

Newsletter 4. Quartal 2005

Kartell- und EU-Recht

Erste praktische Auswirkungen der 7. GWB-Novelle im Bereich der Fusionskontrolle	Seite 2
Wettbewerbsbeschränkungen in Handelsvertreter-Verträgen – EuG korrigiert widersprüchliche Praxis der Kommission	Seite 3
BGH zwingt zur Offenlegung der Kalkulation der Netznutzungsentgelte	Seite 4
Langfristige Erdgaslieferverträge: Kompromiss mit dem Bundeskartellamt gescheitert	Seite 5
EuG bestätigt Untersagung des Zusammenschlusses EDP/ENI/GDP	Seite 6
BGH präzisiert Anforderungen an Beweiswürdigung für die Annahme eines kartellbedingten Mehrerlöses	Seite 7
Fusionskontrolle: Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zu § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	Seite 8
BGH: Fußballvereine dürfen Entgelte für die Hörfunkberichterstattung aus dem Stadion verlangen	Seite 9
Aktuelle Nachrichten in Kürze	Seite 10

In Association with  ERNST & YOUNG

In eigener Sache

Die neue Ausgabe unseres Newsletters erscheint unter der Überschrift „Kartell- und EU-Recht“ statt wie bisher unter „International Trade & Anti-Trust“. Diese „Neubezeichnung“ macht die verstärkte Ausrichtung unserer Kanzlei nach Fachkompetenzen statt wie bisher nach Praxisgruppen deutlich. Der inhaltliche Zuschnitt des Newsletters bleibt unverändert. Weiterhin werden wir Sie qualifiziert, insbesondere in den Themengebieten Kartell- und Europarecht, informieren.

Wir hoffen, dass Sie auch in dieser Ausgabe unseres Newsletters viele nützliche Informationen und Anregungen bekommen. Wir freuen uns auch über jegliches Feedback – seien es lobende oder kritische Anmerkungen!

Dr. Thomas Kapp, LL.M.
thomas.kapp@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-21145

Kartell- und EU-Recht

Erste praktische Auswirkungen der 7. GWB-Novelle im Bereich der Fusionskontrolle

In dem praktisch vielfach relevanten Bereich des Rechtsschutzes Dritter gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts (BKartA; vgl. hierzu unsere Newsletter 4. Quartal 2004, 3. Quartal 2004 und 1. Quartal 2004) zeigen sich bereits erste praktische Auswirkungen der 7. GWB-Novelle: Mit Beschluss vom 25. Oktober hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf erstmals entschieden, dass Wettbewerber nach neuem Recht nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen einen vom BKartA freigegebenen Zusammenschluss beantragen können. Dies war insbesondere nach alter Gesetzeslage ein beliebtes Mittel für Wettbewerber, den Vollzug eines Zusammenschlusses auf absehbare Zeit zu verhindern bzw. sich den Verzicht auf das Rechtsmittel „abkaufen“ zu lassen. Vor dem Hintergrund, dass der zeitliche Rahmen, in dem eine Fusion wirtschaftlich sinnvoll ist, häufig knapp bemessen ist, konnten bereits mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Fusionen vielfach verhindert werden. Für einen solchen Antrag war es nach alter Rechtslage ausreichend, wenn wirtschaftliche Interessen des Antragstellers betroffen waren.

Nach der neuen Fassung des § 65 Abs. 3 GWB durch die 7. GWB-Novelle ist ein Antrag eines Dritten auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der von ihm eingelegten Beschwerde nur noch zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein. Damit wollte der Gesetzgeber die Antragsbefugnis im Eilverfahren im Bereich der Fusionskontrolle einschränken und die zeitliche Verzögerung wichtiger Investitionsentscheidungen und eine mögliche miss-

bräuchliche Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes verhindern. Das OLG folgte nun diesen Motiven und entschied, dass Wettbewerbern grundsätzlich die Antragsbefugnis fehlt, wenn sie die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde verlangen. Weder die Eigenschaft als Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten noch die Fusionskontrollvorschriften verleihen nämlich – was auch bereits vor der 7. GWB-Novelle der herrschenden Meinung entsprach – subjektive Rechte im Sinne von § 65 Abs. 3 GWB. Für Wettbewerber ist somit allenfalls noch in Ausnahmefällen eine Antragsbefugnis denkbar. Im Regelfall werden Anträge auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung künftig bereits als unzulässig verworfen werden; eine Blockade von Fusionen durch Dritte im Wege des Eilverfahrens ist deshalb kaum mehr zu befürchten.

Für die Antragsbefugnis im Beschwerde-Hauptsacheverfahren genügt aber – wie bisher – bereits die erhebliche Berührung des Beschwerdeführers in wirtschaftlichen Interessen. Weitere Voraussetzung für die Beschwerde eines Dritten ist, dass er sich bereits zum kartellbehördlichen Verfahren hat beiladen lassen (vgl. hierzu unseren Newsletter 3. Quartal 2004).

Dr. Thomas Kapp, LL.M.
thomas.kapp@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-21145

Stefan E. Meßmer
stefan.messmer@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-19164

Wettbewerbsbeschränkungen in Handelsvertreter-Verträgen – EuG korrigiert widersprüchliche Praxis der Kommission

Auf Handelsvertreterverträge ist das Kartellverbot nicht anwendbar, wenn der Handelsvertreter so in das Unternehmen seines Geschäftsherrn eingegliedert ist, dass beide zusammen ein und dieselbe wirtschaftliche Einheit mit einheitlichem Marktverhalten bilden. Diese Regel war entscheidend dafür, dass das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) einen Bußgeldbescheid gegen die DaimlerChrysler AG von Euro 72 Millionen auf ca. Euro 10 Millionen herabgesetzt hat (Urteil vom 15. September 2005, Rs. T-325/01 – „DaimlerChrysler AG/Kommission“). Über diesen Einzelfall hinaus hat das Urteil Bedeutung, weil es die Auslegungspraxis der Kommission zu Handelsvertreterverträgen korrigiert.

DaimlerChrysler hatte seine Handelsvertreter durch Weisung unter anderem dazu verpflichtet, dass sie Neufahrzeuge nur an Kunden in ihrem Gebiet verkaufen und bei Bestellungen durch Kunden aus anderen Mitgliedstaaten eine Anzahlung in Höhe von 15 % verlangen. Die Europäische Kommission sah hierin unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 EG. DaimlerChrysler habe durch die Weisung, nur im eigenen Gebiet zu verkaufen, den internen Wettbewerb zwischen den Handelsvertretern spürbar beschränkt. Ferner liege in der Forderung nach einer Anzahlung von 15 % von ausländischen Kunden der Versuch, Parallelhandelsgeschäfte gegenüber deutschen Fahrzeugverkäufen zu diskriminieren. Mit dieser Begründung hatte die Kommission am 10. Oktober 2001 gegen die DaimlerChrysler AG Geldbußen in Höhe von insgesamt Euro 71,825 Millionen verhängt.

Das EuG hat die Bußgeldentscheidung der Kommission weitgehend verworfen. Die Begründung ist recht einfach: Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Artikel 81 Absatz 1 EG) setzt voraus, dass zwei oder mehr Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung vereinbaren (in den Worten des EuG geht es um „ausschließlich ein bilateral oder multilateral koordinierendes Vorgehen in Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“). Die Daimler-Benz-Vertreter waren jedoch als integrierter Teil der Daimler-

Chrysler AG zu sehen, so dass die Weisung an die Handelsvertreter keine Vereinbarung mit einem anderen Unternehmen war, sondern ein einseitiges Verhalten der DaimlerChrysler AG. Die Weisung an die Vertreter stellte das EuG damit kartellrechtlich einer rein intern wirkenden Weisung eines Unternehmens an seinen Arbeitnehmer oder an eine Konzern-Tochter gleich. Mangels einer Koordination zwischen Unternehmen konnte das Kartellverbot folglich nicht greifen.

Das EuG dürfte mit seinem Urteil die schwankende Praxis der Kommission bei der Beurteilung von Handelsvertretern beenden. Die Kommission legte seit längerer Zeit den Begriff des „Handelsvertreters“ in unterschiedlicher Weise aus. In ihrer ersten Bekanntmachung über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern aus dem Jahr 1962 betrachtete die Kommission als maßgebliches Kriterium für den Ausschluss des Kartellverbots die Funktion der Handelsvertreter als bloße Hilfsorgane, die kein eigenes finanzielles Risiko tragen und im Auftrag und Interesse des Unternehmens tätig werden. Die „Risikoübernahme“ und „Eingliederung in das Unternehmen“ als Kriterien der Abgrenzung von Handelsvertretern zu Eigenhändlern hat die Kommission darüber hinaus in ihrer Entscheidung „Europäische Zuckerindustrie“ aus dem Jahr 1973 hervorgehoben. In dieser Entscheidung verneinte sie die „Eingliederung als Hilfsorgan“ für den Fall, dass ein Handelsvertreter mehr als einen Geschäftsherrn vertrat. In den Leitlinien der Kommission zu vertikalen Beschränkungen aus dem Jahr 2000 hieß es dann überraschend: „Entscheidend ... ist das finanzielle oder geschäftliche Risiko, das der Vertreter ... trägt. Dabei ist es unwesentlich, ob der Vertreter für einen oder mehrere Auftraggeber handelt.“ Das bedeutete, dass Verträge mit Mehrfirmen-Handelsvertretern vom Kartellverbot ausgenommen sind, wenn sie keine Risiken für ihre Geschäftsherren tragen. Im Jahr 2004 schien die Kommission hiervon jedoch schon wieder abzuweichen („Souris-Topps“-Entscheidung), wobei sie sich ausdrücklich auf die anders lautende Rechtssprechung des EuGH berief. Das EuG hat im DaimlerChrysler-Urteil die EuGH-Rechtssprechung fortgesetzt (EuGH-Urteile v. 1. Oktober 1987, Rs. C-311/85 – „Vlaamse Reisbureaus“, v. 24. Oktober 1995,

Kartell- und EU-Recht

Rs. C-266/93 – „Volkswagen AG“): Es kommt also weiterhin darauf an, ob ein Handelsvertreter in das Unternehmen seines Geschäftsherrn eingegliedert ist. Dies bedeutet im Wesentlichen Weisungsgebundenheit. Überdies ist entscheidend, ob der Handelsvertreter Risiken für den Geschäftsherrn übernimmt. Handelsvertreterverträge mit Personen oder Unternehmen, die keine Risiken tragen und eingegliedert sind, können nicht gegen das Verbot des Artikel 81 Absatz 1 EG verstoßen. Auf diese Weise ist das Kartellverbot stärker eingeschränkt als nach den bishe-

rigen Leitlinien der Kommission (nach ihnen kam es allein auf die Risikoverteilung an). Andererseits fallen Vereinbarungen mit Mehrfirmenvertretern künftig nicht automatisch aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots.

Dr. Helmut Janssen, LL.M
helmut.janssen@luther-lawfirm.com,
Telefon +32 (2) 774-9934

BGH zwingt zur Offenlegung der Kalkulation der Netznutzungsentgelte

Mit Urteil vom 18. Oktober 2005 (AZ: KZR 36/04, noch nicht veröffentlicht) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass ein Stromversorgungsunternehmen, das das Netz eines anderen zur Durchleitung elektrischer Energie nutzt, eine gerichtliche Überprüfung der Höhe des vertraglich vereinbarten Netznutzungsentgelts am Maßstab „guter fachlicher Praxis“ (§ 6 Abs. 1 EnWG a. F.) verlangen kann, wenn sich das Durchleitungsentgelt nach der vertraglichen Vereinbarung nach den jeweils aktuellen Preisen des Netzbetreibers richten soll.

Die Vorinstanzen hatten eine Überprüfung der Höhe dieser Entgelte am Maßstab des „billigen Ermessens“ in § 315 Abs. 3 BGB bzw. auf Grundlage der energie- und kartellrechtlichen Vorschriften des § 6 Abs. 1 EnWG a. F. bzw. §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 1 GWB noch verneint. Demgegenüber qualifizierte der BGH die vertraglich vorgesehene Verweisung auf die jeweils geltenden Preisblätter des Netzbetreibers als einseitiges Preisbestimmungsrecht im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB, womit dessen Ausübung auch nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich daraufhin überprüft werden kann, ob sie billigem Ermessen entspricht. Dem stehe auch nicht entgegen, dass § 6 Abs. 1 EnWG a. F. die Bedingungen der Netzüberlassung gesetzlich festlege. Der BGH wies darauf hin, dass dem Netzbetreiber die Darlegungslast für die Billigkeit seiner Preisbestimmung obliege. Dies hat zur Folge, dass er seine Entgeltkalkulation offenlegen muss. Dass die Tarife des Netzbetreibers von der für die Preisgenehmigung nach § 12 BTOEl zuständigen Behörde nicht beanstandet worden sei, ändere daran nichts und sei für die pri-

vatrechtliche Überprüfung des einseitig festgesetzten Entgelts am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB auch nicht vorgreiflich.

Der BGH führte weiter aus, dass die Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis bei Beachtung der Preisfindungsprinzipien der Anlage 3 zur VV Strom II plus auch für die Zeit nach dem 31. Dezember 2003 nicht vermutet werden könne, da die Vermutungswirkung des § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG a. F. nur für den Zeitraum bis 31. Dezember 2003 gesetzlich vorgesehen sei. Schließlich bestätigt der BGH auch seine in dem Beschluss vom 28. Juni 2005 („Stadtwerke Mainz“, vgl. dazu unseren Newsletter 3. Quartal 2005) entwickelte Rechtsprechung, dass die Vermutung der Einhaltung guter fachlicher Praxis auch für ihren zeitlichen Geltungsbereich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB oder eine Diskriminierung gemäß § 20 Abs. 1 GWB nicht ausschließt, sondern die kartellrechtliche Prüfung von der energiewirtschaftsrechtlichen Beurteilung vielmehr grundsätzlich unabhängig ist.

Mit der Entscheidung in diesem Musterverfahren hat der BGH die grundsätzliche Frage geklärt, ob die Netzbetreiber zur Offenlegung der Entgeltkalkulation verpflichtet sind oder nicht. Sie betrifft sachlich zwar nur den Strommarkt; die Kernaussagen sollten aber auch auf den Gasbereich übertragen werden können. Für den Bereich der Belieferung von Endkunden haben dort verschiedene erstinstanzliche Gerichte bereits eine Verpflichtung zur Offenlegung der Preiskalkulation auf der Grund-

lage von § 315 Abs. 3 BGB bejaht (vgl. etwa AG Heilbronn, Urteil vom 15. April 2005). Aufsehen hat insbesondere die Entscheidung des LG Hamburg vom 15. September 2005 erregt, in der E.ON Hanse zur Offenlegung seiner Gaspreis-Kalkulation verpflichtet wurde. In dem zugrunde liegenden Sammelklageverfahren hatten 54 Kunden mehrer Preiserhöhungen um insgesamt 25 % angegriffen. Am 21. November hat E.ON Hanse daraufhin seine Gaspreis-Kalkulation offengelegt. Ob der vom Gericht für eine Entscheidung vorgesehene Termin am 8. Dezember vor diesem Hintergrund noch eingehalten werden kann, ist eher unwahrscheinlich. Der E.ON-Konzern hat darüber hinausgehend am 27. Oktober angekündigt, dass erwogen werde, die Preiskalkulation für Gas bei allen seinen deutschen Regionalversorgern offen zu legen. Daneben ist noch eine ganze

Reihe von Sammelklagen gegen verschiedene Gasversorger rechtshängig. Auf der anderen Seite haben einige Gerichte eine Offenlegung der Preiskalkulation bei Nachweis einer Steigerung der Bezugskosten nicht verlangt.

Das Urteil des BGH dürfte darüberhinaus auch „Signalwirkung“ für die seit November laufenden Genehmigungsverfahren für die Netznutzungsentgelte bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) haben.

Stefan E. Meßmer
 stefan.messmer@luther-lawfirm.com
 Telefon +49 (711) 9881-19164

Langfristige Erdgaslieferverträge: Kompromiss mit dem Bundeskartellamt gescheitert

Im Streit zwischen Ferngasgesellschaften, insbesondere E.ON Ruhrgas, und dem Bundeskartellamt (BKartA) um die Zulässigkeit langfristiger Gaslieferverträge mit weiterverteilenden Gasversorgern, insbesondere Stadtwerken (wir berichteten), ist im September eine Verhandlungslösung gescheitert. Das BKartA bereitet nunmehr eine Untersagungs- und Abstellungsverfügung gegen E.ON Ruhrgas vor. Dem Vernehmen nach will das BKartA formale Fehler vermeiden und nimmt dafür eine gewisse Verzögerung in Kauf.

§ 32 GWB in der seit Juli geltenden Fassung erlaubt dem BKartA, über die Untersagung hinaus dem betroffenen Unternehmen Maßnahmen zur Abstellung der Zuwiderhandlung aufzuerlegen. Das BKartA hält nach seinen Beurteilungsgrundsätzen zu langfristigen Gaslieferverträgen Lieferverträge über mehr als 80 % des Gesamtbedarfs des Abnehmers mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren, oder über 50 bis 80 % des Gesamtbedarfs für über vier Jahre, wegen Marktabschottung für kartellrechtswidrig. Es stellt verschiedene Lösungen hinsichtlich Vertragslaufzeit, abzunehmender Gasmenge und Ausgestal-

tung des Erdgasbezugs von verschiedenen Lieferanten dar. Deshalb dürfte die Auferlegung genau festgelegter Maßnahmen unverhältnismäßig und angesichts der Interessen der Abnehmer unzweckmäßig sein. Eine Auseinandersetzung vor Gericht, aufgrund einer Beschwerde gegen die Verfügung des BKartA, ist wahrscheinlich. Wenn das BKartA sich wie in den oben genannten Beurteilungsgrundsätzen auf Art. 81 und 82 EG stützt, hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung; bei einem Vorgehen nach den Behinderungs- und Diskriminierungsverboten des GWB (§§ 19 – 21) wäre das anders. Den an langfristige Gaslieferverträge gebundenen Unternehmen bleibt es unbenommen, parallel zum Verwaltungsverfahren beim BKartA auf dem Verhandlungs- und gegebenenfalls dem Zivilrechtsweg die Rechtswidrigkeit dieser Verträge geltend zu machen.

Dr. Arndt Scheffler
 arndt.scheffler@luther-lawfirm.com
 Telefon +49 (211) 9352-18721

Kartell- und EU-Recht

EuG bestätigt Untersagung des Zusammenschlusses EDP/ENI/GDP

Am 21. September 2005 hat das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) nach nur siebenmonatiger Verfahrensdauer die Untersagung des Zusammenschlusses EDP/ENI/GDP durch die Kommission bestätigt (Rs. T-87/05). Diese hatte am 9. Dezember 2004 den Erwerb des etablierten portugiesischen Erdgasunternehmens GDP durch den ebenfalls portugiesischen Stromversorger EDP und die italienische ENI verhindert, obwohl die beteiligten Unternehmen bedeutende Zugeständnisse angeboten hatten.

Das Gericht hat die Begründung der Kommission jedoch nicht in allen Teilen gebilligt. Die Behörde hatte ihre Entscheidung unter anderem darauf gestützt, dass der Zusammenschluss die beherrschende Stellung der GDP auf fast allen Gasmärkten verstärkt hätte. Nach Auffassung des Gerichts hat sie dabei verkannt, dass die portugiesischen Gasmärkte noch nicht liberalisiert sind. Portugal hat von der in der Beschleunigungsrichtlinie Gas (Richtlinie 2003/55/EG, ABl. L 176, Seite 57) vorgesehenen Ausnahme Gebrauch gemacht, wonach es den Mitgliedstaaten erlaubt wurde, die Gasmärkte nur schrittweise für bestimmte Kundengruppen zu öffnen. Aufgrund dieser besonderen Situation, so das EuG, gebe es in Portugal keinen Wettbewerb auf den Gasmärkten. GDP sei daher bereits Monopolist, und eine weitere Verstärkung dieser Stellung durch den geplanten Zusammenschluss sei nicht möglich.

Dennoch wurde die Untersagungsentscheidung nicht aufgehoben, denn die zweite Argumentationslinie der Kommission hielt der gerichtlichen Überprüfung stand: Die Behörde hatte die Auffassung vertreten, dass mit dem Erwerb von GDP ein auch auf allen Strommärkten bedeutender potenzieller Wettbewerber verschwinden werde. Auf diese Weise würde bei Realisierung des Zusammenschlusses die marktbeherrschende Stellung des etablierten Stromversorgers EDP verstärkt. Diese Erwägung wurde vom Gericht für ausreichend erachtet, um die Untersagungsentscheidung insgesamt zu rechtfertigen. Die Richter stellten fest, dass der Gasversorger GDP beste Aussichten habe, zum etablierten Stromversorger EDP in Konkurrenz zu treten. Ebenso wie die Kommission hielt das Gericht die Zugeständnisse der Unternehmen nicht für ausreichend. Diese hatten die Vermietung eines Kraftwerks und den befristeten Verzicht der EDP auf den Bau neuer Kraftwerke angeboten. Die Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes wies darauf hin, dass die Kommission das Urteil in der laufenden Prüfung des Übernahmeangebots von E.ON für die Gasgesellschaften der ungarischen MOL berücksichtigen werde. Die Entscheidung des EuG ist noch nicht rechtskräftig.

Franz Rudolf Groß, LL.M.
franz-rudolf.gross@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 9352-18786

BGH präzisiert Anforderungen an Beweiswürdigung für die Annahme eines kartellbedingten Mehrerlöses

Mit einem erst kürzlich veröffentlichten Beschluss vom 28. Juni 2005 (AZ: KRB 2/05) hat der Bundesgerichtshof (BGH) das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf in dem Kartellbußgeldverfahren „Berliner Transportbeton I“ (Urt. v. 6. Mai 2004) teilweise aufgehoben und grundsätzliche Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung für die Annahme eines kartellbedingten Mehrerlöses formuliert: Das OLG hatte festgestellt, dass die grundsätzliche Feststellung eines Mehrerlöses sowie der Kausalzusammenhang zwischen kartellrechtswidrigem Verhalten und einem Mehrerlös dem Grundsatz in dubio pro reo unterworfen sei. In dem angefochtenen Urteil konnte das OLG nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, ob durch die Teilnahme an einem Quotenkartell ein Mehrerlös erzielt wurde, so dass nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu Gunsten der betroffenen Unternehmen davon auszugehen war, dass die praktizierte Quotenabsprache zu keinem Mehrerlös geführt hatte.

Diese Beweiswürdigung wurde vom BGH nun verworfen. Er stellte zunächst fest, dass die generelle Eignung eines Kartells, für seine Mitglieder wirtschaftliche Vorteile entstehen zu lassen, schon daraus folge, dass die beteiligten Unternehmen durch die Festlegung bestimmter Quoten der Notwendigkeit enthoben seien, sich im Wettbewerb am Markt zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen, was regelmäßig über die von ihnen angebotenen Preise erfolge. Nach der Lebenserfahrung liege es nahe, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise höher lägen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise. Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizierten daher, dass den Beteiligten hieraus auch jeweils ein Vorteil erwachse. Nach ökonomischen Grundsätzen werde bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen. Deshalb spreche eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten werde, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringe. Eine solche Wahrscheinlichkeitsaussage müsse der Tatrichter allerdings anhand weiterer Beweismittel daraufhin überprüfen, ob sie im konkreten Fall zur Gewissheit wird.

Der BGH stellte weiter fest, dass es ausnahmsweise Konstellationen geben mag, in denen aus der Tätigkeit eines Kartells kein Mehrerlös erwächst oder dies zumindest nicht auszuschließen ist. Hierfür komme es auf die zeitliche Dauer der Kartellabsprachen und ihre Intensität an. Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist, umso höhere Anforderungen seien an die Darlegungen des Tatrichters zu stellen, wenn er einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen will. Dies könne etwa bei Bestehen eines Nachfrageüberhangs der Fall sein.

Die BGH-Entscheidung hat grundsätzliche Bedeutung. Ihre Aussagen sind nicht auf Quotenkartelle beschränkt, sondern werden analog auch für Preiskartelle gelten. Die Verteidigung in Kartellbußgeldverfahren wird damit erheblich erschwert. Angesichts der grundlegenden Aussagen des BGH wird der Frage, ob überhaupt ein kartellbedingter Mehrerlös entstanden ist, künftig voraussichtlich eine wesentlich geringere Bedeutung als bisher zukommen. Ein Gegenbeweis wird nur noch unter weiter erhöhtem Begründungsaufwand und ggf. unter Heranziehung ökonomischer Gutachten zu führen sein.

Für Sachverhalte nach dem 30. Juni 2005 wird die Entscheidung keine Bedeutung mehr haben, da nach der 7. GWB-Novelle der Mehrerlös keine grundsätzliche Bedeutung mehr spielen wird: Die Kartellbehörden können nämlich ein Bußgeld bis zu 10 % des Gesamtjahresumsatzes festsetzen, ohne im Einzelnen das Entstehen eines Mehrerlöses nachweisen zu müssen.

Dr. Thomas Kapp, LL.M.
thomas.kapp@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-21145

Stefan E. Meßmer
stefan.messmer@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-19164

Kartell- und EU-Recht

Fusionskontrolle: Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zu § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat mit Beschluss vom 6. Juli 2005 die Begründungspflicht des Bundeskartellamts (BKartA) bei der Anwendung von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erheblich verschärft. Im diesem Fall ging es um den Anteilserwerb i.H.v. 9,015 % an der Bonner Zeitungsdruckerei (BZ) durch DuMont Schauberg (DMS), der durch die Gründung von stillen Gesellschaften zwischen DMS und dem Verkäufer (N KG) zur gegenseitigen Erwerbsbeteiligung und zwei Anzeigenkooperationsverträge ergänzt wurde. Im Mittelpunkt der Prüfung stand dabei die Frage, ob die weiteren vertraglichen und tatsächlichen Umstände eine Beeinflussung des Mehrheitsgesellschafters, der N KG, und damit auch der Geschäftspolitik des Beteiligungsunternehmens durch DMS bewirken konnten (sog. „Plusfaktoren“):

Zunächst betonte das OLG, dass eine Absicht der Beteiligten, das Gemeinschaftsunternehmen einer gemeinsamen Strategie zu unterstellen, nicht von vorneherein angenommen werden dürfe und sich auch nicht aus jeder Interessenverknüpfung zwischen Erwerber und Mehrheitsgesellschafter ergäbe. Vielmehr müssten konkrete Tatsachen untermauern, dass der Erwerber des Minderheitsanteils eine faktische Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschäftspolitik des Beteiligungsunternehmens habe. Die sich daran anschließende Prüfung des Falles ist freilich erstaunlich: So erkannte das OLG in der wechselseitigen Ergebnisbeteiligung keinen Anhaltspunkt dafür, dass die N KG bei der Gestaltung der Geschäftspolitik von BZ auf die Interessen vom DMS Rücksicht nehmen werde, obwohl DMS und BZ auf einem Teilmarkt direkte Wettbewerber waren. Dazu führte es aus, dass zwar die Beziehungen intensiviert würden und ein gegenseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des jeweils anderen entstünde. Es fehle aber an einer faktischen Einflussnahme von DMS auf die von der N KG bei BZ verfolgte Geschäftspolitik. Sollte es diesbezüglich zu Abstimmungen zwischen N KG und DMS kommen, seien sie nicht zusammenschlussbedingt und wären daher ausschließlich am Maßstab von § 1 GWB zu messen.

Weiterhin widersprach das OLG der Annahme des BKartA, dass die Anzeigenkooperationen zu einer Abstimmung der

Geschäftspolitik bei BZ führen würden. Vielmehr sah es keine Anhaltspunkte dafür, dass über die mit der Kooperation beabsichtigten Kosteneinsparungen strategische gemeinsame Interessen verfolgt würden.

Dagegen hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluss vom 21. Dezember 2004 die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze bestätigt und das Vorliegen eines Zusammenschlusses i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (§ 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F.) bejaht. Dabei ging es um den Erwerb von 24,8 % der Anteile an trans-o-flex durch die DP AG.

Der BGH wertete die Möglichkeit der DP AG, 2 Mitglieder im Aufsichtsrat von trans-o-flex zu benennen, als „Plusfaktor“. Dazu führte er aus, nicht die Anzahl der Organmitglieder sei entscheidend, sondern der Umstand, überhaupt einen gesicherten Einfluss auf die Zusammensetzung des Organs und damit auf die Geschäftspolitik zu haben. Ebenso bewertete der BGH Regelungen im Konsortialvertrag als „Plusfaktoren“, die Kapitalerhöhungen bzw. die Ausweitung der Geschäftstätigkeit auf verlustreiche Geschäftsfelder beim Beteiligungsunternehmen von einem Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von 80 % abhängig machten. Auch den Umstand, dass der Mehrheitsgesellschafter branchenunkundig war, DP AG aber über Marktkenntnis und Marktstärke verfügte, stufte der BGH als „Plusfaktor“ ein.

Die Entscheidungen verdeutlichen, dass bereits bei der Ausgestaltung von Sonderrechten, die ein Minderheitsgesellschafter neben seinem Geschäftsanteil von unter 25 % erhalten soll, die Rechtsprechungsgrundsätze zu den „Plusfaktoren“ berücksichtigt werden müssen, um nicht möglicherweise einen anmeldepflichtigen Zusammenschlusstatbestand zu begründen.

Dr. Ole Marquard Andresen, LL.M.
ole.andresen@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (711) 9881-10786

BGH: Fußballvereine dürfen Entgelte für die Hörfunkberichterstattung aus dem Stadion verlangen

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 8. November 2005 (KZR 37/03) entschieden, dass ein Fußballverein von einem Radiosender für die Berichterstattung aus dem Stadion ein Entgelt über den Eintrittspreis und tatsächlich entstandene Aufwendungen hinaus verlangen darf. Ein Hamburger Hörfunksender hatte, gestützt auf das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 GWB) sowie das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen (§ 19 GWB), auf Feststellung geklagt, dass solche zusätzlichen Entgelte unzulässig seien.

Ein Fußballverein, so der BGH, könne als Mitveranstalter seiner Heimspiele aufgrund seines Hausrechts grundsätzlich frei entscheiden, wem er zu welchen Bedingungen Zutritt zu diesen Spielen gewähre. Höhere Entgelte für Radioreporter seien durch die stärkere Nutzung des Stadions sachlich gerechtfertigt. Die Freiheit der Rundfunkberichterstattung müsse insofern hinter dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Recht des Vereins, seine Leistungen wirtschaftlich zu verwerten, zurücktreten.

Die vollständigen Urteilsgründe lagen bei Fertigstellung dieses Artikels noch nicht vor. Es bleibt abzuwarten, ob der unterlegene Kläger gegen dieses Urteil Verfassungsbeschwerde

erhebt, und ob Befürchtungen, große Rundfunksender könnten nun kleinere Sender von der Radioberichterstattung aus Stadien verdrängen, zutreffen. Für das weitere Vorgehen der Vereine gegenüber den Sendern gelten kartellrechtliche Schranken. Die Auseinandersetzung um Fernseh- und andere Übertragungsrechte für Spiele der Fußball-Bundesliga endete (vorläufig), als die Kommission Verpflichtungen des Ligaverbandes für verbindlich erklärte, diese Rechte in mehreren Paketen für begrenzte Zeit auszuschreiben und teilweise den Vereinen die Eigenvermarktung zu belassen (Entscheidung vom 19. Januar 2005, COMP/C-2/37.214). Die Vermarktung der – nunmehr vom BGH anerkannten – Hörfunkrechte liegt nach diesem Kompromiss weitgehend bei den Heimvereinen.

Dr. Arndt Scheffler
arndt.scheffler@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 9352-18721

Kartell- und EU-Recht

Aktuelle Nachrichten in Kürze

- **UK Competition Commission äußert Bedenken gegen Übernahme der Londoner Börse LSE:** Nachdem das BKartA entschieden hatte, eine mögliche Fusion der Deutschen und der Londoner Börse zu genehmigen (vgl. unseren Newsletter, 3. Quartal 2005), hat die Competition Commission wettbewerbliche Bedenken gegenüber einer Übernahme durch die Deutsche Börse oder Euronext geäußert. Der Wettbewerb würde dadurch beschränkt, dass beide potenziellen Käufer Kontrolle über die dem Handel nachgelagerte Abwicklung der Wertpapiergeschäfte (sog. Clearing) besäßen. Börsen, die mit der Londoner Börse konkurrieren wollten, bräuchten einen Zugang zu diesen Clearing-Dienstleistungen. Ein solcher sei aber aufgrund der Kontrolle des Clearings durch die bei den potenziellen Erwerber schwer zu bekommen. Die Competition Commission hat deshalb vorgeschlagen, dass im Falle einer Fusion der jeweilige Erwerber die Kontrolle über das Clearing abgeben solle.
- **Erstmals Bußgelder wegen Falschangaben in Fusionsanmeldung verhängt:** Das BKartA hat erstmals gegen ein Unternehmen ein Bußgeld in Höhe von Euro 250.000 verhängt, weil Verantwortliche des Unternehmens in einem Fusionskontrollverfahren vorsätzlich unrichtige Angaben zu den Marktverhältnissen gemacht hatten. Aufgrund kritischer Stellungnahmen von Wettbewerbern hatte das BKartA die Marktverhältnisse im Hauptprüfungsverfahren näher ermittelt und das Vorhaben dann abgemahnt, woraufhin das Unternehmen die Anmeldung zurücknahm. Selbst wenn eine Freigabe bereits erteilt worden wäre, hätte diese aufgrund der unrichtigen Angaben vom BKartA widerrufen werden können.
- **BKartA gibt Übernahme von Spar und Netto durch Edeka frei:** Das BKartA hat die Übernahme des Lebensmittelhändlers Spar und des Discounters Netto durch Edeka im Hauptprüfverfahren freigegeben. Weder auf der Beschaffungs- noch auf der Absatzseite sei mit der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu rechnen. Dabei wurden auf der Einzelhandelsseite rund 90 regionale Lebensmittelmärkte untersucht. Auf etwa zwanzig dieser Märkte wird die Edeka-Gruppe künftig auf Marktanteile von einem Drittel oder mehr kommen. Die zu Lasten von Edeka eingreifende Marktbeherrschungsvermutung wird nach Auffassung des BKartA aber dadurch widerlegt, dass zwischen diesen Märkten kein räumlicher Zusammenhang besteht und Konkurrenten dort ebenfalls hohe Marktanteile haben. Zudem bestünde „signifikanter Preiswettbewerb“. Auf der Beschaffungsseite nimmt das BKartA eine bundesweite Marktabgrenzung vor; dort kommt Edeka nur auf einen Marktanteil von deutlich unter 30%.
- **BKartA verhängt Bußgelder gegen Schlecker:** Das BKartA hat gegen die Handelskette Schlecker mehrere Bußgelder wegen des Verstoßes gegen das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis verhängt. Im Einzelnen handelte es sich um das Anbieten digitaler Fotoarbeiten unter den jeweiligen Schlecker-Einkaufspreisen im Zeitraum zwischen April und Oktober 2004. Nach den Ermittlungen des BKartA lagen die Angebote unter den jeweiligen Einstandspreisen von Schlecker. Das erste Angebot erstreckte sich über einen Zeitraum von elf Wochen, während das zweite und dritte Angebot im September bzw. Oktober 2004 jeweils nur 3 Wochen dauerten. Da zwischen diesen Angeboten jedoch lediglich eine Woche lag, wurde den Kunden der Eindruck einer dauerhaften besonderen Preiskompetenz von Schlecker im Bereich der Digitalfotografie vermittelt, so dass hierin ebenfalls ein nicht nur gelegentliches Anbieten unter Einstandspreisen im Sinne des Gesetzes zu sehen war. Dem Unternehmen Schlecker wurde deshalb vorgeworfen, wiederholt zumindest seine Aufsichtsmaßnahmen unterlassen zu haben, um Verstöße der Mitarbeiter gegen dieses Verbot zu verhindern.
- **OLG Düsseldorf bestätigt Untersagungsverfügung Rethmann/GfA Köthen:** Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 2. November 2005 (1 Kart 30/04) die Beschwerde von Rethmann Kommunale Dienste gegen die Untersagung des Anteilerwerbs bei der GfA Köthen zurückgewiesen. Das Amt hatte die Untersagung sowohl auf

die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf regionalen Entsorgungsmärkten in den neuen Bundesländern als auch auf einen Verstoß der Erwerber Tönsmeier und Rethmann gegen das Kartellverbot gestützt. Das OLG hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen; angesichts der Bedeutung des Verfahrens für die Entsorgungswirtschaft ist eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH wahrscheinlich.

- **OLG Düsseldorf hebt Untersagungsverfügung G+J/ National Geographic auf:** Mit Beschluss vom 15. Juni 2005 (VI-Kart 24/04 [V]) wird die Untersagungsverfügung des BKartA gegen den Erwerb der Lizenz für die deutschsprachige Ausgabe des National Geographic (vgl. unseren Newsletter 4. Quartal 2004) aufgehoben. Mit der Lizenz, so das OLG, gehe noch keine bestehende Marktstellung auf den Lizenznehmer G+J über. Das BKartA hat Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt.

- **Kommission verhängt Bußgelder gegen Garnhersteller:** Die Kommission hat gegen mehrere europäische Hersteller von Industriegarnen, darunter auch zwei deutsche Unternehmen, Geldbußen in Höhe von Euro 43,5 Mio. wegen unzulässiger Preisabsprachen verhängt. Den Unternehmen wird vorgeworfen, sie hätten an regelmäßigen Treffen teilgenommen oder bilaterale Kontakte gepflegt, um Preis erhöhungen und -ziele abzusprechen sowie Informationen über Preislisten und Einzelpreise für bestimmte Kunden auszutauschen.

- **Kommission schlägt Änderung der Aufgreifschwelle für EU-Fusionskontrolle vor:** Die Kommission hat angekündigt, einen weiteren Anlauf zur Änderung der Zuständigkeitskriterien in der Fusionskontrolle zu unternehmen. Im Blickfeld der Kommission steht insbesondere die sog.

„Zwei-Drittel-Regel“, nach der es an der erforderlichen gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses fehlt, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Prominentestes Beispiel für die Anwendung der „Zwei-Drittel-Regel“ war in Deutschland der Zusammenschluss „E.ON/Ruhrgas“. Die Kommission will die „Zwei-Drittel-Regel“ nun weitgehend abschaffen. Anstoß für die Initiative der Kommission ist offenbar eine Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse im Energie- und Finanzdienstleistungssektor. Der Kommission missfällt dabei insbesondere, dass sie Konzentrationsprozesse auf nationalen Märkten trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung aufgrund der Anwendung der „Zwei-Drittel-Regel“ nicht verhindern kann. Ob sich die Kommission mit ihrem Vorschlag, der letztlich zu einer Zentralisierung der Kompetenzen bei ihr führen würde, durchsetzen kann, darf vor dem Hintergrund, dass die FKVO erst zum 1. Mai 2004 umfassend novelliert worden war, bezweifelt werden.

- **Verstärkter Schutz von Verbrauchern gegen Kartellverstöße:** Im August ist in Schweden ein Gesetz in Kraft getreten, das den Schutz von Privatpersonen gegen kartellrechtswidrige Verhaltensweisen stärkt. Danach können künftig nicht nur die geschädigten Unternehmen, sondern auch private Verbraucher und Verbraucherverbände Schadensersatz verlangen. Hierzu müssen sie nachweisen, dass sie kartellbedingt überhöhte Preise gezahlt haben. Mit dieser gesetzlichen Regelung soll eine abschreckende Wirkung im Hinblick auf kartellrechtswidriges Verhalten erzielt werden. Auch in Deutschland wurde im Zuge der 7. GWB-Novelle der Schutz von durch Kartelle geschädigten Dritten gestärkt; Verbraucherschutzverbänden wurde allerdings kein Klagerecht eingeräumt.

Aktuelle Veranstaltungen

Thema/Referent	Termin	Ort
Das Lizenzgeschäft, (Dr. Helmut Janssen, Detlef Mäder, Oliver Wehnert); Veranstalter: Luther und Ernst & Young	24. Januar 2006	Düsseldorf
Le droit de la concurrence allemand après, sa réforme/ Das deutsche Kartellrecht nach der GWB-Novelle, (Vortrag in französischer Sprache im Rahmen des “Petit déjeuner franco-allemand”, Dr. Arndt Scheffler); Veranstalter: Ernst & Young	08. März 2006	Düsseldorf

Redaktion:

Stefan E. Meßmer, Stuttgart, Telefon +49 (711) 9881-19164

Haftungsausschluss:

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

Aktuelle Veröffentlichungen

- Fabry: Euroforum, Schriftlicher Management-Lehrgang Umstrukturierung und Privatisierung von Krankenhäusern, Lektion 7: Public Private Partnership – gemeinnützigkeitsrechtliche Aspekte und Praxisbeispiel Servicegesellschaft (zusammen mit Ursula Augsten), Beginn: 30. September 2005
- Fabry/Kayser: „Rechtssichere Vergabe von Kanalsanierungsmaßnahmen“
in: Messe- und Tagungsband zur Landesverbandstagung der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V., Landesverband Baden-Württemberg, am 06. – 07. Oktober 2005 in Friedrichshafen, S. 150 – 159
- Fabry/Meininger/Meißner: „Unternehmenskaufverträge mit vergaberechtlichen Folgen. Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen – ein Hinderungsgrund bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge?“
in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), Abdruck vorgesehen für Heft 12/2005
- Janssen: Buchbesprechung von „Sander: Die ungarische Gesellschaft mit beschränkter Haftung – mit Gemeinsamkeiten zur deutschen GmbH“
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), Heft 14/2005, S. 591 – 592
- Janssen: „Beihilfenrechtliche Folgen des Beitritts Rumäniens und Bulgariens zur EU“
in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Heft 10, 2005, S. 443 – 446
- Meininger: „Chancen und Risiken für private Finanzierer von PPP-Projekten“
in: Immobilien & Finanzierung. Der langfristige Kredit, Heft 18/2005, S. 640 – 643
- Meininger/Kayser: „Die Erstattung der Aufwendungen des Antragsgegners bei Rücknahme des Nachprüfungsantrags“
in: Vergaberecht (VergabeR), Abdruck vorgesehen für Heft 1/2006
- Scheffler: „Schadensersatz für Kartellrechtsverletzungen: Wie restriktiv war das GWB?“
in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), Heft 22/2005, S. 673
- Scheffler: Euroforum, Schriftlicher Management-Lehrgang Energierecht, Lektion 4: Kartellrecht, Beginn: 21. Oktober 2005

Ansprechpartner

In Association with  ERNST & YOUNG

Ansprechpartner

Brüssel

Dr. Helmut Janssen, LL.M.
Telefon +32 (2) 774-9934

Düsseldorf

Dr. Arndt Scheffler
Franz-Rudolf Groß, LL.M.
Telefon +49 (211) 9352-500

Stuttgart

Dr. Thomas Kapp, LL.M.
Stefan E. Meßmer
Dr. Ole Marquard Andresen, LL.M.
Telefon +49 (711) 9881-500

Ihre Ansprechpartner erreichen Sie per E-mail unter: vorname.nachname@luther-lawfirm.com

Darüber hinaus steht Ihnen für sämtliche ortsübergreifenden Fragen Dr. Thomas Kapp, LL.M., Telefon +49 (711) 9881-12893, zur Verfügung.

Bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH arbeiten rund 230 Rechtsanwälte an 13 Standorten in Deutschland. Sie unterstützen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand in allen Fragen des Wirtschaftsrechts. Außerdem bietet Luther in Zusammenarbeit mit Ernst & Young multidisziplinäre Beratung an. Bei internationalen Mandaten greift Luther auf ein weltweites Netz enger Kooperationskanzleien zurück.