

Kartellrechtliche Ausnahmeregelungen

Kurz gefasst

Summary

- 1 **Würdigung der neu eingeführten und diskutierten kartellrechtlichen Ausnahmeregelungen**
 - 2 **Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die Presse**
 - 2.1 Erfüllung verfassungsrechtlicher Funktionen
 - 2.2 Presse als Marktprodukt wirtschaftlichem Druck ausgesetzt
 - 2.3 Würdigung der neuen Vorschriften
 - 3 **Beschränkte Ausnahmeregelung für die Kreditverbände**
 - 4 **Ausnahmen für die Waldbewirtschaftung auf Länderebene**
 - 4.1 Entwicklungen seit dem XXI. Hauptgutachten
 - 4.2 Vorabentscheidung zu § 46 BWaldG brächte Klärung grundlegender Rechtsfragen für den gesamten EU-Binnenmarkt
 - 4.3 Durchsetzung der Wettbewerbsregeln unabhängig von § 46 BWaldG geboten
 - 4.4 Gestaltungsspielräume abhängig von den Zielen der Waldgesetze
 - 5 **Ausnahme für Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten**
-

Kurz gefasst

Der deutsche Gesetzgeber hat seit dem XXI. Hauptgutachten eine Reihe gesetzlicher Ausnahmen vom deutschen Kartellrecht definiert. Zurzeit wird außerdem die gesetzliche Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei Kooperationen zur Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis g RStV diskutiert. Im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode werden weitere Sonderregelungen ins Auge gefasst.

Die Neueinführung von Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln ist aus Sicht der Monopolkommission allerdings grundsätzlich problematisch, da sie mit einer neuen, pauschalen Sonderstellung einzelner Wirtschaftssektoren einhergeht. Wenn bestehende Wirtschaftssektoren vom Kartellrecht ausgenommen werden, kann dies zudem eine abnehmende bzw. fehlende Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Sektoren indizieren. Das gilt auch dann, wenn die Ausnahmen mit besonderen Zielen begründet werden, die sich bei Anwendung der Wettbewerbsregeln möglicherweise nicht erreichen lassen.

Die Presse ist über Verlagskooperationen hinaus Gegenstand einer Sonderbehandlung im deutschen Kartellrecht. Hintergrund ist zum einen, dass die Presse verfassungsrechtliche Funktionen erfüllt. Zum anderen erhöht sich der auf ihr lastende Wirtschaftlichkeitsdruck infolge der Digitalisierung und der sich dadurch ändernden Marktbedingungen. Der neue § 30 Abs. 2b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dürfte vor allem für Kooperationen auf den Zeitungsmärkten relevant sein, auf denen die Digitalisierung die größten Umwälzungen mit sich bringt. Diese Kooperationen dürften häufig allerdings bereits durch die damit einhergehenden Effizienzen gerechtfertigt sein, weshalb es einer weitergehenden gesetzlichen Ausnahme nicht bedarf. Der neue § 30 Abs. 2b GWB dürfte sich somit vor allem bei überregional vereinbarten Kooperationen im Rahmen des Zeitungsvertriebs und im Onlinegeschäft auswirken. In diesen Fällen dürfte er wegen des vorrangigen Unionskartellrechts praktisch wirkungslos bleiben. Ein unionsrechtlich gangbarer Weg wäre allenfalls, dass Presseunternehmen mit Aufgaben betraut werden, bei deren Verfolgung sie im Einzelfall nach Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von den EU-Wettbewerbsregeln freigestellt sein könnten.

Die in § 35 Abs. 2 Satz 3 GWB n. F. neu eingeführte Ausnahmeregelung entzieht wettbewerbslich unbedenkliche ebenso wie bedenkliche Neustrukturierungen in den Kreditverbänden einer fusionskontrollrechtlichen Überprüfung durch das Bundeskartellamt. Damit macht sie allerdings eine stärkere kartellbehördliche Überwachung der Gesamtentwicklung notwendig. Wenn sich die Verbundstrukturen weiter verfestigen sollten, so könnte dies zumindest bei den Sparkassen dazu führen, dass der Verbund oder zumindest Teile davon nicht mehr als Verbund selbstständiger Unternehmen, sondern vielmehr als einheitliches Unternehmen anzusehen wären.

Die Vereinbarkeit von § 46 Abs. 2 Bundeswaldgesetz (BWaldG) mit europäischem Recht sollte im Wege einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung geklärt werden. Dessen ungeachtet ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes und der Länder, eine Einigung ohne Einbeziehung von § 46 Abs. 2 BWaldG zu suchen, zu begrüßen. Anstatt zu versuchen, die Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln durch eine derartige Regelung auszuhebeln, sollten die im Bundeswaldgesetz und den Landeswaldgesetzen definierten Ziele überprüft und grundsätzlich auf Ziele der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr beschränkt werden, sodass Konflikte mit dem EU-Recht vermieden werden. Das schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber forstwirtschaftliche Unternehmen zur Erreichung der zulässigerweise definierten Ziele mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, bei deren Verfolgung sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV im Einzelfall von den Wettbewerbsregeln freigestellt sein können.

In Bezug auf die diskutierte Vorschrift zur Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit kooperativ erbrachten Dienstleistungen ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Regelung nichts an der Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Prüfung ändern würde, ob die betreffenden Kooperationen den EU-Wettbewerbsregeln unterliegen und ob sie nach diesen Regeln zulässig sind. Der Gesetzgeber müsste insofern darlegen, welchen zusätzlichen Nutzen die Regelung – insbesondere für die Erfüllung der besonderen Aufgaben der Rundfunkanstalten – haben würde. Der Gewinn an Rechtssicherheit durch eine solche Regelung wäre somit überschaubar.

Summary

Since the XX¹st Biennial Report, the German legislature has defined a number of legal exemptions to German competition law. Also, discussions are ongoing on whether to entrust public broadcasters with services of general economic interest concerning their cooperation for the production and dissemination of programmes within the meaning of Sec. 11a to g of the State Broadcasting Treaty. Further special provisions are envisaged in the coalition agreement for the 19th legislative period.

From the point of view of the Monopolies Commission, the introduction of new exemptions from the competition rules is generally problematic. The introduction of such exemptions establishes a new, blanket special treatment for individual economic sectors. Moreover, when existing economic sectors are exempted from competition law, this can indicate an ongoing decline or a lack of competitiveness in the sectors concerned. This is also true where proponents justify the exemptions with specific objectives which might not be achieved if competition rules applied.

The press has long been subject to special treatment in German competition law. The background is, on the one hand, that the press fulfils constitutional functions. On the other hand, the pressure on the press to maintain its economic viability is increasing as a result of digitalisation and the resulting changes in the market environment. The new Sec. 30 Para. 2b German Act against Restraints of Competition (ARC) is likely to be particularly relevant for cooperation in the newspaper markets, where digitalisation is causing the most radical changes. However, the relevant cooperation may often be justified by accompanying efficiencies, which is why further legal exemption is not required. Therefore, the new Sec. 30 Para. 2b ARC is likely to affect particularly nationwide cooperation agreements concerning newspaper distribution and the online business. In these cases, however, the new section is unlikely to have any practical effect due to the primacy of EU competition law. Under EU law, press companies can only be exempted from EU competition rules in individual cases according to Art. 106 para. 2 TFEU if they were entrusted with tasks the pursuit of which would fall under this provision.

The new exemption introduced in Sec. 35 Para. 2 third sentence ARC removes both innocuous as well as disputable restructurings of credit associations from the review of merger control by the Bundeskartellamt (Federal Cartel Office). However, this makes it necessary to have the competition authorities monitor the overall development more closely. If the associative structures were to concentrate any further, this could, at least for the German savings banks, mean that the association or at least parts of it would no longer be regarded as an association of independent companies, but rather as a single undertaking.

The compatibility of Sec. 46 Para. 2 of the Federal Forest Act with EU law should be clarified by means of a preliminary ruling by the European Court of Justice. That being said, it must be welcomed that the Bundeskartellamt and the Länder seek an agreement regardless of Sec. 46 Para. 2 Federal Forest Act. Instead of trying to undermine the application of the EU competition rules through such a provision, the objectives defined in the Federal Forest Act and the forest acts of the Länder should be reviewed and generally be limited to the objectives of general interest and hazard prevention. Conflicts with EU law would then be avoided. This does not preclude legislature from entrusting forestry undertakings with tasks of general economic interest in order to achieve legally defined objectives, the pursuit of which may justify an exemption from the competition rules in individual cases under Art. 106 para. 2 TFEU.

With regard to the currently debated provision entrusting public service broadcasters with general-interest services provided in cooperation, it should be noted that such a provision would not change the requirement for a case-by-case examination of whether the cooperation concerned is subject to EU competition rules and whether it is compatible with those rules. In this respect, the legislature would have to explain what additional benefits the provision would bring – in particular, regarding the fulfilment of the special tasks of the public service broadcasters. The gain in legal certainty through such a regulation would therefore be limited.

1 Würdigung der neu eingeführten und diskutierten kartellrechtlichen Ausnahmeregelungen

77. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die folgenden neuen Ausnahmen vom deutsche Kartellrecht definiert für:

- wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit,¹
- Zusammenschlüsse im Backoffice-Bereich einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe²

sowie – außerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – für

- wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen über forstwirtschaftliche Dienstleistungen.³

Zurzeit wird eine Sonderregelung diskutiert, welche die

- Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei Kooperationen zur Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis g Rundfunkstaatsvertrag (RStV)

zum Gegenstand haben soll. Im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode werden noch weitere Sonderregelungen ins Auge gefasst, und zwar für die

- Vereinbarkeit des Kartellrechts mit dem Genossenschaftswesen, in Bezug auf
- Absprachen von Mobilfunkanbietern für ein nationales Roaming und
- um die Entstehung von Digitalkonzernen in Deutschland und Europa zu ermöglichen, die international eine wettbewerbsfähige Größe erreichen.⁴

78. Zu den zuletzt genannten, im Koalitionsvertrag ins Auge gefassten Sonderregelungen ist bislang unklar, worum es sich im Einzelnen handeln soll. Zu diesen Regelungen nimmt die Monopolkommission im vorliegenden Hauptgutachten deshalb auch keine Stellung.

79. Die Neueinführung von Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln ist aus Sicht der Monopolkommission allerdings grundsätzlich problematisch, da sie mit einer neuen, pauschalen Sonderstellung einzelner Wirtschaftssektoren einhergeht. Wenn bestehende Wirtschaftssektoren vom Kartellrecht ausgenommen werden, kann dies zudem eine abnehmende bzw. fehlende Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Sektoren indizieren. Das gilt auch dann, wenn die Ausnahmen mit besonderen Zielen begründet werden, die sich bei Anwendung der Wettbewerbsregeln möglicherweise nicht erreichen lassen. Insofern ist die Zahl und Breite der bereits eingeführten oder gegenwärtig zumindest diskutierten Ausnahmen bedenklich.

80. In einer kurzen Stellungnahme zum Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle hatte die Monopolkommission die (damals noch im Entwurfsstadium befindliche) Ausnahme für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit von Presseunternehmen bereits als wettbewerbspolitisch fragwürdig kritisiert.⁵ Zu den weiteren – tatsächlich umgesetzten oder geplanten – Ausnahmeregelungen hat sie sich dagegen noch nicht geäußert.

81. In den folgenden Abschnitten würdigt die Monopolkommission zunächst die bereits vorhandenen Sonderregelungen für die Presse (Abschn. 2), die kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen (Abschn. 3) und forstwirtschaftliche

¹ § 30 Abs. 2b GWB.

² § 35 Abs. 2 Satz 3 GWB.

³ § 46 BWaldG.

⁴ CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, S. 38, 61, 64.

⁵ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 29 ff.

Dienstleistungen (Abschn. 4). Anschließend nimmt sie zu der von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geforderten Ausnahme für Rundfunkkooperationen Stellung (Abschn. 5).

2 Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die Presse

82. Der Gesetzgeber hat in der 9. GWB-Novelle eine weitere Sondervorschrift für die Presse eingeführt. Der neue § 30 Abs. 2b GWB sieht eine Ausnahme vom deutschen Kartellverbot (§ 1 GWB) für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit vor, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken. Dies gilt nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich. Davon abgesehen haben die betreffenden Unternehmen bei einem erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesse einen Anspruch, dass die Kartellbehörde ihnen gegenüber auf Antrag feststellt, dass eine Zusammenarbeit keinen Anlass zum behördlichen Tätigwerden wegen eines Verstoßes gegen das EU-Kartellverbot (Art. 101 AEUV) darstellt (§ 32c GWB).

83. Eine Freistellung von verlagswirtschaftlicher Zusammenarbeit im Pressebereich war bereits zur Zeit der 7. GWB-Novelle diskutiert worden.⁶ Die Aspekte, die im Rahmen der 9. GWB-Novelle zur Begründung der nun eingeführten Sondervorschrift angeführt wurden, waren ebenso bei den Änderungen des Pressekartellrechts in der 8. GWB-Novelle von Bedeutung gewesen.⁷ Die Monopolkommission hatte in Bezug auf die diskutierten bzw. eingeführten Änderungen jeweils Stellung genommen.⁸

84. Die Presse ist über Verlagskooperationen hinaus Gegenstand einer Sonderbehandlung im deutschen Kartellrecht. Hintergrund ist zum einen, dass die Presse verfassungsrechtliche Funktionen erfüllt (Abschn. 2.1). Zum anderen erhöht sich der auf ihr lastende Wirtschaftlichkeitsdruck infolge der Digitalisierung und der sich dadurch ändernden Marktbedingungen (Abschn. 2.2). Auch wenn man dies berücksichtigt, ist die Neuregelung allerdings kritisch zu sehen (Abschn. 2.3).

2.1 Erfüllung verfassungsrechtlicher Funktionen

85. Als „Presse“ sind verfassungsrechtlich alle zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse zu verstehen, ungeachtet des Inhalts, des Herstellungsverfahrens oder des Verbreitungswegs.⁹ Der Begriff umfasst die Gründung und Gestaltung von Presseorganen einschließlich aller Entscheidungen über Art und Ausrichtung sowie Inhalt und Form sowie aller wesensmäßig mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten.¹⁰

86. Die Presse im vorgenannten Sinne ist Träger und Verbreiter der öffentlichen Meinung im Interesse einer freien Demokratie. Deshalb ist durch die Pressefreiheit nicht nur die Rechtsposition der im Pressewesen tätigen Personen, sondern auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung geschützt.¹¹ Der Schutz bezieht sich dabei auf alle Arbeitsschritte von

⁶ Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640, S. 50 f.; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit (9. Ausschuss), BT-Drs. 15/5049, S. 47 ff.; Bundesrat, Ausschussempfehlungen, BR-Drs. 441/04 (Beschluss), S. 8 f.

⁷ Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852, S. 133, 149.

⁸ Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, Baden-Baden 2005, Tz. 146 ff.; XIX. Hauptgutachten, Baden-Baden 2012, Tz. 169 (S. 86); Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 123 f.; Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 70 ff.

⁹ BVerfG, Urteil vom 4. April 1967, 1 BvR 414/64, BVerfGE 21, 271 (278); Beschluss vom 25. Januar 1984, 1 BvR 272/81, BVerfGE 66, 116 (134); Beschluss vom 8. Oktober 1996, 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 (34).

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, 622/99, BVerfGE 103, 44 (59); Beschluss vom 6. Februar 1979 2 BvR 154/78, BVerfGE 50, 234 (240); Beschluss auch vom 14. Januar 1998, 1 BvR 1861/93, 1864/96, 2073/97, BVerfGE 97, 125 (144); Beschluss vom 9. Februar 2017, 1 BvR 967/15.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1959, 1 BvL 118/53, BVerfGE 10, 118 (121); siehe dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 42, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 48.

der Informationsgewinnung bis zur Verbreitung von Nachrichten und Meinungen.¹² Das einfache Recht und die Rechtsprechung gestehen diesen Schutz zumindest organisatorisch in sich geschlossenen und autonomen Organisationseinheiten mit einer redaktionellen Tätigkeit zu.¹³ Noch nicht abschließend entschieden ist, ob und in welchem Umfang er auch für Onlinemedien gilt.¹⁴

87. Anders als die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bilden die Anbieter von Presseerzeugnissen die vorhandene Meinungsvielfalt nicht durch ihre innere Organisation ab.¹⁵ Es handelt sich vielmehr um private Unternehmen, die durch ihre Tätigkeit im wirtschaftlichen Wettbewerb zur publizistischen Vielfalt beitragen.¹⁶ Anders als beim Rundfunk handelt es sich bei der Presse zudem um eine textbasierte Tätigkeit.¹⁷

88. Die Sonderregelungen im GWB für Unternehmen, die mit der Herstellung und dem Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften befasst sind, sollen sicherstellen, dass diese Unternehmen im Rahmen ihrer Marktstätigkeit die verfassungsrechtlichen Funktionen der Presse dauerhaft erfüllen können. Dazu enthält das GWB die folgenden Sonderregelungen:

- Nach § 38 Abs. 3 GWB ist für die Beurteilung der Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen in Presse und Rundfunk das Achtfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Mit dieser Verschärfung gegenüber den allgemeinen Vorschriften soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine auf Großzusammenschlüsse begrenzte Fusionskontrolle im Pressewesen, in dem es in besonderem Maße auf die Vielfalt des Angebots im regionalen und lokalen Bereich ankommt, möglicherweise nicht ausreicht.¹⁸ Die ursprünglich noch strengeren Schwellenwerte (Zwanzigfaches der Umsatzerlöse) wurden allerdings im Rahmen der 8. GWB-Novelle erhöht, um es Presseunternehmen zu erleichtern, ihre wirtschaftliche Basis durch Fusionen abzusichern und so ihre Wettbewerbsfähigkeit auch in Konkurrenz zu anderen Mediengattungen zu behaupten.¹⁹
- Der Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB zufolge ist ein Zusammenschluss im Pressebereich nicht zu untersagen, falls nachgewiesen wird, dass der übernommene Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag in den letzten drei Jahren einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Ferner muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte. Die in der 8. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift soll verhindern, dass Verlage, die in eine finanzielle Schieflage geraten, den Markt verlassen müssen.²⁰

¹² BVerfG, Teilurteil vom 5. August 1966, 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64, BVerfGE 20, 162 (176); Urteil vom 27. Februar 2007, 1 BvR 538, 2045/06, BVerfGE 117, 244 (259).

¹³ Art. 1 Ziff. 14 des 9. RÄStV; BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015, 1 B 32/15, Rz. 5; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 9. Mai 2017, 1 S 1530/16, Rz. 69 (jeweils zit. nach Juris).

¹⁴ Dazu Mann/Smid in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München 2015, Presserecht, Rz. 5-7 m. Nachw.

¹⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118, Rz. 9.

¹⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 38, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten, Baden-Baden 2003, Tz. 100; Sondergutachten 42, a. a. O. (Fn. 11), Tz. 50; siehe ferner BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, I ZR 207/14, zu den resultierenden Spannungsverhältnissen. Außerdem siehe Monopolkommission, Sondergutachten 42, Tz. 51 ff. speziell zu den wettbewerbspolitisch relevanten Merkmalen publizistischer Vielfalt.

¹⁷ So zumindest die bisherige Rechtsprechung; siehe BGH, Urteil vom 30. April 2015, I ZR 13/14, Ls. d und Rz. 65 f.; BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, I ZR 207/14, Rz. 33–35. Gegen die erstgenannte Entscheidung wurde allerdings Verfassungsbeschwerde eingelegt, über die beim Schluss der Bearbeitung dieses Hauptgutachtens noch nicht entschieden war.

¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 42, a. a. O. (Fn. 11), Tz. 5.

¹⁹ Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852, S. 41; dazu auch BKartA, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, Bonn, 22. Juni 2012, S. 7 ff.

²⁰ Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/11053, S. 6 und 19.

- Nach § 30 Abs. 1 GWB gilt das deutsche Kartellverbot nicht für Vereinbarungen, durch die ein Unternehmen, das Zeitungen oder Zeitschriften herstellt, den Abnehmern eine Preisbindung auferlegt oder sie verpflichtet, ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Die Vorschrift soll den Pressevertrieb schützen, indem sie den Presseunternehmen Zusatzeinnahmen durch den Wegfall des Preiswettbewerbs auf Handelsebene ermöglicht.²¹ Ein Begleiteffekt ist, dass dort der Qualitätswettbewerb in den Vordergrund rückt und dass sich grundsätzlich auch der Preiswettbewerb auf vorgelagerten Ebenen erhöhen kann.²²
- Der im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführte § 30 Abs. 2a GWB nimmt Branchenvereinbarungen zwischen Vereinigungen von Presseverlagen und Presse-Grossisten für die von diesen Vereinigungen jeweils vertretenen Unternehmen vom deutschen Kartellverbot aus, soweit darin der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungs- und Zeitschriftensortimenten durch die Presse-Grossisten, insbesondere dessen Voraussetzungen und dessen Vergütungen sowie die dadurch abgegoltenen Leistungen, geregelt sind. Insoweit sind nach dem Gesetz die Presseverlage und -Grossisten „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut“²³. Die Vorschrift soll die Überallerhältlichkeit von Pressetiteln und einen diskriminierungsfreien Zugang insbesondere auch von Titeln kleinerer Verlage und von Titeln mit kleineren Auflagen zum Lesermarkt kartellrechtlich absichern.²⁴
- Die neue Ausnahmenvorschrift in § 30 Abs. 2b GWB betrifft Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit im nichtredaktionellen Bereich. Ziel der Regelung ist es laut Regierungsbegründung, Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der Medienlandschaft zu begegnen und die wirtschaftliche Grundlage der beteiligten Presseverlage zu stärken, um ihnen zu ermöglichen, im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen.²⁵

89. Zusammenfassend stellen die Sonderregelungen in der Fusionskontrolle sicher, dass Zusammenschlüsse, durch die die Unabhängigkeit der Redaktionen der beteiligten Presseunternehmen wegfallen würde, einer besonders strengen Kontrolle unterliegen, außer das übernommene Presseunternehmen müsste sonst eventuell ganz aus dem Markt ausscheiden.²⁶ Dagegen sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen den Unternehmen im Pressebereich in weiterem Umfang gestattet als sonstigen Unternehmen. Insbesondere der neue § 30 Abs. 2b GWB soll die Spielräume für Kooperationen zwischen Presseunternehmen erweitern, die im wirtschaftlichen Wettbewerb mit anderen Medienanbietern stehen.

2.2 Presse als Marktprodukt wirtschaftlichem Druck ausgesetzt

90. Presseerzeugnisse stehen untereinander sowohl in einem publizistischen als auch in einem wirtschaftlichen Wettbewerb. Dabei hängt beides zusammen. Denn die Erlöse, welche die Presseanbieter im wirtschaftlichen Wettbewerb erzielen, ermöglichen es ihnen erst, ihre Beiträge zum publizistischen Wettbewerb zu finanzieren.

91. Die Presselandschaft war ursprünglich durch eine Vielzahl vergleichsweise eng abgegrenzter Märkte gekennzeichnet. So ist auf den Zeitungsmärkten herkömmlich zwischen Leser- und Anzeigenmärkten zu unterscheiden.

²¹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Preisbindung bei Verlagszeugnissen, BR-Drs. 334/02, S. 26.

²² Vgl. Monopolkommission, Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld, 2018, Tz. 162 ff., insb. Tz. 173 ff., 228 ff. (zur gesetzlich vorgeschriebenen Buchpreisbindung).

²³ Dazu BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44 ff.; zuvor OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar 2014, VI – U (Kart) 7/12; siehe zuletzt Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1023 ff.

²⁴ Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/11053, S. 18.

²⁵ Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 606/16, S. 36 f., 40, 55 f.; zum vorausgegangenen Referentenentwurf auch schon Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, Bonn, 25. Juli 2016, S. 2, 15 ff.; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 29 ff.

²⁶ Zum Erhalt der redaktionellen Unabhängigkeit in der Fusionskontrolle siehe z. B. Monopolkommission, Sondergutachten 38, a. a. O. (Fn. 86), Tz. 44 ff.

Dabei wird auf den Lesermärkten herkömmlich weiter nach der geografischen Ausrichtung (regionale/überregionale Zeitungen), der Erscheinungsweise (Tages-/Wochenzeitungen) und der Vertriebsmethode (Straßenverkaufs-/Abonnementzeitungen) differenziert.²⁷ Auf den Anzeigenmärkten sind neben Anzeigenblättern lokale und regionale Abonnementtageszeitungen sowie Straßenverkaufszeitungen einzubeziehen, die Anzeigen vertreiben.²⁸ Presseunternehmen, die sich über Anzeigen finanzieren, sind auf einem „mehrseitigen Markt“ tätig, weil sie sich sowohl mit ihrem publizistischen Angebot als auch bei der Akquirierung von Anzeigenkunden im Wettbewerb befinden.²⁹ Das OLG Düsseldorf hat zuletzt Informationsangebote, die online erbracht werden, ebenso wie die Onlinewerbung nicht den herkömmlichen Märkten zugerechnet, sondern eigene Märkte angenommen.³⁰

92. Im Rahmen der Marktabgrenzung bei Zeitschriften wird zwischen Publikums- und Fachzeitschriften unterschieden, wobei weiter zwischen Zeitschriften für unterschiedliche Adressatenkreise (z. B. populäre Wissensmagazine, Kosmetik-Fachzeitschriften) zu trennen ist.³¹ Bei Fernsehzeitschriften ist umstritten, ob abhängig vom Erscheinungsrhythmus unterschiedliche Märkte anzunehmen sind.³²

93. Sehr umstritten ist die Frage, ob die beschriebene Marktabgrenzung überhaupt noch zeitgemäß ist. Dabei dürfte immerhin dahingehend Einigkeit bestehen, dass die Digitalisierung das Marktgeschehen in großem Umfang sowohl auf den bisherigen relevanten Märkten als auch potenziell im Verhältnis der einzelnen Märkte zueinander verändert.³³ Die Digitalisierung führt auf den sachlich relevanten Märkten für online vertriebene Produkte dazu, dass die Alternativangebote anderer Presseunternehmen sprichwörtlich „nur einen Klick entfernt“ sind. Daneben wird der Wettbewerb um die Aufmerksamkeit der Internetnutzer für Presseinhalte durch allgemeine Suchmaschinen und spezielle Nachrichtenaggregatoren verschärft. In räumlicher Hinsicht sorgt der Vertrieb über das Internet dafür, dass vormals nur lokal oder regional verfügbare Angebote im gesamten deutschen Sprachraum und darüber hinaus konsumierbar sind. Beides kann sich auf die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Zusammenschlüssen und Kooperationen im Pressebereich auswirken.

94. Deutlich schwieriger ist zu entscheiden, in welchem Umfang auch medienübergreifende (sog. crossmediale) Substitutionseffekte bei der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt werden müssen. Das betrifft das Verhältnis zwischen außerhalb des Internets und online erbrachten Informations- und Anzeige-/Werbediensten, aber auch das Verhältnis zwischen Presse und Rundfunk.³⁴ Wenn man das Zusammenspiel der Medienmärkte betrachtet, so ergibt sich eine gewisse Marktverknüpfung jedenfalls dadurch, dass die Akteure online und offline zum Teil die gleichen, ihre Kosten online und offline aber unterschiedlich sind. Die betreffenden Unternehmen können somit versuchen, mit den Einnahmen aus dem herkömmlichen Geschäft den Aufbau einer Vertriebsstruktur für digitale Inhalte zu finanzieren oder mit Einnahmen aus Onlinewerbung ihre Verluste im Printgeschäft auszugleichen. Davon abgesehen trägt die Digitalisierung bei einer marktübergreifenden Betrachtung dazu bei, dass sich mediale Angebote aufeinander zuentwickeln (Medienkonvergenz). Außerdem eröffnet sie aber auch neuen Anbietern mit innovativen Geschäftsmodellen Möglichkeiten zum Markteintritt.

²⁷ BGH, Beschluss vom 29. September 1981, KVR 2/80 – Zeitungsmarkt München; Beschluss vom 26. Mai 1987, KVR 3/86 – Niederrheinische Anzeigenblätter; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), Rz. 188; Beschluss vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V), Rz. 60 ff.; Beschluss vom 27. Oktober 2004, VI-Kart 7/04 (V); BKartA, Beschluss vom 21. April 2009, B6 – 150/08; Beschluss vom 9. Juli 2009, B6-38-09.

²⁸ BGH, Beschluss vom 26. Mai 1987, KVR 3/86 – Niederrheinische Anzeigenblätter.

²⁹ Das gilt nach aktueller Rechtslage auch, soweit sie ihr publizistisches Angebot unentgeltlich erbringen; vgl. § 18 Abs. 2a GWB.

³⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V), Rz. 65; BKartA, Beschluss vom 11. Juni 2015, B 6 – 22/15, Tz. 213.

³¹ BGH, Urteil vom 16. Januar 2007, KVR 12/06 – National Geographic II; BKartA, Beschluss vom 29. August 2008, B6-52/08, Tz. 39 ff.

³² LG München, Urteil vom 7. April 2004, 33 O 5243/04; Urteil vom 21. März 2006, 33 O 24781/04.

³³ Siehe dazu schon Monopolkommission, Sondergutachten 36, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Baden-Baden 2003, Tz. 48 ff.; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 332, 553 f.

³⁴ Siehe erneut BGH, Urteil vom 30. April 2015, I ZR 13/14.

95. Die beschriebenen Entwicklungen führen nicht nur dazu, dass sich der wirtschaftliche Druck auf die Presseunternehmen erhöht, sondern sie können auch Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb haben. Denn die Erstellung von Presseinhalten mittels eigenständiger Redaktionen ist ein nicht unerheblicher Kostenfaktor im Wettbewerb der Presseunternehmen. Der Gesetzgeber hat in jüngerer Zeit wiederholt versucht, den wirtschaftlichen Druck auf die Presse über verschiedene Maßnahmen zu reduzieren.³⁵

2.3 Würdigung der neuen Vorschriften

96. Der im Rahmen der 9. GWB-Novelle normierte § 30 Abs. 2b GWB dient dazu, die publizistische Vielfalt abzusichern und zu fördern. Zu diesem Zweck ermöglicht die Vorschrift Kooperationen, die nach dem bisherigen deutschen Kartellverbot grundsätzlich unzulässig sind. Eine positive Würdigung setzt voraus, dass sie überhaupt geeignet ist, die damit verfolgten Ziele zu erreichen. Das ist – auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums – zweifelhaft. Die Vorschrift dürfte sich in der Sache kaum auf Kooperationen auswirken, die der publizistischen Vielfalt zugute kommen und zugleich kartellrechtswidrig sind. In Bezug auf die relevanten Kooperationen dürfte sich an der rechtlichen Beurteilung mithin kaum etwas ändern.

97. Der neue § 30 Abs. 2b GWB dürfte vor allem für Kooperationen auf den Zeitungsmärkten relevant sein, auf denen die Digitalisierung die größten Umwälzungen mit sich bringt. Die Formen der verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit auf den Zeitungsmärkten sind vielgestaltig:³⁶

- Auf den Lesermärkten arbeiten Presseunternehmen in der Weise zusammen, dass Lokal- und Regionalzeitungen ihre überregionale Berichterstattung gemeinsam erstellen oder von einem größeren Zeitungsanbieter beziehen.
- Im Anzeigenbereich vertreiben Presseunternehmen einzelne Anzeigen zusammen (evtl. zu demselben Preis) oder bieten Kunden Kombinationstarife für den Fall an, dass diese dieselbe Anzeige im überregionalen Teil mehrerer Regional- oder Lokalzeitungen schalten.
- Außerdem kann es zur Zusammenarbeit beim Druck und bei der Zustellung von Zeitungen kommen. Neue Kooperationsformen entwickeln sich im Onlinebereich, etwa bei der Vermarktung von Werbeplätzen.

98. Die Beurteilung dieser Kooperationen ist grundsätzlich einzelfallabhängig. Dabei sind die damit einhergehenden wettbewerblichen Effizienzen, aber als außerwettbewerblicher Aspekt auch ihr Beitrag zum publizistischen Wettbewerb zu berücksichtigen.³⁷ Ferner spielt eine Rolle, ob die Kooperation sich in einer Vertragsregelung erschöpft oder ob die Beteiligten auch in struktureller Hinsicht ein Gemeinschaftsunternehmen bilden.

99. Unter diesen Voraussetzungen dürfte insbesondere die beschriebene Zusammenarbeit auf den Lesermärkten keiner zusätzlichen Ausnahme vom deutschen Kartellverbot bedürfen. Diese Zusammenarbeit macht Lokal- und Regionalzeitungen das Überleben mit einem gemeinsamen überregionalen Teil möglich. Sie dürfte damit in vielen Fällen als schon nicht wettbewerbsbeschränkend (Arbeitsgemeinschaftsgedanke)³⁸ oder zumindest als durch die damit einhergehenden Effizienzen gerechtfertigt anzusehen sein (§§ 2 f. GWB). Dem steht nicht entgegen, dass die

³⁵ Siehe z. B. LG Berlin, Beschluss vom 9. Mai 2017, 16 O 546/15, und zuvor BKartA, Fallbericht vom 25. April 2016 zu Entscheidung 8. September 2015, B6-126/14; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 33), Tz. 287 zu dem zugunsten der Urheber von Presseartikeln eingeführten Leistungsschutzrecht.

³⁶ Dazu Rudolph, Erhalt von Vielfalt im Pressewesen, Frankfurt a. M. 2009, 172 ff.; Haus/Schmidt, ZWeR 2017, 240 (244 ff.).

³⁷ Die Rechtsgrundsätze, nach denen außerwettbewerbliche Belange außerhalb spezieller Vorschriften (z. B. Art. 106 Abs. 2 AEUV) bei Zielkonflikten im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Kooperationen zu berücksichtigen sind, sind nur teilweise geklärt; siehe dazu Kirchhoff in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 11 ff.; Kokott/Dittert, ebenda, S. 15 ff.; Schweitzer, ebenda, S. 21 ff.

³⁸ Siehe dazu EU-Kommission, Mitteilung – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 30 (zum Tatbestandsmerkmal „wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen“).

Ausgestaltung im Einzelfall mit kartellrechtlich nicht vertretbaren Wettbewerbsbeschränkungen einhergehen kann und dass sie der publizistischen Vielfalt außerdem nur auf lokaler bzw. regionaler Ebene zuträglich ist.

100. Auf den Anzeigenmärkten ist eine Effizienzrechtfertigung ebenfalls möglich, wenn mit den Anzeigen zusätzliche Zeitungsangebote finanziert werden. In publizistischer Hinsicht dürfte es vor allem diese mittelbare Auswirkung sein, die im Interesse der Pressefreiheit liegt und somit zur Rechtfertigung der betreffenden Kooperationen beitragen kann. Demgegenüber sind Anzeigenkooperationen, die mit nicht unerlässlichen Wettbewerbsbeschränkungen (z. B. durch Preisabsprachen) einhergehen, normalerweise kartellrechtlich nicht zu rechtfertigen. Das schließt eine außerwettbewerbliche Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt, dass die Zeitungsunternehmen die kartellbedingten Mehreinnahmen für ihr publizistisches Überleben benötigen, nicht grundsätzlich aus.³⁹ Insofern ist eine Rechtfertigung für Sonderregelungen wie § 30 Abs. 2b GWB prinzipiell denkbar, wenn der Gesetzgeber diese im Rahmen der ihm zukommenden Einschätzungsprärogative für geeignet und erforderlich hält. Ähnliches gilt in Bezug auf Kooperationen bei Druck, Zustellung und ähnlichen Vertriebsdienstleistungen.⁴⁰

101. Diese grundsätzliche Einschätzung lässt sich aber schon nicht unbesehen auf Kooperationen im Onlinegeschäft übertragen. So ist zu bedenken, dass die für den Gesetzgeber im Vordergrund stehende publizistische Vielfalt online und offline unterschiedlich zu bewerten ist. Das Internet ermöglicht den Lesern den Zugriff auf kostenlose und -pflichtige Informationsangebote, die ihnen in dieser Reichhaltigkeit im herkömmlichen Zeitungsvertrieb nicht geboten werden. Hinzu kommen internetspezifische Informationsangebote (Blogs, Foren usw.). Ebenso unterscheiden sich die möglichen Finanzierungsmodelle für publizistische Angebote online und offline erheblich. Auf der Seite des Vertriebs von Onlinewerbung stehen Zeitungsunternehmen nicht nur untereinander, sondern auch mit anderen Anbietern von Werbedienstleistungen im Wettbewerb.

102. Die Neuregelung des § 30 Abs. 2b GWB sieht ungeachtet der voranstehenden Ausführungen eine pauschale Ausnahme für alle Formen der verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit vor. Eine solche pauschale Regelung kann allerdings mit dem EU-Recht in Konflikt geraten. Denn nach dem bisher Ausgeführten dürfte sich die Ausnahme vor allem bei überregional vereinbarten Kooperationen im Rahmen des Zeitungsvertriebs und im Onlinegeschäft auswirken. In diesen Fällen ist zwingend die Anwendung der Art. 101 f. AEUV zu prüfen. Diese greifen immer dann ein, wenn die relevante Zusammenarbeit den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet ist, wobei die Beeinträchtigung spürbar sein muss.⁴¹ Das ist jedenfalls dann in Betracht zu ziehen, wenn eine solche Zusammenarbeit eine nicht nur rein lokale Bedeutung aufweist.⁴² In den betreffenden Fällen ist Art. 101 AEUV neben dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht anzuwenden.⁴³

103. Die Neuregelung lässt sich insoweit auch nicht damit rechtfertigen, dass sie die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen erhöht. Das Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV verlangt nämlich eine Selbsteinschätzung der betroffenen Unternehmen in Bezug auf den Einzelfall, die durch eine pauschale gesetzliche Ausnahme

³⁹ Siehe einschränkend unten Tz. 106.

⁴⁰ In diesem Kontext kann offenbleiben, ob ein Beitrag der Kooperationen zum publizistischen Wettbewerb schon als wirtschaftliche Effizienz im Sinne von § 2 GWB berücksichtigungsfähig ist.

⁴¹ Dazu EuGH, Urteil vom 21. Januar 1999, C-215/96 und C-216/96 – Carlo Bagnasco, Slg. 1999, I-135, ECLI:EU:C:1999:12, Rz. 47; Urteil vom 23. November 2006, C-238/05 – Asnef-Equifax, Slg. 2006, I-11125, ECLI:EU:C:2006:734, Rz. 34; EuGH, Urteil vom 24. September 2009, C-125/07 P u. a. – Erste Group Bank AG u. a., Slg. 2009, I-8681, ECLI:EU:C:2009:576, Rz. 38 f.

⁴² EU-Kommission, Bekanntmachung — Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 89 ff., insb. Tz. 91. Zu Umständen, unter denen sogar lokale Marktaktivitäten von den EU-Wettbewerbsregeln erfasst werden können, siehe zudem EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2014, C(2014) 5077 final, Fall SA.33045 – Deutschland (Kristall Bäder), Tz. 40; Pressemitteilung vom 29. April 2015, IP/15/4889 (jeweils zu Art. 107 AEUV).

⁴³ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269 f.; Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003.

nicht ersetzt werden kann.⁴⁴ Dies gilt umso mehr, als dadurch die Beweislastverteilung für die Anwendung des Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV unter Abweichung von Grundsätzen des EU-Rechts verändert würde.⁴⁵

104. Ein unionsrechtlich gegebenenfalls gangbarer Weg könnte darin bestehen, dass der deutsche Staat das Ziel einer Absicherung bzw. Förderung der publizistischen Vielfalt in den Vordergrund der Regulierung rückt. Im Hinblick auf dieses Ziel könnte er Presseunternehmen mit Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betrauen, bei deren Verfolgung sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von den Wettbewerbsregeln freigestellt sind, soweit dies erforderlich ist, um ihnen die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben zu ermöglichen, und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs in keinem dem Unionsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaße beeinträchtigt wird.⁴⁶ Dabei kann an dieser Stelle offenbleiben, ob es tatsächlich in erheblichem Umfang Fälle gibt, in denen eine solche Freistellung von den Wettbewerbsregeln überhaupt erforderlich ist. Die Ausnahmeregelung des § 30 Abs. 2b GWB stellt jedenfalls keine derartige Regelung dar.

105. Der heutige § 30 Abs. 2b GWB kann stattdessen möglicherweise sogar eine Haftung des deutschen Staates nach dem unionsrechtlichen Loyalitätsgrundsatz auslösen. Denn dieser verbietet es den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu treffen, durch die Kartellabsprachen vorgeschrieben, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt werden oder bei denen der Mitgliedstaat seinen eigenen Regelungen dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.⁴⁷ Zwar ist der deutsche Staat grundsätzlich darin frei, wie er Sachverhalte ohne Binnenmarktrelevanz regelt. Doch ist es bedenklich, wenn er durch solche Regelungen neue Rechtsunsicherheit schafft und die Marktteilnehmer infolgedessen kartellrechtliche Freiräume in Anspruch nehmen, die ihnen nach Art. 101 f. AEUV nicht zukommen. Dies ist vorliegend der Fall, weil Presseunternehmen sich voraussichtlich auch bei tatsächlich binnenmarktrelevanten Sachverhalten auf § 30 Abs. 2b GWB berufen werden.

106. Die Neuregelung verstärkt zudem die Brüche, die das deutsche Pressekartellrecht schon seit einiger Zeit kennzeichnen. Dieses sieht für Zusammenschlüsse nach Maßgaben von § 38 GWB eine besonders weitgehende Überprüfung vor. Damit soll herkömmlich die Selbstständigkeit der Presseunternehmen bei der Erstellung redaktioneller Inhalte geschützt werden.⁴⁸ Dies spricht grundsätzlich auch für eine kritische Sicht auf Kooperationen zwischen Presseunternehmen unterhalb der Schwelle eines Zusammenschlusses. Dagegen lässt der Gesetzgeber seit der 8. GWB-Novelle verstärkt Kooperationen unterhalb der Schwelle eines Zusammenschlusses zu, obwohl diese ebenfalls die Autonomie der Presseunternehmen im publizistischen Wettbewerb vermindern können. Das gilt auch für Kooperationen im nicht redaktionellen Bereich, z. B. wenn diese zu finanziellen Abhängigkeiten zwischen mehreren Presseunternehmen untereinander führen.⁴⁹ Ohnehin kann bei solchen Kooperationen die Schwelle zu einem fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtigen Gemeinschaftsunternehmen im Einzelfall überschritten werden.

107. Zuletzt erscheint rechtspolitisch fragwürdig, dass die pauschale Ausnahmeregelung des § 30 Abs. 2b GWB nach dem bisher Ausgeführten vor allem bei besonders schwerwiegenden Kartellabsprachen (sog. Hardcore-

⁴⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1998, C-185/95 P – Baustahlgewebe, Slg. 1998, I-8417, ECLI:EU:C:1998:608, Rz. 58; Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 87; Urteil vom 22. November 2012, C-89/11 P – E.ON Energie, ECLI:EU:C:2012:738, Rz. 71; vgl. auch Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, Slg. 2004, I-123, ECLI:EU:C:2004:6, Rz. 78 (unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 5 der VO 1/2003). Siehe ferner die ausdrückliche Beweisregelung in Art. 2 VO 1/2003.

⁴⁶ Art. 106 Abs. 2 AEUV. Siehe auch Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003, wonach die mitgliedstaatliche Pflicht zur Anwendung der Art. 101 f. AEUV nicht der Anwendung von Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts entgegensteht, die überwiegend ein davon abweichendes Ziel verfolgen.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769, ECLI:EU:C:1988:427, Rz. 16.

⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 42, a. a. O. (Fn. 11), Tz. 100 f.

⁴⁹ Vgl. hierzu Bundesrat, Ausschussempfehlungen, BR-Drs. 441/04 (Beschluss), S. 8 f.: „wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb eng verknüpft“.

Verstößen) relevant werden könnte, da andernfalls ohnehin eine einzelfallbezogene Freistellung nach §§ 2 f. GWB oder aufgrund des außerwettbewerblichen Interesses am Erhalt publizistischer Vielfalt in Betracht kommt. Derartige Verstöße wirken sich grundsätzlich sehr nachteilig auf wirtschaftliche Verbraucherinteressen aus. Die veröffentlichten Gesetzesmaterialien lassen aber nicht erkennen, dass diese Verbraucherinteressen im Gesetzgebungsverfahren in irgendeiner Weise berücksichtigt worden wären.⁵⁰ Die angeführten Bedenken wiegen umso schwerer angesichts der Bestimmung des § 186 Abs. 6 GWB, der für Vereinbarungen, die vor Ende 2027 wirksam geworden sind, offenbar einen dauerhaften Bestandsschutz vorsieht.

108. In einer Gesamtschau verfolgt der neu eingeführte § 30 Abs. 2b GWB mit dem Schutz der publizistischen Vielfalt ein durchaus anzuerkennendes Ziel. Allerdings ist eine derart pauschale Ausnahmeregelung nicht ohne Weiteres mit EU-Recht vereinbar und dürfte wegen des Anwendungsvorrangs von Art. 101 AEUV auch nur einen geringen Anwendungsbereich haben. Daneben werden Haftungsrisiken nach dem unionsrechtlichen Loyalitätsgrundsatz begründet und die Brüche innerhalb des deutschen Pressekartellrechts verstärkt. § 30 Abs. 4 GWB sieht eine Evaluation des neu eingeführten § 30 Abs. 2b GWB durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten der Regelung vor. Die Monopolkommission spricht sich aus wettbewerbspolitischen Gründen schon jetzt für die Streichung von § 30 Abs. 2b GWB aus.

3 Beschränkte Ausnahmeregelung für die Kreditverbände

109. Im Rahmen der Arbeiten an der 9. GWB-Novelle hatte der Deutsche Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV) eine gesetzliche Freistellung der deutschen Kreditverbände (Sparkassen- und Genossenschaftsverband) von den Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle angestrebt. Außerdem sollten verbundinterne Kooperationen (einschließlich Informationsaustausch) vom Kartellverbot des § 1 GWB ausgenommen werden.

110. Die Monopolkommission hatte bereits im XI. Hauptgutachten die – später auch erfolgte – Abschaffung der damaligen bundesgesetzlichen Ausnahmenvorschriften für den Bereich Banken und Versicherungen gefordert und sich im XX. Hauptgutachten kritisch zu den Wettbewerbsbeschränkungen durch die landesgesetzliche Ausgestaltung des Sparkassenverbundes geäußert.⁵¹ In der Zwischenzeit hat es mehrere Entwicklungen gegeben, welche zu weiteren Bedenken in Bezug auf gesetzliche Besserstellungen der Sparkassengruppe führen (dazu in den folgenden Textziffern). Hintergrund dieser Besserstellungen ist, dass sich die Sparkassengruppe – ebenso wie die Deutsche Kreditwirtschaft allgemein – durch die aufsichtsrechtliche Regulierung infolge der Finanzkrise, durch die Niedrigzinspolitik und die Anleihenkäufe der Notenbanken sowie durch die Digitalisierung und die zunehmende Bedeutung digitaler Finanztechnologiedienste erheblichen Herausforderungen ausgesetzt sieht.⁵² Insbesondere die zuletzt genannte Entwicklung kann eine kartellbehördliche Kontrolle auslösen.

111. Dementsprechend hatte das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum über mehrere Kooperationsprojekte zu entscheiden, mit denen die Sparkassengruppe ihr Angebot an digitalen Dienstleistungen für ihre Kunden (Frontoffice) erweitert:

- Ein erstes Verfahren betraf die gemeinschaftliche Vermarktung einer Applikation, die eine Kontoeröffnung und Kontoführung über das Mobiltelefon ermöglicht. Mit der Applikation sollte den beteiligten regionalen Sparkassen ein ortsungebundenes und bundesweit verfügbares Angebot von Finanzdienstleistungen ermöglicht werden. Das Bundeskartellamt hatte keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Vorhaben in der dem Amt vorgelegten Ausgestaltung.⁵³

⁵⁰ Siehe insb. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 606/16, S. 55 f. (Prüfung allein von Auswirkungen auf die Presseunternehmen).

⁵¹ Monopolkommission, XI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1007; dazu auch Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 123.

⁵² Dazu Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1339 ff.

⁵³ BKartA, Pressemitteilung vom 14. September 2016 – Yomo.

- In einem weiteren Verfahren erhob das Bundeskartellamt keine Einwände gegen die Zahlungsfunktion „Kwitt“, mit der Sparkassen-Kunden künftig Geldbeträge von Handy zu Handy senden können. Mit diesem Angebot, das sich nur an die vorhandenen Kunden der Sparkassen wendet, steht die Sparkassen-Gruppe im Wettbewerb insbesondere mit Anbietern, die unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Bankengruppe entsprechende Apps am Markt anbieten und an Kreditinstitute lizenzieren.⁵⁴
- In einem dritten Verfahren erhob das Bundeskartellamt keine kartellrechtlichen Einwände gegen die geplante Einführung einer neuen Zahlungsfunktion beim Internet-Bezahlverfahren paydirekt, mit der Kunden künftig kleinere Geldbeträge von Handy zu Handy überweisen können (sog. P2P-Zahlungsfunktion). Das paydirekt-System wird im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens von führenden Unternehmen der privaten Banken, der Volks- und Raiffeisenbanken sowie aus dem Sparkassensektor betrieben und ist auf dem deutschen Markt für Internet-Bezahlverfahren tätig. Der führende Anbieter von Internet-Bezahlverfahren Paypal hat seine Applikation bereits seit geraumer Zeit mit einer vergleichbaren P2P-Funktion ausgestattet. Daneben bieten auch unabhängige Finanztechnologieunternehmen (z. B. Lendstar, Cringle, Tabbt) und die beiden deutschen Kreditverbände solche Zahlungsfunktionen an (Kwitt, „Geld senden und empfangen“).⁵⁵

112. Die Beurteilung dieser Kooperationsprojekte durch das Bundeskartellamt begegnet keinen Bedenken. Die Sparkassengruppe ist ebenso wie die privaten und die genossenschaftlichen Banken berechtigt, sich Marktveränderungen aufgrund der zunehmenden Digitalisierung anzupassen. Es ist erfreulich, dass die Banken und Sparkassen sich dieser Herausforderung im Berichtszeitraum gestellt haben.

113. Dieser positiven wettbewerblichen Beurteilung steht auch nicht entgegen, dass es angeblich aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig ist, dass speziell die Sparkassen außerhalb ihres durch die Sparkassengesetze definierten Tätigkeitsgebiets im Wettbewerb Finanzdienstleistungen erbringen und dort auch neue Kunden akquirieren. Der DSGVO selbst hatte dies während der Vorbereitung des XX. Hauptgutachtens vertreten und dabei vor allem auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG verwiesen, wonach die kommunalen Sparkassenträger das Recht haben, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“, und vor einer Tätigkeit benachbarter Gemeinden, die ihre legitimen Interessen nicht wahr, geschützt zu werden.⁵⁶ Im Anschluss an den DSGVO hatten zwar auch einige Vertreter des rechtswissenschaftlichen Schrifttums diese Position übernommen.⁵⁷ Die wettbewerbliche Freiheit der Sparkassen ist jedoch zumindest durch das europäische Recht geschützt. Die Monopolkommission sieht im Übrigen auch weiter keinen Anlass, ihre im XX. Hauptgutachten dargelegte Position zu revidieren, wonach die europäischen Wettbewerbsregeln nicht hinter eventuelle Vorgaben des nationalen Rechts zurückzutreten haben.⁵⁸

114. Der gesetzliche Regelungsrahmen unterhalb des Verfassungsrechts, innerhalb dessen die Sparkassengruppe sich den derzeitigen Marktveränderungen anpasst, ist allerdings kritisch zu sehen. In einer Gesamtschau sorgt dieser Regelungsrahmen mit gesetzlichen Freistellungen von den Wettbewerbsregeln und gesetzlichen Wettbewerbsbeschränkungen zum Vorteil des Sparkassenverbands dafür, dass ein Raum mit abgedämpftem Wettbewerbsdruck geschaffen wird, in dem die Sparkassen sich unter teilweise erleichterten Bedingungen den sich ändernden Marktverhältnissen anpassen können.

⁵⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 25. November 2016 – Kwitt.

⁵⁵ BKartA, Pressemitteilung vom 12. April 2017 – paydirekt.

⁵⁶ DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 1969, 1973–1984 m. Nachw.

⁵⁷ Henneke, ZVgRWiss 2014, 535 (543, 546–548); Kemmler, Die Verwaltung 2016, 397 (409 f.); Stern, Das sparkassenrechtliche Regionalprinzip – Verfassungsrechtliche Verankerung und Europarechtsgemäßheit, Baden-Baden 2014, S. 28, 30 f., 32; Thomas, Die kartellrechtliche Bewertung des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips, Tübingen 2015, S. 8 f., 17; unklar Bunte, WM 2016, 905 (909); Eufinger, EWS 2014, 253 (257); Kerber, JZ 2014, 1044 (1044).

⁵⁸ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1923 ff.; insb. Tz. 1964–1967, 1973–1984 sowie 1985–1987.

115. Den Sparkassen kommt im Wettbewerb mit anderen Finanzmarktteilnehmern namentlich zugute, dass ihr öffentlicher Auftrag so formuliert ist, dass Ziele im öffentlichen Interesse und die den Wettbewerbsregeln unterliegenden Mittel zu deren Erbringung vermischt werden, dass die Kooperation der Mitglieder der Sparkassengruppe innerhalb der Verbundstruktur intransparent ist, dass das sparkassengesetzliche Regionalprinzip zu einer europarechtlich bedenklichen Gebietsaufteilung führt, dass die Sparkassengruppe von beihilferechtlich relevanten Vorteilen profitiert (steuerliche Freistellungen) und dass eine Beteiligung privater Unternehmen an den Mitgliedern der Sparkassengruppe weitgehend ausgeschlossen ist.⁵⁹

116. In ihrem XX. Hauptgutachten hatte die Monopolkommission infolgedessen schwerwiegende wettbewerbs- und beihilferechtliche Bedenken in Bezug auf bestimmte Regelungen in den landesrechtlichen Sparkassengesetzen formuliert.⁶⁰ Die Länder haben in Stellungnahmen bei der Vorbereitung des XXI. Hauptgutachtens gleichwohl eine kartellbehördliche Überprüfung dieser Bedenken abgelehnt.

117. Die bisherige Kritik ist auf die nun in § 35 Abs. 2 Satz 3 GWB n. F. neu eingeführte bundesrechtliche Ausnahmeregelung auszuweiten. Diese Ausnahmeregelung reicht zwar nicht so weit wie ursprünglich gefordert. Sie betrifft ausdrücklich nicht das Angebot von Finanzdienstleistungen im Frontoffice, sondern nur Zusammenschlüsse von Dienstleistern im Bereich der Abwicklungsdienstleistungen (Backoffice).⁶¹ Nach der Gesetzesbegründung soll die Ausnahme außerdem nur dann gelten, wenn die Beteiligten zu mindestens 75 Prozent für ihren jeweiligen Verbund tätig sind.⁶²

118. Wenn die Neuregelung dagegen so weit gefasst worden wäre, wie dies vom DSGVO gefordert worden war, so wären die in Tz. 111 genannten Projekte in Bezug auf Sparkassen und Genossenschaftsbanken nach deutschem Recht (§§ 1 ff., 35 ff. GWB) freigestellt gewesen, obwohl das Bundeskartellamt teilweise Anlass zu Bedenken in Bezug auf den Innovationswettbewerb um digitale Finanzdienstleistungen sah.⁶³ In diesem Fall wäre nur ein kartellbehördliches Einschreiten nach europäischem Recht in Betracht gekommen.

119. Die Neuregelung ist allerdings auch für den Backoffice-Bereich bereits in wettbewerbsrechtlich problematischer Weise genutzt worden. So hat der Sparkassendienstleister DSGF im August 2017 den Vollzug der Fusion mit dem Unternehmen S-Marktservice bekanntgegeben.⁶⁴ Nachdem die Transaktion zunächst auf durchgreifende Bedenken des Bundeskartellamtes gestoßen war, hatte ein Vertreter des DSGVO angekündigt, dass das Vorhaben nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle rückwirkend durchgeführt werde.⁶⁵ In Anbetracht der geringen Zeitspanne zwischen der Prüfung des Bundeskartellamtes und der Durchführung des Vorhabens ist nicht anzunehmen, dass sich die behördlichen Bedenken inzwischen erledigt hatten.

120. Die Neuregelung entzieht somit wettbewerbsrechtlich unbedenkliche ebenso wie bedenkliche Neustrukturierungen in den Kreditverbänden einer fusionskontrollrechtlichen Überprüfung durch das Bundeskartellamt. Damit macht sie allerdings eine stärkere kartellbehördliche Überwachung der Gesamtentwicklung notwendig. Das gilt zumindest bezüglich des Sparkassenverbunds. Die verbundzugehörigen Institute werden bisher zwar als selbst-

⁵⁹ Siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1822, 1852 f., 1883 (Intransparenz); 1923 ff. (gesetzliches Regionalprinzip); 2011 ff. (steuerliche Freistellungen); 2043 ff. (Beteiligungsbeschränkungen). Das gesetzliche Regionalprinzip wirkt dabei nur zugunsten kleinerer Sparkassen als Wettbewerbsvorteil, da es sie vor einer Expansion größerer Sparkassen schützt; dazu insb. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1926, 1938, 1975; ferner Tz. 1963.

⁶⁰ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1794 ff., 1798 ff. (öffentlicher Auftrag); 1860 ff. (Ausgestaltung der Verbundkooperation); 1923 ff. (gesetzliches Regionalprinzip); 2011 ff. (steuerliche Freistellungen).

⁶¹ Zur Unterscheidung schon Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1345.

⁶² Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, Begründung zu Nummer 21 Buchstabe b.

⁶³ Siehe erneut die in Fn. 53–55 zitierten Pressemitteilungen.

⁶⁴ DSGF, DSGF und S-Marktservice unter einem Dach, Pressemitteilung vom 24. August 2017.

⁶⁵ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 30. Juni 2016; Prüfung einer Fusion von Back-Office-Dienstleistern der Sparkassenfinanzgruppe; o. A., Dienstleisterfusion ohne Kontrollverfahren, Sparkassen-Zeitung vom 5. April 2017.

ständige Marktteilnehmer behandelt. Allerdings sind beide Kreditverbände – vor allem aber der Sparkassenverband – schon seit Jahren dadurch gekennzeichnet, dass die Selbstständigkeit der Verbundmitglieder schrittweise ausgehöhlt wird, während zugleich bedeutende Anreize zu Absprachen bestehen.⁶⁶

121. Wenn es zukünftig zu einer weiteren Verfestigung der Verbundstrukturen kommen sollte, so könnte dies zumindest bei den Sparkassen dazu führen, dass der Verbund oder zumindest Teile davon nicht mehr als Verbund selbstständiger Unternehmen, sondern vielmehr als einheitliches Unternehmen anzusehen wären. Insofern ist zu bedenken, dass ein wettbewerblich erheblicher Einfluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB schon dann zu bejahen ist, wenn die Möglichkeit zur Einflussnahme auf der Grundlage einer gesellschaftsrechtlichen oder einer dieser vergleichbaren rechtlichen Beziehung besteht. Der Einfluss ist wettbewerblich schon dann erheblich, wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den einzelnen Unternehmen so wesentlich eingeschränkt ist, dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten.⁶⁷

122. Die Monopolkommission hat bereits darauf hingewiesen, dass die Verbundkooperation in den deutschen Kreditverbänden mangels einer derart hinreichenden strukturellen Verfestigung nicht die wirtschaftliche Selbstständigkeit der beteiligten Institute beseitigt, solange sichergestellt ist, dass Backoffice-Leistungen sowie der Zugang zu den Sicherungseinrichtungen allen Verbandsmitgliedern ohne Vorbedingung zur Verfügung stehen, und solange die Verbundausschüsse und anderen Verbandsgremien sich hinsichtlich der geschäftspolitischen Steuerung auf Empfehlungen beschränken und keine verbindlichen Vorgaben machen.⁶⁸

123. Zumindest im Sparkassenverband besteht jedoch die Gefahr, dass die Verbundmitglieder ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit verlieren könnten. Denn wenn der Wettbewerb bei wesentlichen Leistungen im Backoffice-Bereich entfiele, könnten Sparkassen beim Bezug solcher Leistungen in die Abhängigkeit von Anbietern geraten, die im Wesentlichen nur für die Sparkassengruppe tätig sind.⁶⁹ Dadurch, dass die Möglichkeiten des Bundeskartellamtes zu einer fusionskontrollrechtlichen Überprüfung von Zusammenschlüssen im Backoffice-Bereich nunmehr eingeschränkt sind, ist die weitere Entwicklung nur schwer zu überblicken. Das Bundeskartellamt wird allerdings die eingeschränkten Kontrollbefugnisse im Backoffice-Bereich voraussichtlich zumindest teilweise dadurch kompensieren können, dass es bei zukünftigen Zusammenschlüssen im Frontoffice-Bereich zusätzliche Informationen über die Gesamtentwicklung des Sparkassenverbands einholt.

124. Die Monopolkommission empfiehlt vor diesem Hintergrund zunächst dem Bundesgesetzgeber, die verfehlte Ausnahmeregelung des § 35 Abs. 2 Satz 3 GWB n. F. im Rahmen der nächsten Gesetzesnovelle wieder zu streichen. Davon abgesehen empfiehlt sie dem Bundeskartellamt, bei Vorhaben der Sparkassengruppe im Frontoffice-Bereich zusätzliche Informationen über die zwischenzeitlichen Entwicklungen im Backoffice-Bereich einzuholen, um zu gewährleisten, dass es erkennt, wenn der Sparkassenverband sich in seiner Gesamtheit oder in Teilen weiter in Richtung eines einheitlichen Unternehmens entwickeln sollte.

125. Im Übrigen fordert die Monopolkommission die Länder auf, sich nicht länger einer kartellbehördlichen Überprüfung des sparkassenrechtlichen Regelungsrahmens zu versperren (vgl. Tz. 116). Sie erinnert daran, dass neben ihr selbst auch die Europäische Kommission bereits Bedenken zu diesem Regelungsrahmen geäußert hat.⁷⁰ Hinsichtlich der gebietsübergreifenden Zusammenarbeit der Sparkassen zeigen die Verfahren des Bundeskartellamtes

⁶⁶ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1835 ff.; ebenso Scholl/Weck, WuW 2017, 261 (263 f.; auch zum Folgenden).

⁶⁷ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1845 m. Nachw.

⁶⁸ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1850.

⁶⁹ Ebenso Scholl/Weck, WuW 2017, 261 (264).

⁷⁰ EU-Kommission, Mitteilung – Untersuchung des Retail-Bankgeschäfts gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), 31. Januar 2007, KOM(2007) 33 endgültig, Tz. 31; Commission Staff Working Document, Report on the retail banking sector inquiry, 31. Januar 2007, SEC(2007) 106, S. 17, 23 f., 46–48, 170; dazu siehe auch BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B 4 – 51/11, Tz. 108 f., 165 f.; Stern, a. a. O. (Fn. 57), S. 13 f., 18, 76 m. weit. Nachw.

im Berichtszeitraum (Tz. 111), dass die Sparkassen mittlerweile Angebote entwickeln, die ihnen ortsungebundene Finanzdienstleistungen über das Gebiet ihres Trägers hinaus ermöglichen, und dass sich die bestehenden gesetzlichen Beschränkungen aufgrund der Veränderung des Marktes somit jedenfalls überlebt haben.⁷¹

4 Ausnahmen für die Waldbewirtschaftung auf Länderebene

4.1 Entwicklungen seit dem XXI. Hauptgutachten

126. Der Bundesgesetzgeber hat außerhalb der 9. GWB-Novelle durch das Dritte Änderungsgesetz zum Bundeswaldgesetz (BWaldG) die in diesem bislang bestehenden Ausnahmen von deutschen Wettbewerbsvorschriften (§ 40 Abs. 1 BWaldG) um eine neue Vermutungsregelung ergänzt.⁷² Nach § 46 Abs. 1 BWaldG gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 GWB in Bezug auf Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen und wettbewerbsbeschränkende Kooperationen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern als erfüllt. Soweit auf wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Art. 101 AEUV anzuwenden sind, wird nach § 46 Abs. 2 BWaldG „vermutet, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung“ im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV „erfüllt sind“.

127. Die Neuregelungen haben den folgenden Hintergrund: Ursprünglich waren Einheitsforstverwaltungen für die sog. Bewirtschaftung von Staats-, Gemeinde- und Privatwäldern umfassend zuständig. Das Bundeskartellamt hat seit Jahren wiederholt Verfahren durchgeführt, um zu erreichen, dass die Waldbewirtschaftung in stärkerem Maße wettbewerbskonform ausgestaltet wird. Um den Jahreswechsel 2008/2009 herum hatten sich die Länder Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Thüringen verpflichtet, an Holzvermarktungsk Kooperationen mit privaten oder kommunalen Forstunternehmen und/oder mit Kooperationen solcher Forstunternehmen zukünftig nur dann teilzunehmen, wenn die Forstbetriebsfläche unterhalb bestimmter Schwellenwerte lag und wenn zugleich Maßnahmen zur Förderung einer privaten Bewirtschaftung getroffen wurden.

128. Dennoch ist es in der Folgezeit zu Beschwerden gekommen. Das Bundeskartellamt hat infolgedessen die gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg im Juli 2015 untersagt.⁷³ Die Entscheidung ist auf europäisches und deutsches Kartellrecht gestützt. Das Amt hat festgestellt, dass die Holzvermarktung als Vertriebskartell (Kernbeschränkung) ausgestaltet ist, das nicht durch damit einhergehende Verbrauchereffizienzen gerechtfertigt ist.⁷⁴ Die Monopolkommission hat bereits im XXI. Hauptgutachten zu dieser Entscheidung Stellung genommen.⁷⁵ Dabei hat sie, ebenso wie das Bundeskartellamt, über den reinen Verkauf hinaus auch vorgelagerte und darauf bezogene Tätigkeiten als (auch) wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert. Im konkreten Verfahren handelte es sich hierbei um den sog. forstlichen Revierdienst, die forsttechnische Betriebsleitung, die Erstellung periodischer Betriebspläne für dritte Waldbesitzer, Betreuung und technische Hilfe.

129. Das Land Baden-Württemberg hat gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes Rechtsmittel eingelegt. Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat die Entscheidung des Amtes durch Beschluss im März 2017 mit einer geringfügigen Ausnahme bestätigt.⁷⁶ Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass es keine Anhaltspunkte für Fehlfunktionen des Marktes gebe, die aufgrund von Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Freistellung der überprüften Tätigkeiten von den Wettbewerbsregeln rechtfertigen können.⁷⁷ Der gebündelte Verkauf von Stammholz

⁷¹ Dazu vgl. schon Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1404.

⁷² Drittes Gesetz zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BGBl. 2017 I Nr. 4, S. 75.

⁷³ BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B 1 – 72/12.

⁷⁴ BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B 1 – 72/12, Tz. 370 ff.

⁷⁵ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1007 ff.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V).

⁷⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 273 ff.

aus Staatswäldern sowie Körperschafts- und Privatwäldern stelle ein auch nach Art. 101 AEUV verbotenes Vertriebskartell dar, das nicht durch damit einhergehende Verbrauchereffizienzen gerechtfertigt sei.⁷⁸

130. Die oben zitierte Neuregelung des Dritten Änderungsgesetzes war zwei Monate vor dem Beschluss des OLG Düsseldorf in das Bundeswaldgesetz eingefügt worden. Sie hatte auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf aber keine Auswirkungen. Das Gericht hat entschieden, dass dem Bundesgesetzgeber schon die formelle Kompetenz fehle, Regelungen zu treffen, durch welche der Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots beschränkt werde.⁷⁹ Außerdem handle es sich hierbei um eine mit Art. 2 Abs. 2 VO 1/2003 nicht zu vereinbarende Vermutungsregelung, welche die Beweislast zulasten der Kartellbehörden umkehrt.⁸⁰

131. Das Land Baden-Württemberg hat gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf ein weiteres Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt. Dieser hat dem Rechtsmittel im Juni 2018 stattgegeben.⁸¹ Bereits im Juli 2017 hatte das Land zudem Eckpunkte für eine zukünftige Forstorganisation vorgelegt. Das Bundeskartellamt hat parallel hierzu einen Dialog auch mit den anderen zuvor genannten Ländern sowie Hessen gesucht. Dabei hat das Amt berücksichtigt, dass der Holzverkauf und die ihm vorgelagerten und darauf bezogenen wirtschaftlichen Tätigkeiten in den Ländern zwar denselben kartellrechtlichen Vorgaben unterliegen, dass die Gegebenheiten der Waldbewirtschaftung sich in den Ländern jedoch zum Teil deutlich voneinander unterscheiden. Unabhängig hiervon spielt die Neuregelung des Dritten Änderungsgesetzes zum Bundeswaldgesetz in den Verhandlungen des Amtes mit den Ländern praktisch keine Rolle. Die Länder haben Maßnahmen getroffen oder zumindest in Aussicht gestellt, welche den Bedenken des Bundeskartellamtes Rechnung tragen sollen und voraussichtlich eine stärker wettbewerblich orientierte Ausgestaltung der Waldbewirtschaftung zur Folge haben werden.

132. Die Monopolkommission nimmt die Entscheidung des BGH im Verfahren um die Holzvermarktung in Baden-Württemberg zur Kenntnis. Die pragmatische Vorgehensweise des Bundeskartellamtes und der Länder während des laufenden Rechtsstreits ist aus ihrer Sicht zu begrüßen. Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, wie § 46 Abs. 2 BWaldG zu beurteilen ist. Im Einzelnen stellen sich folgende Teilfragen:

- Sollte die Vereinbarkeit von § 46 Abs. 2 BWaldG mit europäischem Recht im Wege einer Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung geklärt werden (dazu Abschn. 4.2)?
- Wie ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes und der Länder zu beurteilen, eine Einigung ohne Einbeziehung von § 46 Abs. 2 BWaldG zu suchen (dazu Abschn. 4.3)?
- Welche Gestaltungsspielräume verbleiben den Gesetzgebern des Bundeswaldgesetzes und der Landeswaldgesetze, soweit legitime Belange der Waldbewirtschaftung einer Durchsetzung der Wettbewerbsregeln entgegenstehen können (dazu Abschn. 4.4)?

4.2 Vorabentscheidung zu § 46 BWaldG brächte Klärung grundlegender Rechtsfragen für den gesamten EU-Binnenmarkt

133. Aus Sicht der Monopolkommission wäre es unabhängig vom Verfahren um die Holzvermarktung in Baden-Württemberg wünschenswert, dass die Vereinbarkeit der vom Bundesgesetzgeber getroffenen Regelung in § 46 Abs. 2 BWaldG im Rahmen einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV durch den EuGH geklärt wird. Die deutschen Gerichte sind zu einer Vorlage an den EuGH – vorbehaltlich einer im Einzelfall bestehenden Vorlagepflicht –

⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 116 ff.

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 366–368.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 369–373; ähnlich schon Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten (Fn. 5), Tz. 1021.

⁸¹ BGH, Urteil vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 und Pressemitteilung Nr. 103/2018.

immer dann berechtigt, wenn die von ihnen in Betracht gezogene Auslegung des EU-Rechts in einem nicht nur hypothetischen Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits bzw. mit der Realität steht.⁸²

134. Die Vorlage zur Vorabentscheidung ist deshalb wettbewerbspolitisch bedeutsam, weil sie eine letztverbindliche Klärung binnenmarktrelevanter Rechtsfragen ermöglicht und dies zur Entwicklung des EU-Binnenmarktes beiträgt. Des Weiteren nimmt Deutschland in manchen Bereichen des Wettbewerbsschutzes innerhalb der EU eine Vorreiterrolle wahr, auch in verschiedenen staatlich regulierten Wirtschaftsbereichen. Gerade in solchen Bereichen ist anzunehmen, dass die Klärung von Vorlagefragen aus Deutschland für den europäischen Binnenmarkt förderlich sein kann.

135. Speziell im Kontext mit der Waldbewirtschaftung gilt, dass der mit Art. 101 AEUV angestrebte Wettbewerbschutz auch dann sicherzustellen ist, wenn die vorhandenen Beweismittel keine Entscheidung darüber zulassen, ob eine Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung unzulässig ist (non liquet). Derartige Vereinbarungen oder Verhaltensabstimmungen sind also zumindest für den Fall, dass sie die Verbotsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, rechtfertigungsbedürftig und nur dann zu rechtfertigen, wenn die in Art. 101 Abs. 3 AEUV festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beweislastregel in Art. 2 Abs. 2 VO 1/2003 dient dazu, dies zu gewährleisten. § 46 Abs. 2 BWaldG kehrt diese Beweisregel um. Das führt dazu, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entgegen Art. 101 AEUV grundsätzlich als erlaubt und nicht als verboten anzusehen sind.

136. Diese Fragen waren in letzter Instanz im Verfahren um die Holzvermarktung in Baden-Württemberg nicht mehr entscheidungserheblich. Denn nach der Entscheidung des BGH war das Bundeskartellamt schon nicht befugt, das im Jahr 2008 durch eine nicht befristete Entscheidung nach § 32b GWB beendete Verfahren wieder aufzunehmen. Damit konnte im konkreten Verfahren offenbleiben, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt berechtigt gewesen ist, § 46 Abs. 2 BWaldG zu erlassen.

137. Eine Vorabentscheidung könnte insoweit grundlegende Rechtsfragen in Bezug auf die Anwendung von Art. 101 AEUV für den gesamten Rechtsraum der EU und damit auch für den gesamten europäischen Binnenmarkt klären. Dies gilt sogar dann, wenn die nationalen Gerichte eine Vorlage nicht für erforderlich halten, da die Beurteilung von § 46 Abs. 2 BWaldG aus ihrer jeweiligen Sicht offenkundig ist.

4.3 Durchsetzung der Wettbewerbsregeln unabhängig von § 46 BWaldG geboten

138. Das Vorgehen des Bundeskartellamtes und der Länder, eine Einigung ohne Einbeziehung von § 46 Abs. 2 BWaldG zu suchen, ist zu begrüßen. Dem steht nicht entgegen, dass legitime Aspekte der Waldbewirtschaftung möglicherweise Ausnahmen von den EU-Wettbewerbsregeln rechtfertigen können. Die Regelung in § 46 Abs. 2 BWaldG erscheint insofern untauglich.

139. Die Neuregelungen des Dritten Änderungsgesetzes dienen dem Ziel, die Wahlfreiheit der Waldbesitzer bezüglich der fakultativen Inanspruchnahme forstlicher Dienstleistungen und der Gewährleistung des Zugangs zu diesen Dienstleistungen unabhängig von unterschiedlichen Besitzstrukturen zu sichern.⁸³ Damit sollte unter anderem „den aus der verdichteten Sozialpflichtigkeit des Waldeigentums resultierenden vielgestaltigen, auch im öffentlichen Interesse liegenden Anforderungen an die Waldbewirtschaftung“ Rechnung getragen werden.⁸⁴ Speziell durch § 46 Abs. 2 BWaldG in seiner neuen Fassung sollten „Gemeinwohlleistungen“ geschützt werden, für welche die privaten, kommunalen und staatlichen Waldeigentümer „verantwortlich“ seien, „insbesondere durch die über Jahrzehnte währende Bestandspflege und nachhaltige Bewirtschaftung der Wälder“.

⁸² EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, C-415/93 – Union royale belge des sociétés de football association/Bosman, Slg. 1995, I-4921, ECLI:EU:C:1995:463, Rz. 61; Urteil vom 9. Oktober 1997, C-291/96 – Grado und Bashir, Slg. 1997, I-5531, ECLI:EU:C:1997:479C-291/96, Rz. 12; Urteil vom 13. Juli 2000, C-36/99 – Idéal tourisme, Slg. 2000, I-6049, ECLI:EU:C:2000:405, Rz. 20; Urteil vom 8. Mai 2003, C-111/01 – Gantner Electronic, Slg. 2003, I-4207, ECLI:EU:C:2003:257, Rz. 35 f.

⁸³ Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 18/10456, S. 1.

⁸⁴ Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 18/10456, S. 7.

140. Zunächst ist klarzustellen, dass die EU-Wettbewerbsregeln hinsichtlich des Schutzes des Waldes als Bestandteil der natürlichen Lebensgrundlagen neutral sind. Allerdings sind die Vorgaben der Wettbewerbsregeln zu beachten, soweit dieser Schutz im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgt.

141. Die Waldbewirtschaftung im Sinne des Bundeswaldgesetzes ist eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Art. 101 ff. AEUV. Ein Indiz hierfür ergibt sich schon aus der Zweckbestimmung des Bundeswaldgesetzes. Der in § 1 BWaldG definierte Zweck des Gesetzes ist es,

1. „den Wald wegen seines wirtschaftlichen Nutzens (Nutzfunktion) und wegen seiner Bedeutung für die Umwelt [...] (Schutz- und Erholungsfunktion) zu erhalten, erforderlichenfalls zu mehren und seine ordnungsgemäße Bewirtschaftung nachhaltig zu sichern,
2. die Forstwirtschaft zu fördern und
3. einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und den Belangen der Waldbesitzer herbeizuführen“, wobei dies jedenfalls nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum Dritten Änderungsgesetz vor allem in Bezug auf die „Anstrengungen der Waldbesitzer zur Erbringung der mit der nachhaltigen Waldbewirtschaftung und -pflege“ gilt.⁸⁵

Das Gesetz soll also unter anderem die Nutzbarkeit des Waldes im wirtschaftlichen Interesse sicherstellen. Diesem Befund steht nicht entgegen, dass es zugleich wirtschaftlich neutralen Interessen dient, d. h. dem Erhalt des Waldes in seiner Schutz- und Erholungsfunktion.

142. Ungeachtet der mit dem Bundeswaldgesetz verfolgten Zwecke ergeben sich die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Art. 101 ff. AEUV abschließend aus der europäischen Rechtsprechung. Danach umfasst der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt entgeltlich anzubieten.⁸⁶ Eine derartige Tätigkeit stellt insbesondere der Holzverkauf dar. Neben diesem können jedoch auch vorbereitende Tätigkeiten als wirtschaftlich anzusehen sein. Die Monopolkommission hat bereits dargelegt, dass die gesamte Hege und Pflege des Waldes sowohl eigenständige Bedeutung im Rahmen forstbezogener Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr haben als auch wirtschaftlich ausgestaltet sein kann.⁸⁷ Die Feststellung des OLG Düsseldorf, dass es sich bei der Waldbewirtschaftung in Baden-Württemberg in der Sache vollumfänglich um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, begegnet infolgedessen keinen Bedenken.⁸⁸ Der BGH hat sich zu dieser Frage nicht geäußert.

143. Dem Umstand, dass es sich bei der Waldbewirtschaftung im jeweiligen Einzelfall um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln kann, steht auch nicht entgegen, dass das Bundeswaldgesetz selbst auf diese Tätigkeit vielfach nur indirekt Bezug nimmt. So definiert namentlich die amtlich mit „Bewirtschaftung des Waldes“ überschriebene Regelung in § 11 BWaldG nicht, was als Bewirtschaftung des Waldes anzusehen ist, sondern legt lediglich Bedingungen für den Erhalt des Waldes im Rahmen seiner Bewirtschaftung fest. Das Unterlassen einer direkten Regelung hat aber nicht zur Folge, dass die Waldbewirtschaftung nicht mehr als wirtschaftlich anzusehen wäre.

144. Die Erbringung von Gemeinwohlaufgaben kann nach Art. 106 Abs. 2 AEUV freilich selbst dann, wenn sie im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgt, vom Anwendungsbereich der Art. 101 ff. AEUV ausgenommen sein. Dazu genügt es jedoch nicht, dass der nationale Gesetzgeber ein im Allgemeininteresse liegendes Schutzziel definiert und auf eine damit im Zusammenhang stehende wirtschaftliche Tätigkeit vor allem indirekt Bezug nimmt (vgl. erneut § 11 BWaldG). Stattdessen ist erforderlich, dass es sich bei der betreffenden Tätigkeit selbst um eine

⁸⁵ Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 18/10456, S. 11.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96 – Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, [...], Rz. 36; Urteil vom 12. September 2000, C-180-184/98 – Pavlov, Slg. 2000, I-6451, Rz. 75.

⁸⁷ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 1012 f.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 117 ff.

Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt.⁸⁹ Die mit der Erbringung solcher Dienstleistungen betrauten Unternehmen sind den EU-Wettbewerbsregeln zudem nur entzogen, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.⁹⁰ Nach der Rechtsprechung des EuGH hat der nationale Gesetzgeber keinen – wie immer gearteten – Einschätzungs- oder Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage, ob Letzteres der Fall ist.⁹¹

145. Das Bundeswaldgesetz und die Landeswaldgesetze enthalten Vorgaben, die für die Frage, ob einzelne vom Bundeskartellamt untersuchte Tätigkeiten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV vom Anwendungsbereich der Art. 101 ff. AEUV ausgenommen sind, relevant sein können. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einen universalen und obligatorischen Charakter aufweisen muss.⁹² Die vom Gericht weiter aufgestellte Voraussetzung, dass auch ein Marktversagen vorliegen muss, hat der Gerichtshof sich bisher nicht ausdrücklich zu eigen gemacht.⁹³ Die bundesrechtlichen Vorschriften über die Wald-erhaltung und -bewirtschaftung in §§ 9 ff. BWaldG dürften die Voraussetzungen der europäischen Rechtsprechung erfüllen, da sie sich speziell auf die Sozialbindung des Eigentums der Waldbesitzer beziehen und diese Sozialbindung im Einzelnen ausgestalten. Dagegen gilt dies nicht ohne Weiteres auch für die landesrechtliche Vorschriften über die Waldbewirtschaftung. Denn diese Vorschriften definieren zum Teil schon keine Pflichten im Allgemeininteresse und weisen demzufolge nicht den erforderlichen universalen und obligatorischen Charakter auf.⁹⁴ § 46 Abs. 2 BWaldG erfüllt die besagten Voraussetzungen ebenfalls nicht.

146. Wenn und soweit die EU-Wettbewerbsregeln infolgedessen auf die Waldbewirtschaftung anzuwenden sind, ist eher fraglich, ob die in diesem Rahmen vom Bundesgesetzgeber verfolgten außerwettbewerblichen Ziele auch im Rahmen von Art. 101 AEUV berücksichtigt werden können. Speziell der Neuregelung des § 46 Abs. 2 BWaldG liegt offenbar ein entsprechendes Rechtsverständnis zugrunde, da die Vorschrift Regelungen zu einer Freistellung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV treffen soll. Die Frage kann hier allerdings dahinstehen, da die darin enthaltene Vermutungsregel, wonach wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entgegen Art. 101 AEUV grundsätzlich als erlaubt und nicht als verboten anzusehen sind, eine von den im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Schutzziele des Bundeswaldgesetzes unabhängige normative Vorgabe enthält. Eine derartige Regelung dürfte mit dem EU-Recht schon ihrer Art nach nicht zu vereinbaren sein.

147. Der Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2 BWaldG beschränkt sich auf eine Umkehrung der Beweislast nach Art. 2 Abs. 2 VO 1/2003. Die letztgenannte Vorschrift ist gegenüber entgegenstehendem deutschem Recht vorrangig anwendbar. § 46 Abs. 2 BWaldG ist daher funktionslos. Die Monopolkommission empfiehlt, § 46 Abs. 2 BWaldG aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu streichen.

4.4 Gestaltungsspielräume abhängig von den Zielen der Waldgesetze

148. Die bisherigen Ausführungen sprechen dafür, die Regelungen des Bundeswaldgesetzes und die ergänzenden Regelungen der Landeswaldgesetze zu überprüfen. Denn es besteht die Möglichkeit, dass gesetzliche Ziele, die

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 10. Dezember 1991, C-179/90 – *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, Slg. 1991, I-5889, ECLI:EU:C:1991:464, Rz. 27; Urteil vom 17. Juli 1997, C-242/95 – *GT-Link*, Slg. 1997 I-4449, ECLI:EU:C:1997:376, Rz. 53; EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017, C-70/16 P – *Comunidad Autónoma de Galicia u. a./Kommission*, ECLI:EU:C:2017:1002, Rz. 77.

⁹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991, C-260/89 – *ERT/DEP*, Slg. 1991, I-2925, ECLI:EU:C:1991:254, Rz. 33; Urteil vom 21. September 1999, C-67/96 – *Albany*, Slg. 1999, I-5751, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 102; Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 104.

⁹¹ Siehe dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, Baden-Baden 2017, Tz. 442–444.

⁹² EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017, C-70/16 P – *Comunidad Autónoma de Galicia u. a./Kommission*, ECLI:EU:C:2017:1002, Rz. 76.

⁹³ Vgl. EuG, Urteil vom 16. September 2013, T-79/10 – *Colt Télécommunications*, ECLI:EU:T:2013:463, Rz. 88, 149 ff. unter Verweis auf Urteile vom 6. Oktober 2009, T-8/06 – *FAB/Kommission*, Slg. 2009, II-196, ECLI:EU:T:2009:386, Rz. 79–82; T-21/06 – *Deutschland/Kommission*, Slg. 2009, II-197, EC-LI:EU:T:2009:387, Rz. 53–60.

⁹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – *Kart 10/15 (V)*, Rz. 277 ff. (dort auch zur Voraussetzung der „Betrabung“).

nach Maßgabe der Wettbewerbsregeln legitimerweise verfolgt werden dürfen, deshalb nicht erreicht werden, weil die betreffenden Vorschriften unzureichend auf die Vorgaben der EU-Wettbewerbsregeln abgestimmt sind.⁹⁵ In diesem Fall sind die Wettbewerbsregeln zwingend durchzusetzen, während die etwaigen abweichenden Ziele des Bundeswaldgesetzes und der Landeswaldgesetze zurückzutreten haben.

149. Eine Ausgestaltung der Waldgesetze, nach der die darin festgelegten Ziele ohne Konflikt mit den EU-Wettbewerbsregeln verfolgt werden, erscheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Zur Erhöhung der Rechtsklarheit ist vor allem zu empfehlen, in § 1 BWaldG und den entsprechenden Vorschriften der Landeswaldgesetze ausdrücklich zu definieren, welchen forstbezogenen Zielen die betreffenden Gesetze dienen. Dabei sollte es sich im Wesentlichen um nichtwirtschaftliche Ziele der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr handeln. Das schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die betreffenden Ziele Unternehmen im Forstbereich mit Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut, bei deren Verfolgung sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von den Wettbewerbsregeln freigestellt sind, soweit dies erforderlich ist, um ihnen die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben zu ermöglichen, und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs in keinem dem Unionsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaße beeinträchtigt wird.⁹⁶ Demgegenüber besteht bei wirtschaftlichen Zielen, nach denen die Gesetzgebung bestimmte Marktteilnehmer begünstigen soll, ein nicht unerhebliches Risiko, dass die nationalen Regelungen in Konflikt zum EU-Recht geraten.⁹⁷ Auf Basis des bestehenden Regelungsumfangs des Bundeswaldgesetzes wären zumindest folgende Gesetzesziele bzw. -zwecke zu unterscheiden:

1. der Zweck, den Wald wegen seiner Bedeutung für die Umwelt [...] (Schutz- und Erholungsfunktion) zu erhalten, erforderlichenfalls zu mehren,
2. der Zweck, eine im Allgemeininteresse liegende wirtschaftliche Nutzung durch die Waldbewirtschaftung sicherzustellen (Nutzfunktion), und
3. der Zweck, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und den Belangen der Waldbesitzer herbeizuführen.

150. Dagegen ist zu empfehlen, die Formulierung in § 1 Nr. 1 BWaldG zu streichen, wonach es auch ein Zweck des Gesetzes ist, „den Wald wegen seines wirtschaftlichen Nutzens [...] zu erhalten, erforderlichenfalls zu mehren und seine ordnungsgemäße Bewirtschaftung nachhaltig zu sichern“. Denn dieser Zweck umfasst wirtschaftliche Nutzungen unabhängig davon, ob sie im Allgemeininteresse oder im Eigeninteresse der Waldbesitzer liegen. Der Schutz wirtschaftlicher Nutzungen im Eigeninteresse der Waldbesitzer erfolgt aber bereits durch die EU-Wettbewerbsregeln, die Grundfreiheiten und die Grundrechte (insb. Art. 14 GG). Daher bedarf es insoweit keines zusätzlichen Schutzes der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch das Bundeswaldgesetz. Davon abgesehen wurde bereits festgestellt, dass die bestehenden §§ 9 ff. BWaldG über die Walderhaltung und -bewirtschaftung nur die Sozialbindung des Eigentums der Waldbesitzer ausgestalten. Hingegen fehlt es dort an Regelungen, welche die wirtschaftliche Nutzung des Waldes im Eigeninteresse der Waldbesitzer schützen. Bei Vorgaben, die einen besonderen Schutz der Waldbesitzer bewirken, wäre zudem wahrscheinlich, dass sich Konflikte mit dem allgemeinen Schutz aller Marktteilnehmer durch die EU-Wettbewerbsregeln ergeben.⁹⁸

⁹⁵ Insoweit handelt es sich um ein Problem, das die Monopolkommission wiederholt auch in Bezug auf andere Gesetze des Bundes und der Länder festgestellt hat; siehe z. B. dieses Hauptgutachten, Kapitel IV, Abschn. 4.2.1 (zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten); XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 56), Tz. 1786 ff. (zum öffentlichen Auftrag der Sparkassen); Sondergutachten 80, a. a. O. (Fn. 22), Abschn. 4.1.3 (zur Buchpreisbindung).

⁹⁶ Art. 106 Abs. 2 AEUV. Siehe auch Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003, wonach die mitgliedstaatliche Pflicht zur Anwendung der Art. 101 f. AEUV nicht der Anwendung von Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts entgegensteht, die überwiegend ein davon abweichendes Ziel verfolgen.

⁹⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 80, a. a. O. (Fn. 22), Abschn. 4.1.3 und Tz. 299.

⁹⁸ Siehe zu derartigen Konflikten erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rz. 277 ff. (dort bezogen auf § 55 Abs. 3 LWaldG BW und den mit der bisherigen Praxis der Holzvermarktung einhergehenden Schutz der wirtschaftlichen Interessen privater Waldbesitzer).

151. Ebenso ist zu empfehlen, die Formulierung in § 1 Nr. 2 BWaldG zu streichen, wonach es ein Zweck des Gesetzes ist, „die Forstwirtschaft zu fördern“. Dem steht nicht entgegen, dass die §§ 41 ff. BWaldG nähere Vorgaben zur wirtschaftlichen Förderung der Forstwirtschaft enthalten. Eine solche Förderung ist nur nach Maßgabe der Art. 107 ff. AEUV zulässig. Soweit die §§ 41 ff. BWaldG die Förderung zusätzlich davon abhängig machen, dass bestimmte gesetzliche Zwecke verfolgt werden, handelt es sich lediglich um die in Tz. 149 genannten Zwecke.

152. In Bezug auf den Zweck, eine im Allgemeininteresse liegende wirtschaftliche Nutzung durch die Waldbewirtschaftung sicherzustellen, sollte des Weiteren überprüft werden, in welchem Umfang die sonstigen Vorgaben des Bundeswaldgesetzes, die für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Waldes relevant sind, einen universalen und obligatorischen Charakter aufweisen oder das Gesetz entsprechend anzupassen ist. Das gilt insbesondere bezüglich der Vorschriften über die Funktion und die Aufgaben der Forstbetriebsgemeinschaften (§§ 16 f. BWaldG), der Forstbetriebsverbände (§ 21 BWaldG), der forstwirtschaftlichen Vereinigungen (§ 37 Abs. 2 BWaldG).

153. Dabei ist zu beachten, dass die EU-Wettbewerbsregeln auf die Waldbewirtschaftung in allen genannten Fällen grundsätzlich anwendbar bleiben, zumindest soweit die relevanten wirtschaftlichen Tätigkeiten binnenmarkt-relevant sind. Eine Ausnahme ist nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV lediglich dort zu machen, wo der Ausschluss der Wettbewerbsregeln erforderlich ist, damit sich die Erfüllung der betreffenden Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gewährleisten lässt.⁹⁹ Ein Einschätzungs- oder Ermessensspielraum steht den deutschen staatlichen Stellen insofern nicht zu.¹⁰⁰ Ferner darf nach Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Unionsinteresse zuwiderläuft.

154. In Bezug auf die Befreiung von den Vorgaben des § 1 GWB in § 40 Abs. 1 BWaldG für forstwirtschaftliche Erzeugerbetriebe, Forstbetriebsgemeinschaften, Forstbetriebsverbände und forstwirtschaftliche Vereinigungen sollte geprüft werden, ob diese Befreiung praktisch relevant und inwieweit sie mit Blick auf die Ziele des Bundeswaldgesetzes geeignet und erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass dem Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln allenfalls rein lokale Belange der Waldbewirtschaftung entzogen sein können.¹⁰¹

5 Ausnahme für Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

155. In Bezug auf den Rundfunk hatten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ARD, ZDF und DLR) im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung der neuen Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit im Pressebereich (§ 30 Abs. 2b GWB n. F.) ebenfalls eine Ausnahme vom deutschen Kartellverbot gefordert und diese Forderung in einer öffentlichen Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle untermauert.¹⁰² Nachdem der Gesetzgeber sich diese Forderung nicht zu eigen gemacht hatte, haben sie vorgeschlagen, den Rundfunkstaatsvertrag zur Erhöhung der „Rechtssicherheit“ um eine Vorschrift zur Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu ergänzen, soweit sie zur Erfüllung ihres Auftrags bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis g RStV zusammenarbei-

⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, ECLI:EU:C:1993:198, Rz. 16; ebenso EuGH, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp, Rz. 65; C-157/94 – Niederlande/Kommission, Rz. 52; Urteil vom 21. September 1999, Albany, C 67/96, Slg. 1999, I 5751; Rz. 107; C-162/06 – International Mail Spain, Rz. 34 (st. Rspr.).

¹⁰⁰ Siehe oben Tz. 144.

¹⁰¹ Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 91; einschränkend allerdings EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2014, C(2014) 5077 final, Fall SA.33045 – Deutschland (Kristall Bäder), Tz. 40; Pressemitteilung vom 29. April 2015, IP/15/4889 (jeweils zu Art. 107 AEUV).

¹⁰² Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF) und Deutschlandradio (DLR), http://www.ard.de/download/3482062/Stellungnahme_von_ARD_ZDF_und_DLR_zur_Aenderung_des_Gesetzes_gegen_Wettbewerbsbeschaenkungen.pdf (Abruf am 23. April 2018). Die Forderung stieß im Bundesrat auf Widerhall; siehe Bundesrat, Ausschussempfehlungen vom 11. November 2016, BR-Drs. 606/1/16, S. 6.

ten.¹⁰³ Eine solche Regelung sollte – jedenfalls im Umfang der Betrauung – den Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsvorschriften beschränken. Die Monopolkommission sieht entsprechende Vorschläge nach Maßgabe der folgenden Ausführungen kritisch.

156. Die Rundfunkunternehmen unterliegen bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich den EU-Wettbewerbsregeln (Art. 101 ff., 107 ff. AEUV), soweit keine rundfunkspezifischen Besonderheiten gelten. Eine Tätigkeit, die nicht auch den Handel zwischen Mitgliedstaaten berührt, ist in diesem Zusammenhang kaum denkbar.¹⁰⁴ Denn eine lokale Markttätigkeit ohne spürbare weitergehende Auswirkungen, bei der dies der Fall wäre, entspräche mit Blick auf die Verbreitung von Rundfunkinhalten grundsätzlich nicht dem öffentlichen Auftrag und den wirtschaftlichen Interessen der Rundfunkanstalten.

157. In Bezug auf die wirtschaftliche Rundfunktätigkeit treffen das Protokoll Nr. 29 zu den EU-Verträgen und die von der Europäischen Kommission gemäß Art. 106 Abs. 3 AEUV bekannt gemachte Rundfunkmitteilung sodann Regelungen, die die allgemeinen Wettbewerbsregeln modifizieren, um den besonderen Funktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Rechnung zu tragen.¹⁰⁵ Auf eine Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, für die nach diesen Regelungen keine Besonderheiten bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln gelten, bleiben diese unmodifiziert anwendbar. Der deutsche Staat ist nach Art. 106 Abs. 1 AEUV unmittelbar gegenüber der EU verpflichtet, in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keine den zuvor genannten Regelungen widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

158. Innerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Wettbewerbsregeln ist Art. 101 AEUV neben dem deutschen Wettbewerbsrecht auf wettbewerbsbeschränkende Kooperationsformen anzuwenden.¹⁰⁶ Ebenso ist Art. 102 AEUV neben dem deutschen Wettbewerbsrecht in Fällen, in denen die Rundfunkanstalten marktbeherrschend sind, auf deren einseitige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen anzuwenden.¹⁰⁷ In allen Verfahren, in denen eine Anwendung von Art. 101 oder Art. 102 AEUV in Betracht kommt, obliegt die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen einer Ausnahme von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. dem Protokoll Nr. 29 oder einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sofern sie sich auf diese Bestimmungen berufen.¹⁰⁸

159. Eine abweichende Regelung ist nach dem Unionsrecht grundsätzlich unzulässig. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach innerstaatlichem Verfassungsrecht wichtige Funktionen als Medium und Faktor der Meinungs- und Willensbildung erfüllen.¹⁰⁹ Diese Funktionen sind nach dem

¹⁰³ Siehe dazu Stellungnahme von ARD, ZDF und Deutschlandradio im Rahmen der Online-Konsultation zum Regelungsvorschlag für eine Betrauungslösung i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV im Rundfunkstaatsvertrag, http://www.ard.de/download/4196056/Stellungnahme_zum_Regelungsvorschlag_fuer_eine_Betrauungsloesung_.pdf, Abruf am 23. April 2018.

¹⁰⁴ Dazu EU-Kommission, Bekanntmachung – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 91. Zu Umständen, unter denen sogar lokale Markttätigkeiten von den EU-Wettbewerbsregeln erfasst werden können, siehe zudem EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2014, C(2014) 5077 final, Fall SA.33045 – Deutschland (Kristall Bäder), Tz. 40; Pressemitteilung vom 29. April 2015, IP/15/4889 (jeweils zu Art. 107 AEUV).

¹⁰⁵ EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkmitteilung), ABl. C 257 vom 27. Oktober 2009, S. 1. Siehe zu Protokoll Nr. 29 und der Rundfunkmitteilung ausführlich in diesem Hauptgutachten, Kapitel IV, Abschn. 3.1.3; außerdem zuletzt EuGH, Urteil vom 8. März 2017, C-660/15 P – Viasat Broadcasting UK, ECLI:EU:C:2017:178, Rz. 36 f.

¹⁰⁶ Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003.

¹⁰⁷ Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EC-LI:EU:C:2013:127, Rz. 106 (zu Art. 106 Abs. 2 AEUV); Art. 2 S. 2 VO 1/2003 (zu Art. 101 Abs. 3 AEUV).

¹⁰⁹ Siehe hierzu BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1961, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205, Rz. 179; Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118 Ls. 1.a); Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 399; außerdem BVerfG, Beschluss vom 24. März 1987, 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297, Rn. 90; Urteil vom 16. Juni 1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295 (319 f.).

Unionsrecht außerhalb der zuvor dargestellten Modifikationen grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig.¹¹⁰ Insofern bleibt es vielmehr beim Anwendungsvorrang der Art. 101 f. AEUV.¹¹¹

160. Die zunächst erwogene, von einer Betrauung losgelöste Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für Kooperationen im Rundfunkbereich dürfte sich daher noch weniger als § 30 Abs. 2b GWB im Pressebereich rechtfertigen lassen. Ein Anwendungsbereich, der sich daraus ergibt, dass der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist, wäre bei solchen Kooperationen noch weniger denkbar. Stattdessen könnten durch eine solche Ausnahmeregelung Konflikte mit dem EU-Recht dadurch entstehen, dass sich die Rundfunkunternehmen auch bei tatsächlich binnenmarktrelevanten Sachverhalten auf die Ausnahme berufen würden.

161. Denkbar ist lediglich eine mit einer Betrauung korrelierende Ausnahme innerhalb des Anwendungsbereichs der zuvor skizzierten Modifikationen. So ist es unionsrechtlich – ähnlich wie im Pressebereich¹¹² – nicht ausgeschlossen, dass der deutsche Staat die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut, bei deren Verfolgung sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 29 nach Maßgabe der dortigen Vorgaben von den Wettbewerbsregeln freigestellt sein können. Die nunmehr diskutierte Regelung soll mit Blick auf die Rundfunk- und Telemedienangebote erfolgen, bei denen die Rundfunkanstalten solche Ziele verfolgen. Den Rundfunkanstalten ist insofern zugutezuhalten, dass bislang nicht geklärt ist, wie präzise die Dienstleistungen definiert sein müssen, mit denen sie betraut werden, und ob eine Betrauung, die auch die ins Auge gefassten Kooperationen einschließt, bereits aus den bestehenden §§ 11a ff. RStV folgt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann der Gesetzgeber die genannten Vorschriften tatsächlich ergänzen, um solche Kooperationen zu ermöglichen bzw. abzusichern.

162. Allerdings würde auch eine Betrauungsregelung nichts daran ändern, dass im Einzelfall zu prüfen wäre, ob die betreffenden Kooperationen nach Maßgabe von Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. dem Protokoll Nr. 29 und der Rundfunkmitteilung den Wettbewerbsregeln (Art. 101 ff., 107 ff. AEUV) unterliegen und ob sie nach diesen Regeln zulässig sind. Der deutsche Rundfunkgesetzgeber könnte schon aus Kompetenzgründen keine „Rechtssicherheit“ in dem Sinne schaffen, dass eine Einzelfallprüfung nach dem EU-Recht entbehrlich würde.¹¹³ Aus einem Textvorschlag für die vorliegend angestrebte Betrauungsregelung lässt sich zwar immerhin schließen, für welche Tätigkeiten die Betrauung konkret gelten soll.¹¹⁴ Der Gesetzgeber müsste aber gleichwohl darlegen, welchen zusätzlichen Nutzen die Regelung – insbesondere für die Erfüllung der besonderen Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – haben würde. Jedenfalls muss die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung weiterhin gewährleistet sein. Daher ist der Gewinn an Rechtssicherheit durch eine solche Regelung auch überschaubar.

163. Aus Sicht der Monopolkommission müsste der Gesetzgeber darlegen, inwiefern der derzeitige Rechtszustand Kooperationen im Rundfunkbereich behindert und ob und inwiefern die Sonderregelung Kooperationen legitimieren könnte, die nur infolge einer zusätzlichen Betrauung zulässig wären. Eine Ausnahme vom deutschen Kartellverbot hätte daher nur eine entsprechend beschränkte Wirkung. Sie wäre auch nur unter den dargelegten sehr restriktiven Konditionen zulässig.

¹¹⁰ Missverständlich insofern BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, in: Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausdrucksache 18(9), 1093, 19. Januar 2017, Zusammenfassung der schriftlichen Stellungnahmen, Öffentliche Anhörung, Montag, 23. Januar 2017, S. 19 (ohne Bezugnahme auf Art. 101 f. AEUV).

¹¹¹ Siehe dazu EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269 f.; Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003.

¹¹² Siehe oben Tz. 104.

¹¹³ Siehe oben Tz. 126 ff. zur vergleichbaren Problematik bei § 46 Abs. 2 BWaldG.

¹¹⁴ Land Baden-Württemberg, Regelungsvorschlag für eine Betrauungslösung i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV, Stand: 31. Mai 2017, https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/StM/170531_%C3%84nderungsvorschlag-Rundfunkstaatsvertrag.pdf, Abruf am 28. April 2018: „Die Betrauung gilt insbesondere für die Bereiche Produktion, Produktionsstandards, Programmrechterwerb, Programmaustausch, Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten, Beschaffungswesen, Sendernetzbetrieb, (IT-)Infrastrukturen, Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, Beitragsservice und allgemeine Verwaltung.“