


<b>Gericht:</b>	BGH Kartellsenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	12.11.2024
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	KVR 2/24
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BGH:2024:121124BKVR2.24.0
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 19 Abs 1 GWB, § 19 Abs 2 Nr 1 GWB, § 19 Abs 2 Nr 2 GWB, § 77 Abs 2 Nr 2 Alt 2 GWB, Art 102 Abs 1 AEUV ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	BGH, Beschluss vom 12. November 2024 – KVR 2/24 –, juris

---

### **Digitaler Fahrkartenvertrieb: Verweigerung einer Vergütung für werthaltige Leistungen als Missbrauch**

#### **Orientierungssatz**

1. Der LRAIC-Maßstab (Long Run Average Incremental Costs) ist keine allgemeine Missbrauchsgrenze. Er hat nur Bedeutung für Fallgruppen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich niedrige Preise für eigene Waren oder Dienstleistungen anwendet, um dadurch Wettbewerber zu behindern.(Rn.19)
2. Bezieht ein marktbeherrschendes Unternehmen Leistungen nur zu einem Teil von Dritten, erspart es lediglich die variablen Kosten, da es gleichzeitig die Struktur zur eigenständigen Erbringung der Leistung aufrechterhält. Bei Anwendung des LRAIC-Maßstabs würde es dazu verpflichtet, auch den Anteil ihrer Fixkosten als Vergütungs- und Provisionsanteil zu zahlen (hier: den auf den digitalen Vertrieb von Fahrkarten entfallenden), weil der LRAIC-Maßstab nicht nur die variablen Kosten, sondern auch die dem marktbeherrschenden Unternehmen entstehenden Fixkosten berücksichtigt. Wegen des nicht zu vernachlässigenden Fixkostenanteils beim digitalen Fahrkartenvertrieb könnte dies zur Folge haben, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Mobilitätsplattformen eine höhere Vergütung zu zahlen hat, als es sich selbst durch die von den Mobilitätsplattformen erbrachten Leistungen erspart, so dass es möglicherweise insgesamt höhere Vertriebskosten zu tragen hat. (Rn.21)
3. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als Zulassungsgrund für die Rechtsbeschwerde setzt gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 GWB eine Abweichung der Rechtsprechung eines anderen höher- oder gleichrangigen Gerichts voraus (Festhaltung BGH, Beschluss vom 29. Mai 2002 - V ZB 11/02). Nicht ausreichend ist dagegen eine Änderung der Rechtsprechung desselben Spruchkörpers.(Rn.24)
4. Die Kartellbehörde hat einen gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum für die Frage, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich ist. Dies gilt auch, wenn es um komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge geht (Festhaltung BGH, Beschluss vom 5. Februar 1968 - KVR 1/67). Im Unionsrecht ist dies anders, aber es handelt sich um eine Frage des Verfahrensrechts, welches durch das Unionsrecht nicht harmonisiert ist. (Rn.28)

Fundstellen

NZKart 2025, 90-93 (red. Leitsatz und Gründe)

WuW 2025, 158-161 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Düsseldorf 1. Kartellsenat, 8. März 2024, VI-Kart 9/23 (V), ..., Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Festhaltung BGH 5. Zivilsenat, 29. Mai 2002, V ZB 11/02

Festhaltung BGH Kartellsenat, 5. Februar 1968, KVR 1/67

### **Tenor**

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. März 2024 wird auf Kosten der Beigeladenen zu 2 zurückgewiesen, die auch die notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen hat. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

Nach Rücknahme ihres Rechtsmittels hat die Beigeladene zu 2 die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen. Auch insoweit findet keine weitere Kostenerstattung statt.

Der Gegenstandswert des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 100.000 €, derjenige des Rechtsbeschwerdeverfahrens auf 20.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 A. Die Antragstellerin ist die im Bundeseigentum stehende Deutsche Bahn AG, die über Konzerngesellschaften Leistungen im Schienenpersonenverkehr anbietet und zu diesem Zweck einen eigenen Fahrkartenvertrieb unterhält. Die Beigeladene zu 2 bietet integrierte Mobilitätsdienstleistungen an. Solche Anbieter betreiben Online-Portale oder Apps (Mobilitätsplattformen), mit denen Nutzer eine Reise oder eine Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln planen und organisieren können. Die Suchergebnisse ermöglichen sowohl einen Vergleich der Angebote verschiedener Verkehrsanbieter als auch eine Buchung, wobei diese entweder - wie bei der Beigeladenen zu 2 - in den eigenen technischen Systemen der Plattform erfolgt oder durch Weiterleitung an den ausgewählten Verkehrsanbieter ermöglicht wird.
- 2 Mit Verfügung vom 26. Juni 2023 (Az. B9-144/19) hat das Bundeskartellamt gegenüber der Antragstellerin festgestellt, dass bestimmte Regelungen rechtswidrig sind, die diese auf Grundlage des Mustervertrags "White Label" sowie weiterer Musterverträge mit Mobilitätsplattformen vereinbart. Es hat insbesondere festgestellt, dass die Weigerung der Antragstellerin rechtswidrig ist, Mobilitätsplattformen eine Vergütung für die Buchungs- und Zahlungsabwicklung in Bezug auf Fahrkarten der Antragstellerin zu zahlen, sofern sie diese Leistung erbringen (Tenorziffer 7), ebenso wie die Weigerung, diesen Plattformen eine Vermittlungsprovision für bei der Antragstellerin durch den Verkauf von Fahrkarten generierte und gebuchte Umsätze zu zahlen (Tenorziffer 9). Es hat die Antragstellerin zudem verpflichtet, den Plattformen eine Vergütung für die Zahlungs- und Buchungsabwicklung und eine Vermittlungsprovision anzubieten, die jeweils nicht die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (Long Run Average Incremental Costs, LRAIC) unterschreiten darf, die bei der Antragstellerin selbst für die Buchungs- und/oder Zahlungsabwicklung

(Tenorziffer 8 a) und für den Vertrieb einer Fahrkarte über ihre digitalen Vertriebs- und Reiseinformationskanäle entstehen (Tenorziffer 10 a).

- 3 Gegen diese Verfügung hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt und zudem beantragt, deren aufschiebende Wirkung anzuordnen. Mit Beschluss vom 8. März 2024 hat das Oberlandesgericht unter Ablehnung des Antrags im Übrigen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im Hinblick auf die Verpflichtungen aus den Tenorziffern 8 und 10 angeordnet. Die Rechtsbeschwerde hat es nicht zugelassen.
- 4 Dagegen wendet sich die Beigeladene zu 2, die mit Schriftsätzen vom 22. und 23. März 2024 jeweils gleichzeitig Nichtzulassungsbeschwerde sowie Rechtsbeschwerde eingelegt hat. Die Rechtsbeschwerde hat sie zwischenzeitlich zurückgenommen.
- 5 B. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg.
- 6 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Es sei überwiegend wahrscheinlich, dass Tenorziffern 7 und 9 der Verfügung im Hauptsacheverfahren Bestand hätten, weil die Antragstellerin nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet sei, in Verträgen mit Mobilitätsplattformen sowohl für erbrachte Vermittlungsleistungen als auch für die Buchungs- und Zahlungsabwicklung zumindest irgendeine Vergütung zu zahlen. Demgegenüber sei eine Aufhebung der Tenorziffern 8 und 10 überwiegend wahrscheinlich, weil das bisherige Ermittlungsergebnis keine hinreichende Annahme dafür biete, dass die Antragstellerin ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem sie die Leistungen der Mobilitätsplattformen nicht mindestens in Höhe der LRAIC vergüte. Das Bundeskartellamt habe die Angemessenheit der von der Antragstellerin angebotenen Provisionen nicht geprüft und den Vergütungsmaßstab nach summarischer Prüfung willkürlich zugrunde gelegt. Es bestehe keine Rechtspflicht eines marktmächtigen Unternehmens, von Dritten bezogene Leistungen nach dem LRAIC-Maßstab zu vergüten. Zwar liege es nahe, eine Preissetzung für eigene Leistungen, die unter den aufgebrachten Kosten liege und daher jedenfalls auf lange Sicht unwirtschaftlich sei, als missbräuchlich einzustufen. Hingegen sei es aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmens nachvollziehbar und entspreche dem Wettbewerb, Leistungen gerade dann von Dritten erbringen zu lassen, wenn diese sie zu einem geringeren Preis erbringen könnten als das Unternehmen selbst. Zudem sei zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen, das die erforderlichen Leistungen nur zum Teil von Dritten beziehe, zum Teil aber auch noch selbst erbringe, zunächst nur die variablen Kosten erspare. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei ein marktmächtiger Nachfrager nicht verpflichtet, einem abhängigen Anbieter die bezogenen Leistungen zu einem Preis zu vergüten, der den Kosten entspreche, die er bei einer Bereitstellung aus eigenen Mitteln oder beim Bezug bei einem Dritten hätte aufwenden müssen.
- 7 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig.
- 8 1. Die Beigeladene zu 2 ist durch die Beschwerdeentscheidung in dem von der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffenen Umfang materiell beschwert. Dafür genügt es, wenn sie durch die angefochtene Entscheidung in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. September 2007 - KVR 25/06, juris Rn. 14 - Anteilsveräußerung; vom 30. März 2011 - KVZ 100/10, juris Rn. 4 - Presse-Grossisten, jeweils zur Beschwerde gegen fusionskontrollrechtliche Entscheidungen).

- 9 a) Die materielle Beschwer der Beigeladenen zu 2 steht nicht deshalb in Frage, weil nicht sie, sondern ihre Schwestergesellschaft die maßgeblichen Verträge mit der Antragstellerin geschlossen hat. Die Beigeladene zu 2 trägt auf Grundlage von konzerninternen Vereinbarungen das wirtschaftliche Risiko dieser Verträge.
- 10 b) Die Beigeladene zu 2 ist im Hinblick auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Regelungen in Satz 2 der Tenorziffern 8 und 10 materiell beschwert, weil die darin enthaltenen Verpflichtungen zur Zahlung einer Mindestvergütung nach dem LRAIC-Maßstab aufgrund der angefochtenen Entscheidung vorläufig nicht mehr vollziehbar sind. Soweit die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung geltend macht, die Antragstellerin vergüte die Beigeladene zu 2 bereits nach dem LRAIC-Maßstab, lässt sich das ihrem Vorbringen nicht nachvollziehbar entnehmen.
- 11 c) Es fehlt auch nicht insoweit an einer materiellen Beschwer, als die Beigeladene zu 2 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Regelungen von Satz 1 der Tenorziffern 8 und 10 angreift, mit denen die Antragstellerin (lediglich) verpflichtet wird, Mobilitätsplattformen für die von diesen durchgeführte Buchungs- und Zahlungsabwicklung zu vergüten sowie eine Provision für die Vermittlung von Fahrkarten zu zahlen. Die angegriffenen Klauseln sind nicht teilbar, weil es dem Bundeskartellamt darauf ankam, die Antragstellerin zur Zahlung einer Mindestvergütung in Höhe der LRAIC und nicht in irgendeiner Höhe zu verpflichten.
- 12 2. Die Beigeladene zu 2 hat die Beschwerde gemäß § 78 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB innerhalb der Frist begründet, die ihr auf den interessengerecht auszulegenden Fristverlängerungsantrag (vgl. BGH, Urteile vom 18. Dezember 2008 - I ZR 63/06, juris Rn. 19; vom 7. Juni 2001 - I ZR 21/99, juris Rn. 17) gesetzt war.
- 13 III. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Zulassungsgründe sind nicht dargelegt.
- 14 1. Der von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfenen Frage, ob die Vergütung, die ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 GWB einem Unternehmen auf der Marktgegenseite oder einem Wettbewerber auf einem nachgelagerten Markt für eine werthaltige Leistung zu zahlen verpflichtet ist, mindestens den eigenen langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ("LRAIC") entsprechen muss, kommt keine Grundsatzbedeutung im Sinne des § 77 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu. Sie ist für die im Verfahren über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 67 Abs. 3 GWB zu treffende Entscheidung nach den hier anzuwendenden Maßstäben (BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2016 - KVZ 41/15, WuW 2016, 249 Rn. 19 - Energieversorgung Titisee-Neustadt; vom 23. Juni 2020 - KVR 69/19, BGHZ 226, 67 Rn. 11 - Facebook I) nicht erheblich. Ob die Antragstellerin - und weitergehend jedes marktbeherrschende Unternehmen - stets missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB, Art. 102 AEUV handelt, wenn es für (Vertriebs-)Leistungen Vergütungen oder Provisionen zahlt, die hinter den beim Eigenvertrieb anfallenden LRAIC zurückbleiben, kann auf Grundlage der angegriffenen Verfügung, der dort getroffenen Feststellungen sowie der vom Bundeskartellamt gegebenen Begründung nicht beantwortet werden.
- 15 a) Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens durch Zahlung unangemessen niedriger Preise setzt grundsätzlich eine nähere Aufklärung der konkret gezahlten Vergü-

tung und ihrer Angemessenheit unter Würdigung der jeweiligen Marktbedingungen voraus, bei der sowohl die wechselseitig erbrachten Leistungen (vgl. BGH, Urteile vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13, BGHZ 205, 354 Rn. 69 - Einspeiseentgelt I; vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 41, 50 - NetCologne I; vom 3. Dezember 2019 - KZR 29/17, juris Rn. 23 - NetCologne II; vom 6. Juli 2021 - KZR 11/18, juris Rn. 32 - wilhelm.tel) als auch die Finanzierungsmöglichkeiten in den Blick zu nehmen sind, die den Mobilitätsplattformen auf den nachgelagerten Märkten gegenüber ihren Kunden zur Verfügung stehen. Dabei kann unterstellt werden, dass das beanstandete Verhalten nicht nur unter dem Gesichtspunkt eines Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB zu prüfen ist, wie das Beschwerdegericht angenommen hat, sondern wegen möglicher Marktverschließungseffekte auch im Hinblick auf Behinderungstatbestände nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB. Feststellungen zur Angemessenheit der von der Antragstellerin an die Mobilitätsplattformen gezahlten Vergütungen hat das Bundeskartellamt nicht getroffen.

- 16 b) Auf diese Ermittlungen, die das Beschwerdegericht mit im Eilverfahren beachtlichen Gründen vermisst hat, konnte das Bundeskartellamt nicht mit der Begründung verzichten, der LRAIC-Maßstab sei in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union als allgemeine Missbrauchsgrenze anerkannt und eine geringere Vergütung berge die Gefahr, dass Mobilitätsplattformen langfristig vom Markt verdrängt würden. Das allein trägt in der hier maßgeblichen Wettbewerbskonstellation den vom Bundeskartellamt zugrunde gelegten Erfahrungssatz nicht.
- 17 aa) Der LRAIC-Maßstab bestimmt das Mittel aller variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen (Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 47 vom 24. Februar 2009, S. 7 bis 20, Rn. 26, Fußnote 2 [Prioritätenmitteilung]). Dieser Maßstab hat bislang für die Beurteilung von preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen nach Art. 102 AEUV Bedeutung erlangt, insbesondere bei der Anwendung von Kampfpreisen sowie bei Strategien zur Margenbeschneidung gegenüber Wettbewerbern (Kosten-Preis-Schere, vgl. EuGH, Urteile vom 27. März 2012 - C-209/10, juris Rn. 25 ff. - Post Danmark/Konkurrenzeradet; vom 25. März 2021 - C-165/19, NZ-Kart 2021, 300 Rn. 109, 114 - Slovak Telekom/Kommission; s.a. Prioritätenmitteilung Rn. 26, 67, 80; Kommission, Entwurf von Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 110 f.).
- 18 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verbietet Art. 102 AEUV einem Unternehmen in beherrschender Stellung ein Verhalten, das für seine als ebenso effizient geltenden Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet und damit seine Stellung stärkt, indem es andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs anwendet (EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023 - C-333/21, juris Rn. 127 - European Superleague Company, mwN). Auch wenn danach nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden kann, sind Preise des marktbeherrschenden Wettbewerbers, die unter dessen durchschnittlichen variablen Kosten liegen, grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen, weil davon auszugehen ist, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit der Anwendung derartiger Preise keinen anderen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, als seine Wettbewerber zu verdrängen; Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind hingegen nur dann als missbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines nachgewiesenen

Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat (EuGH, Urteile vom 3. Juli 1991 - C-62/86, juris Rn. 69 ff. - AKZO/Kommission; vom 27. März 2012 - C-209/10, juris Rn. 25 ff. - Post Danmark/Konkurrenceraadet).

- 19 bb) Indem sich das Bundeskartellamt zur Begründung einer allgemeinen Missbrauchsgrenze auf diese Rechtsprechung stützt, trägt es dem Umstand keine Rechnung, dass sie Fallgruppen betrifft, in denen das marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich niedrige Preise für die eigenen Waren oder Dienstleistungen bestimmt, um auf diese Weise Wettbewerber zu behindern (EuGH, Urteil vom 27. März 2012 - C-209/10, juris Rn. 35 ff. - Post Danmark/Konkurrenceraadet). Die im vorliegenden Verfahren maßgebliche Sachverhaltsgestaltung weicht davon jedoch erheblich ab, weil das vom Bundeskartellamt beanstandete Verhalten die Preisbestimmungsmacht des marktbeherrschenden Unternehmens bei der Inanspruchnahme der Vertriebsleistungen von Dritten betrifft, die auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit der Vertriebsgesellschaft des marktbeherrschenden Unternehmens stehen. Die insoweit bestehenden Unterschiede rechtfertigen nicht ohne Weiteres die Annahme, der LRAIC-Maßstab bilde eine allgemeine Missbrauchsgrenze im Sinne eines Erfahrungssatzes.
- 20 (1) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen eine wirtschaftlich werthaltige Leistung zwar grundsätzlich zu vergüten hat (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 41 - NetCologne I), aber nicht verpflichtet ist, einem abhängigen Anbieter dafür einen Preis zu zahlen, der den Kosten entspricht, die es sonst für die Waren oder Leistungen beim Bezug von Dritten oder bei der Bereitstellung mit eigenen Mitteln hätte aufbringen müssen (BGH, Urteile vom 6. Oktober 1992 - KZR 10/91, BGHZ 119, 335 Rn. 20 - Stromeinspeisung I; vom 2. Juli 1996 - KZR 31/95, BGHZ 133, 177 Rn. 16 - Kraft-Wärme-Kopplung; zum Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB [§ 26 Abs. 2 Satz 1 GWB aF]). Zwar sind dieser Rechtsprechung, die Ausnahmen bislang nur aufgrund einer gesetzlichen Sonderbestimmung vorsah (BGHZ 119, 335 Rn. 20 aE - Stromeinspeisung I), keine abschließenden Aussagen über die vom Bundeskartellamt in der angegriffenen Verfügung befürchteten Marktverschließungseffekte nicht kostendeckender Vermittlungsprovisionen und -entgelte für die Inanspruchnahme von Vertriebsleistungen zu entnehmen, die ein vertikal integriertes Unternehmen aufgrund seiner Marktmacht gegenüber dem auf dem nachgelagerten Markt ebenfalls tätigen Wettbewerber durchzusetzen vermag, wenn die Vermittlungsleistung typische Merkmale eines mehrseitigen Marktes aufweist. Allerdings ist auch ein marktbeherrschendes (öffentliches) Unternehmen trotz seiner Verantwortung für den auf den Märkten bestehenden Restwettbewerb grundsätzlich nicht verpflichtet, für Vermittlungsleistungen auf nachgelagerten Märkten zur Förderung des Wettbewerbs Dritter höhere Preise zu zahlen als solche, die sich unter funktionsfähigen Marktbedingungen bilden würden.
- 21 (2) Das Beschwerdegericht hat in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hingewiesen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das bestimmte Leistungen nur zu einem Teil von Dritten bezieht, lediglich die variablen Kosten erspare, weil es gleichzeitig die Struktur zur eigenständigen Erbringung der Leistung aufrechterhalte. Demgegenüber würde die Antragstellerin unter Anwendung des LRAIC-Maßstabs verpflichtet, auch den auf den digitalen Vertrieb von Fahrkarten entfallenden Anteil ihrer Fixkosten als Vergütungs- und Provisionsanteil an die Mobilitätsplattformen zu zahlen, weil der LRAIC-Maßstab nicht nur die variablen Kosten, sondern auch die dem marktbeherrschenden Unternehmen entstehenden Fixkosten berücksichtigt. Wegen des nicht zu vernachlässigen-

den Fixkostenanteils beim digitalen Vertrieb von Fahrkarten könnte der vom Bundeskartellamt vorgegebene Vergütungsmaßstab zur Folge haben, dass die Antragstellerin den Mobilitätsplattformen eine höhere Vergütung zu zahlen hat, als sie sich selbst durch die von den Mobilitätsplattformen erbrachten Leistungen erspart, und sie damit möglicherweise insgesamt höhere Vertriebskosten zu tragen hat. Insofern hat das Beschwerdegericht auch hervorgehoben, dass es für ein wirtschaftlich denkendes Unternehmen nachvollziehbar sei und daher dem normalen Wettbewerb entspreche, Leistungen insbesondere dann von Dritten erbringen zu lassen, wenn diese die Leistungen zu einem geringeren Preis erbringen können als dafür Kosten beim Unternehmen selbst anfallen würden. Umgekehrt folgt daraus, dass ein rational handelndes Unternehmen unter Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Ausgangspunkt nicht ohne Weiteres Anreize für einen Fremdvertrieb hat, wenn die damit verbundenen Kosten den eigenen Kosten gleichen oder diese sogar übersteigen (vgl. Ackermann, NZKart 2024, 182, 186, dort auch zu weiteren möglichen negativen Anreizwirkungen einer nach dem LRAIC-Maßstab berechneten Provision). Zudem ergibt sich aus der vom Bundeskartellamt in Bezug genommenen Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass nur solche Preise, die unterhalb der variablen Kosten liegen, ohne Weiteres als missbräuchlich angesehen werden können (EuGH, Urteil vom 27. März 2012 - C-209/10, juris Rn. 35 ff. - Post Danmark/Konkurrenzeradet). Preise, die - wie hier relevant - unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind hingegen nur unter weiteren Bedingungen als missbräuchlich anzusehen (s.o. Rn. 18).

- 22 (3) Mit diesen Fragen hat sich das Bundeskartellamt in der angegriffenen Verfügung nicht hinreichend auseinandergesetzt. Weder das Bundeskartellamt, das von einer Stellungnahme zur Sache abgesehen hat, noch die Beigeladene zu 2 zeigen im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren weitergehende tatsächliche Umstände oder ökonomische Gesetzmäßigkeiten auf, die die Annahme rechtfertigen könnten, ein marktherrschendes Unternehmen handle stets und ohne Rücksicht auf die mit einer Markttransaktion verbundenen konkreten wechselseitigen Vorteile missbräuchlich, wenn es in Anspruch genommene (Vertriebs-)Leistungen nicht mindestens in Höhe der LRAIC der vergleichbaren unternehmensinternen Leistung vergütet.
- 23 2. Keine Grundsatzbedeutung weist auch die von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage auf, ob ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Verfügung im Sinne des § 67 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB schon dann bestehen, wenn eine sich stellende entscheidungserhebliche Rechtsfrage höchstrichterlich ungeklärt ist, die Sach- und Rechtslage bei der gebotenen vorläufigen Beurteilung offen ist und das angerufene Gericht die Rechtsfrage in der Hauptsache aber wahrscheinlich entgegen der angefochtenen Verfügung entscheiden wird. Diese Frage ist nicht entscheidungserheblich. Das Beschwerdegericht ist davon ausgegangen, dass die Sach- und Rechtslage nicht offen ist und Tenorziffern 8 und 10 der angefochtenen Verfügung im Hauptsacheverfahren keinen Bestand haben werden, weil der vom Bundeskartellamt für die Bemessung der Vergütungshöhe zugrunde gelegte LRAIC-Maßstab mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einer rechtlichen Überprüfung im Hauptsacheverfahren nicht stand halten werde. Das ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden.
- 24 3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 GWB veranlasst, weil das Beschwerdegericht, wie die Nichtzulassungsbeschwerde geltend macht, von seiner früheren eigenen Rechtsprechung abgewichen sei, wonach ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit

keit einer Verfügung des Bundeskartellamts im Sinne des § 67 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht schon dann bestehen, wenn die Sach- und Rechtslage bei der gebotenen vorläufigen Beurteilung offen ist. Es fehlt bereits an der nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 GWB vorausgesetzten Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen höher- oder gleichrangigen Gerichts. Eine Änderung der Rechtsprechung desselben Spruchkörpers eines Gerichts rechtfertigt die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht (BGH, Beschluss vom 29. Mai 2002 - V ZB 11/02, BGHZ 151, 42, juris Rn. 8; K. Schmidt/Wirtz in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl., § 77 GWB Rn. 12; Nothdurft/Breuer in MüKo WettbR, 4. Aufl., § 77 GWB Rn. 55).

- 25 Ungeachtet dessen ist die geltend gemachte Abweichung von der eigenen Rechtsprechung des Beschwerdegerichts aber auch nicht gegeben. Der angefochtenen Entscheidung liegt weder ausdrücklich noch unausgesprochen der Obersatz zugrunde, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei jedenfalls dann anzuordnen, wenn das angerufene Gericht eine höchstrichterlich nicht geklärte und offene Rechtsfrage wahrscheinlich entgegen der angefochtenen Verfügung des Bundeskartellamts entscheiden wird. Vielmehr hat das Beschwerdegericht unter Bezugnahme auf seine eigene Rechtsprechung ausdrücklich daran festgehalten, dass ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit im Sinne von § 67 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB vorliegen, wenn bei einer summarischen Überprüfung die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist, es hingegen nicht ausreicht, wenn die Sach- und Rechtslage bei der gebotenen vorläufigen Beurteilung offen ist und das betroffene Unternehmen durch den Sofortvollzug keinen besonderen Härten ausgesetzt ist. Das Beschwerdegericht ist auch nicht davon ausgegangen, dass die Rechtslage offen ist.
- 26 4. Die Sache weist auch nicht deswegen Grundsatzbedeutung auf, weil sich, wie die Nichtzulassungsbeschwerde meint, die Frage stellt, ob dem Bundeskartellamt - ebenso wie nach Unionsrecht der Kommission - bei der Wahl einer Methode zur Berechnung einer angemessenen Mindestvergütung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäß § 19 GWB grundsätzlich vergütungspflichtige Leistungen eines Dritten bezieht.
- 27 a) Die von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage stellt sich nicht, weil die Regelungen in Tenorziffern 8 und 10 darauf abzielen, Mindestvergütungen festzusetzen, die dem Maßstab des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB, Art. 102 AEUV entsprechen. Die Beurteilung, ob die Vergütung den Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschriften genügt, betrifft schon nicht ein etwaiges dem Bundeskartellamt zustehendes Ermessen auf Rechtsfolgenseite, sondern kann allenfalls die Frage nach einem Beurteilungsspielraum der Behörde aufwerfen.
- 28 b) Aber auch diese Frage ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits geklärt und zu verneinen. Zwar kann der Gesetzgeber ohne Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG der Verwaltungsbehörde in bestimmten Fällen einen Beurteilungsspielraum im Hinblick darauf einräumen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm erfüllt sind (vgl. nur BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, RdE 2024, 167 Rn. 11 ff. - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV, mwN). Jedoch entspricht die vollständige Nachprüfung kartellbehördlicher Entscheidungen und der damit verbundenen Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge der verfassungskonformen Auslegung des § 76 Abs. 2, 5 GWB (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 1968 - KVR 1/67, BGHZ 49, 367 [juris Rn. 16 f.] - Fensterglas II; Bornkamm, ZWeR 2010, 34, 36). Dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann im Hinblick auf die Beurteilung, ob ein bestimm-

tes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich im Sinne des § 19 GWB ist, keine immanente Beurteilungsermächtigung zugunsten der Kartellbehörden entnommen werden. Vielmehr kam es dem Gesetzgeber entscheidend darauf an, Maßnahmen der Kartellbehörden in stärkerem Maße als in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der gerichtlichen Nachprüfung zu unterwerfen (BGHZ 49, 367 [juris Rn. 16 f.] - Fensberg II, mit Verweis auf den schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik BT-Drucks. 2. Wahlperiode 3644 unter I E II).

- 29 Soweit das Verfahrensrecht der Union - jedenfalls im Ausgangspunkt - der Kommission einen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf wirtschaftliche Entscheidungen zugesteht (vgl. nur EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - C-12/03, WuW/E 2005, EU-R 875 Rn. 38 f. - Kommission/Tetra Laval; EuG, Urteil vom 20. Dezember 2023 - T-56/21, BeckRS 2023, 36688 Rn. 175 f. - TEAG Thüringer Energie/Kommission), lässt sich daraus für das nationale Verfahrensrecht nichts ableiten. Die Vorschriften über den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Kartellbehörden sind weder durch primäres noch durch sekundäres Unionsrecht harmonisiert (BGH, Beschluss vom 17. August 2006 - KVR 11/05, WuW 2006, 1142 Rn. 15). Daran hat sich auch durch die Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2017 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ABl. EU L 11 vom 14. Januar 2019, S. 3 bis 33) im Hinblick auf die hier aufgeworfene Rechtsfrage nichts geändert. Die nationalen Verfahrensvorschriften unterfallen - soweit die Anwendung des Unionsrechts in Rede steht - allein den allgemeinen, aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleiteten Äquivalenz- und Effektivitätsgeboten, die im Streitfall allerdings nicht berührt sind.
- 30 5. Schließlich ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch nicht gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 GWB zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil das Beschwerdegericht auch die Verpflichtungen aus der Verfügung gemäß Satz 1 der Tenorziffern 8 und 10 - wie die Nichtzulassungsbeschwerde meint - unter Verstoß gegen das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG aufgehoben hat. Zwar ist das Beschwerdegericht in Übereinstimmung mit der angefochtenen Verfügung davon ausgegangen, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, den Mobilitätsplattformen eine Vergütung zu zahlen. Dementsprechend enthielt die Verfügung jeweils in Halbsatz 1 der Tenorziffern 8 und 10 die Verpflichtung der Antragstellerin, Mobilitätsplattformen eine Vergütung für die Buchungs- und/oder Zahlungsabwicklung sowie eine Provision pro Buchung für die Vermittlung von Fahrkarten zu zahlen. Allein der Umstand, dass das Beschwerdegericht für die vollständige Aufhebung der Tenorziffern 8 und 10 keine Begründung gibt, lässt jedoch nicht erkennen, dass es die Rechtslage in krasser Weise verkannt hat und diese Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288 Rn. 17, 20 mwN; vom 25. März 2010 - V ZB 159/09, juris Rn. 7; vgl. ferner BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2005 - 1 BvR 85/04, BVerfGK 6, 88 [juris Rn. 16]). Tenorziffern 8 und 10 sind nach dem Inhalt der Verfügung nicht teilbar, weil es dem Bundeskartellamt maßgeblich darauf ankam, dass die Antragstellerin Mobilitätsplattformen eine kartellrechtlich zulässige Vergütung zahlt, die keine Verdrängungswirkung entfaltet. Die Pflicht zur Zahlung irgendeiner, noch so marginalen Vergütung war nicht Gegenstand der Regelungen gemäß Tenorziffern 8 und 10. Diese Pflicht ergibt sich bereits mittelbar aus den Feststellungen gemäß Tenorziffern 7 und 9, wonach die Weigerung der Antragstellerin, Mobilitätsplattformen für die jeweiligen Leistungen zu vergüten, rechtswidrig ist. Das Beschwerdegericht konnte insoweit auch davon ausge-

hen, dass sich die Antragstellerin der darin ausgesprochenen Pflicht beugt, weil sie im alleinigen Bundeseigentum steht und daher mit der Befolgung einer vom Bundeskartellamt festgestellten Rechtslage zu rechnen ist (vgl. BGH, Urteile vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118 Rn. 15; vom 9. März 2004 - VI ZR 439/02, NJW 2004, 883, 884, zur Ausnahme vom Vorrang der Leistungsklage für öffentliche Körperschaften und Banken).

- 31 IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 71 Satz 1 und 2, 1. Alt. GWB. Eine Kostenerstattung zugunsten der Beigeladenen zu 1 und des Bundeskartellamts entspricht nicht der Billigkeit, da diese weder Anträge gestellt noch das Verfahren in sonstiger Weise gefördert haben. Im Hinblick auf die Rücknahme der Rechtsbeschwerde entspricht es der Billigkeit, die Kosten der Beigeladenen zu 2 aufzuerlegen, weil sie sich durch die Rücknahme in die Rolle des Unterlegenen begeben hat. Auch insoweit ist eine Erstattung der Kosten der Beigeladenen zu 1 und des Bundeskartellamts nicht angezeigt. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO.

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Holzinger

Kochendörfer