
Datum: 26.02.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI - U (Kart) 7/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:0226.VI.U.KART7.12.00

Tenor:

I. Die Berufung des Beklagten gegen das am 14. Februar 2012 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (Az.: 88 O (Kart) 17/11) wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin ist die Vertriebsgesellschaft der Bauer Media Group, die zu den fünf größten deutschen Verlagshäusern gehört. Die Bauer Media Group ist in Deutschland Marktführer im Bereich der Programm- und Frauenzeitschriften. Ihr Marktanteil im gesamten Pressemarkt beträgt 15 %. Ein hundertprozentiges Konzernunternehmen der Bauer Media Group ist die Pressevertrieb Nord KG (PVN), die in Hamburg und seit 2008 auch in den Vertriebsgebieten Elmshorn (Schleswig-Holstein) und Stade (Niedersachsen) als Presse-Grossist tätig ist.

1

2

3

4

Der Beklagte ist die bundesweite Vereinigung von Presse-Grossisten. Ihm gehören 55 verlagsunabhängige Presse-Grossisten an.

In Deutschland werden nahezu alle Zeitungen und Zeitschriften, die über den stationären Einzelhandel mit Ausnahme der Bahnhofsbuchhandlungen verkauft werden, auf der Großhandelsebene von 55 verlagsunabhängigen und 15 Grossisten mit unterschiedlichen Verlagsbeteiligungen vertrieben. Grundsätzlich versorgt jeweils nur ein einziger Grossist ein bestimmtes Gebiet mit Publikationen sämtlicher Verlage (sog. Alleingebietsgrosso). Lediglich in vier Gebieten, zu denen auch Hamburg und Berlin gehören, besteht ein sogenanntes Doppel-Grosso mit Objektrennung, bei dem zwei Grossisten jeweils die Produkte bestimmter Verlage ausschließlich vertreiben.

Die Grossisten kaufen die Zeitungen und Zeitschriften von den Verlagen bzw. ihren Vertriebsgesellschaften und Nationalvertrieben und verkaufen sie in ihrem Gebiet zu gebundenen Preisen an die Einzelhändler. Nicht verkaufte Exemplare werden von den Verlagen rückvergütet (Remissionsrecht). Die Vergütung der Grossisten richtet sich nach den Handelsspannen, die zwischen ihnen und den Verlagen jeweils für mehrere Jahre vereinbart werden. Für die verlagsunabhängigen Grossisten werden diese Verhandlungen von dem Beklagten geführt. Das mit einem Verlag gefundene Verhandlungsergebnis wird von den anderen Verlagen übernommen, so dass die Verlage mit allen Mitgliedern des Beklagten einheitliche Preise- und Konditionen vereinbaren.

Die Klägerin ist mit dieser Vorgehensweise nicht mehr einverstanden. Als die im Jahr 2003 über das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten geschlossene Handelsspannenvereinbarung Ende Februar 2009 auslief, versuchte die Klägerin, die Vertragskonditionen individuell mit den einzelnen Grossisten auszuhandeln. Hierzu waren die Grossisten jedoch nicht bereit.

Ab März 2012 gilt für alle Verlage mit Ausnahme der Klägerin eine neue Zeitschriften-Konditionenvereinbarung mit einer geänderten Jahresumsatzbonustabelle.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000, Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre) zu unterlassen,

für Presse-Grossisten in Deutschland einheitliche Grosso-Konditionen (insbesondere Handelsspannen und Laufzeiten) mit bzw. gegenüber den Verlagen/Vertriebsgesellschaften/ Nationalvertrieben zu verhandeln und/oder zu vereinbaren

und/oder

Presse-Grossisten aufzufordern, individuelle Verhandlungen mit der Klägerin über Grosso-Konditionen zu verweigern.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage gestützt auf Art. 101 AEUV i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB stattgegeben.

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung.	17
Soweit das Landgericht über den geltend gemachten Anspruch aus § 21 Abs. 3 GWB nicht entschieden hat, hat die Klägerin Eventualanschlussberufung eingelegt.	18
II.	19
<u>Berufung des Beklagten</u>	20
Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet.	21
Das Landgericht hat der auf Unterlassung gerichteten Klage zur Recht stattgegeben.	22
Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe des Beklagten haben keinen Erfolg.	23
Die Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB i.V.m. Art. 101 AEUV zu.	24
1.	25
Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Nach § 33 Abs. 1 GWB ist derjenige, der gegen Art. 101 AEUV verstößt, dem Betroffenen bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Erforderlich ist eine Beeinträchtigung in seinen wirtschaftlichen Interessen. Hierbei ist ein weites Verständnis zu Grunde zu legen. Es genügt jede Verschlechterung der legitimen Chancen am Markt gegenüber der Situation bei Wettbewerb (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 33 Rn. 26). Für den Unterlassungsanspruch ist danach jeder „betroffen“, für den vorstellbar ist, dass er einen auf den Kartellverstoß zurückzuführenden Schaden erleiden könnte (OLG Frankfurt DE-R 2860, 2861 – <i>Entega</i> ; Bechtold, GWB, 6. Aufl., § 33 Rn. 10).	26
Ausgehend hiervon ist die Klägerin offensichtlich in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt, wenn der Beklagte Presse-Grossisten auffordert, individuelle Verhandlungen mit der Klägerin über Grosso-Konditionen zu verweigern. Eine Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Interessen liegt aber auch dann vor, wenn der Beklagte für seine Mitglieder mit allen Verlagshäusern, Vertriebsgesellschaften und Nationalvertrieben mit Ausnahme der Klägerin einheitliche Großhandelspreise für das gesamte Bundesgebiet verhandelt und vereinbart. Es ist vorstellbar, dass hierdurch die Verhandlungen der Klägerin mit den Presse-Grossisten nachteilig beeinflusst werden und sie hierdurch einen Schaden erleidet. Die Preise- und Vertragskonditionen, die der Beklagte für die Presse-Grossisten aushandelt, sind nicht im Wettbewerb der Grossisten um den Abschluss der jeweiligen Vertriebsverträge mit den Verlagshäusern gebildet worden und daher nicht Ausdruck eines wettbewerblichen Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage. Gleichwohl werden sich die Grossisten bei den individuellen Verhandlungen mit der Klägerin an diesen kartellbedingt beeinflussten Preisen und Konditionen orientieren, so dass ein für die Klägerin wirtschaftlich nachteiliger Einfluss möglich und daher vorstellbar ist, dass sie einen auf den Kartellverstoß zurückzuführenden Schaden erleiden könnte.	27
2.	28
Die Befugnis des Beklagten, für seine Mitglieder einheitliche Vertragskonditionen mit den Verlagen zu verhandeln und zu vereinbaren (nachfolgend: zentrales Verhandlungsmandat),	29

verstößt gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Nach dieser Vorschrift sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. 30

a. 31

Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen liegt hier vor. Dies gilt für das Verhältnis der Presse-Grossisten untereinander ebenso wie für das Verhältnis zwischen den PresseGrossisten und dem Beklagten. 32

Die verbandsangehörigen Presse-Grossisten haben sich untereinander – zumindest konkludent – damit einverstanden erklärt, dass der Beklagte in ihrem Auftrag und in ihrem Namen mit den Verlagen einheitliche Handelsspannen verhandelt und vereinbart. Darüber hinaus liegt auch eine Vereinbarung zwischen den Presse-Grossisten als Unternehmen und dem beklagten Verband als Unternehmensvereinigung mit dem Inhalt vor, dass sie den Verband mit der Durchführung des zentralen Verhandlungsmandats beauftragen und bevollmächtigen. Dass von dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV nur Vereinbarungen von Unternehmen und nicht Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinbarungen erfasst sind, ist unbeachtlich. Denn über den Wortlaut hinaus wird auch dieser Fall von der genannten Vorschrift erfasst (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 41). 33

b. 34

Das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten bezweckt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung. 35

Das zentrale Verhandlungsmandat verhindert einen Rabatt- und Konditionenwettbewerb zwischen den Presse-Grossisten und den Verlagen bzw. Nationalvertrieben. Es hat zur Folge, dass für alle verlagsunabhängigen Presse-Grossisten einheitliche Vertragskonditionen gelten. Die Vergütung, die der Grossist von den Verlagen und Nationalvertrieben für seine Vertriebstätigkeit erhält, bemisst sich nach der Handelsspanne zwischen dem Abgabepreis an den Großhandel und dem Abgabepreis an den Einzelhandel. Gelten im Verhältnis zwischen den Verlagen und dem Großhandel jeweils dieselben Handelsspannen, ist ein Preis- und Konditionenwettbewerb des Großhandels um die nachgefragte Belieferung mit Zeitungen und Zeitschriften ausgeschlossen. 36

Die Annahme einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung scheitert auch nicht daran, dass die Presse-Grossisten – so wie der Beklagte geltend macht – untereinander gar nicht in Wettbewerb stehen. Zwar besteht zwischen ihnen kein aktuelles Wettbewerbsverhältnis (siehe unter aa.). Es ist aber von einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis auszugehen (siehe unter bb.). 37

aa. 38

39

Ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis der Presse-Grossisten untereinander scheitert an den vereinbarten Gebietsmonopolen. In den jeweils von den Verlagen festgelegten Auslieferungsgebieten ist in der Regel für alle Verlage nur ein Presse-Grossist tätig. Ihm haben sie die Vertriebsrechte für ihr Presseerzeugnisse in Alleinauslieferung übertragen. Etwas anderes gilt nur für die sogenannten Doppel-Grosso-Gebiete Hamburg, Berlin, Elmshorn und Stade, in denen zwei Grossisten jeweils die Produkte bestimmter Verlage ausschließlich vertreiben.

bb. 40

Es besteht aber ein potentielltes Wettbewerbsverhältnis. 41

Unter potentielltem Wettbewerb ist der bereits gegenwärtige Einfluss auf den wirtschaftlichen Entscheidungs- und Verhaltensspielraum der Marktteilnehmer zu verstehen, der von einem nicht auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen allein schon aufgrund seiner Fähigkeit zum künftigen Markteintritt ausgeht. Für die Annahme eines in diesem Sinne wirksamen Wettbewerbsdrucks von außerhalb des relevanten Marktes genügt die bloß theoretische Möglichkeit des Marktzutritts von Wettbewerbern nicht. Vielmehr muss nach der Marktsituation sowie nach den Fähigkeiten und Möglichkeiten des betreffenden Unternehmens wahrscheinlich sein, dass es demnächst aktuellen Wettbewerb aufnehmen wird. Maßgeblich hierfür ist, dass sich der künftige Markteintritt aufgrund objektiver und nachprüfbarer Anhaltspunkte unter Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des relevanten Marktes, vor allem der Marktzutrittsschranken, der Ressourcen des in Betracht gezogenen Unternehmens und dessen Geschäftspolitik, als realistische und nahe liegende Möglichkeit darstellt (Senat WuW/E DE-R 3173, Rn. 101 m.w.Nachw. – *Anzeigengemeinschaft*; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, aaO., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 122). Die somit gebotene Analyse der Marktverhältnisse führt hier zu dem Ergebnis, dass weder rechtliche noch wirtschaftliche Gründe gegen die Annahme potentiellen Wettbewerbs sprechen und bereits aktuell potentieller Wettbewerb der Presse-Grossisten besteht. 42

(1) Aus rechtlichen Gründen ist potentieller Wettbewerb nicht ausgeschlossen. Zwar haben die Verlage die Vertriebsrechte für ihre Verlagsobjekte für ein bestimmtes räumliches Gebiet in der Regel jeweils nur einem Grossisten übertragen. Die Gebietsmonopole sind aber kein rechtliches Hindernis für einen Marktzutritt. 43

(a) Die Gebietsmonopole der Presse-Grossisten sind Folge der vertikalen Alleinvertriebs- und Gebietsschutzabreden, die sämtliche Verlagshäuser mit dem jeweiligen Grossisten für ihr Gebiet getroffen haben. Zwar verstoßen Alleinvertriebs- und Gebietsschutzabreden generell gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB (BGH WuW/E DE-R 3446 Rn. 25). Sie sind hier aber gemäß Art. 4 b) der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20. April 2010 (nachfolgend: Vertikal-GVO) von dem Kartellverbot freigestellt, weil sie nur den aktiven Verkauf in fremde Grosso-Gebiete ausschließen und passiven Wettbewerb zulassen. 44

(aa) Die in Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO geregelte Freistellung vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nicht nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO ausgeschlossen. Hiernach gilt die Freistellung nach Art. 2 nur, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils beträgt der Marktanteil der Klägerin am gesamten Pressemarkt 15 %. Vor diesem Hintergrund sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden und 45

von dem Beklagten auch nicht dargetan, dass der Marktanteil der Klägerin in dem jeweiligen Grosso-Gebiet über 30 % liegt. Da der Grossist in seinem Gebiet nicht nur von der Klägerin, sondern auch von den anderen Verlagshäusern die von ihnen herausgegebenen Zeitungen und Zeitschriften bezieht, ist auch nichts dafür ersichtlich, dass der Marktanteil des Grossisten auf dem Bezugsmarkt 30 % übersteigt.

(bb) Die Freistellung ist nicht gemäß Art. 4 b) Vertikal-GVO ausgeschlossen, weil die Alleinvertriebs- und Gebietsschutzabreden gemäß Art. 4 b) i) nur den aktiven Verkauf beschränken.

46

Die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder –dienstleistungen verkaufen darf (Art. 4 b) Vertikal-GVO). Eine Ausnahme von dieser Kernbeschränkung enthält Art. 4 b) i) Vertikal-GVO für den Fall der Beschränkung des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat, sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird. Zugelassen sind danach nur Beschränkungen des aktiven Verkaufs. Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (ABl. EU 2010 Nr. C 130/01, Rn. 51) bedeutet „aktiver“ Verkauf die aktive Ansprache einzelner Kunden beispielsweise durch Direktwerbung, Kundenbesuche oder andere verkaufsfördernde Maßnahmen, die sich gezielt an die betreffende Kundengruppe oder gezielt an die Kunden in dem betreffenden Gebiet richten. „Passiver“ Verkauf bedeutet demgegenüber die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass den Grossisten von der Klägerin oder den anderen Verlagen verboten ist, in andere Grosso-Gebiete zu liefern, wenn sie unaufgeforderte Bestellungen von einzelnen Kunden aus anderen Vertriebsgebieten erhalten. Ein solche Beschränkung ergibt sich weder aus dem Vortrag der Parteien noch aus den vorgelegten Unterlagen. Die Klägerin und der Beklagte behaupten eine Beschränkung des passiven Verkaufs nicht. Den Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen für den Zeitschriftengroßhandel der Rechtsvorgängerin der Klägerin (Anl. K 8) ist in Ziff. II 1. lediglich zu entnehmen, dass der Grossist die Verlagserzeugnisse in einem – noch gesondert zu vereinbarenden – Vertriebsgebiet vertreibt. In der Broschüre „Grips & Co Markentrainer“ der Bauer Media Group (Anl. B 15, dort Seite 17) wird die dem Grossisten übertragene Alleinauslieferung dahingehend erklärt, dass der Grossist nur innerhalb seines Gebiets an die Einzelhändler vertreiben und nicht in anderen Gebieten aktiv werden darf. Nichts anderes ergibt sich ferner aus der Gemeinsamen Erklärung, die der Beklagten mit dem Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger und dem Verband Deutscher Zeitschriftenverleger am 19.08.2004 geschlossen hat (Anl. K 7).

47

Ist somit die vertikale Gebietsbindung vom Kartellverbot freigestellt, bedeutet dies allerdings nicht – so wie der Beklagte geltend macht –, dass bereits aus diesem Grund ein potentielles Wettbewerbsverhältnis der Grossisten nicht bestehen kann. Die bisher geübte Praxis der gebietsbezogenen Alleinauslieferung unterliegt der Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien und kann jederzeit geändert werden. Die Verlage können bestehende Grosso-Verträge kündigen und befristete Verträge nicht verlängern. Anschließend besteht die Möglichkeit, den Grossisten zu wechseln, den Vertrieb nach Einzelobjekten zu differenzieren und das Liefergebiet zu verändern.

48

49

(b) Die Gebietsmonopole sind zur Gewährleistung der Pressefreiheit auch nicht zwingend erforderlich. Der Beklagte hat weder dargetan noch ist sonst ersichtlich, dass die praktizierte gebietsbezogene Alleinauslieferung sämtlicher Verlagserzeugnisse durch einen Grossisten für die Überallerhältlichkeit der Presserzeugnisse notwendig ist.

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Preisbindung, die der Staat gemäß § 30 GWB (§ 20 GWB a.F.) zum Schutz der Pressefreiheit erlaubt, weder unmöglich gemacht noch unzumutbar erschwert wird, wenn nicht alle Verleger denselben Grossisten beauftragen. Ein notwendiger Zusammenhang zwischen gebietsbezogener Alleinauslieferung und Preisbindung bestehe nicht. Zudem sei nicht erkennbar, dass sich der Übergang vom Einzel- zum Doppel-Grosso in relevanter Weise nachteilig auf die Erhältlichkeit von sowie den Wettbewerb zwischen Presseerzeugnissen auswirken könnte. Zwar sei nicht auszuschließen, dass einige Einzelhändler sich in diesem Fall im Interesse der Rationalisierung und einer einfachen Remission für die Belieferung nur durch einen Grossisten entscheiden und dadurch der unmittelbare Wettbewerb zwischen Presseerzeugnissen in den einzelnen Verkaufsstellen beeinträchtigt würde. Es sei aber zu erwarten, dass zumindest ein erheblicher Teil der Einzelhändler sich im Interesse eines vollständigen Sortiments von beiden Grossisten beliefern lassen wird, so dass weiterhin für die Bevölkerung alle Presseerzeugnisse leicht erreichbar blieben (BGH WuW/E DE-R 3446 Rn. 48 - *Grossistenkündigung*). 50

Das Vorbringen des Beklagten enthält keinen substantiierten Vortrag dazu, dass im vorliegenden Fall gleichwohl die Überallerhältlichkeit der Presseerzeugnisse bei Wegfall der gebietsbezogenen Alleinauslieferung gefährdet ist. Insbesondere ist seinem Vortrag nicht zu entnehmen, dass in den vier Gebieten, in denen seit Jahren ein System des Doppel-Grosso mit Objektrennung besteht, die Zeitschriftenversorgung schlechter als im sonstigen Bundesgebiet ist. 51

(c) Beim individuellen Aushandeln von Großhandelskonditionen zwischen den Verlagen und den Grossisten ist Wettbewerb auch nicht deshalb aus Rechtsgründen ausgeschlossen, weil sowohl die Verlage als Preisbinder nach § 20 Abs. 1 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) als auch die Presse-Grossisten als Monopolisten nach § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB dem Diskriminierungsverbot unterliegen. Hieraus ergibt sich entgegen den Ausführungen des Beklagten keine wechselseitige Gleichbehandlungspflicht des Inhalts, dass die Verlage verpflichtet sind, für die von den Grossisten zu erbringenden Vertriebsleistungen bundeseinheitliche Konditionen zu vereinbaren. 52

Zwar unterfallen Verlage als Preisbinder (§ 30 GWB) gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Selbst wenn die Verlage marktbeherrschend oder marktstark im Sinne von § 20 GWB wären, folgt aus den genannten Vorschriften aber nur, dass ihnen eine unbillige Behinderung bzw. eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung verboten ist. Sie können daher mit dem Großhandel unterschiedliche Konditionen vereinbaren, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt. Dieser kann beispielsweise in der Absatzmenge, den Vertriebsanstrengungen oder den Besonderheiten des Vertriebsgebiets liegen. Keinesfalls folgt aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB die Verpflichtung der Verlage, bundesweit einheitliche Großhandelspreise und -konditionen zu vereinbaren. Nichts anderes ergibt sich aus der Preisbindung selbst. Die Preisbindung gilt für die Endverkaufspreise und für den Abgabepreis des Großhandels an den Einzelhandel. Wieso die dem Preisbindungsrecht immanente Gleichbehandlungspflichten nur dann hinnehmbar sein sollen, wenn auch die Abgabepreise des Preisbinders gleich sind, behauptet der Beklagte zwar, eine nachvollziehbare Begründung hierfür bleibt er aber 53

schuldig.

Auch die Presse-Grossisten unterliegen in ihren bisherigen Gebieten als Marktbeherrscher dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot. Sie dürfen die Verlage, die ihre Vertriebsleistungen in Anspruch nehmen, weder unbillig behindern noch ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln. Dies bedeutet aber nicht, dass die Grossisten untereinander nicht in einen Preis- und Konditionenwettbewerb treten dürfen. Dem Diskriminierungsverbot unterfallen nur die in diesem Wettbewerb gebildeten Preise und Konditionen.

(2) 55

Potentieller Wettbewerb der Presse-Grossisten um den Abschluss von Vertriebsverträgen mit den Verlagen ist ferner nicht aus wirtschaftlichen Gründen ausgeschlossen. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum die Grossisten oder Dritte bei Wegfall der vertikalen Gebietsbindung aus ökonomisch rationalen Gründen nicht bereit sein sollen, zueinander in Wettbewerb zu treten.

(a) Dass die Endkunden- und die Abgabepreise des Großhandels an den Einzelhandel der Preisbindung gemäß § 30 GWB unterliegen, begründet keinen fehlenden Anreiz der Grossisten, im Verhältnis zu den Verlagen in Wettbewerb zu treten. Die Abgabepreise zwischen Verlag und Grossist sind Gegenstand von Preisverhandlungen. Über Großhandelsrabatte oder sonstige Vertragskonditionen können die Grossisten daher uneingeschränkt in Wettbewerb um den Abschluss von Vertriebsverträgen treten.

(b) Soweit der Beklagte behauptet, für einen Presse-Grossisten mache es kaufmännisch von vornherein keinen Sinn, mit Presseerzeugnissen eines einzelnen Verlages in Nachbargebiete vorzudringen, da die Einzelhändler im Allgemeinen kein Interesse daran hätten, Teilsortimente von verschiedenen Großhändlern zu beziehen, ist dieses Vorbringen ohne Substanz und durch nichts belegt. Dagegen spricht im Übrigen, dass seit Jahrzehnten in Hamburg und Berlin ein sog. Doppel-Grosso mit Objektrennung besteht und diese Situation offenbar weder für die Grossisten noch für den Einzelhandel ein Problem darstellt oder gar aus wirtschaftlichen Gründen uninteressant ist. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Situation, die sich in Schleswig-Holstein und Niedersachsen nach der Kündigung der Grosso-Verträge für die Vertriebsgebiete Elmshorn und Stade durch die Klägerin ergeben hat. In diesen Gebieten werden die Presseerzeugnisse der Klägerin seit 2008 von der PVN vertrieben, die ihre bisher nur auf Hamburg beschränkte Vertriebsstruktur ohne weiteres auf die angrenzenden Gebiete übertragen konnte. Der Einwand des Beklagten, die PVN könne als verlagseigenes Unternehmen kein potentieller Wettbewerber sein, überzeugt nicht. Die PVN vertreibt nicht nur die Presseerzeugnisse der Klägerin, sondern auch solche anderer, mit der Bauer Media Group konkurrierender Verlage. Für das Hamburger Vertriebsgebiet ist das seit Jahrzehnten der Fall; in den beiden anderen Gebieten hat seit 2008 bisher ein Verlag zur PVN gewechselt.

(c) Ohne Substanz und damit unerheblich ist ferner der Vortrag des Beklagten, das Vordringen eines Grossisten in benachbarte Gebiete verursache höhere Kosten in der Akquisition des Einzelhandels und der Logistik, die durch den Umsatzzuwachs nicht kompensiert werden könnten, weshalb eine Expansion in benachbarte Grosso-Gebiete auszuschließen sei. Eine Begründung für sein Vorbringen gibt der Beklagte nicht. Ob die mit einem Markteintritt verbundenen Kosten durch die zu erzielenden Umsätze kompensiert werden können, hängt von mehreren Variablen ab. Von Bedeutung sind neben den Ressourcen, der Geschäftspolitik und Strategie des Unternehmens vor allem, welche

Konditionen der Grossisten mit den Verlagen aushandeln kann und wie effizient sein Vertriebsmodell ausgestaltet ist. Dass es aus kaufmännischer Sicht generell nicht möglich ist, ganz oder teilweise in das angrenzende Vertriebsgebiet eines anderen Grossisten einzudringen oder als Newcomer erstmals in den Grosso-Markt einzutreten, ist nicht ersichtlich und auch sonst nicht dargetan. Infolgedessen ist auch dem Beweisangebot auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht nachzugehen.

(d) Der weitere Einwand des Beklagten, die Presse-Grossisten würden bei einer Expansion in Nachbargebiete nicht genügend Ware von den Verlagen erhalten, ist nicht nachvollziehbar und entbehrt jeder Grundlage. Das Ziel der Verlage ist es, dass in den jeweiligen Vertriebsgebieten so viele Presserzeugnisse wie möglich an den Endkunden verkauft werden. Sie haben deshalb keinerlei Motivation, Grossisten mit zu geringen Mengen zu beliefern, da sie sich damit nur selbst schaden würden. Ein solches Verhalten wäre kaufmännisch nicht vernünftig.

(e) Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Remissionsabwicklung der nicht verkauften Zeitschriften und Zeitungen nur beim Alleingebiets-Grosso praktikabel ist. Zwar bedeutet es für die Einzelhändler einen Mehraufwand, die zu remittierenden Verlagserzeugnisse einem bestimmten Verlag und anschließend einem bestimmten Grossisten zuzuordnen, wenn er in seinem Gebiet die Ware von mehreren Großhändlern bezieht. Jedoch wird dies in den Doppel-Grosso Gebieten seit langem praktiziert, ohne dass bei den Remissionen offenbar nennenswerte Probleme aufgetreten sind. Zudem kann dieser Situation beispielsweise dadurch begegnet werden, dass die Ware durch einen „Grosso-Barcode“ gekennzeichnet wird. Dies erkennt auch der Beklagte, wendet aber hiergegen ein, dass eine solche Kennzeichnung nur mit Zustimmung der Verlage möglich ist. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich und von dem Beklagten auch nicht aufgezeigt worden, warum die Verlage eine solche Zustimmung nicht erteilen sollten. Auch sie haben ein Interesse daran, dass die Remissionsabwicklung unproblematisch läuft und werden deshalb keine Bedenken haben, ihre Zustimmung zu erteilen.

(3) 62

Es besteht auch die realistische und nicht nur rein theoretische Möglichkeit, dass die Grossisten bei Wegfall des zentralen Verhandlungsmandats des Beklagten ihre Konditionen mit den Verlagen individuell aushandeln und in Wettbewerb zueinander treten. Voraussetzung hierfür ist, dass es Markteintritt nach dem regelmäßigen Verlauf des konkreten Marktgeschehens wahrscheinlich bzw. naheliegend ist. Potentieller Wettbewerber ist danach ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass er wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstige Umstellungskosten auf sich nehmen wird, die erforderlich sind, um in den relevanten Markt einzutreten. Nachfolgend aufgeführte konkrete Anhaltspunkte lassen es wahrscheinlich erscheinen, dass Presse-Grossisten bei Wegfall des zentrale Verhandlungsmandats des Beklagten ganz oder teilweise in benachbarte Vertriebsgebiete vordringen. Die Klägerin will ihre Verträge mit den Grossisten individuell aushandeln. Bei der Klägerin handelt es sich um ein bedeutendes Verlagsunternehmen. Die Bauer Media Group gehört zu den fünf größten deutschen Verlagshäusern. Ihr Umsatz betrug im Jahr 2009 über 2,107 Mrd. Euro. Ihr Marktanteil am gesamten deutschen Pressemarkt beträgt 15 %; sie ist Marktführer im Bereich der Programm- und Frauenzeitschriften. Bei kaufmännisch vernünftiger Betrachtung werden die Grossisten das Verhandlungsangebot der Klägerin nicht ablehnen, sondern sich zumindest damit befassen und überlegen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie in benachbarten Vertriebsgebieten für die Klägerin tätig

werden könnten. Es gibt – wie bereits oben ausgeführt – für die Grossisten keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Hindernisse, die eine geschäftliche Betätigung über das angestammte Monopolgebiet hinaus von vornherein ausschließen. Es ist letztlich eine Frage der vom Verlag angebotenen Großhandelskonditionen und der Ressourcen und der Strategie des Grossisten, ob sich eine Expansion für ihn lohnt oder nicht.

Überdies ist mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass andere Verlage dem Beispiel der Klägerin folgen und sich ebenfalls bemühen werden, die Großhandelskonditionen zu ihren Gunsten im Wettbewerb zu verhandeln, sobald feststeht, dass das bislang praktizierte zentrale Verhandlungsmandat kartellrechtswidrig ist und nicht mehr praktiziert werden darf. Die hiergegen von dem Beklagten vorgebrachten Argumente überzeugen nicht.

64

Es ist nichts dafür ersichtlich, dass das Alleingebiets-Grosso für die Verlage notwendig ist, um das durch das Remissionsrecht verursachte Absatzrisiko in Grenzen zu halten. Warum Wettbewerb zwischen den Grossisten zu mehr Remissionen führen soll, hat weder der Beklagte dargetan noch sind sonst hierfür Anhaltspunkte vorhanden. Dass die Remissionsabwicklung bei einem Wegfall der Gebietsmonopole nicht mehr durchgeführt werden kann oder mit einem unzumutbaren Mehraufwand für die Verlage verbunden ist, kann gleichfalls nicht angenommen werden. In den vier Doppel-Grosso-Gebieten mit Objektrennung funktioniert die Remissionsabwicklung reibungslos. Jedenfalls ist dem Vorbringen des Beklagten nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Darüber hinaus spricht der Beklagte in diesem Zusammenhang selbst auch nur von Effizienznachteilen in Form von Doppel-Touren der Grossisten und doppelter Arbeit für den Einzelhandel. Dass eine Zuordnung der Remissionen zu den verschiedenen Grossisten und Verlagen durch geeignete und zumutbare Maßnahmen sichergestellt werden kann, ist bereits oben ausgeführt worden. Soweit der Beklagte vorträgt, eine am voraussichtlichen Bedarf des Einzelhandels orientierte Bezugssteuerung, die zu einer sinnvollen Begrenzung der Remissionen führe, sei nur bei einer Alleinzuständigkeit eines Grossisten für ein Gebiet möglich, ist dieses Vorbringen nicht plausibel. Der Beklagte bleibt jegliche Begründung dafür schuldig, warum eine vernünftige und bedarfsgerechte Belieferung des Einzelhandels dann nicht mehr möglich sein soll, wenn in dem Vertriebsgebiet konkurrierende Großhändler tätig sind.

65

Ohne Substanz ist ferner der Vortrag des Beklagten, nur beim Alleingebiets-Grosso sei sichergestellt, dass der Grossist dieses Gebiet voll ausschöpft und alle geeigneten Einzelhändler im Rahmen objektiver Verkäuflichkeitsprognosen mit Vollsortimenten beliefert. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Großhändler im Wettbewerb zueinander ihr Vertriebsgebiet nicht voll ausschöpfen und den Einzelhandel nicht objektiv beraten sollten. Wenn sie im Wettbewerb bestehen und - hiervon ist bei kaufmännisch vernünftigem Verhalten auszugehen - Umsätze mit dem Einzelhandel erzielen möchten, werden sie alles unternehmen, um den Einzelhandel zufrieden zu stellen.

66

3.

67

Das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

68

Eine Freistellung hängt danach von dem kumulativen Vorliegen von zwei positiven und zwei negativen Voraussetzungen ab: Zum einen muss in positiver Hinsicht ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden und eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn garantiert sein; zum anderen ist in negativer Hinsicht die Unerlässlichkeit der auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich sowie

69

die Unmöglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Eine Einzelfreistellung scheitert vorliegend an mehreren Voraussetzungen.

70

Dem Vortrag des darlegungsbelasteten Beklagten ist schon nicht zu entnehmen, dass das zentrale Verhandlungsmandat einen Beitrag zur Verbesserung der Warenverteilung im Sinne der genannten Vorschrift leistet (siehe unter a.). Darüber hinaus wird durch das zentrale Verhandlungsmandat der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren und Dienstleistungen ausgeschaltet (siehe unter b.).

71

a.

72

Der beklagte Verband hat nicht ausreichend substantiiert dargelegt, dass das zentrale Verhandlungsmandat und in dessen Folge die bundeseinheitlichen Preise und Konditionen für die Vertriebsleistungen des Presse-Großhandels zu Effizienzvorteilen führen, die die wettbewerbswidrigen Wirkungen des zentralen Verhandlungsmandats überwiegen.

73

Nach den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. 2004 Nr. C 101/08, nachfolgend LL) ist der Zweck der ersten Freistellungsvoraussetzung, die Art der Effizienzgewinne festzulegen. Es sollen die durch die Vereinbarung geschaffenen objektiven Vorteile und die wirtschaftliche Bedeutung der Effizienzgewinne ermittelt werden (Rn. 50 LL). Erforderlich sind echte nachvollziehbare objektive Vorteile, die aufgrund der Vereinbarung prognostiziert werden können. Ob sich Vorteile ergeben, ist durch Vergleich mit dem Zustand zu beurteilen, der ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bestand oder bestehen würde. Dabei müssen die Vorteile, die sich aus der Absprache ergeben, größer als die sich aus ihr ergebenden Nachteile sein, um einen Vorteil im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen zu können (Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, aaO., Art. 81 EG Rn. 143, 146; Bunte in Langen/Bunte, aaO., Art. 81 Rn. 192 jeweils m.w.Nachw.). Die geltend gemachten Effizienzgewinne müssen daher derart substantiiert werden, dass die Art der in Rede stehenden Effizienzvorteile, die Verknüpfung zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und den Effizienzgewinnen, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß jedes reklamierten Effizienzvorteils nachgeprüft sowie beurteilt werden kann, wie und wann jeder geltend gemachte Effizienzgewinn erreicht wird (Rn. 51 LL). Die Behauptungs- und Beweislast für die Effizienzgewinne liegt bei den Unternehmen, die sich auf die Freistellung berufen (Art. 1 Abs. 2 Kartellverfahrensordnung).

74

Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Beklagten nicht. Der Beklagte macht geltend, dass die von ihm zentral ausgehandelten einheitlichen Preise und Konditionen auf dem Press-Grosso-Markt zu einer Verbesserung der Verteilung der Verlagserzeugnisse in Deutschland führen, weil hierdurch die Überallerhältlichkeit der Verlagserzeugnisse gewährleistet und kleinen und finanziell schwachen Verlagen der Marktzutritt erleichtert werde. Überdies werde hierdurch das Vollsortiment beim Einzelhandel und eine bedarfsgerechte Belieferung des Einzelhandels gewährleistet. Ein weiterer Effizienzvorteil sei eine Kosteneinsparung bei den Verlagen, da ohne Alleingebiets-Grosso logistische und finanzielle Mehraufwendungen entstünden.

75

Diesem Vorbringen folgt der Senat nicht. Das zentrale Verhandlungsmandat führt nicht zu einer objektiven Verbesserung gegenüber der Situation, die aller Voraussicht nach ohne bundeseinheitliche Handelsspannen der Grossisten im Verhältnis zu den Verlagen bestehen würde.

76

77

aa.

Ein Preis- und Konditionenwettbewerb der Grossisten um den Abschluss von Vertriebsverträgen mit den Verlagshäusern wird aller Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass nicht nur ein einziger Grossist für alle Verlage in einem Gebiet tätig ist, sondern mehrere Grossisten. Dies kann beispielsweise in der Form eines Doppel- oder Mehrfach-Grosso mit Objektrennung geschehen oder durch zwei benachbarte Grossisten mit Vollsortiment. Warum bei einer solchen Situation die Grossisten im Vergleich zum Alleingebietsgrosso weniger in der Lage oder willens sein sollten, die Absatzmöglichkeiten für die von ihnen vertriebenen Verlagserzeugnisse in ihrem Gebiet voll auszuschöpfen, ist nicht erkennbar. Die Interessenlage der Verlage und Grossisten ist in jedem Fall identisch. Die Verlage wollen ihre Presseerzeugnisse möglichst optimal am Markt platzieren und zugleich die Remissionsrate möglichst gering halten. Der Grossist hat ein gleichgerichtetes Interesse, denn ihm geht es darum, seinen Gewinn durch einen möglichst guten Abverkauf der Ware zu optimieren. Dass und in welchem Ausmaß ein einzelner Grossist die Überallerhältlichkeit und damit die Pressevielfalt in einem Gebiet daher besser gewährleisten kann als mehrere Grossisten, ist nicht zu erkennen.

78

bb.

79

Nach dem Vortrag des Beklagten bewirkt das zentrale Verhandlungsmandat gleiche Marktzutrittschancen für alle Titel und alle Verlage, während ohne das zentrale Verhandlungsmandat für kleine und finanziell schwache Verlage die Gefahr bestehe, dass sie von einem Markteintritt Abstand nehmen, weil sie den höheren Aufwand scheuen, mit über 70 Grossisten dezentral zu verhandeln. Dieses Argument trifft schon im Ansatz nur auf die kleineren Verlage und Titel zu, die ihren Vertrieb nicht über Nationalvertriebe organisieren. Denn nur in diesem Fall wären direkte Verhandlungen zwischen den Verlagen und Grossisten überhaupt erforderlich. Wie viele Verlage dies zahlenmäßig betrifft, ist dem Vortrag des Beklagten indes nicht zu entnehmen. Eine Gewichtung zwischen dem geltend gemachten Effizienzvorteil und dem durch das zentrale Verhandlungsmandat bezweckte Wettbewerbsnachteil kann daher nicht vorgenommen werden. Hierauf kommt es letztlich aber auch nicht an, weil insoweit allenfalls ein auf diese kleinen und finanziell schwachen Verlage beschränktes zentrales Verhandlungsmandat des Beklagten zu rechtfertigen wäre.

80

cc.

81

Soweit als weiterer Effizienzgewinn des zentralen Verhandlungsmandats die Gewährleistung eines Vollsortiments beim Einzelhandel sowie eine bedarfsgerechte Belieferung des Einzelhandels geltend gemacht wird, ist – wie bereits oben ausgeführt – nicht ersichtlich und von dem Beklagten auch nicht dargetan, dass beides nicht gewährleistet ist, wenn mehrere Grossisten in einem Gebiet tätig sind und in Wettbewerb zueinander stehen.

82

Unzureichend ist der Vortrag des Beklagten auch in Bezug auf die behaupteten Kosteneinsparungen der Verlage. Insoweit macht er geltend, ohne das derzeit praktizierte Alleingebietsgrosso würden logistische und finanzielle Mehraufwendungen für die Verlage entstehen, da die Vertriebsaufwendungen des Monopolisten wesentlich geringer seien als die Vertriebsaufwendungen mehrerer konkurrierender Grossisten. Dieses Vorbringen ist ohne Substanz und daher in seiner Pauschalität nicht schlüssig. Es lässt nicht ansatzweise das Ausmaß der ersparten Mehraufwendungen zumindest der Größenordnung nach erkennen. Überdies ist nicht nachzuvollziehen, aus welchem Grund die Vertriebsaufwendungen des Monopolisten niedriger sein sollen als die Vertriebsaufwendungen, die im Wettbewerb mit mehreren Grossisten anfallen. Dies gilt umso mehr, als Wettbewerb in der Regel zu

83

Effizienzsteigerungen und damit auch zu Kostensenkungen führen kann.

b.	84
Ungeachtet der Tatsache, dass auch der Vortrag des Beklagten zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an den behaupteten Effizienzvorteilen unsubstantiiert ist, scheitert eine Freistellung des zentralen Verhandlungsmandats jedenfalls daran, dass durch die Vereinbarung der Wettbewerb der Grossisten auf dem Großhandelsmarkt vollständig ausgeschlossen wird.	85
Eine Freistellung ist in aller Regel wegen der Schranke des Art. 101 Abs. 3 b) AEUV ausgeschlossen, wenn eine Vereinbarung Kernbeschränkungen (Preisfestsetzung, räumliche Marktaufteilung, Aufteilung der Kundenkreise etc.) enthält und an ihr ein maßgeblicher Teil der im relevanten Markt tätigen Unternehmen beteiligt ist. Dann ist den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil des relevanten Marktes den Wettbewerb auszuschalten. Insbesondere der Preiswettbewerb darf nie ganz ausgeschlossen werden (EuGH Rs 26/76 Slg. 1977, 1875 Rn. 21 – <i>Metro</i> ; Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 299).	86
Gerade dies ist vorliegend aber der Fall. Das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten führt dazu, dass bundesweit einheitliche Preise und Konditionen für die Vertriebsleistungen des Pressegrosshandels gelten. Ein Rabatt- und Konditionenwettbewerb der Grossisten untereinander ist damit vollständig ausgeschlossen. Der passive Verkauf in benachbarte Gebiete wird für den gesamten Großhandelsmarkt verhindert. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, es bestehe Wettbewerb zu den anderen Vertriebswegen wie insbesondere dem Bahnhofsbuchhandel und dem Abonnementvertrieb. Die unterschiedlichen Vertriebswege stehen nicht in Wettbewerb zueinander, da es sich um andere Marktteilnehmer handelt (EuGH Rs 26/76 Slg. 1977, 1875 Rn. 21 – <i>Metro</i>).	87
4.	88
Die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nicht gemäß Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV ausgeschlossen.	89
Hiernach gelten die Vorschriften der Verträge und insbesondere die Wettbewerbsregeln auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, allerdings nur soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.	90
a.	91
Der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften durch den Großhandel an den stationären Einzelhandel könnte als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen sein.	92
Der Definition der Kommission zufolge werden unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse marktbezogene Fähigkeiten verstanden, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden können (Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II EUV/AEUV, AEUV Art. 106 Rn. 38). Kompetent zur Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind in erster Linie die Mitgliedstaaten. Sie besitzen insoweit ein Ermessen. Eine Kontrolle findet nur auf	93

offenkundige Fehler statt (Wernicke in Grabitz/Hilf, aaO., AEUV Art. 106 Rn. 44; Mestmäcker/Schweitzer, AEUV Art. 106 Abs. 2 Rn. 84). Die Erhaltung eines pluralistischen Pressewesens ist als eine solche Dienstleistung eingestuft worden (Wernicke in Grabitz/Hilf, aaO., AEUV Art. 106 Rn. 46 a.E.).

Da dem Mitgliedstaat bei der Definition ein weites Ermessen eingeräumt wird, spricht hier
einiges dafür, vorliegend von einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
auszugehen. Nach den Gesetzesmaterialien zu § 30 Abs. 2 a) GWB, insbesondere der
Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf und der Beschlussempfehlung des
Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, erfüllt ein funktionsfähiger Presse-Großhandel
eine wichtige Funktion zur Presse und Meinungsvielfalt, da durch einen
diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungs- und Zeitschriftensortimenten durch die Presse-
Grossisten die Überallerhältlichkeit von Presseartikeln und der diskriminierungsfreie Zugang
von Titeln kleiner Verlage und Titeln mit kleinen Auflagen zum Lesermarkt gewährleistet
werden soll. 94

b. 95

Bei den Presse-Grossisten handelt es sich aber nicht um betraute Unternehmen im Sinne
von Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV. 96

Der EuGH verlangt einen mitgliedstaatlichen Hoheitsakt bzw. einen Akt der öffentlichen
Gewalt, durch welchen bestimmte Unternehmen für bestimmte besondere Aufgaben im
Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in den
Dienst genommen werden (Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, aaO., AEUV
Art. 106 Abs. 2 Rn. 52). Der Betrauungsakt verkörpert die politische Entscheidung eines
Mitgliedstaats die Gewährleistungsverantwortung für die Versorgung der Bevölkerung mit
bestimmten Dienstleistungen zu übernehmen, und zwar in der Weise, dass das im
Betrauungsakt bezeichnete Unternehmen verpflichtet wird, die auf diese Dienstleistung
bezogene konkrete Aufgabe auch dann zu erfüllen, wenn dies im Einzelfall wirtschaftlich
unrentabel ist, das unternehmerische Eigeninteresse der vorgeschriebenen Erbringen der
Dienstleistung also entgegenstehen würde. Eine „faktische Betrauung“, d.h. der Umstand,
dass ein Unternehmen rein faktisch, wenngleich mit Billigung des Staates, Dienstleistungen
von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt, genügt nicht (Mestmäcker/Schweitzer in
Immenga/Mestmäcker, aaO., AEUV Art. 106 Abs. 2 Rn. 53 m.w.Nachw.). Die Betrauung
durch Hoheitsakt gewährleistet, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe jederzeit
erzwingbar ist. Der Inhalt der Betrauung bildet die Grundlage für die Prüfung, ob und
inwieweit die Anwendung der Vertrags- und Wettbewerbsregeln die Erfüllung der besonderen
Aufgabe verhindern würde. Der Betrauungsakt muss die „besondere Aufgabe“ in einer Weise
definieren, die eine solche Prüfung ermöglicht (Mestmäcker/Schweitzer in
Immenga/Mestmäcker, aaO., AEUV Art. 106 Abs. 2 Rn. 55 m.w.Nachw.). 97

Ein solche Betrauung enthält § 30 Abs. 2 a) GWB nicht. Durch die genannte Vorschrift wird
den Presse-Grossisten keine Verpflichtung auferlegt, eine bestimmte Leistung zu erbringen.
Insbesondere wird den Presse-Grossisten oder dem Beklagten nicht die Aufgabe übertragen,
zur Erhaltung der Pressevielfalt Zeitungen und Zeitschriften an den stationären Einzelhandel
zu vertreiben, und zwar ohne Rücksicht auf privatwirtschaftliche Gesichtspunkte, also die
Verpflichtung, die Presseerzeugnisse auch dann zu vertreiben, wenn dies im Einzelfall
wirtschaftlich unrentabel ist. § 30 Abs. 2 a) Satz 1 GWB enthält lediglich eine Freistellung
vom Verbot des § 1 GWB für die dort näher bezeichneten Branchenvereinbarungen, soweit
darin der flächendeckende und diskriminierungsfeie Vertrieb von Zeitungs- und
Zeitschriftensortimenten durch die Pressegrossisten geregelt ist. In Satz 2 heißt es sodann, 98

„insoweit“ sind die in Satz 1 genannten Vereinigungen und Unternehmen im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut. Dies bedeutet, dass die Presse-Grossisten nur dann als mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut angesehen werden sollen, wenn und soweit sie eine in Satz 1 näher definierte Branchenvereinbarung schließen. Schließen sie eine solche nicht, gelten sich auch nicht als betraut. Eine solche bedingte Betrauung ist indes nicht zulässig. Denn in einem solchen Fall steht es im Belieben der Grossisten, ob sie die Gewährleistungsverantwortung für einen flächendeckenden Vertrieb der Verlagserzeugnisse an den stationären Einzelhandel übernehmen oder nicht. Eine gesetzliche Übertragung einer besonderen Aufgabe enthält § 30 Abs. 2 a) somit nicht. Dies gilt umso mehr, als in der gesetzlichen Regelung zudem keine Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten des Staates vorgesehen sind.

c. 99

Aber selbst wenn von einer Betrauung des Presse-Großhandels ausgegangen werden sollte, 100
verhindert die Anwendung des Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV) vorliegend nicht die Erfüllung der ihm übertragenen Sonderaufgabe.

Voraussetzung für die in Art. 106 Abs. 2 AEUV geregelte Ausnahme ist ein zweistufiger 101
Vorbehalt. So muss die Anwendung des Vertrages die Erfüllung der Sonderaufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern und, selbst wenn das der Fall ist, kommt ein Abweichen vom Vertrag nur insoweit in Betracht, als die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem mit dem Interesse der Gemeinschaft unvereinbaren Ausmaß beeinträchtigt wird.

Bereits der erste Vorbehalt ist hier nicht erfüllt. Der Beklagte hat weder nachvollziehbar 102
dargetan noch ist sonst zu erkennen, warum das zentrale Aushandeln einheitlicher Großhandelskonditionen erforderlich sein soll, um eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Presseerzeugnissen und einen diskriminierungsfreien Zugang aller Verlage zum Lesemarkt zu erreichen. Wie bereits oben ausgeführt, kann nicht festgestellt werden, dass die Überallerhältlichkeit dann nicht mehr gewährleistet ist, wenn Presse-Grossisten in Wettbewerb untereinander stehen.

Auch ein diskriminierungsfreier Zugang aller Verlage zum Lesemarkt wird ohne das zentrale 103
Verhandlungsmandat nicht verhindert. Solange die Gebietsmonopole tatsächlich existieren, gewährleistet § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB einen diskriminierungsfreien Zugang. Anderenfalls mag zu überlegen sein, ein zentrales Verhandlungsmandat begrenzt auf kleine Titel und Verlage einzurichten. Das hier in Rede stehende umfassende zentrale Verhandlungsmandat ist jedenfalls für einen flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb sämtlicher Zeitungen und Zeitschriften durch den Großhandel nicht erforderlich.

Eventualanschlussberufung der Klägerin 104

Da die Klägerin die Anschlussberufung nur für den Fall eingelegt hat, dass ihrem auf 105
Zurückweisung der Berufung des Beklagten Antrag nicht entsprochen wird, war vorliegend – da die Bedingung nicht eingetreten ist – über die Anschlussberufung nicht zu entscheiden.

III. 106

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 107

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 108

IV. 109

