

## Kartellrecht

EuGH billigt Plattformverbote

Schadensersatzklage gegen Schienenkartell wegen  
Schiedsvereinbarung unzulässig

EU-Fusionskontrolle – zum Erfordernis der Vollfunktionalität bei  
Kontrollwechsel von Gemeinschaftsunternehmen

Kartellbeteiligung durch Gemeinschaftsunternehmen

Speaker's Corner: Frisst die Digitalisierung das Kartellrecht?

Weitere Themen siehe Innenteil

# Inhalt

EuGH billigt Plattformverbote

Seite 3

Schadensersatzklage gegen Schienenkartell  
wegen Schiedsvereinbarung unzulässig

Seite 5

EU-Fusionskontrolle – zum Erfordernis der  
Vollfunktionalität bei Kontrollwechsel von  
Gemeinschaftsunternehmen

Seite 7

Kartellbeteiligung durch Gemeinschafts-  
unternehmen

Seite 9

Speaker's Corner

Seite 10

Aktuelle Veröffentlichungen

Seite 14

# EuGH billigt Plattformverbote

In einem sowohl von der kartellrechtlichen Praxis als auch vom Onlinehandel mit Spannung erwarteten Urteil vom 6. Dezember 2017 (Az.: C-230/16 – Coty Germany) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) seine Entscheidungspraxis zu den kartellrechtlichen Rahmenbedingungen des Internetvertriebs präzisiert. Im Kern betrifft das Urteil die Fragestellung, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Hersteller von Markenprodukten im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems seinen Abnehmern auf der Einzelhandelsebene untersagen darf, seine Produkte im Internet über Drittplattformen (z.B. eBay, Amazon etc.) zu vertreiben.

Der EuGH hat entschieden, dass ein derartiges Verbot nicht per se kartellrechtswidrig ist und in selektiven Vertriebssystemen gerechtfertigt sein kann, um das Luxusimage eines Markenprodukts zu sichern. Darüber hinaus hat der EuGH festgestellt, dass ein solches Verbot (jedenfalls in Konstellationen wie dem entschiedenen Fall) von der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 330/2010 (Vertikal-GVO) gedeckt ist.

## Zum Hintergrund

Anlass der Entscheidung des EuGH war ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 19. April 2016, Az.: 11 U 96/14 (Kart), wir berichteten hierüber kurz im Newsletter 3. Quartal 2016) in einem Rechtsstreit zwischen einem Anbieter von Luxus-Kosmetik und einem seiner Vertragshändler. Dieser hatte sich geweigert, einer Änderung seines Vertragshändlervertrages zuzustimmen, wonach der Onlinevertrieb der Vertragsprodukte über Drittplattformen verboten werden sollte. Der Anbieter von Luxus-Kosmetik erhob daraufhin Klage gegen den Vertragshändler mit dem Antrag, diesem den Vertrieb der Vertragsprodukte über Drittplattformen, konkret über die Plattform „amazon.de“, zu untersagen.

Nachdem das erstinstanzlich mit dem Rechtsstreit befasste Landgericht Frankfurt a. M. (Az.: 2-3 O 128/13) die Klage abgewiesen hatte, entschied sich das OLG Frankfurt a. M. im Berufungsverfahren, den EuGH um Klärung verschiedener, im konkreten Fall streitentscheidender kartellrechtlicher Vorfragen zu ersuchen.

## Die Entscheidung des EuGH

Das Urteil des EuGH, bei dem der EuGH – wie in der Vergangenheit häufig – in den wesentlichen Punkten den Schlussan-

trägen des Generalanwalts vom 26. Juli 2017 (wir berichteten hierüber im Newsletter 3. Quartal 2017) gefolgt ist, betrifft im Kern die folgenden Fragestellungen:

- 1. Können Vorgaben zur Art und Weise des Internetvertriebs im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen, die das Luxusimage der betreffenden Vertragsprodukte schützen sollen, einen positiven Effekt auf den Wettbewerb haben und daher vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden?*
- 2. Kommt in Bezug auf Plattformverbote eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV nach der Vertikal-GVO in Betracht oder stellen derartige Verbote Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 lit. b oder c Vertikal-GVO dar, die eine solche Ausnahme generell ausschließen?*

Im Zusammenhang mit der Beantwortung der ersten Fragestellung hält der EuGH in seinem Urteil unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung zunächst fest, dass ein selektives Vertriebssystem, das auf qualitativen Auswahlkriterien beruht, grundsätzlich wettbewerbsfördernde Wirkungen erzeugen kann. Ein solches Vertriebssystem unterfalle daher nicht dem in Art. 101 Abs. 1 AEUV normierten Kartellverbot, sofern (i) die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, (ii) letztere einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden und (iii) nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.

Im Folgenden legt der EuGH überzeugend dar, warum ein selektives Vertriebssystem auch im Rahmen des Vertriebs von Luxuswaren erforderlich sein kann, um das Luxusimage der betreffenden Waren zu schützen. Hierbei weist der EuGH unter anderem darauf hin, dass die Qualität derartiger Waren nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften beruht, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht, dass diese Ausstrahlung ein wesentliches Element dafür ist, dass die Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden können, und dass daher eine Schädigung dieser Ausstrahlung geeignet ist, die Qualität derartiger Waren selbst zu beeinträchtigen.

Entsprechend gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein selektives Vertriebssystem bei Luxuswaren, das primär der Sicherstellung des Luxusimages dieser Waren dient, mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ist, sofern die vorstehend genannten Voraussetzungen (objektive Auswahlkriterien, diskriminierungsfreie Anwendung und Erforderlichkeit) erfüllt sind. Auch Platt-

formverbote erachtet der EuGH in diesem Zusammenhang im Grundsatz als erforderlich und angemessen.

Auch hinsichtlich der zweiten Fragestellung, mithin der Frage, ob in Bezug auf Plattformverbote in Fällen, in denen kein selektives Vertriebssystem vorliegt oder in denen das selektive Vertriebssystem die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt, eine Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV nach der Vertikal-GVO in Betracht kommt, hat der EuGH im Ergebnis zu Gunsten der Hersteller von Markenprodukten entschieden. Der EuGH stellt fest, dass es sich bei Plattformverböten nicht um Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 Vertikal-GVO handelt, bei denen eine Freistellung nach der Vertikal-GVO generell ausgeschlossen ist. Derartige Verböte, so der EuGH, stellen weder eine Beschränkung der Kundengruppe, an die der Vertragshändler die Vertragsprodukte verkaufen darf (vgl. Art. 4 lit. b Vertikal-GVO), noch eine Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher (vgl. Art. 4 lit. c Vertikal-GVO) dar.

Nach Ansicht des EuGH stellen Kunden von Drittplattformen innerhalb der Gruppe der Online-Kunden bereits keine abgrenzbare Kundengruppe dar. Darüber hinaus liege im Ergebnis auch keine Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher vor, da der Händler die Vertragsprodukte weiterhin online über einen eigenen Shop verkaufen darf und zugleich die Möglichkeit hat, beispielsweise über Online-Suchmaschinen, Werbung zu betreiben, um Kunden zu seinem Online-Shop zu leiten.

Insoweit widerspricht der EuGH der bisherigen Auffassung des Bundeskartellamts sowie einiger Instanzgerichte, die argumentiert hatten, dass durch Plattformverböte jedenfalls faktisch der Internetvertrieb des Händlers an eine Vielzahl von Kunden, nämlich diejenigen, die Drittplattformen nutzen, ausgeschlossen werde. Demgegenüber vertrat die Europäische Kommission den Standpunkt, dass es sich bei Plattformverböten nicht um ein Verbot des Verkaufs an diese Kunden („ob“), sondern lediglich um eine Regelung hinsichtlich des „wie“ des Verkaufs handle. Daher sei die Vertikal-GVO – und somit auch die Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV – auf Plattformverböte grundsätzlich anwendbar.

Der letztgenannten Auffassung ist der EuGH nunmehr gefolgt.

## Bewertung und Praxisfolgen

Das Urteil des EuGH verdient Zustimmung. Es bringt Rechtssicherheit für diejenigen Hersteller von Markenprodukten, die ihre Waren im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems absetzen, sowie für deren Vertragshändler. Sofern in den betreffenden Vertragshändlerverträgen Plattformverböte vereinbart wurden, ist nunmehr von deren kartellrechtlicher Wirksamkeit auszuge-

hen. Möglicherweise werden Markenartikelhersteller daher in Zukunft noch stärker bestrebt sein, ihren Vertrieb als selektives Vertriebssystem auszugestalten, um auf diese Weise auch Einfluss auf die Form des Vertriebs ihrer Waren im Internet nehmen zu können.

Für diejenigen Vertriebsbeziehungen, denen kein selektives Vertriebssystem zugrunde liegt, dürften die Auswirkungen des Urteils dagegen allenfalls gering sein. Zwar kommt nach der Entscheidung des EuGH, dass es sich bei einem Plattformverbot weder um eine Beschränkung der Kundengruppe des Vertragshändlers im Sinne von Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO noch um eine Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO handelt, im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO grundsätzlich die kartellrechtlich wirksame Vereinbarung eines Plattformverböts gegenüber dem Vertragshändler in Betracht. Da dem Vertragshändler indes in einer solchen Konstellation die Veräußerung der Waren an andere Wiederverkäufer nicht untersagt werden kann, stellt die Vereinbarung eines Plattformverböts gegenüber dem Vertragshändler im Ergebnis kein geeignetes Mittel dar, nachhaltig den Vertrieb der Vertragswaren über Drittplattformen zu verhindern.



**Dr. Guido Jansen**

Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24844

guido.jansen@luther-lawfirm.com



**Benjamin Schwenker**

Senior Associate

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 15864

benjamin.schwenker@luther-lawfirm.com

# Schadensersatzklage gegen Schienenkartell wegen Schiedsvereinbarung unzulässig

Landgericht Dortmund, Urteil vom 13. September 2017 (8 O 30/16 [Kart])

Eine Arbeitsgemeinschaft zum Bau einer Eisenbahnstrecke ist mit ihrer Klage auf Schadensersatz gegen einen Teilnehmer des Schienenkartells vor dem LG Dortmund gescheitert. Im Jahr 2003 hatte die Klägerin der Beklagten den Auftrag erteilt, Schienen zu liefern und zu verlegen. Die Parteien vereinbarten seinerzeit, dass alle Streitigkeiten „aus dem Auftrag“ unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollten. Mit einem zweiten Auftrag verpflichtete sich die Beklagte zur Herstellung und Lieferung von Weichen. Auch zu diesem Auftrag vereinbarten die Parteien eine Schiedsklausel, diesmal für Streitigkeiten „im Zusammenhang mit“ diesem Auftrag.

Die Beklagte (genauer: ihre Rechtsvorgängerin) wurde als Teilnehmerin des Schienenkartells vom Bundeskartellamt bebußt. Die Klägerin beantragte daraufhin beim LG Dortmund die Feststellung, dass die Beklagte ihr zum Ersatz ihres Schadens verpflichtet sei. Die Beklagte berief sich auf § 1032 Abs. 1 ZPO: „Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen,...“.

## „Streitigkeiten aus dem Vertrag“ erfasst nicht nur vertragliche Ansprüche

Da die Beklagte die Einrede des Schiedsvertrags erhoben hatte, musste das Gericht die inhaltliche Reichweite der Vereinbarungen prüfen: Wollten die Parteien mit den Formulierungen „Streitigkeiten aus dem Auftrag“ und „Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Auftrag“ auch kartellrechtliche Schadensersatzansprüche der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen?

Das Gericht legte die Schiedsvereinbarungen aus. Dabei berücksichtigte es zum einen den Parteiwillen und zum anderen die BGH-Rechtsprechung, die im Zweifel derjenigen Auslegung den Vorzug gibt, die zur Wirksamkeit der Schiedsklausel führt. Das Gericht wandte sich zunächst der Klausel zu, die Streitigkeiten „aus dem Auftrag“ einem Schiedsgericht zuwies. Offensichtlich erfasst eine solche Klausel vertragliche Ansprüche.

Zwar steht bei Schäden durch Kartelle üblicherweise die besondere Vorschrift des § 33a Abs. 1 GWB im Mittelpunkt, die den Schadensersatzanspruch nicht an eine Vertragsverletzung, sondern das Begehen einer unerlaubten Handlung knüpft. Aber natürlich lassen sich Schadensersatzansprüche gegen Kartellanten auf eine Reihe unterschiedlicher Grundlagen stützen, so auch auf § 280 Abs. 1 BGB, der die Verletzung einer vertraglichen Pflicht voraussetzt. Diese Ansprüche sind bereits vom Wortlaut der Schiedsklausel erfasst. Somit ist nur interessant, ob sie auch die Geltendmachung deliktischer Ansprüche umfasst. Das musste das LG Dortmund klären, weil zu Beginn des Prozesses noch nicht feststand, unter welche Anspruchsgrundlagen der von den Parteien vorgetragene Lebenssachverhalt zu subsumieren sein würde (§ 280 BGB, § 812 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GWB und Art. 101 AEUV, § 33 a GWB usw.).

Ansprüche wegen unerlaubter Handlung sind rechtlich unabhängig von Ansprüchen wegen Vertragsverletzung. Dasselbe Verhalten kann aber zugleich einen vertraglichen und einen deliktischen Anspruch begründen. Der BGH hat dementsprechend anerkannt, dass Schiedsklauseln für Streitigkeiten „aus dem Vertrag“ deliktische Ansprüche jedenfalls dann erfassen, wenn das Verhalten auch den Tatbestand einer Vertragsverletzung erfüllen kann. Eine solche Deckungsgleichheit lag nach Ansicht des LG Dortmund hier vor: Die unerlaubte Handlung (Kartellabsprache) löste erst mit Abschluss der Aufträge die mit der Klage behaupteten Schäden aus. Auch dafür, dass die Parteien bei Abschluss ihrer Schiedsvereinbarung für dieselbe Handlung eine Aufspaltung der gerichtlichen Zuständigkeit gewollt hätten (vertragliche Ansprüche vor ein Schiedsgericht, deliktische vor ein staatliches Gericht), sprach nichts. Da somit die für den ersten Auftrag vereinbarte Schiedsklausel erfüllt war, galt dies erst Recht für die weiter – „im Zusammenhang mit dem Auftrag“ – formulierte Schiedsklausel.

## Kein Widerspruch zum EuGH-Urteil CDC/ Evonik

Aus Sicht der Klägerin verstieß ein solches Ergebnis gegen das EuGH-Urteil Evonik/CDC vom 21. Mai 2015 (C-352/13 siehe [Kartellrecht-Newsletter Q3/2015](#)). Dort hatte der Gerichtshof festgestellt, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung auf Kartellschadensersatzansprüche nur anwendbar sei, wenn für den Geschädigten im Zeitpunkt der Zustimmung zu der Vereinbarung vorhersehbar war, dass sie auch Ansprüche aus Verletzung des Kartellverbots erfassen solle. Die Vorhersehbarkeit sei nur gegeben, wenn sich die Gerichtsstandsvereinbarung „auf Streitigkeiten aus Haftung wegen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht bezieht“. Eine Gerichtsstandsvereinbarung, „die sich in abstrakter Weise auf Rechtsstreitigkeiten aus Vertragsverhältnissen bezieht“, lässt nach Ansicht des

EuGH i.d.R. die Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung auf Kartellschadensersatzklagen entfallen. Denn die Kartellbeteiligung sei dem Geschädigten im Zustimmungszeitpunkt regelmäßig nicht bekannt. Er gehe deshalb grundsätzlich nicht davon aus, dass der Rechtsstreit (Kartellschadensersatzklage) auf den Vertragsverhältnissen beruhe.

Das LG Dortmund vertritt die Ansicht, für Schiedsverträge sei das Urteil des EuGH nicht relevant. Damals waren mehrere Unternehmen aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten in Deutschland (ebenfalls vor dem LG Dortmund) wegen eines gemeinsam betriebenen Kartells auf Schadensersatz verklagt worden. Später schied der einzige Beklagte mit Sitz in Deutschland aus dem Verfahren aus. Der EuGH prüfte seinerzeit die Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO, auch „Brüssel I-VO“ genannt) und kam zum Ergebnis, dass die einmal begründete Zuständigkeit staatlicher Gerichte eines Mitgliedstaats nicht nachträglich entfalle. Im nun vom LG Dortmund entschiedenen Fall ging es aber nicht um die Frage, welchen Mitgliedstaates Gericht zuständig sei. Vielmehr ging es um die Frage, ob die Parteien wirksam staatliche Gerichte für die Entscheidung über ihre Streitigkeiten ausschließen konnten. Das LG Dortmund wies dementsprechend auf Art. 1 Abs. 2 d) EuGVVO hin, nach dem die VO nicht anwendbar ist auf die Schiedsgerichtsbarkeit. Daher blieb es bei der Anwendbarkeit des deutschen Rechts, das, wie zuvor gezeigt, der Zuständigkeit des von den Parteien gewählten Schiedsgerichts Vorrang vor der Zuständigkeit staatlicher Gerichte gab.

## Einordnung

Das Urteil rückt das Schiedsverfahren als praktisches Mittel zur Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen in den Fokus. Auf die gestiegene Bedeutung außergerichtlicher Streitbeilegung weist auch die EU-Schadensersatzrichtlinie (2014/104/EU, Erwägungsgrund 48): sie begrüßt ausdrücklich Schiedsverfahren als Mittel zur Regelung eines durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens. Hinzuweisen ist auch auf die Möglichkeit der Parteien, sich an eine [kartellrechtliche Gütestelle](#) zu wenden.

In der Sache ist dem LG Dortmund kaum zu widersprechen: Hat ein Käufer Produkte von einem Kartellanten bezogen, dann wäre es nicht verständlich, weshalb eine Schiedsklausel nach den rechtsdogmatischen Grundlagen für den Anspruch des Geschädigten unterscheiden sollte. Das ist auch sonst im Zivilrecht nicht so: die Parteien unterbreiten dem Gericht den Sachverhalt, das Gericht prüft, auf welcher Rechtsgrundlage der Anspruch berechtigt ist oder nicht („*da mihi facta, dabo tibi ius*“). Die gegenteilige Meinung müsste konsequenterweise zu dem Ergebnis führen, dass der identische Sachverhalt vor einem

Schiedsgericht und vor einem staatlichen Gericht geltend gemacht werden darf – was aber gegen den prozessrechtlichen Grundsatz spricht, dass man nicht dieselbe Sache bei zwei unterschiedlichen Gerichten anhängig machen kann. Die Interessen der Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses ihres Schiedsvertrags sowie die prozessökonomischen Interessen des Staates und des privaten Schiedsgerichts sprechen in den typischen Sachverhaltskonstellationen für das Ergebnis des LG Dortmund.

Auch das Evonik/CDC-Urteil bietet keinen Anlass zu einer anderen Betrachtung. Es befasst sich in der Tat überhaupt nicht mit der Frage, ob für den Geschädigten vorhersehbar sein muss, dass die Schiedsklausel auch Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen erfassen sollte. Einen besonderen Dreh bekam der Prozess vor dem LG Dortmund allerdings deshalb, weil genau dieses Gericht durch seine Vorlagefragen an den EuGH das Urteil verursacht hatte. Und in den Vorlagefragen hatte es nicht nur den seinerzeit entschiedenen Komplex adressiert (Ausscheiden des einzigen Beklagten mit Sitz im Gerichtsstaat), sondern auch Fragen zur Schiedsklausel gestellt, die der EuGH nicht beantwortete. Somit stellte das LG Dortmund mit seinem jetzigen Urteil indirekt fest, dass es die Vorlagefrage zur Schiedsklausel nicht hätte stellen müssen, weil sie – die Erkenntnis im jetzigen Verfahren – nicht unter die EuGVVO fiel. Dass das LG Dortmund seinerzeit diese Frage stellte, ist aber für das jetzige Urteil irrelevant.

Das Urteil befasst sich nicht mit der Konstellation, dass sich Geschädigter und Kartellant nach Bekanntwerden des Kartellverstoßes darauf verständigen, ihre Streitigkeit vor einem Schiedsgericht auszutragen. Solche Vereinbarungen können ganz unabhängig von der Entscheidung des LG Dortmund wirksam geschlossen werden. Hierbei sind die Vor- und Nachteile eines schiedsgerichtlichen und eines staatsgerichtlichen Verfahrens sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

Gegen das Urteil ist Revision eingelegt worden.



**Dr. Helmut Janssen, LL.M. (London)**

Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Brüssel/Düsseldorf

Telefon +32 2 627 7763/+49 211 5660 18763

helmut.janssen@luther-lawfirm.com



**Tim Börker**

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Brüssel

Telefon +32 2 627 77 67

tim.boerker@luther-lawfirm.com

# EU-Fusionskontrolle – zum Erfordernis der Vollfunktionalität bei Kontrollwechsel von Gemeinschaftsunternehmen

Der EuGH hat im Rahmen seiner Entscheidung vom 7. September 2017 auf die Vorlage eines österreichischen Gerichts zu der Frage Stellung genommen, ob die Fusionskontrollverordnung (im Folgenden: FKVO) dahin auszulegen ist, dass auch bei einer bloßen Änderung der Art der Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn das daraus hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen vollfunktionsfähig ist.

Die Entscheidung ist insbesondere deshalb praxisrelevant, weil bislang keine Rechtsprechung zu dieser Fragestellung existierte und die Entscheidungspraxis der Kommission uneinheitlich war.

## Ausgangspunkt

Ein Zusammenschluss wird nach der FKVO maßgeblich dadurch bewirkt, dass ein oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, (gemeinsame) Kontrolle über ein weiteres Unternehmen erwerben. Im Falle der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wird ein solcher Zusammenschluss nach der FKVO nur dann bewirkt, wenn dieses „auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit“ (auch bezeichnet als Vollfunktionalität) erfüllt. Unklar war bislang, ob das Erfordernis der Vollfunktionalität auch besteht, wenn keine Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Neuentstehung einer rechtlichen Einheit vorliegt, sondern ein bloßer Wechsel von Alleinkontrolle zu gemeinsamer Kontrolle innerhalb einer bereits bestehenden rechtlichen Einheit.

## Hintergrund der Entscheidung

In dem vom EuGH zu entscheidenden Fall beabsichtigen die Austria Asphalt GmbH & Co. KG und die Teerag Asdag AG die gemeinschaftliche Gründung einer Gesellschaft österreichischen Rechts (beide mit Anteilen in Höhe von 50 Prozent). Diese soll die bislang ausschließlich von der Teerag Asdag AG kontrollierte Asphaltmischanlage Mürzzuschlag (Zielunternehmen) erwerben. Durch den Vorgang würde ein Wechsel von einer ausschließlich durch die Teerag Asdag AG ausgeübten

Kontrolle hin zu einer gemeinsamen Kontrolle der Teerag Asdag AG und der Austria Asphalt GmbH & Co. KG über das Zielunternehmen stattfinden. Das Zielunternehmen kann nach den Angaben des vorlegenden Gerichts nicht als Vollfunktionsunternehmen qualifiziert werden. Auch dem aus dem Erwerbsvorgang hervorgehenden Gemeinschaftsunternehmen fehle das Merkmal der Vollfunktionalität, da der überwiegende Teil der Produktion für die beiden kontrollierenden Konzerne bestimmt sei.

Die Austria Asphalt GmbH meldete das Zusammenschlussvorhaben bei der Bundeswettbewerbsbehörde (nationale Kartellbehörde Österreich) an. Der Bundeskartellanwalt stellte daraufhin einen Prüfungsantrag beim Kartellgericht (Österreich). Das österreichische Kartellgericht erklärte sich aufgrund der Annahme, es handele sich um einen Zusammenschluss im Sinne der FKVO für unzuständig. Hiergegen wandte sich die Austria Asphalt GmbH & Co. KG vor dem Obersten Gerichtshof (Österreich) mit dem Argument, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stelle nur dann einen Zusammenschluss im Sinne der FKVO dar, wenn es sich um ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen handele. Dies sei bei dem geplanten Vorgang aber nicht der Fall. Der Oberste Gerichtshof (Österreich) legte die Frage daraufhin dem EuGH zur Klärung vor.

## Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nur bei Vollfunktionalität/Veränderung der Marktstruktur

Der EuGH hat nunmehr klargestellt, dass auch ein Gemeinschaftsunternehmen, das aus dem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle hervorgeht, vollfunktionsfähig sein muss, um in den Anwendungsbereich der FKVO zu fallen. Die FKVO solle ausweislich ihrer Erwägungsgründe gewährleisten, dass Umstrukturierungen von Unternehmen keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachten. Das Unionsrecht gelte daher für Zusammenschlüsse, die geeignet seien, einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt erheblich zu beeinträchtigen. Der Zusammenschlussbegriff müsse daher solche Vorgänge erfassen, die eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur zur Folge hätten. Eine solche Veränderung der Marktstruktur liege im Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens dann vor, wenn das gegründete Unternehmen „auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfülle, mithin vollfunktionsfähig sei.

## Gründung auch bei Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle

Für eine Veränderung der Marktstruktur sei nicht entscheidend, ob das Gemeinschaftsunternehmen durch originären Gründungsakt oder durch den Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle entstehe. Der Begriff der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der FKVO erfasst nach der Auffassung des EuGH mithin auch die Entstehung eines Gemeinschaftsunternehmens durch den Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle. Die gegenteilige Auffassung der Kommission führt nach Ansicht des EuGH zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen neu gegründeten Unternehmen, die nur bei bestehender Vollfunktionalität unter den Begriff des Zusammenschlusses fielen und zuvor bereits bestehenden Unternehmen, die zukünftig gemeinsam kontrolliert würden. Letztere würden dann unabhängig von einer vorliegenden Vollfunktionalität vom Zusammenschlussbegriff der FKVO erfasst. Dieses Ergebnis widerspricht nach der Auffassung des EuGH jedoch dem Zweck der Fusionskontrollverordnung, die ausweislich ihrer Erwägungsgründe lediglich „bedeutende Strukturveränderungen“ erfassen solle.

## Anwendbarkeit des Kartellverbots und des nationalen Rechts

Zusätzlich betont der EuGH in diesem Zusammenhang, dass seine Auslegung nicht bedeute, dass jedes Verhalten von Unternehmen, das keine Strukturveränderung zur Folge habe, der Kontrolle durch die Kommission insgesamt entzogen sei. Denn das Kartellverbot des Art. 101 AEUV gelte unabhängig von der Frage des Vorliegens von Vollfunktionalität.

## Zusammenfassung

Der EuGH legt in seinem Urteil den Begriff der „Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens“ im Sinne der FKVO weit aus. Er schafft damit Rechtssicherheit dahingehend, dass Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle bei einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle die Vollfunktionalität des entstehenden Gemeinschaftsunternehmens ist, da nur dann die für die Anwendung der FKVO erforderliche Veränderung der Marktstruktur eintritt.

## Praxisfolgen

Nach der Entscheidung des EuGH ist zukünftig nicht nur bei jedem neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen, sondern auch bei jedem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein Unternehmen zu prüfen, ob das entstandene Gemeinschaftsunternehmen vollfunktionsfähig ist. Ist dies nicht der Fall, liegt kein Zusammenschlusstatbestand im Sinne der FKVO vor. Das Vorhaben unterliegt dann nicht der EU Fusionskontrolle. Allerdings kann eine Anmeldepflicht nach deutschem Fusionskontrollrecht bestehen. Das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes nach nationalem Recht hängt nicht von der Frage ab, ob das Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionalität aufweist.



Anne Caroline Wegner, LL.M.  
(European University Institute)

Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 18742  
anne.wegner@luther-lawfirm.com



Almuth Berger, LL.M. (Birmingham)

Senior Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 24990  
almuth.berger@luther-lawfirm.com

# Kartellbeteiligung durch Gemeinschaftsunternehmen

Der EuGH befasste sich in seinem Urteil vom 14. September 2017 mit Fragen zur Haftung von Muttergesellschaften für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaften. In diesem Zusammenhang nahm er Stellung zu der Frage, ob mit Blick auf die Verteidigungsrechte eine Geldbuße gegen die Muttergesellschaft nur dann in Betracht kommt, wenn gleichzeitig auch gegen die Tochtergesellschaft ein Verfahren durchgeführt wird. Der EuGH entschied außerdem darüber, welche Umsätze in die Berechnung der Geldbuße einzubeziehen sind und unter welchen Voraussetzungen sich Unternehmen im Kartellverfahren auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen können.

## Hintergrund

In dem Verfahren vor dem EuGH wehrten sich die LG Electronics Inc. (LGE) und die Koninklijke Philips Electronics NV (Philips) gegen ein Urteil des Gerichts der europäischen Union (EuG), das die Klagen der LGE und von Philips auf Nichtigerklärung eines Beschlusses der Kommission vom 5. Dezember 2012 abgewiesen hatte. Der Beschluss der Kommission warf den Konzernen vor, bis zum Jahr 2001 über ihre Tochtergesellschaften an Kartellen auf den Märkten für verschiedene Kathodenstrahlröhren („cathode ray tubes“, im Folgenden: CRT) beteiligt gewesen zu sein. Darüber hinaus hätten LGE und Philips auch über den 2001 gemeinsam gegründeten LPD-Konzern bis 2006 an Kartellen im Bereich CRT teilgenommen. Die Kommission verhängte daher gegen LGE und Philips Geldbußen für die Verstöße ihrer Tochtergesellschaften bis 2001. Die Konzerne seien außerdem gesamtschuldnerisch für die Teilnahme des LPD-Konzerns an den Kartellen im Bereich der CRT haftbar zu machen.

## Verfahren vor dem EuGH

LGE und Philips stützten ihre Klagen gegen die Urteile des EuG vor allem auf einen in Betracht kommenden Verstoß gegen ihre Verteidigungsrechte. Die Ausübung der Verteidigungsrechte hänge nämlich maßgeblich davon ab, ob und wie die Tochtergesellschaft in das Verfahren einbezogen werde. Ein Verfahren gegen den LPD-Konzern hätte möglicherweise der Verteidigung der Muttergesellschaften dienliche Beweise hervorbringen können. Außerdem habe die Kommission bei der Berechnung der

Geldbuße zu Unrecht Verkäufe von CRT, die innerhalb desselben Konzerns in ein Endprodukt eingebaut worden seien (Direktverkäufe), einbezogen. Bei diesen handele es sich aber nicht um Verkäufe von kartellbefangenen CRT, sondern von verarbeiteten Erzeugnissen. Damit sei die berechnete Geldbuße im Ergebnis zu hoch. Außerdem habe die Kommission solche Direktverkäufe in einem Beschluss gegen Samsung nicht berücksichtigt, was zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung führe.

## Entscheidung des EuGH

Der EuGH bestätigte die Entscheidung des EuG und damit den Beschluss der Kommission. Für die Wahrung der Verteidigungsrechte verlange der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass dem Unternehmen Gelegenheit gegeben wurde, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sachdienlich Stellung zu nehmen. Dagegen ergebe sich aus den Verteidigungsrechten nicht die Pflicht zur Übermittlung der Beschwerdepunkte an eine Gesellschaft, gegenüber der eine Zuwiderhandlung gar nicht festgestellt werden soll. Bezüglich der Direktverkäufe stellte der EuGH fest, dass solche immer dann in die Berechnung der Geldbuße einzubeziehen sind, wenn es sich bei den betroffenen Unternehmen um eine wirtschaftliche Einheit handelt. Er führte aus, dass es dem Ziel der Verordnung Nr. 1/2003 zuwiderlaufe, wenn bei auf diese Weise vertikal integrierten Kartellteilnehmern solche Direktverkäufe im Rahmen der Berechnung der Geldbuße unberücksichtigt blieben.

Außerdem verlange der Grundsatz der Gleichbehandlung zwar, dass bei der Festsetzung für alle beteiligten Unternehmen eine einheitliche Berechnungsmethode verwendet werde. Dies sei vorliegend jedoch geschehen, die Kommission habe bezüglich Samsung lediglich das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit verkannt. Diese Rechtsverletzung führe aber nicht zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Der Grundsatz der Gleichbehandlung müsse insofern mit der Beachtung des Gebots rechtmäßigen Handelns in Einklang gebracht werden, wonach niemand sich zu seinem Vorteil auf eine zugunsten eines anderen begangene Rechtsverletzung berufen könne.

## Praxisfolgen

Die Entscheidung des EuGH vereinfacht das Vorgehen gegen die Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens. Zukünftig kann eine Geldbuße auch dann gegenüber den Mut-

tergesellschaften verhängt werden, wenn die Kommission nicht beabsichtigt, ein Verfahren gegen die Tochtergesellschaft einzuleiten. Bei der Bemessung der Geldbuße sind auch solche Umsätze zu berücksichtigen, die durch Direktverkäufe entstanden sind.

Auf den Grundsatz der Gleichbehandlung kann ein Unternehmen sich lediglich dann berufen, wenn bezüglich der am Kartellverstoß beteiligten Unternehmen unterschiedliche Berechnungsmethoden verwendet wurden. Es ist dagegen nicht möglich, sich auf einen zugunsten eines anderen erfolgten Rechtsverstoß zu berufen, um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu belegen.



**Anne Caroline Wegner, LL.M.**  
(European University Institute)

Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 18742  
anne.wegner@luther-lawfirm.com



**Almuth Berger, LL.M. (Birmingham)**

Senior Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 24990  
almuth.berger@luther-lawfirm.com

## Speaker's Corner

### Frisst die Digitalisierung das Kartellrecht?

Die Digitalisierung schreitet mit raschen Schritten voran. Nichts und niemand ist vor ihren disruptiven Veränderungsprozessen sicher. So ist es kein Wunder, dass inzwischen auch die Frage aufgeworfen wird, inwieweit das Kartellrecht von der Digitalisierung betroffen ist oder gar ganz obsolet wird. Ein besonders anschauliches Beispiel sind dynamische Preisanpassungsalgorithmen (Dynamic Pricing). Damit verfolgen insbesondere Händler eine Preisstrategie, mit der das Absatz- und Gewinnpotential bei ihren Kunden optimal ausgeschöpft werden kann. Daten sind heute (insbesondere beim Online-Vertrieb) reichlich verfügbar. Dynamic Pricing stellt einen zentralen Baustein von sogenannten Speed-Retailing-Geschäftsmodellen dar. Unter Speed Retailing versteht man eine bedürfnisorientierte, kontinuierliche und schnelle Anpassung vertrieblicher Parameter, um den Kundenanforderungen optimal zu entsprechen. Letztlich handelt es sich um einen Paradigmenwechsel von wettbewerbsorientierter zu kundenorientierter Preisbildung. Nicht mehr der niedrigste Preis, sondern der beste Preis für den jeweiligen Kunden, und zwar zur richtigen Zeit am richtigen Ort und in der richtigen Höhe ist das angestrebte Ziel. Damit kann der Verkäufer die Tatsache optimal ausnutzen, dass Kunden zu bestimmten Zeiten bereit sind, einen höheren Preis zu bezahlen (z. B. für Brennholz bei einem Kälteeinbruch oder für Speiseeis bei Hitzetemperaturen) oder dass ein Kunde mehr zu zahlen bereit ist als ein anderer. Die vorgenannten Überlegungen spielen inzwischen sogar im stationären Handel eine Rolle, wo sich fortschrittliche Händler bereits überlegen, elektronische Preisschilder aufzustellen, um eine dynamische Preisstellung praktisch umsetzen zu können.

### Kartellrechtliche Aspekte

Kartellrechtlich bedenklich ist der Einsatz dieser dynamischen Preisanpassungsalgorithmen zunächst nicht. Dynamic Pricing wird jedoch dann ein kartellrechtliches Problem, wenn der Tatbestand einer Preisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt wird. Hierbei sind mehrere Szenarien denkbar.

Erstens wäre es möglich, Preisalgorithmen dazu einzusetzen, um eine zuvor getroffene Preisabsprache unter Herstellern oder Händlern durchzusetzen. Dies war beim sogenannten Posterkartell der Fall, das sowohl vom US-amerikanischen Depart-

ment of Justice wie auch den britischen Behörden verfolgt wurde.

Denkbar ist zweitens auch, dass Konkurrenten auf Preisalgorithmen und Datensätze ein und desselben Drittanbieters zurückgreifen. Hier wird durch Einschaltung eines Dritten eine Uniformisierung der Preisstellung sichergestellt. Ein Beispielsfall war der EuGH-Fall „Eturas“, bei dem sich die betreffenden Reisebüros aufgrund der gemeinsamen Nutzung eines einheitlichen IT-Systems in kartellrechtswidriger Weise abstimmen konnten (EuGH, Rs. C-74/14 – *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42).

Als besonders problematisch erweist sich eine dritte Variante, in der konkurrierende Anbieter ohne die Einschaltung eines Drittanbieters auf eigene Algorithmen zurückgreifen. Bei einer hohen Markttransparenz und einer entsprechenden Homogenität von Produkten ist es durchaus möglich, dass mit Hilfe von Algorithmen ein Preisverhalten wie in einem Oligopol simuliert wird. Hierbei würden die Algorithmen so eingestellt werden, dass Computer unter Berücksichtigung zahlreicher Marktdaten, insbesondere von Preis und Mengen, und einem tatsächlichen oder antizipierten Verhalten der Wettbewerber letztlich einen Preis bestimmen, der über einem Preis des freien Wettbewerbs liegen würde. Auch ohne die Digitalisierung wurde bereits im Oligopol (u. a. auf Grundlage der Spieltheorie) festgestellt, dass das Oligopol-Preisniveau über dem Wettbewerbsniveau liegen kann. In einem solchen Fall stellt sich natürlich die Frage, ob darin bereits eine unzulässige abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Ein Informationsaustausch im Oligopol ist bekanntlich in den meisten Fällen äußerst problematisch. Was gilt jedoch, wenn viele Daten transparent und digital gespeichert sind, sodass sie gar nicht mehr technisch „ausgetauscht“ werden müssen? Jeder weiß alles und alle wissen jedes. Hier ist es möglicherweise sehr schwer, eine Grenze zum zulässigen Parallelverhalten zu ziehen.

## Problem der Aufdeckung von digitalen Manipulationen

Unabhängig von der rechtlichen Bewertungsproblematik stellt sich ferner auch die Frage, wie solche Verhaltensweisen – einmal unterstellt, sie seien unzulässig – in der Praxis künftig aufgedeckt und verfolgt werden sollen. Hierzu müssen die Kartellbehörden ebenfalls digital aufgerüstet werden, um entsprechende Preisentwicklungen zu verfolgen. Es ist bereits vorgeschlagen worden, eine „Markttransparenzstelle für Online-Märkte“ (analog zu den bereits bestehenden Markttransparenzstellen für

Strom, Gas und Kraftstoffe nach §§ 47a ff. GWB) einzurichten. Auch in diesem Bereich eilt die technische Entwicklung der rechtlichen Bewertung bzw. dem Zugriff der Verfolgungsbehörden weit voraus. Dennoch wird man sich diesen Fragen in nächster Zeit stellen müssen.

Wir haben an unsere Leser in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

1. Wie schätzen Sie die technische Entwicklung von Dynamic Pricing ein?
2. Wird der Einsatz von Preisalgorithmen in Zukunft zu einem schwerwiegenden kartellrechtlichen Problem führen?
3. Sollte ein solches schwerwiegendes kartellrechtliches Problem grundsätzlich bestehen, in welcher Form können entsprechend unzulässige Verhaltensweisen effektiv und zeitnah aufgedeckt und verfolgt werden?



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

Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Stuttgart

Telefon +49 711 9338 12893

## Nachrichten in Kürze

### Europäischer Gerichtshof: Absprachen zwischen Erzeugerorganisationen können Kartell im Sinne des Wettbewerbsrechts darstellen

Der EuGH hat in einem Vorabentscheidungsverfahren entschieden, dass Verhaltensweisen zwischen mehreren Erzeugerorganisationen oder Vereinigungen von Erzeugerorganisationen (EO/VEO) dem Kartellverbot nicht entzogen sein können. Das gelte erst recht dann, wenn an den Absprachen Organisationen beteiligt seien, die nicht von einem Mitgliedstaat im Rahmen der Durchführung der gemeinsamen Agrarpolitik in dem betreffenden Sektor anerkannt seien. Zwar gebühre der gemeinsamen Agrarpolitik nach dem AEUV der Vorrang vor wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Dem Kartellverbot seien daher den EO/VEO nach dem Unionsrecht übertragene Verhaltensweisen entzogen. Allerdings entstehe insofern kein wettbewerbsfreier Raum. Das Wettbewerbsrecht bleibe immer dann anwendbar, wenn mit einer Verhaltensweise nicht die Ziele verfolgt würden, mit denen die betreffende EO/VEO betraut worden sei. Insbesondere Verhaltensweisen, die nicht innerhalb einer EO/VEO, sondern zwischen mehreren EO/VEO erfolgen würden, gingen über das hinaus, was erforderlich sei, um die genannten Aufgaben zu erfüllen.

### Gericht der europäischen Union (EuG): Eingeschränktes Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmen gilt nicht für Situationen, in denen de facto Kontrolle vermittelt wird

Das EuG hat in einer Entscheidung die Verhängung einer Gelbuße durch die Kommission in Höhe von 20 Mio. Euro gegen das Unternehmen Marine Harvest ASA (Marine Harvest) wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot (sog. „Gun Jumping“) bestätigt. Die Marine Harvest hatte 48,5% der Anteile an der Morpol ASA übernommen und die Übernahme acht Monate vor ihrer Anmeldung vollzogen. Ohne Erfolg berief sich die Marine Harvest auf die Einschränkung des Vollzugsverbots in Fällen öffentlicher Übernahmen. Das Gericht bestätigte die Auffassung der Kommission, dass diese Ausnahme vom Vollzugsverbot in Fällen, in denen der Erwerber de facto die Kontrolle über das Unternehmen erlange, nicht greife. Für einen Verstoß komme es außerdem nicht darauf an, dass der Erwerber die erlangte Kon-

trolle auch tatsächlich ausübe. Die bloße Möglichkeit der Einflussnahme sei für einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot bereits ausreichend.

### Europäische Kommission: Mitteilung der Beschwerdepunkte an AB InBev wegen Behinderung preisgünstiger Biereinfuhren nach Belgien

Die Europäische Kommission hat dem belgischen Bierbrauer AB InBev in einer Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgeworfen, seine marktbeherrschende Stellung auf dem belgischen Biermarkt ausgenutzt zu haben. Die AB InBev hatte zuvor den französischen Text auf Dosen in den Niederlanden und den niederländischen Text auf Dosen in Frankreich gestrichen. Dies geschah nach Auffassung der Kommission, um Supermärkte und Großhändler gezielt daran zu hindern, die Produkte der AB InBev zu niedrigeren Preisen in Frankreich und den Niederlanden zu kaufen und in den französisch- bzw. niederländischsprachigen Teil Belgiens einzuführen. Außerdem habe die AB InBev niederländische Einzelhändler teilweise von bestimmten Sonderaktionen ausgenommen, wenn die Möglichkeit der Einfuhr nach Belgien bestand. Die Kommission prüft nun einen Verstoß dieser Verhaltensweisen gegen Art. 102 AEUV, der die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet.

### Europäische Kommission: Maßnahmen zum Schutz geistiger Eigentumsrechte

Die Europäische Kommission hat am 29. November 2017 eine Mitteilung über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten veröffentlicht. Durch die veröffentlichten Maßnahmen soll ein faires und ausgewogenes System standardessentieller Patente (SEP) geschaffen werden. Nach Ansicht der Kommission werden durch die Mitteilung Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung der Richtlinie zur Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten aus dem Jahr 2004 geklärt und dadurch ein berechenbarer Rechtsrahmen geschaffen. Aus kartellrechtlicher Sicht interessant sind insbesondere die Erläuterungen der Kommission zu einstweiligen Verfügungen gegen potenzielle Lizenznehmer standardessentieller Patente. Das Erwirken einer einstweiligen Verfügung durch den Inhaber eines SEP gegen solche potenziellen Lizenznehmer stelle nämlich immer dann den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und damit einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV dar, wenn der Nutzer des SEP zum Abschluss einer Lizenz zu FRAND-Bedingungen bereit sei.

## OLG Düsseldorf: Prozessauftakt im Verfahren um das „Wurstkartell“

Der 6. Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat den Beginn der Hauptverhandlung im Verfahren um das sogenannte „Wurstkartell“ auf den 19. Dezember 2017 terminiert. Insgesamt sind 40 Verhandlungstage bis Mai 2018 anberaumt worden. In dem Verfahren geht es um Preisabsprachen unter 22 Wurstherstellern. Das Bundeskartellamt hatte zwischen November 2013 und Juli 2014 Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 338 Mio. Euro verhängt. Davon mussten Verfahren betreffend Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 238 Mio. Euro aufgrund einer Regelungslücke im GWB (sog. „Wurstlücke“) eingestellt werden. Diese Regelungslücke, die es ermöglichte durch unternehmensinterne Umstrukturierungen Bußgeldern zu entgehen, dürfte mittlerweile durch die 9. GWB-Novelle geschlossen worden sein.

## Bundeskartellamt: Untersagung von Exklusivvereinbarungen zwischen CTS Eventim und Veranstaltern sowie Vorverkaufsstellen

Das Bundeskartellamt hat CTS Eventim in einem Verwaltungsverfahren die Verwendung von sogenannten Exklusivvereinbarungen, die das Unternehmen mit Veranstaltern und Vorverkaufsstellen geschlossen hat, untersagt. Durch die Exklusivvereinbarungen, die die Vertragspartner verpflichten, ihre Tickets ausschließlich über das Ticketsystem von CTS Eventim zu vertreiben, nutze CTS Eventim seine Marktmacht zulasten des Wettbewerbs aus. In Zukunft muss es den Vertragspartnern von CTS Eventim nach den Vorgaben des Bundeskartellamtes möglich sein, mindestens 20 Prozent ihres jährlichen Ticketvolumens über andere Ticketsysteme an Kunden zu vermitteln, sofern die Verträge länger als zwei Jahre laufen. Die laufenden Verträge sind von CTS Eventim nun innerhalb von vier Monaten anzupassen.

## Bundeskartellamt: Untersagung des Zusammenschlusses zwischen CTS Eventim und Four Artists

Das Bundeskartellamt hat den geplanten Zusammenschluss von CTS Eventim und Four Artists, einer Konzert- und Veranstaltungsagentur, untersagt. Four Artists vertrete zahlreiche nationale sowie internationale Künstler, sodass die ohnehin schon marktbeherrschende Stellung von CTS Eventim durch

den Zusammenschluss weiter gestärkt worden wäre. Auf den betroffenen Märkten wäre es daher zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs gekommen, sodass der Zusammenschluss zu untersagen gewesen sei.

## Bundeskartellamt: Erleichterung der Voraussetzungen für den Ticketkauf zur WM 2018

Das Bundeskartellamt hat ein gegen den Deutschen Fußball Bund (DFB) eingeleitetes Verwaltungsverfahren wegen des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestellt. Hintergrund des Verfahrens war die für den Erwerb eines Tickets aus dem Kontingent des DFB für die EM 2016 oder Auswärtsspiele im Rahmen der WM-Qualifikation erforderliche reguläre Mitgliedschaft im Fanclub des DFB, die auch für den Erwerb von Tickets für die WM 2018 erforderlich sein sollte. Die Bewerbung um ein Ticket für die WM 2018 ist nach der erzielten Einigung zwischen dem Bundeskartellamt und dem DFB nun bereits dann möglich, wenn eine sogenannte „Turniermitgliedschaft“ zum Preis von 10 Euro erworben wird. Grund für die überhaupt bestehende Notwendigkeit einer solchen Mitgliedschaft im Fanclub des DFB sind aus Sicht des DFB und des Bundeskartellamtes Sicherheitserwägungen.

## Bundeskartellamt: Überprüfung von Lufthansa-Preisen

Im Anschluss an die Insolvenz von Air Berlin ist es zu einem starken Anstieg der Flugpreise, insbesondere auf innerdeutschen Strecken gekommen. Das Bundeskartellamt prüft nun, ob die Preiserhöhung durch die Lufthansa die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Dazu wurde die Lufthansa gebeten, dem Bundeskartellamt Informationen über ihre Preissetzung zur Verfügung zu stellen. Im Anschluss soll dann über die Einleitung eines Verfahrens entschieden werden. Die Lufthansa begründet die gestiegenen Preise mit der deutlich größeren Nachfrage. Sinkende Preise seien erst zu erwarten, wenn der Verkauf von Teilen der insolventen Air Berlin an die Lufthansa-Tochter Eurowings und den britischen Konkurrenten Easyjet durch die Europäische Kommission genehmigt werde.

## Bundeskartellamt: Zusammenschluss von Airbus und Bombardier freigegeben

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme der C-Series Aircraft Limited Partnership (CSALP), einer Tochtergesellschaft der Bombardier Inc., durch die Airbus SE freigegeben. Durch den Zusammenschluss komme es nicht zu einer erheblichen Behinderung wesentlichen Wettbewerbs. Während die Airbus SE vorwiegend Flugzeuge mit einer Sitzplatzkapazität von über 150 Sitzplätzen herstelle, habe die übernommene CSALP eine starke Marktstellung auf dem weltweiten Markt für kleinere Flugzeuge mit 100 bis 150 Sitzen. Für europäische und insbesondere deutsche Fluggesellschaften seien Flugzeuge dieser Sitzplatzkategorie aber von untergeordneter Bedeutung. Es handele sich nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes um einen Bagatellmarkt, sodass der Zusammenschluss zu genehmigen war. Das Zusammenschlussvorhaben sei allerdings noch bei verschiedenen weiteren Wettbewerbsbehörden anhängig.

## Bundeskartellamt: Schwenk KG nimmt Abstand von Übernahme des Zementwerks Karsdorf

Die Schwenk KG hat die Pläne zur Übernahme des Zementwerks Karsdorf von der Opterra GmbH aufgegeben. Zuvor hatte das Bundeskartellamt wettbewerbsrechtliche Bedenken geäußert. Laut Bundeskartellamt ließ die Fusion eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten und wäre daher zu untersagen gewesen. Bei der Opterra GmbH handele es sich um den engsten und aktivsten Wettbewerber der Schwenk KG. Durch den Zusammenschluss wäre der durch die Opterra GmbH auf die Schwenk KG ausgeübte Wettbewerbsdruck entfallen. Das wäre insbesondere auch deshalb bedenklich gewesen, weil die Zementmärkte ohnehin durch hohe Marktzutrittschranken und ein hohes Maß an Transparenz geprägt seien. Daher wies das Bundeskartellamt auch ein Zusagenangebot seitens der Schwenk KG, das die Abgabe von Zementkapazitäten aus Karsdorf zum Gegenstand hatte, als ungeeignet zurück.

## Aktuelle Veröffentlichungen

---

*Dr. Helmut Janssen, LL.M. (London)*

**Disruption durch Digitalisierung: Reaktionen des Gesetzgebers, des Bundeskartellamts, der Gerichte; in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 03.11.2017, Heft 11, S. 525, WuW1252670**

---

### 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.**

