

Kapitel III

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst

Summary

- 1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum
 - 1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen
 - 1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis
 - 2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung
 - 2.1 Besonderheiten der Marktabgrenzung und -beherrschung auf zweiseitigen Märkten richtig einschätzen
 - 2.2 Google Android: Marktmachtmissbräuche im Kontext der Entwicklung digitaler Ökosysteme verstehen
 - 2.3 Unionsrechtskonforme Rechtsanwendung sicherstellen
 - 2.4 Einheitliche Wettbewerbsbedingungen im Leistungssport schaffen
 - 2.5 Kooperationen von Infrastrukturprojekten im Telekommunikationssektor wettbewerblicher gestalten
 - 2.6 Kartellrechtliche Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung wirksamer gestalten
 - 2.7 Wirkungen von engen Bestpreisklauseln im Einzelfall bewerten
 - 2.8 Erlass von Verpflichtungszusagen flexibler gestalten
 - 3 Datengestützte Analysen im Berichtszeitraum
 - 3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt
 - 3.2 Die Anwendung quantitativer Methoden in Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich
 - 3.3 Anwendung quantitativer Methoden weiter verfeinern
-

Kurz gefasst

In Kapitel III entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

Die Monopolkommission pflichtet der durch den Bundesgerichtshof (BGH) vorgenommenen **Marktabgrenzung bei Werbeblockern** bei. Sie weist jedoch darauf hin, dass im Rahmen der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung **alle Wettbewerbskräfte unter Berücksichtigung aller relevanter Marktteilnehmer** und der zwischen ihnen auftretenden Netzwerkeffekte auf den zugrundeliegenden zweiseitigen Märkten zu **erfassen** sind.

In ihrer Analyse des von der Europäischen Kommission entschiedenen **Falls „Google Android“** kommt die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass den Wettbewerbsbehörden mit Art. 102 AEUV ein **wirksames kartellrechtliches Instrument** zur Verfügung steht. Aus Sicht der Monopolkommission verdeutlicht der Fall jedoch, dass Abhilfemaßnahmen, welche die Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens verfügen, ohne wettbewerbliche Wirkung bleiben dürften, sofern die Marktstruktur bereits geschädigt ist.

Aus Sicht der Monopolkommission beachten die deutschen Behörden und Gerichte zu wenig die **Vorgaben des Unionsrechts**, die eine einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen sollen. Insbesondere die letztinstanzlichen Gerichte sind in der Verantwortung dafür, dass solchen Fehlentwicklungen vorgebeugt wird.

Das Bundeskartellamt hat Lockerungen der individuellen **Werbemöglichkeiten bei Olympischen Spielen** erzielt, seine Entscheidung jedoch auf deutsche Athleten beschränkt. Die Monopolkommission hält es für geboten, dass die Wettbewerbsbehörden in solchen Fällen **jedenfalls unionsweit für gleiche Bedingungen sorgen**. Hier kann ein Tätigwerden seitens der Europäischen Kommission angezeigt sein. Diese sollte auch prüfen, ob der Erlass von Leitlinien für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor in Betracht kommt.

Das Bundeskartellamt hat den gemeinsamen **Ausbau von Glasfaseranschlüssen** durch Deutsche Telekom und EWE in Nordwestdeutschland genehmigt. Die Monopolkommission kommt zu dem Schluss, dass die angenommenen Zusagen grundsätzlich geeignet sind, den mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens einhergehenden Einschränkungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken. Sie spricht sich jedoch dafür aus, zukünftig bei ähnlich gelagerten Fällen dahin gehende Zusagen zu erwirken, dass **solche Gebiete, die auch ohne Kooperation erschließbar sind, von der Kooperation ausgenommen werden**.

In Bezug auf die **zentrale Vermarktung der Fußball-Bundesliga** hat das Bundeskartellamt das Vermarktungsmodell der Übertragungsrechte für die Spielzeiten ab 2021/2022 auf Basis vorläufiger Ermittlungen gebilligt. Allerdings wird in der Entscheidung der **eingeschränkte Preiswettbewerb** nicht hinreichend thematisiert. Es ist zu empfehlen, dass die **ökonomischen Auswirkungen der Zentralvermarktung** insgesamt systematischer erfasst werden.

Angesichts der unterschiedlichen Beurteilung von Bestpreisklauseln in der Europäischen Union sollte eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfolgen, sofern im Fall „Booking.com“ Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt wird. In Bezug auf die von **engen Bestpreisklauseln** ausgehenden Wettbewerbseffekte gelangen ökonomische Studien zu ambivalenten Schlüssen. Daher rät die Monopolkommission dazu, Effizienzgewinne und Wettbewerbsbeschränkungen enger Bestpreisklauseln weiter zu analysieren. **Von einem generellen Verbot solcher Klauseln sollte jedenfalls abgesehen werden**.

Die Monopolkommission empfiehlt, die **Gründe für die Wiederaufnahme eines Zusagenverfahrens** um die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusagenentscheidung mit einem **Widerrufsvorbehalt** zu erlassen, zu **ergänzen**. In der Vorschrift sollte zum Ausdruck kommen, dass ein Widerruf nur insoweit in Betracht kommt, als die mit den Verpflichtungszusagen bezweckten, aber letztlich nicht erreichten Wirkungen bereits im Einzelnen in der Zusagenentscheidung genannt sind.

Summary

In Chapter III, the Monopolies Commission develops recommendations for actions to be taken by legislators and competition authorities on the basis of the German and the EU competition decision-making practice in the reporting period.

The Monopolies Commission agrees with the **market definition** of the Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice) with regard to **advertising blockers**. However, the Monopolies Commission points out that, in determining a dominant market position, **all competitive forces must be taken into account**, thereby considering all relevant market participants and the network effects occurring between them in two-sided markets.

In its analysis of the European Commission's *Google Android case*, the Monopolies Commission comes to the conclusion that **Article 102 TFEU** provides competition authorities with **an effective antitrust instrument** to bring infringements to an end. Yet, the case shows that such remedies, although stopping an abusive conduct, are likely to have no competitive effect if the market structure is already damaged.

In the view of the Monopolies Commission, the German authorities and courts pay too little attention to the **provisions of European Union law** which are intended to ensure uniform application of the law. The courts of last instance are particularly responsible for preventing such undesirable developments.

The Bundeskartellamt (German Federal Cartel Office) has relaxed the **rules on individual advertising at the Olympic Games** but has limited its decision to German athletes. The Monopolies Commission considers it necessary that the competition authorities **ensure equal conditions within the European Union** in such cases. It may thus be required that the European Commission takes action. The European Commission should also consider adopting guidelines for the application of EU competition law to the sports sector.

The Bundeskartellamt has cleared the joint **expansion of fibre-optic networks** by Deutsche Telekom and EWE in north-west Germany. The Monopolies Commission concludes that the commitments accepted are in principle suitable to counteract the restrictions of competition resulting from the establishment of the joint venture. However, the Monopolies Commission recommends **excluding from the cooperation those areas in which a network rollout would be viable without cooperation** in similar cases in future.

With regard to the **central marketing of the German Soccer League**, the Bundeskartellamt has approved the marketing model for the broadcasting rights covering the seasons from 2021/2022 on the basis of preliminary investigations. However, the decision does not sufficiently address the issue of **limited price competition**. It is recommended that the **economic effects of central marketing** be recorded more systematically.

In view of the different assessment of most favoured nation ("MFN") clauses within the European Union, a referral to the European Court of Justice should be made if an appeal is lodged with the Bundesgerichtshof in the *Booking.com* case. Economic studies reach ambivalent conclusions on the competitive effects of **narrow MFN clauses**. Therefore, the Monopolies Commission recommends further analysis of efficiency gains and anticompetitive effects of narrow MFN clauses. **In any case, a general ban on such clauses should be avoided.**

The Monopolies Commission recommends **supplementing the reasons for reopening commitment proceedings** with the possibility for the competition authority to adopt a commitment decision **with a reservation of withdrawal**. The provision should reflect the fact that a withdrawal is only possible if the effects intended by the commitments, but ultimately not achieved, are already specified in detail in the commitment decision.

1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen

1.1.1 10. GWB-Novelle

309. Im Vordergrund der legislativen Entwicklungen im Berichtszeitraum stand in Deutschland die 10. GWB-Novelle, zu der das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu Beginn dieses Jahres einen Referentenentwurf vorgelegt hat.¹

310. Anlass für die geplante Überarbeitung des GWB ist die Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (sog. ECN+-Richtlinie). Danach sollen die Mitgliedstaaten insbesondere über ausreichende Möglichkeiten zur Verfolgung und Ahndung von Wettbewerbsverstößen verfügen. Die Richtlinie muss bis zum 4. Februar 2021 in nationales Recht umgesetzt werden. Zahlreiche Vorgaben aus der Richtlinie sind bereits Bestandteil des deutschen Rechts bzw. der hiesigen Behördenpraxis. Der Umsetzungsbedarf, der sich für den deutschen Gesetzgeber im Rahmen der 10. GWB-Novelle dennoch ergibt, ist deshalb zu einem Großteil technischer Natur. So muss etwa die Bonusregelung des Bundeskartellamtes² in den Rang eines allgemein verbindlichen Gesetzes gehoben werden (§§ 81h f. GWB-E). Anpassungen werden auch mit Blick auf die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde erforderlich, die eine aktive Beibringung von Informationen durch die (Neben-)Betroffenen bislang nur zu tafelhaften Umständen verlangen kann, nun aber weitergehende Auskunftsrechte erhalten soll (§§ 59, 81o GWB-E). Ein weiterer Änderungsvorschlag, der jedoch weniger auf die Vorgaben der ECN+-Richtlinie, sondern vielmehr auf die jüngere Fallpraxis zurückzuführen ist, betrifft die Vorgabe ergänzender Zumessungskriterien, um eine einheitliche(re) Bußgeldzumessung zwischen Kartellbehörde und Gericht zu erreichen (§ 81d Abs. 1 Satz 2 GWB-E).³ Von Bedeutung ist zudem die Stärkung der Rolle der Kartellbehörde im Rechtsbehelfsverfahren nach Einlegung eines Einspruchs gegen den Bußgeldbescheid: Während bislang die Staatsanwaltschaft alleinige Verfolgungsbehörde ist und die Kartellbehörde im gerichtlichen Bußgeldverfahren lediglich über Fragerechte verfügt, soll diese nun dieselben Rechte wie jene erhalten (§ 82a Abs. 1 GWB-E).

311. Ein weiterer Fokus der Gesetzesnovellierung liegt auf dem Umgang mit den Besonderheiten der Digitalökonomie, deren herausragende Charakteristika die Nutzung von digitalen Plattformen und der Einsatz von Daten sind. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen vor allem die Missbrauchsaufsicht. Sie gehen zum Teil zurück auf Empfehlungen aus zwei Gutachten, die – für unterschiedliche Zwecke – im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellt worden sind.⁴ Zentrale Regelungen in diesem Bereich betreffen (1) die Normierung der Intermediationsmacht von Plattformen als Marktbeherrschungskriterium bzw. zur Bestimmung relativer Marktmacht (§ 18 Abs. 3b und § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB-E), (2) die Abschaffung der strengen Kausalität für Ausbeutungsmisbräuche (§ 19 Abs. 1 GWB-E), (3) die Anpassung des Zugangs zu wettbewerbslich relevanten Daten (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a GWB-E), (4) die Schaffung spezieller Ge- und Verbotspflichten für Plattformen mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ (§ 19a GWB-E), (5) die Erweiterung

¹ BMWi, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), Bearbeitungsstand: 24. Januar 2019, 9.32 Uhr (nachfolgend „Referentenentwurf“).

² BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006.

³ Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat in der jüngeren Vergangenheit im Rechtsmittelverfahren wiederholt die vom Bundeskartellamt verhängten Geldbußen erhöht. Wegen dieses Risikos einer solchen Verböserung haben in der Folge mehrere betroffene Unternehmen ihren Einspruch gegen eine Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamtes zurückgenommen. Vgl. hierzu Mäger, NZKart 2019, 361 f.; Ost/Breuer, NZKart 2019, 119 ff.

⁴ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht von September 2019; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht vom 29. August 2018.

des subjektiven Schutzbereichs beim Missbrauch relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1 GWB-E) sowie (6) die Erfassung von Verhaltensweisen von Unternehmen mit überlegener Marktmacht, die ein „Kippen“ von Märkten begünstigen (§ 20 Abs. 3a GWB-E).

312. Die Monopolkommission hat in einem Policy Brief von Januar dieses Jahres zu ausgewählten Vorschlägen des Referentenentwurfs im Bereich der Missbrauchsaufsicht Stellung genommen.⁵ Aus ihrer Sicht ist insbesondere darauf zu achten, dass die bestehenden deutschen Missbrauchsvorschriften möglichst in Anlehnung an das EU-Recht fortentwickelt und Widersprüche zum EU-Recht vermieden werden. In diesem Zusammenhang gelangte sie zu den folgenden Ergebnissen:

- Im Hinblick auf die Schaffung spezieller Ge- und Verbotspflichten für Plattformen mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ (§ 19a GWB-E) hat eine Analyse und Diskussion der Frage, anhand welcher gesetzlicher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz im Fall der Ausbildung von Plattform-Ökosystemen erreicht werden kann, bisher nicht stattgefunden. Davon abgesehen ist zweifelhaft, ob sich § 19a GWB-E in seiner gegenwärtigen Form überhaupt in einer Weise operationalisieren lässt, die zu einer effektiven Missbrauchsaufsicht wird beitragen können. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die Vorschrift nicht ohne eine eingehendere Prüfung im Rahmen des aktuellen Reformvorhabens in Kraft zu setzen.⁶
- Bei Ausbeutungsmissbräuchen würde der Verzicht auf einen Ursachenzusammenhang zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten gemäß § 19 Abs. 1 GWB-E zu Rechtsunsicherheit führen, da hiermit die Verknüpfung zwischen einer unbilligen Verhaltensweise und einem aufgrund der Marktstruktur geschwächten Wettbewerb wegfielen. Die Kartellbehörden bekämen so die Möglichkeit, beliebige Rechtsverstöße als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verfolgen.⁷

313. Eine weitere Regelung des Referentenentwurfs, bei der die Besonderheiten der Digitalökonomie im Vordergrund stehen, beabsichtigt die Schaffung höherer Rechtssicherheit für Kooperationen zwischen unabhängigen Unternehmen. Diese sollen u. a. einen Anspruch auf eine Entscheidung erhalten, wonach die Kartellbehörde keinen Anlass zum Tätigwerden sieht, wenn sie ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung haben (§ 32c Abs. 4 GWB-E). Angesichts der Dynamik der Digitalökonomie und der oftmals lang dauernden (Missbrauchs-)Verfahren wird in § 32a Abs. 1 GWB-E zudem vorgeschlagen, die Anforderungen an den Erlass von einstweiligen Anordnungen abzusenken. Die Monopolkommission hat in ihrem Policy Brief vorgeschlagen, die Mitwirkung der Unternehmen zur Verfahrensbeschleunigung stärker zu effektivieren. Für die Kartellbehörden ist es im Digitalbereich oftmals schwierig, bei der Sachverhaltsermittlung mit dem Verhalten der Plattformunternehmen und der anderen Marktteilnehmer Schritt zu halten. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, § 59 Abs. 2 GWB, der die Auskunftspflichten bei kartellbehördlichen Auskunftsverlangen betrifft, um folgende Sätze zu ergänzen:

„Sie haben der Kartellbehörde innerhalb der in dem Auskunftsverlangen gesetzten Frist auch solche Informationen aus ihrem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf einem anderen zumutbaren Weg beschaffen kann. Bei Versäumung der Frist kann die Kartellbehörde daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen und nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Informationen entscheiden.“⁸

314. Zu den Vorschriften der Fusionskontrolle, einschließlich der Ministererlaubnis, macht der Referentenentwurf ebenfalls Änderungsvorschläge. Hierzu zählen u. a. die folgenden: (1) die Verdoppelung der zweiten Inlandssum-

⁵ Monopolkommission, Policy Brief, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen *und* regionalen Märkten begegnen!, Ausgabe 4, Januar 2020.

⁶ Ebenda, S. 2 f. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Gutachten tiefergehend mit der Missbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft (Tz. 45 ff.).

⁷ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 4 f.

⁸ Ebenda, S. 5 f.

satzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E) und der Wegfall der sog. Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 GWB), (2) die Anhebung der Bagatellmarktschwelle und die Möglichkeit der Bündelung mehrerer Bagatellmärkte (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB-E), (3) die Absenkung des Umsatzmultiplikators für Presseunternehmen (§ 38 Abs. 3 GWB-E), (4) die Möglichkeit für das Bundeskartellamt, einzelne Unternehmen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlussvorhaben in bestimmten Wirtschaftszweigen aufzufordern (§ 39a GWB-E), (5) die Verlängerung der Prüffrist im Hauptprüfverfahren (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GWB-E) sowie (6) die Voraussetzung einer zurückgewiesenen Beschwerde gegen die Untersagung des Bundeskartellamtes – jedenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – vor einem Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis (§ 42 Abs. 1a GWB-E). Außerdem wird zurzeit eine Ausnahme von den Fusionskontrollvorschriften für bestimmte gesundheitspolitisch als wünschenswert erachtete Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor diskutiert.⁹ Der Referentenentwurf enthält hierzu aber noch keine Regelung.

315. Die Monopolkommission hat sich in dem Policy Brief von Januar dieses Jahres auch zu den Anpassungen bei den fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle geäußert. Ihre Erhöhung hält sie dann für vertretbar, wenn zugleich sichergestellt wird, dass es nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen auf regionalen Märkten kommt, weil wettbewerblich relevante Zusammenschlüsse dort vermehrt aus der Kontrollpflicht fallen. Die neue Aufforderungsregelung des § 39a GWB-E erachtet die Monopolkommission jedoch nicht als geeignetes Instrument, um die Regionalmarktproblematik zu adressieren. Eine gezieltere Stärkung der Kontrolle regionaler Zusammenschlüsse ließe sich aus ihrer Sicht vielmehr dadurch erreichen, dass der Gesetzgeber die Unternehmensumsätze bei Zusammenschlüssen mit regionalem Schwerpunkt erhöht. Die Monopolkommission empfiehlt, statt den vorgeschlagenen § 39a einzuführen, den bestehenden § 38 GWB um einen neuen Absatz 6 zu ergänzen, der lautet:

„Für einen Zusammenschluss, bei dem mindestens 90 Prozent der Inlandumsätze eines Zusammenschlussbeteiligten in nicht mehr als drei Bundesländern erwirtschaftet werden, ist das Doppelte der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Abweichend davon sind für die Berechnung der Schwelle nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 die Umsatzerlöse auf einem Markt zu verdoppeln, der sich räumlich auf nicht mehr als drei Bundesländer erstreckt.“¹⁰

316. Die Vorschriften zur Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen, die erst im Rahmen der 9. GWB-Novelle infolge der Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU umfassend überarbeitet worden sind, sollen um eine weitere Vermutungsregel ergänzt werden. Neben der existierenden Vermutung für den Eintritt eines Schadens dem Grunde nach (§ 33a GWB) soll nun auch eine Vermutung für die Kartellbefangenheit von bestimmten Beschaffungsvorgängen, die sachlich, zeitlich und räumlich „in den Bereich eines Kartells fallen“, in das Gesetz eingefügt werden, und zwar zugunsten von unmittelbaren Abnehmern (§ 33a Abs. 5 GWB-E) und mittelbaren Abnehmern (§ 33c Abs. 3 Satz 2 GWB-E).

317. Weitere Änderungsvorschläge des Referentenentwurfs betreffen die Vorschriften über die Monopolkommission (§§ 44, 46 GWB-E) und die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (§§ 47d, 47k GWB-E).

1.1.2 Sonstige legislative Entwicklungen auf deutscher und auf Unionsebene

318. Der deutsche Gesetzgeber hat einen Gesetzentwurf mit vorübergehenden Regelungen betreffend die Folgen der COVID-19-Pandemie verabschiedet.¹¹ Danach werden zum einen die Prüffristen der Fusionskontrolle einmalig verlängert, um dem Bundeskartellamt die Durchführung der erforderlichen Ermittlungen zu den wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses – etwa durch Befragungen von Marktteilnehmern – zu ermöglichen. Gemäß § 186 Abs. 7 GWB sind deshalb die Fristen für das Vorprüfverfahren von einem auf zwei Monate und für das Hauptprüfverfahren von vier auf sechs Monate verlängert worden. Die angepassten Fristen gelten einmalig für die

⁹ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Gutachten tiefergehend mit der Frage, ob eine solche Bereichsausnahme im GWB erforderlich ist (Tz. 131 ff.).

¹⁰ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 6 ff.

¹¹ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Wettbewerbsrecht und für den Bereich der Selbstverwaltungsorganisationen der gewerblichen Wirtschaft vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1067).

Prüfung aller Zusammenschlussvorhaben, die in der Zeit vom 1. März bis zum 31. Mai 2020 angemeldet worden sind. Zum anderen wird für solche Unternehmen, denen Zahlungserleichterungen nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gewährt werden, weil ihnen nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen die sofortige Zahlung der Geldbuße nicht zuzumuten ist, die Pflicht zur Verzinsung der wegen eines Kartellrechtsverstößes verhängten Geldbuße vorübergehend ausgesetzt. Die Vorschrift des § 81 Abs. 6 Satz 1 GWB ist bis zum 30. Juni 2021 nicht anzuwenden, § 186 Abs. 8 GWB.

319. Die Bundesregierung hat im Juni dieses Jahres den Entwurf für ein Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten beschlossen.¹² Ziel des Gesetzes ist es, eine angemessene Ahndung von sog. Verbandstaten zu ermöglichen. Nach geltendem Recht können Straftaten, die eine natürliche (Leitungs-)Person begeht und durch die eine Pflicht, die ein Unternehmen trifft, verletzt wird oder durch die ein Unternehmen bereichert wird bzw. bereichert werden sollte, in Bezug auf das Unternehmen lediglich als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu EUR 10 Mio. verfolgt werden. Der Entwurf des Verbandssanktionengesetzes (VerSanG-E) sieht dagegen bei solchen Taten für Verbände, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und mithin unternehmerisch handeln, ein eigenes Verfolgungs- und Ahndungsregime vor. Insbesondere gilt nunmehr das Legalitätsprinzip, d. h., die Staatsanwaltschaft muss bei allen Verbandstaten ein Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen einleiten. Für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als EUR 100 Mio. soll die Obergrenze der Verbandsgeldsanktion 10 Prozent des Jahresumsatzes betragen.¹³ Selbst ein schwerer Kartellverstoß hat nur ausnahmsweise strafrechtliche Relevanz (etwa §§ 263, 298 StGB).¹⁴ Dennoch kann es zu einer Doppelverfolgung des Unternehmens kommen, wenn in solchen Fällen die Staatsanwaltschaft wegen der Verbandstat und die Kartellbehörde wegen der Kartellordnungswidrigkeit ermittelt. Insoweit sind in § 42 Abs. 1 und 2 VerSanG-E zunächst gegenseitige Unterrichtungspflichten zwischen der Justiz- und der Verwaltungsbehörde vorgesehen, wenn diese von einer Kartellstraftat bzw. einer Kartellordnungswidrigkeit Kenntnis erhält. § 42 Abs. 3 und Abs. 4 VerSanG-E bestimmen sodann, dass von einer Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft – bzw. nach Erhebung der öffentlichen Anklage durch das Gericht – wegen der Verbandstat abzusehen ist, wenn die Kartellbehörde das Unternehmen wegen der Kartellordnungswidrigkeit verfolgt oder das Verfahren einstellt. Der Gesetzentwurf möchte die Entscheidung über die Verfolgung von kartellrechtswidrigen Absprachen in die Hände der Kartellbehörde legen, da diese über eine entsprechende Sachkunde und Erfahrung verfügen.¹⁵

320. Auf Unionsebene wurde zunächst die bereits erwähnte Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten verabschiedet.¹⁶ Erwähnenswert sind zudem die Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (sog. *Platform-to-Business-Verordnung*) sowie die Verordnung (EU) 2018/302 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts (sog. *Geoblocking-Verordnung*). Beide Verordnungen enthalten keine unmittelbar den Wettbewerb regelnden Bestimmungen; sie sind aber insofern für die Zwecke des Wettbewerbsrechts von Interesse, als sie Vorgaben insbesondere für bestimmte digitale Geschäftsmodelle enthalten.

321. Die Verordnung (EU) 2019/1150 erweitert den Pflichtenkatalog von Online-Vermittlungsdiensten und -Suchmaschinen gegenüber den auf solchen Plattformen tätigen gewerblichen Nutzern, die Verbrauchern

¹² Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, Bearbeitungsstand: 16.06.2020, 10.03 Uhr, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html, Abruf am 6. Juli 2020.

¹³ Die Ahndungsobergrenze in Höhe von 10 Prozent des Jahresumsatzes des Unternehmens ist dem GWB (§ 81 Abs. 4 Satz 2) entnommen; vgl. ebenda, S. 85.

¹⁴ Für eine ergänzende Kriminalisierung schwerer Kartellverstöße Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015.

¹⁵ Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, a. a. O., S. 120. Diese konkurrierende, letztlich aber vorrangige Zuständigkeit der Kartellbehörde für ein Verfahren gegen ein Unternehmen wegen einer Kartellordnungswidrigkeit, der zugleich eine Straftat zugrunde liegt, findet zudem ihren Niederschlag in der Regelung des § 82 GWB-E.

¹⁶ Dazu Tz. 310.

Waren oder Dienstleistungen anbieten. Danach müssen die Online-Plattformen verschiedenen Transparenz- bzw. Begründungsanforderungen genügen, und zwar insbesondere in Bezug auf (1) die Gestaltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, (2) die Einschränkung, Aussetzung und Beendigung von Vertragsbeziehungen, (3) die Anwendung von Ranking-Kriterien, (4) eine etwaige Selbst- oder Drittbegünstigung sowie (5) den Zugang zu und die Weitergabe von Daten. Während die Verordnung (EU) 2019/1150 durch diese Regelungen also die Offenlegung von verschiedenen Informationen verlangt – z. B. die Information über eine etwaige Selbstbegünstigung –, enthält sie keine weitergehenden Ge- oder Verbote, die den Online-Plattformen ein entsprechendes Verhalten selbst vorgeben bzw. verbieten würden, etwa ein Verbot der Selbstbegünstigung. Die Verordnung (EU) 2019/1150 findet zudem unabhängig von der Marktstellung der Online-Plattformen Anwendung.¹⁷ Sie gilt ab dem 12. Juli 2020.

322. Die Verordnung (EU) 2018/302 verbietet eine unterschiedliche Behandlung von Endkunden beim grenzüberschreitenden Bezug von Waren und Dienstleistungen innerhalb des Binnenmarktes mittels des sog. Geoblocking. Sie soll im Wesentlichen verhindern, dass gegenüber den Endkunden aus einem Mitgliedstaat der Zugang zu dem in einem anderen Mitgliedstaat verfügbaren Angebot durch technische Maßnahmen beschränkt wird. Da Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkaufs in Vertriebsverträgen, d. h. im Verhältnis Hersteller/Händler, auch gegen Art. 101, 102 AEUV verstoßen können,¹⁸ ergeben sich unter Umständen Überschneidungen mit dem EU-Wettbewerbsrecht. Insoweit bestimmt Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EU) 2018/302, dass die kartellrechtlichen Vorschriften – einschließlich der Regelungen zum aktiven und passiven Verkauf in der Verordnung (EU) 330/2010¹⁹ – unberührt bleiben. Ergänzend sind aber gemäß Art. 6 Abs. 2 Verordnung (EU) 2018/302 Vorgaben, die den passiven Verkauf an Verbraucher durch diskriminierende Maßnahmen im Sinne dieser Verordnung beschränken, automatisch nichtig.²⁰ Die Verordnung (EU) 2018/302 gilt seit dem 3. Dezember 2018.

323. Die Europäische Kommission evaluiert zurzeit die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen. Die geltende Verordnung (EU) 330/2010 ist noch bis zum 31. Mai 2022 in Kraft. Sie kann (ersatzlos) auslaufen, überarbeitet oder verlängert werden. Die Europäische Kommission hat eine öffentliche Konsultation zur Verordnung (EU) 330/2010 durchgeführt und die eingegangenen Stellungnahmen zusammengefasst.²¹ Änderungsbedarf wird demnach u. a. im Bereich des Internetvertriebs gesehen. Insoweit geht es etwa um Meistbegünstigungsklauseln, Drittplattformverbote oder Vorgaben zur Online-Werbung. Auch die Gruppenfreistellungsverordnungen für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung – Verordnung (EU) 1217/2010 – sowie für Spezialisierungsver-

¹⁷ Vgl. dagegen den Vorschlag der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 für eine Verordnung mit besonderen Verhaltenspflichten für marktbeherrschende Online-Plattformen; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 48 ff. Die Europäische Kommission führt nunmehr eine öffentliche Konsultation in Bezug auf eine mögliche Ex-ante-Regulierung digitaler Plattformen durch; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilungen vom 2. Juni 2020, IP/20/962 und IP/20/977 sowie Proposal for a regulation: Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>, Abruf am 3. Juli 2020. Näher zu den Vorschlägen der Europäischen Kommission Tz. 48 f. in diesem Gutachten.

¹⁸ Vgl. die Fallbeispiele aus der Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum in den Tz. 349, 360.

¹⁹ Aktiver Verkauf meint die zielgerichtete Ansprache bestimmter Kunden oder Kundengruppen durch einen Händler. Beim passiven Verkauf wird der Händler dagegen auf Betreiben des Kunden tätig, wobei allgemeine Maßnahmen zur Verkaufsförderung als unschädlich gelten. Vgl. EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 51 ff. (für Art. 4 lit. b und c Verordnung (EU) 330/2010).

²⁰ Ausführlich zum Verhältnis der Verordnung (EU) 2018/302 zum EU-Wettbewerbsrecht Dohrn/Kleinert, ZWeR 2020, 131 ff.

²¹ EU-Kommission, Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, 30. Juli 2019, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1936-Evaluation-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation/public-consultation>, Abruf am 3. Juli 2020. Vgl. auch den im Rahmen der Evaluierung der Verordnung (EU) 330/2010 erstellten ausführlichen Bericht zu den Support studies for the evaluation of the VBER, Final Report, 2020, <https://ec.europa.eu/competition/publications/index.html>, Abruf am 3. Juli 2020.

einbarungen – Verordnung (EU) 1218/2010 – befinden sich derzeit in der Evaluation.²² Diese beiden Verordnungen gelten noch bis zum 31. Dezember 2022.

1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1.2.1 Fusionskontrolle

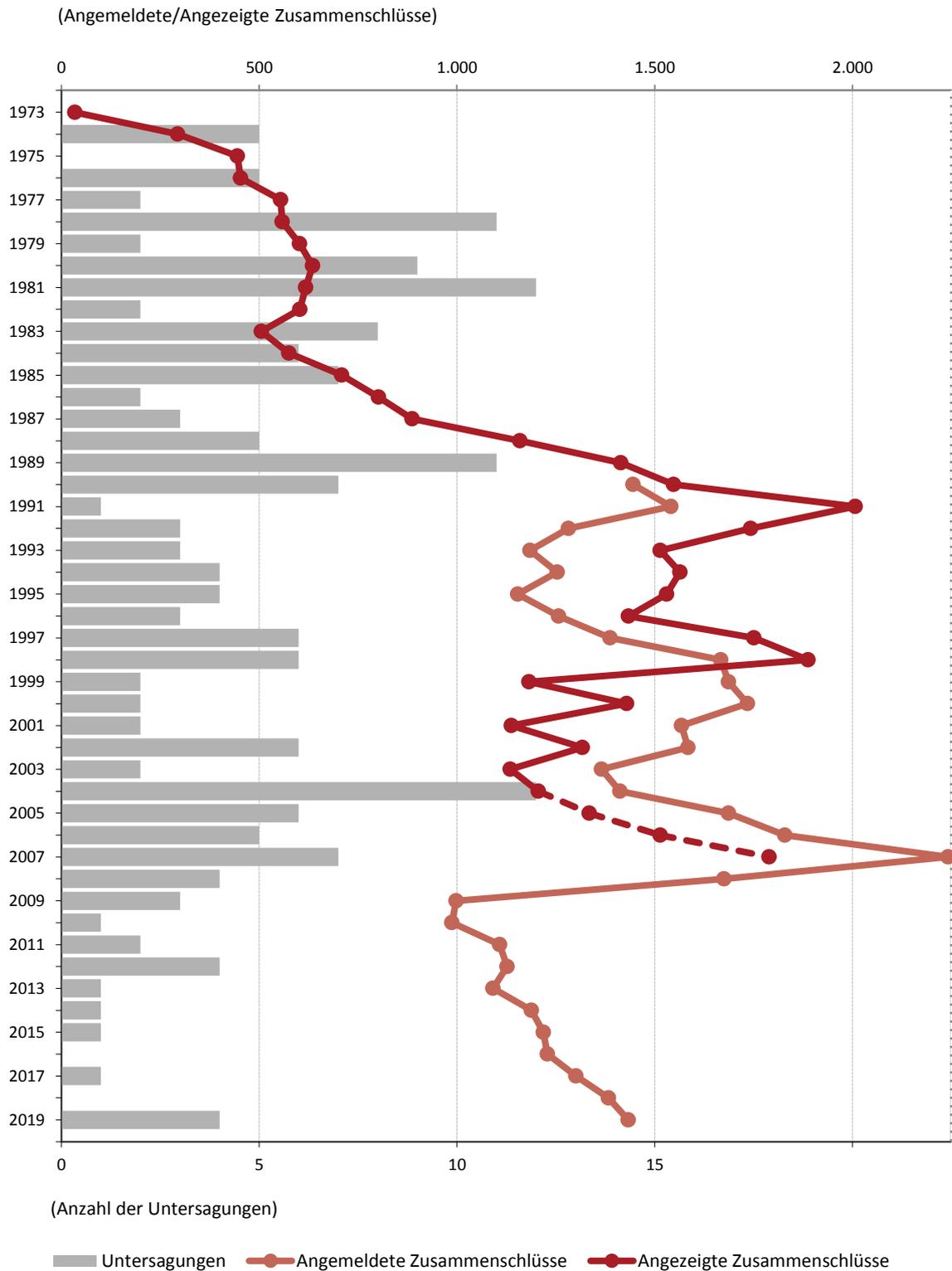
1.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

324. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 2.816 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen auf das Jahr 2018 1.383 und auf das Jahr 2019 1.433 Anmeldungen entfallen. Die – erneute – Steigerung der Anmeldungen im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum fällt dabei deutlicher aus als jene zwischen den Jahren 2014/2015 und 2016/2017 mit insgesamt 2.407 bzw. 2.530 Anmeldungen. Der Großteil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Bundeskartellamt leitete in 19 Fällen das Hauptprüfverfahren ein, und zwar achtmal im Jahr 2018 und elfmal im Jahr 2019. Beinahe die Hälfte der Anmeldungen im Hauptprüfverfahren wurde von den Unternehmen zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt ihnen seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte (2018: vier Fälle; 2019: fünf Fälle). Im Jahr 2018 untersagte das Bundeskartellamt kein Zusammenschlussvorhaben, im Jahr 2019 dagegen gleich vier.²³ Dies ist die höchste Anzahl an Untersagungen innerhalb eines Jahres seit 2012, in dem ebenfalls vier Zusammenschlussvorhaben untersagt wurden. Einzelheiten zur Fusionskontrollstatistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

²² Für eine Zusammenfassung der im Rahmen der öffentlichen Konsultation eingegangenen Stellungnahmen vgl. EU-Kommission, Factual summary of the contributions received during the public consultation on the evaluation of the two block exemption regulations and the guidelines on horizontal cooperation agreements, 7. April 2020, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11886-Evaluation-of-EU-competition-rules-on-horizontal-agreements/public-consultation>, Abruf am 3. Juli 2020.

²³ BKartA, Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann; Beschluss vom 11. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD; Beschluss vom 6. Mai 2019, B5-185/18 – Heidelberger Druckmaschinen/MBO Oppenweiler; Beschluss vom 17. Januar 2019, B5-29/18 – Miba/Zollern.

Abbildung III.1: Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher sind die angezeigten Zusammenschlüsse nur bis 2007 dargestellt.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

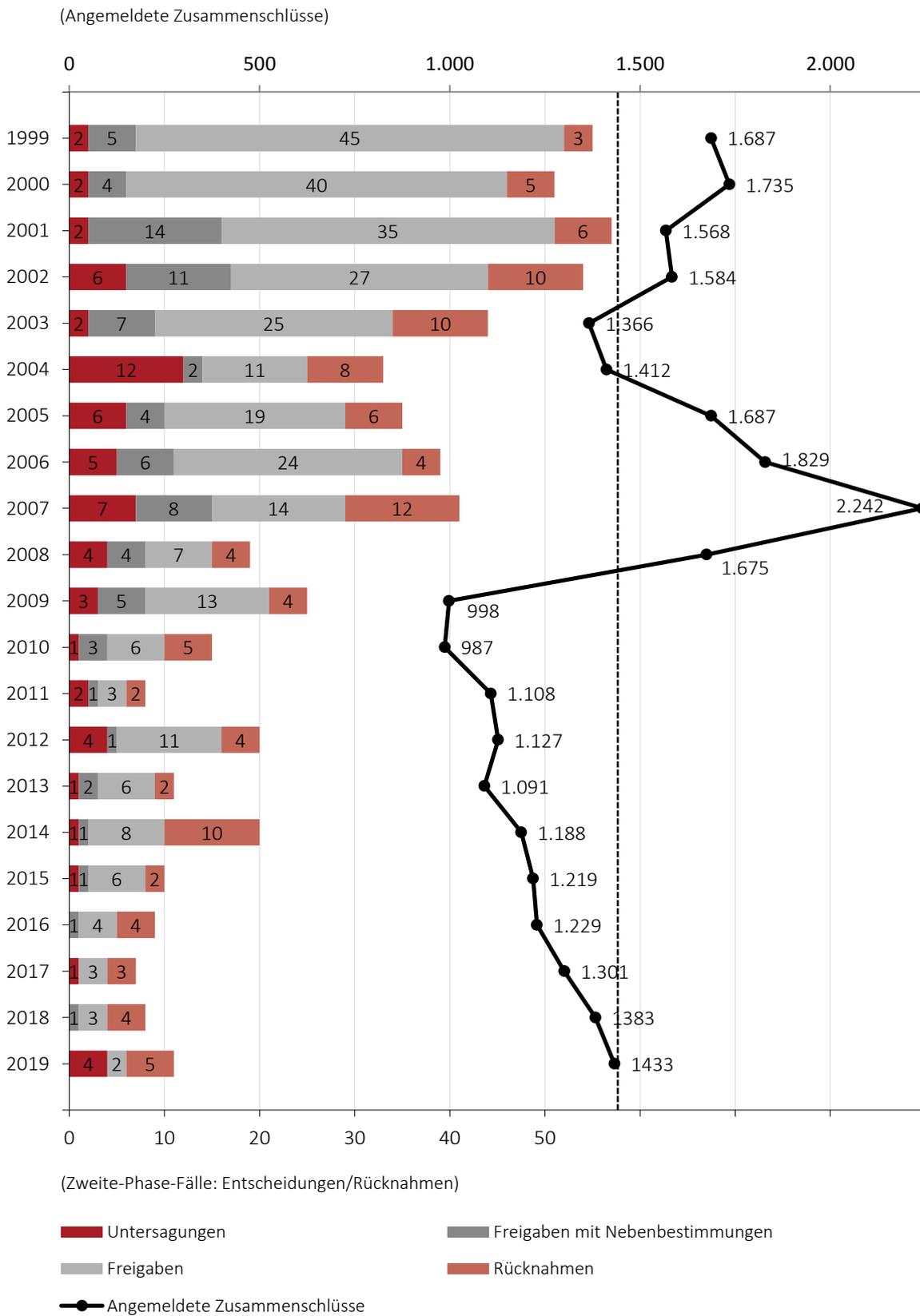
Tabelle III.1: Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		13
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.071	12
2008/2009	-	2.673	7
2010/2011	-	2.095	3
2012/2013	-	2.218	5
2014/2015	-	2.407	2
2016/2017	-	2.530	1
2018/2019	-	2.816	4
Davon:			
2018	-	1.383	0
2019	-	1.433	4
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	42.021	193

Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nunmehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung III.2: Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle III.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2018 und 2019

	2017	2018	2019
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.301	1.383	1.433
Vorfeldfälle	8	6	13
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.239	1.309	1.376
Keine Anmeldepflicht	33	36	26
Rücknahme der Anmeldung	18	11	29
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	4	4	6
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	3	3	2
Freigabe mit Nebenbestimmungen	0	1	0
Untersagung	1	0	4
Rücknahme der Anmeldung	3	4	5

Anm.: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren. Vorfeldfälle sind Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück.

Quelle: Bundeskartellamt

325. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die folgenden vier Zusammenschlussvorhaben untersagt: (1) Miba/Zollern, (2) Heidelberger Druckmaschinen/MBO Oppenweiler, (3) Remondis/DSD sowie (4) Loomis/Ziemann. Miba und Zollern beabsichtigten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, in dem ihre Aktivitäten im Bereich hydrodynamischer Gleitlager zusammengeführt werden sollten. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den Märkten für Industriegleitlager sowie für Gleitlager von Großmotoren erheblich behindern würde. Es seien unilaterale Effekte zu erwarten, durch die eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt und/oder wichtiger Wettbewerbsdruck für Miba beseitigt werde.²⁴ Die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben daraufhin einen Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis gestellt. Der Bundeswirtschaftsminister entschied, die Erlaubnis für den Zusammenschluss mit Nebenbestimmungen zu erteilen, da die zu erwartenden Gemeinwohlvorteile die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen. Das bei Miba und Zollern vorhandene Know-/Do-how im Bereich Gleitlager bliebe erhalten, und das Innovationspotenzial des Zusammenschlusses könne zur Energiewende beitragen.²⁵ Das Bundeskartellamt untersagte zudem die Übernahme

²⁴ BKartA, Beschluss vom 17. Januar 2019, B5-29/18 – Miba/Zollern.

²⁵ BMWi, Verfügung vom 19. August 2019, IB2 – 20302/14-02. Die Monopolkommission hatte dagegen empfohlen, die Ministererlaubnis nicht – auch nicht mit Nebenbestimmungen – zu erteilen; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 81, Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, Baden-Baden 2019.

der MBO-Gruppe durch Heidelberger Druckmaschinen.²⁶ Das Zusammenschlussvorhaben betraf vor allem die Herstellung von Bogenfalzmaschinen für die industrielle Druckweiterverarbeitung, wobei offengelassen wurde, ob der räumlich relevante Markt Deutschland oder den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), einschließlich der Schweiz, umfasst. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes waren auf diesem Markt – neben nur noch zwei anderen Unternehmen – Heidelberger Druckmaschinen der führende und die MBO-Gruppe der zweitgrößte Anbieter. Der Zusammenschluss hätte demnach zu einer marktbeherrschenden Stellung von Heidelberger Druckmaschinen geführt.

326. In einem weiteren Fall beabsichtigte das Entsorgungsunternehmen Remondis die Übernahme von DSD. Das Bundeskartellamt stellte indes eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf dem Markt für duale Systeme sowie die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung bei der Vermarktung aufbereiteter Hohlglascherben infolge des Zusammenschlusses fest.²⁷ Im Bereich dualer Systeme hätte die vertikale Integration von DSD in die Remondis-Gruppe und deren Stellung auf den nachgelagerten Entsorgungsmärkten insbesondere zu einer Erhöhung der Kosten für die Wettbewerber von DSD führen und diese Unternehmen verdrängen können. Im Bereich der Vermarktung aufbereiteter Hohlglascherben hätten sich der führende (DSD) sowie der zweitgrößte (Remondis) Anbieter zusammengeschlossen und bundesweit einen gemeinsamen Marktanteil oberhalb der Schwelle von 40 Prozent für die Vermutung einer (einzel-)marktbeherrschenden Stellung erreicht. Da die angebotenen Verpflichtungszusagen die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes nicht ausräumen konnten, wurde das Zusammenschlussvorhaben untersagt. Schließlich untersagte das Bundeskartellamt auch den Erwerb von Ziemann durch Loomis.²⁸ Beide Unternehmen bieten verschiedene Bargelddienstleistungen für Kredit- und Finanzinstitute an, z. B. den Transport von Münz-/Papiergeld, die Bearbeitung des Geldes in einem sog. *Cash Center* und die Befüllung sowie die Wartung von Geldautomaten. Sie gehören zusammen mit Prosegur zu den drei großen überregional tätigen Unternehmen in diesem Bereich in Deutschland. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes hätte der Zusammenschluss von Loomis und Ziemann zu unilateralen Effekten und damit zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs auf mehreren Regionalmärkten – darunter ist allerdings ein Bagatellmarkt – für Bargelddienstleistungen geführt. Insbesondere wären die kleinen regionalen Anbieter auf diesen ohnehin bereits konzentrierten Märkten nicht in der Lage, den durch den Zusammenschluss entstehenden wettbewerblichen Verhaltensspielraum von Loomis/Ziemann einerseits sowie Prosegur andererseits zu begrenzen.

327. Bereits im Berichtszeitraum 2016/2017 hatte das Bundeskartellamt den Erwerb von Four Artists durch CTS Eventim untersagt.²⁹ CTS Eventim bietet u. a. Ticketing- und Live-Entertainment-Dienstleistungen an, Four Artists ist als Konzert- und Eventveranstalter ebenfalls im Bereich des Live Entertainment tätig. Das Bundeskartellamt hatte die Untersagung damit begründet, dass die marktbeherrschende Stellung von CTS Eventim auf dem bundesweiten (mehreseitigen) Markt für Ticketsystemdienstleistungen durch den Zusammenschluss mit Four Artists, das Nachfrager eines vergleichsweise großen Ticketvolumens ist, verstärkt würde. Im Berichtszeitraum 2018/2019 wies das OLG Düsseldorf die gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegte Beschwerde zurück.³⁰ Insbesondere bestätigte das OLG Düsseldorf die Auffassung des Bundeskartellamtes, wonach die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB begründe. Die Möglichkeit, gegen seine Entscheidung Rechtsbeschwerde beim BGH einzulegen, wurde vom OLG Düsseldorf nicht zugelassen. Auf die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ließ der BGH

²⁶ BKartA, Beschluss vom 6. Mai 2019, B5-185/18 – Heidelberger Druckmaschinen/MBO Oppenweiler.

²⁷ BKartA, Beschluss vom 11. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD. Die gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegte Beschwerde ist vom OLG Düsseldorf zurückgewiesen worden; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. April 2020, VI-Kart 3/19 (V). Ein weiteres Zusammenschlussvorhaben aus dem Entsorgungsbereich, welches das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum eingehend geprüft, letztlich aber ohne Nebenbestimmungen freigegeben hat, war der Erwerb der Müntefering-Gockeln-Gruppe, die vor allem in der Erfassung nichtgefährlicher Gewerbeabfälle durch Containerdienste und in der Aufbereitung von Altholz tätig ist; vgl. BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2018, B4-77/18 – Remondis/Helene Müntefering-Gockeln.

²⁸ BKartA, Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann.

²⁹ BKartA, Beschluss 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists.

³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Dezember 2018, VI-Kart 3/18 (V) – Ticketvertrieb I, ECLI:DE:OLGD:2018:1205.KART3.18V.00.

die Rechtsbeschwerde jedoch zu, da die Frage, ob die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich sein muss, um eine Untersagung zu rechtfertigen, grundsätzliche Bedeutung habe.³¹ Es gebe zu dieser Frage bislang keine Rechtsprechung des BGH; im Übrigen sei sie umstritten. Von einem Teil der Literatur werde – abweichend vom OLG Düsseldorf und vom Bundeskartellamt – die Auffassung vertreten, dass die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens die Feststellung einer erheblichen Verstärkungswirkung voraussetze. Dies entspricht auch der Auffassung der Monopolkommission, die in Bezug auf das im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführte SIEC-Kriterium bereits darauf hingewiesen hat, dass es sich bei der Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur um ein Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs handelt.³² Die Entscheidung des BGH in der Hauptsache steht noch aus.

328. Das Bundeskartellamt hat sich mit mehreren Zusammenschlussvorhaben im Krankenhaussektor befasst. Dabei wurden zwei Anmeldungen im Hauptprüfverfahren zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt den Zusammenschlussbeteiligten seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte. Ein Zusammenschlussvorhaben der beiden in Köln ansässigen Stiftungen von Cellitinnen („Cellitinnen Nord“ und „Cellitinnen Süd“) hatte die Übernahme von u. a. zwölf Krankenhäusern zum Gegenstand und ließ das Entstehen des größten Klinikverbundes im Kölner Stadtgebiet erwarten. Nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamtes würde der Zusammenschluss insbesondere die beherrschende Stellung der erwerbenden Stiftung Cellitinnen Nord auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen im Gebiet „Köln-Nord linksrheinisch“ verstärken. So würde sich der dortige Marktanteil der Cellitinnen Nord, den das Bundeskartellamt auf bereits mehr als 50 Prozent schätzte und der weit über dem der nachfolgenden Wettbewerber lag, durch die Übernahme der Cellitinnen Süd, einer engen Wettbewerberin, noch einmal deutlich erhöhen.³³ Das andere Zusammenschlussvorhaben betraf den Erwerb der Sana Kliniken Ostholstein durch die Ameos Gruppe. Das Bundeskartellamt gelangte zu der vorläufigen Einschätzung, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen in Ostholstein erheblich behindern würde. Sana Kliniken Ostholstein betrieb dort vier Krankenhäuser (davon drei Allgemeinkrankenhäuser) und war der führende Klinikverbund, die Ameos Gruppe über ein mit ihr verbundenes Krankenhaus deren engste Wettbewerberin. Das zusammengeschlossene Unternehmen wäre mit einem Vorsprung von über 45 Prozentpunkten zu dem Marktanteil des nachfolgenden Wettbewerbers marktbeherrschend. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass es den Zusammenschlussbeteiligten seine wettbewerblichen Bedenken bereits vor der Anmeldung in einer informellen Vorprüfung mitgeteilt hatte.³⁴ Mindestens zwei weitere Zusammenschlussvorhaben im Krankenhaussektor wurden dagegen nach einer solchen informellen Vorprüfung durch das Bundeskartellamt noch vor ihrer Anmeldung aufgegeben.³⁵ Das Bundeskartellamt gab schließlich den Erwerb von Rhön durch Asklepios, zwei der größten privaten Klinikbetreiber in Deutschland, im Vorprüfverfahren frei, da es bei den Standorten der Unternehmen kaum räumliche Überschneidungen gibt.³⁶

329. Auch der Lebensmittelgroßhandel war im Berichtszeitraum Gegenstand der Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes. Edeka beabsichtigte die Übernahme der Handelshof-Gruppe, die 16 (Abhol-)Großhandelsmärkte sowie einen Zustellgroßhandel mit Lebensmitteln und Waren aus dem Non-Food-I-Bereich betrieb. Entgegen sei-

³¹ BGH, Beschluss vom 24. März 2020, KVZ 3/19, ECLI:DE:BGH:2020:240320BKVZ3.19.0.

³² Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 564 ff.

³³ Rücknahme der Anmeldung am 17. Dezember 2018, B3-122/18 – Cellitinnen Nord/Süd. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 4. April 2019, Rücknahme der Fusionsanmeldung zweier Stiftungen von Cellitinnen in Köln. Zur Analyse der Patientenströme durch das Bundeskartellamt vgl. noch Tz. 537 in diesem Kapitel.

³⁴ Rücknahme der Anmeldung vom 18. März 2019, B3-157/18 – Ameos/Sana Kliniken Ostholstein. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 2. Mai 2019, Rücknahme der Anmeldung des Erwerbs der Sana Kliniken Ostholstein durch AMEOS.

³⁵ WDR, Kartellamt verbietet Krankenhaus-Fusion in Soest, <https://www1.wdr.de/nachrichten/westfalen-lippe/kartellamt-untersagt-krankenhausfusion-soest-100.html>, Stand: 7. Februar 2020; Neue Westfälische, Klinik-Fusion in Gütersloh scheitert am Kartellamt, https://www.nw.de/lokal/kreis_guetersloh/guetersloh/22602262_Klinik-Fusion-in-Guetersloh-ist-gescheitert.html, Stand: 1. November 2019; Abruf jeweils am 6. Juli 2020.

³⁶ BKartA, Pressemitteilung vom 26. Mai 2020, Bundeskartellamt genehmigt Zusammenschluss zwischen Asklepios und Rhön-Klinikum.

nem früheren Vorgehen grenzte das Bundeskartellamt absatzseitig einen einheitlichen Markt für den Abhol- und Zustellgroßhandel ab, da die Marktentwicklungen dazu geführt hätten, dass der Zustellgroßhandel mittlerweile auch für kleinere Abnehmer eine Alternative zum Abholgroßhandel geworden sei. Danach kämen die Zusammenschlussbeteiligten lediglich im Raum Bielefeld/Detmold auf einen gemeinsamen Marktanteil von über 30 Prozent; der Verhaltensspielraum des zusammengeschlossenen Unternehmens würde jedoch auch dort von mehreren bundesweit sowie regional tätigen Wettbewerbern begrenzt. Auf der Beschaffungsseite verfügte Edeka zwar über hohe Marktanteile, der Zuwachs durch Handelshof wäre mit deutlich unter 0,5 Prozent Marktanteil (bezogen auf das deutsche Gesamtbeschaffungsvolumen im Einzel- und Großhandel bei Lebensmitteln und bei Non Food I) aber unerheblich. Das Zusammenschlussvorhaben wurde deshalb vom Bundeskartellamt im Vorprüfverfahren freigegeben.³⁷ Der die deutschen Märkte betreffende Teil der fusionskontrollrechtlichen Prüfung des geplanten Erwerbs von Lekkerland durch Rewe erfolgte durch das Bundeskartellamt, da das Verfahren insoweit von der Europäischen Kommission an Deutschland verwiesen worden war. Die Tätigkeiten der Unternehmen überschritten sich insbesondere bei der Belieferung von Tankstellenshops und bei der Beschaffung von Lebensmitteln. Trotz der in einzelnen Märkten bzw. Marktsegmenten hohen Marktanteile der Unternehmen gab das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben bereits im Vorprüfverfahren frei, da sich die Zusammenschlussbeteiligten entweder starken Nachfragern gegenüber sahen oder der Marktanteilszuwachs nur sehr gering war.³⁸ Auch die Europäische Kommission, die bei diesem Fall für die Prüfung der Märkte außerhalb Deutschlands und Österreichs zuständig war, erteilte eine Freigabe, ohne das Zusammenschlussvorhaben eingehend geprüft zu haben.³⁹ Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde, an die der Fall teilweise verwiesen worden war, hatte hingegen durchgreifende wettbewerbliche Bedenken, sodass Rewe den in Österreich tätigen Teil von Lekkerland von dem Zusammenschluss ausgenommen hat.⁴⁰

330. Das Bundeskartellamt prüfte zudem einen Teil des Zusammenschlusskomplexes RWE/E.ON, in dessen Rahmen die beiden Unternehmen verschiedene Vermögensgegenstände sowie Anteile voneinander bzw. aneinander zu erwerben planten. Danach beabsichtigte RWE, sich insbesondere auf die Stromerzeugung und den Stromgroßhandel zu konzentrieren, E.ON dagegen auf die Verteilung und den Einzelhandel mit Strom sowie Gas. Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung in Höhe von 16,67 Prozent an E.ON durch RWE fiel nicht in den grundsätzlich vorrangigen Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle. Das Bundeskartellamt wertete diesen Anteilserwerb – zusammen mit dem Recht, ein Mitglied des Aufsichtsrats von E.ON vorzuschlagen – aber als einen Erwerb wettbewerbllich erheblichen Einflusses und sah damit den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB verwirklicht. Bei dem vom Bundeskartellamt geprüften Zusammenschlussvorhaben ging es insbesondere um die Überschneidungen der Unternehmen auf dem Markt für die Stromerzeugung und den Erstabsatz von Strom (ohne den nach dem EEG erzeugten Strom) im Marktgebiet Deutschland-Luxemburg. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes auf Basis einer sog. RSI-Analyse seien die Kraftwerkskapazitäten von RWE, dem führenden Anbieter bei der konventionellen Stromerzeugung in Deutschland, zwar in einer nicht unerheblichen Zahl von Stunden für die Stromnachfrage unverzichtbar; die Zahl pivotaler Stunden erreiche jedoch nicht das für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung erforderliche Niveau.⁴¹ Die Möglichkeiten und Anreize von RWE, den Strompreis durch eine Strategie der Kapazitätszurückhaltung maßgeblich zu beeinflussen, würden durch den geringen und teilweise lediglich vorübergehenden Kapazitätszuwachs sowie den Umstand, dass eine bloße Minderheitsbeteiligung an E.ON erworben werde, nur unwesentlich verstärkt. Das Bundeskartellamt gab das Zusammenschlussvor-

³⁷ BKartA, Beschluss vom 1. Juli 2019, B2-55/19 – Edeka/Handelshof. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 1. Juli 2019, Freigabe des geplanten Erwerbs von Handelshof durch EDEKA.

³⁸ BKartA, Beschluss vom 9. Oktober 2019, B2-40/19 – Rewe/Lekkerland. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 9. Oktober 2019, Freigabe des geplanten Erwerbs von Lekkerland durch Rewe.

³⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 7. August 2019, M.9142 – Rewe/Lekkerland.

⁴⁰ BWB, Pressemitteilung vom 21. Oktober 2019, Rewe darf Lekkerland in Österreich nicht übernehmen.

⁴¹ Zu der RSI-Analyse im Fall RWE/E.ON sowie allgemein vgl. auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie (2019), Wettbewerb mit neuer Energie, Baden-Baden 2019, Tz. 22, 48 ff.

haben deshalb im Vorprüfverfahren frei.⁴² Zeitgleich wurde der geplante Erwerb von Vermögenswerten zur Erzeugung von erneuerbarem Strom sowie von Atomstrom von E.ON durch RWE durch die insoweit zuständige Europäische Kommission ebenfalls in der ersten Prüfphase freigegeben.⁴³ Die Freigabe des Erwerbs einzelner Geschäftsbereiche und Vermögensgegenstände von Innogy, einem Tochterunternehmen von RWE, durch E.ON erfolgte dagegen erst nach eingehender Prüfung der Europäischen Kommission mit Nebenbestimmungen.⁴⁴ Soweit die Europäische Kommission Bedenken hinsichtlich des Wettbewerbs in Deutschland hatte, sahen die Verpflichtungszusagen eine Veräußerung der Verträge mit den meisten Heizstromkunden von E.ON sowie die Aufgabe des Betriebs von mehreren Ladestationen für Elektrofahrzeuge an Autobahnen vor.

331. Der geplante Erwerb von Vossloh Locomotives (Vossloh) durch CRRC Zhuzhou Locomotive (CRRC) wurde vom Bundeskartellamt ohne Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren freigegeben.⁴⁵ Das Zusammenschlussvorhaben betraf den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Rangierlokomotiven im EWR und der Schweiz. Auf diesem Markt ist Vossloh bislang führend gewesen, während CRRC – ein Tochterunternehmen des weltweit größten Herstellers von Schienenfahrzeugen, China Railway Rolling Stock Corporation – in Europa gerade erst in den Markt eingetreten ist. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes weist der betroffene Markt einige Besonderheiten auf, denen bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung Rechnung zu tragen war. Hierzu zählen: (1) schwankende Marktvolumen und Absatzzahlen der einzelnen Nachfrager, (2) ein erheblicher Zeitverzug zwischen der Auftragserteilung und der Auslieferung der Lokomotiven und (3) die Erwartung, dass sich die Marktstellungen der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen künftig stark ändern werden; die wettbewerbliche Bedeutung von Vossloh dürfte abnehmen, jene von CRRC dagegen zunehmen. In diesem Zusammenhang hat das Bundeskartellamt verschiedene Szenarien zu den möglichen Entwicklungen der Unternehmen erstellt. Eine weitere Besonderheit des Falles war der fusionskontrollrechtliche Umgang mit der (mittelbaren) Mehrheitsbeteiligung des chinesischen Staates an CRRC.⁴⁶ Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass die Größe des mit dieser Beteiligung einhergehenden Konzernverbundes sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht eine Herausforderung gewesen sei. In Bezug auf die Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses hat das Bundeskartellamt zum einen geprüft, ob die Marktstellung des zusammengeschlossenen Unternehmens durch erhaltene chinesische Subventionen gestärkt werden könnte. Zum anderen hat es sich mit der Frage befasst, ob die Einflussnahme chinesischer Stellen die Fähigkeit und die Bereitschaft zu Niedrigpreisstrategien aufseiten von CRRC begünstigen könnte. Dabei hat das Bundeskartellamt auch das Vorverhalten von CRRC berücksichtigt. Letztlich konnte nicht mit der nötigen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass das Zusammenschlussvorhaben innerhalb eines (erweiterten) Prognosezeitraums von fünf bis zehn Jahren zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.

1.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

332. Auch die Europäische Kommission prüfte im Berichtszeitraum erneut mehr Zusammenschlussvorhaben.⁴⁷ Im Berichtszeitraum 2018/2019 wurden auf Unionsebene insgesamt 796 Anmeldungen eingereicht (davon 404 im Jahr 2018 und 382 im Jahr 2019), gegenüber 742 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2016/2017. Anders als das

⁴² BKartA, Beschluss vom 26. Februar 2019, B8-28/19 – RWE/E.ON. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 31. Mai 2019, Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der E.ON SE durch die RWE AG in Höhe von 16,67 Prozent. Auch die britische Competition and Markets Authority prüfte und genehmigte den Erwerb der Minderheitsbeteiligung an E.ON durch RWE; vgl. CMA, Entscheidung vom 8. April 2019, ME/6800/19, <https://www.gov.uk/cma-cases/rwe-ag-e-on-se-merger-inquiry>, Abruf am 3. Juli 2020.

⁴³ EU-Kommission, Beschluss vom 26. Februar 2019, M.8871 – RWE/E.ON Assets.

⁴⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 17. September 2019, M.8870 – E.ON/Innogy. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 17. September 2019, IP/19/5582.

⁴⁵ BKartA, Beschluss vom 27. April 2020, B4-115/19 – CRRC/Vossloh.

⁴⁶ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Gutachten tiefgehend mit den wettbewerblichen Auswirkungen des chinesischen Staatskapitalismus (Kapitel IV).

⁴⁷ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind abrufbar auf der Webseite der Behörde unter <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>, Abruf am 3. Juli 2020.

Bundeskartellamt prüfte die Europäische Kommission im Jahr 2019 weniger Anmeldungen als im Jahr 2018. Der Anteil der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft wurden, erhöhte sich erneut leicht und betrug nunmehr beinahe drei Viertel aller Anmeldungen.

333. In insgesamt 20 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein (davon zwölf im Jahr 2018 und acht im Jahr 2019), was einer Steigerung von einem Drittel gegenüber dem vorangegangenen Berichtszeitraum entspricht. Im Hauptprüfverfahren wurden vier Zusammenschlussvorhaben ohne und zwölf Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen freigegeben. Im Vorprüfverfahren gab es insgesamt 27 Freigaben mit Nebenbestimmungen. Wie im vorangegangenen Berichtszeitraum untersagte die Europäische Kommission drei Zusammenschlussvorhaben, und zwar ausschließlich im ersten Halbjahr 2019.⁴⁸ Die Anzahl der Untersagungsentscheidungen seit Bestehen der EU-Fusionskontrolle stieg damit von 27 auf 30. Insgesamt wurden 24 Anmeldungen zurückgenommen, 22 im Vorprüfverfahren und zwei im Hauptprüfverfahren.

334. Die Zusammenschlussbeteiligten stellten im Berichtszeitraum 20 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat und damit deutlich weniger als in den Jahren 2016/2017 (29 Anträge). In bislang 15 Fällen gab die Europäische Kommission das Verfahren vollumfänglich und in zwei Fällen teilweise an einen Mitgliedstaat ab. Auch die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission war mit 31 Anträgen niedriger als in den Jahren 2016/2017 (38 Anträge). Den Anträgen wurde in gleicher Anzahl stattgegeben. Die Anzahl der Verweisungsanträge, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt wurden, ein Zusammenschlussvorhaben ohne gemeinschaftsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen, war mit fünf Anträgen mehr als doppelt so hoch wie im vorangegangenen Berichtszeitraum. Es wurde erneut kein Antrag abgelehnt. Die Anzahl der Anträge, mit denen ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde zu erreichen beabsichtigte, belief sich auf acht (2016/2017: fünf). Es gab bislang drei vollumfängliche und zwei teilweise Verfahrensabgaben. In einem Fall wurde ein solcher Verweisungsantrag abgelehnt.⁴⁹

335. Erneut hat die Europäische Kommission Verstöße gegen die Verfahrensvorschriften der Fusionskontrolle geahndet.⁵⁰ In einem Fall wurde Canon im Zusammenhang mit dem Erwerb der Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC) wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses mit einer Geldbuße in Höhe von EUR 28 Mio. belegt.⁵¹ Die Europäische Kommission entschied, dass das gewählte zweistufige Transaktionsverfahren, bei dem ein Zwischenkäufer beteiligt war, ein einziges anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben darstellte. Bereits der erste Schritt habe zum endgültigen Erwerb der Kontrolle durch Canon über TMSC beigetragen. Damit sei der Zusammenschluss teilweise vollzogen worden, bevor er bei der Europäischen Kommission angemeldet und von dieser freigegeben wurde. Zudem entschied der EuGH, dass die Verhängung von zwei getrennten Geldbußen durch die Europäische Kommission für (1) die unterbliebene Anmeldung eines kontrollpflichtigen Zusammenschlussvorhabens und (2) den Vollzug dieses nicht angemeldeten – und somit nicht freigegebenen – Zusammenschlusses zulässig sei.⁵² Der EuGH räumte zwar ein, dass es nicht möglich sei, einen Verstoß gegen die Anmeldepflicht aus Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 unabhängig von einem solchen gegen die Stillhaltepflicht aus Art. 7 Abs. 1 dieser Verordnung zu begehen. Dennoch sei die Situation, in der ein Unternehmen die Anmeldepflicht beachte, aber gegen die Stillhaltepflicht verstoße, von der vorliegenden Situation, in der ein Unternehmen gegen beide Pflichten verstoße, zu unterscheiden, da der zusätzliche Verstoß gegen

⁴⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 11. Juni 2019, M.8713 – Tata Steel/ThyssenKrupp; Beschluss vom 6. Februar 2019, M.8677 – Siemens/Alstom; Beschluss vom 5. Februar 2019, M.8900 – Wieland/Aurubis.

⁴⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 6. Februar 2018, M.8665 – Discovery/Scripps.

⁵⁰ Zum vergangenen Berichtszeitraum vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden 2018, Tz. 575.

⁵¹ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2019, M.8179 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation. Den Zusammenschluss Canon/Toshiba Medical Systems Corporation hatte die Europäische Kommission mit Beschluss vom 19. September 2016, M.8006, freigegeben.

⁵² EuGH, Urteil vom 4. März 2020, C-10/18 P, ECLI:EU:C:2020:149 – Mowi ASA.

die Anmeldepflicht anderenfalls niemals Gegenstand einer separaten Sanktion sein könne. In einem anderen Fall verhängte die Europäische Kommission eine Geldbuße in Höhe von EUR 52 Mio. gegen General Electric wegen unrichtiger Angaben in der Anmeldung zu dem geplanten Erwerb von LM Wind.⁵³ General Electric informierte die Europäische Kommission in der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens zunächst nicht über bestimmte eigene Geschäftsaktivitäten. Nachdem die Europäische Kommission durch eine Marktbefragung hiervon Kenntnis erlangt hatte, nahm das Unternehmen die Anmeldung zurück und reichte eine zweite, vollständige Anmeldung ein, aufgrund derer die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben schließlich ohne vertiefte Prüfung freigab.⁵⁴ Ein weiterer Fall, der die Übermittlung unrichtiger oder irreführender Angaben in einem Fusionskontrollverfahren betrifft, ist zurzeit noch bei der Europäischen Kommission anhängig.⁵⁵

336. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum die folgenden drei Zusammenschlussvorhaben untersagt: (1) Wieland/Aurubis, (2) Siemens/Alstom sowie (3) Tata Steel/ThyssenKrupp. Wieland beabsichtigte, die Walzproduktsparte seines Wettbewerbers Aurubis sowie die Beteiligung von Aurubis an dem Gemeinschaftsunternehmen Schwermetall und damit die alleinige Kontrolle über dieses Unternehmen zu erwerben. Schwermetall stellt Vorwälzbänder her, ein Vorprodukt für die Herstellung von Kupferwalzprodukten. Die Europäische Kommission befürchtete infolge des Zusammenschlusses das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung von Wieland auf den Märkten für Kupferwalzprodukte im EWR und den Verlust der operativen Unabhängigkeit von Schwermetall in Bezug auf den Verkauf von Vorwälzbändern an Dritte.⁵⁶ Das Zusammenschlussvorhaben Siemens/Alstom betraf die Zusammenfassung der Geschäftsbereiche Mobilität der beiden Unternehmen in einem neu zu gründenden Unternehmen, das unter alleiniger Kontrolle von Siemens gestanden hätte. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss zu wettbewerblichen Problemen in den Bereichen Eisenbahnsignalanlagen und Höchstgeschwindigkeitszüge geführt. Bei Eisenbahnsignalanlagen wäre das neue Unternehmen zum unumstrittenen Marktführer geworden und hätte bei Höchstgeschwindigkeitszügen – und zwar sowohl EWR- als auch weltweit (ohne China, Japan und Südkorea) – hohe Marktanteile erreicht. Insbesondere hätte das chinesische Unternehmen China Railway Rolling Stock Corporation bei Höchstgeschwindigkeitszügen in absehbarer Zeit keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf das zu gründende Unternehmen ausgeübt.⁵⁷ Schließlich beabsichtigten Tata Steel und ThyssenKrupp die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, in dem die Kohlenstoff-Flachstahl- und die Elektrostahlsparte der beiden Unternehmen zusammengeführt werden sollten. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission war ThyssenKrupp der zweitgrößte und Tata Steel der drittgrößte Hersteller von Kohlenstoff-Flachstahl im EWR. Der Zusammenschluss hätte zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere zu einem Anstieg der Preise für Abnehmer aus der Verpackungs- sowie der Automobilindustrie, geführt. Aus Sicht der Europäischen Kommission haben die Unternehmen keine ausreichenden Abhilfemaßnahmen zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken der Behörde angeboten, sodass das Zusammenschlussvorhaben untersagt wurde.⁵⁸

337. Dagegen hatte die Europäische Kommission bei den nachfolgend genannten Zusammenschlussvorhaben mit Bezügen zur Digital- und/oder Sharing-Ökonomie keine durchgreifenden wettbewerblichen Bedenken: (1) Apple/Shazam, (2) Microsoft/GitHub sowie (3) BMW/Daimler. Der Erwerb von Shazam durch Apple konnte nur

⁵³ EU-Kommission, Beschluss vom 8. April 2019, M.8436 – General Electric Company/LM Wind Power Holding.

⁵⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2017, M.8283 – General Electric Company/LM Wind Power Holding.

⁵⁵ M.8181 – Merck/Sigma-Aldrich.

⁵⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 5. Februar 2019, M.8900 – Wieland/Aurubis/Schwermetall. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Februar 2019, IP/19/883. Erst kurz vor dieser Untersagung gab die Europäische Kommission einen Zusammenschluss von zwei großen Anbietern von Kupferwalzprodukten frei; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 11. Dezember 2018, M.8909 – KME/MKM.

⁵⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 6. Februar 2019, M.8677 – Siemens/Alstom, Tz. 500 ff. Die Entscheidung der Europäischen Kommission hat eine Debatte über die Reformbedürftigkeit des EU-Wettbewerbsrechts sowie über die Förderung nationaler und europäischer Champions ausgelöst; vgl. nur Drauz, WuW 2019, 169.

⁵⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 11. Juni 2019, M.8713 – Tata Steel/ThyssenKrupp. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 11. Juni 2019, IP/19/2948.

aufgrund eines Verweisungsantrages einzelner Mitgliedstaaten von der Europäischen Kommission geprüft werden, da die an den Umsätzen der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen orientierten Anmeldeschwellen der Verordnung (EG) 139/2004 nicht erreicht wurden. Die wirtschaftlichen Aktivitäten der Unternehmen sind im Wesentlichen komplementär: Während Apple u. a. einen Musik-Streamingdienst anbietet, betreibt Shazam eine Musikerkennungs-App. Bei ihrer Prüfung gelangte die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass konkurrierende Musik-Streamingdienste weder durch den Zugang von Apple zu den Kundendaten von Shazam noch durch eine Beschränkung des Zugangs konkurrierender Musik-Streamingdienste zu der Musikerkennungs-App von Shazam vom Markt gedrängt würden. Insbesondere seien die Nutzerdaten von Shazam nicht einzigartig. Die Europäische Kommission gab das Zusammenschlussvorhaben nach eingehender Prüfung in der zweiten Phase ohne Nebenbestimmungen frei.⁵⁹ Den Erwerb von GitHub durch Microsoft gab die Europäische Kommission bereits im Vorprüfverfahren frei.⁶⁰ Zwar waren die Unternehmen in mehreren Bereichen Wettbewerber, etwa bei dem Angebot von Plattformen für die Softwareentwicklung. Allerdings wäre das zusammengeschlossene Unternehmen nach den Feststellungen der Europäischen Kommission weiterhin einem erheblichen Wettbewerbsdruck seitens anderer Marktteilnehmer ausgesetzt. Zudem würde eine etwaige vorzugsweise Integration von eigener Software durch Microsoft – statt jener von anderen Software-Anbietern – in die offene Entwicklungsplattform von GitHub dazu führen, dass Entwickler zu konkurrierenden Entwicklungsplattformen wechseln. BMW und Daimler meldeten die Gründung von insgesamt sechs Gemeinschaftsunternehmen an, in denen die Mobilitätsdienste der beiden Autohersteller zusammengeführt werden sollten. Zu Überschneidungen der wirtschaftlichen Aktivitäten der Unternehmen kam es dabei vor allem im Bereich des sog. *Free-Floating-Carsharing*, die mit „DriveNow“ (BMW) bzw. „car2go“ (Daimler) entsprechende Dienste anboten. Die Europäische Kommission hatte insoweit wettbewerbliche Bedenken hinsichtlich des Carsharing-Angebots in sechs Städten in der EU. Zur Ausräumung dieser Bedenken boten die Unternehmen als Abhilfemaßnahmen einen Schnittstellenzugang für die Anzeige der Mobilitätsdienste von BMW und Daimler in den Meta-Apps von Drittanbietern sowie den Zugang zu einer multimodalen Mobilitäts-App von Daimler für andere Carsharing-Dienste an. Die Europäische Kommission gab das Zusammenschlussvorhaben mit entsprechenden Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren frei.⁶¹

338. Der Telekommunikationssektor war im Berichtszeitraum ein Schwerpunkt der EU-Fusionskontrolle. Die Europäische Kommission gab zunächst den Erwerb von Tele2 NL durch T-Mobile NL frei.⁶² Vor dem Zusammenschluss waren die Unternehmen die dritt- bzw. viertgrößten Mobilfunkanbieter auf dem niederländischen Endkundenmarkt. Durch den Zusammenschluss verringerte sich die Anzahl der Mobilfunknetzbetreiber in den Niederlanden von vier auf drei, allerdings lag der gemeinsame Marktanteil der Unternehmen bei nur rund 25 Prozent.⁶³ Das Zusammenschlussvorhaben wurde nach eingehender Prüfung in der zweiten Phase ohne Nebenbestimmungen seitens der Europäischen Kommission freigegeben, da diese letztlich keine negativen Auswirkungen auf den Qualitäts- sowie den Preiswettbewerb auf dem niederländischen Mobilfunkmarkt erwartete. Ein zweites Zusammenschlussvorhaben betraf die Übernahme des von Liberty Global in mehreren Mitgliedstaaten – darunter Deutschland (hier: Unitymedia) – betriebenen Kabelnetzes durch Vodafone.⁶⁴ Das Kabelnetz kann nicht nur zum Fernsehen

⁵⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 6. September 2018, M.8788 – Apple/Shazam.

⁶⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 19. Oktober 2018, M.8994 – Microsoft/GitHub.

⁶¹ EU-Kommission, Beschluss vom 7. November 2018, M.8744 – Daimler/BMW. Ein weiteres Zusammenschlussvorhaben aus dem Automobilbereich mit Digitalbezug betraf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das eine Online-Plattform für den Handel mit Gebrauchtwagen betreibt („HeyCar“), durch Daimler sowie Volkswagen. Das Zusammenschlussvorhaben wurde von der Europäischen Kommission mangels wettbewerblicher Bedenken im vereinfachten Verfahren in der ersten Phase freigegeben; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 22. Januar 2019, M.9180 – Volkswagen/Daimler/HeyCar.

⁶² EU-Kommission, Beschluss vom 27. November 2018, M.8792 – T-Mobile NL/Tele2 NL.

⁶³ Zu den Anforderungen an den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bei einem Zusammenschlussvorhaben im Telekommunikationssektor, infolgedessen sich die Anzahl der Unternehmen von vier auf drei verringern würde, vgl. jüngst EuG, Urteil vom 20. Mai 2020, T-399/16 – CK Telecoms UK Investments, ECLI:EU:T:2020:217. Das Gericht hob die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens Hutchison 3G UK/Telefónica UK durch die Europäische Kommission (Beschluss vom 11. Mai 2016, M.7612) auf.

⁶⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2019, M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets.

genutzt werden, sondern ermöglicht auch einen Breitbandzugang zum Internet. Vodafone hatte zuvor bereits das Unternehmen Kabel Deutschland erworben und übernahm durch den Zusammenschluss mit Liberty Global nun auch den Großteil des übrigen Kabelnetzes in Deutschland.⁶⁵ Nach der Deutschen Telekom ist Vodafone nunmehr der zweitgrößte Betreiber von Breitbandanschlüssen in Deutschland. Die Europäische Kommission hatte u. a. Bedenken wegen des Wegfalls des Wettbewerbsdrucks, den die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Endkundenmarkt für Festnetz-Breitbanddienste aufeinander ausübten. Gleichwohl gab sie das Zusammenschlussvorhaben in der zweiten Phase mit Nebenbestimmungen frei, nachdem Vodafone als Abhilfemaßnahme angeboten hatte, einem dritten Unternehmen Zugang zu seinem Kabelnetz in Deutschland zu gewähren. Außerdem leitete die Europäische Kommission ein Verfahren gegen Telefónica ein, in dem sie prüfte, ob das Unternehmen Verpflichtungszusagen, die es im Zusammenhang mit der Übernahme von E-Plus im Jahr 2014 eingegangen war, nicht nachgekommen ist.⁶⁶ Nach vorläufiger Auffassung der Europäischen Kommission soll Telefónica gegen die Verpflichtung verstoßen haben, interessierten Marktteilnehmern 4G-Vorleistungen zu den „günstigsten Preisen unter Benchmark-Bedingungen“ anzubieten, indem es bestimmte Vorleistungsvereinbarungen nicht in die Benchmark einbezogen hat, sodass die Konditionen für den Vorleistungszugang für Dritte weniger günstig waren.⁶⁷

1.2.2 Missbrauchsaufsicht

339. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2018 sieben neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Missbrauchsverbot ein und schloss 24 Missbrauchsverfahren ab.⁶⁸ Keines der 24 Verfahren wurde mit einer förmlichen Verfügung beendet. In fünf Fällen wurde das vom Bundeskartellamt beanstandete Verhalten seitens des Unternehmens aufgegeben, die übrigen Verfahren wurden aus anderen Gründen ohne Verfügung eingestellt.⁶⁹ Für das Jahr 2019 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber mindestens eine Feststellungs- und Abstellungsentscheidung,⁷⁰ einen Bußgeldbescheid⁷¹ sowie zwei Verpflichtungszusagenentscheidungen⁷².

340. Das Bundeskartellamt hat ein Missbrauchsverfahren gegen das Internationale Olympische Komitee (IOC) und den Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) wegen der Werbebeschränkungen für Athleten und ihre (potenziellen) Sponsoren bei Olympischen Spielen geführt.⁷³ Im Rahmen einer vorläufigen rechtlichen Würdigung kam das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass die Mitglieder der Olympischen Bewegung, zu denen das IOC und der DOSB gehören, ihre auf dem Markt für die Organisation und die Vermarktung der Olympischen Spiele bestehende

⁶⁵ Das Bundeskartellamt stellte deshalb einen Verweisungsantrag an die Europäische Kommission zur Prüfung des Zusammenschlussvorhabens, soweit sich dieses auf den deutschen Markt auswirken würde, nahm den Antrag später aber zurück; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2019, M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets, Tz. 10, 12.

⁶⁶ EU-Kommission, Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 22. Februar 2019, M.9003 – Telefónica Deutschland/E-Plus. Dies ist der erste Fall, in dem die Europäische Kommission einem Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen die Nebenbestimmungen einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt hat; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Februar 2019, IP/19/1371.

⁶⁷ Ein weiteres Zusammenschlussvorhaben mit Bezügen zum Telekommunikationssektor war der Erwerb des Fernsehveranstalters Bonnier Broadcasting durch den Telekommunikationsanbieter Telia, den die Europäische Kommission in der zweiten Prüfphase mit Nebenbestimmungen freigegeben hat; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 12. November 2019, M.9064 – Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding. Im Vordergrund der wettbewerblichen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens standen jedoch eher die Fernseh- als die Telekommunikationsmärkte in Teilen Nordeuropas.

⁶⁸ BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, BT-Drs. 19/10900 vom 19. Juni 2019, S. 136.

⁶⁹ Ebenda. In Betracht kommt eine Verfahrenseinstellung, z. B. aus Ermessenserwägungen oder weil sich der Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nicht bestätigt hat.

⁷⁰ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook.

⁷¹ BKartA, Beschluss vom 2. Dezember 2019, B1-233/17 – Basaltsteinbrüche (Verstoß gegen § 21 GWB).

⁷² BKartA, Beschluss vom 3. Dezember 2019, B7-25/17 – Software für Steuerberater; Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen. Nachfolgend nur noch „Zusagenentscheidung“.

⁷³ BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen.

marktbeherrschende Stellung ausgenutzt und den Wettbewerb auf dem (Dritt-)Markt für Sportsponsoring behindert hätten. Das Bundeskartellamt beendete das Verfahren mit einer Zusagenentscheidung und erreichte für die deutschen Athleten deutliche Lockerungen der Werbebeschränkungen. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit den Beschränkungen der Werbemöglichkeiten von Athleten (Abschnitt 2.4).

341. Im Berichtszeitraum hat es mehrere bedeutende Missbrauchsfälle im Digitalbereich gegeben. Das Bundeskartellamt hat zunächst das Verwaltungsverfahren gegen Facebook mit einer Untersagungsentscheidung abgeschlossen.⁷⁴ Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes ist Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Deutschland marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung nutze das Unternehmen missbräuchlich aus, indem es die Nutzung von Facebook davon abhängig mache, dass die bei der Verwendung von konzerneigenen Diensten (z. B. WhatsApp oder Instagram) oder von bestimmten Webseiten bzw. Apps Dritter erhobenen personenbezogenen Daten ohne wirksame Zustimmung der privaten Nutzer mit den Daten des Facebook-Kontos verknüpft und – für die Zwecke personalisierter Werbung – verarbeitet werden. Die Verwendung solcher Bedingungen über die Datenverarbeitung verstoße gegen die Wertungen der Datenschutz-Grundverordnung und sei Facebook als marktbeherrschendem Unternehmen auch nach dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot untersagt, da sie als Ausfluss von dessen Marktmacht anzusehen sei. Es handele sich um einen Konditionenmissbrauch gemäß der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB. Das Verhalten von Facebook schädige private Nutzer, da diese nicht selbstbestimmt über ihre Daten verfügen könnten, und behindere wegen des Vorsprungs von Facebook bei dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten tatsächliche und potenzielle Wettbewerber. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ordnete das OLG Düsseldorf auf Antrag von Facebook die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes an.⁷⁵ Das Gericht betonte, dass sich die gebotene Kausalitätsprüfung nicht an den Wertungen des Datenschutzrechts, sondern an jenen des Kartellrechts zu orientieren habe.⁷⁶ Ein Ausbeutungsmissbrauch zum Nachteil der privaten Nutzer erfordere eine Verhaltenskausalität dergestalt, dass gerade die Marktmacht von Facebook die Verwendung der beanstandeten Datenschutz-Konditionen ermögliche. Lediglich für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs zum Nachteil der Wettbewerber von Facebook könne eine Ergebniskausalität genügen. Insoweit müsse das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer Verstärkung seiner Marktstellung bzw. zu einer (weiteren) Schwächung der Wettbewerbsstruktur führen. Das Bundeskartellamt habe nicht den für einen Ausbeutungsmissbrauch erforderlichen Nachweis erbracht, dass die den privaten Nutzern von Facebook abverlangte Zustimmung zur Verknüpfung sowie Verarbeitung der Mehrdaten aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Facebook derart fremdbestimmt ist, dass die Einverständniserklärung nicht mehr als auf einer autonomen Entscheidung des Nutzers beruhend angesehen werden kann. Zudem seien auch keine Behinderungswirkungen dargelegt worden; insbesondere sei der maßgebliche Grund für eine etwaige Marktzutrittsschranke auf dem Markt für soziale Netzwerke die Existenz von direkten Netzwerkeffekten aufseiten der privaten Nutzer von Facebook – und nicht die in Rede stehende Datenverknüpfung/-verarbeitung. Auf die gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf eingelegte Rechtsbeschwerde hob der BGH die Entscheidung des OLG auf.⁷⁷ Der BGH ist der Auffassung, dass an der missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung von Facebook durch die Verwendung der Bedingungen über die Datenverarbeitung keine ernstlichen Zweifel bestünden. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt knüpft er bei der Frage, ob das Unternehmen missbräuchlich gehandelt hat, aber nicht an einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung an, sondern stellt darauf ab, dass den Facebook-Nutzern keine Wahl gelassen werde, in welchem Umfang sie ihre persönlichen Daten preisgeben. Bei funktionierendem Wettbewerb könnten die Nutzer selbst entscheiden, ob Facebook ausschließlich solche Daten sammeln und verarbeiten dürfe, welche die Nutzer selbst auf dem sozialen Netzwerk angeben, oder zur Verbesserung des Nutzungserlebnisses auch auf Daten aus

⁷⁴ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook.

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019, VI-Kart 1/19 (V) – Facebook I, ECLI:DE:OLGD:2019:0826.KART1.19V.00.

⁷⁶ Zu den Anforderungen an den Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und einem Rechtsverstoß, die diesen als missbräuchlich im Sinne der Art. 102 AEUV, § 19 GWB qualifizieren, vgl. bereits Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 661 ff.

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020, KVR 69/19 – Facebook.

Drittquellen zurückgreifen dürfe.⁷⁸ Die Entscheidung des BGH hat zur Folge, dass die Beschwerde von Facebook gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes keine aufschiebende Wirkung mehr hat, sodass die Verfügung vollzogen werden kann. Eine Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus.

342. Das Bundeskartellamt hat zudem ein Missbrauchsverfahren gegen Amazon geführt. Gegenstand der Ermittlungen waren verschiedene Regeln und sonstige Verhaltensweisen, die Amazon gegenüber den auf seinem Online-Marktplatz „amazon.de“ tätigen Einzelhändlern anwendete. Das Bundeskartellamt prüfte, ob Amazon seine Marktmacht missbräuchlich ausnutzte, indem das Unternehmen u. a. Luxemburg als ausschließlichen Gerichtsstand vorgebe, Händlerkonten überraschend und mit lediglich formelhafter Begründung kündige bzw. sperre oder Händler zur Kostenübernahme bei offensichtlich unberechtigten Kundenretouren verpflichtete. Da Amazon die vom Bundeskartellamt beanstandeten Verhaltensweisen änderte und weitere Anpassungen zusagte, und zwar für alle seine Online-Marktplätze weltweit, wurde das Verfahren gegen Amazon nach nur acht Monaten eingestellt.⁷⁹ Somit konnte auch offenbleiben, ob es sich bei den in Rede stehenden Verhaltensweisen von Amazon tatsächlich um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung handelte. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass es sein Verfahren primär auf die Regelungen des deutschen Missbrauchsrechts gestützt und sowohl einen Ausbeutungs- als auch einen Behinderungsmissbrauch geprüft habe. Im Rahmen der Marktabgrenzung komme ein (mehrseitiger) Markt für die Erbringung von Online-Marktplatzdienstleistungen in Betracht. Branchenstudien zufolge werde ein Anteil von deutlich über 40 Prozent an dem deutschen Onlinehandel über den Marktplatz „amazon.de“ abgewickelt. Für die Online-Händler und deren Zugang zu den Endkunden verfüge Amazon über eine *Gatekeeper*-Funktion. Diese Funktion könne bei der Frage nach der relativen Marktmacht von Amazon für eine Abhängigkeit der Händler von dem Unternehmen sprechen; wobei jedoch auch zu berücksichtigen sei, dass insbesondere kleinere Händler ihre Produkte überhaupt nur wegen des Marktplatz-/Serviceangebots von Amazon online vertrieben.⁸⁰ Ein weiteres Verfahren gegen Amazon ist noch bei der Europäischen Kommission anhängig.⁸¹ Im Fokus dieser Untersuchung steht vor allem die Stellung von Amazon als sog. Hybrid-Plattform: Als Betreiber der Online-Marktplätze sammelt Amazon möglicherweise Daten von den auf den Plattformen tätigen Einzelhändlern, die das Unternehmen in seiner Stellung als Wettbewerber dieser Händler beim Verkauf von Waren auf den Plattformen selbst nutzen könnte.

343. Der BGH hat sich in zwei Entscheidungen zu Werbeblockern mit der Marktabgrenzung bei Plattformen befasst.⁸² Der BGH stellte fest, dass der Betreiber eines Werbeblockers kein Nachfragemittler sei, da die Internetnutzer für die Webseitenbetreiber ohne den Werbeblocker ohne Weiteres zugänglich seien, sondern ein Anbieter für die Beseitigung des von ihm selbst geschaffenen Zugangshindernisses. Der Betreiber des Werbeblockers sei auf dem Markt für die Eröffnung des Zugangs zu Internetnutzern, die seinen Werbeblocker installiert haben, marktbeherrschend, wenn die Webseitenbetreiber keine andere wirtschaftlich sinnvolle Zugangsmöglichkeit zu diesen Nutzern haben, als die blockierte Werbung mittels des sog. *Whitelisting* entgeltlich freischalten zu lassen. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Marktabgrenzung bei Werbeblockern (Abschnitt 2.1).

344. Das OLG Düsseldorf hat in einem zivilrechtlichen Verfahren über den Anspruch auf Zugang einer freien Reparaturwerkstatt zu dem Servicenetz eines Fahrzeugherstellers entschieden.⁸³ Ein solcher Anspruch kommt zunächst

⁷⁸ Vgl. dazu BGH, Pressemitteilung vom 23. Juni 2019, Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook. Die schriftliche Begründung des Beschlusses des BGH lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens noch nicht vor.

⁷⁹ BKartA, Beschluss vom 17. Juli 2019, B2-88/18 – Amazon Marktplatz.

⁸⁰ Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 17. Juli 2019, Amazon ändert weltweit seine Geschäftsbedingungen für Händler auf seinen Marktplätzen – Bundeskartellamt stellt Missbrauchsverfahren ein, insb. S. 8 f., 11 f.

⁸¹ AT.40462 – Amazon Marketplace. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, IP/19/4291.

⁸² BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019, KZR 57/19 – Werbeblocker IIIa, ECLI:DE:BGH:2019:101219UKZR57.19.0; Beschluss vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, ECLI:DE:BGH:2019:081019UKZR73.17.0.

⁸³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. März 2019, U (Kart) 16/18 – Kfz-Werkstatt, ECLI:DE:OLGD:2019:0327.U.KART16.18.00.

in Betracht, wenn die Verweigerung des Zugangs zu dem Servicenetz einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Fahrzeugherstellers darstellt. Für die Marktabgrenzung – so das OLG Düsseldorf – sei entscheidend, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Fahrzeugen einer bestimmten Automarke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status als Vertragswerkstatt des Herstellers auszuüben. Ist das nicht der Fall, sei der „Ressourcenmarkt“ für die Erbringung von Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten markenspezifisch abzugrenzen und der Fahrzeughersteller hinsichtlich des Zugangs zu solchen Arbeiten für seine Automarke marktbeherrschend. Ob der Status als Vertragswerkstatt eine notwendige Ressource für die Erbringung von Werkstattdienstleistungen bei Fahrzeugen einer bestimmten Marke ist, werde dabei maßgeblich durch die Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer bei der Inanspruchnahme der Werkstattdienstleistungen bestimmt. Im Hinblick auf Werkstattdienstleistungen für Fahrzeuge der Marke Jaguar hatte der BGH dies in zwei früheren Entscheidungen angenommen und insoweit eine marktbeherrschende Stellung des entsprechenden Fahrzeugherstellers bejaht.⁸⁴ Das OLG Düsseldorf nahm in dem vorliegenden Fall – es ging um weniger hochpreisige Fahrzeuge der Marke Volvo – dagegen keine markenspezifische Abgrenzung des Ressourcenmarktes vor, sodass der Automobilhersteller nicht marktbeherrschend gewesen sei. Dieser habe gegenüber dem Werkstattbetreiber auch nicht über relative Marktmacht verfügt. Insbesondere begründe allein die aus eigenem Entschluss vorgenommene Spezialisierung einer freien Werkstatt auf eine Automarke ohne das Hinzutreten weiterer Umstände keine unternehmensbedingte Abhängigkeit. Somit fehlte es für die Annahme einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung an der Normadressateneigenschaft des Fahrzeugherstellers.⁸⁵

345. Die Europäische Kommission erließ in den Jahren 2018 und 2019 neun verfahrensbeendende Entscheidungen wegen Verstößen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, vier im Jahr 2018 und fünf im Jahr 2019.⁸⁶ Darunter waren sechs Feststellungs- und Abstellungsentscheidungen⁸⁷ sowie zwei Zusageentscheidungen⁸⁸. Hinzu kam eine in der Praxis der Europäischen Kommission bislang äußerst seltene einstweilige Anordnung, gemäß derer dem betreffenden Unternehmen das beanstandete Verhalten vorläufig untersagt wurde.⁸⁹ Insgesamt verhängte die Europäische Kommission im Missbrauchsbereich Geldbußen in Höhe von ca. EUR 7,32 Mrd., darunter die höchste jemals verhängte Einzelgeldbuße in Höhe von EUR 4,34 Mrd. gegen Google – bzw. dessen Mutterunternehmen Alphabet – im Fall „Google Android“.

346. Zwei Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission im Berichtszeitraum richteten sich gegen das Unternehmen Google.⁹⁰ Im Fall „Google Android“ warf die Europäische Kommission Google vor, dass das Unternehmen seine Marktmacht im Zusammenhang mit seinem mobilen Betriebssystem Android missbräuchlich aus-

⁸⁴ BGH, Urteil vom 23. Januar 2018, KZR 48/15 – Zulassung als Vertragswerkstatt, ECLI:DE:BGH:2018:230118UKZR48.15.0; Urteil vom 26. Januar 2016, KZR 41/14 – Jaguar-Vertragswerkstatt, ECLI:DE:BGH:2016:260116UKZR41.14.0.

⁸⁵ Das OLG Düsseldorf stellte zudem klar, dass ein Anspruch auf Zugang des Werkstattbetreibers zu dem Servicenetz des Fahrzeugherstellers auf Basis des Kartellverbots von vornherein ausscheide, und zwar auch dann, wenn das Servicenetz als selektives Vertriebssystem organisiert sei. Die (Nicht-)Zulassung stelle eine einseitige Maßnahme dar, sodass es an einer tauglichen Abstimmungshandlung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB fehle. Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. März 2019, U (Kart) 16/18 – Kfz-Werkstatt, ECLI:DE:OLGD:2019:0327.U.KART16.18.00, Rz. 87 (zit. nach Juris).

⁸⁶ Zur Fallstatistik der Europäischen Kommission in Missbrauchs- und Kartellverfahren vgl. auch EU-Kommission, Annual activity report 2019 – Competition, 25. Juni 2020, S. 17; Völcker/Benditz, EuZW 2020, 259 (264 ff.).

⁸⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2019, AT.39711 – Qualcomm (predation); Beschluss vom 13. Mai 2019, AT.40134 – AB InBev; Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google Search (AdSense); Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android; Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.39849 – BEH gas; Beschluss vom 25. Januar 2018, AT.40220 – Qualcomm (exclusivity payments).

⁸⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 7. Dezember 2018, AT.40461 – DE/DK Interconnector; Beschluss vom 24. Mai 2018, AT.39816 – Gazprom.

⁸⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 16. Oktober 2019, AT.40608 – Broadcom.

⁹⁰ Bereits im vergangenen Berichtszeitraum schloss die Europäische Kommission ein Missbrauchsverfahren gegen Google ab. Der zentrale Vorwurf lautete damals, dass Google seine Marktmacht auf dem Markt für allgemeine Suchdienste auf den Markt für Preisvergleichsdienste hebelte, indem es bei der Anzeige der Suchergebnisse seine eigenen Angebote gegenüber jenen von konkurrierenden Preisvergleichsdiensten bevorzugt behandelt hat; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

genutzt habe.⁹¹ Google habe gegenüber den Herstellern von Mobilgeräten u. a. Kopplungs- und Ausschließlichkeitspraktiken eingesetzt, um konkurrierende Anwendungen vom Markt zu drängen. Die Europäische Kommission gelangte zu dem Ergebnis, dass diese Verhaltensweisen Google letztlich dazu gedient hätten, die marktbeherrschende Stellung seiner Suchmaschine zu festigen. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit den Verhaltensweisen von Google im Zusammenhang mit seinem Android-Betriebssystem (Abschnitt 2.2).

347. Der Fall „Google Search (AdSense)“ betraf eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung im EWR.⁹² Mit seinem Dienst „AdSense for Search“ übernimmt Google eine Vermittlungsfunktion zwischen Webseitenbetreibern, die eine Suchfunktion anbieten und bei der Anzeige der Suchergebnisse Werbung platzieren möchten, und den Werbetreibenden. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission war Google während des Verstoßzeitraums 2006 bis 2016 der mit Abstand größte Anbieter solcher Vermittlungsleistungen im EWR. Google habe seine marktbeherrschende Stellung ausgenutzt, indem es den Webseitenbetreibern zunächst mittels Ausschließlichkeitsvereinbarungen untersagte, bei der Anzeige der Suchergebnisse Werbung, die Wettbewerber von Google vermittelt haben, zu platzieren. Später habe Google die Webseitenbetreiber stattdessen dazu verpflichtet, die rentabelsten sowie eine Mindestzahl von Werbeflächen für die Vermittlung durch Google vorzuhalten. Hierdurch seien – aktuelle und potenzielle – Wettbewerber von Google im Bereich der Vermittlung von Suchmaschinenwerbung behindert worden. Die Europäische Kommission verhängte gegen Google eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,49 Mrd.

348. Im Berichtszeitraum erließ die Europäische Kommission einstweilige Maßnahmen gemäß Art. 8 Verordnung (EU) 1/2003 gegen Broadcom, den weltweit führenden Anbieter von Chipsätzen für TV-Set-Top-Boxen und Modems.⁹³ Dabei handelt es sich um den ersten Fall mit einstweiligen Maßnahmen auf Unionsebene seit dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) 1/2003.⁹⁴ Die Europäische Kommission übermittelte Broadcom im Juni 2019 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte und erließ bereits im Oktober 2019 einen Beschluss mit einstweiligen Anordnungen gegen das Unternehmen wegen des – prima facie festgestellten – Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Dort vertrat die Europäische Kommission die vorläufige Auffassung, dass Broadcom auf den weltweiten Märkten für die Herstellung von Chipsätzen für TV-Set-Top-Boxen, Glasfasermodems und xDSL-Modems marktbeherrschend sei. Seine Marktmacht habe das Unternehmen ausgenutzt, indem es seine Abnehmer durch Kopplungs- und Ausschließlichkeitsvereinbarungen sowie die Gewährung von verschiedenen Vorteilen zu einem (quasi-)exklusiven Bezug von Broadcom-Chipsätzen veranlasste. Die Europäische Kommission befürchtete einen ernststen und nicht wiedergutzumachenden Schaden für den Wettbewerb, da durch die Verhaltensweisen von Broadcom eine Reihe künftiger Ausschreibungen beeinträchtigt und damit letztlich Wettbewerber des Unternehmens vom Markt gedrängt würden. Die Europäische Kommission ordnete deshalb an, dass Broadcom einstweilen (1) die beanstandeten Verhaltensweisen nicht mehr anwendet und seine Abnehmer hierüber informiert sowie (2) keine in ihrer Zielsetzung oder Wirkung vergleichbaren Maßnahmen anwendet. Im Anschluss an die einstweilige Anordnung legte Broadcom der Europäischen Kommission Verpflichtungszusagen vor, im Rahmen derer das Unternehmen im Wesentlichen anbot, Abnehmer künftig nicht mehr dazu zu verpflichten oder zu veranlassen, mehr als 50 Prozent ihres jeweiligen Bedarfs an den einschlägigen Chipsätzen von Broadcom zu beziehen oder die Belieferung von der Abnahme anderer Chipsätze abhängig zu machen.⁹⁵ Die Europäische Kommission unterzieht die angebotenen Verpflichtungszusagen derzeit einem Markttest.

⁹¹ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android.

⁹² EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google Search (AdSense). Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. März 2019, IP/19/1770.

⁹³ EU-Kommission, Beschluss vom 16. Oktober 2019, AT.40608 – Broadcom. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 16. Oktober 2019, IP/19/6109.

⁹⁴ Zuletzt ist wiederholt ein stärkerer Einsatz von einstweiligen Maßnahmen insbesondere auf digitalen Märkten empfohlen worden; vgl. nur Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 74.

⁹⁵ Verpflichtungszusagenangebot vom 1. April 2020, AT.40608 – Broadcom. Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 27. April 2020, IP/20/755.

349. Die Europäische Kommission schloss ein Missbrauchsverfahren gegen den weltweit führenden Bierhersteller Anheuser-Busch InBev (AB InBev) mit einer Bußgeldentscheidung ab.⁹⁶ Das Unternehmen habe seine marktbeherrschende Stellung auf dem belgischen Biermarkt missbraucht, indem es den grenzüberschreitenden Handel mit Bier aus den Niederlanden einschränkte. AB InBev ist mit seiner Biermarke Jupiler marktbeherrschend auf dem belgischen Biermarkt. Da der Wettbewerb auf dem niederländischen Biermarkt größer ist, verkauft das Unternehmen Jupiler dort zu niedrigeren Preisen an Groß- und Einzelhändler. Um die Einfuhren aus den Niederlanden zu beschränken und damit das höhere Preisniveau in Belgien aufrechtzuerhalten, setzte AB InBev gegenüber sowohl den niederländischen als auch den belgischen Abnehmern verschiedene missbräuchliche Verhaltensweisen ein. In den Niederlanden wurden (1) bei einigen Einzelhändlern die französischsprachigen Lebensmittelinformationen vom Etikett der Bierdosen entfernt und das Design sowie die Größe der Bierdosen geändert, (2) einem Großhändler lediglich begrenzte Mengen an Bier geliefert und (3) einem Einzelhändler Sonderangebotspreise nur unter der Bedingung gewährt, dass diese Preise nicht an Abnehmer in Belgien weitergegeben werden. In Belgien wurden einem Einzelhändler bestimmte Produkte von AB InBev nur unter der Bedingung verkauft, dass der Händler die Einfuhr von günstigerem Jupiler-Bier aus den Niederlanden begrenzt. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist vor allem auch auf formeller Ebene von Bedeutung. AB InBev räumte den Vorwurf der Europäischen Kommission in tatsächlicher sowie rechtlicher Sicht ein und bot als Abhilfemaßnahme an, Lebensmittelinformationen auf den Verpackungen seiner Produkte künftig sowohl auf Französisch als auch auf Niederländisch bereitzustellen. Im Gegenzug für seine über die rechtlichen Pflichten hinausgehende Kooperation gewährte die Europäische Kommission dem Unternehmen eine Bußgeldermäßigung in Höhe von 15 Prozent, sodass die gegen AB InBev verhängte Geldbuße letztlich rund EUR 200 Mio. betrug. Die Europäische Kommission wertete die Kooperation des Unternehmens dabei nicht als mildernden, sondern als besonderen Umstand im Sinne ihrer Bußgeldleitlinien.⁹⁷

1.2.3 Horizontale und vertikale Beschränkungen

350. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2018 40 neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot ein und schloss 52 Kartellverfahren ab.⁹⁸ In mindestens neun Fällen, acht (horizontalen) Kartellen und einer (vertikalen) Preisbindung, erließ das Bundeskartellamt Bußgeldbescheide.⁹⁹ Dabei wurden Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. EUR 376 Mio. verhängt.¹⁰⁰ Alle übrigen Verfahren endeten ohne förmliche Verfügung, wobei das beanstandete Verhalten in zwölf Fällen aufgegeben und das Verfahren in 36 Fällen aus einem anderen Grund eingestellt wurde.¹⁰¹ Für das Jahr 2019 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber in mindestens acht (horizontalen) Kartellfällen Bußgeldbescheide.¹⁰² Die Summe der Geldbußen war

⁹⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 13. Mai 2019, AT.40134 – AB InBev.

⁹⁷ EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2., Tz. 37. Zur Bußgeldermäßigung aufgrund der Kooperation von Unternehmen in Nichtkartellfällen vgl. noch Tz. 360.

⁹⁸ BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 136.

⁹⁹ Horizontale Verstöße: BKartA, Beschluss vom 21. Dezember 2018 (u. a.), B11-21/14 – Technische Gebäudeausrüstung; Beschluss vom 13. Dezember 2018 (u. a.), B12-22/15, -21/17 – Edelstahl; Beschluss vom 7. Dezember 2018, B1-189/13 – Asphaltmischgut; Beschluss vom 29. Oktober 2018, B7-50/16 – Lesezirkel; Beschluss vom 3. September 2018, B7-185/17 – Regionale Abonnement-Tageszeitungen; Beschluss vom 30. April 2018, B11-21/15 – Kartoffeln und Zwiebeln (später nach Einspruchseinlegung im Zwischenverfahren eingestellt, vgl. Fallbericht vom 21. November 2019); Beschluss vom 21. Februar 2018, B5-139/12 – Sanitärgrößhandel; Beschluss vom 6. Februar 2018, B9-44/14 – Hafendienstleister. Vertikaler Verstoß: BKartA, Beschluss vom 21. Dezember 2018, B11-28/16 – Fahrradvertrieb.

¹⁰⁰ BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 28.

¹⁰¹ BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 136.

¹⁰² BKartA, Beschluss vom 31. Dezember 2019, B10-22/15 – Pflanzenschutzmittel; Beschluss vom 16. Dezember 2019 (u. a.), B10-21/16 – Flüssiggas; Beschluss vom 13. Dezember 2019, B10-22/17 – Schilderpräger; Beschluss vom 11. Dezember 2019, B12-25/16 – Quartobleche; Beschluss vom 5. Dezember 2019, B11-21/14 – Technische Gebäudeausrüstung; Beschluss vom 21. November 2019, B12-23/16 – Langstahl; Beschluss vom 19. März 2019, B11-13/13 – Industriebatterien; Beschluss vom 24. Januar 2019, B7-50/16 – Lesezirkel.

mit ca. EUR 848 Mio. deutlich höher als im Vorjahr.¹⁰³ Ein Großteil des Betrages verhängte das Bundeskartellamt wegen Preisabsprachen von Stahlherstellern bei Quartaoblechen.¹⁰⁴

351. Im Berichtszeitraum war der Stahlsektor ein Schwerpunkt der Kartellaufsicht beim Bundeskartellamt. In einer Reihe von Verfahren wurden separate Kartellabsprachen – zum Teil auf unterschiedlichen Marktstufen – sanktioniert. Zunächst erließ das Bundeskartellamt Bußgeldbescheide gegen mehrere Edelstahlunternehmen wegen Absprachen über Preise und des Austauschs wettbewerblich sensibler Informationen.¹⁰⁵ Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um Hersteller bzw. Weiterverarbeiter und Händler verschiedener Edelstahlprodukte. Die Preisabsprachen betrafen insbesondere die brancheneinheitliche Berechnung sowie Anwendung der Schrott- und Legierungszuschläge, die einen erheblichen Teil des Endpreises der Stahlprodukte ausmachten. An der Umsetzung der wettbewerbswidrigen Abstimmung waren nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes auch Branchenverbände beteiligt. Ein weiteres Verfahren richtete sich gegen drei deutsche Automobilhersteller, die ihr Verhalten in gemeinsamen Gesprächen mit Stahlherstellern, Schmieden sowie Zulieferern über die Einkaufspreise von Langstahl koordiniert haben sollen.¹⁰⁶ Auch diese Verständigung betraf die brancheneinheitliche Berechnung und Anwendung der Schrott- und Legierungszuschläge als Preisbestandteile von Stahlprodukten. Besonders hohe Geldbußen verhängte das Bundeskartellamt zudem gegen drei Stahlhersteller wegen Preisabsprachen bei Quartaoblechen.¹⁰⁷ Mit EUR 646 Mio. ist dies die bislang höchste (Gesamt-)Geldbuße des Bundeskartellamtes für ein einziges Kartell. Bei Quartaoblechen handelt es sich um Stahl-Flacherzeugnisse, deren Verkaufspreise sich ebenfalls aus einem Basispreis sowie verschiedenen Aufpreisen und Zuschlägen zusammensetzen. Gegenstand der Absprachen der Stahlhersteller waren wiederum diese Aufpreise und Zuschläge.

352. Das Bundeskartellamt prüfte die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Deutsche Telekom und EWE auf seine Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot und schloss das Verfahren mit einer Zusagenentscheidung ab.¹⁰⁸ Die Unternehmen beabsichtigen, beim Ausbau von Glasfasernetzen in Teilen Nordwestdeutschlands zu kooperieren. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes verpflichteten sie sich u. a., bis Ende des Jahres 2023 eigenwirtschaftlich mindestens 300.000 Glasfaseranschlüsse – einen Teil davon im ländlichen bzw. dünn besiedelten Raum – bis zum Endkunden auszubauen sowie dritten Telekommunikationsanbietern einen diskriminierungsfreien Zugang zu dem Glasfasernetz zu gewähren.¹⁰⁹ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Kooperation zwischen der Deutschen Telekom und EWE zum gemeinsamen Glasfaserausbau (Abschnitt 2.5).

353. Das Bundeskartellamt schloss ein Kartellverwaltungsverfahren gegen die Deutsche Fußball Liga (DFL) wegen der Zentralvermarktung der Medienrechte für die Fußball-Bundesliga mit Verpflichtungszusagen ab.¹¹⁰ In dem nunmehr entschiedenen Fall ging es um die Vergabe der Rechte für die Übertragung der Spiele der Bundesliga und der 2. Bundesliga in den Spielzeiten 2021/2022 bis 2024/2025. In der Vergangenheit hatte das Bundeskartellamt die von der DFL in regelmäßigen Abständen vorgelegten Vermarktungsmodelle geprüft und die Verfahren wiederholt mit einer Zusagenentscheidung abgeschlossen. Auch im Rahmen der aktuellen Rechteausschreibung war für

¹⁰³ BKartA, Pressemitteilung vom 27. Dezember 2019, Bundeskartellamt – Jahresrückblick 2019.

¹⁰⁴ BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2019, B12-25/16.

¹⁰⁵ BKartA, Beschluss vom 12. Juli 2018 (u. a.), B12-22/15, -21/17 – Edelstahl. Vgl. dazu BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 71 f.

¹⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 21. November 2019, B12-23/16 – Langstahl. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht vom 9. Januar 2020, Bußgelder gegen deutsche Automobilhersteller wegen wettbewerbswidriger Praktiken beim Einkauf von Langstahl.

¹⁰⁷ BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2019, B12-25/16 – Quartaobleche. Vgl. dazu BKartA, Pressemitteilung vom 12. Dezember 2019, Rund 646 Mio. Euro Bußgeld gegen Stahlhersteller wegen Preisabsprachen bei Quartaoblechen.

¹⁰⁸ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation.

¹⁰⁹ Unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen aus dem Kartellverfahren gab das Bundeskartellamt die geplante Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in dem größtenteils parallel geführten Fusionskontrollverfahren ohne Nebenbestimmungen frei; vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Zusammenschluss.

¹¹⁰ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2020/2021.

das Bundeskartellamt ein Alleinerwerbsverbot eine zentrale Voraussetzung für eine positive Beurteilung der gemeinsamen Vermarktung. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Vergabe der Übertragungsrechte von Fußballspielen (Abschnitt 2.6).

354. Das OLG Düsseldorf hob eine Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes gegen das Hotelportal Booking.com auf und erklärte die sog. engen Bestpreisklauseln, die das Unternehmen gegenüber den auf der Plattform tätigen Hotelbetreibern verwendete, für kartellrechtlich zulässig.¹¹¹ Das OLG Düsseldorf entschied, dass die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln eine notwendige Nebenabrede zu dem kartellrechtsneutralen Hotelportalvertrag darstellten, da sie einen fairen und ausgewogenen Leistungsaustausch zwischen dem Buchungportal und den Hotelbetreibern gewährleisteten. Die Entscheidung des Gerichts hat zur Folge, dass die engen Bestpreisklauseln bereits tatbestandlich vom Kartellverbot ausgenommen sind, sodass es der Entscheidung über ihre (Einzel- oder Gruppen-)Freistellung nicht mehr bedarf. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit engen Bestpreisklauseln (Abschnitt 2.7).

355. Der BGH hob im Zusammenhang mit der gemeinsamen Rundholzvermarktung in Baden-Württemberg eine Entscheidung des OLG Düsseldorf teilweise auf.¹¹² Der BGH verneinte das Vorliegen eines Grundes für die Wiederaufnahme des seitens des Bundeskartellamtes mit einer Zusageentscheidung abgeschlossenen Verfahrens. Er stellte insbesondere fest, dass § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur dann erlaube, wenn sich die Sachlage in objektiver Hinsicht nachträglich geändert habe. Neu gewonnene Erkenntnisse oder eine mit den Verpflichtungszusagen bezweckte, tatsächlich aber ausgebliebene positive Entwicklung des Wettbewerbs könnten eine Wiederaufnahme des Verfahrens lediglich dann begründen, wenn die Fehlvorstellung für die Kartellbehörde nicht erkennbar war. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach Erlass einer Zusageentscheidung (Abschnitt 2.8).

356. Die Europäische Kommission erließ in den Jahren 2018 und 2019 insgesamt 19 Entscheidungen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot, und zwar in neun Fällen im Jahr 2018 und in zehn Fällen im Jahr 2019. Im Jahr 2018 wurden vier Hardcore-Kartelle und fünf Vertikalabsprachen – darunter vier Elektronikhersteller wegen Preisbindungen der zweiten Hand – bebußt.¹¹³ Im Jahr 2019 verhängte die Europäische Kommission Geldbußen wegen vier Hardcore-Kartellen und drei Vertikalabsprachen.¹¹⁴ Zudem gab es hier drei Zusageentscheidungen.¹¹⁵ Der Gesamtbetrag der in den Jahren 2018 und 2019 verhängten Geldbußen betrug ca. EUR 3,02 Mrd. und lag damit deutlich unter der Summe aus dem vorangegangenen Berichtszeitraum.

357. Es ergingen mehrere Entscheidungen betreffend wettbewerbswidrige Absprachen im Finanzsektor. Ein Bußgeldbeschluss der Europäischen Kommission hatte verschiedene (vertikale) Maßnahmen des Zahlungskartenanbieters Mastercard zum Gegenstand, die den grenzüberschreitenden Handel mit *Acquiring*-Dienstleistungen im EWR

¹¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Juni 2019, VI-Kart 2/16 (V) – Enge Bestpreisklausel II, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00; BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13.

¹¹² BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0 – Holzvermarktung Baden-Württemberg; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI-Kart 10/15 (V), ECLI:DE:OLGD:2017:0315.VI.KART10.15V.00 – Rundholzvermarktung.

¹¹³ Horizontale Verstöße: EU-Kommission, Beschluss vom 21. März 2018, AT.40136 – Capacitors; Beschluss vom 21. Februar 2018, AT.40009 – Maritime Car Carriers; Beschluss vom 21. Februar 2018, AT.40113 – Spark plugs; Beschluss vom 21. Februar 2018, AT.39920 – Braking systems. Vertikale Verstöße: Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40465 – Asus; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40469 – Denon & Marantz; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40181 – Philips; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40182 – Pioneer; Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.40428 – Guess.

¹¹⁴ Horizontale Verstöße: EU-Kommission, Beschluss vom 27. September 2019, AT. 40127 – Canned vegetables; Beschluss vom 4. Juli 2019, AT.37956 – Reinforcing steel bars; Beschluss vom 5. März 2019, AT.40481 – Occupants Safety Systems II; Beschluss vom 16. Mai 2019, AT.40135 – FOREX. Vertikale Verstöße: EU-Kommission, Beschluss vom 9. Juli 2019, AT.40432 – Character merchandise; Beschluss vom 25. März 2019, AT.40436 – Ancillary sports merchandise; Beschluss vom 22. Januar 2019, AT.40049 – MasterCard II.

¹¹⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 22. Januar 2019, AT.40049 – MasterCard II; Beschluss vom 29. April 2019, AT.39398 – Visa MIF; Beschluss vom 7. März 2019, AT.40023 – Crossborder access to pay-TV.

behinderten.¹¹⁶ Vorbehaltlich einer bilateralen Vereinbarung über die Höhe des Interbankenentgeltes mit der kartenausgebenden Bank (sog. *Issuing-Bank*) verpflichtete Mastercard die Abrechnungsbank des Einzelhändlers, bei dem die Debit- oder Kreditkarte von Mastercard für einen Zahlungsvorgang verwendet wurde (sog. *Acquiring-Bank*), stets die Interbankenentgelte desjenigen Landes anzuwenden, in dem der Einzelhändler seinen Sitz hat. Da die Interbankenentgelte an die Einzelhändler weitergegeben werden, sei – so die Europäische Kommission – deren Möglichkeit, bessere Konditionen von Banken aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, beschränkt worden.¹¹⁷ Die Europäische Kommission verhängte gegen Mastercard eine Geldbuße in Höhe von EUR 570 Mio. Die Kooperation des Unternehmens während des Kartellverfahrens wertete die Europäische Kommission als „besonderen Umstand“ im Sinne ihrer Bußgeldleitlinien und gewährte hierfür eine Bußgeldermäßigung in Höhe von 10 Prozent.¹¹⁸ Außerdem verpflichteten sich Mastercard und Visa in separaten Zusagenverfahren gegenüber der Europäischen Kommission, ihre interregionalen Interbankenentgelte zu senken.¹¹⁹ Diese Entgelte kommen zum Einsatz, wenn eine Kartenzahlung im EWR getätigt wird, die Zahlungskarte aber von einer Bank außerhalb des EWR ausgegeben worden ist.

358. Interbankenentgelte waren zudem Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH.¹²⁰ Dieser äußerte sich zu der Frage, ob es sich bei einer Vereinbarung über einheitliche Interbankenentgelte zwischen ungarischen *Acquiring-* und *Issuing-Banken* unter Beteiligung von Mastercard sowie Visa um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelte. Der EuGH zeigte sich diesbezüglich eher zurückhaltend. Er betonte, dass es für die Annahme, eine Vereinbarung sei bereits ihrem Wesen nach schädlich für den Wettbewerb, belastbarer und solider Erfahrungswerte bedürfe. Die ihm vorliegenden Informationen rechtfertigten es nicht, von einer derart hinreichenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen, dass von jeglicher Prüfung der konkreten Auswirkungen der in Rede stehenden Vereinbarung auf den Wettbewerb abgesehen werden könne. Gebe es sogar ernstzunehmende Hinweise, dass die Interbankenentgelte ohne die Vereinbarung höher wären, sei der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt – hier dem *Acquiring-Markt* in Ungarn – so zu betrachten, wie er ohne die Vereinbarung bestehen würde, um beurteilen zu können, ob die Vereinbarung tatsächlich wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hatte.

359. Mit der Frage, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, beschäftigten sich die Unionsgerichte auch im Zusammenhang mit sog. *Pay-for-Delay-Vereinbarungen* im Pharmasektor. In den Rechtssachen „Servier u. a.“ stellte das Europäische Gericht (EuG) in parallelen Entscheidungen zunächst fest, dass es sich bei solchen Vereinbarungen um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handele.¹²¹ Das Gericht ging davon aus, dass der wahre Grund für den Abschluss eines Patentvergleichs, in dem sich die Generikahersteller verpflichten, das Patent des Herstellers eines Originalpräparates nicht anzugreifen und nicht in den Markt einzutreten, der Ausschluss von (potenziellem) Wettbewerb – und nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents – sei. Auch der EuGH befasste sich in einem Vorabentscheidungsersuchen mit der wettbewerblchen Beurteilung von *Pay-for-Delay-Vereinbarungen* und nahm dort ebenfalls zu der Frage, ob solche Vereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, Stellung.¹²² Er bejahte diese Frage grundsätzlich, wies aber zugleich darauf hin, dass die Höhe des Wertes, den der Hersteller eines Originalpräparates im Gegenzug für das „Stillhalten“ des Generikaherstellers über-

¹¹⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 22. Januar 2019, AT.40049 – MasterCard II.

¹¹⁷ Wegen eines ähnlichen Verhaltens hatte die Europäische Kommission zuvor bereits eine Zusagenentscheidung gegen Visa erlassen; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 26. Februar 2014, AT.39398 – Visa MIF. Durch die Verordnung (EU) 2015/751 vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge sind mittlerweile einheitliche Entgeltobergrenzen in den Mitgliedstaaten eingeführt worden.

¹¹⁸ Zur bußgeldmindernden Berücksichtigung der Kooperation in Nichtkartellfällen vgl. noch Tz. 360.

¹¹⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 29. April 2019, AT.40049 – MasterCard II; Beschluss vom 29. April 2019, AT.39398 – Visa MIF.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 2. April 2020, C-228/18 – Budapest Bank u. a., ECLI:EU:C:2020:265.

¹²¹ EuG, Urteil vom 12. Dezember 2018, T-677/14, T-679/14, T-680/14, T-682/14, T-684/14, T-691/14, T-701/14, T-705/14 – Servier u. a. So bereits EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449; vgl. dazu Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 602.

¹²² EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020, C-307/18 – Generics (UK), ECLI:EU:C:2020:52.

trägt, maßgeblich sei. Von einem Bezwecken sei dann auszugehen, wenn es keine andere Erklärung für die Wertübertragung gebe als das Interesse der an dem Vergleich beteiligten Unternehmen, nicht miteinander in Wettbewerb zu treten. In diesem Zusammenhang möchte der EuGH folgende Kriterien berücksichtigen: (1) alle monetären und nichtmonetären Wertübertragungen seitens des Hersteller eines Originalpräparates, (2) etwaige nachgewiesene und rechtmäßige Gegenleistungen des Generikaherstellers und (3) ob die Höhe des bei dem Generikaherstellers verbleibenden Vorteils einen hinreichenden Anreiz darstellt, damit der Generikahersteller auf einen Marktzutritt verzichtet.

360. Im Nachgang zu ihrer Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel führte die Europäische Kommission eine Reihe von Verfahren wegen (vertikaler) Vertriebsbeschränkungen.¹²³ Die beanstandeten Verhaltensweisen betrafen – neben dem Verbot der Online-Suchmaschinenwerbung¹²⁴ – überwiegend etablierte Verstöße wie Preisbindungen der zweiten Hand und Beschränkungen von grenzüberschreitenden Verkäufen sowie von Querlieferungen.¹²⁵ Gegen die die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen vorgebenden Anbieter/Hersteller verhängte die Europäische Kommission Geldbußen, gewährte im Gegenzug für die Kooperation der Unternehmen im Verfahren jedoch auch signifikante Bußgeldermäßigungen von bis zu 50 Prozent. Bislang konnten Unternehmen vor allem in (horizontalen) Kartellfällen einen Bußgelderlass oder eine -ermäßigung erzielen, wenn sie solche Absprachen aufdeckten, Beweismittel beibrachten oder den Tatvorwurf einräumten und auf die Ausübung bestimmter Verfahrensrechte verzichteten.¹²⁶ Nunmehr ist das diesbezügliche Vorgehen der Europäischen Kommission auch in Vertikal- sowie in Missbrauchsfällen fortentwickelt und ein Stück weit formalisiert worden. Dementsprechend veröffentlichte die Europäische Kommission anlässlich eines im Berichtszeitraum abgeschlossenen Falles ein kurzes Dokument (*Fact sheet*), in dem die Eckpunkte zum Hintergrund sowie zu den Voraussetzungen und Verfahrensschritten bei der bußgeldmindernden Berücksichtigung der Kooperation in Nicht-Kartellfällen erläutert werden.¹²⁷ Die Formen der von der Europäischen Kommission insoweit belohnten Zusammenarbeit reichten von einem Anerkenntnis des Tatvorwurfs bis zur Vorlage von Beweismitteln und dem Angebot von Abhilfemaßnahmen. Die gewährte Bußgeldermäßigung fiel besonders hoch aus, wenn die Unternehmen bereits vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte mit der Europäischen Kommission kooperierten.¹²⁸

1.2.4 Kartellschadensersatz

361. Die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung nimmt einen immer größeren Stellenwert ein. Insbesondere Kartellabsprachen werden seit einigen Jahren nicht mehr ausschließlich von den Wettbewerbsbehörden verfolgt;

¹²³ EU-Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel vom 10. Mai 2017, SWD(2017) 229 final.

¹²⁴ Guess untersagte seinen Händlern u. a. die Nutzung des Guess-Markennamens sowie -Warenzeichens für die Zwecke der Suchmaschinenwerbung. Die Europäische Kommission wertete diese *bidding restrictions* als nicht gruppenfreistellungsfähige Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 lit. c Verordnung (EU) Nr. 330/2010; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.40428 – Guess, Tz. 40 ff., 157.

¹²⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Februar 2020, AT.40528 – Melia (Holiday Pricing). Vgl. dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 21. Februar 2020, IP/20/302. EU-Kommission, Beschluss vom 30. Januar 2020, AT.40433 – Film merchandise; Beschluss vom 19. Juli 2019, AT.40432 – Character merchandise; Beschluss vom 25. März 2019, AT.40436 – Ancillary sports merchandise; Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.40428 – Guess; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40469 – Denon & Marantz; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40465 – Asus; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40182 – Pioneer; Beschluss vom 24. Juli 2018, AT.40181 – Philips.

¹²⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17; Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. C 167 vom 2. Juli 2008, S. 1.

¹²⁷ EU-Kommission, Fact sheet, Cooperation – FAQ, https://ec.europa.eu/competition/publications/data/factsheet_guess.pdf, Abruf am 3. Juli 2020.

¹²⁸ Zur bußgeldmindernden Kooperation in den Fällen AB InBev und Mastercard vgl. bereits Tz. 349 bzw. Tz. 357. Zum Ganzen auch Scholz/Bogdanov, EWS 2019, 256, die mit einer Kodifizierung des Kooperationsverfahrens rechnen, sobald die Europäische Kommission ausreichend Erfahrung mit der Zusammenarbeit in Nichtkartellfällen gesammelt hat.

die behördlichen Verfahren haben meist eine Vielzahl von privaten Schadensersatzklagen zur Folge.¹²⁹ An deutschen Gerichten waren zuletzt etwa besonders viele Klagen im Nachgang zu dem Schienenkartell, dem Zuckerkartell oder dem Lkw-Kartell anhängig. Im Berichtszeitraum haben sich auch der EuGH und der BGH in mehreren Entscheidungen mit grundlegenden Fragen der Haftung auf sowie der Durchsetzung von Kartellschadensersatz befasst und ihre Rechtsprechung in diesem Bereich fortentwickelt. Die Monopolkommission stellt diese Entscheidungen in einem separaten Abschnitt dar, da sich die im Zusammenhang mit der Fallpraxis zum Kartellschadensersatz relevanten Aspekte wesentlich von jenen unterscheiden, die in den vorangegangenen Abschnitten anhand der drei kartellrechtlichen Säulen (1) Fusionskontrolle, (2) Missbrauchsaufsicht sowie (3) horizontale und vertikale Vereinbarungen behandelt wurden.

362. In der Rechtssache „Otis“ stellte sich dem EuGH die Frage, ob ein Anspruchsteller, der selbst keine kartellbefangenen Waren unmittelbar oder mittelbar bezogen hat, Schadensersatz von den an einem Kartell beteiligten Unternehmen verlangen kann.¹³⁰ In dem Fall, der dem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zugrunde lag, verlangte das Land Oberösterreich Schadensersatz, da es Förderdarlehen an Bauprojekte vergeben hatte, deren Kosten aufgrund von Preisabsprachen bei Aufzügen und Fahrtreppen überhöht gewesen seien. Infolge der höheren Kosten habe das Land höhere Förderdarlehen gewährt und dadurch selbst einen kartellbedingten Schaden erlitten. Der EuGH entschied, dass es eines spezifischen Zusammenhangs zwischen dem Schaden und dem von Art. 101 AEUV verfolgten Schutzzweck, wie es das österreichische Recht nahelegt, nicht bedürfe. Vielmehr könne „jedermann“, der aufgrund eines Verstoßes gegen das EU-Wettbewerbsrecht geschädigt worden ist, Ersatz seines Schadens verlangen. Der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz gebieten es, dass nationale Rechtsvorschriften die Erlangung von Schadensersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Es genüge deshalb, dass zwischen dem Schaden und dem Wettbewerbsverstoß ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Ein solcher könne auch gegeben sein, wenn – wie hier – ein Anspruchsteller nicht selbst als (unmittelbarer oder mittelbarer) Nachfrager auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig ist.

363. Der EuGH äußerte sich ferner zur Passivlegitimation. Er stellte klar, dass der unionsrechtliche Begriff des Unternehmens im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit auch für das Zivilrecht maßgeblich sei.¹³¹ Danach gelten die zur Bußgeldhaftung entwickelten Rechtsgrundsätze für die Frage nach dem zivilrechtlichen Haftungssubjekt entsprechend. Der Unternehmensbegriff sei für die Haftung auf Schadensersatz unmittelbar Art. 101 AEUV zu entnehmen. Während sich die Voraussetzungen für die schadensersatzrechtliche Haftung aus dem Unionsrecht selbst ergäben, sei lediglich bei der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs auf das jeweilige nationale Recht abzustellen. Einer Heranziehung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes bedürfe es insofern nicht. Für den aus Finnland stammenden Rechtsstreit hat der Rückgriff auf Art. 101 AEUV zur Folge, dass der zwischenzeitliche Erwerber einer an einem Kartell beteiligten Gesellschaft ebenfalls auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

364. Auch in einer weiteren Entscheidung des EuGH aus dem Berichtszeitraum ging es um das Zusammenspiel zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates.¹³² Im Hinblick auf die – damals geltenden – Regeln über die Verjährung von Schadensersatzansprüchen im portugiesischen Recht lehnte der EuGH zwar eine unmittelbare Anwendung der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU und ihrer für die Anspruchsteller deutlich günstigeren Vorgaben zur Verjährung ab,¹³³ da die Frist zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht abgelaufen war. Allerdings werde durch die nationalen Regeln über die Verjährung die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen das EU-Wettbewerbsrecht (hier: Art. 102 AEUV) praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert. Das portugiesi-

¹²⁹ Für eine statistische Aufbereitung der Fallpraxis zum Kartellschadensersatzrecht in Deutschland für den Zeitraum 2003 bis 2017 vgl. Rengier, WuW 2018, 613.

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019, C-435/18 – Otis u. a., ECLI:EU:C:2019:1069.

¹³¹ EuGH, Urteil vom 14. März 2019, C-724/17 – Skanska Industrial Solutions u. a., ECLI:EU:C:2019:204.

¹³² EuGH, Urteil vom 28. März 2019, C-637/17 – Cogeco Communications, ECLI:EU:C:2019:263.

¹³³ Vgl. Art. 10 der Richtlinie 2014/104/EU.

sche Recht verstoße insofern sowohl gegen Art. 102 AEUV als auch gegen den Effektivitätsgrundsatz und sei somit nicht anwendbar.

365. Der EuGH hat seine Rechtsprechung zum internationalen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung hinsichtlich des Erfolgsortes, d. h. des Ortes, an dem ein schädigendes Ereignis eingetreten ist,¹³⁴ angepasst. In einer Entscheidung von 2015 hatte er noch die Auffassung vertreten, dass sich der Erfolgsort eines Kartelldelikts am Sitz des (mutmaßlich) kartellgeschädigten Unternehmens befinde, da dort in dessen Vermögen eingegriffen werde.¹³⁵ In zwei jüngeren Urteilen ist der EuGH hiervon sukzessive abgewichen. In einer Entscheidung von 2018 ging er zunächst davon aus, dass es auch auf den Ort des von dem Wettbewerbsverstoß betroffenen Marktes ankomme,¹³⁶ bevor er in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2019 allein auf diesen Ort abstellte.¹³⁷ Der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs sei der Mitgliedstaat, der von einem Wettbewerbsverstoß betroffen und in dem ein sich unmittelbar aus diesem Wettbewerbsverstoß ergebender Erstschaden entstanden ist. Als solche Erstschäden könnten auch entgangene Einnahmen aufgrund von Absatzeinbußen oder die Mehrkosten eines mittelbaren Abnehmers infolge von kartellbedingten Preiserhöhungen gelten. Nicht zu berücksichtigen seien indes Vermögensschäden, die ein Geschädigter erst infolge eines in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Erstschadens erlitten zu haben behauptet.¹³⁸

366. Der BGH entschied über die zeitliche Anwendbarkeit der Hemmungsvorschrift des § 33 Abs. 5 GWB a. F.¹³⁹ Nach dieser Vorschrift, die auch noch in aktuellen Rechtsstreitigkeiten Anwendung finden kann, ist die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 33 Abs. 3 GWB a. F. gehemmt, solange ein kartellbehördliches Verfahren anhängig und noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Umstritten war indes, ob die Regelung auch „Altfälle“ erfasst, bei denen der Schadensersatzanspruch vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 entstanden ist.¹⁴⁰ Der BGH bejahte dies und begründete seine Auffassung vor allem mit dem allgemeinen Rechtsgedanken, *„dass bei einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Verjährung das neue Gesetz auf die zuvor bereits entstandenen, bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung findet, dass sich jedoch der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung für die Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes nach den bisherigen Regelungen bestimmen [...]“*¹⁴¹ Der Wortlaut des § 33 Abs. 5 GWB a. F., den die Gegenauffassung für ihre Auslegung, dass solche „Altfälle“ gerade nicht gehemmt werden, maßgeblich heranzog, stehe dem nicht entgegen.

367. In einem ersten Urteil zum Schienenkartell befasste sich der BGH mit den Anforderungen an den Nachweis eines kartellbedingten Schadens.¹⁴² Entgegen der in der Rechtsprechung bis zu dieser Entscheidung überwiegend vertretenen Auffassung, es spreche ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass bei bestimmten Kartellabsprachen einzelne Beschaffungsvorgänge als kartellbefangen gelten und von dem Eintritt eines Schadens dem Grunde nach auszugehen sei,¹⁴³ stellte der BGH fest, dass in Bezug auf (jedenfalls) Quoten- und Kundenschutzkartelle jeweils

¹³⁴ Vgl. Art. 7 Nr. 2 Verordnung (EU) 1215/2012 bzw. dessen Vorgängerregelung in Art. 5 Nr. 3 Verordnung (EG) 44/2001.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015, C-352/13 – CDC Hydrogen Peroxide, ECLI:EU:C:2015:335.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2018, C-27/17 – flyLAL-Lithuanian Airlines, ECLI:EU:C:2018:533.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-451/18 – Tibor-Trans, ECLI:EU:C:2019:635.

¹³⁸ Noch unter Berufung auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache „CDC Hydrogen Peroxide“ (vgl. Fn. 135) entschied der BGH in zwei Gerichtsstandsbestimmungsverfahren aus dem Berichtszeitraum in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit dagegen, dass der Erfolgsort gemäß § 32 ZPO grundsätzlich am Sitz des (mutmaßlich) kartellgeschädigten Unternehmens liege. Vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 2018, X ARZ 321/18 – Zuckerkartell II, ECLI:DE:BGH:2018:271118BXARZ321.18.0, Rz. 18 (zit. nach Juris); Beschluss vom 23. Oktober 2018, X ARZ 252/18 – Zuckerkartell, ECLI:DE:BGH:2018:231018BXARZ252.18.0, Rz. 13 (zit. nach Juris).

¹³⁹ BGH, Urteil vom 12. Juni 2018, KZR 56/16 – Grauzementkartell II, ECLI:DE:BGH:2018:120618UKZR56.16.0.

¹⁴⁰ Dazu bereits Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 549.

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 12. Juni 2018, KZR 56/16 – Grauzementkartell II, ECLI:DE:BGH:2018:120618UKZR56.16.0, Rz. 67 (zit. nach Juris).

¹⁴² BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, KZR 26/17 – Schienenkartell, ECLI:DE:BGH:2018:111218UKZR26.17.0.

¹⁴³ Nachweise aus der Rechtsprechung bei Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2019, 363.

lediglich eine tatsächliche Vermutung bestehe.¹⁴⁴ Es könne nicht im Wege eines Anscheinsbeweises von der Existenz eines Kartells auf eine Preiserhöhung geschlossen werden, da es insoweit an einem derart typischen Geschehensablauf fehle. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen hänge es von einer Vielzahl von Faktoren ab, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang wettbewerbsbeschränkende Absprachen einen Preiseffekt haben.¹⁴⁵ Obgleich der BGH somit nicht davon ausgeht, dass Kartellabsprachen typischerweise höhere Preise zur Folge haben, weist er darauf hin, dass der von ihm bejahte tatsächlichen Vermutung im Rahmen der Beweiswürdigung durchaus eine starke indizielle Bedeutung für über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise zukommen könne. Entsprechendes gelte – so der BGH – für die Frage nach der Kartellbefangenheit einzelner Beschaffungsvorgänge, ob diese also, wenn sie sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Kartellabsprachen fielen, von ihnen erfasst wurden.

368. In einem weiteren Urteil zum Schienenkartell aus dem Berichtszeitraum befasste sich der BGH u. a. mit den Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs.¹⁴⁶ Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁷ stellte der BGH zunächst fest, dass das Unionsrecht lediglich einen kausalen Zusammenhang zwischen einem Schaden und dem Wettbewerbsverstoß verlange, es den Kreis der Anspruchsberechtigten aber nicht weiter einschränke. Dem Merkmal der Kartellbetroffenheit des Anspruchstellers komme bei der Prüfung des haftungsbe gründenden Tatbestands deshalb eine Bedeutung nur für die Frage zu, ob das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Anspruchsgegners geeignet ist, einen Schaden beim Anspruchsteller hervorzurufen. Das Merkmal der Kartellbefangenheit, also die Frage, ob sich der Wettbewerbsverstoß tatsächlich auf einzelne Beschaffungsvorgänge ausgewirkt hat, sei dagegen gleichbedeutend mit dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kartellabsprache und dem Vorliegen eines individuellen Schadens. Die Kartellbefangenheit betreffe damit den Gesichtspunkt der Schadensfeststellung und gehöre zur haftungsausfüllenden Kausalität, für die das (weniger strenge) Beweismaß des § 287 ZPO gilt.¹⁴⁸ Angesichts des nunmehrigen weitgehenden Verzichts des BGH auf eine eigenständige Prüfung des Merkmals der Kartellbefangenheit erscheint fraglich, ob es einer entsprechenden gesetzlichen Vermutung, wie sie der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle vorsieht,¹⁴⁹ noch bedarf. Der BGH bekräftigte zudem die bereits in seinem ersten Urteil zum Schienenkartell vertretene Auffassung, wonach es im Hinblick auf die Annahme eines Anscheinsbeweises an der für eine preisstärkende Wirkung erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs fehle.¹⁵⁰ Er betonte aber die Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung. Es könne aus prozessökonomischen Gründen geboten sein, dass die Instanzgerichte in Kartellschadensersatzfällen einheitlich über Grund und Höhe des Schadensersatzanspruchs entscheiden, anstatt – wie häufig – zunächst nur ein Grundurteil zugunsten des Klägers zu erlassen.

¹⁴⁴ Zu den Folgen für die Prüfung des Vorbringens der beklagten Kartellanten vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, KZR 26/17 – Schienenkartell, ECLI:DE:BGH:2018:111218UKZR26.17.0, Rz. 58, 66. (zit. nach Juris). Seit der 9. GWB-Novelle enthält § 33a Abs. 2 GWB eine Vermutung dafür, dass bestimmte Kartellabsprachen einen Schaden verursachen. Eine solche Vermutung kann nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden, § 292 ZPO. Der neue § 33a Abs. 2 GWB ist wegen der intertemporalen Übergangsbestimmungen in § 186 GWB auf die derzeit verhandelten Schadensersatzansprüche indes noch kaum anwendbar.

¹⁴⁵ Kritisch hierzu OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Januar 2019, VI-U (Kart) 18/17, Schienenkartell II, ECLI:DE:OLGD:2019:0123.U.KART18.17.00, Rz. 67 ff. (zit. nach Juris).

¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 28. Januar 2020, KZR 24/17 – Schienenkartell II, ECLI:DE:BGH:2020:280120UKZR24.17.0. Vgl. zum Schienenkartell auch die drei weiteren, sich weitgehend ähnelnden Urteile des BGH vom 3. Dezember 2019, KZR 23/17, 25/17 und 27/17.

¹⁴⁷ Vgl. zu dem erst kurz zuvor ergangenen Urteil des EuGH in der Rechtssache „Otis“ bereits Tz. 362.

¹⁴⁸ Zuvor hatte der BGH die Kartellbefangenheit noch dem haftungsbe gründenden Tatbestand zugerechnet, für den der Vollbeweis des § 286 ZPO gilt; vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, KZR 26/17 – Schienenkartell, ECLI:DE:BGH:2018:111218UKZR26.17.0, Rz. 59 (zit. nach Juris).

¹⁴⁹ Dazu bereits Tz. 316. Zur Begründung der neuen Vermutungsregeln vgl. BMWi, Referentenentwurf, a. a. O., S. 92 ff.

¹⁵⁰ Dazu bereits Tz. 367.

2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

2.1 Besonderheiten der Marktabgrenzung und -beherrschung auf zweiseitigen Märkten richtig einschätzen

369. In zwei Urteilen bewertete der BGH das Geschäftsmodell von Werbeblocker-Software aus kartellrechtlicher Perspektive.¹⁵¹ Dabei hob der BGH jeweils das vorinstanzliche Urteil des OLG München¹⁵² auf. Der BGH verwies die Verfahren zusammen mit detaillierten Hinweisen zur Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung an das OLG München zurück. Unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts war Werbeblocker-Software zuvor als lauterkeitsrechtlich unbedenklich eingestuft worden.¹⁵³

370. Im vorliegenden Fall ging es um die Bereitstellung der Werbeblocker-Software Adblock Plus durch das Unternehmen Eyeo. Konkret bezog sich die kartellrechtliche Untersuchung auf das sog. *Whitelisting*-Geschäftsmodell von Eyeo. Dabei bietet Eyeo den Internetnutzern einen unentgeltlichen Werbeblocker an, der das Erscheinen von Werbeanzeigen auf deren Browserfenstern beim Abruf des Angebots werbefinanzierter Internetseiten verhindert. Gleichzeitig bietet Eyeo Betreibern von Internetseiten die Freischaltung der auf ihren Seiten gezeigten Werbung über die entgeltliche Aufnahme auf eine sog. weiße Liste (*Whitelist*) an.¹⁵⁴ Für eine Freischaltung muss die betroffene Werbung zudem bestimmte Kriterien erfüllen.¹⁵⁵ Der Adblock Plus ist so voreingestellt, dass jegliche Werbung blockiert wird, sofern diese nicht von einer Internetseite geschaltet wird, die sich auf der ebenfalls für die Nutzer als Standard voreingestellten Whitelist befindet. Die Nutzer haben die Möglichkeit, die Whitelist abzustellen und somit keine Werbung mehr zu erhalten. Jedoch werden die Voreinstellungen des Adblock Plus mit der angeschalteten Whitelist von mehr als 90 Prozent der Nutzer beibehalten.¹⁵⁶ Insgesamt nutzten in Deutschland etwa 20 Prozent aller Internetnutzer den Adblock Plus. Der Marktanteil des Adblock Plus bei Werbeblocker-Software liege seit dem Jahr 2014 konstant bei rund 95 Prozent.¹⁵⁷

2.1.1 Fehlerhafte Marktabgrenzung durch die Instanzgerichte – Werbeblocker als Intermediäre auf zweiseitigen Märkten?

371. In Bezug auf das *Whitelisting*-Geschäftsmodell hatte das OLG München entschieden, dass Eyeo nicht Normadressat des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots sei. Auf Grundlage von § 18 Abs. 1 GWB könne Eyeo nicht als marktbeherrschend eingestuft werden. Dem lag die Feststellung des OLG München zugrunde, wonach der „*sach-*

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019, KZR 57/19 – Werbeblocker IIIa, ECLI:DE:BGH:2019:101219UKZR57.19.0; Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, ECLI:DE:BGH:2019:081019UKZR73.17.0.

¹⁵² Zum Verfahrensgang LG München I, Urteil vom 27. Mai 2015, 37 O 11843/14; OLG München, Urteil vom 17. August 2017, U 2225/15 Kart.

¹⁵³ BGH, Urteil vom 19. April 2018, I ZR 154/16 – Werbeblocker II sowie BGH, Urteil vom 24. Juni 2004, I ZR 26/02 – Werbeblocker I.

¹⁵⁴ Dem BGH zufolge berechneten sich die Entgelte anteilig am Umsatz und betragen „regelmäßig 30% der Werbeerlöse, die der Seitenbetreiber mit der Anzeige der freigeschalteten Werbung erzielt“; vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 3. Eyeo gibt an, dass die Aufnahme in die Whitelist für 90 Prozent aller Internetseiten unentgeltlich erfolgt. Lediglich Internetseiten, die pro Monat mehr als 10 Mio. zusätzliche Sichtkontakte für die Werbung mit den Nutzern generierten, müssten ein monatlich zu entrichtendes Entgelt leisten; <https://adblockplus.org/de/about#monetization>, Abruf am 18. Mai 2020.

¹⁵⁵ Die Kriterien beziehen sich auf Platzierung und Größe sowie Unterscheidbarkeit der Werbung vom Hauptinhalt der Internetseite und werden von einem Gremium (dem sog. *Acceptable Ads Committee*) aufgestellt, das sich unter anderem aus Unternehmensvertretern, aber auch aus Verbraucherschutzvertretern sowie Branchenexperten zusammensetzt. Das *Acceptable Ads Committee* wurde 2017 von Eyeo gegründet und arbeitet weiterhin unter Federführung von Eyeo; <https://acceptableads.com/en/committee>, Abruf am 18. Mai 2020. Um auf die weiße Liste zu gelangen, müssen die Websites einen Antrag stellen und daraufhin prüfen lassen, ob die von ihnen angezeigten Werbeanzeigen den Kriterien entsprechen; <https://adblockplus.org/de/about#monetization>, Abruf am 18. Mai 2020.

¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 3 (zit. nach Juris). Eyeo selbst gibt an, dass 83 Prozent seiner Nutzer die über die Whitelist freigeschalteten Werbeanzeigen nicht als störend empfinden; <https://adblockplus.org/de/acceptable-ads#optout>, Abruf am 18. Mai 2020.

¹⁵⁷ OLG München, Urteil vom 17. August 2017, U 2225/15 Kart, Rz. 29 (zit. nach Juris).

lich und örtlich relevante (Angebots-)Markt [...] weder der Markt der Werbeblocker noch der Markt der Freischaltung von Onlinewerbung, sondern der Markt des Zugangs zu Internetnutzern für Werbung in Deutschland“ sei.¹⁵⁸ Diese Einschätzung sei jedoch – so der BGH – rechtsfehlerhaft. Demnach sei für das Whitelisting als relevanter Markt nicht – wie von den Instanzgerichten angenommen – der Zugang zu allen Internetnutzern in Deutschland zugrunde zu legen. Stattdessen sei der relevante Markt enger zu fassen. Der sachlich relevante Markt sei der „von [Eyeo] eröffnete Markt für die grundsätzlich entgeltliche Dienstleistung der Aufnahme in die Weiße Liste, durch die Betreiber von Internetseiten mittels [Adblock Plus] blockierte Werbung freischalten können“.¹⁵⁹ Der BGH leitete dies aus einer Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts ab, wobei es im vorliegenden Fall um den „möglicherweise marktbeherrschenden Anbieter“¹⁶⁰ Eyeo gehe. Demgemäß sei in Bezug auf die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes die Nachfragesubstituierbarkeit der von Eyeo angebotenen Dienstleistung zu prüfen.¹⁶¹

372. Als diese Dienstleistung identifiziert der BGH die entgeltliche Aufnahme in die Whitelist, die Eyeo den Betreibern der Internetseiten anbietet.¹⁶² Dabei widerspricht der BGH dem OLG München nicht, dass das Angebot des (unentgeltlichen) Werbeblockers an die Internetnutzer auf der einen und das Angebot des (entgeltlichen) Whitelisting an die Betreiber der Internetseiten auf der anderen Seite als Tätigkeit auf zwei miteinander verbundenen (Angebots-)Märkten einzustufen sei.¹⁶³ Die Geschäftstätigkeit von Eyeo sei somit „auf einem zweiseitigen Markt“¹⁶⁴ zu verorten. In diesem Sinne grenzt der BGH den relevanten Markt auf das Angebot der entgeltlichen Aufnahme in die Whitelist auf der Marktseite der Betreiber der Internetseiten ab. Auf der Marktseite der Nutzer vereint dieses Angebot alle Kunden von Eyeo hinter sich, die den Werbeblocker mit der vorinstallierten Whitelist nutzen. Da nur Eyeo den Betreibern der Internetseiten über das Angebot der entgeltlichen Dienstleistung der Aufnahme in die Whitelist Zugang zu den Nutzern seines Werbeblockers (welche die Whitelist installiert haben) verschaffen kann, verfügt Eyeo auf einem so definierten Markt folglich immer über einen Marktanteil von 100 Prozent.

373. In diesem Kontext bestehe das Geschäftsmodell von Eyeo darin, den Betreibern von Internetseiten einen Zugang zu Nutzern des Adblock Plus anzubieten, den die Betreiber von Internetseiten auch ohne Eyeo hätten erlangen können. Konkret stelle das Angebot an die Betreiber der Internetseiten die „Beseitigung eines Zugangshindernisses“ dar, das Eyeo „selbst geschaffen hat.“¹⁶⁵ Aus diesem Grund bringe Eyeo – anders als vom OLG München angenommen – auch nicht zwei Nachfragergruppen im Sinne einer Markterschließung zusammen.¹⁶⁶ Dies wäre nur dann der Fall, wenn Eyeo mit seinem Whitelisting-Angebot an die Betreiber der Internetseiten diesen einen Zugang zu einer Nutzergruppe erschließen würde, den die Betreiber der Internetseiten ohne Eyeo nicht hätten erlangen können. Eine solche Einschätzung wäre laut BGH nur dann schlüssig gewesen, wenn der Werbeblocker

¹⁵⁸ Ebenda, 2. Leitsatz.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019, KZR 57/19 – Werbeblocker IIIa, Rz. 15 (zit. nach Juris).

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 23 (zit. nach Juris).

¹⁶¹ Gemäß dem Bedarfsmarktkonzept sind einem relevanten Markt alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs substituierbar sind; vgl. nur BGH, Urteil vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03 – Deutsche Post/trans-o-flex, Rn. 26. Für den vorliegenden Fall vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 23 (zit. nach Juris).

¹⁶² BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 25 (zit. nach Juris).

¹⁶³ OLG München, Urteil vom 17. August 2017, U 2225/15 Kart, Rz. 66 (zit. nach Juris).

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 24 (zit. nach Juris).

¹⁶⁵ Ebenda, Rz. 24.

¹⁶⁶ Das OLG München wies diesbezüglich auf das Beispiel eines Lebensmitteldiscounters mit kleinem Marktanteil hin, der auch nicht deswegen als marktbeherrschend eingestuft werden könnte, weil die Produkte eines Herstellers nicht in dessen Sortiment aufgenommen würden und der Hersteller somit die Stammkunden des Lebensmitteldiscounters nicht erreichen könnte; OLG München, Urteil vom 17. August 2017, U 2225/15 Kart, Rz. 155 (zit. nach Juris).

und das Whitelisting voneinander getrennt und nicht als gemeinsame Bestandteile eines Geschäftsmodells hätten betrachtet werden können.¹⁶⁷

374. Auf dem so definierten Markt verfügte Eyeo dann über eine marktbeherrschende Stellung und der Preissetzungsspielraum von Eyeo wäre entsprechend nicht durch Wettbewerb kontrolliert, wenn die Betreiber von Internetseiten die Nutzer des Adblock Plus mit vorinstallierter Whitelist in keiner anderen Weise als durch die entgeltliche Aufnahme in die Whitelist erreichen könnten.¹⁶⁸ Dahin gehend sei vom OLG München zu prüfen, ob für die Betreiber der Internetseiten Möglichkeiten bestünden, sich einen Zugang zu diesen Internetnutzern auch in anderer Weise als durch entgeltliche Aufnahme in die voreingestellte Whitelist zu verschaffen.¹⁶⁹ In Bezug auf etwaige Umgehungsmöglichkeiten dieser Zugangsschranke fehle es jedenfalls an Feststellungen im vorinstanzlichen Urteil des OLG München.¹⁷⁰

2.1.2 Konsequenzen des BGH-Urteils – Werbeblocker als marktbeherrschende Unternehmen?

375. Würde nun vom OLG München festgestellt, dass für die Betreiber der Internetseiten effektive Umgehungsmöglichkeiten der Zugangsschranke bestünden, so wäre dem BGH zufolge die Marktmacht von Eyeo beschränkt. In der Folge hätte Eyeo keinen Verhaltensspielraum für überhöhte Entgeltforderungen gegenüber den Betreibern der Internetseiten, da es fürchten müsste, dass diese alle technischen Möglichkeiten zur Umgehung des Werbeblockers ausschöpfen. Würde das OLG München demgegenüber feststellen, dass es für die Betreiber der Internetseiten keine Ausweichmöglichkeiten zum Angebot von Eyeo, also der entgeltlichen Aufnahme in die Whitelist gäbe, dann wäre Eyeo eine marktbeherrschende Stellung zuzurechnen. Jedoch würde dies auch prinzipiell dazu führen, dass jeder Werbeblocker mit Whitelisting-Geschäftsmodell immer als marktbeherrschend (gegenüber den Betreibern der Internetseiten) eingestuft werden könnte, unabhängig davon, wie viele (bzw. wenige) Nutzer dieser letztlich hinter sich vereint. Diese Nutzer wären ausschließlich über eine entgeltliche Aufnahme in seine Whitelist zu erreichen. Als Normadressat der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen wäre dann jeder Werbeblocker besonderen Verhaltenspflichten unterworfen, ohne dass in Bezug auf die Nutzung eines verhältnismäßig kleinen Werbeblockers zwangsläufig von strukturellen Problemen auszugehen wäre.¹⁷¹ Dabei erscheint die Zurechnung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem – wie hier durch den BGH – entsprechend eng abgegrenzten Markt aus ökonomischer Sicht durchaus plausibel. Prinzipiell wäre es einem Werbeblocker mit Whitelisting-Geschäftsmodell immer möglich, die gesamte Zahlungsbereitschaft eines Betreibers einer Internetseite für jeden einzelnen Nutzer abzuschöpfen, der durch den Werbeblocker abgeschottet ist und über die Whitelist für die Werbung erreichbar gemacht würde. Dabei kommt es auch nicht auf die Anzahl der Nutzer an, die der Werbeblocker hinter der Whitelist vereint. In diesem Zusammenhang stellt der BGH fest, dass „aus der Sicht eines Seitenbetreibers die Zahlung jeden Entgelts [...] wirtschaftlich vernünftig sei, das ihm wenigstens noch einen Anteil an den Werbeerlösen belässt, die er infolge der Freischaltung der Werbung generieren kann.“¹⁷²

376. Eyeo generiert Erlöse aus dem Whitelisting dadurch, dass auf die Vermittlungstätigkeit der Internetseiten zwischen den Nachfragergruppen der Nutzer und der Werbetreibenden und die zwischen ihnen auftretenden indirekten Netzwerkeffekte aufgebaut wird. Insofern ist es in Bezug auf die korrekte Darstellung aller Wettbe-

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 26 (zit. nach Juris).

¹⁶⁸ Ebenda, Rz. 27.

¹⁶⁹ Ebenda, Rz. 27.

¹⁷⁰ Der BGH verweist in diesem Kontext auf Software, die es ermöglicht, Werbeblocker zu umgehen. Ebenso seien technische Möglichkeiten, den Aufruf der Internetseiten durch Nutzer zu unterbinden, die den Werbeblocker verwenden, zu prüfen. Auch existiere die Möglichkeit, Nutzer zur Abschaltung des Werbeblockers dadurch zu veranlassen, dass Inhalte bei eingeschaltetem Werbeblocker lediglich in geminderter Qualität dargestellt werden; BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 31-33 (zit. nach Juris).

¹⁷¹ Vgl. auch Glöckner, J., Werbeblocker zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht, WRP 2020, 143, 149.

¹⁷² BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werbeblocker III, Rz. 27 (zit. nach Juris).

werkskräfte, wie sie sich im Zusammenhang mit dem Vorhandensein eines zweiseitigen Marktes einstellen können, von zentraler Bedeutung, die für das Whitelisting-Geschäftsmodell relevanten Nutzergruppen (dazu sogleich) und die zwischen ihnen auftretenden indirekten Netzwerkeffekte vollumfänglich zu erfassen. Eine unzureichende Erfassung aller Wettbewerbskräfte könnte gegebenenfalls eine fehlerhafte Feststellung der Marktbeherrschung nach sich ziehen.

377. Die Internetseiten, denen Eyeo die entgeltliche Aufnahme in die Whitelist anbietet, können in Bezug auf ihre Geschäftstätigkeit als sog. Aufmerksamkeitsplattformen klassifiziert werden.¹⁷³ Das bedeutet, dass die Betreiber der Internetseiten ihren Nutzern Inhalte, beispielsweise Nachrichten oder Medien, unentgeltlich anbieten und dieses Angebot durch das Schalten von Werbeanzeigen finanzieren. Die Betreiber der Internetseiten sind daher als Vermittler zwischen Nutzern zum einen und Werbetreibenden zum anderen tätig, da sie den Werbetreibenden die Aufmerksamkeit ihrer Nutzer (über das unentgeltliche Angebot von Inhalten) ermöglichen. Dabei existieren indirekte Netzwerkeffekte zwischen den Nutzern auf der einen und den Werbetreibenden auf der anderen Marktseite. Während eine steigende Anzahl an Nutzern eine positive Externalität auf die Werbetreibenden ausübt und deren Zahlungsbereitschaft für das Schalten einer Werbeanzeige steigert, verhält es sich in Bezug auf die Nutzer genau umgekehrt. Diese empfinden Werbeanzeigen häufig als störend, womit ein zunehmendes Werbeniveau deren Nutzen aus dem Konsum der Inhalte entsprechend mindern würde.¹⁷⁴ Diese als asymmetrisch zu bezeichnenden indirekten Netzwerkeffekte übertragen sich auf das Whitelisting-Geschäftsmodell, wobei Eyeo jedoch die Aufnahme in die weiße Liste nicht etwa den Werbetreibenden direkt, sondern den Betreibern der Internetseiten anbietet.

378. Im vorliegenden Fall bedarf es einer besonderen Berücksichtigung der Beziehung zwischen den Nutzern des Werbeblockers von Eyeo, welche die vorinstallierte Whitelist beibehalten, und den Betreibern der Internetseiten. Diesbezüglich ist festzustellen, dass der BGH in seiner Marktdefinition zwar auf einen zweiseitigen Markt abstellt, sich im Rahmen der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts dann jedoch ausschließlich der Betrachtung des Angebots an die Betreiber der Internetseiten widmet. Insofern wird der Umstand außer Acht gelassen, dass es den Nutzern des Werbeblockers gestattet ist, die Whitelist selbst zu konfigurieren und sogar abzuschalten, wodurch sich die Nutzer dem Whitelisting-Angebot von Eyeo an die Betreiber der Internetseiten entziehen können.¹⁷⁵ Würde etwa angenommen, dass Eyeo darauf hinwirken würde, die Kriterien für angemessene Werbung über die Maßen aufzuweichen, so könnte davon ausgegangen werden, dass eine zunehmende Zahl an Nutzern die Whitelist abstellen würde. Damit wären diese Nutzer über das Whitelisting für die Betreiber der Internetseiten nicht mehr erreichbar. Mit Blick auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung von Eyeo könnte diesbezüglich argumentiert werden, dass der BGH mit den indirekten Netzwerkeffekten auch einen Wettbewerbsdruck auf Eyeo außer Acht lässt, der von der Seite der Nutzer seines Werbeblockers mit vorinstalliertem Whitelisting ausgeht.¹⁷⁶

379. In diesem Kontext blendet der BGH ebenso aus, dass die Betreiber der Internetseiten ihr Angebot über die Werbetreibenden finanzieren. Würde etwa – konträr zum zuvor dargelegten Beispielsszenario – davon ausgegangen, dass Eyeo beabsichtige, die Kriterien für akzeptable Werbung besonders streng zu fassen, so würde dies gegebenenfalls die Werbeeinnahmen der Betreiber der Internetseiten mindern. Es dürfte angenommen werden, dass die Werbetreibenden nicht Willens wären, die Darstellung und die Inhalte ihrer Werbeanzeigen den aus ihrer Sicht zu strengen Anforderungen zu unterwerfen. Dies wäre insbesondere dann von Relevanz, wenn ein Werbeblocker – wie Eyeo – eine große Nutzerbasis hinter seiner Whitelist vereint. Bezüglich der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung könnte auch an dieser Stelle argumentiert werden, dass der Verhaltensspielraum

¹⁷³ Zur Begrifflichkeit der Aufmerksamkeitsplattform siehe BKartA, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Arbeitspapier, Juni 2016, S. 22 ff.; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 15.

¹⁷⁴ Anderson, S. P./Coate, S., Market Provision of Broadcasting: A Welfare Analysis, *The Review of Economic Studies*, 72 (4), 2005, S. 947 – 972.

¹⁷⁵ Siehe hierzu <https://adbblockplus.org/de/about>, Abruf am 5. Mai 2020.

¹⁷⁶ Louven, S., BGH mit Segelanweisung über Marktanalyse und Missbrauchsprüfung beim Whitelist-Angebot eines Werbeblockers, *NZKart* 2020, 129.

von Eyeo (gegenüber den Betreibern der Internetseiten) dadurch kontrolliert wird, dass wettbewerblicher Druck nicht etwa durch die Internetseiten, sondern durch das Verhalten der Werbetreibenden auftreten könnte.

2.1.3 Die Feststellung der Marktbeherrschung erfordert auf mehrseitigen Märkten die vollumfängliche Erfassung aller Wettbewerbskräfte

380. Aus dem zuvor Erläuterten ergibt sich, dass vielfältigere Wettbewerbskräfte auf das Whitelisting-Geschäftsmodell von Eyeo wirken können, als durch den BGH dargelegt. Die Monopolkommission teilt im Grundsatz die Einschätzung des BGH zur Marktabgrenzung. Mit Blick auf das Whitelisting-Geschäftsmodell sollten der Bewertung ausschließlich diejenigen Internetnutzer zugrunde gelegt werden, die tatsächlich über das Angebot der entgeltlichen Aufnahme in die Whitelist an die Betreiber der Internetseiten durch Eyeo erreichbar gemacht werden und keineswegs – wie zuvor vom OLG München angenommen – die Gesamtheit der Internetnutzer in Deutschland. Allerdings sollten mit Blick auf die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung dann auch alle Wettbewerbseffekte erfasst werden, die sich sowohl auf der Seite der Betreiber der Internetseiten als auch auf der Seite der Nutzer einstellen können. In dieser Hinsicht bestärkt die Monopolkommission den in ihrem vergangenen Hauptgutachten gegebenen Hinweis, dass auf mehrseitigen Märkten alle Nutzergruppen und die zwischen ihnen auftretenden indirekten Netzwerkeffekte adäquat berücksichtigt werden sollten. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass es zu einer fehlerhaften Analyse der Wettbewerbsverhältnisse kommt.¹⁷⁷ Vorliegend beträfe dies einen Wettbewerbsdruck, der durch das Verhalten der Nutzer des Werbeblockers und das Verhalten der Werbetreibenden auf den Internetseiten auftreten könnte.

381. Zudem lassen es die vom BGH vorgenommene Marktdefinition und das von ihm aufgezeigte Vorgehen zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung prinzipiell zu, beliebig kleine Werbeblocker mit Whitelisting-Geschäftsmodell als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots einzustufen. Dies ließe sich grundsätzlich auch auf andere Unternehmen übertragen, die auf mehrseitigen (Plattform-)Märkten tätig sind. Dazu würde die Feststellung genügen, dass diese Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Intermediäre einem Nachfrager (auf der einen Marktseite) den entgeltlichen Zugang zu einer Nutzerbasis von unerheblicher Größe (auf der anderen Marktseite) anbieten, welche der Nachfrager auch ohne das Zutun des Unternehmens erlangen könnte, aber aufgrund der Anwesenheit des Unternehmens nicht erlangen kann.

2.2 Google Android: Marktmachtmissbräuche im Kontext der Entwicklung digitaler Ökosysteme verstehen

2.2.1 Einführung

382. Die Europäische Kommission hat das Missbrauchsverfahren im Fall Google Android in den Jahren 2015 bis 2018 gegen Google LLC (zuvor Google Inc. – „Google“) bzw. gegen den Mutterkonzern Alphabet Inc. geführt.¹⁷⁸ Aus dem Verfahren können wesentliche Schlüsse zur Wirkweise des Kartellrechts in digitalen Märkten abgeleitet werden, wenn es sich bei den Normadressaten um große Digitalkonzerne handelt. Google erlangte im Rahmen seines Android-Ökosystems eine beherrschende Position bei mobilen Anwendungen (Applikationen – Apps), die auf einem konglomeraten System miteinander verknüpfter Plattformmärkte beruht.¹⁷⁹ Im Kern warf die Europäische Kommission Google vor, mit Herstellern von Android-Mobilgeräten Vereinbarungen einzugehen, die eine

¹⁷⁷ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 624.

¹⁷⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android. Der Fall „Google Android“ ist eines von drei Missbrauchsverfahren, das die Europäische Kommission in der vergangenen Dekade gegen den Digitalkonzern Google führte; vgl. zudem EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping) sowie EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google AdSense.

¹⁷⁹ Unter den Begriff des digitalen Ökosystems können im Allgemeinen konglomerate Strukturen gefasst werden, bei denen Unternehmen Daten aus unterschiedlichen Quellen zusammenführen und auf dieser Basis vermehrt aus ihren Kerngeschäften heraus in neue Märkte expandieren; siehe Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 17 ff.

missbräuchliche Koppelung von Googles Suchdienst sowie des mobilen Internetbrowsers Chrome an Googles App-Store Play Store erwirkten. In der folgenden Analyse soll ein besonderes Augenmerk auf die Wirkung der durch die Europäische Kommission verhängten Abhilfemaßnahmen auf die durch den Missbrauch betroffenen Plattformmärkte gelegt werden. Vorab soll insbesondere das ökonomische Rational dargelegt werden, die dem Missbrauchsvorwurf der Marktmachthebelung über verschiedene Plattformmärkte innerhalb des (Android-)Ökosystems zugrunde liegt. Außerdem soll eine Einschätzung zur Marktabgrenzung der Europäischen Kommission, im Besonderen mit Blick auf den Wettbewerb zwischen Android und Apple, abgegeben werden.

2.2.2 Netzwerkeffekte und Größenvorteile in einem System von Plattformmärkten – Googles Geschäftsmodell im Android-Ökosystem

383. Das Android-Ökosystem basiert auf dem mobilen Betriebssystem Android, zu dem die Verbraucher über den Erwerb eines Mobilgerätes – wie eines Smartphones oder Tablets – Zugang erhalten. Google steuert die Entwicklung und den Vertrieb des Android-Betriebssystems maßgeblich und bietet darüber hinaus für das Betriebssystem essenzielle und bei Verbrauchern beliebte Software (Apps und Dienste) an. Das Android-Ökosystem ist ein offenes System, da dieses Komponenten von Drittanbietern (Mobilgeräte sowie Apps und Dienste) mit den Produkten von Google verknüpft. Insofern stellt das Android-Betriebssystem eine (technische) Plattform bereit, auf der den Verbrauchern ein ganzheitliches Zusammenspiel zwischen einer Vielzahl an Apps und Diensten, wie soziale Netzwerke, Cloud-Dienste, Suchdienste, Video- und Musikstreaming-Dienste oder auch Bezahlendienste, ermöglicht wird.

384. Android ist das mobile Betriebssystem mit den meisten Nutzern weltweit. So lag der Marktanteil der verkauften Smartphones mit Android-Betriebssystem 2018 weltweit bei 86,6 Prozent, wobei die Entwicklung hin zur globalen Marktführerschaft rasant verlief.¹⁸⁰ Android basiert auf einem Open-Source-Quellcode, der öffentlich eingesehen, genutzt und geändert werden kann.¹⁸¹ Die Open-Source-Strategie ermöglichte es anfänglich, Software-Entwickler, Hersteller von Mobilgeräten sowie Mobilfunknetzbetreiber für die Nutzung sowie die Mitwirkung an der Entwicklung von Android zu gewinnen.¹⁸² Dabei war von zentraler Bedeutung, dass mobile Betriebssysteme zweiseitige Plattformmärkte bilden, auf denen eine wachsende Nutzerzahl auf einer Marktseite die Plattform für Anbieter auf der anderen Marktseite attraktiver macht und umgekehrt. Im Fall mobiler Betriebssysteme profitieren Verbraucher und Hersteller von Mobilgeräten von einer großen Anzahl mit dem Betriebssystem kompatibler Apps, und umgekehrt ziehen App-Entwickler einen Nutzen aus einer hohen Verbrauchernachfrage. Die Bereitstellung des Android-Quellcodes unter einer Open-Source-Lizenz führte dazu, dass diese Vorteile indirekter Netzwerkeffekte genutzt werden konnten und sich die Marktanteile von Android schnell erhöhten.

385. Trotz des Open-Source-Charakters konnte Google von Beginn an eine starke Kontrolle über das Android-Betriebssystem ausüben. Aus Sicht der Europäischen Kommission wird dies unter anderem dadurch belegt, dass Google die technische Entwicklung von Android steuert, die Android-Markenrechte kontrolliert sowie einen Kompatibilitätstest für Android durchführt.¹⁸³ Im Hinblick auf die Festigung seiner Machtposition im Android-Ökosystem ist es für Google jedoch insbesondere von Relevanz, den Verbrauchern beliebte und für das Funktionie-

¹⁸⁰ Statista, Android OS market share of smartphone sales to end users from 2009 to 2018; <https://www.statista.com/statistics/216420/global-market-share-forecast-of-smartphone-operating-systems/>, Abruf am 13. März 2020. Im deutschen Markt lag der Marktanteil von Android im Januar 2009 bei lediglich 0,05 Prozent, stieg dann jedoch über einen Zeitraum von weniger als sieben Jahren auf einen Wert von über 70 Prozent, der in etwa bis heute Bestand hat; Statista, Marktanteile der führenden mobilen Betriebssysteme an der Internetnutzung mit Mobiltelefonen in Deutschland von Januar 2009 bis Januar 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/184332/umfrage/marktanteil-der-mobilen-betriebssysteme-in-deutschland-seit-2009/>, Abruf am 20. Februar 2020.

¹⁸¹ Siehe hierzu beispielsweise Schoonmaker, S., *Free software, the internet, and global communities of resistance*, Routledge Studies in New Media and Cyberculture, New York, 2018.

¹⁸² Im Jahr 2007 wurde auf Initiative von Google die Open Handset Alliance (OHA) gegründet, der unter anderem Hersteller mobiler Endgeräte wie Samsung, Mobilfunknetzbetreiber wie T-Mobile, Chiphersteller wie Intel und verschiedene Software-Entwickler beitraten. Die Bereitstellung des Android-Quellcodes erfolgt im Rahmen des Android Open Source Projects (AOSP) unter der sog. AOSP-Lizenz. Zur OHA, vgl. https://www.openhandsetalliance.com/press_110507.html, Abruf am 13. März 2020.

¹⁸³ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 124-131.

ren von Android essenzielle Apps und Dienste anzubieten. Die proprietären Apps von Google sind unter der sog. Google Mobile Services (GMS) zusammengefasst. Hersteller von Mobilgeräten, die Android nutzen möchten, können dies unter der Open-Source-Lizenz tun. Wenn die Hersteller allerdings auch Apps der GMS vorinstallieren wollen, sind dafür Lizenzvereinbarungen mit Google erforderlich.

386. Dabei ist der in den GMS enthaltene Marktplatz für Apps, der sog. App-Store *Play Store*, von besonderer Bedeutung. Über den Play Store können Verbraucher mit Android kompatible Apps erhalten. Der Play Store verzeichnet auf dem globalen Markt für Android-App-Stores, sowohl gemessen an der Anzahl der Downloadvorgänge als auch gemessen am Anteil an der Gesamtheit aller vorinstallierten Android-App-Stores, seit 2011 konstant Marktanteile zwischen 90 und 100 Prozent.¹⁸⁴ Wie mobile Betriebssysteme sind auch App-Stores zweiseitige Plattformmärkte. Googles Geschäftsmodell beruht beim Play Store auf dem Ausschöpfen indirekter Netzwerkeffekte. Der Play Store wird Nutzern unentgeltlich zur Verfügung gestellt, während Anbieter kostenpflichtiger Apps feste Umsatzbeteiligungen an Google zahlen, wenn diese ihre Produkte dort anbieten.¹⁸⁵ Aufgrund der hohen Marktanteile des Play Stores auf dem Markt für Android App-Stores entspricht die Nutzernachfrage nach dem Play Store im Wesentlichen der Nutzernachfrage nach dem Android-Betriebssystem. Damit ist Googles Play Store sowohl für Hersteller von Mobilgeräten und Verbraucher (auf der Marktseite der Nutzer) als auch für App-Entwickler (auf der gegenüberliegenden Marktseite) ein unverzichtbares Element im Android-Ökosystem. Aufgrund der mangelnden Alternativen bei der Wahl lizenzierbarer Betriebssysteme ist die Unverzichtbarkeit des Play Stores ein daher wesentlicher Faktor für Googles Machtposition gegenüber den Herstellern von Mobilgeräten¹⁸⁶

387. Für das Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission sind weiterhin die in den GMS enthaltenen Apps Google-Suchdienst sowie der mobile Internetbrowser Chrome von Bedeutung. Die Marktanteile für Googles Suchdienst erreichten 2016 in (beinahe) allen Märkten für allgemeine Suchdienste des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) Werte von weit über 90 Prozent.¹⁸⁷ Auch die Marktanteile des mobilen Internetbrowsers Chrome verzeichneten starke Zuwächse. Auf dem europäischen Markt für nicht betriebssystemspezifische mobile Internetbrowser stieg der Marktanteil von Chrome von 4,7 Prozent im August 2012 auf 74,9 Prozent im März 2017.¹⁸⁸ Google erzielt den Großteil seines Umsatzes aus Werbeeinnahmen und dabei insbesondere aus dem Einstellen von Werbeanzeigen auf seinem Suchdienst.¹⁸⁹ Bei Suchdiensten handelt es sich ebenfalls um Plattformmärkte, auf denen Verbraucher auf der einen Marktseite mit Werbetreibenden auf der anderen Marktseite interagieren. Für die Verbraucher ist die Nutzung dabei unentgeltlich, während die Werbetreibenden Entgelte für das Platzieren ihrer Anzeigen entrichten. Auch dabei fußt das Geschäftsmodell von Google darauf, positive indirekte Netzwerkeffekte auszuschöpfen. Wird ein Suchdienst stark von Verbrauchern genutzt, steigert dies entsprechend die Zahlungsbereitschaft der Werbetreibenden.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Ebenda, Tz. 590 ff.

¹⁸⁵ Ebenda, Tz. 88.

¹⁸⁶ Die Dominanz des Play Stores – und damit verbunden des Android-Betriebssystems – behindere zudem potenzielle Markteintritte neuer mobiler Betriebssysteme, da App-Entwickler einen geringen Anreiz hätten, ihre Produkte für kleinere Betriebssysteme kompatibel zu machen; Furman, J., *Unlocking digital competition*, a. a. O., S. 27.

¹⁸⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 674 ff.

¹⁸⁸ Weltweit stieg der Marktanteil im gleichen Zeitraum von 2 Prozent auf 58,3 Prozent; EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 949 f.

¹⁸⁹ Ebenda, Tz. 105 ff. Demnach stammen über 87 Prozent des Gesamtumsatzes von Google aus Werbeeinnahmen, wovon 80 Prozent über die eigenen Apps generiert wurden.

¹⁹⁰ Zum einen können möglichst viele Verbraucher erreicht werden, zum anderen erlaubt eine große Anzahl an Suchanfragen eine präzisere Personalisierung von Werbung. Beispielsweise unterteilt Google die Resultate für eine Suchanfrage in nichtkommerzielle und kommerzielle Ergebnisse, wobei Letztere als Werbung gekennzeichnet auf der Ergebnisseite oben aufgelistet werden. Die Vermarktung der kommerziellen Anzeigen erfolgt auf Grundlage von Schlagwörtern mittels des Werbeprogramms Google ‚AdWords‘. Zur Funktionsweise von AdWords vgl. <https://www.gruenderszene.de/lexikon/begriffe/adwords>, Abruf am 25. Februar 2020.

2.2.3 Das Google Android-Verfahren der Europäischen Kommission

388. Die zuvor erörterten Zusammenhänge sind von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Missbrauchsverfahrens der Europäischen Kommission gegen Google. Darin warf die Europäische Kommission Google insgesamt drei Verstöße gegen Art. 102 AEUV vor. Diese betrafen von Google angewendete Praktiken bei der Lizenzierung seiner proprietären GMS-Apps für die Hersteller von Mobilgeräten mit Android-Betriebssystem. Im Einzelnen wertete die Europäische Kommission in ihrem Beschluss die folgenden Lizenzierungsvereinbarungen als missbräuchliche Verhaltensweisen:¹⁹¹

- Mobile Application Distribution Agreements (MADAs). Die MADAs sind Koppelvereinbarungen, die den Erhalt des Play Stores durch die Hersteller von Mobilgeräten über eine unentgeltliche Lizenz verpflichtend an die Vorinstallation des Google-Suchdienstes sowie des Internetbrowsers Chrome knüpfen.¹⁹²
- Anti-Fragmentierungs-Vereinbarungen (AFAs). Die AFAs knüpften den Lizenzerwerb für den Play Store und den Suchdienst von Google für die Hersteller von Mobilgeräten an das Verbot einer Modifizierung des Android-Betriebssystems hin zu einer nicht mit den Google-Produkten kompatiblen und von Google genehmigten Version (einem sog. Android-Fork).
- Zahlungen von Umsatzbeteiligungen an Hersteller von Mobilgeräten und Mobilfunknetzbetreiber, wenn diese sich im Gegenzug verpflichten, ausschließlich Googles Suchdienst und keine anderen Suchdienste auf ihren Geräten vorzinstallieren.

389. In Bezug auf die MADAs und AFAs warf die Europäische Kommission Google den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere im Sinne des Art. 102 lit. d AEUV vor. Demnach besteht ein Missbrauch in einer an „den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“ Ebenso verstießen aus ihrer Sicht die Umsatzbeteiligungen gegen Art. 102 AEUV, da diese als Ausschließlichkeitszahlungen zu werten waren.¹⁹³ Im Mittelpunkt der Vorwürfe der Europäischen Kommission standen die durch die MADAs erwirkten Koppelvereinbarungen, im Rahmen derer Google den Herstellern von Mobilgeräten die Vorinstallation seines Suchdienstes und seines Internetbrowsers Chrome beim Erhalt des von diesen Produkten unabhängigen App-Stores Play Store verpflichtend vorschrieb.¹⁹⁴ Gemeinsam mit den AFAs und den Umsatzbeteiligungen – so die Europäische Kommission – stellten die Koppelvereinbarungen eine umfassende Missbrauchsstrategie dar. Dadurch sei der Wettbewerb auf den Märkten für Suchdienste und mobile Internetbrowser eingeschränkt worden.¹⁹⁵ Dies habe Innovationen verhindert, was mit direkten oder indirekten Schäden für die Verbraucher einherging.¹⁹⁶ Für die zuvor genannten Verstöße gegen Art. 102 AEUV verhängte die Europäische Kommission ein Bußgeld in Höhe von EUR 4,34 Mrd. gegen Google.¹⁹⁷ Als Abhilfemaßnahme wurde festgesetzt, dass Google die angemahnten Praktiken abzustellen habe.¹⁹⁸

¹⁹¹ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 4.

¹⁹² Zum Inhalt der MADAs ebenda, Tz. 172 ff.

¹⁹³ Ebenda, 1192 ff.

¹⁹⁴ Ebenda, Tz. 756 ff. sowie 879 ff.

¹⁹⁵ Ebenda, Tz. 773 (bezüglich der Koppelung von Googles Suchdienst an den Play Store) sowie Tz. 896 (bezüglich der Koppelung des Internetbrowsers Chrome an Googles Suchdienst und an den Play Store).

¹⁹⁶ Ebenda, Tz. 773, 896.

¹⁹⁷ Ebenda, Tz. 1480.

¹⁹⁸ Zu den Abhilfemaßnahmen ebenda, Tz. 1394 ff. (MADAs), Tz. 1398 ff. (AFAs) und Tz. 1401 ff. (Umsatzbeteiligungen).

2.2.3.1 Die relevanten Märkte

390. Zur Einstufung von Google als Normadressat für die zuvor genannten Verhaltensweisen grenzte die Europäische Kommission die folgenden drei Märkte in räumlicher und sachlicher Dimension ab und befand, dass Google auf allen drei Märkten seit 2011 eine marktbeherrschende Position innehatte:¹⁹⁹

- globaler Markt (mit Ausnahme von China) für die Lizenzierung mobiler Betriebssysteme,²⁰⁰
- globaler Markt (mit Ausnahme von China) für Android-App-Stores,²⁰¹
- alle nationalen Märkte des EWR für allgemeine Suchdienste.²⁰²

391. Im Unionsrecht ist eine marktbeherrschende Stellung definiert als „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztendlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“²⁰³ Für den globalen Markt für die Lizenzierung mobiler Betriebssysteme sah die Europäische Kommission eine solche Stellung als gegeben an. Diese Einschätzung erfolgte aufgrund der Marktanteile von Android²⁰⁴, der Existenz von Markteintritts- sowie Expansionsbarrieren, der fehlenden Verhandlungsmacht der Käufer und einem mangelnden Wettbewerbsdruck durch nichtlizenzierbare Betriebssysteme und dabei insbesondere durch Apples iOS-Betriebssystem.²⁰⁵ Insofern rechnete die Europäische Kommission alle außerhalb von China genutzten Android-Betriebssysteme Google zu.²⁰⁶ Für den Missbrauchstatbestand ist die Marktmacht von Google bei lizenzierbaren Betriebssystemen deshalb von Relevanz, da sie im Wesentlichen Googles Machtposition gegenüber den Herstellern von Mobilgeräten begründet.²⁰⁷

392. Ebenso erachtete die Europäische Kommission Google auch auf dem globalen Markt für Android-App-Stores als marktbeherrschend.²⁰⁸ Analog zur Vorgehensweise bei nichtlizenzierbaren Betriebssystemen wertete die Europäische Kommission die Marktanteile des Play Stores, das Bestehen von Markteintritts- sowie Expansionsbarrieren und die fehlende Verhandlungsmacht der Käufer als Indizien für die marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für Android-App-Stores. Darüber hinaus spielten jedoch auch technische Gründe eine Rolle. Beispielsweise könne im Gegensatz zu anderen App-Stores nur der Play Store automatische Updates für Apps durchführen.²⁰⁹ Auch sei Googles Play Services, ein wichtiger Hintergrunddienst für Android, der unter anderem Programmierschnittstellen (APIs) bereitstellt, nicht ohne den Play Store zu erhalten.²¹⁰ Für das Verfahren der Europäischen Kommission ist die Unverzichtbarkeit des Play Stores für die Hersteller von Mobilgeräten sowie für die Verbraucher

¹⁹⁹ Ebenda, Tz. 439.

²⁰⁰ Ebenda, Tz. 440-566.

²⁰¹ Ebenda, Tz. 590-673.

²⁰² Ebenda, Tz. 674-718.

²⁰³ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65; siehe auch EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 10.

²⁰⁴ Tz. 384.

²⁰⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 440. Zum Wettbewerb mit nichtlizenzierbaren Betriebssystemen siehe Tz. 400 ff.

²⁰⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 442.

²⁰⁷ Siehe hierzu Tz. 400 ff.

²⁰⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 590.

²⁰⁹ Ebenda, Tz. 615 ff.

²¹⁰ Ebenda, Tz. 621 ff.

deswegen von Bedeutung, da diese die Grundlage der Argumentation bildete, dass Google seinen Suchdienst sowie Chrome in wettbewerbswidriger Weise an den Play Store koppeln konnte.²¹¹

2.2.3.2 Der Missbrauchstatbestand im Hinblick auf die Koppelvereinbarungen (MADAs)

393. Zentraler Bestandteil des Missbrauchsverfahrens der Europäischen Kommission gegen Google waren die durch die MADAs erwirkten Koppelungen der Produkte Google-Suche und Chrome an den Play Store. Nach einschlägiger Rechtsprechung trägt ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung „eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten den wirksamen unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.“²¹² Die Europäische Kommission sah in Bezug auf die MADAs den Tatbestand eines Behinderungsmissbrauchs im Sinne des Art. 102 lit. d AEUV als erfüllt an. Bei der Feststellung des Missbrauchs folgte die Europäische Kommission im Wesentlichen der Rechtsprechung des Gerichts sowie des EuGH.²¹³ Demzufolge sind Koppelvereinbarungen als Behinderungsmissbrauch zu werten, wenn

- das Koppelungsprodukt (Play Store) und die gekoppelten Produkte (Google-Suchdienst, Chrome) voneinander unabhängige Produkte sind,
- Google im Markt für das Koppelungsprodukt beherrschend ist,
- Google es den Nutzern nicht ermöglicht, das Koppelungsprodukt ohne die gekoppelten Produkte zu erhalten,
- die Koppelvereinbarungen es vermochten, den Wettbewerb einzuschränken bzw. eine wettbewerbswidrige Marktverschließung herbeizuführen.

394. Die Unabhängigkeit der Produkte hat sich dabei auf die Nachfrage der Verbraucher zu beziehen. Zwei voneinander unabhängige Produkte sind anzunehmen, wenn ohne die Koppelung eine große Anzahl von Kunden das Koppelungsprodukt kaufen würde bzw. gekauft hätte, ohne auch das gekoppelte Produkt beim gleichen Anbieter zu erwerben, sodass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen angeboten werden kann.²¹⁴ Dies gilt auch für komplementäre Produkte²¹⁵ sowie für den Fall einer technischen Integration der Produkte.²¹⁶ Im Hinblick auf die genannten Voraussetzungen ist nicht zu bezweifeln, dass Googles Suchdienst, Chrome und der Play Store als voneinander unabhängige Produkte klassifiziert werden. Dies ergibt sich bereits aus deren unterschiedlichen Funktionen für die Verbraucher. Beispielsweise suchen Verbraucher mit dem Suchdienst im Internet nach Informationen, während der Browser Chrome dem Öffnen von Internetseiten dient. Auch existieren andere Entwickler von mobilen Browsern, die ihre Produkte separat und ohne eigenen App-Store und Suchdienst anbieten. Des Weiteren hatte Google auf dem Markt für Android App-Stores eine marktbeherrschende Stellung inne.²¹⁷ Die MADAs ließen den Herstellern von Mobilgeräten zudem keine Möglichkeit, die Lizenz für den Play Store separat zu erwerben.

395. Im Hinblick auf die Wettbewerbswidrigkeit der MADAs legte die Europäische Kommission mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH dar, dass eine Behinderung durch das Verhalten eines marktbeherrschenden Unter-

²¹¹ Siehe hierzu Tz. 395.

²¹² EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., Tz. 1.

²¹³ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., Tz. 50 sowie EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, EU:T:2007:289, Rz. 842, 859, 862, 864, 867 sowie 869. Siehe auch EuGH, Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak II, Slg. 1996, I-5951, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 36 f.

²¹⁴ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, EU:T:2007:289, Rz. 917, 921 f.

²¹⁵ Ebenda, Rz. 921.

²¹⁶ Ebenda, Rz. 935.

²¹⁷ Siehe hierzu Tz. 386 sowie Tz. 392.

nehmens nicht konkret nachgewiesen werden muss, um das Verhalten als missbräuchlich einstufen zu können.²¹⁸ Deshalb genügte es aus Sicht der Europäischen Kommission, dass das Verhalten, nämlich die MADAs, das Potenzial zur Beschränkung des Wettbewerbs in sich bargen. Damit bedurfte es zwar keines konkreten Nachweises, dass die MADAs tatsächlich zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führten.²¹⁹ Allerdings war aufzuzeigen, dass die durch die MADAs erwirkten Koppelungen²²⁰

- die Anreize der Verbraucher hemmen, ein alternatives Produkt zu wählen,
- die Anreize der Abnehmer mindern, die Produkte anderer Hersteller anzubieten,
- Drittanbieter dazu bewegen, lediglich noch Produkte zu entwickeln, welche die Technologie der gekoppelten Produkte implementieren.

396. Unter Berücksichtigung der herausragenden Stellung Googles auf dem Markt für Android-App-Stores²²¹ beschränkte sich die Europäische Kommission deshalb im Wesentlichen auf die Erbringung von Nachweisen von Wettbewerbsvorteilen, die für Apps aufgrund deren Vorinstallation auf einem Mobilgerät bestanden.²²² Diese sich eng an der europäischen Rechtsprechung orientierende Vorgehensweise mag für die Europäische Kommission aus Gründen der Rechtssicherheit naheliegend gewesen sein. Allerdings verzichtete die Europäische Kommission im Zuge dessen nicht nur darauf nachzuweisen, welcher Schaden den Verbrauchern aufgrund der MADAs konkret zugefügt wurde.²²³ Vielmehr ist zu bedauern, dass sich den Ausführungen in der Entscheidung der Europäischen Kommission etwaige wettbewerbswidrige Motive, die Google mit den MADAs verfolgte, nur unvollständig und indirekt entnehmen lassen. Die Europäische Kommission verzichtete selbst weitgehend darauf, eine aus ökonomischer Sicht in sich schlüssige Schadenstheorie auszuformulieren.

2.2.4 Das ökonomische Rational im Kontext zweiseitiger Plattformmärkte: MADAs konnten den Markt für mobile Suchdienste wettbewerbswidrig verschließen

397. Wie zuvor erläutert, richtete die Europäische Kommission ihre Vorgehensweise bei der Darlegung der Wettbewerbswidrigkeit der MADAs an der Rechtsprechung insbesondere im Rechtsmittelverfahren zu ihrem Microsoft-Beschluss aus dem Jahr 2004 aus.²²⁴ Darin hatte die Europäische Kommission Microsoft vorgeworfen, seinen Windows Media Player in missbräuchlicher Weise an sein PC-Betriebssystem Windows zu koppeln. Jedoch dürften die

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, C-23/14 Post – Danmark A/S v Konkurrencerådet, EU:C:2015:651, Rz. 65; Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 P – AstraZeneca v Commission, EU:T:2012:770, Rz. 112; Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – TeliaSonera Sverige, Slg. 2011, I-527, EU:C:2011:83, Rz. 64; EuG, Urteil vom 29. März 2012, T-398/07 – Spain v Commission, EU:T:2012:173, Rz. 90; Urteil vom 29. März 2012, T-336/07 – Telefónica and Telefónica de España v Commission, EU:T:2012:172, Rz. 268.

²¹⁹ EuG, Urteil vom 29. März 2012, T-336/07 – Telefónica and Telefónica de España v Commission, EU:T:2012:172, Rz. 273.

²²⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 750 mit Verweis auf EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, EU:T:2007:289, Rz. 1041, 1060-1077.

²²¹ Siehe hierzu Tz. 386 sowie Tz. 392.

²²² Es ist davon auszugehen, dass die Vorinstallation oder die Festsetzung als Standard einer App auf mobilen Endgeräten die Verwendung dieser App durch die Nutzer begünstigt; siehe hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 213 f. Die Europäische Kommission verweist diesbezüglich auf verschiedene Marktuntersuchungen sowie Befragungen von Marktteilnehmern; siehe EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 778 ff.

²²³ Ungeachtet der Rechtsprechung wurde in Bezug auf den Fall Google Android kritisiert, dass dieser einen Präzedenzfall für ein Unterlassen eines Nachweises eines konkreten Schadens darstelle und damit den Weg für eine übervorsichtige Auslegung des Art. 102 AEUV ebne; vgl. Portuese, A., The Rise of Precautionary Antitrust: An Illustration with the EU Google Android Decision, CPI – Competition Policy International, 17. November 2019.

²²⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft sowie EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, EU:T:2007:289. Neben der Koppelung des Media Players an Windows stufte die Europäische Kommission später ebenso die Koppelung des Internetbrowsers Internet Explorer an Windows als missbräuchliches Verhalten ein; EU-Kommission, Beschluss vom 16. Dezember 2009, COMP/C-3/39.530 – Microsoft (Koppelung).

der Koppelung zugrundeliegenden wettbewerbswidrigen Motive im Fall Google andere sein als im Fall Microsoft. In ihrer Microsoft-Entscheidung hatte die Kommission dargelegt, dass ein koppelungsbedingter Schaden insbesondere durch eine Behinderung des Wettbewerbs außerhalb der Märkte für das Koppelungsprodukt und das gekoppelte Produkt verursacht wurde.²²⁵ Dies hatte vorrangig Märkte für Software für Medienverschlüsselung und -management betroffen. Weiterhin hatte sie dargelegt, dass die Anreize von Softwareentwicklern zur Innovationstätigkeit generell gehemmt worden seien, da diese befürchten mussten, dass ihr Produkt im Zweifel immer gegen ein von Microsoft an Windows gekoppeltes Produkt bestehen musste. Diese Theorie deckte sich mit dem Befund, dass Microsoft nur unwesentliche Erlöse aus dem unentgeltlichen Angebot des Media Players erzielte. Im Gegensatz dazu besteht Googles Geschäftsmodell darin, den Nutzern seinen Suchdienst (das gekoppelte Produkt) sowie den Play Store (das Koppelungsprodukt) bzw. Android unentgeltlich anzubieten und einen Großteil seiner Gewinne aus Werbeeinnahmen auf dem Markt für Suchdienste zu erzielen. Dabei profitiert Google davon, indirekte Netzwerkeffekte zwischen Verbrauchern und Werbetreibenden auszuschöpfen. Diesen Sachverhalt ließ die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung weitestgehend unkommentiert und verwies stattdessen lediglich auf die Rechtsprechung, wonach die Bewertung von Netzwerkeffekten im Hinblick auf die wettbewerbschädlichen Effekte von Koppelungstatbeständen nicht generell erforderlich war.²²⁶ Damit sei es für die Europäische Kommission auch nicht geboten, Untersuchungen zu indirekten Netzwerkeffekten auf den Märkten für Suchdienste durchzuführen.²²⁷ Nach Ansicht der Monopolkommission ist es mit Blick auf eine konsistente Schadenstheorie indes gerade Googles Geschäftsmodell auf den zweiseitigen Plattformmärkten für Suchdienste und Android-App-Stores, das ein plausibles Motiv für die wettbewerbswidrige Hebelung der Marktmacht beim Play Store in den Markt für Suchdienste liefert, wie im Folgenden näher dargelegt wird. Es wäre insofern wünschenswert gewesen, dass die Europäische Kommission diesen Aspekt explizit angesprochen hätte.

398. In Hinblick auf eine denkbare konsistente Schadenstheorie dürfte es insbesondere von Relevanz sein, dass Google sich darauf festlegte, seine GMS-Apps sowie Android – wie für auf zweiseitigen Plattformmärkten basierende Geschäftsmodelle typisch – den Nutzern unentgeltlich anzubieten.²²⁸ Insofern erzielten die Hersteller von Mobilgeräten aus dem Play Store einen hohen Nutzen. Jedoch wurde deren daraus resultierende Zahlungsbereitschaft von Google nicht abgeschöpft. Hätte Google – in einem Alternativszenario – seinen Suchdienst nicht an den Play Store gekoppelt, hätte ein effizienterer Suchdienst den Herstellern von Mobilgeräten daher einen höheren Betrag für die Vorinstallation seines Produktes als Google bieten können. Google hätte dann lediglich den Play Store (unentgeltlich) anbieten und dabei Einnahmen von den App-Entwicklern erzielen können. Ausgehend von diesem Alternativszenario wird deutlich, dass eine Koppelung des Suchdienstes an den Play Store für Google profitabel war, da über das unentgeltliche Angebot des Bündels aus Play Store und Suchdienst der Markt für Suchdienste für den effizienteren Wettbewerber effektiv verschlossen werden konnte. Mit der Koppelungsvereinbarung hatten die Hersteller von Mobilgeräten daher lediglich die Wahl zwischen dem Bündel aus dem Play Store und Googles Suchdienst – das ihnen unentgeltlich angeboten wurde – und nichtgekoppelten Konkurrenzangeboten. Diese konnten den Suchdienst eines möglicherweise effizienteren Konkurrenten – für dessen Vorinstallation der Konkurrent die gesamten erzielbaren Werbeerlöse hätte bieten können – sowie einen oder mehrere alternative App Stores umfassen, die den Herstellern von Mobilgeräten allerdings nur einen wesentlich niedrigeren Nutzen erbringen konnten als der Play Store. Die Hersteller von Mobilgeräten hätten sich folglich immer dann für das Bündel von Google entschieden, wenn der Nutzen aus dem Play Store hinreichend groß ist im Vergleich zur Summe aus ihrem Nutzenvorteil (bzw. dem Effizienzvorteil) aus der Vorinstallation des konkurrierenden Suchdienstes

²²⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Rn. 982 f. sowie Fumagalli, C./Motta, M./Calcagno, C., *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press, S. 453 – 456.

²²⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 854 sowie 964 ff. mit Verweis auf EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, EU:T:2007:289.

²²⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 776.

²²⁸ Choi, J. P./Jeon, D.-S., *A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets*. *American Economic Journal: Microeconomics*, im Erscheinen, sowie Etro, F./Caffarra, C., *On the Economics of the Android Case*, *European Competition Journal*, 13: 2-3, 2017, 282-313. Die Autoren der Studien sehen Googles Verpflichtung, die GMS-Apps unentgeltlich anzubieten, insbesondere durch Googles Open-Source-Strategie beim Angebot des Android-Betriebssystems begründet; siehe hierzu Tz. 384 ff.

und den auf den Märkten für Suchdienste erzielbaren Werbeerlösen. Insofern wäre ein effizienterer Suchdienst infolge der Koppelung nicht mehr in der Lage gewesen, Google im Leistungswettbewerb aus dem Markt für Suchdienste zu verdrängen, womit die Koppelungsvereinbarungen diesen effektiv verschlossen hätten. Google hingegen war somit stets in der Lage, sich die Werbeerlöse auf dem Markt für Suchdienste zu sichern.

399. Eine weitere denkbare Schadenstheorie basiert ebenfalls auf der Annahme, dass der Play Store für die Hersteller von Mobilgeräten essenziell war und dass Google deswegen mit den MADAs Werbeeinnahmen auf dem Plattformmarkt für Suchdienste in wettbewerbswidriger Weise absichern konnte.²²⁹ Hierfür ist wichtig, dass die Nachfrage nach Mobilgeräten mit dem Play Store aufgrund von dessen Beliebtheit bei den Endverbrauchern höher war als nach Mobilgeräten mit einem anderen App-Store. Demzufolge ist anzunehmen, dass auch die Nachfrage nach einem Suchdienst höher war, wenn dieser auf hinreichend vielen Mobilgeräten mit dem Play Store vorinstalliert war. Eine hohe Verbrauchernachfrage hätte den Entwicklern von Suchdiensten höhere Werbeeinnahmen eingebracht. Insofern hätte für diese der Anreiz bestanden, den Herstellern von Mobilgeräten, die bereits den Play Store verwenden, hohe Zahlungen zu bieten, um somit die Vorinstallation ihres Suchdienstes neben dem Play Store zu erwirken. Durch die Koppelung des Suchdienstes an den Play Store wurde ein solcher Bieterwettbewerb hingegen unterbunden. Den Entwicklern mit Google konkurrierender Suchdienste wäre bekannt gewesen, dass eine Vorinstallation ihres Produktes für einen Hersteller von Mobilgeräten zwingend mit dem Verzicht auf den Play Store einhergehen musste. Demzufolge hätten sich deren Anreize gemindert, in einen Bieterwettbewerb mit Google einzutreten. Google hätte dadurch (aus Werbeerlösen erzielte) Renten einbehalten können, die sonst bei den Herstellern der Mobilgeräte verblieben wären. Allerdings wäre auch dies nur dann mit einer Wohlfahrtsminderung einhergegangen, wenn so der Markt für Suchdienste für einen effizienteren Wettbewerber effektiv verschlossen worden wäre.

2.2.5 Marktabgrenzung: Irrelevanz des Wettbewerbs mit Apple

400. Die Monopolkommission hatte bereits 2015 zu dem sich seiner Zeit anbahnenden Verfahren Google Android Stellung genommen. Nach damaliger Ansicht der Monopolkommission sollte die Bewertung der potenziell wettbewerbsbeschränkenden Inhalte der MADAs insbesondere vor dem Hintergrund des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Ökosystemen erfolgen.²³⁰ Für den Fall Google Android hätte dies den Wettbewerb zwischen dem Android-Ökosystem und dem auf dem nichtlizenzierbaren mobilen Betriebssystem iOS aufbauenden Apple-Ökosystem betroffen. Im globalen Markt (mit Ausnahme von China) für mobile Betriebssysteme verfügten Android und iOS 2016 gemeinsam über einen Marktanteil von über 95 Prozent.²³¹ Bei Abgrenzung des Marktes auf lizenzierbare Betriebssysteme lag der globale Marktanteil (mit Ausnahme von China) von Android laut Europäischer Kommission sogar bei 96,4 Prozent.²³² Für die Verbraucher bestand damit faktisch lediglich noch die Wahl zwischen den Ökosystemen zweier Anbieter. Für Hersteller von Mobilgeräten ohne eigenes Betriebssystem konnte entsprechend davon ausgegangen werden, dass diese beinahe vollständig auf Android angewiesen waren.

401. Die MADAs sind Lizenzierungsvereinbarungen zwischen Google und den Herstellern von Mobilgeräten, die das Betriebssystem Android nutzen. Vor diesem Hintergrund grenzte die Europäische Kommission den relevanten Markt in Bezug auf mobile Betriebssysteme auf lizenzierbare Betriebssysteme ab.²³³ Daraufhin stellte sich die Frage, ob die Marktabgrenzung möglicherweise einen durch Apple ausgeübten Wettbewerbsdruck auf Google ver-

²²⁹ De Cornière, A./Taylor, G., *Upstream Bundling and Leverage of Market Power*, CEPR Discussion Paper No. DP13083, Juli 2018.

²³⁰ Monopolkommission, *Sondergutachten 68*, a. a. O., Tz. 243.

²³¹ EU-Kommission, *Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android*, Tz. 511 (Abbildung 15): Während der Marktanteil von iOS in den Jahren 2009 bis 2016 zwischen 15 und 26 Prozent rangierte, stieg der Marktanteil von Android im gleichen Zeitraum von 4 auf 80 Prozent. Andere mobile Betriebssysteme wie Symbian, Windows OS oder BlackBerry OS verschwanden im gleichen Zeitraum weitestgehend vom Markt.

²³² Die Europäische Kommission rechnete diesen Marktanteil vollständig Google zu, da praktisch auf allen mobilen Endgeräten, die mit einem Android-Betriebssystem außerhalb von China verkauft werden, die GMS vorinstalliert sind; EU-Kommission, *Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android*, Tz. 442 ff.

²³³ Tz. 391.

nachlässigte, der zu einer Disziplinierung der Verhandlungsmacht von Google gegenüber den Herstellern von Mobilgeräten führen konnte.²³⁴

402. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die MADAs eine vertragliche Vereinbarung zwischen Google und den Herstellern von Mobilgeräten und nicht etwa den Verbrauchern sind. Im Gegensatz zu den Verbrauchern stellt Apples nichtlizenzierbares iOS-Betriebssystem für die Hersteller von Mobilgeräten nämlich keine Alternativoption zu Android dar. Bereits aus diesem Grund dürfte die Annahme der Europäischen Kommission zutreffen, dass Apple als Anbieter nichtlizenzierbarer Betriebssysteme nicht zum relevanten Markt zählte. Allerdings hätte auch argumentiert werden können, dass ein Wettbewerbsdruck durch Apple (auf Googles Verhandlungsmacht gegenüber den Herstellern von Mobilgeräten) auch dadurch hätte ausgeübt werden können, dass über iOS mit den GMS konkurrierende und gegebenenfalls effizientere Apps in den Markt hätten eindringen können, sodass Verbraucher deswegen von Android zu Apple gewechselt wären. In diesem Kontext wäre anzunehmen gewesen, dass die Hersteller von Android-Mobilgeräten die MADAs nicht ohne Weiteres akzeptiert hätten. Jedoch ist dieses Szenario unwahrscheinlich. Zum einen installiert Apple seit jeher den eigenen Internetbrowser Safari auf seinen Mobilgeräten vor. Zum anderen bietet Apple keinen eigenen Suchdienst an. Auch auf iOS werden nahezu 100 Prozent aller Suchanfragen über Google abgewickelt.²³⁵ In diesem Zusammenhang leistete Google in der Vergangenheit auch nicht unerhebliche Zahlungen an Apple, damit sein Produkt als Standardsuchdienst für Apples Internetbrowser Safari festgesetzt wurde.²³⁶

403. Darüber hinaus wies die Europäische Kommission auf einen nur unzureichend ausgeprägten Wettbewerb zwischen Mobilgeräten mit Android-Betriebssystem und den Mobilgeräten von Apple hin. Die Europäische Kommission berief sich dabei auf signifikante Preisunterschiede, Wechselkosten und Loyalität der Verbraucher sowie auf die Annahme, dass App-Entwickler auch bei einer Qualitätsabnahme eines mobilen Betriebssystems weiterhin Multihoming betreiben würden.²³⁷

404. Allerdings sei in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass im Fall von Ökosystemen, die auf nichtlizenzierbaren Betriebssystemen aufbauen, grundsätzlich keine bessere Wettbewerbssituation auf den Märkten für Apps bestehen dürfte. Missbrauchspotenziale gegenüber Drittanbietern eröffnen sich insbesondere im Hinblick auf Anwendungen, für die der Anbieter des Betriebssystems (und der vertikal integrierten Mobilgeräte) ein eigenes Produkt anbietet. Hingegen besteht bei lizenzierbaren Betriebssystemen zumindest in der Theorie die Möglichkeit, dass die (unabhängigen) Hersteller der Mobilgeräte frei in ihrer Wahl zwischen den von ihnen vorzuzustellenden Apps sind. Vor diesem Hintergrund wurde in den Vereinigten Staaten jüngst eine Untersuchung durch den Rechtsausschuss des US-amerikanischen Repräsentantenhauses initiiert, die sich mit einer möglichen Diskriminierung von Drittanbieter-Apps durch Apple befasst.²³⁸ Ebenso prüft gegenwärtig auch die Europäische Kommission, ob Apple mit seinem eigenen Bezahlendienst Apple Pay den Wettbewerb mit anderen Bezahlendienstleistern in missbräuchlicher Weise einschränkt. Konkret wird Apple vorgeworfen, dass die für Bezahlvorgänge im Apple-Ökosystem wichtige Wallet-App ausschließlich Apple Pay unterstützt und damit für konkurrierende Zahldienste der Markt verschlossen wird.²³⁹

²³⁴ In der Vergangenheit wurde Kritik laut, wonach die Europäische Kommission die Wettbewerbsbeziehung zwischen Google und Apple ignorierte; Petit, N., *EU engaged in antitrust gerrymandering against Google*, CPI – Competition Policy International, 1. August 2018.

²³⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 515.

²³⁶ Demnach zahlte Google 2014 1 Milliarde US-Dollar an Apple; Hern, A., *Google paid Apple \$ 1bn to be default iOS search engine*, *The Guardian*, 22. Januar 2016; <https://www.theguardian.com/technology/2016/jan/22/google-paid-apple-1bn-to-be-default-ios-search-engine>, Abruf am 6. März 2020.

²³⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 497 ff.

²³⁸ U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Washington D.C. 20515-6216, One Hundred Sixteenth Congress, 13. September 2019.

²³⁹ McGee, P./Espinoza, J., *EU sets sights on Apple Pay over antitrust concerns*, *Financial Times*, 16. Oktober 2019; <https://www.ft.com/content/e65c9a76-f039-11e9-bfa4-b25f11f42901>, Abruf am 11. März 2020.

2.2.6 Abhilfemaßnahmen stellen die missbräuchlichen Verhaltensweisen (effektiv) ab, verhelfen jedoch nicht zur Lösung struktureller Probleme

405. Die verhängten Abhilfemaßnahmen verpflichteten Google, davon abzusehen, den Erhalt des Play Stores vertraglich an die Vorinstallation seines Suchdienstes und seines Internetbrowsers Chrome zu koppeln.²⁴⁰ Neben der Beendigung der als missbräuchlich eingestufteten Verhaltensweisen hat Google daraufhin sein Geschäftsmodell in zweierlei Hinsicht modifiziert. Zum einen erhebt Google für die GMS nun Lizenzgebühren bei den Herstellern von Mobilgeräten. Zum anderen wird Verbrauchern bei der Erstinstallation von Mobilgeräten, mit deren Herstellern Vereinbarungen zur Vorinstallation der GMS bestehen, bei der Festlegung des Standard-Suchdienstes künftig die Wahl zwischen Google und drei alternativen Anbietern ermöglicht. Die Auswahl der konkurrierenden Anbieter erfolgt dabei auf Basis einer Auktion.

406. Berichten zufolge führte Google für die Hersteller von Mobilgeräten eine Lizenzgebühr von bis zu USD 40 pro Gerät für den Erwerb der GMS ein.²⁴¹ Damit weicht Google von seiner ursprünglichen Strategie eines unentgeltlichen Angebots für Android und seine Apps ab, indem dieses Angebot nun nicht mehr nur ausschließlich auf den Marktseiten der Werbetreibenden und der App-Entwickler monetisiert wird, sondern Einnahmen künftig auch auf der Marktseite der Nutzer erzielt werden. Im Fall von Lizenzgebühren, die pro verkauftes Gerät erhoben werden, ist davon auszugehen, dass diese von den Herstellern von Mobilgeräten zumindest in Teilen an die Verbraucher weitergereicht werden. Als Folge dessen dürften sich Preiserhöhungen für die Mobilgeräte einstellen, was grundsätzlich zu einer Minderung der Konsumentenwohlfahrt führen würde. Demgegenüber dürften solche Preiserhöhungen insbesondere vor dem Hintergrund des (von der Europäischen Kommission festgestellten) schwach ausgeprägten Wettbewerbs zwischen Apple- und Android-Mobilgeräten kaum negative Auswirkungen auf Googles Erlöse aus dem Angebot seiner Apps und des Android-Betriebssystems haben. Ferner kommen jüngste Forschungsarbeiten zu dem Ergebnis, dass eine hinreichend asymmetrische Preissetzung für Einzellizenzen unter bestimmten Voraussetzungen eine mit den MADAs vergleichbare Bündelungswirkung entfalten kann.²⁴² Hiermit ist es konsistent, dass Google Berichten zufolge Rabatte auf den Lizenzpreis für die GMS gewährt, wenn die Abnehmer nicht nur ausschließlich den Play Store, sondern darüber hinaus auch Googles Suchdienst und Chrome vorinstallieren und als Standard einstellen.²⁴³

407. Unabhängig davon hat Google in Absprache mit der Europäischen Kommission einen Mechanismus eingeführt, der den Verbrauchern ab März 2020 bei der Erstinstallation eines Mobilgerätes die Wahl zwischen Google und drei alternativen Suchdiensten ermöglicht.²⁴⁴ Ein solches Auswahlmenü erhalten Verbraucher auf Android-Mobilgeräten, deren Hersteller im Rahmen des Erwerbs der GMS-Lizenz zur Vorinstallation des Google-Suchdienstes berechtigt sind. Im Grundsatz ähnelt diese Praxis den Verpflichtungszusagen von Microsoft, die das Unternehmen 2009 im Zuge des Verfahrens zur Koppelung des Internet Explorers an das Betriebssystem Windows gegenüber der Europäischen Kommission machte.²⁴⁵ Jedoch müssen sich im Fall Google die konkurrierenden Suchdienste den Platz auf dem Auswahlmenü im Bieterwettbewerb erkaufen. Google wendet dafür eine verdeckte Viertpreisauktion an. Dabei geben interessierte Anbieter von Suchdiensten verdeckte Gebote für ein Entgelt ab, die für jeden Verbraucher, der das Produkt dieses Anbieters als Standard-Suchdienst wählt, an Google zu entrichten ist. Die erfolgreichen Bieter mit den drei höchsten Angeboten zahlen dann jedoch nicht den Preis ihres eigenen Gebots, sondern lediglich den des vierthöchsten Gebots. Die Auktion – und damit auch die Selektion der An-

²⁴⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 1394 f.

²⁴¹ Kastrenakes, J./Brandom, R., Google app suite costs as much as \$ 40 per phone under new EU Android deal, Confidential documents show strong incentives for keeping bundle intact, The Verge, 19. Oktober 2018; <https://www.theverge.com/2018/10/19/17999366/google-eu-android-licensing-terms>, Abruf am 7. März 2020.

²⁴² De Cornière, A./Taylor, G., Upstream Bundling and Leverage of Market Power, CEPR Discussion Paper No. DP13083, Juli 2018.

²⁴³ Kastrenakes, J./Brandom, R., Google app suite costs as much as \$ 40 per phone under new EU Android deal, Confidential documents show strong incentives for keeping bundle intact, a. a. O.

²⁴⁴ Android.com, About the choice screen, 8. Januar 2020, <https://www.android.com/choicescreen/>, Abruf am 30. März 2020.

²⁴⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 16. Dezember 2009, AT.39530 – Microsoft (Koppelung), Anhang, S. 27 ff.

bieter für die Verbraucher – wird für jeden Mitgliedstaat des EWR separat durchgeführt und im Turnus von vier Monaten wiederholt. Laut Google sollen die daraus erzielten Einnahmen für die Verbesserung und für den Erhalt von Android eingesetzt werden.²⁴⁶

408. Aus Sicht der Monopolkommission sind Auktionen zwar ein geeignetes Mittel zur effizienten Verteilung knapper Ressourcen²⁴⁷, wie sie auch die Plätze auf dem Auswahlmenü für die Vorinstallation von Suchdiensten auf einem Smartphone darstellen. Jedoch handelt es sich hierbei um die Märkte für Suchdienste, die in Bezug auf ihre Struktur bereits nachhaltig zugunsten von Google gekippt sind.²⁴⁸ Als Folge dessen generiert Google dort für den Plattformwettbewerb essenzielle Größen- und Netzwerkvorteile, die Wettbewerber kaum ausgleichen könnten. So verbessert ein großes Anfragevolumen auf einem Suchdienst die Relevanz der auf eine Suchanfrage hin angezeigten Ergebnisse maßgeblich.²⁴⁹ Ebenso verstärkt das Ausschöpfen indirekter Netzwerkeffekte zwischen Endverbrauchern und Werbetreibenden die beherrschende Stellung von Google. Diesbezüglich weist die Europäische Kommission darauf hin, dass zum einen ein hoher Grad an Personalisierung der Werbung einem Teil der Verbraucher einen positiven Nutzen stiftet und dass zum anderen hohe Werbeumsätze wiederum in die Verbesserung der Suchmaschine reinvestiert würden.²⁵⁰ Demzufolge dürfte auch ein Auswahlmenü für die Verbraucher nicht zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen. Dieser Eindruck verfestigt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass konkurrierende Suchdienste, die ihre Erlöse wie auch Google ausschließlich von Werbetreibenden erwirtschaften, einen Teil ihrer für den Plattformwettbewerb elementaren Einnahmen an Google weiterreichen müssen.

409. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Abhilfemaßnahmen auf wettbewerblich strukturierten Märkten zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen würden. Beispielsweise wäre Googles Entscheidung, seine Android-Apps künftig auch über die Nutzer unter Einsatz von Lizenzgebühren zu monetarisieren, dem Wettbewerb prinzipiell zuträglich, da die Hersteller von Mobilgeräten bei der Wahl der Vorinstallation von Apps (sowie des Betriebssystems) künftig für diese den von ihnen beigemessenen Wert zahlen müssten.²⁵¹ Ebenso würde der Wettbewerb auf den Märkten für Suchdienste gefördert, wenn die Verbraucher bei der Einstellung ihres Standard-Suchdienstes zwischen mehreren Anbietern wählen können. Jedoch ist zu konstatieren, dass die Machtposition von Google auf den relevanten Märkten durch indirekte Netzwerkeffekte in einer Weise gefestigt ist, dass Marktstrukturen nachhaltig geschädigt wurden. Selbst nach der Abkehr von einem unentgeltlichen Angebot des Play Stores ist nicht anzunehmen, dass Hersteller von Mobilgeräten künftig alternative App-Stores vorinstallieren werden, da die Endverbraucher nicht auf die Vielfalt der auf dem Play Store angebotenen Apps verzichten möchten. Ebenso kann auch nach Untersagung der Koppelvereinbarungen nicht davon ausgegangen werden, dass konkurrierende Suchdienste sich auf lange Sicht im Markt etablieren werden. Dafür mangelt es diesen insbesondere an einer hinreichend großen Menge generierter Daten, jedoch oft aber auch schlichtweg an Finanzkraft, um ein im Leistungswettbewerb mit Google erfolgreiches Produkt entwickeln zu können.

²⁴⁶ Android.com, About the choice screen, 8. Januar 2020, a. a. O.

²⁴⁷ Siehe beispielsweise Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Staatliches Augenmaß beim Netzausbau, Baden-Baden 2019, Tz. 224 ff.

²⁴⁸ Siehe hierzu auch Tz. 392.

²⁴⁹ Für Suchdienste könne dabei angenommen werden, dass ein abnehmender Grenzvorteil in Bezug auf das Anfragevolumen im Hinblick auf die Verbesserung der Relevanz der Suchergebnisse bestehe, sobald das Anfragevolumen einen bestimmten Schwellenwert überschritten habe. Die Europäische Kommission wies zudem darauf hin, dass Google auf den Märkten für Suchdienste anfänglich auch deshalb Wettbewerber verdrängen konnte, da Größenvorteile in Bezug auf das Anfragevolumen in den Anfangsjahren der Online-Suche nicht die heutige Bedeutung hatten. Ursächlich dafür sei, dass noch keine Technologie zur Erfassung und Auswertung des Nutzerverhaltens und damit ausgefeilte Suchalgorithmen verfügbar waren; EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 689 ff. Zu den Faktoren der Marktkonzentration bei Suchmaschinen, vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 198 ff.

²⁵⁰ Tz. 386 sowie EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 693 ff.

²⁵¹ Caffarra, C./Latham, O./Bennett, M./Etro, F./Regibeau, P./Stillman, B., Google Android: European “Techlash” or Milestone in Antitrust Enforcement? VOX CEPR Policy Portal, 27. Juli 2018.

2.2.7 Lehren aus dem Fall Google Android: Die Bewahrung wettbewerblicher Strukturen erfordert ein frühzeitiges Ergreifen kartellrechtlicher Maßnahmen

410. Der Beschluss der Europäischen Kommission im Fall Google Android geht mit einer gewissen Präcedenzwirkung einher. Google ist im Rahmen seines Android-Ökosystems eine beherrschende Stellung zuzurechnen. Diese konzentriert sich nicht nur auf das Betriebssystem, sondern erstreckt sich in konglomerater Weise über mehrere Plattformmärkte innerhalb des Ökosystems. Mit Blick auf die gegenwärtige Diskussion um eine Aufrüstung des Kartellrechts²⁵² betreffend der sich in der Digitalökonomie stellenden Herausforderungen – und damit insbesondere in Bezug auf den kartellrechtlichen Umgang mit den großen Digitalkonzernen – sind die sich aus dem Fall Google Android ergebenden Schlussfolgerungen ambivalent. Einerseits zeigt sich, dass Art. 102 AEUV den Wettbewerbsbehörden ein für die Durchsetzungspraxis wirksames kartellrechtliches Instrumentarium an die Hand gibt, um missbräuchliche Verhaltensweisen der betroffenen Konzerne abzustellen und wettbewerbliche Strukturen zu schützen. Andererseits lässt sich jedoch insbesondere mit Blick auf die Plattformmärkte für Suchdienste konstatieren, dass Abhilfemaßnahmen, welche die Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens verfügen, ohne wettbewerbliche Wirkung bleiben dürften, sobald die Marktstruktur bereits geschädigt wurde.

411. Die Europäische Kommission hat die MADAs, die AFAs und die Umsatzbeteiligungen als Verstöße gegen Art. 102 AEUV bewertet. In ihrem Beschluss folgte die Europäische Kommission einem zweistufigen Verfahren. In einem ersten Schritt wurden diejenigen Märkte abgegrenzt, auf denen Google als marktmächtig erachtet wurde und die für die Missbrauchstatbestände relevant waren. Nach dem Verständnis der Monopolkommission war dabei insbesondere die Annahme der Europäischen Kommission plausibel, dass der Wettbewerb mit Apple keinen Einfluss auf die Missbrauchstatbestände hatte.²⁵³ In einem zweiten Schritt erfolgte die Einordnung als Behinderungsmissbrauch. Im Beispiel der MADAs orientierte sich die Europäische Kommission hierbei eng an der bestehenden Rechtsprechung (insbesondere der zum Fall Microsoft).²⁵⁴ Neben den festgesetzten Bußgeldern verpflichteten die auferlegten Abhilfemaßnahmen Google, die als missbräuchlich eingestuften Vertragsinhalte abzustellen. Diesbezüglich erachtet die Monopolkommission die Bewertung der MADAs als Behinderungsmissbrauch sowie die verhängten Abhilfemaßnahmen als prinzipiell nachvollziehbar. Jedoch ist zu bemängeln, dass es die Europäische Kommission versäumt hat, ein plausibles ökonomisches Rational für die Wettbewerbswidrigkeit der MADAs darzulegen, die – nach Auffassung der Monopolkommission – in Googles Geschäftsmodell, das mehrere Plattformmärkte umfasst, zu verorten gewesen wäre.²⁵⁵

412. Die Wirkung der Abstellungsverfügung auf den Wettbewerb auf den Märkten für die durch die MADAs an den Play Store gekoppelten Produkte Chrome und Suchdienst ist unterschiedlich. Auf den Märkten für mobile Internetbrowser ist eine wettbewerbliche Struktur weiterhin erkennbar. Dennoch lässt sich die Tendenz beobachten, dass die Stellung von Google auch dort zunehmend bedeutender geworden ist.²⁵⁶ Durch das Verbot der MADAs unterliegen die Hersteller von Mobilgeräten nun nicht mehr der Einschränkung, bei der Vorinstallation des Play Stores und des Suchdienstes von Google auch den Internetbrowser Chrome vorinstallieren zu müssen. Dies dürfte zu einer Revitalisierung des Wettbewerbs zwischen den Anbietern von mobilen Internetbrowsern führen. Im Gegensatz dazu profitiert Google auf den Märkten für Suchdienste derart von Größenvorteilen und indirekten Netzwerkeffekten, dass die Marktstruktur dort – unter anderem bedingt durch den festgestellten Missbrauch – strukturelle Schäden davongetragen hat.²⁵⁷ Ein Verbot der MADAs alleine dürfte hier nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen. Dabei ist zu beachten, dass die MADAs zwar nicht allein ursächlich für das Kip-

²⁵² Die Monopolkommission befasst sich in diesem Gutachten tiefergehend mit der Missbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft (Tz. 45 ff.).

²⁵³ Tz. 400 ff.

²⁵⁴ Tz. 393 ff.

²⁵⁵ Tz. 397 ff.

²⁵⁶ Tz. 386.

²⁵⁷ Tz. 407.

pen der Märkte für Suchdienste waren. Jedoch dürften diese zumindest nicht unwesentlich dazu beigetragen haben, dass konkurrierende Suchdienste nicht über mobile Suchanwendungen mit Google in Wettbewerb treten konnten. Demzufolge sind die Abhilfemaßnahmen zwar in ihrer Ausgestaltung nicht als unrichtig einzustufen. Damit jedoch effektiv ein den Wettbewerb schützender Effekt – noch während des Prozesses des Kippens der Märkte für Suchdienste – hätte entfaltet werden können, hätten die Maßnahmen früher implementiert werden müssen.

413. Die Europäische Kommission hat dieses Problem erkannt. Am 2. Juni 2020 hat sie Konsultationen zu einem neuen Wettbewerbsinstrument sowie einem Gesetzgebungspaket für große Digitalplattformen eingeleitet.²⁵⁸ Das neue Wettbewerbsinstrument soll insbesondere auf den Digitalmärkten eine schnelle Intervention ermöglichen, unter anderem wenn strukturelle Risiken für den Wettbewerb – beispielsweise durch die Existenz starker Netzwerkeffekte – bestehen.²⁵⁹ Das ergänzende Gesetzgebungspaket zielt auf einen Erhalt eines fairen Wettbewerbs in der Digitalwirtschaft durch die Schaffung eines Regulierungsrahmens ab, der große Plattformunternehmen gegebenenfalls bestimmten Verhaltensaufgaben unterwerfen soll.²⁶⁰

2.3 Unionsrechtskonforme Rechtsanwendung sicherstellen

414. Die Art. 101 und 102 AEUV geben einen einheitlichen Rechtsstandard für die Beurteilung von Kartell- und Missbrauchsverstößen vor. Ihre konsequente Durchsetzung reduziert Unsicherheiten aller Marktteilnehmer bei der Beurteilung neuer und bislang ungeklärter Rechtsfragen. Sie sorgt zudem für einen Mindestschutz der Verbraucher im Wettbewerb, wobei den Mitgliedstaaten im Missbrauchsrecht die Freiheit für einen weitergehenden Schutz verbleibt. Zuletzt ist die Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV aus wettbewerbspolitischer Sicht auch deshalb wünschenswert, weil einheitliche Vorgaben zu Kartell- und Missbrauchsverstößen zur Entwicklung homogener Marktbedingungen und damit zur Entwicklung eines EU-Binnenmarktes beitragen können.

415. Die öffentliche Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV erfolgt im bestehenden Rechtsrahmen nicht nur durch die Europäische Kommission, sondern insbesondere auch durch die Behörden und Gerichte in den Mitgliedstaaten. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 statuiert deshalb eine ausdrückliche Pflicht speziell für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, die Art. 101 und 102 AEUV auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen anzuwenden, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Dies soll dazu beitragen, eine „wirksame und einheitliche Anwendung“ der Art. 101 und 102 AEUV zu gewährleisten.²⁶¹ Auch die Richtlinie (EU) 2019/1, die im Rahmen des anstehenden GWB-Digitalisierungsgesetzes umgesetzt werden soll, beruht auf der Erwägung, dass „die meisten nationalen Wettbewerbsbehörden das nationale Wettbewerbsrecht parallel“ zu den Bestimmungen der Art. 101 und 102 AEUV anwenden. Die Richtlinie soll unter diesen Umständen gewährleisten, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über die Garantien im Hinblick auf Unabhängigkeit, Ressourcen und Befugnisse verfügen, die erforderlich sind, um „die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden“.²⁶²

416. Die Verpflichtungen für Behörden und Gerichte nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 werden ergänzt durch Art. 267 AEUV, wonach mitgliedstaatliche Gerichte berechtigt – und höchstinstanzliche Gerichte verpflichtet – sind, dem EuGH Fragen zur Auslegung der Europäischen Verträge zur Vorabentscheidung vorzulegen. Diese Vorlagepflicht dient nicht nur ihrerseits der Einheitlichkeit des Unionsrechts, sondern gibt den Gerichten auch die Möglichkeit, durch Vorlagefragen die Unionsrechtsentwicklung mitzugestalten. Die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden können hierzu beitragen, indem sie vor den Gerichten auf eine Vorlage hinwirken.

²⁵⁸ Näher zu den Vorschlägen der Europäischen Kommission Tz. 48 f. in diesem Gutachten.

²⁵⁹ EU-Kommission, Proposal for a regulation: New competition tool, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>, Abruf am 9. Juni 2020.

²⁶⁰ EU-Kommission, Proposal for a regulation: Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>, Abruf am 9. Juni 2020.

²⁶¹ Erwägungsgründe 1 und 8 VO 1/2003.

²⁶² Erwägungsgrund 3 der Richtlinie (EU) 2019/1.

417. Die Rechtsanwendung nach nationalem Wettbewerbsrecht muss sowohl nach dem in der EU-Rechtsprechung entwickelten allgemeinen unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz als auch nach den Vorgaben der zitierten Rechtsakte stets die Prüfung umfassen, ob Art. 101 und 102 AEUV im gegebenen Einzelfall anwendbar sind.²⁶³ Wenn dies zu bejahen ist, dann sind die Art. 101 und 102 AEUV anzuwenden. Dies folgt einerseits aus dem Anwendungsvorrang der EU-Verträge und andererseits aus dem – insoweit lediglich deklaratorischen – Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003. Wenn Zweifelsfragen bestehen, sind diese grundsätzlich durch eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV zu klären. Nur wenn eindeutig feststeht, dass Art. 101 und 102 AEUV im Einzelfall unanwendbar sind, hat die Prüfung und Anwendung der Vorschriften zu unterbleiben.

418. Die Anwendung von Art. 101 AEUV erfolgt in Deutschland in weiten Teilen im Einklang mit der Auslegung dieser Vorschrift durch die Unionsgerichte und die Europäische Kommission. Ein solcher Einklang besteht zumindest mit Blick auf horizontale Kartelle.²⁶⁴ Kritischer ist die Anwendung von Art. 101 AEUV in Bezug auf Vereinbarungen mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen. Insbesondere die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes zum Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Kartellverbot) in Art. 101 AEUV in Fällen des selektiven Vertriebs hat in den vergangenen Jahren den Interessen des Handels ein relativ starkes Gewicht gegenüber den Interessen von Markenherstellern beigemessen, wobei diese Praxis durch die Entscheidung des EuGH in Sachen „Coty“ infrage gestellt worden ist.²⁶⁵ Das Bundeskartellamt hat unter Berufung auf die Entscheidung des BGH im Fall „Asics“ zwar Unterschiede zwischen dem Cotyfall und den vom Amt selbst beurteilten Fällen hervorgehoben.²⁶⁶ Allerdings kommt es für die Frage, welche Maßstäbe für die Beurteilung eines Falls nach Art. 101 AEUV im konkreten Fall gelten, weder auf Unterschiede im Sachverhalt zu anderen Fällen noch auf eine etwaige Rechtsprechung des BGH zu Einzelfragen im Rahmen von Art. 101 AEUV an. Entscheidend ist allein, ob die Auslegung von Art. 101 AEUV vonseiten des Bundeskartellamtes von der Rechtsprechung des EuGH abgedeckt ist. Auch bei Preisbindungen verfolgt das Bundeskartellamt – insoweit freilich im Einklang mit den europäischen Leitlinien über Vertikalvereinbarungen – einen eher restriktiven Ansatz, obwohl nicht auszuschließen ist, dass Markenhersteller Preisbindungen zu ähnlichen Zwecken wie Vorgaben in einem selektiven Vertriebssystem einsetzen können. Die Rechtsprechung des EuGH dürfte es in diesem Fall nahelegen, die Interessen von Markenherstellern und Händlern ähnlich ausgewogen wie bei Vertriebsbindungen zu gewichten.²⁶⁷

419. Der BGH hat die Auslegung von Art. 101 AEUV durch das Bundeskartellamt im Fall „Asics“ zwar bestätigt. Er hat hierzu eine eigene Auslegung von Art. 4 lit. c VO 330/2010 (als deklaratorische Ergänzung zu Art. 101 Abs. 3 AEUV) vorgenommen. Es handelte sich allerdings um keinen Fall, in dem die Frage, wie das einschlägige Unionsrecht auszulegen ist, vernünftigerweise keinen Zweifeln unterlag oder durch Unionsrechtsprechung schon geklärt war (*acte clair* bzw. *éclairé*). Die Grenzen der Zulässigkeit des selektiven Vertriebs gehören – im Gegenteil – seit Jahren zu den umstrittensten Fragen nach Art. 101 AEUV und stellen einen Schwerpunkt der Bemühungen der Europäischen Kommission zur Reform der Verordnung (EU) 330/2010 und der zugehörigen Leitlinien dar.²⁶⁸ Einschlägige Unionsrechtsprechung zum selektiven Vertrieb von Sportartikeln wie im Fall „Asics“ gab es ebenfalls

²⁶³ Siehe in diesem Kontext EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 29; Urteil vom 10. Juli 1997, C-261/95 – Palmisani/INPS, Slg. 1997, I-4025, ECLI:EU:C:1997:351, Rz. 27 zum unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz.

²⁶⁴ Siehe Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 797 ff. zu einer bedenklichen Ausnahme im vorangegangenen Berichtszeitraum 2017/2018.

²⁶⁵ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941. Dazu bereits Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 823 ff.

²⁶⁶ BKartA, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Coty und Asics – wie geht es weiter?, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2018, S. 4 f.

²⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, 107/82 – AEG, Slg. 1983, 3151, ECLI:EU:C:1983:293, Rz. 33. Darauf, dass sich Beschränkungen im Selektivvertrieb ähnlich wie Preisbindungen auswirken können, verweist das BKartA auch selbst; siehe Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 – Asics, Tz. 455.

²⁶⁸ Siehe dazu nur die Stellungnahmen in: EU-Kommission, Review of the Vertical Block Exemption Regulation, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/index_en.html https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/index_en.html, Abruf am 3. Juli 2020.

nicht. Die Vorlage zur Vorabentscheidung hätte dem BGH in diesem Fall somit eine konkrete Möglichkeit geboten, im Rahmen des zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten bestehenden Kooperationsverhältnisses Einfluss auf die gesamteuropäische Rechtsentwicklung zu nehmen.²⁶⁹ Der EuGH räumt den nationalen Gerichten zudem nicht unerhebliche Freiheiten in der Formulierung der Vorlagefragen ein, sodass der BGH bei deren Ausgestaltung auch Aspekte wie z. B. Folgen für den Verfahrensaufwand (zusätzliche Kosten für die Beteiligten, Verfahrensdauer) hätte einbeziehen können.²⁷⁰

420. Die Nichtvorlage im betreffenden Fall erscheint hingegen problematisch. Denn damit blieb offen, wie der EuGH Art. 101 AEUV in der betreffenden Fallkonstellation auslegen würde. Nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 ist der BGH aber verpflichtet, Art. 101 AEUV gerade in der nach Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV maßgeblichen Auslegung der europäischen Verträge durch den EuGH anzuwenden. Daneben verletzt der BGH seine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn er keine Klärung durch den EuGH unter Berufung auf den von anderen Fällen unterscheidbaren Sachverhalt herbeiführt.²⁷¹ Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass der BGH der Vorlagepflicht in Fällen des Art. 101 AEUV aus ihrer Sicht schon früher nicht nachgekommen ist.²⁷²

421. Zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf missbräuchliches Verhalten gibt es weniger Fallpraxis als zur Anwendung von Art. 101 AEUV. Auf behördlicher Ebene hat das Bundeskartellamt allerdings zuletzt in seinem Facebook-Fall das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ungeprüft gelassen. Dies hat es damit begründet, dass die von der (deutschen) Rechtsprechung zur Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB entwickelte Missbrauchsprüfung „in der europäischen Rechtsprechung und Anwendungspraxis [zu Art. 102 AEUV] keine Entsprechung gefunden“ habe.²⁷³ Auf gerichtlicher Ebene unterlässt es der BGH regelmäßig in Fällen, in denen Rechtsmittel zu den Missbrauchstatbeständen in §§ 19 f. GWB erhoben werden, Art. 102 AEUV parallel zu prüfen. Eine solche Prüfung nimmt er auch dann nicht vor, wenn die betroffenen Märkte eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nahelegen.²⁷⁴ Den Prüfungspflichten, welche die Gerichte unionsrechtlich nach Art. 3 VO 1/2003 zu beachten haben, steht allerdings eine etwaige Beschränkung des Prüfungsumfangs nach nationalem Rechtsmittelrecht nicht entgegen.²⁷⁵ Davon abgesehen hat der BGH im Kontext des Finanzaufsichtsrechts selbst hervorgehoben, dass er nach

²⁶⁹ Siehe schon Kühling/Drechsler, NJW 2017, 2950, 2953 f. zu diesem Aspekt.

²⁷⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. April 2007, C-295/05 – Asociación Nacional de Empresas Forestales, Slg. 2007, I-2999, ECLI:EU:C:2007:227, Rz. 30; Urteil vom 5. Februar 1963, 26/62 – Van Gend en Loos, Slg. 1963, S. 1, 24, ECLI:EU:C:1963:1.

²⁷¹ BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017, KVZ 41/17 – Asics, Rz. 20 ff. Vgl. infolgedessen z. B. die Empfehlungen zur Klarstellung in: ABA, Comments vom 27. Mai 2019, S. 8; BRAK, Stellungnahme Nr. 12/2019, Mai 2019, S. 10, 21; Deutscher Franchiseverband, Stellungnahme, S. 12; European Federation of Perfumes Retailers – FEPR Report, 27 May 2019, Tz. 44 ff.; GRUR, Stellungnahme vom 27. Mai 2019, S. 3 f.; IBA, Submission in Response to the Public Questionnaire for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, S. 15; Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Tz. 129 (in den zur Konsultation der EU-Kommission eingereichten Dokumenten und jeweils unter Verweis auf die Asics-Entscheidung des BGH); unmittelbar zur BKartA-Entscheidung auch kritisch: Meisterkreis, Gerechtigkeitslücken des Vertriebskartellrechts, Diskussionspapier zum Selektivvertrieb, S. 20, 26.

²⁷² Siehe zuvor schon BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44 ff.; dazu kritisch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 1023 ff. Zu der Empfehlung der Monopolkommission, dass die deutschen Gerichte – insbesondere im Bereich des Internetvertriebs – mehr Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten sollten, vgl. bereits XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 844.

²⁷³ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook, Tz. 914; im Schrifttum kritisch hierzu Wouter Wils, The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt, Concurrences N° 3-2019; Vorabfassung unentgeltlich abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424592, Abruf am 3. Juli 2020; offener Haus/Deniz Cesarano, NZKart 2019, 637, 643 f.

²⁷⁴ Siehe nur jüngst BGH, Urteil vom 29. Januar 2019, KZR 4/17 – Teilnehmerdaten V, Rz. 63 ff.: möglicherweise missbräuchliche Vertragsvereinbarungen über deutschlandweite Teilnehmerverzeichnisse und die Erlösverteilung bzgl. regional herausgegebener Telefonbücher; BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werblocker III, Rz. 22 ff.: beherrschende Stellung für im Internet angebotene Werblocker.

²⁷⁵ Zuber in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 3 Verfo Rn. 15; Sura in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 2: EU-WettbR, 13. Aufl. 2018, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 8 („alleinige Anwendung einzelstaatlichen Rechts in Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug ist [...] gesperrt“). Die Prüfung von Art. 102 AEUV ist somit entscheidungserheblich im Sinne der maßgeblichen EuGH-Rechtsprechung; vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, 283/81 – CILFIT/Ministero della Sanità, Slg. 1982, 3415, EC-

nationalem Prozessrecht durch eine unbeschränkte Zulassungsentscheidung zum Rechtsmittel in seiner Prüfungsbefugnis nicht eingeschränkt wird.²⁷⁶

422. Wenn sich im Übrigen Auslegungsfragen in Bezug auf die Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 stellen sollten, wären diese ebenfalls durch Vorabentscheidung des EuGH zu klären. Die Vorlagepflicht entfällt nicht dadurch, dass sich die von den nationalen Behörden und Gerichten zu prüfenden Fälle möglicherweise aufgrund ihres Sachverhalts von den auf Unionsebene bereits geprüften Fällen unterscheiden. Wenn es auf Unionsebene noch keine eindeutige Rechtsauslegung zur Beurteilung solcher Fälle gibt, dann ist eine Vorlage umso notwendiger, um eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 sicherzustellen, die eine effektive Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV gewährleistet.

423. Die Folgen eines etwaigen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 sind unklar. Im Grundsatz bestimmen sich die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Unionsrecht, sofern dieses keine Aussagen zu den Rechtsfolgen trifft, gemäß Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 EUV nach dem nationalen Recht. Insofern ist bei einer Missachtung von Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 im Verwaltungsverfahren offen, ob die Nichtprüfung von Art. 101 oder Art. 102 AEUV stets erheblich ist oder, falls sie sich in der kartellbehördlichen Entscheidung im Ergebnis nicht ausgewirkt hat, als bloßer Begründungsfehler nach §§ 45 f. VwVfG unbeachtlich sein kann.²⁷⁷ Sie ist aber mit Blick auf das Ziel einer einheitlichen Rechtsentwicklung jedenfalls dann kritisch zu sehen, wenn sie zu einer Anwendungslinie der Art. 101 und 102 AEUV führt, deren Ergebnisse in Widerspruch zur Unionsrechtsprechung stehen. Eine Missachtung von Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 im gerichtlichen Verfahren dürfte stets erheblich sein.²⁷⁸ Davon abgesehen verletzt die gerichtliche Nichtvorlage entgegen Art. 267 AEUV das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

424. Zusammenfassend beachten die deutschen Behörden und Gerichte zu wenig die Vorgaben des Unionsrechts, die eine einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen sollen. In Fällen mit unionsrechtlich zu klärenden Auslegungsmaßstäben verzichten sie darauf, eine solche Klärung herbeizuführen. Damit kehren sie die Vorgabe des Art. 3 VO 1/2003, wonach Unions- und nationales Wettbewerbsrecht parallel anzuwenden sind, außer die Vorschrift gestattet abweichende nationale Regelungen, praktisch in ihr Gegenteil um. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und begünstigt eine Entwicklung unterschiedlicher Rechtsstandards, wodurch die Entwicklung eines einheitlichen EU-Binnenmarktes erschwert wird. Die Monopolkommission sieht insbesondere die letztinstanzlichen Gerichte in der Verantwortung dafür, dass solchen Fehlentwicklungen vorgebeugt wird. Sie regt deshalb an, die gemeinsamen Bestimmungen der §§ 90 ff. GWB um einen neuen § 96 GWB zu ergänzen, der wie folgt gefasst wird:

„In einem Verfahren, das Verhaltensweisen betrifft, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, ist das Gericht in den Entscheidungsgründen verpflichtet festzustellen, ob Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union anwendbar sind, wenn die Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann.“

Eine solche Vorschrift würde – abgesehen von ihrem Beitrag zur einheitlichen Entwicklung des Unionsrechts – die verfassungsrechtliche Pflicht nach Art. 103 Abs. 1 GG konkretisieren, wonach die Entscheidungsgründe alle Tatsa-

LI:EU:C:1982:335, Rz. 9 ff.; ergänzend EuGH, Urteil vom 13. März 2007, C 432/05 – Unibet, Slg. 2007, I-2271, ECLI:EU:C:2007:163, Rz. 37 i. V. m. 41-43.

²⁷⁶ BGH, Urteil vom 10. Juli 2018, VI ZR 263/17, Rz. 11 (zit. nach Juris).

²⁷⁷ Vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 44 VwVfG Rn. 105, 109; siehe auch Rehlinger in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU-WettbR, 6. Aufl. 2019, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 18 (wesentlicher Verfahrensfehler); abweichend Jaeger in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. III, 95. Lfg. 01/2020, Köln, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 7, 13 ff.; Bardong/Mühle in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU-WettbR, 3. Aufl. 2020, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 130 ff.

²⁷⁸ Siehe hierzu BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2017, 2 BvR 424/17.

chen- und Rechtsausführungen enthalten müssen, mit denen ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf zu rechnen hat.²⁷⁹

2.4 Einheitliche Wettbewerbsbedingungen im Leistungssport schaffen

2.4.1 Einführung

425. In den vergangenen Jahren haben kartellrechtliche Aspekte in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Sportverbänden und Athleten eine zentrale Rolle gespielt. Die in solchen Fällen relevanten Streitpunkte werfen die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von unternehmerischem Handeln und sportlicher Betätigung auf. Streitentscheidend ist regelmäßig, inwieweit Sportverbände die Handlungsfreiheit der Athleten im Zusammenhang mit der Teilnahme an Wettkämpfen reglementieren dürfen. Die zunehmende Kommerzialisierung von Sportveranstaltungen hat zur Folge, dass wettbewerbsrechtliche und -ökonomische Erwägungen in diesem Bereich größere Bedeutung erlangen.

426. Zwei Gerichtsentscheidungen, welche die Reichweite des Kartellrechts in dem Verhältnis zwischen Athleten und den Sportverbänden betreffen und für die dortige Rechtsentwicklung wesentlich sind, sollen hier nur beispielhaft Erwähnung finden. Nachdem der EuGH in der Rechtssache „Meca-Medina“ festgestellt hatte, dass die EU-Wettbewerbsregeln auf Vorgaben Anwendung finden können, die Sportverbände gegenüber den Athleten machen,²⁸⁰ beschäftigte sich der BGH in der Rechtssache „Pechstein“ mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Schiedsklauseln eines Sportverbandes den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen können.²⁸¹

427. Erneut haben sich jüngst auch die Europäische Kommission sowie das Bundeskartellamt mit wettbewerbsbeschränkendem Verhalten im Sportsektor befasst. Die Europäische Kommission schloss ein Verfahren gegen den Eislaufer-Weltverband, die International Skating Union (ISU), im Dezember 2017 mit einer Untersagungsentscheidung ab.²⁸² Sie hielt Bestimmungen des Verbandes, die Sanktionen bis hin zu lebenslangen Sperren für die Teilnahme der Athleten an nicht von der ISU genehmigten Eislaufer-Veranstaltungen vorsahen, für kartellrechtswidrig. Im Berichtszeitraum führte das Bundeskartellamt ein Zusageverfahren gegen das IOC und den DOSB.²⁸³ Das Bundeskartellamt prüfte, ob die Werbemöglichkeiten der Athleten und ihrer Sponsoren bei Olympischen Spielen missbräuchlich beschränkt wurden, indem die Regelungen in der Olympischen Charta über die individuelle Vermarktung der Sportler zu restriktiv angewandt werden.²⁸⁴

428. Im Mittelpunkt der folgenden Würdigung steht das zuletzt genannte Verfahren des Bundeskartellamtes wegen der Werbebeschränkungen im Zusammenhang mit den Olympischen Spielen. Das Bundeskartellamt hat in seiner Zusageentscheidung von Februar 2019 weitreichende Verpflichtungszusagen vom IOC und vom DOSB angenommen, welche die Werbemöglichkeiten von Athleten und Sponsoren verbessern (dazu Abschnitt 2.4.2). Allerdings gelten die für verbindlich erklärten Lockerungen der Werbebeschränkungen vom IOC und vom DOSB nur für deutsche Athleten. Dies kann eine Ungleichbehandlung mit ausländischen Athleten zur Folge haben und zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes beitragen (dazu Abschnitt 2.4.3). Es sollte in vergleichbaren Konstellationen

²⁷⁹ Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. Februar 2018, 2 BvR 2821/14, Rz. 18 (zit. nach Juris); siehe auch Art. 4 Abs. 1 S. 2 VO 2015/848 zu einer vergleichbaren Regelung im EU-Insolvenzverfahrensrecht sowie Art. 102 § 2 EGIinsO im deutschen Recht; allgemein ferner § 313 Abs. 3 ZPO, § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO, im Strafrecht auch § 267 StPO.

²⁸⁰ EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, C-519/04 P – Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006, I-6991, ECLI:EU:C:2006:492.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 7. Juni 2016, KZR 6/15 – Pechstein, ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0.

²⁸² EU-Kommission, Beschluss vom 8. Dezember 2017, AT.40208 – International Skating Union's Eligibility rules; Nichtigkeitsklage anhängig beim EuG, T-93/18.

²⁸³ BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen.

²⁸⁴ Zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 36 EWR-Abkommen wegen des Verbots individueller Werbemaßnahmen durch den norwegischen Skiverband vgl. EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 16. November 2018, E-8/17 – Kristoffersen.

tionen deshalb auf eine unionsweit einheitliche Beurteilung solcher „Sportfälle“ geachtet werden; insofern könnte auch der Erlass von Leitlinien durch die Europäische Kommission sinnvoll sein (dazu Abschnitt 2.4.4).

2.4.2 Das Verfahren und die Entscheidung des Bundeskartellamtes zu Olympia-Werbebeschränkungen im Überblick

429. Gegenstand des Verfahrens des Bundeskartellamtes war die Regel 40 Nr. 3 der Durchführungsbestimmungen der Olympischen Charta (DF OC).²⁸⁵ Die Olympische Charta enthält die grundlegenden Prinzipien der Olympischen Bewegung unter Führung des IOC. Nach Regel 40 Nr. 3 DF OC in ihrer damaligen Fassung durfte kein Athlet, der an den Olympischen Spielen teilnimmt, während der sog. *frozen period* (d. h. ab dem 9. Tag vor Eröffnung der Olympischen Spiele bis zum 3. Tag nach der Schlussfeier) seine Person, seinen Namen, sein Bild oder seine sportlichen Leistungen zu Werbezwecken nutzen. Damit beschränkt die Regel die Möglichkeit der Athleten und ihrer (potenziellen) Sponsoren, die Teilnahme an den Olympischen Spielen sowie etwaige Erfolge individuell zu vermarkten. Um an den Olympischen Spielen teilnehmen zu können, müssen sich die Athleten mit der Geltung der Olympischen Charta, einschließlich der Regel 40 Nr. 3 DF OC, einverstanden erklären. Verstöße können sowohl seitens des IOC als auch des jeweiligen Nationalen Olympischen Komitees (NOK) sanktioniert werden, etwa mit einem Ausschluss von den Olympischen Spielen bzw. der Olympiamannschaft. Die NOKs verfügen bei der Ausgestaltung der Vorgaben zu den Werberechten im Hinblick auf ihr Territorium über einen Spielraum und legen die Regel 40 Nr. 3 DF OC durchaus unterschiedlich aus.

430. Vor den Olympischen Spielen in Rio de Janeiro im Sommer 2016 wurde erstmals die Möglichkeit eingeführt, eine Ausnahmegenehmigung für individuelle Werbemaßnahmen von Athleten während der *frozen period* zu erhalten. Bei internationalen Werbemaßnahmen sind für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung grundsätzlich das IOC und bei nationalen Werbemaßnahmen, die sich auf das Gebiet eines NOK beschränken, das jeweilige NOK – in Deutschland also der DOSB – zuständig. Neben den vom IOC entwickelten „Rio 2016 Olympic Games – Rule 40 Guidelines“ hat auch der DOSB für seinen Zuständigkeitsbereich einen Leitfaden veröffentlicht, in dem die Möglichkeiten für individuelle Werbemaßnahmen während der Olympischen Spiele erläutert werden. Falls es sich bei dem Sponsor des Athleten nicht zugleich um einen „offiziellen“ Sponsor der Olympischen Spiele oder des DOSB handelte, waren aber nur laufende Werbemaßnahmen, die mindestens drei Monate vor Beginn der Olympischen Spiele begonnen hatten, genehmigungsfähig. Insoweit kam eine Ausnahme lediglich für sog. generische Werbung in Betracht, sodass bestimmte, nicht abschließend genannte Begriffe, Symbole oder Bilder mit – mehr oder minder starkem – Bezug zu den Olympischen Spielen und der Olympischen Bewegung nicht verwendet werden durften. Unabhängig von der Art des Sponsors mussten die Werbemaßnahmen spätestens vier Monate vor dem Beginn der Olympischen Spiele angemeldet werden.

431. Das Bundeskartellamt hat im April 2017 ein Kartellverwaltungsverfahren gegen das IOC und den DOSB wegen der vorgenannten Werbebeschränkungen eingeleitet.²⁸⁶ Nach einem ersten Gespräch mit dem Bundeskartellamt überarbeitete der DOSB seinen für die Olympischen Spiele von 2016 entwickelten Leitfaden zu den Möglichkeiten für individuelle Werbemaßnahmen. Der geänderte Leitfaden wurde einem Markttest unterzogen, der ergab, dass danach weiterhin nur unzureichende Werbemöglichkeiten für die Athleten und deren Sponsoren bestanden. Das Bundeskartellamt führte deshalb erneut Gespräche mit dem IOC und dem DOSB sowie den Marktteilnehmern. In der Folge erstellte das Bundeskartellamt selbst einen neuen Leitfaden für den DOSB, in dem die Werbebeschränkungen in größerem Umfang gelockert sind. Der DOSB erkannte in seinen Verpflichtungszusagen den Inhalt des geänderten Leitfadens an.²⁸⁷ Das Bundeskartellamt hat die Verpflichtungszusagen mit Entscheidung von Februar 2019 gemäß § 32b GWB für bindend erklärt, und zwar bis zum Abschluss der Olympischen Spiele 2026.

²⁸⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 1 ff.

²⁸⁶ Ebenda, Tz. 18 ff.

²⁸⁷ Der Leitfaden ist auf der Webseite des Bundeskartellamtes abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Ruke_40_und_Social_Media.html, Abruf am 6. Juli 2020. Hinsichtlich der Verpflichtungszusagen des IOC findet sich in der Entscheidung des Bundeskartellamtes lediglich der

432. Das Bundeskartellamt kommt in der Zusagenentscheidung nach einer vorläufigen rechtlichen Würdigung zu dem Ergebnis, dass das IOC und der DOSB mit den ursprünglichen Werbebeschränkungen, wie sie sich nach Maßgabe des Leitfadens des DOSB von 2016 auf Grundlage der Regel 40 Nr. 3 DF OC darstellten, gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV und § 19 GWB verstoßen haben.²⁸⁸ Als relevanter Markt wird der weltweite Markt für die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele abgegrenzt. Auf diesem Markt hätten die Mitglieder der Olympischen Bewegung in ihrer Gesamtheit eine marktbeherrschende Stellung, die vom IOC und vom DOSB durch die restriktive Ausgestaltung der Werbemöglichkeiten missbräuchlich ausgenutzt worden sei. Problematisch seien insbesondere (1) das Erfordernis, die Werbemaßnahmen bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt und trotz einer häufig nicht hinreichend klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen dem IOC und dem DOSB anzumelden, (2) das weitgehende und ebenfalls nicht hinreichend klare Verbot, in der Werbung einen Bezug zu Olympia herzustellen und (3) die bei einer Zuwiderhandlung gegen diese Beschränkungen drohenden Sanktionen.

433. Die Werbebeschränkungen beeinträchtigten einerseits die Athleten und andererseits (potenzielle) Sponsoren in der Möglichkeit, die Teilnahme der Athleten an den Olympischen Spielen angemessen zu vermarkten. Sie führten damit zu einer Wettbewerbsbehinderung auf dem – in räumlicher Hinsicht nicht näher abgegrenzten – Drittmarkt für Sportsponsoring. Dieser Markt stehe in hinreichendem Zusammenhang mit dem beherrschten Markt, da davon auszugehen sei, dass die „offiziellen“ olympischen Sponsoren wegen Werbebeschränkungen, die das IOC bzw. der DOSB gegenüber den Athleten und deren Sponsoren durchgesetzt hat, bereit seien, für das Sponsoring hohe Entgelte zu zahlen.²⁸⁹ Da es sich bei den Werbebeschränkungen nicht um „rein sportbezogene“ Regeln handele, seien sie schließlich auch nicht dem Wettbewerbsrecht entzogen. Zwar komme vorliegend (lediglich) die Verhinderung von sog. *Ambush-Marketing* als legitimes Ziel, das mit den Werbebeschränkungen verfolgt werde, in Betracht.²⁹⁰ Die Pflicht zur Anmeldung von individuellen Werbemaßnahmen, einige materielle Beschränkungen der Werbemöglichkeiten, die über die gesetzlichen Schutzrechte hinausgehen, sowie das Sanktionsregime seien hingegen unverhältnismäßig.

434. Diese Punkte sind auch wesentlicher Gegenstand der vom Bundeskartellamt angenommenen Verpflichtungszusagen, die insbesondere die folgenden Lockerungen der Werbebeschränkungen vorsehen.²⁹¹ Danach müssen Werbemaßnahmen, die während der *frozen period* durchgeführt werden sollen, nicht mehr vorab angemeldet und genehmigt werden. Der Katalog von unzulässigen Begriffen sowie Symbolen mit Bezug zu den Olympischen Spielen ist nunmehr beschränkt und die Möglichkeit, die an olympischen Stätten aufgenommenen Bilder sowie Videos zu vermarkten, ist erweitert worden. Hinsichtlich der möglichen Sanktionen für Verstöße gegen die Werberegeln kommen nur noch eine zivilrechtliche Haftung, jedoch keine sportbezogenen Strafen – wie etwa der Ausschluss von Wettkämpfen – in Betracht. Für die Athleten ist bei Streitigkeiten über die Werbemöglichkeiten der Rechtsweg zur deutschen staatlichen Gerichtsbarkeit eröffnet, d. h., es gibt keine Schiedsgerichtsklausel mehr.

435. Zu berücksichtigen ist indes, dass der Geltungsbereich der Zusagenentscheidung in subjektiver Hinsicht zunächst insofern begrenzt ist, als die Werbebeschränkungen ausschließlich für deutsche Athleten gelten.²⁹² Zusätzlich sollen nur solche Werbemaßnahmen erfasst sein, die auf Deutschland zielen und nicht über das deutschsprachige Ausland, d. h. die Schweiz und Österreich, hinausreichen. Für die Werbung deutscher Athleten in englischer

Hinweis, dass jene „im Wesentlichen“ denen des DOSB entsprechen; vgl. BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 38.

²⁸⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 39 ff. Die Europäische Kommission geht in ihrer Entscheidung gegen den ISU von einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV aus; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 8. Dezember 2017, AT.40208 – International Skating Union’s Eligibility rules (dazu bereits Tz. 427).

²⁸⁹ Ebenda, Tz. 88; zur medialen Vermarktung ebenda, Tz. 101.

²⁹⁰ *Ambush-Marketing* meint die werbliche Ausnutzung eines medialen Großereignisses – hier der Olympischen Spiele – durch ein Unternehmen, ohne dass dieses selbst Sponsor des betreffenden Ereignisses ist.

²⁹¹ Ebenda, Tz. 135 ff.

²⁹² Ebenda, Tz. 130 ff. Der begrenzte subjektive Geltungsbereich der Entscheidung wird in Abschnitt 2.4.3 näher thematisiert.

Sprache gelten die Lockerungen der Werbebeschränkungen nur, wenn die Werbung (1) in einem deutschen Medium oder (2) auf einer Internetseite bzw. einer Umleitungsseite mit einer deutschen Länderkennung erfolgt oder (3) erkennbar deutsches Publikum oder Deutschland als Nation adressiert (z. B. durch die Verwendung eines einschlägigen *Hashtags* in den sozialen Medien).²⁹³

2.4.3 Stellungnahme zur Entscheidung des Bundeskartellamtes, insbesondere zur Beschränkung ihres subjektiven Geltungsbereichs auf deutsche Athleten

436. Das Bundeskartellamt hat in vergleichsweise kurzer Zeit weitreichende Lockerungen der Werbebeschränkungen für olympische Athleten und (potenzielle) Sponsoren erzielt. Hervorzuheben ist aus verfahrensrechtlicher Sicht etwa der Umstand, dass das Bundeskartellamt die ursprünglichen Lockerungen der Werbebeschränkungen mit Blick auf die unmittelbar bevorstehenden Olympischen Spiele in Pyeongchang im Winter 2018 bereits vorläufig akzeptierte, dennoch weiter ermittelte und schließlich weitergehende Zusagen vom IOC und vom DOSB forderte.²⁹⁴ Dabei hat sich das Bundeskartellamt zu zahlreichen noch weitgehend ungeklärten Fragen geäußert, welche die Anwendung und Reichweite kartellrechtlicher Prinzipien im Bereich des Leistungssports betreffen. Auf Grundlage einer – in Zusageentscheidungen nur als solche möglichen – vorläufigen rechtlichen Würdigung zählen hierzu insbesondere die folgenden Annahmen des Bundeskartellamtes:²⁹⁵

- Der sachlich relevante Markt umfasst die Organisation und die Vermarktung der Olympischen Spiele, die nicht mit anderen Sportveranstaltungen im Wettbewerb stehen;
- die Olympische Bewegung ist in ihrer Gesamtheit marktbeherrschend, obgleich nur deren Mitglieder (IOC, NOKs, etc.) eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, die aber jeweils nicht über eine (einzel-)marktbeherrschende Stellung verfügen;
- die missbräuchliche Behinderung der Athleten und Sponsoren auf dem Drittmarkt – namentlich dem Markt für Sportsponsoring – erlaubt es der Olympischen Bewegung, die eigenen Einnahmen aus dem Sponsoring zu steigern;
- die Prüfung der Besonderheiten des Sports anhand der Kriterien, die der EuGH in der Rechtssache „Meca-Medina“ auf die Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV angewandt hat,²⁹⁶ führt vorliegend nicht zu einer Rechtfertigung des nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB missbräuchlichen Verhaltens;
- der Rechtsweg zu den deutschen staatlichen Gerichten ist für die Athleten gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit des Court of Arbitration for Sports (CAS) regelmäßig vorteilhaft, sodass hinsichtlich wirtschaftlicher Streitigkeiten die Schiedsvereinbarung seitens der Athleten keine selbstbestimmte Entscheidung darstellen könnte.²⁹⁷

²⁹³ Eine vom DOSB zunächst vorgeschlagene Regelung, wonach die Werbemaßnahme ausschließlich auf Deutschland ausgerichtet sein muss, wurde von den Athleten und Sponsoren wegen des Bedarfs, auch in Englisch zu kommunizieren, als problematisch angesehen und deshalb vom Bundeskartellamt abgelehnt; vgl. BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 131.

²⁹⁴ Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 27. Februar 2019, Bundeskartellamt erwirkt Öffnung der Werbemöglichkeiten für deutsche Sportler und ihre Sponsoren während der Olympischen Spiele; Pressemitteilung vom 21. Dezember 2017, Markttest über Zusagen von DOSB und IOC.

²⁹⁵ Insoweit zur Konkretisierung der bereits in Abschnitt 2.4.2 wiedergegebenen Feststellungen des Bundeskartellamtes. Eine Bewertung der vorläufigen rechtlichen Würdigung dieser Punkte durch das Bundeskartellamt soll hier nicht erfolgen. Vgl. zum Ganzen auch Heermann, WRP 2019, 834, 836 ff.

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, C-519/04 P – Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006, I-6991, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 40 ff.: (1) Verfolgung eines legitimen Ziels, (2) untrennbare Verbindung zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Verfolgung des legitimen Ziels und (3) Verhältnismäßigkeit.

²⁹⁷ Zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines Sportverbands durch die Verwendung einer Schiedsvereinbarung vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Juni 2016, KZR 6/15 – Pechstein, ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0.

437. Allerdings profitieren von der Entscheidung des Bundeskartellamtes nur deutsche Athleten. Diese subjektive Beschränkung des Geltungsbereichs der Entscheidung kann im Verhältnis zu EU-Ausländern eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) zur Folge haben. Auch die unterschiedliche Behandlung von Werbemaßnahmen, je nachdem ob sie den deutschsprachigen Raum oder das übrige EU-Ausland betreffen, erscheint problematisch, da sie zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes beitragen kann: Um von den Lockerungen der Werbebeschränkungen des DOSB zu profitieren, müssten Sponsoren die Vermarktung von Athleten in den deutschsprachigen und den übrigen Mitgliedstaaten unter Umständen unterschiedlich gestalten. Praktiken in Vertriebsbeschränkungen, die eine Aufspaltung des Binnenmarktes entlang der Ländergrenzen bewirken, waren aber zuletzt wiederholt Gegenstand von Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission.²⁹⁸

438. Das Bundeskartellamt begründet die Beschränkung seiner Zusagenentscheidung auf deutsche Athleten damit, dass sich der Umfang der maßgeblichen Schutzrechte aus dem deutschen Recht ergebe. Das Olympiaschutzgesetz sei ein deutsches Gesetz und beruhe nicht auf einer europäischen Harmonisierung, sodass die der BGH-Entscheidung in der Rechtssache „Olympia-Rabatt“²⁹⁹ entnommenen Kriterien nicht auf andere Rechtsordnungen übertragen werden könnten.³⁰⁰ Tatsächlich scheint eine Beschränkung auf deutsche Athleten rechtlich jedoch nicht geboten. Das Olympiaschutzgesetz und dessen Auslegung durch die Olympia-Rabatt-Entscheidung des BGH würden allenfalls zu einer Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes gegenüber den deutschen Athleten führen, weil danach die Wertschätzung der Olympischen Spiele oder der Olympischen Bewegung nicht unlauter ausgenutzt werden dürfte. Soweit die rechtlichen Vorgaben in Deutschland besonders restriktiv sind, wären Lockerungen der Beschränkungen bei Werbemaßnahmen mit Olympia-Bezug für ausländische Athleten naheliegend. Selbst strengere nationale Regelungen in anderen Mitgliedstaaten müssten jedoch gegenüber dem vorrangig anzuwendenden Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV zurücktreten und wären insoweit nicht anwendbar.

439. Das Olympiaschutzgesetz betrifft mit dem Umfang der Bezeichnungen, die in den individuellen Werbemaßnahmen nicht im Zusammenhang mit den Olympischen Spielen verwendet werden dürfen, zudem nur einen Teil der erzielten Lockerungen der Werbebeschränkungen. Dagegen wären z. B. die angenommenen Verpflichtungszusagen hinsichtlich des Wegfalls der Pflicht zur Anmeldung von Werbemaßnahmen in der *frozen period* sowie der Anpassungen des Sanktionsregimes von etwaigen Besonderheiten der deutschen Gesetzgebung nicht berührt.

440. Das Bundeskartellamt wäre auch nicht gehindert gewesen, europäisches oder deutsches Kartellrecht zugunsten ausländischer Athleten anzuwenden. Voraussetzung für die Anwendbarkeit deutschen Kartellrechts ist nach § 185 Abs. 2 GWB lediglich, dass sich der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Olympische Bewegung gegenüber ausländischen Athleten im Inland auswirken kann. Das Erfordernis einer Inlandsauswirkung gilt auch für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts durch eine nationale Kartellbehörde nach Art. 5 Verordnung (EU) 1/2003.³⁰¹ Es wird grundsätzlich verlangt, dass sich das wettbewerbsbeschränkende Verhalten spürbar im Inland auswirkt; hieran sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Ausreichend soll die konkrete Möglichkeit einer Auswirkung auf den Wettbewerb im Inland sein.³⁰²

441. Eine solche Inlandsauswirkung kann vorliegend auch in Bezug auf Werbemaßnahmen von ausländischen Athleten nicht ausgeschlossen werden. Das Bundeskartellamt lässt die räumliche Abgrenzung des (Dritt-)Marktes für Sportsponsoring in seiner Entscheidung zwar weitgehend offen, zieht die Existenz internationaler Märkte aber

²⁹⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Februar 2020, AT.40528 – Melia (Holiday Pricing); Beschluss vom 30. Januar 2020, AT.40433 – Film merchandise; Beschluss vom 19. Juli 2019, AT.40432 – Character merchandise; Beschluss vom 25. März 2019, AT.40436 – Ancillary sports merchandise.

²⁹⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014, I ZR 131/13 – Olympia-Rabatt.

³⁰⁰ BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 130; vgl. auch Engelsing/Buhl, ZWeR 2020, 107, 123.

³⁰¹ Ritter/Wirtz in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU-WettbR, 6. Aufl., München 2019, Art. 5 VO 1/2003 Rn. 7 f.

³⁰² Vgl. Reh binder/von Kalben in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München 2020, § 185 Rn. 128; Stadler in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 13. Aufl., Köln 2018, § 185 Rn. 149 ff.

zumindest in Betracht.³⁰³ Außerdem erwähnt das Bundeskartellamt, dass es im Zusammenhang mit den Olympischen Spielen international ausgerichtete Werbemaßnahmen geben kann.³⁰⁴ So sind einzelne olympische Athleten (etwa aus dem Bereich der Leichtathletik) nicht selten internationale Werbeträger. Selbst wenn dies im Einzelfall fernliegend sein sollte, weil der entsprechende Athlet nur in seinem Heimatland bekannt ist, erscheint der pauschale Ausschluss ausländischer Athleten von den Lockerungen der Werbebeschränkungen – insbesondere vor dem Hintergrund der bereits in Tz. 437 geäußerten Bedenken – nicht gerechtfertigt. Neben den Behinderungswirkungen gegenüber den Athleten hat das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zudem auch solche gegenüber (potenziellen) Sponsoren im Blick. Jedenfalls sofern diese ihren Sitz in Deutschland haben und mit ausländischen Athleten werben (wollen), wäre ebenfalls von Inlandsauswirkungen auszugehen.

2.4.4 Gleichbehandlung in kartellbehördlichen Entscheidungen sicherstellen, Erlass von Leitlinien prüfen

442. Das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen die Olympia-Werbebeschränkungen ist grundsätzlich zu begrüßen. Das Bundeskartellamt hat in vergleichsweise kurzer Zeit weitreichende Lockerungen der Werbebeschränkungen erreicht. Insbesondere infolge der teilweise unterschiedlichen Anwendung der Regel 40 Nr. 3 DF OC durch ausländische NOKs hinsichtlich ihrer jeweiligen Territorien könnte der Ermittlungsaufwand des Bundeskartellamtes durchaus höher und das erzielte Ergebnis – von dem subjektiven Geltungsbereich einmal abgesehen – möglicherweise nicht besser gewesen sein, wenn es den Umfang seines Verfahrens auf die Regeln ausländischer NOKs erweitert hätte. Das Verfahren des Bundeskartellamtes scheint auch dazu geführt zu haben, dass einige ausländische NOKs die Werbemöglichkeiten für ihre Athleten inzwischen ebenfalls gelockert haben, obgleich wohl weniger weitgehend als dies in der Zusageentscheidung des Bundeskartellamtes für deutsche Athleten vorgesehen ist.³⁰⁵ Auch das IOC selbst hat die Regel 40 Nr. 3 DF OC angepasst; inwiefern damit jedoch tatsächlich eine länderübergreifende Lockerung der Werbebeschränkungen einhergeht, ist unklar.³⁰⁶ Die Europäische Kommission hat jedenfalls eigene Ermittlungen wegen der Werbebeschränkungen in Bezug zu den Olympischen Spielen angestoßen und sich in diesem Zusammenhang an das IOC gewandt.³⁰⁷ Andererseits kann die Beschränkung auf deutsche Athleten und die Ausrichtung auf den deutschsprachigen Raum in der Zusageentscheidung des Bundeskartellamtes Ungleichbehandlungen sowie Fragmentierungen innerhalb der Europäischen Union zur Folge haben.³⁰⁸

443. Vor diesem Hintergrund hält es die Monopolkommission für geboten, dass die Wettbewerbsbehörden in solchen Fällen – jedenfalls unionsweit – für gleiche Bedingungen sorgen. Deshalb kann es in einer vergleichbaren Konstellation angezeigt sein, dass die Europäische Kommission ein Verfahren gegen den jeweiligen internationalen Sportverband führt. Zum einen ist eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission ohnehin vorgesehen, sofern

³⁰³ BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 82. Der beherrschte Markt für die Organisation und Vermarktung der Olympischen Spiele soll weltweit abzugrenzen sein; ebenda, Tz. 56.

³⁰⁴ Ebenda, Tz. 4, 69.

³⁰⁵ SportsPro, US Olympians able to promote personal sponsors as Rule 40 is relaxed, 9. Oktober 2019, <https://www.sportspromedia.com/news/team-usa-usopc-olympics-rule-40-athletes-sponsorship-tokyo-2020-ioc>, Abruf am 3. Juli 2020. Winston & Strawn LLP, British athletes won't be going for gold under the British Olympic Association's revised Rule 40 Guidelines, 19. November 2019, <https://www.winston.com/en/thought-leadership/the-british-olympic-associations-guidelines-on-rule-40.html>, Abruf am 3. Juli 2020.

³⁰⁶ Winston & Strawn LLP, British athletes won't be going for gold under the British Olympic Association's revised Rule 40 Guidelines, a. a. O. Vgl. auch IOC, Commercial opportunities for Participants during the Tokyo 2020 Olympic Games, <https://www.olympic.org/athlete365/rule-40-tokyo-2020>, Abruf am 3. Juli 2020.

³⁰⁷ Ashelm, FAZ vom 17. Dezember 2019, Unterstützung für die „Trittbrettfahrer“, <https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/werbeverbot-fuer-olympia-sportler-eu-kommission-gegen-ioc-16540804.html>, Abruf am 3. Juli 2020; Crofts, Olympic committee defends sponsorship-rule changes in face of EU questions, MLex vom 5. Dezember 2019; Crofts/Hirst, Olympic curbs on athlete sponsorship catch interest of EU enforcers, MLex vom 3. Dezember 2019. Ein formelles Verfahren ist bislang nicht eingeleitet worden.

³⁰⁸ Vgl. Tz. 437.

sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten in drei oder mehr Mitgliedstaaten auswirkt.³⁰⁹ Zum anderen verfügt die Europäische Kommission auch über eine größere Reichweite als die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, sodass dort etwa ein sich in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich darstellendes Verhalten tendenziell besser adressiert werden könnte.

444. Zudem schlägt die Monopolkommission vor, dass die Europäische Kommission überprüft, ob der Erlass von Leitlinien für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor in Betracht kommt. Obwohl Leitlinien unmittelbar nur eine Selbstbindung der Europäischen Kommission bewirken, tragen sie zu einer einheitlichen Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten bei. In einem Arbeitsdokument aus dem Jahr 2007 stellt die Europäische Kommission zwar fest, dass der Sportsektor zu breit und vielschichtig sei, um die Frage nach der Vereinbarkeit von Verhaltensweisen in diesem Bereich mit Art. 101, 102 AEUV umfassend zu beantworten.³¹⁰ Diesem Einwand ist aber zu entgegnen, dass die hier zur Überprüfung vorgeschlagenen Leitlinien auf solche Bestimmungen beschränkt werden könnten, in denen Sportverbände die Bedingungen festlegen, unter denen die Athleten Zugang zu den entsprechenden Veranstaltungen erhalten. Insofern ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Athleten in nahezu allen Sportarten wegen des sog. Ein-Platz-Prinzips einem Monopol des jeweiligen Sportverbandes ausgesetzt sind.³¹¹ Es dürfte deshalb eine Vielzahl von Fällen geben, die kartellrechtlich potenziell problematisch sind und bei denen eine allgemeine kartellbehördliche Orientierung angezeigt – aber möglicherweise auch ausreichend – wäre. Die Leitlinien könnten zudem auf der vorhandenen, mittlerweile durchaus umfangreichen Fallpraxis zu Wettbewerbsbeschränkungen im Sportsektor aufbauen. Dennoch scheinen einzelne Fragestellungen nur unzureichend geklärt.³¹² Hier könnte eine Positionierung seitens der Europäischen Kommission für mehr Transparenz sorgen und sowohl den Sportverbänden als auch den Athleten einen praktischen Mehrwert zur Identifizierung der kartellrechtlichen Grenzen bieten. Schließlich spricht die wirtschaftliche Bedeutung des Sportsektors für den Erlass von Leitlinien. Denn es geht oftmals um die finanzielle Existenz der Athleten und – jedenfalls in der Summe – hohe Sponsorengelder.³¹³

2.5 Kooperationen von Infrastrukturprojekten im Telekommunikationssektor wettbewerblicher gestalten

445. Mit den Beschlüssen im Kartellverwaltungsverfahren vom 4. Dezember 2019 und im parallel geführten Fusionskontrollverfahren vom 30. Dezember 2019 hat das Bundeskartellamt eine Kooperation zwischen der EWE AG („EWE“) und der Telekom Deutschland GmbH („TDG“) in Nordwestdeutschland zum gemeinsamen Bau und Betrieb von Glasfasernetzen bis zum Gebäude bzw. Nutzer (FTTB/H-Netze) im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) genehmigt. Den Beschlüssen des Bundeskartellamtes ist eine hohe Bedeutung zuzumessen, da Ausbaukooperationen ein Mittel zur Beschleunigung des kostenintensiven Ausbaus von Glasfaseranschlussnetzen sein können und von ihnen eine Signalwirkung für ähnliche Kooperationen zwischen TDG und Wettbewerbern in anderen Teilen Deutschlands ausgehen kann.

³⁰⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 43, Tz. 14. Dagegen gilt eine nationale Kartellbehörde als „gut geeignet“, ein Verfahren zu führen, wenn der Wettbewerb hauptsächlich innerhalb ihres Hoheitsgebiets beeinträchtigt ist; ebenda, Tz. 10.

³¹⁰ EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying document to the White paper on Sport, SEC(2007) 935, 11. Juli 2007, S. 69. In dem Dokument findet sich auch eine Übersicht über die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor anhand der bis zum damaligen Zeitpunkt auf Unionsebene ergangenen Entscheidungen; ebenda, S. 63 ff.

³¹¹ Orth/Gasser, WuW 2018, 1. Nach dem Ein-Platz-Prinzip gibt es pro Sportart jeweils nur einen Weltfachverband, dem auf nationaler Ebene wiederum nur ein Fachverband untersteht. Eine Ausnahme hiervon besteht etwa beim Boxen.

³¹² Schwierig dürfte es etwa sein, die Möglichkeiten der Rechtfertigung eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch sportbezogene Aspekte einzuschätzen; vgl. Tz. 433, 436.

³¹³ Das weltweite Volumen des Sportsponsorings belief sich im Jahr 2019 auf insgesamt rund 46 Mrd. US-Dollar; Quelle: Statista auf Grundlage von Daten des World Advertising Research Center (WARC). Allerdings dürfte der Großteil der Summe auf das Sponsoring von Sportclubs entfallen. Vgl. speziell zu den Einnahmen des IOC aus der Olympiavermarktung BKartA, Beschluss vom 25. Februar 2019, B2-26/17 – Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 153.

2.5.1 Die Ausbaukooperation der beiden stärksten Netzbetreiber in einem Gebiet stößt auf erhebliche Wettbewerbsbedenken

446. Das beim Bundeskartellamt angemeldete Kooperationsvorhaben sah vor, ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen, die Glasfaser Nordwest GmbH & Co. KG (Glasfaser Nordwest), zu gründen, das im Versorgungsgebiet der EWE im Nordwesten Deutschlands über einen Zeitraum von zehn Jahren insgesamt bis zu 1,5 Mio. Glasfaseranschlüsse bis zum Endkunden baut und betreibt.³¹⁴ Die Unternehmen haben sich auf ein Verfahren zur Festlegung der Ausbaugebiete und eine Obergrenze für die Ausbaukosten je Anschluss geeinigt. Der konkrete Ausbau soll durch die Muttergesellschaften nach einem internen Verteilungsmechanismus erfolgen.³¹⁵

447. Das GU soll nicht selbst am Endkundenmarkt tätig werden, sondern im Wesentlichen Layer-2-Bitstrom-Vorleistungsprodukte, auf deren Basis festnetzbasierter Breitbandinternetzugänge angeboten werden können, an seine Muttergesellschaften vermarkten.³¹⁶ Dritte sollen im Rahmen eines Kontingentmodells ebenfalls diskriminierungsfrei, d. h. zu identischen Konditionen wie die Muttergesellschaften, Vorleistungen vom GU beziehen können. Darüber hinaus ist auch ein Einzelabnahmehmodell vorgesehen.³¹⁷ Der Anteil der an Wettbewerber vermarkteten Anschlüsse wird nach Einschätzung der Beteiligten 20 Prozent nicht überschreiten. Zudem war geplant, dass sich das GU auch an der Ausschreibung von Fördermitteln für den Ausbau von Breitbandnetzen beteiligt.³¹⁸

448. Für die Tätigkeiten, die dem GU übertragen werden sollten, d. h. insbesondere den Bau und Betrieb von Glasfaseranschlüssen, den Vertrieb von Vorleistungen und die Teilnahme an Förderverfahren, vereinbarten die Muttergesellschaften ein Wettbewerbsverbot. Die TDG und die EWE hätten demnach außerhalb des GU nicht eigenständig tätig werden können.³¹⁹

449. In seiner vorläufigen wettbewerblichen Bewertung des Kooperationsvorhabens hatte das Bundeskartellamt spürbare Wettbewerbsbeschränkungen auf vier Telekommunikationsmärkten festgestellt: den Vorleistungsmärkten für den lokal bzw. zentral bereitgestellten Zugang, dem Endkundenmarkt für den festnetzbasierter Internetzugang und dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.³²⁰

450. TDG und EWE sind Anschlussnetze Wettbewerber auf den Vorleistungsmärkten für den lokal bzw. zentral bereitgestellten Zugang.³²¹ Die TDG betreibt neben ihrem flächendeckenden kupferbasierten Anschlussnetz ein flächendeckendes glasfaserbasiertes Backbone-Netz, an das alle ihre Hauptverteiler im Kooperationsgebiet angeschlossen sind. Zudem hat die TDG knapp zwei Drittel der Haushalts- und Unternehmensstandorte mit FTTC, also Glasfaserleitungen bis zu den näher am Endkunden gelegenen Kabelverzweigern (KVz), erschlossen.³²² In ähnlicher Weise verfügt die EWE über ein flächendeckendes glasfaserbasiertes Backbone-Netz, mit dem alle Hauptverteiler der TDG im Kooperationsgebiet erschlossen sind. Die EWE hat gut ein Drittel der Haushalts- und Unternehmensstandorte mit Glasfaser bis zum KVz erschlossen und verfügt über die mit Abstand meisten FTTB/H-Anschlüsse im Kooperationsgebiet.³²³ Auf Basis ihrer Infrastrukturen bieten beide Unternehmen Zugangsprodukte für Dritte an.

³¹⁴ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 13.

³¹⁵ Ebenda, Tz. 15.

³¹⁶ Ebenda, Tz. 13.

³¹⁷ Ebenda, Tz. 17.

³¹⁸ Ebenda, Tz. 18.

³¹⁹ Ebenda, Tz. 18.

³²⁰ Ebenda, Tz. 32 ff.

³²¹ Es handelt sich hierbei um zwei, insbesondere aus regulatorischer Sicht, unterschiedliche Vorleistungsmärkte. Da in diesem Fall für beide Märkte die gleichen kartellrechtlichen Erwägungen angestellt werden können, werden die Märkte an dieser Stelle gemeinsam behandelt. Vgl. hierzu auch BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 71.

³²² BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 47.

³²³ Ebenda, Tz. 49.

Das Bundeskartellamt hat auf beiden Vorleistungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung der TDG im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB festgestellt.³²⁴

451. Aus Sicht des Bundeskartellamtes hätte sich die nach der Vereinbarung zu erwartende Verhaltenskoordinierung in mehrfacher Hinsicht spürbar negativ auf den Wettbewerb auf den Vorleistungsmärkten ausgewirkt.³²⁵ Durch die Koordinierung der Ausbaubemühungen über das GU kommt es zu einem gänzlichen Wegfall des andernfalls mittel- und langfristig zu erwartenden Ausbauwettbewerbs bei der Errichtung von Glasfaseranschlusssnetzen. Damit wäre der Ausbau von Glasfasernetzen im Kooperationsgebiet langsamer und in geringerem Umfang durchgeführt worden als in einem Szenario ohne Kooperation. Statt des gegenseitigen Überbaus der Bestandsinfrastrukturen im Wettbewerb kommt es durch das GU zu einer gemeinsamen Festlegung der Ausbaugebiete und einer Verschiebung des Ausbaus hin zu urbanen Gebieten mit einer historisch bedingt dichteren Kabelnetzinfrastruktur. Zudem planten TDG und EWE, ihre Abwehrmaßnahmen gegen Ausbauvorhaben Dritter zu koordinieren, indem sie auf das Bekanntwerden solcher Ausbauvorhaben kurzfristig mit eigenen Ausbauankündigungen reagiert hätten. Damit wären Wettbewerbsvorstöße Dritter wirksam abgeschreckt worden, was die zu erwartende Verfügbarkeit glasfaserbasierter Breitbandanschlüsse im Kooperationsgebiet verringert hätte. Schließlich hätten sich durch die geplante Kooperation die Zugangsbedingungen Dritter zu Vorleistungen verschlechtert, weil TDG und EWE durch die Kooperation einen geringeren Anreiz haben, Dritten Zugang zur Infrastruktur zu gewähren, um diese besser auslasten zu können.³²⁶

452. Weitere Wettbewerbsbeschränkungen hätte die Kooperation in ihrer beabsichtigten Form nach Ansicht des Bundeskartellamtes auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang gehabt. Den Endkundenmarkt bewertet das Amt als anbieterseitig hoch konzentriert. TDG und EWE kommen zusammen auf einen Marktanteil von [50 bis 60]³²⁷ Prozent nach Absatz und [60 bis 70] Prozent nach Umsatz; danach folgt Vodafone mit einem Marktanteil von [20 bis 30] Prozent sowohl nach Absatz als auch nach Umsatz.³²⁸ Hinzu kommt, dass der Großteil der im Kooperationsgebiet vermarkteten Anschlüsse auf Grundlage der kupferbasierten Infrastruktur der TDG bereitgestellt wird, wodurch ein entsprechend hoher Anteil der Wertschöpfung bei der TDG verbleibt.

453. Wettbewerbsbeschränkungen wären nach Auffassung des Bundeskartellamtes zudem auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau zu erwarten gewesen. EWE und TDG haben in der Vergangenheit mit [50 bis 60] Prozent bzw. [20 bis 30] Prozent die mit Abstand meisten Ausschreibungen im Kooperationsgebiet für sich entscheiden können. Kein weiterer Anbieter konnte mehr als 5 Prozent der Ausschreibungen gewinnen.³²⁹ Eine vom Bundeskartellamt durchgeführte Ausschreibungsanalyse ergab zudem, dass die beiden Unternehmen die gegenseitig engsten Wettbewerber auf dem relevanten Ausschreibungsmarkt sind.³³⁰ Die beabsichtigte Verhaltenskoordinierung der beiden stärksten und engsten Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt hätte nach Auffassung des Bundeskartellamtes deren Verhaltensspielräume in zukünftigen Förderverfahren vergrößert und sich negativ auf das Bietverhalten ausgewirkt. Es wäre zu erwarten gewesen, dass angesichts der Dominanz des Gemeinschaftsunternehmens andere Anbieter von einer Teilnahme an Ausschreibungsverfahren abgeschreckt worden wären.³³¹

³²⁴ Die Deutsche Telekom hat auf dem Markt für lokal bereitgestellte Zugänge einen Marktanteil von über 90 Prozent und auf dem Markt für zentral bereitgestellte Zugänge einen Marktanteil von über 70 Prozent. BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 48, 69.

³²⁵ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 59 ff.

³²⁶ Ebenda, Tz. 65.

³²⁷ Zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen werden Marktanteile vom Bundeskartellamt in Intervallen angegeben. Die tatsächlichen Marktanteile liegen innerhalb des Intervalls.

³²⁸ Ebenda, Tz. 73.

³²⁹ Ebenda, Tz. 87.

³³⁰ BKartA, Beschluss vom 30. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Zusammenschluss, Tz. 235 ff.

³³¹ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation, Tz. 91 ff.

2.5.2 Zusagen können Wettbewerbsbedenken nur teilweise beseitigen

454. Das Bundeskartellamt hat von TDG und EWE Verpflichtungszusagen entgegengenommen, mit denen die wettbewerblichen Bedenken ausgeräumt werden sollen. Die Zusagen beziehen sich (1) auf den Ausbau von Glasfasernetzen („Ausbauzusage“), (2) den Zugang Dritter zu den Glasfasernetzen („Zugangszusage“) und (3) die Teilnahme an Förderverfahren („Förderzusage“).

455. Die Ausbauzusage zielt darauf ab, den kooperationsbedingten Wegfall des Ausbauwettbewerbs zu kompensieren, und sieht vor, dass die Beteiligten insgesamt mindestens 300.000 Haushalte und Unternehmensstandorte (HHUStO) mit Glasfasernetzen erschließen. In einer ersten Ausbauphase bis Ende 2021 sollen 120.000 HHUStO und in einer zweiten Ausbauphase bis Ende 2023 weitere 180.000 HHUStO ausgebaut werden.³³² Die Einhaltung der Ausbauzusage soll durch einen Sanktionsmechanismus sichergestellt werden. Dieser sieht vor, dass im Falle einer mehr als nur geringfügigen Unterschreitung oder Verzögerung des zugesagten Ausbaus die Kooperation zu beenden und das GU aufzulösen ist, ohne dass es einer erneuten Prüfung durch das Bundeskartellamt bedarf.³³³

456. Darüber hinaus haben sich TDG und EWE im Rahmen der Ausbauzusage verpflichtet, dass mindestens [25 bis 35] Prozent des Ausbaus in ländlichen Gebieten stattfindet, in denen die Abdeckung mit Kabelnetzen unter [45 bis 65] Prozent liegt. Unabhängig davon dürfen [15 bis 25] Prozent der auszubauenden HHUStO nicht bereits mit Kabelinfrastruktur erschlossen sein.³³⁴ Diese Zusage soll der andernfalls zu erwartenden Verlagerung des Ausbaus in urbane Gebiete mit hoher Kabelabdeckung entgegenwirken.

457. Weitere Zusagen betreffen den Zugang dritter Telekommunikationsunternehmen zu den in Kooperation errichteten Infrastrukturen.³³⁵ Durch sie soll sichergestellt werden, dass Wettbewerber einen bitstrombasierten Netzzugang zu den gleichen Bedingungen erhalten wie die Beteiligten selbst. In Verbindung mit bestimmten Vermarktungszielen soll so ein wettbewerbsfähiges Angebot auf dem Endkundenmarkt ermöglicht werden. Durch die vereinbarten Vermarktungsziele sollen Anreize geschaffen werden, Vorleistungen an dritte Unternehmen zu vermarkten, wie es im Falle eines unilateralen Ausbaus ohne Kooperationsvorhaben zu erwarten gewesen wäre.³³⁶

458. Im Rahmen der Förderzusage haben sich TDG und EWE schließlich verpflichtet, weiterhin unabhängig voneinander an Förderverfahren teilzunehmen, während sich das GU nicht um den Ausbau in Fördergebieten bewerben wird. Das Unternehmen, das die Ausschreibung gewonnen hat, soll zur Errichtung des Netzes neben den Fördermitteln ausschließlich eigene personelle, organisatorische und finanzielle Mittel verwenden.³³⁷

459. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit Kooperationen zum Ausbau von Telekommunikationsinfrastrukturen grundsätzlich befürwortet, da diese geeignet sind, den kostenintensiven Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu beschleunigen. Durch eine höhere Auslastung der gemeinschaftlich errichteten Netze kommt es zu einer schnelleren Amortisation von Investitionen und damit zur Reduzierung von Investitionsrisiken. Gerade in schwierig erschließbaren Gebieten können Kooperationsmodelle dafür sorgen, dass durch eine bessere Auslastung der Netze der Ausbau wirtschaftlich darstellbar wird. Anders kann das etwa in dichter besiedelten Gebieten sein, in denen der Ausbau eines Glasfaseranschlussnetzes aufgrund niedrigerer Ausbaukosten auch ohne Kooperation wirtschaftlich möglich sein kann. Hierbei besteht die Gefahr, dass Kooperationen vor allem dazu dienen, den Wettbewerbsdruck zu vermindern. Risiken für den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt be-

³³² Ebenda, Tz. 110.

³³³ Ebenda, Tz. 121 ff.

³³⁴ Ebenda, Tz. 131.

³³⁵ Ebenda, Tz. 136 ff. Die Verpflichtungen zur Zugangszusage entfallen, wenn die Bundesnetzagentur die Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens so umfassend reguliert, dass kein hinreichender Verhaltensspielraum zur Erfüllung der Zugangszusage mehr besteht. Vgl. Zusagenangebot in der Anlage zu BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation.

³³⁶ Ebenda, Tz. 153.

³³⁷ Siehe Abschnitt C des Zusagenangebots in der Anlage zu BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE Kooperation.

stehen zudem, wenn Dritten kein diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur gewährt wird oder sich kooperierende Unternehmen über die Gestaltung von Endkundenangeboten austauschen.³³⁸ Kooperationen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen sind aufgrund ihrer höheren Auswirkungen auf den Wettbewerb zudem besonders kritisch zu bewerten.³³⁹

460. Die Monopolkommission teilt die Einschätzung des Bundeskartellamtes, wonach es ohne die erwirkten Zusagen zu einer erheblichen Verschlechterung des Infrastrukturausbaus im Kooperationsgebiet gekommen wäre. Durch die Koordinierung des Netzausbaus der beiden größten Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in dem Gebiet entfällt der Ausbauwettbewerb zwischen diesen Anbietern. Die anzunehmenden Folgen wären einerseits die Verlangsamung des Ausbaus neuer Infrastrukturen und andererseits eine Verlagerung der Ausbaumühnungen hin zu Gebieten mit bestehender Kabelnetzinfrastruktur, in denen der Wettbewerbsdruck der bestehenden alternativen Infrastruktur die Ausbaumühnungen anreizt. Ebenso verringern sich durch den gemeinsamen Netzausbau der beiden größten Anbieter deren Anreize, Dritten Zugang zur Infrastruktur zu gewähren, um diese besser auszulasten. Damit reduzieren sich die Wahlmöglichkeiten der Endkunden und die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass Telekommunikationsdienste zu wettbewerblichen Preisen angeboten werden.

461. Die Zusage, bis Ende 2023 mindestens 300.000 Haushalte und Unternehmensstandorte mit FTTB/H-Anschlüssen zu versorgen, erscheint grundsätzlich geeignet, den Wegfall der wettbewerblichen Anreize zum Netzausbau zu kompensieren. Der Sanktionsmechanismus, nach dem das GU bei einem Nichterreichen der Ausbauziele aufzulösen ist, kann zumindest dafür sorgen, dass es nicht zu einer dauerhaften Verlangsamung des Netzausbaus kommen wird. Das Bundeskartellamt geht sogar davon aus, dass die Zusagen der Unternehmen dafür sorgen, dass während der Laufzeit der Zusagen absolut mehr Haushalte einen Glasfaseranschluss erhalten, als es im Fall eines wettbewerblichen Ausbaus durch beide Unternehmen zusammen der Fall gewesen wäre. Ein nur schwierig vermeidbares Problem einer solchen Zusagenlösung ist allerdings, dass quantitativ hohe Ausbauzusagen der Kooperationspartner den Ausbauwettbewerb durch dritte Unternehmen erschweren, weil diese nicht mehr ausreichend Nachfrage für einen eigenen wirtschaftlichen Ausbau generieren können. Das erscheint aber für den Fall hinnehmbar, wenn sich parallele Glasfaseranschlussnetze ohnehin nicht rechnen würden.

462. Vor dem Hintergrund, dass in bestimmten Gebieten ein Ausbau von Glasfasernetzen auch ohne Kooperation wirtschaftlich möglich erscheint, sollte nach Auffassung der Monopolkommission bei zukünftigen Entscheidungen zum gemeinsamen Netzausbau von Wettbewerbern die Zulässigkeit von Glasfaserausbaukooperationen unter Beteiligung marktmächtiger Unternehmen auf solche Gebiete beschränkt werden, in denen ein Netzausbau nur mit Kooperation wirtschaftlich möglich ist.³⁴⁰ Zu diesem Zweck sollten die Kooperationspartner darlegen, in welchen Gebieten ein Ausbau nur gemeinschaftlich durchführbar ist. Als mögliche Kriterien zur Abgrenzung der Gebiete könnten beispielsweise Unterschiede bei den spezifischen Ausbaukosten, der Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen und unterschiedliche wettbewerbliche Rahmenbedingungen, etwa aufgrund des Vorhandenseins alternativer Infrastrukturen, herangezogen werden.³⁴¹

³³⁸ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Auf Wettbewerb bauen! (Sondergutachten 78), Baden-Baden 2018, Tz. 133 ff. Zu verschiedenen Zielen und Formen von Kooperationen beim Breitbandausbau siehe auch Carter, K. R./Elixmann, D./Marcus, J. S., Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 356, Juni 2011. Bourreau, M./Hoernig, S./Maxwell, W., Implementing Co-Investment and Network Sharing, CERRE Report, Mai 2020.

³³⁹ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), a. a. O. und 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 120 ff.

³⁴⁰ In einem vergleichbaren Fall haben Telecom Italia und Vodafone Italy, die gemeinsam ein Joint Venture zum Bau und Betrieb von Mobilfunkmasten gegründet haben, darauf verzichtet, ihre Mobilfunknetze in dicht besiedelten Gebieten gemeinsam zu betreiben. Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. März 2020, IP/20/414.

³⁴¹ Zur Modellierung der Wirtschaftlichkeit des Ausbaus von Glasfasernetzen siehe etwa Menessa Ricarda Braun et al., Parallele Glasfaserausbauten auf Basis von Mitverlegung und Mitnutzung gemäß DigiNetzG als Möglichkeit zur Schaffung von Infrastrukturwettbewerb, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 456, Bad Honnef 2019.

463. Die Monopolkommission begrüßt, dass dritte Telekommunikationsunternehmen einen diskriminierungsfreien Zugang zu den in Kooperation gebauten Infrastrukturen nach dem Prinzip des *Equivalence of Inputs* (Eol) erhalten. Die Monopolkommission hatte sich bereits in der Vergangenheit hinsichtlich der zukünftigen Regulierung von FTTB/H-Netzen des marktbeherrschenden Unternehmens dafür ausgesprochen, die Auferlegung von Nichtdiskriminierungsverpflichtungen nach dem Eol-Prinzip anstelle des weniger strengen *Equivalence of Outputs* (EoO)-Prinzips zu prüfen.³⁴² Während bei einem EoO-Ansatz Zugangsnachfragern in Bezug auf Funktionsumfang und Preis lediglich vergleichbare Vorleistungen angeboten werden, führt eine Eol-Auflage dazu, dass internen und externen Zugangsnachfragern Vorleistungen und Informationen zu den exakt gleichen Bedingungen einschließlich Preise und Dienstqualität, mit den gleichen Fristen, mittels derselben Systeme und Prozesse und mit der gleichen Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitgestellt werden.³⁴³ Damit ist Eol insbesondere besser geeignet, Formen der außerpreislichen Diskriminierung, z. B. in Bezug auf die Qualität bereitgestellter Dienste, den Zugang zu Informationen, Verzögerungstaktiken oder die Gestaltung wesentlicher Produktmerkmale, entgegenzuwirken.³⁴⁴

464. Zu hinterfragen ist, ob die Zusage der Kooperationsparteien, weiterhin unabhängig und weitgehend ohne Involvement des Gemeinschaftsunternehmens an Ausschreibungen zum geförderten Netzausbau teilzunehmen, in der Praxis hinreichend wirksam zu kontrollieren ist. Dadurch soll erreicht werden, dass die beiden engsten Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt um Fördermittel weiterhin im Wettbewerb miteinander stehen. Es erscheint jedoch fraglich, ob die enge Koordinierung des Netzausbaus der beiden Unternehmen außerhalb des Förderkontextes ohne Auswirkung auf das Verhalten in Ausschreibungsverfahren um Fördermittel bleibt oder überhaupt bleiben kann; bedeutet dies doch, dass innerhalb eines Gebietes, in dem der Netzausbau koordiniert erfolgt, Teilgebiete seitens der Kooperationspartner getrennt und im Wettbewerb erschlossen werden sollen. Selbst wenn an einer Ausschreibung um Fördermittel dann nicht das Gemeinschaftsunternehmen, sondern die Kooperationspartner getrennt teilnehmen, ist es naheliegend, dass sich das jeweilige Bieterverhalten an der Ausbaustrategie für das Kooperationsgebiet insgesamt ausrichtet.

2.6 Kartellrechtliche Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung wirksamer gestalten

465. Die Vereine der deutschen Fußball-Bundesliga sind in dem DFL Deutsche Fußball Liga e. V. zusammengeschlossen, dessen Tochterunternehmen DFL Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) für die Organisation und Vermarktung des Spielbetriebs verantwortlich ist. Die DFL vermarktet die Rechte zur audiovisuellen Berichterstattung über die Fußball-Bundesliga seit geraumer Zeit in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren. Seit der Vergabe im Jahr 2008 wurden jeweils Rechte über vier Spielzeiten auktioniert. Wegen kartellrechtlicher Bedenken der zentralen Vermarktung der Vereine durch die DFL hat diese in den zurückliegenden Vermarktungsrunden ihre Ausschreibungsmodelle jeweils frühzeitig mit dem Bundeskartellamt abgestimmt. Seit der Entscheidung im Jahr 2012 nutzt das Bundeskartellamt dazu die Möglichkeit der Zusageentscheidung nach § 32b GWB, wonach sich das Amt auf Basis einer vorläufigen Beurteilung des Sachverhaltes mit der DFL auf ein Vermarktungsmodell verständigt. Im Juni 2020 wurde das Ausschreibungsverfahren für die Bundesligavermarktung in den Spielzeiten ab 2021/2022 durchgeführt. Zuvor hatte das Bundeskartellamt am 20. März 2020 das Vermarktungsmodell für diese Vermarktungsrunde erneut mittels einer Zusageentscheidung gebilligt.³⁴⁵

466. Die Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga berührt einen Wirtschaftsbereich, der in hohem Maße einem öffentlichen Interesse ausgesetzt ist. Die reinen Umsätze aus der Zentralvermarktung von EUR 4,64 Mrd. für die

³⁴² Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 114 ff.

³⁴³ Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen, ABl. L 251 vom 21. September 2013, S. 13; nachfolgend: „Nichtdiskriminierungsempfehlung“.

³⁴⁴ EU-Kommission, Nichtdiskriminierungsempfehlung, Erwägungsgrund 12.

³⁴⁵ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022.

Spielzeiten von 2017/2018 bis 2020/2021³⁴⁶ erfassen die ökonomische Bedeutung nicht vollständig, weil z. B. mit dem Sponsoring auch andere erhebliche Finanzierungsquellen bestehen und der durch das Interesse am Fußball generierte Nutzen sich zudem nicht immer vollständig vergüten lässt. Die erzielten Umsätze beruhen auf der regelmäßigen Zentralvermarktung der audiovisuellen Rechte, die gemeinsam durch die Ligaorganisation der Vereine aus einer Monopolstellung heraus vergeben werden. Die Bundesliga-Zentralvermarktung stand deshalb vor allem in den 2000er Jahren im Blickpunkt der Europäischen Kommission, die zunächst einige kartellrechtliche Musterverfahren geführt, die Kontrolle dann jedoch den nationalen Wettbewerbsbehörden überlassen hat.³⁴⁷ In ihrem Einundzwanzigsten Hauptgutachten (2016) hat sich die Monopolkommission ausführlich mit der kartellrechtlichen Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung beschäftigt.³⁴⁸ Die nachfolgenden Ausführungen aktualisieren diese Analyse vor dem Hintergrund der jüngsten Entscheidung des Bundeskartellamtes zur Vermarktung der Rechte für die Spielzeiten von 2021/2022 bis 2024/2025.

2.6.1 Kernpunkte der Zusageentscheidung für die Zentralvermarktung ab 2021/2022

467. Das Bundeskartellamt hat das Vermarktungsmodell der DFL für die Spielzeiten ab der Saison 2021/2022 auf Basis einer Zusageentscheidung gemäß § 32b GWB gebilligt, da es nach vorläufiger Beurteilung hinreichende Effizienzen aufweise und daher eine solche Lösung zulasse. Ein Anlass, die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Zentralvermarktung abschließend zu klären, bestehe nicht.³⁴⁹ Gegenüber seiner Zusageentscheidung zum Vermarktungsmodell vor vier Jahren hat das Bundeskartellamt seine inhaltlichen Erwägungen nur wenig geändert. Grundlage der Entscheidung war erneut ausschließlich das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB.³⁵⁰

468. In allen drei bisherigen Zusageentscheidungen zur Bundesliga-Zentralvermarktung hat das Bundeskartellamt sich zunächst mit den relevanten Märkten beschäftigt, um die mit der Zentralvermarktung einhergehende Wettbewerbsbeschränkung herauszuarbeiten. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung definiert das Bundeskartellamt in seinem aktuellen Beschluss sowohl einen konkreten Rechtemarkt³⁵¹ als auch einen konkreten nachgelagerten Übertragungsmarkt³⁵², auf deren jeweilige Bedeutung und Interdependenz zunächst nicht eingegangen wird.³⁵³ Allerdings seien die beiden abgegrenzten (Haupt-)Märkte womöglich weiter zu unterteilen; die Frage nach der konkreten Unterteilung kann nach Ansicht des Bundeskartellamtes im vorliegenden Verfahren jedoch offen bleiben.³⁵⁴ Nicht geklärt wird deshalb etwa, ob verschiedene Fußballwettbewerbe (Bundesliga, DFB-Pokal und Champions- bzw. Europa-League) aus Sicht des Bundeskartellamtes eigene sachlich relevante Märkte darstellen

³⁴⁶ Vgl. DFL, Pressemitteilung vom 6. Juni 2016, DFL überspringt erstmals Milliarden-Marke bei nationalen Medien-Rechten, <https://www.dfl.de/de/hintergrund/vermarktung/dfl-ueberspringt-erstmal-milliarden-marke-bei-nationalen-medien-rechten/>, Abruf am 6. Juli 2020.

³⁴⁷ EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, AT.37398 – UEFA, Tz. 122-124; Entscheidung vom 19. Januar 2005, AT.37214 – DFB, Tz. 22; Entscheidung vom 22. März 2006, AT.38173 – FAPL.

³⁴⁸ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 350 ff.

³⁴⁹ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 102.

³⁵⁰ Ebenda, Tz. 101.

³⁵¹ „Markt für Medienübertragungsrechte an ganzjährig ausgetragenen (Herren-)Fußballwettbewerben mit Teilnahme von Bundesliga-Klubs für die Verwertung in Deutschland“; ebenda, Tz. 107 ff.

³⁵² „Endkundenmarkt für audiovisuelle Live-Übertragungen von ganzjährig durchgeführten Herren-Fußballwettbewerben mit Beteiligung deutscher Klubs der Bundesliga und 2. Bundesliga“; ebenda, Tz. 154 ff.

³⁵³ Hierzu hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass die Nachfrage der Medienplattformen nach den Übertragungsrechten zu einem erheblichen Teil der Nachfrage der Zuschauer nach der jeweiligen Sportübertragung auf dem nachgelagerten Übertragungsmarkt entspricht. Vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 377.

³⁵⁴ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 155.

könnten.³⁵⁵ Das Amt schließt allerdings die Highlight-Berichterstattung aus dem erkannten Endkundenübertragungsmarkt explizit aus und nimmt hier zugleich „Substitutionswettbewerb“ zu den Live-Übertragungen an.³⁵⁶

469. In Bezug auf die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung ist das Bundeskartellamt weiterhin der Auffassung, dass es sich bei der Bundesliga-Zentralvermarktung nicht um eine bezweckte Kernbeschränkung in Form gemeinsamer Preisfestlegung und Innenausgleich handele.³⁵⁷ Dies macht die Behörde daran fest, dass unklar sei, wie viel Wettbewerb bei alternativen Vermarktungsformen bestünde.³⁵⁸ Allerdings bestehe zumindest eine horizontal wettbewerbsbeschränkende Wirkung gegenüber einem hypothetischen Angebot vereinsbezogener Produkte. Ursächlich sei die Abschottung des nachgelagerten Übertragungsmarktes. Ein Wettbewerbsproblem sieht das Bundeskartellamt im Alleinerwerb sowohl bei einem Erwerb durch traditionelle Medienanbieter (z. B. Sky, Free-TV-Anbieter) als auch durch sog. OTT-Dienstleister³⁵⁹ (z. B. DAZN, Amazon). Ein Alleinerwerb führe zu einer Verknappung der Rechte mit dem Ziel der Abschöpfung der maximalen Zahlungsbereitschaft.³⁶⁰ Wie bereits erstmals in der Entscheidung aus 2016 vorgebracht, argumentiert das Bundeskartellamt zudem, dass sich die „Abschottungstendenz durch die Zentralvermarktung“ insbesondere in einer Beschränkung des Innovationswettbewerbs in Bezug auf das Web-TV-Angebot ausdrücke. Zur Begründung dieser Sichtweise nennt das Bundeskartellamt mehrere vor allem technische Merkmale des Angebotes des Marktführers Sky auf dem Übertragungsmarkt, die hinter dem Angebot der Konkurrenz zurückblieben und auf Innovationsdefizite hinwiesen. Das Bundeskartellamt vermutet auch, dass die DFL – gemeinsam mit dem DFB – über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Rechtemarkt verfüge.³⁶¹ Ein möglicher Ausbeutungsmissbrauch wird gleichwohl nicht thematisiert.

470. Das Bundeskartellamt erläutert seine Auffassung, wonach eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung durch das gebilligte Vermarktungsmodell verhindert werde. Dies ergäbe sich zunächst daraus, dass die DFL die wichtigsten Pay-TV-Rechte auf vier substanzielle Pakete verteilt habe. Die wichtigsten in diesen Paketen auktionierten Rechte sind: (1) die Live-Übertragungen der Spiele am Freitag und Sonntag, (2) die Live-Übertragungen der Spiele am Samstagnachmittag (um 15.30 Uhr), (3) die Konferenzübertragung der Spiele am Samstagnachmittag (um 15.30 Uhr) sowie (4) die Live-Übertragung des Spiels am Samstagabend um 18.30 Uhr. Die Pakete werden sequenziell vergeben, die Reihenfolge der Vergabe kann die DFL selbst festlegen. Das Bundeskartellamt hat darauf hingewirkt, dass das Vermarktungsmodell zudem ein Alleinerwerbsverbot enthält. Erwirbt ein Medienanbieter bei der sequenziellen Vergabe die ersten drei Pakete, entscheidet die DFL, ob bei der Auktion des vierten angebotenen Paketes der Ersterwerber ausgeschlossen wird. Ist dies nicht der Fall, verlieren das dritte und das vierte auktionierte Paket ihre Exklusivität. Die Pakete werden dann sowohl an den Ersterwerber (sog. TN-Paket) als auch zusätzlich für einen spezifischen OTT-Anbieter (OTT-Paket) vergeben. Dadurch sieht das Bundeskartellamt gewährleistet, dass es in dem Vermarktungsmodell zu konkurrierenden Übertragungen und Innovationswettbewerb komme. Das

³⁵⁵ In seiner Zusageentscheidung aus dem Jahr 2016 hatte das Bundeskartellamt es als „naheliegender“ bezeichnet, einen Markt für „Bezahlangebote für Fußballspiele der Bundesliga und der 2. Bundesliga“ abzugrenzen, in den die Champions League noch mit einbezogen werden „könnte“. Die aktuelle Entscheidung enthält zu der Frage der (gemeinsamen) Abgrenzung verschiedener Wettbewerbe nun Überlegungen zur Sichtweise der Nachfrager. Erörtert wird, dass es unter den Nachfragern Fans von Teams gebe, die nicht an allen genannten Wettbewerbern teilnehmen. Zudem gebe es auch Zuschauer, die sich für mehrere Wettbewerbe interessieren. Bei einer tiefergehenden Analyse der letzteren Gruppe dürfte es dann auf die Sicht in Bezug auf die Austauschbarkeit der Übertragungen ankommen, die im vorliegenden Fall nicht thematisiert wurde. BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 155; Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15 – BL-Zentralvermarktung ab 2017/2018, Tz. 96; vgl. zu dieser Frage auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 383.

³⁵⁶ Im Kartellrecht ist der Begriff „Substitutionswettbewerb“ gebräuchlich, um ein nicht perfektes, aber zumindest mögliches Austauschverhältnis zwischen verschiedenen Gütern auszudrücken.

³⁵⁷ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 199.

³⁵⁸ So sind die Übertragungsrechte als Produkt rechtlich nicht klar zugeordnet. Es ist nicht eindeutig, welche Rechte im Fall der Einzelvermarktung konkret bei einem Verein liegen und wie ein Alternativprodukt auf dieser Basis aussieht. Siehe hierzu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 354 ff.

³⁵⁹ Anbieter von *Over-the-top content* (OTT) übermitteln und verkaufen Video- und Audioinhalte über Internetzugänge.

³⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 203.

³⁶¹ Ebenda, Tz. 202.

mehrstufige Vermarktungsmodell enthält zudem Preisuntergrenzen (Vorbehalts- und Reservationspreise), deren kartellrechtliche Zulässigkeit nicht separat begründet wird.

2.6.2 Verbrauchervorteil durch die kartellrechtlichen Auflagen unklar

471. Eine Analyse der aktuellen Entscheidung des Bundeskartellamtes und der Vergleich mit den Musterverfahren der Europäischen Kommission und den Erwägungen der Monopolkommission aus dem Einundzwanzigsten Hauptgutachten³⁶² zeigen, welche besonderen Schwierigkeiten bei der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung bestehen.

2.6.2.1 Auch Missbrauchsaufsicht ist auf Zentralvermarktung durch DFL anwendbar

472. Das Bundeskartellamt misst die Zentralvermarktung allein an den Maßstäben des Kartellverbots und erörtert in diesem Zusammenhang zunächst die Frage, ob die Zentralvermarktung für die Wettbewerbsbeschränkung kausal ist. Die Wettbewerbsbeschränkung auf Basis der grundsätzlich starken Monopolstellung der DFL relativiere sich hierbei dadurch, dass ein hypothetischer Wegfall der Zentralvermarktung (und eine wie auch immer geartete Einzelvermarktung) auch nicht zu einem intensiven Wettbewerb führen würde. Ursächlich hierfür ist, dass es im Fall einer alternativen Einzelvermarktung erforderlich sein könne, dass sich Vereine zur Herstellung marktgängiger Produkte koordinierten. Deshalb – so das Bundeskartellamt – handele es sich bei der Zentralvermarktung nicht um eine „Kernbeschränkung“.³⁶³ Zwar stimmt das Bundeskartellamt hierbei mit der Europäischen Kommission in deren Musterverfahren der Zentralvermarktung der Champions League, der Bundesliga und der Premier League insofern überein, als die Europäische Kommission ebenfalls alleine Verstöße gegen das Kartellverbot geprüft hat. Allerdings hat die Europäische Kommission die Kausalität vor allem in Bezug auf die Frage geprüft, ob eine Wettbewerbsbeschränkung überhaupt vorliegt. Sie hat nicht das Ausmaß der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung danach beurteilt.³⁶⁴

473. Sowohl die Europäische Kommission als auch die Monopolkommission haben zudem eine Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung diskutiert.³⁶⁵ Bei dem Missbrauchsverbot stellt sich die Frage der Kausalität nicht in demselben Maße. Ein Missbrauch könnte sich insbesondere aus der Mengenbeschränkung durch ein Vermarktungsmodell ergeben, in dem Rechte durch einen Upstream-Monopolisten exklusiv vergeben werden. Ein kartellbehördliches Vorgehen auf Grundlage des Missbrauchsverbots gegen die Mengenbeschränkung ist insofern naheliegend, als diese regelmäßig missbräuchlich überhöhte Preise zur Folge hat. Dem dürfte auch nicht im Wege stehen, dass gegen den kartellrechtlich zu beanstandenden Ausschreibungsinhalt möglicherweise präventiv vorzugehen wäre, weil ein Preishöhenmissbrauch im Zeitpunkt des kartellbehördlichen Vorgehens noch nicht stattgefunden hat.³⁶⁶

2.6.2.2 Zentralvermarktung hat Auswirkungen auf Preis- und Qualitätswettbewerb

474. Das Bundeskartellamt nimmt seit der Entscheidung aus 2016 an, dass sich die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Zentralvermarktung in erster Linie in einer Schwächung des Innovationswettbewerbs zeige. Damit

³⁶² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 350 ff.

³⁶³ Ebenda, Tz. 199. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung gegenüber der Einzelvermarktung wurde dagegen in früheren Entscheidungen stärker hervorgehoben; vgl. BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10 – BL-Zentralvermarktung ab 2013/2014, Tz. 43.

³⁶⁴ Insbesondere erörtert in: EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, AT.37398 – UEFA, Tz. 118-132.

³⁶⁵ Im Fall der Europäischen Kommission geht dies auch aus einem Zusatzdokument zum „White Paper Sports“ hervor. Darin wird darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission zwar bisher keine Verfahren auf Basis der Missbrauchsregeln geführt habe; die Vermarktung von Übertragungsrechten wird aber als Aktivität bezeichnet, deren ökonomische Natur sowohl von den Kartell- als auch Missbrauchsvorschriften erfasst werde. Vgl. EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., S. 78, 81; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 411.

³⁶⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09(V) – DFL-Vermarktungsrechte, Rz. 35 (zit. nach Juris).

rückt das Bundeskartellamt die Möglichkeit in den Hintergrund, dass das Angebotsmonopol der DFL zu missbräuchlich überhöhten Preisen führt. Warum die Marktmacht der DFL bei der Vermarktung der Übertragungsrechte nur den Innovationswettbewerb, nicht aber den Wettbewerb um Preise und Qualität beeinflussen soll, wird nicht deutlich. Auch ist der vom Bundeskartellamt gewählte Begriff der Innovation nicht trennscharf. Das Bundeskartellamt stellt die von ihm erkannten Einschränkungen des Innovationswettbewerbs in seiner aktuellen Entscheidung anhand mehrerer Beispiele dar, die belegen sollen, dass Sky sein Angebot vor allem technisch in Bezug auf das aufkommende Web-TV-Angebot limitiere.³⁶⁷ So habe Sky etwa bei seinem Web-TV-Angebot die Übertragung im Browser eingestellt und zwingt zur App-Nutzung, was beim Angebot von Live-Übertragungen des Konkurrenten DAZN nicht der Fall sei. Ein anderer Anhaltspunkt sei z. B., dass Sky einen Wechsel von Streaming-Geräten in der Geräteliste stärker limitiere als DAZN.

475. Ob es sich bei diesen Beispielen tatsächlich um fehlende Innovationen handelt oder eher um Qualitätsbeschränkungen, weil bereits entwickelte technische Möglichkeiten nicht genutzt bzw. begrenzt werden, erscheint fraglich. Auch dürfte zumindest ein Teil der vom Bundeskartellamt aufgeführten technischen Beschränkungen des Sky-Angebotes dazu dienen, die gleichzeitige Nutzung eines einzelnen Abonnements durch mehrere Nutzer zu erschweren. Eine solche Limitierung dürfte aber eher der Sicherung eines bestimmten Preisniveaus dienen. Insgesamt erscheinen die vom Bundeskartellamt in den Mittelpunkt gestellten Ausflüsse der Wettbewerbsbeschränkung auf die Innovationstätigkeit unvollständig. Die Europäische Kommission spricht in ihren Entscheidungen dagegen auch von der Gefahr von Mengenbeschränkungen, was mit nicht-wettbewerbskonformen Preisen gleichzusetzen ist.³⁶⁸ Auf die mit der Zentralvermarktung einhergehende Mengenbeschränkung hatte auch die Monopolkommission hingewiesen.³⁶⁹

2.6.2.3 Wettbewerbswirkungen des Vermarktungsmodells werden durch Substituierbarkeit und Komplementarität der Rechtepakete bestimmt

476. Zentrale Bedeutung hat die Frage, welche Anforderungen der Kartellbehörde an ein konkretes Zentralvermarktungsmodell den bestehenden Wettbewerbsproblemen entgegenwirken können. Hierzu haben die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt übereinstimmend festgestellt, dass es durch die gebündelte Abgabe verschiedener Rechte im Rahmen der Zentralvermarktung zu Effizienzen kommen kann. Solche Effizienzen entstehen z. B. dadurch, dass die Zusammenfassung von Übertragungsrechten unterschiedlicher Begegnungen verschiedener Vereine es ermöglicht, auf dem Übertragungsmarkt ein einheitliches Ligaprodukt anzubieten (z. B. eine Konferenzberichterstattung).³⁷⁰ Der zusätzliche Nutzen der Bündelung verschiedener Einzelübertragungsrechte ist mit einer (partiellen) Komplementarität der Produkte gleichzusetzen. Mehrere Übertragungsrechte an Spielen der Fußball-Bundesliga sind dann (partiell) komplementär, wenn ein Teil des Nutzens dadurch entsteht, dass diese Übertragungsrechte in Kombination genutzt werden. Neben der Komplementäreigenschaft verschiedener Übertragungsrechte können Übertragungsrechte auch substitutiven Charakter haben, z. B. wenn der Fan eines Vereins, dessen Team zu einem Zeitpunkt kein Spiel hat, zwischen zwei anderen parallel übertragenen Partien indifferent ist. In diesem Fall stehen zwei Angebote, die jeweils das eine oder das andere Spiel übertragen, in einem Wettbewerbsverhältnis, das die Preise und die Qualität der angebotenen Produkte disziplinieren kann. Die Monopolkommission sieht die Kartellrechtskonformität eines Vermarktungsmodells dann gegeben, wenn die angebotenen und gegebenenfalls mit dem Ausschluss des Alleinerwerbs vermarkteten Rechtepakete durch eine eher geringe Komplementarität und/oder eine hohe Substitutionswirkung zueinander gekennzeichnet sind. Vor diesem Hintergrund hat sie empfohlen, Zuschauerbefragungen vorzunehmen, welche die Zielgenauigkeit der wettbewerblichen Kontrolle verbessern können.

³⁶⁷ BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 213 bis 216.

³⁶⁸ EU-Kommission, *The EU and Sport: Background and Context*, a. a. O., S. 81.

³⁶⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 411 f.

³⁷⁰ Ebenda, Tz. 428 ff.; BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 254; EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, AT.37214 – DFB, Tz. 24.

477. Das Bundeskartellamt hatte in seiner Zusagenentscheidung aus dem Jahr 2012 darauf hingewiesen, dass der Substitutionsgrad verschiedener Rechtepakete für die Auswirkungen der Vereinbarung von maßgeblicher Bedeutung sei.³⁷¹ Gleichwohl hat das Bundeskartellamt aber die substitutiven bzw. komplementären Effekte des konkreten Vermarktungsmodells bzw. einer alternativen Paketaufteilung in seiner aktuellen Entscheidung nicht näher untersucht. Vielmehr stellt es bei der Freistellung des vorgeschlagenen Vermarktungsmodells alleine darauf ab, dass es zu einem möglichst diskriminierungsfreien Bieterwettbewerb kommen soll, bei dem Abschottungstendenzen in Form des Erwerbs der wichtigsten angebotenen Rechte durch einen einzigen Marktteilnehmer unterbunden werden.³⁷² Es geht dem Bundeskartellamt demnach darum, auf der Nachfragerseite einen transparenten Bieterwettbewerb zu schaffen, der nicht zum Alleinerwerb der Rechte führt.³⁷³ Das Bundeskartellamt fordert, dass die unterschiedlichen Pakete einen „substanziellen Umfang“ haben müssen. Darüber hinaus werden keine besonderen Anforderungen daran gestellt, welche Rechte dabei angebotsseitig in unterschiedlichen Paketen zusammengefasst werden. Die Gefahr einer – nachfolgend näher beschriebenen – Preiserhöhung im Fall einer Aufteilung der Rechte auf unterschiedliche Pay-TV-Angebote sieht es nicht.³⁷⁴

478. Tatsächlich birgt eine Fokussierung auf die bloße Aufteilung der Rechte an mehrere Bieter die Gefahr, dass Verbrauchervorteile verloren gehen, Wettbewerb ausgeschlossen wird und es kumuliert zu höheren Preisen kommt. Beinhaltet ein Vermarktungsmodell eine Aufteilung der Rechte zwischen verschiedenen Sendern/OTT-Anbietern, bei dem die komplementären Wirkungen der dadurch entstehenden Übertragungsangebote hoch und die substitutiven Wirkungen gering sind, können die negativen Auswirkungen des Angebotsmonopols der DFL im Extremfall sogar verstärkt werden. Dieser Extremfall lässt sich industrieökonomisch am Beispiel zweier vollständig komplementärer Güter darstellen. Danach ergibt sich aus dem Cournot-Modell eines komplementären Duopols, dass der Preis der zwei komplementären Güter bei einem Einzelverkauf im Vergleich zu einer gemeinsamen Abgabe steigen würde.³⁷⁵ Grund dafür ist, dass bei einem gemeinsamen Verkauf beider Teile die negativen Wechselwirkungen eines höheren Preises des einen Gutes mit dem jeweils anderen Gut berücksichtigt würden, was bei einem Verkauf durch unterschiedliche Anbieter nicht der Fall ist. Konkurrierende Übertragungsangebote, die aus Sicht der Zuschauer am besten zusammen genutzt werden können (Komplementarität), würden daher im Einzelverkauf zweier Anbieter zu in der Summe höheren Preisen führen. Demgegenüber würden konkurrierende Übertragungsangebote, die aus Sicht der Zuschauer austauschbar (substituierbar) sind, zu geringeren Preisen führen. Aufgrund der Heterogenität der Zuschauerinteressen können viele denkbare Formen der Paketaufteilung sowohl komplementäre als auch substitutive Effekte aufweisen, wobei die Stärke der Effekte bei unterschiedlichen Paketzusammenstellungen jeweils sehr verschieden sein kann. Die Monopolkommission hat auch auf den besonderen Fall hingewiesen, wonach ein Alleinerwerbsverbot, das für einen kleinen oder größeren Teil der Rechte eine co-exklusive Vermarktung durch einen zweiten Sender vorsieht, kaum komplementäre, aber starke substitutive Effekte hätte und deshalb mit hoher Sicherheit Verbrauchervorteile auslösen würde.³⁷⁶

479. Als Ergebnis des vom Bundeskartellamt gebilligten Vermarktungsmodells sind in der im Juni 2020 erfolgten Ausschreibung die wichtigsten Pay-TV-Rechte zur Übertragung von Live-Spielen teilweise an Sky und teilweise an DAZN vergeben worden. Im Wesentlichen hat Sky Übertragungsrechte für die Spiele am Samstag, DAZN Übertragungsrechte für die Spiele am Freitag und Sonntag erhalten. Es ist unklar, ob bei der erfolgten Aufteilung der Pake-

³⁷¹ BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10 – BL-Zentralvermarktung ab 2013/2014, Tz. 107.

³⁷² BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 91, 221 ff.

³⁷³ Dahin gehend nennt das Bundeskartellamt auch Prinzipien, die eine Verbraucherbeteiligung sicherstellen sollen. Ebenda, Tz. 274.

³⁷⁴ Das Bundeskartellamt erklärt dazu konkret, „dass die Erforderlichkeit eines zusätzlichen Abonnements im Durchschnitt nicht notwendigerweise mit der Zahlung eines deutlich höheren Preises einher geht, soweit die für die Endkunden bestehenden Spielräume der Angebote genutzt werden.“ Ebenda, Tz. 263.

³⁷⁵ Cournot, A., *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, original published in French (1838), translated by Nathaniel Bacon, New York., 1927; eine verallgemeinerte Darstellung findet sich bei Economides, N., & Salop, S. C. (1992). Competition and integration among complements, and network market structure, *The Journal of Industrial Economics*, 105-123, S. 108 f.

³⁷⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 448.

te die Austauschbarkeit oder die Komplementarität aus Sicht der Zuschauer überwiegt. Für eine eher komplementäre – und damit für die Verbraucher nachteilige – Aufteilung könnte sprechen, dass der Fan eines bestimmten Vereins die Spiele seines Vereins weder durchgehend noch überwiegend durch das Angebot von Sky oder DAZN abdecken kann. Zudem ist es schwieriger, dem Ligageschehen zu folgen, wenn jedes der Angebote der beiden Sender nur den einen Teil des Spieltages erfasst. Es kann deshalb auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Nachteile für die Verbraucher durch die komplementären Effekte aus der erfolgten Aufteilung des Angebotes auf Sky und DAZN signifikant höher als bei einer Einzelvermarktung mit konkurrierenden Vereinsprodukten ausfallen. Inwieweit das genehmigte Vermarktungsmodell stärkere Substitutionseffekte als die Einzelvermarktung aufweist, ist zugleich schwerlich ohne nähere Prüfung des Bundeskartellamts ermittelbar.

2.6.2.4 Spielansetzungsrechte haben Einfluss auf Substitutionswettbewerb mit Highlight-Berichterstattung

480. Das mit der Rechtevergabe für die Spielzeiten ab 2021/2022 geänderte Design der Pay-TV-Rechtepakete hat schließlich auch indirekte Auswirkungen auf die Highlight-Berichterstattung. In früheren Fällen, in denen das Bundeskartellamt die Rechtevermarktung geprüft hat, hat es darauf hingewirkt, dass die Highlight-Berichterstattung um 18.30 Uhr am Samstag als Free-TV-Paket erhalten bleibt (derzeit durch das Produkt „Sportschau“ der ARD).³⁷⁷ Dieses Paketdesign wurde seither beibehalten. Die Überlegung bei dieser Ansetzung der Highlight-Berichterstattung war, dass der Substitutionswettbewerb auch die Preise der Pay-TV-Übertragung diszipliniere. Das Bundeskartellamt erwartete, dass das Pay-TV-Angebot bei hohen Preisen oder schlechter Qualität Kunden verliere, da diese zumindest die Zusammenfassung der Begegnungen zeitnah kostenlos schauen könnten. Allerdings ist anzunehmen, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Pay-TV-Angebot und der Highlight-Berichterstattung am stärksten die Spiele am Samstagnachmittag betrifft, da die Highlights dieser Spiele in kurzem zeitlichen Abstand zur Live-Übertragung und zu einer günstigen Sendezeit laufen.

481. Die Wirksamkeit des Substitutionswettbewerbs als Verbrauchervorteil könnte im jetzt gebilligten Vermarktungsmodell allerdings dadurch geschmälert werden, dass hier nun zusammen mit den Pay-TV-Rechtepaketen sog. Pick-Rechte vergeben werden. Diese erlauben es dem Erwerber eines Paketes, auf die Ansetzung der Spiele eines Bundesligaspieltages Einfluss zu nehmen. Nach Berücksichtigung verschiedener Restriktionen, die z. B. mit dem Terminkalender und der Ansetzung der Partien der international spielenden Vereine zusammenhängen, erhält der Erwerber des Paketes mit dem Samstagabendspiel das erste Wahlrecht, welches Spiel zu diesem Termin stattfinden soll und somit von diesem Erwerber gezeigt werden kann. Der Erwerber der Pakete für die Spiele am Freitag und Sonntag erhält das zweite Wahlrecht für eine Spielansetzung, und die Ansetzungen der Spiele am Samstagnachmittag, die mit der Highlight-Berichterstattung dem höchsten Konkurrenzdruck ausgesetzt sind, werden nachrangig bedient. Es erscheint plausibel, dass die Spiele auf ein unterschiedliches Zuschauerinteresse stoßen und unterschiedliche Marktwerte besitzen, sodass am Samstagnachmittag künftig etwas häufiger Begegnungen mit geringerem Marktwert gezeigt werden. Damit reduziert sich auch die disziplinierende Wirkung der freien Highlight-Berichterstattung auf das Pay-TV.³⁷⁸ Dies sollte bei den kartellrechtlichen Anforderungen an das Vermarktungsmodell bei der Pay-TV-Vermarktung berücksichtigt werden.

2.6.3 Ökonomische Auswirkungen der Zentralvermarktung systematisch erfassen

482. Die kartellrechtliche Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung hat sich als Korrektiv etabliert, das verhindern soll, dass die Vergabe der Rechte durch die DFL bei den Verbrauchern zu Wohlfahrtsverlusten führt. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint es plausibel, dass sich auf Basis der gesicherten Marktstellung der DFL – d. h. als alleiniger Vermarkter der Bundesligarechte – insbesondere für die Zuschauer überhöhte Preise in der Pay-TV-Vermarktung einstellen können. Die Kontrolle seitens der Kartellbehörden kann das Vermarktungsmodell jedoch

³⁷⁷ BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juli 2008, Zentralvermarktung: DFL muss bei Verbraucherbeteiligung nachbessern.

³⁷⁸ Das Bundeskartellamt betrachtet die durch die Pick-Rechte veränderte Wertigkeit der Spiele am Samstagnachmittag allerdings nicht als erwiesen; vgl. BKartA, Beschluss vom 20. März 2020, B6-28/19 – BL-Zentralvermarktung ab 2021/2022, Tz. 247.

zum Vorteil der Verbraucher beeinflussen, indem durch die Vergabe mehrerer Rechtepakete eine Wettbewerbssituation geschaffen wird. Zugleich besteht bei einer Aufteilung der Rechte auf unterschiedliche Bieter die Möglichkeit, dass die Zuschauer mehrere Übertragungsangebote erwerben müssen, um das Ligageschehen zu verfolgen.

483. Um diesen Nachteilen zu begegnen, könnte das Bundeskartellamt zukünftig zusätzliche Anforderungen an die Paketaufteilung und ein mögliches Alleinerwerbsverbot stellen. Rechtepakete, die an unterschiedliche TV-Sender bzw. OTT-Anbieter vergeben werden, sollten jeweils solche Rechte enthalten, die aus Zuschauersicht stärker austauschbar sind und von diesen nicht nur in Kombination (mehrerer Abonnements) genutzt werden können. Im Rahmen einer zeitlichen Aufteilung des Spieltages unter zwei Anbietern, wie sie mit der nun erfolgten Rechtevergabe ab der Spielzeit 2021/2022 erfolgt, bleibt jedoch fraglich, ob es tatsächlich zu Vorteilen für die Verbraucher kommt. Ein Beispiel für eine Aufteilung der Rechte, die stattdessen mit geringen komplementären und stark substitutiven Wirkungen verbunden ist, läge z. B. in der Vergabe der Rechte an der Berichterstattung des gesamten Spieltages an einen Anbieter und einer parallelen Berichterstattung über einzelne Spiele durch einen zweiten Anbieter. Auch vereinsbezogene Rechtepakete wären als Alternative vorstellbar.

484. Da insbesondere die Verbraucher ein Interesse an einer möglichst wirksamen kartellrechtlichen Kontrolle der Zentralvermarktung haben,³⁷⁹ diese aber praktisch kaum gerichtlichen Individualrechtsschutz in Anspruch nehmen können,³⁸⁰ ist ein kartellbehördliches Tätigwerden besonders wichtig. Um sicherzustellen, dass die zentrale Vermarktung der Bundesliga zu den kartellrechtlich gebotenen Verbrauchervorteilen führt, könnte in zukünftigen Vermarktungsrunden die Wirkung der Paketaufteilung auch durch eine Zuschauerbefragung weiter fundiert werden. Aufgrund der hohen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedeutung der Fußball-Bundesliga und der Regelmäßigkeit, mit der die Kontrolle der Bundesliga-Zentralvermarktung stattfindet, wäre es zudem angemessen, die Praxis der Verfahrensführung auf Basis einer lediglich vorläufigen Beurteilung (Zusagenentscheidung nach § 32b GWB) nicht weiterzuverfolgen.

485. Gegen eine „strengere“ Kontrolle der Zentralvermarktung durch eine nationale Wettbewerbsbehörde könnten etwaige Verzerrungen im internationalen Wettbewerb der Vereine untereinander angeführt werden. Denn bei der Abwägung der Verbrauchervorteile sind mögliche Auswirkungen einer inkohärenten Rechtsanwendung bei der Kontrolle der zentralen Vermarktung in den Ligen unterschiedlicher Staaten nicht berücksichtigt. Weil die Durchsetzung des Kartellrechts zu geringeren Vermarktungserlösen der Vereine führen kann, können diesen im Wettbewerb mit Teams anderer Ligen Nachteile entstehen, z. B. auf dem internationalen Spielermarkt. Um geeignete Voraussetzungen für eine wirksame Kartellrechtsanwendung zu schaffen, hat die Monopolkommission der Europäischen Kommission empfohlen, auf eine einheitliche Anwendung der kartellrechtlichen Regeln zu achten und gegebenenfalls entsprechende Leitlinien zu erlassen.³⁸¹

2.7 Wirkungen von engen Bestpreisklauseln im Einzelfall bewerten

2.7.1 Einführung

486. In der jüngeren Vergangenheit sind Bestpreisklauseln³⁸² von Hotelportalen mehrfach in den Fokus des Interesses von Wettbewerbsbehörden, Gerichten und Gesetzgebung geraten. Hierbei wird zwischen engen und weiten Bestpreisklauseln differenziert. *Enge* Bestpreisklauseln gestatten den Hotels die Nutzung des Hotelportals nur

³⁷⁹ Hierzu gehören evtl. auch andere Zentralvermarktungsmodelle. Die Monopolkommission hatte in ihrem Zweiundzwanzigsten Hauptgutachten auf die Kontrollwürdigkeit der zentralen Vermarktung der UEFA-Champions League hingewiesen. Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 845 ff.

³⁸⁰ Für eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 894 ff.

³⁸¹ Vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 494 ff.

³⁸² Bestpreisklauseln, bekannt auch als Preisparitätsklauseln, gelten als Variante klassischer Meistbegünstigungsklauseln (*most favoured nation clause*, *MFN-clause*) im Digitalbereich. Es handelt sich dabei um Plattform-Nutzer-Vereinbarungen, d. h. Vereinbarungen zwischen Hotelportalen und Hotels.

unter der Bedingung, dass sie ihre Hotelzimmer auf den eigenen Absatzkanälen (etwa auf den Webseiten der Hotels) nicht zu besseren Konditionen als auf dem jeweiligen Hotelportal anbieten. Sofern die Konditionen der Hotels auch auf Absatzkanälen von Dritten (etwa auf anderen Hotelportalen) nicht besser als auf dem jeweiligen Hotelportal sein dürfen, handelt es sich um weite Bestpreisklauseln.

487. Sowohl auf internationaler Ebene als auch europaweit haben sich Wettbewerbsbehörden mit Bestpreisklauseln beschäftigt und Ermittlungen gegen Hotelportale eingeleitet.³⁸³ Europaweit ist die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Bestpreisklauseln umstritten. In Italien, Schweden und Frankreich haben die Wettbewerbsbehörden die Ermittlungen gegen Booking.com (Booking) eingestellt, nachdem sich das Hotelportal verpflichtet hatte, künftig nur enge Bestpreisklauseln zu verwenden; solche Klauseln wurden von den erwähnten Wettbewerbsbehörden gebilligt.³⁸⁴ Die britische Wettbewerbsbehörde (CMA) steht hingegen sowohl engen als auch weiten Bestpreisklauseln kritisch gegenüber.³⁸⁵ Die Europäische Kommission hat einen Bericht zu Online-Hotelplattformen veröffentlicht, in dem Auswirkungen wettbewerblicher Maßnahmen hinsichtlich Bestpreisklauseln untersucht werden.³⁸⁶

488. In Deutschland hat sich das Bundeskartellamt insbesondere in den Verfahren gegen HRS und Booking mit Bestpreisklauseln im Hotelsektor beschäftigt. Im HRS-Fall entschied das Bundeskartellamt, dass weite Bestpreisklauseln als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen sind.³⁸⁷ Diese Entscheidung wurde vom OLG Düsseldorf bestätigt.³⁸⁸ Darauf reagierte Booking, indem es nicht mehr weite, sondern nur enge Bestpreisklauseln verwendete. Ende 2015 entschied das Bundeskartellamt, dass auch die engen Bestpreisklauseln nicht mit dem Kartellrecht vereinbar seien.³⁸⁹ Hierzu stellte das OLG Düsseldorf mit seinem Beschluss vom Juni 2019 fest, dass die engen Bestpreisklauseln kartellrechtlich unbedenklich seien, da es sich um eine notwendige Nebenabrede handele.³⁹⁰

489. Die Monopolkommission hat sich bereits mehrfach mit Bestpreisklauseln befasst.³⁹¹ Ihrer Ansicht nach zeigt die uneinheitliche Auslegung der europäischen Wettbewerbsvorschriften durch nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden sowie die staatliche Intervention in Form von gesetzlichen Verboten der Bestpreisklauseln in einigen Mitgliedstaaten, dass in diesem Bereich noch Diskussionsbedarf besteht. In diesem Zusammenhang stellen der Beschluss des OLG Düsseldorf im Fall Booking und die Einordnung von engen Bestpreisklauseln als für das Geschäftsmodell von Booking notwendige Nebenabrede eine neue Entwicklung dar. Angesichts der wachsenden,

³⁸³ Auf internationaler Ebene befassen sich aktuell Wettbewerbsbehörden in Australien und in Asien mit Bestpreisklauseln im Hotelbuchungssektor, und in manchen Ländern haben Hotelportale gegenüber den Wettbewerbsbehörden Verpflichtungen abgegeben; vgl. Panichi u. a., Comment: Booking.com, Expedia's Asian woes may thrust parity-clauses back onto global stage, MLex vom 20. April 2020.

³⁸⁴ D´KART, <https://www.d-kart.de/blog/2019/06/06/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/>, Abruf am 22. April 2020; Ahgz, <https://www.ahgz.de/news/buchungsportale-italien-verbietet-best-preis-klausel-per-gesetz,200012241220.html>, Abruf am 14. April 2020. Allerdings ist dann der Gesetzgeber in Frankreich tätig geworden und hat Bestpreisklauseln („Loi Macron“ in Art. 133 Abs. 2) insgesamt für unwirksam erklärt. Das Gleiche gilt nunmehr auch in Italien (Art. 50 Legge annuale per il mercato e la concorrenza). In Österreich werden enge Bestpreisklauseln als „aggressive Geschäftspraktik“ (§ 1 Abs. 4 Nr. 2 öUWG i. V. m. Ziffer 32 der Schwarzen Liste) und „absolut nichtig“ (§ 7 Preisauszeichnungsgesetz) qualifiziert. In Belgien und der Schweiz sind entsprechende Gesetzesinitiativen auf den Weg gebracht worden.

³⁸⁵ CMA, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf>, S. 58, 60, Abruf am 14. April 2020.

³⁸⁶ European Competition Network, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf, Abruf am 14. April 2020.

³⁸⁷ BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS.

³⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14 (V) – HRS.

³⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking.

³⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Juni 2019, VI-Kart 2/16 (V) – Booking, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00 (zit. nach Juris). Hiergegen hat das Bundeskartellamt Ende Juni 2019 Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt.

³⁹¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 980 ff.; Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 406 ff.

meistens grenzüberschreitend agierenden Hotelportale als Teil des Online-Handels bedarf es einer kohärenten Anwendung der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften und einer intensiveren Abstimmung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten mit der Europäischen Kommission in diesem Bereich. Nachfolgend wird die kartellrechtliche Beurteilung von engen Bestpreisklauseln in Deutschland mit Fokus auf den neuen Beschluss des OLG Düsseldorf im Fall Booking dargestellt (dazu Abschnitt 2.7.2). Anschließend werden wettbewerbliche Effekte enger Bestpreisklauseln diskutiert (dazu Abschnitt 2.7.3). Abschließend wird auf die Vorlagepflicht der nationalen letztinstanzlichen Gerichte an den EuGH hingewiesen, da es sich vorliegend um Auslegung des Unionsrechts handelt. Von einem gesetzlichen Verbot der engen Bestpreisklauseln wird abgeraten. Schließlich wird der Bedarf weiterer ökonomischer Untersuchungen zur Wirkweise von engen Bestpreisklauseln betont. (Abschnitt 2.7.4).

2.7.2 OLG Düsseldorf zu Booking: enge Bestpreisklauseln als notwendige Nebenabrede?

490. Das Bundeskartellamt hat 2015 den von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung beigemessen. Im Gegensatz zu einer weiten Bestpreisklausel dürfen die Hotels bei einer engen Bestpreisklausel niedrigere Preise auf anderen Hotelportalen einstellen, jedoch nicht auf dem eigenen Online-Verkaufskanal.³⁹² Dem Bundeskartellamt zufolge schränkten enge Bestpreisklauseln den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen ein, da sie die Preissetzungsfreiheit der betroffenen Hotelbetreiber beschränken. Dies minderte die Anreize der Hotels zur Preisdifferenzierung zwischen Hotelportalen maßgeblich, womit der Wettbewerb zwischen den Hotelportalen behindert wurde.³⁹³ Ebenso begünstigten enge Bestpreisklauseln marktabschottende Effekte³⁹⁴ und führten zu einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Hotels.³⁹⁵

491. Das OLG Düsseldorf hat 2016 im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens den Antrag von Booking auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsbeschwerde gegen den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes zurückgewiesen.³⁹⁶ Das Gericht bejahte eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB. Die Frage, ob eine Gruppenfreistellung nach Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 330/2010 (Vertikal-GVO) in Betracht kommt, konnte offengelassen werden, da das Hotelportal und der Hotelbetreiber jeweils mehr als 30 Prozent Marktanteil aufwiesen und somit die Marktanteilschwelle nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO überschritten war. Eine Einzelfreistellung scheiterte am fehlenden Vortrag der Beteiligten zum Vorliegen der Voraussetzungen, die in Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB genannt werden.³⁹⁷

492. Mit seinem Beschluss im Hauptsacheverfahren hob das OLG Düsseldorf den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes auf.³⁹⁸ Die enge Bestpreisklausel bei Hotelportalen – so das OLG Düsseldorf – beeinträchtigt zwar den Wettbewerb im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB aus den zuvor erwähnten, vom Bundeskartellamt aufgeführten Gründen. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklausel seien aber vom Anwendungsbereich des Kartellverbotstatbestandes nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB ausgenommen und deshalb kartellrechtlich unbedenklich, weil sie als notwendige Nebenabrede in einem an sich kartellrechtsneutralen

³⁹² Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung weiter Bestpreisklauseln siehe beispielsweise auch Dos Santos-Goncalves, D.-J./Karsten, A., WuW 2019, 433, 455 f. sowie Alfter, M./Hunold, M., WuW 2016, 511, 525.

³⁹³ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking, Tz. 192 ff. Zur zugrundeliegenden Schadenstheorie einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Hotelplattformen siehe Tz. 499 f.

³⁹⁴ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking, Tz. 220 ff.

³⁹⁵ Ebenda, Tz. 229 ff.

³⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2016, VI Kart 1/16 (V) – Eilentscheidung, NZKart 2016, 291.

³⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2016, VI Kart 1/16 (V) – Eilentscheidung, NZKart 2016, 291, 295: „Die Beteiligten haben nicht dargetan, dass die streitbefangene Bestpreisklausel unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Die Antragschrift und die Replik nennen nicht einmal Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 GWB.“

³⁹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Juni 2019, VI-Kart 2/16 (V) – Booking, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00 (zit. nach Juris).

len Austauschvertrag zu qualifizieren sei.³⁹⁹ Nach der Gesetzessystematik führt die vom OLG Düsseldorf vertretene Auffassung dazu, dass die jeweils verwendeten Bestpreisklauseln als notwendig für die Durchführung des Hauptvertrages angesehen werden und somit einer Wirkungsanalyse im Einzelfall, wie sie im Rahmen einer Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB vorzunehmen ist, weitgehend entzogen sind.

493. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf ist eine enge Bestpreisklausel notwendig, um einen fairen und ausgewogenen Leistungsaustausch zwischen den Hotelportalen und den vertragsgebundenen Hotels zu gewährleisten. Die Bestpreisklausel gehe im vorliegenden Fall auch weder zeitlich noch räumlich oder sachlich über das zur Zielerreichung Erforderliche hinaus.⁴⁰⁰ Was die Vertragsbeziehungen zwischen den Hotelportalen und den Hotels kennzeichne, sei eine Vorleistungspflicht des Hotelportals.⁴⁰¹ Die Hotelportale hätten nur dann einen Provisionsanspruch, wenn der Hotelkunde über ein bestimmtes Hotelportal für das betreffende Hotel gewonnen worden sei und dieser das Hotelzimmer anschließend auch über dasselbe Portal buche.⁴⁰² Die Vergütung für die Vertragsleistung des Hotelportals entfalle, wenn der über das Hotelportal gewonnene Kunde direkt beim Hotel buche.⁴⁰³

494. Das OLG Düsseldorf führt weiter aus, dass es den ausgewogenen Leistungsaustausch und das Gleichgewicht zwischen der Portaldienstleistung der Hotelportale und der Vergütungspflicht des vertragsgebundenen Hotels spürbar stören würde, wenn die Hotels das Entstehen des Vergütungsanspruchs dadurch verhindern könnten, dass sie die Hotelkunden, die sich unter Nutzung des bestimmten Hotelportals für ihr Hotel entschieden haben, vor einer Buchung durch einen niedrigeren Zimmerpreis oder bessere Vertragskonditionen auf die hoteleigenen Hotelbuchungsmöglichkeiten umleiten.⁴⁰⁴ Es stelle somit ein treuwidriges und illoyales Ausnutzen der Geschäftsbemühungen des Hotelportals dar, wenn das vertragsgebundene Hotel nach dem Abschluss des Hotelportalvertrages zwar die Vorteile der Hotelportalleistungen zu seinen Gunsten nutze, durch eine Preis- oder Konditionenunterbietung anschließend aber die Buchungen auf sich selbst umleite und dadurch das Entstehen des Vergütungsanspruchs für das Hotelportal verhindere.⁴⁰⁵ Dem gegenüber hatte das Bundeskartellamt in seinem Booking-Beschluss ein solches Trittbrettfahrer-Argument pauschal abgelehnt.⁴⁰⁶ Mit Blick auf das Geschäftsmodell von Hotelportalen verwies das Bundeskartellamt darauf, dass nur wenige Investitionen, etwa Foto- und Textbearbeitung, als vertragsspezifisch einzustufen seien.⁴⁰⁷

495. Das OLG Düsseldorf stellt in seiner Booking-Entscheidung Fallgruppen dar, unter anderem vertragliche Bindungen des Franchisenehmers sowie Abreden im Rahmen von selektiven Vertriebsvereinbarungen, Gesellschaftsverträgen und Unternehmenskaufverträgen, bei denen die Rechtsprechung die Einordnung als notwendige Nebenabreden anerkannt hat.⁴⁰⁸ Durch die Einordnung enger Bestpreisklauseln von Hotelportalen als notwendige Nebenabreden führt das OLG Düsseldorf insoweit eine neue Fallgruppe ein. In der Literatur ist umstritten, ob die Voraussetzungen einer notwendigen Nebenabrede im konkreten Fall erfüllt sind oder die Prüfung einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB hätte vorgenommen werden müssen.⁴⁰⁹ In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf den Unterschied zwischen Bestpreisklauseln hingewiesen, welche die Durchführung des

³⁹⁹ Ebenda, Rz. 45, 58.

⁴⁰⁰ Ebenda, Rz. 71.

⁴⁰¹ Ebenda, Rz. 72.

⁴⁰² Ebenda.

⁴⁰³ Ebenda.

⁴⁰⁴ Ebenda, Rz. 73.

⁴⁰⁵ Ebenda, Rz. 74.

⁴⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B 9-121/13 – Booking, Tz. 12: „*Booking hat insbesondere nicht belegen können, dass ein relevantes Trittbrettfahrerproblem besteht, das durch die Anwendung der engen Bestpreisklauseln gelöst werden könnte.*“

⁴⁰⁷ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking, Tz. 275.

⁴⁰⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Juni 2019, VI-Kart 2/16 (V) – Booking, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00, Rz. 60-68 (zit. nach Juris).

⁴⁰⁹ Augenhofer, NZKart 2019, 415, 416 ff.; Bernhard, NZKart 2019, 577, 578 ff.; Mörsdorf/Schäfer, NZKart 2019, 659, 665 f.

Hauptvertrages erst ermöglichen – und deshalb als notwendige Nebenabrede einzustufen seien –, und Bestpreisklauseln, die lediglich als nützlich angesehen werden, weil sie zu einer wirtschaftlich vorteilhafteren Vertragsdurchführung beitragen, ohne die der Hauptvertrag aber dennoch zustande käme.⁴¹⁰

496. Bislang wurde die Frage, wie enge Bestpreisklauseln bei Hotelportalen zu bewerten sind, nicht durch die Unionsrechtsprechung geklärt.⁴¹¹ Es bestehen auch Zweifel hinsichtlich der Frage, wie das einschlägige Unionsrecht insoweit auszulegen ist. Seit Jahren werden enge Bestpreisklauseln im Hotelbuchungssektor von Wettbewerbsbehörden und Gerichten innerhalb der Europäischen Union unterschiedlich bewertet. Sollte im vorliegenden Fall Rechtsbeschwerde eingelegt werden, müsste daher der BGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen.⁴¹² Auf diese Weise kann beispielsweise der BGH im Rahmen des zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH vorhandenen Kooperationsverhältnisses zur gesamteuropäischen Rechtsentwicklung beitragen.⁴¹³ Dies erscheint umso wichtiger vor dem Hintergrund, dass die jeweilige rechtliche Vorgehensweise – Einordnung als notwendige Nebenabrede oder Prüfung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV – maßgebliche prozessuale Auswirkungen hat.⁴¹⁴ Denn die Wettbewerbsbehörde trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV eröffnet ist. Wird das Vorliegen einer notwendigen Nebenabrede hingegen verneint, liegt bei der Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV die Darlegungs- und Beweislast nach Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 beim Hotelportal. Letzteres muss belegen, dass alle Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.

2.7.3 Ökonomische Abwägungen wettbewerblicher Effekte enger Bestpreisklauseln

497. Wie zuvor erläutert, könnte für die von Booking angewendete enge Bestpreisklausel die Prüfung einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB in Erwägung gezogen werden. Wird die Möglichkeit einer Einzelfreistellung geprüft, findet eine Abwägung pro- und antikompensativer Aspekte einer engen Bestpreisklausel statt.⁴¹⁵ Aus der engen Bestpreisklausel müssten dann objektive wirtschaftliche Vorteile hervorgehen.⁴¹⁶ Ob sich Vorteile ergeben, ist durch Vergleich mit dem Zustand zu beurteilen, der ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende

⁴¹⁰ Bernhard, NZKart 2019, 577, 580 f.; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 18: „Eine Ausnahme von der Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 kann jedoch nur auf der Grundlage objektiver, von den Parteien unabhängiger Faktoren erfolgen und nicht anhand der subjektiven Ansichten und besonderen Eigenschaften der Parteien.“ Ebenda, Tz. 29: „Das Notwendigkeitserfordernis bedeutet, dass die Beschränkung für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich ist und dazu in einem angemessenen Verhältnis steht.“ BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008, KZR 54/08 – Subunternehmervertrag II, WuW/E DE-R 2554, Rz. 17; EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-382/12 P – Master Card u. a., ECLI:EU:C:2014:2201, Rz. 91. Dem EuGH zufolge muss eine notwendige Nebenabrede unerlässlich für die Durchführung des Hauptvertrages sein; es genüge nicht, dass der Vertrag ohne die Nebenabrede weniger rentabel oder schwerer durchführbar wäre. Derselben Rechtsprechungsrichtlinie folgt auch das EuG, wonach objektiv erforderliche und verhältnismäßige Nebenabreden vom Kartellverbot ausgenommen werden können. Vgl. EuG, Urteil vom 29. Juni 2012, T-360/09 – E.ON Ruhrgas, ECLI:EU:T:2012:332, Rz. 62-70.

⁴¹¹ Vgl. Colangelo, Journal of European Competition Law and Practice 2017, Vol. 8, No. 1, S. 3, 14.

⁴¹² Vgl. hierzu auch Tz. 419.

⁴¹³ Kühling/Drechsler, NJW 2017, 2950, 2953 f.

⁴¹⁴ Füller in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3: Art. 101-106 AEUV/GVO, Köln 2016, Art. 101 AEUV Rn. 243.

⁴¹⁵ In Rechtsprechung und Literatur wird betont, dass eine solche Abwägung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfolgt, der das Instrumentarium dafür bietet; würde eine solche Abwägung im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgenommen, verlöre Abs. 3 seine praktische Bedeutung. Vgl. Pohlmann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. II, 95. Lfg. 01/2020, Köln, Grundfragen des Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 108; so auch EuG, Urteil vom 18. September 2001, T-112/99 – Métropole télévision, Slg. 2001, II-2459, ECLI:EU:T:2001:215, Rz. 107 f. Auch die Europäische Kommission ist der Ansicht, dass die Anwendung der Rechtsfigur der Nebenabrede keine Abwägung der wettbewerbsfördernden mit den wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung voraussetzt, da eine solche Abwägung Art. 101 Abs. 3 AEUV vorbehalten ist; vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 30.

⁴¹⁶ Diese müssten Wettbewerbsbeschränkungen für das Erzielen von Effizienzgewinnen unerlässlich machen, die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligen und die den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten; vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 38 ff.

Vereinbarung bestand oder bestehen würde.⁴¹⁷ Dabei müssen die Vorteile in Bezug auf den Schutz von Effizienzen, die sich aus der Bestpreisklausel ergeben, größer als die sich aus ihr ergebenden Wettbewerbsnachteile sein, um einen Vorteil im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen zu können.⁴¹⁸

498. In ihrem Hauptgutachten 2016 stellte die Monopolkommission fest, dass eine gängige Rechtfertigung für den Einsatz von engen Bestpreisklauseln im Schutz von Investitionen und der Verhinderung von Trittbrettfahrerverhalten bestehe. Insbesondere würden durch das Geschäftsmodell von Hotelportalen Effizienzvorteile dadurch generiert, dass Externalitäten wie Such- und Transaktionskosten reduziert würden sowie die Transparenz für Hotelkunden verbessert würde.⁴¹⁹ Dies betrifft nicht nur die Transparenz in Bezug auf Zimmerpreise, sondern auch die Bereitstellung von Vergleichsmöglichkeiten sowie Bewertungsfunktionen.⁴²⁰ Zudem ist zu berücksichtigen, dass Hotelportale auch Kosten und Risiken der Hotels mindern. Beispielsweise könnten Hotels kaum die Größenvorteile der Hotelportale mit Blick auf die durch Online-Werbung erzielbare Rendite erreichen. Ebenso wären Hotels kaum so kosteneffektiv im Marketing über Suchmaschinen und dem dortigen Bieten auf sog. *Keywords* wie die Hotelportale.⁴²¹ Auch würden Hotelportale für Konsumenten eine sichere Plattform bereitstellen, um eine Buchungstransaktion durchzuführen. Zudem könne davon ausgegangen werden, dass Hotelportale Markteintritte von Hotels vereinfachten, da diese über eine Darstellung ihres Angebotes auf einem Hotelportal direkt eine große Anzahl an Verbrauchern erreichen würden.⁴²² Diese durch das Geschäftsmodell der Hotelportale begründeten Effizienzen wären allerdings gefährdet, wenn die Hotels ein ausgeprägtes Trittbrettfahrerverhalten an den Tag legen und somit hinreichend viele Verbraucher von den Hotelportalen auf den eigenen Verkaufskanal lenken würden.

499. Möglichen Effizienzgewinnen durch enge Bestpreisklauseln stehen wettbewerbseinschränkende Effekte gegenüber. Während die Monopolkommission enge Bestpreisklauseln als weniger kritisch für den Wettbewerb erachtete, sieht das Bundeskartellamt diese in ihrem Beschluss zu Booking mit spürbaren wettbewerbsbehindernden Effekten behaftet. Insbesondere schränkten enge Bestpreisklauseln den Wettbewerb auf dem Hotelportalmarkt ein.⁴²³ Enge Bestpreisklauseln könnten demnach einen effektiven Provisionswettbewerb zwischen den Hotelportalen mindern, indem Hotelportale höhere Provisionssätze von den Hotels verlangen könnten, ohne dass sich dies negativ auf die Zimmerpreise auf den Hotelportalen im Vergleich zu anderen Verkaufskanälen auswirken würde. Zwar sind die Hotels bei einer engen Bestpreisklausel nicht unmittelbar in ihrer Preissetzungsfreiheit zwischen einzelnen Hotelportalen beschränkt, jedoch könnte sich ein beschränkender Effekt auf den Preiswettbewerb mittelbar einstellen. Würde beispielsweise ein Hotelportal einem Hotel einen niedrigeren Provisionssatz als Booking anbieten, dann würde das Hotelportal davon nur dann im Wettbewerb mit Booking um die Verbraucher profitieren, wenn es die Zimmerpreise für das Hotel günstiger als Booking anbieten könnte. Dies bedeutet, dass das Hotel den Verbrauchern auf dem Hotelportal im Gegenzug für die Provisionssenkung günstigere Zimmerpreise anbieten müsste.⁴²⁴ Besteht zwischen dem Hotel und Booking jedoch eine enge Bestpreisklausel, dann wären die Zimmerpreise auf dem Hotelportal mit dem gesenkten Provisionssatz dann auch zwangsläufig günstiger als auf dem hoteleigenen Verkaufskanal. Eine solche Preisdifferenzierung könnte für das Hotel unprofitabel sein. So könnten die Vertriebskosten für das Hotel insgesamt steigen, da Kunden, die zuvor bei geringen Vertriebskosten auf dem hoteleigenen Verkaufskanal gebucht hatten, nun bei dem Hotelportal mit den niedrigeren Zimmerpreisen

⁴¹⁷ Siehe hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2016, VI Kart 1/16 (V) – Eilentscheidung, NZKart 2016, 291, 295.

⁴¹⁸ Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU-WettbR, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 141.

⁴¹⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 985.

⁴²⁰ Ezrachi, A., The competitive effects of parity clauses on online commerce, European Competition Journal, 11, 2015, S. 494.

⁴²¹ Ebenda, S. 495.

⁴²² Ebenda, S. 495 f.

⁴²³ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking, Tz. 8.

⁴²⁴ Aus wettbewerblicher Perspektive besteht hierin der Vorteil von engen gegenüber weiten Bestpreisklauseln. Unter weiten Bestpreisklauseln gilt für die Hotels die Maßgabe einer Preisparität zwischen allen Online-Verkaufskanälen, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass ein Provisionswettbewerb zwischen den Hotelplattformen gänzlich eliminiert würde.

buchen und damit Provisionszahlungen auslösen.⁴²⁵ Dieser Effekt könnte die Bereitschaft der Hotels mindern, auf Hotelportalen günstigere Preise als auf dem eigenen Verkaufskanal zu setzen. In der Folge wären die wettbewerbseinschränkende Effekte einer engen Bestpreisklausel auf dem Hotelportalmarkt mit jenen einer weiten Bestpreisklausel vergleichbar. Der Provisionswettbewerb zwischen den Hotelportalen wäre ebenso eingeschränkt wie der Preiswettbewerb zwischen dem eigenen Vertriebskanal der Hotels und den Hotelportalen.

500. Die Europäische Kommission weist darauf hin, dass größere Hotels und Hotelketten eher durch die zuvor erläuterte Schadenstheorie betroffen seien. Zum einen würden diese einen Großteil ihrer Buchungen über den eigenen Verkaufskanal abwickeln. Zum anderen wären deren Kosten für Marketing und Vertrieb über den eigenen Verkaufskanal im Verhältnis zu den Provisionszahlungen an die Hotelportale vergleichsweise niedrig.⁴²⁶ Auch ist es wahrscheinlicher, dass enge Bestpreisklauseln eher mit einem wettbewerbsschädigen Effekt einhergehen, wenn diese von dominanten Hotelportalen angewendet werden. So bestünde bei Existenz eines (dominanten) Hotelportals mit einem hohen Marktanteil auf dem Markt für Hotelportale kein hinreichender Wettbewerbsdruck durch kleinere Hotelportale. Deswegen würden andere Verkaufskanäle – also die eigenen Vertriebskanäle der Hotels – benötigt, um diesen Wettbewerbsdruck auf das dominante Hotelportal zu erzeugen. Durch enge Bestpreisklauseln würde dies jedoch unterbunden.⁴²⁷

501. Aus ökonomischer Perspektive ist eine Abwägung zwischen wirtschaftlichen Vorteilen und Wettbewerbsbeschränkungen von engen Bestpreisklauseln keineswegs trivial. Diese ist von einer Vielzahl an Faktoren abhängig. Zur präziseren Evaluierung bedarf es insbesondere genauerer Kenntnisse über die wettbewerbsschädigende Wirkweise von engen Bestpreisklauseln sowie einer Quantifizierung von Effizienzverlusten aufgrund eines möglichen Trittbrettfahrerverhaltens. Dahin gehend beauftragte das OLG Düsseldorf im Rahmen des Hauptsacheverfahrens das Bundeskartellamt mit einer umfangreichen Nachermittlung zu der Bedeutung und den Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln.⁴²⁸ Daraufhin führte das Bundeskartellamt Befragungen mit verschiedenen Marktbeteiligten – im Einzelnen mit Betreibern von Hotelportalen, Hotels sowie Verbrauchern – durch. Die Ergebnisse der Befragungen lassen folgende Schlüsse zu: Das Verbot der engen Bestpreisklauseln ab Februar 2016 habe Booking nicht geschadet.⁴²⁹ Allerdings gaben die befragten Hotels an, dass ihre Vertriebskosten über den eigenen Verkaufskanal niedriger als jene über die Hotelportale seien, weshalb ein großer Anteil der befragten Hotels seit dem Verbot der engen Bestpreisklauseln Preisdifferenzierungen vorgenommen habe, indem auf dem eigenen Verkaufskanal günstigere Zimmerpreise angeboten wurden als auf Booking.⁴³⁰ In Bezug auf das Verhalten der Verbraucher ergaben die Befragungen des Bundeskartellamtes, dass diese überwiegend keine Hotelpreise vergleichen. Demnach gaben 99 Prozent der befragten Verbraucher an, dass sie die Erstbuchung eines Hotels, das sie über Booking gefunden hatten, auch dort vornahmen.⁴³¹ Zuvor wurde bereits unter Federführung des Netzwerks der Europäischen Wettbewerbsbehörden eine Befragung von Hotels und Hotelportalen auf Unionsebene durchgeführt.⁴³² Dieser zufolge gab die überwiegende Mehrheit der Hotels an, nach dem Wechsel von weiten auf enge Bestpreisklauseln durch Booking und Expedia keine Preisdifferenzierung zwischen den Hotelportalen vorgenommen zu haben.⁴³³ Jedoch suggerieren die Ergebnisse eine höchst eingeschränkte Möglichkeit der Hotelportale zur Durchsetzung von

⁴²⁵ Alfter, M./Hunold, M., WuW 2016, 511, 525.

⁴²⁶ EU-Kommission, Support studies for the evaluation of the VBER, Final Report, Publications Office of the European Union, 2020, S. 98.

⁴²⁷ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, Final Report, 2019, S. 5 f.

⁴²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 40 (zit. nach Juris).

⁴²⁹ Ebenda, Rz. 70.

⁴³⁰ Ebenda, Rz. 79, 82 ff.

⁴³¹ Ebenda, Rz. 87.

⁴³² European Competition Network, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, a. a. O. sowie EU-Kommission, Support studies for the evaluation of the VBER, a. a. O., S. 364 ff.

⁴³³ European Competition Network, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, a. a. O., Tz. 18 ff.

Bestpreisklauseln, da der Befragung zufolge ein erheblicher Anteil der Hotels angab, trotz bestehender Paritätsklauseln niedrigere Preise auf den eigenen Verkaufskanälen als den Internetseiten ihrer Hotelportal-Partner verlangt zu haben.⁴³⁴ Mit Blick auf den Provisionswettbewerb zwischen den Hotelportalen ergaben die Befragungen, dass Provisionsraten über den relevanten Zeitraum relativ stabil blieben, was nahelegt, dass eine Verschärfung des Wettbewerbs ausblieb.⁴³⁵

502. Neben den zuvor genannten Befragungen der Wettbewerbsbehörden waren Bestpreisklauseln in jüngster Zeit Untersuchungsgegenstand weiterer empirisch sowie formaltheoretisch fundierter Untersuchungen. In Bezug auf letztere gibt es für weite Bestpreisklauseln substantiierte Argumente dafür, dass diese den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen maßgeblich einschränken.⁴³⁶ Im Hinblick auf enge Bestpreisklauseln gelangen jüngst erschienene Arbeiten hingegen zu weniger eindeutigen Ergebnissen. Beispielsweise könnte der Einsatz enger Bestpreisklauseln ein den Provisionssetzungsspielraum von Hotelportalen disziplinierendes Trittbrettfahrerverhalten unterbinden und damit zu höheren Provisionen sowie Verbraucherpreisen führen.⁴³⁷ Wäre demgegenüber jedoch das Trittbrettfahrerverhalten so schwerwiegend, dass Hotelportale ohne eine weitere Beschränkung dessen nicht im Markt bestehen könnten, dann könnten enge Bestpreisklauseln einen wettbewerblichen Markt für Hotelportale mit den entsprechenden Effizienzgewinnen (wieder) etablieren. Allerdings seien enge Bestpreisklauseln mit weiten Bestpreisklauseln in Bezug auf ihre wettbewerbsschädlichen Effekte vergleichbar, wenn die Hotelportale den Verbrauchern – wie in der Praxis häufig angewendet – zusätzlich Bestpreisgarantien offerierten.⁴³⁸

503. Empirische Untersuchungen zu den Effekten von Bestpreisklauseln sind dagegen rar. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Arbeiten, die mittels Datenerhebungen entweder direkt von den Hotelplattformen oder von Meta-Suchmaschinen den Einfluss von Bestpreisklauseln auf die Preise und das Angebot unter Berücksichtigung der Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen untersuchen, und Studien, die beabsichtigen, aus Daten zu tatsächlichen Buchungen bei Hotels Erkenntnisse zum Konsumentenverhalten und damit zu Nachfrageeffekten zwischen den verschiedenen Verkaufskanälen abzuleiten.

504. In Bezug auf die erstgenannten Studien analysierte die zuvor bereits erwähnte Untersuchung des Netzwerks der Europäischen Wettbewerbsbehörden neben ihren Befragungsergebnissen auch Preisdaten von Meta-Suchmaschinen. Mittels einer auf Basis eines ökonomischen (*difference-in-differences*) Modells durchgeführten Schätzung wurden Effekte in Bezug auf eine Preisdifferenzierung zwischen den Hotelportalen untersucht.⁴³⁹ Im Besonderen ist dabei das Ergebnis für Deutschland von Interesse, gemäß dem ein signifikanter Anstieg der Preisdifferenzierung nach dem Verbot der engen Bestpreisklauseln im Februar 2016 festgestellt werden konnte.⁴⁴⁰ Dies könnte als Indiz für einen zunehmenden Wettbewerb auf dem Markt für Hotelportale gewertet werden. Jedoch berücksichtigte die Untersuchung keine Preisunterschiede zwischen den hoteleigenen Internetseiten und jenen der Hotelportale. Dieser Aufgabe widmete sich eine weitere empirische Arbeit, die ebenfalls Preisdaten einer Meta-Suchmaschine aus verschiedenen Mitgliedstaaten mit Blick auf den Einfluss der unterschiedlichen nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen auf die Preisgestaltung für Hotelzimmer auf verschiedenen Verkaufskanälen

⁴³⁴ Ebenda, Rn. 24.

⁴³⁵ Ebenda, Rn. 32 ff.

⁴³⁶ Edelman, B. G./Wright, J., Price Coherence and Excessive Intermediation. *Quarterly Journal of Economics*, 130 (3) 2015, 128–1328; Boik, A./Corts, K. S., The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics* 59 (1) 2016, 105–134; Johnson, J., The Agency Model and MFN Clauses, *Review of Economic Studies*, 84 (3) 2017, 1151–1185.

⁴³⁷ Wang, C./Wright, J., Search platforms: Showrooming and price parity clauses, *RAND Journal of Economics* 2020, im Erscheinen.

⁴³⁸ Im Rahmen von Bestpreisgarantien verpflichten sich die Hotelportale, den Verbrauchern Preisunterschiede zu erstatten, wenn ein gebuchtes Zimmer auf einem anderen Vertriebskanal günstiger angeboten wird; Wals, F./Schinkel/M. P., Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al. *International Journal of Industrial Organization*, 61 2018, 572–589.

⁴³⁹ European Competition Network, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, a. a. O., Abschnitt 3.3.

⁴⁴⁰ Ebenda, Abschnitt 3.4.

auswertete.⁴⁴¹ Im Ergebnis boten Hotels in Deutschland nach der Untersagung enger Bestpreisklauseln ab Februar 2016 ihre Zimmer auf dem eigenen Verkaufskanal zunehmend günstiger an als auf der Internetseite von Booking.⁴⁴² Zeitgleich erhöhte sich die Angebotsaktivität von Hotels auf Booking.⁴⁴³ Dies unterstützt wiederum die These eines ausgeprägten Trittbrettfahrerverhaltens. Allerdings wenden die Autoren ein, dass sich die festgestellten Preisunterschiede ebenso durch die Differenz bei den Vertriebskosten zwischen hoteleigenen Verkaufskanälen und den Hotelportalen mit den zu entrichtenden Provisionen erklären lassen. Eine zweite Studie wertet Preisdaten von Booking im Hinblick auf die Effekte der generellen Untersagungen von Bestpreisklauseln in Frankreich 2015 und in Italien 2017 auf Zimmerpreise in Korsika und Sardinien aus.⁴⁴⁴ Dabei gelangen die Autoren zu dem Ergebnis, dass ein Verbot von Bestpreisklauseln höchstens verzögert und nicht marktumfassend zu Preissenkungen führte.

505. Die zuvor genannten Studien analysieren lediglich Preisdifferenzierungen zwischen den verschiedenen Verkaufskanälen und vermögen es damit nicht, auch Aussagen zu Nachfrageeffekten zu treffen. Im Gegensatz dazu schätzt eine weitere Studie mittels eines strukturellen ökonomischen Modells Preiselastizitäten der Verbrauchernachfrage auf Grundlage von Daten zu Buchungsvorgängen im Zeitraum von Januar 2013 bis November 2016 bei 13 Hotels einer Hotelkette in Oslo.⁴⁴⁵ Die Ergebnisse suggerieren, dass Verbraucher bei einem Preisanstieg für ein Hotel auf einem Hotelportal preissensitiv reagieren. Allerdings würden Verbraucher eher dazu tendieren, das Hotel (auf dem Hotelportal) als den Verkaufskanal zu wechseln. Dennoch zeige sich, dass eine Mehrheit der Verbraucher, die den Verkaufskanal wechseln, direkt zum Hotel und nicht auf ein anderes Hotelportal ausweichen würden, womit aus Sicht der Verbraucher eine enge Substituierbarkeit zwischen den hoteleigenen Verkaufskanälen und den Hotelportalen bestehe. Allerdings lassen sich aus der Analyse nur indirekt Schlussfolgerungen zu den wettbewerblichen Effekten von engen Bestpreisklauseln ableiten. Einerseits zeigt sich, dass ein effektiver Wettbewerb zwischen Hotels auf einem Hotelportal besteht, was die Bereitschaft von Hotels stärken könnte, niedrigere Preise auf einem Hotelportal als auf dem eigenen Verkaufskanal zu setzen. Dieser Effekt würde jedoch dadurch aufgewogen, dass Hotels aufgrund der festgestellten engen Substituierbarkeit zwischen dem eigenen Verkaufskanal und dem Hotelportal fürchten könnten, dass dann hinreichend viele Verbraucher nicht mehr direkt bei ihnen, sondern stattdessen auf dem Hotelportal buchen.

2.7.4 Die Bewertung enger Bestpreisklauseln erfordert eine weitere Analyse der von ihnen ausgehenden Effizienzgewinne und Wettbewerbsbeschränkungen

506. In Bezug auf enge Bestpreisklauseln von Hotelplattformen hat die Anwendung von Art. 101 AEUV zu unterschiedlichen Ergebnissen in den Mitgliedstaaten geführt. Für den Fall, dass im Booking-Verfahren Rechtsbeschwerde eingelegt wird, ist an die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte zur Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu erinnern. Je nachdem, ob eine enge Bestpreisklausel als notwendige Nebenabrede eingestuft und daher vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB ausgenommen oder eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB in Betracht gezogen wird, unterscheiden sich die prozessualen Auswirkungen.

⁴⁴¹ Hunold, M./Kesler, R./Laitenberger, U./Schlütter, F., Evaluation of best price clauses in online hotel bookings. *International Journal of Industrial Organization*, 61 (2018), 542–571.

⁴⁴² Dies ist im Wesentlichen konsistent mit den Befragungsergebnissen aus der Nachuntersuchung des Bundeskartellamtes; siehe Tz. 501.

⁴⁴³ Demnach boten zum einen mehr Hotels, die zuvor nicht auf Booking aktiv waren, nun ihre Zimmer dort an. Zum anderen stellten Hotels, die bereits auf Booking aktiv waren, nach der Untersagung der engen Bestpreisklauseln ihre Angebote dort häufiger und in größerem Umfang ein; ebenda.

⁴⁴⁴ Mantoviani, A./ Piga, C./ Reggiani, C./, Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU booking.com case, Working Paper, Januar 2020. Die Daten eigneten sich insbesondere zur Überprüfung der Schätzergebnisse, da sich auf Grundlage derer ein kontrafaktisches Szenario konstruieren lässt, in dem Hotels den Vertrieb über einen Verkaufskanal einstellen. Dieses kontrafaktische Szenario lässt sich anhand einer tatsächlichen Situation evaluieren, da die Hotelkette ihre Zimmer im Zeitraum von Januar 2013 bis Ende 2015 nicht über Expedia, sondern lediglich über den eigenen Verkaufskanal und Booking anbot.

⁴⁴⁵ Cazaubiel, A./ Cure M./ Johansen, B. O./ Vergé, T., Substitution between online distribution channels: evidence from the Oslo hotel market. *International Journal of Industrial Organization*, März 2020, im Erscheinen.

507. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Empfehlung, von einem gesetzlichen Verbot von Bestpreisklauseln in Deutschland abzusehen.⁴⁴⁶ Nach Ansicht der Monopolkommission fehlen insbesondere für enge Bestpreisklauseln Beweise dafür, dass aus diesen tief greifende Wettbewerbsbeschränkungen hervorgehen, die einen möglichen Schutz von Effizienzvorteilen aufwiegen. Ökonomische Studien zu engen Bestpreisklauseln gelangen diesbezüglich zu ambivalenten Schlüssen. Im Hinblick auf die zuvor erwähnten Studien zeigt sich, dass sich aus deren Ergebnissen keine allgemeingültigen Empfehlungen für die Wettbewerbspolitik ableiten lassen. Im Besonderen erfordert es weitere empirische Untersuchungen zum Nachfrageverhalten der Verbraucher als Reaktion auf Preisänderungen auf verschiedenen Verkaufskanälen inklusive der Internetseiten der Hotels. Dies wäre insbesondere nützlich für die Quantifizierung sowohl der Relevanz des Trittbrettfahrerverhaltens als auch möglicher durch die engen Bestpreisklauseln verursachter wettbewerblicher Nachteile. Schließlich ist aus juristischer Perspektive unklar, ob eine nationale Regelung zu den auf Hotelportalen verwendeten Bestpreisklauseln überhaupt mit Art. 101 AEUV vereinbar wäre.⁴⁴⁷

2.8 Erlass von Verpflichtungszusagen flexibler gestalten

2.8.1 Einführung

508. Zusagenentscheidungen sind ein behördliches Instrument, um Kartell- oder Missbrauchsverfahren konsensual mit den Beteiligten zu beenden. Dabei erklärt die Behörde die von den Unternehmen zur Ausräumung ihrer wettbewerblichen Bedenken angebotenen Zusagen für bindend und verzichtet insbesondere auf eine Feststellungs- und Abstellungsentscheidung. Es kommt also zu keiner Aussage der Kartellbehörde über das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes. Zusagenentscheidungen stehen sowohl der Europäischen Kommission als auch dem Bundeskartellamt in Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot und das Missbrauchsverbot zur Verfügung, Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003 bzw. § 32b GWB.⁴⁴⁸ Zusagenverfahren sind nur für solche Fälle vorgesehen, in denen die Kartellbehörde keine Geldbuße verhängt;⁴⁴⁹ nach deutschem Recht können sie somit ausschließlich in Verwaltungsverfahren ergehen.

509. Die Entscheidung, ob ein Verfahren mit einer Zusagenentscheidung oder einer Feststellungs- und Abstellungsentscheidung abgeschlossen wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde. Der Erlass einer Entscheidung im Zusagenverfahren – eine entsprechende Mitwirkung der beteiligten Unternehmen vorausgesetzt – kommt insbesondere in solchen Fällen in Betracht, in denen der Nachweis sowie die Beurteilung eines etwaigen Wettbewerbsverstoßes im streitigen Verfahren aufwendig wären.⁴⁵⁰ Angesichts der – noch näher zu beschreibenden⁴⁵¹ – Eigenheiten von Zusagenentscheidungen ist es wichtig, dass die Kartellbehörde sorgfältig abwägt, ob sich der ihr vorliegende Fall tatsächlich für ein Zusagenverfahren eignet. Dennoch sind Zusagenentscheidungen von hoher praktischer Relevanz. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt schließen einen Großteil ihrer Verfahren mit dieser Entscheidungsart ab. So erließ etwa das Bundeskartellamt in drei der vier Kartellverwaltungs-

⁴⁴⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 415.

⁴⁴⁷ Eine solche Regelung könnte mit dem Anwendungsvorrang des europäischen Wettbewerbsrechtes in Konflikt stehen; siehe EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, C-6/64 – Costa / E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66; Urteil vom 5. Februar 1963, C-26/62 – Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen, ECLI:EU:C:1963:1.

⁴⁴⁸ Auch in Fusionskontrollverfahren können die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gegenüber den Kartellbehörden Verpflichtungszusagen eingehen, um eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens zu verhindern. Da hierbei jedoch andere Regeln gelten – Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 Verordnung (EU) 139/2004 bzw. § 40 Abs. 3 GWB –, soll diese Art der Verpflichtungszusagen im Folgenden außer Betracht bleiben.

⁴⁴⁹ Vgl. aber die letztlich gescheiterten Verhandlungen zwischen der Europäischen Kommission und Google über einen Verfahrensabschluss mit Verpflichtungszusagen und den Erlass einer Geldbuße in Höhe von EUR 2,42 Mrd.; EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

⁴⁵⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 472; Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 507.

⁴⁵¹ Tz. 510.

verfahren, die es in seinem Berichtszeitraum 2017/2018 mit einer Verfügung beendete, Zusageentscheidungen.⁴⁵² Bei der Europäischen Kommission waren es in demselben Zeitraum ebenfalls drei von vier Verfahren.⁴⁵³

510. Als Vorteile von Zusageentscheidungen gelten ein oftmals – aber nicht zwingend – zügiger und ressourcenschonender Verfahrensabschluss sowie eine wegen des konsensualen Charakters des Instruments höhere Akzeptanz der Entscheidung aufseiten der Verfügungsadressaten. Außerdem kann die Behörde in Zusageentscheidungen ein konkret zugesagtes Verhalten für bindend erklären, während bei Feststellungs- und Abstellungsentscheidungen die Wahl der Mittel dem Verfügungsadressaten überlassen bleibt, soweit der in Rede stehende Verstoß durch das Ergreifen unterschiedlicher Maßnahmen abgestellt werden kann.⁴⁵⁴ Bedenken werden allerdings dahin gehend geltend gemacht, dass ein im Einzelfall möglicherweise nicht vollständiger ausermittelter Sachverhalt oder eine nur vorläufige rechtliche Bewertung des in Rede stehenden Verhaltens zu einem unverhältnismäßigen bzw. untauglichen Ergebnis führen kann, d. h. entweder zulasten der Verfügungsadressaten oder zulasten Dritter (Wettbewerber, Anbieter oder Nachfrager, einschließlich Verbraucher).⁴⁵⁵ Da eine gerichtliche Überprüfung von Zusageentscheidungen nur selten stattfindet, können zudem Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung beeinträchtigt sein.⁴⁵⁶

511. Der BGH hob im Juni 2018 im Zusammenhang mit der gemeinsamen Rundholzvermarktung in Baden-Württemberg einen Beschluss des OLG Düsseldorf, das zuvor eine Entscheidung des Bundeskartellamtes – zumindest im hier relevanten Punkt – bestätigt hatte, teilweise auf.⁴⁵⁷ Das Bundeskartellamt hatte im Dezember 2008 ein Kartellverwaltungsverfahren gegen das Land Baden-Württemberg beendet, nachdem sich das Land zu verschiedenen Maßnahmen verpflichtet hatte, mit denen die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes ausgeräumt werden sollten.⁴⁵⁸ Das Bundeskartellamt hatte die Verpflichtungszusagen des Landes zunächst für bindend erklärt, nahm das Verfahren jedoch anschließend wieder auf, weil es aufgrund neuer Ermittlungen zu der Erkenntnis gekommen war, dass die Verpflichtungszusagen nicht ausreichend seien, um seine wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. Mit Beschluss von Juli 2015 hob das Bundeskartellamt deshalb seine Zusageentscheidung von Dezember 2008 auf und traf gegenüber dem Land Baden-Württemberg nunmehr eine Feststellungs- und Abstellungsentscheidung gemäß § 32 GWB. Während das OLG Düsseldorf auf die Beschwerde des Landes entschied, dass das Bundeskartellamt berechtigt gewesen sei, die Zusageentscheidung aufzuheben, stellte der BGH fest, dass es hierfür an einem Wiederaufnahmegrund im Sinne des § 32b Abs. 2 GWB gefehlt habe (dazu Abschnitt 2.8.2).

512. Der Entscheidung des BGH ist insoweit zuzustimmen. Insbesondere waren die Voraussetzungen des § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB für eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht erfüllt, da sich nach Erlass der Zusageentscheidung von 2008 die tatsächlichen Verhältnisse nicht geändert haben (dazu Abschnitt 2.8.3). Dennoch sind die Aufhebung einer Zusageentscheidung und die Wiederaufnahme des Verfahrens unter Umständen auch in Fällen wie dem vorliegenden gerechtfertigt, bei dem die Kartellbehörde einer Fehlvorstellung über die Wirkungen der Verpflichtungszusagen auf den Wettbewerb unterliegt (dazu Abschnitt 2.8.4). Die Monopolkommission schlägt des-

⁴⁵² BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 135 f. Vgl. auch Bornkamm/Tolkmitt in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 13. Aufl., Köln 2018, § 32b Rn. 3.

⁴⁵³ Ohne Bußgeldentscheidungen.

⁴⁵⁴ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2006, VI-2 Kart 1/06 (V), Rz. 119 (zit. nach Juris); EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Rz. 698.

⁴⁵⁵ Zur lediglich eingeschränkten Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Erlass einer Zusageentscheidung nach Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003 vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. 2010, I-5949, ECLI:EU:C:2010:377, Rz. 41 ff.; EuG, Urteil vom 12. Dezember 2018, T-873/16 – Groupe Canal +, ECLI:EU:T:2018:904, Rz. 113 ff. (nicht rechtskräftig).

⁴⁵⁶ Vgl. auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 476 f.; Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 506. Zu der Motivation für Zusageverfahren aus Behörden- und Unternehmenssicht ausführlich Bergmann, WuW 2014, 467, 469 ff.

⁴⁵⁷ BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI-Kart 10/15 (V), ECLI:DE:OLGD:2017:0315.VI.KART10.15V.00; BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12.

⁴⁵⁸ BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008, B2-90/01-4.

halb vor, die Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB um einen Widerrufsvorbehalt zu ergänzen (dazu Abschnitt 2.8.5).

2.8.2 Der Sachverhalt und die zentralen Feststellungen von Bundeskartellamt, OLG Düsseldorf und BGH zur Aufhebung der Zusagenentscheidung

513. Das Land Baden-Württemberg bewirtschaftete nicht nur den staatseigenen Forst, sondern übernahm auch für zahlreiche kommunale und private Waldbesitzer im Land die Rundholzvermarktung. Dabei wurden das staats-eigene Holz und jenes aus Körperschafts- und Privatwäldern zu einem gemeinsamen Angebot zusammengefasst und an Kunden aus der das Holz verarbeitenden Industrie veräußert. Bei der Holzvermarktung handelte es sich nicht um eine hoheitliche Aufgabe; vielmehr organisierte das Land den Vertrieb seiner forstwirtschaftlichen Wettbewerber.⁴⁵⁹ Das Bundeskartellamt leitete deshalb ein Verwaltungsverfahren gegen das Land Baden-Württemberg wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (Art. 81 EG) und § 1 GWB ein. Den Bedenken der Behörde, die gemeinsame Holzvermarktung führe zu einer Wettbewerbsbeschränkung, die auch nicht wegen überwiegender Effizienzvorteile (Art. 101 Abs. 3 AEUV) oder als sog. Mittelstandskartell (§ 3 GWB) freizustellen sei, begegnete das Land mit dem Angebot von Verpflichtungszusagen. Vorgesehen war etwa, dass sich die staatliche Forstverwaltung nur an solchen Kooperationen zur Holzvermarktung beteiligen sollte, bei denen die Forstbetriebsflächen Dritter die Schwellenwerte von 3.000 ha (betreffend ein einzelnes Forstunternehmen) bzw. 8.000 ha (betreffend einen Zusammenschluss von Forstunternehmen) nicht überstiegen. Die Verpflichtungszusagen erklärte das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 9. Dezember 2008 gemäß § 32b Abs. 1 GWB für bindend.

514. Ausgelöst durch Beschwerden privater Vermarktungsorganisationen unternahm das Bundeskartellamt weitere Ermittlungen wegen der gemeinsamen Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg. Um die Wirkungen der Verpflichtungszusagen beurteilen zu können, wurden u. a. zahlreiche Sägewerke befragt. Nachdem die Behörde dem Land im Dezember 2013 seine neuerlichen wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte und eine Einigung über Verpflichtungszusagen gescheitert war, erließ das Bundeskartellamt am 9. Juli 2015 einen weiteren Beschluss gegen das Land. Damit hob die Behörde ihre Zusagenentscheidung von Dezember 2008 auf und stellte fest, dass eine gemeinsame Holzvermarktung durch das Land kartellrechtswidrig sei, sofern diese für einen Waldbesitzer erfolge, dessen forstwirtschaftliche Fläche den Schwellenwert von 100 ha – statt zuvor 3.000 bzw. 8.000 ha – übersteige. Entsprechende (Vermarktungs-)Tätigkeiten wurden dem Land mit Wirkung für die Zukunft untersagt.

515. Die Möglichkeit zur Aufhebung der Zusagenentscheidung von Dezember 2008 und zur Wiederaufnahme des Verfahrens begründete das Bundeskartellamt mit einer „impliziten“ Befristung der Zusagenentscheidung (vgl. § 32b Abs. 1 Satz 3 GWB),⁴⁶⁰ die zudem unter dem Vorbehalt eines späteren Widerrufs ergangen sei (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG).⁴⁶¹ Die Zusagenentscheidung habe schließlich wegen einer „nachträglichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt“ aufgehoben werden können (vgl. § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB). Für die Annahme einer solchen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse genüge es, dass die Behörde zwischenzeitlich neue Erkenntnisse gewonnen habe, die eine weniger günstige Beurteilung der eingegangenen Verpflichtungszusagen nahelegten.⁴⁶² In diesem Zusammenhang zog das Bundeskartellamt auch einen Vergleich zu der im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehenen Möglichkeit der Behörde, einen rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakt nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG zu widerrufen.⁴⁶³

⁴⁵⁹ Dazu ausführlich Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 126 ff.; XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1007 ff.

⁴⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, Tz. 133 ff.

⁴⁶¹ Ebenda, Tz. 143, Fn. 111 zu Tz. 145.

⁴⁶² Ebenda, Tz. 144 ff.

⁴⁶³ Ebenda, Tz. 148 ff. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG lautet: „Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, [...] wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde; [...]“

516. Auf die gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegte Beschwerde hob das OLG Düsseldorf die Entscheidung am 15. März 2017 teilweise auf. Das Gericht verneinte zwar das Vorliegen einer „impliziten“ Befristung der Zusageentscheidung von Dezember 2008; eine Befristung hätte vielmehr ausdrücklich erklärt werden müssen.⁴⁶⁴ Die Zusageentscheidung enthalte auch keinen Vorbehalt des späteren Widerrufs.⁴⁶⁵ Allerdings habe das Bundeskartellamt die Zusageentscheidung gemäß § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB aufheben können. Dies ergebe sich aus dem Normverständnis der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG.⁴⁶⁶ Insofern sei es ausreichend, dass das Bundeskartellamt nachträglich Kenntnis von Tatsachen erlangt habe, die im Zeitpunkt des Erlasses der Zusageentscheidung bereits vorgelegen haben.⁴⁶⁷ Es sei auch unerheblich, ob das – erst nachträgliche – Bekanntwerden solcher Tatsachen auf ein Versäumnis der Behörde zurückzuführen sei.⁴⁶⁸ Das OLG Düsseldorf argumentierte hierbei mit dem Zweck des § 32b GWB, der eine rasche Entscheidungsfindung erlaube und deshalb gerade keine vollständige Sachverhaltsaufklärung verlange.⁴⁶⁹

517. In seinem Beschluss vom 12. Juni 2018 bestätigt der BGH das OLG Düsseldorf zwar in der Auffassung, dass die Zusageentscheidung weder eine Befristung noch einen Widerrufsvorbehalt enthalten habe.⁴⁷⁰ Der BGH sieht aber – anders als das OLG Düsseldorf – die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens als nicht erfüllt an. Das Gericht betont, dass § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur dann erlaube, wenn sich die Sachlage nach Erlass der Zusageentscheidung in objektiver Hinsicht geändert habe. Allein neu gewonnene Erkenntnisse, welche die ursprüngliche Fehlvorstellung der Behörde korrigierten, reichten dagegen grundsätzlich nicht aus. Hierfür sprächen Wortlaut und Systematik der Vorschrift.⁴⁷¹ Eine gegenteilige Auslegung lasse sich auch nicht der Rechtsprechung zu § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG entnehmen.⁴⁷² Allerdings setzt der BGH eine Fehlvorstellung der Behörde in bestimmten Fällen einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne des § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB gleich. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens sei demnach möglich, wenn der Behörde später Umstände bekannt werden, die sie vor ihrer Entscheidung nicht kennen und nicht in Erfahrung bringen konnte, und wenn die Erwartungen zur Marktentwicklung auf einer zutreffenden Erfassung der bestehenden Verhältnisse beruhten, sich aber infolge unvorhersehbarer Entwicklungen nicht erfüllt haben.⁴⁷³ Im vorliegenden Fall seien die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens jedoch nicht erfüllt, da das Bundeskartellamt die neuen Erkenntnisse schon vor seiner Zusageentscheidung von Dezember 2008 habe gewinnen können.⁴⁷⁴

2.8.3 Stellungnahme und Einordnung der BGH-Entscheidung

518. Der Entscheidung des BGH zur Möglichkeit der Aufhebung einer Zusageentscheidung nach § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB ist grundsätzlich zuzustimmen. Es deutet tatsächlich wenig darauf hin, dass die Vorschrift es der Behörde gestatten würde, die Zusageentscheidung bereits bei einer „bloßen“ Fehlvorstellung über ihre (unzureichenden) Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. die Marktverhältnisse aufheben zu können. Hierfür spricht insbesondere der Wortlaut von § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB, der eine nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

⁴⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI-Kart 10/15 (V) – Holzvermarktung Baden Württemberg, ECLI:DE:OLGD:2017:0315.VI.KART10.15V.00, Rz. 60 ff. (zit. nach Juris).

⁴⁶⁵ Ebenda.

⁴⁶⁶ Ebenda, Rz. 74 ff.

⁴⁶⁷ Ebenda, Rz. 90.

⁴⁶⁸ Ebenda.

⁴⁶⁹ Ebenda, Rz. 91.

⁴⁷⁰ BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 17 ff. (zit. nach Juris). Die Frage, ob eine Zusageentscheidung nach § 32b GWB überhaupt mit einem Widerrufsvorbehalt versehen werden kann, lässt der BGH offen; vgl. ebenda, Rz. 20, 43. Dazu noch Tz. 523.

⁴⁷¹ Ebenda, Rz. 23 ff.

⁴⁷² Ebenda, Rz. 27 ff.

⁴⁷³ Ebenda, Rz. 44 ff.

⁴⁷⁴ Ebenda, Rz. 54 ff.

verlangt. Die – unverändert gebliebene – objektive Sachlage ist insofern von einem rein subjektiven Erkenntnisgewinn der Behörde zu unterscheiden. Ein solcher ist gemäß der Systematik der in § 32b Abs. 2 GWB geregelten Wiederaufnahmegründe zunächst nur dann beachtlich, wenn die ursprüngliche Fehlvorstellung der Behörde auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben des Unternehmens beruht (vgl. § 32b Abs. 2 Nr. 3 GWB). Dass darüber hinaus im Einzelfall ein überragendes öffentliches Interesse am Schutz der Wettbewerbsfreiheit bestehen mag, wenn sich herausstellt, dass die Zusageentscheidung nicht die von der Kartellbehörde gewünschten Wirkungen hat,⁴⁷⁵ kann richtigerweise nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in § 32b Abs. 2 GWB gleichwohl an der entsprechenden Rechtsgrundlage für eine Wiederaufnahme des Verfahrens fehlt.

519. Die Ausnahmen, die der BGH von dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit einer subjektiven Fehlvorstellung macht, sind mit dem Wortlaut der Vorschrift zwar kaum vereinbar. Und auch die Bezugnahme des BGH auf die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG, wonach neue wissenschaftliche Erkenntnisse ausnahmsweise einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse entsprechen,⁴⁷⁶ ist nicht gänzlich überzeugend. Zum einen scheinen subjektive Fehlvorstellungen über die Wirkungen einer behördlichen Maßnahme, auch wenn sie unvorhersehbar waren, nur schwer mit neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen vergleichbar.⁴⁷⁷ Zum anderen ist § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB, wie der BGH in seiner Entscheidung an anderer Stelle selbst erwähnt, nicht etwa § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG, sondern Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003 nachgebildet.⁴⁷⁸ Zu dieser Vorschrift gibt es indes keine Rechtsprechung, gemäß derer eine nachträgliche Korrektur der subjektiven Fehlvorstellung der Behörde zur Wiederaufnahme des Verfahrens berechtigen würde. In der Literatur wird zu Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003 vielmehr die – soweit ersichtlich – einhellige Auffassung vertreten, dass eine Wiederaufnahme nicht möglich sei, sofern sich die Europäische Kommission lediglich über den Sachverhalt oder die Wirksamkeit der angenommenen Zusagen geirrt habe.⁴⁷⁹

520. Der BGH weist allerdings darauf hin, dass die Funktionstauglichkeit des Instruments der Verpflichtungszusagen eingeschränkt wäre, wenn sich die Kartellbehörde bei einer Fehlvorstellung schlechthin nicht von einer Zusageentscheidung lösen könnte.⁴⁸⁰ Fraglich ist, in welchen Fällen eine Fehlvorstellung ausnahmsweise zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen kann, wie sich also eine beachtliche Fehlvorstellung von einer unbeachtlichen Fehlvorstellung abgrenzen lässt. Der BGH verwendet hierzu das Kriterium der Erkennbarkeit. Das ist insofern nachvollziehbar, als eine Aufhebung der Zusageentscheidung demnach (nur) dann in Betracht kommen soll, wenn die Kartellbehörde ursprünglich nicht auf hinreichende Ermittlungen verzichtet hat. Hierzu stellt der BGH fest, dass die Kartellbehörde im Rahmen einer Entscheidung nach § 32b GWB nicht verpflichtet sei, den Sachver-

⁴⁷⁵ Hierzu Bornkamm/Tolkmitt in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 13. Aufl., Köln 2018, § 32b Rn. 32.

⁴⁷⁶ BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 34 (zit. nach Juris).

⁴⁷⁷ Grundsätzlich betont auch das Bundesverwaltungsgericht, dass die Aufhebung eines Verwaltungsaktes gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG eine Änderung der objektiven Sachlage voraussetze; vgl. BVerwG, Urteil vom 19. September 2018, 8 C 16/17, ECLI:DE:BVerwG:2018:190918U8C16.17.0, Rz. 18, 20; BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 1990, 6 C 33/88, Rz. 26 f. Die Anforderungen der Rechtsprechung an die ausnahmsweise Berücksichtigung von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen sind deshalb hoch. Insbesondere müssen die wissenschaftlichen Erkenntnisse als gesichert gelten; eine singuläre Auffassung, die sich bislang nicht durchgesetzt hat, ist insofern nicht ausreichend. Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. April 2016, 4 A 2/15, ECLI:DE:BVerwG:2016:280416U4A2.15.0, Rz. 36 (zit. nach Juris); Beschluss vom 27. Mai 2015, 3 B 5/15, ECLI:DE:BVerwG:2015:270515B3B5.15.0, Rz. 12 (zit. nach Juris).

⁴⁷⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 34, 51 f. Vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 33, 38 (zit. nach Juris).

⁴⁷⁹ Vgl. nur Bauer in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU-WettbR, 3. Aufl., München 2020, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 66; Bergmann, WuW 2014, 467; 472; Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach, EG-KartellVO, Heidelberg 2004, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 169.

⁴⁸⁰ BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 44 (zit. nach Juris).

halt vollständig aufzuklären, sondern sie sich auf einen geringeren Ermittlungsaufwand beschränken könne.⁴⁸¹ Diese Möglichkeit berechtige die Kartellbehörde jedoch nicht, die zunächst unterbliebenen Ermittlungen nachzuholen und auf Grundlage einer neuen Bewertung des – unverändert gebliebenen – Sachverhalts die Zusageentscheidung aufzuheben.⁴⁸²

521. Die Kartellbehörde wird also oftmals vor die Wahl gestellt sein, den Sachverhalt vor Erlass der Zusageentscheidung umfassend zu ermitteln oder den Ermittlungsaufwand zu beschränken. Entscheidet sich die Kartellbehörde für eine umfassende Sachverhaltsermittlung, kann sie das Verfahren bei einer sich nachträglich gleichwohl abzeichnenden Fehlvorstellung auf Grundlage des § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB wieder aufnehmen, sofern es – wie dann wohl häufig – an der Erkennbarkeit der Fehlvorstellung fehlt. Bei einer Beschränkung des Ermittlungsaufwands läuft die Kartellbehörde dagegen Gefahr, die Zusageentscheidung möglicherweise nicht aufheben zu können, weil die Umstände bei einer umfassenderen Ermittlung von vornherein für sie erkennbar gewesen wären. Das Risiko einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung trägt danach die Kartellbehörde, die den Umfang ihrer Ermittlungen bestimmen kann und das Geschehen damit weitgehend selbst in der Hand hält.⁴⁸³

2.8.4 Möglichkeiten der Wiederaufnahme des Verfahrens nach Erlass einer Zusageentscheidung

522. Es stellt sich die Frage, ob die Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB zu ergänzen sind. Denn eine vollständige Ermittlung des Sachverhalts und seine abschließende Bewertung durch die Kartellbehörde werden in Zusageverfahren häufig nicht in Betracht kommen. Dies liegt darin begründet, dass das Instrument der Zusageentscheidungen, wie eingangs erwähnt, auf einen vergleichsweise zügigen und ressourcenschonenden Verfahrensabschluss zielt.⁴⁸⁴ Dieser Vorteil könnte sich indes nicht vollends verwirklichen, wenn die Kartellbehörde ihre Ermittlungen zugunsten der Möglichkeit einer Korrektur der Zusageentscheidung nicht beschränken würde. Dies gilt vor allem für solche Fallkonstellationen, mit denen die Kartellbehörden möglicherweise noch keine hinreichende Erfahrung haben, bei denen aber ein zügiges Handeln von großer Bedeutung ist. Dies trifft etwa auf digitale Märkte zu. Insbesondere dort kann ein schneller „Schritt in die richtige Richtung“ mit der Möglichkeit, diesen noch anzupassen, sinnvoller sein als eine „im ersten Anlauf“ bessere Maßnahme, die jedoch erst später – möglicherweise zu spät – ergriffen wird.⁴⁸⁵ Insofern könnten die in § 32b Abs. 2 GWB geregelten Wiederaufnahmegründe um die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusageentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt zu versehen, ergänzt werden.

523. Nach allgemeinem Verwaltungsrecht kann ein Verwaltungsakt, der im Ermessen der Behörde steht, mit einem Widerrufsvorbehalt erlassen werden, § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Enthält eine behördliche Verfügung eine solche Nebenbestimmung, kann sie nach Maßgabe des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG aufgehoben werden. In § 32b Abs. 2 GWB (wie auch in Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003) ist die Möglichkeit eines Widerrufsvorbehalts indes nicht vorgesehen. Da es sich bei dieser Vorschrift um eine gegenüber den allgemeinen Vorschriften spezielle Regelung handelt, ist der Katalog der Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB abschließend.⁴⁸⁶ Danach kann sich

⁴⁸¹ Ebenda, Rz. 40. Kritisch zu einer Beschränkung der kartellbehördlichen Sachverhaltsermittlung Klose in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020, § 51 Rn. 35.

⁴⁸² Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 41 (zit. nach Juris).

⁴⁸³ Schlupkoth/Haus, WuW 2019, 240, 242.

⁴⁸⁴ Tz. 510.

⁴⁸⁵ Vgl. auch die Überlegungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, a. a. O., S. 78 f., zu einem flexibleren Abhilfenregime.

⁴⁸⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., S. 52; Bach in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München 2020, § 32b Rn. 30; Bornkamm/Tolkmitt in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 13. Aufl., Köln 2018, § 32b Rn. 31; Keßler in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 3. Aufl., München 2020, § 32b Rn. 37; Klose in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020, § 51 Rn. 44, 46. Zu Art. 9 Verordnung (EU) 1/2003 siehe nur Bergmann, WuW 2014, 467, 472.

die Kartellbehörde nicht auf die §§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG berufen, wollte sie die Zusagenentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt erlassen bzw. die Zusagenentscheidung später aufgrund eines solchen aufheben.⁴⁸⁷

524. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung kann ein Widerrufsvorbehalt oder ein Kündigungsrecht auch nicht in den Verpflichtungszusagen selbst „vereinbart“ werden.⁴⁸⁸ Es ist nicht ersichtlich, warum das in § 32b Abs. 2 GWB enthaltene, bewusst begrenzte Recht der Kartellbehörde, die Zusagenentscheidung aufzuheben, durch ein solches Vorgehen erweitert werden sollte. Anderenfalls könnte diese Regelung zulasten des Verfügungsadressaten umgangen und der abschließende Katalog der Wiederaufnahmegründe beliebig ergänzt werden.⁴⁸⁹ Letztlich handelt es sich bei einer Zusagenentscheidung ohnehin um einen einseitigen Verwaltungsakt, bei dem der Verfügungsadressat insofern mitwirkt, als er der Kartellbehörde die Verpflichtungszusagen zuvor angeboten hat. Eine – wie auch immer geartete – Vereinbarung zwischen Unternehmen und Kartellbehörde kommt dadurch aber nicht zustande. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Verpflichtungszusagen gerade auf ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Unternehmens selbst zielen, nicht jedoch die Eingriffsrechte der Kartellbehörde erweitern sollen. Für die Zusagenentscheidung, deren Bestandteil die Verpflichtungszusagen sind, gelten somit insgesamt die Grenzen des § 32b GWB. Danach müsste ein Widerrufsvorbehalt in § 32b Abs. 2 GWB ergänzt werden, weil die Kartellbehörde insoweit weder auf die Regelungen im allgemeinen Verwaltungsrecht zurückgreifen kann noch die Möglichkeit besteht, den Widerrufsvorbehalt in die Verpflichtungszusagen selbst aufzunehmen.

525. Auch eine etwaige Befristung der Zusagenentscheidung gemäß § 32b Abs. 1 Satz 3 GWB lässt den Bedarf für einen Widerrufsvorbehalt nicht entfallen. Denn eine Befristung der Entscheidung bedeutet einerseits, dass die Kartellbehörde für eine vorher festgelegte Dauer an die Zusagenentscheidung gebunden ist. Damit kann sie sich – anders als im Fall eines Widerrufsvorbehalts –, unter Umständen mehrere Jahre nicht von ihrer ursprünglichen Entscheidung lösen, auch wenn sich bald herausstellen sollte, dass die Verpflichtungszusagen nicht die beabsichtigte Wirkung erzielen.⁴⁹⁰ Andererseits gilt: Mit Fristablauf würde eine Zusagenentscheidung auch dann zu einem bestimmten Zeitpunkt automatisch enden, wenn sich die Verpflichtungszusagen als grundsätzlich wirksam, obgleich zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken noch nicht ausreichend, erweisen und die Behörde sie gerne fortführen möchte. Die Behörde könnte dann nur versuchen, sich mit dem Unternehmen erneut auf dieselben oder auf zumindest ähnlich wirksame Verpflichtungszusagen zu einigen; in jedem Fall wäre die Mitwirkung des Unternehmens erforderlich. Der Widerrufsvorbehalt ist damit gegenüber der Befristung der Zusagenentscheidung das flexiblere Instrument.

526. Die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusagenentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt zu erlassen, würde zudem nicht etwa übermäßig in die schützenswerten Belange der Verfügungsadressaten oder Dritter eingreifen. Zunächst ist der Widerrufsvorbehalt eine aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannte und für Ver-

⁴⁸⁷ Anders jedoch das Bundeskartellamt; vgl. z. B. BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 69; Beschluss vom 24. Mai 2013, B7-30/07-1, S. 47; Beschluss vom 26. September 2011, B10-31/10, Tz. 27. Offengelassen von BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 20, 43 (zit. nach Juris); OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. März 2013, 11 W 33/12 (Kart), ECLI:DE:OLGHE:2013:0314.11W33.12KART.0A, Rz. 29 (zit. nach Juris).

⁴⁸⁸ So aber Jaeger in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. V, 95. Lfg. 01/2020, Köln, § 32b GWB Rn. 45; Schlupkothlen/Haus, WuW 2019, 240, 243 f., die sich für eine gesetzliche Klarstellung, dass eine Zusagenentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt verbunden werden kann, aussprechen.

⁴⁸⁹ Eine einseitige Kündigungsoption für den Verfügungsadressaten oder eine nachträgliche Aufhebung der Zusagenentscheidung mit Zustimmung bzw. auf Antrag des Verfügungsadressaten soll dagegen möglich sein, da eine Loslösung von der Zusagenentscheidung insoweit im Interesse des Unternehmens liege; vgl. Keßler in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 3. Aufl., München 2020, § 32b Rn. 36 f., 42. Ein Kündigungsrecht (auch) für die Kartellbehörde erscheint jedoch nur zulässig, soweit dieses im Einzelfall tatsächlich ein Minus zu einer grundsätzlich möglichen Befristung der Zusagenentscheidung (dazu sogleich) darstellt; vgl. Jaeger in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. V, 95. Lfg. 01/2020, Köln, § 32b GWB Rn. 45.

⁴⁹⁰ Ähnlich die Begründung des BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 69, zur Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts in die Zusagenentscheidung auf Grundlage des § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG; vgl. dazu oben Tz. 523. Wie hier auch Schlupkothlen/Haus, WuW 2019, 240, 242. Eher unkritisch dagegen BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, ECLI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 43.

waltungsakte, deren Erlass im Ermessen der Behörde steht, gesetzlich vorgesehene Nebenbestimmung, mittels derer sich die Behörde von einem Verwaltungsakt nachträglich lösen kann (vgl. §§ 36 Abs. 2 Nr. 3, 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG). Bereits hiernach ist die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nicht ohne Weiteres zulässig. Der Widerruf darf nicht jederzeit und nicht ohne sachliche Begründung ausgeübt werden. Er muss vielmehr das Ergebnis einer pflichtgemäßen Ermessensausübung der Behörde sowie verhältnismäßig sein.

527. Dennoch könnte ein Widerrufsvorbehalt gegenüber der Befristung für den Verfügungsadressaten insofern eine weniger günstige Nebenbestimmung darstellen, als das Unternehmen bei der Befristung zumindest für deren (festen) Geltungszeitraum sicher von dem Bestand der Zusagenentscheidung ausgehen darf. Bei einem „einfachen“ Widerrufsvorbehalt müsste der Verfügungsadressat dagegen theoretisch jederzeit damit rechnen, dass die Kartellbehörde die Zusagenentscheidung aufhebt. So ist eine Präzisierung der Aufhebungsgründe in einem Widerrufsvorbehalt nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nicht zwingend.⁴⁹¹ Demgegenüber könnten die Rechtssicherheit für den Verfügungsadressaten und sein Vertrauensschutz in den Bestand der Zusagenentscheidung dadurch gestärkt werden, dass der Widerrufsvorbehalt von dem (Nicht-)Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird. Deshalb sollte die Kartellbehörde in der Zusagenentscheidung zu dem Widerrufsgrund ausführliche Angaben machen und im Einzelnen darlegen, welche positiven Auswirkungen sie sich von den Verpflichtungszusagen erhofft, d. h. inwiefern diese geeignet sind, ihre vorläufigen wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.⁴⁹² Zur Geeignetheit der Verpflichtungszusagen machen die Kartellbehörden in ihren Zusagenentscheidungen bereits jetzt Ausführungen.⁴⁹³ Diese Erwägungen müssten dann im Hinblick auf die Verknüpfung mit dem hier vorgeschlagenen Widerrufsvorbehalt künftig allenfalls etwas konkreter gefasst werden (z. B. in Bezug auf Marktanteilsschwellen, die Anzahl von Marktzutritten oder Geschäftsabschlüssen), sodass objektiv überprüfbar ist, ob ein Widerruf wegen des Ausbleibens der beabsichtigten Wirkungen tatsächlich in Betracht kommt.

528. Auch für Dritte (Wettbewerber und Anbieter oder Nachfrager, einschließlich Verbraucher) entstünden durch die Ergänzung der Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB um einen solchermaßen „bedingten“ Widerrufsvorbehalt keine übermäßigen Nachteile. Zwar könnte die fehlende Ausermittlung des Sachverhalts durch die Kartellbehörde zur Folge haben, dass die Auswirkungen der Zusagen auf den Wettbewerb möglicherweise weniger intensiv geprüft und deshalb überschätzt werden. Allerdings ist ein Markttest, in dessen Rahmen die Kartellbehörde die Marktteilnehmer nach ihrer Einschätzung zu den angebotenen Verpflichtungszusagen befragt und diese unter Umständen noch einmal angepasst werden, ohnehin üblich.⁴⁹⁴ Hierauf müsste auch bei einem tendenziell zügigen Verfahrensabschluss nicht verzichtet werden, sodass die Belange Dritter durchaus Berücksichtigung finden können. Außerdem ist davon auszugehen, dass gerade Dritte von den Vorteilen eines zügigen Verfahrensabschlusses profitieren, in dem sich deren Interessen zwar noch nicht in optimaler Weise, aber immerhin ein Stück weit spiegeln, wenn anderenfalls nur mit deutlicher Verzögerung für Abhilfe gesorgt werden kann.⁴⁹⁵ Auch die Möglichkeit der Kartellbehörde, die ursprüngliche Zusagenentscheidung auf Grundlage eines Widerrufsvorbehalts bereits bei einer „bloßen“ Fehlvorstellung über ihre Wirkungen aufheben und somit nachschärfen zu können, wirkt natürlich zugunsten Dritter.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., München 2018, § 36 Rn. 79.

⁴⁹² Vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg, EC-LI:DE:BGH:2018:120618BKVR38.17.0, Rz. 43; Schlupkothén/Haus, WuW 2019, 240, 243 f.

⁴⁹³ Vgl. nur EU-Kommission, Beschluss vom 7. Dezember 2018, AT.40461 – DE/DK Interconnector, Tz. 91 ff.; BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 43 ff.

⁴⁹⁴ Vgl. nur EU-Kommission, Beschluss vom 7. Dezember 2018, AT.40461 – DE/DK Interconnector, Tz. 81 ff., 99; BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 16. Auf Unionsebene ist eine vorherige öffentliche Konsultation nach Maßgabe des Art. 27 Verordnung (EU) 1/2003 verpflichtend. Vgl. aber auch Bergmann, WuW 2014, 467, 474 f., zu den möglichen Schwierigkeiten, für alle Seiten akzeptable Verpflichtungszusagen zu finden.

⁴⁹⁵ Vgl. Tz. 522.

⁴⁹⁶ Der Bedarf für einen von Schlupkothén/Haus, WuW 2019, 240, 244, zusätzlich erwogenen „übergeordneten wettbewerblichen Aufhebungsgrund“, um – entsprechend § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG – „untragbare Nachteile für den Wettbewerb zu beseiti-

529. Die hier vorgeschlagene Ergänzung der Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB um einen Widerrufsvorbehalt wäre auch unionsrechtlich zulässig. Insbesondere steht die sog. Richtlinie (EU) 2019/1, die noch in das deutsche Recht umzusetzen ist,⁴⁹⁷ dem nicht entgegen. Die Richtlinie enthält zwar Vorgaben zu Zusagenentscheidungen und deren Aufhebung. Dabei bilden die in Art. 12 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2019/1 vorgesehenen Wiederaufnahmegründe Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) 1/2003 ab, der schon Vorbild für § 32b Abs. 2 GWB war. Die Regelungen der Richtlinie stellen jedoch nur Mindeststandards dar, über die das nationale Wettbewerbsrecht bzw. die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten verfügen müssen.⁴⁹⁸ Weitergehende Befugnisse sind nicht ausgeschlossen. Schließlich könnte auch der Katalog der Wiederaufnahmegründe des Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) 1/2003 um den hier vorgeschlagenen Widerrufsvorbehalt ergänzt werden, da auf Unionsebene ein vergleichbares Interesse an einer flexibleren Möglichkeit, die Zusagenentscheidung aufzuheben und das Verfahren wiederaufzunehmen, bestehen dürfte.

2.8.5 Gesetzliche Wiederaufnahmegründe um Widerrufsvorbehalt ergänzen

530. Der Entscheidung des BGH vom 12. Juni 2018 ist darin zuzustimmen, dass § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Aufhebung der Zusagenentscheidung und eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht gestattet, wenn die Kartellbehörde lediglich einer Fehlvorstellung über die Wirksamkeit der angenommenen Verpflichtungszusagen unterlag. Hierbei handelt es sich grundsätzlich nicht um eine nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Zwar lässt der BGH eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu, wenn die Fehlvorstellung für die Kartellbehörde nicht erkennbar war. Hiervon wird in der Regel jedoch nur dann auszugehen sein, wenn die Kartellbehörde den Sachverhalt vor Erlass der Zusagenentscheidung vollständig aufgeklärt hat. Dies könnte zur Folge haben, dass das Instrument der Zusagenentscheidung weniger effektiv eingesetzt wird.

531. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, den Katalog der Wiederaufnahmegründe in § 32b Abs. 2 GWB um die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusagenentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt zu erlassen, zu ergänzen. In der Vorschrift sollte zum Ausdruck kommen, dass ein Widerruf nur insoweit in Betracht kommt, als die mit den Verpflichtungszusagen bezweckten, aber letztlich nicht erreichten Wirkungen bereits im Einzelnen in der Zusagenentscheidung genannt sind. Eine entsprechende Anpassung des Gesetzes könnte wie folgt lauten:

„(2) Die Kartellbehörde kann die Verfügung nach Absatz 1 aufheben und das Verfahren wieder aufnehmen, wenn

[...]

4. sie sich für den Fall, dass die in der Verfügung benannten Wirkungen, die sie mit den Verpflichtungszusagen zu erzielen beabsichtigt, nicht eingetreten sind, den Widerruf in der Verfügung vorbehalten hat.“

3 Datengestützte Analysen im Berichtszeitraum

532. Wettbewerbsökonomischen Methoden und Konzepten kommt weiterhin eine hohe Bedeutung in der Kartellrechtsanwendung zu. Zu den regelmäßig angewendeten Methoden gehören neben den Berechnungen einfacher statistischer Kennzahlen wie Preis- und Mengenindizes und ökonomischer Kenngrößen wie Marktanteilen und Konzentrationsmaßen zunehmend auch aufwendigere Analysen unter Verwendung ökonomischer Methoden wie Upward-Pricing-Pressure (UPP)-Tests und Merger Simulations, die in kartellrechtlichen Untersuchungen verschiedentlich angewendet werden und an Relevanz gewinnen. Diese quantitativen Analysen können zusätzliche

gen“, ist dagegen nicht ersichtlich, zumal eine Aufhebung der Zusagenentscheidung eine Entschädigung für den Verfügungsadressaten auslösen soll.

⁴⁹⁷ Vgl. dazu bereits Tz. 310.

⁴⁹⁸ Erwägungsgrund Nr. 28 zur Richtlinie (EU) 2019/1. Vgl. auch EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, 22. März 2017, COM(2017) 142 final, S. 10 f., 19 f.

Indizien in der Entscheidungsfindung der Wettbewerbsbehörden liefern und somit die qualitativen Analysen ergänzen.⁴⁹⁹

533. Die Wahl der quantitativen Methoden durch die Wettbewerbsbehörde wird im Einzelfall von verschiedenen Faktoren beeinflusst. Neben der Voraussetzung, dass eine bestimmte Methode zur Beantwortung einer konkreten Frage geeignet sein muss, spielt die Verfügbarkeit geeigneter Daten eine zentrale Rolle. Konkret bedeutet dies, dass entsprechende Daten vorliegen oder ermittelbar sein müssen. Zudem ist der voraussichtliche Aufwand mit dem zu erwartenden zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Beweisführung abzuwägen. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Akzeptanz und die Nachvollziehbarkeit der Methoden im weiteren juristischen Verfahren. Dies gilt insbesondere für komplexe ökonomische Methoden. Quantitative Methoden werden im Allgemeinen eher dann akzeptiert, wenn sie leicht verständlich, in der Praxis bereits erprobt sowie in der entsprechenden Fachliteratur etabliert und anerkannt sind. Wird eine quantitative Methode hingegen zum ersten Mal zur Analyse einer Fragestellung herangezogen, muss dies von der Kartellbehörde oftmals besonders transparent und überzeugend begründet werden.

534. Die nachfolgenden Abschnitte geben einen Überblick über die Anwendung verschiedener quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt im aktuellen Berichtszeitraum 2018/2019 sowie durch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), die schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO) und die Competition and Markets Authority des Vereinigten Königreichs (CMA) in den vergangenen Jahren.

3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt

535. Beim Bundeskartellamt unterstützen die beiden Referate „Ökonomische Grundsatzfragen“ sowie „Datenerfassung und Ökonometrie“ die Beschlusskammern in größeren Verwaltungsverfahren und Sektoruntersuchungen.⁵⁰⁰ Einen Schwerpunkt der datengestützten Analyse bildet die Mitwirkung in Hauptprüfverfahren der Fusionskontrolle. Dabei übernehmen die Referate Aufgaben im Rahmen der Beschaffung, Aufbereitung und Analyse von unterschiedlichen Daten. Je nach Datenlage und Fragestellung greift das Bundeskartellamt bei der Datenanalyse auf unterschiedliche Methoden zurück. Am häufigsten kommen dabei Methoden zur Anwendung, die vergleichsweise einfach und schnell und damit in einer großen Anzahl an Fällen verwendbar sind.⁵⁰¹ Von Bedeutung im Berichtszeitraum 2018/2019 waren insbesondere Stichprobenziehungen⁵⁰², Kundenlisten-Matching⁵⁰³, (quantitative) Befragungen von Geschäftskunden⁵⁰⁴, Lieferstromanalysen⁵⁰⁵, Ausschreibungsanalysen⁵⁰⁶ und zunehmend auch

⁴⁹⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 860 ff., 1101 ff.

⁵⁰⁰ BKartA, Jahresbericht 2018, S. 11.

⁵⁰¹ BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, a. a. O., S. 20.

⁵⁰² Stichprobenziehungen kamen im Berichtszeitraum 2018/2019 beispielsweise in folgenden Fällen zum Einsatz: BKartA, Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann; Fallbericht vom 14. März 2018, B2-62/17 – Raiffeisen Gartenbau/Landgard; Fallbericht vom 16. Januar 2020, B5-153/19 – Cordes & Gräfe/Elting; Fallbericht vom 29. Mai 2018, B9-175/17 – Lufthansa; und im Rahmen von Nachermittlungen im Fall Booking, B9-121/13.

⁵⁰³ Kundenlisten-Matching wurde verwendet u. a. in: BKartA, Fallbericht vom 6. März 2020, B5-149/19 – Edgewell/Harry's; Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann; Fallbericht vom 19. Juni 2019, B7-50/19 – IBM/T-Systems; Fallbericht vom 25. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD; Beschluss vom 9. November 2019, B5-185/18 – Heidelberger Druckmaschinen/MBO; B5-29/18 – Miba/Zollern; Fallbericht vom 14. März 2018, B2-62/17 – Raiffeisen Gartenbau/Landgard und im Rahmen von Nachermittlungen im Fall Booking, B9-121/13.

⁵⁰⁴ Quantitative Befragungen von Geschäftskunden gehörten zu den am häufigsten genutzten Methoden und wurden u. a. durchgeführt in: BKartA, Fallbericht vom 6. März 2020, B5-149/19 – Edgewell/Harry's; Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann; Fallbericht vom 25. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD; Beschluss vom 9. November 2019, B5-185/18 – Heidelberger Druckmaschinen/MBO; B5-29/18 – Miba/Zollern; Fallbericht vom 14. März 2018, B2-62/17 – Raiffeisen Gartenbau/Landgard; Fallbericht vom 16. Januar 2020, B5-153/19 – Cordes & Gräfe/Elting; Fallbericht vom 9. Oktober 2019, B2-40/19 – Rewe/Lekkerland, Fallbericht vom 1. Juli 2019, B2-55/19 – Edeka/Handelshof.

⁵⁰⁵ Lieferstromanalysen wurden vorgenommen u. a. in: BKartA, Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19 – Loomis/Ziemann; Fallbericht vom 25. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD; Fallbericht vom 2. Mai 2019, B3-157/18 – Ameos/Sana; Fallbericht vom 4. April 2019, B3-122/18 – Cellitinnen; Fallbericht vom 14. März 2018, B2-62/17 – Raiffeisen Gartenbau/Landgard; Fallbericht vom 16. Januar 2020, B5-153/19 – Cordes & Gräfe/Elting.

Verbraucherbefragungen⁵⁰⁷. Analysen unter Verwendung ökonomischer Methoden wurden im aktuellen Berichtszeitraum 2018/2019 vom Bundeskartellamt nicht durchgeführt, was unter anderem mit den vergleichsweise kurzen Fristen in Fusionskontrollfällen begründet wird.

536. Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Telekom Deutschland GmbH (TDG)/EWE AG (EWE) hatte das Bundeskartellamt zu klären, ob es durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und den damit verbundenen Verzicht auf eine getrennte Teilnahme der Muttergesellschaften an Ausschreibungen zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet kommt.⁵⁰⁸ Diese Frage ist nicht zuletzt auch deshalb von Bedeutung, weil die Bundesregierung plant, die Förderung des festnetzbasiereten Breitbandausbaus deutlich auszuweiten.⁵⁰⁹ Auf Basis von Daten zu insgesamt 187 Einzel- und Gesamtvergaben im Kooperationsgebiet aus dem Ausschreibungszeitraum 2015 bis 2018 konnte das Bundeskartellamt Aussagen zur wettbewerblichen Nähe der beiden Unternehmen auf dem Ausschreibungsmarkt treffen.⁵¹⁰ Durch die Ausschreibungsanalyse zeigte sich zum einen, dass die beiden Unternehmen die mit Abstand höchsten Teilnahmequoten an den betrachteten Ausschreibungen aufweisen und die EWE mehr als die Hälfte und die TDG rund ein Viertel der Ausschreibungen im Kooperationsgebiet für sich entscheiden konnten.⁵¹¹ Zum anderen ergab eine Bieteranalyse, dass TDG und EWE sowohl mit Blick auf die Teilnahme an Ausschreibungen als auch hinsichtlich der Anzahl der tatsächlich abgegebenen Gebote gegenseitig die engsten Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt sind.⁵¹² Durch die Zusage der beiden Unternehmen, weiterhin getrennt an Ausschreibungen teilzunehmen, konnten letztlich die wettbewerblichen Bedenken der Wettbewerbsbehörde mit Blick auf den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau ausgeräumt werden.

537. Umfangreiche quantitative Untersuchungen zur wettbewerblichen Nähe wurden zudem im Fall des geplanten Zusammenschlusses der in Köln ansässigen Krankenträger Stiftung der Cellitinnen zur heiligen Maria („Cellitinnen Nord“) mit der ebenfalls in Köln ansässigen Stiftung der Cellitinnen gemeinnütziger eingetragener Verein („Cellitinnen Süd“) durchgeführt.⁵¹³ Mit Blick auf die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes war zu ermitteln, ob das Kölner Stadtgebiet ein zusammenhängendes Marktgebiet dargestellt oder in mehrere Marktgebiete zu unterteilen ist. Auf Basis einer Analyse von über 14 Mio. Patienten-Falldaten konnte anhand der Patientenströme gezeigt werden, dass die in den vier Marktgebieten „Köln Nord linksrheinisch“, „Köln Süd linksrheinisch“, „Köln rechtsrheinisch“ und „Porz“ wohnenden Patienten jeweils mehrheitlich für stationäre Behandlungen ein Krankenhaus wählen, das in ihrem Wohngebiet liegt. Die Wahl eines Krankenhauses in benachbarten Wohngebieten kommt nach dieser Erhebung eher selten vor. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes spricht dies für homogene Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der jeweiligen Gebiete und damit für die Annahme eigenständiger räumlicher Märkte. Ergänzend hat das Bundeskartellamt eine Befragung von niedergelassenen Ärzten im Kölner Stadtgebiet durchgeführt. Auf Grundlage einer repräsentativen Stichprobe wurden rund 250 Ärzte mithilfe eines elektronischen Fragebogens zu ihrem Empfehlungsverhalten für die verschiedenen Kölner Krankenhäuser befragt. Untersucht wurde, welche Krankenhäuser die Ärzte den Patienten für eine stationäre Behandlung empfehlen und wie sich diese im hypothetischen Fall einer Krankenhausfusion verteilt hätten. Die Befragung ergab, dass die Ärzte

⁵⁰⁶ Ausschreibungsanalysen wurden u. a. vorgenommen in folgenden Fällen: BKartA, Fallbericht vom 6. März 2020, B5-149/19 – Edgewell/Harry’s; Beschluss vom 30. Dezember 2019, B7-21/18 – Telekom Deutschland/EWE; Fallbericht vom 19. Juni 2019, B7-50/19 – IBM/T-Systems; Fallbericht vom 25. Juli 2019, B4-21/19 – Remondis/DSD; Fallbericht vom 6. Juli 2018, B9-25/18 – Horizon/Brink; Fallbericht vom 9. Oktober 2019, B2-40/19 – Rewe/Lekkerland.

⁵⁰⁷ Verbraucherbefragungen wurden durchgeführt im Rahmen von Nachermittlungen im Fall Booking, B9-121/13 und BKartA, Fallbericht vom 15. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook.

⁵⁰⁸ BKartA, B7-21/18 (Fusionskontrollverfahren), Tz. 596 ff.

⁵⁰⁹ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 128 ff.

⁵¹⁰ BKartA, B7-21/18 (Fusionskontrollverfahren), Tz. 602.

⁵¹¹ Ebenda, Tz. 606 ff.

⁵¹² Die Begegnungsquote lag für beide Unternehmen bei 70 bis 80 Prozent, d. h., wenn eines der beiden Unternehmen an einer Ausschreibung teilnahm, war in 70 bis 80 Prozent der Fälle auch das jeweils andere Unternehmen beteiligt.

⁵¹³ BKartA, Fallbericht vom 4. April 2019, B3-122/18 – Cellitinnen.

ihren Patienten mehrheitlich Krankenhäuser in enger räumlicher Nähe empfehlen, was die Erkenntnisse zur Marktabgrenzung auf Basis der Patientendaten letztlich bestätigte.⁵¹⁴

538. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt weitere Erfahrungen mit Endverbraucherbefragungen gesammelt. Der Anlass für eine größer angelegte Befragung war die vom OLG Düsseldorf geforderte Nachermittlung zu der Bedeutung und den Auswirkungen sog. enger Bestpreisklauseln im Bereich der Online-Hotelbuchung.⁵¹⁵ Während das Bundeskartellamt Unternehmen typischerweise selbst befragt und diese zu einer Beantwortung von Fragen verpflichten kann, ist dies bei Endverbrauchern nicht möglich. Auch aus diesem Grund beauftragte das Bundeskartellamt ein Marktforschungsinstitut mit der Durchführung der Verbraucherbefragung. Verbraucherbefragungen sind grundsätzlich geeignet, Informationen zum Verbraucherverhalten zu ermitteln, um somit etwa Aussagen zur Austauschbarkeit von Produkten und Dienstleistungen treffen zu können. Der Aufwand ergibt sich dabei daraus, dass eine repräsentative Personengruppe befragt und durch die Befragungsmethodik ein objektives und unbeeinflusstes Befragungsergebnis gewährleistet werden muss.

3.2 Die Anwendung quantitativer Methoden in Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich

539. Auch in anderen europäischen Staaten kommt ökonomischen Analysen eine zunehmende Rolle in den Entscheidungen der Kartellbehörden zu. Wie in Deutschland wird die Methodenwahl durch Faktoren wie die Verfügbarkeit geeigneter Daten und der zeitliche Rahmen entscheidend beeinflusst. Gewisse Unterschiede, etwa mit Blick auf die für die Verfahren verfügbare Zeit, können sich z. B. aufgrund anderer gesetzlicher Rahmenbedingungen ergeben. Beispielsweise ist in Österreich die Wettbewerbsbehörde nur während der ersten Prüfungsphase nach Anmeldung eines Zusammenschlusses für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben zuständig. Für die zweite Verfahrensphase, die eingeleitet wird, wenn es wettbewerbliche Bedenken gibt und im Laufe der ersten Phase keine Einigung über geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Bedenken erzielt werden konnte oder ein Verfahren in der vierwöchigen ersten Phase etwa wegen fehlender Informationen nicht abschließbar war, ist das Kartellgericht zuständig, das in der Regel eigene ökonomische Sachverständige mit der Erstellung von Gutachten beauftragt.

540. Die BWB greift auf aufwendigere ökonomische Untersuchungen, insbesondere in Fusionskontrollverfahren und Branchenuntersuchungen, zurück. Beispielsweise hat die BWB mithilfe eines Illustrative Price Rise (IPR)-Tests⁵¹⁶ zeigen können, dass es bei einem Zusammenschluss zweier Anbieter im Bereich Tierbedarf zu Preisanstiegen in Höhe von durchschnittlich 12,60 Prozent bis 40 Prozent in verschiedenen Produktsegmenten gekommen wäre.⁵¹⁷ Auch aufgrund der daraus resultierenden wettbewerblichen Bedenken wurde das Zusammenschlussvorhaben letztlich zurückgezogen.

541. In mindestens zwei Zusammenschlussfällen nutzte die BWB SSNIP-Tests⁵¹⁸, um auf Basis von Befragungsdaten Aussagen über die kartellrechtliche Abgrenzung des relevanten Marktes zu treffen.⁵¹⁹ Mit dem SSNIP-Test wird untersucht, wie die Nachfrager reagieren würden, wenn ein hypothetischer Monopolist seine Preise um einen bestimmten Prozentsatz (z. B. 5 bis 10 Prozent) anheben würde. Würden die Nachfrager in nur geringem Maße zu

⁵¹⁴ Ebenda.

⁵¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Juni 2019, VI-Kart 2/16 (V) – Booking II.

⁵¹⁶ Der IPR-Test erlaubt ähnlich wie der Upward Pricing Pressure (UPP)-Test und der Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI)-Test, die Preiseffekte eines Zusammenschlusses zu ermitteln. Dabei wird beim IPR die hypothetische Preiserhöhung nach einem Zusammenschluss als prozentualer Preisaufschlag geschätzt. Zu den Nachteilen des IPR-Tests gehört, dass mögliche preissenkende Effizienzgewinne nicht berücksichtigt werden, wodurch zu hohe Preisaufschläge ausgewiesen werden könnten. Anders als beim GUPPI und beim UPP können jedoch preisliche Interdependenzen zwischen den Fusionspartnern berücksichtigt werden.

⁵¹⁷ BWB, Tätigkeitsbericht 2017, Wien (Mai 2018), S. 34 f.

⁵¹⁸ SSNIP steht für Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

⁵¹⁹ BWB, Z-2791 (OBI Group Holding/bauMax), Bekanntmachung vom 1. September 2015 und Z-3817 (BGO/hali/svoboda büromöbel), Bekanntmachung vom 13. Februar 2018.

anderen Produkten wechseln, wäre der relevante Markt zutreffend abgegrenzt. Sind hingegen Substitute verfügbar, die eine Preiserhöhung unprofitabel machen würden, müssen diese Substitute in den sachlich relevanten Markt einbezogen werden.

542. Wie das Bundeskartellamt hat die BWB neben Unternehmensbefragungen auch Verbraucherbefragungen mithilfe von Marktforschungsinstituten durchführen lassen. Anlass der Untersuchung war das in Österreich diskutierte Verbot von Gebühren für das Abheben von Bargeld an Bankautomaten, zu dem die BWB eine eigene Stellungnahme anfertigte.⁵²⁰ Auf Basis einer für Österreich repräsentativen Stichprobe wurden 1.030 Bankkunden zu ihrem Nutzungsverhalten und möglichen Reaktionen auf eine Gebührenanpassung befragt. Im Ergebnis hat sich die BWB gegen ein staatliches Verbot von Bankautomatengebühren und für andere Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs im Girokontengeschäft ausgesprochen.

543. Eine vergleichsweise aufwendige Untersuchung mithilfe von ökonomischen Methoden nahm die BWB bei der Ex-post-Analyse von Zusammenschlüssen auf den österreichischen Mobilfunkmärkten vor.⁵²¹ Im Dezember 2012 war die Übernahme von Orange Austria (Orange) durch Hutchison 3G Austria (H3G) von der Europäischen Kommission unter Auflagen freigegeben worden. Gleichzeitig verkaufte H3G die zu Orange gehörende Marke „Yesss!“ an den Mobilfunkanbieter Telekom Austria. Mithilfe einer kontrafaktischen Merger-Simulation hat die BWB die Preiseffekte der Zusammenschlüsse für Privatkunden analysiert. Auf Basis von Tarif- und Kostendaten der Mobilfunknetzbetreiber für den Zeitraum von 2011 bis 2014 konnte gezeigt werden, dass sich die inflationsbereinigten Preise - verglichen mit dem hypothetischen Szenario ohne Fusionen - für Bestandskunden zwischen Dezember 2012 und Dezember 2014 im Durchschnitt um 14 bis 20 Prozent erhöhten. Den Verbrauchern entstand in diesem Zeitraum damit ein geschätzter Schaden (Rückgang der Verbraucherrente) von EUR 158 bis 227 Mio.⁵²²

544. Auch die WEKO und ihr Sekretariat wenden regelmäßig ein breites Spektrum verschiedener quantitativer Methoden in kartellrechtlichen Untersuchungen an. Neben der Berechnung statistischer Kennzahlen und ökonomischer Kenngrößen wie Marktanteile und Konzentrationsmaße betrifft dies unter anderem auch empirische Eventanalysen⁵²³, Ausschreibungsanalysen⁵²⁴, Patientenstromanalysen⁵²⁵ und Lieferscheitanalysen⁵²⁶.

545. Zur Aufdeckung von Absprachen bei Ausschreibungen hat die WEKO zudem ein innovatives Screening-Instrument entwickelt. Die Methode wurde erstmals in einem im Jahr 2013 eröffneten Verfahren angewendet, um Daten zu Ausschreibungen von Bauleistungen im Kanton St. Gallen zu analysieren.⁵²⁷ Mithilfe der Screening-Methode konnte ein Straßenbaukartell zwischen acht Unternehmen aufgedeckt werden. Die Methode wird inzwischen auch von Dritten zur Analyse von Ausschreibungsdaten eingesetzt und unter Einbezug von Methoden des maschinellen Lernens weiterentwickelt.⁵²⁸

546. Ökonometrische Methoden werden von der WEKO ebenfalls regelmäßig genutzt und gewinnen weiter an Bedeutung. In verschiedenen Untersuchungen hat die WEKO SSNIP-Tests zur sachlichen Abgrenzung von Märkten verwendet und dabei unterschiedliche Arten von Daten herangezogen. Beispielsweise nutzte sie im Zusammen-

⁵²⁰ BWB, Stellungnahme zur Regulierung von Bankomatgebühren, Untersuchung BWB/AW-412, Endbericht, Wien 2017.

⁵²¹ BWB, Der österreichische Privatkundenmarkt für Mobiltelefonie – Eine Ex-post-Evaluierung der Zusammenschlüsse H3G/Orange und TA/Yesss!, Branchenuntersuchung BWB/AW-393, Endbericht (en), Wien 2016.

⁵²² Ebenda, S. 34.

⁵²³ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2004/2, S. 538 ff.

⁵²⁴ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2008/1, S. 102 ff.

⁵²⁵ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2008/4, S. 558 ff.

⁵²⁶ WEKO, Verfügung vom 10. Dezember 2018 (KTB-Werke), S. 127 ff.

⁵²⁷ Imhof, D., Y. Karagök, S. Rutz, (2018). Screening for Bid Rigging: Does It Work?, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 14(2), S. 235-261.

⁵²⁸ Huber, M./D. Imhof, Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels, *International Journal of Industrial Organization*, Volume 65, pp 277-301.

schlussverfahren Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA⁵²⁹ Daten aus einer Befragung, in der Untersuchung „Sport im Pay-TV“⁵³⁰ Preisdaten sowie im Fall Harley-Davidson Switzerland GmbH⁵³¹ Preis- und Marktanteilsdaten.

547. Im Rahmen der Untersuchung „Sport im Pay TV“ hat die WEKO zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes unter anderem auf eine Panelschätzung zurückgegriffen.⁵³² Diese ergab, dass in der Schweiz Übertragungen von Super League-Spielen (Fußball) und Übertragungen von NLA-Spielen (Eishockey) aus der Sicht der Fernsehzuschauer keine Substitute darstellen. Die WEKO grenzte entsprechend separate Märkte für die Übertragung von Fußball- und Eishockeyspielen ab. Zudem wurde in demselben Verfahren anhand einer Regressionsanalyse die Hypothese geprüft, ob Sport und andere Pay-TV-Inhalte zum selben relevanten Markt gehören, was sich nicht bestätigt hat.⁵³³ Als ergänzendes Beweismittel im Rahmen der Untersuchung „KTB Werke“ nutzte die WEKO ebenfalls Regressionsanalysen zur Beurteilung von Gebietsabsprachen.⁵³⁴ Auf Basis von Preisen in Lieferscheindaten konnte gezeigt werden, dass es unter anderem Absprachen hinsichtlich der Preise für Baustoffe und der Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern gegeben hatte.

548. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, die CMA, hat in den vergangenen Jahren ebenfalls auf eine Vielzahl unterschiedlicher quantitativer Methoden zurückgegriffen. Die wesentlichen Anwendungsgebiete sind Fusionskontrollverfahren und Marktanalysen. Beispielsweise hat die CMA im April 2019 den Zusammenschluss der beiden Einzelhandelsketten Sainsbury's und Asda untersagt.⁵³⁵ Die Behörde kam zu dem Schluss, dass durch die Fusion der Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel erheblich beeinträchtigt worden wäre, was nach Ansicht der Behörde höhere Preise sowie einen Rückgang der Qualität und Verfügbarkeit von Produkten zur Folge gehabt hätte. Die CMA hat im Laufe ihrer Ermittlungen insgesamt drei Verbraucherbefragungen durchführen lassen, um Aussagen zur Abgrenzung der relevanten Märkte und zur wettbewerblichen Nähe der Zusammenschlussparteien treffen zu können.⁵³⁶

549. Auf die Verwendung aufwendiger ökonomischer Methoden verzichtet die CMA nach eigenen Angaben, wenn der erwartete Erkenntnisgewinn den zusätzlichen Aufwand nicht rechtfertigt und verlässliche Untersuchungsergebnisse auch mit anderen, weniger aufwendigen Methoden erzielt werden können. Eingesetzt wurden ökonomische Methoden etwa bei einem Fusionsfall im Gesundheitsbereich. Die Übernahme von Apotheken der Sainsbury's Supermarkets Limited durch Celesio AG wurde unter Auflagen genehmigt, nachdem unter anderem im Rahmen der Marktabgrenzung mithilfe einer Nachfrageschätzung gezeigt werden konnte, dass die Lage einer Apotheke ein entscheidendes Auswahlkriterium für Verbraucher darstellt.⁵³⁷

3.3 Anwendung quantitativer Methoden weiter verfeinern

550. Die Monopolkommission begrüßt, dass datengestützte Analysen auch weiterhin eine wichtige Rolle in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes einnehmen. Quantitative Untersuchungen können die qualitativen Erkenntnisse ergänzen und zusätzliche Hinweise auf wettbewerbliche Zusammenhänge liefern, die bei einer rein qualitativen Betrachtung nicht erkennbar wären. Beispielsweise machen wirkungsbasierte Analysen wie Pricing-Pressure-Tests Aussagen zu den möglichen Effekten von Unternehmenszusammenschlüssen möglich und ergänzen somit kartell-

⁵²⁹ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2015/1, S. 109.

⁵³⁰ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2016/4, S. 979 f.

⁵³¹ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2013/3, S. 296 ff.

⁵³² WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2016/4, S. 974.

⁵³³ WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs 2016/4, S. 972.

⁵³⁴ WEKO, Verfügung vom 10. Dezember 2018 (KTB-Werke), Tz. 549 ff.

⁵³⁵ CMA, Pressemitteilung vom 25. April 2019, CMA blocks merger between Sainsbury's and Asda.

⁵³⁶ CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd, Final report, S. 62 ff.

⁵³⁷ CMA, Celesio AG and Sainsbury's Supermarket Limited – A report on the anticipated acquisition by Celesio AG of Sainsbury's Pharmacy Business (Appendix E) vom 29. Juli 2019.

rechtliche Untersuchungen in sinnvoller Weise. Der Einsatz aufwendigerer quantitativer Methoden setzt jedoch voraus, dass geeignete Daten und ausreichend Zeit für die Durchführung der Analysen vorhanden sind. Zudem müssen die durch die Anwendung aufwendiger Methoden erzielbaren Erkenntnisgewinne den zusätzlichen zeitlichen und personellen Aufwand rechtfertigen. Trotz dieser Einschränkungen hat die vorangegangene Betrachtung gezeigt, dass der Einsatz quantitativer Analysen und ökonomischer Methoden etwa in Fusionskontrollverfahren und Sektoruntersuchungen auch in anderen europäischen Ländern zunehmend Verbreitung findet. Ein wichtiger Faktor, der den Einsatz aufwendiger Methoden in der deutschen Kartellrechtsanwendung erschwert, sind die bisher vergleichsweise kurzen Verfahrensfristen in der Fusionskontrolle. Positiv dürfte sich daher die im Rahmen der 10. GWB-Novelle vorgesehene Verlängerung der Frist für die Durchführung von Hauptprüfverfahren von bisher vier Monaten auf künftig fünf Monate auswirken.⁵³⁸ Vor diesem Hintergrund befürwortete die Monopolkommission eine verstärkte Anwendung ökonomischer Methoden in geeigneten Fällen auch durch das Bundeskartellamt. Zudem spricht sich die Monopolkommission dafür aus zu prüfen, inwieweit innovative Methoden des Kartellscreenings, wie sie in der Schweiz entwickelt wurden, auch in Deutschland angewendet werden können.

⁵³⁸ BMWi, Referentenentwurf, a. a. O., S. 101.