
Newsletter, 3. Quartal 2012

Kartellrecht

Neuer Trend im Krankensektor: Kooperation statt Fusion	Seite 2
Mutter haftet im Innenverhältnis zu 100 % für die Kartellgeldbuße ihrer Tochter Urteil des OLG München vom 9. Februar 2012 (U 3283/11 Kart)	Seite 3
Die Schweizer Wettbewerbskommission verhängt hohe Bußgelder wegen Verhinderung von In- und Exporten in die Schweiz	Seite 5
Das Provisionsabgabeverbot in der Versicherungswirtschaft nach dem Urteil des VG Frankfurt vom 24. Oktober 2011	Seite 6
Speaker's Corner Private Enforcement Teil 4: Akteneinsichtsrecht contra Private Enforcement	Seite 7
Nachrichten in Kürze	Seite 8
Aktuelle Veranstaltungen	Seite 10
Aktuelle Veröffentlichungen	Seite 11

Neuer Trend im Krankenhaussektor: Kooperation statt Fusion

Steigende Kosten und zunehmender Wettbewerbsdruck im Krankenhaussektor haben in der Vergangenheit zahlreiche Krankenhausfusionen hervorgebracht. Nicht nur in „großen“ Fällen mit breiter öffentlicher Wahrnehmung, sondern auch in zahlreichen regional gelagerten Fällen, insbesondere bei Privatisierungen, waren Fusionskontrollverfahren erforderlich.

Wird ein Krankenhausbetrieb ganz oder zu einem wesentlichen Teil veräußert bzw. werden Geschäftsanteile in einer Größenordnung übertragen, die einen bestimmenden Einfluss auf dessen Tätigkeit ermöglichen, liegt regelmäßig ein Zusammenschluss im Sinne des GWB vor. Auch die klassischen Management-/Betriebsführungsverträge werden meist von der Zusammenschlusskontrolle erfasst. Wenn zudem die Aufgreifschwelle des GWB überschritten sind – dazu gehören bei kommunalen Krankenhausträgern aufgrund der in § 36 Abs. 2 GWB vorgesehenen Zurechnung der Umsätze verbundener Unternehmen grundsätzlich auch die Umsätze anderer wirtschaftlich tätiger öffentlicher Einrichtungen im Mehrheitsbesitz der Kommune –, ist eine Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich. Die unter anderem deshalb vor einigen Jahren diskutierte Einschränkung der Anwendung des § 36 Abs. 2 GWB bei Unternehmen der öffentlichen Hand fand in den vorliegenden Gesetzesentwurf der 8. GWB-Novelle bislang keinen Eingang. Allerdings hat der Bundesrat das Thema nun erneut in seiner Stellungnahme zur 8. GWB-Novelle aufgegriffen.

In der materiellen Fusionskontrolle erweist sich die vom BGH im Grundsatzurteil aus dem Jahr 2008 (vgl. NL 4/2008, Seite 4) vorgegebene Marktabgrenzung in immer mehr Fällen als problematisch. Aufgrund der sehr engen räumlichen Marktabgrenzung können heute nicht selten Zusammenschlussvorhaben wegen Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kartellrechtlich scheitern. Unabhängig davon stehen zuweilen auch politische Gründe einem Zusammenschluss entgegen („Rekommunalisierung statt Privatisierung“).

Angesichts dieser Schwierigkeiten geht der Trend in der Praxis inzwischen zu Kooperationen unterhalb der Schwelle eines Zusammenschlusses im Sinne der Fusionskontrolle. Dabei handelt es sich im Regelfall um bilaterale oder multi-

laterale schuldrechtliche Verträge, die darauf ausgerichtet sind, den für die formelle Fusionskontrolle maßgeblichen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen zu vermeiden.

Vertragliche Kooperationen sind auf den unterschiedlichsten Feldern denkbar, beispielweise in den Bereichen Einkauf und Logistik sowie Forschung und Lehre, aber auch unmittelbar im Bereich der Erbringung ärztlicher Krankenhausleistungen. In der Praxis gefragt sind dabei insbesondere Spezialisierungsvereinbarungen, welche die Ausdifferenzierung der Leistungsprofile der beteiligten Kliniken und die Stärkung der jeweiligen fachlichen Kompetenz ermöglichen.

Allerdings bewegen sich auch Kooperationsvereinbarungen nicht im kartellrechtsfreien Raum. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind nach § 1 GWB/Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten (sog. Kartellverbot). Kooperationsverträge zwischen Kliniken bzw. Klinikbetreibern sind als Vereinbarungen zwischen Unternehmen grundsätzlich vom Kartellverbot erfasst. Maßgeblich ist daher, ob im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Wird die fachliche Ausrichtung der kooperierenden Krankenhäuser aufgrund einer Vereinbarung koordiniert bzw. konzentriert, geht die Vertiefung einer bestimmten Fachrichtung des einen Krankenhauses im Regelfall mit dem Abbau bzw. der Reduzierung dieser Fachrichtung bei dem/ den anderen Kooperationsbeteiligten einher. Aus der Sicht des Patienten bedeutet dies eine Verminderung des quantitativen Leistungsangebots. Bei rein quantitativer Betrachtung liegt daher eine Wettbewerbsbeschränkung und damit ein Verstoß gegen das Kartellverbot vor. Bei qualitativer Betrachtung lässt sich jedoch gerade entgegengesetzt argumentieren, dass deshalb keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, da erst die Spezialisierung der Kooperationspartner eine Intensivierung des Qualitätswettbewerbs mit anderen Wettbewerbern ermöglicht.

Denkbar ist auch der Fall, dass die Kooperationspartner alleine jeweils nicht über die erforderlichen Kapazitäten verfügen, um einen bestimmten Fachbereich eigenständig

zu etablieren. In dieser Situation könnte argumentiert werden, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bereits deshalb nicht eintritt, da die beteiligten Kliniken ohne die Kooperation mit dem betroffenen Fachbereich gar nicht am Markt auftreten könnten (sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke).

Sollte im Einzelfall tatsächlich ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegen, kann dennoch eine Einzelfreistellung nach § 2 GWB in Betracht kommen. Danach sind solche Vereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt, die unter angemessener Beteiligung der Patienten an den entstehenden Effizienzgewinnen zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Im Krankenhausbereich steht insofern vor allem die qualitative Verbesserung der Behandlung sowie ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis im Vordergrund. Da die Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der in Krankenhäusern erbrachten Leistungen auch gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. §§ 135a, § 137 SGB V), dürfen diese Argumente bei der kartellrechtlichen Bewertung nach § 2 GWB nicht völlig außer Betracht blei-

ben. In der Praxis empfiehlt sich regelmäßig eine informelle Abstimmung mit dem Bundeskartellamt.



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

Mutter haftet im Innenverhältnis zu 100 % für die Kartellgeldbuße ihrer Tochter

Urteil des OLG München vom 9. Februar 2012 (U 3283/11 Kart)

Wenn die Europäische Kommission mehrere Gesellschaften eines Konzerns – wie üblich – als Gesamtschuldner zur Zahlung einer Kartell-Geldbuße verpflichtet, stellt sich die Frage, wonach sich bestimmt, welchen Anteil jeder Einzelne zu tragen hat. Haften alle Gesamtschuldner nach gleichen Anteilen, wie dies § 426 BGB und auch das Europäische Gericht als Regel vorsieht? Das OLG München meinte in einem jüngsten entschiedenen Fall, dass die Konzernmutter für den gesamten Betrag hafte.

Gigaset (vormals Arques Industries AG) hatte über eine 100%ige Tochtergesellschaft (Arques) das Unternehmen SKW erworben. Nach weniger als drei Jahren brachte Gigaset Arques an die Börse und schied als Gesellschafterin aus. Während der Zeit, in der die Gigaset mittelbar Kontrolle

über SKW hatte, kam es nach Auffassung der Europäischen Kommission zu Kartellverstößen. Sie verpflichtete Gigaset, Arques und SKW gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 13,3 Mio. Euro. Gegen die Entscheidung der Kommission ist Klage vor dem Europäischen Gericht anhängig. Parallel machte Gigaset vor dem LG München geltend, dass Arques und SKW die Geldbuße in voller Höhe zu tragen hätten. Gigaset scheiterte damit ebenso wie mit der Berufung und hat mittlerweile Revision zum BGH eingelegt.

Gemäß § 426 Abs. 1 BGB sind Gesamtschuldner „im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ Eine solche quotale Verteilung wäre aber in der vorliegenden Fallkonstellation nicht richtig, meinte das OLG München. Das Argument von

Gigaset, Arques und SKW treffe ein überwiegendes Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB, ließ das Gericht nicht gelten. Die Kommission habe die drei Gesellschaften als Gesamtschuldner belangt, weil sie zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörten. Wenn die Kommission für die Einbeziehung der Beklagten in die Gesamtschuld also gar nicht einen Verschuldens- oder einen Verursachungsbeitrag voraussetze, dann könne aus dem Beitrag des Einzelnen für das Innenverhältnis nichts gefolgert werden. Außerdem gehe es beim Bußgeld nicht um Schadensersatz, sodass schadensersatzrechtliche Kategorien wie die des § 254 BGB ohnehin nicht anwendbar seien. Auch könne Gigaset einen Innenausgleich nicht als kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch (§ 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB) geltend machen. Denn ein solcher Anspruch stehe nur Betroffenen zu, d. h. demjenigen, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Schließlich sei ein Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) abzulehnen. Auch wenn gesetzliche Vertreter von Arques von den Verstößen bei SKW gewusst, diese aber nicht abgestellt hätten, läge darin keine über den allgemeinen Maßstab hinausgehende Verwerflichkeit von Arques, die einen Anspruch von Gigaset begründen könnte.

Maßgebliches Kriterium für die Lastenverteilung im Innenverhältnis ist nach Ansicht des OLG München hingegen, welchem der Gesamtschuldner die wirtschaftlichen Erfolge aus dem Kartell zufließen. Dieser Vorteil sei unabhängig von einer tatsächlichen Kartellrendite. Es genüge, wenn dem einen Gesamtschuldner die Aussicht auf die Kartellrendite von keinem anderen Gesamtschuldner streitig gemacht werden könne. Da Gigaset Arques und somit SKW beherrschte, hatte allein Gigaset einen solchen Vorteil, entweder durch Gewinnausschüttungen oder durch Werterhöhung ihrer Beteiligungen. Für Gigaset ging der Schuss nach hinten los: Statt der klageweise begehrten Haftung der Tochterunternehmen stellte das OLG fest, dass im Innenverhältnis Gigaset allein, also in voller Höhe hatte.

Das Urteil des OLG München läuft darauf hinaus, dass in dem typischen Fall eines faktischen Konzerns der Innenausgleich praktisch immer zu Lasten der Konzernspitze geht. Für Unternehmenskäufe bedeutet dies, dass der Erwerber, der einen der Gesamtschuldner aus dem Konzernverbund herauslöst, mit diesem Unternehmen zugleich einen Ausgleichsanspruch gegen den Veräußerer erwirbt.

Parallel zum BGH muss der Europäische Gerichtshof sich mit dem Innenausgleich zwischen Gesamtschuldnern einer Kartellgeldbußen-Entscheidung befassen. In der Rechtssache Siemens, VA Tech (T-122/07 bis T124/07) vertrat das

Europäischen Gericht am 3. März 2011 die Ansicht, die Kommission müsse künftig in ihren Entscheidungen jedem Gesamtschuldner erkennbar machen, welchen Anteil er im Verhältnis zu seinen Mitgesamtschuldnern trage. Ohne eine entgegenstehende Angabe sei davon auszugehen, dass die Kommission allen Gesamtschuldnern den Kartellrechtsverstoß gleichermaßen zurechne: „Folglich kann die Gesellschaft, die nach einer Inanspruchnahme durch die Kommission die Geldbuße in voller Höhe gezahlt hat, ihre Mitgesamtschuldner unmittelbar aufgrund der Entscheidung der Kommission nach Maßgabe des jeweiligen Anteils in Regress nehmen.“ Das Europäische Gericht hat damit einen unionsrechtlichen Gesamtschuldnerinnenausgleich erfunden. Dafür dürfte ihm die Kompetenz fehlen. Die Kommission jedenfalls hat das Urteil angefochten. Sie will nicht verpflichtet sein, den jeweiligen Anteil der einzelnen Gesellschaften an der Gesamtschuld in ihren Entscheidungen anzugeben. Auch sie hält den Innenausgleich für eine Sache des nationalen Rechts.



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

Die Schweizer Wettbewerbskommission verhängt hohe Bußgelder wegen Verhinderung von In- und Exporten in die Schweiz

Die Schweizer Wettbewerbskommission („Weko“) hat im April und Mai zwei Entscheidungen veröffentlicht, die weitreichende Auswirkungen auf EWR- und US-Vertriebssysteme haben könnten (Entscheidung vom 28. November 2011, Az.: 22-0396 und Entscheidung vom 7. Mai 2012, Az. noch nicht bekannt).

Zum einen hat sie wegen der Behinderung von Parallelimporten von Nikon Imaging Produkten in die Schweiz gegen Nikon eine Buße in Höhe von CHF 12,5 Mio. (ca. EUR 10 Mio.) verhängt. Begründet hat sie dies damit, dass Nikon Parallelimporte in die Schweiz vertraglich auf zweifache Weise ausgeschlossen habe. Einerseits habe sie inländischen Unternehmen den Bezug von Nikon Imaging Produkten außerhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) verboten. Andererseits hätten in ausländischen Vertriebsverträgen Exportverbote bestanden, die Verkäufe in die Schweiz ausschlossen. Dies betraf nicht nur Vertriebsverträge, die an sich für den EWR gestaltet waren, die zwar den Handel im gesamten EWR erlaubten, nicht aber den Export. Zum anderen betraf dies auch Exportverbote in Vertriebsverträgen für die USA. Diese Maßnahmen zum Gebietsschutz hätten den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Die Höhe der Buße basierte auf den Umsätzen von Nikon in der Schweiz sowie der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens.

In einem zweiten vielbeachteten Verfahren hat die Weko am 7. Mai 2012 der BMW AG wegen Behinderung von Exporten aus dem EWR in die Schweiz ein Bußgeld in Höhe von CHF 156 Millionen (ca. EUR 126 Mio.) auferlegt. Die BMW AG schotte den Schweizer Markt ab, indem sie den zugelassenen Händlern im EWR vertraglich untersagte, Neuwagen der Marken BMW und MINI an Kunden außerhalb des EWR – und damit auch in der Schweiz – zu verkaufen.

Die Unzulässigkeit des Verbots von Verkäufen aus dem EWR in die Schweiz stellt keine große Überraschung dar. Diese Unzulässigkeit entspricht der bisherigen Praxis der Weko. Im Hinblick auf Exportverbote in U.S.-amerikani-

schen Vertriebsverträgen liegt eine neue Praxis vor, wobei unklar ist, ob diese nur in Kombination mit dem Exportverbot aus dem EWR oder auch isoliert kritisch gesehen werden. Unbefriedigend ist vor allem, dass sich die Weko nicht damit auseinandersetzt, dass ihre Praxis mit der Rechtslage in der EU und in den USA in einem Spannungsverhältnis steht, nach deren Kartellrecht derartige Exportverbote in Vertriebsverträgen kartellrechtlich unbedenklich sind. Viele Unternehmen werden sich daher hier in falscher Sicherheit gewogen haben – oder schlicht verpasst haben, dass sie nach dem Austritt der Schweiz aus dem EWR hier eine sprachliche Anpassung hätten vornehmen müssen.

Nikon hat gegen ihre Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt und auch BMW plant Rechtsmittel einzulegen. Entscheidungen sind allerdings erst in mehreren Jahren zu erwarten. Bis zur höchstrichterlichen Klärung der Rechtsfrage sind die oben genannten Klauseln daher mit großer Vorsicht zu genießen. Es scheint für international tätige Unternehmen vorzugsweise, ihre Verträge sorgfältig zu prüfen und ihre Praxis ggf. bis zur höchstrichterlichen Entscheidung entsprechend anzupassen.



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

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



Sophie Oberhammer

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 25040
sophie.oberhammer@luther-lawfirm.com

Das Provisionsabgabeverbot in der Versicherungswirtschaft nach dem Urteil des VG Frankfurt vom 24. Oktober 2011

Untersagt ein Unternehmen einem eigenständigen Handelsvertreter, die Provision an Endkunden weiterzugeben, so stellt dies nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot dar. Nichts anderes könnte letztlich auch für Versicherungsunternehmen gelten, die unabhängigen Versicherungsvermittlern untersagen, ihre Provision an die Versicherungsnehmer abzugeben. In Deutschland bestanden bislang aber verschiedene Verordnungen auf der Grundlage der versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmung des § 81 Abs. 4 VAG, die bereits im Jahr 1934 erlassen wurden. Diese verbieten eine Provisionsabgabe in der Lebens-, Kranken- und Schadenversicherung. Da es sich hierbei um staatliche Vorschriften handelt, war das Kartellverbot, das ausschließlich unternehmerisches Handeln betrifft, bislang nicht anwendbar (sogenannte „state action defense“).

Fraglich war aber, ob die nationalen Verordnungen selbst europarechtswidrig sind, falls ihnen letztlich die gleiche Wirkung zukommt wie einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung. Gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 3 EUV sind die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Eine nationale Norm ist entsprechend der „Meng“-Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 1993 aber nur europarechtswidrig, wenn sie eine wettbewerbswidrige Vereinbarung im Sinne des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV vorschreibt, erleichtert oder deren Wirkung verstärkt. Maßgeblich ist daher eine Verbindung zu einer vorausgegangenen oder bestehenden Vereinbarung zwischen Unternehmen. Besitzt die Vorschrift lediglich die gleiche Wirkung wie eine kartellrechtswidrige Vereinbarung, ist sie europarechtskonform. Der EuGH hat das Provisionsabgabeverbot als rein staatliche Maßnahmen bei Kranken- und Schadenversicherungen unter diesen Voraussetzungen als europarechtskonform angesehen. Nicht entschieden ist aber, ob dies auch für das Provisionsabgabeverbot bei Lebensversicherungen gilt. Diese Verordnung aus dem Jahr 1934 beruht anders als die Verordnungen zu Kranken- und Schadenversicherungen auf einem Abkommen zwischen privaten Unter-

nehmen, das auf das Jahr 1900 zurückgeht, so dass eine Anwendung des Art. 4 Abs. 3 S. 3 EUV nicht bereits aus den gleichen Gründen wie bei Kranken- und Schadenversicherungen ausscheidet.

Am 24. Oktober 2011 hat das Verwaltungsgericht Frankfurt das Provisionsabgabeverbot bei Lebensversicherungen nunmehr als unwirksam gemäß Art. 123 Abs. 1 GG angesehen (Aktenzeichen: 9 K 105/11.F). Das Provisionsabgabeverbot sei nicht hinreichend bestimmt, um einen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbürgte Berufsfreiheit zu rechtfertigen. Ob die Verordnung darüber hinaus auch gegen EU-Recht – insbesondere gegen das EU-Kartellverbot – verstößt, hat das Gericht ausdrücklich offen gelassen. Die BaFin hat im Februar 2012 die zunächst von ihr eingeleitete Revision zurückgezogen. Sie erachtete den „konkreten Einzelfall nicht für geeignet, die Rechtmäßigkeit des Provisionsabgabeverbotes als Ganzes höchstrichterlich klären zu lassen“. Damit ist das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt rechtskräftig.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber einen neuen Anlauf nimmt, die Provisionsabgabe beim Abschluss von Lebensversicherungen zu untersagen. Generalanwalt Tesauro hatte 1993 erkennen lassen, aus seiner Sicht erfülle das Provisionsabgabeverbot bei Lebensversicherungen die Voraussetzungen des europarechtlichen Loyalitätsgebots nicht genauso wie die entsprechenden Regelungen im Bereich Kranken- und Schadenversicherungen. Das Bundesministerium für Verbraucherschutz hat zudem im Jahr 2009 erklärt, die Honorarberatung als Alternative zur provisionsabhängigen Beratung etablieren zu wollen.

Angenommen, das gesetzliche Provisionsabgabeverbot entfielen nunmehr, kann es auch wohl kaum durch Vereinbarungen unter den Versicherern aufrechterhalten werden. Vielmehr können Versicherungsunternehmen ein Provisionsabgabeverbot allenfalls eigenständig mit ihrem jeweiligen Vermittler vereinbaren, um die bisherige Praxis aufrecht zu erhalten. Ob dies kartellrechtskonform erfolgen kann, ist

angesichts des prinzipiell wettbewerbsbeschränkenden Charakters des Provisionsabgabeverbots noch nicht abschließend geklärt. Das Urteil des VG Frankfurt könnte also das Ende einer jahrzehntelangen Praxis bedeuten.



Dr. Holger Stappert, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 24843
holger.stappert@luther-lawfirm.com



**Dr. Sven Leif Erik Johannsen,
LL.M. oec.**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 25092
sven.johannsen@luther-lawfirm.com

Speaker's Corner

Private Enforcement Teil 4: Akteneinsichtsrecht contra Private Enforcement

Nach den Entscheidungen des EuGH sowie des Amtsgerichts Bonn im Fall Pfeiderer (vgl. Newsletter 3/2011 und 2/2012) haben sich die Wogen zum Akteneinsichtsrecht für ein kartellgeschädigtes Unternehmen etwas geglättet. Der Gesetzgeber beabsichtigt im Rahmen der 8. GWB-Novelle nicht mehr, eine Sonderregelung zum Akteneinsichtsrechts im Hinblick auf das Kartellrecht zu treffen, sondern es bei der Entscheidung des Amtsgerichts Bonn zunächst zu belassen. Die Ruhe trägt jedoch. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, da zum EU-Recht eine endgültige Klärung der Rechtslage noch aussteht. Zwar hat das EuG (Rs. T-437/08) im Fall Wasserstoffperoxid im Dezember 2011 der Kommission eine schallende Ohrfeige verpasst, indem es klagend festgestellt hat, dass die generalpräventiven Überlegungen der Kommission zum Schutz der Kronzeugenregelung die Verweigerung der Einsichtnahme in die Kommissionsakten nicht rechtfertigen können. Dieses Urteil ist allerdings rechtskräftig und wird nicht mehr vom EuGH überprüft werden können. Zudem ist die Entscheidung des EuG im Fall Wasserstoffperoxid insofern vorsichtig zu bewerten, als die Antragsteller lediglich die Einsicht in ein Aktenverzeichnis der Kommission beantragt hatten. Im jüngsten Fall EnBW vom 22. Mai 2012 (Rs. T-344-/08) hat das EuG die Entscheidung der Kommissi-

on, Akteneinsicht insgesamt zu verweigern, schon deshalb aufgehoben, da die Kommission das Akteneinsichtsgesuch nicht konkret und individuell geprüft, sondern a limine abgelehnt hat. Ausführungen zur Zulässigkeit der Verweigerung der Einsichtnahme u.a. in die Kronzeugenanträge sind nur ergänzend (jedoch dezidiert) ergangen, gehen jedoch in dieselbe Richtung wie im Fall Wasserstoffperoxid. Auch wenn noch andere Fälle anhängig sind, wird man derzeit von einem eher umfangreichen Akteneinsichtsrecht auf EU-Ebene auszugehen haben. Insgesamt wird eine Entscheidung des EuGH mit Spannung erwartet. In diesem Zusammenhang ist interessant, dass Generalanwalt Mazák in einer kritischen Würdigung des Pfeiderer-Urteils bereits angeregt hat, dass es sinnvoll wäre, eine europarechtlich einheitliche Regelung auf gesetzlicher Basis einzuführen. Die Kommission ist bekanntermaßen derzeit damit befasst, entsprechende Vorschläge zu machen. Allerdings ist bisher offen, ob dies in eine Richtlinie, eine Verordnung oder lediglich nur „soft law“ münden wird. Eine Regelung des Akteneinsichtsrechts im Kartellrecht könnte auch in der Transparenz-Verordnung (VO Nr. 1049/2001) erfolgen, deren Reform von der im ersten Halbjahr 2012 amtierenden dänischen Ratspräsidentschaft erneut angestoßen wurde.

Bei einer Regelung der Akteneinsicht werden sich zahlreiche Fragen stellen (vgl. hierzu Newsletter 2/2012, Seite 4).

In diesem Zusammenhang wollen wir heute eine weitergehende Frage aufgreifen, und zwar den von der Literatur bereits vorgestellten Vorschlag, vom derzeitigen dualistischen Verfahren (Public und Private Enforcement) zu einem monistischen Verfahren überzugehen. Dies könnte so aussehen, dass die Kartellbehörde (oder eine andere unabhängige Institution) im Nachgang zu einem Bußgeldverfahren ein Abschöpfungsverfahren hinsichtlich der erzielten Kartellgewinne durchführt. Diese Abschöpfungsbeträge würden dann an berechnete Antragsteller (gegebenenfalls auch indirekte Abnehmer) im Wege eines konzentrierten Verfahrens unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles verteilt werden. Dies würde bedeuten, dass die Kronzeugen ebenfalls im Wege der Abschöpfung zur Rechenschaft gezogen werden. Es wäre gegebenenfalls zu überlegen, ob sie im Vergleich zu den anderen Kartellanten eine Privilegierung erfahren, um insofern die Kronzeugenregelung attraktiv zu halten. Eine vollständige Freistellung der Kronzeugen von abschöpfungsrechtlicher Haftung erscheint demgegenüber aus Gerechtigkeitsgründen nicht stimmig.

Folgende Fragen möchten wir gerne mit Ihnen diskutieren:

- Können Sie sich vorstellen, dass ein solches Verfahren praktikabel wäre?
- Wo sehen Sie praktische Vorteile bzw. Nachteile eines solchen monistischen Abschöpfungsverfahrens?
- In welchem Umfang sollte der Kronzeuge gegenüber den anderen Kartellanten im Hinblick auf die Abschöpfung privilegiert werden?



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

■ 8. GWB-Novelle – Stellungnahme des Bundesrates:

Der Bundesrat hat in Drucksache 167/12 seine Stellungnahme zur 8. GWB-Novelle abgegeben. In dieser bittet er unter anderem um folgende Veränderungen des Gesetzesentwurfs:

- Die Regelungslücke zur bußgeldrechtlichen Haftung der Gesamtrechtsnachfolger müsse geschlossen werden, d.h. Möglichkeit der Unternehmen, sich bußgeldrechtlichen Sanktionen durch Herbeiführung einer Rechtsnachfolge, die nicht die durch die Rechtsprechung formulierten Anforderungen an die wirtschaftliche Identität zwischen Kartellanten und neuer Vermögensverbindung erfüllt, zu entziehen, müsse verhindert werden.
- Es sei klarzustellen, dass Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind.
- Der Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) sei klarzustellen.
- Die Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten in gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sei durch geeignete gesetzliche Maßnahmen zu erleichtern.
- Im Interesse des Erhalts eines vielfältigen Presseangebots in Deutschland durch die Sicherung eines Presse-Grosso seien die Regelungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung kartellrechtlicher und europarechtlicher Fragestellungen zu prüfen. Schließlich werde durch den gemeinsamen Pressevertrieb (Presse-Grosso) ein vielfältiges und neutrales Angebot von Presseergebnissen in Deutschland flächendeckend gewährleistet und dadurch ein wichtiger Beitrag zur Meinungsvielfalt geleistet.
- Eine klarstellende Regelung dahingehend sei aufzunehmen, dass die mit einer kommunalen Gebiets-

reform einhergehende Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe nicht der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterliege.

- In §§ 130, 36 f. GWB sei klarzustellen, dass allein die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft keine kartellrechtlich in Blick zunehmende Struktur eines Zusammenschlusses oder Konzerns (insbesondere § 36 Absatz 2, § 37 GWB) begründe, da keine Anhängigkeit, Beherrschung oder Konzernstruktur zwischen diesen Unternehmen bestehe.

■ **Bundeskartellamt erlässt Preissenkungsverfügung gegen Berliner Wasserbetriebe (BWB) wegen missbräuchlich erhöhter Trinkwasserpreise – BWB klagt dagegen:**

Nach einem am 5. Juni vom Bundeskartellamt erlassenen Beschluss müssen die BWB ihre Trinkwasserpreise für das Jahr 2012 um 18% und für die Jahre 2013 bis 2015 um durchschnittlich 17% jeweils im Vergleich zu 2011, insgesamt also um EUR 254 Mio. senken. Die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung wurde angeordnet. Die konkrete diskriminierungsfreie Aufteilung der Erlösenkung auf die Kundengruppen liegt im Ermessen der BWB. Das Kartellamt hatte den Preismissbrauch festgestellt, indem sie die Berliner Preise mit den Tarifen in Hamburg, München und Köln verglich. Die BWB reichte bereits Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf gegen die Preissenkungsverfügung ein. Sie stellt sowohl die Zuständigkeit des Bundeskartellamts als auch das Vergleichsmarktkonzept der Behörde infrage. Für den Wassersektor hat der Bundesgerichtshof die angewandte kartellrechtliche Vergleichspraxis im Jahre 2010 bestätigt.

■ **Französische Kartellbehörde untersucht Service-markt für Kraftfahrzeuge:**

Aufgrund erheblicher Preissteigerungen der Kosten für Werkstattleistungen in Frankreich (mehr als 28% zwischen 2000 und 2010) hat die französische Kartellbehörde eine Untersuchung dieses Sektors eingeleitet. Ebenso wird der Markt für Ersatzteile untersucht, da Preise hierfür von 2000 bis 2010 um ca. 13% gestiegen sind. Die französische Kartellbehörde hat mehrere potentielle Barrieren identifiziert, die freie Werkstätten davon abhalten, in effektiven Wettbewerb mit Vertragswerkstätten zu treten. Diese führen dazu, dass Fahrzeuge die unter zwei Jahre alt sind zu 80%, Fahrzeuge die unter vier Jahre alt sind zu 70% von autorisierten Vertragswerkstätten repariert und gewartet werden. Die Wettbewerbsbehörde hat fünf Faktoren identifiziert, die zu geringerem Wettbewerb und höheren Preisen im Ersatzteilmarkt führen könnten: Exklusivität über sichtbare Teile (z.B. Motorhaube und Stoßstange); eingeschränkter Zugang zu Ersatzteilen für freie Werkstätten;

eingeschränkter Zugang zu technischen Informationen; Garantiebestimmungen, die den Fahrzeughalter dazu veranlassen, freie Werkstätten nicht zu besuchen; die Kommunikation von „Preisempfehlungen“ für Ersatzteile. Zurzeit führt die Wettbewerbsbehörde eine öffentliche Konsultation zu diesen Themen durch.

■ **Europäischer Gerichtshof hebt Entscheidung der Europäischen Kommission über Ablehnung des Zugangs zu Kartelldokumenten auf:**

2007 hat die Europäische Kommission wegen Preisabsprachen Kartellbußen in Höhe von 750 Mio. Euro gegen Hersteller von gasisolierten Schaltanlagen verhängt. Als Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses verlangte Energie Baden-Württemberg (EnBW) Zugang zu von der Kommission zusammengestellten Daten betreffend die Mitglieder des Kartells (u.a. ABB, Siemens und Alstom). Die Kommission wies diesen Antrag mit der Begründung zurück, der Umfang der Unterlagen (ca. 1.900 Dokumente) würde es der Kommission nicht gestatten, eine Überprüfung auf Geschäftsgeheimnisse vorzunehmen. Die Dokumente könnten daher nicht herausgegeben werden. Der Europäische Gerichtshof hob diese Entscheidung mit der Begründung auf, dass es nicht so scheine, als habe die Kommission ausreichend bewertet, ob es andere Möglichkeiten gebe, den Arbeitsumfang zu beschränken und dennoch Zugang zu den Akten zu gewähren. Insbesondere habe die Kommission während der Prüfung der Anfrage aufgrund der Anzahl der Dokumente um mehr Zeit gebeten. Zu diesem Zeitpunkt habe die Kommission nicht angedeutet, dass eine konkrete individuelle Überprüfung der Dokumente auf Geschäftsgeheimnisse nicht möglich sei. Dies veranlasste den Europäischen Gerichtshof dazu anzunehmen, die Kommission habe den erforderlichen Arbeitsaufwand selbst nicht für unzumutbar gehalten.

■ **Weiteres Verfahren gegen Mineralölunternehmen eingeleitet:**

Das Bundeskartellamt verdächtigt BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total, freie Tankstellen behindert zu haben. Die Unternehmen sollen Kraftstoffe günstiger an die Kunden der konzerneigenen Tankstellen verkauft haben als an freie Tankstellen („Preis-Kosten-Schere“). Auch sei Otto- und Dieselmotorkraftstoff unter Einstandspreis angeboten worden. Das Missbrauchsverfahren ist ein weiterer Schritt gegen die fünf großen Mineralölunternehmen. Ein Preiskartell konnte das Amt bislang nicht nachweisen. Das Bundeskartellamt geht jedoch davon aus, dass die großen fünf Mineralölkonzerne auf dem deutschen Tankstellenmarkt ein Oligopol mit engen vertikalen und horizontalen Verflechtungen bilden und den

Markt gemeinsam beherrschen. Das Amt betrachtet die Konzerne daher als Adressaten der Missbrauchsbestimmungen. Auch Übernahmen auf dem Tankstellenmarkt durch die großen Fünf hat das Amt in den vergangenen Jahren kritisch untersucht und zuletzt den Erwerb von 59 Tankstellen von OMV durch Total in Sachsen und Thüringen untersagt (siehe Nachrichten in Kürze im Newsletter Q1/2012). Wie das Amt zukünftig gegen die „big five“ im Rahmen der Missbrauchs- und Zusammenschlusskontrolle vorgehen kann, bleibt damit weiterhin offen.

■ **Britischer Einzelhandel klagt gegen Mastercard:**

Ermutigt durch den EuG klagen britische Supermärkte und weitere Einzelhändler vor dem englischen High Court gegen die Zahlungsorganisation MasterCard. Sie verlan-

gen die Rückzahlung mehrerer Hundert Millionen Euro, die sie auf Veranlassung von Mastercard für die Nutzung von Zahlungskarten an ihre Finanzinstitute abführen mussten. Wenige Tage vor Einreichung der Klage durch den Handel hatte das EuG die Klage von MasterCard gegen eine Kommissionsentscheidung aus dem Jahre 2007 abgewiesen. Mastercard wird zur Last gelegt, durch die Festlegung der Interbankenentgelte für Karten mit dem MasterCard- und dem Maestro-Logo Mindestpreise für den Einzelhandel festgesetzt zu haben. Nach Auffassung des Gerichts sind die Entgelte für die Aufrechterhaltung eines Zahlungssystems mit Kreditkarten nicht notwendig (EuG, Urteil vom 24. Mai 2012, T-111/08 „Mastercard“). MasterCard hat angekündigt, Rechtsmittel zum EuGH einzulegen.

In eigener Sache:

Dr. Holger Stappert wird von dem US Verlag „Best Lawyers“ – neben seiner Nennung als einer von Germany’s Best Lawyers® in den Bereichen „Antitrust“ und „Energy“ – nunmehr auch zu Düsseldorf 2012 „Lawyer of the Year“ für Energierecht gezählt. Die Übersicht über Germany’s Best Lawyers® wird alljährlich vom US-Fachverlag Best Lawyers erstellt und gemeinsam mit dem Handelsblatt veröffentlicht.

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
26.09.2012	Kartellrechtsfrühstück 2012 „Verbandsarbeit – Eine kartellrechtliche Gratwanderung?“ (Dr. Thomas Kapp, LL.M.)	Luther, Berlin
13.11.2012	Kartellrechtsfrühstück 2012 „Verbandsarbeit – Eine kartellrechtliche Gratwanderung?“ (Dr. Helmut Janssen, LL.M.)	Luther, Hamburg

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

Aktuelle Veröffentlichungen

Dr. Holger Stappert	„Kehrtwende bei voller Fahrt“; Kommentar zum Gesetzespaket zur Energiewende in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) Nr. 95 vom 23.04.2012, S. B4
Dr. Holger Stappert, Dr. Maximilian Boemke	„Zur Ermittlung der Bruttowertschöpfung selbständiger Unternehmensteile gemäß § 41 Abs. 5 EEG 2012“ in: Recht der Erneuerbaren Energien (REE) 01/2012; S. 22–26
Dr. Thomas Kapp, Karin Hummel	Kooperationen im Krankenhaussektor aus kartellrechtlicher Perspektive in: EY Healthcare News, Juni 2012, S. 12 f.
Dr. Thomas Kapp	Das Akteneinsichtsrecht kartellgeschädigter Unternehmen: Bonn locuta, causa finita? in: WuW 2012, S. 474 ff.

Impressum

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

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

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

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

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

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

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

Essen

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

Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
An der Welle 10
60322 Frankfurt a. M.
Telefon +49 69 27229 0
frankfurt@luther-lawfirm.com

Hamburg

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

Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berliner Allee 26
30175 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

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

Luther in Kooperation mit:
Walde, Fest & Partners
Attorneys at Law
Kossuth Lajos tér 13–15
1055 Budapest
Telefon +36 1 381 000
office@waldefest.com

Istanbul

istanbul@luther-lawfirm.com

London

Luther
7 Pilgrim Street
London EC4V 6LB
london@luther-lawfirm.com

Luxemburg

Luther
Aerogolf Center
1B, Heienhaff
1736 Senningerberg
Telefon +352 27484 1
luxembourg@luther-lawfirm.com

Shanghai

Luther
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, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur