

Kapitel III

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einleitung
 - 2 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum
 - 2.1 Legislative Entwicklungen: Nachbetrachtung zur 9. GWB-Novelle
 - 2.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis
 - 3 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung
 - 3.1 Abgrenzung mehrseitiger Märkte
 - 3.2 Neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien
 - 3.3 Kartellrechtliche Kontrolle von Schlichtungsvereinbarungen am Beispiel des Falls Edeka/Kaiser's Tengelmann („Abkauf von Wettbewerb“)
 - 3.4 Drittplattformverbote
 - 3.5 Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League
 - 3.6 Einwand der Schadensweitergabe bei Kartellschadensersatzklagen
 - 3.7 Ministererlaubnisverfahren nach der 9. GWB-Novelle
 - 3.8 Datengestützte Analysen im Berichtszeitraum
 - 3.9 Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz
-

Kurz gefasst

In Kapitel III (vormals Kapitel IV) des Hauptgutachtens entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in den Berichtsjahren 2016/2017 Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

Mit der zunehmenden Bedeutung internetbasierter Geschäftsmodelle hat in der kartellbehördlichen Praxis auch die Frage nach der richtigen Abgrenzung mehrseitiger Plattformmärkte an Relevanz gewonnen. Die Monopolkommission begrüßt die im Rahmen der 9. GWB-Novelle vorgenommenen Klarstellungen, sieht jedoch aktuell keinen Bedarf nach weiteren gesetzlichen Regelungen in diesem Bereich.

Anlässlich aktueller Fallpraxis untersucht die Monopolkommission neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien und beschäftigt sich in diesem Zusammenhang mit dem Verhältnis von Datenschutz und Missbrauchsaufsicht, dem Innovationswettbewerb, Netzwerkeffekten sowie „schleichenden Übernahmen“. Sie empfiehlt unter anderem eine zurückhaltende Anwendung des Missbrauchsverbots im Hinblick auf den Umgang mit Daten und eine Anpassung der Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission auf Basis der Erkenntnisse zum Innovationswettbewerb.

Prozessvergleiche, die eine Rücknahme von Rechtsbehelfen in Wettbewerbsfällen zur Folge haben, können den Wettbewerb beschränken. Sie sollten von den Kartellbehörden jedenfalls dann einer genauen Prüfung unterzogen werden, wenn schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen in Rede stehen, hohe Gegenleistungen für die Rücknahme von Rechtsmitteln geleistet werden oder die Vergleichsparteien dem Rechtsmittel hohe Erfolgsaussichten beimessen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache Coty verschiedene Fragen im Zusammenhang mit Vertriebsverträgen geklärt. Die Entscheidung enthält insbesondere Ausführungen zur kartellrechtlichen Relevanz der Pflege eines bestimmten Produkt- bzw. Markenimages sowie zur Bewertung von Drittplattformverboten. Die Monopolkommission begrüßt die Klärung dieser Fragen durch den Europäischen Gerichtshof. Sie spricht sich unter anderem für eine kartellrechtliche Anerkennung des Images auch von Markenprodukten jenseits des Luxussegments aus.

Die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League für die Spielzeiten ab 2018/19 erscheint aus wettbewerblicher Sicht – auch im Vergleich mit der früheren Vermarktung von Fußballwettbewerben – kritisch. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt, die Vermarktung der Champions League in Zukunft kartellbehördlich zu begleiten und insbesondere darauf hinzuwirken, dass die Vermarktungsmodelle ausreichend wettbewerbliche Elemente aufweisen und eine Beteiligung der Verbraucher sichergestellt ist.

In der jüngeren Rechtsprechung wurde der von Kartellanten in Zivilrechtsstreitigkeiten erhobene Einwand der Schadensweitergabe teilweise mit im Einzelfall wenig überzeugenden Argumenten ausgeschlossen. Die Zulassung des sog. „Passing-on“-Einwands in diesen Fällen könnte allerdings zu einer unbilligen Entlastung der Kartellanten führen. Nach der Auffassung der Monopolkommission kann diesem Risiko begegnet werden, indem die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher durch die Einführung einer allgemeinen Gruppenklage gestärkt wird.

Im Hinblick auf die Änderungen des Ministererlaubnisverfahrens anlässlich der 9. GWB-Novelle ist die Einführung einer vergleichsweise kurzen Soll-Frist für die obligatorische Stellungnahme der Monopolkommission problematisch. Darüber hinaus setzt die Einschränkung des Rechtsschutzes Dritter gegen Ministererlaubnisentscheidungen ein falsches Signal. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die entsprechenden Regelungen im Zuge der nächsten GWB-Reform wieder aus dem Gesetz zu streichen.

Die Notwendigkeit einer allgemeinen behördlichen Durchsetzung des Verbraucherschutzes in Deutschland ist umstritten. Sofern eine Verbraucherschutzbehörde auf Bundesebene geschaffen wird, bestehen Gründe für und gegen eine Übertragung von Durchsetzungsbefugnissen im Verbraucherschutz an das Bundeskartellamt. Wenn eine Aufgabenerweiterung des Bundeskartellamtes erfolgt, sollte innerhalb der Behörde eine organisatorische Trennung zwischen der Anwendung von Verbraucherschutzrecht und Wettbewerbsrecht vorgesehen werden.

Summary

In Chapter III (formerly Chapter IV) of the Biennial Report, the Monopolies Commission develops recommendations on actions for legislators and competition authorities on the basis of the German and EU competition decision-making practice for the reporting years 2016/2017.

With the increasing importance of Internet-based business models, the question of the correct definition of multi-sided platform markets has become more relevant in decision-making practice as well. The Monopolies Commission welcomes the clarifications provided in the context of the 9th amendment of the German Act against Restraints of Competition (ARC), but currently sees no need for further provisions in this area.

On the basis of current case-law and decision-making, the Monopolies Commission investigates new developments in competition theories of harm. In this context, topics such as the relationship between data protection and abuse control, competition in innovation, network effects and “sneaky takeovers” are being dealt with. Among other things, a cautious application of the prohibition of abuse of a dominant position with regard to the handling of data is recommended, as well as a revision of the European Commission’s horizontal merger guidelines on the basis of the findings on competition in innovation.

Out-of-court settlements which result in the withdrawal of appeals against competition cases may restrict competition. Such settlements should at least be closely examined by the competition authorities if they concern serious restrictions of competition, if high compensation is paid for the withdrawal of an appeal or if the parties to the settlement expect high chances of success for the appeal.

In its Coty judgment, the European Court of Justice clarified various issues concerning contracts on selective distribution agreements. In particular, the judgment contains explanations on the relevance under competition law of maintaining a certain product or brand image as well as on the assessment of third-party platform prohibitions. The Monopolies Commission welcomes the clarification of these issues by the European Court of Justice. Among other things, it recommends recognising the image of brand products beyond the luxury segment under EU competition law.

The central marketing of the broadcasting rights for the UEFA Champions League for the seasons as of 2018/19 seems critical from a competitive point of view – also in comparison with the earlier marketing of football competitions. The Monopolies Commission recommends that the Bundeskartellamt (Federal Cartel Office) should supervise the marketing of the Champions League in the future. In particular, the Bundeskartellamt should work towards ensuring that the marketing models have sufficient competitive elements and securing a fair share for consumers in the resulting benefit.

In recent case-law, the defence raised by cartelists in civil law proceedings that damages have been passed on was rejected in some instances. This rejection was based on arguments which were not very convincing in the individual cases. However, the admission of the so-called “passing-on” defence in these cases could lead to an unfair relief for cartelists. In the opinion of the Monopolies Commission, this risk can be countered by strengthening private enforcement of competition law for consumers through the introduction of a general class action.

With regard to the amendments to the ministerial authorisation procedure on the occasion of the 9th amendment to the ARC, the differentiation between the deadlines provided for the minister on the one hand and the Monopolies Commission on the other hand is problematic. In addition, the restriction of the legal remedies for third parties against ministerial authorisations sends the wrong signal. The Monopolies Commission therefore recommends that the relevant provisions be removed in the course of the next amendment to the ARC.

The necessity of a general public enforcement of consumer protection in Germany is controversial. If a consumer protection authority is created at federal level, there are reasons for and against transferring enforcement powers in consumer protection to the Bundeskartellamt. Should the Bundeskartellamt’s tasks be extended, then the authority should provide for an organisational separation between the application of consumer protection and competition law.

1 Einleitung

542. Entgegen dem Vorgehen in früheren Gutachten strebt die Monopolkommission, beginnend mit dem vorliegenden Gutachten, eine stärker themenbezogene Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in Kapitel III (vormals Kapitel IV) des Hauptgutachtens an. Dadurch nimmt die Berichterstattung über einzelne Entscheidungen in der Breite zwar tendenziell ab, die Entscheidungspraxis kann jedoch gezielter gewürdigt werden. Gegenüber der bisherigen Unterteilung entsprechend den drei „Säulen“ des Kartellrechts – (i) Fusionskontrolle, (ii) Missbrauchsaufsicht sowie (iii) horizontale und vertikale Vereinbarungen, neben denen aber auch bereits in der Vergangenheit weitere Themen behandelt worden sind – berücksichtigt eine themenbezogene Behandlung der Fälle zudem den Umstand, dass zahlreiche Aspekte säulenübergreifend vergleichbare Probleme aufwerfen. Dies gilt etwa für die Marktabgrenzung sowie die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, die insbesondere für die Fusionskontrolle und die Missbrauchsaufsicht von Bedeutung sind. Im Zuge der zunehmenden Digitalisierung, die wiederum Einfluss auf alle kartellrechtlichen Säulen hat, ergaben sich etwa bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte und der Beurteilung von Netzwerkeffekten sowohl im Bereich der Fusionskontrolle als auch der Missbrauchsaufsicht Anwendungsfälle im Berichtszeitraum.

543. Danach gliedert sich das Kapitel III nunmehr in die folgenden Abschnitte. In einem Einleitungsteil werden neue Entwicklungen im Berichtszeitraum dargestellt, was etwaige Gesetzesänderungen und Gesetzesvorhaben sowie einen Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis umfasst (2). Im vorliegenden Gutachten erfolgt in diesem Zusammenhang zunächst eine Nachbetrachtung zu der am 9. Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle (2.1), ehe über einzelne Entscheidungen aus den Bereichen Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht sowie horizontale und vertikale Vereinbarungen berichtet wird (2.2). Neben diesen Einleitungsteil tritt ein Abschnitt, in dem – wie eingangs erwähnt – ausgewählte Themen mit Bezügen zur kartellrechtlichen Entscheidungspraxis tiefergehend behandelt werden (3); im vorliegenden Gutachten handelt es sich hierbei um die folgenden Themen: Abgrenzung mehrseitiger Märkte (3.1), neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien (3.2), kartellrechtliche Kontrolle von Schlichtungsvereinbarungen am Beispiel des Falls Edeka/Kaiser's Tengelmann (3.3), Drittplattformverbote (3.4), Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League (3.5), Einwand der Schadensweitergabe bei Kartellschadensersatzklagen (3.6), Ministererlaubnisverfahren nach der 9. GWB-Novelle (3.7), datengestützte Analysen im Berichtszeitraum (3.8) sowie Wettbewerbschutz und Verbraucherschutz (3.9).

2 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

2.1 Legislative Entwicklungen: Nachbetrachtung zur 9. GWB-Novelle

544. Die Monopolkommission hat sich in ihrem XXI. Hauptgutachten ausschließlich zu dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle¹ äußern können, sodass im Folgenden eine Nachbetrachtung zu ausgewählten Vorschriften der mittlerweile in Kraft getretenen Gesetzesänderung erfolgt. Im Rahmen dieser Nachbetrachtung werden entweder bereits an dieser Stelle Querbezüge zur aktuellen Entscheidungspraxis hergestellt oder es wird auf den sich anschließenden Abschnitt „Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung“ verwiesen, in dem einzelne Themen tiefergehend behandelt werden.

2.1.1 Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU

545. Einen Schwerpunkt der 9. GWB-Novelle bildete die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU,² deren Ziel es ist, die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen und zu erleichtern. An dieser

¹ BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) („Referentenentwurf“).

² Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014 L 349/1 („EU-Kartellschadensersatzrichtlinie“).

Stelle soll nicht (erneut) im Einzelnen auf die Regelungen zur Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie eingegangen werden; insofern kann auf die Würdigung im XXI. Hauptgutachten verwiesen werden.³ Dies gilt umso mehr, als ein Großteil insbesondere der materiell-rechtlichen Vorschriften nicht auf solche Ansprüche anwendbar ist, die vor dem 27. Dezember 2016⁴ entstanden sind, mit der Folge, dass sie in derzeit anhängigen Kartellschadensersatzverfahren insoweit noch keine Rolle spielen. Lediglich auf den – mittlerweile in § 33c GWB gesetzlich geregelten – Einwand der Schadensweitergabe wird noch näher einzugehen sein (3.5).

546. Dagegen beschränken sich die folgenden Ausführungen auf zwei ausgewählte Aspekte der Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie, und zwar (i) die Übergangsbestimmungen zu den Verjährungsregeln, die erst in einem fortgeschrittenen Stadium Eingang in das Gesetzgebungsverfahren gefunden haben und dann noch einmal überarbeitet wurden (2.1.1.1), sowie (ii) die Vorschriften über die Offenlegung von Beweismitteln, die bereits in laufenden Verfahren Anwendung finden (2.1.1.2).

2.1.1.1 Übergangsbestimmungen zu den Verjährungsregeln

547. In dem Referentenentwurf fanden sich bis auf eine Vorschrift zur Bußgeldverantwortlichkeit im Übergangszeitraum (§ 186 Abs. 3 GWB-RefE) noch keine Regelungen betreffend das intertemporale Recht. Bereits der Gesetzentwurf enthielt jedoch Übergangsbestimmungen für die Verjährungsregeln. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte durch sie gewährleistet sein,

„dass das neue Verjährungsrecht [...] auch für Ansprüche gilt, die vor Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts zwar schon entstanden sind, aber bei Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts noch nicht verjährt sind“⁵.

Die Übergangsbestimmungen wurden kurz vor der Verabschiedung des Gesetzentwurfs im Bundestag erneut geändert und im Hinblick auf ihre rückwirkende Anwendbarkeit klarer gefasst.⁶

548. Nunmehr sind die neuen Verjährungsregeln gemäß § 186 Abs. 3 Satz 2 GWB zunächst auf alle Ansprüche anzuwenden, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Sie sind ferner auch auf solche Ansprüche anzuwenden, die vor dem 27. Dezember 2016 entstanden sind und am 9. Juni 2017 (dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der 9. GWB-Novelle) noch nicht verjährt waren. Eine spezielle Regelung gilt jedoch für den Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und den Neubeginn der Verjährung: Für Ansprüche, die vor dem 27. Dezember 2016 entstanden sind, finden für den Zeitraum bis zum 8. Juni 2017 die alten Verjährungsvorschriften Anwendung (§ 186 Abs. 3 Satz 3 GWB).⁷

549. Hintergrund der stark ausdifferenzierten Regelung ist die kontroverse Auslegung des § 33 Abs. 5 GWB a. F., wonach die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 GWB a. F. gehemmt ist, solange ein kartellbehördliches Verfahren anhängig und noch nicht rechtskräftig entschieden ist (nun im Wesentlichen: § 33h Abs. 6 GWB). Streitig ist, ob diese Regelung auch „Altfälle“ erfasst, bei denen die Ansprüche vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 entstanden sind. Während etwa das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, das OLG Thüringen sowie das OLG München die Auffassung vertreten, die Regelung finde auch auf solche Altfälle Anwendung, ist das OLG Karlsruhe der Ansicht, die Hemmung gelte nur für Schadensersatzansprüche, die nach dem

³ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten: Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 39 ff.

⁴ Bis zu diesem Datum wäre die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie in nationales Recht umzusetzen gewesen.

⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 107.

⁶ Dazu im Einzelnen Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 18/11446 vom 8. März 2017, S. 31 f. Kritisch zu den Formulierungen des Gesetzentwurfs Pohlmann, P., 9. GWB-Novelle: Bitte mehr Rechtssicherheit in intertemporalen Verjährungsfragen, WRP 2/2017, Editorial.

⁷ Zur Vereinbarkeit der Regelungen mit den Vorgaben der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie Petrasincu, A./Schaper, F., Intertemporale Anwendung des Kartelldeliktsrechts nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, S. 306, 310 f.

Stichtag des 1. Juli 2005 entstanden sind.⁸ Über die Frage der zeitlichen Anwendbarkeit der Hemmungsvorschrift des § 33 Abs. 5 GWB a. F. wird voraussichtlich in Kürze der Bundesgerichtshof (BGH) entscheiden.⁹

550. Angesichts der unterschiedlichen Auslegung des § 33 Abs. 5 GWB a. F. und der damit verbundenen jahrelangen Unsicherheit bei der (Nicht-)Berücksichtigung kartellbedingter Schäden, die bereits vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entstanden sein sollen, sind die nunmehr sehr differenziert ausgestalteten Übergangsbestimmungen zu den Verjährungsregeln zu begrüßen.

2.1.1.2 Offenlegung von Beweismitteln

551. § 33g GWB sieht – in Abweichung von den Vorgaben der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie (Art. 5) – einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln vor, der seitens eines potenziell Geschädigten auch vorprozessual geltend gemacht werden kann. Gemäß § 33g Abs. 1 GWB hat einerseits eine Person, die glaubhaft macht, dass sie einen Anspruch auf Kartellschadensersatz hat, und die dazu erforderlichen Beweismittel mit zumutbarem Aufwand identifizieren kann, gegen denjenigen, in dessen Besitz sich die Beweismittel befinden, einen Herausgabe- und Auskunftsanspruch. Andererseits ist auch derjenige, der im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Verteidigung gegen einen Anspruch auf Kartellschadensersatz in einem bereits rechtshängigen Verfahren erforderlich sind, verpflichtet, die Beweismittel offenzulegen, § 33g Abs. 2 Satz 1. GWB. In beiden Fällen ist die Offenlegung der Beweismittel allerdings ausgeschlossen, soweit sie unverhältnismäßig ist (§ 33g Abs. 3 GWB) oder Kronzeugenanträge und Vergleichsausführungen betroffen sind (§ 33g Abs. 4 GWB). Zudem sieht § 33g Abs. 7 GWB einen Aufwendungsersatzanspruch des zur Offenlegung Verpflichteten vor. Dieser kann von demjenigen, der die Offenlegung der Beweismittel verlangt, für die Aufwendungen, die der Verpflichtete den Umständen nach für erforderlich halten durfte, Ersatz verlangen.

552. Da § 33g GWB gemäß § 186 Abs. 4 GWB jedenfalls in solchen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben worden ist,¹⁰ sind in der Praxis bereits erste Erfahrungen mit der neuen Möglichkeit zur Offenlegung von Beweismitteln gemacht worden. Danach erscheint vor allem der Aufwendungsersatzanspruch aus § 33g Abs. 7 GWB problematisch. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Offenlegung von Beweismitteln angesichts der Pflicht zur Erstattung der der Gegenpartei hierfür entstandenen Kosten – jedenfalls vonseiten der mutmaßlich durch das Kartell Geschädigten – eher zögerlich geltend gemacht werde. Zudem sei der zur Offenlegung Verpflichtete grundsätzlich in der Lage, die Offenlegung durch die Anforderung eines Vorschusses oder die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zu verzögern oder gar zu blockieren.¹¹

553. Dass die Aufwendungen für die Offenlegung durchaus ein erheblicher Kostenfaktor sein können, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Identifizierung der relevanten Dokumente möglicherweise eine IT-forensische Aufbe-

⁸ OLG München, Urteil vom 8. März 2018, U 3497/16 Kart – Schienenkartell; OLG Thüringen, Urteil vom 22. Februar 2017, 2 U 583/15 Kart, ECLI:DE:OLGTH:2017:0222.2U583.15KART.0A – Schienenkartell; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. November 2016, 6 U 204/15 Kart (2), ECLI:DE:OLGKARL:2016:1109.6U204.15KART2.0A – Zementkartell; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Februar 2015, VI-U (Kart) 3/14 – Zementkartell.

⁹ Eine Revision gegen das Urteil des OLG Thüringen ist beim BGH unter dem Aktenzeichen KZR 24/17 und gegen das Urteil des OLG Karlsruhe unter dem Aktenzeichen KZR 56/16 anhängig.

¹⁰ Zur zeitlichen Geltung der Vorschrift OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. April 2018, VI-W (Kart) 2/18 – Herausgabe von Beweismitteln, ECLI:DE:OLGD:2018:0403.VI.W.KART2.18.00.

¹¹ Fiedler, L./Niermann, M., Neue Regeln zur Offenlegung von Beweismitteln: Wer zahlt die Zeche für die Kosten der Disclosure? NZKart 2017, S. 497, 498 f. Zwar hätte der durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigte für den Fall, dass er vor Gericht in dem Schadensersatzprozess obsiegt, seinerseits einen Anspruch auf Erstattung der ihm durch die Rechtsverfolgung entstandenen Kosten, den er dem Schädiger – nicht jedoch einem Dritten – im Wege der Aufrechnung entgegenhalten könnte. Allerdings dürfte der Aufwendungsersatzanspruch bereits fällig sein, wenn der Kostenerstattungsanspruch noch nicht einmal dem Grunde nach feststeht; vgl. Klumpe, G./Thiede, T., Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, S. 3011, 3015 f.

reitung und von (externen) Juristen begleitete Durchsicht der Daten erfordert.¹² Sollte sich der Aufwendungsersatzanspruch deshalb in der Praxis tatsächlich als Hindernis für die Geltendmachung der Offenlegung von Beweismitteln erweisen – noch scheint es für dahingehende Schlussfolgerungen zu früh –, wäre darüber nachzudenken, den Aufwendungsersatzanspruch der Höhe nach zu begrenzen oder gänzlich zu streichen. Dies ist insofern möglich, als ein solcher Anspruch in der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht enthalten ist, sondern die Kosten der Offenlegung lediglich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß § 33g Abs. 3 GWB berücksichtigt werden.¹³ Im Gegenteil: Gelangte man zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht korrekt umgesetzt worden sind, weil der Aufwendungsersatzanspruch die Offenlegung von Beweismitteln praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, wäre eine Anpassung des deutschen Rechts sogar unionsrechtlich geboten.

2.1.2 Erweiterung der Bußgeldhaftung

554. Die – nach der Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie – wohl bedeutendste Änderung des GWB betrifft das Bußgeldrecht. Danach wurde die Haftung für einen Kartellrechtsverstoß insofern der Rechtsprechung der Unionsgerichte angeglichen, als jene nunmehr materiell bei dem Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit liegt, auch wenn das Rechtsträgerprinzip formell beibehalten worden ist. Die Gesetzesänderungen haben zudem insbesondere die Schließung der sog. Wurstlücke zur Folge, wonach sich Unternehmen in der Vergangenheit durch gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen der bußgeldrechtlichen Haftung entziehen konnten. Daran hatte die Erstreckung der Haftung auf den Gesamtrechtsnachfolger im Rahmen der 8. GWB-Novelle gemäß § 30 Abs. 2a OWiG zunächst nur wenig geändert, da nach dessen Satz 2 die Geldbuße den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen darf.¹⁴ So stellte das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum – und sogar noch kurz vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle – mehrere Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Hersteller von Wurstwaren ein, wodurch Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 228 Mio. (von ursprünglich EUR 338 Mio.) nicht vollstreckt werden konnten.¹⁵

555. Die neu ins Gesetz eingefügten Haftungstatbestände bewirken im Wesentlichen Folgendes:

- Für den Kartellverstoß einer Tochtergesellschaft haftet auch die Muttergesellschaft, die zum Zeitpunkt des Verstoßes unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausgeübt hat, § 81 Abs. 3a GWB.
- Für den Kartellverstoß einer Tochtergesellschaft haftet auch der (Gesamt-)Rechtsnachfolger der Muttergesellschaft (im Sinne des § 81 Abs. 3a GWB), § 81 Abs. 3b Satz 1 GWB. Zudem gilt die Beschränkung des § 30 Abs. 2a Satz 2 OWiG zur Höhe der Geldbuße nicht, § 81 Abs. 3b Satz 3 GWB.
- Für den Kartellverstoß eines Rechtsvorgängers haftet auch der (Einzel-)Rechtsnachfolger, der nur einzelne Vermögensgegenstände übernimmt und das Unternehmen somit in „wirtschaftlicher Kontinuität“ fortführt, § 81 Abs. 3c GWB.
- Für den Fall, dass der Kartellrechtsverstoß vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle beendet war, besteht eine Haftung der Muttergesellschaft bzw. des Rechtsnachfolgers bereits dann, wenn nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle (§ 186 Abs. 5 Satz 1 GWB) die Gesellschaft, die den Kartellverstoß begangen

¹² Fiedler, L./Niermann, M., a. a. O., S. 497; Rosenfeld, A./Brand, P.-A., Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, S. 247, 248. Was den Maßstab für den Umfang des Aufwendungsersatzes betrifft, dürfte auf die Rechtsprechung zu dem insoweit gleichlautenden § 670 BGB zurückgegriffen werden können; dazu Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017, § 670 Tz. 4.

¹³ Art. 5 Abs. 3 lit. b der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie. Dies ist im deutschen Recht zusätzlich in § 33g Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB vorgesehen.

¹⁴ Dazu Haus, F., Kartellordnungswidrigkeiten nach der 9. GWB-Novelle, ZWeR 2018, S. 20, 36 ff.

¹⁵ BKartA, Fallbericht vom 1. September 2017, B12-13/09.

hat, erlischt oder ihr Vermögen verschoben wird und die Geldbuße deshalb nicht gegen diese Gesellschaft verhängt werden kann, § 81a GWB (sog. Ausfallhaftung im Übergangszeitraum).

556. Eine Konzernhaftung sowie eine wirksame Haftung des Rechtsnachfolgers sind auch zentrale Forderungen der Europäischen Kommission aus ihrem im Frühjahr 2017 veröffentlichten Vorschlag zur sog. ECN+-Richtlinie, mit dem die Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften des Unionsrechts durch die nationalen Wettbewerbsbehörden verbessert werden soll.¹⁶ So bestimmt Art. 12 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Zwecke der Verhängung von Geldbußen gegen Muttergesellschaften sowie rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger von Unternehmen der Begriff des Unternehmens angewandt wird.“

Begründet wird diese Vorschrift mit dem Umstand, dass in einigen Mitgliedstaaten das Mutterunternehmen nicht für einen Kartellverstoß des Tochterunternehmens und der rechtliche oder wirtschaftliche Nachfolger nicht für einen Kartellverstoß der Vorgängergesellschaft herangezogen werden kann.¹⁷

557. Wie weit der bestimmende Einfluss im Hinblick auf die Haftung einer Mutter- für ihre Tochtergesellschaft verstanden wird, haben im Berichtszeitraum wiederholt Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gezeigt. In der Rechtssache Evonik Degussa und AlzChem stellte der EuGH fest, dass die Haftung der Muttergesellschaft für den Kartellverstoß einer Tochtergesellschaft nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass jene diese angewiesen habe, sich nicht an dem Kartell zu beteiligen. Vielmehr könne eine solche Weisung ein Anhaltspunkt für die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft sein.¹⁸ Im Hinblick auf die (Mit-) Haftung einer Muttergesellschaft für den Kartellverstoß eines Gemeinschaftsunternehmens könne – so der EuGH in der Rechtssache Toshiba – vernünftigerweise angenommen werden, dass, wenn das Marktverhalten eines Gemeinschaftsunternehmens nach gesetzlichen Bestimmungen oder vertraglichen Regelungen von mehreren Muttergesellschaften gemeinsam festgelegt werden müsse, dieses Verhalten tatsächlich gemeinsam festgelegt worden sei.¹⁹ Ferner sei der bloße Besitz bestimmter Vetorechte zur Begründung der Annahme, dass eine Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausübe, ausreichend; eine Ausübung des Vetorechts sei dagegen nicht erforderlich.²⁰

2.1.3 Marktabgrenzung und Marktbeherrschung insbesondere in der Digitalökonomie

558. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle sind zwei Vorschriften in das Gesetz eingefügt worden, die vor allem in der Digitalökonomie – und dort wiederum in Bezug auf mehrseitige Märkte (Plattformen) – von Bedeutung sind. So bestimmt § 18 Abs. 2a GWB nunmehr, dass der Annahme eines Marktes nicht entgegenstehe, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht werde. Dies nimmt in den Blick, dass bei Plattformen die Leistung für eine Seite entgeltlich (etwa für Werbetreibende) und für die andere Seite unentgeltlich (etwa für Nutzer) sein kann. Das OLG Düsseldorf hatte im Hinblick auf Hotelbuchungsplattformen zuvor noch das Vorliegen eines Marktes im Verhältnis zwischen Plattform und Nutzer abgelehnt, da die Hotelsuche über die Plattform für den Nutzer kostenlos sei und bei einer Buchung nur das Hotel die Buchungsgebühr an die Plattform entrichte.²¹ Gleichwohl bringt die Unentgeltlichkeit einer Leistung gewisse Besonderheiten mit sich, insbesondere bei der Marktabgrenzung. Die Monopolkommission

¹⁶ 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, COM(2017) 142 final, 22. März 2017.

¹⁷ EU-Kommission, ECN+-Richtlinie, a. a. O., S. 21.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2016, C-155/14 P – Evonik Degussa und AlzChem, ECLI:EU:C:2016:446, Rz. 40 f.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 18. Januar 2017, C-623/15 P – Toshiba, ECLI:EU:C:2017:21, Rz. 51.

²⁰ EuGH, Urteil vom 18. Januar 2017, C-623/15 P – Toshiba, ECLI:EU:C:2017:21, Rz. 73.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, Kart 1/14 (V) – HRS-Bestpreisklauseln. Vgl. auch den Überblick über Rechtsprechung und behördliche Entscheidungspraxis bei Podszun, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München 2017, Kap. 1, Tz. 14 ff.

befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Abgrenzung mehrseitiger Märkte (3.1). Dagegen kann bei der Berechnung von Marktanteilen statt auf den Umsatz, der mit der Nutzerseite eben nicht erzielt wird, etwa auf Einschaltquoten (Free-TV) oder die Anzahl der regelmäßigen Besucher (z. B. einer Website) abgestellt werden.²²

559. In § 18 Abs. 3a GWB sind – klarstellend – fünf Faktoren eingefügt worden, die bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ jedenfalls auch zu berücksichtigen sind. Neu ist eine Heranziehung der dort genannten Faktoren nicht; so wurden insbesondere Netzwerkeffekte vom Bundeskartellamt bereits in früheren Fällen berücksichtigt.²³ Gleichwohl ist zu erwarten, dass ihnen bei der Prüfung von „digitalen Fällen“ künftig neben den bereits in § 18 Abs. 3 GWB genannten Faktoren sowie dem Marktanteil eines Unternehmens (vgl. § 18 Abs. 4 und 6 GWB) größere Bedeutung beigemessen wird. Im Berichtszeitraum zog das Bundeskartellamt die Vorschrift des § 18 Abs. 3a GWB bereits in zwei Fällen bei der Bewertung der Marktstellung betreffend den Ticketanbieter CTS Eventim heran, und zwar sowohl in einem Missbrauchs- als auch in einem Zusammenschlussfall.²⁴ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit Netzwerkeffekten (3.2.3).

2.1.4 Einführung einer Transaktionswertschwelle

560. Das Bundeskartellamt prüfte erste Fälle, die unter der neuen Transaktionswertschwelle²⁵ des § 35 Abs. 1a GWB angemeldet wurden. Als in der Praxis schwierig stellte sich dabei neben der Berechnung des Wertes der Gegenleistung im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB²⁶ insbesondere die Feststellung einer Inlandstätigkeit in erheblichem Umfang im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB dar. Das Bundeskartellamt arbeitet deshalb zusammen mit der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde an einem Leitfaden, der schwerpunktmäßig diese beiden Aspekte adressiert und den Unternehmen eine Hilfestellung bei der Einschätzung geben soll, ob ein Zusammenschlussvorhaben anmeldepflichtig ist.²⁷ Nach dem Entwurf des Leitfadens besteht in Deutschland mangels einer gegenwärtigen Inlandstätigkeit in erheblichem Umfang keine Anmeldepflicht, wenn das Zielunternehmen auf einem durch Umsätze geprägten Markt tätig ist oder wenn es ein Produkt anbietet, das nicht erst kürzlich auf den Markt gekommen ist, und im abgeschlossenen Geschäftsjahr inländische Umsatzerlöse unter EUR 5 Mio. (= 2. Inlandsumsatzschwelle) erzielte; auf einem solchen Markt spiegeln die Umsatzerlöse die wettbewerbliche Bedeutung des Unternehmens angemessen wider.²⁸ Werden die betreffenden Produkte bzw. Dienstleistungen dagegen noch überwiegend kostenfrei angeboten oder sollen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten erworben werden, sind Umsätze gerade kein taugliches Kriterium, um die Bedeutung des Zielunternehmens zu erfassen. In diesem Fall ist eine erhebliche Inlandstätigkeit naheliegend, auch wenn die inländischen Umsatzerlöse – gegebe-

²² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 756.

²³ Dazu Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 745 ff.

²⁴ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim Exklusivvereinbarungen; Beschluss vom 22. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists. Auch die Europäische Kommission befasste sich im Berichtszeitraum mit Netzwerkeffekten; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), und Beschluss vom 6. Dezember 2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

²⁵ Grundlegend zum Vorschlag, das Transaktionsvolumen als ergänzendes Aufgreifkriterium in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen, Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 459 ff.

²⁶ § 38 Abs. 4a GWB bestimmt: „Die Gegenleistung nach § 35 Absatz 1a umfasst 1. alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss nach § 37 Absatz 1 erhält (Kaufpreis), und 2. den Wert etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten.“

²⁷ BKartA/BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG 2005), Entwurf für die öffentliche Konsultation, Stand: 14. Mai 2018. Bei Bearbeitungsschluss dieses Gutachtens war die finale Fassung des Leitfadens noch nicht veröffentlicht. In Österreich sind Zusammenschlussvorhaben seit dem 1. November 2017 unter Umständen anmeldepflichtig, sofern der Wert der Gegenleistung EUR 200 Mio. übersteigt (§ 9 Abs. 4 KartG).

²⁸ BKartA/BWB, a. a. O., Tz. 78 f. Dazu bereits Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 75.

nenfalls deutlich – unter EUR 5 Mio. liegen, sodass eine Anmeldepflicht gemäß § 35 Abs. 1a GWB in Betracht kommt.

2.1.5 Kartellrechtliche Ausnahmebereiche

561. Es wurden zwei Sonderregelungen für Kooperationen von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen sowie für Zusammenschlüsse von Dienstleistungsunternehmen der Kreditwirtschaft ins Gesetz aufgenommen.²⁹ In § 30 Abs. 2b GWB findet sich nun eine weitreichende Ausnahme vom Kartellverbot des § 1 GWB für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit von Presseunternehmen, die selbst Hardcore-Kartelle (z. B. Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) erlaubt und nicht auf kleine und mittlere Verlage beschränkt ist.³⁰ Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gilt die Ausnahme nicht, sofern der zwischenstaatliche Handel betroffen ist, also das Kartellverbot des Art. 101 AEUV einschlägig ist. Eine weitere Sonderregel betrifft die Ausnahme von der deutschen Fusionskontrollaufsicht für Dienstleistungsunternehmen der Kreditwirtschaft (§ 35 Abs. 2 Satz 3 GWB). Diese Gesetzesänderung erfolgte im Nachgang zu einem Fusionskontrollverfahren zwischen den sog. Backoffice-Dienstleistern zweier Sparkassen aus dem Frühjahr 2016, in dem das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken geäußert hatte, bevor die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens schließlich zurückgenommen wurde.³¹ Solche Unternehmen dürfen nunmehr fusionieren, ohne dass das Bundeskartellamt den Zusammenschluss auf seine wettbewerblichen Auswirkungen überprüfen und gegebenenfalls untersagen könnte. Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Monopolkommission haben die – damals noch im Entwurfsstadium – befindlichen Regelungen zu den Ausnahmebereichen als wettbewerbspolitisch fragwürdig kritisiert.³² Die Monopolkommission befasst sich in diesem Gutachten ausführlich mit den kartellrechtlichen Ausnahmebereichen (Tz. 77 ff. in Kapitel I).

2.1.6 Änderungen im Ministererlaubnisverfahren

562. Regelungen zum Ministererlaubnisverfahren waren weder im Referenten- noch im Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle enthalten. Sie flossen erst durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie – als Reaktion auf das vorangegangene Ministererlaubnisverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann – in das Gesetzgebungsverfahren ein und haben das Ziel, das Ministererlaubnisverfahren straffer, transparenter und objektiver zu machen. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit den Änderungen im Ministererlaubnisverfahren (3.7).

2.1.7 Neue Kompetenzen beim Verbraucherschutz

563. Ebenfalls sehr spät im Gesetzgebungsverfahren sind Regelungen eingebracht worden, die dem Bundeskartellamt neue Kompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes zuweisen.³³ Insbesondere kann es bei begründetem Verdacht auf *„erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beein-*

²⁹ Anlässlich der Entscheidung des Bundeskartellamtes, den zentralen Vertrieb von Rundholz sowie die Übernahme bestimmter forstwirtschaftlicher Maßnahmen durch das Land Baden-Württemberg (Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12) zu untersagen, hat zudem § 46 BWaldG eine Änderung dahingehend erfahren, dass eine gemeinsame Rundholzvermarktung vom Kartellverbot freigestellt gilt. Dazu – sowie zum die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigenden Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. März 2017, VI-Kart 10/15 (V) – Scholl, J./Weck, T., Die Neuregelung der kartellrechtlichen Ausnahmebereiche, WuW 2017, S. 264 f.

³⁰ Im Gesetzgebungsverfahren hat der Bundesrat zudem vorgeschlagen, die vorgenannte Ausnahme vom Kartellverbot auf die Kooperation von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auszudehnen; vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 25. November 2016, BR-Drs. 606/16, S. 4 ff. Dem Vorschlag wurde allerdings nicht entsprochen.

³¹ BKartA, B4-74/15 – DSGF/Sparkassen-Marktservice, Fallbericht vom 30. Juni 2016.

³² Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vom 18. Januar 2017, S. 16 ff.; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 29 ff. (zu Pressekooperationen). Vgl. auch Scholl, J./Weck, T., Die Neuregelung der kartellrechtlichen Ausnahmebereiche, WuW 2017, S. 261 ff.

³³ Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 18/11446 vom 8. März 2017.

trächtigen“, Sektoruntersuchungen durchführen (§ 32e Abs. 5 GWB). Das Bundeskartellamt hat bereits in zwei Fällen von dieser neuen Kompetenz Gebrauch gemacht und im Oktober 2017 eine erste Sektoruntersuchung „Vergleichsportale im Internet“ sowie im Dezember 2017 eine Sektoruntersuchung zum Umgang der Hersteller sog. Smart TVs mit Nutzerdaten eingeleitet. Ferner kann sich das Bundeskartellamt an Zivilprozessen beteiligen, die solche verbraucherrechtlichen Verstöße zum Gegenstand haben, indem es gemäß § 90 Abs. 6 GWB Einsicht in die Unterlagen des Gerichts erhält (§ 90 Abs. 1 Satz 4 GWB) und das Recht zur Stellungnahme (§ 90 Abs. 2 GWB) hat. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit dem Verhältnis von Wettbewerbs- und Verbraucherschutz (3.9).

2.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

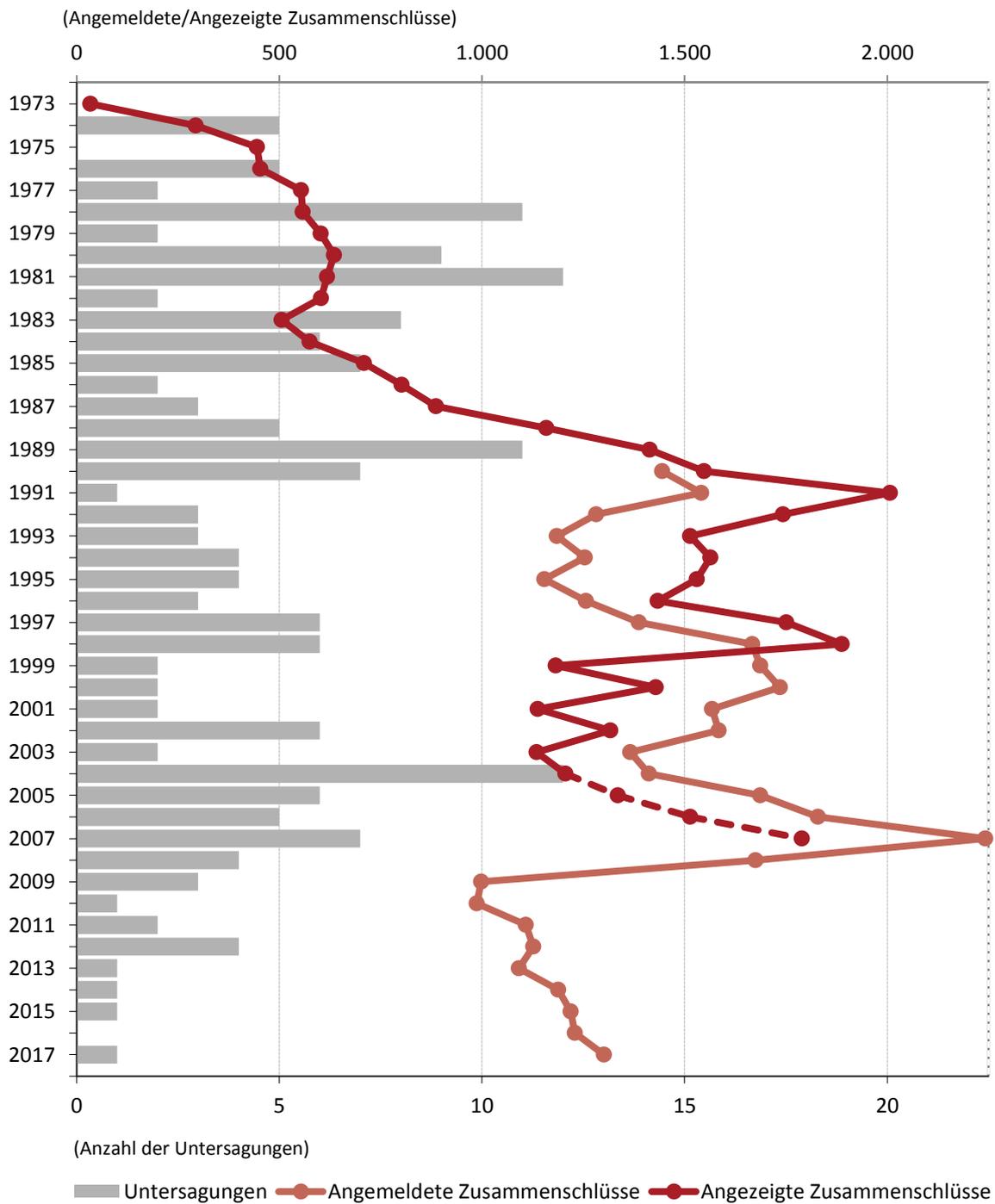
2.2.1 Fusionskontrolle

2.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

564. Im Berichtszeitraum wurden 2.530 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen 1.229 Anmeldungen auf das Jahr 2016 und 1.301 auf das Jahr 2017 entfallen. Dies bedeutet eine leichte Steigerung gegenüber dem Berichtszeitraum 2014/2015, in dem insgesamt 2.407 Zusammenschlussvorhaben angemeldet wurden. Die angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnten ganz überwiegend im Vorprüfverfahren freigegeben werden, in lediglich 20 Fällen – jeweils zehn in beiden Jahren – wurde das Hauptprüfverfahren eingeleitet. Im Berichtszeitraum untersagte das Bundeskartellamt lediglich ein Zusammenschlussvorhaben.³⁴ Allerdings wurde in sieben Fällen – vier im Jahr 2016 und drei im Jahr 2017 – die Anmeldung im Hauptprüfverfahren zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt den Zusammenschlussbeteiligten seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte. Einzelheiten zur Statistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

³⁴ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists.

Abbildung III.1: Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Quelle: eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

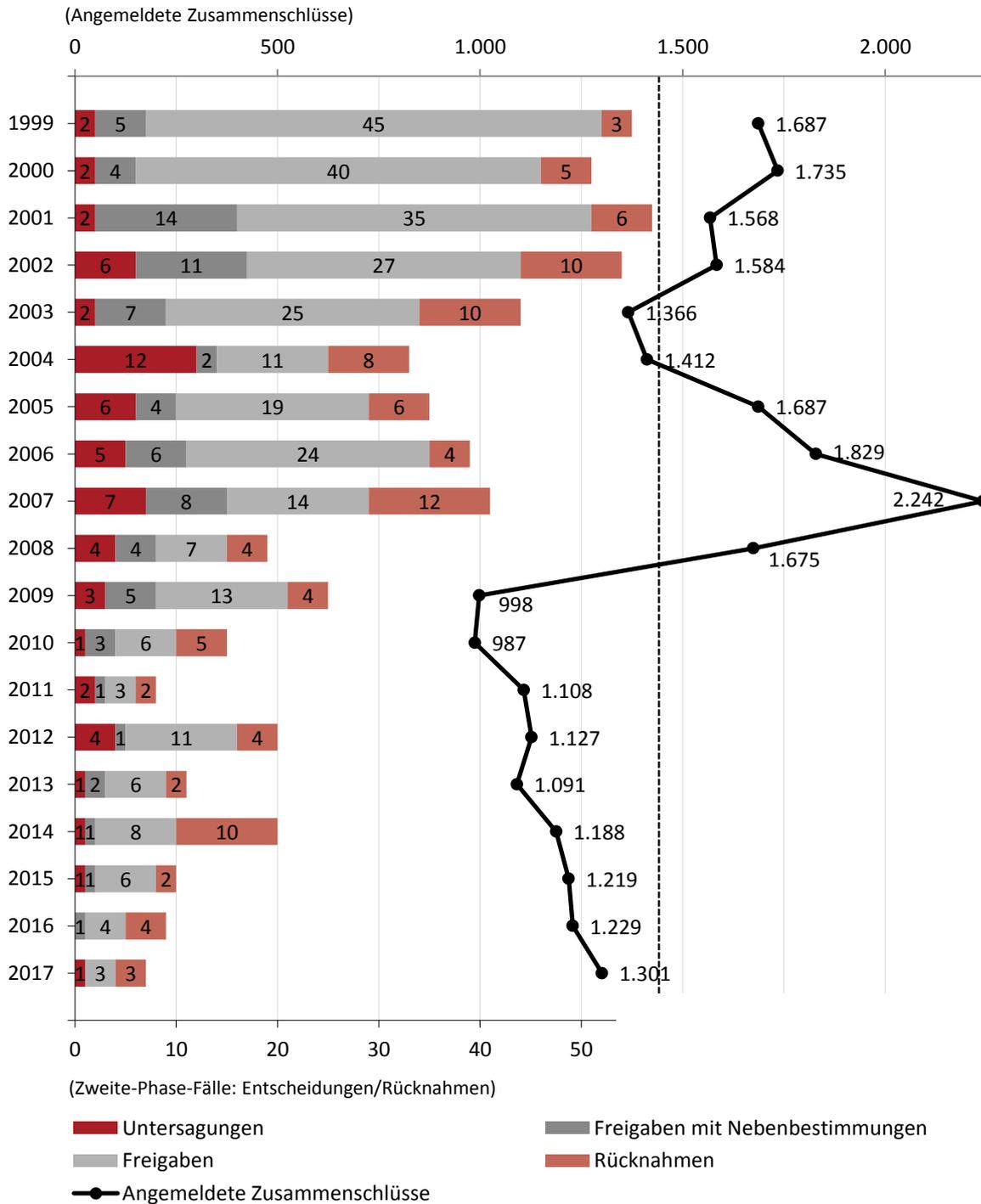
Tabelle III.1: Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		13
1989/1981	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
Davon:			
2016	–	1.229	0
2017	–	1.301	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	39.205	189

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 2016 und 2017

	2015	2016	2017
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.219	1.229	1.301
Vorfeldfälle	4	10	8
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.169	1.150	1.239
Keine Anmeldepflicht	47	27	33
Rücknahme der Anmeldung	15	7	18
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	8	5	4
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	6	4	3
Freigabe mit Nebenbestimmungen	1	1	0
Untersagung	1	0	1
Rücknahme der Anmeldung	2	4	3

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

565. Einen branchenspezifischen Schwerpunkt der Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes bildete erneut der Lebensmitteleinzelhandel.³⁵ So gab das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben Rewe/Coop mit Nebenbestimmungen und den Erwerb von Edeka-Filialen durch Rewe, auf den sich die Unternehmen zur Beilegung ihres Rechtsstreits betreffend die Ministererlaubnis im Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann außergerichtlich geeinigt hatten, ohne Nebenbestimmungen frei.³⁶ Das OLG Düsseldorf wies die gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes im Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann eingelegten Beschwerden, die teilweise als Fortsetzungsfeststellungsbeschwerden weiterverfolgt wurden, zurück.³⁷ Dabei beschränkte sich das OLG Düsseldorf in materieller Hinsicht

³⁵ Im Jahr 2015 untersagte das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaiser's Tengelmann (Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14), dem schließlich jedoch mit Nebenbestimmungen die Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB erteilt wurde.

³⁶ BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2016, B2-51/16 – Rewe/Coop; Beschluss vom 8. Dezember 2016, B2-51/16 – Rewe/Edeka. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der außergerichtlichen Einigung zwischen Edeka einerseits und Rewe, Markant und Norma andererseits Abschnitt 3.3 in diesem Kapitel.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. August 2017, VI-Kart 5/16 (V) – Edeka/Kaiser's Tengelmann, ECLI:DE:OLGD:2017:0823. VI8211KART5.16V.00.

auf die Prüfung des Entstehens einer beherrschenden Stellung auf regionalen Absatzmärkten im Berliner Stadtgebiet. Zudem befasste sich der BGH im Zusammenhang mit dem Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann mit der Abgrenzung zwischen Maßnahmen, die einen Zusammenschluss bereits verwirklichen – und deshalb gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs (§ 41 Abs. 1 GWB) verstoßen –, und solchen, die einen Zusammenschluss lediglich vorbereiten.³⁸ Der BGH entschied, dass auch Maßnahmen, die selbst keinen Zusammenschlussstatbestand verwirklichen, unter das Vollzugsverbot fallen, wenn sie geeignet sind, die Wirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses zumindest teilweise vorwegzunehmen, und bestätigte damit letztinstanzlich entsprechende Verbotsverfügungen des Bundeskartellamtes aus seinem Beschluss vom 31. März 2015.³⁹

566. Im Berichtszeitraum war zudem der Anbieter von Veranstaltungstickets CTS Eventim an zwei Zusammenschlussvorhaben beteiligt, die Gegenstand von Hauptprüfverfahren waren: Während der Erwerb des Konzertveranstalters FKP Scorpio zu Beginn des Jahres 2017 freigegeben wurde, untersagte das Bundeskartellamt später den geplanten Zusammenschluss mit der Konzertagentur Four Artists.⁴⁰ Bei der Prüfung des Bundeskartellamtes spielten indirekte Netzwerkeffekte eine wesentliche Rolle.⁴¹

567. Auch der Entsorgungsbereich stand im Fokus des Bundeskartellamtes. Zunächst gab das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben Remondis/Bördner im Hauptprüfverfahren frei.⁴² In dem Fall Rhenus/G.R.I. konnte das Zusammenschlussvorhaben wegen der Anwendung der Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB) nicht untersagt werden, obgleich das Bundeskartellamt feststellte, dass der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen deutlich über der Schwelle für die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 18 Abs. 4 GWB) lag.⁴³ Das Bundeskartellamt prüfte zudem die Erhöhung einer Minderheitsbeteiligung von EnBW an MVV. Dabei gelangte es unter anderem zu dem Ergebnis, dass durch die Transaktion – trotz des erstmaligen Erwerbs einer aktienrechtlichen Sperrminorität – keine wettbewerbliche Einheit begründet werde.⁴⁴ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit dem Erwerb von Minderheitsbeteiligungen (3.2.4).

568. Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung führte das Bundeskartellamt in zwei Fällen sog. Lieferstromanalysen durch, bei denen die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte anhand einer Analyse der tatsächlichen Lieferströme – statt einer Radiusbetrachtung – erfolgte.⁴⁵ Das Bundeskartellamt hatte zwar auch schon in früheren Berichtszeiträumen solche Lieferstromanalysen durchgeführt, diese nun aber erstmals bis auf fünf Stellen bei den Postleitzahlen und mithin sehr hochauflösend angewendet. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch weitergehend mit Lieferstromanalysen (Tz. 923 ff.).

569. Wie bereits im Rahmen der „Sektoruntersuchung Walzasphalt“ stellte das Bundeskartellamt auch im Rahmen der „Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton“ von Juli 2017 eine Reihe kartellrechtswidriger Gemein-

³⁸ BGH, Beschluss vom 14. November 2017, KVR 57/16 – Edeka/Kaiser's Tengelmann, ECLI:DE:BGH:2017:141117BKVR57.16.0.

³⁹ So auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Oktober 2016, VI-Kart 5/15 (V) – Edeka/Kaiser's Tengelmann, ECLI:DE:OLGD:2016:1026.VI.KART5.15V.00.

⁴⁰ BKartA, Beschluss vom 3. Januar 2017, B6-53/16 – CTS Eventim/FKP Scorpio; Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists. Gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes wurde Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, VI-Kart 3/18.

⁴¹ Dazu Abschnitt 3.2.3 in diesem Kapitel.

⁴² BKartA, Beschluss vom 4. Juli 2016, B4-31/16 – Remondis/Bördner.

⁴³ BKartA, Beschluss vom 2. August 2017, B4-31/17 – Rhenus/G.R.I. Die Unternehmen Rhenus und Remondis gehören beide zur Rethmann-Gruppe.

⁴⁴ BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV. Gegen den Freigabebeschluss legte MVV Beschwerde zum OLG Düsseldorf ein, VI-2 Kart 1/18 (V).

⁴⁵ BKartA, Beschluss vom 16. März 2017, B5-50/17 – Cordes & Graefe/Gienger. Die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens in seiner ursprünglichen Form wurde von den Zusammenschlussbeteiligten zunächst wegen wettbewerblicher Bedenken zurückgenommen (B5-37/16). Das Zusammenschlussvorhaben wurde sodann in modifizierter Form erneut angemeldet und schließlich vom Bundeskartellamt freigegeben. BKartA, B1-47/17 – Schwenk/Opterra, Rücknahme der Anmeldung vom 15. November 2017, Fallbericht vom 12. Januar 2018.

schaftsunternehmen fest.⁴⁶ Im Gegensatz zum Unionsrecht (Art. 2 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, „FKVO“) sieht das deutsche Recht keine Prüfung der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot (Art. 101 AEUV / § 1 GWB) innerhalb des Fusionskontrollverfahrens vor. Die Freigabe eines solchen Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt bedeutet deshalb nicht zugleich, dass es kartellrechtlich unproblematisch ist.⁴⁷ Vielmehr kann das Bundeskartellamt die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch noch im Nachhinein für kartellrechtswidrig erklären, weil eine Koordinierung der Mütterunternehmen bezweckt oder bewirkt ist. Aus Gründen der fehlenden Rechtssicherheit wird deshalb zuweilen eine Reform des deutschen Fusionskontrollrechts nach Maßgabe des Unionsrechts – aber mit längeren Prüf-fristen – erwogen.⁴⁸ Jedenfalls im Hinblick auf die vom Bundeskartellamt im Rahmen der vorgenannten Sektor-untersuchungen identifizierten kartellrechtswidrigen Gemeinschaftsunternehmen gilt indes, dass deren Gründung in vielen Fällen ohnehin nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fiel.⁴⁹

570. Das Bundeskartellamt hat einen Leitfaden für Zusagen in der Fusionskontrolle veröffentlicht, der Erkenntnisse aus seiner Praxis enthält.⁵⁰ Gleichsam „überholt“ worden ist dieser Leitfaden jedoch durch das Fusionskontrollver-fahren Schwenk/Opterra, in dem eine bislang nur in vereinzelt Fällen gebräuchliche Zusage in Rede stand. In diesem Fall bot Schwenk an, das Recht zum Abruf bestimmter Kapazitäten aus einem von Schwenk betriebenen Zementwerk sowie den Zugriff auf einen Kundenstamm mit einem bestimmten Zementbedarf an einen unabhängigen Dritten abzugeben (sog. Zementwerksscheibe).⁵¹ Hierbei handelt es sich nicht um eine – grundsätzlich vor-zugswürdige – strukturelle Zusage, ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil zu veräußern. Vielmehr wäre es zu einem Dauerschuldverhältnis mit Schwenk und dem Erwerber gekommen, das den Erwerber so hätte stellen sollen, als wäre er selbst Inhaber des Zementwerks geworden. In dem vom Bundeskartellamt durchgeführten Markttest stellte sich die Zementwerksscheibe als nicht geeignet dar, um die von einem Zusammenschluss aus-gehende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugleichen. Die befragten Kunden kritisierten insbesondere die faktische Abhängigkeit eines Erwerbers von Schwenk, die Möglichkeit von Schwenk, Einfluss auf die Wettbewerbs-fähigkeit der Zementwerksscheibe zu nehmen, und die Gefahr eines koordinierten Verhaltens zwischen Schwenk und einem Erwerber.⁵²

571. Dagegen wurde das Zusammenschlussvorhaben VTG/CIT, das die Vermietung von Eisenbahngüterwagen betrifft, mit umfangreichen Nebenbestimmungen freigegeben.⁵³ Der Freigabebeschluss des Bundeskartellamtes erging unter der aufschiebenden Bedingung, dass insbesondere das Geschäft der deutschen und luxemburgischen Tochter von CIT an ein unabhängiges drittes Unternehmen veräußert werde. Nach den Feststellungen des Bundes-kartellamtes hätte der Erwerb von CIT durch VTG anderenfalls zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wett-bewerbs auf den EWR-weiten Märkten für die Vermietung von Kesselwaggons sowie von Trockengüterwaggons geführt.

⁴⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Juli 2017; Sektoruntersuchung Walzasphalt, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2012.

⁴⁷ Siehe aber BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 – Amazonas.

⁴⁸ Bien, F., Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post, NZKart 2014, S. 214, 218 f.; Kersting, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016, Anh. zu § 1 GWB Tz. 17.

⁴⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, a. a. O., Tz. 511; Sektoruntersuchung Walzasphalt, a. a. O., Tz. 125. Bei der Frage einer Angleichung des deutschen an das Unionsrecht sollte zudem berücksichtigt werden, dass die Europäische Kom-mission bislang in keinem Fall die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 4 FKVO unter-sagt hat; vgl. Käseberg, in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, Art. 2 FKVO Tz. 343.

⁵⁰ BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017.

⁵¹ Zum Zusageangebot einer Kraftwerksscheibe vgl. BKartA, Beschluss vom 20. November 2003, B8-84/03 – E.ON/Hansestadt Lübeck.

⁵² Rücknahme der Anmeldung vom 15. November 2017, B1-47/17, Fallbericht vom 12. Januar 2018 – Schwenk/Opterra.

⁵³ BKartA, Beschluss vom 21. März 2018, B9-124/17 – VTG/CIT. Dieser Fall ist eines von nur zwei beim Bundeskartellamt angemelde-ten Zusammenschlussvorhaben, die im Berichtszeitraum mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden. Zu dem Fall Rewe/Coop bereits Tz. 565.

2.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

572. Die Europäische Kommission hat – wie schon im vorangegangenen Berichtszeitraum 2014/2015 – in den Jahren 2016 und 2017 erneut mehr fusionskontrollrechtliche Anmeldungen geprüft, und zwar sowohl im Berichtszeitraums- als auch im Jahresvergleich.⁵⁴ Waren es in den Jahren 2014 und 2015 noch insgesamt 640 angemeldete Zusammenschlussvorhaben (davon 303 im Jahr 2014 und 337 im Jahr 2015), prüfte die Europäische Kommission im Berichtszeitraum 2016/2017 insgesamt bereits 742 Anmeldungen (davon 362 im Jahr 2016 und 380 im Jahr 2017). Etwas mehr als zwei Drittel der Fälle wurden im vereinfachten Verfahren geprüft; im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum erhöhte sich der Anteil leicht.

573. In insgesamt 15 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein (davon acht im Jahr 2016 und sieben im Jahr 2017). Nur im Jahr 2016 wurde ein Zusammenschlussvorhaben ohne, im Übrigen wurden acht Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen freigegeben. Nachdem es im vorangegangenen Berichtszeitraum keine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens gegeben hatte, untersagte die Europäische Kommission im Jahr 2016 ein und im Jahr 2017 zwei Zusammenschlussvorhaben.⁵⁵ Die Anzahl der Untersagungsentscheidungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung stieg damit von 24 auf 27. Zusätzlich wurden im Berichtszeitraum insgesamt 18 Anmeldungen zurückgenommen, und zwar jeweils neun in beiden Jahren bzw. 15 im Vorprüf- und drei im Hauptprüfverfahren.

574. Wie bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum stellten die Zusammenschlussbeteiligten 29 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat. In fünf Fällen gab die Europäische Kommission das Verfahren nur teilweise an einen Mitgliedstaat ab, allen übrigen Anträgen gab sie – wie bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum – vollumfänglich statt. Die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission blieb mit 38 Anträgen etwa auf dem Niveau des vorangegangenen Berichtszeitraums. In keinem Fall wurde die Verfahrensabgabe verweigert. Wie im vorangegangenen Berichtszeitraum gab es lediglich zwei Verweisungsanträge, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt wurden, ein Zusammenschlussvorhaben ohne gemeinschaftsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen. Es wurde kein Antrag abgelehnt. Die Anzahl der Anträge, mit denen ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde zu erreichen beabsichtigte, beläuft sich – wie bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum – auf fünf. Im aktuellen Berichtszeitraum gab es erneut keine vollumfängliche und nur eine teilweise Verfahrensabgabe. In zwei Fällen verweigerte die Europäische Kommission die Verfahrensabgabe vollumfänglich.

575. In zwei Fällen verhängte die Europäische Kommission Geldbußen wegen Verstößen gegen die Fusionskontrollvorschriften. Im Rahmen der Anmeldung der Übernahme von WhatsApp hatte Facebook gegenüber der Europäischen Kommission wahrheitswidrig verneint, dass eine Verknüpfung der Benutzerkonten der beiden Unternehmen technisch möglich sein werde. In diesem Fall erhielt Facebook eine Geldbuße in Höhe von EUR 110 Mio. wegen falscher oder irreführender Angaben in einem Fusionskontrollverfahren.⁵⁶ Zudem verhängte die Europäische Kommission eine Geldbuße in Höhe von EUR 124,5 Mio. gegen Altice wegen eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Bereits vor Freigabe der Übernahme von PT Portugal waren Altice Vetorechte bei bestimmten Entscheidungen von PT Portugal eingeräumt worden, hatte Altice teilweise tatsächlich bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten von PT Portugal ausgeübt und hatte ein Austausch sensibler Geschäftsinformationen über PT

⁵⁴ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind auf der Website der Behörde unter dem Link <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> abrufbar.

⁵⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 5. April 2017, M.7878 – HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia (gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission ist eine Nichtigkeitsklage beim EuG anhängig, T-380/17); Beschluss vom 29. März 2017, M.7995 – Deutsche Börse/London Stock Exchange Group; Beschluss vom 11. Mai 2016, M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK.

⁵⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 17. Mai 2017, M.8228 – Facebook/WhatsApp. Das Zusammenschlussvorhaben Facebook/WhatsApp war von der Europäischen Kommission mit Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217, freigegeben worden.

Portugal stattgefunden.⁵⁷ Anlässlich des Vorabentscheidungsersuchens eines dänischen Gerichts entschied der EuGH, dass der Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens im Sinne des Art. 7 Abs. 1 FKVO einen Vorgang voraussetze, der zur Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beitrage.⁵⁸ Die dänische Wettbewerbsbehörde hatte einen Verstoß gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs nach nationalem Recht angenommen, indem die Zielgesellschaften (KPMG Dänemark) nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages mit dem Erwerber (Ernst & Young) – aber noch vor der Freigabe des Zusammenschlussvorhabens – die Kooperation mit einem Unternehmensnetzwerk (KPMG International) aufkündigten.⁵⁹ Der EuGH stellte klar, dass ein solches Verhalten, unabhängig davon, ob es Auswirkungen auf den Markt hat, keinen vorzeitigen Vollzug darstelle.

576. Einen branchenspezifischen Schwerpunkt der Fusionskontrollpraxis der Europäischen Kommission bildete im Berichtszeitraum die agrochemische Industrie, mit der sich die Behörde in zwei Fällen im Hauptprüfverfahren befasste: Zunächst gab sie den Zusammenschluss Dow/DuPont mit Nebenbestimmungen frei,⁶⁰ ehe sie das Zusammenschlussvorhaben Bayer/Monsanto – ebenfalls mit Nebenbestimmungen – freigab.⁶¹ Eine große Rolle spielte in beiden Fällen eine mögliche Beschränkung des Innovationswettbewerbs. Näher untersucht wurde ferner der Umstand, dass die in dem Markt tätigen Unternehmen über Minderheitsbeteiligungen verschiedener institutioneller Investoren miteinander verflochten sind. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel tiefergehend mit dem Innovationswettbewerb (3.2.2) und ausführlich mit Unternehmensverflechtungen über indirekte Minderheitsbeteiligungen in Kapitel II (dort 4).

577. Bedingt durch die Insolvenz von Air Berlin stand zuletzt ferner der Flugverkehr im Fokus der Europäischen Kommission.⁶² Diese gab die Übernahme von Vermögen von Air Berlin (insbesondere Flughafenslots) durch Easyjet im Vorprüfverfahren frei⁶³ und befasste sich nahezu zeitgleich mit dem wettbewerblich komplexeren Zusammenschlussvorhaben Lufthansa/Air Berlin. Lufthansa meldete zunächst den Erwerb der beiden nicht im Insolvenzverfahren befindlichen Air-Berlin-Tochtergesellschaften Niki und Luftfahrtgesellschaft Walter („LGW“) sowie weiteren Vermögens von Air Berlin (insbesondere Flughafenslots), das noch vor dem Vollzug des Zusammenschlusses an LGW übertragen werden sollte, an.⁶⁴ Nachdem die Europäische Kommission hinsichtlich des Erwerbs von Niki allerdings wettbewerbliche Bedenken geäußert hatte, nahm Lufthansa die Anmeldung insoweit zurück, und die Europäische Kommission konnte den Erwerb von LGW sowie des weiteren Vermögens im Vorprüfverfahren mit Nebenbestimmungen freigeben.⁶⁵ In seiner zunächst angemeldeten Form hätte der Zusammenschluss nach den Feststellungen der Europäischen Kommission zu einer beherrschenden Stellung von Lufthansa im Hinblick auf den

⁵⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 24. April 2018, M.7993 – Altice/PT Portugal. Das Zusammenschlussvorhaben Altice/PT Portugal war von der Europäischen Kommission mit Beschluss vom 20. April 2015, M.7499, freigegeben worden.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 31. Mai 2018, C-633/16 – Ernst & Young, ECLI:EU:C:2018:371.

⁵⁹ Die dänischen Regelungen zur Fusionskontrolle und insbesondere der dortige Zusammenschlussbegriff orientieren sich maßgeblich an der FKVO.

⁶⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont.

⁶¹ EU-Kommission, Beschluss vom 21. März 2018, M.8084 – Bayer/Monsanto. Einem Antrag von Bayer auf nachträgliche Änderung zweier für bindend erklärter Verpflichtungszusagen gab die Europäische Kommission mit Beschluss vom 11. April 2018 statt.

⁶² Noch vor der Insolvenz von Air Berlin gab das Bundeskartellamt einen vorsorglich als Zusammenschluss angemeldeten sog. Wet-lease-Vertrag über 38 Passagierflugzeuge zwischen Lufthansa (als Leasingnehmer) und Air Berlin frei. Da das Zusammenschlussvorhaben keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken gab, konnte das Bundeskartellamt offenlassen, ob überhaupt ein Zusammenschlusstatbestand des § 37 GWB erfüllt war. Die Europäische Kommission, bei der die Transaktion zunächst angezeigt worden war, hatte das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes im Sinne des Art. 3 FKVO abgelehnt und mithin eine Anmeldepflicht verneint. Dazu BKartA, Beschluss vom 30. Januar 2017, B9-190/16 – Lufthansa/Air Berlin, Fallbericht vom 31. Januar 2017.

⁶³ EU-Kommission, Beschluss vom 12. Dezember 2017, M.8672 – Easyjet/Air Berlin.

⁶⁴ Zuvor hatte Lufthansa bereits eine Freistellung von dem Vollzugsverbot gemäß Art. 7 Abs. 3 FKVO beantragt, die die Europäische Kommission mit Bedingungen gewährte; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. Oktober 2017, M.8633 – Lufthansa/Air Berlin.

⁶⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Dezember 2017, M.8633 – Lufthansa/Air Berlin.

Besitz von – nicht an bestimmte Flugstrecken gebundenen – Slots am Flughafen Düsseldorf während der IATA-Sommersaison (Ende März bis Ende Oktober) geführt.

578. Der Fall Microsoft/LinkedIn betraf einen konglomeraten Zusammenschluss, bei dem es vor allem um die Prüfung von Netzwerkeffekten und den Zugang zu Daten ging. Die Europäische Kommission gab das Zusammenschlussvorhaben mit der Nebenbestimmung frei, dass Microsoft sich verpflichtet, das Karrierenetzwerk LinkedIn nicht in seinem Betriebsprogramm Windows vorzuinstallieren, damit die Sichtbarkeit und Erreichbarkeit anderer Karrierenetzwerke nicht von vorneherein eingeschränkt werde.⁶⁶

579. Erwähnenswert ist schließlich der Umstand, dass das Gericht der Europäischen Union (EuG) zwei Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission aus vorangegangenen Berichtszeiträumen aufhob. Auf die Beschwerde eines Wettbewerbers stellte das EuG fest, dass der Freigabebeschluss der Europäischen Kommission zu dem Zusammenschlussvorhaben Liberty Global/Ziggo aus dem Jahr 2014 an Begründungsmängeln litt, weil sich die Europäische Kommission dort nicht mit bestimmten, möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen befasst hatte.⁶⁷ Zudem erklärte das EuG den Untersagungsbeschluss der Europäischen Kommission zu dem Zusammenschlussvorhaben TNT/UPS aus dem Jahr 2013 wegen einer Verletzung der Verteidigungsrechte für nichtig. UPS war die Endfassung eines ökonomischen Modells, auf das die Europäische Kommission ihre Entscheidung stützte, nicht zugänglich gemacht worden.⁶⁸

2.2.2 Missbrauchsaufsicht

580. Das Bundeskartellamt schloss im Jahr 2016 42 Verfahren wegen Verstößen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 ff. GWB ab und leitete 15 neue Missbrauchsverfahren ein.⁶⁹ Ein Verfahren endete mit Verpflichtungszusagen,⁷⁰ die übrigen Verfahren wurden aus anderen Gründen ohne Verfügung eingestellt.⁷¹ Nach Angaben des Bundeskartellamtes wurden im Jahr 2017 22 Missbrauchsverfahren abgeschlossen und erneut 15 Verfahren eingeleitet. Das Bundeskartellamt erließ in diesem Zeitraum eine Feststellungs-/Abstellungsentscheidung⁷² sowie zwei Entscheidungen mit Verpflichtungszusagen.⁷³

581. Ein Verwaltungsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die Deutsche Bahn im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Fahrkarten für den Schienenpersonenverkehr endete mit Verpflichtungszusagen.⁷⁴ Das Verfahren betraf mehrere Verhaltensweisen der Deutschen Bahn gegenüber ihren Wettbewerbern, und zwar (i) die Kopplung von Tarif- und Vertriebskooperationen, (ii) die Provisionsgestaltung für die Erbringung bzw. die Inanspruchnahme von Vertriebsdienstleistungen und (iii) den Zugang zu Vertriebskanälen für Fahrkarten (Verweigerung der Möglichkeit des Verkaufs von Fernverkehrstickets der Deutschen Bahn sowie Behinderung des Verkaufs von eigenen Fahrkarten in Bahnhofsläden). Das Bundeskartellamt hat die von der Deutschen Bahn angebotenen Verpflichtungszu-

⁶⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 6. Dezember 2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn. Dazu – insbesondere zu den Netzwerkeffekten – Abschnitt 3.2.3 in diesem Kapitel.

⁶⁷ EuG, Urteil vom 26. Oktober 2017, T-394/15 – KPN, ECLI:EU:T:2017:756; EU-Kommission, Beschluss vom 10. Oktober 2014, M.7000 – Liberty Global/Ziggo. Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss mit Beschluss vom 30. Mai 2018 erneut freigegeben.

⁶⁸ EuG, Urteil vom 7. März 2017, T-194/13 – UPS, ECLI:EU:T:2017:144; EU-Kommission, Beschluss vom 30. Januar 2013, M.6570 – UPS/TNT Express.

⁶⁹ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 147.

⁷⁰ BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13 – Deutsche Bahn; dazu sogleich Tz. 581.

⁷¹ In Betracht kommt eine Verfahrenseinstellung z. B. aus Ermessenserwägungen oder weil sich der Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nicht bestätigt hat.

⁷² BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim Exklusivvereinbarungen; dazu Tz. 583.

⁷³ BKartA, Beschluss vom 13. Februar 2017, B8-31/13 – Danpower; Beschluss vom 13. Februar 2017, B8-30/13 – innogy.

⁷⁴ BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13. Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 76, Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen, Baden-Baden 2017, Tz. 117 ff.

sagen zur Ausräumung seiner kartellrechtlichen Bedenken einem Markttest unterzogen und sie schließlich für verbindlich erklärt.

582. Das Bundeskartellamt befasste sich in zwei Verwaltungsverfahren mit der Höhe der Entgelte, die für die Nutzung von Geldautomaten außerhalb des eigenen Geldautomatenverbundes (sog. Fremdadbebeentgelte) anfallen.⁷⁵ Die Verfahren wurden eingestellt. Der zuvor bestehenden mangelnden Transparenz bei der Entgelthöhe begegneten die Bankenverbände während des laufenden Verfahrens dadurch, dass die Interbankenentgelte durch direkte Kundenentgelte ersetzt wurden. Darüber hinaus sah das Bundeskartellamt keinen Bedarf nach einer Regulierung der Höhe der Fremdadbebeentgelte, sondern verwies auf die Möglichkeit ihrer kartellrechtlichen Überprüfung im Einzelfall, sofern der Geldautomatenbetreiber in einem bestimmten räumlichen Gebiet marktbeherrschend ist und somit der Missbrauchsaufsicht unterliegt.

583. In einem gegen das Ticketing-Unternehmen CTS Eventim geführten Verwaltungsverfahren untersagte das Bundeskartellamt CTS Eventim mit Beschluss vom 4. Dezember 2017 die Verwendung von mit Konzertveranstaltern sowie Vorverkaufsstellen geschlossenen Exklusivvereinbarungen.⁷⁶ Hiernach dürfen Veranstaltungstickets ausschließlich oder zu einem erheblichen Anteil nur über eine von CTS Eventim betriebene Ticketing-Plattform vertrieben werden. Das Bundeskartellamt wertete dies als missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung von CTS Eventim und hat dem Unternehmen aufgegeben, die Vereinbarungen dergestalt zu ändern, dass seine Vertragspartner künftig die Möglichkeit haben, mindestens 20 Prozent ihres jährlichen Ticketvolumens nach ihrem freien Ermessen über dritte Ticketsysteme zu vermitteln, sofern die Laufzeit der Vereinbarung mehr als zwei Jahre beträgt oder unbefristet ist.

584. In einem noch laufenden Verwaltungsverfahren gegen den Deutschen Olympischen Sportbund („DOSB“) sowie gegen das Internationale Olympische Komitee („IOC“) prüft das Bundeskartellamt, ob diese Verbände die Regel 40 der Olympischen Charta im Hinblick auf Werbebeschränkungen für Athleten zu restriktiv anwenden und dadurch ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen.⁷⁷ Nachdem IOC und DOSB zugesagt haben, die Beschränkungen für auf Deutschland ausgerichtete Werbemaßnahmen angesichts der vergangenen Olympischen Winterspiele in Pyeongchang im Februar 2018 – jedenfalls vorläufig – weniger restriktiv zu handhaben, führte das Bundeskartellamt zu den geplanten Veränderungen einen Markttest mittels Befragung von Verbänden, Sportlern und Sponsoren durch.

585. Das Bundeskartellamt untersucht in einem ebenfalls noch laufenden Verwaltungsverfahren, ob der Umgang von Facebook mit den Daten seiner Nutzer eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.⁷⁸ Es geht in einer vorläufigen Einschätzung davon aus, dass Facebook (i) auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist und (ii) missbräuchlich handelt, indem es die Nutzung von Facebook davon abhängig macht, bestimmte Nutzerdaten aus Drittquellen – einschließlich konzerneigener Dienste wie WhatsApp und Instagram – zu sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenzuführen. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit Missbräuchen im Umgang mit Daten der Marktgegenseite (3.2.1).

586. Im Rahmen von Vorermittlungen untersuchte das Bundeskartellamt, ob Lufthansa eine auf verschiedenen innerdeutschen Flugstrecken bestehende marktbeherrschende Stellung nach dem insolvenzbedingten Wegfall von Air Berlin durch überhöhte Ticketpreise ausnutzte. Es wurde letztlich kein (formelles) Verfahren wegen Preishö-

⁷⁵ BKartA, Beschlüsse vom 24. Juli 2017, B4-13/10 und B4-117/15. Vgl. auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 2123 ff.

⁷⁶ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2. Zu diesem Fall auch Abschnitte 3.1 (zur Abgrenzung mehrseitiger Märkte) und 3.2.3 (zu den Netzwerkeffekten) in diesem Kapitel.

⁷⁷ BKartA, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2017.

⁷⁸ BKartA, Pressemitteilung vom 19. Dezember 2017; Hintergrundpapier vom 19. Dezember 2017, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes.

henmissbrauchs gegen Lufthansa eingeleitet.⁷⁹ Das Bundeskartellamt gelangte nach einer stichprobenartigen Auswertung von Preisdaten von Lufthansa zu dem Ergebnis, dass die Flugpreise für einige Flugstrecken im November und Dezember 2017 zwar teilweise über dem Vorjahresniveau lagen. Wegen des Markteintritts von Easyjet in den innerdeutschen Flugverkehr seien die Preiserhöhungen für die Mehrzahl der Flugstrecken indes nicht von Dauer gewesen. Das Bundeskartellamt stellt zudem klar, dass die Insolvenz von Air Berlin eine erhebliche Reduzierung der insgesamt vorhandenen Sitzplatzkapazitäten zur Folge hatte, die auch bei funktionierendem Wettbewerb zu steigenden Preisen geführt hätte.

587. Mit Beschluss vom 23. Januar 2018 bestätigte der BGH die Auslegung des Anzapfverbotes gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB durch das Bundeskartellamt aus dessen Verbotsverfügung gegen Edeka anlässlich der Übernahme von rund 2.300 Filialen der Discounterkette Plus.⁸⁰ Das Bundeskartellamt hatte festgestellt, dass Edeka, indem es im Nachgang zu dieser Transaktion die rückwirkende Anpassung bestimmter Einkaufskonditionen – sog. Hochzeitsrabatte – verlangt hatte, seine gegenüber diesen Lieferanten bestehende marktmächtige Stellung missbräuchlich ausgenutzt habe.⁸¹ Das OLG Düsseldorf war dagegen der Auffassung, die vereinbarten Konditionen seien nicht Ausdruck der Verhandlungsmacht von Edeka, sondern das Ergebnis kaufmännischer Verhandlungen zwischen (annähernd) gleich starken Geschäftspartnern, und hob die Verbotsverfügung des Bundeskartellamtes auf.⁸² Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes entschied der BGH, dass ein Verstoß gegen das Anzapfverbot nicht voraussetze, dass die marktstarke Stellung kausal für die Aufforderung zur Gewährung von sachlich nicht gerechtfertigten Vorteilen sei.⁸³

588. Die Europäische Kommission erließ in den Jahren 2016 und 2017 vier Entscheidungen wegen Verstößen gegen das Missbrauchsverbot, eine im Jahr 2016 und drei im Jahr 2017.⁸⁴ Drei Missbrauchsverfahren wurden mit Feststellungs-/Abstellungsentscheidungen⁸⁵ und ein Verfahren mit Verpflichtungszusagen⁸⁶ abgeschlossen. Eine weitere Feststellungs-/Abstellungsentscheidung, die – wie gegen Google – mit einer hohen Geldbuße einherging, war im Januar 2018 an Qualcomm gerichtet.⁸⁷

589. Ein Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen Amazon wegen der Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln gegenüber Verlegern von E-Books wurde mit Verpflichtungszusagen abgeschlossen.⁸⁸ Die

⁷⁹ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 29. Mai 2018, B9-175/17. Zu den Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission Easyjet/Air Berlin sowie Lufthansa/Air Berlin siehe Tz. 577.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018, KVR 3/17 – Hochzeitsrabatte I, ECLI:DE:BGH:2018:230118BKVR3.17.0.

⁸¹ BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

⁸² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

⁸³ Bereits zuvor war im Rahmen der 9. GWB-Novelle das Erfordernis der Ausnutzung der Marktstellung in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB gestrichen worden, um klarzustellen, dass die sachlich nicht gerechtfertigte Aufforderung zur Vorteilsgewährung selbst einen Missbrauch von Marktmacht darstellt. Außerdem wurde die sachliche Rechtfertigung in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB dahingehend konkretisiert, dass die Aufforderung zur Vorteilsgewährung insbesondere nachvollziehbar begründet ist und der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht. Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 52; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 201 ff. Die Entscheidung des BGH erging indes noch zur alten Rechtslage vor Inkrafttreten der GWB-Novelle.

⁸⁴ Zu den Statistiken der Europäischen Kommission in Missbrauchs- und Kartellverfahren siehe auch EU-Kommission, Annual Activity Report 2017, S. 18; Bericht über die Wettbewerbspolitik 2016, SWD(2017) 175 final, 31. Mai 2017, S. 15.

⁸⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping); Beschluss vom 2. Oktober 2017, AT.39813 – Baltic Rail; Beschluss vom 20. September 2016, AT. 39759 – ARA foreclosure.

⁸⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 4. Mai 2017, AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon); dazu sogleich Tz. 589.

⁸⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 25. Januar 2018, AT.40220 – Qualcomm (exclusivity payments). Zu den Entscheidungen gegen Google und Qualcomm siehe Tz. 590 f.

⁸⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 4. Mai 2017, AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon). Das Bundeskartellamt führte bereits im Jahr 2013 ein Verfahren gegen Amazon wegen der Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln gegenüber Dritthändlern auf seiner Verkaufsplattform Amazon Marketplace. Das auf der Grundlage des Kartellverbots geführte Verfahren wurde eingestellt, nachdem Amazon das beanstandete Verhalten aufgegeben hatte; vgl. BKartA, Beschluss vom 26. November

Meistbegünstigungsklauseln verpflichteten die Verleger etwa dazu, Amazon von gegenüber seinen Wettbewerbern verwendeten günstigeren Konditionen zu unterrichten und/oder Amazon solche Konditionen ebenfalls einzuräumen. Nach vorläufiger Einschätzung der Europäischen Kommission behinderte Amazon dadurch konkurrierende E-Book-Händler und nutzte seine beherrschende Stellung auf den Märkten für den Vertrieb deutsch- bzw. englischsprachiger E-Books aus. Die von Amazon schließlich vorgelegten Verpflichtungszusagen, die streitgegenständlichen Klauseln in bestehenden und zukünftigen Verträgen nicht mehr durchzusetzen bzw. zu streichen, wurden von der Europäischen Kommission für bindend erklärt.

590. Am 27. Juni 2017 verhängte die Europäische Kommission gegen Google eine Geldbuße in Höhe von rund EUR 2,42 Mrd.⁸⁹ Google habe seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchdienste missbraucht, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst „Google Shopping“ auf der Suchergebnisseite ganz oben platziert und Preisvergleichsdienste von Wettbewerbern herabgestuft habe. Das Verhalten von Google sei missbräuchlich, da es seinem eigenen Preisvergleichsdienst einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft und dadurch den Wettbewerb auf den Preisvergleichsmärkten behindert habe. Die Europäische Kommission hat Google in seinem Beschluss eine Frist von 90 Tagen zur Abstellung des beanstandeten Verhaltens gesetzt. Google hat die Kommissionsentscheidung umgesetzt, indem es die Anzeigenplätze auf seinen Suchergebnisseiten nunmehr an den höchstbietenden Preisvergleichsdienst versteigert, wobei „Google Shopping“ als unabhängiger Bieter gilt.⁹⁰

591. Ein weiteres Missbrauchsverfahren, das die Europäische Kommission mit einer hohen Geldbuße abschloss, betrifft den Chiphersteller Qualcomm.⁹¹ Die Europäische Kommission verhängte gegen Qualcomm am 24. Januar 2018 eine Geldbuße in Höhe von rund EUR 997 Mio., da das Unternehmen Zahlungen an seinen Kunden Apple unter der Bedingung geleistet habe, dass Apple in seinen „iPhone“- und „iPad“-Geräten ausschließlich Chipsätze von Qualcomm verwende. Nach Auffassung der Europäischen Kommission hat Qualcomm eine beherrschende Stellung auf dem weltweiten Markt für LTE-Basisband-Chipsätze. Diese marktbeherrschende Stellung habe das Unternehmen missbraucht, indem es seine Wettbewerber (insbesondere Intel) durch die Ausschließlichkeitsvereinbarung mit Apple auf dem Markt für solche Chipsätze behindert habe.

592. Ein ähnlicher Tatvorwurf liegt der Rechtssache Intel zugrunde. Bereits im Jahr 2009 hatte die Europäische Kommission festgestellt, dass Intel seine beherrschende Stellung auf dem weltweiten Markt für x86-Prozessoren durch die Gewährung von Treuerabatten ausgenutzt habe.⁹² Die dagegen gerichtete Nichtigkeitsklage von Intel wies das EuG im Jahr 2014 ab, wobei das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission bestätigte, dass Treuerabatte eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits ihrer Art nach geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken.⁹³ Mit Urteil vom 6. September 2017 hob der EuGH die Entscheidung des EuG auf und verwies die Sache an das EuG zurück.⁹⁴ Der EuGH entschied, dass sich das EuG mit dem Vorbringen von Intel zu den tatsächlichen Auswirkungen der Rabatte auf den Wettbewerb hätte befassen müssen. Dies schließe insbesondere die Aus-

2013, B6-46/12, Fallbericht vom 9. Dezember 2013. Eine weitere kartellbehördliche Untersuchung im Zusammenhang mit Amazon aus dem Berichtszeitraum betraf dessen Tochterunternehmen Audible sowie Apple, die für den Vertrieb digitaler Hörbücher eine Exklusivitätsvereinbarung geschlossen hatten. In diesem Fall führten das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission parallele Verfahren, stellten diese jedoch ein, nachdem die Unternehmen die Vereinbarung aufgegeben hatten. Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 19. Januar 2017; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 19. Januar 2017.

⁸⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping). Gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission ist eine Nichtigkeitsklage beim EuG anhängig, T-612/17. Zum Google-Fall – insbesondere zur Marktabgrenzung – Abschnitt 3.1 in diesem Kapitel.

⁹⁰ Dazu ausführlich Vesterdorf, B./Fountoukakos, K., An Appraisal of the Remedy in the Commission’s Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law, *Journal of European Competition Law & Practice* 2018, S. 3 ff.

⁹¹ EU-Kommission, Beschluss vom 25. Januar 2018, AT.40220 – Qualcomm (exclusivity payments). Gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission ist eine Nichtigkeitsklage beim EuG anhängig, T-235/18.

⁹² EU-Kommission, Beschluss vom 13. Mai 2009, COMP/C-3/37.990 – Intel.

⁹³ EuG, Urteil vom 12. Juni 2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

führungen der Europäischen Kommission im Rahmen des von ihr durchgeführten sog. AEC-Tests⁹⁵ ein. Dagegen hatte das EuG die von Intel gegen die konkrete Durchführung des AEC-Tests geäußerten Kritikpunkte unter Verweis auf das missbräuchliche Wesen der Treuerabatte noch als von vornherein nicht maßgeblich zurückgewiesen und war folglich nicht näher auf das entsprechende Vorbringen von Intel eingegangen.

2.2.3 Horizontale und vertikale Vereinbarungen

593. Das Bundeskartellamt schloss im Jahr 2016 60 Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB ab und leitete 41 neue Kartellverfahren ein.⁹⁶ In vier Fällen ergingen Bußgeldbescheide, und zwar wegen zweier horizontaler und zweier vertikaler Verstöße. Jeweils ein Verfahren wurde mit Feststellungs-/Abstellungsentscheidungen bzw. mit Verpflichtungszusagen beendet. Das Bundeskartellamt stellte 54 der 60 abgeschlossenen Kartellverfahren ein, wobei das beanstandete Verhalten in 11 Fällen aufgegeben wurde, während die übrigen Verfahren aus anderen Gründen eingestellt wurden.⁹⁷ Für das Jahr 2017 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt verhängte aber jedenfalls in sieben – horizontalen und vertikalen – Kartellfällen Geldbußen.⁹⁸

594. Das Bundeskartellamt hat ein Hinweispapier zum Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel veröffentlicht.⁹⁹ In dem Hinweispapier werden die kartellrechtlichen Maßgaben zum Verbot vertikaler Preisbindung unter anderem mittels zahlreicher Fallbeispiele für die Praxis erläutert. Die Hinweise richten sich ausdrücklich auch an nicht speziell kartellrechtlich beratene Unternehmen kleinerer oder mittlerer Größe und dürften zudem für Unternehmen außerhalb der Lebensmittelbranche eine praktische Hilfe darstellen. Anlass für die Veröffentlichung des Hinweispapiers war der sog. Vertikalfall im Lebensmitteleinzelhandel, in dem das Bundeskartellamt wegen Verstößen gegen das Verbot vertikaler Preisbindung bei verschiedenen Warengruppen Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 260 Mio. verhängte.¹⁰⁰ In diesen Fällen wurden nicht nur die Hersteller, sondern auch die Händler wegen ihrer aktiven Beteiligung an den Verstößen sanktioniert.¹⁰¹ Ein weiterer Fall aus dem Berichtszeitraum, in dem das Bundeskartellamt sowohl gegen den Hersteller als auch gegen einen Händler Geldbußen verhängte, betraf einen Verstoß gegen das Verbot vertikaler Preisbindung im Bereich Bekleidung. So hat das betroffene Einzelhandelsunternehmen Peek & Cloppenburg (Düsseldorf) den Jackenhersteller Wellensteyn unter anderem dazu veranlasst, andere Anbieter von Wellensteyn-Produkten zur Einhaltung der vereinbarten Ladenverkaufspreise zu bewegen.¹⁰²

595. Der BGH hob eine Entscheidung des OLG Celle zur vertikalen Preisbindung auf. In dem der Rechtssache zugrunde liegenden Sachverhalt bot der Diätkosthersteller Almased Apotheken im Rahmen einer zeitlichen befristeten und mengenmäßig beschränkten Aktion die Gewährung von Rabatten an, falls sie bei dem Verkauf von Almased-Produkten einen bestimmten Preis nicht unterschritten. Das OLG Celle hatte entschieden, dass eine lediglich vorübergehende Preisbindung keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstelle und deshalb nicht den Tatbestand des Kartellverbots erfülle.¹⁰³ Der BGH stellte dagegen fest, dass die Vereinbarung eines Mindestverkaufspreises als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen spür-

⁹⁵ AEC = as efficient competitor. Der AEC-Test dient der Feststellung, ob ein als ebenso effizient geltender Wettbewerber durch die Rabatte vom Markt gedrängt worden wäre.

⁹⁶ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 147.

⁹⁷ Zur Einstellung mehrerer Verfahren aufgrund der erst im Rahmen der 9. GWB-Novelle geschlossenen sog. Wurstlücke siehe bereits Tz. 554.

⁹⁸ Quelle: Bundeskartellamt.

⁹⁹ BKartA, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017.

¹⁰⁰ BKartA, Pressemitteilung vom 15. Dezember 2016.

¹⁰¹ Siehe etwa zur Warengruppe Bier BKartA, Fallbericht vom 14. Dezember 2016, B10-20/15.

¹⁰² BKartA, Beschluss vom 21. Juli 2017, B2-62/16.

¹⁰³ OLG Celle, Urteil vom 7. April 2016, 13 U 124/15 (Kart) – Almased, ECLI:DE:OLGCE:2016:0407.13U124.15KART.OA.

bar sei.¹⁰⁴ In seinem Urteil nimmt der BGH Bezug auf die EuGH-Rechtsprechung und grenzt den vorliegenden Fall von seiner – vom OLG Celle herangezogenen – Entscheidung „1 Riegel extra“ ab, die nicht die Vereinbarung eines Mindest-, sondern eines Höchstverkaufspreises betraf.

596. Während das OLG Düsseldorf zunächst einen Antrag des Hotelbuchungsportals Booking.com auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde gegen eine Entscheidung des Bundeskartellamtes, in der das Amt dem Unternehmen die Verwendung enger Bestpreisklauseln (Meistbegünstigungsklauseln) untersagt hatte, zurückwies,¹⁰⁵ gelangte das Landgericht (LG) Köln zu dem Ergebnis, dass die Verwendung enger und weiter Bestpreisklauseln durch das Hotelbuchungsportal Expedia von dem Kartellverbot freigestellt sei.¹⁰⁶ Expedia profitierte maßgeblich davon, dass der Marktanteil des Unternehmens auf dem Hotelportalmarkt in Deutschland nicht die Schwelle von 30 Prozent überschritt und das LG Köln auch keine Kernbeschränkung annahm mit der Folge, dass die Bestpreisklauseln automatisch nach der Verordnung (EU) 330/2010 („Vertikal-GVO“) gruppenfreigestellt waren. Die gegen das Expedia-Urteil des LG Köln eingelegte Berufung wies das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 4. Dezember 2017 zurück.¹⁰⁷ Entgegen den in den vorangegangenen Entscheidungen des Gerichts zu Hotelbuchungsportalen geäußerten Zweifeln an dem Vorliegen eines Vertikalverhältnisses im Sinne der Vertikal-GVO zwischen den Buchungsportalen einerseits sowie den Hotels andererseits bejahte das OLG Düsseldorf nunmehr die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO auf die in Rede stehenden Bestpreisklauseln. Dagegen kam im Booking-Beschluss – mangels Anwendbarkeit der Vertikal-GVO – nur eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht, wobei das OLG Düsseldorf jedoch nicht die hierfür erforderlichen Effizienzvorteile feststellte.

597. Anlässlich eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Frankfurt am Main entschied der EuGH mit Urteil vom 6. Dezember 2017 in der Rechtssache Coty, dass die Pflege eines bestimmten Produkt- bzw. Markenimages die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems rechtfertigen könne sowie dass ein Drittplattformverbot keine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO darstelle.¹⁰⁸ Auf eine Nichtzulassungsbeschwerde des Sportartikelherstellers Asics gegen einen Beschluss des OLG Düsseldorf bestätigte der BGH mit Beschluss vom 12. Dezember 2017 die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass Asics seinen Händlern nicht pauschal die Nutzung von Preisvergleichsmaschinen untersagen dürfe.¹⁰⁹ Der BGH maß den ihm vorliegenden Sachverhalt dabei bereits an dem nur kurz zuvor erschienenen Coty-Urteil des EuGH und stellte fest, dass aufgrund der Kombination verschiedener Vertriebsbeschränkungen, die Asics seinen Vertragshändlern auferlege, anders als in der Rechtssache Coty nicht gewährleistet sei, dass die Kunden in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internetangebot der Vertragshändler haben.¹¹⁰ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit Drittplattformverboten (3.4).

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017, KZR 59/16 – Almased Vitalkost, ECLI:DE:BGH:2017:171017UKZR59.16.0; so im Ergebnis bereits in erster Instanz LG Hannover, Urteil vom 25. August 2015, 18 O 91/15 – Preisuntergrenze, ECLI:DE:LGHANNO:2015:0825.18O91.15.0A.

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2016, VI-Kart 1/16 (V) – Enge Bestpreisklausel; BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking.com.

¹⁰⁶ LG Köln, Urteil vom 16. Februar 2017, 88 O (Kart) 17/16 – Expedia, ECLI:DE:LGK:2017:0216.88O.KART17.16.00. Enge Bestpreisklauseln gestatten den Hotels die Nutzung des Buchungsportals nur unter der Bedingung, dass sie ihre Hotelzimmer auf den eigenen Absatzkanälen (etwa auf den Websites der Hotels) nicht zu besseren Konditionen als auf dem jeweiligen Buchungsportal anbieten. Sofern die Konditionen der Hotels auch auf Absatzkanälen von Dritten (etwa auf anderen Hotelbuchungsportalen) nicht besser als auf dem jeweiligen Buchungsportal sein dürfen, handelt es sich um weite Bestpreisklauseln. Zum Verbot dieser Klauseln bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS-Bestpreisklauseln; BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS. Vgl. auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 980 ff.

¹⁰⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Dezember 2017, VI-U (Kart) 5/17 – Expedia, ECLI:DE:OLGD:2017:1204.VI.U.KART5.17.00.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941.

¹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017, KVZ 41/17 – Preisvergleichsmaschinenverbot II, ECLI:DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. April 2017, VI-Kart 13/15 (V) – Preisvergleichsmaschinenverbot I, ECLI:DE:OLGD:2017:0405.VI.KART13.15V.00.

¹¹⁰ Das Bundeskartellamt hatte sowohl das Verbot der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen sowie das der Verwendung von Markenzeichen auf Drittseiten als Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. c Vertikal-GVO angesehen. Ob ein Drittplattformverbot ebenfalls

598. Der BGH deutete in einer Entscheidung zum Steuerstrafrecht an, dass die Existenz eines Compliance-Programms Relevanz für die Bußgeldbemessung habe.¹¹¹ Obgleich das Urteil des BGH keine kartellrechtliche Sache betrifft, stellt sich die Frage, ob das Bundeskartellamt künftig Compliance-Maßnahmen von Unternehmen bei der Bemessung der für einen Kartellrechtsverstoß zu verhängenden Geldbuße als mildernden Umstand zu berücksichtigen hat. Bislang ist dies vom Bundeskartellamt – wie auch von der Europäischen Kommission – abgelehnt worden. Auch die Monopolkommission hat sich gegen eine bußgeldmindernde Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen ausgesprochen.¹¹²

599. Die Europäische Kommission erließ in den Jahren 2016 und 2017 17 Entscheidungen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot, und zwar in acht Kartellverfahren im Jahr 2016 und in neun Kartellverfahren im Jahr 2017.¹¹³ Darunter waren 13 Bußgeldentscheidungen – insbesondere im Automobilssektor –,¹¹⁴ eine Feststellungs-/Abstellungsentscheidung¹¹⁵ sowie drei Entscheidungen mit Verpflichtungszusagen.¹¹⁶ Sie erließ unter anderem im März 2017 erneut einen Bußgeldbeschluss im Zusammenhang mit dem sog. Luftfrachtkartell.¹¹⁷ Im Dezember 2015 hatte das EuG den ursprünglichen Beschluss der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2010 für die Luftfahrtunternehmen, die Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung eingelegt haben, aus Verfahrensgründen aufgehoben.¹¹⁸ Erwähnenswert ist schließlich die Gesamtsumme der von der Europäischen Kommission in den Jahren 2016 und 2017 verhängten Geldbußen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot, die mit rund EUR 5,67 Mrd. außerordentlich hoch war.

600. Einen industriespezifischen Tätigkeitsschwerpunkt der Europäischen Kommission bei der Kartellverfolgung bildete erneut der Automobilssektor,¹¹⁹ in dem die Behörde zahlreiche Bußgeldentscheidungen erließ. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das sog. LKW-Kartell, in dessen Rahmen Hersteller aus mehreren Mitgliedstaaten über einen Zeitraum von 14 Jahren unter anderem die Bruttolistenpreise mittelschwerer und schwerer Lastkraftwagen abgesprochen haben.¹²⁰ Während die Europäische Kommission mit den Unternehmen MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF im Juli 2016 zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung ge-

eine solche Kernbeschränkung darstellt, hatte es dagegen ausdrücklich offengelassen; vgl. BKartA, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 9. Mai 2017, 1 StR 265/16, ECLI:DE:BGH:2017:090517U1STR265.16.0, Rz. 118 (zit. nach Juris): „Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss [...]. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“

¹¹² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 994 ff.

¹¹³ Gegen mehrere Beteiligte des sog. LKW-Kartells erging bereits im Jahr 2016 ein (Settlement-)Beschluss, abgeschlossen wurde das Verfahren indes erst im Jahr 2017; dazu sogleich Tz. 599.

¹¹⁴ Dazu sogleich Tz. 599. Zusätzlich zu dem erneuten Beschluss der Europäischen Kommission gegen das sog. Luftfrachtkartell (dazu sogleich) zählen zu den hier erfassten Bußgeldentscheidungen auch die Änderungsbeschlüsse im sog. Umschlägekartell (Beschluss vom 16. Juni 2017, AT.39780 – Envelopes) und in der Sache Rohrtabak Spanien (Beschluss vom 16. Juni 2017, AT.38238 – Raw Tobacco (ES)).

¹¹⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 8. Dezember 2017, AT.40208 – International Skating Union’s Eligibility rules; dazu Tz. 601.

¹¹⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 26. Juli 2016, AT.40023 – Cross-border access to pay-TV; Beschluss vom 20. Juli 2016, AT.39745 – CDS Information Market; Beschluss vom 7. Juli 2016, AT.39850 – Container Shipping.

¹¹⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 17. März 2017, AT.39258 – Airfreight.

¹¹⁸ EuG, Urteile vom 16. Dezember 2015, T-9/11, T-28/11, T-36/11, T-38/11, T-39/11, T-40/11, T-43/11, T-46/11, T-48/11, T-56/11, T-62/11, T-63/11, T-67/11; vgl. EuG, Pressemitteilung Nr. 147/15 vom 16. Dezember 2015. Mittlerweile haben die Luftfahrtunternehmen auch gegen die neue Entscheidung der Europäischen Kommission Nichtigkeitsklage beim EuG erhoben; T-323/17; T-324/17; T-325/17; T-326/17; T-334/17; T-337/17; T-338/17; T-340/17; T-341/17; T-342/17; T-343/17; T-344/17; T-350/17.

¹¹⁹ Siehe bereits Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1002.

¹²⁰ EU-Kommission, Beschlüsse vom 19. Juli 2016 (Settlement) und 27. September 2017, AT.39824 – Trucks. Scania hat gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission Nichtigkeitsklage zum EuG erhoben, T-799/17.

langte, wurde das streitige Kartellverfahren gegen Scania erst über ein Jahr später, im September 2017, abgeschlossen. Insgesamt verhängte die Europäische Kommission gegen die Hersteller Geldbußen in Höhe von EUR 3,8 Mrd. Weitere Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission im Automobilssektor betrafen Anbieter von Zündkerzen¹²¹, Bremssystemen¹²², Insassenschutzsystemen¹²³, Fahrzeugbeleuchtungssystemen¹²⁴ sowie Fahrzeugklimatisierungs- und Motorkühlsystemen¹²⁵. Zurzeit untersucht die Europäische Kommission ein möglicherweise kartellrechtlich relevantes Verhalten mehrerer deutscher Automobilhersteller, die sich insbesondere über technische Spezifikationen bei den Tanks von Adblue, einem Mittel zur Reduzierung von Stickoxiden, abgestimmt haben sollen.

601. Die Europäische Kommission stellte fest, dass einzelne Bestimmungen der Internationalen Eislaufunion („ISU“) gegen das Kartellverbot verstoßen.¹²⁶ Die ISU ist der einzige vom IOC anerkannte Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf. Ihre Mitglieder sind die nationalen Eislaufverbände. Die Zulassungsbestimmungen der ISU sehen strenge Sanktionen – bis hin zu einer lebenslangen Sperre der Sportler für die Teilnahme an von der ISU oder ihren Mitgliedern organisierten Eisschnelllaufveranstaltungen – vor, falls die Sportler an nicht von der ISU genehmigten Wettkämpfen anderer Veranstalter teilnehmen. Dadurch werden die Sportler an der Teilnahme an unabhängigen Eisschnelllaufwettkämpfen gehindert, was wiederum dazu führt, dass unabhängige Veranstalter keinen Anreiz haben, eigene Wettkämpfe zu organisieren. Nach den Feststellungen der Kommission verfolgt die ISU mit ihren Zulassungsbestimmungen keine spezifischen, den Sport betreffenden Ziele (wie den Schutz der Integrität und der regelkonformen Ausübung des Sports oder die Gesundheit und Sicherheit der Sportler), sondern geschäftliche Interessen.

602. Mit Urteil vom 9. September 2016 in der Rechtssache Lundbeck bestätigte das EuG die Auffassung der Europäischen Kommission zu sog. „Pay-for-delay“-Vereinbarungen.¹²⁷ Hierbei zahlt der Hersteller eines pharmazeutischen Originalpräparats, dessen Patent abzulaufen droht, einem (potenziellen) Generikahersteller im Rahmen eines Patentvergleichs eine Gegenleistung dafür, dass dieser das Patent nicht mehr angreift. Eine solche Vereinbarung hat zur Folge, dass der Generikahersteller nicht in den entsprechenden Markt eintritt.¹²⁸ Nach – vom EuG geteilter – Einschätzung der Europäischen Kommission kommen „Pay-for-delay“-Vereinbarungen deshalb einem wettbewerbswidrigen Abkauf von Wettbewerb gleich. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit „Pay-for-delay“-Vereinbarungen (3.3).

603. Das EuG kritisierte in zwei Entscheidungen die mangelnde Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen durch die Europäische Kommission im Rahmen von einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen (sog. Settlements). In einem Fall sei die Begründung der verfahrensbeendenden Entscheidung, die in Settlement-Fällen bewusst sehr knapp gehalten ist, unzureichend gewesen, was gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße.¹²⁹ In einem anderen Fall erließ die Europäische Kommission die verfahrensbeendenden Entscheidungen im Settlement-Verfahren einerseits sowie im Standard-Verfahren andererseits (sog. Hybrid-Fälle) zeitversetzt, erwähnte die Beteiligung des sich streitig verteidigenden Unternehmens an den Tatvorwürfen aber bereits in der

¹²¹ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Februar 2018, AT.40113 – Spark plugs.

¹²² EU-Kommission, Beschluss vom 21. Februar 2018, AT.39920 – Braking systems.

¹²³ EU-Kommission, Beschluss vom 22. November 2017, AT.39881 – Occupant safety systems.

¹²⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Juni 2017, AT.40013 – Lighting systems.

¹²⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 8. März 2017, AT.39960 – Thermal systems.

¹²⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 8. Dezember 2017, AT.40208 – International Skating Union’s Eligibility rules. Gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission ist eine Nichtigkeitsklage beim EuG anhängig, T-93/18.

¹²⁷ EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449; EU-Kommission, Beschluss vom 19. Juni 2013, AT.39226 – Lundbeck. Gegen das Urteil des EuG wurde Rechtsmittel zum EuGH eingelegt, C-591/16 P.

¹²⁸ Zu Patentvergleichen zwischen Pharmaunternehmen bereits Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1031 ff.

¹²⁹ EuG, Urteil vom 13. Dezember 2016, T-95/15 – Printeos u. a., ECLI:EU:T:2016:722; EU-Kommission, Beschluss vom 10. Dezember 2014, AT.39780 – Envelopes. Vor dem Hintergrund des EuG-Urteils hat die Europäische Kommission gegen Printeos zwischenzeitlich einen Änderungsbeschluss erlassen; vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 16. Juni 2017, AT.39780 – Envelopes.

Entscheidung im Settlement-Verfahren. Das EuG sah darin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung.¹³⁰

604. In der Rechtsache VM Remonts präzisierte der EuGH die Voraussetzungen der Haftung eines Auftraggebers für das wettbewerbswidrige Verhalten eines externen Dienstleisters, der zugleich für Konkurrenten des Auftraggebers tätig war und zwischen den Unternehmen eine abgestimmte Verhaltensweise herbeiführte. Während Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen vorschlug, eine widerlegliche Vermutung der Verantwortlichkeit des Auftraggebers für das Verhalten eines Dritten aufzustellen,¹³¹ entschied der EuGH, dass eine Haftungszurechnung nur in den folgenden Fällen besteht: (i) Der Dienstleister war in Wirklichkeit unter der Leitung oder der Kontrolle des beschuldigten Unternehmens tätig, (ii) das Unternehmen hatte von den wettbewerbswidrigen Zielen seiner Konkurrenten und des Dienstleisters Kenntnis und wollte durch sein eigenes Verhalten dazu beitragen oder (iii) das Unternehmen konnte das wettbewerbswidrige Verhalten seiner Konkurrenten und des Dienstleisters vernünftigerweise vorhersehen und war bereit, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen.¹³²

3 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

3.1 Abgrenzung mehrseitiger Märkte

605. Die Abgrenzung relevanter Märkte spielt eine zentrale Rolle bei der Bestimmung von Marktmacht und Marktbeherrschung und bildet damit eine wesentliche Grundlage für kartellrechtliche Untersuchungen jeglicher Art.¹³³ Eine fehlerhafte Marktabgrenzung kann erhebliche Auswirkungen auf die darauf aufbauende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse haben. Beispielsweise könnte eine zu enge Marktabgrenzung dazu führen, dass wichtige Wettbewerber eines Unternehmens nicht berücksichtigt werden, wodurch die Marktmacht eines Unternehmens überschätzt werden könnte.

606. Speziell die Abgrenzung zwei- oder mehrseitiger Märkte (auch: Plattformmärkte) stellt die Wettbewerbsbehörden vor Herausforderungen, die sich aus den besonderen Eigenschaften von Plattformmärkten ergeben. Plattformmärkte zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass es mehrere Nachfragergruppen gibt, deren jeweiliger Nutzen aus der Verwendung einer Plattform von der Größe der anderen Nutzergruppe(n) beeinflusst wird.¹³⁴ Diese sog. indirekten Netzwerkeffekte sorgen dafür, dass eine Zunahme der Nutzer auf einer Plattformseite die Attraktivität der Plattform für die andere Nutzergruppe erhöht.

607. Auch wenn Plattformmärkte nicht nur im Online-Bereich auftreten, so haben sie dennoch durch den Erfolg namhafter Unternehmen mit internetbasierten Geschäftsmodellen wie Amazon, Apple, Google, Facebook und Microsoft an Relevanz gewonnen. Die Monopolkommission hat sich im Juni 2015 intensiv mit den Besonderheiten von Plattformmärkten im Rahmen eines Sondergutachtens auseinandergesetzt und das Themengebiet auch in

¹³⁰ EuG, Urteil vom 10. November 2017, T-180/15 – ICAP u. a., ECLI:EU:T:2017:795; EU-Kommission, Beschlüsse vom 4. Dezember 2013 (Settlement) und 4. Februar 2015, AT.39861 – Yen Interest Rate Derivatives.

¹³¹ GA Wathelet, Schlussanträge vom 3. Dezember 2015, C-542/14 – VM Remonts u. a., ECLI:EU:C:2015:797.

¹³² EuGH, Urteil vom 21. Juli 2016, C-542/14 – VM Remonts u. a., ECLI:EU:C:2016:578, Rz. 33.

¹³³ Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2011; Kaplow, L., Why (Ever) Define Markets, Harvard Law Review 124, 2010, S. 437–517.

¹³⁴ Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151–179; Evans, D. S./Schmalensee, R., Markets with two-sided platforms, Issues in competition law and policy (ABA section of antitrust law), 2008; Evans, D. S./Schmalensee, R., The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, in: Blair, R./Sokol, D. (Hrsg.), Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press 2013. Rochet, J. C./Tirole, J., Platform competition in two-sided markets, Journal of the European Economic Association, 1(4), 2003, S. 990–1029; Rochet, J. C./Tirole, J., Two-sided markets: A progress report, The RAND Journal of Economics, 37(3), 2006, S. 645–667; Armstrong, M., Competition in two-sided markets, The RAND Journal of Economics, 37(3), 2006, S. 668–691; Rysman, M., The economics of two-sided markets, The Journal of Economic Perspectives, 2009, S. 125–143.

nachfolgenden Gutachten weiter begleitet.¹³⁵ Weitere wichtige Impulse lieferte das Bundeskartellamt, das im Juni 2016 das Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ veröffentlichte, das sich mit den ökonomischen Besonderheiten digitaler Plattformen und Netzwerke befasst.¹³⁶ Auf internationaler Ebene wurde die Rolle von Plattformmärkten weiter diskutiert; dies mündete in einer Anhörung der OECD, deren Ergebnisse in einem Bericht zusammengefasst wurden.¹³⁷

608. Zudem hat es im Rahmen der 9. GWB-Novelle einige gesetzliche Klarstellungen zur kartellrechtlichen Bewertung von Plattformen gegeben. Diese betreffen zum einen Märkte, auf denen Leistungen unentgeltlich erbracht werden, und zum anderen Faktoren, die bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen sind. Weitere Änderungen sind im aktuellen Koalitionsvertrag in Form einer „Neufassung der Marktabgrenzung“ vorgesehen, mit denen der Entwicklung der Plattformökonomie Rechnung getragen werden soll.¹³⁸

3.1.1 Besonderheiten bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte

3.1.1.1 Unentgeltlichkeit von Märkten

609. Das Vorliegen indirekter Netzwerkeffekte und die damit verbundene zwischen den verschiedenen Plattformseiten asymmetrische Preisstruktur auf Plattformmärkten führen dazu, dass nicht selten Leistungen auf einer Plattformseite unentgeltlich angeboten werden. Mit Blick auf die Marktabgrenzung stellt sich somit die Frage, ob trotz der Unentgeltlichkeit ein Markt im kartellrechtlichen Sinn vorliegt.

610. In der Vergangenheit wurde diese Frage durchaus unterschiedlich beantwortet. In der nationalen Rechtsprechung und Kartellrechtspraxis wurden unentgeltliche Beziehungen bis vor einiger Zeit nicht als Marktbeziehungen im kartellrechtlichen Sinne behandelt. Beispielsweise hat das OLG Düsseldorf noch im Jahr 2015 mit Blick auf Hotelbuchungsplattformen entschieden, dass nur die Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, Teil des Marktes seien.¹³⁹ Auch das Bundeskartellamt hatte in der Vergangenheit eine solche Auffassung vertreten, als etwa das frei empfangbare Fernsehen wegen des fehlenden Entgelts bei der Abgrenzung eines Fernsehzuschauermarktes nicht berücksichtigt wurde.¹⁴⁰

611. Eine zunehmend andere Position wurde in der jüngeren Fallpraxis vertreten. Beispielsweise hat das Bundeskartellamt im Jahr 2015 in Bezug auf die Marktabgrenzung bei Datingplattformen auch solche Plattformseiten in die Markt Betrachtung miteinbezogen, auf denen Leistungen ohne Entgelt bereitgestellt werden.¹⁴¹ In ähnlicher

¹³⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Baden Baden 2016; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten: Wettbewerb 2016, Baden Baden 2016.

¹³⁶ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6–113/15. Zur Sammlung und Verwertung von Daten in der Digitalwirtschaft siehe auch Autorité de la concurrence und Bundeskartellamt, Competition Law and Data, Bericht vom 10. Mai 2016. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html, Abruf am 25. Mai 2018.

¹³⁷ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschaftsausschuss und den Ausschuss der Regionen, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt – Chancen und Herausforderungen für Europa, COM (2016) 288 final vom 25. Mai 2016; OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm, 25. Mai 2018.

¹³⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, S. 44, https://www.bundestag.de/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag-data.pdf, Abruf am 25. Mai 2018.

¹³⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14 (V), Rz. 42 ff.

¹⁴⁰ BKartA, Beschluss vom 19. Januar 2006, B6-103/05 – Springer/ProSieben, S. 23.

¹⁴¹ BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6–57/15; dazu ausführlich Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 751 ff.

Weise hat auch die Europäische Kommission in ihrer jüngeren Praxis zuletzt wiederholt das Vorliegen eines Marktes trotz unentgeltlich bereitgestellter Leistungen etwa in Bezug auf soziale Netzwerke bejaht.¹⁴²

612. Auch in dem für dieses Gutachten relevanten Berichtszeitraum hat sich die Frage nach der Berücksichtigung unentgeltlicher Marktleistungen auf Plattformmärkten sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene gestellt.

613. Auf europäischer Ebene betraf dies beispielsweise den Fall der Europäischen Kommission gegen Google Inc. (kurz Google) bzw. Alphabet Inc. auf den Märkten für allgemeine Suchdienste bzw. Preisvergleichsdienste. In Bezug auf die unentgeltliche Bereitstellung des allgemeinen Suchdienstes für die Nutzer stellte die Kommission explizit fest, dass es sich hierbei um eine wirtschaftliche Tätigkeit handele, und begründete dies unter anderem damit, dass die Nutzer indirekt zur Monetarisierung des Suchdienstes beitragen, indem sie der Verwendung von Daten, die im Rahmen der Suchmaschinennutzung erzeugt werden, zustimmen.¹⁴³

614. Zu einer ähnlichen Auffassung hinsichtlich der Bereitstellung kostenloser Leistungen dürfte die Europäische Kommission auch im noch laufenden Missbrauchsverfahren gegen Google bezüglich seines Betriebssystems „Android“ kommen.¹⁴⁴ Darin definiert die Europäische Kommission insgesamt drei Märkte, auf denen Google marktbeherrschend sein soll und Leistungen unentgeltlich bereitstellt. Dabei handelt es sich neben dem bereits genannten Markt für allgemeine Internetsuche auch um einen Markt für lizenzpflichtige Betriebssysteme für intelligente Mobilgeräte wie Smartphones und Tablets sowie um einen weiteren Markt für App-Stores für das Android-Betriebssystem für Mobilgeräte.

615. Auf nationaler Ebene betrifft die unentgeltliche Bereitstellung von Leistungen auf einer Plattformseite das aktuell noch laufende Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Facebook.¹⁴⁵ Die vorläufigen Einschätzungen des Bundeskartellamtes zu diesem Fall legen nahe, dass das Amt bei Facebook von einer mehrseitigen, werbefinanzierten Plattform ausgeht, durch die Leistungen auf einer Marktseite kostenlos bereitgestellt werden.

616. Die Monopolkommission begrüßt die stärkere Berücksichtigung unentgeltlicher Marktbeziehungen in der nationalen und europäischen kartellrechtlichen Praxis. Zumindest auf nationaler Ebene dürfte der Gesetzgeber im Rahmen der 9. GWB-Novelle für mehr Rechtssicherheit bei der Berücksichtigung neuerer ökonomischer Forschung zu Netzwerken und Plattformen in dieser Frage gesorgt haben. Durch den neu geschaffenen § 18 Abs. 2a GWB wurde klargestellt, dass die unentgeltliche Bereitstellung einer Leistung der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht.¹⁴⁶

617. Gleichzeitig liefert die Betrachtung der Eigenschaften mehrseitiger Märkte eine Antwort auf die Frage, ob Daten als Gegenleistung für unentgeltlich bereitgestellte Dienste gesehen werden sollten, damit ein Markt im kartellrechtlichen Sinne festgestellt werden kann.¹⁴⁷ Dies kann mit Blick auf mehrseitige Plattformmärkte verneint werden, da Nullpreise zumindest auf einer Plattformseite schon aufgrund der Preisstruktur solcher Märkte nicht unüblich sind. Daher bedarf es keiner gesonderten Gegenleistung z. B. in Form von Daten, um eine Marktbeziehung feststellen zu können.¹⁴⁸

¹⁴² EU-Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp; EU-Kommission, Beschluss vom 7. Oktober 2011, M.6281 – Microsoft/Skype.

¹⁴³ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 158. Zur Frage der Unentgeltlichkeit des Marktes ausführlich in Abschnitt 3.1.1.1 in diesem Kapitel.

¹⁴⁴ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. April 2016, IP/16/1492.

¹⁴⁵ BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, 19. Dezember 2017; BKartA, Pressemitteilung vom 19. Dezember 2017.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 5 f.; und Monopolkommission, 68. Sondergutachten, a. a. O., Tz. 471 ff.

¹⁴⁷ Schepp, N.-P./Wambach, A., On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment, *Journal of European Competition Law and Practice* 7, (2016) S. 120; Körber, T., Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2, 2015, S. 120–133.

¹⁴⁸ OECD, Market definition in multi-sided markets – Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek vom 15. November 2017, S. 8.

3.1.1.2 Einheitliche oder getrennte Marktabgrenzung

618. Anders als bei einseitigen Märkten müssen bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte verschiedene Marktseiten mit unterschiedlichen Nutzergruppen in die Betrachtung einbezogen werden. Dabei reicht es für eine korrekte Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem mehrseitigen Markt nicht aus, die beiden Plattformseiten getrennt zu betrachten. Stattdessen sollte die Marktabgrenzung so erfolgen, dass Wechselbeziehungen zwischen den Plattformseiten angemessen berücksichtigt werden. Dies kann prinzipiell auf zwei verschiedene Arten und Weisen erfolgen. Die Abgrenzung kann entweder einheitlich für den gesamten Plattformmarkt erfolgen oder getrennt, entlang der unterschiedlichen (Teil-)Märkte, wobei die Interdependenzen zwischen Plattformseiten gesondert zu berücksichtigen sind.¹⁴⁹

619. Die Unterscheidung nach einer einheitlichen oder getrennten Abgrenzung mehrseitiger Märkte dürfte zumindest für die wettbewerbsökonomische Beurteilung von nachgelagerter Relevanz sein, solange die Interdependenzen zwischen den Nutzergruppen in angemessener Weise erfasst werden.¹⁵⁰ Aus juristischer Sicht könnte es sich jedoch um eine wichtige Unterscheidung handeln, wenn es etwa darum geht, auf einem bestimmten Markt wettbewerbshindernde und wettbewerbsfördernde Effekte (Effizienzen) einer Verhaltensweise gegeneinander abzuwägen. In solch einem Fall könnte es von Bedeutung sein, ob im juristischen Sinn ein oder zwei Märkte abgegrenzt werden, da die wettbewerblichen Effekte gegebenenfalls auf unterschiedlichen Plattformseiten und damit möglicherweise auf unterschiedlichen Märkten auftreten.

620. In Bezug auf die Abgrenzung mehrseitiger Märkte schlagen einige Autoren vor, dass ein einheitlicher, beide Plattformseiten umfassender Markt nur im Fall sog. Transaktionsplattformen definiert werden sollte.¹⁵¹ Als Transaktionsplattformen werden Plattformen bezeichnet, deren Intermediärsleistung im Wesentlichen darin besteht, eine für die Plattform beobachtbare Transaktion zwischen zwei Nutzergruppen zu ermöglichen.¹⁵² Beispiele hierfür sind Online-Marktplätze wie Amazon Marketplace oder Airbnb, auf denen der Handel zwischen zwei Nutzergruppen (hier: Käufern und Verkäufern bzw. Mietern und Vermietern) im Mittelpunkt der Vermittlungsleistung steht.

621. Im Gegensatz dazu sollen bei Nicht-Transaktionsmärkten getrennte, aber miteinander verbundene Märkte abgegrenzt werden. Nicht-Transaktionsplattformen treten zwar ebenfalls als Vermittler zwischen zwei oder mehreren Nutzergruppen auf. Anders als bei Transaktionsplattformen können Transaktionen zwischen Nutzergruppen – sofern sie überhaupt stattfinden – nicht von der Plattform beobachtet werden. Gleichwohl bestehen indirekte Netzeffekte zwischen den Nutzergruppen. Ein Beispiel für Nicht-Transaktionsplattformen sind werbefinanzierte Medien wie Zeitungen, die einer Nutzergruppe Inhalte und einer anderen Nutzergruppe Werbeflächen anbieten.

622. In solchen Fällen spricht für die getrennte Abgrenzung von zwei verbundenen Märkten, dass den jeweiligen Nutzergruppen weitgehend unterschiedliche Leistungen angeboten werden. Eine Beziehung zwischen den Nutzergruppen in Form positiver indirekter Netzwerkeffekte besteht insofern, als die Attraktivität der Plattform für Werbetreibende mit der Anzahl der Leser steigt. Auch der Umstand, dass das Geschäftsmodell der Plattform ohne die Einbeziehung einer Nutzergruppe (Verzicht auf Werbeeinnahmen) erbracht werden könnte, spricht für die Abgrenzung getrennter, aber verbundener Märkte.

623. Das Beispiel anderer Nicht-Transaktionsplattformen verdeutlicht jedoch, dass es in bestimmten Fällen auch bei Nicht-Transaktionsplattformen sinnvoller sein kann, einen gemeinsamen Markt zu definieren. Bei berufsbezo-

¹⁴⁹ Wismer, S./Bongard, C./Rasek, A., Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 8 (4), S. 257–262; BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 28 ff.

¹⁵⁰ OECD, Market definition in multi-sided markets – Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek vom 15. November 2017, S. 5.

¹⁵¹ Filistrucchi, L. u. a., Market Definition in Two-Sided markets: Theory and Practice, *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, 10 (2), S. 293–339.

¹⁵² Zudem hat die Beobachtbarkeit von Transaktionen auf einer Plattform wichtige Implikationen z.B. für deren Preisstruktur. Sind Transaktionen beobachtbar, können Plattformen diese in ihrer Preisgestaltung berücksichtigen und Preise so setzen, dass der zusätzliche Nutzen aus der Transaktion von der Plattform internalisiert wird.

genen Online-Netzwerken, wie LinkedIn oder Xing, handelt es sich ebenfalls um Nicht-Transaktionsplattformen, da das Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht von der Plattform beobachtet werden kann. Eine wesentliche Leistung solcher Plattformen besteht vielmehr darin, Übereinstimmungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern herzustellen („Matching“). Gleichwohl erscheint es passend, einen einheitlichen Plattformmarkt mit zwei Plattformseiten abzugrenzen.

624. Damit wird klar, dass die Frage, wie mehrseitige Plattformmärkte abzugrenzen sind, nicht pauschal am Kriterium der Beobachtbarkeit von Transaktionen festgemacht werden kann. Die Marktabgrenzung sollte so erfolgen, dass alle Nutzergruppen und die zwischen ihnen auftretenden indirekten Netzwerkeffekte adäquat berücksichtigt werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass es zu einer fehlerhaften Analyse der Wettbewerbsverhältnisse kommt.

625. In dem für dieses Gutachten relevanten Berichtszeitraum stellte sich die Frage nach einer einheitlichen oder getrennten Marktabgrenzung auf Plattformmärkten auf nationaler Ebene in den Fällen des Bundeskartellamtes betreffend den Ticketanbieter CTS Eventim.¹⁵³

626. CTS tritt im Geschäftsfeld Ticketing als Ticketsystemdienstleister auf.¹⁵⁴ Als solcher betreibt CTS eine Plattform in Form einer Datenbank, auf der eine Vermittlungsleistung zwischen zwei unterschiedlichen Nutzergruppen, den Veranstaltern und den Vorverkaufsstellen (VVK-Stellen), erbracht wird. Auf der einen Seite wird Veranstaltern der Vertrieb von Tickets über VVK-Stellen ermöglicht. Auf der anderen Seite können VVK-Stellen die Tickets verschiedener Veranstaltungen buchen.¹⁵⁵ Damit fungiert CTS nach Auffassung des Bundeskartellamtes als Transaktionsplattform, die ein Matching zwischen Veranstaltern und VVK-Stellen ermöglicht. Um diese Leistung sinnvoll erbringen zu können, müssen beide Marktseiten in ausreichender Anzahl auf der Plattform vertreten sein („kritische Masse“). Zudem bestehen zwischen beiden Nutzergruppen positive indirekte Netzwerkeffekte.¹⁵⁶

627. Trotz der Klassifizierung des Ticketsystems als Matching-Plattform mit Transaktionen hat die Beschlusskammer von einer einheitlichen Marktabgrenzung abgesehen und zwei voneinander getrennte (aber verbundene) Märkte definiert, und zwar einen Markt für Ticketsystemdienstleistungen für Veranstalter und einen für Ticketsystemdienstleistungen für VVK-Stellen. Der Grund hierfür liegt in der zusätzlichen Handelsvertreterfunktion, die CTS gegenüber Veranstaltern einnimmt, indem CTS im Auftrag der Veranstalter über eigene VVK-Stellen Tickets an Endkunden vertreibt.¹⁵⁷ Damit tritt CTS nicht nur als Intermediär zwischen zwei Nutzergruppen auf, sondern übernimmt zusätzlich eine Vertriebsfunktion für eine der Nutzergruppen. Um die separate Betrachtung des Vermittlungsverhältnisses zu ermöglichen, war nach Ansicht der Beschlusskammer eine getrennte Betrachtung der Marktseiten geboten.¹⁵⁸

628. Aus Sicht der Monopolkommission ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes nachvollziehbar. Zwar spricht die Rolle des Ticketsystemdienstleisters als Matching-Plattform mit Transaktionen zunächst für die Abgrenzung eines einheitlichen Plattformmarktes. Die zusätzliche Rolle des Ticketsystems als Handelsvertreter auf einer Plattformseite lässt allerdings eine getrennte Betrachtung der Seiten in diesem Fall vorteilhaft erscheinen. Auch ist nicht ersichtlich, dass aus der getrennten Behandlung der Marktseiten Schwierigkeiten für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung entstanden wären.

¹⁵³ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim Exklusivvereinbarungen; Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists. Zu anderen Aspekten dieser Fälle vgl. auch Abschnitt 3.2.3 in diesem Kapitel.

¹⁵⁴ Darüber hinaus betreibt CTS auch eigene Vorverkaufsstellen und tritt als Veranstalter auf. BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2, Tz. 56.

¹⁵⁵ Endkunden sind keine (direkten) Nutzer des Ticketsystems, sondern als Nachfrager der Veranstaltungen und der Leistungen der VVK-Stellen Teil der nachgelagerten Märkte oder Marktstufen; BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2, Tz. 87.

¹⁵⁶ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2, Tz. 91.

¹⁵⁷ Ebenda, Tz. 97 ff.

¹⁵⁸ Ebenda, Tz. 110.

3.1.1.3 Zur Anwendbarkeit quantitativer Methoden

629. Das auf europäischer und deutscher Ebene überwiegend verwendete ökonomische Konzept zur Abgrenzung relevanter Märkte ist das Bedarfsmarktkonzept.¹⁵⁹ Dieses stellt auf die funktionelle Austauschbarkeit von Produkten und Dienstleistungen ab. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen aus der Sicht der Nachfrager, die als wirksamste disziplinierende Wettbewerbskraft auf die Anbieter eines Produktes wirkt. Weitere wichtige Faktoren, die eine disziplinierende Wirkung haben können, sind die angebotsseitige Substituierbarkeit und der potenzielle Wettbewerb.¹⁶⁰

630. Eine ebenfalls etablierte, aber weniger häufig angewendete Methode zur Abgrenzung von Märkten ist der aus dem amerikanischen Antitrust-Recht übernommene hypothetische Monopoltest, der typischerweise in Form eines SSNIP-Tests durchgeführt wird.¹⁶¹ Dieser ursprünglich für einseitige Märkte entwickelte Test untersucht die Reaktion der Nachfrager auf eine angenommene kleine, aber nicht unbedeutende dauerhafte Erhöhung des Preises eines betreffenden Produktes durch einen hypothetischen Monopolisten. Ist die angenommene Preiserhöhung für den Monopolisten nicht profitabel, deutet dies drauf hin, dass enge Substitute nicht berücksichtigt und der Markt zu eng abgegrenzt wurde.

631. Wie auch das Bundeskartellamt in seinem Arbeitspapier zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken festgestellt hat, ist die Anwendung des SSNIP-Tests auf Plattformmärkte zwar prinzipiell möglich, stellt sich aber in der praktischen Umsetzung eher schwierig dar.¹⁶²

632. Da der originäre SSNIP-Test die für mehrseitige Märkte typischen Wechselwirkungen zwischen Nutzergruppen nicht berücksichtigt, kann der Test in vielen Fällen nicht wie gewohnt angewendet werden. Würde z. B. der unveränderte SSNIP-Test im Fall einer mehrseitigen Plattform auf nur eine Plattformseite angewendet, so blieben die Effekte der Preiserhöhung auf die jeweils andere Plattformseite und deren anschließende Rückwirkung auf die betrachtete Plattformseite unberücksichtigt. Somit würden bei Vorliegen positiver indirekter Netzwerkeffekte die tatsächlichen Auswirkungen der Preiserhöhung unterschätzt und im Ergebnis die betrachtete Marktseite zu eng abgegrenzt werden. Umgekehrt würden bei negativen indirekten Netzwerkeffekten die Auswirkungen überschätzt und der Markt zu weit definiert werden. Der unveränderte SSNIP-Test liefert damit bei positiven indirekten Netzwerkeffekten allenfalls eine Untergrenze für die Marktdefinition und bei negativen indirekten Netzwerkeffekten entsprechend nur eine Obergrenze.

633. Einige Autoren schlagen daher die Anwendung eines modifizierten SSNIP-Tests vor, bei dem insbesondere die Auswirkungen indirekter Netzwerkeffekte berücksichtigt werden sollen.¹⁶³ Demnach sollen bei Transaktionsmärkten die Preise auf beiden Seiten gemeinsam, d. h. die Preisstruktur der Plattform, untersucht werden, während bei Nicht-Transaktionsplattformen die Auswirkungen der Preiserhöhung für die Marktseiten getrennt (unter Berücksichtigung der indirekten Netzwerkeffekte) analysiert werden.

634. Durch dieses Vorgehen können unter anderem Schwierigkeiten bei der Anwendung des SSNIP-Tests in Bezug auf unentgeltlich bereitgestellte Dienste zumindest eingegrenzt werden. Bei Preisen von null ist eine prozentuale

¹⁵⁹ Schwalbe, U./Zimmer, D., a.a.O., S. 112 ff.

¹⁶⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG vom 9. Dezember 1997 C 372/5, Tz. 13.

¹⁶¹ SSNIP steht für „Small but Significant and Non-transitory Increase in Price“.

¹⁶² BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6-113/15, S. 44 ff. Ebenfalls kritisch dazu Evans, D. S./Noel, M., Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-sided Platforms“, Columbia Business Law Review 2005. Evans, D. S., Two-sided Market Definition, in: ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and case studies, 2009; <https://ssrn.com/abstract=1396751>, Abruf am 25. Mai 2018. Hesse, R. B., Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework, Competition Policy International 3(1), 2007; <https://ssrn.com/abstract=987843>, Abruf am 25. Mai 2018.

¹⁶³ Filistrucchi, L. u. a., Market Definition in Two-Sided markets: Theory and Practice, Journal of Competition Law and Economics, 2014, 10 (2), S. 293–339.

Preiserhöhung nicht sinnvoll darstellbar. Dieses Problem wird bei Transaktionsplattformen durch die gemeinsame Betrachtung der Preise auf den Plattformseiten umgangen. Sofern Nullpreise auf einer Plattformseite auftreten, gehen diese in einer einheitlichen Betrachtung der Preisstruktur auf. Dieses Vorgehen ist jedoch bei Nicht-Transaktionsplattformen nicht anwendbar, da hier getrennte, aber verbundene Märkte abgegrenzt werden. Der (modifizierte) SSNIP-Test kann hier nur für die Abgrenzung derjenigen Marktseite verwendet werden, auf der ein Entgelt entrichtet wird. Für die unentgeltliche Marktseite wird daher vorgeschlagen, nicht auf den Preis, sondern auf Veränderungen in der Angebotsqualität abzustellen. Statt des SSNIP-Tests könnte demnach der sog. SSNDQ-Test genutzt werden.¹⁶⁴ Hieraus ergeben sich aber wiederum andere Schwierigkeiten, z. B. in Bezug auf die Messbarkeit von Qualität.

635. Es lässt sich festhalten, dass die Schwierigkeiten bei der Anwendung quantitativer Methoden wie des SSNIP-Tests bei Abgrenzung mehrseitiger Plattformmärkte eher zu- als abnehmen. Dies ist zum einen darin begründet, dass die Wechselbeziehungen zwischen Nutzergruppen für eine korrekte Marktabgrenzung berücksichtigt werden müssen. Geschieht dies nicht, werden mehrseitige Märkte beim Vorliegen positiver indirekter Netzwerkeffekte systematisch zu eng bzw. bei negativen indirekten Netzwerkeffekten zu weit abgegrenzt. Ein weiteres Hindernis kann die unentgeltliche Bereitstellung von Leistungen für eine Nutzergruppe darstellen. Dies gilt insbesondere für Nicht-Transaktionsplattformen wie z. B. Suchmaschinen, deren Nutzung für eine Nachfragergruppe typischerweise kostenlos ist. Der in solchen Fällen als Alternative denkbare SSNDQ-Test könnte in der praktischen Anwendung ebenfalls problematisch sein, wenn sich etwa die zu berücksichtigenden Qualitätsmerkmale eines Dienstes nicht zweifelsfrei messen lassen.

3.1.2 Marktabgrenzung im Fall Google Search (Shopping)

636. Auch im Missbrauchsverfahren Europäische Kommission gegen Google Inc. („Google“), bzw. dessen Dachgesellschaft Alphabet Inc., spielte die Abgrenzung mehrseitiger Geschäftsmodelle eine wichtige Rolle.¹⁶⁵ Die EU-Kommission wirft Google vor, den Wettbewerb auf Preisvergleichsmärkten behindert zu haben, indem es seine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für allgemeine Internetsuche nutzte, um die Ergebnisse seines eigenen Preisvergleichsdienstes „Google Shopping“ bevorzugt auf der Ergebnisseite der allgemeinen Suche anzuzeigen. Die Bevorzugung bestand darin, dass Google Ergebnisse des eigenen Preisvergleichsdienstes ganz oben anzeigte, während konkurrierende Dienste weiter unten dargestellt wurden. Durch diese bevorzugte Platzierung stiegen die Nutzerzugriffe auf den Google-eigenen Preisvergleichsdienst teilweise um das 45-Fache¹⁶⁶, während die Aufrufe konkurrierender Websites um bis zu 92 Prozent zurückgingen.¹⁶⁷

637. Die EU-Kommission verhängte gegen das Unternehmen eine Geldbuße in Höhe von rund EUR 2,42 Mrd.¹⁶⁸ Zudem musste Google sein Verhalten innerhalb von 90 Tagen nach Erlass des Beschlusses abstellen, indem es seinen eigenen und die konkurrierenden Preisvergleichsdienste gleich behandelt. Die konkrete Umsetzung dieser Vorgabe hat die EU-Kommission dem Unternehmen überlassen. In der Folge entschied sich Google dazu, die gesonderten Anzeigeflächen für Preisvergleichsdienste in den allgemeinen Suchergebnissen – die sog. Shopping Unit

¹⁶⁴ SSNDQ steht für „Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality“.

¹⁶⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

¹⁶⁶ Im Vereinigten Königreich um das 45-Fache, in Deutschland um das 35-Fache, in Frankreich um das 19-Fache, in den Niederlanden um das 29-Fache, in Spanien um das 17-Fache und in Italien um das 14-Fache.

¹⁶⁷ Im Vereinigten Königreich um 85 Prozent, in Deutschland um 92 Prozent und in Frankreich um 80 Prozent.

¹⁶⁸ Grundlage der Berechnung waren die Umsätze Googles mit seinem Preisvergleichsdienst in den betreffenden 13 Mitgliedstaaten seit Beginn des rechtswidrigen Verhaltens. Dabei handelt es sich um das Vereinigte Königreich und Deutschland (beide seit 2008), Frankreich (seit 2010), Italien, die Niederlande und Spanien (alle seit 2011) sowie Belgien, Dänemark, Norwegen, Österreich, Polen, Schweden und die Tschechische Republik (alle seit 2013).

– nicht länger exklusiv für den eigenen Preisvergleichsdienst zu nutzen, sondern als Werbeplätze an den eigenen und an fremde Preisvergleichsdienste zu versteigern.¹⁶⁹

Der Markt für allgemeine Suchdienste

638. Die EU-Kommission hat in ihrer Untersuchung zwei relevante Produktmärkte abgegrenzt – einen für allgemeine Suchdienstleistungen und einen für Preisvergleichsdienste.¹⁷⁰

639. Allgemeine Suchdienste werden von einer Reihe verschiedener Unternehmen angeboten, die wie Google, Microsoft (Bing) und das tschechische Seznam eigene Suchtechnologien verwenden. Andere Anbieter wie Yahoo oder Ask greifen auf die generischen Suchergebnisse von Bing bzw. Google zurück.

640. In Bezug auf allgemeine Suchdienste stellt die EU-Kommission zunächst fest, dass es sich bei der Bereitstellung allgemeiner Suchdienste um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, und zwar trotz der Tatsache, dass die Nutzer keine monetäre Gegenleistung erbringen. Stattdessen tragen sie zur Monetarisierung des Dienstes dadurch bei, dass sie mit jeder Suchanfrage Daten liefern, die von Google genutzt werden, um die Qualität des Suchdienstes und der eingeblendeten Werbung zu verbessern.¹⁷¹ Zudem sei die unentgeltliche Bereitstellung Teil des zweiseitigen Geschäftsmodells, bei dem auf der einen Plattformseite allgemeine Suchdienste und auf der anderen Seite Suchwerbung angeboten werde. Die Höhe der Werbeeinnahmen werde durch die Anzahl der Suchmaschinennutzer mitbestimmt.¹⁷²

641. Mit Blick auf die sachliche Marktdefinition grenzt die EU-Kommission einen eigenen Markt für allgemeine Suchdienstleistungen ab. Dies begründet sie in erster Linie mit einer fehlenden nachfrageseitigen Substituierbarkeit gegenüber anderen Diensten.¹⁷³ Aus Sicht der EU-Kommission sind allgemeine Suchdienste wie Google und Bing von anderen Inhaltenanbietern wie Wikipedia¹⁷⁴ und IMDb¹⁷⁵ abzugrenzen, da allgemeine Suchdienste in erster Linie darauf aus seien, Nutzer zu den gesuchten Inhalten anderer Websites weiterzuleiten. Im Gegensatz dazu versuchten Inhaltenanbieter selbst den Nutzern Informationen bereitzustellen.¹⁷⁶ Gegen diese Abgrenzung spreche auch nicht, dass Inhaltenanbieter auf ihren Websites mitunter selbst ausgefeilte Suchfunktionen anbieten, da diese anders als allgemeine Suchdienste auf die Website des jeweiligen Inhaltenanbieters begrenzt seien.¹⁷⁷

642. Spezialisierte Suchdienste, die etwa Produktsuchen ermöglichen oder Hotelzimmer und Flüge vermitteln, sind nach Ansicht der EU-Kommission ebenfalls nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen wie allgemeine Suchdienste.¹⁷⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass spezialisierte Suchdienste nur Ergebnisse für bestimmte Bereiche anzeigen, während allgemeine Suchdienste das gesamte Internet nach Informationen durchsuchen und daher breiter gefächerte Antworten liefern. Zudem gebe es technische Unterschiede, die eine Abgrenzung rechtfertigen. Zum einen nutzen spezialisierte Suchdienste als Datenbasis oftmals Daten, die von Nutzern oder Dritten bereitgestellt werden. Demgegenüber verwenden allgemeine Suchdienste sog. Web-Crawler, die das Internet automatisiert durchsuchen und Informationen für die spätere Verwendung speichern. Zum anderen werden spe-

¹⁶⁹ Inside AdWords blog, Changes to Google Shopping in Europe vom 27. September 2017, <https://adwords.googleblog.com/2017/09/changes-to-google-shopping-in-europe.html>, Abruf am 11. Mai 2018.

¹⁷⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 145 ff.

¹⁷¹ Ebenda, Tz. 158.

¹⁷² Ebenda, Tz. 159.

¹⁷³ Ebenda, Tz. 161 ff.

¹⁷⁴ Wikipedia ist ein gemeinnütziges Projekt zur Erstellung einer mehrsprachigen, kostenlosen und internetbasierten Enzyklopädie.

¹⁷⁵ Die Internet Movie Database (IMDb) ist eine Datenbank, die Informationen zu Filmen, Fernsehserien, Videoproduktionen und Computerspielen sowie über Personen, die daran mitgewirkt haben, enthält.

¹⁷⁶ EU-Kommission, a. a. O., Tz. 164.

¹⁷⁷ Ebenda, Tz. 165.

¹⁷⁸ Ebenda, Tz. 166 ff.

zialisierte Suchdienste oftmals anders finanziert. Zusätzlich zu suchgebundener Werbung werden weitere Umsätze durch Gebühren und Provisionen erzielt.¹⁷⁹

643. Schließlich spreche auch die bisherige Entwicklung der verschiedenen Suchplattformen für unterschiedliche Märkte. Auf der einen Seite würden spezialisierte Suchdienste seit einigen Jahren als eigenständige Dienste angeboten, ohne dass einer dieser Anbieter zusätzlich einen allgemeinen Suchdienst betreibe. Auf der anderen Seite unterscheide auch Google als integriertes Unternehmen selbst zwischen seinem allgemeinen und seinen spezialisierten Suchdiensten wie Google Shopping, indem es diese auf seiner Website als eigenständige Dienste mit unterschiedlichen Funktionen beschreibe.¹⁸⁰

Der Markt für Preisvergleichsdienste

644. Als weiteren relevanten Markt grenzt die Europäische Kommission den Markt für Preisvergleichsdienste ab.¹⁸¹ Preisvergleichsdienste wie Idealo, billiger.de oder Google Shopping bieten im Wesentlichen zwei Funktionen: Zum einen ermöglichen sie Nutzern das Vergleichen von Produkten unterschiedlicher Online-Händler anhand verschiedener Produktmerkmale einschließlich des Preises. Zum anderen stellen sie Links zu den Webseiten der Online-Händler bereit.

645. Nicht Teil dieses Marktes sind nach Ansicht der EU-Kommission andere spezialisierte Suchdienste z. B. für die Flug- oder Hotelsuche, Online-Suchwerbe-Anbieter, Online-Händler, Händlerplattformen und Offline-Preisvergleichsdienste wie Kataloge und Magazine.¹⁸²

646. Hinsichtlich ihres methodischen Vorgehens ist zu bemerken, dass die EU-Kommission ihre obligatorische qualitative Analyse um quantitative Untersuchungen ergänzte. So wurden als Beweismittel nicht nur diverse Dokumente von Google und anderen Marktteilnehmern, sondern auch 5,2 Terabyte (entspricht 5.200 Gigabyte) an Daten zu Suchergebnissen von Google ausgewertet. Hinzu kamen Versuche und Umfragen, anhand derer insbesondere die Auswirkungen der Sichtbarkeit in den Suchergebnissen auf das Verbraucherverhalten und die Klickrate untersucht wurden, sowie eine umfassende Marktuntersuchung durch Befragung von Kunden und Wettbewerbern auf den betroffenen Märkten.¹⁸³ Von der Durchführung eines SSNIP-Tests hat die EU-Kommission hingegen abgesehen. Dies begründete sie zum einen damit, dass der SSNIP-Test nicht die einzige Methode zur Marktdefinition sei. Zum anderen sei dieser in dem vorliegenden Fall nicht angemessen, da Google seine Suchdienste den Nutzern unentgeltlich anbiete.¹⁸⁴

647. Die von der EU-Kommission vorgenommene Marktabgrenzung wurde insbesondere dahingehend kritisiert, dass Plattformen für Online-Händler, wie z. B. Amazon Marketplace und eBay Marketplace, nicht demselben sachlichen Markt zugeordnet wurden wie Googles Preisvergleichsdienst „Google Shopping“. Für eine solche Marktabgrenzung spreche, dass beide Arten von Diensten von den Nutzern in ähnlicher Weise im Rahmen der Produktsuche verwendet würden.¹⁸⁵

648. Die Untersuchungen der Europäischen Kommission haben demgegenüber ergeben, dass nur eine begrenzte Austauschbarkeit zwischen Preisvergleichsdiensten und Händlerplattformen besteht, da diese unterschiedliche

¹⁷⁹ EU-Kommission, a. a. O., Tz. 168.

¹⁸⁰ Ebenda, Tz. 172.

¹⁸¹ Ebenda, Tz. 191 ff.

¹⁸² Ebenda, Tz. 192.

¹⁸³ EU-Kommission, Pressemitteilung IP/17/1784 vom 27. Juni 2017; Beschluss, a. a. O., Tz. 111.

¹⁸⁴ EU-Kommission, a. a. O., Tz. 242 ff.

¹⁸⁵ Ebenda, Tz. 227 und 608 ff.; Walker, K., The European EC decision on online shopping: the other side of the story, The Keyword blog, 27. Juni 2017. <https://www.blog.google/topics/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>, Abruf am 25. Mai 2018.

Zwecke für Verbraucher und Online-Händler erfüllt.¹⁸⁶ So seien Preisvergleichsdienste Intermediäre zwischen Kunden einerseits sowie Online-Händlern und Händlerplattformen andererseits. Als solche böten Preisvergleichsdienste – anders als Händlerplattformen – Kunden keine Möglichkeit, Produkte direkt auf der Plattform zu erwerben. Vielmehr beschränkten sie sich darauf, Kunden für die Durchführung von Käufen zu den Websites der Händler und Händlerplattformen weiterzuleiten. Zudem gebe es bei Händlerplattformen typischerweise einen Kundendienst, der von Preisvergleichsdiensten typischerweise nicht angeboten werde.¹⁸⁷ Die Erkenntnis, dass Preisvergleichsdienste keine Substitute für Händlerplattformen sind, werde auch dadurch gestützt, dass Händlerplattformen im Gegensatz zu konkurrierende Preisvergleichsdiensten Kunden bei Google Shopping seien. Schließlich gab die Mehrzahl der von der Europäischen Kommission befragten Preisvergleichsdienste und Händlerplattform an, in einem vertikalen Geschäftsverhältnis zu einander zu stehen und keine direkten Wettbewerber zu sein.¹⁸⁸

649. Letztendlich dürfte es aber für die wettbewerbliche Beurteilung von nachgelagerter Bedeutung gewesen sein, ob Online-Händler und Händlerplattformen bei der Abgrenzung des Marktes für Preisvergleichsdienste berücksichtigt werden oder nicht. Im weiteren Verlauf ihrer Analyse hat die EU-Kommission eine marktbeherrschende Stellung Googles nur für den allgemeinen Suchmarkt festgestellt und argumentiert, dass ebendiese Stellung missbräuchlich verwendet wurde, um den eigenen Preisvergleichsdienst zu bevorzugen. Eine Miteinbeziehung von Händlerplattformen auf dem Markt für Preisvergleichsdienste hätte an dieser Feststellung nichts geändert. Entscheidend ist vielmehr die Fokussierung auf einen Markt für allgemeine Suchdienste.

3.1.3 Schlussfolgerungen und Empfehlung

650. Aus den aktuellen Fällen im Berichtszeitraum und der bisherigen kartellbehördlichen Erfahrung lassen sich derzeit keine grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte erkennen. Rechtliche Unklarheiten, wie sie in der Vergangenheit bei der Definition von Märkten in Bezug auf unentgeltlich bereitgestellte Leistungen bestanden haben, wurden durch die 9. GWB-Novelle beseitigt. Die vorhandenen kartellrechtlichen Instrumente zur Marktabgrenzung sind grundsätzlich auch für die Abgrenzung mehrseitiger Märkte geeignet. Vor diesem Hintergrund ist aus der Sicht der Monopolkommission eine Neufassung der Marktabgrenzung, wie sie derzeit im Koalitionsvertrag vorgesehen ist, nicht erforderlich.

651. Das Beispiel des Falls Google Search (Shopping) der Europäischen Kommission verdeutlicht, dass der Markt-abgrenzung auch bei mehrseitigen Plattformen eine hohe Relevanz zukommt. Ein wesentlicher Kritikpunkt bezüglich der Entscheidung der EU-Kommission, die in einer Rekordstrafe in Höhe von rund EUR 2,4 Mrd. für Google mündete, betrifft eine vermeintlich zu enge Abgrenzung, die dazu führt, dass Online-Händler wie Amazon und eBay, die im Bereich der Produktsuche eine wichtige Rolle spielen, bei der Marktdefinition nicht berücksichtigt wurden. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund erscheint es wünschenswert, dass die teilweise noch bestehenden konzeptionellen Schwierigkeiten bei der Anwendung quantitativer Methoden wie des SSNIP-Tests überwunden werden können, um die qualitative Analyse sinnvoll zu ergänzen.

3.2 Neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien

652. Der Begriff „Schadenstheorie“ („theory of harm“) hat mit der stärker ökonomischen, auf der Betrachtung von Effekten basierten Herangehensweise unter dem Schlagwort „more economic approach“ vermehrt Einzug in die Kartellrechtsanwendung gehalten.¹⁸⁹ Damit wurde die Untersuchung von Effekten anhand potenziell wettbewerbsschädlicher Szenarien eines Marktverhaltens („Schadenstheorie“) eingeführt. Schadenstheorien drücken aus, wie der Wettbewerb im Vergleich zu einem angemessenen Alternativszenario („counterfactual“) beeinträch-

¹⁸⁶ Vergleichsweise ausführlich dazu EU-Kommission, a. a. O., Tz. 216 ff.

¹⁸⁷ Ebenda, Tz. 218 f.

¹⁸⁸ Ebenda, Tz. 220.

¹⁸⁹ Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 446, 448.

tigt würde und dies letztendlich zu einem Schaden für die anderen Marktteilnehmer führt. Insoweit füllt die Schadenstheorie den Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung aus. Insbesondere wurden zunächst vielfältige Modelle und Theorien zu den Preiseffekten von Fusionen entwickelt. Mit der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission zum Behinderungsmissbrauch¹⁹⁰ wurden ökonomische Modelle auch verstärkt in die Bewertung von Marktmachtmissbräuchen einbezogen.

653. Im Folgenden sollen Anwendungen von Schadenstheorien analysiert werden, welche die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt während des aktuellen Berichtszeitraums im Rahmen der Fusionskontrolle (weiter)entwickelt haben. Zunächst wird auf mögliche Ausbeutungsmissbräuche im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten eingegangen, wie sie aktuell in dem laufenden Verfahren des Bundeskartellamtes gegen das Unternehmen Facebook eine Rolle spielen (Abschnitt 3.2.1).¹⁹¹ Die Europäische Kommission hat im Fall Dow/DuPont¹⁹² einen Zusammenschluss zwischen engen Wettbewerbern auf die Effekte hinsichtlich des Innovationswettbewerbs untersucht, was die Monopolkommission zur Empfehlung einer Anpassung der Horizontal-Leitlinien bringt (Abschnitt 3.2.2). Zudem wird die erweiterte Beurteilung von Plattformen und Netzwerken, wie sie durch das Bundeskartellamt in den Fällen zu CTS Eventim¹⁹³ erfolgt ist, analysiert (Abschnitt 3.2.3). Zuletzt wird auf eine Schadenstheorie zu „schleichenden Übernahmen“ hingewiesen, die aus der Sicht der Monopolkommission in der fusionskontrollrechtlichen Amtspraxis stärker berücksichtigt werden sollte, wie der Fall EnBW/MVV zeigt (Abschnitt 3.2.4).

3.2.1 Missbräuche im Umgang mit Kundendaten

654. Vor dem Hintergrund, dass in vielen Bereichen der Wirtschaft datenbasierte Geschäftsmodelle weiterhin zunehmen, wird diskutiert, inwieweit das Wettbewerbsrecht auf den Umgang von Unternehmen mit Daten Anwendung finden kann. Im Fokus steht dabei, ob das kartellrechtliche Missbrauchsverbot auf den Umgang von marktbeherrschenden Unternehmen mit personenbezogenen Daten anzuwenden ist. Ein Problemkreis entsprechender Schadenstheorien betrifft die Kontrolle von Verhaltensweisen, durch die personenbezogene Daten der Kunden des Unternehmens möglicherweise in einem missbräuchlichen Umfang verarbeitet werden.

655. Hintergrund für die Feststellung eines missbräuchlichen Umfangs einer Datenverarbeitung¹⁹⁴ kann die Annahme sein, dass Kunden ihre personenbezogenen Daten als eine Art Zahlungsmittel einsetzen. Insbesondere Unternehmen, die auf Plattformmärkten agieren, bieten verschiedenen Nutzergruppen teils unentgeltlich Leistungen an, die mit bestimmten Konditionen der Datenverarbeitung verbunden sind. Sofern einem marktbeherrschenden Unternehmen nachgewiesen wird, dass diese Konditionen zu weitgehend sind, könnte dies einen Konditionenmissbrauch darstellen.

656. Konditionenmissbräuche stellen typischerweise einen Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs dar. Ausbeutungsmissbräuche zeichnen sich dadurch aus, dass die Kunden einen Schaden erleiden. Gesetzlich normiert ist der Ausbeutungsmissbrauch in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB sowie in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV. Nach den Vorgaben des GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit

¹⁹⁰ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C45 vom 24. Februar 2009, S. 7.

¹⁹¹ Siehe BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, 19. Dezember 2017.

¹⁹² EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont.

¹⁹³ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen.

¹⁹⁴ Für eine Begriffsbestimmung siehe Art. 4 Nr. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L119 vom 4. Mai 2016, S. 1.

ergeben würden[...]“.¹⁹⁵ Ein Missbrauch ist also gegeben, wenn Preise oder Konditionen oberhalb dessen liegen, was sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde.

657. Abzugrenzen von den Ausbeutungsmissbräuchen sind Behinderungsmissbräuche, die nicht auf die Kunden, sondern in erster Linie auf die Wettbewerber eines marktbeherrschenden Unternehmens abzielen. Allerdings sind auch Mischformen von Ausbeutungs- und Behinderungstatbeständen möglich, bei denen eine Ausbeutung der Kunden auch oder insbesondere zu einer Behinderung der Wettbewerber bzw. einer Absicherung der Marktherrschaft führt. In der jüngeren Vergangenheit wurden durch die Rechtsprechung des BGH die Voraussetzungen für eine alternative Argumentationsstruktur geschaffen, bei der diesem Mischcharakter stärker Rechnung getragen werden kann. Die Wettbewerbsbehörde stützt sich dabei statt auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB. Anstelle eines Vergleichs mit der Situation bei wirksamem Wettbewerb könnten dann Wertungen des Gesetzgebers, d. h. der bestehende Rechtsrahmen, als Wertungsmaßstab herangezogen werden. Bei der Prüfung eines Rechtsverstößes im Rahmen der Missbrauchsprüfung kann Berücksichtigung finden, dass das zugrunde liegende Verhalten nicht zwingend (alleine) auf die von dem Verstoß direkt betroffenen Kunden zielt. Neben der Ausbeutung der Kunden kann von dem Verhalten auch eine Behinderungswirkung auf die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens ausgehen.

658. Die Anwendung der beschriebenen Schadenstheorien auf die Datenverarbeitung durch marktbeherrschende Unternehmen ist aktuell relevant, weil das Bundeskartellamt derzeit prüft, ob der Umgang des Unternehmens Facebook mit den Daten seiner Nutzer gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung des § 19 GWB verstößt.¹⁹⁶ Laut der veröffentlichten Hintergrundinformation zu dem laufenden Verfahren geht das Amt davon aus, dass ein Konditionenmissbrauch vorliegen kann, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen als Voraussetzung für die Nutzung seines Dienstes einen umfangreichen Spielraum bei der Verarbeitung personenbezogener Daten einräumt.¹⁹⁷ Der Schaden für den Nutzer liege in dem Kontrollverlust, dass der Nutzer nicht mehr selbstbestimmt über seine persönlichen Daten verfügen und überschauen könne, welche Daten aus welchen Quellen für welche Zwecke zu einem detaillierten Profil zusammengeführt werden.¹⁹⁸ Dies sei auch ein Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁹⁹

659. Das Facebook-Verfahren steht nicht im Zusammenhang mit den neuen Ermittlungskompetenzen des Amtes im Verbraucherschutz²⁰⁰ und hat nach den Kriterien des Wettbewerbsrechts zu erfolgen. Eine über die gesetzlichen Vorgaben des Wettbewerbsrechts bzw. die Konkretisierungen der Rechtsprechung hinausgehende Berücksichtigung von Verbraucher- oder Datenschutzbelangen würde eine Ausweitung des Kartellrechts in andere Rechtsbereiche darstellen. Auch deshalb sind das bei Verfahren dieser Art zugrunde zu legende Prüfungskonzept und die damit verbundenen Wirkungen von besonderem Interesse.

660. Im Folgenden werden zwei konzeptionelle Arten des Herangehens an den Nachweis eines solchen Missbrauchs bei Daten und die damit verbundenen Probleme untersucht. Im Anschluss daran wird auf die Problematik

¹⁹⁵ Nach Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV besteht ein Missbrauch in der „unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“. Die Bezugnahme auf die Bedingungen bei wirksamem Wettbewerb findet sich hier nicht. Da dennoch naheliegend ist, die Unangemessenheit von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen anhand eines wettbewerblichen Vergleichsmarkts zu untersuchen, gelten die folgenden Überlegungen grundsätzlich ebenfalls für das Unionsrecht.

¹⁹⁶ Untersucht wird der Umgang mit Daten aus Drittquellen, d. h. von Internetseiten außerhalb Facebooks. Vgl. Bundeskartellamt, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, 19. Dezember 2017, S. 2. Der Umgang des Unternehmens mit personenbezogenen Daten von Internetnutzern, die nicht bei Facebook registriert sind, wird in dem Verfahren nicht untersucht. Auch hierin könnte jedoch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Es wäre jedoch nicht auf den Nutzermarkt des sozialen Netzwerks abzustellen, sondern auf das Marktverhältnis zwischen Facebook und Unternehmen, die Facebook Nutzerdaten zur Verfügung stellen.

¹⁹⁷ Ebenda, S. 4.

¹⁹⁸ Ebenda, S. 4.

¹⁹⁹ Ebenda, S. 5.

²⁰⁰ Dazu Abschnitt 3.9 in diesem Kapitel.

möglicher Kompetenzüberschneidungen zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden eingegangen, die daraus resultieren, dass eine Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Missbrauchsprüfung das Datenschutzrecht als Angemessenheitsmaßstab heranzieht.

3.2.1.1 Prüfkonzep I (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB): Vorgehen wie bei Preishöhenmissbrauch

661. Als erste Variante wäre denkbar, dass eine Kartellbehörde zum Nachweis eines Konditionenmissbrauchs im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten analog zu der Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs vorgeht. Dazu wäre erstens die Marktbeherrschung des mutmaßlich missbräuchlich handelnden Unternehmens nachzuweisen. Zweitens wäre nachzuweisen, dass durch das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten eine Ausbeutung der Kunden erfolgt. Drittens wäre ein kausaler Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens und dem mutmaßlich missbräuchlichen Verhalten nachzuweisen.

Marktstellung des betroffenen Unternehmens

662. Die Verbotsnormen des § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV richten sich an Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung.²⁰¹ Diese Begrenzung entspricht dem Regelungsziel der Missbrauchsaufsicht, die darauf abzielt, ungewünschte Wirkungen von Marktmacht einzudämmen. Marktbeherrschung ist als besonders weitreichende Form der Marktmacht anzusehen, sodass der Gesetzgeber hier eine hohe Schwelle für das Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden vorgesehen hat.

663. Auch wenn die Schwelle der Marktbeherrschung formal erreicht ist, betrifft gerade die Verfolgung von Ausbeutungsmisbräuchen der als marktbeherrschend eingestuften Unternehmen ein umstrittenes Anwendungsgebiet des Kartellrechts. Dies ist darauf zurückzuführen, dass vor allem zeitlich begrenzte Preisüberhöhungen durchaus mit einem funktionierenden Wettbewerbsgeschehen in Einklang stehen können. Liegen keine unüberwindbaren Marktzutrittsbarrieren vor, dann können hohe Preise eines Marktführers zu Markteintritten anreizen. Gerade hier liegt die Ambivalenz bei der Verfolgung von Ausbeutungsmisbräuchen. Denn es besteht die Gefahr, dass der Eingriff einer Kartellbehörde zu wettbewerblichen Fehlwirkungen führt. Die Monopolkommission hat vor diesem Hintergrund schon früher darauf hingewiesen, dass die Verfolgung von Ausbeutungsmisbräuchen vor allem dann angemessen ist, wenn eine strukturell nachhaltig abgesicherte Marktstellung vorliegt.²⁰²

664. Bei der Prüfung eines Ausbeutungsmisbrauchs im Zusammenhang mit Daten handelt es sich oftmals um Sachverhalte, die digitale Märkte betreffen. Hier ist es besonders relevant, neben der bloßen Marktstellung des Unternehmens auch die zu erwartende Marktentwicklung zu beachten. Im Beispiel des derzeit vom Bundeskartellamt geprüften Falls des Unternehmens Facebook ist zu berücksichtigen, dass zwar einerseits aufgrund sog. Netzwerkeffekte Marktzutrittsbarrieren vorliegen,²⁰³ aber andererseits die Dynamik des Marktes auch gegen eine strukturell nachhaltig abgesicherte Marktstellung sprechen könnte. So hätte beispielsweise das Unternehmen Instagram, das im Jahr 2012 von Facebook erworben wurde, ein starker Wettbewerber für Facebook werden bzw. einen Wettbewerber wie Google+ stärken können. Zudem existieren heute zumindest für einzelne Dienstleistungen von Facebook konkurrierende Plattformen wie Snapchat, YouTube und Twitter. Andererseits können die starken indirekten Netzwerkeffekte auf plattformbasierten Märkten Marktzutrittsbarrieren darstellen, die für eine strukturell abgesicherte Stellung marktbeherrschender Unternehmen sprechen könnten.

Nachweis der Ausbeutung bei Daten

665. Für den Nachweis eines Ausbeutungsmisbrauchs ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB im nächsten Schritt aufzuzeigen, dass Preise oder Konditionen von dem marktbeherrschenden Unternehmen anders gesetzt werden, als

²⁰¹ Im deutschen Recht gibt es allerdings noch die Norm des § 20 GWB, die sich an marktstarke Unternehmen richtet.

²⁰² So bereits Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Tz. 713 f., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 47, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Baden-Baden 2007, Tz. 42.

²⁰³ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 45 ff.

dies bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Bei einem Konditionenmissbrauch in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten wird von der Annahme ausgegangen, dass die umfassendere Freigabe ihrer Daten einem höheren Preis der Nutzer entspricht. Ein marktbeherrschendes Unternehmen könnte also einen Konditionenmissbrauch begehen, indem es mehr Daten verlangt, als dies bei funktionierendem Wettbewerb möglich wäre.

666. Der Nachweis einer Ausbeutung dürfte im Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten deutlich schwieriger sein als im Fall eines klassischen Preishöhenmissbrauchs. Die Bedeutung der Daten aus Sicht von Unternehmen und Verbrauchern ist unterschiedlich zu bewerten. Anders als bei überhöhten Preisen ist ein möglicher Schaden der Verbraucher aus einer weitreichenden Verarbeitung personenbezogener Daten nicht eindeutig bestimmbar, und die Wahrnehmung, ob tatsächlich ein Schaden oder gar ein Nutzen vorliegt, kann zwischen den Verbrauchern variieren. Anstelle der Entstehung eines Schadens kann man auch in Betracht ziehen, dass die Nutzerdaten aus Sicht eines Diensteanbieters auch ein Mittel darstellen, um die Qualität der angebotenen Dienstleistung zu verbessern. Zudem werden Daten gerade auf digitalen Märkten auch dazu verwendet, die eingeblendete Werbung zu personalisieren. Nutzer könnten es tendenziell eher positiv sehen, wenn die ihnen gezeigte Werbung, die ohnehin eingeblendet wird, zumindest ihren Interessen entspricht. Daher könnte zumindest ein Teil der Verbraucher auch im Fall von wirksamem Wettbewerb bereit sein, in eine weitreichende Verarbeitung seiner Daten einzuwilligen, was den Nachweis wiederum erschwert.

667. In diesem Zusammenhang stellt sich zudem die Frage, wie bemessen werden soll, welcher Umfang an verarbeiteten Daten sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würde. Es gilt also nicht nur nachzuweisen, dass der Umfang der Verarbeitung von Nutzerdaten auf dem infrage stehenden Markt ein relevanter Wettbewerbsfaktor ist und dass sich Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb durch eine zurückhaltende Verarbeitung personenbezogener Daten Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Vielmehr muss darüber hinaus die Schwelle ermittelt werden, ab der das marktbeherrschende Unternehmen mehr Daten von den Nutzern abverlangt, als bei wirksamem Wettbewerb möglich gewesen wäre.

668. Aufgrund der dargestellten ambivalenten Wirkungen von Daten in verschiedenen Geschäftsmodellen dürfte, alleine auf Basis von Plausibilitätsüberlegungen, der beschriebene Nachweis einer Ausbeutung oftmals schwierig zu erbringen sein. Alternativ könnte der Nachweis deshalb über die Analyse vergleichbarer Wettbewerbsmärkte erfolgen, wie dies beim Preishöhenmissbrauch üblich ist. Auch könnte die Kartellbehörde eine Nutzerbefragung mit dem Zweck durchführen, herauszufinden, ob aus Nutzersicht die Menge und Verwendung erhobener Daten für die Auswahlentscheidung der Konsumenten Bedeutung besitzt und zudem mehr Daten verarbeitet werden, als für die vom Verbraucher als wichtig eingestuft Qualitätsmerkmale des Angebots erforderlich sind. Bei einer derartigen Befragung ist darauf zu achten, zwischen einer allgemeinen datenschutzrechtlichen Unbekümmertheit („Privacy Paradox“) und einer (erzwungenen) Zustimmung zur weitreichenden Datenverarbeitung durch das marktbeherrschende Unternehmen über das generelle Maß hinaus zu unterscheiden.

669. Sofern der Nachweis eines Konditionenmissbrauchs in der dargestellten Art und Weise gelingt, ist denklogisch auch die Voraussetzung der Kausalität zwischen Missbrauch und Ausbeutung erfüllt. Da der Nachweis der Ausbeutung durch den Vergleich mit den Konditionen bei funktionsfähigem Wettbewerb erfolgt, ist gleichzeitig belegt, dass das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten dem Unternehmen nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung möglich ist.

670. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine zu weitreichende Verarbeitung personenbezogener Daten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Konditionenmissbrauch vergleichbar dem Preishöhenmissbrauch geahndet werden sollte, sofern die dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind. In der kartellrechtlichen Praxis dürfte der Nachweis einer Ausbeutung im Einzelfall allerdings schwer zu erbringen sein.

3.2.1.2 Prüfkonzert II (§ 19 Abs. 1 GWB): Datenschutzrecht als Maßstab der Angemessenheit von Konditionen

671. Alternativ zu dem zuvor dargestellten Prüfkonzert könnte ein bisher nicht erprobter Prüfansatz darin liegen, einen Missbrauch gegenüber den Kunden im Zusammenhang mit Datenverarbeitung nach der Generalklausel des

§ 19 Abs. 1 GWB zu verfolgen und in einen Bezug zum Datenschutzrecht zu setzen. Grundsätzlich sind auch bei diesem Vorgehen die Marktbeherrschung, die Ausbeutung der Kunden sowie die Kausalität nachzuweisen. Allerdings ändern sich die Nachweisanforderungen ganz erheblich.

672. Bei diesem Vorgehen ist die Prüfung im Hinblick auf die Marktbeherrschung gegenüber dem ersten Prüfkonzepth unverändert vorzunehmen (Abschnitt 3.2.1.1). Der Vorwurf eines Missbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB wird indes anhand der datenschutzrechtlichen Vorgaben geprüft, indem das Datenschutzrecht als Maßstab der Angemessenheit bestimmter Konditionen eines marktbeherrschenden Unternehmens herangezogen wird.²⁰⁴ Gleichzeitig spielt auch der Nachweis der Kausalität eine größere Rolle. Das Vorgehen im Rahmen dieses Prüfkonzepths wirft dabei verschiedene ungeklärte rechtliche Fragen auf.

Feststellung eines Rechtsverstoßes als Missbrauchsmaßstab

673. Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen ist, dass ein Missbrauch gegenüber den Kunden bei Daten darauf beruht, dass die Vertragsparität, d. h. das Machtverhältnis zwischen dem Anbieter und seinen Abnehmern auf einem Markt, gestört ist. Als Maßstab für ein Ungleichgewicht in diesem Machtverhältnis könnten Wertungen des Gesetzgebers insbesondere aus dem AGB-Recht, aber auch aus dem Datenschutzrecht dienen.²⁰⁵

674. Der BGH hat sich in seiner jüngeren Rechtsprechung mit der Prüfung eines mutmaßlichen Missbrauchs anhand eines aus rechtlichen Vorschriften entwickelten Angemessenheitsmaßstabs beschäftigt. In den einschlägigen Urteilen wird festgestellt, dass die Verwendung unzulässiger allgemeiner Geschäftsbedingungen einen Konditionenmissbrauch darstellen kann, der unter die Generalklausel²⁰⁶ des § 19 Abs. 1 GWB fällt.²⁰⁷ Streitgegenstand in diesen Verfahren war eine Klausel in den Vertragsbedingungen der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), nach der ausscheidende Beteiligte dazu verpflichtet waren, einen Gegenwert zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden der Beteiligten zu erfüllenden Verpflichtungen zu zahlen. Ebenso hat der BGH festgestellt, dass zivilrechtliche Generalklauseln, zu denen auch § 19 Abs. 1 GWB zählt, zur Sicherung des Grundrechtsschutzes heranzuziehen sind.²⁰⁸ Auch in der Verletzung von Grundrechten könnte eine Art Konditionenmissbrauch begründet sein, der auf Basis der Generalklausel zu prüfen wäre.

675. Unklar ist, ob bei dieser Prüfung über das Vorliegen eines Rechtsverstoßes hinaus nachzuweisen wäre, dass der infrage stehende Umgang des marktbeherrschenden Unternehmens mit den Daten zu einer Ausbeutung der Nutzer führt. Dafür spricht, dass ansonsten die Entscheidung des Gesetzgebers über die an den Nachweis eines Konditionenmissbrauchs zu stellenden Anforderungen, die sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ergibt, sowie die Auslegung der spezielleren Norm durch die Rechtsprechung keine Anwendung finden würden. Allerdings geht aus den Urteilen des BGH grundsätzlich nicht hervor, ob ein belastender Charakter der Verhaltensweise bei einem Vorgehen auf der Grundlage der Generalklausel nachzuweisen ist. Sowohl Verstöße gegen die Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im BGB als auch die Verletzung von Grundrechten können zwar eine Ausbeutung der Betroffenen darstellen. Der Umstand, dass der BGH anerkennt, dass derartige Verhaltensweisen missbräuchlich sein können, besagt jedoch nicht, dass sich dadurch der Nachweis der Ausbeutung erübrigt.

Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch

²⁰⁴ Allgemein zur Schadenstheorie bei Rechtsverstoßen, allerdings mit Fokus auf die sich daraus ergebenden Behinderungswirkungen, siehe: Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 515 ff.

²⁰⁵ Ob eine Störung der Vertragsparität anzunehmen ist, ist nach § 157 BGB ausgehend von einem objektiven Empfängerhorizont zu beurteilen. Insofern dienen Wertungen des Gesetzgebers in anderen Rechtsquellen auch als Bewertungsmaßstab dieses objektiven Empfängerhorizonts.

²⁰⁶ Als Generalklausel wird in der Rechtswissenschaft eine Norm verstanden, deren Tatbestand weit gefasst ist. Häufig ergeben sich hieraus Anwendungsfragen in Bezug auf die Reichweite, die durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen.

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 61/11 – VBL-Gegenwert, Rz. 68 (zit. nach Juris), sowie BGH, Urteil vom 24. Januar 2017, KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, ECLI:DE:BGH:2017:240117UKZR47.14.0, Rz. 35 (zit. nach Juris).

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 7. Juni 2016, KZR 6/15 – Pechstein/International Skating Union, ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0, Rz. 57 f.

676. Eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Missbrauchsverbots ist die Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem mutmaßlich missbräuchlichen Verhalten. Die Kausalität spielt bei der Prüfung eines Ausbeutungsmissbrauchs auf Basis eines Rechtsverstößes eine gewichtige Rolle, da durch ihre Prüfung sichergestellt wird, dass nicht beliebige Rechtsverstöße ohne wettbewerblichen Zusammenhang auf dem Wege des Kartellrechts verfolgt werden. Vielmehr soll die Missbrauchsaufsicht der Durchsetzung wettbewerblicher Ziele dienen, indem die wettbewerbswidrigen Auswirkungen von Marktmacht unterbunden werden.

677. Die Erforderlichkeit eines Nachweises der Kausalität ergibt sich aus dem Gesetz. Sowohl § 19 GWB als auch Art. 102 AEUV verbieten dem Wortlaut nach die „missbräuchliche Ausnutzung“ einer marktbeherrschenden Stellung. Die Notwendigkeit einer Kausalbeziehung zwischen Marktmacht und Missbrauch kann angesichts des Wortlauts der Norm kaum infrage gestellt werden. Fraglich ist allerdings, wie dieser Kausalzusammenhang zu erfüllen ist. Nach überwiegender Rechtsprechung des EuGH²⁰⁹ bedarf es zum Nachweis eines Missbrauchs grundsätzlich zweier Elemente. Erstens muss die Marktstruktur infolge der Marktbeherrschung bereits geschwächt sein. Zweitens muss das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens von einem normalen Wettbewerbsverhalten abweichen und den Wettbewerb zusätzlich beschränken.²¹⁰ Für die Anwendung des Missbrauchsverbots ist es insofern ausreichend, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Marktmacht und missbräuchlichem Verhalten insofern vorliegt, als das missbräuchliche Verhalten die Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens weiter verstärkt (normative Kausalität bzw. Ergebniskausalität). Eine Kausalitätsbeziehung, nach der ein Unternehmen lediglich aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung ein mutmaßlich missbräuchliches Verhalten durchsetzen kann (strenge Kausalität oder Verhaltenskausalität), genügt freilich umso mehr als Voraussetzung im Rahmen des Missbrauchsverbots. Ein entsprechender Nachweis ist aber nicht erforderlich. Der Ansatz des EuGH, bei einem Missbrauch die Ergebniskausalität, die letztlich eine Umkehrung der Kausalitätsbeziehung der strengen Verhaltenskausalität ist, zu fordern, kann damit begründet werden, dass Sinn und Zweck des Missbrauchsverbots gerade darin liegt, wettbewerbliche Fehlentwicklungen auf den Märkten zu verhindern.²¹¹

678. In Bezug auf einen Missbrauch durch Rechtsbruch ist festzustellen, dass das EU-Recht nur den leistungsrechtlichen Wettbewerb schützt und dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung nicht dadurch missbrauchen darf, dass es sich durch gesetzwidriges bzw. irreführendes Vorgehen einen Vorteil verschafft, der ihm den Ausschluss wirksamen Wettbewerbs ermöglicht.²¹² Allerdings handelte es sich bei den Fällen, die der EuGH zu entscheiden hatte, stets um typische Behinderungsmissbräuche. Im Fall eines möglichen Missbrauchs durch die rechtswidrige Verarbeitung von Daten spielen hingegen sowohl Ausbeutungs- als auch Behinderungsaspekte eine Rolle. Denn während der Rechtsbruch durch eine Form der Ausbeutung der Kunden erfolgt, kann möglicherweise die damit einhergehende Behinderungswirkung gegenüber Wettbewerbern die erforderliche Kausalität begründen. In einer solchen Konstellation ist allerdings unklar, ob durch den Rechtsbruch die Kausalitätsvoraussetzungen eines Marktmachtmissbrauchs bereits erfüllt sind.²¹³ Es könnte anzunehmen sein, dass mit einem Verstoß gegen das Datenschutzrecht, der zur erweiterten Verarbeitung von Daten durch den Marktbeherrscher führt, stets auch eine zusätzliche Absicherung von dessen Marktposition verbunden ist und damit eine normative Kausalität vorliegt. Andererseits kann die wettbewerbliche Behinderungswirkung aufgrund eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht im Einzelfall auch sehr klein ausfallen, etwa wenn sich die Marktstellung des Marktbeherrschers pri-

²⁰⁹ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 sowie 123. Einschränkend ist zu erwähnen, dass der EuGH dieser Linie nicht immer treu geblieben ist und im Urteil Tetra Pak II feststellt, dass die Anwendung des Missbrauchsverbots „einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten voraussetzt“, EuGH, Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak II, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 27.

²¹⁰ Siehe bereits Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 493.

²¹¹ Hierzu ausführlich: Bien/Eilmansberger, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 102 AEUV Tz. 131 ff.

²¹² EuG, Urteil vom 1. Juli 2010, T-321/05 – AstraZeneca, ECLI:EU:T:2010:266, Rz. 355, bestätigt durch: EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, siehe insbesondere Rz. 149 f.; vgl. auch: EuG, Urteil vom 12. Juni 2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 219; EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 1070, zum Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbs.

²¹³ Vgl. die Vorgaben der Rechtsprechung aus Tz. 677.

mär auf andere Charakteristika eines Marktes (z. B. Netzwerkeffekte) stützt. Es wäre zu empfehlen, dass hier eine Spürbarkeitsgrenze anzulegen ist und die Kartellbehörde die Prüfung von Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten als Mittel des Wettbewerbsschutzes begründen muss.

Besonderheiten der Kausalitätsanforderungen nach deutschem Recht

679. Aus der deutschen Rechtsprechung ergibt sich weniger eindeutig, welche Nachweise zur Darlegung eines Kausalzusammenhangs zu erbringen sind. So hat der BGH in dem bereits zitierten Urteil VBL-Gegenwert II²¹⁴ ausgeführt, dass ein Missbrauch bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen insbesondere dann vorliege, wenn die Vereinbarung der infrage stehenden Klausel „Ausfluss der Marktmacht oder der großen Marktüberlegenheit des Verwenders ist“. Diese Formulierung ist eng an die Vorgaben des § 19 Abs. 1 GWB angelehnt und deutet auf die Erforderlichkeit einer strengen Verhaltenskausalität hin. Der geforderte strenge Kausalzusammenhang ist nur erfüllt, wenn ein Unternehmen lediglich aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung ein mutmaßlich missbräuchliches Verhalten durchsetzen kann. Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ die Möglichkeit einer Ergebniskausalität durch den BGH nicht ausgeschlossen wird. Zudem finden sich in der Rechtsprechung des BGH zu § 19 GWB Anhaltspunkte dafür, dass die Norm sowohl bei strenger als auch bei normativer Kausalität Anwendung findet.²¹⁵

680. Sofern nach deutschem Recht eine strenge Kausalität erforderlich ist, ergibt sich der Nachweis eines Ausbeutungsmisbrauchs anhand eines Datenschutzrechtsverstößes auch nicht zwangsläufig aus dem Nachweis der Ausbeutung, wie dies beim Prüfkonzept I anzunehmen ist. So scheinen Kunden unabhängig von der Marktstellung des Vertragspartners häufig sehr freigiebig mit ihren Daten umzugehen. Sofern eine mutmaßlich missbräuchliche Verarbeitung von Daten nicht über das Verhalten anderer, nicht marktbeherrschender Unternehmen auf anderen Märkten hinausgeht, dürfte keine strenge Kausalität zwischen Marktmacht und mutmaßlich missbräuchlichem Verhalten vorliegen. Dies lässt sich auch anhand des laufenden Facebook-Verfahrens des Bundeskartellamtes illustrieren: Selbst wenn festgestellt würde, dass das Unternehmen durch die Verarbeitung der personenbezogenen Daten seiner Nutzer gegen das Datenschutzrecht verstößt, wäre dadurch keineswegs nachgewiesen, dass nicht auch andere Unternehmen, die nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, vergleichbare Datenschutzrechtsverstöße begehen könnten. Wäre dies der Fall, bestünde kein kausaler Zusammenhang zwischen dem mutmaßlich missbräuchlichen Verhalten des Unternehmens und seiner etwaigen marktbeherrschenden Stellung.

681. Ein strenger Kausalzusammenhang könnte sich jedoch ergeben, wenn zur Bewertung des mutmaßlich missbräuchlichen Umgangs mit Daten die Wertungen des Gesetzgebers im Datenschutzrecht herangezogen werden und dabei auf eine Norm rekurriert wird, die nur auf Unternehmen mit Marktmacht Anwendung findet. Wenn eine datenschutzrechtliche Norm nur Anwendung auf marktbeherrschende Unternehmen findet, könnten auch nur marktbeherrschende Unternehmen gegen diese Norm verstoßen, was für eine strenge Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Rechtsverstoß sprechen könnte.

682. Zu denken ist hier an das Kopplungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Datenschutz-Grundverordnung.²¹⁶ Das Kopplungsverbot besagt, dass bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten freiwillig erteilt wurde, dem Umstand Rechnung zu tragen ist, ob unter anderem die Erfüllung des Vertrags von der Einwilligung abhängig gemacht wurde. Hierbei könnte zu berücksichtigen sein, ob zwischen den Betroffenen und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht.²¹⁷ Von einem solchen Ungleichgewicht wäre bei einer

²¹⁴ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017, KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, ECLI:DE:BGH:2017:240117UKZR47.14.0, Rz. 35 (zit. nach Juris). Zuvor bereits zurückhaltender in BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 61/11 – VBL-Gegenwert, Rz. 68 (zit. nach Juris).

²¹⁵ BGH, Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02 – Strom und Telefon I, Rz. 21 (zit. nach Juris). So auch Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Tz. 82.

²¹⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L119 vom 4. Mai 2016, S. 1.

Marktmacht möglicherweise auszugehen, sofern sie die Möglichkeit der Kunden einschränkt, auf alternative Produkte auszuweichen.²¹⁸

683. Eine derartige Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zweck der datenschutzrechtlichen Prüfung durch die Kartellbehörde ist nämlich nicht die Durchsetzung des Datenschutzrechts, sondern die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Der heranzuziehende Maßstab muss daher die Grundsätze des Wettbewerbsrechts erfüllen. Nur wenn diese Grundsätze erfüllt sind, kann der Nachweis einer Kausalität, die im Wettbewerbsrecht gefordert wird, anhand einer anderen, inzident geprüften Rechtsmaterie erbracht werden.

Merkmale und offene Probleme des Prüfkonzpts

684. Wie gezeigt wurde, ist das Konzept, einen Missbrauch gegenüber den Kunden an das Datenschutzrecht zu knüpfen, mit einigen ungeklärten Rechtsfragen verbunden. Zwar werden die erforderlichen Anforderungen an den Beleg eines Missbrauchs gegenüber dem Prüfkonzpt I womöglich so weit reduziert, dass eine Kartellbehörde erheblich wirksamer gegen bestimmte Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens in datenbasierten Märkten vorgehen könnte. Diese Wirksamkeit hängt allerdings auch vom Ausgang einer Klärung der offenen Rechtsfragen ab und ist zudem vor dem Hintergrund der Ziele des Wettbewerbsrechts zu bewerten.

685. Klärungsbedürftig ist insbesondere, wie die Verwendung datenschutzrechtlicher Vorschriften als Angemessenheitsmaßstab für die Feststellung eines Missbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB zu erfolgen hat und ob eine Ausbeutung der Nutzer durch dieses Verhalten nachzuweisen ist. Unklarheit besteht weiter in Bezug auf die Kausalitätsanforderungen, weil die Frage, ob eine normative Kausalität im Fall des Vorwurfs der Ausbeutung der Kunden als ausreichend angesehen wird, insbesondere im deutschen Recht nicht abschließend geklärt ist. Während bei Anwendung der strengen Verhaltenskausalität als Maßstab hohe Nachweishürden für die Kartellbehörde bestehen, würde durch die Akzeptanz einer normativen Kausalität der Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots erheblich erweitert. In letzterem Fall bleibt allerdings weiterhin offen, ob und inwieweit nachzuweisen ist, dass ein anhand des Datenschutzrechts bewertetes missbräuchliches Verhalten zu einer Verbesserung der Marktposition des Marktbeherrschers bzw. zu einer Behinderung der Wettbewerber führt. Wird eine Schutzwirkung im Fall der Verfolgung von Rechtsbrüchen durch die Kartellbehörde abstrakt unterstellt, dann müsste die Behörde allerdings in diesem Prüfschritt auch nur wenige Nachweise erbringen.

686. Wären für die Feststellung einer normativen Kausalität nur geringe Nachweisanforderungen anzunehmen, so hätte dies zur Folge, dass die Kartellbehörden bei marktbeherrschenden Unternehmen weitgehend identisch mit einer Datenschutzbehörde agieren könnten. Unter geringen Kausalitätserfordernissen bliebe allerdings intransparent, in welchem Umfang ein entsprechendes Vorgehen der Kartellbehörden bei der Anwendung des Datenschutzrechts tatsächlich dem Wettbewerbsschutz dient. Den Kosten und Risiken, die mit einem Vorgehen nach diesem Konzept verbunden sind, ist daher besonderes Gewicht beizumessen.

3.2.1.3 Kompetenzabgrenzung zu Datenschutzbehörden

687. Die Einbeziehung außerkartellrechtlicher Normverstöße innerhalb des Prüfkonzpts II kann das Entstehen paralleler behördlicher Durchsetzungszuständigkeiten zur Folge haben. Bei den Sachverhalten, in denen sich der BGH für eine Berücksichtigung gesetzlicher Wertungen in der Missbrauchsaufsicht aussprach, stellte sich diese Frage nicht. So werden die verbraucherschützenden Normen des AGB-Rechts, die der BGH in seinen Urteilen VBL-Gegenwert²¹⁹ und VBL-Gegenwert II²²⁰ als Wertungsmaßstab heranzieht, lediglich im Wege der privatrechtlichen

²¹⁷ Dies legt insbesondere Erwägungsgrund 43 der Datenschutz-Grundverordnung nahe: „Um sicherzustellen, dass die Einwilligung [zur Datenverarbeitung] freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht [...] und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern.“

²¹⁸ Hinzuweisen ist aber darauf, dass eine solche Marktmacht im datenschutzrechtlichen Zusammenhang nicht gleichbedeutend mit der Marktmacht im Wettbewerbsrecht sein muss. Insofern sind entsprechende Normen des Datenschutzrechts nicht als spezielle Gesetzgebung zur Missbrauchsaufsicht anzusehen.

²¹⁹ BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 61/11 – VBL-Gegenwert, Rz. 68 (zit. nach Juris).

Rechtsdurchsetzung verfolgt.²²¹ Damit ist in diesen Fällen die Möglichkeit einer behördlichen Doppelzuständigkeit ausgeschlossen. Soweit sich der BGH für eine Berücksichtigung grundrechtlich gewährter Schutzinteressen über allgemeine gesetzliche Verbotsnormen wie § 19 Abs. 1 GWB ausspricht,²²² existiert ebenfalls kaum eine direkte behördliche Durchsetzung.

688. Im Datenschutzrecht hingegen existiert eine behördliche Durchsetzung, die im Hinblick auf private Unternehmen im Wesentlichen von den 16 unabhängigen Landesdatenschutzbehörden ausgeübt wird. Somit ist nicht auszuschließen, dass durch ein Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht Doppelzuständigkeiten begründet werden.

689. Dem könnte entgegengehalten werden, dass die Prüfungsschwerpunkte einer Wettbewerbsbehörde und einer Datenschutzbehörde auseinanderfallen. Eine eigenständige Verfolgung und Ahndung des Datenschutzrechtsverstoßes wird von den Wettbewerbsbehörden nicht angestrebt und würde auch die behördlichen Kompetenzen überschreiten. Vielmehr hätte die Wettbewerbsbehörde den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den Umgang mit personenbezogenen Daten nachzuweisen und dabei gegebenenfalls eine relevante datenschutzrechtliche Norm, die als Bewertungsmaßstab für das Verhalten dienen soll, inzident zu prüfen. Diese inzidente Prüfung ist jedoch wie gezeigt der Kern der kartellrechtlichen Prüfung nach dem Prüfkonzept II, sodass Kompetenzüberschneidungen kaum zu vermeiden sind.

690. Es besteht also das Risiko sachlich einander widersprechenden Entscheidungen in Bezug auf die Auslegung einer datenschutzrechtlichen Norm. Dem kann – jedenfalls teilweise – durch eine Abstimmung und Koordinierung der Behörden entgegengewirkt werden. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber im Zuge der 9. GWB-Novelle in Bezug auf den Datenschutz und die notwendige Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Datenschutzbehörden in § 50c Abs. 1 GWB Rechnung getragen, indem die Möglichkeit zur Zusammenarbeit nun auch auf den oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Landesdatenschutzbehörden erweitert wurde. Hierdurch wird die Gefahr einander widersprechenden Entscheidungen reduziert, aber nicht völlig ausgeschlossen.

691. Hierbei sind die aktuellen Entwicklungen im Datenschutzrecht zu berücksichtigen. Am 25. Mai 2018 trat mit der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem neu gefassten Bundesdatenschutzgesetz ein neues Regelungsregime in Kraft, das insbesondere deutlich verschärfte Sanktionen für Datenschutzrechtsverstöße²²³ und ein Kohärenzverfahren der zuständigen Datenschutzbehörden zur Abstimmung auf EU-Ebene²²⁴ enthält. Vor diesem Hintergrund sollte eine stärkere Sanktionierung von Datenschutzrechtsverstößen durch die Datenschutzbehörden zu erwarten sein, wodurch anzunehmen ist, dass Unternehmen auch in geringerem Ausmaß gegen den Datenschutz verstoßen werden. Datenschutzrechtsverstöße als Maßstab im Wettbewerbsrecht werden dadurch auch weniger häufig zu erwarten sein.

692. Hinzu kommt, dass die Neuregelungen des Datenschutzrechts eine gewisse Unsicherheit für die betroffenen Unternehmen mit sich bringen, die erst durch Entscheidungen der für den Datenschutz zuständigen Aufsichtsbehörden und daran anknüpfende Rechtsprechung aufgelöst werden kann. In dieser Hinsicht wäre es eher kontraproduktiv, wenn die Wettbewerbsbehörden, die nicht originär für die Durchsetzung des Datenschutzrechts zuständig sind, eigene Bewertungen vornehmen würden. Hierdurch könnte die im Unionsrecht angelegte Entwicklung zu einer konsistenten Anwendung des Datenschutzrechts in allen Mitgliedstaaten verlangsamt werden.

²²⁰ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017, KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, ECLI:DE:BGH:2017:240117UKZR47.14.0, Rz. 35 (zit. nach Juris).

²²¹ Rechtsgrundlage dafür ist insbesondere § 2 Abs. 2 UKlaG.

²²² BGH, Urteil vom 7. Juni 2016, KZR 6/15 – Pechstein/International Skating Union, ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0, Rz. 57 f. (zit. nach Juris).

²²³ Siehe insbesondere Art. 83 DSGVO.

²²⁴ Art. 63 ff. DSGVO.

3.2.1.4 Schlussfolgerungen und Empfehlung

693. Grundsätzlich ist denkbar, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktstellung in Form einer weitreichenden Verarbeitung personenbezogener Daten seiner Kunden missbraucht. Gerade in einem dynamischen Marktumfeld ist die Abgrenzung zwischen einem solchen Ausbeutungsmissbrauch, der einer Verfolgung durch die Kartellbehörden bedarf, und einem gewöhnlichen Wettbewerbsgeschehen oft schwierig. Daher besteht die erhöhte Gefahr eines zu weitgehenden behördlichen Eingriffs, wenn eine Wettbewerbsbehörde gegen Ausbeutungsmissbräuche vorgeht. Ausbeutungsmissbräuche sollten deshalb nur auf Märkten mit strukturell nachhaltig abgesicherter Marktstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens verfolgt werden.

694. Im Fall einer Ausbeutung im Zusammenhang mit Daten sind oftmals Plattformmärkte im Internet betroffen, mit deren Marktstellung die Behörden noch wenig Erfahrung besitzen, sodass streitbar ist, ob hier eine solche abgesicherte Stellung vorliegt. Andererseits könnte gerade vor diesem Hintergrund eine Schutzlücke vorliegen und mit der Ausbeutung auch Behinderungswirkungen verbunden sein. Deshalb hält es die Monopolkommission für vertretbar, wenn die Kartellbehörden in entsprechenden Fällen ein Vorgehen gegen Konditionenmissbräuche prüfen und einschreiten, sofern die erforderlichen Nachweise eines missbräuchlichen Verhaltens erbracht werden können. Die Monopolkommission sieht vor allem zwei Prüfkonzpte, nach denen die Kartellbehörde einen entsprechenden Missbrauch gegenüber den Kunden bei Daten feststellen könnte.

695. Im ersten Fall erfolgt der Nachweis der Ausbeutung durch den Vergleich mit einer Situation wirksamen Wettbewerbs (Prüfkonzzept I), vergleichbar dem Vorgehen bei einem Preishöhenmissbrauch. Hierfür ist insbesondere nachzuweisen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten ein für Nutzer relevantes Entscheidungskriterium ist. Zweitens ist nachzuweisen, dass das marktbeherrschende Unternehmen mehr Daten verarbeitet, als dies bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Bei der Erbringung dieses Nachweises sollte die Kartellbehörde Vergleichsmärkte sowie Marktbefragungen zur Bewertung heranziehen und nur bei klaren Schlussfolgerungen einen Verstoß weiterverfolgen. Allerdings ist gerade die Erbringung dieser Nachweise erheblich schwieriger als bei einem Preishöhenmissbrauch, da die Wirkungen der Verarbeitung personenbezogener Daten auf den Verbrauchernutzen nur schwierig zu bewerten und abzugrenzen sind. Der Nachweis eines Missbrauchs bei Daten nach dem Prüfkonzzept I dürfte in der Anwendungspraxis der Kartellbehörden daher Schwierigkeiten bereiten.

696. Alternativ könnten die Kartellbehörden neue Wege suchen, um einen Missbrauch gegenüber den Kunden im Zusammenhang mit Datenverarbeitung festzustellen. Es besteht hier insbesondere die Möglichkeit, den Missbrauch auf Basis eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht festzustellen (Prüfkonzzept II). Eine besondere Herausforderung für die Kartellbehörden könnte hierbei im Nachweis der Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Position eines Unternehmens und der Ausübung des Rechtsverstoßes liegen. Gegebenenfalls lassen sich die Nachweisanforderungen allerdings auf die Feststellung einer gestärkten Marktposition des marktbeherrschenden Unternehmens reduzieren.

697. Zu bedenken ist, dass die Prüfung eines Missbrauchs nach diesem Prüfkonzzept zur Folge haben kann, dass die Wettbewerbsbehörden gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen analog zu einer Datenschutzbehörde agieren. Denn die Kartellbehörden bewerten bei diesem Vorgehen im Kern die Angemessenheit eines bestimmten Verhaltens nach den Maßstäben des Datenschutzrechts. Sofern eine solche Auslegung des Datenschutzrechts durch die Kartellbehörden parallel zu den Datenschutzbehörden erfolgt, sind potenziell Widersprüche in den Auslegungen der Behörden denkbar. Aus der Sicht der Monopolkommission wäre ein Vorgehen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Prüfkonzzept II deshalb dann zu rechtfertigen, wenn die Behörde solche Fälle aufgreift, bei denen der Datenschutzrechtsverstoß auch zu einer spürbaren Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs (Ausbeutung der Kunden oder Behinderung von Wettbewerbern) führt. Sofern aus rechtlicher Sicht keine erheblichen Kausalitätserfordernisse an das Vorgehen der Kartellbehörden gestellt werden, bliebe jedoch intransparent, in welchem Umfang ein Vorgehen auf der Grundlage des Datenschutzrechts tatsächlich dem Wettbewerbsschutz dient.

3.2.2 Die Untersuchung des Wettbewerbsparameters Innovation wird (weiter)entwickelt

698. Im Berichtszeitraum hat die Frage nach der Berücksichtigung von Innovationen in der Fusionskontrolle die Europäische Kommission besonders beschäftigt. In ihrem Beschluss Deutsche Börse/London Stock Exchange Group²²⁵ äußerte sie Bedenken, dass der Zusammenschluss den Anreiz zur Innovation im Wettbewerb um den Kunden beschränken oder mindestens reduzieren würde. Allerdings nahmen diese Bedenken im Beschluss nur einen sehr geringen Umfang an.²²⁶ Wesentlich weiter ging die umfangreiche Analyse der Innovationsanreize im Beschluss der Europäischen Kommission im Fall Dow/DuPont.²²⁷ In diesem Fall wurde auf der Basis einer umfangreichen Untersuchung eine neue Schadenstheorie zum Innovationswettbewerb entwickelt und angewandt, die maßgeblich zur Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Innovationswettbewerbs und zu Abhilfemaßnahmen in Form der Veräußerung der Forschungs- und Entwicklungsorganisation von DuPont beitrug. Die Anwendung dieser Schadenstheorie und die damit einhergehende Weiterentwicklung der Fusionskontrollpraxis sollen daher in diesem Abschnitt analysiert werden. Auch im Fall des jüngst unter Bedingungen freigegebenen Zusammenschlusses Bayer/Monsanto gelangte die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss in seiner ursprünglich angemeldeten Form zu einer erheblichen Beschränkung des Innovationswettbewerbs auf verschiedenen europäischen und weltweiten Märkten geführt hätte.²²⁸ Die Beschränkung des Innovationswettbewerbs führte auch in diesem Fall dazu, dass die Europäische Kommission die Freigabe nur unter der Bedingung der Veräußerung umfangreicher Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten („FuE“) erteilte.²²⁹

699. Die Monopolkommission beschäftigte sich bereits im XXI. Hauptgutachten mit Fällen, in denen die Europäische Kommission mögliche Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb bewertet hatte.²³⁰ Diese Beschlüsse betrafen einerseits die Märkte für Hochleistungs-Gasturbinen in dem Verfahren General Electric/Alstom, andererseits die Märkte für Medizingerätetechnik (Medtronic/Covidien) und die Pharmabranche (Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business, Pfizer/Hospira).²³¹ In den genannten Fällen bestätigte die Europäische Kommission ihre frühere Entscheidungspraxis, wonach Produkte, die sich noch in der Entwicklung befinden (sog. Pipeline-Produkte), unter bestimmten Umständen bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden müssen. In dem Verfahren Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business entwickelte die Europäische Kommission ihre Grundsätze zur Beurteilung des Innovationswettbewerbs weiter.

700. Die Berücksichtigung des Einflusses von Innovationen auf den Wettbewerb im Rahmen der Fusionskontrolle der Europäischen Kommission hat im Berichtszeitraum weiter an Bedeutung gewonnen. In den Fällen Dow/DuPont und Bayer/Monsanto wurde der Innovationswettbewerb insbesondere auf dem Markt für Pestizide untersucht. Neu sind die angewandten Schadenstheorien, die Ausführlichkeit, mit welcher der Innovationswettbewerb untersucht wird, die Bewertung des Innovationswettbewerbs auf Industrieebene statt nur im Bezug auf einzelne Produkte und die ökonomische Ausarbeitung spezifischer Kriterien für die Prüfung des Innovationswettbewerbs. Bei der Ausarbeitung dieser Kriterien orientierte sich die Europäische Kommission an der Praxis der US-amerikanischen Kartellbehörden, die ihre Erkenntnisse zur Bewertung des Innovationswettbewerbs bereits 2010

²²⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 29. März 2017, M.7995 – Deutsche Börse/London Stock Exchange Group.

²²⁶ Ebenda, Tz. 394, 642, 905.

²²⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont.

²²⁸ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 21. März 2018, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2282_de.htm. Der Beschluss wurde noch nicht veröffentlicht.

²²⁹ Insbesondere musste Bayer seine gesamte FuE-Sparte zum Gemüsesamengeschäft veräußern, sodass die Zahl der weltweiten Akteure, die FuE für Gemüsesamen betreiben, unverändert bleibt. Zudem musste Bayer sein gesamtes weltweites Geschäft inklusive der FuE-Sparte für Saatgut, agronomische Merkmale für den großflächigen Anbau, Glufosinat und wichtige Forschungsprogramme für Totalherbizide veräußern. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 21. März 2018, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2282_de.htm. Der Beschluss wurde noch nicht veröffentlicht.

²³⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 909 ff.

²³¹ EU-Kommission, Beschluss vom 8. September 2015, M.7278 – General Electric/Alstom; Beschluss vom 28. November 2014, M.7326 – Medtronic/Covidien; Beschluss vom 28. Januar 2015, M.7275 Novartis/GlaxoSmithKline Oncology; Beschluss vom 4. August 2015, M. 7559 – Pfizer/Hospira.

in ihren Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen ausführten.²³² Bei der Beurteilung des Innovationswettbewerbs hinsichtlich einzelner zukünftiger Produkte bezog die Europäische Kommission zudem auch die Entdeckungsphase und die darin enthaltenen Forschungslinien und „Frühen-Pipeline-Produkte“ ein, anstatt wie im vergangenen Berichtszeitraum nur „Pipeline-Produkte“ in der Entwicklungsphase zu prüfen.

701. Dabei bezieht sich die Europäische Kommission zwar explizit auf entsprechende Ausführungen zur Untersuchung des Innovationswettbewerbs in ihren Horizontal-Leitlinien. Allerdings wird in den folgenden Abschnitten deutlich, dass die Horizontal-Leitlinien mit ihren kurzen und eher pauschalen Aussagen zum ambivalenten Zusammenhang von Innovationen und Wettbewerb die Weiterentwicklung der Fallpraxis zur Bewertung von Innovationen nicht widerspiegeln.²³³ Auch darauf soll im Folgenden eingegangen werden.

3.2.2.1 Beschränkung des Innovationswettbewerbs im Fall Dow/DuPont

702. Im Fall Dow/DuPont hat die eingehende Untersuchung der Europäischen Kommission zu der Feststellung geführt, dass der angemeldete Zusammenschluss nicht nur den Wettbewerb in Bezug auf Preise und Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt, sondern auch eine erhebliche Reduzierung des Innovationswettbewerbs bedeutet hätte. Der Zusammenhang zwischen Innovation und Wettbewerb wurde somit in den Fokus dieses Verfahrens gerückt.

703. In diesem Fall stand ein Zusammenschluss der beiden weltweit tätigen Hersteller von Pestiziden und Saatgutprodukten zur Entscheidung an. Durch die Fusion entstand das weltweit größte integrierte Pestizid- und Saatgutunternehmen. Die Europäische Kommission hatte zunächst Bedenken aufgrund einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einer Reihe von Märkten für bereits erhältliche Pestizide. Daher musste DuPont die Geschäftstätigkeiten zu bestimmten Herbiziden und Insektiziden und eine Exklusiv-Lizenz für bestimmte Fungizide veräußern. Zudem hatte die Europäische Kommission Bedenken in Bezug auf die Überschneidungen der beiden Unternehmen bei der Herstellung bestimmter petrochemischer Erzeugnisse für Verpackungs- und Klebstoffanwendungen. Dow musste daher zwei Produktionsstätten für petrochemische Spezialprodukte veräußern und einen Liefervertrag für einen chemischen Stoff mit Dritten kündigen.

704. Darüber hinaus stellte die Europäische Kommission eine erhebliche Behinderung des Innovationswettbewerbs in der Pestizidbranche fest. Einerseits wären die Anreize für die fusionierenden Unternehmen, weiterhin parallel zueinander neue Produkte zu entdecken und zu entwickeln, beseitigt worden. Andererseits hätte das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen nicht im selben Umfang die Fähigkeit gehabt, Innovationen hervorzubringen, wie Dow und DuPont getrennt. Auf dieser Basis hat die Europäische Kommission den Zusammenschluss unter der Bedingung freigegeben, dass nahezu die gesamten weltweiten Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten von DuPont veräußert werden mussten.

705. Die Europäische Kommission untersuchte im Hinblick auf Pestizide umfangreich sowohl den Produkt- und Preiswettbewerb als auch den Innovationswettbewerb. Der Umfang der Untersuchung spiegelt sich auch im Umfang des Beschlusses wider, der insgesamt 646 Seiten umfasst, davon 194 Seiten zur Beurteilung des Innovationswettbewerbs.

706. Nach der Schadenstheorie der Europäischen Kommission zum Innovationswettbewerb wird ein Zusammenschluss zwischen zwei bedeutenden Innovatoren wahrscheinlich zu weniger Produktinnovationen führen, da die Anreize zur Innovation erheblich verringert werden.²³⁴ Die theoretischen Überlegungen auf Basis der bisherigen

²³² Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19. August 2010, Abschnitt 6.4.

²³³ In den Horizontal-Leitlinien verweist die EU-Kommission lediglich darauf, dass der Ausdruck „erhöhte Preise“ als Kurzform für die verschiedenen Arten der Schädigung des Wettbewerbs auch „Innovation“ aufgrund eines Zusammenschlusses umfasse; EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31, 5. Februar 2004, S.3, Tz. 8. Die einzigen inhaltlichen Aussagen, die zur Bewertung von Zusammenschlüssen bezüglich Innovationswettbewerb getroffen werden, sind, dass ein Zusammenschluss sowohl negative als auch positive Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb haben kann; vgl. Tz. 38.

²³⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Annex 4, Tz. 5 f. Vgl. dazu auch Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19. August 2010, S. 21.

Literatur zu dieser Schadenstheorie stellte sie in einem eigenen Annex zusammen.²³⁵ Die Europäische Kommission prüfte diese Schadenstheorie sodann in Bezug auf zwei Formen von Schäden: zum einen auf eine Verringerung von Wettbewerb im Bezug auf konkrete existierende und zukünftige Produkte und zum anderen eine Verringerung des Innovationswettbewerbs allgemein durch die Verringerung der Anzahl der Marktteilnehmer.

707. Die Europäische Kommission prüfte in ihrem Beschluss im Wesentlichen die Faktoren, die nachfolgend zunächst genannt und anschließend näher erläutert werden.²³⁶ Negative Effekte auf die Anreize zur Innovation durch einen Zusammenschluss wurden ökonomisch allgemein vermutet²³⁷ unter der Annahme, dass:

- Innovation ein wichtiger Parameter in den betroffenen Märkten ist;
- der relevante Markt hoch konzentriert ist und hohe Zutrittsschranken bestehen;
- relevante Innovationen relativ gut voraussehbar sind;
- die Zusammenschlussbeteiligten wahrscheinliche zukünftige Innovatoren im selben Produktsegment und auf Industrieebene sind;
- hohe Kannibalisierungseffekte zu erwarten sind, also eine hohe Überschneidung in den Entdeckungszielen („discovery targets“), sog. Pipeline-Produkten und fertigen Produkten, gemessen am vergangenen und aktuellen Innovationswettbewerb;
- die Möglichkeit der Gewinnaneignung aus den Innovationen („appropriation“) bereits hoch ist und „Spillover“-Effekte gering sind;
- wenige starke Innovationsanreize abgesehen von Wettbewerb bestehen, wie zum Beispiel der Anreiz, bei lange haltbaren Gütern neue Nachfrage durch verbesserte Produkte zu erzeugen;
- keine Effizienzen vorhanden sind, die die vorgenannten Punkte aufwiegen oder abmildern könnten; und
- es keine effektiven Abhilfen gibt, die die negativen Effekte des Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb verringern würden.

708. Die Europäische Kommission prüfte zunächst, ob Innovationen allgemein ein wichtiger Faktor für den betroffenen Markt sind.²³⁸ Eine weitergehende Prüfung des Innovationswettbewerbs wird erst relevant, wenn dies der Fall ist. Die Europäische Kommission nahm in diesem Fall an, dass Innovationen im Pestizidmarkt eine treibende Kraft für den Wettbewerb sind. Als Gründe dafür nannte sie, dass Schädlinge über die Zeit eine Resistenz gegen bestimmte Pestizide entwickeln und dass Pestizide einen bedeutenden Beitrag zur Lebensmittelversorgung der Welt liefern.²³⁹

709. Des Weiteren ging sie der Frage nach, ob die Innovationen auf dem relevanten Markt relativ gut voraussehbar sind.²⁴⁰ Zwar besteht allgemein eine inhärente Prognoseunsicherheit in Bezug auf den tatsächlichen Erfolg von Forschungs- und Entwicklungsbemühungen sowie den wirtschaftlichen Erfolg der daraus resultierenden Innovationen.²⁴¹ Auch besteht in einigen Branchen eine höhere Wahrscheinlichkeit auf Erfolg bei der Entdeckung und Entwicklung eines Produktes als in anderen. Trotzdem besteht die Möglichkeit, anhand der vorhandenen Innova-

²³⁵ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Annex 4.

²³⁶ Vgl. Ebenda, Annex 4, Tz. 12 ff. und 14 ff.

²³⁷ Es handelt sich hier ausdrücklich um eine ökonomische Vermutung und keine rechtliche. Vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 2120.

²³⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 1975.

²³⁹ Ebenda, Tz. 1975 ff.

²⁴⁰ Ebenda, Tz. 2168.

²⁴¹ Ebenda, Tz. 48. Vgl. dazu auch Kerber, W., Competition, innovation, and competition laws: dissecting the interplay, Joint Discussion Paper Series in Economics, Nr. 42, 2017, S. 9.

tionsvorhaben und der aktuellen Forschungsstränge der Unternehmen zu prognostizieren, welche Innovationen die Unternehmen konkret vorantreiben und welche Erfolgchancen die gegebenenfalls resultierenden Innovationen haben werden. Nur wenn solche Prognosen möglich sind, können die Wirkungen eines Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb in Bezug auf bestimmte Produkte geprüft werden. Die Europäische Kommission stellte im Fall Dow/DuPont fest, dass die Unternehmen in der Pestizidbranche hinsichtlich der zu erfindenden oder zu entwickelnden Produkte auf Basis sehr weitgehender Marktbeobachtung sehr konkrete Entdeckungsziele verfolgten, die auf wahrscheinliche zukünftige Produkte hindeuten würden.²⁴² Des Weiteren prüfte sie, ob es sich bei den Zusammenschlussparteien um wahrscheinliche Innovatoren in denselben Produktmärkten handelt.²⁴³ Auch dies hielt die Europäische Kommission aufgrund ihrer Analyse der bisherigen und aktuellen Überschneidungen in den Patenten für wahrscheinlich.²⁴⁴ Die Europäische Kommission untersuchte weiter, ob der relevante Markt hoch konzentriert sei und hohe Eintrittsschranken bestünden. Nach der Berechnung eines Indexes für Marktkonzentration, des Herfindahl-Hirschman-Indexes („HHI“),²⁴⁵ sowie qualitativer Analysen bejahte die Europäische Kommission dies.²⁴⁶

710. Die Europäische Kommission prüfte sodann, ob ein zunehmender Kannibalisierungseffekt zwischen den Unternehmen wahrscheinlich sei. Von einem Kannibalisierungseffekt spricht man, wenn Forschungsergebnisse eines Zusammenschlussbeteiligten die Gewinne aus Produkten des anderen Beteiligten kannibalisieren und die fusionsbedingte Internalisierung dieses Effektes zu einem Rückgang der Anreize für Forschung und Entwicklung führt. Auch dies bejahte die Europäische Kommission. Die Schadenstheorie beruhte dabei auf einem umfassenden Konzept des Innovationswettbewerbs, bei dem das Ausmaß untersucht wurde, in dem durch innovative Produkte eines Unternehmens die Gewinne des anderen Unternehmens sowohl bei bestehenden als auch bei innovativen zukünftigen Produkten beeinträchtigt werden können.²⁴⁷

711. Zudem prüfte die Europäische Kommission eingehend, ob die Möglichkeit der Gewinnaneignung aus Innovationen vor der Fusion bereits hoch war und sich durch den Zusammenschluss nicht wesentlich erhöhen würde. Sog. „Spillover“-Effekte müssten gleichzeitig sinken.²⁴⁸ Die Möglichkeit einer erhöhten Gewinnaneignung wäre ein positiver Innovationsanreiz, der als fusionspezifische Effizienz gesehen wurde. Die Anreize, Innovationen zu entwickeln, sind vorhanden, wenn die Möglichkeit besteht, sich die daraus entstehenden Gewinne anzueignen. Dies ist vor allem dann gegeben, wenn verhindert werden kann, dass sich Konkurrenten, z. B. durch Imitation, einen Teil der Gewinne aneignen können („spillovers“). Ein hohes Maß an Gewinnaneignung kann durch Patentrechte hergestellt werden, die die Innovation schützen.²⁴⁹ Nach der Analyse der Europäischen Kommission sei in der Pestizidbranche durch den wirksamen Schutz von Patentrechten bereits ein hohes Maß an Gewinnaneignung der Fall, dieses würde durch den Zusammenschluss wahrscheinlich nicht weiter erhöht.²⁵⁰ Gleichzeitig sei die Möglichkeit von „Spillover“-Effekten bereits gering und würde infolge des Zusammenschlusses noch geringer. Es wurden von

²⁴² Vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, unter anderem Tz. 350 f., 2122, 2168 und Tz. 2871 ff. und Annex 4, Tz. 12 unter d).

²⁴³ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 2532 ff.

²⁴⁴ Ebenda, Tz. 1813, 2568, 2604 ff.

²⁴⁵ Ebenda, Tz. 378.

²⁴⁶ Ebenda, Tz. 2394, 2532, 2541, 2547, 2553. Die Europäische Kommission weist ebenfalls auf die Tatsache hin, dass die Pestizidbranche zudem durch viele Verflechtungen durch institutionelle Investoren charakterisiert wird. Diese Überlegung und ihre Überlegungen zu Berechnungen dieser Eigenschaft mittels eines modifizierten HHI („MHHI“) gingen letztlich jedoch nicht in die Prüfung zur Marktkonzentration ein. Zur Analyse der Minderheitsbeteiligungen Tz. 233 und Fn. 85, Tz. 2338 ff. und Annex 5. Vgl. hierzu auch ausführlicher Gliederungspunkte 4.2 und 4.3 in Kapitel II in diesem Gutachten.

²⁴⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 2108. Siehe auch Tz. 244.

²⁴⁸ Ebenda, Annex 4, Tz. 92, 94 f.

²⁴⁹ Ebenda, Annex 4, Tz. 19 f.

²⁵⁰ Ebenda, Annex 4, Tz. 96.

den Parteien zudem keine substantiierten Argumente für andere Effizienzen in Form zunehmender Innovationsanreize oder von Größenvorteilen bei der Forschung und Entwicklung durch den Zusammenschluss vorgebracht.²⁵¹

712. Aufgrund dieser Bewertung nahm die Europäische Kommission im Fall Dow/DuPont in ihrer Schadenstheorie eine allgemeine Reduzierung des Innovationswettbewerbs an. Nach der Ansicht der Europäischen Kommission lassen sich Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb für Pestizide hinsichtlich der Innovationsphasen oder -räume („innovation spaces“, auch „Innovationsmarkt“ bzw. „FuE-Markt“ genannt) untersuchen, welche eine „Input-Aktivität“ sowohl für die vorgelagerten Technologiemarkte als auch für die nachgelagerten Produktmärkte darstellen.²⁵² Die erste Stufe des Innovationsraums, die sog. Entdeckungsphase, dauert zwischen drei und vier Jahren. In der Entdeckungsphase bestehen Vorhaben für neue Produkte als Forschungslinien oder als „Frühe-Pipeline-Produkte“, also Produkte, die Zwischenergebnisse von Forschungslinien sind. Diese haben eine geringere Erfolgswahrscheinlichkeit als die „Pipeline-Produkte“ in der nächsten Phase, der Entwicklungsphase, deren Erfolgswahrscheinlichkeit zwischen 80 und 90 Prozent liegt. Die Entwicklungsphase in der betrachteten Industrie dauert mindestens fünf bis sechs Jahre. Während der Entwicklungsphase experimentieren die Firmen mit verschiedenen Formeln eines neuen, wirksamen Inhaltsstoffes („active ingredient“) und führen Sicherheits-, Wirksamkeits- und Biologietests durch. Wenn wirksame Inhaltsstoffe entwickelt worden sind, verlagert sich der Wettbewerb weg von der Forschung und Entwicklung hin zu den relevanten Produkt- und Technologiemarkten.²⁵³

713. Darüber hinaus untersuchte die Europäische Kommission Effekte auf den Innovationswettbewerb bei konkret existierenden und zukünftigen Produkten. Dabei ging es um einen möglichen Schaden durch die Verringerung von Innovationsanreizen durch die Einstellung, Umleitung oder Verzögerung aktueller Forschungslinien einer der Zusammenschlussparteien.²⁵⁴ Die Europäische Kommission stellte fest, dass die Zusammenschlussbeteiligten über wichtige Forschungslinien und daraus resultierende Frühe-Pipeline-Produkte²⁵⁵ verfügen, die denselben Produktmarkt betreffen.²⁵⁶ Wenn diese Produkte auf den Markt kämen, stünden die Zusammenschlussbeteiligten damit direkt im Wettbewerb zueinander. Eine der Parteien verfolgte zudem eine Forschungslinie mit Frühen-Pipeline-Produkten in einem Markt, in dem die andere Partei schon präsent ist.

714. Eine produktbezogene Prüfung hinsichtlich von Innovationen hatte die Europäische Kommission auch in früheren Fällen, wie zum Beispiel im Fall Pfizer/Hospira²⁵⁷ oder bei dem Zusammenschluss General Electric/Alstom²⁵⁸, durchgeführt.²⁵⁹ In beiden Fällen wurde der Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Pipeline-Produkten, die

²⁵¹ Ebenda, Tz. 3265 ff. und Annex 4, Tz. 9 f. und Tz. 109.

²⁵² Die US-amerikanischen Kartellbehörden Department of Justice und Federal Trade Commission gehen in ihren Leitlinien in Bezug auf Innovationen von einem Produktmarkt, einem Technologiemarkt und einem FuE-Markt („goods markets, technology markets and R&D markets“) aus. In der US-amerikanischen Wissenschaft wurde auch häufig vom Konzept des „innovation market“ gesprochen; vgl. Gilbert, R./Sunshine, S., Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets, *Antitrust Law Journal* 63, 1997, S. 569–601. Die Bezeichnung „innovation market“ bzw. „Innovationsmarkt“ stieß jedoch auf Kritik, da das Konzept tatsächlich nicht auf einen Markt als solchen, sondern auf eine Aktivität, die einen Beitrag („input“) für einen tatsächlichen Markt liefert, hinweist. Daher verwendet die Europäische Kommission den Begriff „innovation spaces“, dieser Begriff ist aber als Synonym der vorgenannten Begriffe zu verstehen.

²⁵³ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Abschnitt 1.4.1 und 1.4.2. Vgl. auch Petit, N., Innovation competition, unilateral effects and merger control policy, 29. Januar 2018, SSRN-Paper, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3113077>.

²⁵⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 1956.

²⁵⁵ Zu einer Forschung („line of research“) gehören nach der Definition der Europäischen Kommission die Wissenschaftler, Patente, Wertgegenstände, Ausrüstungen und chemischen Klassen, die einem größeren Entdeckungsziel gewidmet werden. Vgl. EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 1958 ff.

²⁵⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 3056.

²⁵⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 4. August 2015, M.7559 – Pfizer/Hospira.

²⁵⁸ EU-Kommission, Beschluss vom 8. September 2015, M.7278 – General Electric/Alstom.

²⁵⁹ Vgl. zur Prüfung des Innovationswettbewerbs in Bezug auf Pipeline-Produkte in vorhergehenden Fällen, vor allem in der pharmazeutischen Industrie, Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 909 ff.

schon in der Entwicklung waren, berücksichtigt. Im Fall Pfizer/Hospira musste Pfizer auf der Basis dieser Prüfung ein in der Entwicklung befindliches biotechnologisches Arzneimittel veräußern, da sonst die Gefahr bestanden hätte, dass dies nach der Übernahme nicht mehr weiterentwickelt worden wäre.²⁶⁰ Allerdings bezog die Europäische Kommission in den genannten Fällen nicht die möglichen zukünftigen Produkte mit ein, die sich zum Zeitpunkt der Prüfung noch als Forschungslinie oder „Frühes-Pipeline-Produkt“ in der Entdeckungsphase befanden.

715. Im Fall Dow/DuPont untersuchte sie zudem den Einfluss des Zusammenschlusses auf der Industrieebene, also hinsichtlich der allgemeinen Forschungskapazitäten in der Industrie und des daraus resultierenden Innovationsniveaus in der Branche insgesamt. Auf dieser Ebene prüfte die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Forschungsabteilungen. Die Zusammenschlussbeteiligten betrieben zwei der wenigen, weltweit konkurrierenden Forschungs- und Entwicklungsabteilungen im Bereich der Pestizide, von denen eine infolge des Zusammenschlusses geschlossen worden wäre. Dadurch würde das allgemeine Niveau des Innovationswettbewerbs erheblich reduziert.²⁶¹ Auch hier geht die Europäische Kommission einen Schritt weiter in ihrer Untersuchung und ihrer Schadenstheorie als zuvor. Die Schadenstheorie der allgemeinen Reduzierung des Innovationswettbewerbs in den Innovationsräumen durch den Zusammenschluss von Forschungs- und Entwicklungskapazitäten ist ein neuer Ansatz und verlagert den Analyserahmen, der aktuell für bestehende Märkte gilt, auf die FuE-Aktivitäten.

716. Die weiterentwickelten Schadenstheorien überzeugen insgesamt. Der Zusammenhang zwischen Innovationen und Wettbewerbsintensität wird in der ökonomischen Literatur kontrovers diskutiert und lässt sich letztlich auf Schumpeter (1911) zurückführen.²⁶² Demnach steigt die Innovationstätigkeit von Unternehmen auf konzentrierteren Märkten, da auf diesen die für Innovationen notwendigen Gewinne erwirtschaftet werden können. Demgegenüber vertritt Arrow (1962) die Position, dass den Monopolisten die Anreize zu innovativem Handeln fehlen und ein wettbewerbliches Marktumfeld Innovationen wahrscheinlicher macht.²⁶³ Aghion et al. (2005) haben diese beiden scheinbar widersprüchlichen Sichtweisen zusammengeführt.²⁶⁴ Sie gehen davon aus, dass es ein optimales Wettbewerbsniveau gibt, bei dem die Innovationstätigkeit der Unternehmen am höchsten ist. Ein höheres oder niedrigeres Wettbewerbsniveau sorgt für weniger Innovationen („invertierte U-Beziehung“). Die Intuition dahinter ist, dass die Anreize für Innovationen sinken, wenn ein zu intensiver Wettbewerb das Aneignen von Gewinnen aus der Forschungstätigkeit erschwert. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein wirksamer Patentschutz fehlt und Wettbewerber Innovationen leicht imitieren können. In dem vorliegenden Fall Dow/DuPont ist ein solches Szenario hingegen nicht zu erwarten. Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme der EU-Kommission, dass ein Zusammenschluss negative Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb haben dürfte, gerechtfertigt. Durch die Fusion der beiden Unternehmen würde ein wichtiger Wettbewerber auf dem Innovationsmarkt entfallen und damit Anreize zu innovativem Handeln verloren gehen. Dieser Rückgang der Innovationsanreize kann nicht dadurch ausgeglichen werden, dass durch den Zusammenschluss das Aneignen von Gewinnen erleichtert wird, da dies durch den bestehenden Patentschutz bereits ermöglicht wird.

717. Es scheint allerdings gerade im Hinblick auf den Innovationswettbewerb fragwürdig, ob es Zusammenschlussbeteiligten möglich sein wird, positive Anreize zur Innovation als Effizienzen erfolgreich geltend zu machen. Effizienzen werden durch die Kartellbehörden streng geprüft, der Nachweis liegt bei den Parteien und unterliegt einem strengen Beweismaß. Bisher führten die vorgetragenen Effizienzen in keinem Fall dazu, dass die festgestell-

²⁶⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 4. August 2015, M.7559 – Pfizer/Hospira, Tz.58, 309 ff.

²⁶¹ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 278, 3058.

²⁶² Schumpeter, J., *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: eine Untersuchung über Unternehmerrisiko, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus*, 1911.

²⁶³ Arrow, K., *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, in: Nelson, R. (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, 1962, S. 609–625.

²⁶⁴ Aghion, P. u. a., *Competition and Innovation: An Inverted U Relationship*, *The Quarterly Journal of Economics*, 120 (2), Mai 2005, S. 701–728. Diese Zusammenführung wurde jedoch auch kritisiert, vgl. beispielsweise Shapiro, C., *Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?* in: Lerner, J./Stern, S. (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, London 2012, S. 361–404, S. 371 ff.

ten negativen Effekte eines Zusammenschlusses vollständig ausgeräumt werden konnten.²⁶⁵ Zu Effizienzen in Bezug auf Innovationen werden vor allem zwei Kritikpunkte vorgetragen. Erstens stelle der Nachweis für Effizienzen in Form positiver Innovationsanreize eine noch größere Herausforderung dar. Anders als bei Effizienzen in Bezug auf statische Kostensenkungen seien dynamische Effizienzen, wie Innovationsanreize dies sind, schwieriger nachzuweisen und träten erst über eine längere Zeit auf. Zweitens sei unklar, wie groß eine Erhöhung der Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Innovationen durch fusionsspezifische Effizienzen sein müsste, um einen unbestimmten Rückgang an Innovationsanreizen auszugleichen.²⁶⁶

718. Die ökonomische Analyse im Annex des Beschlusses und die Schadenstheorien zum Innovationswettbewerb erfuhren grundsätzlich Zustimmung in der Wissenschaft.²⁶⁷ Ähnliche Annahmen zum Zusammenhang zwischen Innovationen und Wettbewerb hatten schon die US-amerikanischen Kartellbehörden auf der Basis ihrer Fallpraxis eingeführt.²⁶⁸

719. Die US-amerikanischen Kartellbehörden hatten im Jahr 2010 ihre Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen nach mehreren Fällen mit vertieften Untersuchungen und Schlussfolgerungen zu den nicht koordinierten Effekten des Innovationswettbewerbs angepasst und einen eigenen Abschnitt zur Bewertung des Innovationswettbewerbs eingefügt.²⁶⁹ Darin wird insbesondere auf die beiden Schadenstheorien, die auch im Fall Dow/DuPont überprüft wurden, eingegangen und geschildert, wann diese Effekte wahrscheinlich auftreten.

720. Die erste Schadenstheorie geht von einem reduzierten Anreiz zur Fortführung einer bestehenden Produktentwicklung nach dem Zusammenschluss aus. Dies wird als wahrscheinlich erachtet, wenn mindestens eine der Zusammenschlussbeteiligten Bemühungen unternimmt, ein Produkt einzuführen, das die Gewinne der anderen Zusammenschlussbeteiligten in erheblicher Weise beeinträchtigen würde. Die zweite Schadenstheorie geht von einem reduzierten Anreiz zur Entwicklung neuer Produkte aus. Dieser längerfristige Effekt tritt am ehesten ein, wenn mindestens eines der fusionierenden Unternehmen über Kapazitäten verfügt, die es wahrscheinlich in die Lage versetzen, in Zukunft neue Produkte zu entwickeln, die erhebliche Auswirkungen auf die Einnahmen des anderen fusionierenden Unternehmens haben würden.

3.2.2.2 Die Bewertung von Innovationsanreizen sollte weiterentwickelt und in den Horizontal-Leitlinien verdeutlicht werden

721. Grundsätzlich unstrittig ist, dass Innovation ein wichtiger Wettbewerbsfaktor sein kann.²⁷⁰ Zudem ist rechtlich unstrittig, dass die Horizontal-Leitlinien eine Berücksichtigung dieses Wettbewerbsfaktors nicht nur zulassen, sondern vielmehr verlangen. Seit der Einführung des „more economic approach“ lag der Fokus der kartellrechtlichen Praxis jedoch stark auf der Bewertung statischer Effekte wie Preis und Qualität auf Basis dafür entwickelter ökonomischer Modelle.²⁷¹ Die Bewertung des Wettbewerbs im Hinblick auf dynamischen Wettbewerb wie um Innovationen stand dagegen nicht im Fokus.²⁷²

²⁶⁵ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die kartellrechtliche Praxis, Hintergrundpapier vom 5. Oktober 2017, S. 29 ff.

²⁶⁶ Lofaro, A./Lewis, S./Abecasis, P., An Innovation in Merger Assessment?: The European Commission's Novel Theory of Harm in the Dow/DuPont Merger, *Antitrust*, Fall 2017, Volume 32, Number 1, S. 100–107, 103. Haucap, J., Merger effect on innovation: a rationale for stricter merger control?, *Competition Law Review*, 2017, S. 9 f.

²⁶⁷ BKartA, a. a. O., S. 35; Federico, G./Langus, G./Valletti, T., A Simple Model of Mergers and Innovation, CESifo Working Papers, Nr. 6539, Juni 2017; McGeown, P./Barthélemy, A., Recent Developments in EU Merger Control, *Journal of European Competition Law & Practice* 7 (8), 2016; Petit, N., Innovation competition, unilateral effects and merger control policy, 29. Januar 2018, SSRN-Paper, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3113077>.

²⁶⁸ Department of Justice und Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19. August 2010, Abschnitt 6.4.

²⁶⁹ Ebenda.

²⁷⁰ BKartA, a. a. O., S. 4. Kerber, W., Competition, innovation, and competition laws: dissecting the interplay, Joint Discussion Paper Series in Economics, Nr. 42, 2017, S. 2.

²⁷¹ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 3, Tz. 24 ff., welche die möglichen nicht koordinierten wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses erläutern und darin hauptsächlich

722. Die Monopolkommission begrüßt die Weiterentwicklung und Vertiefung der kartellrechtlichen Praxis, nach der Innovationen in der kartellrechtlichen Prüfung von Fusionen zunehmend Berücksichtigung finden. Es ist der Europäischen Kommission darin zuzustimmen, dass unter bestimmten Umständen der Rückgang von Innovationsanreizen prognostiziert werden kann. In diesem Bereich ist aufgrund noch nicht ausreichender Erkenntnisse gleichzeitig ein hohes Maß an Vorsicht geboten. Hier sind die Wissenschaft und die Kartellbehörden gefordert, die Erkenntnisse, Modelle und Prüfkonzepte zum Verhältnis von Wettbewerb und Innovationen weiterzuentwickeln.²⁷³

723. Zwar können allgemein gültige Aussagen zum Verhältnis von Innovationen und Wettbewerb nicht getroffen werden.²⁷⁴ Eine Analyse muss daher stets bezogen auf den Einzelfall stattfinden, da die Wirkung von Zusammenschlüssen auf Innovationen sehr unterschiedlich ausfallen kann. Allerdings sind die Faktoren, anhand derer eine Analyse der Anreize zur Innovation durchgeführt werden kann, in der bisherigen Fallpraxis, wie oben dargestellt wurde, und in der Wissenschaft²⁷⁵ zunehmend aufgearbeitet worden. Auf der Basis dieser fortentwickelten Erkenntnisse sollte daher eine Anpassung der Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission erfolgen.

724. Eine solche Anpassung in den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission würde erheblich zur Rechtssicherheit beitragen. Der Beschluss im Fall Dow/DuPont und dessen Annex 4 können zwar eine gewisse Orientierung geben. Die allgemeinen Bestimmungen zu nicht koordinierten Effekten in den aktuellen Horizontal-Leitlinien sind, wie die Europäische Kommission im Fall Dow/DuPont angibt, jedoch nur „wenigstens teilweise“²⁷⁶ anwendbar und führen daher nicht zu ausreichender Rechtssicherheit. Die beiden Aussagen in Randziffer 38 der Horizontal-Leitlinien, nach denen ein Zusammenschluss sowohl die Anreize für Innovationen erhöhen als auch bezogen auf Innovatoren den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern kann,²⁷⁷ bieten in ihrer Pauschalität ebenfalls wenig Anleitung für betroffene Unternehmen.²⁷⁸

3.2.3 Positive indirekte Netzwerkeffekte verstärken die Marktmacht von Plattformen

725. Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum sowohl in seiner Fallpraxis als auch in seinem Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“²⁷⁹ mit der Plattformökonomie auseinandergesetzt. Im Berichtszeitraum beurteilte das Bundeskartellamt in zwei Fällen erneut, nach Fällen zu Online-Datingplattformen²⁸⁰ und Online-Immobilienplattformen²⁸¹, die Marktmacht in einem Plattformmarkt. In dem Fall

auf Preiseffekte abstellen. Dabei verweist die EU-Kommission auch darauf, dass der Ausdruck „erhöhte Preise“ in den Horizontal-Leitlinien häufig als Kurzform für die verschiedenen Arten der Schädigung des Wettbewerbs aufgrund eines Zusammenschlusses gelten würde, vgl. Tz. 8.

²⁷² Bzw. „dynamische Effizienzen“, vgl. dazu kritisch Kerber, W., a. a. O., S. 7; Curzon Price, T./Walker, M., Incentives to Innovate v Short-term Price Effects in Antitrust Analysis, *Journal of European Competition Law & Practice* 7 (7), 2016, S. 475–482; Comanor, W. S./Scherer, F. M., Mergers and innovation in the pharmaceutical industry, *Journal of Health Economics* 32(1), 2013, S. 106–113; Gilbert, R./Greene, H., Merging innovation into antitrust agency enforcement of the Clayton Act, *George Washington Law Review* 83 (6), 2015, S. 1919–1947; Haucap, J., Merger Effect on Innovation: A Rationale for Stricter Merger Control?, *Competition Law Review*, 2017, S. 4.

²⁷³ Dies fordern auch Federico, G./Langus, G./Valletti, T., a. a. O., S. 9; Kerber, W., a. a. O.; Haucap, J., a. a. O., S. 3.

²⁷⁴ Vgl. Gilbert, R. J., Competition and innovation, S. 18, in: ABA Section of Antitrust Law (Ed.), *Issues in Competition Law and Policy*, American Bar Association, 2009, 3. Aufl.; BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die kartellrechtliche Praxis, Hintergrundpapier vom 5. Oktober 2017, S. 2; Haucap, J., a. a. O., S. 7; Federico, G./Langus, G./Valletti, T., a. a. O., S. 2.

²⁷⁵ Vgl. Federico, G./Langus, G./Valletti, T., a. a. O.; zum Thema Schadenstheorie vgl. Gilbert, R. J., a. a. O.; Gilbert, R./Greene, H., a. a. O.; Shapiro, C., Merger guidelines: hedgehog to fox, *Antitrust Law Journal*, 77, 2010, S. 701–759.

²⁷⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont, Tz. 1993.

²⁷⁷ Vgl. Fn. 233.

²⁷⁸ Petit, N., a. a. O., S. 7.

²⁷⁹ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6 – 113/15.

²⁸⁰ BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15 – Online-Datingplattformen.

²⁸¹ BKartA, Beschluss vom 20. April 2015, B6-29/15 – Online-Immobilienplattformen.

CTS Eventim ging es um die Beurteilung einer Ticketingplattform.²⁸² Die Beurteilung der Marktmacht von CTS Eventim²⁸³ stützte sich neben seinem starken Marktanteil vor allem auf die Feststellung von wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekten auf der Plattform. Diese Beurteilung nahm das Amt erstmals auf Basis der in der 9. GWB-Novelle eingeführten Marktmachtfaktoren des § 18 Abs. 3a GWB vor.

726. Mit den in § 18 Abs. 3a GWB genannten Marktmachtfaktoren sollten Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle den Anforderungen der digitalisierten Wirtschaft angepasst und die besonderen Eigenschaften der Plattformökonomie in die Gesamtbetrachtung aller Umstände eingebettet werden. Wie im Sondergutachten 68 der Monopolkommission bereits ausgeführt, erfordert die besondere Dynamik der Plattformmärkte eine neue ökonomische Beurteilung, da Standardmodelle zur Beurteilung klassischer Marktstrukturen die Besonderheiten dieser Märkte nicht vollständig erfassen.²⁸⁴ In den folgenden Abschnitten wird daher eine Analyse der Prüfung von § 18 Abs. 3a GWB im Fall CTS Eventim folgen, aus der Erkenntnisse über die aktuelle Anwendungspraxis im Bereich der Plattformökonomie gewonnen werden können.

3.2.3.1 § 18 Abs. 3a GWB berücksichtigt Besonderheiten von Plattformen und Netzwerken

727. In ihrem Sondergutachten zur digitalen Ökonomie²⁸⁵ und in ihrem XXI. Hauptgutachten²⁸⁶ hat sich die Monopolkommission mit den Besonderheiten von Plattformmärkten auseinandergesetzt und Empfehlungen zur Anwendung des Kartellrechts in diesem Bereich ausgesprochen. Plattformen sind Intermediäre in mehrseitigen Märkten und gekennzeichnet durch das Auftreten indirekter Netzwerkeffekte zwischen den Nutzergruppen, die sie zusammenbringen.²⁸⁷ Mit den in § 18 Abs. 3a GWB eingeführten zusätzlichen Faktoren sollen direkte und vor allem indirekte Netzwerkeffekte „insbesondere“ bei einer Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf Plattformmärkten berücksichtigt werden. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass einzelne dieser Kriterien in anderen Märkten ebenfalls berücksichtigt werden können.²⁸⁸

728. Nach § 18 Abs. 3a GWB sind insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens auch folgende Faktoren zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

729. Diese speziellen Marktmachtfaktoren sind laut Regierungsbegründung insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke kennzeichnend und unterscheiden diese von einseitigen Märkten. Es sind sog. Plusfaktoren, die zusammen mit den Marktanteilen nach § 18 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 und Abs. 6 GWB und den weiteren Faktoren in § 18 Abs. 3 GWB bei der Analyse der Marktstellung eines Unternehmens heranzuziehen sind.²⁸⁹ Es sind aller-

²⁸² BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 256, und BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 278.

²⁸³ Die Beurteilung des § 18 Abs. 3a GWB ist in beiden genannten Fällen vom Wortlaut her gleich.

²⁸⁴ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 745 ff.

²⁸⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 34 ff.

²⁸⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 745 ff.

²⁸⁷ Vgl. dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 745 ff.

²⁸⁸ Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 48.

²⁸⁹ Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 48.

dings keine Plusfaktoren in dem Sinne, dass eines oder mehrere Kriterien für die Feststellung einer Marktbeherrschung erfüllt sein müssten.²⁹⁰ Im Gegenteil sprechen einige Faktoren für eine große Marktmacht und bringen eine erhöhte Konzentrationstendenz zum Ausdruck, wohingegen andere Faktoren einer Konzentrationstendenz entgegenwirken. Aus ökonomischer Sicht bedingen sich einige dieser Faktoren untereinander oder können eine Wechselbeziehung zueinander haben.

730. Direkte und, vor allem, indirekte Netzwerkeffekte sind das wesentliche Merkmal mehrseitiger Märkte.²⁹¹ Direkte Netzwerkeffekte beziehen sich auf die Größe der Nutzergruppe in einem Netzwerk oder auf einer Plattformseite und liegen vor, wenn der Nutzen des Produktes oder der Dienstleistung mit der Anzahl der Teilnehmer steigt. Indirekte Netzwerkeffekte treten auf, wenn eine steigende Anzahl der Nutzer einer Plattformseite die Nutzung für die andere Plattformseite attraktiver macht. Eine Zunahme an Nutzern auf der einen Seite der Plattform führt damit zu einer höheren Anzahl von Nutzern auf der Gegenseite, woraus, wenn es sich um wechselseitige Effekte handelt, wiederum ein sich verstärkender Effekt auf die erste Seite resultiert. Diese Effekte können Konzentrationstendenzen verstärken und Preisstrategien beeinflussen.²⁹² Zudem können diese Konzentrationstendenzen insbesondere eine marktbeherrschende Stellung noch verstärken.²⁹³

731. Das wettbewerbspolitische Problem dieser Konzentrationstendenz ist im Wesentlichen jedoch nicht die mögliche Entstehung von Monopolen.²⁹⁴ Gerade in Plattformmärkten kann eine Monopolisierung des Marktes unter Umständen ökonomisch effizient sein.²⁹⁵ Vielmehr ergeben sich aus den Netzwerkeffekten hohe Marktzutrittschranken, die zu einer erschwerten Bestreitbarkeit der Plattform führen.²⁹⁶ Die Konzentrationstendenzen und Marktzutrittschranken, die sich aus indirekten Netzwerkeffekten ergeben, können durch Größenvorteile und den Zugang zu relevanten Daten noch weiter verstärkt werden. Dahingegen können die parallele Nutzung mehrerer Dienste („Multi-Homing“) und innovationsgetriebener Wettbewerb diesen Effekten entgegenwirken.²⁹⁷

732. Die grundsätzliche Relevanz der Kriterien ist nicht umstritten.²⁹⁸ Die gesetzliche Klarstellung in der 9. GWB-Novelle hielt die Monopolkommission im XXI. Hauptgutachten zwar nicht für zwingend, da bereits mehrere der im bestehenden § 18 Abs. 3 GWB enthaltenen Kriterien eine Berücksichtigung von Besonderheiten der Plattformmärkte ermöglichen. Dennoch erachtete sie eine gesetzliche Konkretisierung für vertretbar, sofern durch die ausdrückliche Aufzählung einzelner Kriterien die Berücksichtigung weiterer wichtiger Kriterien nicht ausgeschlossen würde. Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Aufzählung erschien der Monopolkommission allerdings nicht gänzlich überzeugend. Nach der ökonomischen Theorie ebenfalls bedeutende Kriterien wie Nutzungsbeschränkungen oder der Grad der Plattformdifferenzierung wurden nur in der Gesetzesbegründung benannt, wohingegen andere Kriterien nicht ausschließlich in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke bedeutsam sind.²⁹⁹

²⁹⁰ Grave, C., in: Podszun, R./Kersting, C., Die 9. GWB-Novelle, 2017, München, S. 27; BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6 – 113/15, S. 50 ff.

²⁹¹ Regierungsbegründung, a. a. O., S. 50; grundlegend dazu: Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, in Competition Policy International Vol. 3 (1), 2007, S. 151 ff. Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 37 ff.

²⁹² Zu den Wirkungsweisen indirekter Netzwerkeffekte auf Plattformmärkten in Bezug auf Konzentrationstendenzen und Preissetzung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 39 ff.

²⁹³ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen.

²⁹⁴ Grave, C., in: a. a. O., S. 29.

²⁹⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 42 ff.

²⁹⁶ Grave, C., in: ebenda; Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 51.

²⁹⁷ Regierungsbegründung, a. a. O., S. 50 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 45 ff.

²⁹⁸ Grave, C., in: a. a. O., S. 17, 21.

²⁹⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 7 ff.

733. Mit der ausdrücklichen Aufnahme der neuen Merkmale in den Katalog des § 18 GWB soll zudem laut Regierungsbegründung die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse und die Prüfung, ob Marktbeherrschung vorliegt, verbessert werden. Die Einführung der Vorschrift sollte insgesamt dazu führen, dass die ökonomischen Effekte auf Plattformmärkten von Rechtsanwendern stärker beachtet werden und die Rechtsentwicklung beschleunigt wird.³⁰⁰

734. Gleichzeitig bleibt die Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes im behördlichen Verfahren unberührt.³⁰¹ Das Bundeskartellamt muss demnach alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind.³⁰² Es hat daher den Sachverhalt von Amtes wegen auch in Bezug auf die Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB zu erforschen, soweit er relevant ist.³⁰³

3.2.3.2 § 18 Abs. 3a GWB bei Ticketsystemen erstmals angewendet

735. Im Berichtszeitraum untersuchte das Bundeskartellamt in den Fällen zu CTS Eventim den Markt für Ticketsystemdienstleistungen. Einerseits prüfte das Amt im Zusammenschlussverfahren den geplanten Erwerb der Mehrheit der Anteile an den Gesellschaften der Konzert- und Veranstaltungsagentur Four Artists durch CTS Eventim.³⁰⁴ Andererseits untersuchte das Bundeskartellamt die Exklusivvereinbarungen, die CTS Eventim mit Veranstaltern sowie mit Vorverkaufsstellen („VVK-Stellen“) im Bereich „Live-Entertainment“ geschlossen hatte, wegen des Verdachts eines Marktmachtmissbrauchs.³⁰⁵

736. Das Zusammenschlussverfahren zwischen CTS Eventim und Four Artists befasste sich mit der weiteren vertikalen Integration von CTS Eventim, die selbst und über Tochtergesellschaften in den Bereichen Live-Entertainment und Ticketing aktiv ist. Dabei ist CTS Eventim sowohl mit konzerneigenen Veranstaltern als auch mit konzerneigenen VVK-Stellen aktiv. Im Marktmissbrauchsverfahren wurden Exklusivvereinbarungen von CTS Eventim mit externen Veranstaltern und VVK-Stellen untersucht, nach denen diese über mehrere Jahre mit mehr als 80 Prozent ihres Ticketvolumens an CTS Eventim gebunden wurden. Bei einem Ticketsystem, wie es CTS Eventim betreibt, handelt es sich nach der Beurteilung des Bundeskartellamtes um eine Plattform mit zwei Marktseiten. Auf der einen Seite ermöglicht ein Ticketsystem Veranstaltern den Vertrieb von Tickets für Veranstaltungen über verschiedene VVK-Stellen und Online-Shops. Auf der anderen Seite können VVK-Stellen über die Plattform Tickets von verschiedenen Veranstaltungen buchen. Der Endkunde ist dagegen kein Nutzer eines Ticketsystems, sondern Nachfrager der Veranstaltungen sowie der Leistungen der VVK-Stellen auf nachgelagerten Märkten. Der Markt für Ticketsysteme wurde als nicht austauschbar mit Eigenvertriebssystemen von Veranstaltern oder einem direkten Anschluss der Veranstalter an reine Online-Portale oder einzelne VVK-Stellen abgegrenzt, da ein Ticketsystem eine größere Reichweite als andere Vertriebsarten habe.³⁰⁶ Zudem sei das Ticketsystem von CTS Eventim für viele Veranstalter möglicherweise sogar unverzichtbar, da es vorrangig vor anderen Systemen genutzt werde. Ob das System von CTS Eventim daher potenziell sogar einen eigenen Markt darstellen könnte, ließ das Amt jedoch offen, da CTS Eventim auf dem Markt für Ticketingplattformen auch bei Einbeziehung nachrangiger, alternativer Anbieter eine herausragende Marktstellung habe.³⁰⁷

737. Die Marktposition von CTS Eventim auf dem Markt für Ticketingplattformen beurteilte das Bundeskartellamt als marktbeherrschend. Auf der Grundlage der in 2016 erzielten Umsätze mit konzernfremden Veranstaltungen

³⁰⁰ Pohlmann, P./Wismann, T., Markt, Marktmacht und Transaktionswertschwelle in der 9. GWB-Novelle, WuW, 2017, S. 257, 259.

³⁰¹ Grave, C., in: a.a. O., S. 27 f.

³⁰² § 57 Abs. 1 GWB.

³⁰³ Dazu Schneider, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, § 57 Tz. 12 f.

³⁰⁴ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists.

³⁰⁵ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen.

³⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 94 ff., und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 115 ff.

³⁰⁷ Ebenda, Tz. 124, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 145.

kam CTS Eventim im Markt für Ticketsysteme auf einen Marktanteil von 50 bis 60 Prozent und erfüllte damit die Marktbeherrschungsvermutung nach § 18 Abs. 4 GWB. Mit den internen Umsätzen, also Umsätzen mit den eigenen Veranstaltungen und über die eigenen Vorverkaufsstellen, erreichte CTS Eventim einen Marktanteil von 60 bis 70 Prozent. Das Bundeskartellamt hielt es für gerechtfertigt, diese internen Umsätze in die Berechnung miteinzubeziehen, da die konzerneigenen Inhalte im Ticketsystem und die konzerneigenen VVK-Stellen erheblich zu wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekten beitragen.³⁰⁸ Ein Wettbewerber, Reservix/Ad Ticket, kam im Markt für Ticketsysteme auf 10 bis 20 Prozent Marktanteil, zwei weitere erreichten einen Marktanteil zwischen 5 und 10 Prozent, und andere, teils regionale Anbieter hielten in diesem Markt nur jeweils unter 5 Prozent.

738. Für die Marktbeherrschung sprach zudem die Bewertung der Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3a GWB. Das Bundeskartellamt hielt in diesem Fall alle Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB für bedeutsam und prüfte diese nacheinander.³⁰⁹ Die Anwendung der einzelnen Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB wird im Folgenden analysiert.

Direkte und indirekte Netzwerkeffekte (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB)

739. Bei der Plattform von CTS Eventim kommt es laut Bundeskartellamt zu wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekten zwischen den angeschlossenen Veranstaltern auf der einen und den VVK-Stellen und Endkunden auf der anderen Seite. Je mehr VVK-Stellen bei dem Ticketsystem angeschlossen seien, desto größer sei die Reichweite des Vertriebs der Tickets. Je mehr Veranstaltungen über das Ticketsystem angeboten würden, desto attraktiver werde der Anschluss für eine VVK-Stelle.³¹⁰

740. Die wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte ergäben im Fall CTS Eventim einen Selbstverstärkungseffekt der Plattform und einen erheblichen Bindungseffekt bezüglich der beiden Nutzergruppen. Ein Wechsel werde dadurch erheblich behindert und es ergebe sich daraus eine massive Marktzutrittsschranke. CTS Eventim werde aufgrund der positiven indirekten Netzwerkeffekte attraktiver als seine Wettbewerber, vor allem durch die höhere Anzahl an attraktiven und hochpreisigen Veranstaltern. Seine erhebliche vertikale Integration mit konzerninternen Veranstaltern und VVK-Stellen stärke seine Position weiter.³¹¹ Inwieweit dabei wegen eines Selbstverstärkungseffektes schon ein Market-Tipping, d. h. ein Zustand, in dem ein einzelner Anbieter nicht mehr bestreitbar ist, gedroht oder bereits eingesetzt hat, ließ das Bundeskartellamt allerdings offen.

741. Die Bewertung, dass beim Ticketsystem CTS Eventim von wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekten auszugehen ist, die als Marktzutrittsschranke wirken, ist nachvollziehbar. Es hätte jedoch nahegelegen, auch die Möglichkeit des Tippings des Marktes genauer zu betrachten. Die Faktoren aus § 18 Abs. 3a GWB sollen gerade die bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken in bestimmten Fällen drohende Monopolisierungsgefahr durch den Selbstverstärkungseffekt, also ein Tipping des Marktes, ebenfalls erfassen.³¹²

742. Werden Aussagen getroffen, dass wechselseitige positive indirekte Netzwerkeffekte nicht nur vorliegen, sondern auch stark sind, sodass aus ökonomischer Sicht möglicherweise auch ein Market-Tipping entstehen könnte, so müsste sichergestellt sein, dass alle Kriterien, die für eine solche Tendenz sprechen, ökonomisch ermittelt und erfüllt sind. Gleichzeitig sollten nur sehr geringe Effekte vorliegen, die einer solchen Tendenz entgegenwirken würden. In den Fällen zu CTS Eventim wurden, wie die nachstehenden Abschnitte zeigen, wechselseitige positive indirekte Netzwerkeffekte, ein beschränktes Multi-Homing, Größenvorteile und ein Datenvorsprung festgestellt, wo-

³⁰⁸ Ebenda, Tz. 147.

³⁰⁹ Ebenda, Tz. 144, vgl. auch Tz. 155, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 151.

³¹⁰ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 72, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 93.

³¹¹ Ebenda, Tz. 162 ff., und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 170.

³¹² BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 154, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 161. Vgl. auch Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 50.

raus ein Selbstverstärkungseffekt gefolgert wurde. Es wurden zudem keine Effekte, zum Beispiel durch innovationsgetriebenen Wettbewerb, festgestellt, die einer Konzentrationstendenz entgegenwirken könnten.

Multi-Homing und Wechselkosten (§ 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB)

743. Multi-Homing (parallele Nutzung mehrerer Anbieter) kann die durch wechselseitige positive indirekte Netzwerkeffekte entstehende Marktzutrittsschranke absenken und hat daher in diesem Zusammenhang eine erhebliche Bedeutung. In den Fällen zu CTS Eventim findet laut Bundeskartellamt allerdings nur eingeschränkt ein paralleles Nutzungsverhalten statt, das den Selbstverstärkungseffekt der wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte mindern und dem möglicherweise drohenden Tipping-Prozess gegensteuern könnte. Sowohl bei Veranstaltern als auch bei VVK-Stellen würden konkurrierende Systeme nur nachrangig eingesetzt. Multi-Homing sei für Veranstalter von vornherein nur beschränkt möglich, da nur vorab festgelegte Ticketkontingente auf die Systeme verteilt werden können. Für eine Veranstaltung würde die große Mehrzahl der Veranstalter nur ein Ticketsystem zum Vertrieb nutzen. Die Befragung einer Zufallsstichprobe von ca. 200 Veranstaltern durch das Bundeskartellamt zeigte allerdings, dass 10 Prozent der Veranstalter, die zusammen 50 Prozent aller Tickets vertrieben, für ihre Veranstaltungen neben CTS Eventim auch andere Ticketsysteme benutzten. Dies zeigt, dass einige große Veranstalter allgemein Multi-Homing betreiben. Allerdings werde dabei das Ticketsystem von CTS Eventim vorrangig genutzt und als unverzichtbar angesehen.

744. Bei VVK-Stellen finde ebenfalls nur beschränktes Multi-Homing statt. Zwar nutzten VVK-Stellen in der Regel mehrere Ticketsysteme parallel, doch würden andere Ticketsysteme eher komplementär genutzt. Das Multi-Homing werde zudem durch die Exklusivvereinbarungen von CTS Eventim mit Veranstaltern und VVK-Stellen weiter beschränkt.³¹³

745. Die Schlussfolgerung des Bundeskartellamtes stützt sich auf Befragungen der Nutzergruppen. Dieses Vorgehen ist auch bei der Europäischen Kommission zu beobachten. Diese führte im Fall Google Shopping beispielsweise mehrere Studien an, aus denen hervorging, dass nur eine sehr geringe Anzahl an Nutzern in der Europäischen Union, die Googles Suchmaschine nutzen, auch andere allgemeine Suchmaschinen benutzen.³¹⁴

746. Bei dieser Beurteilung wurden jedoch nicht die Wechselkosten eines Wechsels zwischen den Ticketsystemen bewertet. Eine solche Analyse ist aber im Rahmen des § 18 Abs. 3a GWB geboten, soweit kein ausschließliches Single-Homing vorliegt.³¹⁵ Bei geringen Wechselkosten ist der Wettbewerbsdruck auf einen Anbieter hoch; sind diese hingegen hoch, kann der Anbieter über höhere Preise die Wechselkosten „abschöpfen“, ohne eine Abwanderung der Nutzer fürchten zu müssen. Zwar weist das Bundeskartellamt an mehreren Stellen darauf hin, dass aufgrund der wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte nur eine geringe Wechselbereitschaft der Nutzer besteht.³¹⁶

747. Allerdings hätte eine Analyse der konkreten direkten und indirekten Wechselkosten bzw. des Wechselaufwandes für die Kunden der Plattform nahegelegen. Grundsätzlich weist die Tatsache, dass es technisch keine Hindernisse für einen Veranstalter oder eine VVK-Stelle gibt, andere Ticketsysteme als das CTS-System für eine Veranstaltung zu verwenden, auf einen niedrigen Wechselaufwand hin. Auch können für den Vertrieb einer Veranstaltung grundsätzlich verschiedene Ticketsysteme gleichzeitig angewandt werden. Daher verfolgten nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes insbesondere große Veranstalter teilweise Multi-Homing-Strategien.

748. Wäre die Analyse der Wechselkosten zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wechselkosten hoch sind und CTS Eventim diese Tatsache bereits nutzt, worauf beispielsweise das Verfahren zu Exklusivitätsvereinbarungen hin-

³¹³ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 174 ff., und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 191 ff.

³¹⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT. 39740 – Google Search (Shopping), Tz. 311 f.

³¹⁵ Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 50; Grave, C., in: a. a. O., S. 33.

³¹⁶ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 179.

weist, so hätte das die Feststellung von Marktmacht gestärkt. Wäre die Analyse dagegen zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wechselkosten relativ niedrig ausfallen, worauf das beschränkt bestehende Multi-Homing und die Tatsache, dass rein technisch die Nutzung jedes Ticketsystems für Veranstalterkunden möglich ist, so hätte dies grundsätzlich für die Möglichkeit des Multi-Homings und gegen eine Konzentrationstendenz gesprochen.

749. Im Zusammenhang mit seiner Beurteilung des Zugangs zu Daten führte das Bundeskartellamt zudem beispielsweise aus, dass wechselwillige Veranstalterkunden in bestimmten Situationen ihre Kundendaten aus dem CTS-System nicht erhalten können, um diese zu anderen Systemen mitzunehmen.³¹⁷ Wie wichtig eine solche Mitnahme von Kundendaten ist und ob daraus eine Wechselhürde entsteht, wird aus dem Beschluss nicht klar.

Größenvorteile (§ 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB)

750. Die Größenvorteile können bei der Prüfung von Marktmacht als Markteintrittsbarrieren eine Rolle spielen. In der Sache geht es damit zunächst um die Frage, ob Wettbewerber sich im Markt halten können, sowie um die Aufholbarkeit des Vorsprungs einer führenden Plattform.

751. Im Fall von CTS Eventim wurden die Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten vom Bundeskartellamt zwar bewertet. So stellte das Amt fest, dass die Größenvorteile des Ticketsystems von CTS Eventim als Konsequenz der wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte die Aufholbarkeit für Wettbewerber weiter verringerten. Allerdings basierte diese Beurteilung auf eher allgemeinen Überlegungen, nach denen eine Plattform „regelmäßig“ eine Kostenstruktur mit einem vergleichsweise hohen Anteil an Fixkosten und oft geringen konstanten variablen Kosten aufweist, sodass die Stückkosten mit steigender Ausbringungsmenge sinken und Größenvorteile („economies of scale“) realisiert werden können. Die Realisierung von Größenvorteilen wurde daher angesichts verschiedener Merkmale der Plattform von CTS Eventim angenommen. Dazu gehörten die Tatsachen, dass es sich um ein Softwareprodukt und eine Datenbank handle, die hohe Fixkosten beim Aufbau, aber geringe Kosten beim Verkauf dieser Dienstleistung verursache. Die Kostenstrukturen von Wettbewerbern, die teilweise ähnliche Systeme anbieten, wurden nicht behandelt.

752. Das Argument von CTS Eventim, nach dem die Kosten des Konzerns anders aussähen, wurde mit der Begründung abgewiesen, dass dies keinen Hinweis auf die Kostenstruktur bei Wettbewerbern geben könne. Diese Argumentation des Amtes überzeugt jedoch nicht. Hinweise auf eine andere Kostenstruktur, als durch das Bundeskartellamt aufgrund allgemeiner Überlegungen zu fixen Kosten bei Ticketsystemen angenommen wurde, hätten möglicherweise konkrete Hinweise darauf ergeben können, dass in diesem Fall nicht nur die typischen Größenvorteile eines Ticketsystems vorliegen. Das Bundeskartellamt hat in diesem Fall davon abgesehen, die Kostenstrukturen von CTS Eventim und den Wettbewerbern zu vergleichen. Ein solcher Vergleich hätte hilfreiche Erkenntnisse zu den tatsächlich vorliegenden Größenvorteilen ergeben können. Es ist nicht ersichtlich, wieso Hinweise von CTS Eventim bezüglich seiner Kostenstruktur nur dann relevant wären, wenn sie Rückschlüsse auf die Kostenstruktur von Wettbewerbern zuließen, vor allem, da die Auseinandersetzung mit der Kostenstruktur von Wettbewerbern insgesamt fehlt. Zudem hätte hier, wie bei der Bewertung von Größenvorteilen im Rahmen des § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB³¹⁸, auch die Möglichkeit betrachtet werden können, dass Größenvorteile ab einer bestimmten Größe nicht mehr weiter zunehmen.³¹⁹

Wettbewerbslich relevanter Datenvorsprung (§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB)

753. Bei diesem Kriterium sind lediglich „wettbewerbsrelevante“ Datenvorsprünge zu beachten. Ähnlich wie beim Kriterium des Zugangs zu Beschaffungsmärkten als Kriterium von Marktmacht nach § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist der Zugang zu Daten ambivalent zu beurteilen. Generell verbessert der Zugang zu Daten erst einmal Produkte und

³¹⁷ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 200.

³¹⁸ Nach § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB werden „rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen“ bewertet. Größenvorteile werden in konventionellen Märkten unter diesem Unterabsatz beurteilt.

³¹⁹ Grave, C., in: a. a. O., S. 35.

Dienstleistungen und wirkt normalerweise wettbewerbsfördernd. Zu prüfen ist bei diesem Kriterium daher, inwieweit ein Unternehmen einen besonderen Zugang zu Daten hat, den seine Wettbewerber nicht haben und mit dem es sich dem Wettbewerbsdruck entziehen kann.³²⁰

754. CTS Eventim verfügt nach der Beurteilung des Bundeskartellamtes über einen wesentlichen und wettbewerbslich relevanten Datenvorsprung. Das Unternehmen verfügt bei Tickets, die durch den eigenen Online-Shop verkauft werden, über Daten der Endkunden wie E-Mail-Adresse, Name, Anschrift etc. Bei Tickets, die über VVK-Stellen verkauft werden, fallen Verkaufsdaten an, die die Verteilung der Nachfrage nach den bestimmten Events erkennen lassen. Der Wert der Daten im Fall von CTS Eventim liege zum einen in den im Vergleich zu Wettbewerbern besseren Möglichkeiten der zielgerichteten Endkundenansprache und der Endkundenbindung, die den Veranstalterkunden glaubhaft als bessere Werbung angeboten werden könnte. Daneben könnten diese Daten zur erhöhten Ausschöpfung der Zahlungsbereitschaft bei den Endkunden verwendet werden. Auch würden Daten zum Vorteil der konzernerzogenen Veranstalter genutzt, um so die Marktmacht vom Systemmarkt auf die Veranstaltungsmärkte zu übertragen. Zudem seien die Daten von CTS Eventim für andere Ticketsysteme nicht duplizierbar, da die Quantität der CTS-Daten durch dessen Online-Shop-Kundenstamm die der Wettbewerber übertrifft und Veranstalter ihre Veranstaltungsdaten nicht mit anderen Ticketsystemen teilen oder diese von CTS Eventim zu anderen Ticketsystemen mitnehmen können.

755. Diese Feststellungen stellen auf einen Zugang zu besonders vielen Daten ab. In diesem Fall wäre allerdings auch relevant gewesen, ob mehr Daten jenseits einer bestimmten Grenze noch einen Wettbewerbsvorteil bewirken oder ob vielmehr ab einem bestimmten Punkt der Nutzen zusätzlicher Daten schnell abnimmt.³²¹ In solchen Fällen kann es ebenfalls erforderlich sein, zu prüfen, ob die Wettbewerber eine effiziente Größe an Daten erreichen können, die sog. „minimum efficient scale“, um in einen Wettbewerb treten zu können. Immerhin können andere Ticketsysteme eigene Daten sammeln und nutzen. Dies hätte Aufschluss darüber geben können, wie gravierend der Datenvorsprung von CTS Eventim im Vergleich zu den Wettbewerbern ist und ob CTS Eventim sich aufgrund des Zugang zu seinen Daten dem Wettbewerb entziehen kann.

Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (§ 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB)

756. Der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck kann indirekte Netzwerkeffekte dadurch abschwächen, dass innovative, disruptive Veränderungen zur Angreifbarkeit der starken Marktposition eines Unternehmens führen.³²² Der Gesetzgeber und das Bundeskartellamt haben in der Regierungsbegründung und der Amtspraxis zu diesem Kriterium bereits herausgearbeitet, dass es im Einzelfall sorgfältig geprüft werden muss. Das pauschale Argument, dass die Internetmärkte allgemein dynamischer und innovativer seien, weshalb die Marktmacht einzelner Unternehmen schneller angegriffen werden könne, ist demnach abzulehnen.³²³ Trotz der dem Innovationswettbewerb inhärenten Prognoseunsicherheit muss das Bundeskartellamt daher im Einzelfall mittels Ermittlungen potenziell innovativen Wettbewerb und den daraus resultierenden Wettbewerbsdruck ausmachen und bewerten.

757. Die Schwierigkeiten, die mit dieser Beurteilung einhergehen, können in den beiden Fällen zu CTS Eventim beobachtet werden. Das Bundeskartellamt kam zu dem Ergebnis, dass kein besonderer Innovationsdruck durch andere, innovative Unternehmen bestehe, der den Effekt der Kundenbindung, zu dem indirekte Netzwerkeffekte führen, erheblich abschwächen könne.³²⁴ Grundsätzlich biete der Markt für Ticketsysteme im Hinblick auf die

³²⁰ Ebenda, S. 36 f.

³²¹ Ebenda.

³²² Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 48, 51.

³²³ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6 – 113/15, S. 10; vgl. auch Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 198, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 203.

³²⁴ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 198, und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 201.

Softwarefunktionalitäten zwar technische Innovationsmöglichkeiten. Daher seien Marktzutritte aufgrund besserer Produkte möglich. Die von CTS angeführten Beispiele für potenzielle neue Online-Wettbewerber wie Amazon oder Facebook überzeugten das Bundeskartellamt jedoch nicht, obwohl Amazon in Großbritannien bereits im Ticketing aktiv war. Es ist nach Ansicht des Amtes offen, ob, wann und in welchem Umfang ein Marktzutritt beider Unternehmen in Deutschland zu erwarten wäre.

758. Zudem könnten reine Online-Vertriebsprodukte im Prognosezeitraum allenfalls begrenzte wettbewerbliche Wirkungen zeigen, da nach wie vor 35 Prozent der Tickets über den stationären Handel vertrieben würden. Ein innovatives Internetprodukt müsste daher in der Lage sein, erhebliches stationäres Umsatzvolumen auf sich zu ziehen.³²⁵ Dieses Argument überzeugt allerdings nicht. Im Online-Handel wurden im Jahr 2017 etwa 40 Prozent der gesamten Ticketmenge vertrieben.³²⁶ Zudem hat das Bundeskartellamt an einer anderen Stelle seiner Entscheidung eine feststellbare Verschiebung der Vertriebspräferenzen in Richtung Online-Verkauf akzeptiert. Reine Online-Vertriebsprodukte könnten somit aktuell – und bei Annahme einer steigenden Präferenz in Zukunft noch mehr – auch ohne stationären Handel für nennenswerten Wettbewerb sorgen. Die allgemeine Tendenz der Verlagerung des Ticketvertriebs zu Internetvertriebsformen könnte sich zudem noch schneller entwickeln, wenn beim Online-Handel innovative Angebote durch neue Marktteilnehmer gemacht würden.

759. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum in Plattformfällen ebenfalls das Potenzial des Wettbewerbs durch innovative Anbieter geprüft. Im Fall Microsoft/LinkedIn kam sie bei der Beurteilung von möglicherweise disziplinierendem Innovationsdruck insbesondere zu dem Ergebnis, dass ein Marktzutritt durch ein innovatives Produkt in dem von LinkedIn beherrschten Markt für Karrierenetzwerke wegen hoher Hürden schwierig wäre.³²⁷ Die Marktuntersuchung der Europäischen Kommission hatte ergeben, dass das Erreichen einer kritischen Masse an Nutzern für ein Karrierenetzwerk eine hohe, zuweilen unüberwindbare Marktzutrittsschranke darstellen kann.³²⁸ Zudem war festgestellt worden, dass Anbieter auf benachbarten Märkten wenig Anreiz und wenig Möglichkeiten zum Eintritt in den Markt hätten.³²⁹ Auch im Fall Google Search (Shopping) stellte die Europäische Kommission fest, dass der Aufbau einer vollwertigen allgemeinen Suchmaschine erhebliche Investitionen hinsichtlich Zeit und Ressourcen mit sich bringe. Zudem müssten allgemeine Suchdienste ständig in die Verbesserung ihres Produktes investieren. Ein neuer Anbieter müsse, um konkurrieren zu können, ebenfalls Investitionen in Milliardenhöhe tätigen.³³⁰ Insgesamt orientiert sich die Europäische Kommission in ihrer Untersuchung des Innovationsdrucks seitens anderer Unternehmen also an der Höhe der Marktzutrittsschranken und den Anreizen möglicher zukünftiger Wettbewerber.

760. Inhaltlich handelt es sich bei dieser Prüfung des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks um eine Analyse des aktuellen und zukünftigen Innovationswettbewerbs und der Begrenzung der Marktmacht durch diesen potenziellen Wettbewerb.³³¹ Dass es nicht einfach zu entscheiden ist, ob innerhalb des Prognosezeitraums mit einiger Wahrscheinlichkeit Verschiebungen bestehender Marktstellungen eintreten, die schon die Annahme der Marktbeherrschung ausschließen, hat auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung anerkannt.³³² Die Prüfung nach § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB erfordert, wie die Beispiele zeigen, gegebenenfalls auch einen hohen Ermittlungsaufwand. Konkrete Anhaltspunkte für einen dynamischen oder disruptiven Vorgang innerhalb des Prognosezeit-

³²⁵ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 202 ff., und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 209 ff.

³²⁶ Ebenda. Die Verteilung der Ticketkontingente insgesamt wird aus der Entscheidung nicht deutlich.

³²⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 6. Dezember 2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

³²⁸ Ebenda, Tz. 346.

³²⁹ EU-Kommission, Beschluss vom 6. Dezember 2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn, Tz. 341 ff.

³³⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

³³¹ Vgl. auch BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6-113/15, S. 86 f.

³³² Regierungsbegründung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 51. Vgl. dazu auch Grave, C., a. a. O., S. 38 f.

raums, welche das Bundeskartellamt für erforderlich hält, hätten mittels eigener Ermittlungen, wie beispielsweise durch Nachfrage bei Facebook und Amazon, abgesichert werden können. Denn es erscheint plausibel, dass eines dieser großen Unternehmen, die über eine große Sichtbarkeit und Kenntnisse über die Unterhaltungspräferenzen ihrer Nutzer verfügen, wie im Übrigen auch Spotify oder YouTube, in den Online-Vertrieb von Tickets einsteigen und dort erfolgreich werden könnte.

3.2.3.3 Indirekte Netzwerkeffekte erweitern die konventionelle Schadenstheorie

761. Das Bundeskartellamt stellte somit in beiden Fällen zu CTS Eventim fest, dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Ticketsysteme vorliegt. Im Fusionskontrollverfahren CTS Eventim/Four Artists prüfte es dann, ob diese marktbeherrschende Stellung durch die Fusion verstärkt würde. Im Marktmissbrauchsverfahren CTS Eventim – Exklusivvereinbarungen prüfte es, ob die marktbeherrschende Stellung missbraucht wurde.

762. Im Fusionskontrollverfahren würde laut Bundeskartellamt der Erwerb von Four Artists zu einer Verstärkung der schon bestehenden marktbeherrschenden Stellung von CTS Eventim auf dem zweiseitigen Markt für Ticketsystemdienstleistungen gegenüber Veranstaltern und VVK-Stellen führen. Dies würde eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten darstellen. Der Zusammenschluss wurde daher untersagt. Im Marktmissbrauchsverfahren wurde CTS Eventim die Verwendung von Exklusivvereinbarungen mit VVK-Stellen und Veranstaltern, nach denen diese Vertragspartner Tickets ausschließlich oder zu einem erheblichen Anteil über das CTS-System vertreiben dürfen, untersagt.

763. Das Amt entwickelte dabei sowohl im Fusionskontrollverfahren als auch im Marktmissbrauchsverfahren die Schadenstheorie, nach der mittels einer kartellrechtswidrigen Gesamtabstottungsstrategie eine Kundenabschottung bewirkt würde. Einerseits würde durch die aufgrund vertikaler Integration zu erwartende Exklusivität bei den konzerneigenen Veranstaltern und VVK-Stellen eine Kundenabschottung bewirkt. Andererseits würde durch die Exklusivvereinbarungen mit VVK-Stellen und Veranstaltern eine Kundenabschottung stattfinden.

764. Bei dieser Schadenstheorie wurden die Zweiseitigkeit des Marktes und die festgestellten wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte vom Bundeskartellamt miteinbezogen. So hätten diese Effekte zur Folge, dass die festgestellte Abschottungswirkung und die bereits bestehende Abhängigkeit der VVK-Stellen vom Ticketsystem von CTS Eventim noch erhöht würden.³³³ Dies würde wiederum dazu führen, dass das System auch für die Veranstalterseite attraktiver würde, da sie davon ausgehen könnte, dass die Anzahl der VVK-Stellen eher zunehmen als sinken würde.

765. Im Fall des Marktmissbrauchsverfahrens ging das Bundeskartellamt zudem darauf ein, dass die Schadenstheorie der Kundenabschottung („customer foreclosure“) oder der Vorleistungsabschottung („input foreclosure“) im Fall einer Plattform um das Problem des Market-Tippings sowie das durch Exklusivität auf eine Plattform konzentrierte Single-Homing zu ergänzen sei.³³⁴ Diese Gefahr ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes neben der gewöhnlichen Schadenstheorie auch ein Grund, warum Exklusivvereinbarungen bei einer marktbeherrschenden Plattform im Ausmaß wie bei CTS Eventim festgestellt einem Per-se-Verbot unterliegen müssten. Bei einem vorherrschenden Single-Homing würden Exklusivvereinbarungen eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen, da sie Wechselmöglichkeiten beseitigten und einen drohenden Tipping-Prozess beschleunigten.³³⁵ Im konkreten Fall ließ das Amt jedoch offen, ob ein Market-Tipping droht oder besteht.

3.2.3.4 Schlussfolgerungen und Empfehlung

766. Insgesamt besteht an der Einschätzung des Bundeskartellamtes, dass CTS Eventim eine marktbeherrschende Stellung hat, wenig Zweifel. Angesichts der Marktanteile und der auf der Plattform typischerweise auftretenden

³³³ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 272, 282 f., und Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 253, 260 f.

³³⁴ BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – Exklusivvereinbarungen, Tz. 256.

³³⁵ Ebenda, Tz. 283.

wechselseitigen positiven indirekten Netzwerkeffekte ist der Argumentation des Bundeskartellamtes grundsätzlich zuzustimmen.

767. In Bezug auf die Beurteilung des Vorliegens der Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB ist der Amtsermittlungsgrundsatz uneingeschränkt anwendbar. Insofern kann festgestellt werden, dass vor allem das Bestehen der indirekten Netzwerkeffekte und die Frage nach bestehendem Multi-Homing ausführlich ermittelt und begründet wurden. In Bezug auf Multi-Homing wäre jedoch eine Beurteilung auch der Wechselkosten für die Nutzer angebracht gewesen. Gleichzeitig hätte ein Vergleich der Kostenstrukturen von CTS Eventim und den Wettbewerbern hilfreiche Erkenntnisse zu den tatsächlich vorliegenden Größenvorteilen ergeben können. Im Hinblick auf die Bewertung des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks scheint das Bundeskartellamt keine eigenen Ermittlungen vorgenommen zu haben. In den konkreten Fällen wurde die Frage nach einem Market-Tipping offengelassen. Dieser Aspekt wurde bei der Feststellung des Marktmachtmissbrauchs nur abstrakt einbezogen. Allerdings lassen sich nur auf Basis einer Analyse der mit indirekten Netzwerkeffekten zusammenhängenden Gefahr eines Market-Tippings auch die damit einhergehenden absichernden bzw. verstärkenden Wirkungen der Marktstellung des betreffenden Unternehmens hinreichend belegen.

3.2.4 Schutzlücke in der Fusionskontrolle bei „schleichenden Übernahmen“?

768. Ein Problem, das in der wettbewerbspolitischen Diskussion seit Langem thematisiert wird, betrifft das wettbewerbsverzerrende Potenzial horizontaler und vertikaler nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen.³³⁶ Theoretisch bestehen insbesondere bei horizontalen Minderheitsbeteiligungen zwischen Unternehmen im selben relevanten Markt Anreize zur Wettbewerbsminderung. Grundsätzlich lassen sich wettbewerbsmindernde Wirkungen nach erhöhten Koordinierungsmöglichkeiten (beispielsweise durch personelle Verflechtungen) und unilateralen Effekten (beispielsweise durch erhöhte Anreize zur einseitigen Preiserhöhung oder Mengenanpassung) unterscheiden.³³⁷

769. Sind Unternehmen durch eine Beteiligung direkt an den Gewinnen ihrer Wettbewerber beteiligt, so haben sie Anreize, die Auswirkungen des eigenen Verhaltens auf die Gewinne des Wettbewerbers zu berücksichtigen. Minderheitsbeteiligungen führen somit potenziell zu einem weniger wettbewerbliehen Verhalten desjenigen Unternehmens, das die Minderheitsbeteiligung hält, und somit zu einer Reduzierung der Wettbewerbsintensität. Bei der Kontrolle des Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung kann es jedoch schwierig sein, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf der Basis unilateraler Effekte festzustellen. Denn diese sind einerseits je nach Höhe der Beteiligung gering und andererseits schwer nachweisbar.

770. Nach deutschem Recht sind horizontale Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich kontrollfähig. Danach ist die Anmeldung solcher Beteiligungen vorgeschrieben, durch die ein Gesamtanteil von 25 Prozent überschritten wird. Außerdem müssen Beteiligungen unterhalb der Schwelle von 25 Prozent angemeldet werden, wenn sie dem Erwerber der Anteile einen „wettbewerblieh erheblichen Einfluss“ verschaffen.³³⁸ Im Zusammenhang mit einer entsprechenden Prüfung von Minderheitsbeteiligungen wird auf die zusätzliche Gefahr einer „schleichenden Übernahme“ hingewiesen.³³⁹ Erwirbt ein Unternehmen nacheinander in mehreren Schritten geringe Anteile in Form von nicht kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen an einem anderen Unternehmen, kommt es nach und nach zu einem größeren, wettbewerblieh relevanten Anteil an diesem Unternehmen.

³³⁶ Die Monopolkommission hat sich mit diesem wettbewerbsverzerrenden Potenzial bereits ausführlich beschäftigt, vgl. unter anderem: Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1983, Tz. 449 ff.; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 604 ff.; XVII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb im Dienstleistungssektor, Baden-Baden 2006, Tz. 440 ff.; hierzu auch ausführlicher Gliederungspunkte 4.2 und 4.3 in Kapitel II in diesem Gutachten.

³³⁷ Hierzu auch ausführlicher Gliederungspunkte 4.2 und 4.3 in Kapitel II in diesem Gutachten; siehe auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 613.

³³⁸ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl., München 2014, § 37 Tz. 309; Richter/Steinvorth in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., München 2016, § 19 Tz. 99.

³³⁹ Jovanovic, D./Wey, C., Passive Partial Ownership, Sneaky Takeovers, and Merger Control, *Economics Letters*, 125 (2014), S. 32–35.

771. Die besondere Gefahr einer schleichenden Übernahme ist auf ein Zusammenwirken der Kriterien zur Prüfung von Zusammenschlüssen und der Probleme der Kartellbehörden beim Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung zurückzuführen. Zunächst ist festzustellen, dass bei einem kontinuierlichen Aufstocken einer Minderheitsbeteiligung ohne wettbewerblich erheblichen Einfluss nur ein einzelner Zukauf das formale Zusammenschlusskriterium eines Anteilerwerbs von 25 Prozent erfüllt. Das Zusammenschlusskriterium eines wettbewerblich erheblichen Einflusses führt unter der Schwelle einer 25-prozentigen Beteiligung nur zu einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung, wenn neben dem Anteilerwerb sog. Plusfaktoren³⁴⁰ vorliegen, die eine Einflussnahme ermöglichen.³⁴¹ Diese gegebenenfalls geringen einzelnen Anteilerwerbe werden materiell einzeln nach dem SIEC-Test geprüft.³⁴² Bedenklich ist, dass die einzelne materielle Prüfung eines solchen Anteilerwerbs wiederum davon geprägt ist, dass die unilateralen Effekte bei Anteilerwerben in geringer Höhe auch nur verhältnismäßig gering ausfallen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei der Analyse der Wettbewerbseffekte im jeweiligen fusionskontrollrechtlichen Vergleichsszenario auf die Situation unmittelbar vor dem zu prüfenden Zusammenschluss Bezug genommen wird, in der bereits eine Minderheitsbeteiligung besteht.

772. Im Berichtszeitraum prüfte das Bundeskartellamt ein Zusammenschlussvorhaben, bei dem die oben genannten Merkmale der Probleme bei der Bewertung horizontaler Minderheitsbeteiligungen zum Tragen kamen. Der Fall betrifft die Erhöhung einer Minderheitsbeteiligung der EnBW an der MVV von 22,48 Prozent auf 28,76 Prozent.³⁴³ Das Zusammenschlussvorhaben stellte den dritten Erwerb einer Minderheitsbeteiligung der EnBW an der MVV dar. Die EnBW hatte bereits im Jahr 2004 Anteile in Höhe von 15,05 Prozent und im Jahr 2014 weitere Anteile in Höhe von 7,43 Prozent erworben.³⁴⁴ Zu klären ist vor diesem Hintergrund, ob in der deutschen Fusionskontrolle eine Schutzlücke bei mehrfachem Erwerb kleiner Anteile besteht und der aktuelle Fall diese These untermauern kann. Eine solche Schutzlücke könnte durch das beschriebene Zusammenspiel von formellen Anmeldeschwellen und materieller fusionskontrollrechtlicher Prüfung entstehen.

3.2.4.1 Beurteilung von Minderheitsbeteiligungen im Rahmen der Fusionskontrolle

773. Für die Prüfung, ob ein Zusammenschluss von Unternehmen vorliegt, sind die formellen Tatbestände relevant, die in § 37 GWB geregelt sind. Minderheitsbeteiligungen werden insbesondere durch zwei formelle Kriterien erfasst.³⁴⁵ Gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB sind Anteilerwerbe zu prüfen, die 25 Prozent der Anteile am Kapital oder an den Stimmrechten eines Unternehmens erreichen. Es besteht daher für Anteilerwerbe, die zu einer Beteiligung von 25 Prozent oder mehr führen, eine formelle Aufgreifschwelle, unabhängig von der materiellen Bewertung der Einflussnahme des Unternehmens. Nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist zudem jede Verbindung von Unternehmen, aufgrund derer ein oder mehrere Unternehmen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein

³⁴⁰ Als „Plusfaktoren“ werden über die Minderheitsbeteiligung hinausgehende besondere Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten bezeichnet. Vgl. dazu Kallfaß, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, § 37 Tz. 54 f.

³⁴¹ Im Extremfall könnte ein Unternehmen im Verlaufe mehrerer Jahre erst 24 Prozent, dann 2 Prozent und dann noch einmal bis zu 24 Prozent erwerben. Dabei würde nur die Aufstockung um 2 Prozent als Anteilerwerb geprüft werden, da hierbei die Grenze von 25 Prozent überschritten wird. Das Bundeskartellamt hat zwar die Möglichkeit, mehrere Anteilerwerbe als einen einheitlichen Vorgang zu betrachten und gemeinsam zu bewerten. Dafür ist jedoch eine enge zeitliche und wirtschaftliche Verbindung zwischen den Anteilerwerben nötig. Dies wird bei Anteilerwerben im Abstand von mehreren Jahren regelmäßig nicht der Fall sein.

³⁴² SIEC = „Significant Impediment to Effective Competition“; vgl. dazu Tz. 777 f.

³⁴³ BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Fallbericht vom 16. Februar 2018.

³⁴⁴ Das Bundeskartellamt hatte in beiden Fällen den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses der EnBW auf die MVV nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GWB und damit die Anmeldepflicht der jeweiligen Anteilerwerbe verneint. Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2003/2004 sowie über die Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet, BT-Drs. 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 131.

³⁴⁵ Zu bemerken ist, dass im Unterschied zu § 37 GWB die Aufgreifkriterien des Art. 3 FKVO nicht die Möglichkeit zulassen, nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen eigenständig zu prüfen. Eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO wird allerdings derzeit von der Europäischen Kommission geprüft; vgl. dazu bereits Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 648.

anderes ausüben können, kontrollpflichtig. Damit besteht ein subsidiäres Aufgreifkriterium für Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 GWB nicht vorliegen, die aber als wettbewerblich relevante Zusammenschlüsse zu werten sind. Besteht bereits eine Beteiligung von 25 Prozent, so werden weitere Anteilserwerbe nicht mehr geprüft, bis sich mit einer Aufstockung aufgrund der Satzung oder den faktischen Gegebenheiten die Kontrollverhältnisse ändern.³⁴⁶

774. Der weite Begriff des formellen Tatbestandes des Zusammenschlusses nach § 37 GWB bedeutet insbesondere im Fall einer Minderheitsbeteiligung jedoch nicht, dass auf Basis dieser formellen Aufgreifschwelle auch von einem vollständigen Zusammenwachsen des Wettbewerbspotenzials der beiden einzelnen Unternehmen ausgegangen werden muss. Vielmehr ist in der materiellen Prüfung festzustellen, welche konkreten Auswirkungen der Zusammenschluss hat und ob danach ein Zusammenwachsen des Wettbewerbspotenzials der beteiligten Unternehmen anzunehmen ist.

775. Im Zusammenhang mit der Prüfung, welcher Grad des Zusammenwachsens der beteiligten Unternehmen erreicht wird, spielt das in der Rechtsprechung entwickelte Konzept der wettbewerblichen Einheit eine Rolle.³⁴⁷ Eine wettbewerbliche Einheit ist danach dann anzunehmen, wenn der Zusammenschluss dazu führt, dass die beteiligten Unternehmen am Markt „wie ein Unternehmen“ auftreten.³⁴⁸ Die Prüfung, ob dies beispielsweise im Fall einer kontrollpflichtigen Minderheitsbeteiligung der Fall ist, stellt letztendlich auf den Grad der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens im Innenverhältnis der beiden Unternehmen ab.

776. Liegt eine wettbewerbliche Einheit vor, so kann dies nach Auffassung des BGH bei der Entscheidung der Frage herangezogen werden, ob ein Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehen lässt oder verstärkt und aufgrund dessen zu untersagen ist.³⁴⁹ Wird im Einzelfall eine wettbewerbliche Einheit zwischen zwei Zusammenschlussbeteiligten angenommen, so sind einem beteiligten Unternehmen – wie bei einer wirtschaftlichen Einheit – die Ressourcen des anderen Unternehmens für die fusionskontrollrechtliche Prüfung zuzurechnen. Im Fall einer Minderheitsbeteiligung, die zur Entstehung einer wettbewerblichen Einheit führt, ist eine vergleichbare Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse zu erwarten, wie dies bei einem Kontrollerwerb der Fall wäre.

777. Im Umkehrschluss bedeutet die Ablehnung einer wettbewerblichen Einheit allerdings nicht, dass der Zusammenschluss nicht untersagt werden kann. Denn auch in einem solchen Fall kann die Beteiligung wettbewerbliche Bedenken auslösen. Bei der Prüfung einer Minderheitsbeteiligung können insbesondere unilaterale Effekte dafür ursächlich sein, dass es zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test)³⁵⁰ kommt.³⁵¹ Der SIEC-Test in § 36 Abs. 1 GWB stellt in der deutschen Fusionskontrolle seit der 8. GWB-Novelle den materiellen Test dafür dar, ob ein Zusammenschluss zu untersagen ist. Die dafür notwendige erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs liegt insbesondere vor, wenn zu erwarten ist, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Gerade unter dem SIEC-Test kann eine Untersagung aufgrund der wettbewerbsschädlichen Wirkungen durch unilaterale Effekte infolge einer Minderheitsbeteiligung eher erfolgen als unter dem Kriterium der Marktbeherrschung, weil die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Minderheitsbeteiligung unabhängig von der Entstehung der Marktbeherrschung zu prüfen sind.³⁵²

³⁴⁶ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl., München 2014, § 37 Tz. 309; Richter/Steinvorth, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., München 2016, § 19 Tz. 99 f., 112 ff.

³⁴⁷ Bei einer Beherrschung bzw. einer Kontrolle über das gesamte Kapital durch das Beteiligungsunternehmen wird von einer „wirtschaftlichen Einheit“ ausgegangen. Liegt eine wirtschaftliche Einheit vor, ist stets auch eine wettbewerbliche Einheit anzunehmen.

³⁴⁸ BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, Rz. 17 (zit. nach Juris); Beschluss vom 8. Mai 1979, KVR 1/78, BGHZ 74, 359–370.

³⁴⁹ BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, Rz. 17 (zit. nach Juris).

³⁵⁰ SIEC = „Significant Impediment to Effective Competition“.

³⁵¹ Bechtold/Bosch, GWB (Kartellgesetz), 8. Aufl., München 2015, § 36 Tz. 14.

³⁵² Das wettbewerbschädigende Potenzial unilateraler Effekte trat seit der Einführung dieses Kriteriums in die deutsche Fusionskontrolle in einigen Fällen, in denen das Bundeskartellamt seinen Beschluss ganz oder überwiegend auf die befürchteten unilateralen

778. Grundsätzlich erlaubt der SIEC-Test den Kartellbehörden daher eine umfassende Betrachtung des wegfallenden Wettbewerbsdrucks, auch durch unilaterale Effekte. Fraglich ist, wonach festzustellen ist, ob die konkret vorliegenden unilateralen Effekte bei Minderheitsbeteiligungen den Wettbewerb auch so weit mindern, dass ein behördlicher Eingriff sachgerecht ist. Nach dem SIEC-Test muss eine Wettbewerbsbehinderung auch erheblich sein („Spürbarkeitsschwelle“), um zu einer Untersagung zu führen. Als problematisch könnte sich darstellen, wenn anzunehmen wäre, dass im Fall einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung durch unilaterale Effekte die Kartellbehörde die Spürbarkeit positiv feststellen müsste.³⁵³

3.2.4.2 Bewertungsschwierigkeiten bei unilateralen Effekten im Fall EnBW/MVV

779. In dem im Dezember 2017 freigegebenen Zusammenschlussfall EnBW/MVV wurde vom Bundeskartellamt keine Behinderung des wirksamen Wettbewerbs durch den Erwerb weiterer Anteile festgestellt. Nach der Prüfung des Bundeskartellamtes erfüllte die Aufstockung der EnBW-Anteile zunächst den formellen Zusammenschlussbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB, da die Aufgreifschwelle der 25-Prozent-Beteiligung erreicht wurde. Im Rahmen der materiellen Prüfung wurden mehrere Energie- und Entsorgungsmärkte, unter anderem der Ausschreibungsmarkt für die Verwertung unvorbehandelter Siedlungsabfälle im Ausschreibungsgebiet Mannheim/Stuttgart, als betroffene Märkte abgegrenzt.

780. Das Bundeskartellamt stellte in keinem Bereich der Energieversorgung eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs fest. Der Zusammenschluss führte hiernach auf den im Energiebereich betroffenen Märkten bei einer Abgrenzung, die die Märkte Deutschland, Österreich und Luxemburg einbezieht, nicht zu kritischen Marktanteilen. Selbst bei einer engeren Abgrenzung und damit einer rein auf Deutschland bezogenen Betrachtung würde die geringe Höhe der Marktanteile deutlich gegen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs sprechen.

781. Das Bundeskartellamt analysierte die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Entsorgungsmärkten mittels einer Bieteranalyse. Dabei untersuchte sie Ausschreibungen der letzten zehn Jahre im relevanten Ausschreibungsmarkt. Der Ausschreibungsmarkt für die Verwertung von Siedlungsabfällen Mannheim/Stuttgart ist nach Auffassung des Amtes durch sehr lange Vertragslaufzeiten und daher seltene Aufeinandertreffen der Bieter gekennzeichnet. Dieser Markt sei zudem von der Homogenität der Güter und einer geringen Flexibilität bei der Erweiterung der Kapazitäten von Müllverbrennungsanlagen geprägt.³⁵⁴ Im Folgenden werden die Bewertungsaspekte nacheinander analysiert.

Prüfung des Konzepts der wettbewerblichen Einheit

782. Zu prüfen war, ob die Erhöhung der Beteiligung über die aktienrechtliche Sperrminoritätsgrenze von 25 Prozent eine Änderung der bisherigen Wettbewerbsbedingungen hervorrufen könnte, wodurch eine wettbewerbliche Einheit anzunehmen wäre. Von einigen der im Aktiengesetz niedergelegten Entscheidungsmehrheiten kann in der Satzung des Unternehmens abgewichen werden. In diesem Fall kam das Bundeskartellamt zu dem Schluss, dass der Erwerb der aktienrechtlichen Sperrminorität an der MVV durch die EnBW nicht für die Annahme der Entstehung einer wettbewerblichen Einheit ausreiche.³⁵⁵ Durch die Erhöhung der Beteiligung von 22,48 Prozent auf 28,76 Prozent sei zunächst zwar der formelle Tatbestand des Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB erfüllt. Grundsätzlich sei nach Ansicht des Bundeskartellamtes in solchen Fällen von der Entstehung einer wettbewerblichen Einheit auszugehen, da die Entscheidung zum Kauf einer solchen Minderheitsbeteiligung gemeinhin

Effekte stützte, bereits in den Vordergrund. Kallfaß, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, § 36 Tz. 16. Darin wird insbesondere auf folgende Fälle verwiesen: BKartA, Fallbericht vom 23. September 2016, B 2-58/16, Ahlstrom/Owens Corning; Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Tengelmann; Beschluss vom 25. August 2016, B 9-50/16 – Nagel Group/MUK Transthermos; Beschluss vom 28. Oktober 2016, B2-51/16 – Rewe/Coop. Siehe dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 700 ff.

³⁵³ Kallfaß, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, § 36 Tz. 30.

³⁵⁴ Die Kapazitäten der Müllverbrennungsanlagen können nicht kurzfristig erweitert werden, da Entwicklung und Bau einer Müllverbrennungsanlage etwa fünf Jahre dauern.

³⁵⁵ BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Tz. 295.

aus Gründen der Minderung des Wettbewerbsdrucks getroffen würde.³⁵⁶ Allerdings bedürfe diese Beurteilung immer einer Prüfung der Gesamtumstände im Einzelfall, ob einem Unternehmen bei dem anderen Leitungsmacht in Richtung eines den Wettbewerb unter den gegebenen Verhältnissen hemmenden Einflusses zukommt.³⁵⁷ Ausnahmsweise sei dies im vorliegenden Fall nicht gegeben.

783. Gegen das Entstehen einer wettbewerblichen Einheit sprach nach Auffassung des Bundeskartellamtes, dass zwischen der EnBW, der MVV und den übrigen Marktteilnehmern derzeit intensiver Wettbewerb herrsche, obwohl die EnBW seit 2004 bereits 15 Prozent und seit 2014 etwa 22 Prozent an der MVV halte. Es sei trotz dieser bereits substanziellen Beteiligung nach der Bieteranalyse kein Rückgang des Binnenwettbewerbs der MVV und der EnBW zu verzeichnen gewesen und auch für die Zukunft sei dies nicht zu erwarten. Außerdem spräche gegen die Annahme von Leitungsmacht insbesondere die Satzung der MVV, durch die die Sperrminorität der EnBW auf den unabdingbaren gesetzlichen Aktionärsschutz beschränkt sei. Zwar werde EnBW durch die 25-prozentige Beteiligung die gesellschaftsrechtliche Möglichkeit eröffnet, solche Unternehmensentscheidungen der MVV in der Hauptversammlung zu blockieren, für die eine Dreiviertelmehrheit der Stimmrechte erforderlich ist. In der Satzung der MVV wurden jedoch Abstimmungsgegenstände, bei denen eine Dreiviertelmehrheit erforderlich wäre, auf das gesetzlich vorgeschriebene Minimum reduziert. Eine Dreiviertelmehrheit ist dann zum Beispiel noch beim Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen erforderlich. Bei den Abstimmungen, die die Geschäftstätigkeit betreffen, sei weiter eine einfache Mehrheit der anwesenden Stimmberechtigten ausreichend.³⁵⁸ Es lagen auch keine sog. Plusfaktoren vor. Der EnBW fielen durch den Erwerb also keine Rechte zu, mittels derer sie auf die Geschäftstätigkeit der MVV unmittelbaren Einfluss nehmen könnte. Es wurde daher nicht angenommen, dass die EnBW den Druck durch den Zuwachs von 6 Prozent auf die mit 51 Prozent allein kontrollierende Gesellschafterin MVV Verkehr GmbH so erhöhen könnte, dass die wettbewerblichen Interessen der EnBW stärkere Berücksichtigung fänden, als dies mit den bereits gehaltenen 22 Prozent der Fall war.³⁵⁹

784. Die Möglichkeit der Anteilserhöhung auf bis zu 49,99 Prozent sei dabei nicht zu berücksichtigen.³⁶⁰ Dadurch, dass der andere große Anteilseigner Rheinenergie und die MVV Verkehr GmbH als allein kontrollierende Mehrheitseignerin³⁶¹ nach eigenen Angaben nicht gewillt seien, ihre Anteile zu verkaufen, sei die Möglichkeit einer weiteren Aufstockung rein hypothetisch. Es käme nach Ansicht des Bundeskartellamtes auch nicht zur Verflechtung der Unternehmen im Sinne des § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB, also beispielsweise durch personelle Verflechtungen.

785. Die Bewertung des Bundeskartellamtes, in diesem Fall nicht von einer wettbewerblichen Einheit auszugehen, kann insgesamt überzeugen. Es ist anzunehmen, dass der EnBW durch den Anteilserwerb in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der MVV keine koordinierende Einflussnahme zukommt. Im Innenverhältnis der beiden Unternehmen würde daher im Grundsatz weiterhin ein Konkurrenzverhältnis bestehen und sie würden somit am Markt wie zwei Unternehmen auftreten.

Prüfung der unilateralen Effekte

786. Wie bereits oben ausgeführt, kann ein Anteilserwerb auch wettbewerbliche Bedenken auslösen, wenn keine wettbewerbliche Einheit zwischen den Zusammenschlussparteien angenommen werden kann. Solche Bedenken können im Fall einer Minderheitsbeteiligung insbesondere auf das Problem der durch die Beteiligung entstehenden Anreize (unilaterale Effekte) zurückzuführen sein.

³⁵⁶ Ebenda, Tz. 296.

³⁵⁷ BGH, Beschluss vom 12. Februar 1980, KVR 4/79 – Bituminöses Mischgut, Rz. 22 (zit. nach Juris).

³⁵⁸ BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Tz. 304 f.

³⁵⁹ Ebenda, Tz. 303.

³⁶⁰ Ebenda, Tz. 325. Siehe hierzu BGH, Urteil vom 19. April 1983, KVR 1/82 – VEW-Gelsenwasser, Rz. 30 (zit. nach Juris).

³⁶¹ Unmittelbare Mehrheitseignerin ist die MVV Verkehr GmbH, diese wird zu 99,99 Prozent von der Stadt Mannheim gehalten, die somit die mittelbare Mehrheitseignerin ist.

787. Das Bundeskartellamt hat auch die erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs durch unilaterale Effekte geprüft. Zwar sieht das Bundeskartellamt durchaus die Gefahr, dass eine Wettbewerbsbehinderung grundsätzlich dadurch entstehen kann, dass die EnBW ihr künftiges Verhalten an den Gewinnen der MVV orientiere. Nach dem Zusammenschluss könnte die EnBW potenziell Preise erhöhen und mögliche Rückgänge in der Nachfrage durch die Gewinne der MVV mindestens kompensieren. Dies ist nach der Analyse des Bundeskartellamtes aufgrund der wirtschaftlichen Risiken für die EnBW aber unwahrscheinlich.

788. Unilaterale Effekte sind nach Ansicht des Amtes bei einer Minderheitsbeteiligung allgemein deutlich schwächer ausgeprägt als bei einem Kontrollerwerb bzw. bei einer vollständigen Übernahme der Anteile.³⁶² Für die fusionskontrollrechtliche Prüfung sei auf die Höhe des Anteilszuwachses von 6,28 Prozent abzustellen.³⁶³ Um zu prognostizieren, ob durch den Zusammenschluss erhebliche unilaterale Effekte zu erwarten sind, wurden vom Bundeskartellamt die Marktanteile, die Wettbewerbsnähe der Beteiligten, die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, die Marktzutrittschranken und die gegengewichtige Marktmacht beurteilt.³⁶⁴

789. Dabei kam das Bundeskartellamt zu dem Schluss, dass nicht zu erwarten sei, dass einseitige Preiserhöhungen für die EnBW profitabel seien. Die EnBW könnte die Preise erhöhen, um selbst zu profitieren oder am Unternehmenserfolg der MVV teilzuhaben.³⁶⁵ Eine solche Preiserhöhung der EnBW brächte zunächst jedoch das Risiko eines Verlustes von Aufträgen zugunsten der MVV mit sich. Dass die EnBW dieses Risiko eingehen würde, wurde vor dem Hintergrund ihrer Kapazitätsauslastung als unwahrscheinlich angesehen.³⁶⁶ Eine Fehleinschätzung zur Preissetzung und ein damit verbundener Vertragsverlust könnten in diesem Markt zudem wegen der sehr langen Vertragslaufzeiten auch nicht kurzfristig bereinigt werden. Es entstehe daher kein fusionsbedingter Preiserhöhungsdruck aufgrund unilateraler Effekte, der eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung ergeben könnte. Dabei verweist das Bundeskartellamt zudem darauf, dass dies insbesondere auch der Fall sei, da der Anteilszuwachs lediglich 6,28 Prozent beträgt.

790. Die Feststellung des Bundeskartellamtes, nach der im konkreten Fall aufgrund der wirtschaftlichen Risiken für die EnBW keine erheblichen unilateralen Effekte zu erwarten seien, kann nur bedingt überzeugen. Zwar erscheint es im Grundsatz plausibel, dass aufgrund der Marktgegebenheiten und des Wettbewerbs durch Dritte eine bestimmte Einschränkung des Handlungsspielraums des Erwerbers vorliegen kann. Auf Basis der vorgebrachten Tatsachen scheinen diese Einschränkungen jedoch nicht unüberwindbar. So ist nicht eindeutig auszuschließen, dass die EnBW ihre Kapazitäten mittel- bis langfristig anpassen kann, um auf die neue Situation unter einer höheren Beteiligung zu reagieren. Auch scheint nicht ausreichend dargebracht, dass eine Gebietsverlagerung der EnBW in andere Randgebiete ihres Tätigkeitsgebiets, die sich nicht mit dem Kerngebiet der MVV überschneiden, nicht zu erwarten ist.³⁶⁷ Dass die sich hieraus ergebenden Potenziale einer Schwächung des wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden Fall tatsächlich nicht zum Tragen kommen, ist zumindest auf Basis der Angaben des Beschlusses nicht ersichtlich.

791. Festzustellen ist außerdem, dass unilaterale Effekte bei einer Minderheitsbeteiligung zwar geringer ausfallen als bei einer vollständigen Übernahme der Anteile. Die hier zu prüfende Aufstockung betrifft in der Tat einen geringen Anteilserwerb. Allerdings sind die von diesem Anteilserwerb ausgehenden unilateralen Effekte deshalb in

³⁶² BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Tz. 333.

³⁶³ Vgl. ebenda, Tz. 333 und 342. Für die Bewertung des Anreizeffektes nimmt das Bundeskartellamt jedoch in einigen Textziffern auch auf die Beteiligung in Höhe von rund 28 Prozent Bezug, vgl. ebenda, Tz. 340.

³⁶⁴ Ebenda, Tz. 330.

³⁶⁵ Ebenda, Tz. 337 f.

³⁶⁶ Ebenda, Tz. 339.

³⁶⁷ Im Übrigen kann ein solcher Ausweicheffekt auch schon bei der bereits bestehenden Minderheitsbeteiligung eingetreten sein. Hier besteht auch die Gefahr eines Zirkelschlusses, wenn das unter der bestehenden Minderheitsbeteiligung bestehende Überschneidungsgebiet die räumliche Marktabgrenzung beeinflusst und die so gefundene Marktabgrenzung der Analyse des bisherigen Wettbewerbsverhaltens der am Zusammenschluss Beteiligten zugrunde gelegt wird. Zur Marktabgrenzung auf Basis des Überschneidungsgebiets vgl. BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Tz. 242.

Bezug auf den Wettbewerb nicht unbedingt weniger problematisch, wenn die EnBW infolge der Anteilsaufstockung mit etwa 28 Prozent am Gewinn der MVV beteiligt ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich hier das Problem der schleichenden Übernahme, wenn im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle als Referenzrahmen vor allem der unilaterale Effekt einer Aufstockung der Anteile um 6,28 Prozent bewertet wird. Der Effekt einer einzelnen Teilaufstockung ist selbst bei engen Wettbewerbern nur bedingt quantifizier- bzw. erfassbar. Der Rückgriff des Bundeskartellamtes auf die zu beobachtende Wettbewerbssituation unter einer bereits bestehenden Minderheitsbeteiligung von etwa 22 Prozent lässt zudem insbesondere außer Acht, wie sich der Wettbewerb ohne die über die Jahre gewachsene Minderheitsbeteiligung entwickelt hätte und welche Wirkungen die bereits gehaltene Minderheitsbeteiligung entfaltet hat.

792. Grundsätzlich zeigt sich bei der Prüfung der unilateralen Effekte – wie schon bei der Frage der wettbewerblichen Einheit – das Problem, welches fusionskontrollrechtliche Vergleichsszenario heranzuziehen ist. Zwar muss der Zusammenschluss für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs kausal sein, um zu einer Untersagung führen zu können. Bereits in ihrem V. Hauptgutachten hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass die Zusammenschlusskontrolle sich jedoch grundsätzlich auf die von Unternehmensverbindungen ausgehenden Wirkungen, die die Marktstruktur ändern, beziehen. Die strukturelle Änderung der Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt sollte dabei maßgeblich sein, nicht die – möglicherweise nur – marginale Verfestigung bereits kontrollfrei eingetretener Änderungen. Diese Erwägungen müssen auch der Kausalitätsbetrachtung zugrunde gelegt werden.³⁶⁸ Dies gilt umso mehr bei einer auf unilaterale Effekte abstellenden Betrachtung.

793. Im konkreten Fall der Aufstockung einer bestehenden Minderheitsbeteiligung auf eine Beteiligung über 25 Prozent könnte es zu Kontrolldefiziten kommen, wenn in der Zusammenschlusskontrolle maßgeblich auf die wettbewerbliche Wirkung des Beteiligungszuwachses im Rahmen eines Vergleichs der Wettbewerbsbedingungen ohne und mit dem Zusammenschluss abgestellt würde. Werden hierbei die unilateralen Effekte der bereits bestehenden Unternehmensverbindung – im Extremfall bis zu 24,9 Prozent – aus der Betrachtung herausgenommen, bestünde die Gefahr, dass sich Unternehmen strategisch der Zusammenschlusskontrolle entziehen. Dazu könnten sie eine Beteiligung sukzessive aufstocken, sodass die unilateralen Effekte der Teilaufstockung über 25 Prozent so gering ausfallen, dass ihre Wirkung kaum mehr nachzuweisen ist.

794. Vor dem Hintergrund, dass eine weitere Anteilsaufstockung ohne eine damit einhergehende Änderung der Kontrollverhältnisse keiner fusionskontrollrechtlichen Prüfung unterzogen werden kann, hat die Monopolkommission zudem bereits früher empfohlen, auch die Möglichkeit einer Aufstockung bis auf einen Anteil unterhalb der Kontrollerwerbsgrenze von in der Regel 50 Prozent bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen.³⁶⁹ Eine Prüfung, inwieweit eine solche weitere Aufstockung wahrscheinlich ist, hatte das Bundeskartellamt auch im Fall EnBW/MVV vorgenommen und festgestellt, dass diese nicht zu erwarten sei.³⁷⁰ Dass ein Verkauf von Anteilen durch den anderen größeren Gesellschafter und die MVV Verkehr GmbH bzw. die mittelbare Anteilseignerin Stadt Mannheim aktuell nicht in Betracht gezogen wird, steht einer Berücksichtigung der Möglichkeit einer höheren Beteiligung jedoch nicht entgegen.³⁷¹ Kurz- bis mittelfristig kann sich diese Haltung beispielsweise bei einem entsprechend hohen Angebot durch die EnBW oder finanziellen Schwierigkeiten dieser Anteilseigner ändern.

³⁶⁸ Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1983, Tz. 449 ff.; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5. Aufl., München 2014, § 36 Tz. 677.

³⁶⁹ Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1983, Tz. 453.

³⁷⁰ Vgl. Tz. 784 und BKartA, Beschluss vom 14. Dezember 2017, B4-80/17 – EnBW/MVV, Tz. 325.

³⁷¹ Grundsätzlich muss dem Umstand, dass weitere Anteilerwerbe ab 25 Prozent bis unter die Grenze des Kontrollerwerbs von in der Regel 50 Prozent kontrollfrei erfolgen können, in der materiellen Beurteilung Rechnung getragen werden; vgl. dazu Kallfaß, in: Langen/Bunte, *Deutsches Kartellrecht*, 13. Aufl., Köln 2018, § 36 Tz. 7. Hierfür sollten nach Auffassung des BGH jedoch konkrete Anhaltspunkte vorliegen; vgl. BGH, Urteil vom 19. April 1983, KVR 1/82 – VEW/Gelsenwasser, Rz. 30 (zit. nach Juris).

3.2.4.3 Schlussfolgerungen und Empfehlung

795. Minderheitsbeteiligungen können durch ihre unilateralen Effekte erhebliche Schadenspotenziale entfalten, die in der Fusionskontrolle derzeit zu wenig Berücksichtigung finden. Eine besondere Problematik besteht bei der Prüfung der Wirkungen unilateraler Effekte bei Minderheitsbeteiligungen, da diese Wirkungen entfalten, die schwierig zu identifizieren und zu quantifizieren sind. Gerade bei sog. schleichenden Übernahmen kann dies zu einem „under-enforcement“, also einer Freigabe von Fusionen führen, die aufgrund ihres wettbewerbsschädigenden Potenzials hätten untersagt werden sollen.

796. Die Monopolkommission empfiehlt daher, bei der Prüfung von Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle die unilateralen Effekte besonders kritisch zu berücksichtigen. Weil die unilateral wettbewerbsbeschränkende Effekte mit der Höhe einer Minderheitsbeteiligung zunehmen, zugleich aber gegebenenfalls erst mit Überschreitung der Schwelle von 25 Prozent eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Basis eines Anteilserwerbs ausgelöst wird, ist eine Bewertung der gesamten Minderheitsbeteiligung erforderlich, um eine Schutzlücke zu vermeiden. Dazu sollte das Bundeskartellamt die wettbewerblichen Effekte einer Anteilsaufstockung auf über 25 Prozent auch auf Basis der Effekte der bereits bestehenden Beteiligung bewerten und dabei prüfen, ob – auch unter Berücksichtigung der bestehenden Beteiligung – der Wettbewerb erheblich eingeschränkt wird. Sofern auf Basis einer bestehenden Beteiligung von einer solchen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist, führt jede weitere Anteilsaufstockung, auch eine solche in geringer Höhe, zu der Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Zudem sollte die Kartellbehörde im Fall einer Prüfung die Möglichkeit einer weiteren Aufstockung bis auf einen Anteil in Höhe der Kontrollerwerbsgrenze von in der Regel 50 Prozent inzident berücksichtigen und die damit einhergehenden Anreizwirkungen und Einflussmöglichkeiten in die Wettbewerbsprüfung aufnehmen.

3.3 Kartellrechtliche Kontrolle von Schlichtungsvereinbarungen am Beispiel des Falls Edeka/Kaiser's Tengelmann („Abkauf von Wettbewerb“)

797. Vergleiche zur Beendigung rechtlicher Streitigkeiten haben eine Reihe positiver Effekte: Sie stiften Rechtssicherheit und tragen dazu bei, sowohl die Kosten der Parteien zu senken als auch die Gerichte zu entlasten. Allerdings können Vergleiche auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten, die die Effizienz solcher Vergleiche im Einzelfall infrage stellen. Eine solche Konstellation kann dann gegeben sein, wenn ohne den Abschluss des Vergleichs eine aus Wettbewerbssicht günstigere Situation vorliegt.

798. Im Berichtszeitraum gibt die Schlichtung in dem Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann im Anschluss an die Anfechtung der Ministererlaubnis Anlass zu einer Analyse der dargestellten Problematik. Diese beschränkt sich allerdings nicht auf Ministererlaubnisverfahren, sondern kann immer dann auftreten, wenn das Bundeskartellamt im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle eine Freigabe erteilt und hiergegen Drittrechtsschutz gesucht wird.³⁷² In der jüngeren Vergangenheit haben sich darüber hinaus die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof anlässlich von Patentstreitigkeiten mit der Thematik befasst.

799. Der Fall Edeka/Tengelmann betraf das Vorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG (Edeka), verschiedene Gesellschaften der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG (Tengelmann) zu übernehmen. Das Übernahmeverhaben wurde durch eine Ministererlaubnis unter Nebenbestimmungen nach Untersagung des Bundeskartellamtes und einer negativen Stellungnahme der Monopolkommission erlaubt.³⁷³

³⁷² FRK-Pressemitteilung vom 28. Mai 2015 und o. A., Unitymedia einigt sich mit Telekom und Netcologne, 16. Februar 2015, <https://www.internetanbieter.de/news/12702-unitymedia-einigt-sich-mit-telekom-und-netcologne/>, Abruf am 8. Mai 2018, zum Fall Liberty Global/Kabel BW (BKartA Az. B7-66/11).

³⁷³ Siehe Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Verfügung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01; dazu Pressemitteilung vom 17. März 2016; BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, 1. Aufl. 2016, Kurzfassung zu Kap. IV, S. 238 und Tz. 692, 704 ff.; Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Baden-Baden 2015.

800. Die zum Ministererlaubnisverfahren beigeladenen Unternehmen Markant, Norma und Rewe haben gegen die Entscheidung des Ministers zunächst Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt und die Beigeladenen Markant und Rewe zusätzlich Eilrechtsschutz gesucht.³⁷⁴ Die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Eilverfahren war Gegenstand einer Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH.³⁷⁵

801. Markant und Norma haben nach einer Einigung mit Edeka im Oktober 2016 ihre Rechtsbehelfe gegen die Ministererlaubnis zurückgenommen. Im Oktober und November 2016 fanden Schlichtungsverhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin Rewe und Edeka statt, nach denen auch Rewe am 8. Dezember 2016 seine Beschwerde beim OLG Düsseldorf zurückgenommen hat.³⁷⁶ Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und das Bundeskartellamt waren an den Schlichtungsverhandlungen beteiligt.³⁷⁷

802. Die Einigung bezog sich im Verhältnis zwischen Edeka und Rewe bzw. Norma auf die von Edeka übernommenen Vermögenswerte. Sie war nur unter der Prämisse möglich, dass die Ministererlaubnis zunächst vollzogen wird und Edeka die betreffenden Vermögenswerte erwirbt. Dagegen war der Eigentümer von Tengemann nicht bereit, an der Aufteilung der betreffenden Vermögenswerte unter allen Beteiligten mitzuwirken.³⁷⁸ In den Schlichtungsverhandlungen war infolgedessen vereinbart worden, dass Edeka im Gegenzug für die Zurücknahme der Rechtsbehelfe 63 Filialen in Berlin, jeweils zwei Filialen in Nordrhein-Westfalen bzw. im Großraum München sowie ein Fleischwerk und bestimmte rückwärtige Dienste auf Rewe sowie elf ehemalige Filialen der Edeka-Gruppe auf Norma übertragen würde. Markant sollte von Edeka eine finanzielle Kompensation erhalten.

803. Das Bundeskartellamt hat mit Blick auf das ursprüngliche Zusammenschlussvorhaben Edeka/Tengemann die Übertragung der Filialen, des Fleischwerks und der rückwärtigen Dienste als dekonzentrativen Vorgang eingestuft. Die Übertragung dieser Vermögenswerte auf Rewe und Norma unterlag ihrerseits der Fusionskontrolle und wurde in beiden Fällen freigegeben.³⁷⁹ Die fusionskontrollrechtliche Beurteilung des Bundeskartellamtes begegnet aus der Sicht der Monopolkommission keinen Bedenken.

804. Fraglich ist hingegen, wie die Schlichtungsvereinbarungen von Edeka mit Markant, Norma und Rewe kartellrechtlich nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB zu beurteilen sind. Das Bundeskartellamt hat hierzu bereits in einem Fallbericht Stellung genommen.³⁸⁰ Das deutsche Recht schließt eine derartige Prüfung neben der fusionskontrollrechtlichen Prüfung der betreffenden Zusammenschlussvorgänge nicht aus.³⁸¹ Insofern ergeben sich gewisse Parallelen zur Problematik der Patentvergleiche („pay for delay“), welche die Monopolkommission im XXI. Hauptgutachten aufbereitet hatte.³⁸² In den folgenden Abschnitten fasst sie diese Grundsätze unter Berücksichtigung der seither ergangenen Rechtsprechung zusammen (3.3.1), arbeitet darauf die Parallelen und Unterschiede bei den Schlichtungsvereinbarungen heraus (3.3.2) und nimmt zuletzt eine wettbewerbspolitische Würdigung im Hinblick auf künftige Fälle vor (3.3.3).

3.3.1 Zusammenfassung der Beurteilungsgrundsätze für Patentvergleiche

805. Patentvergleiche werden zwischen dem Inhaber einer patentrechtlich geschützten Rechtsposition und einem anderen Wirtschaftsteilnehmer abgeschlossen, der das betreffende Patent entweder nicht anerkennt oder es aus

³⁷⁴ OLG Düsseldorf, Beschwerdeverfahren VI-Kart 4/16 (V); Beschluss vom 12. Juli 2016, VI-Kart 3/16 (Eilverfahren).

³⁷⁵ BGH, KVR 38/16; dazu Pressemitteilung Nr. 159/2016 vom 14. September 2016.

³⁷⁶ OLG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 39/2016 vom 8. Dezember 2016.

³⁷⁷ Schulte, S., Schröder kommt bei der Tengemann-Schlichtung voran, WAZ.de vom 27. Oktober 2016.

³⁷⁸ Ebenda.

³⁷⁹ BKartA, Entscheidungen B2-140/16 – Rewe und B2-38/17 – Norma.

³⁸⁰ BKartA, Fallbericht vom 16. November 2017, B2-31/17.

³⁸¹ BGH, Beschluss vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84 – Mischwerke, BGHZ 96, 69; Beschluss vom 8. Mai 2001, KVR 12/99 – Ostfleisch; Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07 – NordKS/Xella.

³⁸² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1031 ff.

der Sicht des Patentinhabers verletzt. Ziel ist es, einen Interessenausgleich zwischen den Streitparteien herzustellen. Patentvergleiche können in Konflikt mit Allgemeininteressen geraten, wenn sie wettbewerbsbeschränkend sind und folglich die Verbraucher benachteiligen.

806. Derartige Nachteile sind dann möglich, wenn der Patentinhaber erstens über Marktmacht verfügt (insbesondere, wenn er Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung ist) und wenn der Patentvergleich zweitens zur Folge hat, dass dem „Angreifer“ im Rahmen einer Marktzutritte behindernden Einigung eine Teilhabe an den Profiten des Marktbeherrschers eingeräumt wird.³⁸³ Von der dadurch erzielten Marktsituation bei Aufrechterhaltung des Patents profitiert insbesondere das über die Marktmacht verfügende Unternehmen, während es bei dem angreifenden Unternehmen und den Verbrauchern gewöhnlich zu Nachteilen kommt. Dabei wird das angreifende Unternehmen für diese Nachteile im Rahmen des Vergleichs kompensiert, während die Verbraucher eine solche Kompensation nicht erhalten. Möglich ist, dass eine Kompensation, die bei allen Parteien einschließlich der Verbraucher auf Zustimmung stößt, auch gar nicht vereinbar gewesen wäre. In diesem Fall ist der geschlossene Patentvergleich ineffizient und geht vor allem mit Nachteilen für die Verbraucher einher.

807. Ein wichtiges Indiz dafür, dass mit dem Patentvergleich zugleich wettbewerbsbeschränkende Zwecke verfolgt werden, kann sein, wenn im Vergleich eine Zahlung (oder andere Leistung) an die Gegenpartei des Patentinhabers vorgesehen ist, die im Hinblick auf den zugrunde liegenden Rechtsstreit unangemessen erscheint (insbesondere eine „umgekehrte Zahlung“ vom Patentinhaber an einen mutmaßlichen Verletzer). Denn in diesem Fall liegt es nahe, dass die Parteien unter sich die Gewinne des Patentinhabers aufteilen und die Streitbeilegung nicht nur aufgrund geringer Erfolgsaussichten des angreifenden Unternehmens und der Einsparung hoher Prozesskosten erfolgt. Aus der Sicht der Europäischen Kommission sind Patentvergleiche deshalb wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) zu überprüfen, wenn Dritte infolge des Vergleichs in ihrem Marktzutritt behindert werden und wenn zusätzlich ein Werttransfer zwischen den Parteien stattfindet.³⁸⁴

808. Das EuG hat die Kommissionspraxis in einem Urteil des Jahres 2016 in der Sache bestätigt.³⁸⁵ In dem Urteil hat es hervorgehoben, dass ein Vergleich, den ein Patentinhaber und ein marktzutrittswilliges Unternehmen in Anbetracht unterschiedlicher Anschauungen über die Gültigkeit eines Patents schließen, eine wettbewerbliche Unsicherheit untereinander durch Sicherheit auf Basis einer Gewinnverschiebung ersetze.³⁸⁶ Es komme insofern zu einem Abkaufen von Wettbewerb.³⁸⁷ Zumindest wenn der Patentinhaber marktbeherrschend ist, kann eine solche Vereinbarung sogar eine Kernbeschränkung in Form einer Marktaufteilung und einer Produktionsbeschränkung bedeuten, da es für Dritte in diesem Fall besonders schwierig ist, die durch den Vergleich geregelten Marktverhältnisse infrage zu stellen.³⁸⁸

809. In einem solchen Fall ist letztendlich entscheidend, dass die Parteien eine wettbewerbsrechtlich relevante Unsicherheit untereinander durch Sicherheit ersetzen. Dagegen ist nicht entscheidend, dass der betreffende Vergleich gerade eine patentgeschützte Rechtsposition betrifft. Denn Patente berechtigen ohnehin nur zur Abwehr von Angriffen auf das geschützte Recht, beinhalten aber kein Recht, von Patentangriffen verschont zu bleiben.³⁸⁹ Die Gültigkeit des relevanten Patents kann bei der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung eines Patentvergleichs sogar offengelassen werden, zumindest wenn der Patentvergleich nach seinem Inhalt in jedem Fall über einen

³⁸³ Vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1061 ff., 1067 ff., ebenda, Tz. 1045.

³⁸⁴ EU-Kommission, Pharmaceutical Sector Inquiry, Preliminary Report, 28. November 2008, Tz. 610 ff.; Contribution to the Roundtable on: Role of Competition in the Pharmaceutical Sector and its Benefits for Consumers, Seventh United Nations Conference to review the UN set on Competition Policy, 6./7. Juli 2015; dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1053 f., 1061 ff.

³⁸⁵ EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, insbesondere Rz. 352–354.

³⁸⁶ Ebenda, Rz. 122 ff., 363, 369, 382, 401, 429, 539, 840.

³⁸⁷ EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, Rz. 352–354.

³⁸⁸ Ebenda, Rz. 435; ebenso EU-Kommission, By-Object Guidance, S. 8.

³⁸⁹ EuGH, Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, 611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 92.

zulässigen Patentschutz hinausgeht und den Wettbewerb beschränkt.³⁹⁰ Denn ein Patentvergleich beseitigt dann zwangsläufig eine wettbewerbsrechtlich relevante Unsicherheit zwischen den Parteien.

810. Des Weiteren ist nicht entscheidend, dass die Einigung gerade zur Vermeidung oder im Rahmen eines Rechtsstreits getroffen wird. Zwar sind die Marktteilnehmer berechtigt, Vergleiche abzuschließen, um die Kosten eines Rechtsstreits zu vermeiden. Sie können bei Abschluss eines solchen Vergleichs auch berücksichtigen, welchen Schaden sie durch einen etwaigen Verlust des Rechtsstreits zu gewärtigen haben. Dennoch ist ein solcher Vergleich nicht schon deshalb zulässig, weil eine wettbewerbsbeschränkende Streitbeilegung für die daran Beteiligten am kostengünstigsten ist und die von ihnen zu tragenden Risiken am besten ausschließt.³⁹¹ Das gilt insbesondere dann, wenn der abgeschlossene Vergleich den zugrunde liegenden Rechtsstreit (z. B. über eine Patentverletzung) gar nicht wirklich beilegt, sondern eine davon letztlich unabhängige Vereinbarung enthält.³⁹² Bei der Einschätzung, ob ein solcher Vergleich mit dem Kartellverbot zu vereinbaren ist, ist er jedoch in einer Gesamtschau unter Berücksichtigung seines ökonomischen und rechtlichen Kontextes zu beurteilen. Außerdem bleibt selbst im Fall einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung grundsätzlich eine Effizienzrechtfertigung möglich (Art. 101 Abs. 3 AEUV).

811. Nach der Rechtsprechung ist zusammenfassend somit maßgeblich, dass der Patentinhaber aus der Sicht der Vergleichsparteien in wettbewerbsbeschränkender Weise den wirtschaftlichen Wert einer gesicherten Marktstellung teilweise auf die Gegenpartei des Vergleichs überträgt und dass diese im Gegenzug eine Zusicherung abgibt, wonach sie darauf verzichtet, die Marktstellung des Patentinhabers in der Weise, die Gegenstand des Vergleichs ist, anzugreifen.³⁹³ Dagegen kommt es auf weitere Aspekte nicht an, also auch nicht etwa darauf, ob die Gegenpartei darin frei bleibt, sonstige Wettbewerbsvorstöße zu unternehmen, oder ob am Vergleich nicht beteiligte Dritte grundsätzlich noch Wettbewerbsvorstöße unternehmen können.

3.3.2 Übertragung auf den Fall Edeka/Tengelmann

812. Die Schlichtung zwischen Edeka und den Unternehmen Rewe und Norma weist offensichtliche Parallelen zu Patentvergleichen auf.³⁹⁴ Wie die Patentinhaber in den bisher wegen solcher Vergleiche geführten Verfahren verfügte Edeka auf den relevanten Märkten über Marktmacht. Da das Bundeskartellamt in seiner Prüfung des Zusammenschlusses von Edeka und Tengelmänn festgestellt hat, dass dieser zu einer Beschränkung wirksamen Wettbewerbs führe, ist folglich die Marktmacht von Edeka auch mit dem Zusammenschluss verbunden. Mit den Beschwerden von Rewe und Norma gegen die den Zusammenschluss ermöglichende Ministererlaubnis bestand Unsicherheit darüber, ob die den Wettbewerb beschränkende Marktstellung von Edeka in dieser Weise aufrechterhalten werden konnte. Entsprechend sicherte die Einigung von Edeka mit den Wettbewerbern Rewe und Norma die Marktstellung von Edeka ab, da sie zwischen den Beteiligten die Unsicherheit beseitigte, die infolge der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis bestand. Rewe und Norma verzichteten nämlich im Gegenzug dafür, dass Edeka sie durch die Übertragung von Filialen und anderen Vermögenswerten an der erworbenen Marktstellung

³⁹⁰ EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, Rz. 353 f., 384; siehe auch EuGH, Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, 611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 92 f. (zu nicht exklusiven Lizenzen); Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League u. a., Slg. 2011, I-9083, ECLI:EU:C:2011:631, Rz. 137 ff. Einschränkung EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süßlthöfer, Slg. 1988, 5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 19.

³⁹¹ Vgl. EuG, Urteile vom 8. Juli 2004, T-48/00 – Corus, Slg. 2004, II-2325, ECLI:EU:T:2004:219, Rz. 73; T-50/00 – Dalmine, Slg. 2004, II-2395, ECLI:EU:T:2004:220, Rz. 211, rechtskräftig bestätigt durch EuGH, Urteil vom 25. Januar 2007, C-407/04 P – Dalmine, Slg. 2007, I-829, ECLI:EU:C:2007:53.

³⁹² EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, Rz. 354; vgl. auch EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süßlthöfer, Slg. 1988, 5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 15 f.

³⁹³ Zur möglichen Rechtfertigung durch wirtschaftliche Effizienzen (Art. 103 AEUV) wurde in den bisherigen Fällen nicht ausreichend vorgetragen; vgl. EuG, Urteil vom 8. September 2016, T-472/13 – Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, Rz. 710 ff.; dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1046.

³⁹⁴ Vgl. schon Kühling, J./Wambach, A., Standpunkt: Gegen den Abkauf von Wettbewerbern, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17. Oktober 2016, S. 17.

teilhaben ließ, darauf, diese Marktstellung durch Aufrechterhaltung ihrer Beschwerde gegen die Ministererlaubnis weiter infrage zu stellen.

813. Die Einigung beschränkte damit den Wettbewerb, indem sie – vor dem Hintergrund der zunächst bestehenden Unsicherheit über den Ausgang des Beschwerdeverfahrens – die Marktposition von Edeka strukturell gegenüber Rewe bzw. Norma absicherte und indem sie es zugleich für unbeteiligte Dritte schwieriger machte, die von Edeka erworbene Marktstellung anzugreifen. Diese Beschränkung kann, wie im Fall der Patentvergleiche, mit Effizienzverlusten und mit Nachteilen für die Verbraucher verbunden sein, weil deren Interesse an einer Marktsituation mit weniger beschränktem Wettbewerb im Schlichtungsergebnis keine unmittelbare Berücksichtigung fand.

814. Für die wettbewerbsrechtliche Relevanz in diesem konkreten Fall spricht auch, dass die Einigung mit der Übertragung von Filialen und anderen Vermögenswerten von Edeka an die Beschwerdeführer auch eine nicht allein mit dem Vergleichscharakter der Einigung zu erklärende und damit „angemessene“ Leistung vorsah. Denn im zugrunde liegenden Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Ministererlaubnis war gar nicht Edeka, sondern der Bund der Verfahrensgegner von Rewe und Norma. Die Einigung konnte den zugrunde liegenden Rechtsstreit somit auch nicht im Sinne eines Prozessvergleichs beenden. Die Beendigung des Rechtsstreits war vielmehr lediglich Gegenstand der zwischen einerseits Edeka und andererseits Rewe bzw. Norma getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung.

815. Bei näherer Betrachtung lässt sich auch nicht einwenden, dass es Edeka, abweichend von den Patentvergleichsfällen, nicht darum gegangen sei, dass Rewe und Norma von einem Marktzutritt absehen oder einen solchen Zutritt zumindest verzögern.³⁹⁵ Denn bei den inkriminierten Patentvergleichen kommt es, wie zuvor dargestellt (Tz. 806 f. und 811), nicht in erster Linie darauf an, ob die Gegenpartei des Vergleichs in den Markt eintreten will. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Einigung die Marktposition des Patentinhabers absichert, was aufgrund der dargestellten Konstellation anzunehmen ist. Zugleich geht es darum, dass das marktmächtige Unternehmen den wirtschaftlichen Wert der Absicherung der Marktstellung teilweise auf den Beschwerdeführer überträgt und der Beschwerdeführer eine Zusicherung abgibt, wonach er darauf verzichtet, die Marktstellung in der Weise anzugreifen, die Gegenstand des Vergleichs ist (hier: Beschwerde gegen die Ministererlaubnis). Eine darüber hinausgehende Zusicherung des Beschwerdeführers, künftige Wettbewerbsvorstöße zu unterlassen, ist nicht erforderlich.

816. Des Weiteren lässt sich nicht einwenden, dass eine Einigung zwischen Edeka und Rewe bzw. Norma in dem der Beschwerde gegen die Ministererlaubnis zugrunde liegenden wirtschaftlichen Konflikt nur unter der Prämisse in Betracht kam, dass Edeka zunächst Tengemann erwarb, und dass die Einigung und die darin vorgesehene Übertragung von Vermögenswerten somit zwangsläufig dekonzentrativ wirken würden.³⁹⁶ Denn bei dieser Argumentation müsste unterstellt werden, dass die Beschwerde von Rewe und Norma gegen die Ministererlaubnis keine Erfolgsaussicht hatte. Wenn die Beschwerde hingegen auch erfolgreich sein konnte, so war der Verfahrensausgang unsicher, und es bestand ebenfalls die Möglichkeit, dass die Beschwerde von Rewe und Norma erfolgreich sein würde. In diesem Fall konnte die Einigung mit Edeka, die den Erwerb von Tengemann absicherte, somit auch eine konzentrierte Wirkung haben. Für eine solche Wirkung bestand im vorliegenden Fall aufgrund der Verfügung des OLG Düsseldorf im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sogar eine hohe Wahrscheinlichkeit.³⁹⁷

817. Darüber hinaus ist es ohne Bedeutung, dass der Veräußerer von Tengemann sich an einer Aufteilung nicht beteiligen wollte, sodass möglicherweise ein Risiko entstand, dass die Vermögenswerte von Tengemann aus dem Markt ausscheiden mussten. Denn die in einem Markt vorhandenen Vermögenswerte sind kartellrechtlich nicht um ihrer selbst willen schutzwürdig. Die Einigung zwischen Edeka und Rewe bzw. Norma über die Übertragung relevanter Vermögenswerte könnte kartellrechtlich allenfalls dann hingenommen werden, falls es auch bei einem Erfolg der Rechtsbehelfe von Rewe bzw. Norma gegen die Ministererlaubnis aller Voraussicht nach dazu gekom-

³⁹⁵ Vgl. BKartA, Fallbericht vom 29. November 2017, B2-31/17.

³⁹⁶ Vgl. BKartA, Fallbericht vom 29. November 2017, B2-31/17.

³⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016, VI-Kart 3/16 (V), ECLI:DE:OLGD:2016:0712.VI.KART3.16V.00.

men wäre, dass gerade die Beschwerdeführer Rewe und Norma (und nicht etwa auch Dritte) die Marktposition von Tengelmann übernommen hätten.³⁹⁸ Dies lässt sich aber nicht unterstellen.

818. Zuletzt ergab sich für die an der Schlichtung unbeteiligten Marktteilnehmer nicht zwangsläufig ein ausreichender Schutz dadurch, dass der Erwerb der betreffenden Vermögenswerte durch Rewe und Norma fusionskontrollrechtlich überprüft werden musste. Denn nach der Einigung musste diese Prüfung von vornherein unter der Prämisse einer wirksamen Ministererlaubnis erfolgen, sodass Rewe bzw. Norma die mit diesen Vermögenswerten verbundene Marktstellung gerade vom marktführenden Unternehmen Edeka übernehmen würden. Außerdem betraf die Prüfung nur die von Rewe und Norma jeweils erworbene Marktstellung. Sie betraf zudem nicht die mögliche Absicherung dieser Marktstellungen durch eine Marktaufteilungsvereinbarung sowie die Aufteilung der mit den betreffenden Filialen erzielbaren Erträge zwischen Edeka und Rewe bzw. Norma.

819. Die Schlichtung zwischen Edeka und Markant erscheint demgegenüber in einem anderen Licht. Markant war, anders als Rewe und Norma, kein Wettbewerber von Edeka. Tengelmann wickelte zunächst einen Teil des Verrechnungsgeschäfts über Markant ab und bezog über eine Tochtergesellschaft von Markant einen Teil seiner Handelsmarken.³⁹⁹ Edeka plante, diese Geschäftsbeziehung nach der Übernahme von Tengelmann zu beenden. Im Rahmen der Schlichtung vereinbarten Edeka und Markant, dass Markant sämtliche gegen die Ministererlaubnis erhobenen Rechtsbehelfe zurücknahm und im Gegenzug eine finanzielle Kompensation zum Ausgleich sämtlicher Nachteile aus der Beendigung der Geschäftsbeziehung erhielt (insbesondere Wettbewerbs- und Konditionennachteile). Die Zahlungen von Edeka an Markant dürften in diesem Kontext in erster Linie als Kompensation für das wegfallende Geschäft mit Tengelmann gedient haben.

3.3.3 Schlussfolgerungen und Empfehlung

820. Die Kartellbehörden haben Vergleiche zur Beendigung wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten, die eine Veränderung der Wettbewerbssituation zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern zur Folge haben, in der Vergangenheit nur selten einer näheren Prüfung unterzogen. Für eine zurückhaltende Amtspraxis spricht, dass derartige Vergleiche häufig positive Effekte haben, weil sie die Rechtssicherheit erhöhen, zu Kostensenkungen bei den Vergleichsparteien führen und die Gerichte entlasten. Darüber hinaus können Vergleiche eine für den Wettbewerb günstigere Situation schaffen, als wenn das marktmächtige Unternehmen in dem betreffenden Rechtsstreit ohne Vergleich obsiegen würde. Allerdings kann auch der gegenteilige Effekt eintreten: Vergleiche können eine Situation herbeiführen, die sich aus wettbewerbslicher Sicht ungünstiger als ohne den Vergleich darstellt. Dieser Möglichkeit ist durch die Wettbewerbsbehörden Rechnung zu tragen.

821. Angesichts der ambivalenten Wirkungen von Vergleichen zur Beendigung rechtlicher Streitigkeiten und zur Vermeidung von Fehlanreizen erscheint ein graduelles Vorgehen der Wettbewerbsbehörden sachgerecht. Daraus folgt, dass diese nur in Fällen schwerwiegender bzw. naheliegender Wettbewerbsbeeinträchtigungen tätig werden sollten. Zur Abgrenzung ebendieser Konstellationen von anderen – eher unproblematischen Fällen – sind geeignete Kriterien aufzustellen:

- Ein erstes Kriterium dafür, wann ein Einschreiten der Kartellbehörden geboten ist, könnte die Höhe der vereinbarten Kompensation sein, die im Gegenzug zu der Rechtsmittelrücknahme erfolgt. Ist die Kompensationsleistung unverhältnismäßig hoch, könnte dies für das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Wirkungen des Vergleichs streiten. Dabei ließe sich die Verhältnismäßigkeit beispielsweise anhand der Umsätze, die auf den betroffenen Märkten mit den streitbefangenen Produkten erzielt werden, beurteilen. Dagegen würde eine Kompensation ausschließlich der zu erwartenden Prozesskosten gegen einen wettbewerbsbeeinträchtigenden Charakter des Vergleichs sprechen.

³⁹⁸ Siehe EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 031 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 89 ff. (zu den Grundsätzen für sog. Sanierungsfusionen).

³⁹⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, 1. Aufl. 2015.

- Als weiteres Kriterium könnten die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsmittels bzw. die entsprechenden Erwartungen der Vergleichsparteien herangezogen werden. Dabei dürfte ein enger Zusammenhang mit der Höhe der vereinbarten Kompensation bestehen. Der wettbewerbsbeschränkende Charakter eines Vergleichs ließe sich insbesondere aus dem Umstand ableiten, dass die Vergleichspartner von einem Erfolg des eingelegten Rechtsmittels ausgehen. Ein Indiz für derartige Erwartungen könnte es wiederum sein, wenn ein Rechtsbehelf im einstweiligen Rechtsschutzverfahren oder in der ersten Instanz bereits erfolgreich war und die Vereinbarung mit dem Ziel getroffen wird, das Hauptsacheverfahren bzw. die Rechtsmittelinstantz zu beenden.
- Als dritter Anhaltspunkt könnte das Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung und der damit verbundenen negativen Folgen für die Verbraucher – gemessen an einer Fortführung des Rechtsstreits – dienen. Von einer schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung wäre jedenfalls immer bei einer Anfechtung von Ministererlaubnisentscheidungen auszugehen.⁴⁰⁰ Denn der Ministererlaubnis geht stets eine Untersagung seitens des Bundeskartellamtes voran, das gerade eine solche erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt hat.

822. Die Monopolkommission empfiehlt den Kartellbehörden aufgrund der vorstehenden Erwägungen, Vereinbarungen der in diesem Abschnitt beschriebenen Art, die eine Rücknahme von Rechtsbehelfen zur Folge haben, in jedem Fall zu prüfen und auf Basis der oben genannten Kriterien die Einleitung eines Verfahrens zu erwägen.

3.4 Drittplattformverbote

823. Aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Frankfurt am Main⁴⁰¹ hat sich der EuGH in einem Urteil vom 6. Dezember 2017⁴⁰² erstmals mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von sog. Drittplattformverboten befasst. Hierbei handelt es sich um eine Vertriebsbeschränkung, bei der ein Hersteller seinen Händlern den Verkauf auf Online-Marktplätzen, die von Dritten betrieben werden und möglicherweise als solche erkennbar sind (z. B. Amazon Marketplace, eBay), untersagt. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang zwei bislang streitige Fragen positiv beantwortet, und zwar: (i) Kann die Pflege eines bestimmten Markenimages⁴⁰³ ein selektives Vertriebssystem rechtfertigen, ohne den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verwirklichen, und (ii) darf ein Hersteller seinen Händlern im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems den Verkauf auf Online-Marktplätzen unter Verweis auf das Markenimage untersagen?

3.4.1 Meinungsstand zu Drittplattformverboten

824. Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Drittplattformverboten war in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand von Streitigkeiten vor deutschen Zivilgerichten und dem Bundeskartellamt. Die deutsche Rechtsprechung ist bislang uneinheitlich gewesen.⁴⁰⁴ Vor dem Coty-Urteil des EuGH hat sich zuletzt das OLG Frankfurt am Main mit Drittplattformverboten befasst und sie für zulässig erachtet; daneben hat es auch die Möglichkeit der Berücksichtigung des Markenimages als qualitatives Selektionskriterium bejaht.⁴⁰⁵ Das Bundeskartellamt sieht Drittplattform-

⁴⁰⁰ Mit der Änderung von § 63 Abs. 2 GWB durch die 9. GWB-Novelle beabsichtigte der Gesetzgeber eine Beschränkung des Rechtsschutzes gegen die Entscheidungen des Bundesministers für Wirtschaft und Energie. Vgl. zur Kritik Abschnitt 3.7.4 in diesem Kapitel.

⁴⁰¹ Beschluss vom 19. April 2016, 11 U 96/14 (Kart), ECLI:DE:OLGHE:2016:0419.11U96.14KART.0A.

⁴⁰² C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941.

⁴⁰³ Sofern nicht das Image einer gesamten Marke, sondern das eines einzelnen Produktes im Vordergrund steht, geht es – streng genommen – um das Produktimage. Die Begriffe „Markenimage“ und „Produktimage“ werden im Folgenden jedoch aus Gründen der Vereinfachung sowie der besseren Lesbarkeit grundsätzlich synonym verwendet. Entsprechendes gilt für die Begriffe „Marke“ und „Produkt“.

⁴⁰⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 420.

⁴⁰⁵ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 22. Dezember 2015, 11 U 84/14 (Kart) – Funktionsrucksäcke, ECLI:DE:OLGHE:2015:1222.11U84.14KART.0A.

verbote eher kritisch, ohne jedoch bislang die Frage ihrer Zulässigkeit abschließend beantwortet zu haben.⁴⁰⁶ Die Europäische Kommission bezeichnet Drittplattformverbote in ihren Vertikal-Leitlinien aus dem Jahr 2010 als grundsätzlich legitime qualitative Anforderungen an den Online-Vertrieb⁴⁰⁷ und bestätigt diese Einschätzung im Wesentlichen in ihrem Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel aus dem Jahr 2016.⁴⁰⁸ Der EuGH hat sich vor dem Coty-Urteil zwar noch nicht zur Zulässigkeit von Drittplattformverboten geäußert, aber in einer markenrechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 2009 die Frage bejaht, ob das Markenimage im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems Berücksichtigung finden kann.⁴⁰⁹ Die Äußerung der Europäischen Kommission in den Vertikal-Leitlinien und die markenrechtliche Entscheidung des EuGH wurden zwischenzeitlich infrage gestellt durch das EuGH-Urteil in der Rechtssache Pierre Fabre, in dem dieser – nun in einer kartellrechtlichen Streitigkeit – die Berücksichtigung des Markenimages verneint hat.⁴¹⁰ Allerdings betraf diese Entscheidung ein vollständiges Verbot des Internetvertriebs. Die Monopolkommission steht der Berücksichtigung des Markenimages bei selektiven Vertriebssystemen positiv gegenüber und empfiehlt, die Zulässigkeit von Drittplattformverboten im Einzelfall davon abhängig zu machen, ob die aus dem Schutz des Markenimages folgende Belegung des markeninternen Wettbewerbs die negativen Auswirkungen auf den markenübergreifenden Wettbewerb überwiegt.⁴¹¹

3.4.2 EuGH-Urteil in der Rechtssache Coty

825. Im Rahmen der nachfolgenden Darstellung des EuGH-Urteils in der Rechtssache Coty werden zunächst der wesentliche Sachverhalt des den Vorlagefragen des OLG Frankfurt am Main zugrunde liegenden Rechtsstreits sowie die Vorlagefragen selbst (3.4.2.1) und anschließend die Entscheidungsgründe des EuGH-Urteils (3.4.2.2) dargestellt.

3.4.2.1 Sachverhalt und Vorlagefragen

826. Den Vorlagefragen des OLG Frankfurt am Main an den EuGH liegt ein Rechtsstreit zwischen der deutschen Vertriebsgesellschaft des Markenparfümherstellers Coty, Coty Germany GmbH („Coty“), und dem Einzelhändler Parfümerie Akzente GmbH („Parfümerie Akzente“) zugrunde. Coty betreibt ein selektives Vertriebssystem, zu dem die Parfümerie Akzente als sog. Depositär zugelassen ist. Zu diesem Zweck besteht zwischen Coty und der Parfümerie Akzente ein Depotvertrag, in dem unter anderem bestimmte Anforderungen an die Gestaltung der Verkaufsräume der Händler sowie die Präsentation der Waren festgelegt sind und der Luxuscharakter der Prestige-Marken von Coty hervorgehoben wird. Parfümerie Akzente bietet die von Coty bezogenen Parfüms sowohl in stationären Geschäften als auch im Internet und hier wiederum in einem eigenen Onlineshop und auf der Drittplattform Amazon Marketplace („amazon.de“) an. Zwischenzeitlich überarbeitete Coty den Depotvertrag mit seinen Händlern. In den neuen Vertragsbedingungen findet sich auch eine Klausel, die den Vertrieb auf solchen Online-Plattformen, die erkennbar von Dritten betrieben werden und deren Betreiber keine autorisierten Händler von Coty sind, verbietet.

827. Da Parfümerie Akzente dieser Vertragsänderung nicht zustimmte und den Verkauf auf Amazon Marketplace fortführte, klagte Coty vor dem LG Frankfurt am Main auf Unterlassung. Das LG Frankfurt am Main wies die Klage

⁴⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 – Asics; Beschluss vom 27. Juni 2014, B3-137/12 – Adidas; Beschluss vom 15. Oktober 2013, B7-1/13-35 – Sennheiser. Vgl. auch BKartA, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, Hintergrundpapier vom 10. Oktober 2013, S. 24 ff.

⁴⁰⁷ So eine – nicht unumstrittene – Interpretation der sog. Logoklausel in Tz. 54 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130, 19. Mai 2010, S. 1 („Vertikal-Leitlinien“); dazu Kumkar, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2017, S. 345 ff.

⁴⁰⁸ EU-Kommission, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2016) 312 final, 15. September 2016, Tz. 465 ff.

⁴⁰⁹ EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad, ECLI:EU:C:2009:260, Rz. 29 f. So auch das EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-88/92 – Leclerc, ECLI:EU:T:1996:192, Rz. 109, zum Kartellrecht.

⁴¹⁰ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649.

⁴¹¹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 420 ff., insbesondere Tz. 436.

mit der Begründung ab, die streitige Vertragsklausel verstoße gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV und § 1 GWB). Insbesondere taue die Aufrechterhaltung eines prestigeträchtigen Markenimages nicht zur Rechtfertigung eines selektiven Vertriebssystems, stelle das Drittplattformverbot eine sog. Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO dar und sei auch keiner Einzelfreistellung zugänglich.⁴¹² Gegen die Entscheidung des LG Frankfurt am Main legte Coty Berufung zum OLG Frankfurt am Main ein, das das Verfahren aussetzte und dem EuGH – verkürzt dargestellt – folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte:

- (i) Ist die Sicherstellung des „Luxusimages“ eines Produktes ein im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems berücksichtigungsfähiges Kriterium, das mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ist?
- (ii) Ist ein pauschales Verbot eines Herstellers an einen Händler, seine Produkte auf der Website eines Dritten, die als solche erkennbar ist und deren Betreiber nicht zu dem selektiven Vertriebssystem zugelassen ist, an Endkunden zu verkaufen, mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar?
- (iii) Stellt ein solches Drittplattformverbot eine bezweckte Beschränkung der Kundengruppe des Einzelhändlers im Sinne des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO (dritte Vorlagefrage) und/oder eine bezweckte Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher im Sinne des Art. 4 lit. c Vertikal-GVO (vierte Vorlagefrage) dar?

3.4.2.2 Entscheidungsgründe

828. Ein selektives Vertriebssystem ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn es bestimmte Anforderungen erfüllt. Diese sog. Metro-Kriterien setzen voraus, dass (i) die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, (ii) die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern und (iii) die festgelegten Kriterien schließlich nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.⁴¹³ Sind diese Anforderungen erfüllt, ist die Vereinbarung bereits nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst, und eine (Gruppen- oder Einzel-)Freistellung ist von vornherein nicht erforderlich.

Erste Vorlagefrage: Schutz des Produktimages als legitimes Ziel?

829. Im Streitgegenständlichen Fall wollte das OLG Frankfurt am Main mit seiner ersten Vorlagefrage vom EuGH wissen, ob im Rahmen des zweiten „Metro-Kriteriums“ (Erforderlichkeit des selektiven Vertriebssystems zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Erzeugnisses) das mit dem selektiven Vertriebssystem verfolgte Ziel auch dann ein legitimes ist, wenn die Qualität des betreffenden Produktes nicht auf seinen materiellen Eigenschaften, sondern auf seinem Prestigecharakter beruht. Der EuGH bejaht diese Frage im vorliegenden Urteil und führt zur Begründung aus, dass die luxuriöse Ausstrahlung eines Produktes für den Verbraucher ein wesentliches Element dafür sei, dieses Produkt von anderen Produkten zu unterscheiden, und dass die Schädigung der luxuriösen Ausstrahlung geeignet sei, die Qualität des Produktes selbst zu beeinträchtigen.⁴¹⁴ Dabei verweist der EuGH auch auf seine Rechtsprechung zum Markenrecht, wo er bereits festgestellt hat, dass eine bestimmte Form der Darbietung von Waren zu deren Ansehen und somit zur Wahrung ihrer luxuriösen Ausstrahlung beitragen könne.⁴¹⁵ Danach könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Verkauf von Prestigewaren durch Dritte, die nicht dem selektiven Vertriebssystem angehören, die Qualität dieser Waren selbst beeinträch-

⁴¹² LG Frankfurt am Main, Urteil vom 31. Juli 2014, 2-03 O 128/13, ECLI:DE:LGFFM:2014:0731.2.30128.13.0A.

⁴¹³ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 24; Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649, Rz. 41. Grundlegend: EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, C-26/76 – Metro I, ECLI:EU:C:1977:167, Rz. 20.

⁴¹⁴ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 25.

⁴¹⁵ EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad, ECLI:EU:C:2009:260, Rz. 29.

tigt.⁴¹⁶ Zudem macht der EuGH deutlich, dass diese Schlussfolgerung nicht durch das zeitlich nachfolgende, kartellrechtliche Urteil in der Rechtssache Pierre Fabre entkräftet werde.⁴¹⁷ Diese Entscheidung, in der der EuGH die Aussage getroffen hat, dass der Schutz des Prestigecharakters kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein könne,⁴¹⁸ wurde in der Vergangenheit wiederholt als Argument gegen die Möglichkeit der Berücksichtigung des Markenimages und der Zulässigkeit von Drittplattformverboten insgesamt angeführt. Der EuGH stellt nun klar, dass sich die Pierre Fabre-Entscheidung von der Rechtssache Coty insofern unterscheidet, als es dort (i) um ein pauschales Verbot des Onlinevertriebs und (ii) nicht um Luxuswaren, sondern um Kosmetika und Körperpflegeprodukte ging.⁴¹⁹

Zweite Vorlagefrage: Drittplattformverbot mit Kartellverbot vereinbar?

830. Mit seiner zweiten Vorlagefrage möchte das OLG Frankfurt am Main vom EuGH wissen, ob im Hinblick auf ein Drittplattformverbot, das das legitime Ziel der Sicherstellung eines bestimmten Produktimages verfolgt (so die Antwort des EuGH auf die erste Vorlagefrage), die „Metro-Kriterien“ auch im Übrigen erfüllt sind, d. h., das Drittplattformverbot diskriminierungsfrei angewendet wird sowie zur Sicherstellung eines bestimmten Produktimages geeignet und erforderlich ist. Da die Prüfung dieser Voraussetzungen im Wesentlichen eine von dem vorlegenden Gericht für den Einzelfall zu klärende Frage darstellt, können sich die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH nur auf grundsätzliche Erwägungen zu den Vorgaben des Unionsrechts beschränken. In diesem Zusammenhang entnimmt der EuGH den Akten des OLG Frankfurt am Main zunächst, dass das Drittplattformverbot von Coty diskriminierungsfrei angewendet wird, um sodann seine Geeignetheit zur Sicherstellung des Produktimages sowie seine Erforderlichkeit näher zu untersuchen.⁴²⁰ Dabei kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass das Drittplattformverbot – vorbehaltlich der von dem OLG Frankfurt am Main vorzunehmenden Einzelfallprüfung – die „Metro-Kriterien“ erfüllt und damit bereits nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist.

831. Die Geeignetheit des Drittplattformverbotes stützt der EuGH auf folgende Argumente:⁴²¹

- (iv) Das Drittplattformverbot gewährleistet, dass die Waren des Herstellers nicht mit Händlern in Verbindung gebracht werden, die nicht zu dem selektiven Vertriebssystem zugelassen sind.
- (v) Es dient dem Hersteller außerdem dazu, die von ihm im Rahmen des selektiven Vertriebssystems festgelegten Qualitätsanforderungen zu überprüfen und – notfalls – durchzusetzen. Im Verhältnis zu dem Betreiber einer (nicht autorisierten) Drittplattform hätte er hierzu mangels einer entsprechenden Vertragsbeziehung keine Möglichkeit.
- (vi) Das Luxusimage bestimmter Waren wäre gefährdet, wenn diese auf einer Plattform angeboten würden, die einen „Verkaufskanal für Waren aller Art“ darstellt.

832. Die Erforderlichkeit des Drittplattformverbotes wird vom EuGH wie folgt begründet:⁴²²

- (i) Anders als in der Rechtssache Pierre Fabre geht es vorliegend nicht um ein pauschales Verbot des Internetvertriebs, sondern nur um ein Verbot des Vertriebs über Drittplattformen, die als solche erkennbar sind und nicht zu dem selektiven Vertriebssystem des Herstellers zugelassen sind.

⁴¹⁶ Ebenda, Rz. 30.

⁴¹⁷ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 30.

⁴¹⁸ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649, Rz. 46.

⁴¹⁹ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 32. Obwohl das Pierre Fabre-Urteil ein vollständiges Verbot des Internetvertriebs zum Gegenstand hat, verneinte das EuG unter Bezugnahme auf diese Entscheidung und noch kurz vor Erlass des Coty-Urteils den Schutz des Prestigecharakters von Luxusuhren als legitimes Ziel im Rahmen eines selektiven Reparatursystems; EuG, Urteil vom 23. Oktober 2017, T-712/14 – CEAHR, ECLI:EU:T:2017:748, Rz. 65.

⁴²⁰ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 42 f.

⁴²¹ Ebenda, Rz. 44 ff.

⁴²² EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 52 ff.

- (ii) Nach der Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission zum elektronischen Handel stellen eigene Onlineshops der Händler – mehr als 90 Prozent der befragten Einzelhändler betreiben solche Onlineshops – trotz der zunehmenden Bedeutung von Drittplattformen den wichtigsten Verkaufskanal im Rahmen des Internetvertriebs dar.⁴²³
- (iii) Mangels Vertragsbeziehung zwischen dem Hersteller und dem Betreiber einer (nicht autorisierten) Drittplattform wäre eine Erlaubnis des Drittplattformvertriebs, die an die Bedingung geknüpft ist, dass beim Vertrieb über die Drittplattform bestimmte, vom Hersteller festgelegte Qualitätsanforderungen erfüllt werden, nicht ebenso wirksam wie das streitgegenständliche pauschale Drittplattformverbot.

Dritte und vierte Vorlagefrage: Drittplattformverbot als Kernbeschränkung?

833. Obgleich der EuGH nach den bisherigen Ausführungen und vorbehaltlich der ausstehenden Einzelfallprüfung durch das OLG Frankfurt am Main bereits eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung ausschließen konnte, befasst er sich abschließend mit der Freistellung eines etwaigen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV gemäß der Vertikal-GVO.⁴²⁴ Entsprechend der dritten und vierten Vorlagefrage prüft der EuGH, ob das Drittplattformverbot als Beschränkung der Kundengruppe (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO) und/oder als Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher (Art. 4 lit. c Vertikal-GVO) zu qualifizieren ist. Der EuGH verneint sowohl das Vorliegen der einen als auch der anderen Kernbeschränkung. Zu Art. 4 lit. b Vertikal-GVO stellt er fest, „*dass innerhalb der Gruppe der Online-Käufer die Kunden von Drittplattformen nicht abgrenzbar sein dürften*“, diese mithin keine separate Kundengruppe im Sinne der Vorschrift darstellen.⁴²⁵ Zu Art. 4 lit. c Vertikal-GVO führt der EuGH aus, dass nach dem Depotvertrag mit Coty die Möglichkeit bestehe, „*über das Internet auf Drittplattformen und mittels Suchmaschinen Werbung zu betreiben, so dass die Kunden [...] mittels solcher Suchmaschinen Zugang zum Internetangebot der autorisierten Händler haben dürften*“ und es folglich zu keiner – relevanten – Beschränkung des Internetvertriebs (= passiver Verkauf) an Endverbraucher kommt.⁴²⁶

3.4.3 Stellungnahme und Empfehlungen

3.4.3.1 Keine Beschränkung auf Luxuswaren oder -image

834. Die Klarstellung des EuGH, dass der Schutz des Images einer Marke oder eines Produktes grundsätzlich auch im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln ein legitimes Ziel zur Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems darstellt, ist zu begrüßen. Sie anerkennt, dass der Aufbau und die Pflege eines Marken- bzw. Produktimages aus ökonomischer Sicht den Nutzen für die Verbraucher erhöhen können.⁴²⁷ Damit hat der EuGH in dem Coty-Urteil für das Wettbewerbsrecht erstmals entschieden, dass der Vertriebsweg Teil des Produktes bzw. der Marke sein kann.

835. Allerdings hat der EuGH insofern Anlass zu neuerlichen Diskussionen gegeben, als er den dem Coty-Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt von der Pierre Fabre-Entscheidung dadurch abgrenzt, dass jener Luxusprodukte und dieser lediglich Kosmetika und Körperpflegeprodukte betreffe.⁴²⁸ Nachdem sich der EuGH in seinem Coty-

⁴²³ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel vom 10. Mai 2017, COM(2017) 229 final, Rz. 39.

⁴²⁴ Eine (Einzel- oder Gruppen-)Freistellung ist erforderlich, wenn im rein qualitativen selektiven Vertrieb die „Metro-Kriterien“ nicht erfüllt werden oder eine andere Vertriebsform (einfacher Vertrieb oder quantitativer selektiver Vertrieb) gewählt wird. Scheidet eine Freistellung nach der Vertikal-GVO aus, etwa weil die doppelte Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO (jeweils 30 Prozent auf Anbieter- und Abnehmerseite) überschritten ist oder eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 Vertikal-GVO vorliegt, bleibt schließlich noch die Möglichkeit der Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV.

⁴²⁵ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 66.

⁴²⁶ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 67. Auch die Europäische Kommission lehnt das Vorliegen einer Kernbeschränkung in ihrem Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel ab; vgl. Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry vom 15. September 2016, SWD(2016) 312 final, Tz. 472.

⁴²⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 424.

⁴²⁸ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 32; dazu bereits Tz. 829.

Urteil positiv dazu geäußert hat, dass das Image einer Marke überhaupt berücksichtigungsfähig im Sinne der „Metro-Kriterien“ ist, liegt der Schwerpunkt der Kontroverse nunmehr auf der Frage, ob dies nur für Luxuswaren gilt oder ob auch das Image von Produkten jenseits des Luxussegments die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems rechtfertigen kann. Das Bundeskartellamt, das sich bereits zuvor in mehreren Fällen kritisch zur Möglichkeit der Berücksichtigung des Produktimages geäußert hat,⁴²⁹ hat unmittelbar im Anschluss an die Veröffentlichung des Coty-Urteils die Bedeutung der Entscheidung in einer ersten Einschätzung dahingehend relativiert, dass sich ihr Anwendungsbereich auf Luxuswaren beschränke.⁴³⁰

836. Fraglich ist also, ob auch das Markenimage von Produkten jenseits des Luxussegments von der Coty-Entscheidung erfasst ist bzw. erfasst sein sollte. Die Wortwahl des EuGH deutet weder eindeutig in die eine noch in die andere Richtung. Tatsächlich verwendet der EuGH in seiner Entscheidung zwar wiederholt die Begriffe „Luxuswaren“ bzw. „Luxusimage“. Allerdings spricht bereits das OLG Frankfurt am Main in seinem Beschluss, und zwar in der ersten Vorlagefrage selbst und auch in den Gründen zu den Vorlagefragen, von „Luxus- und Prestigewaren“ bzw. einem „Luxusimage“, sodass sowohl die Diktion des EuGH als auch die (vermeintliche) Beschränkung auf das „Luxussegment“ entsprechend vorgeprägt sein könnten. Sofern der EuGH den Sachverhalt des Coty-Urteils – wie dargestellt – von dem der Rechtssache Pierre Fabre abgrenzt, ist seine Wortwahl aber durchaus zweideutig. So betont der EuGH zwar, dass sich das Pierre Fabre-Urteil von dem Coty-Urteil unter anderem dadurch unterscheidet, dass jenes ein selektives Vertriebssystem betreffe, das nicht Luxuswaren, sondern Kosmetika und Körperpflegeprodukte zum Gegenstand habe. Hier macht der EuGH also einen Unterschied zwischen Luxuswaren und sonstigen Produkten. An anderer Stelle führt er jedoch aus, dass seine Äußerungen in der Pierre Fabre-Entscheidung nicht dahingehend zu verstehen seien, *„dass der Schutz des Prestigecharakters eine Wettbewerbsbeschränkung, wie sie sich aus der Existenz eines selektiven Vertriebsnetzes ergibt, nunmehr für sämtliche Waren, insbesondere Luxuswaren, nicht mehr rechtfertigen könnte [...]“*.⁴³¹ Hier scheint der EuGH Luxuswaren zwar eine besondere Relevanz zukommen zu lassen („insbesondere“), zugleich sollen sie aber offenbar nur ein Beispiel für solche Waren sein, bei denen das Produktimage berücksichtigungsfähig ist. Schließlich war bereits Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen der Auffassung, dass sowohl „Luxuswaren“ als auch „sogenannte Qualitätswaren“ den selektiven Vertrieb rechtfertigen,⁴³² ohne dass sich der EuGH in seinem Urteil mit dieser Unterscheidung auseinandersetzt.

837. Sofern sich die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache Coty aber tatsächlich auf Waren des Luxussegments beschränken sollten, stellt sich die Frage, ob auch der Schutz des Images von Marken bzw. Produkten jenseits des Luxussegments ein legitimes Ziel zur Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems ist. Hierfür spricht, dass das Image eines Produktes auch bei sonstigen Markenwaren ein wertbildender Faktor sein kann, sodass ein Abnehmer deshalb bereit ist, mehr Geld für sie auszugeben. Es geht also ohnehin weniger um echte Luxuswaren, die nur für eine kleine, besonders finanzstarke Kundschaft erschwinglich sind, als vielmehr um eine „Aura von Luxus“⁴³³, mit der sich unter Umständen auch vergleichsweise günstige Produkte besonders vermarkten lassen. Letztlich dürften auch Parfüms – wie die in der Rechtssache Coty streitgegenständlichen – sogar günstiger oder jedenfalls nicht wesentlich teurer sein als die Produkte der Marken, gegenüber denen sich das Bundeskartellamt

⁴²⁹ BKartA, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 – Asics, Tz. 250, 590 ff.; BKartA, Beschluss vom 27. Juni 2014, B3-137/12 – Adidas, Fallbericht vom 19. August 2014, S. 7.

⁴³⁰ BKartA, Twittermeldung vom 6. Dezember 2017: *„#AMundt zu „Coty“-Urteil: Der #EuGH hat sich große Mühe gegeben, seine Aussagen auf den Bereich der Luxusprodukte zu beschränken. #Markenhersteller haben nach wie vor keinen Freibrief bei #Plattformverboten. Erste Einschätzung: Begrenzte Auswirkung auf unsere Praxis.“* Zur Möglichkeit der Markenbeeinträchtigung bei Luxusprodukten bereits BKartA, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 – Asics, Tz. 616 f.

⁴³¹ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Rz. 35.

⁴³² GA Wahl, Schlussanträge vom 26. Juli 2017, C-230/06 – Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:603, Rz. 92.

⁴³³ EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-88/92 – Leclerc, ECLI:EU:T:1996:192, Rz. 109. Hier stellt das EuG sowohl darauf ab, dass es sich bei Luxuskosmetika um *„verfeinerte und hochwertige Erzeugnisse, die Ergebnis besonderer Forschung sind und bei denen hochwertige Materialien, insbesondere für ihre Verpackung, verwendet werden“* handele, als auch darauf, dass *„diese Produkte ein ‚Luxusimage‘ [haben], das sie von anderen ähnlichen Produkten, die kein solches Image haben, unterscheiden soll“*; a. a. O., Rz. 108.

bei der Berücksichtigung ihres Images eher kritisch geäußert hat, namentlich Adidas (Sport-/Lifestylebekleidung und -schuhe) und Asics (Sportbekleidung und -schuhe, insbesondere Laufschuhe).

838. Es erscheint jedoch nicht einmal erforderlich, dass einem Produkt überhaupt ein Luxusimage anhaftet. So kann etwa ein Lifestyle- oder Sportimage für den Verbraucher – je nach seinen individuellen Vorlieben – gegenüber einem Luxusimage vorzugswürdig sein.⁴³⁴ Ein wertiges Einkaufserlebnis kann deshalb aus Verbrauchersicht bei Lifestyle- oder Sportprodukten ebenfalls von Bedeutung sein, während aus Herstellersicht die Investitionen in den Aufbau und die Pflege des Images solcher Produkte ähnlich schützenswert sind.⁴³⁵ Auch aus Gründen der Kohärenz mit markenrechtlichen Erwägungen wäre eine Einbeziehung von Markenwaren insgesamt angezeigt; denn bei Produkten jenseits des Luxussegments ist eine Beeinträchtigung des Ansehens der Marke ebenfalls denkbar.⁴³⁶ Schließlich würde dann auch die unter Umständen schwierige Abgrenzung zwischen Luxus- und „einfachen“ (aber hochwertigen) Markenwaren entfallen. Entscheidend für die Möglichkeit der Berücksichtigung eines bestimmten Images sollte deshalb letztlich die Frage sein, ob das Image im Einzelfall wesentlich zu der immateriellen Qualität des betreffenden Produktes beiträgt.

839. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission für eine grundsätzliche Anerkennung des Images auch von Markenprodukten jenseits des Luxussegments aus. Die im Rahmen selektiver Vertriebssysteme nach den „Metro-Kriterien“ zu prüfenden weiteren Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit der qualitativen Vorgaben stellen ausreichende Korrektive dar, um besonders restriktive Vorgaben als im Einzelfall tatbestandsmäßig im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV einordnen zu können.⁴³⁷

840. Sofern ein Hersteller seinen Händlern den Vertrieb über Drittplattformen unter Verweis auf das Markenimage verbietet, aber seine Produkte selbst über eine Plattform verkauft oder den Plattformbetreiber als Händler autorisiert, würde das Drittplattformverbot zudem nicht diskriminierungsfrei angewendet. Denn die durch das Drittplattformverbot bezweckte Pflege des Markenimages würde konterkariert, wenn der betreffende Hersteller es bei dem Eigenvertrieb oder dem Verkauf durch den Plattformbetreiber zulässt, dass seine Produkte auf einem Online-Marktplatz angeboten werden, der ihrem Image angeblich abträglich ist.⁴³⁸ In diesem Fall wären die „Metro-Kriterien“ nicht erfüllt mit der Folge, dass das Drittplattformverbot in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fiele.

841. Mit der Argumentation des EuGH in seinem Coty-Urteil scheint im Übrigen sogar ein (pauschales) Verbot des Vertriebs über eine Drittplattform, auf der ausschließlich bestimmte Luxus- und/oder Markenprodukte angeboten werden, im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV begründbar. So misst der EuGH bei der Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des Drittplattformverbotes unter der zweiten Vorlagefrage dem Umstand, dass der – als

⁴³⁴ Siegert, R., *Selektivvertrieb – ein Luxusphänomen?*, BB 2018, S. 131, 134.

⁴³⁵ Monopolkommission, *Sondergutachten 68*, a. a. O., Tz. 424.

⁴³⁶ Monopolkommission, *XX. Hauptgutachten*, a. a. O., Tz. 906, 915. Siehe auch Brömmelmeyer, C., *Selektive Vertriebssysteme und Marktplatzverbote für Luxusartikel*, NZKart 2018, S. 62, 63 f. Für ein kohärentes Verständnis von Marken- und Kartellrecht grundsätzlich auch Kumkar, L. K., *Online-Märkte und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2017, S. 313 f., und dies., *Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren*, ZWeR 2018, S. 119, 125, die sich jedoch kritisch gegenüber der Berücksichtigung des Images „einfacher“ Markenprodukte zeigt; vgl. Kumkar, L. K., *Online-Märkte und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2017, S. 282 ff., und dies., *Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren*, ZWeR 2018, S. 119, 137 ff.

⁴³⁷ Vereinbarungen, die nicht einen rein qualitativen selektiven Vertrieb zum Gegenstand haben, erfüllen ohnehin grundsätzlich den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV; vgl. Europäische Kommission, *Vertikal-Leitlinien*, Tz. 175. Insofern hat der EuGH im Hinblick auf Drittplattformverbote die praktisch bedeutsame Aussage getroffen, dass diese keine Kernbeschränkung darstellen (dazu bereits Tz. 833), sodass eine Freistellung nach der Vertikal-GVO möglich ist (dazu bereits Fn. 424).

⁴³⁸ KG Berlin, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 8/09 Kart – Schulranzen und -rucksäcke, Rz. 64 ff. (zit. nach Juris). In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt verbot ein Hersteller von Schulranzen und -rucksäcken seinen Händlern den Vertrieb „über eBay oder gleichartige Auktionsplattformen“, verkaufte Restposten sowie Auslauf- und Vorjahresmodelle aber gleichzeitig in Discountmärkten. Siehe auch BKartA, Beschluss vom 15. Oktober 2013, B7-1/13-35 – Sennheiser, Fallbericht vom 24. Oktober 2013, S. 1 f., wonach Sennheiser seinen Händlern den Vertrieb über Amazon Marketplace verbot, obgleich Amazon zu dem selektiven Vertriebssystem von Sennheiser zugelassen war.

solcher erkennbare – Betreiber der Drittplattform (im vorliegenden Fall: Amazon) möglicherweise kein autorisierter Vertragshändler ist, große Bedeutung bei.⁴³⁹ Denn der Hersteller habe zum einen ein legitimes Interesse daran, dass seine Produkte mit einem solchen Händler nicht in Verbindung gebracht werden sollen. Zum anderen stehen dem Hersteller – so der EuGH – mangels Vertragsbeziehung nur eingeschränkte rechtliche Mittel zur Durchsetzung etwaiger qualitativer Vorgaben gegen den Betreiber der Drittplattform, der nicht autorisierter Händler ist, zu. Beide Argumente sind jedenfalls insofern folgerichtig, als es gerade einen wesentlichen Bestandteil selektiver Vertriebssysteme darstellt, dass den Händlern der Weiterverkauf der Vertragsprodukte an nicht zu dem selektiven Vertriebssystem zugelassene gewerbliche Abnehmer untersagt werden kann (vgl. Art. 4 lit. b iii) Vertikal-GVO). Es ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Rollenverteilung auf Online-Marktplätzen aus Verbrauchersicht klarer verteilt sein kann, als es in der Argumentation des EuGH scheint. So dürfte für die Verbraucher regelmäßig durchaus erkennbar – und ihnen entsprechend bewusst – sein, ob der Plattformbetreiber als bloßer Intermediär oder als autorisierter Händler auftritt.⁴⁴⁰ Im Hinblick auf die fehlende rechtliche Möglichkeit des Herstellers zur Durchsetzung seiner qualitativen Vorgaben gegenüber dem Plattformbetreiber gilt zudem, dass die Einhaltung der qualitativen Vorgaben des Herstellers stets lediglich eine Pflicht des Vertragshändlers, nicht des Betreibers des (Online-)Marktplatzes darstellt.⁴⁴¹

3.4.3.2 Intensivere Abstimmung der Kartellbehörden

842. Der EuGH macht schließlich an mehreren Stellen deutlich, dass ein Drittplattformverbot nicht mit einem Verbot des Vertriebs über das Internet insgesamt gleichzusetzen ist. Den Ausführungen des EuGH lässt sich insbesondere entnehmen, dass die Beschränkung nur einer bestimmten Form des Internetvertriebs nicht den Grad einer relevanten Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b oder c Vertikal-GVO überschreitet. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der EuGH Bezug nimmt auf die Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission zum elektronischen Handel, gemäß der der Vertrieb über Drittplattformen unionsweit lediglich eine begrenzte Bedeutung hat.⁴⁴² Danach nutzen im EU-Durchschnitt 31 Prozent der befragten Einzelhändler auch, aber nur 4 Prozent von ihnen ausschließlich Drittplattformen für den Vertrieb ihrer Waren. In Deutschland ist der Anteil der befragten Einzelhändler, die Drittplattformen nutzen, mit 62 Prozent dagegen doppelt so hoch wie im EU-Durchschnitt,⁴⁴³ sodass der Plattformvertrieb dort eine größere Bedeutung hat und sich Drittplattformverbote in der Breite tendenziell stärker auf den markeninternen Wettbewerb auswirken.

843. Die Monopolkommission empfiehlt wegen des immer noch in der Entwicklung befindlichen, insbesondere grenzüberschreitenden Online-Handels und des Bedarfs für eine unionsweit einheitliche Anwendung der Wettbewerbsvorschriften eine intensivere Abstimmung der Kartellbehörden der Mitgliedstaaten mit der Europäischen Kommission in diesem Bereich. Zwar ist die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH für die Kartellbehörden und Gerichte bindend; jedoch dürften seine Aussagen – jedenfalls in Teilen – durchaus unterschiedlich bewertet werden, wie an der Diskussion um die mögliche Beschränkung auf Waren des Luxussegments deutlich wird.

⁴³⁹ Linsmeier, P., /Haag, K., Selektive Vertriebssysteme: Mehr Klarheit dank des Coty-Urteils, WuW 2018, S. 54, 58.

⁴⁴⁰ Brömmelmeyer, C., Selektive Vertriebssysteme und Marktplatzverbote für Luxusartikel, NZKart 2018, S. 62, 66; Janal, R., Die Plattform-Ökonomie vor dem EuGH, EuZW 2017, S. 844, 847; Kumkar, L. K., Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im Internetvertrieb von Luxuswaren, ZWeR 2018, S. 119, 129.

⁴⁴¹ Janal, R., ebenda; Kumkar, L. K., ebenda. So wird darauf hingewiesen, dass auch im stationären Vertrieb der Hersteller nur gegen seinen Händler vorgehen könne, da ihm gegen den Betreiber einer Shoppingmall oder den Inhaber eines Kaufhauses keine unmittelbaren Rechte zustünden; vgl. Brömmelmeyer, C., a. a. O., S. 62, 67.

⁴⁴² Die Bezugnahme des EuGH erfolgt allerdings im Rahmen der zweiten Vorlagefrage, die nicht das Vorliegen einer Kernbeschränkung betrifft; dazu Tz. 832.

⁴⁴³ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel vom 10. Mai 2017, COM(2017) 229 final, Rz. 39. Zur Bedeutung des Drittplattformvertriebs in Deutschland vgl. auch die Ergebnisse der Ermittlungen des Bundeskartellamtes im Bereich Sportschuhe: BKartA, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 – Asics, Tz. 535 ff.

3.4.3.3 Mehr Vorabentscheidungsersuchen

844. Sowohl die Zulässigkeit von Drittplattformverboten als auch die vorgelagerte Frage der Berücksichtigung des Markenimages als qualitatives Selektionskriterium waren bislang in der deutschen Rechtsprechung umstritten und durch den EuGH nur scheinbar geklärt. Insbesondere eine unkritische Berufung auf das Urteil des EuGH in der Rechtsache Pierre Fabre und die dortige Aussage, der Schutz des Markenimages könne kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein, hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass die streitgegenständlichen Vorlagefragen nicht bereits früher einer Klärung zugeführt werden konnten. Im vorliegenden Fall hat sich das erstinstanzlich zuständige LG Frankfurt am Main unter Verweis auf das Pierre Fabre-Urteil gegen eine Vorlage an den EuGH entschieden,⁴⁴⁴ obgleich die Übertragbarkeit der dort getroffenen Aussage wegen des der Entscheidung zugrunde liegenden besonderen Sachverhalts wiederholt bezweifelt wurde.⁴⁴⁵ So betraf die Rechtssache ein vollständiges Verbot des Vertriebs über das Internet, während es in den seitdem strittigen Fällen jeweils nur um ein Verbot einer bestimmten Form des Internetvertriebs ging. In der vom OLG Frankfurt am Main entschiedenen Rechtssache Funktionsrucksäcke,⁴⁴⁶ die ebenfalls ein Drittplattformverbot zum Gegenstand hatte und in der die Rechtsbeschwerde zum BGH schließlich zurückgenommen wurde, hat sich auch das Bundeskartellamt für eine Vorlage an den EuGH ausgesprochen.⁴⁴⁷ Vor dem Hintergrund, dass im Bereich des Internetvertriebs zahlreiche Rechtsfragen noch nicht durch den EuGH geklärt sind (z. B. zur Nutzung von Preisvergleichsportalen⁴⁴⁸ sowie zu Preisparitätsklauseln⁴⁴⁹), wären mehr Vorabentscheidungsersuchen seitens deutscher Gerichte an den EuGH durchaus wünschenswert.⁴⁵⁰

3.5 Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League

845. Die zentrale Vermarktung von Rechten zur medialen Verwertung durch einen Sportverband oder eine Ligaorganisation⁴⁵¹ ist in der Vergangenheit immer wieder Gegenstand kartellbehördlicher Untersuchungen gewesen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Überprüfung der wirtschaftlich bedeutenden Rechte für Vereinsfußballübertragungen. Der rechtliche Hintergrund hierfür ist, dass das Zusammenwirken der Fußballvereine bei der Vergabe der Übertragungsrechte als eine Vereinbarung im Sinne des Kartellverbotes (Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB) ange-

⁴⁴⁴ LG Frankfurt am Main, Urteil vom 31. Juli 2014, 2-03 O 128/13, ECLI:DE:LGFFM:2014:0731.2.30128.13.0A, Rz. 72.

⁴⁴⁵ Relativierend ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich jüngst auch das EuG ablehnend gegenüber der Berücksichtigung des Markenimages im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems gezeigt hat; dazu bereits Fn. 419.

⁴⁴⁶ Dazu bereits Tz. 824.

⁴⁴⁷ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 61.

⁴⁴⁸ Die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. April 2017, VI-Kart 13/15 (V) – Preisvergleichsmaschinenverbot I, ECLI:DE:OLGD:2017:0405.VI.KART13.15V.00, betrifft im Kern ein Verbot, Preissuchmaschinen zu nutzen, das jedoch mit weiteren Beschränkungen einherging. Das OLG Düsseldorf hat ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH abgelehnt (a. a. O., Rz. 125; zit. nach Juris), und der BGH hat diese Entscheidung in seiner Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde bestätigt; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017, KVZ 41/17 – Preisvergleichsmaschinenverbot II, ECLI:DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0, Rz. 20 ff. (zit. nach Juris).

⁴⁴⁹ Zuletzt: OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Dezember 2017, VI-U (Kart) 5/17 – Expedia, ECLI:DE:OLGD:2017:0517.VI.U.KART3.17.00.

⁴⁵⁰ Allerdings besteht bei Auslegungsfragen, die nicht durch den EuGH entschieden sind, keine Vorlagepflicht eines letztinstanzlichen Gerichts gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig ist, die Auslegungsfrage also auch ohne Klärung durch den EuGH keinem vernünftigen Zweifel unterliegt; vgl. Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Band 3, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 267 AEUV Tz. 66. Für eine aktive Vorlagepraxis und mit Hinweisen auf die restriktiven Anforderungen an einen „acte clair“ Kühling, J./Drechsler, S., Alles „acte clair“? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, NJW 2017, S. 2950 ff. Im „Asics“-Fall (dazu Fn. 448) nahm der BGH eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c Vertikal-GVO an, da bei der dort vorliegenden Kombination des Preissuchmaschinenverbots mit weiteren Beschränkungen nicht gewährleistet sei, dass die Verbraucher in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internetangebot der Vertragshändler haben; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017, KVZ 41/17 – Preisvergleichsmaschinenverbot II, ECLI:DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0, Rz. 30 (zit. nach Juris). Dadurch unterscheidet sich der dortige Sachverhalt von der Rechtsache Coty, in der der EuGH einen solchen Zugang bejaht und das Vorliegen einer Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. c Vertikal-GVO ablehnt (dazu bereits Tz. 833).

⁴⁵¹ Nachfolgend auch „Zentralvermarktung der Übertragungsrechte“.

sehen werden kann (horizontale Wettbewerbsbeschränkung). Zudem bestehen die Möglichkeiten eines wettbewerbsbeschränkenden Zusammenwirkens mit erfolgreichen Bietern im Rahmen der Übertragungsverträge (vertikale Wettbewerbsbeschränkung) sowie eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bei der Durchsetzung von Vermarktungsbedingungen.⁴⁵² Vor diesem Hintergrund hat in der Vergangenheit eine Überprüfung der Vermarktung sowohl europäischer als auch nationaler Wettbewerbe durch die Europäische Kommission und nationale Kartellbehörden stattgefunden. Aufgrund der sich dabei stellenden vielfältigen Rechts- und Tatsachenfragen sowie der besonderen Schwierigkeit einer ökonomischen Bewertung hatte sich die Monopolkommission in ihrem XXI. Hauptgutachten ausführlich der Thematik der kartellrechtlichen Prüfung der Zentralvermarktung gewidmet und am Beispiel der Fußball-Bundesliga beleuchtet.⁴⁵³

846. Während das im XXI. Hauptgutachten relevante Vergabeverfahren zur Fußball-Bundesliga zum Zeitpunkt der Stellungnahme der Monopolkommission im Jahr 2016 bereits vom Bundeskartellamt geprüft und abgeschlossen worden ist, sind im Berichtszeitraum mit den Rechten an der Champions League und der Europa League durch die europäische Fußballunion (UEFA) weitere auch monetär bedeutende Sportwettbewerbe zentral vergeben worden. Auffällig ist, dass sich insbesondere bei der Vergabe der Champions League das Vermarktungsmodell in Deutschland so verändert hat, dass Zweifel bestehen können, ob die Bedingungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB weiterhin gegeben sind. Allerdings ist das Vergabeverfahren – im Unterschied zu den Vermarktungsrunden der Fußball-Bundesliga – von den Kartellbehörden bislang nicht aufgegriffen worden. Daher soll nachfolgend untersucht werden, ob Gründe für diese Disparität der kartellrechtlichen Behandlung bestehen oder ob die kartellrechtliche Untersuchung dieser Rechtevergabe auch aus Konsistenzgründen zukünftig zu empfehlen ist.

3.5.1 Entwicklungen bei der kartellrechtlichen Kontrolle der Vergabe von Übertragungsrechten für Fußballwettbewerbe

847. In den letzten 15 Jahren haben die deutschen und europäischen Kartellbehörden die zentrale Vermarktung von Sportmedienrechten wiederholt überprüft. Die Europäische Kommission hatte in einer ersten Entscheidung im Jahr 2003 die Rechtevermarktung der UEFA im Fall der Vermarktung der Champions League freigestellt.⁴⁵⁴ Im Jahr 2005 hatte die Europäische Kommission auch im Fall der Vermarktung der deutschen Bundesliga durch die DFL und anschließend im Jahr 2006 bei der Vermarktung der englischen Premier League Verpflichtungszusagen der Verfahrensbeteiligten für bindend erklärt und die Verfahren eingestellt.⁴⁵⁵ In der Gesamtschau der kartellrechtlichen Untersuchungen aus jüngerer Zeit lassen sich diese Kommissionsverfahren als Musterverfahren bewerten. Auf dieser Grundlage haben in den darauf folgenden Vermarktungsperioden die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten die Vermarktungsmodelle für die Übertragungsrechte an der jeweiligen nationalen Liga überprüft. In Deutschland hat das Bundeskartellamt in den Jahren 2008, 2012 und 2016 im Rahmen der einzelnen Vermarktungsmodelle für die Fußball-Bundesliga jeweils ein Verfahren eingeleitet und die Verfahrenseinstellung stets an zunehmend strengere Verpflichtungszusagen geknüpft.⁴⁵⁶

848. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass die Zentralvermarktung von Übertragungsrechten Bedenken nach den deutschen und europäischen Wettbewerbsregeln auslösen kann. Allerdings ist die tatbestandliche Einordnung nicht eindeutig, da sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen angenommen werden können.⁴⁵⁷ Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus der Unklarheit darüber, was das relevante Produkt ist (Definition des Übertragungsrechts) und wer über das ursprüngliche Eigentumsrecht an der Vermarktung des

⁴⁵² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 411.

⁴⁵³ Ebenda, Tz. 35 ff.

⁴⁵⁴ EU-Kommission, Mitteilung vom 17. August 2002 und Entscheidung vom 23. Juli 2003, COMP/C-2/37.398.

⁴⁵⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, COMP/C-2/37.214; Entscheidung vom 22. März 2006, COMP/C-2/38.173.

⁴⁵⁶ BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10; BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15.

⁴⁵⁷ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 411.

Produktes verfügt.⁴⁵⁸ Die Wettbewerbsbehörden waren sich in den vorliegenden Beschlüssen jedoch darin einig, dass die Abreden über die gemeinsame Vermarktung als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB zu behandeln sind, während eine Anwendung der Missbrauchsvorschriften bisher nicht näher geprüft wurde. Tatbestandlich führe die gemeinsame Vermarktung insbesondere zu einer geringeren Konkurrenz der Vereine im Vergleich zur Einzelvermarktung. Darüber hinaus wird in der Regel eine Verdrängungswirkung auf dem Übertragungsmarkt angenommen. Bei der Beurteilung der Zentralvermarktung kommt es deshalb darauf an, ob die dargelegte Wettbewerbsbeschränkung durch die mit ihr einhergehenden Effizienzvorteile gerechtfertigt werden kann.

849. In den genannten Verfahren war von den Kartellbehörden jeweils zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Effizienzrechtfertigung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB vorliegen. Dazu ist festzustellen, ob ein Zentralvermarktungsmodell auf dem Markt, auf dem der Wettbewerb beschränkt wird, (i) zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung führt, (ii) die (unmittelbare oder mittelbare) Marktgegenseite an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt wird, (iii) die Zentralvermarktung zur Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich ist und (iv) eine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nicht anzunehmen ist. Bei einer Prüfung dieser Tatbestände lassen sich zur weiteren Systematisierung zunächst solche positiven Wirkungen bestimmen, die grundsätzlich von den meisten Zentralvermarktungsvereinbarungen ausgehen. Zu diesen generellen Vorteilen gehören etwa eine Verbesserung der Warenverteilung durch den Aufbau eines Markenimages, die Senkung der Unsicherheit bei der Programmplanung oder die Senkung von Transaktionskosten sowie damit zum Teil einhergehende Verbrauchervorteile wie eine erhöhte Übertragungsqualität und Effizienzen durch Bündelung des Angebotes. Die Kartellbehörden sehen die Zentralvermarktung auch als unerlässlich an, um diese Vorteile zu generieren. Schließlich werde der Wettbewerb nicht ausgeschaltet, da auch andere Fußballwettbewerbe existierten.

850. Ein besonderes Augenmerk liegt auf den Effizienzen, die sich auf Basis eines konkret zu prüfenden Vermarktungsmodells einstellen. Aus ökonomischer Sicht bestehen insbesondere durch das Auktionsdesign und die darin angelegte Ausgestaltung verschiedener Rechtepakete für zum Teil unterschiedliche Übertragungsformen erhebliche Auswirkungen auf die Preise und die Qualität der dem Zuschauer angebotenen Fußballübertragungen. Danach werden im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle insbesondere folgende Anforderungen an die Ausgestaltung der konkreten Zentralvermarktungsmodelle gestellt:

- Üblich ist, dass das Vermarktungsmodell so gestaltet sein muss, dass nicht nur ein einzelnes, sondern mehrere Rechtepakete angeboten werden. Das Angebot verschiedener Rechtepakete, die auch von unterschiedlichen Nachfragern auf Basis verschiedener Verbreitungsarten und -wege erworben werden können, soll die Möglichkeit eines breiten Zugriffs auf die Rechte sichern und einen Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Rechtemarkt verhindern.
- Seit der Entscheidung der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der Zentralvermarktung der englischen Liga spielen zudem sog. Alleinerwerbsverbote („No-Single-Buyer-Rule“) bei den Freistellungsbedingungen eine zunehmend wichtige Rolle. Alleinerwerbsverbote können sehr unterschiedlich streng ausgestaltet sein. Ist in einem Vermarktungsmodell vorgesehen, dass die Übertragungsrechte zwischen den Bietern aufgeteilt werden, kann dies zur Folge haben, dass der Zuschauer einen Vertrag mit mehreren Medienanbietern benötigt, wodurch auch bestimmte Vorteile verloren gehen.⁴⁵⁹ Wird das Alleinerwerbsverbot allerdings so ausgestaltet, dass dieselben Übertragungsrechte an mindestens zwei unterschiedliche Bieter gehen, muss es hingegen nicht zu einem entsprechenden Effizienzverlust kommen. Das Verbot, dass ein Bieter alle Rechtepakete der englischen Fußballliga erwerben kann, war in dem Verfahren aus dem Jahr 2006 Teil der Verpflichtungszusagen gegenüber der Europäischen Kommission.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Ebenda, Tz. 354 ff.

⁴⁵⁹ Der Verlust dieser sog. Bündelungseffizienzen ist umso größer, wenn es sich um engere Substitute bei den geteilten Rechten handelt. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 453 ff.

⁴⁶⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 22. März 2006, COMP/C-2/38.173.

In Bezug auf die Zentralvermarktung der Bundesliga hat das Bundeskartellamt in dem im Jahr 2016 abgeschlossenen Verfahren für die Vermarktung der Spielzeiten 2017/18 bis 2021/22 erstmals ein Alleinerwerbsverbot gefordert, das im entsprechenden Vermarktungsmodell, zu dem sich die DFL verpflichtet hatte, dann enthalten war.⁴⁶¹

- Eine Verbraucherbeteiligung kann durch eine Free-TV-Ausstrahlung einzelner Inhalte im Rahmen der Produktspezifikation erreicht werden.⁴⁶² Dies hatte die Europäische Kommission bereits bei der Freistellung der Zentralvermarktung der Champions League angedeutet.⁴⁶³ Im Kommissionsverfahren zur Bundesliga-Zentralvermarktung im Jahr 2005 gehörte die Ausstrahlung einer Highlight-Berichterstattung im Free-TV zu den von der DFL abgegebenen Verpflichtungszusagen. Im Jahr 2008 hatte das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zur darauf folgenden Vermarktungsrunde die Anforderungen an die Verbraucherbeteiligung noch verschärft und eine Highlight-Berichterstattung im Free-TV vor 20 Uhr vorausgesetzt.⁴⁶⁴ Von diesem Merkmal des Vermarktungsmodells der Fußball-Bundesliga wurde in folgenden Vermarktungsperioden zudem nicht mehr abgewichen.
- Schließlich können die gewählten Parameter für das Auktionsverfahren, z. B. die Vorgabe von Gebotsrunden, die Wahl offener oder verdeckter Gebote und die Vorgabe von (verdeckten) Mindestpreisen, Wettbewerbsprobleme hervorrufen. Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden in diesem Zusammenhang bisher kaum generelle Vorgaben gemacht. Die Monopolkommission hatte indes darauf hingewiesen, dass gerade die in jüngeren Zentralvermarktungsmodellen übliche Berücksichtigung verdeckter Mindestpreise (Vorbehalts- und Reservationspreise) die Wettbewerbsbeschränkung zusätzlich verstärken und eine Freistellung erschweren.⁴⁶⁵

3.5.2 Einordnung des Vermarktungsmodells für die UEFA Champions League-Vermarktung für die Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21

851. Während die Vermarktung der Übertragungsrechte für nationale Fußballligen in den letzten 15 Jahren einer kontinuierlichen Kontrolle durch die Kartellbehörden ausgesetzt war, wurde die Champions-League-Zentralvermarktung durch die UEFA nur im Rahmen der initialen Freistellung der Europäischen Kommission im Jahr 2003 überprüft. Seit der damaligen Überprüfung hat sich jedoch auch für diesen Fußballwettbewerb das Vergabeverfahren erheblich weiterentwickelt. Im Juni 2017 hat die UEFA das Ergebnis der Vermarktung der Champions League für die Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21 bekannt gegeben. Zwar ist das dabei zugrunde gelegte Vermarktungsmodell nicht im Detail öffentlich bekannt geworden, jedoch lassen sich aus dem Vermarktungsergebnis Rückschlüsse auf das Verfahren ziehen und mit den Anforderungen an eine kartellrechtliche Freistellung vergleichen.

852. In dem im Jahr 2003 von der Europäischen Kommission freigegebenen Vermarktungsmodell war die Entbündelung der Champions-League-Rechte vorgesehen.⁴⁶⁶ Die UEFA vermarktete unter anderem zwei Pakete mit Übertragungsrechten mit je zwei vom Erwerber wählbaren Spielen pro Spielabend,⁴⁶⁷ sodass wohl auch eine parallele Übertragung durch mehrere Sender möglich war. Die Pakete sollten zudem an unterschiedliche Abnehmer verkauft werden, um den wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission Rechnung zu tragen.⁴⁶⁸

⁴⁶¹ BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 465 f. und 470.

⁴⁶² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 448 ff.

⁴⁶³ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung vom 17. August 2002 und Entscheidung vom 23. Juli 2003, COMP/C-2/37.398, Tz. 173.

⁴⁶⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juli 2008.

⁴⁶⁵ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 467 ff.

⁴⁶⁶ EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, COMP/C-2/37.398, Tz. 22.

⁴⁶⁷ Ebenda, Tz. 33.

⁴⁶⁸ Ebenda, Tz. 22.

Demgegenüber war es in der im Jahr 2017 abgeschlossenen Vermarktungsrunde offenbar möglich, dass ein Bieter sämtliche Rechte für die Übertragung von 146 Partien exklusiv erwirbt.⁴⁶⁹ Die ausschließlichen Übertragungsrechte für die Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21 sicherte sich für Deutschland der Pay-TV-Sender Sky, der bereits vor dem genannten Zeitraum über umfangreiche Rechte zur Übertragung aller Partien der Champions League verfügte. Allerdings wird Sky nicht sämtliche Spiele der Champions League exklusiv selbst zeigen, sondern ist seinerseits eine Vereinbarung mit dem Internet-TV-Anbieter DAZN eingegangen, wonach die Übertragungen zwischen DAZN und Sky aufgeteilt werden.⁴⁷⁰ Die Aufteilung der Rechte führt dazu, dass in unterschiedlichen Phasen des Fußballwettbewerbs jeweils einer der Medienanbieter einzelne nicht vorab festgelegte Spiele exklusiv übertragen kann.⁴⁷¹ Ein Zuschauer, der z. B. die Spiele eines bestimmten Vereins als Live-Übertragung verfolgen möchte, wird dadurch voraussichtlich gezwungen sein, zwei Abonnements für Pay-TV-Übertragungen mit Sky und DAZN abzuschließen.

853. Zwar ist eine Aufteilung der Übertragungsrechte auf verschiedene Übertragungsanstalten auch bei den von den Kartellbehörden geforderten Alleinerwerbsverboten im Rahmen der Vermarktung der nationalen Ligen möglich. Allerdings haben die Alleinerwerbsverbote zum Zweck, eine Aufteilung zur Intensivierung des Wettbewerbs und zum Vorteil der Verbraucher zu ermöglichen. Die Behörden versuchen dabei, die mit einer Auftrennung der Rechte auch möglichen Effizienzverluste – siehe auch Punkt 2 in Tz. 850 – gering zu halten, etwa indem wichtige Teile der Übertragung bei einem Anbieter zusammengehalten werden.⁴⁷² Das Ergebnis der aktuellen Vermarktungsrunde deutet derweil auf hohe Effizienzverluste durch die Aufteilung hin, sodass angenommen werden kann, dass bei der Vermarktung vor allem eigene finanzielle Interessen den Ausschlag gegeben haben.

854. Ein anderes auffälliges Ergebnis des Vermarktungsmodells betrifft die Übertragung von Begegnungen im deutschen frei empfangbaren Fernsehen. Bis zur aktuellen Vermarktungsrunde wurde jeweils ein Spiel pro Spieltag – gewöhnlich am Mittwoch – zusätzlich im frei empfangbaren Fernsehen durch das ZDF übertragen. Bei der Vermarktung der Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21 hat weder das ZDF noch ein anderer Sender im frei empfangbaren Fernsehen einen entsprechenden Zuschlag erhalten.⁴⁷³ Während in Deutschland erstmalig die Übertragungsrechte ausschließlich an Pay-TV-Anbieter gegangen sind, waren in anderen Mitgliedstaaten bereits bei früheren Vermarktungsrunden der UEFA ausschließlich Bezahlangebote erfolgreich. Auch in diesen Fällen hat sich jedoch das jeweilige Vermarktungsmodell erst nach der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission in diese Richtung entwickelt.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Focus Online, Pay-TV-Sender könnte alle Rechte kaufen, 15. Februar 2017, https://www.focus.de/sport/videos/champions-league-nicht-mehr-im-free-tv-pay-tv-sender-koennte-alle-rechte-kaufen_id_6650490.html.

⁴⁷⁰ Ob DAZN zunächst versucht hat, selbst die Primärrechte an der Übertragung zu erwerben, und ob die Teilung/Unterlizenzierung gegebenenfalls eine Vorgabe aus dem Vermarktungsmodell war, ist nicht bekannt geworden.

⁴⁷¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung, So kompliziert zeigen Sky und DAZN die Champions League, zuletzt aktualisiert am 14. März 2018, <http://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/champions-league/champions-league-ab-2018-19-bei-sky-und-dazn-15494046.html>.

⁴⁷² So wurde im Rahmen der Bundesligavermarktung für die Spielzeiten 2017/18 bis 2020/21 vom Bundeskartellamt ein Alleinerwerbsverbot akzeptiert, dass die Herauslösung eines von mehreren teils kleineren Übertragungspaketen bei einem Anbieter vorsah und alternativ eine parallele Übertragung bestimmter Samstagsspiele durch einen OTT-Anbieter ermöglicht hätte.

⁴⁷³ Vgl. aber § 4 Abs. 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrages betreffend die Vorgaben zur Übertragung von Großereignissen im Free-TV, wozu nach dieser Bestimmung auch das Endspiel der Champions League gehört, vorausgesetzt, es findet unter Beteiligung eines deutschen Vereins statt.

⁴⁷⁴ Ein Beispiel ist hier etwa die Vermarktung in England, bei der im Jahr 2002 – dem Zeitraum, in dem das später freigestellte Vermarktungsmodell der UEFA mit der Europäischen Kommission diskutiert wurde – neben dem Bezahlsender BSkyB auch das frei empfangbare ITV ein Rechtspaket gewann. In späteren Vermarktungsrunden verschwand die Champions League zunehmend ins Bezahlfernsehen. Vgl. Guardian, Sky and ITV win Champions League rights, 25. September 2002, <https://www.theguardian.com/football/2002/sep/25/newsstory.sport4>; Telegraph, Exclusive: Channel 4 could show Champions League football for the first time, 20. Februar 2017, <https://www.telegraph.co.uk/football/2017/02/20/channel-4-could-show-champions-league-football-first-time>.

855. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive entfällt mit dem Wegfall eines frei empfangbaren Angebotes auch die Disziplinierungswirkung auf das Bezahlangebot. Letzteres ist danach kaum Wettbewerbsdruck ausgesetzt, wodurch höhere Endkundenpreise zu erwarten sind. Die hohen Endkundenpreise sind auch auf die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Zentralvermarktung zurückzuführen. Denn ohne Zentralvermarktung ist üblicherweise eine Einzelvermarktung anzunehmen. Bei dieser würden die die Rechte vermarktenden Vereine erheblich stärker berücksichtigen, dass Sponsorengelder, Merchandisingeinnahmen und Erlöse aus Banden- und Trikotwerbung auch davon abhängen, wie viele Zuschauer ein Spiel im Fernsehen ansehen könnten. Deshalb ist bei einer Einzelvermarktung das Interesse an einer Übertragung im Free-TV oder zu günstigen Preisen im Pay-TV erheblich höher.

856. Schließlich hatte die Europäische Kommission in ihrer Freistellungsentscheidung von 2003 die Übertragung im frei empfangbaren Fernsehen an verschiedenen Stellen hervorgehoben. So geht sie bei der Beschreibung der wettbewerblichen Probleme stets von Paketen sowohl für das „frei empfangbare“ als auch das „Bezahlfernsehen“ aus.⁴⁷⁵ In Bezug auf ein bestimmtes, im damaligen Vermarktungsmodell vorgesehenes Rechtepakete, das die Vereine selbst nur an Bezahlfernsehsender verkaufen sollten, stellte die Europäische Kommission bei der Prüfung einer hinreichenden Verbraucherbeteiligung fest:

„Wie [...] dargelegt führt die [...] enthaltende Verpflichtung der Vereine, diese Rechte nur an Bezahlfernseh-anbieter zu verkaufen, jedoch nicht zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zu einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts. Auch für die Verbraucher sind von dieser Beschränkung keine Vorteile zu erwarten. Die UEFA hat diese Einschränkung vor allem mit ihrer Befürchtung [ge]rechtfertigt, dass die wichtigen Rechtepakete ohne eine solche Einschränkung wirtschaftlich entwertet würden. Allerdings ist schwer vorstellbar, wie eine Beschränkung, die der Absicherung oder Anhebung von Preisen dient und Anbietern frei empfangbarer Fernsehkanäle Programminhalte vorenthalten soll, als vorteilhaft für die Verbraucher angesehen werden könnte.“⁴⁷⁶

857. Zusammenfassend zeigt sich, dass sich die bekannt gewordenen Merkmale des Vermarktungsmodells der Champions League für die Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21 stark von den Merkmalen der im Jahr 2003 freigestellten Vermarktung unterscheiden. Während bei der kontinuierlich kartellrechtlich überwachten Vermarktung der nationalen Ligen eine Tendenz zu zunehmend strengeren Auflagen mit angemessener Verbraucherbeteiligung festzustellen ist, zeigen sich bei der Vermarktung der Champions League gegenteilige Entwicklungen. Letztere lassen eine Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln derzeit eher fraglich erscheinen.

3.5.3 Erfordernis der kartellbehördlichen Überprüfung der Champions League-Vermarktung

858. Wie im vorstehenden Abschnitt herausgearbeitet wurde, weist die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Champions League für die Spielzeiten ab 2018/19 typische wettbewerbsbeschränkende Merkmale vergangener Zentralvermarktungsmodelle auf. Zudem könnten die bereits von Kartellbehörden entwickelten Maßstäbe für eine Effizienzrechtfertigung nicht ausreichend erfüllt worden sein. Die bestehende Disparität gegenüber den Zentralvermarktungsmodellen für die medialen Rechte an den nationalen Ligawettbewerben, die kontinuierlich von den Kartellbehörden überprüft wurden, wirft die Frage eines Kontrolldefizits auf, der hier näher nachgegangen werden soll.

859. Zunächst ist zu betonen, dass die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen sowohl nach deutschem als auch nach Unionsrecht im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörden liegt. Dies bedeutet, dass die Kartellbehörde grundsätzlich frei entscheiden kann, ob sie einen Sachverhalt überprüft. Auch wenn also der Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens besteht, ist die Behörde nicht verpflichtet, den mutmaßlichen Verstoß zu ermitteln und ihn – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – festzustellen bzw. zu sanktionieren. Vielmehr hat sie

⁴⁷⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, COMP/C-2/37.398, Tz. 19

⁴⁷⁶ Ebenda, Tz. 173.

ein weites Aufgreif- und Ahndungsermessen.⁴⁷⁷ Es kann überzeugende Gründe dafür geben, trotz eines Anfangsverdachts auf die Einleitung eines (formellen) Ermittlungsverfahrens zu verzichten. So können die Kartellbehörden nicht jeden Verstoß verfolgen, sondern müssen ihre Ressourcen effektiv einsetzen. Dies führt zwangsläufig zu einer bestimmten Priorisierung etwa dergestalt, dass vorrangig besonders schwerwiegende Verstöße (vor allem Hardcore-Kartelle) verfolgt werden oder solche, die eine große Anzahl von Personen betreffen und deshalb ökonomisch von hervorgehobener Bedeutung sind. Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist freilich nicht grenzenlos, sondern muss vielmehr pflichtgemäß ausgeübt werden. Demnach begründet unter anderem die Verfolgung zweck- oder sachfremder Erwägungen einen Ermessensfehler. Das Ermessen der Behörde kann allerdings nur ausnahmsweise dergestalt reduziert sein, dass lediglich eine einzige fehlerfreie Entscheidung in Betracht kommt (sog. „Ermessensreduzierung auf null“). Im Hinblick auf die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Bundesliga-Spielzeiten ab 2013/14 hat das OLG Düsseldorf z. B. angenommen, dass das Bundeskartellamt verpflichtet sei, bereits bei Vorliegen einer Erstbegehungsgefahr eine Untersagungsverfügung zu erlassen, um eine effektive nachträgliche gerichtliche Kontrolle der Entscheidung zu ermöglichen.⁴⁷⁸

860. Obgleich nach den vorstehenden Grundsätzen eine Pflicht der Behörden zur kartellrechtlichen Überprüfung der Zentralvermarktung der Champions League von vornherein ausscheidet, ist ein Kontrolldefizit dennoch augenscheinlich, weshalb eine kartellbehördliche Begleitung ähnlicher Vermarktungsmodelle in Zukunft sinnvoll erscheinen könnte. Hierfür spricht der Umstand, dass die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Champions League die erwähnten, aus wettbewerblicher Sicht negativen, Elemente aufweist, die gerade auch im Vergleich zu früheren Vermarktungsmodellen dazu führen, dass die Effizienzen der Zentralvermarktung geringer sind und insbesondere die Verbraucher weniger stark von ihr profitieren. Dabei hat das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 24. Mai 2017 betreffend die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Bundesliga noch die Frage aufgeworfen, ob die bereits gegenüber früheren Auflagen verschärfte Vorgabe der Kartellbehörde zur Ausgestaltung eines Alleinerwerbsverbots überhaupt für eine Freistellung von dem Kartellverbot ausreichend ist.⁴⁷⁹

861. Im Vergleich zur Bundesliga-Vermarktung könnte allerdings der geringere, vom Bundeskartellamt berechnete Marktanteil der UEFA dazu führen, dass die Auswirkungen der Champions-League-Zentralvermarktung auf den Wettbewerb als weniger schwerwiegend anzusehen sind. Diese Überlegung erfolgt hier vor dem Hintergrund, dass zuweilen von einem einheitlichen Markt für die Übertragungsrechte an ganzjährig regelmäßig ausgetragenen Fußballwettbewerben (in Deutschland also Bundesliga, DFB-Pokal, Champions League etc.) ausgegangen wird. Auf einem solchen Markt wäre der Marktanteil der die Bundesliga sowie den DFB-Pokal zentral vermarktenden DFL deutlich höher als der der UEFA.⁴⁸⁰ Allerdings hat sich die Monopolkommission bereits kritisch gegenüber der Annahme eines einheitlichen Marktes verschiedener Fußballwettbewerbe geäußert, insbesondere, da die einzelnen Veranstaltungen aus der – jedenfalls mit zu berücksichtigenden – Zuschauersicht eher komplementär erscheinen.⁴⁸¹ Die Annahme separater Märkte hätte hinsichtlich der Champions-League-Vermarktung die Existenz eines Monopols der UEFA und möglicherweise entsprechend erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zur Folge. Solche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hatte auch die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung betreffend die Zentralvermarktung der Champions League festgestellt, obgleich bereits zu diesem Zeitpunkt der entsprechende Markt für die Übertragungsrechte an ganzjährig regelmäßig ausgetragenen Fußballwettbewerben angenommen wurde.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Da es vorliegend um die Frage geht, ob die Zentralvermarktung überhaupt kartellbehördlich hätte untersucht werden sollen (Aufgreifermessen), ist die Feststellung bzw. Sanktionierung eines etwaigen Rechtsverstoßes (Ahndungsermessen) von untergeordneter Bedeutung und soll deshalb im Folgenden grundsätzlich außer Acht bleiben.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V) – DFL-Vermarktungsrechte, Rz. 35 (zit. nach Juris).

⁴⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2017, VI-Kart 6/16 (V), Rz. 62 (zit. nach Juris). In diesem Zusammenhang hat das Gericht das Vorliegen eines tatbestandsmäßigen Verstoßes gegen das Kartellverbot unterstellt.

⁴⁸⁰ BKartA, Beschluss vom 11. April 2016, B6-32/15, Tz. 91.

⁴⁸¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 372 ff., insbesondere Tz. 383.

⁴⁸² EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juli 2003, COMP/C-2/37.398, Tz. 63.

862. Problematisch könnte aus Behördensicht indes der Umstand sein, dass die UEFA ihren Sitz in der Schweiz hat. Materiell-rechtlich gilt sowohl im deutschen als auch im Unionsrecht das Auswirkungsprinzip, wonach das deutsche bzw. das Unionsrecht auch dann Anwendung findet, wenn der Kartellrechtsverstoß zwar außerhalb des jeweiligen Hoheitsgebiets begangen wird, sich aber dort auswirkt (§ 185 Abs. 2 GWB). Gleichwohl mag das Vorgehen gegen ein Unternehmen in einem Drittstaat schwierig sein und insbesondere bei der Durchsetzung einer möglicherweise zu erlassenden behördlichen Entscheidung mit praktischen Problemen verbunden sein. Jedoch haben sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt bereits Kartellverfahren gegen Sportverbände mit Sitz in der Schweiz geführt oder führen sie noch.⁴⁸³ Dies spricht dafür, dass der Sitz der UEFA in einem Drittstaat jedenfalls kein absoluter Ausschlussgrund für eine kartellbehördliche Überprüfung der Champions-League-Zentralvermarktung ist.

863. Gibt es nach alledem gute Gründe für eine kartellrechtliche Überprüfung der Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Champions League in Deutschland, stellt sich die Frage, welche Wettbewerbsbehörde in dieser Sache eine Überprüfung anstrengen sollte. Ausgehend von dem Grundsatz, dass es hinsichtlich der Durchführung von Kartellverfahren keine feste Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gibt,⁴⁸⁴ wäre eine Befassung des Sachverhaltes durch das Bundeskartellamt nur dann naheliegend, wenn der Schwerpunkt der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen in Deutschland läge.⁴⁸⁵

864. Betrachtet man die Zentralvermarktung der Champions League durch die UEFA, die sich auf eine Übertragung in allen Mitgliedstaaten sowie einigen Drittstaaten bezieht, als ein Netz ähnlicher Vereinbarungen, erscheint die Europäische Kommission im Sinne der vorgenannten Bestimmung „*besonders gut geeignet, sich [des] Falls anzunehmen*“⁴⁸⁶. Allerdings ist davon auszugehen, dass von der UEFA spezifische Rechte für die Übertragung in einzelnen Mitgliedstaaten angeboten werden. Selbst im möglichen Fall einer gemeinsamen Vermarktung der Rechte für eine Übertragung in Deutschland, Österreich und der Schweiz dürfte die Durchführung eines Verfahrens seitens des Bundeskartellamtes – unter Umständen parallel zu entsprechenden Verfahren der Bundeswettbewerbsbehörde in Österreich sowie der Wettbewerbskommission in der Schweiz⁴⁸⁷ – in Betracht kommen.⁴⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Vermarktungsmodelle in einzelnen Mitgliedstaaten – jedenfalls in Teilen – voneinander unterscheiden können und folglich auch die Auswirkungen auf den Wett-

⁴⁸³ Wie erwähnt hat die Europäische Kommission bereits ein Verfahren gegen die UEFA wegen der Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die Champions League geführt; vgl. Tz. 852. Zu dem kürzlich abgeschlossenen Verfahren der Europäischen Kommission gegen die ISU sowie dem laufenden Verfahren des Bundeskartellamtes gegen unter anderem das IOC siehe Tz. 584, 601. Die UEFA hat ihren Sitz in Nyon, Schweiz; ISU und IOC haben ihren Sitz in Lausanne, Schweiz.

⁴⁸⁴ Siehe aber die – nicht verbindliche – Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101, 27. April 2004, S. 43 („Bekanntmachung Zusammenarbeit“).

⁴⁸⁵ Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 10: „*Hieraus folgt, dass eine einzelne nationale Wettbewerbsbehörde im Regelfall gut geeignet ist, Verfahren betreffend Vereinbarungen oder Verhaltensweisen durchzuführen, die den Wettbewerb hauptsächlich innerhalb ihres Hoheitsgebiets wesentlich beeinträchtigen.*“

⁴⁸⁶ Nach der Bekanntmachung Zusammenarbeit ist eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission vorgesehen, „*wenn eine oder mehrere Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, darunter Netze ähnlicher Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, in mehr als drei Mitgliedstaaten (grenzübergreifende Märkte, bei denen mehr als drei Mitgliedstaaten oder mehrere nationale Märkte betroffen sind) Auswirkungen auf den Wettbewerb haben*“. Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 14.

⁴⁸⁷ Auf eine solche Möglichkeit deutet der vorliegende Sachverhalt zur Vergabe der Übertragungsrechte für die Champions League für die Spielzeiten ab 2018/19 hin, wonach Ausschreibungsbeginn und -ende in diesen drei Ländern auf den gleichen Tag fielen. Vgl. Media rights sales: 2018-21 UEFA Champions League/UEFA Super Cup, Last Update: 26th February 2018, https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Publications/uefaorg/Marketing/01/62/45/02/1624502_DOWNLOAD.pdf.

⁴⁸⁸ Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 12: „*Ein paralleles Vorgehen durch zwei oder drei nationale Wettbewerbsbehörden kann dann angemessen sein, wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise hauptsächlich in deren jeweiligen Hoheitsgebieten wesentliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat und das Vorgehen lediglich einer nationalen Wettbewerbsbehörde nicht ausreichen würde, die gesamte Zuwiderhandlung zu beenden bzw. sie angemessen zu ahnden.*“ Die Wettbewerbskommission ist nicht Mitglied im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden.

bewerb jeweils verschieden stark sind. Hinzu kommen besondere Gegebenheiten der nationalen Märkte, die von der Wettbewerbsbehörde des jeweiligen Mitgliedstaates möglicherweise besser adressiert werden können.⁴⁸⁹

865. Schließlich kann man die Entscheidungen der Europäischen Kommission betreffend die Zentralvermarktung der Champions League (2003), der Bundesliga (2005) und der Premier League (2006) als Musterverfahren in diesem Bereich ansehen, die in der Folge ein Tätigwerden der nationalen Kartellbehörden begründen könnten. Wie im vorstehenden Abschnitt herausgearbeitet, hat die Europäische Kommission in diesen Entscheidungen ihre Einschätzung zur rechtlichen Bewertung der Zentralvermarktung sowie die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot deutlich gemacht. Die von der Europäischen Kommission im Zuge dieser Verfahren entwickelten Vorgaben werden von den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten der nationalen Märkte bereits ausgefüllt, wenn eine Prüfung nationaler Ligavermarktungsmodelle vorgenommen wird. Auch dies spricht dafür, dass etwa im Fall der Vermarktung der Übertragungsrechte für die Champions League in Deutschland zunächst das Bundeskartellamt eine Prüfung anstrengt. Sollte das Bundeskartellamt dabei feststellen, dass aufgrund der Konzeption des Vermarktungsmodells ein Eingriff der Europäischen Kommission eher angezeigt ist, kann in diesem Fall eine Abstimmung zwischen den Kartellbehörden stattfinden.

866. Für eine stärkere Rolle der Europäischen Kommission bei der Kontrolle von Zentralvermarktungsmodellen bei Fußballwettbewerben sprechen allerdings bestimmte externe Wirkungen, die mit einer nationalen Überprüfung einhergehen. Ein Problem kann hier deshalb auftreten, weil die Vermarktungserlöse in einem Mitgliedstaat durch ein besonders strenges Tätigwerden der Kartellbehörden geringer ausfallen könnten als in einem anderen. Ursächlich für die externe Wirkung sind vor allem die internationalen Spielermärkte, auf denen europäische Vereine unabhängig von dem Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat untereinander im direkten Wettbewerb stehen. Dieser Wettbewerb könnte durch eine uneinheitliche Anwendung des Kartellrechts verfälscht werden. Sollten die von der Europäischen Kommission geführten Musterverfahren nicht ausreichend sein, um diesem Risiko zu begegnen, könnte zudem – wie die Monopolkommission in ihrem XXI. Hauptgutachten bereits vorgeschlagen hat – durch den Erlass von Leitlinien seitens der Europäischen Kommission eine Harmonisierung der Rechtsanwendung herbeigeführt werden.⁴⁹⁰

3.5.4 Schlussfolgerungen und Empfehlung

867. Die Zentralvermarktung der Champions League für die Spielzeiten ab 2018/19 weist aus wettbewerblicher Sicht und auch im Vergleich mit der früheren Vermarktung von Fußballwettbewerben einige Elemente auf, die dafür sprechen, dass eine Effizienzrechtfertigung nach den Maßstäben der nationalen Ligawettbewerbe hier nicht gegeben ist. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt, die Vermarktung der Champions League in Zukunft kartellbehördlich zu begleiten und insbesondere darauf hinzuwirken, dass die Vermarktungsmodelle ausreichend wettbewerbliche Elemente aufweisen und eine Beteiligung der Verbraucher sichergestellt ist. Entsprechendes gilt für die Vermarktungsmodelle anderer Fußballwettbewerbe, sollten sich hier aus wettbewerblicher Sicht negative Entwicklungen ergeben. Zudem erinnert die Monopolkommission an ihre Empfehlung, nach der die Europäische Kommission durch den Erlass von Leitlinien eine harmonisierte Rechtsanwendung zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellen sollte.

3.6 Einwand der Schadensweitergabe bei Kartellschadensersatzklagen

868. In Kartellschadensersatzverfahren kann sich der Schädiger grundsätzlich mit dem Einwand verteidigen, der Geschädigte habe den bei ihm eingetretenen Schaden – gegebenenfalls teilweise – auf seine Abnehmer abgewälzt, sodass der Geschädigte letztlich keinen Anspruch auf Schadensersatz habe bzw. dieser im Umfang der Schadensabwälzung reduziert sei. Der BGH hat in der Rechtssache ORWI diese sog. „Passing-on-Defense“ im Wege der Vorteilsausgleichung allgemein zugelassen; seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle ist der Einwand in § 33c

⁴⁸⁹ Vgl. z. B. die Vorgaben zur Übertragung von Großereignissen im Free-TV in Deutschland gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrages; dazu Fn. 473.

⁴⁹⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 498, 502.

GWB auch gesetzlich geregelt. In der Rechtsprechung wurde der Passing-on-Einwand zuletzt jedoch wiederholt mit den zweifelhaften Argumenten ausgeschlossen, es fehle an einem wettbewerblich geprägten Anschlussmarkt sowie an einer „unmittelbaren Relation“ zwischen dem Schadensereignis und den dem Abnehmer zufließenden Vorteilen.

3.6.1 Die Grundsätze zur Schadensweitergabe

3.6.1.1 Grundsatzurteil des BGH in der Rechtssache ORWI

869. Das Urteil des BGH in der Rechtssache ORWI⁴⁹¹ erging noch zur alten Rechtslage vor Inkrafttreten der 9. GWB Novelle;⁴⁹² insbesondere die für die vorliegenden Zwecke relevanten Ausführungen des BGH zum Vorliegen eines Anschlussmarktes sowie zu dem Zusammenhang zwischen dem Schadensereignis und der Vorteilsentstehung sind jedoch weiterhin von Bedeutung.

870. Der BGH befasst sich in seinem ORWI-Urteil, das zum Selbstdurchschreibepapier-Kartell⁴⁹³ erging, in erster Linie mit der Frage der Aktivlegitimation eines mittelbaren Abnehmers, der in diesem Fall seine Schadensersatzforderung an den Kläger abgetreten hat. Jedoch betrifft die Entscheidung auch den Einwand des beklagten Kartellanten, der mittelbare Abnehmer habe den Schaden seinerseits auf die nächste Absatzstufe abgewälzt. Die Frage, ob dieser Passing-on-Einwand zuzulassen ist, ist dabei mit der Aktivlegitimation eines mittelbaren Abnehmers eng, aber nicht unmittelbar verknüpft. So setzt der Eintritt eines Schadens aufseiten des mittelbaren Abnehmers zwar denklogisch eine – zumindest teilweise – Schadensabwälzung durch die vorgelagerte Absatzstufe voraus. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass dem beklagten Kartellanten bei der Abwehr eines Schadensersatzanspruchs der Einwand der Schadensabwälzung aus rechtlicher Sicht auch tatsächlich zuzugestehen ist. So war das OLG Karlsruhe in der Vorinstanz zu dem ORWI-Urteil des BGH der Ansicht, die Zulassung des Passing-on-Einwands im Wege der Vorteilsausgleichung (dazu sogleich) widerspreche der erwünschten Abschreckungswirkung des Kartelldeliktsrechts, gefährde die private Kartellrechtsdurchsetzung und sei im Hinblick auf das Erfordernis einer effektiven Durchsetzung des Unionsrechts verfehlt. Sie führe dazu, dass der Kartellant dem unmittelbaren Abnehmer keinen Schadensersatz leisten müsse. Denn dieser sei am besten über die kartellbefangenen Geschäfte informiert, sodass ihm am ehesten der Nachweis gelinge, dass er aufgrund der kartellrechtswidrigen Absprache einen Schaden erlitten habe.⁴⁹⁴

871. Der BGH ist dieser Argumentation in seinem ORWI-Urteil entgegengetreten. Zunächst führt er zu den allgemeinen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung aus, dass diese dem Schädiger zwar einerseits nicht unbillig entlasten, andererseits aber auch nicht dazu führen solle, dass er für denselben Schaden mehrfach in Anspruch genommen werde. Spiegelbildlich hierzu solle der Geschädigte – entsprechend dem allgemeinen schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot – nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Deshalb seien dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es sind jedoch nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile für den Schädiger zu berücksichtigen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem Zweck des Schadensersatzanspruchs übereinstimmt, d. h., dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.⁴⁹⁵

872. Entgegen der Auffassung des OLG Karlsruhe führe die Möglichkeit der Vorteilsausgleichung nicht zu einer unangemessenen Entlastung des beklagten Kartellanten, sondern vermeide seine mehrfache Inanspruchnahme wegen desselben Schadens. Sie bewirke keinen Wegfall, sondern nur eine Verlagerung des Schadensersatzan-

⁴⁹¹ BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145.

⁴⁹² Zu der neuen Rechtslage und ihrer zeitlichen Anwendbarkeit Tz. 875 f.

⁴⁹³ EU-Kommission, Entscheidung vom 20. Dezember 2001, COMP/E-1/36.212 – Carbonless paper.

⁴⁹⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. Juni 2010, 6 U 118/05, ECLI:DE:OLGKARL:2010:0611.6U118.05.0A, Rz. 42 (zit. nach Juris).

⁴⁹⁵ BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145, Rz. 58 (zit. nach Juris).

spruchs auf die Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe. Es sei auch mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot vereinbar, den Ersatzanspruch nach nationalem Recht zu versagen, wenn sich anderenfalls eine ungerechtfertigte Bereicherung des Berechtigten ergeben würde. Für eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht spreche zudem der Umstand, dass die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere für die Kausalität des Vorteils beim Schädiger liege. Hat sich auf der nachfolgenden Absatzstufe das Kartellpreisniveau durchgesetzt, so beruhe die Abwälzung des Preisaufschlags auch nicht auf einer besonderen Leistung des Abnehmers, die es rechtfertigen würde, dem Kartellanten die Vorteilsausgleichung zu versagen.⁴⁹⁶

873. Was den Nachweis der Schadensabwälzung betrifft, müsse der beklagte Kartellant anhand der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt, insbesondere der Nachfrageelastizität, der Preisentwicklung und der Produkteigenschaften, plausibel dazu vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht kommt.⁴⁹⁷ Weitere Aussagen zu den für die Schadensabwälzung relevanten Verhältnissen auf dem nachgelagerten Absatzmarkt – dem sog. Anschlussmarkt – finden sich in dem Urteil des BGH vor allem bei der Prüfung der Aktivlegitimation des mittelbaren Abnehmers. Dort führt der BGH unter anderem aus:

„Zu den Faktoren, die für die Prüfung erheblich sind, ob eine Preiserhöhung auf der nachfolgenden Marktstufe kartellbedingt ist, gehören die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität des Wettbewerbs auf dieser Stufe [...]. Müssen die meisten der dort auftretenden Anbieter den Kartellpreis entrichten und hat ihre Marktgegenseite keine oder nur geringe Ausweichmöglichkeiten, kann eine Kostenwälzung grundsätzlich jedenfalls dann als kartellbedingt angesehen werden, wenn der Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt ansonsten funktionsfähig ist.“⁴⁹⁸

874. Bei den Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Prüfung des Passing-on-Einwands kommt der BGH dann jedoch erneut auf die Verhältnisse auf dem Anschlussmarkt zu sprechen und verweist hier insbesondere auf den oben (Tz. 869) bereits erwähnten Zusammenhang zwischen der Aktivlegitimation des mittelbaren Abnehmers und dem Einwand der Schadensabwälzung durch den beklagten Kartellanten:

„Die Kausalität des Kartells für den Vorteil, der dem Geschädigten in Form höherer Erlöse zufließt, ist vielmehr nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen wie die Feststellung der kartellbedingten Preisabwälzung auf ihn. Sein kartellbedingter Vorteil ist das Spiegelbild des seinem Kunden kartellbedingt entstehenden Schadens [...]. Es ist also auch in diesem Zusammenhang anhand der ökonomischen Gegebenheiten auf den Anschlussmärkten zu beurteilen, ob die Preiserhöhung auf der nachfolgenden Marktstufe kartellbedingt ist.“⁴⁹⁹

3.6.1.2 Vorschriften zur Schadensabwälzung nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle

875. Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017 hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie zur Schadensabwälzung (Art. 12 ff.) in nationales Recht umgesetzt. In § 33c Abs. 1 bzw. Abs. 2 GWB sind nun sowohl die Möglichkeit des beklagten Kartellanten, den Passing-on-Einwand zu erheben (Passivseite), als auch die durch eine Schadensabwälzung bedingte Schädigung des mittelbaren Abnehmers (Aktivseite) gesetzlich geregelt.

876. Zugunsten des mittelbaren Abnehmers gilt unter bestimmten Voraussetzungen eine widerlegliche Vermutung, dass der Schaden dem Grunde nach auf ihn abgewälzt wurde, wobei die Vermutung keine Anwendung findet, wenn der Kartellant glaubhaft machen kann, dass der Schaden nicht weitergegeben wurde (§ 33c Abs. 2 und 3 GWB).⁵⁰⁰ Der Kartellant kann sich indes bei der Geltendmachung des Passing-on-Einwands nicht auf eine solche

⁴⁹⁶ Ebenda, Rz. 62 ff. (zit. nach Juris).

⁴⁹⁷ Ebenda, Rz. 69 (zit. nach Juris).

⁴⁹⁸ Ebenda, Rz. 47 (zit. nach Juris).

⁴⁹⁹ Ebenda, Rz. 59 (zit. nach Juris).

⁵⁰⁰ Dazu ausführlich Kersting, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München 2017, Kap. 7 Tz. 101 ff.

Vermutung stützen, sodass er stets den Nachweis der Schadensabwälzung zu erbringen hat. § 33c Abs. 5 GWB stellt schließlich klar, dass für die Entscheidung über den Umfang der Schadensabwälzung – und zwar sowohl auf Aktiv- als auch auf Passivseite – die Vorschrift des § 287 ZPO gilt. Im Gegensatz zu dem Vollbeweis des § 286 ZPO kann damit die Höhe der Schadensabwälzung vom Gericht geschätzt werden. Für die richterliche Überzeugung ist dabei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend mit der Folge, dass das „Ob“ und das „Wie“ der Beweiserhebung im Ermessen des Gerichts stehen.⁵⁰¹

877. Allerdings sind die vorgenannten Regelungen – wie die meisten der neuen materiell-rechtlichen Vorschriften – gemäß der Übergangsbestimmung des § 186 Abs. 3 Satz 1 GWB (für § 33c Abs. 5 GWB gilt § 186 Abs. 4 GWB) erst auf solche Schadensersatzansprüche anwendbar, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs setzt insbesondere den Eintritt eines Schadens voraus. Da der betreffende Kartellrechtsverstoß zunächst einmal aufgedeckt und in einem kartellbehördlichen Verfahren festgestellt wird,⁵⁰² findet die Vorschrift des § 33c GWB mit Ausnahme des Absatz 5 (dazu sogleich) in den zurzeit anhängigen und auch in der nahen Zukunft zu erwartenden Schadensersatzprozessen noch keine Anwendung.⁵⁰³

3.6.2 Die Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Ausschluss des Passing-on-Einwands

878. Im Berichtszeitraum gab es mehrere erstinstanzliche Entscheidungen, die den Passing-on-Einwand der beklagten Kartellanten nicht zuließen. Begründet wurde dies in erster Linie – unter Berufung auf das Urteil des BGH in Sachen ORWI – mit dem Fehlen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes und zusätzlich mit dem Fehlen einer „unmittelbaren Relation“ zwischen dem Schadensereignis und den dem Abnehmer zufließenden Vorteilen. Im Einzelnen sind die Begründungen der Gerichte, die jeweils Schadensersatzklagen einer Kommune oder eines kommunalen Unternehmens betreffen, nachfolgend wiedergegeben bzw. auszugsweise aufgeführt.

879. Soweit ersichtlich hat zuerst das LG Berlin in einer Entscheidung zum Aufzugs- und Fahrtreppenkartell⁵⁰⁴ die Auffassung vertreten, dass der BGH in seinem ORWI-Urteil im Hinblick auf die Schadensabwälzung von dem Vorliegen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes ausgehe,

„also der Weiterlieferung der mit einem Kartellaufschlag belegten Ware an eigene Abnehmer innerhalb eines durch Konkurrenz – sei es auf Anbieter- oder Nachfrageseite – geprägten Wirtschaftsraums“⁵⁰⁵.

880. Das Gericht stellt sodann fest, dass in dem entschiedenen Fall auf dem Folgemarkt – betreffend die Verpachtung einer U-Bahn-Station, in die die kartellbefangenen Rolltreppen eingebaut worden sind – kein wettbewerbliches Marktgeschehen existiere. So stehe auf Anbieterseite isoliert die klagende Kommune, deren U-Bahn-Stationen weder untereinander noch gegen die anderer Städte austauschbar seien. Für die Nachfrageseite habe die Beklagte nicht vorgetragen, dass von einem Markt für die Verpachtung von U-Bahn-Stationen auszugehen sei.⁵⁰⁶

881. Schließlich ergänzt das LG Berlin, dass – anders als bei dem Weiterverkauf von Waren – weder der Pachtzins für den Betrieb der U-Bahn-Station noch der Fahrpreis für die Nutzung der U-Bahn, den der Betreiber von den

⁵⁰¹ Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl., Köln 2018, § 287 Tz. 1.

⁵⁰² Ein abgeschlossenes Verfahren einer Kartellbehörde ist zwar nicht Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatz, „Follow on“-Klagen sind aber die Regel. Maßgeblicher Grund hierfür ist die Bindungswirkung, die von der (bestandskräftigen) Feststellung eines Verstoßes in einer behördlichen Entscheidung für das Gerichtsverfahren ausgeht; vgl. § 33 Abs. 4 GWB a. F. bzw. § 33b GWB.

⁵⁰³ So ist etwa das im Berichtszeitraum von der Europäischen Kommission sanktionierte LKW-Kartell (Beschluss vom 19. Juli 2016 gegen MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF sowie Beschluss vom 27. September 2017 gegen Scania; AT.39824) bereits im Jahr 2011 aufgedeckt worden.

⁵⁰⁴ EU-Kommission, Beschluss vom 21. Februar 2007, COMP/E-1/38.823 – PO/Elevators and Escalators.

⁵⁰⁵ LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013, 16 O 193/11 Kart, ECLI:DE:LGBE:2013:0806.16O193.11KART.0A, Rz. 60 (zit. nach Juris). Die Entscheidung fällt nicht in den Berichtszeitraum.

⁵⁰⁶ Ebenda (zit. nach Juris).

Fahrgästen verlangt, in einer „unmittelbaren Relation“ zum Einkaufspreis für bestimmte Infrastruktur stehe, sondern eine „Fülle anderer Faktoren“ maßgeblich für deren Preisbildung sei:

„Aus einem fehlenden Markt kann aber nicht geschlossen werden, dass die Klägerin dann ‚erst recht‘ in der Weitergabe des Kartellaufschlages frei war. Es ist zu berücksichtigen, dass die Preisbildung beim Pachtzins für U-Bahnstationen, anders als diejenige beim Weiterverkauf von Waren, in keiner unmittelbaren Relation zum Einkaufspreis für bestimmte Infrastruktur steht, sondern eine Fülle anderer Faktoren für die Bestimmung maßgeblich [ist]. Nicht die Rolltreppen wurden verpachtet, sondern die gesamte U-Bahnstation einschließlich ihrer sonstigen Infrastruktur (Notrufeinrichtungen, Entlüftung, Beleuchtung, Sitzgelegenheiten, Papierkörbe, die einer regelmäßigen Leerung bedürfen sowie ggf. Verkaufseinrichtungen).“⁵⁰⁷

882. Das LG Dortmund äußert in zwei Urteilen zum Schienenkartell⁵⁰⁸ ebenfalls die Auffassung, dass der BGH in seinem ORWI-Urteil von einem wettbewerblich geprägten Anschlussmarkt ausgehe, um sodann festzustellen, dass hinsichtlich des Verkaufs von Fahrscheinen – geklagt hatte jeweils ein Nahverkehrsunternehmen – weder auf Anbieter- noch auf Abnehmerseite ein Marktgeschehen vorliege:

„Auf Anbieterseite steht isoliert die Klägerin, denn die U-Bahn- oder Straßenbahnlinien sind weder untereinander, noch gegen solche anderer Städte austauschbar. Dem Geschäftsgegenstand fehlt es aus Sicht der Marktgegenseite an der Substituierbarkeit. Erst recht ist ein Marktgeschehen nicht auf der Nachfrageseite ersichtlich, da es sich dort um Endverbraucher handelte, die naturgemäß nicht miteinander um Fahrtickets konkurrieren.“⁵⁰⁹

883. Entsprechend den Ausführungen des LG Berlin ergänzt das LG Dortmund, dass die Preisbildung bei Fahrtickets in keiner „unmittelbaren Relation“ zum Einkaufspreis für bestimmte Infrastruktur stehe, sondern hierfür eine Reihe anderer Faktoren maßgeblich sei.⁵¹⁰ Unter Bezugnahme auf eine in der juristischen Literatur vertretene Ansicht wirft das LG Dortmund schließlich in beiden Entscheidungen die Frage auf, ob der Passing-on-Einwand bei Streuschäden überhaupt Anerkennung finden könne, lässt diese Frage angesichts seiner vorherigen Argumentation, die bereits zum Ausschluss des Passing-on-Einwands führe, aber offen.⁵¹¹

884. Zuletzt hat das LG Hannover in einem Urteil zum LKW-Kartell⁵¹² ausgeführt, dass der Passing-on-Einwand nach der ORWI-Rechtsprechung des BGH das Vorliegen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes voraussetze. Wie zuvor das LG Berlin und das LG Dortmund stellt das LG Hannover zunächst fest, dass hinsichtlich der – hier einschlägigen – Leistungen der Stadtreinigung nicht von einem Marktgeschehen auszugehen sei. So stehe auf Anbieterseite allein die Klägerin, deren Entsorgungs- und Reinigungsleistungen weder untereinander noch mit denen anderer Städte austauschbar seien, und auf Abnehmerseite stehen die Benutzer, die untereinander nicht um solche Leistungen konkurrierten.⁵¹³ Darüber hinaus seien die von der Klägerin für ihre Abfallwirtschaftsleistungen festgesetzten Benutzungsgebühren jedenfalls nicht ausschließlich das Ergebnis einer kaufmännischen Kalkulation:

„Zwar gilt für die Gebührenkalkulation, worauf die Beklagte zu Recht hinweist, im Ausgangspunkt das Kostendeckungsprinzip (§ 5 Abs. 1 Satz 2 NKAG, § 12 Abs. 2 Satz 1 NABfG). Daneben können mit der Gebührenkalkulation für die Leistungen der Stadtreinigung ... Entsorgungsbetriebe jedoch auch andere Zwecke verfolgt werden.“

⁵⁰⁷ Ebenda (zit. nach Juris).

⁵⁰⁸ Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014, BT-Drs. 18/5210 vom 15. Juni. 2014, S. 71.

⁵⁰⁹ LG Dortmund, Urteil vom 28. Juni 2017, 8 O 25/16 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2017:0628.8O25.16KART.00, Rz. 96 (zit. nach Juris); Urteil vom 21. Dezember 2016, 8 O 90/14 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8O90.14KART.00, Rz. 132 (zit. nach Juris).

⁵¹⁰ So zum Schienenkartell jüngst auch OLG München, Urteil vom 8. März 2018, U 3497/16 Kart, NZKart 2018, S. 230, 233.

⁵¹¹ LG Dortmund, Urteil vom 28. Juni 2017, 8 O 25/16 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2017:0628.8O25.16KART.00, Rz. 97 f. (zit. nach Juris); Urteil vom 21. Dezember 2016, 8 O 90/14 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8O90.14KART.00, Rz. 133 f. (zit. nach Juris).

⁵¹² Dazu Fn. 503.

⁵¹³ LG Hannover, Urteil vom 18. Dezember 2017, 18 O 8/17, ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.18O8.17.00, Rz. 99 f. (zit. nach Juris).

*So sollen nach § 12 Abs. 2 Satz 2 NAbfG die Gebühren für die Abfallbeseitigung so gestaltet werden, dass die Vermeidung und die Verwertung von Abfällen gefördert wird; auch können die Gebühren gemäß § 12 Abs. 6 Satz 2 NAbfG progressiv gestaltet sein, soweit die Gebührenhöhe nicht außer Verhältnis zur Leistung der kommunalen Abfallbewirtschaftung steht.*⁵¹⁴

3.6.3 Stellungnahme und Empfehlungen

3.6.3.1 Gründe für Ausschluss des Passing-on-Einwands nicht überzeugend

885. Die vorstehend wiedergegebene Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Ausschluss des Passing-on-Einwands ist weder rechtlich noch ökonomisch überzeugend.

886. Aus rechtlicher Sicht gehen zunächst die in allen Entscheidungen befindlichen Bezugnahmen auf das ORWI-Urteil des BGH und das dort vermeintlich vertretene Erfordernis eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes fehl. Zwar spricht der BGH tatsächlich von einem Anschlussmarkt.⁵¹⁵ Das Fehlen eines wettbewerblichen Marktgeschehens auf einem solchen Anschlussmarkt ist jedoch nicht damit gleichzusetzen, dass eine Abwälzung des Schadens von vornherein nicht in Betracht kommt. Vielmehr legt die Formulierung des BGH nahe, dass auch bei einem nicht wettbewerblich geprägten Anschlussmarkt eine Schadensabwälzung zumindest infrage kommt. Das Vorliegen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes muss im Rahmen der Prüfung somit vielmehr als verstärkender Faktor und nicht als notwendige Bedingung verstanden werden. Es drängt sich deshalb der Eindruck auf, dass die Instanzgerichte das ORWI-Urteil insoweit zu eng auslegen.

887. Anstatt grundsätzlich auf das Bestehen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes abzustellen, ist davon auszugehen, dass der BGH ökonomische Kriterien benannt hat, auf deren Basis eine Weitergabe der durch das Kartell erhöhten Einkaufspreise naheliegend ist. Ein in Bezug auf den Anschlussmarkt entscheidendes Kriterium dürfte darin bestehen, ob die auf diesem Markt tätigen Anbieter gleichermaßen von den höheren Einkaufspreisen betroffen sind. Hintergrund hierfür ist, dass eine Steigerung variabler Einkaufskosten in den meisten ökonomischen Modellen zu höheren Preisen führt, sofern alle Anbieter die Kostensteigerung gleichermaßen berücksichtigen müssen. Trifft eine Kostensteigerung hingegen nur einzelne Anbieter, so können dessen Nachfrager möglicherweise auf Anbieter ausweichen, die zu geringeren Kosten produzieren können, sodass ein Passing-on nicht (vollumfänglich) möglich ist.

888. Aber auch wenn alle Anbieter auf dem Anschlussmarkt beim Einkauf gleichermaßen von einer kartellbedingten Preiserhöhung betroffen sind, stellt sich die Frage, ob in diesem Fall eine auf dem Anschlussmarkt zu beobachtende Preissteigerung auf eine Weitergabe der kartellbedingt gestiegenen Einkaufspreise schließen lässt. Wie der BGH zutreffend feststellt, ist dies insbesondere dann der Fall, wenn es sich bei dem Anschlussmarkt um einen durch Wettbewerb gekennzeichneten Markt handelt. Ursächlich für die Aussage dürfte der Umkehrschluss sein, dass auf nicht durch intensiven Wettbewerb gekennzeichneten Märkten auch aufgrund von – sich gegebenenfalls dynamisch verändernder – Marktmacht Preisaufschläge auf die (Grenz-)Kosten möglich sind, mit denen sich Preisveränderungen erklären lassen. In Märkten, die durch intensiven Wettbewerb gekennzeichnet sind, lassen sich Preisveränderungen demgegenüber in aller Regel auf Veränderungen der Inputkosten zurückführen.

889. Der wiedergegebenen Rechtsprechung der Instanzgerichte liegt insofern eine besondere Situation zugrunde, als es sich bei dem Anschlussmarkt jeweils um einen durch ein kommunales Angebot monopolisierten Markt handelt. Ein solcher Markt wird durch die Rechtsprechung des BGH aber gerade nicht von einem Passing-on ausgeschlossen. Zwar ist der Anschlussmarkt nicht durch ein intensives Wettbewerbsgeschehen gekennzeichnet, weil die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen auf dem Markt der einzige Anbieter ist. Allerdings ist gerade in einem solchen Markt eine Weitergabe höherer Einkaufskosten wahrscheinlich. Handelt die Kommune hoheitlich, ist sie in der Regel kommunalrechtlich gezwungen, alle anfallenden Kosten auf entsprechende Gebühren umzule-

⁵¹⁴ Ebenda, Rz. 101 (zit. nach Juris).

⁵¹⁵ Dazu Tz. 873.

gen.⁵¹⁶ Fallen die Kosten dagegen in kommunalen Unternehmen an, die auf monopolisierten Märkten Preise (anstatt Gebühren) verlangen, z. B. im öffentlichen Nahverkehr, so ist festzustellen, dass diese Preise oftmals ebenso einem besonderen Kostendeckungsdruck unterliegen. Auch kann aus beihilferechtlichen Gründen häufig kein pauschaler Ausgleich von Mehrkosten durch die Kommune erfolgen.

890. Selbst wenn im Einzelfall eine Schadensweitergabe in einem durch ein kommunales Angebot monopolisierten Anschlussmarkt aus ökonomischer Sicht einmal weniger wahrscheinlich sein sollte, erscheint ein pauschaler Abschluss des Passing-on-Einwands für den ohnehin darlegungs- und beweisbelasteten Kartellanten nicht gerechtfertigt.⁵¹⁷

891. Auch in einem weiteren Punkt ist die Rechtsprechung des LG Berlin sowie des LG Dortmund auffallend streng. Beide Gerichte verlangen eine „unmittelbare Relation“ zwischen den Einkaufspreisen der klagenden Abnehmer und ihrer eigenen Preisbildung und meinen, dass eine solche bei dem Erwerb von Infrastruktur – anders als bei dem Weiterverkauf von Waren – nicht gegeben sei.⁵¹⁸ Zwar ist es ökonomisch zutreffend, dass auf Wettbewerbsmärkten kurzfristig nur Veränderungen bei den variablen (Grenz-)Kosten unmittelbar auf die Preise umzulegen sind, was beim Weiterverkauf von Handelswaren gewöhnlich gegeben ist. Gerade im Fall der hier betroffenen kommunalen Märkte wird die Preisbildung jedoch durch gesetzliche Vorgaben bestimmt, wodurch auch eine kurzfristige Weitergabe von Fixkosten möglich ist.

892. Das Erfordernis einer „unmittelbaren Relation“ findet in dem ORWI-Urteil des BGH zudem keine Grundlage. Dort ist lediglich von einem adäquaten Zusammenhang zwischen einem Schadensereignis und der Vorteilsentstehung die Rede. Danach muss das Schadensereignis einerseits notwendige Bedingung für die Vorteilsentstehung sein („conditio sine qua non“), und andererseits sollen unangemessene Vorteile dem Schädiger nicht zugutekommen.⁵¹⁹ Da die Vorteilsausgleichung letztlich Ausfluss des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist, liegt ihr vor allem eine normative Wertung zugrunde, namentlich der Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Schädiger und Geschädigtem (Bereicherungsverbot einerseits und unangemessene Entlastung andererseits).⁵²⁰ Ob das – anscheinend – engere Kriterium einer „unmittelbaren Relation“ mit dieser Wertung zu vereinbaren ist, erscheint zweifelhaft.

893. Grundsätzlich denkbar ist es allenfalls, die Vorteilsausgleichung mit Verweis auf den Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs und die Gefahr einer unbilligen Schädigerentlastung abzulehnen, wie es das OLG München

⁵¹⁶ Zu den Rechtsgrundlagen des Gebührenrechts Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1218 f. Auch das LG Hannover verweist auf das kommunalrechtliche Kostendeckungsprinzip, meint aber zugleich, mit der Gebührenkalkulation könnten auch andere Zwecke verfolgt werden (dazu Tz. 884). Die von dem Gericht angeführten Vorschriften des Niedersächsischen Abfallgesetzes (NABfG) stellen die Pflicht zur Umlage von Kosten in Gebühren aber tatsächlich nicht infrage, sondern machen lediglich Vorgaben für die Gebührenstruktur. Sofern Gebühren gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 NABfG so gestaltet sein sollen, dass die Vermeidung von Abfällen gefördert wird, könnte die Vorschrift z. B. so ausgelegt werden, dass der feste Gebührenanteil gering und der variable (mengenabhängige) Anteil hoch angesetzt wird. Sofern die Gebühren gemäß § 12 Abs. 6 Satz 2 NABfG progressiv gestaltet sein sollen, könnte dies seinerseits dazu führen, dass der variable Gebührenanteil bei größeren Mengen ungleich stärker zunimmt.

⁵¹⁷ Anders, aber ausdrücklich das LG Dortmund: „Im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot liegt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere der Kausalität des Vorteils beim Schädiger (BGH KZR 75/10 Tz. 64). Dieser Darlegungslast sind die Beklagten letztlich schon nicht hinreichend nachgekommen. Doch kommt es auf die Frage, ob die Beklagten hierzu hinreichende Darlegungen getroffen haben, aufgrund der Besonderheiten des Falles schon gar nicht an. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der BGH in der vorstehend genannten Entscheidung (dort Tz. 47 ff.) von einem Anschlussmarkt ausgeht [...]“ LG Dortmund, Urteil vom 28. Juni 2017, 8 O 25/16 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2017:0628.8O25.16KART.00, Rz. 95 f. (zit. nach Juris); Urteil vom 21. Dezember 2016, 8 O 90/14 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8O90.14KART.00, Rz. 131 f. (zit. nach Juris); Hervorhebung nur hier.

⁵¹⁸ LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013, 16 O 193/11 Kart, ECLI:DE:LGBE:2013:0806.16O193.11KART.OA, Rz. 60 (zit. nach Juris); LG Dortmund, Urteil vom 28. Juni 2017, 8 O 25/16 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2017:0628.8O25.16KART.00, Rz. 97 (zit. nach Juris); LG Dortmund, Urteil vom 21. Dezember 2016, 8 O 90/14 (Kart), ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8O90.14KART.00, Rz. 133 (zit. nach Juris). Vgl. auch OLG München, Urteil vom 8. März 2018, U 3497/16 Kart, NZKart 2018, S. 230, 233.

⁵¹⁹ Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017, vor § 249 Tz. 69.

⁵²⁰ Dazu Tz. 871.

sowie das LG Frankfurt am Main in zwei Urteilen zum Schienenkartell tun. Das LG Frankfurt am Main führt insofern aus:

„Dies kann auch dahinstehen, da jedenfalls der Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs unter Berücksichtigung des Aspekts einer unbilligen Schädigerentlastung gegen die Zulässigkeit des Einwands einer Schadensabwälzung auf Kunden des öffentlichen Personennahverkehrs spricht. Bei diesem Personenkreis wird sich kaum ein konkreter Schaden ausmachen oder zumindest schätzen lassen. Und selbst wenn dies möglich wäre, würde kein Nahverkehrskunde seinen Schaden gegenüber den Kartellanten geltend machen, die hierdurch unbillig entlastet würden.“⁵²¹

Beide Aspekte – der Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs sowie die Gefahr einer unbilligen Schädigerentlastung – sind bei der Frage, ob eine Vorteilsausgleichung zuzulassen ist, zu berücksichtigen.⁵²²

3.6.3.2 Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher

894. Lässt man entsprechend der vorstehenden Kritik den Passing-on-Einwand allerdings auch dann zu, wenn es an einem wettbewerblich geprägten Anschlussmarkt bzw. einer „unmittelbaren Relation“ fehlt, besteht die Gefahr einer unbilligen Entlastung des Kartellanten. Diesem Risiko kann dadurch begegnet werden, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher gestärkt wird.

895. Zwar hat die Versagung des Passing-on-Einwands keine unmittelbare Auswirkung auf die Aktivlegitimation der Abnehmer auf den nachgelagerten Marktstufen, auf die der Schaden tatsächlich abgewälzt wurde. Denn die – aktive – Geltendmachung von Schadensersatz durch einen mittelbaren Abnehmer ist gegenüber der – passiven – Abwehr von Schadensersatzansprüchen durch einen Kartellanten rechtlich grundsätzlich privilegiert.⁵²³ Allerdings sind praktische Probleme nicht ausgeschlossen, wenn in Bezug auf dasselbe Schadensereignis einem Kartellanten zunächst der Passing-on-Einwand versagt worden ist und anschließend ein mittelbarer Abnehmer einer nachgelagerten Marktstufe Schadensersatz verlangt. Wird auch dem mittelbaren Abnehmer Schadensersatz zugesprochen, haftet der beklagte Kartellant mehrfach und möglicherweise überkompensatorisch.⁵²⁴ Wird dagegen dem mittelbaren Abnehmer der Schadensersatz versagt, bleibt dieser – im Fall einer tatsächlichen Schadensabwälzung – auf seinem Schaden sitzen.

896. Deutlich schwerer wiegt indes der Umstand, dass die Zulassung des Passing-on-Einwands zu einer Schwächung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung führen könnte. Denn soweit der beklagte Kartellant einwenden kann, dass der Schaden auf die Verbraucher abgewälzt worden sei, braucht er nach aktueller Rechtslage eine (erfolgreiche) Inanspruchnahme auf Schadensersatz kaum zu befürchten. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine private Kartellrechtsdurchsetzung auf Ebene der Verbraucher derzeit nicht stattfindet und auch kaum stattfinden kann. Dieser Gedanke klingt sowohl in den beiden Urteilen des LG Dortmund an, das (kurz) die Frage aufwirft, ob der Passing-on-Einwand bei Streuschäden überhaupt Anerkennung finden könne, als auch – noch stärker – in den zitierten Passagen aus den Urteilen des OLG München sowie des LG Frankfurt am Main, wonach ein Nahverkehrskunde seinen Schaden – jedenfalls – nicht geltend machen werde.⁵²⁵ Der Grund hierfür ist in dem Um-

⁵²¹ LG Frankfurt am Main, Urteil vom 30. März 2016, 2-06 O 464/14, ECLI:DE:LGFFM:2016:0330.2.06O464.14.0A, Rz. 160 (zit. nach Juris). Ähnlich OLG München, Urteil vom 8. März 2018, U 3497/16 Kart, NZKart 2018, S. 230, 233: „Es kann dahinstehen, ob die Grundsätze der ‚passing-on defense‘ im Streitfall überhaupt Anwendung finden. Hieran bestehen erhebliche Zweifel, wenn – wie bei der Weitergabe eines kartellbedingten Preisaufschlags im Wege der Fahrpreiserhöhung an Fahrgäste – der Kartellschaden des unmittelbaren Abnehmers in Gestalt von sogenannten ‚Streuschäden‘ an eine Vielzahl von Endverbrauchern weitergegeben wird. Denn dies würde – zumindest weitgehend – zu einer unangemessenen Entlastung des Schädigers führen, da nicht damit zu rechnen ist, dass die einzelnen Fahrgäste ihrerseits wegen Kleinstbeträgen gegen die Kartellanten vorgehen.“

⁵²² Dazu Tz. 871, 892.

⁵²³ Dazu Tz. 869 ff.; zum neuen – aber auf aktuelle Schadensersatzverfahren noch nicht anwendbaren – Recht Tz. 875.

⁵²⁴ Zur Gefahr einer überkompensatorischen Haftung Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 133 ff.

⁵²⁵ Dazu Tz. 882, 893. Siehe auch Kersting, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München 2017, Kap. 7 Tz. 82; Petrasincu, A., Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, S. 330 ff. Kritisch zu solchen normativen Gesichtspunkten unter dem neuen Recht Fritzsche, A., Schadensabwälzung – Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der

stand zu sehen, dass bei Verbrauchern das rationale Desinteresse, Kleinst- bzw. Streuschäden zu verfolgen, entgegensteht.⁵²⁶ Oftmals fehlen ihnen auch die entsprechenden Nachweismöglichkeiten, weil etwa Kaufbelege nicht mehr aufbewahrt worden sind. Insoweit hilft auch die Besserstellung des mittelbaren Abnehmers nach neuem Recht nicht weiter,⁵²⁷ sondern alleine eine Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher.⁵²⁸

897. Die Monopolkommission hat sich in ihrem XXI. Hauptgutachten bereits für eine Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland ausgesprochen. Sie begrüßt zunächst die geplante Einführung einer Musterfeststellungsklage,⁵²⁹ hierzu hat die Bundesregierung mittlerweile einen entsprechenden Gesetzentwurf beschlossen.⁵³⁰ Ob die Musterfeststellungsklage, die laut dem Koalitionsvertrag bis spätestens zum 1. November 2018 umgesetzt werden soll,⁵³¹ tatsächlich zu einer wirksameren privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf Ebene der Verbraucher beitragen kann, ist fraglich. Zwar ist ihre Einführung insofern zu begrüßen, als im Rahmen der Musterklage ausgewählter Verbraucherschutzverbände (vgl. § 606 Abs. 1 ZPO-E) bestimmte Tatsachen- oder Rechtsfragen geklärt werden können – etwa im Hinblick auf eine mögliche Schadensabwälzung –, die dann auch in etwaigen von Verbrauchern geführten Folgeverfahren Bindungswirkung haben. Ein Hindernis für einen signifikanten Beitrag der Musterfeststellungsklage zu einer wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher könnte allerdings der Umstand sein, dass diese ihre Ansprüche im Anschluss an das Musterfeststellungsverfahren weiterhin individuell – und notfalls gerichtlich – durchsetzen müssen. Einer entsprechenden Geltendmachung könnte jedoch wiederum das rationale Desinteresse von Verbrauchern, Kleinst- bzw. Streuschäden zu verfolgen, entgegenstehen. Es ist, auch angesichts der bisherigen zurückhaltenden Nutzung der Vorteilsabschöpfung gemäß § 34a GWB,⁵³² zudem unklar, ob die Verbraucherschutzverbände in Kartellfällen wegen des damit verbundenen Aufwands überhaupt bereit und in der Lage sein werden, Musterklagen zu erheben.

898. Keine Verbesserung für Kartellgeschädigte bringt ein Richtlinienvorschlag, der von der Europäischen Kommission am 11. April 2018 als Teil eines Maßnahmenpakets zur Stärkung der Verbraucherrechte veröffentlicht wurde.⁵³³ Danach sollen bestimmte qualifizierte Einrichtungen (insbesondere Verbraucherschutzverbände und öffentliche Stellen) stellvertretend für die betroffenen Verbraucher etwa auf Feststellung oder – insofern weitergehend als die im deutschen Recht geplante Musterfeststellungsklage – auf Zahlung von Schadensersatz klagen können (vgl. Art. 6 des Richtlinienvorschlags), wodurch das Erfordernis für eine nachfolgende individuelle Durchsetzung

9. GWB-Novelle, NZKart 2017, S. 630, 635, der angesichts einer drohenden überkompensatorischen Haftung des Kartellanten darauf hinweist, dass sich aus der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie ergebe, dass Schadensersatz nur für tatsächlich entstandene Schäden zugesprochen werden solle.

⁵²⁶ Laut einer Studie der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2011 würden 56 Prozent der befragten Verbraucher in der Europäischen Union eine Schadenssumme von bis zu EUR 200 und 41 Prozent der befragten Verbraucher eine Summe von bis zu EUR 500 nicht gerichtlich geltend machen; EU-Kommission, Consumer Empowerment in the EU, SEC(2011) 469 final, 7. April 2011, Tz. 11.

⁵²⁷ Dazu Tz. 875.

⁵²⁸ Um einer unbilligen Entlastung des Kartellanten entgegenzuwirken, kommt auch eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Verbraucherschutzinstitutionen gemäß § 34a GWB in Betracht. Da dieses Instrument bislang kaum genutzt worden ist, hat sich die Monopolkommission für eine Reform der Vorschrift ausgesprochen; vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 178 f., 184. Zu einer Kompensation des geschädigten Verbrauchers kann die Vorteilsabschöpfung allerdings nicht beitragen.

⁵²⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 174, 182.

⁵³⁰ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 9. Mai 2018. Siehe auch Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Diskussionsentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage vom 31. Juli 2017. Beide Dokumente sind abrufbar unter: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Musterfeststellungsklage.html>.

⁵³¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Zeilen 5798 f., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw11-koalitionsvertrag/546976>.

⁵³² Dazu Fn. 528.

⁵³³ EU-Kommission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, COM(2018) 184 final, 11. April 2018 („Richtlinienvorschlag“).

der Ansprüche entfele. Für Fälle, in denen die Quantifizierung der den Verbrauchern individuell entstandenen Schäden aufwendig ist, ist lediglich eine Feststellungsklage vorgesehen. Geht es um Streuschäden („small amount of loss“), bei denen eine Weitergabe des Schadensersatzes an die betroffenen Verbraucher unverhältnismäßig wäre, soll die Entschädigung einem öffentlichen, den Verbraucherinteressen dienenden Zweck zugutekommen. Der Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags erstreckt sich indes nicht auf Kartellrechtsverstöße (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags i. V. m. Annex I), sodass eine Stärkung der Position von Verbrauchern in diesem Bereich gerade nicht geplant ist.

899. Die Monopolkommission bewertet solche Verbandsklagen grundsätzlich positiv, wiederholt aber insbesondere ihre Empfehlung aus dem XXI. Hauptgutachten, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher durch die Einführung einer allgemeinen, in subjektiver Hinsicht nicht beschränkten Gruppenklage nach dem „Opt in“-Prinzip zu stärken. Die Gefahr des Entstehens einer „Klageindustrie“, der mit der Beschränkung auf die Klagemöglichkeit von bestimmten Verbänden begegnet werden soll,⁵³⁴ erachtet die Monopolkommission angesichts der maßvollen Gewährung von (Kartell-)Schadensersatz durch deutsche Gerichte sowie des grundsätzlichen Verbots einer erfolgsabhängigen Rechtsanwaltsvergütung (§ 49b Abs. 2 BRAO, § 4a RVG) als nicht sehr hoch. Vielmehr befürchtet sie, dass es – trotz der Stärkung der Klägerstellung im Zuge der Umsetzung der 9. GWB-Novelle – ohne die Einführung von Gruppenklagen gerade auf der Ebene der Verbraucher bei einem „under-enforcement“ bleibt.⁵³⁵ Im Übrigen lässt sich einer missbräuchlichen Ausnutzung des Klagesystems durch entsprechende gesetzliche Vorkehrungen begegnen.⁵³⁶ Eine Gruppenklage nach dem „Opt in“-Prinzip kann das Problem des rationalen Desinteresses zwar nicht gänzlich beseitigen, da sich der Verbraucher einer solchen Klage aktiv anschließen muss, um von der Gruppenzugehörigkeit zu profitieren. Gegenüber der Erhebung einer Individualklage ist der Aufwand hierfür jedoch deutlich geringer. Angesichts des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Gruppenklage nach dem „Opt in“-Prinzip zudem einer solchen nach dem „Opt out“-Prinzip vorzuziehen.⁵³⁷

3.7 Ministererlaubnisverfahren nach der 9. GWB-Novelle

900. Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurde auch das Ministererlaubnisverfahren reformiert. Die neuen Regelungen fanden erst zu einem späten Zeitpunkt – im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages – Eingang in das Gesetzgebungsverfahren.⁵³⁸ Anlass war das Ministererlaubnisverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann, in dem der Bundesminister für Wirtschaft und Energie nach einer Verfahrensdauer von ungefähr zehn Monaten eine Erlaubnisentscheidung erteilt hatte.⁵³⁹ Im anschließenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren hatte das OLG Düsseldorf unter anderem Kritik an der Verfahrensführung des Ministers geäußert.⁵⁴⁰ Insbesondere die Dauer des

⁵³⁴ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 9. Mai 2018, S. 24 („kommerzielle Klageindustrie“); EU-Kommission, Richtlinienvorschlag, S. 3, 5 („abusive litigation“).

⁵³⁵ Auch die Europäische Kommission hat sich in einer unverbindlichen Empfehlung bereits für die Einführung von Gruppenklagen nach dem „Opt in“-Prinzip ausgesprochen; vgl. EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. L 201, 26. Juli 2013, S. 60. In einem kürzlich veröffentlichten Evaluierungsbericht gelangt sie zu dem Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten ihre Empfehlung, den kollektiven Rechtsschutz im nationalen Recht zu stärken, insgesamt nur zögerlich umgesetzt haben; vgl. EU-Kommission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), COM(2018) 40 final, 25. Januar 2018.

⁵³⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 181.

⁵³⁷ Ebenda, Tz. 180.

⁵³⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 8 ff., 29 f.

⁵³⁹ Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, „Edeka/Kaisers' Tengelmann“, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/oeffentliche-entscheidung-edeka-kaisers-tengelmann.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁵⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016, VI-Kart 3/16 (V), ECLI:DE:OLGD:2016:0712.VI.KART3.16V.00.

Verfahrens sowie die Informationspolitik des Ministers gegenüber dem Deutschen Bundestag waren auch von Seiten der Politik auf Kritik gestoßen.⁵⁴¹

901. Mit der 9. GWB-Novelle wurden verschiedene Regelungen eingeführt, die der Verfahrensbeschleunigung und Transparenz dienen sollen.⁵⁴² So bleibt es zwar bei der Sollvorschrift von vier Monaten für die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Energie. Bei einem Überschreiten dieser Frist hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) allerdings die Gründe hierfür dem Deutschen Bundestag unverzüglich schriftlich mitzuteilen, § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB. Wird die Verfügung den antragstellenden Unternehmen nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags zugestellt, wird gemäß § 42 Abs. 4 Satz 3 GWB die Ablehnung des Antrags fingiert. Laut § 42 Abs. 4 Satz 4 und 5 kann das Ministerium die Frist auf Antrag der antragstellenden Unternehmen um bis zu zwei Monate verlängern; in diesem Fall gilt die Fiktion des Satzes 3 nicht. Darüber hinaus bestimmt § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB nunmehr, dass einem Dritten die Beschwerde gegen eine Ministererlaubnis nur zusteht, wenn er eine Rechtsverletzung geltend macht. Auch diese Neuregelung des Drittrechtsschutzes soll – ausweislich der Beschlussempfehlung – zur Verfahrensbeschleunigung beitragen.⁵⁴³

902. Ein weiteres Ziel der Novelle ist die Stärkung der Rolle der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren. Zu diesem Zweck ist gemäß § 42 Abs. 1 Satz 4 GWB ein Abweichen vom Votum der Monopolkommission in der Ministerentscheidung künftig gesondert zu begründen. Zudem erhält die Monopolkommission gemäß § 56 Abs. 3 Satz 4 GWB das Recht, in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gehört zu werden und ihre Stellungnahme zu erläutern. Mit den entsprechenden Maßnahmen sollen die Anforderungen an die Begründung der Entscheidung konkretisiert werden. Außerdem soll sichergestellt werden, dass alle für das Verfahren relevanten Aspekte Bestandteil der mündlichen Verhandlung sind. Darüber hinaus wurde in § 42 Abs. 5 Satz 3 GWB eine Sollfrist von zwei Monaten für die Stellungnahme der Monopolkommission eingeführt.

903. Sonstige Gesetzesänderungen betreffen die Einbindung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich in näher bezeichneten Fällen (§ 42 Abs. 5 Satz 2 GWB), die Klarstellung, dass das Ministererlaubnisverfahren ein Verwaltungsverfahren ist (§ 54 Abs. 1 Satz 3 GWB), sowie die Verpflichtung des BMWi, Leitlinien für das Verfahren zu erlassen (§ 42 Abs. 6 GWB).

904. Die dargestellten Gesetzesänderungen sind als ambivalent zu bewerten. Zunächst ist zu begrüßen, dass die Neuerungen weder die Abschaffung noch grundlegende inhaltliche Reformen des Instruments der Ministerentscheidung enthalten. Denn das Ministererlaubnisverfahren ermöglicht die Berücksichtigung wichtiger Gemeinwohlbelange im Ausnahmefall, gewährleistet Transparenz und entlastet das Bundeskartellamt von Druck durch Politik und Öffentlichkeit.⁵⁴⁴ Allerdings sind insbesondere zwei Neuerungen kritisch zu bewerten: zum einen die neu eingeführte Sollfrist für die Monopolkommission, zum anderen die Regelung in § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB betreffend den Rechtsschutz gegen Ministerverfügungen.

3.7.1 Beibehaltung der Entscheidungskompetenz des Ministers ist sachgerecht

905. Im Vorfeld der Novelle wurden in der Politik mehrere weit reichende Reformansätze diskutiert, die zum Teil die materielle Entscheidungskompetenz betrafen. Einer dieser Vorschläge war darauf gerichtet, die Minister-

⁵⁴¹ Vgl. Dröge, K., MdB, Vortrag beim 44. FIW-Seminar, „Ist die Ministererlaubnis reformbedürftig?“, Bonn, 16. Juni 2016.

⁵⁴² Vgl. zu der Thematik auch Kühling, J., Ministererlaubnisverfahren – Die Rolle und Perspektive der Monopolkommission, in: Körber/Immenga (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle, Baden-Baden 2018 (im Erscheinen).

⁵⁴³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 30

⁵⁴⁴ Ein aktuelles Beispiel für hohen öffentlichen Druck ist der Zusammenschlussfall Bayer/Monsanto. Bei der für die Fusionskontrolle zuständigen Europäischen Kommission gingen über 50.000 E-Mails und über 5.000 Schreiben und Postkarten zu einer Petition, im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens auch Umweltschutz-, Gesundheitsrisiken etc. zu berücksichtigen, ein, M. Vestager, Antwort auf eine Petition, Brüssel, 22. August 2017, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=2.

erlaubnis durch eine Parlamentserlaubnis zu ersetzen.⁵⁴⁵ Hiernach sollte der Minister für Wirtschaft und Energie einen Beschlussantrag vorbereiten und dem Parlament unterbreiten, das im Anschluss daran diesen Antrag beraten, gegebenenfalls ändern und beschließen sollte. Eine solche Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf den Deutschen Bundestag ist gleichwohl abzulehnen. Bei der Ministerentscheidung handelt es sich um eine klassische Verwaltungsentscheidung.⁵⁴⁶ Sie ist daher auch der Exekutive vorbehalten. Exekutiventscheidungen des Parlaments hingegen sind auf wenige Ausnahmefälle von besonderer Tragweite, wie etwa den Auslandseinsatz der Bundeswehr, begrenzt. Von einer Einbindung des Deutschen Bundestages in das fusionskontrollrechtliche Ministererlaubnisverfahren ist ferner wegen der damit verbundenen Verfahrensverlängerung abzuraten. Letzteres spricht ebenfalls gegen die Überlegung, dem Deutschen Bundestag ein Vetorecht gegen die vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie beabsichtigte Entscheidung einzuräumen und die Ministererlaubnis im Fall eines Vetos auf die gesamte Bundesregierung zu verlagern.⁵⁴⁷ Auch die – weniger weit reichende – Empfehlung, eine öffentliche Konsultation des Ministererlaubnis-Entscheidungsentwurfs innerhalb einer Frist von mindestens zwei Wochen einzuführen, begegnet ähnlichen Bedenken.⁵⁴⁸

906. Wenig überzeugend ist ferner die Überlegung, den Minister an das Votum der Monopolkommission zu binden. Die Idee einer stärkeren Einbindung einer unabhängigen Behörde in den Entscheidungsprozess der Erlaubniserteilung war schon bei Einführung der Fusionskontrolle angestellt worden. So sollte die staatliche Interventionstiefe reduziert werden.⁵⁴⁹ Das schon damals dagegen vorgebrachte Argument ist auch noch heute gültig: Die Ministerentscheidung ist eine genuin politische Entscheidung, die mit den wettbewerblichen Gesichtspunkten einerseits und Gemeinwohlgründen andererseits schwer Vergleichbares abzuwägen hat. Sie ist daher auch – letztentscheidend – von der Exekutive zu treffen, die sich anschließend dem Parlament gegenüber zu verantworten hat.⁵⁵⁰

3.7.2 Verzicht auf gesetzliche Verankerung von Gemeinwohlgründen ist zu begrüßen

907. Teilweise zielten Reformüberlegungen auch auf eine Auswahl bzw. Konkretisierung der Gemeinwohlgründe im Gesetz.⁵⁵¹ Eine gesetzliche Aufzählung gesamtwirtschaftlicher Vorteile und überragender Interessen der Allgemeinheit ist abzulehnen.⁵⁵² Gegen eine derartige Aufzählung spricht bereits die Vielzahl und Heterogenität möglicher Gemeinwohlvorteile. Darüber hinaus würde sie die Berücksichtigung solcher Gemeinwohlvorteile verhindern oder zumindest verzögern, die sich aufgrund künftiger Entwicklungen erst noch ergeben. Die gesetzliche Verankerung lediglich einiger ausgewählter Gemeinwohlgründe ist ebenfalls nicht empfehlenswert. Dies gilt vor allem dann, wenn sich diese Auswahl nur an einzelnen Ministererlaubnisentscheidungen orientiert. Die Erfahrung mit Ministererlaubnisverfahren der Vergangenheit zeigt, dass je nach den Umständen des Einzelfalls vielfältige Ge-

⁵⁴⁵ Antrag der Abgeordneten Michael Schlecht, Klaus Ernst, Karin Binder, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Parlaments- statt Ministererlaubnis im Kartellrecht, BT-Drs. 18/10240.

⁵⁴⁶ So bereits Kühling, J./Wambach, A., Ministererlaubnisverfahren – Kein Anlass zu grundlegenden Reformen, WuW 2017, S. 1.

⁵⁴⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, Begründung des Änderungsvorschlags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/11446, S. 16.

⁵⁴⁸ Fuchs/Pfeiffer/Heider, Fünf Punkte zur Stärkung der Ministererlaubnis im Wettbewerbsrecht (§ 42 GWB), 13. November 2016. Zudem ist zu bedenken, dass sich Marktteilnehmer und Verbände, deren wirtschaftliche Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, schon bislang zum Verfahren beiladen lassen und in diesem Rahmen äußern können.

⁵⁴⁹ CDU/CSU-Fraktion im Wirtschaftsausschuss, BT-Drs. 7/765, S. 8.

⁵⁵⁰ Siehe dazu die Auffassung der Mehrheit im Wirtschaftsausschuss, BT-Drs. 7/765, S. 8.

⁵⁵¹ So wird in dem Antrag der Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE die Bundesregierung aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, in dem ein überragendes Interesse der Allgemeinheit, insbesondere durch Berücksichtigung von Tarifbindung und/oder Betriebsratsstrukturen, des Erhalts von Arbeitsplätzen, Verbraucherschutzbelange, Versorgungs- und Angebotssicherheit insgesamt und insbesondere im ländlichen Raum, definiert wird. Antrag der Abgeordneten Michael Schlecht, Klaus Ernst, Karin Binder, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Parlaments- statt Ministererlaubnis im Kartellrecht, BT-Drs. 18/10240.

⁵⁵² So bereits Kühling, J., Wettbewerb contra Gemeinwohl?, in: Mohr (Hrsg.), Energierecht im Wandel, Kolloquium zu Ehren des 75. Geburtstags von Franz Jürgen Säcker, 2018, S. 93–110.

meinwohlvorteile – z. B. umwelt-, bildungs-, gesundheits- und beschäftigungspolitischer Natur – angeführt werden und zu diskutieren sind.⁵⁵³

908. Des Weiteren würde die gesetzliche Verankerung einiger ausgewählter Gemeinwohlvorteile die Rechtsunsicherheit eher vergrößern als verringern. Unklar wäre insbesondere, ob mit einer solchen Nennung auch eine besonders hohe Gewichtung der ausgewählten Gemeinwohlvorteile im Rahmen der erforderlichen Abwägung mit den wettbewerblichen Nachteilen eines Zusammenschlussvorhabens verbunden sein soll. Wäre eine solche besondere Gewichtung das Ziel der gesetzlichen Verankerung, würden Wertungswidersprüche entstehen, wenn anderen, insbesondere aus dem Primärrecht der Europäischen Union (z. B. Umweltschutz gemäß Art. 11 AEUV und Art. 37 Grundrechtecharta, Gesundheitsschutz gemäß Art. 168 Abs. 1 AEUV) oder aus dem Grundgesetz (z. B. die Freiheit der Forschung und Lehre gemäß Art. 5 Abs. 3 GG) folgenden Gemeinwohlgründen von vornherein ein geringeres Gewicht beigemessen würde. Durch die gesetzliche Betonung einzelner Gemeinwohlgründe würde schließlich das Prinzip unterlaufen, wonach die Entscheidung des Ministers stets den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls Rechnung tragen muss.

3.7.3 Neue Fristenregelung verbesserungsbedürftig

909. Als problematisch ist allerdings die in der 9. GWB-Novelle neu eingeführte Sollfrist für die Stellungnahme der Monopolkommission zu bewerten. Nach § 42 Abs. 5 Satz 3 GWB soll die Stellungnahme innerhalb von zwei Monaten nach Aufforderung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorliegen. Von dieser Frist kann laut Beschlussempfehlung nur bei Vorliegen wichtiger Gründe abgewichen werden.⁵⁵⁴

910. Angesichts der Funktion der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren ist es wichtig, dass ihre Analyse und Empfehlung auf einer möglichst umfassenden Entscheidungsgrundlage basiert. Zu diesem Zweck berücksichtigt die Monopolkommission regelmäßig nicht nur den Erlaubnis Antrag und die umfangreichen Verfahrensakten des Bundeskartellamts, sondern auch eine Reihe weiterer, eingereichter oder erbetener Unterlagen. Außerdem fanden in den bisherigen Ministererlaubnisfällen neben den obligatorischen Gesprächen mit den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen üblicherweise weitere Gespräche und Anhörungen mit Marktteilnehmern, Arbeitnehmervertretern, Verbraucherverbänden etc. statt. Darüber hinaus war es häufig erforderlich, schriftliche Stellungnahmen einzuholen, deren Rücklauf und Analyse naturgemäß eine gewisse Zeitspanne in Anspruch nahm.

911. Vor diesem Hintergrund hat die Monopolkommission ihre Ministererlaubnisgutachten in der Vergangenheit regelmäßig innerhalb von zwei bis drei Monaten erstellt, vereinzelt wurden Stellungnahmen auch erst nach Ablauf von drei Monaten vorgelegt.⁵⁵⁵ Die neu eingeführte Frist bedeutet daher eine Verkürzung der bisher in Anspruch genommenen Zeitspanne und dürfte angesichts der Erfahrungen in der Vergangenheit nur schwierig umzusetzen sein. Sie sollte aus den genannten Gründen bei der nächsten GWB-Reform wieder gestrichen, zumindest aber auf zehn Wochen erweitert werden.

912. Im Übrigen ist eher zweifelhaft, ob mit der neuen Fristenregelung der gewünschte Beschleunigungseffekt erzielt wird. Für die Entscheidung des Ministers bleibt es in § 42 Abs. 4 Satz 1 GWB zwar bei der bisherigen Soll-Vorschrift von vier Monaten. Neu ist jedoch, dass nach Ablauf von sechs Monaten die Fiktion der Ablehnung greift, soweit nicht die Unternehmen von der Möglichkeit eines Antrags auf Verlängerung der Frist um weitere zwei Monate Gebrauch machen (§ 42 Abs. 4 Satz 3–5 GWB). Insgesamt stehen dem Minister künftig also laut gesetzlicher Regelung bis zu acht Monate für den Erlass seiner Entscheidung zur Verfügung.

⁵⁵³ Siehe zu den Schwierigkeiten einer Systematisierung aus Sicht der Monopolkommission bereits exemplarisch Greiffenberg, H., Die Gemeinwohlabwägung im Ministererlaubnisverfahren der Fusionskontrolle – Der Beitrag der Monopolkommission, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, 2004, S. 173, 180 ff.

⁵⁵⁴ Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 18/11446, S. 29.

⁵⁵⁵ Z. B. in dem Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann. Hier hat der Bundesminister für Wirtschaft und Energie die Monopolkommission mit Schreiben vom 29. April 2015 um gutachterliche Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 a.F. GWB gebeten. Die Stellungnahme wurde am 3. August 2015 vorgelegt.

913. Eine Deckelung der Frist für die ministerielle Entscheidung ist grundsätzlich zu begrüßen, weil damit die Rechtssicherheit für alle Betroffenen erhöht werden kann. Betrachtet man jedoch die bisherigen Fälle, hätte die jetzt vom Gesetzgeber vorgenommene Deckelung der Frist nur in einem einzigen Verfahren zu einem früheren Abschluss führen müssen.⁵⁵⁶ Demgegenüber ist nicht auszuschließen, dass sich durch die Möglichkeit der Fristverlängerung auf Antrag der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass künftig die Acht-Monats-Frist häufiger ausgeschöpft wird und es damit regelmäßig zu einer Verfahrensverlängerung kommen wird.

3.7.4 Falsches Signal durch beabsichtigte Einschränkung des Drittrechtsschutzes

914. Ebenfalls kritikwürdig ist die neu eingeführte Regelung des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB zum Drittrechtsschutz gegen Ministererlaubnisentscheidungen. Laut Beschlussempfehlung genügt künftig weder die Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen noch die Verletzung von Rechtssätzen, in denen der Einzelne nur aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt wird, die also Reflexwirkung haben. Die Beschränkung des Kreises der Beschwerdeberechtigten auf diejenigen, die eine Verletzung in eigenen Rechten durch die Ministerentscheidung darlegen können, soll – wie die Neuregelung der Fristen – der Verfahrensbeschleunigung dienen.⁵⁵⁷

915. Vor der 9. GWB-Novelle stand jedem am Ministererlaubnisverfahren Beteiligten die Beschwerdemöglichkeit nach § 63 GWB offen. Die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts war nicht Voraussetzung der Beschwerde.⁵⁵⁸ Dies galt nach der Rechtsprechung des BGH auch für Dritte, deren Antrag auf Beiladung nur aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden war. Es genügte insofern eine materielle Beschwerde, also eine nachteilige Berührung der eigenen wirtschaftlichen Interessen.⁵⁵⁹

916. Fraglich ist, ob die mit der Gesetzesänderung beabsichtigte Einschränkung des Drittrechtsschutzes überhaupt erreicht werden kann. Hiergegen werden unter anderem verfassungsrechtliche Bedenken angeführt.⁵⁶⁰ Jedenfalls sprechen wettbewerbspolitische Gründe gegen eine solche Einschränkung. Die Ministererlaubnis hebt eine Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes auf, mit der zuvor eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf den betroffenen relevanten Märkten festgestellt worden ist. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist deshalb ein effektiver Zugang zur gerichtlichen Kontrolle derartiger Erlaubnisentscheidungen sogar besonders wünschenswert. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Ministerentscheidung nur durch wenige inhaltliche Vorgaben beschränkt wird. Diese sind in § 42 Abs. 1 GWB festgelegt und betreffen zum einen das Auf- bzw. Überwiegen von im Einzelfall vorliegenden Gemeinwohlgründen, zum anderen die Notwendigkeit zur Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs des GWB. Entsprechend einer dritten Vorgabe darf der Minister eine Erlaubnis nicht erteilen, wenn das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung gefährdet. Allgemein anerkannt ist daher, dass dem Minister ein weiter Beurteilungsspielraum bei seiner Entscheidung zukommt. Je weniger inhaltliche Vorgaben jedoch für die materielle Entscheidung bestehen, desto wichtiger wird die Ausgestaltung und Einhaltung der Verfahrensbestimmungen sowie die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung insbesondere dieser Bestimmungen. Zwar ist – wie oben dargelegt – bislang offen, ob die Gesetzesänderung tatsächlich zu der beabsichtigten Einschränkung des Drittschutzes führt. Die Neuregelung setzt aber ein falsches Signal, weil schon die nunmehr bestehende Rechtsunsicherheit über die Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis zu einer geringeren Bereitschaft Dritter, möglicherweise rechtswidrige Ministererlaubnisentscheidungen gerichtlich anzugreifen, führen dürfte.

⁵⁵⁶ Die Erfahrungen mit vergangenen Ministererlaubnisverfahren zeigen, dass mit einer Ausnahme im Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann alle Verfahren innerhalb von acht Monaten abgeschlossen waren.

⁵⁵⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 30.

⁵⁵⁸ BGH, Beschluss vom 24. Juni 2003, KVR 14/01 – Habet-Lekkerland, NJW 2003, S. 3776, 3777.

⁵⁵⁹ BGH, Beschluss vom 7. November 2006, KVR 37/05 – pepcom, NJW 2007, S. 607, 608.

⁵⁶⁰ Hierzu Bremer, E./Scheffczyk, F., Die Ministererlaubnis nach der 9. GWB-Novelle – Verfahren und Drittrechtsschutz, NZKart 2017, S. 464, 466 ff.

917. Die Annahme liegt nahe, dass mit der Gesetzesänderung nicht nur eine Verfahrensbeschleunigung herbeigeführt, sondern ein anderes Problem – nämlich das „Herauskaufen aus dem Gerichtsverfahren“ – gelöst werden soll.⁵⁶¹ Damit ist die Konstellation gemeint, dass dritte Unternehmen, beispielsweise Wettbewerber oder Lieferanten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, zunächst Beschwerde gegen die Ministererlaubnis einlegen, um sie anschließend nur gegen Gewährung finanzieller oder sonstiger Gegenleistungen durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zurückzunehmen.⁵⁶² Derartige Vereinbarungen können erhebliche negative Folgen für den Wettbewerb und die nicht an der Vereinbarung beteiligten Verbraucher haben.

918. Zum einen besteht das dargestellte Problem allerdings nicht nur bei Ministererlaubnisentscheidungen, sondern kann auch bei Freigaben von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt auftreten. Letztere Konstellation ist von der Neuregelung des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht erfasst.⁵⁶³ Zum anderen existierten schon vor der 9. GWB-Novelle bereits weniger wettbewerbsschädliche Abhilfemöglichkeiten als das nun gewählte Mittel der Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter. Denn Vereinbarungen der oben geschilderten Art zwischen den an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihren Wettbewerbern oder anderen Dritten können gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstoßen und daher – bei entsprechenden Anhaltspunkten – von den zuständigen Kartellbehörden aufgegriffen und überprüft werden.⁵⁶⁴ Bei entsprechender behördlicher Praxis ist davon auszugehen, dass ein Ausnutzen von Rechtsmitteln lediglich zum Zweck, sich dieses später abkaufen zu lassen, effektiv zurückgedrängt werden würde.⁵⁶⁵

919. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber aus den dargestellten Gründen, die Vorschrift des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB anlässlich der nächsten GWB-Reform wieder zu streichen. Für den Fall, dass der Gesetzgeber dieser Empfehlung nicht folgen sollte, sollten die negativen Folgen der – möglichen – Einschränkung des Drittrechtsschutzes zumindest abgemildert werden. Eine Option bestünde darin, die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannten Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände aus dem Anwendungsbereich des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB auszunehmen. Dadurch wäre jedenfalls insoweit die frühere Rechtslage wiederhergestellt und die Möglichkeit gegeben, dass die genannten Verbraucherverbände schon dann gerichtlich gegen eine Ministererlaubnis vorgehen können, wenn diese die Interessen der Verbände oder einer Vielzahl von Verbrauchern erheblich berührt. Das dürfte in den regelmäßig wirtschaftlich bedeutenden Ministererlaubnisverfahren ohne Weiteres zu bejahen sein. Anders als bei Beschwerden von Wettbewerbern oder sonstigen Unternehmen wäre bei Rechtsmitteln der Verbraucherverbände auch nicht mit Beschwerderücknahmen im Gegenzug zu verbraucherbelastenden Vereinbarungen zu rechnen.

3.7.5 Schlussfolgerungen und Empfehlung

920. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber, im Zuge der nächsten GWB-Reform die Vorschrift des § 42 Abs. 5 Satz 3 GWB zur Sollfrist der Monopolkommission zu streichen, zumindest aber die Sollfrist auf zehn Wochen auszudehnen. Sie empfiehlt dem Gesetzgeber außerdem, die Vorschrift des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB wieder zu streichen. Mindestens sollte der Anwendungsbereich des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB so beschränkt werden, dass die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannten Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände – bei Vorliegen der sonstigen in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannten Voraussetzungen – aus dem Anwendungsbereich des § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB ausgenommen sind.

⁵⁶¹ Bechtold, R., Ministererlaubnis – ja, aber nicht so, NZKart 2016, S. 553, sowie mit Verweis hierauf Jungbluth, A., Die 9. GWB-Novelle, NZKart, 2017, 257, 258.

⁵⁶² Zuletzt war dieses Verhalten im Ministererlaubnisverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann, zuvor bereits im Verfahren E.ON/Ruhrgas zu beobachten.

⁵⁶³ Auf das Problem der Ungleichbehandlung weisen Bremer und Scheffczyk hin: Bremer, E./Scheffczyk, F., Die Ministererlaubnis nach der 9. GWB-Novelle – Verfahren und Drittrechtsschutz, NZKart 2017, S. 464, 468.

⁵⁶⁴ Anders als bei typischen Fällen des Art. 101 AEUV, § 1 GWB erlangen die Kartellbehörden in den genannten Fällen auch ohne Weiteres Kenntnis von möglichen kartellrechtswidrigen Vereinbarungen.

⁵⁶⁵ Vgl. zur Problematik im Einzelnen und zu Empfehlungen der Monopolkommission für die kartellbehördliche Praxis Abschnitt 3.3 in diesem Kapitel.

3.8 Datengestützte Analysen im Berichtszeitraum

921. Die Ökonomisierung kartellrechtlicher Verfahren und der Stellenwert datengestützter Analysen in der kartellrechtlichen Praxis nehmen weiter zu. Dieser Entwicklung hat das Bundeskartellamt durch die Gründung des Referats für „Ökonomische Grundsatzfragen“ im Jahr 2007 Rechnung getragen, das im Jahr 2014 um ein zusätzliches Grundsatzreferat „Datenerfassung und Ökonometrie“ ergänzt wurde. Die beiden ökonomischen Grundsatzreferate unterstützen die Beschlussabteilungen in ihrer Fallpraxis und wirken an der Konzeption und Durchführung von Sektoruntersuchungen mit.

922. Das Bundeskartellamt stützt seine Entscheidungspraxis auf qualitative und quantitative Analysen und bindet die wissenschaftlichen Erkenntnisse der (wettbewerbs)ökonomischen Literatur, etwa bei der Entwicklung der Schadenstheorien, ein. Weiterhin wachsende Bedeutung kommt auch empirischen Analysen zu. Das Bundeskartellamt teilt die von ihm durchgeführten datengestützten Analysen selbst in zwei Fallgruppen ein.⁵⁶⁶ Zum einen handelt es sich um häufig eingesetzte Standardmethoden, die verhältnismäßig einfach und schnell zu implementieren sind und damit in einer Vielzahl der Fälle – auch aufgrund ihrer Flexibilität – Anwendung finden können. Zum anderen sind dies anspruchsvolle und einzelfallspezifische ökonometrische Untersuchungen. Diese sind in der Regel zeit- und ressourcenaufwendig. Da sich solche Analysen nur in ausgewählten Fällen anbieten und das Bundeskartellamt vielfach an enge Fristen gebunden ist, spielen ökonometrische Analysen nach wie vor eine stark untergeordnete Rolle in der Amtspraxis. Ein prominentes Beispiel für eine solche ökonometrische Analyse stellt die Event-Analyse dar, die im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Edeka/Kaiser's Tengelmann durchgeführt worden ist.⁵⁶⁷ Da im aktuellen Berichtszeitraum nach Kenntnisstand der Monopolkommission keine vergleichbar umfassenden ökonometrischen Untersuchungen wettbewerblich relevanter Fragestellungen durchgeführt wurden, beschränkt sich die folgende Darstellung auf Entwicklungen bei der räumlichen Marktabgrenzung sowie auf ausgewählte Standardmethoden in der Amtspraxis.

3.8.1 Marktabgrenzung anhand räumlich hochauflösender Daten

923. Eine Entwicklung im aktuellen Berichtszeitraum 2016/2017 betrifft die räumliche Marktabgrenzung. Traditionell grenzen das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission den räumlichen Markt primär anhand von Indikatoren wie etwa Radien oder Isochronen⁵⁶⁸ um den Unternehmensstandort, Transportkosten oder entlang politischer Grenzen ab. Diese angebotsseitige Betrachtung des räumlichen Marktes stellt eine Inkonsistenz zum Bedarfsmarktkonzept dar, das auf die Nachfragersicht abstellt und bei der Abgrenzung des sachlichen und des zeitlichen Marktes zur Anwendung kommt. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt hiervon abweichend in einigen Fällen sog. Liefer- oder Kundenstromanalysen zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vorgenommen.⁵⁶⁹ Hierbei hat das Bundeskartellamt räumlich hochauflösende Daten eingesetzt, die eine detaillierte räumliche Betrachtung – etwa auf fünfstelliger Postleitzahlenebene – ermöglichen.⁵⁷⁰

924. Grundidee dieser Methodik ist es, anhand konkreter Liefer- und Kundenströme zu erfassen, welche Nachfrager tatsächlich im Einzugsgebiet eines Anbieters liegen und somit den räumlichen Markt darstellen. Damit findet das Bedarfsmarktkonzept auch bei der räumlichen Marktabgrenzung Anwendung. Vorzüge der Lieferstromanalyse

⁵⁶⁶ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 22 f.

⁵⁶⁷ BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 – Edeka/Kaiser's Tengelmann.

⁵⁶⁸ Isochronen sind Verbindungslinien aller Orte, die von einem Ausgangspunkt aus in derselben Zeit zu erreichen sind.

⁵⁶⁹ BKartA, B1-47/17 – Schwenk/Opterra, Fallbericht vom 12. Januar 2018; B5-50/17 und B5-37/16 – Cordes & Graefe/Gienger, Fallbericht vom 16. März 2017; Beschluss vom 24. März 2016, B3-191/15 – Blutspendedienste Städt. Kliniken München/Bayerisches Rotes Kreuz; Beschluss vom 23. November 2017, B4-31/17 – Rhenus/GRI.

⁵⁷⁰ Liefer- oder Kundenstromanalysen verwendete das BKartA bereits früher beispielsweise in den Fällen Goodmills/PMG, Beschluss vom 24. März 2015, B2-112/14; H+H/Xella, Beschluss vom 8. März 2011, B1-30/11 und Dyckerhoff/CEMEX, B1-133/10, Fallbericht vom 10. Januar 2011. Bei Patientenzstromanalysen hatte das BKartA in der Vergangenheit auch bereits hochauflösende Daten genutzt, z.B. BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13 – Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen und BKartA, Beschluss vom 27. Mai 2013, B3-17/13 – Kliniken Main-Taunus-Kreis/Klinikum Frankfurt-Höchst.

liegen darin, dass die tatsächlichen Marktgegebenheiten berücksichtigt werden, da die Lieferströme das Zusammenspiel angebots- und nachfrageseitiger Faktoren widerspiegeln. Das Risiko, durch eine pauschale Abgrenzung – etwa anhand eines Radius – Gebiete außerhalb des Einzugsbereichs fälschlicherweise dem räumlichen Markt eines Unternehmens zuzuschlagen oder zum räumlichen Markt zugehörige Gebiete fälschlicherweise diesem nicht zuzurechnen, wird gemindert.

925. Gleichzeitig ergibt sich jedoch eine Reihe von Herausforderungen und Schwierigkeiten. Zunächst müssen räumlich hochauflösende Daten über tatsächliche Lieferströme aller Marktteilnehmer über einen entsprechend langen Zeitraum verfügbar sein, zusammengetragen und aufbereitet werden. Damit einher geht ein erheblicher zusätzlicher Aufwand im Vergleich zur traditionellen Methode. Ferner stellt sich für Bezugsanteile die Frage nach der korrekten Schwelle, ab welcher angenommen wird, dass ein Gebiet dem räumlich relevanten Markt zuzurechnen ist. Fraglich ist auch, wie Gebiete zu behandeln sind, die das jeweilige Kriterium nicht erfüllen, aber räumlich näher am Unternehmensstandort liegen als Gebiete, die den Schwellenwert überschreiten bzw. von solchen Gebieten eingeschlossen werden. Ferner gilt es zu bedenken, dass nur tatsächliche Lieferströme berücksichtigt werden. Gebiete, in denen ein Anbieter zwar aus Nachfragersicht in Betracht gezogen wird, mangels eines wettbewerbslich attraktiven Angebots aber nicht oder nur von wenigen Nachfragern gewählt worden ist, werden nicht dem räumlich relevanten Markt zugerechnet.

3.8.2 Standardmethoden in der Amtspraxis

926. Eine wichtige Standardmethode der Datenanalyse in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes ist die Listenabgleichs- oder Überschneidungsanalyse.⁵⁷¹ Mit ihrer Hilfe lässt sich beispielsweise überprüfen, ob und in welchem Umfang Kunden Waren oder Dienstleistungen von einem oder mehreren Anbietern beziehen, ob Querlieferungsbeziehungen zwischen den Unternehmen bestehen und ob sich die Auslieferungsgebiete von Unternehmen überlappen.⁵⁷² Mit derselben Methodik lassen sich auch Übereinstimmungen im Warensortiment zweier Anbieter bestimmen. Je größer die Überschneidung hinsichtlich des untersuchten Indikators ausfällt, desto größer ist grundsätzlich die wettbewerbliche Nähe zwischen den untersuchten Unternehmen. Somit können Listen- und Überschneidungsanalysen einen wichtigen Beitrag daran leisten, die Wettbewerbssituation in einem Markt und das wettbewerbliche Verhältnis zwischen Unternehmen zu erfassen.

927. Insbesondere in Märkten, die durch hohe Transaktions- und Kundenzahlen oder eine große Angebotsvielfalt gekennzeichnet sind, müssen teilweise sehr umfangreiche Datensätze abgeglichen werden. Eine Herausforderung liegt darin, identische Kunden oder Produkte in den Datenquellen korrekt zu identifizieren. Erleichternd wirken sich hier standardisierte Warenkennzeichnungen, etwa in Form einheitlicher Produktnummern innerhalb einer Branche, oder eindeutige Produktmerkmale aus. Probleme ergeben sich bei uneinheitlichen Bezeichnungen und Schreibweisen sowie bei Eingabefehlern in den Datensätzen. In der Mehrzahl der Fälle, in denen kein eindeutiges Merkmal herangezogen werden kann, setzt das Bundeskartellamt einen fortlaufend weiterentwickelten Matching-Mechanismus ein, der die Zuordnung anhand des hinterlegten Namens automatisiert vornimmt.⁵⁷³ Dabei kommt ein Programm zum Einsatz, das unterschiedliche Schreibweisen angleicht und verschiedene Unternehmensbezeichnungen oder sonstige Namenszusätze, auch anhand probabilistischer Verfahren, zusammenführt.

928. Ähnlich wie Lieferstromanalysen basieren Listenabgleiche ausschließlich auf tatsächlich getätigten und beobachteten Transaktionen. Potenzielle Alternativen, etwa hinsichtlich eines Anbieters oder Produktes, die ein Konsument in Erwägung gezogen, aber letztendlich nicht gewählt hat, bleiben notwendigerweise unberücksichtigt. Die tatsächliche Nähe zwischen zwei oder mehreren Unternehmen bzw. Produkten wird in diesen Fällen nicht adäquat erfasst und als zu gering eingestuft. Auch bei Sortimentsüberschneidungsanalysen besteht die Gefahr, dass die tatsächliche Nähe unterschätzt wird, wenn Produkte zweier oder mehrerer Anbieter zwar nicht identisch sind –

⁵⁷¹ BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists; Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim; B3-37/16 und B2-58/16 – Owens Corning/Ahlstrom, Fallbericht vom 23. September 2016.

⁵⁷² BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 23.

⁵⁷³ Ebenda.

und folglich unterschiedliche Namen und Produktkennzeichnungen haben –, aber aus Kundensicht vergleich- und substituierbar sind.

929. Ferner sind im aktuellen Berichtszeitraum Bieter- bzw. Ausschreibungsanalysen im Rahmen der Fusionskontrolle von Zusammenschlussvorhaben auf Ausschreibungsmärkten durchgeführt worden.⁵⁷⁴ Auf Ausschreibungsmärkten konkurrieren die Unternehmen im Bieterverfahren um den Auftrag. Rückschlüsse auf die wettbewerbliche Nähe zwischen zwei Unternehmen lassen sich somit lediglich anhand abgegebener Gebote aus zurückliegenden Ausschreibungen gewinnen. Dazu hat das Bundeskartellamt in den genannten Fällen untersucht, wie häufig die Zusammenschlussbeteiligten in Ausschreibungen aufeinandergetroffen sind. Eine hohe Begegnungshäufigkeit stellt ein Indiz für eine gewisse wettbewerbliche Nähe dar. Aussagen hierzu lassen sich auch anhand der in einigen Fällen durchgeführten Zweitplatziertenanalysen treffen. Geben die beiden Zusammenschlussbeteiligten in einer Ausschreibung das erst- und zweitbeste Angebot ab, ist dies ein starker Hinweis darauf, dass diese beiden Unternehmen enge Wettbewerber sind. Ähnliches gilt für Wechselanalysen, die untersuchen, ob und wie häufig es nach einer Ausschreibung einen Wechsel des Vertragsinhabers von dem einen Zusammenschlussbeteiligten zum anderen gab.

930. Voraussetzung für aussagekräftige Bieteranalysen ist eine entsprechend hohe Zahl an Ausschreibungen im sachlichen und räumlichen Markt der Zusammenschlussbeteiligten. Ferner dürfen die in die Analyse einbezogenen Ausschreibungen nicht zu weit in der Vergangenheit liegen, da die zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorherrschenden Marktverhältnisse nicht signifikant von den gegenwärtigen abweichen dürfen. Eine angemessene Anzahl an geeigneten Bieterverfahren könnte insbesondere dann nicht gegeben sein, wenn wenige Aufträge für (räumlich) große Märkte vergeben werden und es sich um lang laufende Verträge handelt.

3.8.3 Schlussfolgerungen und Empfehlung

931. Die Monopolkommission begrüßt – wie auch in den vorangegangenen Gutachten – die Anwendung datengestützter Analysewerkzeuge in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes. Quantitative Untersuchungen können qualitative Erkenntnisse untermauern und entwickelte Schadenstheorien stützen. Ferner können sie zusätzliche Hinweise auf wettbewerbliche Zusammenhänge liefern, die bei einer rein theoretisch-ökonomischen Betrachtung nicht ohne Weiteres zu erkennen sind. Grundsätzlich erkennt die Monopolkommission die vom Bundeskartellamt gezeigte Sorgfalt bei der Konzeption und Durchführung datenbasierter Analyseverfahren in der Fallpraxis an. Im Hinblick auf die in der Fusionskontrolle kurzen Verfahrensfristen bewertet die Monopolkommission die Erweiterung, Verfeinerung und Automatisierung der Standardmethoden als positiv. Diese Entwicklung sowie die wachsende Erfahrung des Bundeskartellamtes erweitern den Einsatzbereich dieser Methoden und leisten damit einen wichtigen Beitrag zu einer evidenzbasierten Kartellrechtspraxis. Insbesondere in Kartell- und Missbrauchsverfahren, die im Gegensatz zu Fusionskontrollverfahren ohne strikte zeitliche Vorgaben geführt werden, sowie bei Sektoruntersuchungen würde die Monopolkommission die verstärkte Anwendung komplexerer ökonomischer Methoden in geeigneten Fällen begrüßen.

3.9 Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz

3.9.1 9. GWB-Novelle und Befugnisse des Bundeskartellamtes im Verbraucherschutz

932. Mit der 9. GWB-Novelle, die am 9. Juni 2017 in Kraft getreten ist, hat das Bundeskartellamt Befugnisse im Verbraucherschutzrecht erhalten. Nach § 32e Abs. 5 GWB kann das Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen durchführen, wenn Anzeichen für gewichtige Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die die Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern und Verbraucherinnen beeinträchtigen, vorliegen. Zudem hat das Bundes-

⁵⁷⁴ BKartA, B4-80/17 – EnBW/MVV, Fallbericht vom 16. Februar 2018; B7-31/17 – Hytera/Sapura, Fallbericht vom 29. Januar 2018; Beschluss vom 4. Juli 2016, B4-31/16 – Remondis/Bördner; B4-74/15 – DSGF/Sparkassen-Marktservice, Fallbericht vom 30. Juni 2016.

kartellamt nach § 90 Abs. 6 GWB bei verbraucherrechtlichen gerichtlichen Streitigkeiten ein Recht zur Einsicht in die Unterlagen des Gerichts sowie das Recht zur Stellungnahme erhalten (Amicus-curiae-Funktion).

933. Anhaltspunkte zum Anwendungsbereich des § 32e Abs. 5 GWB ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien zur 9. GWB-Novelle. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie wird auf die Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, auf die AGB-rechtlichen Vorgaben im Bürgerlichen Gesetzbuch sowie auf die Verbraucherschutzgesetze nach § 2 Abs. 2 UKlaG Bezug genommen.⁵⁷⁵ Hieraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber bei den neuen Kompetenzen des Amts vornehmlich den wirtschaftlichen Verbraucherschutz im Blick hatte, sodass insbesondere die Verbrauchersicherheit oder die Verbrauchergesundheit nicht im Fokus des Bundeskartellamtes stehen sollen.

934. Wegen der unterschiedlichen Zielsetzung könnte fraglich sein, ob auch datenschutzrechtliche Vorschriften als verbraucherrechtliche Vorschriften im Sinne des § 32e Abs. 5 GWB zu verstehen sind. Datenschutzgesetze können zwar dem Schutz der Verbraucher dienen, knüpfen aber zumeist nicht an die Verbrauchereigenschaft, sondern vielmehr an die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen an. Dass die Gesetzesmaterialien auf § 2 Abs. 2 UKlaG verweisen, spricht allerdings für den Willen des Gesetzgebers, Datenschutzrechtsvorschriften im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG in den Anwendungsbereich des § 32e Abs. 5 GWB aufzunehmen.

935. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz ist bislang in Deutschland traditionell von privatrechtlicher Durchsetzung geprägt, d. h., in erster Linie werden Mitbewerber, Wirtschafts- und Verbraucherverbände sowie die Industrie- und Handelskammern bei Verbraucherrechtsverstößen tätig.⁵⁷⁶ Daneben verfügen einzelne Bundesbehörden über spezifische verbraucherschutzrechtliche Befugnisse, etwa die Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) und Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) sowie die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG).⁵⁷⁷ Für den Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich, d. h. bei Unternehmen, Vereinen, Verbänden etc., sind hingegen die jeweiligen Landesbehörden umfassend zuständig. Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle tritt das Bundeskartellamt neben die bislang im Verbraucher- und Datenschutz tätigen Behörden, wobei es – im Unterschied zu den genannten Bundesbehörden – einen branchenübergreifenden Aufgabenbereich hat. Die Regelung des § 32e Abs. 5 Satz 2 verhindert in diesem Zusammenhang Kompetenzüberschneidungen zwischen Bundesbehörden, allerdings nicht zu den Landesdatenschutzbehörden.

936. Um seinen neuen Aufgaben nachzukommen, hat das Bundeskartellamt eine Beschlussabteilung für Verbraucherschutz eingerichtet.⁵⁷⁸ Derzeit führt die Beschlussabteilung zwei Sektoruntersuchungen durch. Die erste wurde im Oktober 2017 eingeleitet und betrifft Vergleichsportale im Internet.⁵⁷⁹ Untersuchungsgegenstand sind Vergleichsportale aus den Bereichen Reise, Versicherungen, Finanzdienstleistungen, Telekommunikation und Energie. Es sollen mögliche Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften aufgeklärt und konkretisiert werden. Das Amt untersucht Themen wie Rankings, Finanzierung, Verflechtungen, Bewertungen, Verfügbarkeiten oder die relevante Marktabdeckung. Eine zweite Sektoruntersuchung zu Smart-TVs folgte im Dezember 2017.⁵⁸⁰ Dabei soll der Umgang der Hersteller von Smart-TVs mit den Nutzerdaten untersucht werden. Beide Sektoruntersuchungen sind noch nicht abgeschlossen, auch wurden bislang keine Zwischenergebnisse veröffentlicht.

3.9.2 Politikziel: Stärkung des Verbraucherschutzes

937. Die neuen Aufgaben des Bundeskartellamtes sind vor dem Hintergrund einer schon länger anhaltenden Debatte über eine Stärkung des Verbraucherschutzes zu sehen. Auf Unionsebene wurde bereits im Dezember 2017

⁵⁷⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446.

⁵⁷⁶ § 3 UKlaG, § 8 Abs. 3 UWG.

⁵⁷⁷ Z. B. §§ 126 ff. i. V. m. §§ 43a ff. TKG, §§ 111a ff. EnWG, § 4a FinDAG.

⁵⁷⁸ BKartA, Pressemitteilung vom 12. Juni 2017.

⁵⁷⁹ BKartA, Pressemitteilung vom 24. Oktober 2017.

⁵⁸⁰ BKartA, Pressemitteilung vom 13. Dezember 2017.

die überarbeitete Verordnung zur Zusammenarbeit der nationalen Verbraucherschutzbehörden (Consumer-Protection-Cooperation-(CPC-)Verordnung) verabschiedet.⁵⁸¹ Im April 2018 legte die Europäische Kommission einen Richtlinienentwurf als Teil eines Maßnahmenpakets zur Stärkung der Verbraucherrechte vor.⁵⁸² Danach sollen qualifizierte Einrichtungen in einer Musterklage auf Feststellung oder – insofern weitergehend als die im deutschen Recht geplante Musterfeststellungsklage – stellvertretend für die betroffenen Verbraucher auf Zahlung von Schadensersatz klagen können.

938. Auch die deutsche Politik sieht ausweislich des aktuellen Koalitionsvertrags⁵⁸³ und des Koalitionsvertrags der Vorgängerregierung⁵⁸⁴ Bedarf, den Verbraucherschutz zu stärken. Als Zielsetzungen werden in beiden Koalitionsverträgen eine bessere Information und Beratung von Verbrauchern genannt.⁵⁸⁵ Darüber hinaus soll laut aktuellem Koalitionsvertrag das von der Vorgängerregierung geschaffene Instrument der Marktwächter für Finanzen und die „digitale Welt“ verstetigt und auf eine rechtliche Grundlage gestellt werden.⁵⁸⁶ Im Rahmen dieser Marktwächterprojekte beobachten die Verbraucherzentralen, ob in den genannten Bereichen Fehlentwicklungen zum Schaden der Verbraucher zu verzeichnen sind. Außerdem soll durch die Einführung einer Musterfeststellungsklage die Rechtsdurchsetzung für Verbraucher verbessert werden.⁵⁸⁷

939. In das Gesetzgebungsverfahren zur 9. GWB-Novelle gelangte der Vorschlag, dem Bundeskartellamt Befugnisse im Verbraucherschutz zu verleihen, erst in einem späten Stadium. Eine sog. Formulierungshilfe zum Gesetzentwurf der Bundesregierung sah umfassende Kompetenzen des Amtes, insbesondere auch Durchsetzungsbefugnisse, vor.⁵⁸⁸ Diese reichten von der Möglichkeit zur Abstellung von Zuwiderhandlungen über den Erlass von Abhilfemaßnahmen bis zur Anordnung der Rückerstattung und der Vorteilsabschöpfung. Ebenfalls vorgesehen waren Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes. Im Wesentlichen deckten sich die geplanten Befugnisse daher mit den Verwaltungsanktionen, die dem Bundeskartellamt im Kartellrecht zur Verfügung stehen. Die Verhängung von Bußgeldern sollte hingegen auf den Verstoß gegen vollziehbare Anordnungen des Amtes beschränkt bleiben. Der Ausschuss für Wirtschaft und Energie ist diesem weitreichenden Vorschlag im Rahmen der 9. GWB-Novelle nicht gefolgt, hat allerdings empfohlen, dem Amt die Befugnis zu Sektoruntersuchungen sowie die Amicus-curiae-Funktion zu übertragen.⁵⁸⁹

940. Als Beratungsgremium zu Wettbewerbsfragen äußert sich die Monopolkommission hier nicht dazu, ob und gegebenenfalls welche Defizite im wirtschaftlichen Verbraucherschutz und Datenschutz bestehen.⁵⁹⁰ Sie gibt ledig-

⁵⁸¹ Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. EU L345 vom 27. Dezember 2017, S. 1.

⁵⁸² EU-Kommission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, COM(2018) 184 final, 11. April 2018 („Richtlinienentwurf“). Kartellrechtsverstöße werden von dem Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs allerdings nicht erfasst (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs i. V. m. Annex I),

⁵⁸³ CDU, CSU, SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode.

⁵⁸⁴ CDU, CSU, SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode.

⁵⁸⁵ CDU, CSU, SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, S. 134; CDU, CSU, SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, S. 124.

⁵⁸⁶ CDU, CSU, SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, S. 124.

⁵⁸⁷ Ebenda.

⁵⁸⁸ Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 18/10207 – Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, unveröffentlicht.

⁵⁸⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 6, 10.

⁵⁹⁰ Hierzu z. B. Tiedemann, A., „Mehr Personal für die ‚Zeitenwende‘ im Datenschutz – Wenn die EU-Datenschutzverordnung im Mai in Kraft tritt, braucht Johannes Caspar eigentlich doppelt so viele Mitarbeiter“, Hamburger Abendblatt vom 21. Februar 2018.

lich zu bedenken, dass vor einem grundlegenden Organisationswechsel des Verbraucherschutzes in Deutschland eine gründliche Analyse etwaiger Defizite vorgenommen werden sollte. Nur wenn insofern Klarheit besteht, ist es möglich, adäquate Maßnahmen zur Abstellung der festgestellten Mängel zu identifizieren und umzusetzen. Im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Belangen ist daran zu erinnern, dass durch das Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung ein wichtiger Schritt zur Behebung materiell-rechtlicher Defizite bereits erfolgt ist.⁵⁹¹

3.9.3 Bundeskartellamt als Verbraucherschutzbehörde?

941. Wenn sich die Politik für die Schaffung einer Verbraucherschutzbehörde auf Bundesebene entscheiden sollte, könnte dies durch die Einrichtung einer neuen Behörde realisiert werden. Ebenso könnte eine bestehende Behörde zusätzliche Aufgaben und die erforderlichen Kompetenzen übertragen bekommen. Diese zweite Variante ist häufig vorzugswürdig, weil sie kostengünstiger und schneller umzusetzen ist.

942. Verschiedene vorhandene Bundesbehörden kommen als Verbraucherschutzbehörde infrage. So sah der Koalitionsvertrag 2013 vor, dass der Verbraucherschutz bei Bundesnetzagentur, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundeskartellamt und Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit gleichberechtigtes Ziel ihrer Aufsichtstätigkeit wird.⁵⁹²

943. Die Zuweisung umfassender Durchsetzungsbefugnisse im Verbraucherschutz würde für jede der genannten Behörden eine Kompetenzausweitung bedeuten. So müssten die Zuständigkeiten des Bundesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, dessen Tätigkeitsfelder im nicht wirtschaftlichen Verbraucherschutz angesiedelt sind, auf den wirtschaftlichen Verbraucherschutz ausgeweitet werden. Im Fall des Bundeskartellamtes, das mit der 9. GWB-Novelle bereits Ermittlungskompetenzen im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes erhalten hat, wären diese Ermittlungskompetenzen um Durchsetzungskompetenzen zu ergänzen.

944. In einigen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union wie dem Vereinigten Königreich, Italien und Dänemark sowie in den USA erfolgt die Durchsetzung von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz durch eine gemeinsame Behörde. Im Zusammenhang mit einer entsprechenden Aufgabenerweiterung des Bundeskartellamtes muss allerdings berücksichtigt werden, wie sich eine derartige Ausweitung der Kompetenzen auf die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch das Amt auswirken würde. Im Folgenden werden die zu erwartenden Konsequenzen einer Aufgabenerweiterung des Bundeskartellamtes um die Durchsetzung des Verbraucherschutzes auf die Anwendung des Wettbewerbsrechts dargestellt.

3.9.3.1 Das komplementäre Verhältnis von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz

945. Hinsichtlich des Schutzziels ergänzen sich Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz. Beide Rechtsgebiete dienen dem Verbraucher. Allerdings wird dabei an unterschiedlichen Stellen angesetzt.⁵⁹³ Mithilfe des Wettbewerbsrechts sollen das Entstehen, die Verstärkung und die Ausnutzung von Marktmacht sowie wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verhindert werden. Die gesetzlichen Regelungen hierzu finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Demgegenüber zielt der Verbraucherschutz darauf ab, ein Marktversagen zu verhindern, das insbesondere auf Informationsproblemen beruht. Gesetzliche Regelungen, die dem Verbraucherschutz dienen, sind insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, die AGB-rechtlichen Vorgaben im Bürgerlichen Gesetzbuch sowie weitere Verbraucherschutzgesetze nach § 2 Abs. 2 UKlaG. Auch das Datenschutzrecht könnte, zumindest soweit es um Daten von Verbrauchern geht, nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG als Teil

⁵⁹¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L119 vom 4. Mai 2016, S. 1. Die Verordnung gilt seit dem 25. Mai 2018.

⁵⁹² CDU, CSU, SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, S. 125.

⁵⁹³ Zu den unterschiedlichen Funktionen von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz siehe Käseberg, T., Verbraucherschutz als Teil der Marktordnung, Wirtschaftsdienst 1, 2013, S. 33 ff. mit weiteren Verweisen.

des Verbraucherschutzes anzusehen sein und damit in den Kompetenzbereich einer Verbraucherschutzbehörde fallen.⁵⁹⁴

946. Wettbewerbsbehörden werden tätig, wenn Marktmachtmissbräuche, Zusammenschlüsse oder Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen das Funktionieren des Wettbewerbs unterminieren. Wettbewerbsdruck zwingt Unternehmen dazu, die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen optimal einzusetzen. Der Schutz des Wettbewerbsprozesses kann daher Wohlfahrtseinbußen vorbeugen. Von den durch Wettbewerb begründeten Wohlfahrtssteigerungen profitieren häufig gerade Verbraucher. Als positive Folgen für Verbraucher sind niedrigere Preise, mehr Produktvielfalt und ein ausgeprägter Innovationswettbewerb zu erwarten. Die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs ist damit grundsätzlich im Interesse der Verbraucher.

947. Eine Verbraucherschutzbehörde verfolgt nicht direkt das Ziel, den Wettbewerb zu schützen, sondern dient dem Verbraucherschutz. Dabei wird davon ausgegangen, dass Verbraucher davor geschützt werden sollten, dass die Akteure der Marktgegenseite bestehende Informationsprobleme zu ihrem Vorteil nutzen. Solche Informationsprobleme können insbesondere darauf beruhen, dass Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen sowie das Marktumfeld, in dem sie sich bewegen, häufig besser kennen als die Verbraucher. Hinzu kommt, dass Verbraucher insbesondere bei alltäglichen Geschäftsvorgängen die genauen Vertragsbedingungen oft nicht überprüfen, weil der entsprechende Zeitaufwand unverhältnismäßig im Vergleich zu den erwartbaren Vorteilen erscheint. Dieses Phänomen wird als rationale Apathie der Verbraucher bezeichnet. Auf Anbieterseite liegt eine solche rationale Apathie hingegen gerade nicht vor. Beispielsweise können Anbieter allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellen, die für alle von ihnen verkauften Produkte und Dienstleistungen gelten. Hierdurch haben Anbieter selbst bei geringwertigen Wirtschaftsgütern einen Anreiz, die Vertragsbedingungen aus ihrer Sicht (und zulasten ihrer Kunden) zu optimieren.

948. Ein besonderer Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsgebieten ergibt sich allerdings daraus, dass auf Märkten, auf denen kein wirksamer Wettbewerb besteht, besondere Gefahren für den Verbraucher bestehen. Sofern Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (oder einen ähnlichen Effekt über die Bildung eines Kartells erzielen), sind erstens häufig die Auswahlalternativen der Abnehmer eingeschränkt. Den marktbeherrschenden Unternehmen ist es dann möglich, Preise oder Konditionen zu verlangen, die oberhalb dessen liegen, was sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde. Dies trifft zunächst die direkten Abnehmer der marktbeherrschenden Unternehmen. Sofern es sich dabei nicht um Endabnehmer handelt, können diese Abnehmer häufig zumindest teilweise ihrerseits die Preiserhöhung an ihre Abnehmer weitergeben. Als Endabnehmer bekommen daher häufig Verbraucher die Auswirkungen von Marktmachtmissbräuchen oder Kartellen zu spüren. Wettbewerbsbehörden können bei derartigen Fallgestaltungen bereits heute das Vorliegen eines Ausbeutungsmisbrauchs prüfen.⁵⁹⁵ Zweitens kommt hinzu, dass auf Märkten, auf denen kein wirksamer Wettbewerb besteht, der Wettbewerb als Korrektiv bei Verbraucherschutzverletzungen entfällt. Es fehlt dann an konkurrierenden Unternehmen, die ein Interesse daran haben, verbraucherschädigendes Verhalten ihrer Wettbewerber aufzudecken und öffentlich zu machen, um sich durch bessere Produkte und Dienstleistungen im Wettbewerb abzusetzen.

949. Die grundsätzliche Komplementarität von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz könnte dafür sprechen, die behördliche Durchsetzung in einer Behörde zu bündeln. Allerdings ist der Umfang der Synergien für die Rechtsanwendung, die sich aus dieser Komplementarität ergeben, unklar. So könnte argumentiert werden, dass im Bundeskartellamt ein Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge besteht und dass es bereits Erfahrungen mit den sanktionsrechtlichen Instrumenten des GWB besitzt. Demgegenüber kann eine Behörde wie das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit zwar möglicherweise keine entsprechenden Erfahrungen vorweisen, hat sich aber dafür schon intensiv mit anderen Aspekten des Verbraucherschutzes auseinandergesetzt.

⁵⁹⁴ Siehe dazu bereits Tz. 934.

⁵⁹⁵ Siehe hierzu Tz. 654 ff. in diesem Gutachten.

3.9.3.2 Zielkonflikte zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz

950. Trotz der grundsätzlichen Komplementarität hinsichtlich des Schutzes von Verbrauchern bestehen zugleich Zielkonflikte zwischen den beiden Rechtsgebieten. Das wirtschaftliche Verbraucherschutzrecht enthält hauptsächlich Regelungen, durch die das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern zur Wahrung der Interessen der Verbraucher konkretisiert wird. Zumeist wird durch entsprechende Vorgaben die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen eingeschränkt. Das kann die wettbewerbliche Dynamik auf den Märkten verringern und die Funktion des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren einschränken. Hieraus folgt, dass der Schutz von Verbrauchern häufig nur auf Kosten des Schutzguts Wettbewerb durchzusetzen ist. Ebenso kann die Verfolgung des Wettbewerbsziels mitunter zulasten des Verbraucherschutzes gehen.

951. So können sich durch die Anwendung wettbewerbspolitischer Grundsätze negative Auswirkungen auf die Verbraucher ergeben. Der Schutz des Wettbewerbs zielt darauf ab, Märkte dynamisch und offen für neue Entwicklungen zu halten. Wenn auch davon auszugehen ist, dass Verbraucher von einem dynamischen Wettbewerbsgeschehen langfristig profitieren, gilt dies nicht für alle Verbraucher gleichermaßen und insbesondere nicht bei einer kurzfristigen Betrachtung. Beispielsweise kann die Insolvenz von Unternehmen, die sich im Wettbewerb nicht durchsetzen können, dazu führen, dass Verbraucher Garantieansprüche nicht geltend machen können.

952. Daneben könnte ein Verstoß gegen das Verbraucherschutzrecht auf einem Markt, in dem ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, wettbewerbsfördernd sein, wenn die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens den Verbraucherschutzverstoß dazu nutzen können, ihre eigene Marktposition zu verbessern und den damit verbundenen Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen zu erhöhen.

953. Umgekehrt kann sich ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht positiv auf die Verbraucher auswirken. Zu denken ist beispielsweise an preisbezogene Behinderungsmissbräuche wie etwa Kampfpreise. Kampfpreise zeichnen sich dadurch aus, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Produkte oder Dienstleistungen zu besonders günstigen Konditionen anbieten und damit ihre Wettbewerber behindern. Von den günstigen Konditionen profitieren zumindest kurzfristig die Verbraucher. Langfristig profitieren Verbraucher von Kampfpreisen dagegen nur, wenn ein solcher Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht nicht dazu führt, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausbaut und dann höhere (Monopol-)Preise verlangen kann (sog. Recoupment). Dieses Recoupment ist im deutschen Recht und im Unionsrecht jedoch keine Voraussetzung für den Missbrauchstatbestand. Kampfpreise können daher nach dem Wettbewerbsrecht verboten sein, auch wenn Verbraucher von ihnen profitieren würden.

3.9.3.3 Konsequenzen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts

954. Es ist unklar, wie gravierend die Zielkonflikte zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerbsschutz in der praktischen Umsetzung werden. Dennoch sind die negativen Auswirkungen auf das jeweils andere Schutzziel der Anwendung von Verbraucherschutzrecht und Wettbewerbsrecht inhärent. Insofern könnte es zu Änderungen bei der Wahrnehmung des Aufgreifermessens und der Entscheidungspraxis kommen, wenn ein und derselben Behörde Durchsetzungsbefugnisse in beiden Rechtsgebieten obliegen. Außerdem könnte es der Reputation einer Wettbewerbsbehörde schaden, wenn sie Verbraucherschutznormen durchzusetzen hat, die sich negativ auf den Wettbewerb in dem betroffenen Markt auswirken.

955. Eine Behörde, die Durchsetzungskompetenzen sowohl im Wettbewerbsschutz als auch im Verbraucherschutz hat, könnte versucht sein, im Rahmen des Aufgreifermessens Fälle zu meiden, bei denen der beschriebene Zielkonflikt offen zutage tritt. Das Bundeskartellamt ist mit einer Vielzahl potenzieller Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht konfrontiert und muss eine Abwägung treffen, in welchen Fällen die Ressourcen des Amtes eingesetzt werden sollen. Neben den wettbewerblichen Wirkungen der Verhaltensweisen können hierbei auch andere Aspekte berücksichtigt werden. Wenn das Bundeskartellamt zukünftig neben dem Wettbewerbsschutz auch für den Verbraucherschutz zuständig wäre, dürfte dies dazu führen, dass der Verbraucherschutz auch bei der Ermessensentscheidung über das Aufgreifen eines bestimmten Wettbewerbsverstoßes ein größeres Gewicht bekommt. Diese Tendenz könnte dadurch verstärkt werden, dass auch das öffentliche Interesse zumeist größer ist, wenn Verbrau-

cherinteressen unmittelbar berührt sind, und damit die öffentliche Erwartungshaltung an die Behörde, aktiv zu werden.

956. Eine Behörde, die mit der Durchsetzung zweier Schutzziele betraut ist, sollte diese beiden Schutzziele nicht intern zum Ausgleich bringen, da dadurch mögliche Widersprüche einer breiten öffentlichen Debatte entzogen werden. Der Gesetzgeber hat dem in Bezug auf die Fusionskontrolle durch die Einführung des Ministererlaubnisverfahrens nach § 42 GWB Rechnung getragen. Durch das Ministererlaubnisverfahren wird die Abwägung an sich inkommensurabler Werte dem Aufgabenbereich des Bundeskartellamtes enthoben und der politischen Sphäre zugewiesen. So wird außerhalb des Bundeskartellamtes entschieden, ob Gemeinwohlgründen wie der öffentlichen Sicherheit oder der Forschung im konkreten Fall eine größere Bedeutung als dem Schutz des Wettbewerbs beizumessen ist.

957. In Bezug auf die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen in Wettbewerbssachen (bzw. Wettbewerbsaspekten im Verbraucherrecht) erfolgt die Grenzziehung über die Gesetzgebung. Sofern im Gesetz der Wettbewerb zulasten der Verbraucher geschützt wird oder Verbrauchern ein weitreichender Schutz zulasten des Wettbewerbs eingeräumt wird, sollte nicht eine Behörde im Rahmen ihres Aufgreifermessens „korrigierend“ eingreifen. Diese Gefahr bestünde jedoch bei einer Erweiterung der Aufgaben des Bundeskartellamtes um Durchsetzungskompetenzen im Verbraucherschutz.

958. Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Befassung mit Verbraucherschutz und die hierfür notwendige Entwicklung eines entsprechenden Leitbilds in der Behörde jedenfalls mittel- und langfristig auch auf das bisher rein wettbewerblich geprägte Leitbild einwirken. Dies würde sich mittelbar auch auf den Inhalt von Wettbewerbsentscheidungen auswirken. Dieser Effekt könnte allerdings auch in die umgekehrte Richtung erfolgen, sodass der Wettbewerbsschutz bei der Durchsetzung des Verbraucherschutzes eine größere Beachtung findet, als es sich aus dem gesetzlichen Rahmen unmittelbar ergibt.

3.9.3.4 Wettbewerbliche Auswirkungen der organisatorischen Eingliederung des Verbraucherschutzes innerhalb des Bundeskartellamtes

959. Das Ausmaß, in dem sich zusätzliche Kompetenzen im Bereich Verbraucherschutz auf das Agieren des Bundeskartellamtes in Wettbewerbssachen auswirken, hängt stark von der organisatorischen Eingliederung des Verbraucherschutzes in die bestehenden Strukturen des Bundeskartellamtes ab. Für die Wahrnehmung neuer Kompetenzen müsste das Bundeskartellamt mit den entsprechenden personellen Ressourcen ausgestattet werden. Diese Ressourcen könnten grundsätzlich auf zwei Wegen in die bestehende Organisationsstruktur des Bundeskartellamtes integriert werden: Erstens könnten die bestehenden Beschlussabteilungen, die derzeit das Wettbewerbsrecht durchsetzen, damit betraut werden, zugleich auch das Verbraucherschutzrecht durchzusetzen (integrierter Ansatz). Zweitens könnte organisatorisch ein zweiter Bereich innerhalb des Bundeskartellamtes angelegt werden, der lediglich für die Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts zuständig ist und von den wettbewerbsrechtlichen Beschlussabteilungen getrennt ist. Die vorhandene Struktur des Kartellamtes könnte dann weitgehend unberührt bleiben (separierter Ansatz).

960. Für den separierten Ansatz spricht, dass hierdurch Erwägungen hinsichtlich des Schutzzutes des jeweils anderen Rechtsgebiets weniger Eingang finden. Zudem wäre für die Mitarbeiter eine größere Spezialisierung auf das jeweilige Rechtsgebiet möglich. Daher wäre aus der Sicht der Monopolkommission eine organisatorische Trennung zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz innerhalb der Behörde vorzugswürdig. Dies würde jedoch bedeuten, dass die Synergien einer Übertragung von Durchsetzungsbefugnissen im Verbraucherschutz an das Bundeskartellamt geringer ausfallen, als dies bei dem integrierten Ansatz der Fall wäre. Im integrierten Ansatz könnte die in den Beschlusskammern bestehende Branchenkenntnis für die Durchsetzung des Verbraucherschutzes stärker genutzt werden, was gerade bei der Einführung der neuen Kompetenzen vorteilhaft ist. Später könnten sich branchenspezifische Erkenntnisse aus der Anwendungspraxis beider Rechtsgebiete leichter für das jeweils andere Rechtsgebiet nutzbar machen lassen als im separierten Ansatz.

961. Zur Bestimmung der geeigneten Organisationsstruktur muss demnach zwischen diesen möglichen Synergieeffekten und etwaigen negativen Auswirkungen abgewogen werden. Dabei ist einerseits ungewiss, ob Synergieeffekte, die zu einer verbesserten und effizienteren Rechtsanwendung führen, überhaupt auftreten würden. Andererseits lässt sich kaum eine Aussage darüber treffen, ob es zu (gewünschten oder ungewünschten) Effekten auf die Rechtsanwendung in den beiden Rechtsgebieten kommen würde. Aus wettbewerblicher Sicht wiegt allerdings besonders schwer, dass sich zusätzliche Kompetenzen im Bereich Verbraucherschutz bereits auf das Aufgreifen des Amtes im Wettbewerbsrecht auswirken könnten. Vor diesem Hintergrund ist im Fall einer Aufgabenerweiterung der separierte Ansatz zu empfehlen.

3.9.4 Schlussfolgerungen und Empfehlung

962. Die Frage, ob eine allgemeine behördliche Durchsetzung des Verbraucherschutzes in Deutschland eingeführt werden sollte, bedarf einer gründlichen Analyse. Sofern eine Verbraucherschutzbehörde auf Bundesebene geschaffen wird, bestehen Gründe für und gegen eine Übertragung von Durchsetzungsbefugnissen im Verbraucherschutz an das Bundeskartellamt. Für eine Aufgabenerweiterung sprechen das Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge, welches das Bundeskartellamt vorweisen kann, sowie dessen Erfahrungen mit den sanktionsrechtlichen Instrumenten des GWB. Gegen eine Aufgabenerweiterung spricht hingegen, dass dadurch der Verbraucherschutz bei Abwägungsentscheidungen, welche die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts betreffen, eine größere Rolle spielen könnte und das bislang rein wettbewerblich geprägte Leitbild des Bundeskartellamtes im Wettbewerbsrecht verwässert werden könnte.

963. Sofern es zu einer Aufgabenerweiterung des Bundeskartellamtes kommen sollte, sollte innerhalb der Behörde eine organisatorische Trennung zwischen der Anwendung des Verbraucherschutzrechts und der Anwendung des Wettbewerbsrechts vorgesehen werden. Dies könnte die Auswirkungen einer solchen Aufgabenerweiterung auf Abwägungsentscheidungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts verringern.