

Kartellrecht

Überraschung aus Luxemburg: EuGH eröffnet Möglichkeit der Akteneinsicht in kartellrechtliche Kronzeugenanträge	Seite 2
Zulässigkeit von Torpedoklagen im Kartellrecht?	Seite 3
Verband kann trotz Beiladung zum Fusionskontrollverfahren nicht gegen Freigabe klagen	Seite 4
Kfz-Hersteller können Vertragswerkstätten frei auswählen	Seite 5
Speaker's Corner	Seite 7
Nachrichten in Kürze	Seite 8
Aktuelle Veröffentlichungen und Veranstaltungen	Seite 10

NEU im Newsletter: Speaker's Corner

Wir möchten in unserem Newsletter häufiger als bislang den Blick über den Tellerrand der kartellrechtlichen Nachrichten hinaus auf aktuelle Kontroversen und auf noch nicht (abschließend) geklärte oder auch von der Praxis noch gar nicht aufgegriffene Grundsatzfragen werfen. Hierbei soll es nicht um eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern in erster Linie darum gehen, Denkanstöße zu geben und die Diskussion anzuregen. Die „Speaker's Corner“ soll ein offenes und lebendiges Forum sein. Wir möchten Sie daher einladen, Ihre Einschätzungen und Erfahrungen mit uns zu diskutieren. Die uns per E-Mail zugesandten Beiträge werden wir (ggf. gekürzt und auf Wunsch auch anonymisiert) im jeweils nächsten Newsletter veröffentlichen.

Unser erster Beitrag im Speaker's Corner widmet sich dem gegenwärtigen Stand der Diskussion zur Frage der Bindungswirkung kartellbehördlicher und gerichtlicher Entscheidungen (siehe S. 7).

Überraschung aus Luxemburg: EuGH eröffnet Möglichkeit der Akteneinsicht in kartellrechtliche Kronzeugenanträge

(EUGH, Urteil vom 14. Juni 2011 – C-360/09 – Pfeiderer)

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 14. Juni 2011 entschieden, dass das europäische Recht kartellgeschädigten Unternehmen nicht versagt, Einsicht in Ermittlungsakten des Bundeskartellamts (einschließlich der Kronzeugenanträge und der diesen beigefügten Unterlagen) zu nehmen (C-360/09). Den genauen Umfang des Akteneinsichtsrechts müsse der jeweilige nationale Richter bestimmen. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft vertrat die Pfeiderer AG in diesem Verfahren.

Das Urteil ist Sprengstoff für das Bundeskartellamt: Sollte das Amtsgericht Bonn, das den EuGH in dieser Sache angerufen hatte, bei seiner bisherigen Auffassung bleiben, kommt die Kronzeugenregelung des Bundeskartellamts (sog. „Bonusregelung“) ins Wanken.

Hintergrund

Im Januar 2008 hatte das Bundeskartellamt gegen die drei größten europäischen Dekorpapierhersteller (Munskjö, Arjo Wiggins und Felix Schoeller Holding) Bußgelder wegen Preis- und Kapazitätsstilllegungsabsprachen in Höhe von insgesamt EUR 62 Mio. verhängt. Ausgangspunkt des Verfahrens war eine Durchsuchung am 6. November 2007. Dabei wurden drei Standorte in Deutschland sowie ein weiterer Standort in Schweden durchsucht. Bei der Durchsuchung wurde umfangreiches Beweismaterial sichergestellt. Die Kartellabsprachen der Dekorpapierhersteller schädigte vermutlich u.a. die Pfeiderer AG, die zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage Einsicht in die Ermittlungsakten des Bundeskartellamts beantragte. Diese wurde ihr mit Hinweis auf die Bonusregelung des Amtes (Tz. 22) verwehrt. Daraufhin stellte die Pfeiderer AG Antrag auf rechtliche Entscheidung. Das zuständige Amtsgericht Bonn wollte zwar eine vollständige Akteneinsicht (unter Einschluss der Kronzeugenanträge) gewähren. Da jedoch gewisse Zweifel bestanden, ob dies mit europäischem Recht in Einklang steht, legte es die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Mit der heutigen Entscheidung hat der EuGH grünes Licht für die vollständige Akteneinsicht im Sinne des Amts-

gerichts Bonn gegeben, allerdings mit der vermittelnden Einschränkung, dass der nationale Richter eine Abwägung zwischen den unionsrechtlich geschützten Interessen treffen muss. Sofern das Amtsgericht Bonn nicht von seiner ursprünglichen Auffassung abweichen wird, kann die Pfeiderer AG daher in Kürze Einsicht in die vollständigen Ermittlungsakten nehmen.



Dr. Thomas Kapp, LL.M.
(University of California), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Stuttgart

Telefon +49 711 9338 12893

thomas.kapp@luther-lawfirm.com

Zulässigkeit von Torpedoklagen im Kartellrecht?

(BGH, Beschluss vom 1. Februar 2011 – KZR 8/10 – Trägermaterial für Kartenformulare)

Als Torpedoklage wird eine Prozesstaktik bezeichnet, die ursprünglich aus dem Patentrecht stammt. Dabei kommt der vermeintliche Schädiger einer drohenden Leistungsklage zuvor, indem er an einem für ihn günstigen Gerichtsstand eine negative Feststellungsklage erhebt, die gerichtlich feststellen lassen soll, dass die Ansprüche des Gegners nicht bestehen. Bevor über diese Klage nicht entschieden ist, kann der Geschädigte die aus seiner Sicht gegebenen Ansprüche wegen bestehender Rechtshängigkeit nicht anderweitig aktiv durchsetzen. Der vom Schädiger gewählte Gerichtsstand kann aus verschiedenen Gründen (Verfahrenslänge, Verfahrensrecht) für den Schädiger günstig sein.

Die Situation kann sich im Kartellrecht ähnlich darstellen. In einem aktuellen Fall hat ein Unternehmen mit Sitz in Italien gegenüber den späteren Klägerinnen, in der Schweiz und in Deutschland ansässige Unternehmen des selben Konzerns, gerügt, dass deren Verweigerung einer Lizenzerteilung kartellrechtswidrig sei. Daraufhin erhoben diese in Deutschland negative Feststellungsklage. Die vom italienischen Unternehmen anschließend in Italien erhobene Klage auf Schadenersatz und Lizenzerteilung konnte wegen der Rechtshängigkeit des Falls in Deutschland nicht entschieden werden.

Nun ist die Frage, ob Art. 5 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 („EuGVVO“), auf den die Klägerinnen die Klageerhebung in Deutschland gestützt hatten, die negative Feststellungsklage erfasst. Nach dieser Vorschrift sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung in dem Mitgliedstaat geltend zu machen, in dem sich das schädigende Ereignis auswirkt. Kommen mehrere Mitgliedstaaten in Betracht, hat der Kläger die Wahl zwischen den zuständigen Gerichtsständen. Bislang ist umstritten, ob dieser sog. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung für die negative Feststellungsklage gilt. Nachdem sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch das Berufungsgericht die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte abgelehnt hatten, legte der BGH diese Frage dem EuGH vor.

Nach Ansicht des BGH sprechen gute Gründe für die Anwendbarkeit von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Zum einen seien die Streitgegenstände der negativen Feststellungsklage

und der spiegelbildlichen Schadenersatz- bzw. Unterlassungsklage identisch. Zum anderen sei Sinn und Zweck der Norm nicht, den Geschädigten prozessual zu privilegieren, sondern ein sachnahes Gericht mit der Streitigkeit zu befassen. Auf die Klageart oder die Verteilung der Parteienrollen käme es dabei nicht an (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2011, KZR 8/10 – Trägermaterial für Kartenformulare = WuW/E DE-R 3233).

Der EuGH hat nun zu klären, ob Art. 5 Nr. 3 EuGVVO die negative Feststellungsklage erfasst und die Torpedoklage im Kartellrecht zulässig ist. Diese Frage wurde auch durch die Entscheidung des englischen High Court, ein Schadenersatzverfahren gegen Mitglieder des Kautschuk-Kartells trotz einer in Italien vom Kautschukhersteller ENI erhobenen negativen Feststellungsklage fortzusetzen, noch nicht beantwortet. Da die in England erhobene Klage nicht gegen ENI gerichtet war und deshalb keine Identität der Streitparteien vorlag, konnte die in Italien anhängige negative Feststellungsklage das Schadenersatzverfahren in England ohnehin nicht blockieren.



Dr. Thomas Kapp, LL.M.
(University of California), Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12893
thomas.kapp@luther-lawfirm.com



Karin Hummel, M.A.

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12893
karin.hummel@luther-lawfirm.com

Verband kann trotz Beiladung zum Fusionskontrollverfahren nicht gegen Freigabe klagen

(BGH, Beschluss vom 30. März 2011 – KVZ 100/10 – Bundesverband Pressegrasso)

Im Jahr 2010 übernahm die Roth + Horsch Pressevertrieb GmbH & Co. KG mit Genehmigung des Bundeskartellamts die Kontrolle über die Pressevertrieb Pfalz GmbH & Co. KG. Der Bundesverband Presse-Grosso war zwar als Beigeladener am Zusammenschlussverfahren beim Bundeskartellamt beteiligt, konnte dessen Freigabeentscheidung aber nicht verhindern. Mit seiner Klage gegen diese Entscheidung ist der Unternehmensverband nun gescheitert. Der Fall unterstreicht, dass Unternehmen, die gegen einen Zusammenschluss Bedenken haben, selbst dann einen eigenen Beiladungsantrag stellen sollten, wenn ihr Branchenverband beigeladen wird.

Der Bundesverband Presse-Grosso vertritt die Interessen von verlagsunabhängigen Presse-Großhandelsunternehmen, also solchen Grossisten, an denen Verlage nicht beteiligt sind. Er hatte Bedenken dagegen, dass an dem neu zusammengeschlossenen Unternehmen eine Reihe von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen eine Minderheitsbeteiligung halten würden. Das Bundeskartellamt gab seinem Antrag auf Beiladung zum Fusionskontrollverfahren zwar statt, entschied das Verfahren aber im Sinne der Zusammenschlussparteien. Der Verband legte gegen die Freigabe des Zusammenschlusses Beschwerde ein, die vom OLG Düsseldorf als unzulässig verworfen wurde. Der Verband sei durch die Freigabe nicht materiell beschwert. Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof ließ das OLG nicht zu. Mit der hiergegen eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH ist der Verband nun ebenfalls gescheitert.

Ein Dritter kann sich zum Verfahren der Fusionskontrolle beiladen lassen, wenn „seine Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden“ (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Dies müssen nicht rechtliche Interessen sein, wirtschaftliche Interessen genügen. Das Mittel der Beiladung ist also für Wettbewerber interessant, die einen Zusammenschluss torpedieren wollen. Möglich ist aber auch die Beiladung von Lieferanten, Abnehmern und Unternehmensverbänden. Mit der Beiladung kann sich der Dritte im Verfahren Gehör verschaffen, er erlangt bestimmte Verfahrensrechte, wie etwa

das Recht auf Akteneinsicht. Eine frühe Beiladung ist wichtig, um das Bundeskartellamt dazu zu bewegen, das Hauptprüfverfahren einzuleiten. Denn wenn das Bundeskartellamt den Zusammenschluss innerhalb der Monatsfrist freigibt, kann dies mangels förmlichen Beschlusses gerichtlich nicht angegriffen werden. Leitet das Bundeskartellamt hingegen das Hauptprüfverfahren ein, muss es abschließend einen Beschluss erlassen, gegen den man gerichtlich vorgehen kann.

Das Bundeskartellamt muss nicht jeden Dritten beiladen, selbst wenn dieser die Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung erfüllt. Die Behörde kann aus Gründen der Verfahrensökonomie zum Beispiel nur einem Verband den Status eines Beigeladenen gewähren und den antragstellenden Mitgliedsunternehmen diesen Status verwehren. Das heißt nicht, dass das Bundeskartellamt damit zu Lasten eines Mitgliedsunternehmens den Rechtsschutz verkürzen könnte. Der BGH hatte im Jahr 2006 in der „pepcom“-Entscheidung geklärt, dass es für die Beschwerdebefugnis ausreiche, wenn der Dritte einen Antrag auf Beiladung gestellt habe (selbst wenn dieser vom Bundeskartellamt abgelehnt worden sei) und eine materielle Beschwerde geltend machen könne.

Der Bundesverband Presse-Grosso war noch während der Monatsfrist beigeladen worden; Wettbewerber der Zusammenschlussparteien waren nicht beigeladen. Für die Beiladung des Verbandes war es, wie gesagt, nicht erforderlich, dass dieser materiell beschwert war, für die Zulässigkeit der Beschwerde hingegen war diese Voraussetzung gefordert. Der Verband erfüllte sie in seiner eigenen Person nicht. Aus der Beendigung der Verbandsmitgliedschaft folgte keine materielle Beschwerde. Auch hatte nach Ansicht des BGH das OLG Düsseldorf zutreffend angenommen, dass der Verband – selbst wenn man eine wettbewerbliche Betroffenheit seiner Mitglieder unterstellte – keine eigene materielle Beschwerde aus dieser Betroffenheit seiner Mitglieder herleiten könne. Eine Beschwerde hätte also nur ein materiell beschwertes – im Fusionskontrollverfahren trotz Antrags nicht beigeladenes – Mitgliedsunternehmen erheben können. Das Mitgliedsunternehmen hätte gelten

machen müssen, dass es durch die Freigabe in seinen eigenen unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungen auf dem relevanten Markt nachteilig betroffen werde.

Im Ergebnis bedeutet dies: Ein Unternehmen, das einen Zusammenschluss verhindern möchte, muss einen eigenen Antrag auf Beiladung beim Bundeskartellamt stellen. Das Unternehmen darf dies keinesfalls aus dem Grund unterlassen, dass der in seinem Interesse handelnde Verband beigeladen wird. Denn in der Regel wird nur das Unternehmen, nicht der Verband Rechtsmittel zum OLG Düsseldorf einlegen dürfen, selbst wenn das Bundeskartellamt nur den Verband und nicht das Unternehmen beigeladen hatte.

Zum Pressegrosso siehe auch unseren Newsletter 2. Quartal 2010, Seite 3: „Pressevertrieb: Gebietsmonopole der Großhändler vor dem Ende? (OLG Schleswig, Urteil vom 28. Januar 2010 – 16 U (Kart) 55/09; OLG Celle, Urteil vom 11. Februar 2010 – 13 U (Kart) 92/09)“



Dr. Helmut Janssen, LL.M.
(King's College London), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Brüssel
Telefon +32 2 6277 763
helmut.janssen@luther-lawfirm.com



Philipp Homann, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Brüssel
Telefon +32 2 6277 762
philipp.homann@luther-lawfirm.com

Kfz-Hersteller können Vertragswerkstätten frei auswählen

(BGH, Urteil vom 30. März 2011 – KZR 7/09 – MAN-Vertragswerkstatt)

Mit Urteil vom 30. März 2011 (Az.: KZR 7/09) hob der BGH ein Urteil des OLG München auf und wies die auf das Kartellrecht gestützte Klage einer Werkstatt auf Aufnahme in das Vertriebssystem von MAN ab. Das Urteil des BGH basiert auf einer Definition des rechtlich relevanten Marktes, die der kartellrechtlichen Praxis der EU-Kommission widerspricht und ist daher hochkontrovers.

Dem Urteil liegt die Klage einer freien Werkstatt gegen den Nutzfahrzeughersteller MAN aus dem Jahr 2007 zugrunde, die in sein Netzwerk aus Vertragswerkstätten aufgenommen werden wollte. Die freie Werkstatt argumentierte, dass MAN marktbeherrschend sei und sie daher Anspruch darauf habe, zur MAN-Vertragswerkstatt ernannt zu werden. Sie stützte sich dabei auf das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 GWB): Marktbeherrschende Unternehmen dürfen andere Firmen nicht anders behandeln als vergleichbare Firmen, mit denen sie bereits zusammenarbeiten.

Nach Ansicht der Bundesrichter ist MAN jedoch im Verhältnis zur freien Werkstatt nicht marktbeherrschend. Unerheb-

lich sei, ob das Unternehmen möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung auf dem *Endkundenmarkt* für Reparatur- und Wartungsleistungen habe. Relevant sei vielmehr, wie einflussreich der Fahrzeughersteller auf der *vorgelagerten* Handelsstufe ist: Diese umfasse alle Leistungen, die der Werkstatt das Angebot von Reparatur- und Wartungsleistungen erleichtern (insbesondere: Ersatzteile, Teilekatalog, technische Informationen, Schulungen, Hotlines etc.). Eine Zulassung zum Werkstattnetz von MAN sei zwar nützlich, um erfolgreich als Werkstatt tätig zu werden. Notwendig sei sie aber nicht, denn alle anderen hierfür erforderlichen Leistungen seien auf dem Markt frei erhältlich, wenn auch ggf. zu höheren Kosten. Außerdem sei dieser Markt nicht markenspezifisch abzugrenzen. Denn er umfasse nicht nur Leistungen zur Reparatur von MAN-Fahrzeugen, sondern aller Kfz-Marken. Eine marktbeherrschende Stellung von MAN scheide danach aus.

Das Urteil birgt Zündstoff, weil der BGH eine gänzlich andere Marktabgrenzung wählt, als die EU-Kommission in ihren Leitlinien zur Auslegung der kartellrechtlichen

Regeln für den Kfz-Vertrieb. Diese prüft bei der Bestimmung der Marktposition eines Herstellers nämlich den *Endkundenmarkt* für Reparaturleistungen der *jeweiligen* Marke, grenzt diesen Markt also außerdem noch markenspezifisch ab. Das führt oft zu hohen Marktanteilen des jeweiligen Herstellers. Derart hohe Marktanteile können dann Grundlage für einen kartellrechtlichen Aufnahme- oder Belieferungsanspruch sein. Sie können dazu führen, dass bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen in solchen Verträgen nicht in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung (VO 461/2010) fallen und damit unzulässig werden können. Die Kommission hat auf dieser Basis auch ihre Gruppenfreistellungsverordnung für KFZ-Vertriebsverträge (einschließlich Werkstattverträgen) sowie die Leitlinien für die Anwendung der kartellrechtlichen Regeln auf solche Verträge beschlossen.

Obwohl die Leitlinien – auf denen die enge Marktabgrenzung fußt – keine Gesetzeskraft haben, sondern nur Auslegungshilfen sind, haben die Kfz-Hersteller bisher ihre Vertriebssysteme daran ausgerichtet und letztendlich jeden qualifizierten Bewerber in ihr Netz aufgenommen. Dazu sind sie laut aktuellem Urteil des BGH nicht (mehr) verpflichtet. Unternehmen, die die „neue Freiheit“ nutzen wollen, um ihr Werkstattnetz wieder zu verkleinern, sind allerdings durch das Urteil nicht vor einer Untersuchung durch die EU-Kommission gefeit. In diesem Fall würden die europäischen Gerichte das letzte Wort haben.

Das Urteil des BGH ist auch für andere Branchen von Bedeutung, in denen Reparaturleistungen eine nicht nur untergeordnete Rolle spielen, beispielsweise im Geschäft mit hochwertigen Haushaltsgeräten. Werden die jeweils vorge-

lagerten Märkte ebenfalls markenübergreifend abgegrenzt, könnte es künftig für freie Werkstätten schwerer werden, Ansprüche auf Belieferung mit Ersatzteilen geltend zu machen. Denn eine marktbeherrschende Stellung des Herstellers für die Belieferung mit Ersatzteilen ist dann alles andere als offensichtlich. Was vor Gericht als relevanter Markt eingestuft wird, ist aber im Endeffekt je nach Branche sehr unterschiedlich. So führt die Europäische Kommission derzeit ein Verfahren im Bereich von Luxusuhren, in dem äußerst kontrovers diskutiert wird, ob es hier überhaupt einen separaten Markt für Reparaturdienstleistungen und Ersatzteile gibt, auf dem die Uhrenhersteller marktbeherrschend sein könnten (vgl. Entscheidung des EuG vom 10. Dezember 2010, Az. T-427/08 CEAHR ./ EU Kommission).



Anne C. Wegner, LL.M.
(EUI, Florenz), Partnerin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 24834

anne.wegner@luther-lawfirm.com



Sophie Oberhammer

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

Telefon +49 211 5660 25040

sophie.oberhammer@luther-lawfirm.com

Speaker's Corner

Private Enforcement Teil 1: Bindungswirkung kartellbehördlicher und gerichtlicher Entscheidungen für das Private Enforcement

§ 33 Abs. 4 GWB 2005, der mit Wirkung zum 1. Juli 2005 neu in Kraft trat, sieht vor, dass das über die Schadenersatzklage entscheidende Zivilgericht insoweit an die Feststellung des Kartellverstoßes gebunden ist, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde oder in einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung, die infolge der Anfechtung der Behördenentscheidung ergangen ist, getroffen wurde. Umstritten und bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist jedoch die Reichweite dieser Bindungswirkung. Weder der Gesetzesentwurf noch die Regierungsbegründung enthalten zur Frage der Reichweite eine eindeutige Aussage. Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass sich die Bindungswirkung auf den Tenor der Entscheidung und damit auf die Feststellung des Kartellverstoßes als solchen beschränkt. Darüber hinaus gehende Fragen, wie z.B. die Schadenskausalität und die Höhe des entstandenen Schadens, würden demnach der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen. Zum anderen wird aber auch die Ansicht vertreten, dass das angerufene Zivilgericht über die Feststellung des Kartellverstoßes hinaus auch an die Sachverhaltsfeststellungen in der Begründung der Bußgeldentscheidung bzw. des vorhergehenden Urteils gebunden sein soll.

Während Kartellteilnehmer naturgemäß eine möglichst geringe Bindungswirkung anstreben, wäre aus der Sicht des Schadenersatzklägers eine weitreichende Bindungswirkung begrüßenswert, insbesondere da in der Praxis die wenigsten Schadenersatzklagen am Nachweis des Kartellverstoßes an sich scheitern, sondern häufig an dem im Einzelfall nur unter erheblichem Aufwand nachzuweisenden Schaden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass selbst eine weitreichende Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB 2005 in Fällen, die an der mangelnden Nachweisbarkeit des Schadens zu scheitern drohen, nur dann nutzbringend ist, wenn die Behörden- bzw. Gerichtsentscheidung Ausführungen zur Schadensberechnung enthält. Während der Geltung des § 81 Abs. 2 S. 1 GWB 1998, der die Berechnung der zu verhängenden Geldbuße auf der Grundlage des erlangten Mehrerlöses vorsah, waren detaillierte Ausführungen zur Differenz zwischen den tatsächlich erzielten Umsätzen und den hypothetisch ohne Kartellrechtsverstoß erzielten Umsätzen in behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen erforderlich. Im Zuge der 7. GWB-Novelle wurde die Rückbindung der Bußgeldberechnung an den Mehrerlös jedoch aufgegeben, so dass Ausführ-

rungen zum durch das Kartell verursachten Schaden nunmehr entbehrlich sind. Eine weitreichende Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB 2005 ist somit hauptsächlich bei Altfällen interessant, die vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 abgeschlossen waren und eine Mehrerlösberechnung enthalten. Nach wie vor ist aber nicht geklärt, ob die mit der 7. GWB-Novelle neu eingefügten Vorschriften überhaupt auf Altfälle anwendbar sind.

Gerne möchten wir mit Ihnen folgende kontroverse Fragen weiter diskutieren:

1. Wie weit geht die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB?
2. Gilt die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB auch für Altfälle vor dem 1.7.2005?



Dr. Thomas Kapp, LL.M.
(University of California), Partner

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



Karin Hummel, M.A.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12893
karin.hummel@luther-lawfirm.com

Nachrichten in Kürze

- **Kommission allein zuständig für die Feststellung, dass kein missbräuchliches Verhalten auf dem Binnenmarkt der Union vorliegt:** Der EuGH hat in seinem Urteil vom 3. Mai 2011 (Az.: C-375/09) entschieden, dass nationale Wettbewerbsbehörden keine Entscheidung dahingehend erlassen dürfen, dass ein Verstoß gegen die Artikel 101 und 102 AEUV nicht vorliegt. Eine solche Negativfeststellung nationaler Wettbewerbsbehörden würde eine einheitliche Anwendung der durch den Vertrag eingeführten Wettbewerbsregeln beeinträchtigen. Wenn die Voraussetzungen für ein Verbot nach den dieser Behörde vorliegenden Informationen nicht gegeben sind, müssen sich nationale Wettbewerbsbehörden daher auf den Erlass einer Entscheidung beschränken, wonach für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.
- **EU-Wettbewerbskommissar Almunia verteidigt hohe Kartellbußgelder:** Auf einer internationalen Konferenz des Bundeskartellamts im April in Berlin kündigte EU-Kommissar Almunia an, dass sich die Höhe von Kartellbußgeldern in Zukunft nicht verringern werde. In den letzten Jahren sei versucht worden, anhand von Richtlinien optimale Abschreckung für Kartellanten zu erreichen; dies sei auch weiterhin das Hauptziel der Verhängung von Geldbußen. Damit Unternehmen bewusst werde, dass sich Kartelle nicht auszahlen, müssten die Bußen jedoch weiterhin hoch bleiben. Kartellbußgelder der letzten fünf Jahre belaufen sich auf beinahe zwölf Milliarden Euro. Der Kritik, die Bußgeldberechnung der Kommission sei nicht transparent genug, tritt Almunia mit dem Vorschlag entgegen, Unternehmen im Laufe der Untersuchung in einem „Statement of Objections“ Details zu der erwarteten Höhe der Strafe mitzuteilen, etwa durch Erläuterung von Elementen der Berechnung, wie z.B. die Höhe der kartellbedingten Verkäufe.
- **Schadensersatzklage der Kommission gegen das Lift-Kartell wird EuGH vorgelegt:** Das Handelsgericht Brüssel hat am 21. April dem EuGH ein Verfahren der Europäischen Kommission gegen die Lifthersteller Schindler, ThyssenKrupp, Otis und Kone (Referenznummer A/08/06816) zur Entscheidung einer Vorfrage vorgelegt. In dem Verfahren macht die Kommission nach Feststellung des Kartells gegen die Kartellanten einen Schadensersatzanspruch geltend. Die Lifthersteller, die während des Bestehens des Kartells auch Aufzüge in Behördengebäude der EU eingebaut hatten, wenden sich gegen die Doppelrolle der Kommission als Kartellbehörde und Anspruchssteller. Das Gericht erbittet Leitlinien zu den Fragen (i) ob die Kommission zulässigerweise sowohl Kartelle untersuchen als auch verklagen darf, bzw. falls dies nicht möglich ist, wie die Kommission sonst Entschädigung erreichen kann und (ii) inwiefern die Kommission eigenmächtig Klage erheben durfte oder ob sie hierfür durch eine Europäische Institution offiziell mit der Wahrnehmung ihrer Aufgaben mandatiert hätte werden müssen.
- **ArcelorMittal Geldbuße um 80% verringert:** Die Kommission hat im April die Geldbuße gegen drei Tochterunternehmen von ArcelorMittal um fast 185 Mio. Euro (ca. 80%) verringert. Die Kommission hatte bei der Berechnung den Umsatz der Konzernmutter zugrunde gelegt, so dass die Buße die Kappungsgrenze von 10% des Jahresumsatzes der betroffenen Töchter weit überstieg. Der bebußte Kartellzeitraum erstreckte sich von 1984 bis 2002, Arcelor hatte die von den Kartellabreden betroffenen Unternehmen aber erst im Jahr 1999 gekauft. EU-Wettbewerbskommissar Almunia stellte klar, dass die Kommission zukünftig keine Bußgelder verhängen wolle, die den Umsatz eines Unternehmens um das fünf- oder sechsfache übersteigen. Falls dieser Ansatz eine Überarbeitung der Richtlinien erfordere, werde das geschehen.
- **Geldbuße gegen Waschmittelhersteller:** Wegen Preisabsprachen und Marktaufteilung der drei führenden Waschmittelhersteller Procter & Gamble, Unilever und Henkel zwischen 2002 und 2005 hat die Europäische Kommission im April im Rahmen eines Vergleiches Geldbußen in Höhe von 315,2 Mio. Euro verhängt. Während Henkel von der Kronzeugenregelung profitierte, entfielen rund 2/3 der Buße auf Procter & Gamble und rund 1/3 auf Unilever. Die Unternehmen hätten während der Beratungen über eine Umweltschutzkampagne Märkte aufgeteilt und abgesprochen, bei einer Verringerung der Packungsgröße die Preise nicht zu senken. Unter anderem da die Unternehmen sich auf einen Vergleich einließen, der zu einem raschen Verfahrensabschluss führte und so außerdem auf die Möglichkeit verzichteten, gegen das Bußgeld zu klagen, gewährte die EU-Wettbewerbsbehörde ihnen Nachlässe von 60% (Procter & Gamble) bzw. 35% (Unilever).

■ **Bußgeldverfahren gegen Apotheker eingestellt:**

Das OLG Düsseldorf hat ein Verfahren gegen mehrere Apotheker eingestellt, die Einspruch gegen ein Anfang 2008 vom Bundeskartellamt verhängtes Bußgeld eingelegt hatten. Das Kartellamt hatte es als erwiesen angesehen, dass im Rahmen einer Werbegemeinschaft von 2006 bis 2007 die Preise für nicht-rezeptpflichtige Arzneimittel abgesprochen worden waren. Dadurch habe der Markteintritt einer Discount-Apotheke erschwert werden sollen. Die Apotheker machten geltend, kein Teilnehmer der Werbegemeinschaft sei daran gehindert worden, niedrigere Preise zu verlangen. Auch sei die etwaige Unzulässigkeit der gemeinsamen Werbeaktion für sie als Laien nicht erkennbar gewesen. Dieser Ansicht hat sich das OLG Düsseldorf angeschlossen und das Verfahren eingestellt.

■ **Beschlagnahme von unternehmensinternen Interviewprotokollen rechtmäßig:**

Das Landgericht Hamburg hat die Beschlagnahme von Protokollen, die im Rahmen einer Befragung von Mitarbeitern durch eine vom Unternehmen beauftragte Anwaltskanzlei angefertigt wurden, gebilligt (Az.: 608 Qs 18/10). Nach Ansicht des Gerichts ist das Beschlagnahmeverbot der Strafprozessordnung nicht einschlägig. Es fehle an einer mandatsähnlichen Vertrauensbeziehung, da nicht die betroffenen Mitarbeiter die Anwälte um Rat gebeten hätten. Kritiker gaben zu bedenken, dass das Instrument der internen Untersuchung durch die rechtskräftige Entscheidung nahezu sinnlos geworden sei und so die Aufklärung von Korruption erschwert werde.

■ **Mundt sieht seine Behörde an der Kapazitätsgrenze:**

Bundeskartellamt-Behördenleiter Andreas Mundt gab in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung (14. April 2011) an, dass das Bundeskartellamt aufgrund der steigenden Komplexität der Fälle oft an der Kapazitätsgrenze arbeite. Die wiederholt kritisierte Höhe der verhängten Bußgelder halte er für nicht übertrieben. Für das Jahr 2011 erwartet er einen Anstieg der Fusionsanmeldungen auf rund 1200. Von einer schnellen Abschaltung der AKW erhoffe er sich eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Energiemarkt.

■ **Sektoruntersuchung Kraftstoffe:**

Das Bundeskartellamt veröffentlichte am 26. Mai 2011 den Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe. In dieser Untersuchung kam das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass ein Oligopol der fünf großen Mineralölunternehmen BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total besteht, die jeweils über Systeme der Preisbeobachtung und -meldung verfügen (a. A. OLG Düsseldorf,

Urteil vom 4. August 2010 (Az.: VI – 2 U Kart 6/09 (V)), in dem es das Bestehen eines solchen Oligopols verneinte – vgl. den Beitrag zu diesem Urteil im Newsletter 4. Quartal 2010). Zusammen entfallen deutschlandweit ca. 65% des Kraftstoffabsatzes auf diese Unternehmen. Aufgrund der Transparenz des Kraftstoffmarktes führe das Oligopol auch ohne konkrete Absprachen zu aus Sicht des Amtes überhöhten Preisen. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt über 3 ½ Jahre die Preissetzung an Tankstellen dokumentiert. Die Behörde hat angekündigt Verfahren einzuleiten, um konkret nachweisbare Rechtsverstöße aufzugreifen.

■ **Geldbuße wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot:**

Das Bundeskartellamt verhängte im Mai 2011 eine Geldbuße in Höhe von 206.000 Euro wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot gegen die Interseroh Scrap and Metals Holding GmbH als Rechtsnachfolgerin der fm Beteiligungsgesellschaft mbH. Diese hatte einen Kontrollerwerb der HRR Stahlschrott- und Metallrecycling GmbH & Co. KG im Dezember 2008 an ihr trotz Hinweises des Kartellamtes nicht angemeldet und damit gegen § 41 GWB verstoßen, wonach wettbewerbliche Prüfungen durch das Bundeskartellamt zu erfolgen haben, bevor ein Zusammenschluss vollzogen wird.

■ **Erwerb der See Tickets Germany/Ticket Online Gruppe durch CTS Eventim nicht kontrollpflichtig:**

Die im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens erfolgte nachträgliche Überprüfung des Bundeskartellamtes der bereits vollzogenen Übernahme der See Tickets Germany GmbH/Ticket Online Gruppe durch die CTS Eventim AG hat ergeben, dass die zurechenbaren weltweiten Umsatzerlöse der beiden Unternehmen die Umsatzschwelle von weltweit 500 Mio. Euro nicht erreichten und dadurch die Fusion nicht kontrollpflichtig war. Das Entflechtungsverfahren wurde daher eingestellt.

■ **Großbritannien – Unternehmen dürfen Bußgelder nicht auf handelnde Mitarbeiter abwälzen:**

Der UK Supreme Court hat ein Rechtsmittel der Supermarktkette Safeway gegen die Entscheidung eines Berufungsgerichtes zurückgewiesen. Dieses hatte im letzten Dezember entschieden, dass das Unternehmen ein wegen illegaler Preisabsprachen auf dem Milchmarkt verhängtes Bußgeld in Höhe von 5,7 Mio. Pfund nicht auf ihre Mitarbeiter abwälzen könne. Die elf betroffenen Führungskräfte, die laut Safeway hinter den Preisabsprachen standen, konnten das Berufungsgericht davon überzeugen, dass ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass sanktionierte Unternehmen ihre Haftung nicht auf einzelne Personen oder Versicherer verlagern dürften.

■ **Bundesverband für deutsche Industrie spricht sich gegen Entflechtungspläne der Bundesregierung aus:**

Nach Ansicht des BDI wäre die Einführung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfassungswidrig, europarechtswidrig und aus wettbewerbspolitischen Gründen verfehlt, da dies Effizienzen bei erfolgreichen Unternehmen beseitigt und Investitionsbereitschaften dämpft.

■ **OLG Düsseldorf hält Verzinsung von Geldbußen für verfassungswidrig:** Gemäß § 81 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind in einem

Kartell-Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides zu verzinsen. Dies hält der 1. Kartellsenat in einem aktuellen Verfahren für verfassungswidrig und sieht einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz) gegeben. Insbesondere würden Geldbußen aus anderen Rechtsbereichen, wie etwa dem Straßenverkehrs-, Umwelt- oder Datenschutzrecht, nicht verzinst. Die Frage wurde dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aktuelle Veröffentlichungen

Kapp:	erwähnt in: „Verraten und dann verkauft“ (von Anke Stachow), in: Financial Times Deutschland, 24. Mai 2011
Kapp:	Abschaffung des Private Enforcement bei Hardcore-Kartellen, in: FS Möschel, Seite 319 ff.
Wegner:	Größere Vertragsfreiheit für Kfz-Hersteller, in: Financial Times Deutschland, 24. Mai 2011
Wegner/Oberhammer:	Neue Kfz-GVO, Teil 3: Auswirkungen der Neuregelungen auf den Neuwagenvertrieb, in: Betriebs Berater (BB) 2011, S. 1480 ff.

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
14.07.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Guido Jansen, Dr. Holger Stappert, Anne C. Wegner)	Luther, Düsseldorf
06.09.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Thomas Kapp)	Luther, Berlin
20.09.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Helmut Janssen, Anne C. Wegner)	Luther, Hannover

27.09.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Thomas Kapp)	Luther, Leipzig
28.09.2011	Kfz-Vertriebsforum „Aktuelle Rechtsprechung zum Kfz-Vertrieb und deren Auswirkung auf die Praxis“ (Anne C. Wegner)	FORUM Institut, Hotel Nikko, Düsseldorf
20.10.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Helmut Janssen)	Luther, München
08.11.2011	Praxisseminar „Wettbewerbs- und Kartellrecht in der Kreditwirtschaft“ (Dr. Thomas Kapp)	FORUM Institut, Adina Apartment Hotel, Frankfurt
16.11.2011	Kartellrechtsfrühstück 2011 „Vertriebsverträge im Visier der Kartellbehörden – was geht noch?“ (Dr. Helmut Janssen, Anne C. Wegner)	Luther, Hamburg

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

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Sophie Oberhammer, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf, Telefon +49 211 5660 24834, Telefax +49 211 5660 110, sophie.oberhammer@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 711 23960 0, Telefax +49 711 23960 49, contact@vischer-bernet.de

Druck: Zarbock GmbH & Co. KG, Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 69 420903 0, Telefax +49 69 420903 50, team@zarbock.de

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

Falls Sie künftig diesen Informationsservice der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH nicht mehr nutzen möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Newsletter Kartellrecht“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com.

Haftungsausschluss

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

Unsere Büros in Deutschland

Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Friedrichstraße 140
10117 Berlin
Telefon +49 30 52133 0
berlin@luther-lawfirm.com

Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Radeberger Straße 1
01099 Dresden
Telefon +49 351 2096 0
dresden@luther-lawfirm.com

Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 0
dusseldorf@luther-lawfirm.com

Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Mergenthalerallee 10 – 12
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.
Telefon +49 6196 592 0
frankfurt@luther-lawfirm.com

Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
Telefon +49 201 9220 0
essen@luther-lawfirm.com

Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45
20354 Hamburg
Telefon +49 40 18067 0
hamburg@luther-lawfirm.com

Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Sophienstraße 5
30159 Hannover
Telefon +49 511 5458 0
hanover@luther-lawfirm.com

Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln
Telefon +49 221 9937 0
cologne@luther-lawfirm.com

Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Grimmaische Straße 25
04109 Leipzig
Telefon +49 341 5299 0
leipzig@luther-lawfirm.com

Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Theodor-Heuss-Anlage 2
68165 Mannheim
Telefon +49 621 9780 0
mannheim@luther-lawfirm.com

München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstraße 10 – 12
80333 München
Telefon +49 89 23714 0
munich@luther-lawfirm.com

Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Augustenstraße 7
70178 Stuttgart
Telefon +49 711 9338 0
stuttgart@luther-lawfirm.com

Unsere Auslandsbüros

Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Avenue Louise 240
1050 Brüssel
Telefon +32 2 6277 760
brussels@luther-lawfirm.com

Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law
Széchenyi István tér 7 – 8
1051 Budapest
Telefon +36 1 270 9900
budapest@luther-lawfirm.com

Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.
Sun Plaza
Bilim Sokak No. 5, Maslak-Şişli
34398 Istanbul
Telefon +90 212 276 9820
mkoksal@lkk-legal.com

Luxemburg

Luther
3, rue Goethe
1637 Luxemburg
Telefon +352 27484 1
luxembourg@luther-lawfirm.com

Shanghai

Luther Attorneys
21/F ONE LUJIAZUI
68 Yincheng Middle Road
Pudong New Area, Shanghai
Shanghai 200121
Telefon +86 21 5010 6580
shanghai@cn.luther-lawfirm.com

Singapur

Luther LLP
4 Battery Road
#25-01 Bank of China Building
Singapur 049908
Telefon +65 6408 8000
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter www.luther-lawfirm.com

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

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Luxemburg, Shanghai, Singapur