

# UPDATE

## Kartell-, Vergabe- und Beihilferecht.

April 2019

### Beihilferecht

#### EU-Kommission: Wirtschaftsförderung nur selten eine DAWI

EU-Kommission, Mitteilung v. 31.01.2019, Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung, SA.44264 (2016/MX)

Grundsätzlich sind Beihilfen verboten und schnell ist der Beihilfetatbestand aus Art. 107 Abs. 1 AEUV eröffnet. Es gibt jedoch Rechtfertigungsmöglichkeiten für eine Beihilfe. Im Bereich der Wirtschaftsförderung wurde zur Rechtfertigung bislang häufig vertreten, dass kommunale Wirtschaftsförderung eine Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse [abgekürzt: „DAWI“) ist. Zur Rechtfertigung wurde auf den DAWI-Freistellungsbeschluss (2012/21/EU) zurückgegriffen und Betrauungsakte beschlossen.

Von dieser Praxis zeigte sich die Kommission jedoch nun nicht überzeugt. In einer noch nicht veröffentlichten Kommissionsmitteilung vom 31.01.2019 wird ausgeführt, dass Wirtschaftsförderung meistens keine DAWI sei. Häufig sei der Knackpunkt, dass die Wirtschaftsförderung Unternehmen unterstützt. Bürger/-innen profitierten von diesen Diensten – wenn überhaupt – nur indirekt. Eine solche allgemeine Förderung stellt für die Kommission aber keine DAWI dar.

Die Kommission empfiehlt „angesichts der erheblichen rechtlichen Risiken, die mit nicht rechtskonformen Beihilfemaßnahmen verbunden sind, [...] künftige staatliche Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung mit den EU-Beihilfavorschriften in Einklang zu bringen. Sollte die GD

[Generaldirektion] Wettbewerb begründete Beschwerden erhalten, ist sie [...] verpflichtet, tätig zu werden.“

Die hieraus resultierende Unsicherheit ist beträchtlich. Sind die Betrauungslösungen, die in den letzten Jahren nahezu flächendeckend durchgeführt wurden rechtswidrig? Wird es demnächst zu Rückforderungen kommen müssen? Dies sind die Fragen, die durch jede kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaft anzugehen sind. Hilfreich ist jedenfalls, dass die Kommission darauf hinweist, dass nicht der DAWI-Freistellungsbeschluss als einzige Rechtfertigung für finanzielle Unterstützungsleistungen herangezogen werden kann, sondern auch andere beihilferechtliche Vorschriften (wie die AGVO) Möglichkeiten eröffnen derartige Maßnahmen in Einklang mit dem EU-Beihilferecht zu gestalten.

#### Praxistipp:

Gebot der Stunde ist nach der Mitteilung der Kommission, die aktuelle beihilferechtliche Grundlage von Wirtschaftsförderungsgesellschaften neu zu betrachten. Solange keine Beschwerdeverfahren laufen, kann und sollte man diesen Vorgang sorgsam und gründlich überprüfen. Jede einzelne Betätigung einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft ist auf Beihilfe-Konformität abzuklopfen. Gegebenenfalls sind Geschäftsfelder abzustoßen oder aus der kommunalen Unterstützung herauszunehmen.

## Beihilferecht

### EU Kommission will mehrere beihilferechtliche Vorschriften verlängern

Eigentlich sollten sieben beihilferechtliche Rechtsakte 2020 auslaufen. Die Kommission plant nun aber deren Verlängerung bis Ende 2022. Diese Verlängerung betrifft auch die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung und die De-minimis-Verordnung. Die Verordnungen waren Teil der Vereinfachung des Beihilferechts im Rahmen der „State Aid Modernisation“. Inzwischen können daher 97 % der Beihilfemaßnahmen durchgeführt werden, ohne sie vorher bei der Kommission zu notifizieren.

Daneben sollen die Leitlinien für „Regionalbeihilfen“, „staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen“,

„staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen“ und „staatliche Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen“ um zwei Jahre verlängert werden. Dies soll auch für die „Mitteilung über wichtige Vorhaben von gemeinsamen europäischem Interesse“ gelten.

#### Aktueller Hinweis:

Die Kommission arbeitet derzeit auch an einer neuen Bekanntmachung um die Rückforderung von Beihilfen transparenter zu machen. Insoweit hat die Kommission richtigerweise erkannt, dass das bisherige Instrumentarium kaum praktikabel war.

## Vergaberecht

### Änderungen VOB/A 2019 – Abschnitt 1

Für Auftraggeber des Bundes gilt seit dem 01.03.2019 die neue Fassung des Abschnitts 1 der VOB/A. Wir geben einen kurzen Überblick über die wesentlichen Änderungen:

#### Vergabeverfahren

Der Auftraggeber kann nach § 3a Abs. 1 VOB/A frei zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb wählen. Für die anderen Verfahrensarten müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt werden.

Für Bauleistungen zu Wohnzwecken kann vorübergehend bis zum 31.12.2021 eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb für jedes Werk bis zu einem Auftragswert von 1.000.000 Euro netto und eine freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von 100.000 Euro netto erfolgen. Bei der freihändigen Vergabe handelt es sich um ein vereinfachtes Vergabeverfahren.

Hinzu kommt die Möglichkeit, alle Bauleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 3.000 Euro netto unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege des Direktauftrages zu beschaffen, § 3a Abs. 4 VOB/A.

#### Kommunikation

Der Auftraggeber kann ausschließlich elektronische Angebote oder auch schriftliche Angebote zulassen. Er muss seine Entscheidung nicht begründen. Für die Niederschrift über den Öffnungstermin der Angebote ist künftig die Textform ausreichend. Der Auftraggeber hat an zentraler Stelle in den Vergabeunterlagen abschließend alle geforderten Nachweise

und Unterlagen mit Ausnahme von Produktangaben anzugeben. Für die Rechtzeitigkeit der Angebote ist allein maßgeblich, ob die nach Kalendertagen bemessene Angebotsfrist eingehalten worden ist.

#### Eignung und Eignungsnachweise

Anders als in der Oberschwelle bleibt es im Unterschwellenbereich der VOB/A beim Dreiklang der Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit). In § 6a Abs. 5 VOB/A wird der Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit erleichtert. Der Auftraggeber kann bis zu einem Auftragswert von 10.000 Euro auf Nachweise nach Abs. 2 Nr. 1-3, 5 und 6 verzichten, wenn dies durch Art und Umfang des Auftrags gerechtfertigt ist. Der Auftraggeber muss auf die Vorlage von Nachweisen verzichten, wenn er bereits im Besitz der Nachweise ist, § 6b Abs. 3 VOB/A. Auf die Vorschriften der VOB/A EU zur Selbstreinigung wird Bezug genommen.

Für die Eignungsnachweise kann der öffentliche Auftraggeber gem. § 6a Abs. 2 Nr. 2 S. 2 VOB/A einschlägige Bauleistungen berücksichtigen, die statt drei, fünf Kalenderjahre (nicht mehr Geschäftsjahre) zurückliegen. Im Teilnahmewettbewerb können ferner nun zunächst Eigenerklärungen verlangt werden, erst mit Aufforderung zur Angebotsabgabe müssten Bieter entsprechende Nachweise vorgelegen.

#### Nachfordern von Unterlagen

Grundsätzlich müssen Auftraggeber fehlende (unternehmensbezogene) Unterlagen nachfordern. Neu ist, dass der Auftraggeber das Nachfordern in den Vergabeunterlagen von vornherein für das gesamte Vergabeverfahren ausschließen kann. Diese Entscheidung ist dann jedoch hinreichend zu begründen und zu dokumentieren, § 16a Abs. 3 VOB/A.

Die bislang starre Frist von 6 Kalendertagen zur Nachforderung ist einer „angemessenen Frist“ gewichen, § 16a Abs. 4 VOB/A. Die Frist soll 6 Kalendertage nicht überschreiten.

#### Zuschlagskriterien

Bezüglich der Vorschriften für Zuschlagskriterien wurde die VOB/A Abschnitt 1 den Regelungen der VgV und UVgO angeglichen. Neben der Zulässigkeit personenbezogener Zuschlagskriterien ist es jetzt auch zulässig, Festpreise oder Festkosten vorzugeben, sodass die Auswahlentscheidung ausschließlich anhand qualitativer Kriterien erfolgt, § 16d Abs. 1 Nr. 5, 6, 7 VOB/A.

#### Umgang mit mehreren Hauptangeboten

Grundsätzlich ist die Abgabe mehrerer Hauptangebote zuläs-

sig. Der Auftraggeber kann dies jedoch in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen ausschließen, § 8 Abs. 2 Nr. 4 VOB/A.

#### Praxistipp:

Insgesamt sind die Vergabevorschriften für Bauleistungen durch die Änderungen des 1. Abschnitts der VOB/A weiter an die VgV/UVgO angenähert worden. Schon jetzt steht fest, dass die Neufassung für Auftraggeber einige Erleichterungen enthält. Ab wann die neue Fassung der VOB/A 1. Abschnitt für NRW gilt, ist derzeit unklar. Für NRW verweist der Rundlass vom 11.5.2018 (MBI. NRW 2018 S. 360) noch auf die alte Fassung der VOB/A. Es ist jedoch zu erwarten, dass auch in NRW zeitnah die neue Fassung des 1. Abschnitts der VOB/A gelten wird. Wir werden berichten!

## Vergaberecht

### Vorlageentscheidung zum EuGH zu In-state-Geschäften

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.11.2018, VII Verg 25/18

Träger der öffentlichen Verwaltung kooperieren oftmals miteinander, indem sie sich ausgewählte Ressourcen gegenseitig kostenneutral zur Verfügung stellen. Das OLG Düsseldorf hatte sich nun mit der Frage auseinanderzusetzen, ob dieser Vorgang eine rechtswidrige Umgehung des Vergabeverfahrens darstellt. Entscheidend für eine Ausschreibungspflicht ist, ob ein „öffentlicher Auftrag“ (§ 103 GWB) in Form eines entgeltlichen Vertrages vorliegt. Das OLG hat keine abschließende Stellung zu diesem Themenkomplex bezogen, sondern im Wege des Vorlageverfahrens den EuGH befragt.

Im konkreten Fall stellte das Land Berlin der Stadt Köln eine Einsatzleitstellensoftware für deren Berufsfeuerwehr zur Verfügung. Die Überlassung selbst sollte kostenneutral erfolgen. Jedoch schlossen die Parteien parallel eine Kooperationsvereinbarung, die insbesondere die beiderseitige Verpflichtung enthielt, Weiterentwicklungen der Software dem Kooperationspartner kostenneutral zur Verfügung zu stellen. Beide Verträge sollen eine rechtliche Einheit bilden. Ein konkurrierender Softwarehersteller rügte den Vorgang als vergaberechtswidrig. Das OLG Düsseldorf setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH drei Fragen vor:

1. Kann im vorliegenden Sachverhalt eine Entgeltlichkeit des Vertrages bejaht werden? Da die Softwareüberlassung kostenneutral erfolgen sollte, fokussierte sich das OLG auf die Kooperationsvereinbarung. Die Erlangung einer weiterentwickelten Software stellt unstreitig einen geldwerten Vorteil dar, sodass eine Entgeltlichkeit des Vertrages grundsätzlich möglich erscheint. Da jedoch keine Partei zur tatsächlichen Weiterentwicklung verpflichtet ist, handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag im klassischen Sinne. Die vorinstanzliche Vergabekammer lehnte aus diesem Grund eine Entgeltlichkeit ab.

2. Kommt eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht als In-state-Geschäft gem. § 108 Abs. 6 GWB in Betracht? Zusammenarbeiten öffentlicher Auftraggeber bei der Erbringung ihrer öffentlichen Dienstleistungen sind freigestellt. Umstritten ist, ob diese Fallgruppe auch auf vorbereitende Hilfstätigkeiten, wie die Überlassung einer Software, Anwendung finden kann. Das OLG vertrat bislang die Auffassung, dass grundsätzlich alle Tätigkeiten in Verbindung mit der Dienstleistung der Ausnahme zugänglich sein sollten.

3. Enthält das In-state-Geschäft ein ungeschriebenes Besserstellungsverbot, dass die Vergabefreiheit verhindert, sobald ein privater Dritter durch die Vereinbarung bessergestellt würde? Vorliegend sei eine solche Besserstellung zu Gunsten des Softwareherstellers zu befürchten, da die Beschaffung der Basissoftware naturgemäß die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich ziehe. Der EuGH hatte diesen ungeschriebenen Grundsatz auf der Grundlage einer mittlerweile abgelösten Rechtsnorm entwickelt. Fraglich ist, ob er auch bei der neuen Rechtslage weiter gelte.

#### Praxishinweis:

Es ist zu begrüßen, dass das OLG bemüht ist, Rechtssicherheit im Rahmen interkommunaler kostenneutraler Zusammenarbeit zu schaffen. Diese Rechtssicherheit kann jedoch anhand der vorgelegten Fragen nicht vollständig erwartet werden. Der Senat konzentriert sich zu sehr auf die Kooperationsvereinbarung, ohne auf die Ausschreibungspflicht der kostenneutralen Softwareüberlassung selbst einzugehen. Zumindest für Fälle, in denen zusätzliche Vereinbarungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, sollte die EuGH-Entscheidung jedoch erste Hinweise liefern können.

## Vergaberecht

### Im zweistufigen Vergabeverfahren müssen nicht immer alle Vergabeunterlagen bereits mit der Bekanntmachung zur Verfügung gestellt werden

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.10.2018 – VII-Verg 26/18

#### Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war eine Vergabe von Reinigungsleistungen im nicht offenen Verfahren. Die Vergabe richtete sich nach GWB und VgV.

Die Auftraggeberin stellte im elektronischen Projektraum zunächst nur einen Bewerbungsvordruck zum Download bereit und teilte in der Auftragsbekanntmachung mit, dass die vollständigen Vergabeunterlagen nur den im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bewerbern zur Verfügung gestellt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Die bisherige Auftragnehmerin rügte dies als Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV, da nach ihrer Ansicht nicht die vollständigen Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt worden seien und insbesondere der Vertrag fehlte. Sie gab daher keinen Teilnahmeantrag ab und beantragte ein Nachprüfungsverfahren. Sie brauche den Vertrag, da sie bereits bei Abgabe des Teilnahmeantrags entscheiden müsse, ob sie als Einzelunternehmen, ggf. unter Einsatz von Nachunternehmern, oder im Rahmen einer Bergergemeinschaft tätig werden wolle. Wegen der fehlenden Unterlagen könne sie zudem nicht einschätzen, ob eine wirtschaftliche Leistungserbringung überhaupt möglich sei. Die Vergabekammer teilte diese Auffassung nicht. Das OLG Düsseldorf hat die sofortige Beschwerde der bisherigen Auftragnehmerin zurückgewiesen.

#### Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf entschied, dass für die Entscheidung der bisherigen Auftragnehmerin, ob sie sich an dem Teilnahmewettbewerb durch Abgabe eines Teilnahmeantrags beteiligt, der konkrete Inhalt des Vertrages nicht erforderlich gewesen und infolgedessen der Vertrag von der Antragsgegnerin nicht mit der Auftragsbekanntmachung zur Verfügung zu stellen sei. Es liege also kein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV i.V.m. § 29 VgV vor.

§ 41 Abs. 1 VgV gebe – so das OLG – keinen Aufschluss darüber, welche Vergabeunterlagen mit der Auftragsbekanntmachung zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Vorschrift regle lediglich Vorgaben für die Art und Weise der Bereitstellung und der elektronischen Verfügbarkeit von Vergabeunterlagen und gerade nicht welche Vergabeunterlagen bereits von Anfang an zum Download bereitgestellt werden müssen. Bereits der Wortlaut des § 41 Abs.1 VgV könne eine Pflicht zur Bereitstellung der vollständigen Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung nicht begründen. Das in

dem Gesetzeswortlaut verwendete „vollständig“ beziehe sich lediglich auf den Umfang, in welchem der Abruf der Unterlagen möglich sein müsse. Die vom öffentlichen Auftraggeber zum Download bereit gestellten Unterlagen müssen vollständig abrufbar sein.

§ 29 VgV regle welche Unterlagen und Angaben zu den nach § 41 VgV bereit zu stellenden Vergabeunterlagen gehören. § 29 VgV sei aufgrund seiner konkreten Formulierung eine Regel-Ausnahme-Vorschrift und schreibe nicht vor, welche Unterlagen mindestens vorliegen müssen. Welche konkreten Angaben zu den Vergabeunterlagen gehören, sei vom Einzelfall abhängig. Dies richte sich danach, ob die Angaben erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen. Wörtlich führt das OLG Düsseldorf aus:

„Erforderlich aber auch ausreichend sind daher sämtliche Angaben, die dem Unternehmen eine belastbare Entscheidung ermöglichen, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Art und Umfang in sein Produktportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten um die Chance zu erhalten, zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden. Die Angaben in der Bekanntmachung und in anderen mit der Bekanntmachung zugänglich gemachten Unterlagen müssen die hierfür erforderliche Entscheidungsgrundlage schaffen. Die Art und der Umfang der zu beschaffenden Leistung, die Bedingungen der Vergabe und der Verfahrensablauf ist danach so zu beschreiben, dass das Unternehmen entscheiden kann, ob es an dem Auftrag interessiert ist und zur Leistungserbringung geeignet ist.“

#### Praxistipp

Ob die Entscheidung des OLG nunmehr Klarheit darüber schafft, welche Vergabeunterlagen im Falle eines zweistufigen Vergabeverfahrens bereits mit der Auftragsbekanntmachung bereitgestellt werden müssen, bleibt fraglich. Der Auftraggeber soll die Aufgabe haben, sich in den Bieter hinein zu versetzen und muss bewerten, was dieser zur Entscheidung über eine Beteiligung benötigt. Dies ist nicht einfach. Zudem setzt man sich stets einer Rügegefahr aus, wenn einzelne Dokumente der Vergabeunterlage fehlen. Wir empfehlen daher, dass man nur in Ausnahmefällen die Vergabeunterlagen nicht vollständig schon zum Zeitpunkt der Bekanntmachung bereitstellt.

## Kartellrecht

### BGH dämpft Hoffnungen von Kartell-Geschädigten

BGH, Urteil v. 11.12.2018 – KZR 26/17

In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen sind Kläger verpflichtet, den erlittenen Schaden darzulegen und zu beziffern. Aufgrund der komplexen ökonomischen Hintergründe stellt dies für die Kartellgeschädigten oft eine hohe Hürde dar.

Dieses Umstands sind sich auch die hiesigen Gerichte bewusst, die in ihrer Rechtsprechung oft den sog. doppelten Anscheinsbeweis bemühen. Originär muss der Geschädigte vor Gericht darlegen, dass er durch eine Handlung des Kartellanten einen Schaden erlitten hat. Der doppelte Anscheinsbeweis sorgt demgegenüber für eine faktische Beweislastumkehr: Es könne nach allgemeiner Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass Kunden eines Kartells von diesem betroffen waren und der Kunde dadurch einen Schaden erlitten hat. Der beklagte Kartellant muss also beweisen, dass der in jeweils in Rede stehende Erwerbsvorgang nicht von dem Kartell betroffen war.

Einem pauschalen Rückgriff auf diese sehr klägerfreundliche Methode hat der BGH in seinem Urteil vom 11.12.2018 nun in einer Entscheidung zum sog. Schienenkartell einen Riegel vorgeschoben und klargestellt, dass nach wie vor entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden müsse.

Ob ein Preis tatsächlich auf die erfolgreiche Wettbewerbsbeschränkung durch ein Kartell zurückzuführen ist, hängt von unterschiedlichen Faktoren im Hinblick auf den betroffenen Markt (Anzahl der Marktteilnehmer, Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite) sowie das betroffene Kartell (Zahl der Beteiligten, Grad der Marktabdeckung, Kartelldisziplin, Möglichkeiten des Informationsaustauschs) ab. So bestehe selbst bei sog. Hardcore-Kartellen, wie Quoten- oder Kundenschutzkartellen, beispielsweise keine allgemeine Lebenserfahrung dahingehend, dass Kartellbeteiligte sich stets an sämtliche Absprachen halten und dadurch eine Preissteigerung bewirken. Der Schaden des Klägers müsse somit individuell nachgewiesen werden.

Wird jedoch dargelegt, dass ein stabil funktionierendes Kartell über einen langen Zeitraum hinweg konstant Absprachen ge-

troffen hat, besteht aus Sicht des BGH eine tatsächliche Vermutung für eine preissteigernde Wirkung. Diese habe jedoch nur indizielle Bedeutung im Rahmen der umfassenden richterlichen Beweiswürdigung und führe, anders als ein Anscheinsbeweis, nicht zu einer Beweislastumkehr, sondern nur zu einer Beweiserleichterung.

Auch in anderen Bereichen des Kartellrechts, etwa der Preisschirmeffekte, wurde die Anwendung einer Beweiserleichterung von der Auswertung des ökonomischen Umfelds abhängig gemacht. Das Urteil fügt sich vor diesem Hintergrund kohärent in das System des Kartellrechts ein. Daneben forciert die Entscheidung die Ökonomisierung des Kartellrechts, indem sie den Fokus verstärkt auf unterschiedliche wirtschaftliche Kriterien legt. Dies könnte u. U. das Erfordernis ökonomischer Gutachten in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen nochmalig steigern. Jedoch würde dies für die Kläger, die ohnehin bereits erhebliche prozessuale Risiken eingehen und Kosten vorschießen müssen, eine zusätzliche finanzielle Belastung mit sich bringen. Manche werden darin eine Bestätigung der – derzeit diskutierten – Notwendigkeit der Einführung von Instrumenten kollektiven Rechtsschutzes auch im Kartellrecht sehen.

#### Praxistipp

Auf den ersten Blick wird die Position der Kläger durch die Entscheidung deutlich geschwächt. Jedenfalls dürfte der notwendige Aufwand zur Darlegung ihrer Kartellbetroffenheit und ihres Schadens spürbar steigen. Gleichwohl wird sich zeigen, wie die Instanzgerichte die Ausführungen des BGH letztlich umsetzen werden. Die Abgrenzung des Anscheinsbeweises, den der BGH ablehnt, von der tatsächlichen Vermutung einer Preissteigerung, die der BGH anerkennt, dürfte in der Praxis jedenfalls fließend sein. Die Umstände, die bislang zu einem Anscheinsbeweis führten, könnten die Gerichte somit in Zukunft als Anlass für eine tatsächliche Vermutung werten. In diesem Fall wären die Auswirkungen des Urteils zumindest im Ergebnis überschaubar.

## Kartellrecht

### Bundeskartellamt tritt bei Facebook auf die Bremse

Bundeskartellamt, Entscheidung v. 06.02.2019, B6 – 22/16

Das soziale Netzwerk Facebook befindet sich seit längerem für seinen Umgang mit personenbezogenen Daten in der Kritik. Die Verknüpfung des Facebook-Profiles mit Daten von an-

deren Plattformen, wie von den Tochterunternehmen WhatsApp oder Instagram oder von dritten Anbietern, steht dabei im Fokus der Kritik. Facebook wird so in die Lage versetzt,

ohne Kenntnis der Nutzer umfangreiche und detaillierte Personenprofile zu erstellen. Die Nutzer selbst können gegen diese Praxis nicht mit Erfolg vorgehen – denn die Erstellung eines Facebook-Profiles ist von der Zustimmung zu dieser Form der Datenverarbeitung abhängig.

Diesem Umstand ist das Bundeskartellamt nun entgegengetreten. Die Verknüpfung von Daten aus Drittquellen mit einem Facebook-Profil verstöße gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der DSGVO, sofern sie nicht auf Grundlage einer freiwilligen Zustimmung erfolgt. Indem Facebook seine Nutzer zwingt, dieser Praxis zuzustimmen, missbraucht das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung. Ausdrücklich nicht davon betroffen sind allerdings Daten, die Nutzer selbst bei Facebook hochladen, da deren Verarbeitung wesentlicher Bestandteil eines sozialen Netzwerks ist.

Sobald einem Unternehmen auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung zukommt, kann dessen Verhalten vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert werden. Das Verbot des Missbrauchs dieser marktbeherrschenden Stellung ist in § 19 Abs. 1 GWB normiert.

Zunächst muss der betroffene sachlich relevante Markt abgegrenzt werden. Ausgangspunkt ist dabei nach dem Bedarfsmarktkonzept, welche Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar sind. Die Marktgegenseite waren vorliegend die privaten Nutzer von Facebook. Nach diesen Grundsätzen nimmt das Bundeskartellamt einen Markt für private soziale Netzwerke an. Der Annahme eines Marktes steht dabei gem. § 18 Abs. 2a GWB ausdrücklich nicht entgegen, dass eine Leistung, wie im Fall von Facebook, kostenlos angeboten wird. Abzugrenzen ist dieser Markt u. a. von sozialen Netzwerken mit beruflicher Ausrichtung (LinkedIn, Xing), Messaging-Diensten (WhatsApp) oder Videoplattformen (YouTube).

Auf diesem Markt müsste Facebook nun eine beherrschende Stellung innehaben. Nach § 18 Abs. 4 GWB besteht eine widerlegbare Vermutung für eine Marktbeherrschung, sobald ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat. War der Markt für private soziale Netzwerke vor einigen Jahren noch stark frequentiert, konnte Facebook sukzessiv alle relevanten Konkurrenten vom Markt verdrängen. So haben vormals beliebte Netzwerke wie StudiVZ und SchülerVZ, Lokalisten oder Google+ ihre Dienste mittlerweile eingestellt. Nicht zum Markt für private soziale Netzwerke zählen nach Angaben des Bundeskartellamts die Programme Snapchat, Twitter, Pinterest und Instagram. Dadurch kommt Facebook keine nennenswerte Konkurrenz zu, sodass der Marktanteil je nach Betrachtungsweise bei 50% (registrierte Nutzer), 80% (monatlich aktive Nutzer) oder sogar bei 95% (täglich aktive Nutzer) liegt.

Schließlich müsste Facebook diese Marktbeherrschung missbrauchen. Als Indiz für einen Missbrauch prüfte das Bundeskartellamt einen Verstoß gegen die DSGVO. Nach der DSGVO erfordert die Verarbeitung personenbezogener Daten eine freiwillige Zustimmung der Person. Im Fall von Facebook erfolgt die abgegebene Zustimmung jedoch nicht freiwillig, da die Nutzung der Facebook-Dienste davon abhängig gemacht wurde. Aufgrund der Marktbeherrschung von Facebook können Interessenten auf keine adäquate Alternative ausweichen, sodass sie sich gezwungen sehen zuzustimmen. Die Erzeugung dieser Zwangssituation stellt aus Sicht des Bundeskartellamts einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar.

#### **Praxishinweis:**

Das Bundeskartellamt stärkt durch seine Entscheidung die Rechte der Nutzer, die künftig nicht mehr gezwungen werden, zwischen der Nutzung des sozialen Netzwerks und dem effektiven Schutz ihrer Daten zu entscheiden. Facebook darf die Nutzung seiner Dienste nicht mehr davon abhängig machen, dass Nutzer einer faktisch grenzenlosen Sammlung und Verknüpfung ihrer Daten zustimmen. Das Bundeskartellamt hat dem Unternehmen eine Frist von zwölf Monaten gesetzt, in der das beanstandete Verhalten abgestellt werden muss. Facebook hat jedoch bereits Beschwerde gegen die Verfügung zum OLG Düsseldorf eingelegt, sodass diese Frist einstweilen gehemmt wurde.

## AKTUELLE VERANSTALTUNGEN

06. April 2019, Hamburg

**Fachanwaltslehrgang zum Vergaberecht (Veranstalter: Bucerius Law School)**

Heinz-Peter Dicks

16. Mai 2019, Düsseldorf

**NRW-Vergaberecht 2019 (Veranstalter: Forum Institut)**

Dr. Stefan Mager

04.–06. Juni 2019, Dortmund

**40. Deutscher Städtetag – Aulinger nimmt teil!**

05.–07. Juni 2019, Mainz

**Vergaberecht – FIT / Forum Vergabe e.V.**

Rechtsanwältin Katrin Weßler

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen finden Sie unter [www.aulinger.eu/aktuelles/veranstaltungen/](http://www.aulinger.eu/aktuelles/veranstaltungen/)

## AKTUELLE VERÖFFENTLICHUNGEN

**Keine Waffengleichheit – Gesetzgeber muss Kartellrecht nachbessern**

Dr. Andreas Lotze, Prof. Dr. Johannes Heyers, in FAZ vom Mittwoch, 13.02.2019

**Allgemein preissteigernde Wirkung reiner Informationskartelle (Lkw-Kartell)**

Dr. Andreas Lotze, in EWIR 7/2019

## **AULINGER IM KARTELL-, VERGABE- UND BEIHILFERECHT**

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



**DR. ANDREAS LOTZE**

andreas.lotze@aulinger.eu



**DR. STEFAN MAGER**

stefan.mager@aulinger.eu



**DR. NICOLA OHRTMANN**

nicola.ohrtmann@aulinger.eu



**HEINZ-PETER DICKS**

heinz-peter.dicks@aulinger.eu



**KATRIN WESSLER**

katrin.wessler@aulinger.eu



**PROF. DR. JOHANNES HEYERS**

johannes.heyers@aulinger.eu



**KATHARINA FRANKE**

katharia.franke@aulinger.eu

### **AULINGER** Rechtsanwälte | Notare

#### **BÜRO BOCHUM**

Josef-Neuberger-Straße 4  
44787 Bochum  
Telefon 0234 68779-0  
Telefax 0234 68779-993

#### **BÜRO ESSEN**

Frankenstraße 348  
45133 Essen  
Telefon 0201 95986-0  
Telefax 0201 95986-99

[www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu)