

Neuere Entwicklungen im deutschen Kartellrecht

In der ersten Jahreshälfte von 2011 gab es im deutschen Kartellrecht einige beachtliche Entwicklungen. So verhängte das Bundeskartellamt (BKartA) in der Fusionskontrolle erneut empfindliche Geldbußen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbots („gun-jumping“) und sorgte für Aufsehen, als es den Aufbau einer Online-Video-Plattform untersagte. Im Bereich der Kartellbekämpfung unterstrich das BKartA seine Bereitschaft, Verfahren im Vergleichswege und unter Umständen sogar mit einem „hybriden“ Vergleich abzuschließen, und der Bundesgerichtshof (BGH) nahm endlich zu heiß diskutierten Fragen zum Klagerecht von indirekten Abnehmern und der Anwendbarkeit des „Passing-on“-Einwands in Schadensersatzverfahren Stellung. Zudem betonte das Oberlandesgericht Düsseldorf die engen Grenzen des Zwangslizenzinwands in Patentverletzungsverfahren und widersprach dabei ausdrücklich der jüngsten EU-Rechtsprechung.

Fusionskontrolle

BKartA untersagt Online-Video-Plattform von RTL und ProSieben/SAT.1. Am 17. März 2011 hat das BKartA den Plänen der Fernsehsender RTL und ProSieben/SAT.1 eine Absage erteilt, ein Joint Venture für den Aufbau und Betrieb einer Online-Video-Plattform nach dem Vorbild der amerikanischen Videostreaming-Plattform HULU zu gründen. Die beiden Unternehmen planten die Schaffung einer werbefinanzierten Internet-Plattform, auf der sie deutschen und österreichischen Zuschauern Inhalte bis zu sieben Tage nach deren TV-Ausstrahlung kostenfrei zum Abruf bereitstellen wollten. Die Plattform sollte auch für Inhalte anderer privater oder öffentlicher Fernsehsender offenstehen, die für die Redaktion und die Vermarktung ihrer Inhalte auf der Plattform selbst verantwortlich gewesen wären, aber für die Inanspruchnahme der Plattform eine Gebühr hätten zahlen müssen.

Nach Auffassung des BKartA hätte das Joint Venture das bereits bestehende marktbeherrschende Duopol von RTL und ProSieben/Sat.1 auf dem Markt für Fernsehwerbung in Deutschland weiter verstärkt und wahrscheinlich zu einer weiterreichenden Koordinierung zwischen den beiden Fernsehsendern geführt. Das BKartA befasste sich bei der Bewertung des Vorhabens auch mit dessen positiven Auswirkungen—so wäre die Plattform der erste „One-Stop-Shop“ für freie TV-Inhalte in Deutschland gewesen—, war aber letztlich nicht davon überzeugt, dass diese Vorteile die Wettbewerbsnachteile aufwiegen.

Die Untersagungsentscheidung zeigt einmal mehr, dass das BKartA gegenüber Effizienz-erwägungen in der Fusionskontrolle skeptisch ist. So hatte das Amt im Jahre 2006 die Übernahme von ProSieben/SAT.1 durch die Axel Springer AG mit der Begründung unter-



Silvio Cappellari
+32 (0)2 290 7815

sagt, dass die Transaktion das bereits existierende Duopol von RTL und ProSieben/SAT.1 auf dem TV-Werbemarkt verstärken würde. Der BGH hatte die Untersagungsentscheidung im Juni 2010 bestätigt.¹ Weder das BKartA noch der BGH hatten in diesem Fall die von den Parteien vorgebrachten Argumente zu Effizienzvorteilen berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund war es letztlich keine Überraschung, dass das BKartA auch das nunmehr in Frage stehende Vorhaben nicht freigab.

Oberlandesgericht Düsseldorf konkretisiert die Relevanz von potenziellem Wettbewerb. Im April 2009 hatte das BKartA den Zusammenschluss von zwei lokalen Zeitungsverlagen untersagt, die auf geographisch benachbarten Märkten tätig sind. Nach Auffassung des BKartA waren beide Parteien in ihrem jeweiligen Verbreitungsgebiet auf dem Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen und auf dem Anzeigenmarkt marktbeherrschend, und der Zusammenschluss hätte diese Marktbeherrschung durch Ausschaltung von potenziellem Wettbewerb noch verstärkt.

Gegen die Untersagung haben die Parteien erfolgreich Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied mit Urteil vom 22. Dezember 2010, dass es zwischen den Parteien keinen potentiellen Wettbewerb gab und ein solcher auch nicht zu erwarten war, weil sie ohnehin bereits bei der Erstellung von redaktionellen Inhalten und auf dem Anzeigenmarkt kooperierten. Für die Dauer dieser Kooperation gebe es für sie daher keinen Anlass, in dem Verbreitungsgebiet der jeweils anderen Partei tätig zu werden. Das Gericht widersprach ferner der Argumentation des BKartA, dass bei Unterbleiben der Transaktion ein anderer Käufer die Zielgesellschaft kaufen und die Kooperation beenden könnte, was dann im Ergebnis wieder potentiellen Wettbewerb zuließe. Das Gericht stellte demgegenüber klar, dass zukünftige Entwicklungen in Fusionskontrollverfahren nur berücksichtigt werden können, wenn es für deren Eintreten tatsächlich konkrete Anzeichen gibt. Die bloße Möglichkeit ihres Eintritts reiche dagegen gerade nicht aus.

Dieser Fall illustriert einmal mehr, wie wichtig effektiver Rechtsschutz für die Entwicklung der Fusionskontrolle ist. Während das Oberlandesgericht Düsseldorf jährlich zu diversen Beschwerden gegen Entscheidungen des BKartA in diesem Bereich Stellung nimmt, gibt es auf EU-Ebene

¹ Siehe Newsletter vom Januar 2011, abrufbar unter: http://www.arnoldporter.com/public_document.cfm?id=17116&key=7G0.

nur sehr wenige Gerichtsverfahren zu Fusionskontrollfällen. Hier ziehen es die Parteien regelmäßig vor, eine Anmeldung zurückzunehmen, falls die Europäische Kommission Bedenken gegen eine Freigabe äußert. Ein Grund für die größere Streitfreudigkeit in Deutschland könnte die relativ kurze Dauer der Gerichtsverfahren sein. So erlässt das Oberlandesgericht Düsseldorf normalerweise eine Entscheidung innerhalb von nur 6-9 Monaten.

Das BKartA ahndet weiterhin Verstöße gegen das Vollzugsverbots. In der ersten Jahreshälfte von 2011 verhängte das BKartA in zwei weiteren Fällen Geldbußen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Am 28. Januar 2011 erlegte das BKartA der ZG Raiffeisen eG, Karlsruhe, ein Bußgeld in Höhe von €414.000 auf, weil diese im Mai 2009 ein Lager für Pflanzenschutzmittel erworben hatte, ohne den Vorgang beim BKartA anzumelden. Nach Auffassung des BKartA ist ein Lager in diesem Geschäftsbereich ein wesentlicher Vermögensgegenstand, dem Umsätze zugerechnet werden können.

Am 10. Mai 2011 verhängte das BKartA gegen das Unternehmen Interseroh eine Geldbuße in Höhe von €206.000 wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbotes. Dies ist der erste Fall, in dem eine "freiwillige" nachträgliche Mitteilung über die Vollziehung eines Zusammenschlusses ohne vorherige Freigabe eine Geldbuße auslöste. Der in Frage stehende Zusammenschluss fand im Dezember 2008 statt, als die ehemalige HRR Stahlschrott- und Metallrecycling GmbH & Co. KG ("HHR") eine Option ausübte, ihre Anteile an der fm Beteiligungsgesellschaft ("fm") von 40% auf 49% zu erhöhen. Zugleich wurde der Gesellschaftsvertrag der fm so geändert, dass das Unternehmen wichtige Entscheidungen nur noch mit Zustimmung der HRR treffen konnte. Dieser Kontrollverstoß wurde nicht beim BKartA angemeldet, obwohl das Amt die Unternehmen in einem vorhergehenden Fusionskontrollverfahren auf die Anmeldepflicht hingewiesen hatte. Erst nachdem 2010 die HHR, ein Joint Venture zwischen der Alba/Interseroh-Gruppe und der Scholz AG, aufgelöst worden war, informierte Interseroh das BKartA über die das Anmeldeerfordernis auslösenden gesellschaftsrechtlichen Änderungen.

Kartelle

In der ersten Jahreshälfte 2011 unterstrich das BKartA erneut seine Bereitschaft, Kartellverfahren mit einem Ver-

gleich abzuschließen, selbst wenn sich nicht alle Kartellanten daran beteiligen wollen. Solche "hybriden" Vergleiche sind bei anderen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission nach wie vor selten.

Kartell für Feuerwehrfahrzeuge. Am 10. Februar 2011 ging das BKartA mit drei Herstellern von Feuerwehrfahrzeugen und einem Wirtschaftsprüfer in der Schweiz einen Vergleich ein und verhängte wegen Preis- und Quotenabsprachen Geldbußen in Höhe von insgesamt €20.5 Millionen. Gegen einen vierten Hersteller, der sich nicht auf einen Vergleich einlassen wollte, wird das Verfahren fortgeführt. Nach den Erkenntnissen des BKartA teilten die Kartellanten seit mindestens 2001 den deutschen Markt für Feuerwehrfahrzeuge untereinander auf. Sie vereinbarten über Jahre hinweg ihre jeweiligen Verkaufsanteile und meldeten ihre Auftragseingänge an den Wirtschaftsprüfer. Dieser erstellte daraus Listen, auf deren Basis die Einhaltung der vereinbarten Quoten bei regelmäßigen Treffen überprüft wurde. Darüber hinaus sprachen die Unternehmen Erhöhungen ihrer Preise ab und teilten die kommunalen Ausschreibungen von Feuerwehrfahrzeugen untereinander auf. Das BKartA verhängte gegen die beteiligten Personen zwar keine Geldbußen, übergab jedoch die Akten zum Zwecke weiterer Ermittlungen hinsichtlich eines möglichen Submissionsbetrugs an die zuständige Staatsanwaltschaft.

Unzulässiger Informationsaustausch in der Konsumgüterindustrie. Am 17. März 2011 schloss das BKartA gegen drei Hersteller von Konsumgütern ein Kartellverfahren wegen des Austausches von vertraulichen, wettbewerbsrelevanten Informationen im Vergleichswege mit einer Bußgeldentscheidung in Höhe von insgesamt €38 Millionen ab. Ein weiterer Hersteller entschied sich gegen einen Vergleich und wird vom BKartA eine separate Entscheidung erhalten. Nachdem das Verfahren aufgrund eines Kronzeugenantrags eingeleitet worden war, fand das BKartA heraus, dass sich die Hersteller regelmäßig über den Stand und Verlauf ihrer Verhandlungen mit den wichtigsten großen Einzelhändlern informierten. Einige Unternehmen tauschten zudem Informationen zu geplanten Preiserhöhungen aus.

Landgericht München erlässt fragwürdige Entscheidung zum Gesamtschuldnerausgleich. Am 16. März 2011 traf das Landgericht München diskussionswürdige Aussagen zu den Grundsätzen der Gesamtschuldnerschaft.

Im Juli 2009 hatte die Europäische Kommission im Kalziumkarbid-Kartell gegen neun Unternehmen für Kartellrechtsverstöße von April 2004 bis Januar 2007 eine Geldbußentscheidung in Höhe von insgesamt ca. €61 Millionen verhängt. Eines der bebußten Unternehmen war Stahl-Metallurgie GmbH ("SKW"), welches bis August 2004 eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Degussa AG (jetzt: Evonik Degussa, "Evonik") war, ehe sie von Arques gekauft wurde. Nach der Entscheidung der Europäischen Kommission haften Degussa und SKW für einen Betrag von €1.04 Million für Kartellrechtsverstöße von April bis August 2004 als Gesamtschuldner. (Für eine weitere Geldbuße von €13.3 Millionen für den Zeitraum ab August 2004 legte die Europäische Kommission eine gesamtschuldnerische Haftung von SKW und Arques fest.)

Nachdem Evonik den gesamten Betrag von €1.04 Millionen gezahlt hatte, verklagte die SKW auf Rückerstattung dieser Summe vor dem Landgericht München. Das Gericht wies die Klage jedoch zurück. Zur Begründung führte es aus, dass eine Ausgleichspflicht der SKW letztlich dazu führen würde, dass aus wirtschaftlicher Sicht die gegenwärtige Muttergesellschaft von SKW auch die Geldbuße hinsichtlich eines Zeitraums tragen müsste, in dem sie noch keine Kontrolle über die Tochtergesellschaft gehabt habe. Nach Auffassung des Gerichts ließe dieses Ergebnis die gegenüber der früheren Muttergesellschaft verfolgten „repressiven und präventiven Zwecke“ der Bußgeldentscheidung ins Leere laufen.

Die Entscheidung des Gerichts steht in Widerspruch zu den durch die europäische Rechtsprechung entwickelten Prinzipien der Gesamtschuldnerschaft. In kürzlich ergangenen Entscheidungen des Gerichts erster Instanz (jetzt: Gericht, EuG) haften bei Gesamtschuldnerschaft die beteiligten Unternehmen grundsätzlich zu gleichen Teilen, es sei denn, die Europäische Kommission bestimmt ausdrücklich eine anderweitige Haftungsverteilung. Zudem ignorierte das Landgericht, dass nach Auffassung der Europäischen Kommission die Tochtergesellschaft gerade für die gesamte Dauer des Kartells (mit-)haften soll. Es ist zu hoffen, dass Evonik gegen die Entscheidung Berufung einlegen wird, damit das Oberlandesgericht München die Gelegenheit erhält, zu diesen fundamentalen Fragen Stellung zu beziehen. Ferner sollte die Europäische Kommission Entscheidungen wie diese zum Anlass nehmen, die Haftungsquoten bei Bestehen von Gesamtschuldnerschaft genau festzulegen.

Private Kartellrechtsdurchsetzung

Bundesgerichtshof bejaht Klagerecht indirekter Abnehmer und die Zulässigkeit des sog. „Passing-on“-Einwands. Am 28. Juni 2011 entschied der BGH² über die Revision gegen ein Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe, in welchem es um Schadensersatz in einer kartellrechtlichen „Follow-on-Klage im Selbstdurchschreibepapier-Kartell ging.³ Die Europäische Kommission hatte im Dezember 2001 gegen mehrere Unternehmen wegen Preisabsprachen in diesem Bereich empfindliche Geldbußen verhängt. Das Oberlandesgericht Karlsruhe hatte sowohl das Klagerecht von indirekten Abnehmern als auch die Anwendbarkeit des sog. „Passing-on“-Einwands abgelehnt. Demgegenüber vertritt der BGH laut Pressemitteilung die Auffassung, dass auch indirekte Abnehmer grundsätzlich Opfer von Kartellabsprachen sein und daher prinzipiell ebenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen können. Nach Ansicht des BGH sollen sich die Kartellanten im Gegenzug aber gegen Schadensersatzforderungen mit dem Einwand verteidigen können, dass die Abnehmer die kartellbedingt überhöhten Preise an ihre eigenen Abnehmer weitergegeben und daher letztlich keinen Schaden erlitten haben. Die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe wird mit Spannung erwartet, da sie Aufschluss über die genaue Begründung des BGH zu diesen beiden wichtigen Fragen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geben dürften.

Marktmissbrauch

Oberlandesgericht folgt beim Zwangslizenzinwand nicht der *Microsoft*-Rechtsprechung. Am 20. Dezember 2010 äußerte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf zu den kartellrechtlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Zwangslizenzinwands in Patentverletzungsverfahren.

Nach Auffassung des Gerichts soll der Zwangslizenzinwand nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erhoben werden können, um dem Patentinhaber nicht die Substanz seines ausschließlichen Rechts zu nehmen. Für die Frage, wann solche außergewöhnlichen Umstände vorliegen, griff das Gericht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in *Magill*, *Bronner* und *IMS/Health* zurück, wonach die begehrte Patentnutzung für die Ausübung der Tätigkeit des Nutzers unentbehrlich sein muss. Nach Auffas-

sung des EuGH fehlt es an einer solchen Unentbehrlichkeit, wenn es für das Produkt oder die Dienstleistung tatsächlichen oder potenziellen Ersatz gibt, selbst wenn dieser unter Umständen „weniger günstig“ ist. Für den potenziellen Ersatz hat der EuGH es für maßgeblich gehalten, ob technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse ersichtlich seien, die es unmöglich oder unzumutbar machen würden, die in Frage stehende Dienstleistung zu erbringen und nach einer Alternativlösung zu suchen.

Im vorliegenden Fall hielt das Oberlandesgericht Düsseldorf diese strengen Voraussetzungen nicht für gegeben, so dass der Zwangslizenzinwand nicht durchgriff. In diesem Zusammenhang widersprach das Gericht ausdrücklich den Ausführungen des EuGH in seinem *Microsoft*-Urteil aus dem Jahre 2007, wonach bereits wirtschaftliche Unzumutbarkeit für die Unentbehrlichkeit ausreichen sollte. Zudem folgte das Oberlandesgericht Düsseldorf der Rechtsprechung des EuGH in *Magill*, *Bronner* und *IMS/Health* dahingehend, dass die Verweigerung des Zugangs zu der patentierten Technologie „jeglichen“ und nicht nur—wie in *Microsoft*—„wirksamen“ Wettbewerb ausschließen müsse. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Rechtsprechung des EuGH—anders als die Rechtsprechung des EuGH—für nationale Gerichte nicht bindend sei.

Oberlandesgericht zeigt sich bei der Schadensersatzbemessung in Preismissbrauchsfall klägerfreundlich. Das Oberlandesgericht Frankfurt erließ am 21. Dezember 2010 eine interessante Entscheidung zur Schadensberechnung bei kartellrechtswidrig überhöhten Preisen. In dem zugrundeliegenden Fall bestand zwischen Klägerin und Beklagter ein langfristiger Vertrag, demzufolge die Beklagte für die Klägerin bestimmte Arzneimittel in Lohnfertigung herstellte. Nachdem die Beklagte die Preise für das streitgegenständliche Arzneimittel über mehr als zehn Jahre nur moderat erhöht hatte, verlangte sie ab 2005 plötzlich einen im Vorjahresvergleich um 400% erhöhten Preis.

Diese Preiserhöhung stellte nach Ansicht des Gerichts einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Da die Beklagte hinsichtlich der Herstellung des streitgegenständlichen Arzneimittels weder tatsächlichem noch potenziellem Wettbewerb ausgesetzt war, war sie insoweit

² Az.: KZR 75/10.

³ Siehe Newsletter vom Januar 2011, abrufbar unter: http://www.arnoldporter.com/public_document.cfm?id=17116&key=7G0.

marktbeherrschend. Im Hinblick auf den missbräuchlichen Charakter der Preiserhöhung schlussfolgerte das Gericht, dass eine Preiserhöhung um 400% nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände gerechtfertigt sein könne, die die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte vorliegend nicht nachweisen konnte. Folglich stand der Klägerin Schadensersatz zu, dessen Höhe das Gericht in drei Schritten berechnete: Zunächst ging das Gericht davon aus, dass das marktbeherrschende Unternehmen zu einer „moderaten“ Preiserhöhung in Höhe von 10% berechtigt gewesen wäre. Sodann setzte es einen weiteren „Erheblichkeitszuschlag“ in Höhe von 20% an. Schließlich reduzierte das Gericht die Differenz zwischen dem alten und dem neuen Preis um die derart ermittelten 30% und billigte der Klägerin Schadensersatz in Höhe der verbleibenden Differenz von 370%.

Sektoruntersuchungen

Bundeskartellamt untersucht Lebensmitteleinzelhandel. Am 14. Februar 2011 leitete das BKartA eine Sektoruntersuchung im Lebensmitteleinzelhandel ein, bei der die Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für die Beschaffung von Nahrungs- und Genussmitteln im Mittelpunkt stehen wird. Hintergrund der Sektoruntersuchung ist der Umstand, dass die vier größten Handelsunternehmen gegenwärtig rund 85% des Absatzmarktes in Deutschland kontrollieren. Im Zuge der Untersuchung hofft das BKartA auf nähere Erkenntnisse darüber, ob und in welchem Ausmaß die führenden Handelsunternehmen Einkaufsvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern genießen und welche Auswirkungen derartige Vorteile gegebenenfalls auf den Wettbewerb auf den Absatzmärkten haben. Zusammenschlüsse im Lebensmitteleinzelhandel hat das BKartA bereits in der jüngeren Vergangenheit einer genauen Überprüfung unterzogen und sie häufig nur unter weitreichenden Auflagen freigegeben.⁴

BKartA legt kritischen Bericht zu Wettbewerbsmängeln auf den Tankstellenmärkten vor. Am 26. Mai 2011 präsentierte das BKartA die Ergebnisse seiner Untersuchung im Kraftstoffsektor. Das Amt kam zu dem Ergebnis, dass der deutsche Tankstellenmarkt durch ein marktbeherrschendes Oligopol von BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil

(Esso), Shell und Total geprägt sei und zwischen diesen Unternehmen kein wirksamer Wettbewerb herrsche. Insbesondere könnten die fünf Unternehmen durch ein System der Preisbeobachtung und—meldung jegliche Preisänderungen schnell erkennen und darauf zeitnah reagieren. Wie bereits in der Vergangenheit konnte das BKartA den Unternehmen jedoch nicht nachweisen, dass sie mit Hilfe dieses Systems ihre Preise in kartellrechtswidriger Weise koordinieren. Vielmehr musste das BKartA einräumen, dass angesichts der hochkonzentrierten Marktstruktur auch die kartellrechtlich nicht zu beanstandende unabhängige Anpassung an das Marktverhalten der Wettbewerber zu der parallelen Preisentwicklung führen könnte. Um die Verbraucher dennoch vor überhöhten Preisen zu schützen, forderte das BKartA den Gesetzgeber auf, gesetzgeberische Maßnahmen zu erwägen.

Außerdem kündigte das BKartA an, weitere Zusammenschlüsse auf dem Tankstellenmarkt zu verhindern und mögliche Kartellrechtsverstöße genau zu untersuchen; als Beispiele nannte das Amt insofern die unzulässige Preisbindung der freien Tankstellen und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen mit Marktabschottungswirkung, die die Mineralölkonzerne den Tankstellen auferlegen.

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

© 2011 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.

⁴ Siehe z.B. die Übernahme der Discounter-Sparte von Tengelmann (Plus) durch EDEKA, welche das BKartA erst freigab, nachdem sich EDEKA bereit erklärt hatte, 357 Plus-Filialen zu verkaufen.