

JULI 2020

WICHTIGE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN KARTELLRECHT IM 1. HALBJAHR 2020

Auch wenn das 1. Halbjahr 2020 in vielerlei Hinsicht ganz im Zeichen der COVID-19-Pandemie stand, gab es doch eine Fülle interessanter Entscheidungen zum deutschen Kartellrecht. So stellte sich etwa der Bundesgerichtshof (BGH) in Sachen Facebook überraschend deutlich auf Seiten des Kartellamts. Über diese und andere wichtige Entwicklungen wird im Folgenden berichtet.

Fusionskontrolle

Rechtsprechung

BKartA-Verfahren

Missbrauchsaufsicht

Facebook

Sonderrabatte

Ausschließlichkeitsvereinbarungen

Kartelle

COVID-19-bedingte Maßnahmen

Kartell Pflanzenschutzmittel

Kartell technische Gebäudeausrüstung

Arbeits- und Bietergemeinschaften

Private Kartellrechtsdurchsetzung

Schienenkartell II-Urteil des BGH

Gebündelte Geltendmachung von Klagen

Beurteilung des Kartellverstoßes i.Sa. LKW-Kartell

marktbeherrschenden Stellung als Untersagungskriterium. Die Frage ist seit der Übernahme des SIEC-Tests durch die 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 umstritten. Insbesondere das OLG Düsseldorf und das Bundeskartellamt (BKartA) gehen davon aus, dass die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Regelbeispiel stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB darstellt. Sie verweisen darauf, dass die einschlägige vorherige gerichtliche Entscheidungspraxis auch nach der Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle weiter gelte. Diese setze gerade keine Erheblichkeit voraus. Demgegenüber wird in der Literatur vertreten, dass eine Untersagung seit der Neufassung des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB eine erhebliche Verstärkungswirkung erfordere. Da die Untersagungsschwelle eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs voraussetze, müsse auch hinsichtlich der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Erheblichkeit vorliegen. Der Bundesgerichtshof (BGH) wird nunmehr in dieser wichtigen Frage für Klarheit sorgen können.

2. BKartA-Verfahren

Dem BKartA ist es im Berichtszeitraum weitgehend gelungen, die laufenden Fusionskontrollverfahren wie üblich zu bearbeiten. Zwar wurden durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Wettbewerbsrecht und für den Bereich der Selbstverwal-

I. Fusionskontrolle

1. Rechtsprechung

Nach der Zulassung der Rechtsbeschwerde im Fall CTS Eventim ist der Weg frei für eine höchstrichterliche Klärung der Anforderungen an die **Erheblichkeit der Verstärkung einer**

tungsorganisation der gewerblichen Wirtschaft vom 25. Mai 2020 die Prüfungsfristen für Zusammenschlüsse, die zwischen dem 1. März und dem 31. Mai 2020 angemeldet wurden, um einen Monat für die erste Phase und um zwei Monate für das Hauptprüfverfahren verlängert. Von der verlängerten „Monatsfrist“ hat das Amt jedoch nur vereinzelt Gebrauch gemacht; die weitaus meisten Vorhaben konnten in der ersten Phase nach (deutlich) weniger als einem Monat freigegeben werden.

Von den **Hauptprüfverfahren** hat das BKartA im ersten Halbjahr 2020 ein Vorhaben ohne und eines mit Nebenbestimmungen freigegeben; eine Anmeldung wurde während der zweiten Phase zurückgenommen:

- Im April 2020 gab das Bundeskartellamt den bereits im September 2019 angemeldeten Erwerb der **Rangierlokomotiv-Sparte von Vossloh** durch das chinesische Staatsunternehmen **CRRC Zhuzhou Locomotives** ohne Nebenbestimmungen frei. Um die erwartete Fluktuation der Marktanteile im Prognosezeitraum von fünf bis zehn Jahren sachgerecht abbilden zu können, waren mehrere denkbare Entwicklungen des Marktgeschehens untersucht worden. Letztlich konnte das BKartA für keines dieser Szenarien das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen bejahen. Hierbei spielten insbesondere die nachlassende Wettbewerbsfähigkeit der Vossloh-Lokomotiven, die geringe Präsenz von CRRC auf dem europäischen Markt für Rangierlokomotiven sowie der Marktzutritt etablierter Bahntechnik-Hersteller wie Alstom, Stadler und Toshiba mit innovativen Antriebstechniken eine Rolle.

Im Rahmen der Prüfung setzte sich das Amt zudem intensiv mit den möglichen Auswirkungen der Übernahme eines wichtigen europäischen Anbieters durch ein chinesisches Staatsunternehmen auseinander. So flossen Überlegungen zu möglichen staatlichen Subventionen, den technologischen

und finanziellen Ressourcen der Muttergesellschaft sowie den strategischen Vorteilen aus anderen Unternehmensbeteiligungen in die wettbewerbliche Prognose ein. Aus dem Markt waren insbesondere Bedenken zu möglichen Niedrigpreis- und Dumpingstrategien geäußert worden. Im Rahmen der Prüfung wurden jedoch die Schwierigkeiten deutlich, den Besonderheiten der Beteiligung von drittstaatlich geförderten bzw. staatlichen Unternehmen mit den Mitteln der Fusionskontrolle vollumfänglich Rechnung zu tragen. Die insoweit bestehenden Regelungslücken versucht die EU-Kommission nunmehr mit ihrem im Juni 2020 veröffentlichten Weißbuch zu wettbewerbsverzerrenden Subventionen aus Drittstaaten zu schließen.

- Bereits im März hat das BKartA den Erwerb der 53 deutschen **Cinestar-Kinos** durch die **Vue-Gruppe** unter Auflagen freigegeben. Die Vue-Gruppe betrieb in Deutschland bislang 31 Kinos, überwiegend unter der Marke CinemaxX. Das Amt hatte hinsichtlich einiger der regional abzugrenzenden Kinomärkte Bedenken, ob den Kinobesuchern nach Durchführung des Zusammenschlusses noch genügend Ausweichmöglichkeiten verbleiben würden. Die Zusammenschlussbeteiligten verpflichteten sich daher zur Veräußerung von insgesamt sechs Kinos. Auf der Nachfrageseite, d.h. im Verhältnis zu den Filmverleihern, befürchtete das BKartA aufgrund des hohen Konzentrationsgrades der Marktgegenseite keine erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs, obwohl der Zusammenschluss den führenden Kinobetreiber Deutschlands entstehen lässt.
- Das Vorhaben **Edgewell Personal Care Company/Harry's Inc.** wurde von den Beteiligten im Februar 2020 aufgegeben, nachdem das BKartA nach eingehenden Ermittlungen zu dem vorläufigen Schluss gelangt war, dass die Untersagungsvoraussetzungen auf dem deutschen Markt vorla-

gen. Aufgrund „signifikant“ unterschiedlicher Marktcharakteristika (etwa bei Vertriebswegen, Verfügbarkeit und Preisen) war das Amt dabei von einem separaten Produktmarkt für Nassrasierer, die unter Handelsmarken vertrieben werden, ausgegangen. Interessanterweise gelangte das Amt zu dem vorläufigen Schluss, dass der Zusammenschluss nicht nur durch unilaterale Effekte, sondern auch durch koordinierte Effekte wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde.

Daneben gab es eine Reihe von erwähnenswerten **Freigaben in der ersten Phase**:

- Mit Blick auf die Marktabgrenzung setzte das BKartA seine Praxis fort, die Frage, ob der **stationäre und der Online-Handel** zu ein und demselben sachlichen Markt gehören, nach Möglichkeit offen zu lassen. Im Fall der Übernahme der Mayerschen Buchhandlungen durch Thalia hielt das Amt immerhin ausdrücklich fest, dass zwar einige Anhaltspunkte gegen eine volle Austauschbarkeit sprächen, jedoch ein starker Substitutionswettbewerb zwischen dem Online- und Versandhandel sowie dem stationären Buchhandel bestehe. Auch beim Einzelhandel mit Sport- und Outdoor-Artikeln diagnostizierte das Bundeskartellamt im Verfahren Signal/SportScheck wesentlichen Wettbewerbsdruck durch Online-Händler.
- Anders als bei Nassrasierern hat das BKartA betreffend Nuss-Nougat-Cremes offengelassen, ob **Handels- und Herstellermarken** zum gleichen sachlichen Markt gehören. Der Zusammenschluss der Krüger-Gruppe mit der Peeters-Gruppe zum mit Abstand größten deutschen Hersteller von Nuss-Nougat-Cremes im Auftrag Dritter stieß nicht auf durchgreifende Bedenken. Als Grund wurde neben der überragenden Bedeutung der Marke „Nutella“, welche die Preissetzungsspielräume auch für die Handelsmarken beschränke, die Umstellungsflexibilität anderer Hersteller angeführt.
- In einem erst im Berichtszeitraum veröffentlichten Fallbericht zum Erwerb der Honey Science Corp. durch Paypal im Jahre 2019 hat sich das BKartA näher mit der **Transaktionswertschwelle** des § 35 Abs. 1a GWB befasst. Dem Amt zufolge handelte es sich um den klassischen Anwendungsfall, in dem das wettbewerbliche und wirtschaftliche Potenzial der Zielgesellschaft (noch) nicht durch die inländischen Umsätze abgebildet wurde und ihre unentgeltlichen internetbasierten Leistungen gleichzeitig von einer erheblichen Anzahl von inländischen Nutzern in Anspruch genommen wurden. Das Amt stellte in diesem Zusammenhang unter anderem darauf ab, dass Honey das deutsche Geschäft bislang zwar kaum aktiv entwickelt habe, jedoch über die erforderlichen finanziellen Ressourcen verfüge, um ihre Transaktionsplattform auch in Deutschland schnell weiter auszurollen, zumal das Geschäftsmodell sowohl auf der unentgeltlichen als auch auf der entgeltlichen Seite in nicht unerheblichem Maße von indirekten Netzwerkeffekten beeinflusst werde.
- Schließlich hat das Amt im Berichtszeitraum eine Reihe von **Krankenhausfusionen** freigegeben, darunter den Erwerb der Rhön-Klinikum AG durch Asklepios sowie einen weiteren Zukauf durch Helios, den zum Fresenius-Konzern gehörenden größten privaten Klinikbetreiber Deutschlands. Trotz der fortschreitenden Konsolidierung untersagte das BKartA in den vergangenen Jahren nur wenige Zusammenschlussvorhaben im Krankenhausbereich. Seit 2003 wurden von 323 geprüften Krankenhausfusionen lediglich sieben untersagt. Es bleibt abzuwarten, welchen Grad der Konzentration die Krankenhauslandschaft erreichen wird, bevor sich dieses Bild wendet. Zumindest scheinen sich die Experten einig, dass die – durch eine fortschreitende Konsolidierung möglicherweise in Frage gestellte – hohe Zahl der Intensivbetten ein wichtiger Faktor der bislang erfolgreichen deutschen Antwort auf die COVID-19-Pandemie ist.

II. Missbrauchsaufsicht

1. Facebook

Im Februar 2019 hatte das BKartA einen **Konditionenmissbrauch** durch Facebook festgestellt und dem Unternehmen untersagt, Konditionen zu verwenden, welche die Nutzung des sozialen Netzwerks von einer weitreichenden Erhebung und Verarbeitung von Nutzerdaten durch Facebook abhängig machen (siehe unseren [Newsletter 1/2019](#)). Das Amt hatte hinsichtlich der Missbräuchlichkeit der von Facebook verwendeten Geschäftsbedingungen im Sinne der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB primär darauf abgestellt, dass sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) verstoßen.

In einer vielbeachteten Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf im August 2019 die **aufschiebende Wirkung** der von Facebook eingelegten Beschwerde angeordnet, da es ernsthafte Zweifel am Vorliegen eines Ausbeutungs- bzw. Behinderungsmissbrauchs hatte (wir berichteten im [Newsletter 2/2019](#)).

Der BGH hat am 23. Juni 2020 nicht minder spektakulär die Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgehoben und Facebooks Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt. Nach Ansicht des BGH bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass die vom BKartA gerügten Nutzungsbedingungen missbräuchlich sind. Entgegen dem OLG Düsseldorf befand der BGH, dass Nutzungsbedingungen missbräuchlich sind, die den privaten Facebook-Nutzern **keine Wahlmöglichkeit** zwischen einer eingeschränkten (auf die auf facebook.com selbst preisgegebenen Daten beschränkten) und einer umfassenden Personalisierung (unter Verwendung auch von „Off-Facebook“-Daten) lassen. Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden stelle die fehlende Wahlmöglichkeit auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, da der Zugang zu einer breiteren Datenbasis einerseits bestehende Lock-in-Effekte auf dem Markt für soziale

Netzwerke verstärke und andererseits negative Auswirkungen auf dem Markt für Online-Werbung nicht ausgeschlossen seien.

Der BGH hat damit in außergewöhnlicher Deutlichkeit bereits zu den für das Hauptsacheverfahren relevanten Rechtsfragen Stellung genommen. Es bleibt abzuwarten, wie das OLG Düsseldorf diese Vorgaben umsetzen wird.

2. Bestätigung der Entscheidungspraxis zu Sonderrabatten

Gegenüber der **Möbelkette XXXLutz** hat das BKartA auf der Aufhebung von Sonderrabatten anlässlich des 75-jährigen Firmenjubiläums bestanden und sich dabei auf das Leiturteil „Hochzeitsrabatte“ des BGH aus dem Jahr 2018 berufen (siehe unseren [Newsletter 1/2018](#)). XXXLutz hatte von seinen Lieferanten pauschal einen „Jubiläumrabatt“ von 7,5 % verlangt, der für sämtliche Lieferungen in sechs Monaten des Jahres 2020 gelten sollte. Nach Ansicht des BKartA ließ schon die offensichtlich an der Zahl 75 orientierte Höhe der Rabattforderung eine objektiv nachvollziehbare Gegenleistung vermissen, wie sie nach der Rechtsprechung notwendig ist. Bei einer pauschalen Rabattforderung eines marktbeherrschenden oder -mächtigen Unternehmens auf Grundlage des Umsatzes ohne Lieferanten-, Waren- oder Artikelbezug sei das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung – etwa in Form einer Leistungs- oder Abnahmegarantie für eine bestimmte Dauer – zu vermuten. Nachdem XXXLutz in Verhandlungen mit den Lieferanten eingetreten war und jeweils individuelle Gegenleistungen für die geforderten Rabatte festgelegt hatte, konnte das Amt das Verfahren im Februar 2020 ohne die Verhängung eines Bußgelds einstellen.

3. Zu Ausschließlichkeitsvereinbarungen

Im Juni 2020 hat der BGH im Rahmen der Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde seine Rechtsprechung zu Ausschließlichkeitsvereinbarungen weiter präzisiert. Konkret ging es um die Verpflichtung zahlreicher Veranstalter von Live-Veranstaltungen, ihre Tickets aus-

schließlich bzw. zu einem erheblichen Teil über den Marktführer **Eventim** zu vertreiben. Das BKartA hatte diese Verträge als missbräuchlich angesehen und war darin vom OLG Düsseldorf bestätigt worden. In seinem Beschluss hob der BGH hervor, dass die Bewertung derartiger Ausschließlichkeitsbindungen nicht anhand des „As Efficient Competitor“-Tests erfolgen könne, wie er im Intel-Urteil des EuGH im Hinblick auf ein Rabattsystem angewandt worden ist. Anders als bei einem Rabatt folge die Verdrängungswirkung hier nämlich bereits aus Bindungsgrad und Laufzeit der vertraglichen Verpflichtung und der Marktstärke des bindenden Unternehmens, so dass die Gefahr einer Marktabschottung deutlich höher sei. Daher sei insofern der Nachweis einer konkreten Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung nicht erforderlich.

III. Kartelle

1. COVID-19-bedingte Maßnahmen

Die Entwicklungen im Anwendungsbereich des Kartellverbots (§ 1 GWB) während des Berichtszeitraums standen ganz im Zeichen der COVID-19-Pandemie. So wurde das Amt insbesondere im Hinblick auf die beabsichtigte Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in einer weitaus größeren Zahl an Fällen als sonst um eine „**Unbedenklichkeitsbescheinigung**“ nach § 32c GWB gebeten. Allein bis Ende April hat es nach Angaben von BKartA-Präsident Mundt etwa 20 solcher Anfragen gegeben. Meist sei es darum gegangen, Engpässen in komplexen Lieferketten zu begegnen oder vorzubeugen. Das Amt habe sich hier – in Abstimmung mit anderen Kartellbehörden im Rahmen des ECN und des ICN – durch die temporäre Zulassung von Kooperationen (meist mittels sog. „Vorsitzendenschreiben“) flexibel gezeigt, solange die Zusammenarbeit diskriminierungsfrei und verhältnismäßig war.

Ein besonders prominentes Beispiel dieses wirtschaftsfreundlichen Ansatzes betraf ein vom deutschen Automobilverband vorgeschlagenes Restrukturierungsverfahren für in Not geratene

Zulieferer-Unternehmen. Insofern erklärte sich das BKartA im Juni 2020 bereit, Informationsaustausche zwischen den Stakeholdern (Eigentümern, Mitarbeitern, Kunden, Kreditgebern und staatlichen Organen) über Liquidität, Kredite, Hilfsmaßnahmen und auch operative Probleme sowie die gemeinsame Erarbeitung von Lösungsansätzen bei Einhaltung bestimmter Rahmenbedingungen zu tolerieren. Allerdings dürfen Daten lediglich in aggregierter Form und nur in einem für die Restrukturierung unerlässlichen Ausmaß ausgetauscht werden; die Verhandlungen dürfen nicht länger als bis Ende 2021 andauern; und jedem Stakeholder muss es freistehen, das Ergebnis der Verhandlungen abzulehnen.

Im April 2020 stellte das BKartA zudem ein Verfahren gegen **Sky und DAZN** wegen möglicher Verstöße bei der Vergabe der Champions-League-Übertragungsrechte für die Spielzeiten 2018/19 bis 2020/21 u.a. unter Hinweis darauf ein, dass es aufgrund der COVID-19-Pandemie kaum absehbar sei, wie sich der Markt in Zukunft entwickeln werde. Die Wirkungen eines kartellrechtlichen Eingriffs seien derzeit daher mit besonderen Unsicherheiten behaftet.

Schließlich ist ein an **Amazon** gerichtetes Auskunftersuchen erwähnenswert, mit dem das Amt möglichen Bedenken mit Blick auf Lieferengpässe und die Priorisierung bestimmter Lieferungen durch Amazon zu Beginn der Pandemie nachgeht. BKartA-Präsident Mundt hat allerdings betont, dass es sich (noch) nicht um eine förmliche Untersuchung handele.

Auch der Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben. Das bereits erwähnte Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie sieht vor, dass für solche Geldbußen, für die aufgrund schwieriger wirtschaftlicher Verhältnisse Zahlungserleichterungen (z.B. Stundungen) gewährt worden sind, bis Ende Juni 2021 auch die üblicherweise zu leistende **Verzinsung** entfällt. Die Regelung geht zurück auf Gespräche im Rahmen der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung zum Pflanzenschutzmittel-Kartell, an denen SZA maßgeblich beteiligt war.

Die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise spielten auch im Rahmen der Hauptverhandlung zur Beteiligung der Kölsch-Brauereien am **Bierkartell** vor dem OLG Düsseldorf im Juni 2020 eine prominente Rolle. Gemäß § 81 Abs. 4a S. 1 GWB hat das Gericht (ebenso wie zuvor das BKartA) bei der Bußgeldfestsetzung die wirtschaftlichen Verhältnisse der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen. Angesichts des signifikanten Umsatzrückgangs der Brauer stellte der Vorsitzende Richter einer von SZA vertretenen Brauerei und anderen Betroffenen einen pandemiebedingten Nachlass von jeweils bis zu 25 % in Aussicht.

2. Kartell Pflanzenschutzmittel

Im Berichtszeitraum verhängte das BKartA Bußgelder in Höhe von insgesamt nahezu EUR 157 Mio. gegen acht Großhändler von Pflanzenschutzmitteln und eine Reihe von Mitarbeitern. Die Behörde kam zu dem Ergebnis, dass die Unternehmen zwischen 1998 und 2015 ihre Bruttopreislisten für den Verkauf an Einzelhändler und Endkunden abgestimmt hatten. Zum Teil war es darüber hinaus auch zu Absprachen über Rabatte und sog. „Netto-Netto-Preise“ (Abgabepreise gegenüber Einzelhändlern ohne weitere Rabattierung) gekommen. Sämtliche Bußgeldadressaten hatten beim BKartA einen Bonusantrag gestellt und einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung zugestimmt.

Das Verfahren war geprägt von Auseinandersetzungen um **Verfahrensfehler und Grundrechtsverstöße** durch das Amt. Ein Mitarbeiter des BKartA hatte aufgrund eines anonymen Hinweises drei der betroffenen Großhändler angerufen und ihnen die Abgabe von Bonusanträgen nahegelegt. Zwei der Unternehmen haben dann tatsächlich innerhalb von 24 Stunden einen solchen Antrag gestellt und Bußgeldimmunität bzw. einen erheblichen Bußgeldnachlass erhalten. Hierin sahen nicht nur der von SZA vertretene Großhändler einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot und den Grundsatz des fairen Verfahrens.

Vor diesem Hintergrund hat auch einer der betroffenen Großhändler, die BayWa AG, im Nachgang zur Entscheidung des BKartA beim LG Köln eine vielbeachtete **Amtshaftungsklage** gegen die Behörde eingelegt, mit der das gezahlte Bußgeld (fast EUR 69 Mio.) sowie die im Rahmen des BKartA-Verfahrens angefallenen Anwaltskosten zurückgefordert werden. Das Verfahren ist für das BKartA nicht zuletzt deshalb pikant, weil erst vor zwei Jahren eklatante Fehler der Behörde bei der Aktenführung im Wurstkartell eine prominente Rolle vor dem OLG Düsseldorf gespielt haben.

3. Kartell Technische Gebäudeausrüstung

Noch im Dezember 2019 hat das BKartA ein Bußgeldverfahren im Bereich der Technischen Gebäudeausrüstung (TGA) mit Bußgeldern in Höhe von insgesamt rund EUR 110 Mio. abgeschlossen. Die elf bebußten Unternehmen hatten sich laut Amt zwischen 2005 und 2014 bei der Vergabe von insgesamt 37 Großaufträgen abgesprochen. Angebote seien oftmals nur zum Schein abgegeben worden. Die Gegenleistung habe in Unteraufträgen, Ausgleichszahlungen oder der Abgabe entsprechender Scheinangebote bei anderen Ausschreibungen bestanden. Einige der betroffenen Unternehmen kooperierten mit dem BKartA und stimmten schließlich auch einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung zu. Drei Adressaten haben die Bußgeldentscheidung allerdings vor dem OLG Düsseldorf angegriffen, so dass es sich um ein weiteres Hybrid-Verfahren handelt.

Das BKartA konnte die Pressemitteilung und den Fallbericht zu diesem Verfahren erst Ende März 2020 veröffentlichen, da einige der betroffenen Unternehmen gegen deren beabsichtigten Inhalt Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt hatten. Das Gericht wies in den diesbezüglichen Verfahren darauf hin, dass die Erwähnung kartellrechtlicher Verstöße eines Unternehmens in solchen Veröffentlichungen (unabhängig davon, ob sie letztlich geahndet wurden oder nicht) nur nach **Gewährung rechtlichen Gehörs** zulässig sei. Diesem Erfordernis

könne aber auch durch die Anhörung im Bußgeldverfahren Genüge getan werden.

4. Arbeits- und Bietergemeinschaften

Bereits im Dezember 2019 (die Urteilsgründe wurden erst später veröffentlicht) hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) NRW ein interessantes Urteil zu Arbeits- und Bietergemeinschaften zwischen potentiellen Wettbewerbern erlassen. Demnach sind solche Kooperationen kartellrechtlich nicht zu beanstanden, wenn (1) die beteiligten Unternehmen jedes für sich außerstande ist, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben; (2) jedes Unternehmen für sich genommen zwar leistungsfähig ist, aber nicht über die nötigen Kapazitäten verfügt; oder (3) erst die Zusammenarbeit die Abgabe eines erfolgversprechenden Angebots ermöglicht. Mit dieser **Fallgruppenbildung** hat das OVG die Grundsätze zusammengefasst, die von verschiedenen OLGs in den letzten Jahren zu diesem Themenkreis entwickelt worden waren.

IV. Private Kartellrechtsdurchsetzung

Im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird vor allem das Schienenkartell II-Urteil des BGH zu einer Neuausrichtung der Rechtsprechung führen, die sich bei den Instanzgerichten teilweise bereits wiederfindet. Daneben bringen die zahlreichen Verfahren gegen das LKW-Kartell weiterhin interessante Rechtsentwicklungen mit sich, die branchenübergreifende Auswirkungen haben werden.

1. Schienenkartell II-Urteil des BGH

Im Januar 2020 hat der BGH mit seinem grundlegenden Urteil „Schienenkartell II“ die Regeln für Anspruchsberechtigung und Schadenszurechnung bei Kartellverstößen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Unionsrechts neu kalibriert und die Beweisforderungen an Kläger (zumindest scheinbar) abgesenkt. Zudem haben sich die Richter zu den Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils geäußert.

Im Mittelpunkt der Ausführungen des BGH stand das in § 33 Abs. 3 GWB normierte Tatbestandsmerkmal der **Kartellbetroffenheit**, das im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität zu prüfen ist und somit dem strengen Beweismaßstab des § 286 ZPO unterliegt. Hierzu führte der Kartellsenat aus, dass eine solche Betroffenheit bereits dann anzunehmen sei, wenn der Kartellverstoß abstrakt geeignet sei, einen Schaden des Klägers mittelbar oder unmittelbar zu begründen. Der Nachweis, dass die Kartellabsprache sich auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang tatsächlich ausgewirkt habe, sei hingegen nicht erforderlich. Darin liegt, wie der BGH freimütig einräumt, eine wesentliche Korrektur der noch im Urteil Schienenkartell I aus dem Dezember 2018 vertretenen Auffassung (siehe [Newsletter 2/2018](#)). Diese Nachjustierung ist auch vor dem Hintergrund des **Otis-Urteils** vom Dezember 2019 zu sehen, in dem der **EuGH** die Schadenszurechnung auch über vor- und nachgelagerte Produktmärkte hinaus ausgedehnt hat. Damit verlagert sich der Schwerpunkt der Prüfung (noch) stärker auf die haftungsausfüllende Kausalität und die Schadensermittlung.

Hinsichtlich des Nachweises der Schadentstehung bekräftigte der BGH die in Schienenkartell I eingeschlagene Linie und lehnte einen Anscheinsbeweis für die preissteigernde Wirkung eines Kartells ab. Der Tatrichter habe im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO vielmehr eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen. Dabei könne er sich allerdings auf eine **tatsächliche Vermutung** „im Sinne eines Erfahrungssatzes“ dahingehend stützen, dass Kartelle grundsätzlich zu Preiserhöhungen führen. Aufgrund der Gesamtschau der Indizien könne der Richter die Schadentstehung auch ohne Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens bejahen, selbst wenn die Parteien widerstreitende Gutachten vorgelegt hätten.

Der BGH führte überdies aus, dass die Erfordernisse der Prozessökonomie dem bislang

gängigen Erlass von **Grundurteilen** entgegenstehen könnten: Wenn für Grund und Höhe eines Schadens annähernd dieselben Tatsachen maßgeblich seien, sei eine bloße Grundentscheidung „unzweckmäßig und verwirrend“ und daher unzulässig.

Im Nachgang zur Schienenkartell II-Entscheidung zeichnet sich bereits ab, dass die vom BGH aufgestellte „Segelanweisung“ von den Instanzgerichten nicht – wie vielfach gemutmaßt wurde – dazu führt, dass ohne Weiteres ein Schaden der Kläger tatsächlich bejaht wird. So hat etwa das OLG Frankfurt a.M. im Mai 2020 im Verfahren des Schlecker-Insolvenzverwalters gegen Mitglieder des **Drogerieartikelkartells** einen Schadensersatzanspruch nach umfassender Prüfung der Einzelheiten des Falls im Ergebnis abgewiesen. Dabei unterzog das OLG insbesondere die Art des konkreten Kartellverstoßes (es handelte sich um einen Informationsaustausch u.a. über Bruttopreiserhöhungen und den Stand von Konditionenverhandlungen) und die von den Parteien vorgelegten Schadensgutachten einer äußerst detaillierten Würdigung. Ohne selbst ein gerichtliches Gutachten in Auftrag zu geben, kam das OLG zu dem Ergebnis, dass der Kläger den behaupteten Schaden nicht schlüssig vorgetragen hatte, weil das klägerische Gutachten u.a. von falschen Tatsachen ausging und in sich widersprüchlich war. Dies zeigt deutlich, dass die Erfolgsaussichten von Kartellschadensersatzklagen nach dem Schienenkartell II-Urteil umso mehr von einer fundierten Darlegung eines Schadens (auch) mit Hilfe von ökonomischen Parteigutachten abhängen.

2. Gebündelte Geltendmachung von Klagen durch financialright

Mit einem aufsehenerregenden Urteil wies das LG München I im Februar 2020 die Klage der financialright claims GmbH ab, an die 3.266 vermeintliche Anspruchsinhaber ihre rund 85.000 Ansprüche gegen Mitglieder des **LKW-Kartells** abgetreten hatten. Das unter Einbindung eines

Prozessfinanzierers agierende Abtretungsmodell sei wegen Verstößen gegen das Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RDG) nichtig, was die Aktivlegitimation von financialrights entfallen lasse. Zwar war die Klägerin als Inkassodienstleisterin registriert, doch sei ihre Tätigkeit von vornherein allein auf die gerichtliche Durchsetzung der einzelnen Forderungen gerichtet gewesen, was nicht die Voraussetzungen des RDG erfülle. Auch sei die effektive Durchsetzung der gebündelt geltend gemachten Ansprüche insoweit gefährdet, als bei rund 85.000 heterogenen Einzelansprüchen die Ansprüche mit besseren Erfolgchancen schwerer durchsetzbar seien als ohne das Abtretungsmodell.

3. Unterschiedliche Beurteilung des Kartellverstoßes i.Sa. LKW-Kartell

Das LKW-Kartell und die hierauf beruhenden Schadensersatzprozesse haben im Berichtszeitraum noch zahlreiche weitere Urteile hervorgebracht. Interessant zu beobachten war insbesondere, wie unterschiedlich die Gerichte teilweise den allen Verfahren zugrundeliegenden und durch die Europäische Kommission bindend festgestellten Kartellverstoß beurteilt haben. So stufen etwa die Landgerichte Leipzig und Nürnberg-Fürth den von der Kommission beuñzten Kartellverstoß als bloßen **Informationsaustausch** ein, der insbesondere keine tatsächliche Vermutung einer Kartellbetroffenheit im Sinne der Schienenkartell I-Rechtsprechung begründen könne. Eine diametral entgegengesetzte Beurteilung nahm hingegen das OLG Schleswig vor, das in denselben Feststellungen der Kommission ein „**Hardcore-Preiskartell**“ sah, das eine „starke tatsächliche Vermutung für die Kartellbetroffenheit“ begründe. Während die beiden Landgerichte die jeweiligen Klagen abwiesen, kam das OLG Schleswig zu dem Ergebnis, dass die geltend gemachten Ansprüche jedenfalls dem Grunde nach bestehen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Oberlandesgerichte Dresden und Nürnberg dem OLG Schleswig anschließen werden.

NEWSLETTER KARTELLRECHT

SZA
SCHILLING, ZUTT & ANSCHÜTZ

Diese Mandanteninformation beinhaltet lediglich eine unverbindliche Übersicht über das in ihr adressierte Themengebiet. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Als Ansprechpartner zu dieser Mandanteninformation und zu Ihrer Beratung stehen gerne zur Verfügung:



SILVIO CAPPELLARI, LL.M.
PARTNER
T +32 2 8935-120
F +32 2 8935-102
Silvio.Cappellari@sza.de
www.sza.de



HANS-JOACHIM HELLMANN, LL.M.
PARTNER
T +49 621 4257-212
F +49 621 4257-297
Hans-Joachim.Hellmann@sza.de
www.sza.de



DR. STEPHANIE BIRMANNS
COUNSEL
T +32 2 8935-121
F +32 2 8935-102
Stephanie.Birmanns@sza.de
www.sza.de



DR. CHRISTINA MALZ, LL.M.
COUNSEL
T +49 621 4257-212
F +49 621 4257-297
Christina.Malz@sza.de
www.sza.de

FRANKFURT

SZA Schilling, Zutt & Anschütz
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Taunusanlage 1
60329 Frankfurt a. M.
T +49 69 9769601-0
F +49 69 9769601-102

MANNHEIM

SZA Schilling, Zutt & Anschütz
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Otto-Beck-Straße 11
68165 Mannheim
T +49 621 4257-0
F +49 621 4257-280

MÜNCHEN

SZA Schilling, Zutt & Anschütz
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Maximilianstraße 30a
80539 München
T +49 89 4111417-0
F +49 89 4111417-280

BRÜSSEL

SZA Schilling, Zutt & Anschütz
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Square de Meeûs 23
1000 Brüssel, Belgien
T +32 2 8935-100
F +32 2 8935-102