

## **Unterrichtung**

**durch die Bundesregierung**

### **Bericht gemäß § 18 Absatz 8 und § 43a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

#### **I. Ausgangslage**

Um neue Gegebenheiten insbesondere der Digitalwirtschaft zu adressieren, wurde im Rahmen der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die Vorschrift über Marktbeherrschung, § 18 GWB, um die Absätze 2a und 3a ergänzt. Ferner wurde eine neue, transaktionsbezogene Aufgreifschwelle bei der Fusionskontrolle in § 35 Absatz 1a des GWB eingeführt. Diese wurde durch die erforderlichen Definitionen und Klarstellungen in § 37 Absatz 1 Nummer 1 und § 38 Absatz 4a GWB ergänzt. Die Regelungen traten am 9. Juni 2017 in Kraft.

Gemäß § 18 Absatz 8 GWB und § 43a GWB berichtet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dem Bundestag und Bundesrat nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen über die Erfahrungen mit den genannten Regelungen.

#### **II. Kurzzusammenfassung**

Die neuen Regelungen haben im Wesentlichen die intendierte Wirkung gehabt. Die Änderung des § 18 GWB hat die Rechtssicherheit gestärkt und die Handhabung insbesondere von Fällen mit Bezug zur Digitalwirtschaft erleichtert. Das GWB-Digitalisierungsgesetz knüpft daran an und entwickelt die Vorschriften der Missbrauchsaufsicht mit Bezug auf die Digitalökonomie weiter.

Die transaktionsbezogene Aufgreifschwelle hat dem Bundeskartellamt die Prüfung weiterer Zusammenschlüsse auf innovationsgetriebenen Märkten ermöglicht, ohne großen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft zu verursachen. Bei den geprüften Fällen hatte der Technologiesektor einen geringeren Anteil als erwartet, der Pharmasektor einen höheren als erwartet. Die praktische Anwendung der Transaktionswertschwelle wird durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie weiter beobachtet.

#### **III. Erfahrungen mit den Neuregelungen zur Marktbeherrschung**

Gemäß § 18 Absatz 2a GWB steht der Annahme eines Marktes nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

Die im Jahr 2017 mit der 9. GWB-Novelle eingeführte Regelung enthält die ausdrückliche Klarstellung, dass auch unentgeltliche Austauschbeziehungen einen kartellrechtlich relevanten Markt darstellen können. Die Regelung erfasst Geschäftsmodelle, bei denen Leistungen ohne direkte monetäre Gegenleistung angeboten werden, also insbesondere Sachverhalte, für die die ökonomische Wissenschaft die Bezeichnung zwei- oder mehrseitige Märkte geprägt hat.

Der Bedarf für eine solche Klarstellung ergab sich daraus, dass die Marktqualität der unentgeltlichen Seite in der gerichtlichen Praxis teilweise verneint wurde. Während das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission in mehreren Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes angenommen hatten, obwohl die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde, vertrat das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG Düsseldorf) die Auffassung, dass nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungsportalen einen Markt bildet.

Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich bei den in § 18 Absatz 3a Nummer 1 bis 5 GWB eingeführten Kriterien um spezielle Faktoren, die insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke kennzeichnend sind und sie von traditionellen Märkten unterscheiden.

Durch die ausdrückliche Aufnahme der neuen Merkmale in den Katalog des § 18 GWB sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse und die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung verbessert werden. Insbesondere sollte die klarstellende Ergänzung auch dazu beitragen, den Herausforderungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts im digitalen Zeitalter besser gerecht zu werden und dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Wettbewerbsvorteile von Unternehmen mit internetbasierten Geschäftsmodellen auf speziellen Ressourcen und Fähigkeiten beruhen können.

Der Anwendungsbereich beider Vorschriften hat sich etwa in der Fallpraxis des Bundeskartellamts im Berichtszeitraum erheblich überschritten. Insgesamt haben beide Regelungen im Wesentlichen die bereits zuvor bestehende – wenngleich nicht unbestrittene – kartellrechtliche Beurteilungspraxis gesetzlich normiert. Daraus folgt, dass ihr wesentlicher Gewinn in der Stärkung der Rechtssicherheit liegt. Dies gilt sowohl für die Missbrauchsaufsicht als auch für die Kartellaufsicht und die Zusammenschlusskontrolle.

## **1. Anwendungspraxis**

### **a) Missbrauchsaufsicht**

Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht wurden § 18 Absatz 2a GWB und § 18 Absatz 3a GWB seit ihrer Einführung im Juni 2017 in den beiden großen Missbrauchsverfahren gegen Facebook und CTS Eventim (Exklusivitätsvereinbarungen) angewendet und in den Beschlüssen entsprechend geprüft.

In den beiden genannten Fällen wurde die Anwendung der Norm durch das Bundeskartellamt höchstrichterlich bestätigt. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegen Facebook die Normen angewandt und die diese betreffenden Teile der Entscheidung voll bestätigt. Im CTS Eventim-Verfahren hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Marktstellung von CTS Eventim auf Grundlage von § 18 Absatz 3a GWB geprüft und der BGH die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen.

Zudem spielt und spielte § 18 Absatz 3a GWB in den gegen Amazon gerichteten Verfahren eine Rolle. Aufgrund der frühzeitig erklärten Kooperationsbereitschaft von Amazon hat das Bundeskartellamt zu der Frage der Marktbeherrschung und Marktmacht des deutschen Marktplatzes amazon.de jedoch keine vertieften Ermittlungen und keine abschließende rechtliche Würdigung vorgenommen, so dass dieser Punkt im Ergebnis offen geblieben ist. Die weiteren Ermittlungen gegen Amazon dauern an, die Marktmachtfaktoren des § 18 Absatz 3a GWB spielen jedoch auch hier eine Rolle.

### **b) Kartellaufsicht**

Im Rahmen von Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot des § 1 GWB bzw. Artikel 101 AEUV war § 18 Absatz 2a GWB in zwei Verfahren relevant. So wurde beispielsweise in dem Verfahren zur Zentralvermarktung der Bundesligarechte (Bundeskartellamt, Entscheidung vom 20. März 2020, B6-28/19, Tz. 175-178) § 18 Absatz 2a GWB bei der Frage, ob frei empfangbare Fernsehangebote als Marktleistung anzusehen sind, herangezogen.

Dagegen wurden Verfahren, in denen § 18 Absatz 3a GWB thematisiert wurde, nicht erfasst.

### **c) Zusammenschlusskontrolle**

Sowohl die Berücksichtigung von unentgeltlichen Angeboten nach § 18 Absatz 2a GWB als auch die Marktmachtfaktoren des § 18 Absatz 3a GWB wurden in Voten und Entscheidungen der Beschlussabteilungen im Rahmen von Zusammenschlusskontrollverfahren thematisiert. Dies betraf in erster Linie Zusammenschlüsse von Matching- oder Transaktionsplattformen (Online-Handelsplattformen, Online-Dienstleistungsplattformen, Dating-Plattformen) und Aufmerksamkeitsplattformen (werbefinanzierte Internetangebote, Online-Werbung). Allerdings haben entsprechende Fälle, von denen die Mehrheit zudem im Vorprüfverfahren abgeschlossen werden konnte, an der hohen Zahl jährlicher Fusionskontrollanmeldungen (ca. 1400 pro Jahr) einen geringen Anteil.

Ein prominenter Fall war der Zusammenschluss CTS Eventim/Four Artists (B6-35/17), der zu einer Untersagung führte. Da an diesem Verfahren ebenfalls das Unternehmen CTS Eventim beteiligt war und die gleichen Märkte betroffen waren wie in dem gegen CTS Eventim geführten, zuvor angesprochenen Missbrauchsverfahren, fanden auch hier § 18 Absatz 2a GWB und § 18 Absatz 3a GWB in vergleichbarer Weise Anwendung.

## 2. Bewertung

Die Auswertung der Fallpraxis zeigt, dass sich die Neuregelungen in § 18 GWB bewährt und die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts vereinfacht haben.

Jedoch erfordern die besonderen Eigenschaften internetbasierter Geschäftsmodelle eine weitere Anpassung der Missbrauchsaufsicht. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat dazu eine Studie vergeben zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ und den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vorgelegt, den die Bundesregierung am 9. September 2020 beschlossen hat. Auf die Begründung zu diesem Gesetzentwurf wird verwiesen (Bundestagsdrucksache 19/23701).

## IV. Erfahrungen mit der Transaktionswertschwelle

Nach § 35 Absatz 1a GWB finden die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle auch dann Anwendung, wenn zwar die zweite Inlandsumsatzschwelle nicht überschritten wird, der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss aber mehr als 400 Mio. Euro beträgt und das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist („Transaktionswertschwelle“). Ziel der Neuregelung war es, in Zukunft auch solche Zusammenschlüsse zu prüfen, in denen große, etablierte Unternehmen ihre Marktbeherrschung durch die Übernahme junger, innovativer Unternehmen mit einem hohen wirtschaftlichen Wert begründen oder verstärken wollen. Es sollte sichergestellt werden, dass die Fusionskontrolle mit schneller werdenden wirtschaftlichen Zyklen auch vor dem Hintergrund fortschreitender Digitalisierung und Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft Schritt halten kann. Innovationen sollten geschützt und Märkte vor strukturellen Verschließungen bewahrt werden.

Die Bundesregierung ging dabei davon aus, dass ein hoher Gegenwert für Unternehmenskäufe, die noch keine Umsätze oberhalb der 2. Inlandsumsatzschwelle erzielen, häufig auf innovative Geschäftsideen und ein daraus folgendes erhebliches Marktpotential hindeutet. Dabei wurde zwar in der Gesetzesbegründung die digitale Ökonomie besonders hervorgehoben, aber auch andere Branchen (Pharma) genannt.

Die Einführung der Transaktionswertschwelle wurde durch Regelungen zur Definition der Zusammenschlussstatbestände in § 37 Absatz 1 Nummer 1 und 2 GWB und zur Berechnung des Werts der Gegenleistung in § 38 Absatz 4a GWB ergänzt.

### 1. Anwendungspraxis

Insgesamt befasste sich das Bundeskartellamt im Rahmen des neuen § 35 Absatz 1a GWB bislang mit 60 Fällen. In 34 Fällen wurde eine informelle Anfrage gestellt. In 29 Fällen wurde den Unternehmen mitgeteilt, dass keine Anmeldung erforderlich sei. Die häufigste Begründung für den Verzicht auf eine Anmeldung nach einer Vorab-Anfrage war der fehlende Inlandsbezug (19).

Angemeldet wurden beim Bundeskartellamt 31 Zusammenschlüsse. In 19 Fällen wurde eine Freigabe erteilt. In zehn Fällen wurde die Anmeldung zurückgenommen. Zwei Fälle werden derzeit noch geprüft. Der häufigste Grund für Rücknahmen war ebenfalls die fehlende Inlandstätigkeit (6). In einem Fall wurde von den Parteien ein Verweisungsantrag bei der EU-Kommission gestellt.

Tabelle 1

**Übersicht über Transaktionswertschwellenfälle**

Jahr	Informelle Anfragen	Anmeldungen mit Rücknahme	Anmeldungen mit Freigabe	In Bearbeitung
2017	11	5	3	
2018	11	2	8	
2019	8	3	7	
01–09/2020*	4	0	1	2
<b>Gesamt</b>	<b>34</b>	<b>10</b>	<b>19</b>	<b>2</b>

\* Stand: 28.09.2020.

Die angemeldeten Verfahren betrafen überwiegend Unternehmen aus denjenigen Branchen, mit denen der Gesetzgeber auch laut Gesetzesbegründung gerechnet hat<sup>1</sup>, allerdings mit einem etwas geringen Gewicht im Technologiesektor als erwartet (4 Fälle, ca. 13 Prozent).

In ca. 45 Prozent der angemeldeten Übernahmen war das Unternehmen, welches übernommen werden sollte, der Pharma-Branche zuzurechnen. 23 Prozent entstammten dem Immobiliensektor (Erwerb von unfertigen Großimmobilien, die noch keine Mieterlöse erzielt haben).

Tabelle 2

**Aufteilung der Anmeldungen nach Branchen**

Jahr	IT	Pharma	Immobilien	Andere Produkte und Dienstleistungen
2017	0	4	0	4
2018	1	4	3	2
2019	3	4	3	0
01–09/2020*	0	2	1	0
<b>Gesamt</b>	<b>4</b>	<b>14</b>	<b>7</b>	<b>6</b>

\* Stand: 28.09.2020.

Bei den freigegebenen Vorhaben reichte der Wert der Gegenleistung von 419 Mio. Euro bis 3,6 Mrd. Euro. Der Durchschnittswert der freigegebenen Übernahmen liegt bei 944,2 Mio. Euro. Der Median liegt bei 600 Mio. Euro.

Die zeitliche Dauer der Verfahren war insgesamt überschaubar. 74 Prozent der nicht zurückgenommenen Verfahren wurden binnen drei Wochen abgeschlossen. Einer vertieften Prüfung durch das Bundeskartellamt bedurfte es in keinem Fall.

Die Zahl der informellen Anfragen ging nach der Veröffentlichung des Leitfadens zur Transaktionswertschwelle im Juli 2018 (s. o.) leicht zurück (ca. eine Anfrage pro Monat vor Veröffentlichung des Leitfadens und ca. 0,8 Anfragen pro Monat danach). Mehrere Voranfragen betrafen die erhebliche Inlandstätigkeit der Unternehmen.

<sup>1</sup> Bundestagsdrucksache 18/10207 S.71.

Mit § 37 Absatz 1 Nummer 1 zweiter Halbsatz und Nummer 2 Satz 2 letzter Halbsatz GWB hat der Gesetzgeber auch in der Definition der Zusammenschlusstatbestände sichergestellt, dass Fälle der Transaktionswertschwelle als anmeldepflichtiger Zusammenschlusstatbestand gelten. In fünf Fällen wurde auf der Basis der Transaktionswertschwelle der Erwerb von Vermögensgegenständen angemeldet (Anwendung des § 37 Absatz 1 Nummer 1 zweiter Halbsatz GWB). Dies betraf vier Fälle aus der pharmazeutischen Industrie und einen Immobilienerwerb. Drei Fälle wurden mangels erheblicher Inlandstätigkeit zurückgenommen, zwei in der ersten Phase freigegeben (ein Immobilienerwerb und ein Pharma-Fall). Ein reiner Kontrollerwerb ohne Vermögens- oder Anteilserwerb, für den § 37 Absatz 1 Nummer 2, letzter Halbsatz GWB hätte Relevanz entfalten können, wurde nicht angemeldet.

Die erforderliche Definition des Begriffs der Gegenleistung für einen Zusammenschluss und die Ermittlung ihres Wertes beinhaltet § 38 Absatz 4a GWB. Bei der Anwendung der Vorschrift gab es keine Schwierigkeiten.

Die Transaktionswertschwelle kann auch in Zusammenhang mit der europäischen Fusionskontrolle eine Rolle spielen. Das europäische Fusionskontrollrecht stellt bislang ausschließlich auf die Umsatzschwellen ab. Es hat einen Fall gegeben, in dem die Parteien vor Anmeldung eine Verweisung an die Kommission mit der Begründung beantragt haben, dass der Fall in Deutschland aufgrund der Transaktionswertschwelle anmeldepflichtig sei.

Um die Anwendung der Transaktionswertschwelle für die Unternehmen möglichst rechtssicher zu gestalten, hat das Bundeskartellamt zusammen mit der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde den Leitfaden „Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben“ veröffentlicht. In diesem Leitfaden werden verschiedene Fragen erörtert und die Position der Behörden dargelegt. Auch hat sich das Bundeskartellamt bereit erklärt, mögliche Zweifelsfragen mit den Unternehmen im Vorfeld einer Anmeldung zu erörtern.

## 2. Bewertung

Die Auswertung der Anwendungspraxis zeigt, dass die Transaktionswertschwelle grundsätzlich die erwartete Wirkung hat. Die Mehrheit der Fälle betraf Unternehmen, die innovativen Branchen zuzurechnen sind. Mehrere Fälle betrafen Transaktionen, bei denen die Zielunternehmen noch geringe oder fehlenden Umsätze hatten.

Zugleich zeigen die überschaubare Zahl von Anmeldungen – weniger als 1 Prozent der Anmeldungen eines Jahres – und von informellen Anfragen sowie die moderate Dauer der Verfahren, dass durch die Transaktionswertschwelle nur eine geringe zusätzliche Belastung der Wirtschaft eingetreten ist.

Allerdings wurde bislang noch keine vertiefte wettbewerbliche Prüfung aufgrund der Anmeldung eines Transaktionswertschwellen-Falles eingeleitet und damit auch noch kein Zusammenschluss untersagt. Auch eine sog. „Killer Acquisition“ wurde nicht identifiziert oder verhindert. Der Technologiesektor hat in der Fallpraxis ein geringeres Gewicht als erwartet. Es gab einen Fall, in dem die wettbewerbliche Analyse des Bundeskartellamts in einen Fallbericht veröffentlicht wurde (PayPal Inc./Honey Science Corp.).

Zwangsläufig bleiben bei dieser Wertung allerdings Fälle außen vor, von denen das Bundeskartellamt keine Kenntnis erlangt. Dies betrifft zum einen Fälle unter der neuen Schwelle und Fälle der sog. Vorfeldwirkung, wenn die Anmeldepflicht einen Zusammenschluss von vorneherein als undurchführbar erscheinen lässt, sodass er in frühem Stadium bereits wieder fallen gelassen wird. Es ist allerdings schwer einzuschätzen, welchen Umfang diese „Dunkelziffer“ hat. Ferner liegt der Schwerpunkt der geprüften Transaktionen nicht wie erwartet im Bereich IT.

Die Regeln des § 37 Absatz 1 Absatz 1 Nummer 1 (und Nummer 2) GWB haben sich trotz weniger Anwendungsfälle als sinnvolle Klarstellung bewährt. Gleiches gilt für § 38 Absatz 4a GWB.

Der Leitfaden „Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben“ bietet für die Unternehmen eine wertvolle Hilfestellung.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie beobachtet die Anwendung der Transaktionswertschwelle in der Praxis weiter. Dabei ist zum einen relevant, ob mit der Transaktionswertschwelle mittelfristig wettbewerblich problematische Fälle aufgegriffen werden. Zum anderen ist weiter zu prüfen, ob die Transaktionswertschwelle auf digital geprägten Märkten hinreichend zum Schutz von Innovationen beiträgt und strukturelle Verschließungen verhindert.





