

Luther.

Kartellrecht

Newsletter 1. Quartal 2013

Stand der 8. GWB Novelle

Seite 3

EU-Abkommen zum Austausch von Beweismitteln mit der Schweiz

Seite 4

Presse-Fusionskontrolle nach der BGH-Entscheidung Haller Tagblatt

Seite 5

Sektoruntersuchungen bei Kartellbehörden immer beliebter

Seite 6

Konzessionsvergabe und Rekommunalisierung im Fokus des Kartellrechts

Seite 8

Speaker's Corner

Wie viel Schonung braucht der Kronzeuge?

Seite 9

Nachrichten in Kürze

Seiten 10 & 11

- Europäische Kommission verhängt bisher höchste Geldbuße
- Europäischer Gerichtshof bestätigt EUR 38 Mio. Strafe wegen Siegelbruchs
- European Competition Network überarbeitet Kronzeugenregelungsmodell
- Bundeskartellamt verhindert Monopol bei Viskosefasern für Tampons
- Sektoruntersuchung duale Systeme vorgelegt
- Bundeskartellamt sieht sich erstmals Schadensersatzklage ausgesetzt

Aktuelle Veröffentlichungen

Seite 12

Veranstaltungen

Seite 12

Stand der 8. GWB Novelle

Die 8. GWB-Novelle wird nicht wie ursprünglich beabsichtigt, zum 1.1.2013 in Kraft treten, da der Vermittlungsausschuss am 12.12.2012 die Beratungen zur GWB-Novelle auf den Januar vertagt hat. Während die Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht sowie im Bereich der Kartellverfolgung weitgehend unstrittig sind, hat der Bundesrat zuletzt noch deutliche Änderungen an den branchenspezifischen Regelungen im Bereich der Krankenkassen und der Wasserwirtschaft gefordert.

I. Fusionskontrolle

Im Bereich der Fusionskontrolle soll der Marktbeherrschungstest in Angleichung an das europäische Recht durch den sog. SIEC-Test („significant impediment to effective competition“) ersetzt werden, wonach ein Zusammenschluss untersagt werden kann, wenn durch ihn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde (§ 36 Abs. 1). Da hiervon regelmäßig bei der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist, sind die Auswirkungen für die Praxis voraussichtlich überschaubar.

Von praktischer Relevanz ist jedoch die geplante Änderung der Bagatellmarktklausel. Zukünftig sind danach auch Zusammenschlüsse auf Bagatellmärkten mit einem Marktvolumen von bis zu 15 Mio. Euro anmeldepflichtig. Das Kartellamt erhält so die Möglichkeit, die Marktabgrenzung und das Marktvolumen zu prüfen – eine Untersagung des Zusammenschlusses ist bei Vorliegen eines Bagatellmarktes jedoch ausgeschlossen (§ 36 Abs. 1 Nr. 2).

II. Missbrauchsaufsicht

Die Vorschriften zur Marktbeherrschung und zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht werden redaktionell neu gefasst (§§ 18 bis 21). Die wichtigste materielle Änderung dürfte in der Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von 33 Prozent auf 40 Prozent liegen. Da die Schwellenwerte für die Oligopolvermutung jedoch nicht verändert werden soll, wird in vielen Fällen, in denen der Marktanteil des marktstärksten Unternehmens zwischen 33 Prozent und 40 Prozent liegt, zukünftig die Oligopolvermutung eingreifen.

III. Branchenspezifische Regelungen

1. Krankenkassen

Nach dem Willen der Bundesregierung soll das GWB zukünftig auf gesetzliche Krankenkassen entsprechende Anwendung finden – „entsprechend“ deshalb, weil sie kartellrechtlich nicht als Unternehmen gelten. Auch wenn die Politik immer wieder den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen propagiert und daher eine Anwendung des Kartellrechts durchaus konsequent erscheint, operieren die Krankenkassen doch in einem engen rechtlichen Korsett, dass eher an sozialpolitischen Belangen als am Wettbewerb ausgerichtet ist. Nicht zuletzt weil die Abgrenzung zwischen sozialrechtlich erwünschten und kartellrechtlich verbotenen Kooperationen erhebliche Unsicherheiten verursachen könnte, hat sich der Bundesrat gegen die Anwendung des Kartellrechts ausgesprochen.

2. Presse

Der Anwendungsbereich der Pressefusionskontrolle soll durch die Änderung des Umrechnungsfaktors von 20 auf 8 verkleinert werden (§ 38 Abs. 3). Zudem enthält die Novelle eine Sonderregelung, die unter bestimmten Bedingungen Sanierungsfusionen kleiner oder mittlerer Zeitungsverlage ermöglicht. Schließlich wird eine Vorschrift aufgenommen, die eine Ausnahme vom Kartellverbot für das Pressegrössen vorsieht.

3. Wasserwirtschaft / Energiewirtschaft

Die zuvor in einer Übergangsregelung enthaltene Freistellung für bestimmte Vereinbarungen im Bereich der Wasserwirtschaft soll in neue Regelungen (§§ 31 ff.) überführt werden. Die Wasserwirtschaft unterliegt danach weiterhin der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die besondere Missbrauchsaufsicht für die Energiewirtschaft (§ 29) wird ebenfalls verlängert. Nach dem Willen des Bundesrates sollen die Regelungen durch einen Ausschluss der Missbrauchsaufsicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge sowie einen Ausschluss von Durchleitungsansprüchen im Bereich der Wasserversorgung ergänzt werden.



Dr. Guido Jansen

Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24844

guido.jansen@luther-lawfirm.com

EU-Abkommen zum Austausch von Beweismitteln mit der Schweiz

Die Europäische Union und die Schweiz planen ein Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts. Der deutsche Bundesrat hat im ersten Durchgang grünes Licht dafür gegeben, dass der deutsche Vertreter im Rat der EU dem Abschluss des Abkommens zustimmt. Das Gesetzgebungsverfahren im Bundestag läuft (BT-Drs. 17/11050).

Das Abkommen hat es in sich. Im Gegensatz zu bestehenden Kooperationsabkommen mit anderen Drittstaaten lässt es auch den Austausch vertraulicher und nicht bloß allgemeiner Informationen zwischen der EU-Kommission und der Schweizer Wettbewerbskommission (WEKO) zu. Demnach können sich die Behörden bei Ermittlungen in Kartell-, Missbrauchs- oder Fusionskontrollverfahren erlangte Informationen gegenseitig überlassen, wenn beide Behörden dieselben oder miteinander verbundene Verhaltensweisen untersuchen. Die Informationen dürfen dann ausschließlich in diesen Verfahren verwendet werden. Nur im Rahmen von Kronzeugenanträgen oder Vergleichsverfahren erhaltene Unterlagen dürfen erst nach ausdrücklicher Zustimmung des Unternehmens übersandt werden, das die Informationen zur Verfügung gestellt hat. Ferner regelt das Abkommen, von welchen Durchsetzungsmaßnahmen sich die Behörden gegenseitig unterrichten müssen (z. B. Zusammenschlüsse; Maßnahmen, die sich gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen richten; Abhilfemaßnahmen) und wie diese koordiniert werden.

Bis dato kooperieren die Kommission und die WEKO auf Basis der OECD-Empfehlungen über die Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich. In Anbetracht der engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen der EU und der Schweiz soll nunmehr eine formelle Grundlage zur Bekämpfung grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen werden. Vor allem aber geht das Abkommen mit dem nunmehr möglichen Austausch vertraulicher Informationen einen entscheidenden Schritt weiter als die mit anderen Drittstaaten abgeschlossenen Kooperationsabkommen. Zwar bestehen bereits seit Jahren mit den USA (1991), Kanada (1999), Japan (2003) und Südkorea (2009) bilaterale „Abkommen erster Generation“, die verschiedene Instrumente für die Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik enthalten. Den Austausch von Beweismitteln schließen sie indes aus. Zuletzt hat die Kommission im September ein Memorandum of Understanding (MoU) mit China abgeschlossen, wonach die Kommission enger mit den chinesischen

Kartellbehörden NDRC und SAIC kooperieren will. Das MoU sieht neben einem Erfahrungsaustausch aber ebenfalls nur den Austausch nicht vertraulicher Informationen vor.

Das Abkommen erleichtert vor allem die Verfolgung und Ahndung von Kartellverstößen deutlich. Unternehmen, die sowohl in der EU als auch in der Schweiz tätig sind, müssen im Hinterkopf behalten, dass mit Abschluss des Abkommens ihre Unterlagen ohne ihr Einverständnis unter den Kartellbehörden ausgetauscht und gegen sie verwendet werden können.



Dr. Holger Stappert

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24843

holger.stappert@luther-lawfirm.com



Sophie Oberhammer

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 25040

sophie.oberhammer@luther-lawfirm.com

Presse-Fusionskontrolle nach der BGH-Entscheidung Haller Tagblatt

Am 19. Juni 2012 hat der Bundesgerichtshof (BGH) das Verbot beseitigt, mit dem das Bundeskartellamt (BKartA) den Kauf des Haller Tagblatt durch die Neue Pressegesellschaft verhindern wollte. Die Begründung ist nun öffentlich. Für künftige Zusammenschlüsse von Tageszeitungen folgt daraus:

- Ist weder das Ziel-Unternehmen in seinem noch die Erwerberin in ihrem Verbreitungsgebiet aktuellem oder potenziellem Wettbewerb ausgesetzt, darf das BKartA den Zusammenschluss nicht verbieten: Wo kein Wettbewerb besteht, kann er sich durch den Zusammenschluss auch nicht verschlechtern.
- Aktueller Wettbewerb fehlt in dem jeweiligen Verbreitungsgebiet, wenn dort kein anderes Blatt erscheint. Potenzieller Wettbewerb fehlt, wenn ein Eindringen Dritter in einen dieser beiden Märkte derzeit und in den nächsten 3 bis 5 Jahren nicht wahrscheinlich ist.
- Die lediglich denkbare Möglichkeit eines künftigen Wettbewerbs stellt ebenso wenig potenziellen Wettbewerb dar wie eine etwa bestehende publizistische Kontrolle durch die benachbarte Zeitung.
- Eine Kooperation auf dem Leser- und Anzeigenmarkt, ohne die ein kleines Lokalblatt nicht bestehen kann, wirkt eher wettbewerbsfördernd und ist somit kartellrechtlich unbedenklich. Daher darf und muss sie für die Frage eine Rolle spielen, ob aktueller oder potenzieller Wettbewerb besteht.
- Wenn eine Zeitung marktbeherrschend, aber wirtschaftlich nur aufgrund von (Anzeigen- und Mantel-) Kooperationen überlebensfähig ist, verstärkt sich ihre Stellung nur, wenn der Kaufinteressent einen eigenen Mantel und Anzeigenkooperationen mitbringt.

Verbot durch das Bundeskartellamt

Die Neue Pressegesellschaft gibt unter anderem die Abonnement-Tageszeitungen Südwest Presse, Hohenloher Tagblatt und die Rundschau für den Schwäbischen Wald heraus. Bereits 2002 hatte sie das Haller Tagblatt (und damit auch das Anzeigenblatt KreisKurier) übernehmen wollen, ihr Angebot aber zurückgezogen, weil das BKartA schon damals mit einem Verbot drohte. Daraufhin erwarb der damals 65-jährige Claus Detjen mit finanzieller Hilfe der Neuen Pressegesellschaft das Haller Tagblatt und setzte sich damit gegen den ebenfalls interessierten Konkurrenten Heilbronner Stimme durch.

Ende 2008 versuchte die Neue Pressegesellschaft erneut, das Haller Tagblatt zu übernehmen, diesmal von Herrn Detjen. Im April 2009 untersagte das BKartA den Kauf. Auf dem Leser- und auf dem Anzeigenmarkt im Raum Schwäbisch Hall betrage der Anteil des Haller Tagblatts fast 100 Prozent. Die Erwerberin sei in den benachbarten Räumen Crailsheim und Gaildorf mit ihren Blättern jeweils alleinbeherrschend auf den Lesermärkten. Durch den Zusammenschluss werde der potenzielle Wettbewerb wegfallen, den die Neue Pressegesellschaft auf den Markt in Schwäbisch Hall ausübe; in Crailsheim und Gaildorf werde das Haller Tagblatt als potenzieller Wettbewerber wegfallen und somit die dortige marktbeherrschende Stellung der Neuen Pressegesellschaft stärker.

Aufhebung des Verbots durch die Gerichte

Das OLG Düsseldorf hob die Untersagung am 22. Dezember 2010 auf. Der BGH kam zum selben Ergebnis. Denn der Unternehmenskauf verstärke weder die marktbeherrschende Stellung des Haller Tagblatt noch die der Neuen Pressegesellschaft.

Kein aktueller Wettbewerb

Das Haller Tagblatt war in seinem Verbreitungsgebiet marktbeherrschend, die Neue Pressegesellschaft ebenso in Crailsheim und Gaildorf. Aktuell gab es keinen Wettbewerb zwischen den beiden. Aktueller Wettbewerb konnte durch den Unternehmenskauf also nicht wegfallen und damit weder das Haller Tagblatt noch die Blätter der Neuen Pressegesellschaft stärken.

Kein potenzieller Wettbewerb

Auch potenzieller Wettbewerb bestand nicht und war auch nicht in 3 bis 5 Jahren zu erwarten. Die Neue Pressegesellschaft und das Haller Tagblatt kooperierten seit 1968 im Südwest Presseverbund, in dem die Neue Pressegesellschaft 17 Lokalverlage mit einem zentral erstellten Zeitungsmantel belieferte und für 14 von ihnen auch die überregionale Werbung vermarktete. Das Haller Tagblatt wurde überdies von der Neuen Pressegesellschaft gedruckt; in der Buchführung und elektronischen Datenverarbeitung arbeiteten die beiden zusammen. Unter diesen Umständen in Wettbewerb miteinander zu treten, war nach Ansicht der Gerichte für die Beteiligten weder wirtschaftlich zweckmäßig noch kaufmännisch vernünftig. Ein Anreiz, gegenseitig in Wettbewerb zu treten, setze voraus, dass statt der Neuen Pressegesellschaft ein Dritter das Haller Tagblatt erwerben würde, der über eine eigene Anzeigenkooperation

verfüge, einen Mantel liefern könne und es deshalb für wirtschaftlich vernünftig halten könnte, das Haller Tagblatt aus der bestehenden Kooperation herauszulösen. Das BKartA könne seine Prognose aber nicht mit der rein theoretischen Möglichkeit einer solchen Wettbewerbsentwicklung begründen. Durch den Zusammenschluss, so der BGH, ist erst dann eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten, „wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen“. Das OLG Düsseldorf hatte demgegenüber einen strengeren Maßstab angelegt. Es lagen aber auch nach dem milderen Maßstab des BGH keine konkreten Anhaltspunkte für potenziellen Wettbewerb vor. Der Versuch der Heilbronner Stimme vor acht Jahren, das Haller Tagblatt zu erwerben, lag dafür zu lang zurück.

Bedeutung des Internets

Das BKartA hatte Anhaltspunkte dafür gesehen, dass Märkte für sonstige Anzeigen von Märkten für Rubrikanzeigen abzugrenzen seien. In diese Märkte für Rubrikanzeigen (also zum Beispiel Anzeigen für gebrauchte Kfz) müssten möglicherweise Online-Rubrikportale (zum Beispiel www.scout24.de) einbezogen werden. Im Ergebnis ließ das Amt die-se Frage offen, weil es im vorliegenden Fall aus anderen Gründen die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung annahm. Außerhalb des Rubrikengeschäfts stellten nach Ansicht des Amtes Werbemöglichkeiten im Internet keine relevanten Ausweichmöglichkeiten für Werbetreibende dar. Das OLG Düsseldorf vertrat demgegenüber die Auffassung, dass gedruckte Rubrikanzeigen keinen einheitlichen Markt mit Online-Rubrikanzeigen bilden. Der BGH hat dazu nicht ausdrücklich Stellung genommen. Ein Fingerzeig – mehr nicht – mag sein Hinweis sein, die Wettbewerbsverhältnisse hätten sich durch das Vordringen des Internets verändert, auf den Pressemärkten sei durch das Internet eine Konkurrenz durch neue Anbieter, neue Mediengattungen und ein verändertes Mediennutzungsverhalten entstanden.



Dr. Helmut Janssen, LL.M.

(London), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Brüssel, Düsseldorf

Telefon +32 2 62 77763 / +49 211 5660 18763

helmut.janssen@luther-lawfirm.com

Sektoruntersuchungen bei Kartellbehörden immer beliebter

Das Instrument der einzelfallunabhängigen Untersuchung ganzer Wirtschaftszweige (sog. Sektoruntersuchung) erfreut sich bei den Kartellbehörden steigender Beliebtheit. Das Bundeskartellamt hat im August und September 2012 seine Abschlussberichte aus den Bereichen Fernwärme und Walz-asphalt vorgelegt. Im Dezember kam der Bericht über die Sektoruntersuchung der „dualen Systeme“ hinzu. Erst im Januar 2012 ist der Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Milch veröffentlicht worden. Vorangegangen waren die Bereiche Kraftstoffe und Stromgroßhandel im Jahr 2011. Noch nicht abgeschlossen ist die in der Öffentlichkeit viel beachtete und vom Bundeskartellamt von vornherein auf zwei Phasen angelegte Untersuchung des Lebensmitteleinzelhandels, in deren Verlauf bereits weit über 200 Unternehmen befragt worden sind. Weitere Untersuchungen sollen derzeit in Vorbereitung sein (die veröffentlichten Abschlussberichte sind auf der Homepage des Bundeskartellamts abrufbar).

Weitgehende behördliche Befugnisse

Die gesetzliche Grundlage für Sektoruntersuchungen findet sich in § 32e GWB. Danach dürfen die Kartellbehörden einen bestimmten Wirtschaftszweig oder (sektorübergreifend) eine bestimmte Art von Vereinbarungen untersuchen, wenn „starre Preise oder andere Umstände vermuten [lassen], dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist“. Zu diesem Zweck können die Behörden insbesondere alle erforderlichen Ermittlungen führen und Beweise erheben sowie von den Unternehmen Auskünfte über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse und die Herausgabe von Unterlagen verlangen (§ 32e Abs. 4 i. V.m. §§ 57, 59 GWB). Werden die durch einen förmlichen Auskunftsbefehl angeforderten Informationen und Dokumente nicht bereitgestellt oder macht ein Unternehmen unrichtige oder irreführende Angaben, kann die Behörde ein Bußgeld verhängen.

Ein konkreter Verdacht gegen bestimmte Unternehmen ist für eine Sektoruntersuchung nicht erforderlich. Für die Zulässigkeit der – regelmäßig umfangreichen – Auskunftersuchen genügt nach der ständigen Rechtsprechungspraxis vielmehr bereits ein „schlüssiges Ermittlungskonzept“ der Kartellbehörde. An bestimmte Fristen ist sie bei einer Sektoruntersuchung nicht gebunden. Damit sind letztlich die Anforderungen für die

Kartellbehörden denkbar gering und gleichzeitig ihre Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse äußerst weitgehend. Auch die EU-Kommission verfügt mit Art. 17 der VO 1/2003 über ein entsprechendes Instrumentarium und macht davon ebenfalls zunehmend Gebrauch.

Ankündigung konkreter Abhilfemaßnahmen

Die Abschlussberichte des Bundeskartellamts sind regelmäßig mit sehr konkreten Hinweisen auf die nächsten Schritte verbunden, die die Behörde zur Abstellung der identifizierten wettbewerblichen Probleme beabsichtigt. So heißt es im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Walzasphalt vom September 2012, dass die betroffenen Unternehmen zunächst drei Monate Zeit erhalten, um ihre Bereitschaft zu erklären, die in der Untersuchung festgestellten kartellrechtlichen Probleme „in einem angemessenen Zeitraum“ zu beseitigen. Im konkreten Fall ging es um die Gründung etlicher Gemeinschaftsunternehmen und um weitere Verflechtungen zwischen bestimmten Unternehmen der Walzasphaltindustrie. Hier erwartet das Bundeskartellamt eine zügige Auflösung der beanstandeten gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen. Im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme vom August 2012 hat das Amt zwar kein flächendeckend überhöhtes Preisniveau der Versorger festgestellt, aber eine sehr heterogene Erlössituation vorgefunden. Die Behörde hat daher konkret angekündigt, Missbrauchsverfahren gegen solche Fernwärmeunternehmen einzuleiten, deren Erlöse besonders stark vom Durchschnitt ihrer jeweiligen Vergleichsgruppe abweichen.

Sorgfältige Vorbereitung erforderlich

Vor dem Hintergrund der insbesondere beim Bundeskartellamt offenbar steigenden Beliebtheit von Sektoruntersuchungen, den geringen Anforderungen für die Kartellbehörden und den weitreichenden Folgen für die befragten Unternehmen sollten diese einen etwaigen Auskunftsbefehl intensiv prüfen und ihre Antworten äußerst sorgfältig vorbereiten – hier gilt es, alle möglichen Interpretationen und Rückwirkungen so gut wie möglich im Vorhinein zu berücksichtigen, um sich gegen spätere Maßnahmen zu wappnen. Nach Abschluss einer Sektoruntersuchung sollten sich alle Marktteilnehmer (nicht nur die befragten) mit den Ergebnissen intensiv auseinandersetzen. Aufgrund der gebotenen Selbstveranlagung sind alle Unternehmen verpflichtet, ihr Verhalten selbst daraufhin zu überprüfen, ob es mit allen kartellrechtlichen Anforderungen vereinbar ist.



Anne Caroline Wegner, LL.M.
(European University Institute), Partnerin
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 18742
anne.wegner@luther-lawfirm.com



Franz-Rudolf Groß, LL.M.
(London)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 18722
franz-rudolf.gross@luther-lawfirm.com

Konzessionsvergabe und Rekommunalisierung im Fokus des Kartellrechts

In zahlreichen Kommunen laufen derzeit die Konzessionsverträge für die Strom- und Gasversorgung aus. Vielfach wird in diesem Rahmen erwogen, die Energieversorgung in diesem Zuge zu (re-)kommunalisieren und ein eigenes Stadtwerk – ggf. gemeinsam mit einem Kooperationspartner – zu gründen, dass die Netze im Gemeindegebiet übernehmen soll. Im politischen Raum werden hierfür neben fiskalischen Gründen häufig umwelt- oder sozialpolitische Argumente vorgebracht. So sollen erneuerbare Energien gefördert, die Energiewende vor Ort unterstützt, die Energieeinsparung gefördert oder die sozialverträgliche Versorgung sichergestellt werden.

Leider wird in dieser politischen Gemengelage nur allzu oft übersehen, dass diese Ziele kaum geeignet sind, die Vergabe eines Konzessionsvertrages an ein neu gegründetes Stadtwerk zu rechtfertigen. Die Kommunen sind vielmehr als Marktbeherrscher gemäß § 20 GWB i.V.m. § 46 EnWG verpflichtet, ein diskriminierungsfreies Verfahren zur Vergabe der Konzession durchzuführen und dabei den Zielen des § 1 EnWG Rechnung zu tragen. Dies gilt – wie durch eine jüngst ergangene Entscheidung des OLG Schleswig, Urt. vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, bestätigt wird – auch dann, wenn die Kommune erwägt, einen Eigenbetrieb mit dem Netzbetrieb zu betrauen. Geeignete Kriterien sind demnach insbesondere eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung. Da es bei der Konzessionsvergabe jedoch allein um den Betrieb des Netzes und nicht um die eigentliche Versorgung der Kunden oder gar die Art der Energieerzeugung geht und zudem der Netzbetrieb mit Blick auf die Anschluss- und Zugangsbedingungen und die Netzentgelte umfassend reguliert ist, dürfte den Kriterien der Sicherheit und Effizienz besondere Bedeutung zukommen – zumal die Effizienz im Rahmen der Entgeltregulierung letztlich auch einen entscheidenden Einfluss auf die Preisgünstigkeit hat.

Umwelt- und Verbraucherschutz – etwa in Form des Ausbaus der erneuerbaren Energien oder einer sozialverträglichen Tarifgestaltung – sind hingegen Ziele, die vor allem auf der Ebene der Erzeugung bzw. des Vertriebs eine zentrale Bedeutung gewinnen. Wenn die Kommune erneuerbare Energie fördern oder soziale Belange schützen möchte, liegt es sehr viel näher, sich im Bereich der Erzeugung oder des Vertriebs zu engagieren, als im Bereich des Netzbetriebes.

Wie man sich leicht vorstellen kann, dürfte es in vielen Fällen daher nicht leichtfallen zu begründen, weshalb ein neu gegründetes Stadtwerk einen sichereren oder effizienteren Netzbetrieb gewährleisten sollte als ein bereits seit langem etablierter und erfahrener Netzbetreiber, bei dem sich im Zweifel auch noch Synergien mit umliegenden Netzgebieten ergeben. Erfolgt die Vergabe der Konzession jedoch letztlich allein auf der Basis politischer oder fiskalischer Gründe an das eigene Stadtwerk, ist der entsprechende Konzessionsvertrag nichtig. Dies zeigt sich spätestens dann, wenn auf Basis des neuen Konzessionsvertrages Ansprüche auf Überlassung der Netzanlagen geltend gemacht werden. Daneben drohen – jedenfalls theoretisch – auch Schadensersatzansprüche und Bußgelder.

Es kann daher nur dazu geraten werden, auch im Rahmen der Rekommunalisierungsdebatte die im Energierecht verankerte Trennung des Netzbetriebs von der Erzeugung und dem Vertrieb ernst zu nehmen und die Entscheidung über die Konzessionsvergabe nicht durch einen politisch oder fiskalisch motivierten Wunsch nach einem integrierten Stadtwerk faktisch vorwegzunehmen.



Dr. Guido Jansen

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24844

guido.jansen@luther-lawfirm.com

Speaker's Corner

Wie viel Schonung braucht der Kronzeuge?

In den letzten Jahren haben die Kartellbehörden erstaunliche Erfolge in der Kartellverfolgung mit ihrer Kronzeugenregelung erzielt. Kern der Kronzeugenregelung ist, dass der Kronzeuge, wenn er als erster den Kartellsachverhalt der Kartellbehörde offenbart, einen vollständigen Bußgelderlass bekommt. Auch für spätere Kronzeugen kann es immerhin noch eine Reduzierung des Bußgelds geben. Nach Abschluss des Bußgeldverfahrens stellt sich zunehmend jedoch die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung der Kartellanten. Nach dem gegenwärtigen Stand der Praxis kann der Kronzeuge ebenso wie jeder andere Teilnehmer des Kartells zur Schadensersatzhaftung herangezogen werden. Da der Kronzeuge in seinem Kronzeugenantrag den Großteil der Informationen zum Kartell, welche im Regelfall auch für die Substantiierung einer Schadensersatzklage benötigt werden, offengelegt hat, ist der Kronzeuge aus der Sicht des Geschädigten oft der ideale Klagegegner. Dies gilt umso mehr, als der Bußgeldbescheid gegen den oder die Kronzeugen oft sehr viel früher rechtskräftig wird als die Bußgeldbescheide gegen die übrigen Kartellanten.

Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche setzt jedoch oft voraus, dass dem Kläger möglichst umfassend Einsicht in die Akten des Bußgeldverfahrens gewährt wird. Dass der Anspruch auf Akteneinsicht grundsätzlich besteht, hat der EuGH im vielzitierten Pfeleiderer-Urteil (vgl. dazu NL 3. Q./2011, S. 2) anerkannt. Dennoch streben die Kartellbehörden mit allen Mitteln danach, die Akteneinsicht der Geschädigten weitgehend zu beschränken oder gar ganz auszuschließen. Dieses ist ihnen im konkreten Fall Pfeleiderer vor dem AG Bonn auch gelungen (vgl. dazu NL 2. Q./2012, S. 3). Damit soll die zivilrechtliche Haftung des Kronzeugen möglichst gering gehalten oder gar ganz vermieden werden. Die Kartellbehörden gehen davon aus, dass der Kronzeuge ohne eine zivilrechtliche Privilegierung auch gegenüber den Kartellbehörden den Kartellsachverhalt nie offenbaren würde, da dann das Haftungsrisiko in der Gesamtbetrachtung für ihn zu groß wäre. Andere Stimmen sehen dagegen die zivilrechtliche Haftung des Kronzeugen als irrelevant für die Frage an, ob ein Kronzeuge sich den Kartellbehörden offenbart.

In der Diskussion um die Kronzeugenprivilegierung werden nun zahlreiche Privilegierungsmodelle diskutiert. Genannt werden dabei (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Haftung des Kronzeugen nur für direkte und indirekte Vertragspartner
- Haftungsbeschränkung auf Marktanteil des Kronzeugen
- Ausschluss der gesamtschuldnerischen Haftung des Kronzeugen
- Haftung des Kronzeugen nur für einfachen Schadensersatz und der Mitkartellanten für dreifachen Schadensersatz
- Binnenregress des Kronzeugen gegenüber Mitkartellanten
- Erstattung der zivilrechtlichen Haftung des Kronzeugen durch die Staatskasse
- Haftungsausschluss

Diese Privilegierungsmodelle können dann noch mit drei multipliziert werden, und zwar mit den drei Szenarien „keine Akteneinsicht“ (so wie derzeit in Österreich), „Akteneinsicht im Einzelfall“ (so wie derzeit in Deutschland) und „vollständige Akteneinsicht“ (so wie eventuell demnächst auf EU-Ebene). Im Ergebnis stehen sich damit die beiden Extrempole (keine Akteneinsicht i.V.m. vollständigem Haftungsausschluss des Kronzeugen und vollständige Akteneinsicht i.V.m. voller zivilrechtlicher Haftung des Kronzeugen) gegenüber. Diese Diskussion ist erst am Anfang. Sie wird weitgehend von der wissenschaftlichen Literatur getragen, während die Praxis bisher in dieser Richtung nicht aktiv geworden ist.

Es interessiert uns daher Ihre Meinung. Insbesondere würden uns die Antworten auf folgende Fragen interessieren:

1. Sind Sie der Meinung, dass die zivilrechtliche Haftung einen potenziellen Kronzeugen von der Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung abhalten würde?
2. Sind Sie der Meinung, dass der Kronzeuge zivilrechtlich privilegiert werden müsste?
3. Wenn Sie Frage 2 mit „ja“ beantworten: In welchem Ausmaß müsste diese Privilegierung geschehen?



Dr. Thomas Kapp, LL.M.
(University of California), Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12893
thomas.kapp@luther-lawfirm.com

Nachrichten in Kürze

Europäische Kommission verhängt bisher höchste Geldbuße

Die Kommission hat im Dezember ein Kartellbußgeld in Höhe von EUR 1,47 Mrd. gegen sieben Elektronikkonzerne verhängt. Die Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme hatten von 1996 bis 2006 für die jeweilige Produktgruppe ein Kartell gebildet, in dem sie Preise abgesprochen, den Markt (u. a. nach Kunden) aufgeteilt, die Kapazitäten und Produktion kontrolliert und sensible Geschäftsdaten ausgetauscht haben. Laut Joaquín Almunia handelte es sich um Kartelle „wie aus dem Lehrbuch“. Neben den weitreichenden Absprachen waren die Unternehmen auch sehr gut organisiert. So fanden regelmäßige Treffen auf verschiedenen Managementebenen, teilweise sogar wöchentlich, statt. Aufgedeckt wurden die Kartelle durch einen Hinweis von Chunghwa, einem der beteiligten Unternehmen. Chunghwa erhielt hierfür einen vollständigen Bußgelderlass. Ohne diesen Erlass hätte die Geldbuße EUR 1,69 Mrd. Euro betragen. Drei weitere Unternehmen erhielten für ihre Zusammenarbeit mit der Kommission ebenfalls einen Bußgelderlass zwischen 10 Prozent und 40 Prozent.

Europäischer Gerichtshof bestätigt EUR 38 Mio. Strafe wegen Siegelbruchs

Der EuGH hat das 2008 von der Kommission wegen Siegelbruchs gegen E.ON verhängte Bußgeld in Höhe von EUR 38 Mio. und das entsprechende Urteil des EuG aus dem Jahr 2010 bestätigt (Urteil in der Rechtssache C-89/11 P). Bricht ein Unternehmen im Rahmen einer Nachprüfung vorsätzlich oder fahrlässig ein von der Kommission angebrachtes Siegel, könne die Kommission Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 1 Prozent des Umsatzes festsetzen. Das Gericht habe daher bei der Beurteilung der Geldbuße nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Die Bußgeldhöhe von EUR 38 Mio. entsprach hier 0,14 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens. Da Geldbußen, die im Falle eines Siegelbruchs verhängt werden, eine abschreckende Wirkung haben sollen, könne das Bußgeld hier nicht als überhöht angesehen werden. Der Gerichtshof stellte auch klar, dass ein bloßer Hinweis auf die Möglichkeit des Vorliegens eines Umstandes, der den Beweiswert des Siegels erschüttern könnte, nicht genügt, um der Kommission die Last des Gegenbeweises aufzuerlegen. Der EuGH beschränkt sich im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens auf eine Kontrolle reiner Rechtsfragen. Es obliegt daher allein dem EuG, den Wert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen.

European Competition Network überarbeitet Kronzeugenregelungsmodell

Das bereits seit 2006 für das Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden (EU Kommission inkl. Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten) bestehende Kronzeugenregelungsmodell („MLP“) wurde überarbeitet und vereinfacht. Durch das MLP soll sichergestellt werden, dass potenzielle Antragsteller nicht durch die Unterschiede zwischen den Kronzeugenregelungen der Mitgliedsstaaten vom Stellen eines Kronzeugenantrags abgehalten werden. Nunmehr wird die Möglichkeit Kurzanträge zu stellen nicht mehr wie bisher nur dem ersten Antragssteller, sondern allen Antragstellern geboten. Auch wurde eine Standardvorlage für Kurzanträge erstellt, die in allen Mitgliedsstaaten verwendet werden kann. Zusätzlich wurde eine Liste derjenigen Wettbewerbsbehörden veröffentlicht, die Kurzanträge auch in englischer Sprache akzeptieren – darunter auch das Bundeskartellamt. Das MLP findet in den Mitgliedsstaaten zwar keine direkte Anwendung, die Mitgliedsstaaten wirken jedoch darauf hin, ihre nationale Kronzeugenregelungen an das MLP anzupassen.

Bundeskartellamt verhindert Monopol bei Viskosefasern für Tampons

Das Bundeskartellamt hat der Lenzing AG den beabsichtigten Erwerb von 90 Prozent der Anteile der Kelheim Hygiene Fibres GmbH untersagt. Beide Unternehmen sind weltweit die einzigen Hersteller von Viskosefasern zur Herstellung von Tampons. Eine Übernahme hätte daher zu einem Monopol geführt. Nachfrager sind die großen Markenartikelhersteller und die Handelsmarkenhersteller von Tampons. Das Bundeskartellamt hat eine Umstellung der Produktion von der Herstellung herkömmlicher Viskosefasern auf die Herstellung der speziellen Viskose für die Tamponherstellung als wirtschaftlich nicht lohnend erachtet. Auch Markteintritte anderer Unternehmen seien nicht zu erwarten. Baumwollfasern würden in der Branche nicht als Ersatz anerkannt. Selbst unter Berücksichtigung der Hersteller von geeigneten Baumwollfasern, würden die beiden Unternehmen den Markt beherrschen. Der Beschluss ist nicht rechtskräftig.

Sektoruntersuchung duale Systeme vorgelegt

Das Bundeskartellamt hat seinen Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung „duale Systeme“ veröffentlicht. Die Wettbewerbsöffnung auf dem Markt der Rücknahme und Verwertung von Verpackungen, die beim privaten Endverbraucher anfallen, habe, so der Bericht, eine Reihe von positiven Änderungen bewirkt. Der Marktanteil des Dualen Systems Deutschland sei

von ehemals 100 Prozent durch den Marktzutritt neun weiterer Anbieter auf 44 Prozent zurückgegangen. Die Gesamtkosten seien von EUR 2 Mrd. auf unter EUR 1 Mrd. pro Jahr gesunken. Auch habe die Marktöffnung zu einer Qualitätsverbesserung beim Recycling und einem Innovationsschub bei der Sortiertechnik geführt. Befürchtete negative Auswirkungen seien hingegen ausgeblieben. Die Sammlungen seien zuverlässig und die Recyclingquoten seien nicht gesunken. Das Bundeskartellamt will sich auch weiterhin für eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Rahmenbedingungen einsetzen. Verbleibende Wettbewerbsbeschränkungen, die im Rahmen der Sektoruntersuchung identifiziert wurden, sollen abgebaut werden. Soweit erforderlich, wird das Bundeskartellamt diesen auch mit Einzelverfahren entgegenwirken.

Bundeskartellamt sieht sich erstmals Schadensersatzklage ausgesetzt

Erstmalig verklagt ein Unternehmen das Bundeskartellamt auf Schadensersatzansprüche in Höhe von EUR 1,1 Mrd. 2007 hatte das Bundeskartellamt den geplanten Verkauf der Hörgerätesparte des dänischen Konzerns GN an die Schweizer Firma Phonak untersagt. Gegen diese Untersagungsverfügung hatte GN Beschwerde eingelegt und gewann am Ende vor dem Bundesgerichtshof. Aufgrund dessen macht GN nun einen Schadensersatzanspruch gegen das Bundeskartellamt geltend. Während andere Behörden regelmäßig solchen Amtshaftungsansprüchen ausgesetzt sind und auf europäischer Ebene Unternehmen schon mehrfach Schadensersatzansprüche gegen die Kommission geltend gemacht haben, ist dies die erste Klage gegen das Bundeskartellamt. Das Urteil soll voraussichtlich Ende Februar 2013 verkündet werden.

Aktuelle Veröffentlichungen

Dr. Katja Bidmon	„Neue Entwicklung im Vertriebsrecht: Sind Preisvorgaben zulässig, solange sie keinen wettbewerbsschädigenden Einfluss haben?“ in: ChinaContact Januar 2013, S. 35–36
Dr. Katja Bidmon	„Öffentliches Interesse hat Priorität – Drei Jahre Antimonopolgesetz“ in: ChinaContact Februar 2012, S. 38–39
Dr. Holger Stappert Franz-Rudolf Groß, LL.M. (London)	„Kommentierung des § 118 EnWG“ in: Praxiskommentar zum EnWG Herausgegeben von Rosin/Pohlmann/Gentzsch/Metzenthin/Böwing, Loseblattsammlung, 4. Lfg., 2012
Dr. Guido Jansen Dr. Sven Leif Erik Johannsen, LL.M. oec.	„Die Bewertung von Vergleichsvereinbarungen in Patentstreitigkeiten nach dem europäischen Kartellverbot“ in EuZW 2012, Heft 23, S. 893–897
Dr. Holger Stappert Dr. Sven Leif Erik Johannsen, LL.M. oec.	„Rechtsfragen der Biogaseinspeisung nach der GasNZV“ in REE Heft 4/2012, S. 201–209
Anne C. Wegner, LL.M. (European University Institute) Dr. Sven Leif Erik Johannsen, LL.M. oec.	Kölner Kommentar zum Kartellrecht Band 3: Europäisches Kartellrecht – Kommentierung der Vertikal GVO Carl Heymanns Verlag

Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
06. März 2013	Praxisseminar Internetvertrieb – Aktuelle Rechtsprechung, Entwicklungen und Problemfelder (Dr. Maximilian Dorndorf Dr. Holger Stappert Anne Caroline Wegner LL.M. (European University Institute))	Forum Institut, Pullmann, Köln

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0

Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Sophie Oberhammer, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24834, Telefax +49 211 5660 110

sophie.oberhammer@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: VISCHER&BERNET GmbH

Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1

70180 Stuttgart, Telefon +49 711 23960 0, Telefax +49 711 23960 49

contact@vischer-bernet.de

Druck: Zarbock GmbH & Co. KG

Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 69 420903 0

Telefax +49 69 420903 50, team@zarbock.de

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Kartellrecht“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a.M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart
Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf www.luther-lawfirm.com

Auf den Punkt. Luther.

