

NEUE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN KARTELLRECHT

Auch in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 war das Bundeskartellamt (BKartA) sowohl in der Fusionskontrolle als auch in der Kartellverfolgung wieder sehr aktiv. Im Fokus dieses Newsletters stehen insbesondere die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens, das zu einem Monopol geführt hätte, sowie die Entschlossenheit des BKartA, Gemeinschaftsunternehmen zwischen Wettbewerbern eingehend zu prüfen und notfalls auch aufzulösen. Ferner erörtern wir die Verhängung eines Kartellbußgelds für einen Informationsaustausch ohne weitergehende Absprachen sowie Missbrauchsverfahren gegen Lufthansa und Deutsche Post, die auch in der breiten Öffentlichkeit große Beachtung gefunden haben. Aus Verfahrenssicht dürfte insbesondere eine Entscheidung des Landgerichts Bonn weitreichende Folge haben, die das Anwaltsprivileg im Zusammenhang von konzerninternen Untersuchungen (Audits) einschränkt. Schließlich erreichte auch die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland mit der Schadensersatzklage der Deutschen Bahn gegen Mitglieder des „Schienenkartells“ einen neuen Höhepunkt.

Gesetzgebung und administrative Regeln

Der Entwurf der 8. GWB-Novelle wurde im Bundesrat vorerst gestoppt und in den Vermittlungsausschuss verwiesen. Insbesondere wandte sich der Bundesrat gegen die im Gesetzentwurf enthaltene Neuregelung zur Anwendbarkeit des GWB auf gesetzliche Krankenversicherungen. Infolge der Verweisung in den Vermittlungsausschuss konnte die Novelle nicht wie geplant zum 1. Januar 2013 in Kraft treten. Auf einer Konferenz am Ende des Jahres 2012 gab sich ein Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums zuversichtlich, dass das Änderungsgesetz „irgendwann in 2013“ verabschiedet werde; konkreter wollte er sich jedoch nicht äußern.

Fusionskontrolle

Im Jahre 2012 gingen beim BKartA insgesamt rund 1.200 Zusammenschlussanmeldungen ein, von denen 21 zu einer vertieften Prüfung führten. Das BKartA untersagte insgesamt vier Vorhaben und erteilte in einem Fall die Freigabe nur unter Auflagen. Zudem wurden vier Vorhaben angesichts schwerwiegender Bedenken des BKartA aufgegeben. Im Folgenden fassen wir die wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Fusionskontrolle im zweiten Halbjahr 2012 zusammen.

BKartA verhindert Monopol auf dem Markt für Viskosefasern. Am 23. November 2012 untersagte das BKartA der Lenzing AG (Österreich) den Erwerb von 90 % der Anteile an der Kelheim Hygiene Fibres GmbH. Die beiden Unternehmen sind weltweit die einzigen Hersteller einer besonderen Art von Viskosefasern, die für die Herstellung von Tampons

Contacts



Silvio Cappellari
+32 (0)2 290 7815



Maria Held
+32 (0)2 290 7840

benutzt werden. Demzufolge wäre nach Ansicht des BKartA durch den Zusammenschluss ein Monopol entstanden, welches jeglichen Wettbewerb nicht nur auf dem deutschen, sondern auch auf dem weltweiten Markt eliminiert hätte. Entscheidend war im vorliegenden Fall die Definition des relevanten Produktmarktes. Die Ermittlungen des BKartA hatten gezeigt, dass sich für Hersteller konventioneller Viskosefasern eine Umstellung der Produktion auf spezielle Fasern für Tampons wegen des relativ kleinen Marktes und der hohen notwendigen Investitionen nicht lohnt. Darüber hinaus deuteten die Angaben anderer Marktteilnehmer darauf hin, dass Baumwollfasern wohl auch kein adäquater Ersatz für die herkömmlich benutzten Viskosefasern sind. Am Ende hat das BKartA diese Frage jedoch offen gelassen, da die Beteiligten selbst dann, wenn bestimmte Baumwollfasern in den relevanten Markt einbezogen würden, gemeinsam marktbeherrschend wären. Angesichts der hohen gemeinsamen Marktanteile verwarf das BKartA zudem die Argumentation, dass die Beteiligten der Marktmacht der großen Hersteller von Markenartikeln auf der Käuferseite ausgesetzt seien. Da die Beteiligten keine geeigneten Zusagen machen konnten, sah das BKartA keine andere Wahl als das Vorhaben zu untersagen.

Deutschlands größter Hersteller von Kalkstein und Branntkalk gibt Übernahmeplan aufgrund von ernsthaften Bedenken des BKartA auf. Am 13. November 2012 gab Deutschlands größter Hersteller von Kalkstein und Branntkalk, die Rheinkalk GmbH, ihr Vorhaben auf, das Kalksteinwerk Warstein zu erwerben, nachdem das BKartA ernsthafte wettbewerbliche Bedenken geäußert hatte. Wie sich aus dem Abmahnungsschreiben des Amtes ergibt, hat Rheinkalk bereits heute eine marktbeherrschende Stellung auf dem geographisch relevanten Markt, die durch den Erwerb des Kalksteinwerks Warstein noch weiter verstärkt worden wäre. Das Werk in Warstein betreibt einen Kalksteinbruch in unmittelbarer Nähe zu Calcis, einem der wenigen verbliebenen Wettbewerber von Rheinkalk. Seit Jahren bezieht Calcis seinen Kalkstein, einen der wichtigsten Bestandteile von Branntkalk, ganz überwiegend vom Werk in Warstein. Für das BKartA bestand daher die Gefahr, dass die Position von Calcis auf dem Markt für Branntkalk durch das Vorhaben von Rheinkalk erheblich geschwächt werden würde, weil Calcis nach dem Zusammenschluss von Rohstofflieferungen seines Hauptwettbewerbers im nachgelagerten Markt abhängig gewesen wäre.

Der vorliegende Fall ist einer der wenigen, in denen das Amt vor allem wegen einer drohenden vertikalen

Marktabstottung Bedenken äußerte. Das BKartA betonte zudem aber auch, dass Rheinkalk im Markt für Branntkalkstein bereits eine dominierende Position hatte, die durch die Transaktion noch verstärkt worden wäre. Auch wenn diesem Fall ein ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde lag, ist davon auszugehen, dass sowohl Rheinkalks hohe Marktanteile als auch die von Calcis vorgetragene massiven Bedenken die Prüfung durch das BKartA entscheidend beeinflussten. Laut Presseberichten gab Rheinkalk unter anderem letztlich deswegen das Vorhaben auf, um eine Grundsatzentscheidung des BKartA zur Definition des relevanten Marktes und/oder zur wettbewerblichen Würdigung zu vermeiden, die künftigen Vorhaben im Weg stehen könnte.

BKartA gibt Übernahme von Fenwal durch Fresenius trotz erheblicher gemeinsamer Marktanteile ohne Auflagen frei. Das BKartA gab am 12. Dezember 2012 die Übernahme der Fenwal Holding Inc. durch die Fresenius Kabi AG nach eingehender Prüfung ohne Auflagen frei. Das BKartA hatte nicht einmal eine Abmahnung an die Beteiligten verschickt. Der Zusammenschluss betraf verschiedene Produkte für Bluttransfusionen und damit verbundener Technologie. In einigen Bereichen hatten die Beteiligten erhebliche Überschneidungen und hohe gemeinsame Marktanteile, die zum Teil weit über der Marktbeherrschungsvermutung (33 %) lagen. Nichtsdestotrotz ging das BKartA davon aus, dass die Übernahme nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen wird. Eine Analyse des vorliegenden Marktes hatte ergeben, dass den Beteiligten starke Nachfrager gegenüberstehen, die Ausschreibungen durchführen und regelmäßig mit mehreren Zulieferern zusammenarbeiten (*Multiple Sourcing*). Ferner ist ein Wechsel zwischen den Lieferanten relativ einfach, so dass der Preiswettbewerb zwischen den Anbietern groß ist. Zudem werden den Abnehmern nach Auffassung des BKartA auch weiterhin eine ausreichende Zahl von alternativen Anbietern sowohl innerhalb Deutschlands als auch aus dem Ausland zur Verfügung stehen.

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, dass das BKartA bei der Anwendung des Marktbeherrschungstests nicht starr auf die Marktanteile der Beteiligten schaut, sondern vielmehr bereit ist, die Markt- und Wettbewerbsbedingungen im Einzelfall zu würdigen. Vertreter des BKartA haben wiederholt betont, dass sie in ihren Verfahren wirtschaftliche Beweise verstärkt berücksichtigen würden. Diese Entwicklung wird nicht zuletzt auch durch die Einführung des sogenannten

„SIEC“-Tests anstelle des reinen Marktbeherrschungstests weiter vorangetrieben.

BKartA äußert Vorbehalte gegen die geplante Minderheitsbeteiligung der Asklepios Gruppe am Rivalen Rhön-Klinikum. Das BKartA äußerte in einer den Unternehmen am 13. Dezember 2012 übermittelten Abmahnung erhebliche Bedenken hinsichtlich der Pläne der Asklepios Gruppe, sich mit 10,1 % an ihrem direkten Wettbewerber, der Rhön-Klinikum AG, zu beteiligen. Da nach der Satzung der Rhön-Klinikum AG bereits eine 10 %-Beteiligung das Recht verleiht, bestimmte strategische Entscheidungen zu blockieren, befürchtet das Amt, dass auch eine solch geringe Beteiligung dazu führen könnte, dass die beteiligten Unternehmen ihre wirtschaftlichen Interessen koordinieren und so die zwischen ihnen herrschende Wettbewerbsintensität verringern könnten. Die Bedenken des BKartA konzentrieren sich dabei in erster Linie auf den Markt für Akutkrankenhäuser in der Region um die Stadt Goslar.

Dies ist der vorerst letzte Fall in einer Reihe von Untersuchungen des BKartA im Krankenhaussektor, von denen einige zu Untersagungen oder Rücknahmen von Zusammenschlussvorhaben führten. Ferner verdeutlicht dieser Fall nochmals, dass das Amt entschlossen ist, auch den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen von weniger als 25 % eingehend zu prüfen. Bisher war das Amt hauptsächlich im Energiesektor gegen derartige Minderheitsbeteiligungen vorgegangen, wie etwa bei diversen Vorhaben von E.ON und RWE, Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken zu erwerben.

Kartelle

Das BKartA verhängte im Jahr 2012 in 14 Kartellverfahren Geldbußen in Höhe von insgesamt €248 Millionen gegen 57 Unternehmen und 31 Personen. Wie bereits in den vergangenen Jahren wurden auch 2012 viele Verfahren im Einigungswege (Settlements) beendet, was die Arbeitsbelastung des BKartA erheblich minderte. Folgende Entwicklungen in der zweiten Jahreshälfte 2012 sind insbesondere erwähnenswert:

BKartA verhängt Geldbuße gegen RTL und ProSieben/Sat.1 wegen unzulässiger Kodierung freier TV-Programme. Am 28. Dezember 2012 belegte das BKartA die beiden Fernsehsender RTL und ProSieben/Sat.1 sowie zwei ihrer Manager mit Bußgeldern in Höhe von insgesamt €55 Millionen. Nach den Erkenntnissen des Amtes hatten sich die beiden Sender zwischen 2005/2006 und mindestens 2010 darüber abgesprochen, bestimmte

digitale TV-Programme nur noch verschlüsselt auszustrahlen und dafür ein zusätzliches Entgelt zu verlangen. Des Weiteren sagten die beiden Fernsehsender verbindlich zu, die am weitesten verbreiteten Programme (außer HD) für mindestens weitere zehn Jahre ohne Verschlüsselung anzubieten. Im Fusionskontrollverfahren *Liberty Global/Kabel Baden-Württemberg* hatte eine ähnliche Zusage, nämlich die Verschlüsselung bestimmter Programme ab Januar 2013 aufzuheben, den Weg zu einer Freigabeentscheidung des BKartA erst freigemacht.¹

BKartA bebußt Hersteller von Leistungstransformatoren wegen Absprachen bei Ausschreibungen. Am 20. September 2012 verhängte das BKartA Bußgelder von insgesamt €24,3 Millionen gegen vier Hersteller von Leistungstransformatoren. Das BKartA sah es als erwiesen an, dass die vier beteiligten Unternehmen den deutschen Markt für Leistungstransformatoren von 1999 bis 2004 insbesondere durch Absprachen im Rahmen von Ausschreibungen unter sich aufgeteilt hatten. Alle vier Kartellanten erhielten aufgrund ihrer Kronzeugenanträge und ihres Einverständnisses, das Verfahren einvernehmlich zu beenden, eine zweifache Reduzierung ihrer Geldbuße. (Im Rahmen des deutschen Kronzeugenprogrammes können Unternehmen, die für eine Immunität nicht infrage kommen, eine Reduzierung ihres Bußgelds von bis zu 50 % erreichen, wenn sie Beweismittel vorlegen, die wesentlich zum Nachweis des Kartellverstoßes beitragen. Ähnlich wie auf EU-Ebene ist auch in Deutschland die Anzahl erfolgreicher Kronzeugenanträge gesetzlich nicht beschränkt.) Parallel zum Verfahren vor dem BKartA hatte auch die Europäische Kommission ein Verfahren wegen Gebietsschutzabsprachen zwischen europäischen und japanischen Herstellern von Leistungstransformatoren durchgeführt und im Jahre 2009 Bußgelder in Höhe von insgesamt €67,6 Millionen verhängt. Zwei der vom BKartA bebußten Unternehmen waren damals auch von der Kommission mit einem Bußgeld belegt worden. Der Grundsatz „*Ne Bis In Idem*“ fand keine Anwendung, da die beiden Ermittlungsverfahren verschiedenartige Kartellverstöße zum Gegenstand hatten.

Geldbuße für unzulässigen Informationsaustausch im Süßwarenereich. Der Süßwarenproduzent Haribo und ein Vertriebsmitarbeiter des Unternehmens müssen nach einer Entscheidung des BKartA vom 1. August 2012 Bußgelder in Höhe von insgesamt €2,4 Millionen bezahlen, weil sie in den Jahren 2006/2007 mit anderen Markenherstellern der

¹ Siehe Newsletter „Neue Entwicklungen im deutschen Kartellrecht“ (Januar 2012), abrufbar unter www.arnoldporter.com.

Süßwarenbranche vertrauliche Informationen zum Stand ihrer Verhandlungen mit den großen Einzelhändlern sowie zu gewährten Rabatten ausgetauscht hatten. Das Verfahren war durch einen Kronzeugenantrag der Mars GmbH angestoßen worden. Während die Ermittlungen gegen Haribo durch eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung abgeschlossen wurden, dauern sie gegen zwei weitere Beteiligte derzeit noch an.

Mit diesem Fall hat das BKartA bereits zum fünften Mal in der Konsumgüterbranche Bußgelder wegen unzulässigen Informationsaustauschs verhängt. Dies unterstreicht einmal mehr die Entschlossenheit des Amtes, gegen künstlich geschaffene Markttransparenz vorzugehen. In seiner Pressemitteilung hat das BKartA hervorgehoben, dass ein Informationsaustausch auch dann kartellrechtlich unzulässig sein könne, wenn er nicht mit klassischen Hardcore-Absprachen über Preise, Gebiete, Kunden oder Quoten einhergehe. Erwähnenswert ist zudem, dass die Produkte der beteiligten Unternehmen nicht in direktem Wettbewerb zueinander stehen. Das Amt hatte deshalb auf den Wettbewerb um Regalplatz für Süßwaren bei den großen Supermarktketten abgestellt. Im Bereich der Fusionskontrolle hatte das BKartA bislang bei der Abgrenzung des relevanten Produktmarktes einen anderen Ansatz gewählt. Dieser Gegensatz könnte Haribo dazu veranlassen, gegen das Bußgeld trotz der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung Einspruch einzulegen.

BKartA untersagt Gemeinschaftsunternehmen im Bereich des Chemiehandels. Am 21. November 2012 untersagte das BKartA der Brenntag Germany Holding (Brenntag) und der CG Chemikalien (CG) die Fortführung ihres Gemeinschaftsunternehmens, CVH Chemie-Vertrieb (CVH). Alle drei Unternehmen sind im Handel mit Chemikalien auf denselben regionalen Märkten tätig und erreichen hier gemeinsame Marktanteile von bis zu 70 %. Das Amt stützte seine Entscheidung unter anderem auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), wonach eine widerlegliche Vermutung für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung besteht, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen und mindestens zwei seiner Muttergesellschaften auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig sind. Im vorliegenden Fall sah das BKartA insbesondere die Gefahr, dass Brenntag und CG ihr Verhalten koordinieren, da sie weitgehend dieselben wirtschaftlichen Interessen hätten. Zudem verpflichtete sie der Gesellschaftsvertrag zur Gründung der CVH zur gegenseitigen Rücksichtnahme und räume

ihnen weitreichende Informations- und Mitspracherechte ein. Trotz dieser schwerwiegenden Bedenken ordnete das Amt keine sofortige Auflösung der CVH an, sondern setzte den Unternehmen eine (nicht öffentlich gemachte) Frist, um ihre Aktivitäten auf den Chemikalienhandelsmärkten nunmehr rechtskonform zu gestalten.

Das BKartA hatte die Überprüfung des Gemeinschaftsunternehmens CVH im Jahre 2008 eingeleitet, nachdem im Rahmen eines Kartell-Bußgeldverfahrens gegen zwölf Chemikalienhandelsunternehmen weitreichende Verflechtungen zwischen den Unternehmen bekannt geworden waren. Die Untersagungsentscheidung verdeutlicht, dass auch Gemeinschaftsunternehmen, die schon geraume Zeit auf dem Markt aktiv sind, vor einer kartellrechtlichen Überprüfung durch das BKartA nicht sicher sind – CVH war im Jahre 1996 gegründet und seinerzeit vom BKartA im Fusionskontrollverfahren ohne Auflagen freigegeben worden. Zugleich beleuchtet der Fall einen wesentlichen Unterschied zwischen dem deutschen und europäischen Recht: Während die Europäische Kommission mögliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen eines Gemeinschaftsunternehmens im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens prüfen muss, kann das BKartA auch noch Jahre nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine Überprüfung durchführen. Dadurch wird die Rechtssicherheit von Freigabeentscheidungen des BKartA in diesem Bereich erheblich eingeschränkt.

Die Entschlossenheit des BKartA, bestehende Gemeinschaftsunternehmen zwischen Wettbewerbern genauer zu überprüfen, wird nicht nur im gerade besprochenen Fall deutlich. Vielmehr hat das BKartA erst kürzlich angedroht, auch im Walzasphaltmarkt eine Vielzahl von Produktions-Gemeinschaftsunternehmen aufzulösen (s.u. bei der Diskussion der Sektoruntersuchungen).

Landgericht Bonn erlaubt dem BKartA unter bestimmten Voraussetzungen die Beschlagnahme von Audit-Dokumenten externer Anwälte. Am 21. Juni 2012 erließ das Landgericht Bonn eine wichtige Entscheidung zur Reichweite des Anwaltsprivilegs bei Kartelluntersuchungen durch das BKartA.

Im konkreten Fall hatte die Muttergesellschaft eines Konzerns eine externe Anwaltskanzlei beauftragt, konzernweite Audits durchzuführen, nachdem die Europäische Kommission die Geschäftsräume einer ihrer UK-Tochtergesellschaften aufgrund eines Kartellverdachts durchsucht hatte. Mehrere

Monate später eröffnete das BKartA ein Verfahren gegen eine deutsche Tochtergesellschaft desselben Konzerns. Während der Durchsuchung der Geschäftsräume dieser Tochtergesellschaft beschlagnahmte das BKartA unter anderem Protokolle von Interviews mit Managern, welche die externen Anwälte im Rahmen des konzernweiten Audits angefertigt hatten.

Auf die Beschwerde der Muttergesellschaft entschied das Landgericht, dass die beschlagnahmten Dokumente nicht durch das Anwaltsprivileg geschützt gewesen seien und die Beschlagnahme daher rechtmäßig gewesen sei. In seiner Begründung stützte sich das Gericht darauf, dass sich die Verfahren in der EU und in Deutschland jeweils gegen verschiedene Unternehmen gerichtet, verschiedene Produkt- und geographische Märkte betroffen und unterschiedliche Kartellverstöße zum Gegenstand gehabt hätten. Da die deutsche Tochtergesellschaft nicht von den Dawn Raids der Europäischen Kommission betroffen gewesen sei, seien die fraglichen Dokumente angefertigt worden, bevor das Unternehmen habe wissen können, dass eventuell eine Kartellbuße drohe und folglich auch bevor ein „Verteidigungsverhältnis“ zwischen ihm und den externen Anwälten habe entstehen können. Das Gericht hob zudem hervor, dass die Vollmacht der Anwaltskanzlei nur auf die Muttergesellschaft und nicht auf den gesamten Konzern ausgestellt war. Schließlich wies das Gericht daraufhin, dass der Europäische Gerichtshof in seinem kürzlich erlassenen *Akzo-Urteil* klargestellt habe, dass die Reichweite des Anwaltsprivilegs nach europäischem und nationalem Recht verschieden sein könne.

Der dem konkreten Fall zugrunde liegende Sachverhalt war sehr speziell, aber die Entscheidung des Landgerichts Bonn lässt dennoch einige allgemeine Schlussfolgerungen zu. **Erstens** sind Dokumente, die von externen Anwälten im Rahmen eines internen Audits angefertigt werden, in Deutschland nur insoweit durch das Anwaltsprivileg geschützt, als sie sich auf einen (angeblichen) Kartellverstoß beziehen, aufgrund dessen eine Wettbewerbsbehörde bereits vor dem Erstellungsdatum ein Verfahren eingeleitet hat. **Zweitens** sollte eine Anwaltsvollmacht in Kartellsachen stets klarstellen, dass sie nicht nur für eine bestimmte (Mutter-)Gesellschaft, sondern für den gesamten Konzern gilt. **Drittens** ist es ratsam, sämtliche Dokumente, die anwaltsseitig im Rahmen von internen Audits erstellt werden, nur in den Büroräumen der externen Anwälte aufzubewahren, wo sie nach deutschem Recht besser geschützt sind als in den Geschäftsräumen des Unternehmens.

Experten fordern Änderungen der kartellrechtlichen Verfahrensregelungen. Angesichts der ständig zunehmenden Zahl komplexer Kartellfälle veranstaltete das BKartA am 12. Oktober 2012 eine Konferenz zu verfahrensrechtlichen Herausforderungen für das Amt und die Gerichte. Breite Zustimmung fand dabei die Forderung nach einer Überarbeitung der derzeitigen Verfahrensregeln, die zum großen Teil dem Strafverfahrensrecht entstammen, um die Kartellverfahren effektiver zu gestalten und zu verkürzen. Einige Fachleute befürworteten sogar ein eigenes Kartellverfahrensrecht, möglicherweise nach Vorbild der europäischen Regeln. Das Arbeitspapier, das die Grundlage der Diskussion bildete, ist auf der Internetseite des BKartA abrufbar.²

Private Kartellrechtsdurchsetzung

Oberlandesgericht Düsseldorf schützt die Kronzeugenregelung des BKartA. Im Rahmen verschiedener Beschwerdeverfahren gegen die Bußgeldbescheide des BKartA im sog. Kaffeeröster-Kartellfall entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf am 22. August 2012, dass Dritte auch in Gerichtsverfahren keine Akteneinsicht in Kronzeugenanträge von Kartellanten erhalten. Kronzeugen haben damit sowohl im Verfahren vor dem BKartA³ als auch in Gerichtsverfahren einen Anspruch auf die vertrauliche Behandlung ihrer Anträge sowie der in diesem Zusammenhang eingereichten Beweismittel.

Auf der Grundlage verschiedener Kronzeugenanträge hatte das BKartA im Jahr 2009 gegen die Mitglieder eines Kartells unter Kaffeeröstern ermittelt und Bußgelder in einer Gesamthöhe von rund €160 Millionen verhängt. Nachdem zwei der Kartellanten Einspruch gegen ihre Bußgeldbescheide eingelegt hatten, gab das BKartA das Verfahren an das Oberlandesgericht Düsseldorf ab und übermittelte diesem seine Ermittlungsakten. Im Folgenden stellten verschiedene Einzelhandelsunternehmen Anträge auf Einsicht in die Akten einschließlich der Kronzeugenanträge, um Schadensersatzklagen gegen die Kartellanten vorzubereiten. Das Gericht wies die Anträge zurück und entschied, dass das Vertrauen der Kronzeugen in die Vertraulichkeit der von ihnen eingereichten Anträge sowie das öffentliche Interesse an einer effektiven Kartellverfolgung das Offenlegungsinteresse der Schadensersatzkläger überwiege. Nach Ansicht

² http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publikationen/Professorentagung_2012-final.pdf.

³ Siehe Newsletter „Neue Entwicklungen im deutschen Kartellrecht“ (Juli 2012), abrufbar unter www.arnoldporter.com.

des Gerichts wird dem Interesse der Klägers durch das Recht auf den Zugang zur nicht-vertraulichen Fassung der Bußgeldentscheidung hinreichend Rechnung getragen.

Deutsche Bahn verklagt Mitglieder des „Schienenkartells“ auf Schadensersatz. Die Deutsche Bahn reichte am 20. Dezember 2012 beim Landgericht Frankfurt gegen ThyssenKrupp und andere Mitglieder des sog. Schienenkartells Klage auf Schadensersatz ein. Laut Presseberichten hat die Deutsche Bahn zwar noch keine spezifische Schadenshöhe beziffert, aber einen Streitwert von €750 Millionen angegeben. Sollte die Deutsche Bahn mit ihrer Klage Erfolg haben, müsste demnach allein ThyssenKrupp für eine Summe von ungefähr €400 Millionen haften, da das Unternehmen mehr als die Hälfte der kartellbefangenen Produkte an die Deutsche Bahn geliefert hatte.

Dieser Fall belegt anschaulich, dass für die Kartellanten die finanziellen Risiken aus Follow-on-Schadensersatzklagen erheblich höher sein können als im Bußgeldverfahren des BKartA (im Juli 2012 hatte das Amt Bußgelder in Höhe von €124,5 Millionen verhängt, von denen €103 Millionen auf Thyssen Krupp entfielen⁴). Zugleich ist bemerkenswert, dass die Deutsche Bahn nicht auch Voestalpine verklagt hat, die als Kronzeuge des BKartA fungiert und (für eine ihrer Tochtergesellschaften) eine Geldbuße von €8,5 Millionen zu zahlen hatte. Zeitungsberichten zufolge steht Voestalpine derzeit in außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen mit der Deutschen Bahn. Dies zeigt einmal mehr, dass es für Kronzeugen sehr wichtig ist, frühzeitig eine umfassende Verteidigungsstrategie zu entwickeln, die sowohl das Bußgeldverfahren als auch spätere Schadensersatzklagen umfasst.

Vertikale Beschränkungen

BKartA bebußt Werkzeugmacher wegen vertikaler Preisbindung. Am 20. August 2012 verhängte das BKartA gegen TTS Tooltechnic (TTS), einen Hersteller von Werkzeugen, wegen der Errichtung und Durchsetzung eines vertikalen Preisbindungssystems eine Geldbuße in Höhe von €8,2 Millionen. Die Ermittlungen waren von Handelspartnern der TTS Tooltechnic angestoßen worden, die sich beim BKartA darüber beschwert hatten, dass TTS Druck auf sie ausübe, die „unverbindlichen Preisempfehlungen“ des Unternehmens zu befolgen. Die Ermittlungen des BKartA ergaben, dass TTS die Händler mit wirtschaftlichen Nachteilen wie zum Beispiel der Verschlechterung ihrer

Vertragsbedingungen oder gar Kündigung ihrer Verträge drohte, wenn diese von den vorgegebenen Zielpreisen abwichen.

Die vorliegende Entscheidung steht in Einklang mit der Aussage des Präsidenten des BKartA, dass die Verfolgung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen auch im Jahr 2013 für das Amt hohe Priorität genießen werde. Im besonderen Fokus dürften dabei weiterhin Preisbindungssysteme und vergleichbare Maßnahmen stehen, wie das bereits in den anhängigen Verfahren im Bereich Lebensmitteleinzelhandel und Sportausrüstungen der Fall ist. Zudem erwartet das BKartA, im Jahre 2013 seine Sektoruntersuchung zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel beenden zu können.

Missbrauchsverfahren

Lufthansa verpflichtet sich zur Änderung wettbewerbsbeschränkender Klauseln im Firmenkundenprogramm. Ein im Dezember 2012 abgeschlossenes Missbrauchsverfahren gegen die Lufthansa AG verdeutlicht einmal mehr die Entschlossenheit des BKartA, gegen die Schaffung künstlicher Markttransparenz vorzugehen. Das Amt bestand darauf, dass Lufthansa bestimmte Klauseln aus seinen Verträgen mit Firmenkunden streicht. Die Ermittlungen wurden durch Beschwerden verschiedener Kunden der Lufthansa ausgelöst und betrafen mögliche Verstöße gegen §§ 1 und 19 GWB (Kartell- und Missbrauchsverbot). Das Amt sah es als erwiesen an, dass die Firmenkunden durch die fraglichen Vertragsklauseln gezwungen wurden, wettbewerbsrelevante Informationen über ihre Buchungen bei Wettbewerbern an Lufthansa weiterzugeben, um weiterhin in den Genuss bestimmter Rabatte und Umsatzrückvergütungen zu kommen. Das BKartA kam zu dem vorläufigen Schluss, dass das Vorgehen von Lufthansa nicht mit den Prinzipien des Leistungswettbewerbs vereinbar sei, weil die so erlangten Informationen über Umsätze und Rabattkonditionen von Wettbewerbern dazu benutzt werden könnten, den Wettbewerb auf bestimmten Strecken gezielt durch kurzfristige Aktionen zu verfälschen. Bevor das BKartA eine endgültige Entscheidung treffen konnte, die voraussichtlich mit einem beträchtlichen Bußgeld verbunden gewesen wäre, verpflichtete sich Lufthansa, die problematischen Klauseln aus ihren Verträgen zu streichen. Das BKartA hat diese Zusagen für verbindlich erklärt.

Aus rechtsberatender Sicht wäre eine abschließende Entscheidung des BKartA vorzuziehen gewesen, da das Amt dann ausführlich zu seiner „Theory of Harm“ bezüglich der nur

⁴ Siehe Newsletter „Neue Entwicklungen im deutschen Kartellrecht“ (Januar 2012), abrufbar unter www.arnoldporter.com.

unter der Bedingung der Informationsübermittlung gewährten Rabatte hätte Stellung nehmen müssen. Jedenfalls sollten alle Unternehmen mit einer (möglicherweise) marktbeherrschenden Stellung gewarnt sein, ihre Kunden nicht mit der Forderung nach Übermittlung von Einzelheiten zu deren Vereinbarungen mit anderen Anbietern unter Druck zu setzen.

BKartA ermittelt gegen Deutsche Post wegen Behinderung anderer Briefdienstleister. Am 5. November 2012 leitete das BKartA ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post ein. Die Behörde wird die Beschwerden verschiedener Wettbewerber untersuchen, dass die Deutsche Post von Großkunden wie zum Beispiel Banken, Krankenkassen oder Telekommunikationsunternehmen nicht kostendeckende Preise für die Versendung von Briefen verlange, um so unabhängige Briefdienstleister aus dem Markt zu drängen oder vom Marktzutritt abzuhalten. Die Einleitung des Verfahrens hat erhebliche Aufmerksamkeit erregt, weil das BKartA erstmals nach geraumer Zeit wieder einmal wegen einer angeblich missbräuchlichen Niedrigpreisstrategie ermittelt.

Sektoruntersuchungen

BKartA veröffentlicht Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Walzasphalt. Am 1. Oktober 2012 legte das BKartA seinen Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Walzasphalt vor. Das Amt kommt darin zu dem Ergebnis, dass es zwischen den vier großen Anbietern von Walzasphalt in Deutschland ein dichtes Netz von gegenseitigen Unternehmensbeteiligungen und gemeinschaftlich betriebenen Asphaltmischwerken gebe. Ein solches flächendeckendes Netzwerk kann nach Ansicht des BKartA zu Interessenkonflikten sowie gegenseitigen Abhängigkeiten führen und außerdem eine Plattform zum Informationsaustausch bieten, wodurch der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werde. Das BKartA forderte deshalb die beteiligten Unternehmen auf, die problematischen Verflechtungen innerhalb der nächsten 15 Monate aufzulösen. Sollten die Unternehmen dieser Aufforderung nicht nachkommen, wird das Amt nach Ablauf der Frist selbst Maßnahmen zur Auflösung der fraglichen Gemeinschaftsunternehmen ergreifen.

Einleitung der Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel. Das BKartA hat am 27. September 2012 seine zweite Sektoruntersuchung im Bereich Mineralöl eingeleitet. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen diesmal die Wettbewerbsbedingungen auf den Wirtschaftsstufen, die den Tankstellenmärkten vorgelagert sind, einschließlich Raffinerie, Transport und Großhandel mit Mineralölprodukten. Das BKartA kündigte an, dass es insbesondere die strukturellen Verflechtungen zwischen den Mineralölunternehmen sowie die Zusammenhänge zwischen Rohölpreisen, Großhandelspreisen und Tankstellenpreisen gründlich analysieren werde.

In einer früheren Sektoruntersuchung im Mineralölbereich hatte sich das BKartA auf den Tankstellenmarkt konzentriert. Damals war das Amt zu dem Ergebnis gelangt, dass die fünf großen Mineralölkonzerne ein Oligopol auf den Tankstellenmärkten bilden, welches die Behörde künftig genau beobachten wird, um wettbewerbswidriges Verhalten zu verhindern oder zu sanktionieren. Auch diverse andere Mitgliedstaaten der EU, darunter Österreich, Polen, Spanien und das Vereinigte Königreich, haben kürzlich Sektoruntersuchungen auf den Mineralölmärkten eingeleitet.

Kontakte in Brüssel im Zusammenhang mit diesem Newsletter:

Silvio Cappellari

+32 (0)2 290 7815
Silvio.Cappellari@aporter.com

Maria Held

+32 (0)2 290 7840
Maria.Held@aporter.com

© 2013 Arnold & Porter LLP. This Advisory is intended to be a general summary of the law and does not constitute legal advice. You should consult with counsel to determine applicable legal requirements in a specific fact situation.