



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KVZ 44/19

vom

3. Juni 2020

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Juni 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. April 2019 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen, die auch die notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts trägt.

Der Gegenstandswert des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 2.000.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene bietet Veranstaltern von Konzerten, Festivals und anderen Live-Veranstaltungen den Ticketvertrieb über die Datenbank Eventim an, die Zugang zu 1.500 bis 2.000 stationären Vorverkaufsstellen, Online-Shops wie insbesondere Eventim.de sowie Callcentern und vertragsgebundenen Reisebüros gewährt.
- 2 Die Betroffene hat zahlreiche Verträge abgeschlossen, in denen sich Veranstalter in verschiedener Weise, mit unterschiedlichen Laufzeiten und oft für Gegenleistungen verpflichtet haben, für den Ticketabsatz ausschließlich oder zu einem erheblichen Teil Eventim zu nutzen.

3           Wegen dieser Exklusivitätsbindungen hat das Bundeskartellamt ein Verfahren wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen die Betroffene eingeleitet. Es hat mit Beschluss vom 4. Dezember 2017 festgestellt, dass 60 näher bezeichnete Vereinbarungen der Betroffenen mit Veranstaltern, die eine Laufzeit von mindestens zwei Jahren haben, rechtswidrig sind, und die Betroffene einschließlich der mit ihr verbundenen Unternehmen verpflichtet, die Durchführung dieser Vereinbarungen bis spätestens 31. März 2018 abzustellen. Außerdem wurde die Betroffene verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2021 Vereinbarungen mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren nur abzuschließen, wenn die Veranstalter mindestens 20 % ihres für Ticketsysteme verfügbaren jährlichen Ticketvolumens selbst oder in anderer Weise außerhalb des Ticket-systems Eventim absetzen können.

4           Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen.

5           II.       Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

6           1.       Der Beschluss des Beschwerdegerichts steht nicht in Divergenz zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 6. September 2017 - C-413/14 P, WuW 2017, 494 = NZKart 2017, 525 - Intel). Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dieses Urteil stehe seiner Annahme nicht entgegen, der "As-Efficient-Competitor-Test" (AEC-Test) sei ungeeignet, eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der vorliegenden Ausschließlichkeitsbindungen in Zweifel zu ziehen. Soweit der Gerichtshof in "Intel" Prüfpflichten der Kommission und die dabei mögliche Bedeutung des AEC-Tests erörtert, beziehen sich diese Überlegungen ausschließlich auf Rabatte und nicht auf vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen (vgl. EuGH, WuW 2017, 494 Rn. 139 bis 143 - Intel). Ihnen kann nicht entnommen werden, dass einer Verdrängungswirkung

von Ausschließlichkeitsbindungen durch einen AEC-Test entgegengetreten werden kann.

- 7           2.       Insoweit bedarf es der Zulassung der Rechtsbeschwerde auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage. Es ist nicht klärungsbedürftig, dass der AEC-Test ungeeignet ist, um eine Verdrängungswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen marktbeherrschender Unternehmen zu widerlegen; dabei kommt es nicht darauf an, ob die den Abnehmern berechneten Preise rabattiert sind oder nicht.
- 8           a)       Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist dem Intel-Urteil des Unionsgerichtshofs nicht zu entnehmen, dass vertragliche Exklusivitätsklauseln der vorliegenden Art nur dann ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen können, wenn ihre konkrete Eignung nachgewiesen wird, den Wettbewerb zu beschränken und mindestens ebenso leistungsfähige Wettbewerber zu verdrängen. Denn anders als bei einem Rabatt folgt die Verdrängungswirkung bei einer Ausschließlichkeitsbindung bereits aus Bindungsgrad (Gesamt- oder Teilbedarf) und Laufzeit der vertraglichen Verpflichtung selbst sowie der Marktstärke des bindenden Unternehmens gegebenenfalls im Zusammenhang mit der Verbreitung solcher oder auch vergleichbarer Vereinbarungen auf dem Markt. Die Abschottungswirkung solcher Bindungen entsteht unabhängig von der Höhe der vom marktbeherrschenden Unternehmen berechneten Preise und der darauf gegebenenfalls gewährten Rabatte. Daraus folgt, wie das Bundeskartellamt zu Recht geltend macht, eine gegenüber (ohne Abnahmebindung gewährten) Rabatten deutlich höhere Eingriffswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen. Die durch einen AEC-Test zu beantwortende Frage, ob ein gleich leistungsfähiger Wettbewerber bei Gewährung entsprechend rabattierter Preise vom Markt verdrängt oder jedenfalls seine Expansion verhindert würde, kann sich damit bei einer solchen Ausschließlichkeitsbindung von vornherein nicht stellen.

9            b) Die Verdrängungswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen eines marktbeherrschenden Unternehmens besteht während der Laufzeit dieser Vereinbarung, während der dem Abnehmer keine oder nahezu keine Wahlmöglichkeit für eine andere Bezugsquelle verbleibt. Bei Vereinbarungen mit Veranstaltern der hier in Rede stehenden Art ist die vom Bundeskartellamt allein beanstandete Laufzeit von mehr als zwei Jahren wettbewerbsbeschränkend. Insoweit ist unerheblich, dass die Veranstalter am Ende der Laufzeit oder aufgrund einer Kündigungsmöglichkeit nach einer bestimmten, jedoch nicht unerheblichen Bindungsdauer erneut Wahlmöglichkeiten haben.

10           c) Danach ist insoweit auch keine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union geboten.

11           3. Die Sache wirft auch keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zur Beweislast für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen auf. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Beweislast für Verstöße gegen das Kartellrecht die Partei oder Behörde trifft, die den Vorwurf kartellrechtswidrigen Verhaltens erhebt (vgl. Art. 2 Satz 1 VO 1/2003). Das Beschwerdegericht hat zudem keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern die wettbewerbsbeschränkende Verdrängungswirkung der beanstandeten Ausschließlichkeitsbindungen aufgrund einer umfassenden Würdigung festgestellt.

12           4. Trägt die Rechtsbeschwerde damit keine durchgreifenden Zulassungsgründe gegen die Anwendung von Art. 102 AEUV vor, die schon allein die Entscheidung des Beschwerdegerichts trägt, kommt es nicht mehr auf die geltend gemachten Zulassungsgründe zu der auf Art. 101 Abs. 1 AEUV gestützten Hilfsbegründung des Beschwerdegerichts an.

13           Im Übrigen liegt auch insoweit kein Zulassungsgrund vor. Die Prüfungsmaßstäbe des Beschwerdegerichts stehen im Einklang mit der Rechtsprechung

des Senats (Beschluss vom 10. Februar 2009 - KVR 67/07, BGHZ 180, 323 Rn. 35 - Gaslieferverträge). Für die zur Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV maßgebliche Frage, ob ein Markt schwer zugänglich ist, kommt es auf eine Gesamtschau aller im Einzelfall relevanten Umstände an, die jedoch nicht zwingend eine Prüfung aller auf dem relevanten Markt bestehenden gleichartigen Vereinbarungen voraussetzt. Vielmehr kann sich die marktabschottende Wirkung von Alleinbezugsbindungen schon ergeben, wenn sie von nur einem marktbeherrschenden Unternehmen mit seinen Abnehmern vereinbart werden. Ebenso steht außer Zweifel, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV auch mit der Marktabschottung begründet werden kann, die durch ein Bündel von Exklusivvereinbarungen eines marktbeherrschenden Unternehmens herbeigeführt wird.

14 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 03.04.2019 - VI-Kart 2/18 (V) -