

## Kartellrecht

OLG Düsseldorf stoppt Fusion von Tengelmann und Edeka

Kartellschadensersatz – Zivilgericht ist an Tenor und tragende Gründe des Beschlusses gebunden, der den Kartellrechtsverstoß festgestellt hat

Speaker's Corner: Brauchen wir noch die Ministererlaubnis im Kartellrecht?

Weitere Themen siehe Innenteil

# OLG Düsseldorf stoppt Fusion von Tengelmann und Edeka

## Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. Juli 2016 – VI-Kart 3/16 (V)

Der 1. Kartellrechtssenat des OLG Düsseldorf hat am 12. Juli 2016 auf Antrag von REWE und Markant die aufschiebende Wirkung ihrer jeweiligen Beschwerde gegen die Ministererlaubnis vom 9. März 2016 angeordnet. Damit ist in dem Fall EDEKA/Tengelmann eine neue Runde eingeläutet worden. Selten hat ein Bundeswirtschaftsminister im Rahmen einer kartellrechtlichen Ministererlaubnis eine derartig schlechte Presse bekommen wie der derzeitige Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel. Die FAZ nannte den OLG-Beschluss „eine Ohrfeige für Sigmar Gabriel“. Es scheint sich ein Drama anzubahnen, das aus der Hand von William Shakespeare stammen könnte.

Das OLG Düsseldorf hat wesentliche Punkte in der Ministererlaubnis vom 9. März 2016 gerügt und die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von REWE und Markant gegen die Ministererlaubnis angeordnet. Begründung: Es bestehen *ernstliche Zweifel* an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ministererlaubnis. Diese Zweifel hat das OLG Düsseldorf in sechs unterschiedlichen Aspekten dargelegt:

### 1. Besorgnis der Befangenheit

Nach Auffassung des OLG ist die Ministererlaubnis rechtswidrig, weil der Bundeswirtschaftsminister durch sein Verhalten die Besorgnis der Befangenheit begründet hat. Dabei wirft das OLG dem Bundeswirtschaftsminister vor, dass er die beiden Besprechungen am 1. und 16. Dezember 2015 (nach heutigem Erkenntnisstand gab es noch ein weiteres Gespräch) mit dem Vorstandsvorsitzenden der EDEKA und dem Miteigentümer von Tengelmann in einem Maße sachwidrig gestaltet hätte, dass REWE und Markant den Eindruck gewinnen mussten, der Minister führe das Verfahren einseitig zugunsten der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen. Dabei spielte eine erhebliche Rolle, dass im Vorfeld der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2015 EDEKA und Tengelmann im Rahmen ihres Antrags auf Ministererlaubnis davon ausgegangen waren, dass es zu einem Arbeitsplatzabbau der Tengelmann-Mitarbeiter kommen werde. Das OLG stellte fest, dass REWE im Verhandlungstermin für eine Übernahme von Tengelmann Konditionen angeboten hatte, die den Zielen der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung sowie

des Erhalts der Arbeitnehmerrechte bei Tengelmann deutlich *mehr Rechnung* getragen hätten als die Offerte von EDEKA. Das OLG rügte insbesondere, dass der Bundeswirtschaftsminister weder über die Tatsache von Sechs-Augen-Gesprächen noch über deren Gegenstand und Inhalt den anderen Verfahrensbeteiligten Kenntnis verschafft habe. Auch ein entsprechender Aktenvermerk ist nicht erstellt worden. Im Januar 2016 haben EDEKA und Tengelmann ihr Übernahmeangebot substantiell erweitert und es dem Angebot von REWE angepasst. In diesem Verfahrensstadium hätte der Bundeswirtschaftsminister eine transparente Verfahrensführung, die allen Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör garantiert, sicherstellen müssen. Einen besonderen Grund für eine Geheimhaltung hat das OLG weder im theoretisch denkbaren Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen noch anderen geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen gesehen.

Im Ergebnis kommt das OLG zu dem Schluss, dass die vorstehend erwähnten Verfahrensfehler den Eindruck begründen, dass der Minister das Verfahren nicht mehr neutral objektiv, sondern einseitig zugunsten von EDEKA und Tengelmann führte. Eine mögliche Rekonstruktion des Entscheidungsvorgangs zur Erteilung der angefochtenen Ministererlaubnis scheidet nach Auffassung des OLG von vornherein schon daran, dass der Inhalt der beiden „Geheimgespräche“ bis heute weder aktenkundig gemacht oder im anhängigen Beschwerdeverfahren offengelegt wurde.

### 2. Arbeitnehmerrechte als Gemeinwohlbelang?

Das OLG rügt ferner, dass der Minister bei seiner Entscheidung zu Unrecht den Erhalt der *Arbeitnehmerrechte* bei Tengelmann als einen Gemeinwohlbelang berücksichtigte. Das OLG geht davon aus, dass dies nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz, der sowohl die positive wie auch die negative Kollisionsfreiheit schützt, kein abwägungsfähiges Gut im Rahmen der Abwägung von § 42 Abs. 1 GWB ist. Das insofern unzutreffende Normverständnis des Bundeswirtschaftsministers von § 42 Abs. 1 GWB unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Ausgenommen von der gerichtlichen Kontrollkompetenz ist nach § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB nur die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung (worum es bei diesem Punkt jedoch nicht ging).

### 3. Unzutreffende Tatsachengrundlage

Nach Auffassung des OLG war die Ministererlaubnis ferner aufzuheben, weil die Gemeinwohlbelange der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei Tengelmann auf einer unverständigen Tatsachengrundlage beruhten. Hier kommt man zu einem

zentralen Defizit der Ministererlaubnis: Der Minister hat nämlich in seine Überlegungen nicht die Frage einbezogen, ob und in welchem Umfang fusionsbedingt bei EDEKA mit einem Personalabbau zu rechnen ist und welche Konsequenzen sich daraus für die Arbeitsmarktlage insgesamt ergeben. Diese Frage hatte sich umso drängender gestellt, da im ursprünglichen Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis vorgesehen war, dass ein nicht unerheblicher Personalabbau zu gewärtigen ist. Das OLG legt hier deutlich den Finger in die Wunde: „Es liegt auf der Hand, dass die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit zu dem dargestellten Personalabbau nicht entfallen ist, weil der Bundeswirtschaftsminister seine Erlaubnisentscheidung mit Nebenbestimmungen zum Erhalt aller am 31. Dezember 2015 vorhandenen KT-Arbeitsplätze versehen hat.“ Demgemäß kommt das OLG auch zu der Erkenntnis: „Bei lebensnaher und kaufmännisch vernünftiger Betrachtung drängt sich deshalb auf, dass EDEKA den Stellenabbau ganz oder zumindest teilweise im eigenen Verbund vornehmen wird“. Auf dieser Grundlage steht der vom Bundeswirtschaftsminister gefeierte Erhalt von Arbeitsplätzen auf tönernen Füßen. Das OLG hatte dementsprechend dem Bundeswirtschaftsminister vorgeworfen, auf einer Grundlage entschieden zu haben, die nicht alle objektiv relevanten Tatsachen einbezogen hatte.

#### 4. Ungeeignetheit der Nebenbestimmungen

Das OLG rügt ferner, dass die in der Ministererlaubnis verfügten Nebenbestimmungen nicht geeignet sind, um den vom Minister für erforderlich gehaltenen Erhalt der 16.000 Arbeitsplätze bei Tengelmann in vollem Umfang sicherzustellen. Dieser Vorwurf wird an verschiedenen Klauseln festgemacht, in denen zwar der Abschluss von Tarifverträgen mit den Gewerkschaften ver.di und NGG zum Arbeitsplatzschutz vorgegeben wird, andererseits jedoch ein Personalabbau mit *Zustimmung der Tarifvertragsparteien* möglich ist. Das OLG gelangt damit zu der Feststellung, dass es im Ergebnis den Tarifvertragsparteien auf diese Weise erlaubt sei, einvernehmlich eine nach Anzahl und Art des Beschäftigungsverhältnisses in keiner Weise begrenzte Vielzahl von Arbeitsplätzen abzubauen. Mit dieser – zumindest theoretischen – Möglichkeit wird damit das Petitum des Bundeswirtschaftsministers für den Erhalt aller 16.000 Arbeitsplätze bei Tengelmann in Frage gestellt. Dieser Aspekt hat besonderes Gewicht dadurch, dass REWE in seinem Übernahmeangebot angeboten hatte, den Erhalt aller 16.000 Beschäftigungsverhältnisse für fünf Jahre ohne weitere Bedingungen zuzusagen.

#### 5. Unbestimmtheit der Nebenbestimmungen

Das OLG rügt ferner, dass die vorgenannten Nebenbestimmungen insofern rechtlich fehlerhaft seien, weil der Inhalt der

darin enthaltenen Öffnungsklauseln zu unbestimmt sei. Die Ministererlaubnis sah nämlich vor, dass der Eintritt der aufschiebenden Bedingungen nicht nur objektiv eingetreten, sondern zusätzlich vom Bundeswirtschaftsministerium als erfüllt angesehen werden müsse. Diese „zweite Sachprüfung“ hält das OLG für unzulässig.

#### 6. Unzulässige Verhaltenskontrolle

Zu guter Letzt rügt das OLG auch, dass die streitbefangene Ministererlaubnis eine unzulässige Verhaltenskontrolle ausspreche. Nach § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB kann eine Freigabe eines Zusammenschlusses mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Solche Nebenbestimmungen sind allerdings nur dann und insoweit zulässig, als sie strukturelle Maßnahmen in Betracht ziehen, welche die Wettbewerbsbedingungen beeinflussen. In § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB wird ausdrücklich ein Verbot für eine laufende Verhaltenskontrolle ausgesprochen. Eine solche unzulässige Verhaltenskontrolle sah das OLG in verschiedenen auflösenden Bedingungen der Ministererlaubnis sowie der Übersendung eines jährlichen Statusberichtes an den Bundeswirtschaftsminister.

Das OLG hat zum Schluss der Entscheidung angenommen, dass die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 74 Abs. 2 GWB nicht vorliegen. Der Senat des OLG hat dies damit begründet, dass er die Entscheidung allein auf die Besorgnis der Befangenheit des Bundeswirtschaftsministers stütze und diese Frage in einer gefestigten höchstrichterlichen Judikatur geklärt sei. Die zusätzlichen anderen angeführten Rügen des OLG an der Ministererlaubnis erklärte der Senat für die Eilentscheidung für nicht tragend, so dass aus diesem Grunde ihnen eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung nicht zukommen könne. Diese Einschätzung mag für eine schnellere endgültige Klärung des Falls EDEKA/Tengelmann von Vorteil sein, ist jedoch für die Weiterentwicklung der Rechtspflege sicherlich zu bedauern. Der Bundeswirtschaftsminister hat jedoch nicht aufgegeben und zwischenzeitlich Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt.

Sein eigentliches Ende wird das Drama EDEKA/Tengelmann allerdings erst im Hauptverfahren finden. Termin zur mündlichen Verhandlung ist auf 15. November 2016 anberaumt. Auch diese Entscheidung in der Hauptsache wird sicherlich – egal von welcher Seite – mit einem Rechtsmittel angegriffen werden. Es bleibt daher weiterhin spannend. Der letzte Akt des Dramas steht noch bevor.

## Chronologie der EDEKA/Tengelmann Saga

<b>16. Dezember 1999</b>	Tengelmann-Verkauf an Edeka platzt
<b>20. April 2000</b>	Tengelmann gibt 130 Märkte ab und will 300 Standorte schließen
<b>16. November 2007</b>	Edeka übernimmt den Tengelmänn-Discounter Plus
<b>1. Juli 2008</b>	Kartellamt genehmigt Plus-Übernahme durch Edeka
<b>10. Oktober 2008</b>	Edeka drückt den Kaufpreis für Plus
<b>6. August 2009</b>	Tengelmann plant radikalen Umbau
<b>19. November 2009</b>	Kaiser's Tengelmänn wird künftig aus Mülheim gelenkt
<b>18. März 2010</b>	Tengelmann verkauft Filialnetz in Rhein-Main-Neckar
<b>7. Oktober 2014</b>	Tengelmann gibt das Supermarkt-Geschäft komplett auf
<b>1. April 2015</b>	Bundeskartellamt lehnt Fusion ab
<b>29. April 2015</b>	Tengelmann und Edeka beantragen Ministererlaubnis für Fusion
<b>3. August 2015</b>	Monopolkommission sagt Nein zum Deal
<b>9. Dezember 2015</b>	OLG Düsseldorf hebt einstweilige Anordnung des Bundeskartellamts (Verbot von gemeinsamer Warenbeschaffung und Zentralregulierung) auf („Vollzugsverbot I“) (s. Newsletter, 2. Quartal 2016, S. 4)
<b>15. Dezember 2015</b>	OLG Düsseldorf erlaubt Schließung der Carve-Out-Filialen von Tengelmänn („Vollzugsverbot II“) (s. Newsletter, 2. Quartal 2016, S. 5)
<b>9. März 2016</b>	Erteilung Ministererlaubnis
<b>12. Juli 2016</b>	OLG Düsseldorf ordnet aufschiebende Wirkung der Beschwerde REWE und Markant an
<b>10. August 2016</b>	OLG Düsseldorf lehnt Antrag des Bundeswirtschaftsministers auf Tatbestandsberichtigungsantrag ab



**Dr. Thomas Kapp, LL.M. (UCLA)**

Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 12893  
thomas.kapp@luther-lawfirm.com

# Kartellschadensersatz – Zivilgericht ist an Tenor und tragende Gründe des Beschlusses gebunden, der den Kartellrechtsverstoß festgestellt hat

## BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 KZR 25/14 – Lottoblock II

Die SWS Service GmbH, ein gewerblicher Vermittler von Lottospielsätzen, klagt gegen die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG auf Schadensersatz wegen eines Kartellrechtsverstoßes. Das OLG Düsseldorf sprach 11,5 Mio. Euro plus Zinsen zu. Der BGH hat die Sache an das OLG zurückverwiesen und dabei eine für follow-on-Klagen wichtige Feststellung zum Umfang der sogenannten Bindungswirkung getroffen sowie Hinweise gegeben, wie der Kartelltäter die Vermutung widerlegen kann, dass der Verstoß (schadensersatz erhöhend) noch andauert.

Die Bundesländer betreiben Lottogesellschaften, die sich im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossen haben. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist dies eine Vereinigung von Wettbewerbern. Der DLTB-Rechtsausschuss hatte im Jahr 2005 einen Beschluss gefasst, der den Mitgliedsunternehmen empfahl, Spielsätze von Vermittlern nicht anzunehmen. SWS, ein Tochterunternehmen der mybet-Gruppe, hatte versucht, ein solches Vermittlungsgeschäft aufzubauen. Da Lottogesellschaften sich an die Empfehlung des Rechtsausschusses des DLTB hielten, entging SWS nach eigenen Angaben in den Jahren 2006 bis 2008 ein Gewinn, den sie per Schadensersatzklage geltend macht.

SWS stützt sich dabei auf eine Entscheidung des Bundeskartellamts, das den Beschluss des DLTB-Rechtsausschusses für kartellrechtswidrig erklärt hatte – eine Entscheidung, die der Bundesgerichtshof 2008 bestätigte (Beschluss vom 14. August 2008 – Lottoblock I). Nach § 33 Abs. 4 GWB ist das Gericht, das über den Schadensersatz entscheidet „an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde ... getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Ge-

richtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung“ solcher kartellbehördlicher Entscheidungen ergangen sind. Somit stand aufgrund der BGH-Entscheidung „Lottoblock I“ für den jetzt anhängigen Schadensersatzprozess bindend fest, dass die Lottogesellschaften den Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB befolgt und durch ihr in dieser Weise abgestimmtes Verhalten gegen Kartellrecht verstoßen hatten.

Wie üblich war für die Berechnung der Schadenshöhe die Dauer des Verstoßes wichtig. Das OLG hatte angenommen, dass sich die Verhaltensabstimmung bis 2008 auf das Marktverhalten der Lottogesellschaften ausgewirkt hatte. Das sah auch der BGH so. Bei einer einmaligen kartellrechtswidrigen Abstimmung, die auf zeitlich unbeschränkte Wettbewerbswirkungen angelegt ist, spreche eine Vermutung dafür, dass sie von den beteiligten Unternehmen dauerhaft beachtet werde und das Marktgeschehen andauernd beeinflusse, solange sich die maßgeblichen Umstände nicht wesentlich änderten. Diese Vermutung entfalle nicht mit der Zustellung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts an den Kartelltäter. Vielmehr sei für die Widerlegung der Vermutung erforderlich, dass sich ein an dem Verstoß beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von der Abstimmung distanzieren. Dies sei hier nicht geschehen.

Damit stehe jedoch – anders als das OLG meinte – nicht fest, ob und in welcher Höhe SWS ein Schaden entstanden sei: Für diese Beurteilung gelte zwar die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO: „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.“ § 252 Satz 2 BGB gewähre SWS zudem für die Darlegung und den Nachweis eines entgangenen Gewinns eine ergänzende Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren Vermutung. Das OLG habe aber bei der Prüfung, ob und in welcher Höhe SWS ein Schaden entstanden sei, nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt. So sei es aufgrund der seinerzeit besonderen Umstände des Lottogeschäfts möglich gewesen, dass die Gesellschaften auch ohne kartellrechtswidrige Abstimmung nicht oder nur zögernd mit SWS ins Geschäft kommen wollten. Außerdem hätte das OLG einen Umsatzrückgang der Lottogesellschaften im fraglichen Zeitraum stärker berücksichtigen müssen sowie die zeitweise in mehreren Bundesländern geltenden gesetzlichen Provisionsverbote bei gewerblicher Spielvermittlung.

Über den Einzelfall hinaus ist festzuhalten, dass der BGH die für follow-on-Klagen grundsätzlich hilfreiche Feststellung getroffen hat, die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 Satz 2 GWB erfasse nicht nur den Tenor, sondern auch die tragenden Gründe der



Entscheidung. Die Bindung „erstreckt sich auf die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.“

Wichtig ist die Ansicht des BGH, ein späterer Aufhebungsbeschluss des DLTB und die Erklärungen der Mitglieder, einen solchen Beschluss nicht noch einmal fassen zu wollen, seien nicht ausreichend gewesen, um die Beendigung des Verstoßes zu belegen. Ihm sei „keine ernsthafte und endgültige Aufgabe“ des beanstandeten Verhaltens zu entnehmen gewesen, weil er nur vorsorglich und ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht gefasst worden sei. Außerdem hätte die beklagte Lottogesellschaft belegen müssen, dass ihre weitere Weigerung, mit SWS in Vertragsbeziehungen zu treten, auf ihrer eigenen, autonomen Entscheidung beruhte. Kartelltätern gibt dies Hinweise auf die notwendigen „Reparaturmaßnahmen“.



**Dr. Helmut Janssen, LL.M. (London)**  
Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Brüssel/Düsseldorf  
Telefon +32 2 627 7763/+49 211 5660 18763  
helmut.janssen@luther-lawfirm.com



**Martina Stasch, Maîtrise en droit, Mag. iur.**  
Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Brüssel  
Telefon +32 2 627 7766  
martina.stasch@luther-lawfirm.com

## Speaker's Corner

### Brauchen wir noch die Ministererlaubnis im Kartellrecht?

Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens EDEKA/Tengelmann und des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 12. Juli 2016 (vgl. hierzu unseren Beitrag auf Seite 2) ist in der öffentlichen Diskussion vielfach die Frage aufgeworfen worden, ob die Ministererlaubnis in der bisherigen Form beibehalten werden soll. Die Überschriften in der Wirtschaftspresse reichen von „Ministererlaubnis muss weg“ bis hin zu „Finger weg von der Ministererlaubnis“. Dazwischen liegen Reformvorschläge vor, die einerseits die Präzisierung der Gemeinwohlbelange, andererseits die Einführung von Mitwirkungsrechten des Bundestages fordern.

Die Ministererlaubnis wurde 1973 als Korrektiv einer Untersagung durch das Bundeskartellamt im Gesetz verankert. Genutzt wurde sie allerdings nur selten. Bis heute gab es bei 22 Anträgen nur neun Fälle mit einer Ministererlaubnis (und diese meist mit Auflagen). In anderen Fällen wurde der Antrag abschlägig beschieden oder zurückgenommen. In der Anfangszeit der Fusionskontrolle hatte die Ministererlaubnis daher nur eine sehr unbedeutende Rolle. Erst der Fall E.ON/Ruhrgas warf die Ministererlaubnis wieder in ein öffentliches Rampenlicht. Dort wurde die Ministererlaubnis vom OLG Düsseldorf aufgehoben, am Ende blieb sie doch bestehen. Im anhängigen Rechtsmittelverfahren beim Bundesgerichtshof wurden alle Rechtsmittelführer von den Zusammenschlussbeteiligten „ausgekauft“ (d. h. alle Beschwerdeführer nahmen ihre Beschwerde zurück).

Der Regelfall ist der Vollzug einer geplanten Fusion, die Untersagung durch das Bundeskartellamt ist der seltene Ausnahmefall. Die Ministererlaubnis stellt somit eine Rückausnahme von dieser Ausnahme dar, sie ist somit kein Skandal, sondern der Sache wesensimmanent. Sie ist nicht wettbewerbsrechtlich, sondern an Belangen des Gemeinwohls ausgerichtet – und damit hochpolitisch.

Als problematisch in der Ministererlaubnis haben sich – wie der jüngste Beschluss des OLG Düsseldorf im Fall EDEKA/Tengelmann zeigt – sowohl verfahrensmäßige wie auch inhaltliche Fragestellungen erwiesen.

Das OLG Düsseldorf hat dem Bundeswirtschaftsminister Befangenheit vorgeworfen und dies daraus abgeleitet, dass er „Geheimgespräche“ mit den Fusionsbeteiligten EDEKA und Tengelman geführt habe. Ob hieraus eindeutig eine Befangenheit bzw. die Besorgnis einer Befangenheit resultiert, ist – wie die FAZ vermerkt – nicht so klar wie das OLG annimmt. Im Verfah-

# Nachrichten in Kürze

## EU-Kommission: „Requests for information“ bezüglich Formula One Beschwerde

Wie bereits in den Newslettern 2. Quartal und 3. Quartal 2016 berichtet, liegt der EU-Kommission eine formale Beschwerde der Formel 1 Teams Force India und Sauber wegen missbräuchlicher Praktiken der Formula One Group vor. Die beiden Teams behaupten, Formula One würde bestimmte Formel 1 Teams wettbewerbswidrig bevorzugen. Nach Aussagen der britischen Abgeordneten im EU-Parlament, Anneliese Dodds, müsse die EU-Kommission auch ihr Augenmerk auf die geplante Veräußerung der Formula One Group von CVC Capital Partners an die amerikanische Liberty Media legen. Insbesondere dem Automobil-Weltverband FIA wirft sie aufgrund seiner Beteiligung an der Formula One Group und damit in Konflikt stehenden regulatorischen Aufgaben einen Interessenkonflikt bei dem geplanten Deal vor. Nunmehr hat die EU-Kommission in dem Verfahren bezüglich der zwei Beschwerden sogenannte Requests for Information (RFIs) an den Geschäftsführer der Formula One Group, Bernie Ecclestone, CVC Capital Partners, die 11 Formel 1 Teams und FIA versandt. Eine Veräußerung der Formula One Group an Liberty Media ist bei der EU-Kommission bisher nicht angemeldet worden.

## EU-Kommission: Stellungnahmefrist zu Android Beschwerdepunkten verlängert

Die EU-Kommission gewährt Google erneut Aufschub (bis zum 7. Oktober 2016), um den Vorwürfen, das Unternehmen missbrauche seine marktbeherrschende Stellung im Smartphone Betriebssystem Markt, zu widersprechen. Google hatte bereits mehrmals um zeitlichen Aufschub für eine Stellungnahme gebeten, um alle Dokumente der vorliegenden Fallakten sichten zu können. Die EU-Kommission beschuldigt Google seine marktbeherrschende Stellung missbraucht zu haben, indem Google Druck auf Smartphone Hersteller ausübte, damit diese bereits bei der Vorinstallation von Software auf Endgeräten mit Android Betriebssystem die Apps von Google bevorzugten.

## EU-Kommission: Beschränkungen im elektronischen Handel weit verbreitet

Der am 15. September 2016 vorgelegte Zwischenbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum E-Commerce bestätigt das rasante Wachstum des elektronischen Handels in der EU. Der Bericht zeigt aber auch Geschäftspraktiken auf, die

ren ist der Minister Kartellbehörde, ermittelt selbst durch schriftliche Befragung oder Gespräche. Er kann die Fusion durch Auflagen so umgestalten, dass sie mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Auch wenn ein neutraler Beobachter den Eindruck gewinnen könnte, dass dies zu Lasten von REWE ging, ist doch die Frage zu stellen: Ab wann ist der Minister wirklich befangen?

In der Sache selbst hat das OLG Düsseldorf fünf weitere Aspekte angeführt, nach denen die Ministererlaubnis rechtswidrig sei. Interessanterweise hat das OLG Düsseldorf jedoch nicht den Mut gehabt, diese Aspekte als tragende Gründe anzuführen. Es hat lediglich die Besorgnis der Befangenheit als tragenden Grund angesehen und damit die Zulassung der Rechtsbeschwerde ausgeschlossen. Begründet wurde dies damit, dass alle Fragen zur Befangenheit durch eine langjährige Judikatur geklärt seien. Es wäre sicherlich hilfreich gewesen, wenn auch die sachlichen Fragen zur Einschätzung des Gemeinwohls und der Abwägung zu Arbeitsplätzen und Arbeitnehmerrechten einer höchstrichterlichen Prüfung unterzogen worden wären.

Die ganze Sorge um die Ministererlaubnis wäre man los, wenn man das Instrument jetzt abschaffen würde. Systemwidrig wäre das nicht. Allerdings würde das Bundeskartellamt dadurch nicht gestärkt werden: Es wäre nämlich dann viel öfter der Versuchung politischer Einflussnahme ausgeliefert. Aufgrund der bisherigen Mechanik der Fusionskontrolle (Untersagung durch das Bundeskartellamt – Ministererlaubnis durch Bundeswirtschaftsminister) kann – anders als bei der EU-Kommission – zwischen rein wettbewerbsrechtlicher und politischer Entscheidung getrennt werden.

Zu dem Thema Beibehaltung, Abschaffung oder Reform der Ministererlaubnis interessiert uns Ihre Meinung:

1. Sollte die Ministererlaubnis in ihrer bisherigen Form beibehalten oder ganz abgeschafft werden?
2. Wenn nein: Halten Sie eine Reform der Ministererlaubnis in Deutschland für erforderlich?
3. Wenn ja: In welcher Form könnte eine solche Reform vorgenommen werden?



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

nach Ansicht der EU-Kommission den Wettbewerb beeinträchtigen und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher einschränken könnten. Insbesondere sehen Hersteller auch immer häufiger vertragliche Verkaufsbeschränkungen in Vertriebsvereinbarungen vor. Der Bericht der Kommission kommt zu den folgenden Ergebnissen: mehr als 40 Prozent der Einzelhändler unterliegen einer Preisempfehlung oder einer Preisvorgabe des Herstellers; nahezu 20 Prozent der Einzelhändler unterliegen einer vertraglichen Beschränkung in Bezug auf den Verkauf auf Online-Marktplätzen; nahezu 10 Prozent der Einzelhändler unterliegen vertraglichen Beschränkungen, die Verkäufe über Preisvergleichs-Websites verbieten; mehr als 10 Prozent der Einzelhändler gab an, vertraglichen Beschränkungen in Bezug auf grenzüberschreitende Verkäufe zu unterliegen. All diese vertraglichen Beschränkungen können nach Ansicht der EU-Kommission grenzüberschreitende Einkäufe und Online-Einkäufe zum Nachteil der Verbraucher erschweren. Die Kommission beabsichtigt, entsprechende Praktiken auf Basis des jeweiligen Einzelfalls prüfen und bewerten. Stellungnahmen zum Zwischenbericht können bis zum 18. November 2016 bei der Kommission eingereicht werden.

## Kabinett beschließt Entwurf der 9. Novelle des GWB

Das Kabinett hat am 28. September 2016 den vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie vorgelegten Gesetzentwurf für eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-Novelle) beschlossen. Dadurch soll der wettbewerbliche Rahmen im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Märkte geschaffen werden. Die 9. GWB-Novelle schließt darüber hinaus bestehende Rechtslücken bei der Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften und Rechtsnachfolgern für Kartellverstöße von Tochtergesellschaften oder von erworbenen Unternehmen. Es soll verhindert werden, dass sich Unternehmen künftig Geldbußen in Millionenhöhe durch nachträgliche Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen entziehen können. Gleichzeitig wird die EU-Richtlinie zum Kartell-Schadensersatz in deutsches Recht umgesetzt. Zudem beabsichtigt die Bundesregierung mit dem Entwurf Kooperationen von Presseverlagen im verlagswirtschaftlichen Bereich vom Kartellverbot auszunehmen, um deren wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken.

## OLG Celle: Mindestpreisbindung mangels Spürbarkeit kein Kartellrechtsverstoß

Das OLG Celle (Az. 13 U 124/15) hat eine Mindestpreisbindung von Almased aufgrund einer mangelnden Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung als kartellrechtlich zulässig bewertet. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil das Unternehmen Marktanteile von mehr als 20 % aufwies und es sich bei der Mindestpreisbindung um eine sog. Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO handelt, die grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert wird. Nach der De-Minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission soll für die Verneinung des Spürbarkeitserfordernisses eine Grenze von 15 % Marktanteil gelten, sofern eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern in Rede steht. Allerdings soll im Falle bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen, wie der dem OLG Celle vorliegenden Mindestpreisbindung, generell von einer Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden ohne, dass es auf etwaige Marktanteile ankäme. Das OLG Celle betont, an diese Bekanntmachung nicht gebunden zu sein. Nach dem Gericht könne die Frage der Spürbarkeit nicht anhand quantitativer Grenzen bestimmt werden. Vorliegend scheidet eine Spürbarkeit trotz eines Marktanteils von über 15 % aufgrund der geringen Zahl der lediglich für einen Aktionszeitraum von weniger als einem Jahr betroffenen Produkte aus.

## Bundeskartellamt: Keine Einwände gegen App-basiertes Girokonto der Sparkassen

Mehrere Sparkassen planen derzeit unter dem Projektnamen „Yomo“ („Your Money“) eine gemeinsame App zu entwickeln, die eine Kontoeröffnung und Kontoführung über das Mobiltelefon ermöglicht. Da die einzelnen regionalen Sparkassen bei einem solchen bundesweit verfügbaren Angebot im Wettbewerb zu einander stehen, hat sich das Bundeskartellamt mit dem Vorhaben befasst. Über die App wird der Kunde die Möglichkeit haben, unter den teilnehmenden Sparkassen ein kontoführendes Institut auszuwählen. Das Angebot soll die grundlegenden Funktionen eines normalen Girokontos bieten, u.a. soll der Kunde auch eine übliche Girocard zum Geldabheben und Bezahlen erhalten. In dieser Version soll das Konto kostenlos sein. Sollte der Kunde weitere Dienstleistungen wünschen, etwa eine Kreditkarte oder einen Dispositionskredit, werden die teilnehmenden Sparkassen die Konditionen hierfür unabhängig voneinander selbst festlegen. Das Bundeskartellamt entschied, kein Verfahren gegen die teilnehmenden Sparkassen einzuleiten. Das gemeinsame Vorgehen der Sparkassen erscheint dem Amt in diesem Fall gerechtfertigt, da so insbesondere auch kleinere Institute die Möglichkeit haben, über die App Neukunden zu gewinnen. Darüber hinaus erscheint es in dem derzeitigen Marktumfeld unumgänglich, die Basisversion eines App-Kontos



kostenfrei anzubieten, so dass die Vereinbarung - wenn überhaupt - den Wettbewerb nach Ansicht des Amtes nur geringfügig beschränkt.

## **Bundeskartellamt: LEGO passt Rabattsystem in Bezug auf Online-Vertrieb an**

Der Spielzeug-Hersteller LEGO hat dem Bundeskartellamt gegenüber zugesagt, sein Rabattsystem künftig so auszugestalten, dass Händler auch über den Online-Vertrieb die gleiche Rabatthöhe erreichen können wie im stationären Vertrieb. Hierzu wird LEGO auf den Online-Vertrieb zugeschnittene alternative oder ergänzende Rabattkriterien einführen, die den Besonderheiten dieser Vertriebsform angepasst sind. Das Bundeskartellamt hatte auf Beschwerden von Händlern reagiert und ein Verfahren eingeleitet. Dieses konnte nun aufgrund der Kooperation seitens LEGO eingestellt werden. Die vom Hersteller LEGO gewährte Rabatthöhe ist von entscheidender Bedeutung für den Einkaufspreis der Händler. Nach der bisherigen Fassung des Rabattsystems von LEGO konnten Händler allein durch Verkäufe im stationären Handel in den Genuss der höchsten Rabattpunktzahl kommen, da eine Reihe von Kriterien allein auf den stationären Handel zugeschnitten war. Dies führte dazu, dass selbst im Online-Vertrieb vorbildlich agierende Händler in vielen Fällen niedrigere Rabatte erhielten als ausschließlich im stationären Vertrieb tätige Händler. Diese Ungleichbehandlung wird das Unternehmen abstellen. Die Händler werden über die Änderung der Rabatte gesondert seitens LEGO informiert.

## **Bundeskartellamt versendet vorläufige Einschätzung zum Fusionsvorhaben Rewe/Coop**

Das Bundeskartellamt hat in dem Fusionskontrollverfahren Rewe/Coop am 25. Juli 2016 einen Entscheidungsentwurf an die Verfahrensbeteiligten übersandt hat. Neben den Fusionsbeteiligten Rewe und Coop sind dies die Edeka Zentrale, die Edeka Nord, Tengelmann und der Markenverband als Beigeladene. Rewe plant, das Supermarktgeschäft des norddeutschen Regionalanbieters Coop zu übernehmen. Coop betreibt derzeit rund 200 Filialen unter der Marke Sky in den Bundesländern Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Hamburg. Auf der Absatzseite werden vom Bundeskartellamt 45 regionale Markträume untersucht. Hierbei handelt es sich überwiegend um ländliche Gebiete. Darüber hinaus wird für Hamburg eine Analyse anhand von sieben Stadtbezirken vorgenommen. Dies entspricht dem Vorgehen im Fall Edeka/Tengelmann, wo ebenfalls regionale Markträume bzw. in den betroffenen Metropolen Berlin und München Stadtbezirke untersucht

wurden. Auf den Beschaffungsmärkten kommt es nach derzeitiger Auffassung des Bundeskartellamtes durch die Übernahme von Coop durch REWE nicht zu einer erheblichen Behinderung effektiven Wettbewerbs. Die Fusionsbeteiligten und die beigeladenen Unternehmen hatten Gelegenheit bis zum 16. August 2016, zu dem vorgelegten Entscheidungsentwurf Stellung zu nehmen.

## **Bundeskartellamt verhängt Bußgelder gegen Fernsehstudiobetreiber**

Das Bundeskartellamt hat gegen die Studio Berlin Adlershof (SBA) GmbH, ihre Schwwestergesellschaft Studio Berlin Broadcast GmbH (beide mit Sitz in Berlin) sowie gegen die in Grünwald bei München ansässige Bavaria Studios & Production Services GmbH Bußgelder in einer Höhe von insgesamt ca. 3,1 Mio. € wegen der Beteiligung an einem kartellrechtlich unzulässigen Informationsaustausch verhängt. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes wurden ausgelöst durch einen Kronzeugenantrag des tatbeteiligten Studiobetreibers MMC Studios Köln GmbH. In Anwendung der Bonusregelung des Bundeskartellamtes wurde gegen dieses Unternehmen kein Bußgeld verhängt. Zwischen den verantwortlichen Vertretern der Unternehmen gab es im Zeitraum von September 2011 bis Dezember 2014 regelmäßig Zusammenkünfte und weitere persönliche Kontakte. Sie haben Informationen über Preise, Angebotsinhalte, ihr Angebotsverhalten und andere wettbewerbslich sensible Informationen ausgetauscht. Die verhängten Geldbußen sind noch nicht rechtskräftig. Gegen die Bescheide kann Einspruch eingelegt werden, über den das OLG Düsseldorf entscheiden würde.

## Aktuelle Veranstaltungen

---

25. Oktober 2016	<b>Kartellrechtsfrühstück 2016</b> <b>„Kartellrecht in der Internetökonomie“</b> <i>Die Kartellrechtspartner der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH</i>	Luther Essen
11. November 2016	<b>BeckAkademie Seminare:</b> <b>„Kartellrechtliche Compliance im Mittelstand“</b> <i>Dr. Thomas Kapp, LL.M. (UCLA)</i> <i>(zusammen mit Dr. Norbert Löw, Evonik Industries AG)</i>	Verlag C.H. Beck oHG Frankfurt am Main
10./11. November 2016	<b>Vertriebsforum Köln: Kartellrechtliche Belieferungsansprüche</b> <i>Anne C. Wegner, LL.M. (European University Institute)</i>	Vertriebsforum Köln
17. November 2016	<b>Kartellrechtsfrühstück 2016</b> <b>„Kartellrecht in der Internetökonomie“</b> <i>Die Kartellrechtspartner der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH</i>	Luther Köln
31. März 2017	<b>BeckAkademie Seminare:</b> <b>„Kartellrechtliche Compliance im Mittelstand“</b> <i>Dr. Thomas Kapp, LL.M. (UCLA)</i> <i>(zusammen mit Dr. Norbert Löw, Evonik Industries AG)</i>	Verlag C.H. Beck oHG München

---

## Aktuelle Veröffentlichungen

---

Anne Caroline Wegner,  
LL.M. (European University Institute);  
Sophie Oberhammer, LL.M. (Los Angeles) und  
Almuth Berger, LL.M. (Birmingham)

**Recent Competition Law Developments in the Automotive Industry,**  
Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP) Volume 7,  
Issue 8 (im Erscheinen)

---

### 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](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

*V.i.S.d.P.:* Almuth Berger, LL.M. (Birmingham)  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15,  
40213 Düsseldorf, Telefon +49 211 5660 24990,  
Telefax +49 211 5660 110, [almuth.berger@luther-lawfirm.com](mailto:almuth.berger@luther-lawfirm.com)

*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](mailto: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.

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

Luther Corporate Services: Delhi-Gurgaon, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com).

**Auf den Punkt. Luther.**

