp, WuW 2013, 344.

6 BT-Drs. 18/10207, S. 39.

7 BT-Drs. 18/10207, S. 39, 54; siehe auch Eufinger, AfP 2016, 385, 386.

8 BT-Drs. 18/10207, S. 54.

9 Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)1093 vom 19.1.2017, S. 2, 16 f.; siehe ferner von Wallenberg, NZKart 2016, 344; Eufinger, AfP 2016, 385, 387; Podszun/Schwalbe, ZUM 2017, 339, 343 ff.

10 BT-Drs. 18/10207, S. 54.

11 BGH, Urt. v. 12.4.2016, KZR 31/14 – *Gemeinschaftsprogramme*, juris-Rn. 41.

explizit auch Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot freistellt, bezieht § 3 GWB neben Vereinbarungen auch Beschlüsse, nicht aber aufeinander abgestellte Verhaltensweisen in die Privilegierung für Mittelstandskartelle ein. Gleiches gilt beim Ausnahmereich für die Landwirtschaft nach § 28 Abs. 1 GWB. Auch hier werden Vereinbarungen und Beschlüsse genannt, auf die § 1 GWB keine Anwendung finden soll, nicht aber aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Gleichwohl geht die Literatur zu § 28 Abs. 1 GWB im Wege der Auslegung davon aus, dass auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen in § 28 Abs. 1 GWB vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen sind.¹² Dies spricht dafür, entsprechend auch die Ausnahme in § 30 Abs. 2 b GWB auf abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse zu erstrecken.¹³ Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Beschlüsse mehrerer Zeitungs- oder Zeitschriftenverlage, die eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, nicht von der Erleichterung profitieren sollten. Aber auch für abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Presseverlagen, die nicht den redaktionellen Bereich betreffen, ist eine strengere Beurteilung nicht angezeigt. Gleichwohl empfiehlt es sich, aufgrund der nicht ganz eindeutigen Rechtslage etwaige Kooperationsvorhaben wenn möglich so zu gestalten, dass sie die Qualität einer Vereinbarung haben und damit sicher von der Ausnahme in § 30 Abs. 2 b GWB erfasst werden.

Zur Art der Vereinbarung enthält § 30 Abs. 2 b GWB keine Einschränkung. Erfasst sind horizontale ebenso wie vertikale Vereinbarungen. Auch hinsichtlich des Vertragstyps ist § 30 Abs. 2 b GWB offen. Die Zusammenarbeit kann Elemente eines Dienst- oder Werkvertrags ebenso wie von Lizenz-, Pacht- oder Treuhandverträgen aufweisen.¹⁴ Ob die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise schriftlich oder mündlich abgeschlossen wurde, spielt – anders als bei Vereinbarungen über die vertikale Preisbindung nach § 30 Abs. 1, 2 GWB – ebenfalls keine Rolle.

2. Zeitungs- oder Zeitschriftenverlage

§ 30 Abs. 2 b GWB stellt nur solche Vereinbarungen frei, an denen mindestens zwei Presseverlage beteiligt sind. Presseverlag kann ein Zeitungs- und/oder Zeitschriftenverlag sein. Ob zwei Zeitungsverlage, zwei Zeitschriftenverlage oder ein Zeitungsverlag und ein Zeitschriftenverlag beteiligt sind, macht keinen Unterschied.¹⁵ Eine Vereinbarung, die ein Verlag mit einem Nicht-Verlag schließt, wird hingegen nicht von § 30 Abs. 2 b GWB erfasst.

Ein Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag liegt vor, wenn das beteiligte Unternehmen selbst Zeitungen oder Zeitschriften verlegt oder mit einem Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag verbunden i. S. v. § 36 Abs. 2 GWB ist.¹⁶ Unter Zeitungen und Zeitschriften werden periodisch erscheinende Druckerzeugnisse verstanden.¹⁷ Erfasst sind darüber hinaus aber auch Produkte, die Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren (vgl. § 30 Abs. 1 S. 2 GWB). Dazu gehören unter anderem digitale Presseprodukte wie E-Papers oder Zeitungs-Apps.¹⁸ Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung ausdrücklich festgehalten, dass die erleichterten Kooperationsmöglichkeiten sowohl für den klassischen Printbereich wie auch den Bereich der Internetpresse gelten sollen.¹⁹

Ein Verlag bzw. eine verlegerische Tätigkeit liegt vor, wenn ein Unternehmen redaktionell und wirtschaftlich für die Herausgabe einer Publikation verantwortlich ist. Demzufolge können auch Internet-Anbieter, die eine Berichterstat-

tung in Gestalt einer periodisch erscheinenden Online-Zeitung bieten, als Presseverlag i. S. v. § 30 Abs. 2 b GWB angesehen werden. Auf die Größe des Zeitschriften- oder Zeitungsverlages kommt es nicht an. Auch wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, dass insbesondere kleinere und mittlere Presseverlage von dem neuen Ausnahmereich profitieren dürften, sieht das Gesetz keine entsprechende Einschränkung vor.

Von der Regelung in § 30 Abs. 2 b GWB nicht erfasst sind dagegen Buchverlage und sonstige Verlage. Ebenfalls nicht erfasst sind reine Vertriebsunternehmen. Soweit Unternehmen Presseprodukte nur vertreiben, ohne auch mit der Herstellung befasst oder mit einem Verlag verbunden zu sein, können sie nicht von der neuen Ausnahme profitieren.²⁰ Ob ein Vertriebsunternehmen mit einem Verlag verbunden ist, bestimmt sich nach § 36 Abs. 2 GWB. Nur dann, wenn zwischen dem Vertriebsunternehmen und dem Verlag ein Beherrschungsverhältnis besteht, handelt es sich um verbundene Unternehmen. Hält ein Verlag eine Minderheitsbeteiligung an einem Pressegrossisten, reicht dies allein also nicht aus, um Vereinbarungen, die der Pressegrossist mit anderen Grossisten oder einem Verlag schließt, gemäß § 30 Abs. 2 b GWB von § 1 GWB auszunehmen.²¹

3. Gegenstand der Vereinbarung

Nach § 30 Abs. 2 b GWB freigestellt vom Kartellverbot sind Vereinbarungen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit, die nicht den redaktionellen Bereich betrifft und die den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken.

a) *Verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit.* Der Begriff „verlagswirtschaftlich“ ist im Gesetz nicht näher definiert. Er ist denkbar weit zu verstehen. Erfasst wird letztlich jede Tätigkeit eines Verlags. In der Gesetzesbegründung werden die Herstellung, der Vertrieb und die Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften genannt, ebenso das Anzeigen- und Werbegeschäft.²² Aus der Gesetzesbegründung und dem dort enthaltenen Verweis auf § 30 Abs. 1 S. 2 GWB wird zudem deutlich, dass nicht nur die Zusammenarbeit in Bezug auf gedruckte Zeitungen oder Zeitschriften erfasst ist, sondern ebenso Kooperationen, die sich auf digitale Angebote beziehen. Voraussetzung ist allerdings, dass an der Kooperation Zeitungs- oder Zeitschriftenverlage beteiligt sind. Ein solches weites Begriffsverständnis der verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit ist auch sachgerecht, da gerade im Bereich der digitalen Medien ein besonders großer Bedarf nach Kooperationen der Presseverlage besteht. Anders als global agierende Internetunternehmen haben sie vielfach nicht die Ressourcen, um attraktive Internetangebote jeweils eigen-

12 Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 28 Rn. 32; Jestaedt, in Langen/Bunte, Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 28 Rn. 15. Für § 3 GWB wird eine analoge Anwendung auf aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter Verweis auf den Wortlaut und den Sinn und Zweck der Regelung dagegen abgelehnt, vgl. Schneider, in Langen/Bunte, Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 3 Rn. 20; Fuchs, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 3 Rn. 35.

13 Im Ergebnis ähnlich Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 26.

14 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 26.

15 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 26.

16 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 27.

17 Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 30 Rn. 22; Bremer/Hackl, in Müko-GWB, 2. Aufl. 2015, § 30 Rn. 35.

18 A.A. wohl Podszun/Schwalbe, ZUM 2017, 339, 340, die darauf abstellen wollen, ob bedrucktes Papier vorliegt.

19 BT-Drs. 18/10207, S. 54.

20 BT-Drs. 18/10207, S. 54; Scholl/Weck, WuW 2017, 261, 262.

21 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 27.

22 BT-Drs. 18/10207, S. 54.

ständig zu generieren. Genau das war einer der wesentlichen Gründe für die Schaffung des neuen Ausnahmereichs.²³

Der Nachweis von Effizienzgewinnen und deren Weitergabe an die Marktgegenseite ist anders als bei § 2 GWB nicht erforderlich. Im Unterschied zur Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung gibt es auch keine schwarzen Klauseln, die einer Freistellung entgegenstehen. Die Aufteilung von Kunden oder Gebieten ist ebenso erlaubt wie die Abstimmung einer gemeinsamen Anzeigenpreisliste.²⁴ Auch Kooperationen bei der digitalen Anzeigenvermarktung oder dem Vertrieb digitaler Inhalte an die Leser werden von § 30 Abs. 2 b GWB erfasst.²⁵ So war die Einführung der sogenannten „Bezahlschranke“ immer wieder Gegenstand von Diskussionen. Vereinbaren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlage künftig, ein gemeinsames Geschäftsmodell zu entwickeln und einzuführen, das digitale Inhalte gegen Entgelt zum Gegenstand hat, wäre diese Vereinbarung nach § 30 Abs. 2 b GWB vom Kartellverbot in § 1 GWB freigestellt. Auch die gemeinsame Geltendmachung des Leistungsschutzrechtes wäre von der Ausnahme in § 30 Abs. 2 b GWB erfasst.²⁶

b) *Ausnahme: Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich.* Von der Privilegierung ausgenommen sind Kooperationen im Bereich der Redaktion. Damit soll sichergestellt werden, dass das Ziel des Gesetzgebers, die Pressevielfalt durch die Erleichterung von Kooperationen zu stärken, nicht unterlaufen wird.

Die Grenzziehung zwischen der freigestellten verlagswirtschaftlichen Tätigkeit und der redaktionellen Tätigkeit wird nicht immer einfach sein. Dies hängt damit zusammen, dass Zeitungen und Zeitschriften auf zweiseitigen Märkten tätig sind und zwischen beiden Marktseiten – dem Anzeigenmarkt einerseits und dem Lesermarkt andererseits – vielfache Zusammenhänge bestehen.²⁷ Die Schwierigkeit, eine klare Grenze zur nicht freigestellten redaktionellen Zusammenarbeit zu ziehen, liegt aber auch darin, dass sich eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit auch auf den Lesermarkt beziehen kann, wie zum Beispiel im Fall des gemeinsamen Vertriebs von Zeitungs- oder Zeitschriftenabonnements an die Leser. Der Ausschluss in § 30 Abs. 2 b S. 2 GWB gilt daher nur für Kooperationen im genuin redaktionellen Bereich, wie zum Beispiel im Falle eines gemeinsamen News-Desks, einer gemeinsamen Lokalredaktion oder einem gemeinsamen überregionalen Mantel. Das bedeutet allerdings nicht zwingend, dass entsprechende Kooperationsvorhaben per se kartellrechtlich verboten wären. Sie müssen sich vielmehr an §§ 1 ff. GWB messen lassen. Liegt danach eine Wettbewerbsbeschränkung vor, stellt sich die Frage, ob sie über § 2 GWB oder auch § 3 GWB vom Kartellverbot freigestellt ist. So wurden beispielsweise Mantelkooperationen und in einzelnen Fällen auch gemeinsame News-Desks auch in der Vergangenheit schon als nicht wettbewerbsbeschränkend bzw. nach § 2 GWB gerechtfertigt angesehen.

c) *Stärkung der wirtschaftlichen Basis für den intermediären Wettbewerb.* Nach dem Wortlaut in § 30 Abs. 2 b GWB muss die Vereinbarung, damit sie unter das Privileg der Freistellung fallen kann, den beteiligten Presseverlagen ermöglichen, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken. Es reicht aus, dass sich die Kooperation in irgendeiner Weise positiv auf die wirtschaftliche Situation der beteiligten Verlage auswirkt. Eine direkte Stärkung der Marktposition gerade im intermediären Wettbewerb oder ein direkter Bezug zu Wettbewerbern aus anderen Mediengattungen ist nicht erforderlich.²⁸ Anders als bei § 2 GWB

stellt sich auch nicht die Frage, ob es weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel gibt, um die angesprochenen Ziele zu erreichen. Deshalb dürfte das Kriterium der Stärkung im intermediären Wettbewerb in der ganz großen Mehrzahl der Fälle erfüllt sein.²⁹

Das Vorliegen der Voraussetzungen für § 30 Abs. 2 b GWB müssen zwar im Grundsatz die Parteien belegen, die sich darauf berufen. Eine ähnlich aufwändige Prüfung und Darlegung der Voraussetzungen wie im Fall der Freistellung nach § 2 GWB kann jedoch nicht gefordert werden, da andernfalls das Ziel des Gesetzgebers, Kooperationen zu erleichtern, verfehlt würde. Es genügt, wenn die Parteien der Vereinbarung ihre wirtschaftlichen Erwartungen an die Kooperation schildern und plausibel machen, wie es dadurch zu einer Stärkung ihrer wirtschaftlichen Basis kommt. Wegen des auch bei § 30 Abs. 2 b GWB grundsätzlich geltenden Prinzips der Selbstveranlagung empfiehlt es sich, die entsprechenden Überlegungen rechtzeitig zu dokumentieren und die Dokumentation zu sichern, damit später – im Fall von kartellbehördlichen Ermittlungen oder einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit der Kooperation – das Vorliegen der Voraussetzungen dargetan werden kann.³⁰

4. EU-Recht nicht anwendbar

Die mit § 30 Abs. 2 b GWB geschaffene Ausnahme vom Kartellverbot kann nur dann greifen, wenn nicht vorrangiges europäisches Recht, konkret Art. 101 Abs. 1 AEUV, Anwendung findet. Die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV hängt davon ab, ob die in Frage stehende Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Ist eine solche Eignung gegeben, und sind die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots erfüllt, dann ist die betreffende Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten und unwirksam. Auf die Anwendbarkeit von § 1 GWB bzw. das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausnahme nach § 30 Abs. 2 b GWB kommt es dann nicht mehr an.

Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird letztinstanzlich vom EuGH interpretiert. Die Kommission hat die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze dazu in ihren Leitlinien

23 Vgl. *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 27; a. A. *Podzum/Schwalbe*, ZUM 2017, 339, 341, die Online-Auftritte oder Apps von klassischen Zeitungsverlagen als nicht „verlagstypisch“ ansehen.

24 *Eufinger*, AfP 2016, 385, 386; *Scholl/Weck*, WuW 2017, 261, 263. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass selbst Preisabsprachen erfasst sind, vgl. Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)1093 vom 19.1.2017, S. 17 f.

25 *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 26.

26 Im Zusammenhang mit der Beschwerde der VG Media gegen Google hatte das Bundeskartellamt angedeutet, das Zusammenwirken der an VG Media beteiligten Verlage im Hinblick auf die Geltendmachung des Leistungsschutzrechtes könnte gegen das Kartellverbot verstoßen. Etwas Bedenken wären insoweit künftig nur noch dann begründet, wenn Art. 101 Abs. 1 AEUV Anwendung findet.

27 Dazu *Podzum/Schwalbe*, ZUM 2017, 339, 341. Die von *Podzum/Schwalbe* vertretene Auffassung, die Plattform-Qualität könnte besser gewürdigt werden, wenn beide Marktseiten – Werbe- und Lesermarkt – von der Freistellung ausgenommen würden, hat sich im Gesetz jedoch nicht niedergeschlagen.

28 BT-Drs. 18/10207, S. 54.

29 So auch *Eufinger*, AfP 2016, 385. Ebenso *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 27, die darauf abstellen, dass jede Vereinbarung zwischen Verlagen ihre wirtschaftliche Basis stärke, da sie andernfalls nicht abgeschlossen würde.

30 Haben die Parteien einen Antrag auf Entscheidung nach § 32 c GWB gestellt, wird eine entsprechende Dokumentation regelmäßig gewährleistet sein.

über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zusammengefasst.³¹ Danach gehören Kooperationsvereinbarungen, die auf einen einzigen Mitgliedstaat begrenzt sind und nicht direkt Einfuhren oder Ausfuhren betreffen, nicht zu der Kategorie von Vereinbarungen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine solche Eignung ist allerdings dann möglich, wenn die in Frage stehende Vereinbarung eine Marktabschottung bewirkt. Als Beispiele werden eine branchenweite Normung und Zertifizierung oder Alleinbezugsverpflichtungen genannt, die Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ausschließen oder ihnen den Marktzutritt im Inland erschweren. Sofern sich eine Vereinbarung nur auf einen regionalen Markt bezieht, soll der zwischenstaatliche Handel nur dann spürbar beeinträchtigt sein, wenn der Umsatz auf dem regionalen Markt einen erheblichen Anteil am Gesamtumsatz des betreffenden Mitgliedsstaates ausmacht. Vereinbarungen von rein lokaler Bedeutung sollen schon ihrem Wesen nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigen können, selbst wenn der örtliche Markt in der Grenzregion liegt.³²

Der Blick in die Leitlinien der Kommission zeigt, dass die Voraussetzungen für ein Eingreifen des vorrangigen Art. 101 Abs. 1 AEUV keineswegs immer gegeben sind.³³ Gerade Presseprodukte werden ganz überwiegend national vermarktet. Dies gilt für den Lesermarkt ebenso wie für den Anzeigenmarkt. Eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels kann daher nicht ohne nähere Prüfung im Einzelfall bejaht werden. Im Gegenteil ist das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit bei Kooperationen lokaler und regionaler Zeitungsverlage regelmäßig zu verneinen. Eine Marktabschottung aufgrund einer verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit dürfte hier die absolute Ausnahme sein. Und auch Kooperationen von bundesweit tätigen Zeitungen oder Zeitschriften sind keineswegs per se geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Berichtserstattung wendet sich häufig an Leser in Deutschland, und auch die Anzeigenaufträge werden meistens national vergeben.³⁴ Es sind hier vor allem sprachliche und kulturelle Ursachen, welche die Entstehung eines Binnenmarktes erschweren.³⁵ Zwar ist richtig, dass deutschsprachige Leser auch außerhalb Deutschlands anzutreffen sind, etwa in Österreich, Teilen Luxemburgs, in Südtirol oder im Elsass. Auch gibt es Bereiche der verlegerischen Tätigkeit, wie zum Beispiel den Druck, in denen die Sprache keine Rolle spielt. Ob eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen, ist im konkreten Einzelfall gleichwohl kritisch zu prüfen. Dabei liegt die Darlegungs- und Beweislast im Zweifel bei der Kartellbehörde bzw. bei der Partei, die sich auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV beruft.³⁶

Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte, insbesondere des für die Überprüfung von Entscheidungen des Bundeskartellamts zuständigen Oberlandesgerichts Düsseldorf sowie des Bundesgerichtshofs, zeigt, dass die Zwischenstaatlichkeit keineswegs in jedem Fall bejaht wird.³⁷ Und auch der Umstand, dass Verlagskooperationen in der Vergangenheit nicht selten in den Zuständigkeitsbereich einzelner Landeskartellbehörden fielen, spricht gegen die Annahme, Pressekooperationen seien regelmäßig geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Nach § 48 Abs. 2 S. 2 GWB sind die Landeskartellbehörden nur dann zuständig, wenn die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf nur ein Bundesland begrenzt sind. In einem solchen Fall erscheint eine Eignung zur Beeinträchti-

gung des zwischenstaatlichen Handels nach den vorstehenden Erwägungen doch sehr fernliegend.

IV. Rechtsfolgen und Verfahren

Liegen die materiellen Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes in § 30 Abs. 2 b GWB vor, findet das Kartellverbot in § 1 GWB insoweit keine Anwendung. Damit die an der Kooperation beteiligten Unternehmen Rechtssicherheit erlangen können, gewährt ihnen § 30 Abs. 2 b S. 3 GWB einen Anspruch auf eine Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde nach § 32 c GWB. Stellt die Kartellbehörde demgemäß fest, dass ein Anlass zum Tätigwerden nicht besteht, ist sie an diese Entscheidung gebunden. Nutzen die Parteien der Vereinbarung die Freistellung vom Kartellverbot dagegen missbräuchlich aus, kann das Bundeskartellamt die Vereinbarung nach § 30 Abs. 3 S. 2 GWB für unwirksam erklären.

1. Nichtanwendbarkeit von § 1 GWB

Das Verbot in § 1 GWB gilt nicht, wenn eine Vereinbarung die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen in § 30 Abs. 2 b S. 1 GWB erfüllt. Die entsprechende Vereinbarung ist folglich nicht nach § 134 BGB i. V. m. § 1 GWB unwirksam. Die Verhängung eines Bußgeldes gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 1 GWB kommt ebenfalls nicht in Betracht. Auch Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche nach § 33 Abs. 1, 3 GWB i. V. m. § 1 GWB scheiden aus. Voraussetzung ist jedoch immer, dass vorrangiges europäisches Recht keine Anwendung findet. Verstößt eine Vereinbarung gegen das Verbot in Art. 101 AEUV, können sich all diese Rechtsfolgen – zivilrechtliche Unwirksamkeit, Bußgeld sowie Schadensersatz- und Unterlassungspflicht – realisieren.

Die Nichtanwendbarkeit von § 1 GWB gilt gemäß § 186 Abs. 6 GWB allerdings nur für Vereinbarungen, die nach Inkrafttreten der neuen Norm und vor dem 31.12.2027 geschlossen werden. Zuvor getroffene Vereinbarungen bleiben unwirksam, sofern sie nicht nach Inkrafttreten des Gesetzes bestätigt werden. Umgekehrt bleiben Vereinbarungen, die vor dem 31.12.2027 geschlossen werden und die materiellen Freistellungsvoraussetzungen des § 30 Abs. 2 b S. 1 GWB erfüllen, auch über das Jahr 2027 hinaus wirksam.³⁸

Die Vorschriften der Missbrauchsaufsicht, konkret §§ 19, 20 GWB, bleiben jedoch ungeachtet des neuen Ausnahmereiches anwendbar. § 30 Abs. 2 b S. 4 GWB stellt dies ausdrücklich klar. Ebenfalls unberührt bleiben die Vorschriften über die Fusionskontrolle. Wird ein Kooperationsvorhaben in Gestalt eines Gemeinschaftsunternehmens realisiert, so unterliegt es zwar nicht mehr dem Kartellverbot nach § 1 GWB, wohl aber den Vorschriften über die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB.³⁹

31 Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl.EU Nr. C 101/81 vom 27.4.2004, Rn. 83 ff.

32 Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl.EU Nr. C 101/81 vom 27.4.2004, Rn. 90 f.

33 Siehe auch Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 Rn. 204 ff.

34 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 29.

35 Eufinger, AfP 2016, 385, 387 f., Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 28 f.

36 Soppel/Neubauer, ZUM 2017, 24, 29.

37 Exemplarisch OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2012, V-1 Kart 1-6/12 (OWi) – Silostellgebühren I, juris-Rn. 130; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 3.6.2014, KRB 46/13 – Silostellgebühren III, juris-Rn. 5.

38 Scholl/Weck, WuW 2017, 261, 263.

39 Der in diesem Fall deutlich hervortretende Wertungswiderspruch, nämlich Abschaffung der Kontrolle nach § 1 GWB bei gleichzeitiger Beibehaltung des Pressevervielfältigers in § 38 Abs. 3 GWB wird zu Recht kritisiert, vgl. Eufinger, AfP 2016, 385, 387.

2. Anspruch auf Entscheidung nach § 32 c GWB

Unternehmen, die eine verlagswirtschaftliche Kooperation beabsichtigen und die damit verbundenen kartellrechtlichen Risiken minimieren wollen, haben die Möglichkeit, die Zulässigkeit der Kooperation von der zuständigen Kartellbehörde bestätigen zu lassen. § 30 Abs. 2 b GWB normiert einen Anspruch der Beteiligten auf eine Entscheidung nach § 32 c GWB.⁴⁰ Während es normalerweise im Ermessen der Kartellbehörde steht, ob sie eine Entscheidung nach § 32 c GWB trifft⁴¹, ist sie mit Blick auf verlagswirtschaftliche Kooperationen i. S. d. § 30 Abs. 2 b S. 1 GWB verpflichtet, auf entsprechenden Antrag der Beteiligten und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen in § 30 Abs. 2 b S. 3 GWB zu entscheiden, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht.⁴²

Zuständig für die Entscheidung nach § 32 c GWB ist nach § 48 Abs. 2 GWB die jeweilige Landeskartellbehörde, wenn die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Kooperation nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Andernfalls ist das Bundeskartellamt zuständig.

Voraussetzung für eine Pflicht der Kartellbehörde zur Entscheidung nach § 32 c GWB ist zunächst ein Antrag der an der Kooperation beteiligten Presseverlage. Weiter ist Voraussetzung, dass nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht Anwendung findet. Schließlich müssen die Antragsteller auch noch ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben.

Von einem wirtschaftlichen Interesse wird regelmäßig dann auszugehen sein, wenn die Kooperationsparteien ein hinreichend konkretes Kooperationsprojekt haben und in ihrem Antrag auch beschreiben können. Das rechtliche Interesse an einer Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32 c GWB ist nicht zuletzt deshalb naheliegend, weil im Vorfeld der 9. GWB-Novelle mit Blick auf die Sperrwirkung des vorrangigen Art. 101 Abs. 1 AEUV unter anderem vom Bundeskartellamt auf die bestehenden Rechtsunsicherheiten und die damit verbundenen Risiken hingewiesen wurde.⁴³ Findet das europäische Kartellverbot keine Anwendung, kann das Kooperationsvorhaben ohne Nichtigkeits- und Bußgeldrisiko durchgeführt werden. Wenn dagegen Art. 101 Abs. 1 AEUV anwendbar ist, riskieren die Parteien nicht nur die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung, sondern auch die Verhängung eines Bußgeldes nach § 81 Abs. 1 GWB i. V. m. Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁴

Deutlich schwieriger ist die Beurteilung, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen greift. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Kartellbehörde eigene Ermittlungen anstellen muss, um beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Kartellbehörde muss darlegen und beweisen, dass eine Vereinbarung gegen das Kartellverbot verstößt, wenn sie gegen die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen vorgehen will. Umgekehrt muss die Kartellbehörde sicherstellen, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV tatsächlich nicht eingreift, wenn sie eine Entscheidung nach § 32 c GWB i. V. m. § 30 Abs. 2 b GWB zu treffen hat. § 30 Abs. 2 b S. 3 Nr. 1 GWB darf deshalb nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Kooperationsparteien die Nicht-Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV darlegen und beweisen müssen.⁴⁵ Es bleibt dabei, dass die Kartellbehörde auch insoweit den relevanten Sachverhalt ermitteln muss, um auf dieser Basis eine Entscheidung treffen zu können.

Sollte sich die Kartellbehörde weigern, eine Verfügung nach § 32 c GWB zu erteilen, haben die Parteien die Möglichkeit, dagegen im Wege der Beschwerde nach § 63 Abs. 3 GWB vorzugehen. Zuständig ist gem. § 63 Abs. 4 S. 1 GWB das für den Sitz der Kartellbehörde zuständige Oberlandesgericht.

3. Selbstbindung der Kartellbehörde

Trifft die Kartellbehörde eine Entscheidung nach § 32 c GWB, ist sie an diese Entscheidung selbst gebunden. Sie kann dann nicht mehr gegen die entsprechende Kooperation vorgehen. Ergeben sich jedoch neue Erkenntnisse, hat die Kartellbehörde gem. § 32 c GWB das Recht, ihre Verfügung wieder aufzuheben.⁴⁶ Das ist auch der Grund, weshalb in § 30 Abs. 2 b S. 3 Nr. 1 GWB ausdrücklich davon die Rede ist, dass die Kartellbehörde die Entscheidung über die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen trifft.

An die Entscheidung nach § 32 c GWB nicht gebunden sind dritte Unternehmen ebenso wie Gerichte. Macht beispielsweise ein Kunde oder Lieferant der kooperierenden Presseverlage gestützt auf § 33 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1 GWB Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche gegen die Kooperationspartner geltend, hat das Gericht die Voraussetzungen für die Ausnahme nach § 30 Abs. 2 b S. 1 GWB eigenständig zu prüfen. An eine Freistellungsverfügung der Kartellbehörde wäre das Gericht nicht gebunden.

4. Entzug der Freistellung

§ 30 Abs. 3 S. 2 GWB unterwirft Vereinbarungen zwischen Presseverlagen, die nach § 30 Abs. 2 b GWB vom Kartellverbot ausgenommen sind, einer besonderen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Danach kann eine Vereinbarung über eine verlagswirtschaftliche Kooperation im Fall des Missbrauchs der Freistellung für ganz oder teilweise unwirksam erklärt werden.⁴⁷ Wann konkret ein solcher Missbrauch vorliegen soll, lässt sich dem Gesetzentwurf nicht entnehmen. Denkbar ist der Entzug der Freistellung zum Beispiel dann, wenn die Kooperation entgegen § 30 Abs. 2 b S. 2 GWB auf die redaktionelle Ebene ausgedehnt wird. Ein Entzug der Freistellung kommt auch dann in Betracht, wenn systematisch Wettbewerber oder Abnehmer diskriminiert oder behindert werden. Im Unterschied zu §§ 19, 20 GWB wird aber nicht nur die Diskriminierung bzw. Behinderung untersagt, sondern die Freistellung der Kooperation entfällt insgesamt. Die Unternehmen verlieren also das Privileg, das ihnen § 30 Abs. 2 b S. 1 GWB gewährt. Fraglich ist, ob sie nicht kurze Zeit später wieder eine neue Kooperation desselben Inhalts, aber eben ohne die diskriminierenden Elemente, vereinbaren könnten. An sich lässt sich

40 Ein vergleichbarer Anspruch war früher in § 3 GWB zur Freistellung von Mittelstandskartellen vorgesehen. Die entsprechende Regelung war jedoch befristet und trat am 30.6.2009 außer Kraft.

41 *Bach*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 5. Aufl. 2014, § 32 c Rn. 12 ff.

42 Kritisch dazu *Podszun/Schwalbe*, ZUM 2017, 339, 343, die beanstanden, dass mit dem Wechsel zum System der Legalausnahme im Zuge der VO 1/2003 ein Anspruch auf einen comfort letter gerade nicht mehr gegeben sein sollte. Die Kritik geht jedoch insofern fehl, als § 30 Abs. 2 b GWB per definitionem nur dann zum Tragen kommt, wenn es an der Zwischenstaatlichkeit fehlt, die Tatbestandsvoraussetzung für Art. 101 AEUV und damit auch Art. 5 VO 1/2003 ist.

43 Dazu *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 29.

44 Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)1093 vom 19.1.2017, S. 17; *Scholl/Weck*, WuW 2017, 261, 263.

45 *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 29.

46 *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 30.

47 BT-Drs. 18/10207 S. 55; *Soppel/Neubauer*, ZUM 2017, 24, 30.

dagegen nichts einwenden. Wollen die Kooperationspartner insoweit Rechtssicherheit haben, müssten sie aber erneut eine Verfügung nach § 32 c GWB beantragen, da die alte Verfügung hinfällig geworden ist.

V. Konsequenzen für die Praxis

1. Erweiterte Handlungsspielräume für Pressekooperationen

Der neue Ausnahmereich setzt die kartellrechtlichen Hürden für Kooperationsvorhaben unter Beteiligung von Presseverlagen deutlich herab. Musste bislang insbesondere bei Kooperationen zwischen Wettbewerbern geprüft werden, ob die Zusammenarbeit als nicht wettbewerbsbeschränkende Arbeitsgemeinschaft zu werten ist oder die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 Abs. 1 GWB erfüllt, sind Kooperationen im nicht-redaktionellen Bereich nach § 30 Abs. 2 b GWB nunmehr grundsätzlich vom Kartellverbot freigestellt, sofern nicht vorrangiges EU-Recht anzuwenden ist.

Die Erwartung oder Befürchtung, der neue Ausnahmereich werde einen „geradezu revolutionären Einfluss auf die Zusammenarbeit von Verlagshäusern“ haben⁴⁸, erscheint jedoch übertrieben. Möglichkeiten, zu kooperieren, bestanden auch bisher schon. Dass in der Vergangenheit manches Kooperationsvorhaben nicht verwirklicht wurde, lag nicht immer an den kartellrechtlichen Hürden, sondern mitunter auch an kommerziellen Meinungsverschiedenheiten. Aber auch die entgegengesetzte Annahme, der neue Ausnahmereich werde im Ergebnis überhaupt nichts verändern, ist wenig überzeugend. Waren Kooperationen zwischen Wettbewerbern, zum Beispiel zur gemeinsamen Vermarktung digitaler Inhalte oder bei der Vermarktung von Anzeigen, nach der bisherigen Rechtslage durchaus kritisch zu sehen und im Einzelfall nach § 1 GWB verboten, stellt das Kartellverbot nach deutschem Recht insoweit kein Hindernis mehr dar. Zwar ist richtig, dass der Anwendungsbereich der neuen Vorschrift aufgrund des Vorrangs europäischen Rechts begrenzt ist. Die Presselandschaft ist jedoch nach wie vor relativ kleinteilig und lokal geprägt, insbesondere im Bereich der Tageszeitungen. Gerade das ist die Begründung für die strengere Behandlung von Fusionsvorhaben im Pressebereich, insbesondere durch die Absenkung der Aufgreifschwelle über § 38 Abs. 3 GWB. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels regelmäßig vorliegt. Auch der Umstand, dass manches Kooperationsvorhaben in der Vergangenheit nicht vom Bundeskartellamt, sondern von der jeweils zuständigen Landeskartellbehörde geprüft wurde, belegt, dass die Wirkungen möglicher Kooperationen im Einzelfall durchaus begrenzt sind und deshalb nicht zwingend der Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV eröffnet ist.

2. Wachsende Bedeutung der Missbrauchsvorschriften

Der neue Ausnahmereich entbindet Kooperationsvorhaben nicht von der Beachtung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Es ist davon auszugehen, dass die Bedeutung der Missbrauchsregeln im Umfeld von Pressekooperationen tendenziell zunehmen wird. Sind die an einer Kooperation beteiligten Unternehmen in ihrer Gesamtheit marktbeherrschend, und nutzen sie die Zusammenarbeit aus, um beispielsweise Preise gegenüber ihren Abnehmern anzuheben oder für die Kunden schlechtere Bedingungen durchzusetzen, kann dies gegen das Missbrauchsverbot in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verstoßen. In der Einführung einer

Zwangskombination im Anzeigenvertrieb kann eine missbräuchliche Koppelung liegen. Ein Missbrauch kann auch dann vorliegen, wenn die Kooperationspartner den Vorteil aus der Kooperation einsetzen, um sich gegenüber anderen Presseverlagen einen Vorsprung zu verschaffen. Ist eine Kooperation erfolgreich, wird sich möglicherweise die Frage stellen, ob die Kooperationspartner verpflichtet sind, dritte Presseunternehmen an der Kooperation teilhaben zu lassen. Ein Zugangsanspruch kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Dritte andernfalls aus dem Markt ausscheiden bzw. vom Zutritt zu einem Markt ferngehalten würde.

Vor diesem Hintergrund ist damit zu rechnen, dass es künftig häufiger zu Auseinandersetzungen mit Lieferanten, Abnehmern oder Wettbewerbern kommt, falls die an einer Kooperation beteiligten Presseverlage ihr Verhalten gegenüber Abnehmern oder Lieferanten merklich verändern. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass eine Kooperation den Binnenwettbewerb zwischen den an der Kooperation beteiligten Unternehmen beseitigen kann, mit der Folge, dass eine kollektive Marktbeherrschung i. S. d. § 18 Abs. 5 GWB eher anzunehmen ist als ohne die Kooperation. Bei der im Rahmen von Missbrauchstatbeständen stets erforderlichen umfassenden Interessenabwägung darf jedoch nicht ausgeblendet werden, dass es gerade Sinn und Zweck der Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten ist, Presseverlage im Wettbewerb mit anderen Medienanbietern zu stärken. Nicht jede Veränderung des Verhaltens ist daher schon deshalb als missbräuchlich anzusehen, weil sie sich vom Verhalten ohne Kooperation unterscheidet.

3. Fusionskontrolle

Die Vorschriften über die Fusionskontrolle wurden durch die aktuelle Reform nicht verändert. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob sich die erweiterten Möglichkeiten für Kooperationen künftig auch auf die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auswirken können. Diese Fragestellung liegt insbesondere dann nahe, wenn der Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussbeteiligten aufgrund einer vorherigen Kooperation beseitigt wurde. Der Bundesgerichtshof hat in seiner jüngsten Entscheidung zur Pressefusionskontrolle im Fall Haller Tagblatt sehr deutlich gemacht, dass bestehende Kooperationen zwischen den Zusammenschlussbeteiligten bei der Prüfung der Untersagungsvoraussetzungen zu berücksichtigen sind, und zwar dergestalt, dass eine Dämpfung bzw. Ausschaltung des Wettbewerbs infolge einer Kooperation als gegeben hinzunehmen ist.⁴⁹ Entsprechend ist eine Ausschaltung des Wettbewerbs aufgrund einer Kooperation nach § 30 Abs. 2 b GWB bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung, ob ein Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten lässt, durchaus von Relevanz, sofern sich der Zusammenschluss auf den nicht-redaktionellen Bereich bezieht.

Arbeiten beispielweise zwei Unternehmen beim Anzeigenvertrieb gestützt auf die Privilegierung in § 30 Abs. 2 b GWB zusammen, und wollen sie diese Zusammenarbeit gesellschaftsrechtlich verfestigen, etwa indem beide Anzeigenabteilungen in ein Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden oder ein Presseverlag die Anzeigenabteilung des anderen Verlags übernimmt, dann fehlt es auf dem betroffenen Anzeigenmarkt möglicherweise an einem wirksamen Wettbewerb, der durch den Zusammenschluss erheblich behindert werden könnte. Eine Untersagung könnte allenfalls

⁴⁸ Eufinger, AP 2016, 385.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 19.6.2012, KVR 15/11 – Haller Tagblatt, juris-Rn. 26.

noch auf die strukturelle Verfestigung der Kooperation gestützt werden, und zwar mit der Begründung, dass eine Kooperationsvereinbarung jederzeit beendet werden kann, während eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung nur unter Schwierigkeiten möglich ist. Ob diese Begründung in jedem Fall trägt, lässt sich abstrakt nicht beurteilen. Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen ein Gemeinschaftsunternehmen ohne Probleme beendet werden kann bzw. umgekehrt, in denen die Beendigung einer vertraglichen Kooperation erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt, weil einer der Vertragspartner aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit die notwendigen Ressourcen für eine eigenständige Tätigkeit nicht mehr vorhält.

Deshalb ist im konkreten Einzelfall eine Prognose vorzunehmen, in der die mit dem Zusammenschluss entstehenden Wettbewerbsbedingungen den zu erwartenden Wettbewerbsbedingungen ohne den Zusammenschluss gegenübergestellt werden.⁵⁰ Dabei reicht die Möglichkeit einer künftigen Entwicklung nicht aus, um in die Prognoseentscheidung einfließen zu können. Erforderlich sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte, die eine bestimmte Entwicklung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwarten lassen.⁵¹ Soweit ein Zusammenschluss nicht die Redaktion betrifft, können sich die erweiterten Kooperationsmöglichkeiten also durchaus auf die fusionskontrollrechtliche Prüfung auswirken. Anders ist die Situation, wenn der Zusammenschluss auch die Redaktion umfasst. In diesem Bereich haben sich die rechtlichen Bedingungen für Kooperationen nicht verändert. Es ist deshalb zu erwarten, dass künftig häufiger Zusammenschlüsse diskutiert werden, die den Verlag mit Ausnahme der Redaktion betreffen.

VI. Fazit

Einmal mehr gilt: es wird nichts so heiß gegessen, wie es gekocht wird. Die Vorstellung, mit der Einführung des neuen Ausnahmereichs für Pressekooperationen wären Zeitungs- und Zeitschriftenverlage umfassend gewappnet, um gestärkt in den Wettbewerb um Rezipienten und Werbekunden zu ziehen, täuscht. Eine entsprechende Stärkung setzt zunächst voraus, dass überhaupt sinnvolle Kooperationsformen gefunden werden, die eine Verstärkung der wirtschaftlichen Basis ermöglichen. Weiter müssen sich die potenziellen Kooperationspartner auf die Bedingungen der Kooperation verständigen, was nicht selbstverständlich ist. Umgekehrt erscheint es aber auch übertrieben, die Chancen, welche die neue Vorschrift den Presseverlagen bietet, von vornherein zu marginalisieren. Es ist keineswegs so, dass in den meisten Fällen das vorrangige EU-Recht greift. Daher besteht die Hoffnung, dass die angesichts der neuen Herausforderungen erforderlichen Fortschritte und Synergien mit Hilfe von Kooperationsvorhaben erzielt werden können, um so die vorhandene Pressevielfalt in Deutschland zu erhalten. Ob und wie die Presseverlage in den kommenden Jahren von den erweiterten Möglichkeiten in Folge des neuen § 30 Abs. 2 b GWB Gebrauch machen werden, ist ungewiss. Fest steht allerdings schon heute, dass der Gesetzgeber die weitere Entwicklung angesichts seiner Pflicht zur Evaluierung aufmerksam verfolgen wird. ■

50 Dazu auch *Podszun/Schwalbe*, ZUM 2017, 339, 340.

51 BGH, Beschl. v. 19.6.2012, KVR 15/11 – *Haller Tagblatt*, juris-Rn. 17 ff., 33 ff.; dazu *Klump*, WuW 2013, 344, 353.