

JULI 2021

WICHTIGE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN KARTELLRECHT IM 1. HALBJAHR 2021

Die Auswirkungen der seit Mitte Januar 2021 geltenden 10. GWB-Novelle zeichnen sich bereits ab. Demgegenüber scheint die Corona-Pandemie den Aktivitätsdrang des Bundeskartellamts (BKartA) und der deutschen Gerichte im Bereich des Kartellrechts nicht mehr zu bremsen. Wir berichten über die wichtigsten Entwicklungen.

Fusionskontrolle

BGH zu CTS Eventim

BKartA-Verfahren

Internationale Zusammenarbeit

Missbrauchsaufsicht

Verfahren gegen die GAFA-Unternehmen

Facebook

Erstes Urteil zum neuen „Tipping“-Paragrafen

OLG Düsseldorf zur Spitzenstellungsabhängigkeit

Deutsche Post

Nokia/Daimler

Kartellverbot

Bestpreisklauseln - Booking.com

Bußgeldentscheidungen

Liebherr-Vertriebsmodell

50+1-Regel der DFL

Kartellschadensersatz

BGH-Entscheidung Schienenkartell VI

OLG Düsseldorf zum Spanplattenkartell

Freie Schätzung des LG Dortmund findet keine Nachahmer

Entscheidungen zu Offenlegungsansprüchen

I. Fusionskontrolle

Das BKartA hat in seinem Jahresbericht 2020/21 ein positives Resümee des vergangenen und durch die Corona-Pandemie geprägten Jahres 2020 gezogen. Dabei lag die Tätigkeit des Amtes im Bereich der Fusionskontrolle mit

der Prüfung von rund 1.230 angemeldeten Vorhaben nur wenig unter den rund 1.400 Anmeldungen des Jahres 2019.

Mit der seit Jahresbeginn 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle wird infolge erhöhter Aufgreifschwelle zwar allseitig die Hoffnung auf eine deutliche Reduzierung der Fälle und damit der Arbeitsbelastung des Amtes im Bereich der Fusionskontrolle sowie eine bürokratische Entlastung der Unternehmen verbunden (siehe unseren [Sondernewsletter zu Neuerungen der GWB-Novelle](#), Februar 2021). Die bereits rund 500 Anmeldungen in der weiterhin von der Corona-Pandemie betroffenen ersten Jahreshälfte 2021 bilden dies aber bislang nicht allzu merklich ab.

1. BGH zu CTS Eventim

Im Fall **CTS Eventim/Four Artists** hatte der BGH über Anforderungen an die Verstärkung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung in einer vertikalen Konstellation zu entscheiden. Der Kartellsenat konstatierte, dass ein Zusammenschluss, der wegen noch ungünstigerer Bedingungen für den nachstoßenden Wettbewerb die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten lässt, ohne weiteres eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt. Zwar überschritten sich die Tätigkeitsbereiche der Unternehmen in Anbetracht eines möglichen Marktanteilszuwachses von ca. 1 % nur marginal (Anbieter für Ticketvertriebsdienstleistungen/Konzert- und

Veranstaltungsagentur). In Anbetracht der überragenden Marktstellung von CTS Eventim genüge aber schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potentiellen Wettbewerbs für eine zur Untersagung führende Verstärkungswirkung. Maßgeblich war für den BGH insbesondere die erwartete bewirkte stärkere Abschottung des Marktes für Wettbewerber von CTS Eventim durch die vertikale Integration eines größeren Abnehmers von Ticketvertriebsdienstleistungen. Im Ergebnis wurde damit die Untersagungsentscheidung des BKartA aus 2017 bestätigt.

Der BGH hat damit auch die Streitfrage höchst-richterlich geklärt, ob die **Erheblichkeit der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung** im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB als Untersagungskriterium gesondert festzustellen ist. Dieses zusätzliche Prüferfordernis war seit der Übernahme des SIEC-Tests im Zuge der 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 umstritten und wurde durch Teile der kartellrechtlichen Literatur befürwortet. Der BGH geht nun in Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf und dem BKartA davon aus, dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Regelbeispiel immer eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt und es keiner weiteren gesonderten Feststellung der Erheblichkeit bedarf.

2. BKartA-Verfahren

Gleich mehrere Vorhaben im Medienbereich wurden freigegeben. Der Juristen bestens bekannte Fachverlag **C.H. Beck** darf sich an **RAMicro**, einem Anbieter für Kanzlei-Management-Software beteiligen. Zwar sind die beiden Unternehmen keine unmittelbaren Wettbewerber, indessen auf benachbarten Märkten mit sich teilweise überschneidenden Kundengruppen tätig. Im Digitalbereich verfügt C.H. Beck mit dem Datenbankdienst Beck Online über eine starke Marktposition und auch das Zielunternehmen ist mit seinem Digitalangebot stark aufgestellt. Das Verfahren wurde gleichwohl ohne Auflagen freigegeben, da das BKartA

letztlich keine Behinderung von Wettbewerbern feststellen konnte. Es sei nicht vorgesehen, dass der Beck-Verlag seinem künftigen Beteiligungsunternehmen einen privilegierten Zugang zur digitalen Infrastruktur einräumen und Wettbewerber von neuen Funktionen ausschließen werde. Jedenfalls konnte das Amt keine greifbaren Anhaltspunkte für eine dahingehende Behinderungsstrategie feststellen. Letztlich dürfte die dann doch problemlose Freigabe des Vorhabens auch darauf zurückzuführen sein, dass lediglich eine Minderheitsbeteiligung angemeldet war. Ein künftiger Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung oder ein Kontrollerwerb wäre erneut fusionskontrollpflichtig.

Nach den Übernahmen der Mayerschen Buchhandlung 2019 und von Osiander Ende 2020 wurde im April 2021 auch der Erwerb von **Lehmanns** durch **Thalia** freigegeben. Die mittlerweile mit Abstand größte Bucheinzelhandelskette Deutschlands stellt sich damit auch im Bereich des Vertriebs von Fachinformationen an professionelle Endkunden verstärkt auf. Bei seiner wettbewerblichen Betrachtung hat das BKartA nicht zuletzt die steigende Bedeutung des Direktvertriebs durch große Verlage und die Zunahme von Open Access-Publikationen berücksichtigt und den Online-Buchhandel in die Betrachtung miteinbezogen.

In der ersten Prüfphase freigegeben wurde jüngst die vollständige Übernahme von RTL Disney Fernsehen (**SuperRTL**) durch Bertelsmann (**RTL Group**). Letztere hielt bereits 50 % der Anteile an dem Kindersender SuperRTL. Das Vorhaben betrifft vor allem den bundesweiten Fernsehwerbemarkt, der nach den Feststellungen des BKartA weiterhin nicht einem einheitlichen sachlichen Markt mit Online-Video-Werbung zuzuordnen ist. Berücksichtigt wurde allerdings der Wettbewerbsdruck, den die Online-Werbung auf den Fernsehwerbemarkt ausübt.

Für einiges Aufsehen hat die problemlose fusionskontrollrechtliche Freigabe des nun wohl aus wirtschaftlichen Gründen fraglichen Vorhabens von **Vonovia** gesorgt, mittels öffentlichen

Übernahmeangebots alle Anteile an der **Deutsche Wohnen** zu erwerben. Betroffen waren bundesweit zahlreiche lokale und regionale Märkte für die Vermietung von Wohnimmobilien. Jedoch lagen die gemeinsamen Marktanteile dieser Schwergewichte auf dem deutschen Wohnungsmarkt in keinem untersuchten räumlichen Markt über 20 % und meist unter 10 %, was der sehr zersplitterten Anbieterstruktur für Mietwohnungen geschuldet ist. Das Vorhaben wurde daher in der Monatsfrist freigegeben.

Das Amt befasste sich auch mit mehreren Vorhaben im Bereich des Agrarhandels, mit unterschiedlichem Verfahrensverlauf. Der Zusammenschluss des Agrargroßhändlers **Beiselen** mit dem Einzelhändler **ATR** wurde nach kurzer Prüfung in der ersten Phase freigegeben. Betroffen waren diverse sachliche Märkte (Erfassung von Getreide und Ölsaaten, Handel mit Saatgut, Pflanzenschutzmitteln und Düngemitteln an Landwirte). Trotz hoher Marktanteile in einzelnen Regionen war das Vorhaben freizugeben, da es nach den Feststellungen des Amtes intensiven Wettbewerb durch zwei weitere ähnlich starke Konkurrenten gibt, die ihrerseits bereits vertikal integriert bzw. mit dem Großhandel verflochten sind.

Demgegenüber wurde die Anmeldung des Fusionsvorhabens der Agrargroßhändler **RWZ** und **Raiwa** nach Einleitung des Hauptprüfverfahrens von den Beteiligten zunächst zurückgenommen – ein klares Indiz dafür, dass das BKartA das Vorhaben ansonsten untersagt hätte. In modifizierter Form wurde das neu angemeldete Vorhaben nach Durchführung eines weiteren Hauptprüfverfahrens unter Auflagen freigegeben. Diesmal versuchten es die Unternehmen mit einer komplexen Struktur aus wechselseitig allein kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen, flankierenden Vertriebs- und Bezugsvereinbarungen und mehreren Veräußerungszusagen. Das Verfahren zeigt einmal mehr, dass sich zusammenschlusswillige Unternehmen in der Hauptprüfungsphase bei der Ausgestaltung ihrer Transaktionsstruktur und

anzubietender Zusagen flexibel und kreativ zeigen müssen, um erhebliche wettbewerbliche Bedenken auszuräumen.

Zu berichten ist ferner über die weitere Konzentration in der Halbleiterindustrie. Die Übernahme der Münchener **Siltronic AG** durch das taiwanesisches Unternehmen **Global Wafers** wurde in der Monatsfrist freigegeben. Das Vorhaben betraf die eher seltene Konstellation eines weltweiten Marktes. Dem Amt war damit auch eine weltweite Marktermittlung abverlangt, was alleine schon Grund genug für ein Phase-2-Verfahren hätte sein können. Zwar stellte das Amt einen bereits konzentrierten Markt fest. Letztlich sprachen aber ausreichende aktuelle und potentielle Ausweichalternativen, eine hohe Marktvolatilität und Multi-Sourcing-Strategien der deutlich umsatz- und finanzstärkeren Kunden gegen durchgreifende wettbewerbliche Bedenken.

Ebenfalls freigegeben wurde die Übernahme der britischen **Dialog Semiconductor** durch die japanische **Renesas Electronics**, die u.a. auch Halbleiterprodukte und Microcontroller für die Automobilwirtschaft betraf. In beiden Fällen war das Amt naturgemäß nur für die fusionskontrollrechtlichen Aspekte und nicht für außenwirtschaftsrechtliche Prüfungen zuständig.

3. Internationale Zusammenarbeit

Das BKartA, die britische Competition and Markets Authority (CMA) und die Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) haben sich im April 2021 auf eine gemeinsame Erklärung zur Fusionskontrolle verständigt. Neben dem Willen zu verstärkter Zusammenarbeit in der Zeit nach der Corona-Pandemie bekräftigt man unter anderem das gemeinsame Verständnis, hoher Marktkonzentration entgegenzuwirken und den Verbraucherschutz zu stärken. Konkret wird die Erklärung dahin, von Unternehmen behauptete Effizienzen eines Zusammenschlusses besonders kritisch hinterfragen zu wollen und im Fall von Nebenbestimmungen strukturelle Auflagen einer laufenden Verhaltenskontrolle vorzuziehen.

II. Missbrauchsaufsicht

1. Verfahren gegen die GAFA-Unternehmen

Das BKartA hat sehr zügig und umfassend von dem **neuen Instrument in § 19a GWB** Gebrauch gemacht, das es ermöglicht, Unternehmen mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ bestimmte Verhaltensweisen präventiv zu untersagen. Innerhalb weniger Monate nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle Mitte Januar 2021 (siehe unseren [Sondernewsletter zu Neuerungen der GWB-Novelle](#), Februar 2021) hat das Amt entsprechende Verfahren gegen **Facebook** (Januar), **Amazon** (Mai), **Google** (Mai) und **Apple** (Juni) eingeleitet. Die Verfahren gegen Amazon und Apple beschränken sich dabei bislang auf die Feststellung der Normadressateneigenschaft, während im Fall von Facebook und Google parallel dazu bereits die Untersuchung möglicherweise unzulässiger Verhaltensweisen begonnen hat. Im Facebook-Fall geht es um die Verknüpfung (Kopplung) der Nutzung von Virtual Reality-Brillen von Oculus mit einem Facebook-Konto, während das Google-Verfahren die Verwendung der Nutzerdaten und die Ausgestaltung des Google-eigenen Nachrichtenangebots Google News Showcase betrifft. Angesichts mehrerer anhängiger Beschwerden, etwa zur Vorinstallation konzerneigener Anwendungen, dürfte zumindest bei Apple die Einleitung einer verhaltensbezogenen Prüfung ebenfalls nur eine Frage der Zeit sein.

Von den Verfahren nach § 19a GWB (zunächst unberührt bleiben die „herkömmlichen“ Missbrauchsverfahren, die momentan gegen **Facebook (Oculus)** und **Amazons Marketplace** (Einflussnahme auf die Preissetzung der dort tätigen Händler sowie Beschränkung ihrer Tätigkeit zugunsten von Markenherstellern) anhängig sind. Das BKartA hat sich bislang nicht dazu geäußert, ob diese Verfahren auch nach Bejahung einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ gesondert weitergeführt

werden oder ob es stattdessen zu einer Zusammenlegung kommt (was das Amt von der Notwendigkeit des oftmals schwierigen Nachweises einer marktbeherrschenden Stellung entbinden würde).

Es wird spannend sein zu beobachten, wie das BKartA weiter mit seinen neuen Befugnissen umgehen wird. Sollte es über punktuelle, zielgerichtete Eingriffe hinausgehen und eine Vielzahl von Verhaltensweisen präventiv untersagen, könnte schnell die Grenze zu einem verfassungsrechtlich bedenklichen Generalverdacht gegen die großen Internetunternehmen erreicht sein.

2. Facebook

Am 24. März 2021 fand im „Facebook“-Verfahren die mit Spannung erwartete mündliche Verhandlung in der Hauptsache vor dem **OLG Düsseldorf** statt. Das BKartA hatte beanstandet, dass Facebook die Daten der Facebook-Nutzer mit Daten aus anderen Quellen verknüpft, ohne von den Nutzern zuvor eine diesbezügliche Einwilligung einzuholen. Nach Ansicht des Amtes stellt dies einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) dar, der aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke als Missbrauch zu qualifizieren ist. Der BGH hat (im Verfahren zum vorläufigen Rechtsschutz) ebenfalls einen Missbrauch bejaht, sich dabei allerdings schwerpunktmäßig auf die hergebrachte Fallgruppe der „aufgedrängten Leistungserweiterung“ berufen.

Nachdem das OLG zunächst erhebliche Zweifel an der Argumentation des BKartA geäußert hatte, hat es nunmehr in der mündlichen Verhandlung einen anderen Weg eingeschlagen. Die Frage, ob ein (unterstellter) Verstoß gegen die DSGVO einen Missbrauch darstelle, erfordere die Auslegung des einschlägigen EU-Rechts. Das OLG hat daher das Verfahren ausgesetzt und sieben detaillierte **Vorlagefragen an den EuGH** formuliert, die insbesondere die

Zuständigkeitsverteilung zwischen den nationalen Kartell- und Datenschutzbehörden betreffen.

Zudem üben die Richter deutliche und süffisante Kritik am BGH. Es spreche vieles dafür, dass es sich bei dem Vorwurf der aufgedrängten Leistungserweiterung um einen gegenüber der Begründung des BKartA wesensverschiedenen Kartellverstoß handele. Nach der Rechtsprechung des BGH höchstselbst sei ein Kartellgericht nicht befugt, die Begründung einer kartellbehördlichen Entscheidung in einem wesensverändernden Umfang auszuwechseln.

Die Entscheidung des EuGH zu den Vorlagefragen ist frühestens im Jahre 2022 zu erwarten, so dass uns das Facebook-Verfahren noch für längere Zeit beschäftigen wird.

3. Erstes Urteil zum neuen „Tipping“-Paragrafen

Anfang Juni 2021 hat sich das LG Berlin in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erstmals auf den mit der 10. GWB-Novelle neu eingeführten § 20 Abs. 3a GWB gestützt. Diese Vorschrift soll verhindern, dass ein digitaler Markt unwiderruflich „kippt“, weil ein Plattformanbieter aufgrund von Netzwerkeffekten seine Konkurrenten marginalisiert. Im konkreten Fall ging es u.a. um sogenannte „List-First-Rabatte“ der Immobilienplattform **Immoscout**, in deren Genuss die Makler nur dann kamen, wenn sie mindestens 95 % ihrer online veröffentlichten Objekte in den ersten sieben Tagen ausschließlich bei Immoscout oder auf ihren eigenen Internetseiten anboten. Die Richter gaben einer **Beschwerde des Wettbewerbers Immowelt** statt und untersagten die in Rede stehenden Rabatte, da diese zu einer faktischen Ausschließlichkeit führten – Studien zufolge finden 56 % aller Kontaktaufnahmen in der ersten Woche statt, und 30 % der Inserate werden bereits vor Ablauf der 7-Tage-Frist wieder aus dem Netz genommen. Die Rabatte hätten auch einen direkt messbaren Effekt gehabt: Nach ihrer Einführung seien die Inserate bei Immoscout sprunghaft angestiegen, während Immowelt

gleichzeitig einen deutlichen Rückgang verzeichnet habe. In diesem Zusammenhang betonte das LG allerdings die Ausgestaltung der neuen Vorschrift als Gefährdungstatbestand; sie sei daher schon dann anwendbar, wenn noch keine konkrete Wettbewerbsbeeinträchtigung eingetreten sei. Dieses Urteil dürften auch Amazon, Apple & Co. aufmerksam registriert haben.

4. OLG Düsseldorf zur Spitzenstellungsabhängigkeit

In einem von SZA erstrittenen Urteil vom 14. April 2021 hat das OLG Düsseldorf Belieferungs- und Schadensersatzansprüche gegen einen führenden **Sportartikelhersteller** abgelehnt. Die Klägerin hatte argumentiert, dass die Beklagte ein marktbeherrschendes, jedenfalls aber „marktstarkes“ Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB sei, da eine sortimentsabhängige Abhängigkeit in der Ausprägung der **Spitzenstellungsabhängigkeit** bestehe. Eine solche ist gegeben, wenn ein Händler bestimmte „Must-have“-Produkte für sein Sortiment benötigt, um von den Kunden als wettbewerbsfähiger Anbieter betrachtet zu werden.

Das OLG konnte weder die behauptete Marktbeherrschung noch eine Spitzenstellungsabhängigkeit feststellen und wies die Klage ab. Auf Grundlage der einschlägigen BGH-Rechtsprechung (*Rimowa*) könne jedenfalls außerhalb selektiver Distributionssysteme eine hohe Distributionsrate zwar ein deutliches Indiz für eine Spitzenstellungsabhängigkeit sein. Hierbei handele es sich aber lediglich um eine notwendige, nicht jedoch um eine hinreichende Voraussetzung für eine Spitzenstellung. Zusätzlich müsse stets geprüft werden, ob unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls die Wettbewerbsfähigkeit des betreffenden Händlers tatsächlich von der Verfügbarkeit bestimmter Produkte abhängt. Diese Voraussetzung war vorliegend nicht erfüllt.

5. Deutsche Post

Im Februar 2021 hat das BKartA ein im Jahre 2016 eröffnetes **Missbrauchsverfahren** gegen die Deutsche Post nach Abgabe einer Verpflichtungserklärung eingestellt. Es ging um die Vertragsgestaltung für den **Postversand von Zeitungen und Zeitschriften**. Das BKartA stellte zunächst fest, dass vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen in Gestalt von Gesamtauflagen- oder Gesamtumsatzklauseln ohne Weiteres unzulässig seien. Komplizierter gestaltete sich die Bewertung eines komplexen Systems von Treuerabatten, die einen Anreiz setzten, den gesamten oder weit überwiegenen Bedarf bei der Deutschen Post zu decken. Das Amt stellte insofern insbesondere auf die Rabattstaffelung, die Abrechnungsperioden und die Vertragslaufzeiten sowie auf den erheblichen Vorsprung der Deutschen Post gegenüber Wettbewerbern und die Vorteile des Unternehmens aufgrund seines bundesweiten Zustellungsnetzes ab und kam zu dem Ergebnis, dass die Rabatte eine nicht mehr vom Gedanken des Leistungswettbewerbs abgedeckte „Sogwirkung“ entfalteten.

Nach langwierigen Diskussionen erklärte sich die Deutsche Post zur Aufgabe des bisherigen **Rabattsystems** bereit, an dessen Stelle nunmehr die kundenspezifische Festlegung fester Stückpreise ohne zusätzlich ausdifferenzierte Rabattstufen tritt. Zudem verpflichtete sich das Unternehmen, bei der Preisgestaltung die auf den jeweiligen Kunden bezogenen durchschnittlichen Stückkosten eines Jahres nicht zu unterschreiten und die Preisbildungsfaktoren transparent zu machen. Im Gegenzug vermied die Deutsche Post nicht nur die Verhängung eines Bußgelds, sondern auch endgültige Festlegungen des BKartA zum Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung und zur Unzulässigkeit der Rabatte, die sich in zukünftigen Verfahren nachteilig auswirken könnten.

6. Nokia/Daimler

Im Juni 2021 beendeten Daimler und Nokia mit dem Abschluss eines entgeltlichen Lizenzvertrags ihren langjährigen Streit über die **FRAND-**

Lizenzierung standardessentieller Patente und erklärten die insoweit zwischen ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten für erledigt. Damit sind insbesondere auch die detaillierten Vorlagefragen des LG Düsseldorf an den EuGH vom November 2020 hinfällig (siehe unseren [Newsletter 2/2020](#)). Dies ist aus neutraler Sicht zu bedauern, da nunmehr bis auf Weiteres die höchstrichterliche Klärung grundlegender Fragen zur FRAND-Lizenzierung in mehrstufigen Zulieferverhältnissen unterbleiben wird.

Die großen Verlierer dieser überraschenden Entwicklung sind die Automobilzulieferer, die ebenso wie Daimler argumentiert hatten, dass der Patentinhaber verpflichtet sei, vorrangig mit ihnen (und nicht mit den Automobilherstellern) einen Lizenzvertrag abzuschließen. Continental hat bereits angekündigt, bei der Europäischen Kommission weiterhin auf die Einleitung eines förmlichen Missbrauchsverfahrens gegen Nokias Lizenzierungspolitik zu drängen.

III. Kartellverbot

1. Bestpreisklauseln - Booking.com

Mit Beschluss vom 18. Mai 2021 hat der **BGH** sich zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bestpreisklauseln positioniert und ihre Verwendbarkeit erheblich eingeschränkt. Die Entscheidung bildet den vorläufigen Höhepunkt einer Reihe von Entscheidungen zu Bestpreisklauseln von Hotelportalen.

Im Hinblick auf **weite Bestpreisklauseln**, bei denen die betroffenen Hotels auf Absatzkanälen Dritter keine günstigeren Konditionen anbieten dürfen, hat das BKartA in der Sache **HRS** bereits 2013 entschieden, dass diese als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen sind, was anschließend vom OLG Düsseldorf bestätigt wurde. Im Zuge dieser Entscheidungen nahm Booking von weiten Bestpreisklauseln Abstand und stellte auf die Nutzung **enger Bestpreisklauseln** um, bei denen lediglich günstigere Konditionen im Direktvertrieb des Hotels ausgeschlossen werden. Ende 2015

entschied das BKartA, dass auch enge Bestpreisklauseln kartellrechtlich unzulässig seien. Das OLG Düsseldorf stellte hingegen im Juni 2019 fest, dass diese unbedenklich seien, da es sich um **notwendige Nebenabreden** handele (siehe unseren [Newsletter 1/2019](#)).

Dieser Argumentation folgte der BGH nicht. Dogmatisch könnte die Abwägung der für die engen Bestpreisklauseln geltend gemachten wettbewerbsfördernden Aspekte gegen die wettbewerbsbeschränkenden Aspekte allein bei der Prüfung einer Freistellung vom Kartellverbot berücksichtigt werden. Eine Ausnahme vom Kartellverbot als notwendige Nebenabrede zum Plattformvertrag käme nur in Betracht, wenn die enge Bestpreisklausel für dessen Durchführung **objektiv notwendig wäre**. Das war nach Auffassung des BGH nicht der Fall.

Ebenfalls kam **keine Einzelfreistellung** gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Es fehlte letztlich nach Ansicht des BGH bereits an einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts.

Eine Gruppenfreistellung nach der Vertikal-GVO kam angesichts hoher Marktanteile nicht in Betracht. Im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO zeichnen sich bei der Bewertung von Bestpreisklauseln allerdings Neuerungen durch den im Juli veröffentlichten Kommissionsentwurf für eine **überarbeitete Vertikal-GVO** ab. Danach sollen enge Bestpreisklauseln gruppenfreigestellt sein (was schon der jetzigen Rechtsauffassung der Kommission entspricht) und nur weite Bestpreisklauseln nicht von der Gruppenfreistellung profitieren.

2. Bußgeldentscheidungen

Das BKartA hat gegen drei **Stahlschmied** und zwei verantwortliche Mitarbeiter Bußgelder in Höhe von rund EUR 35 Mio. verhängt. Nach Erkenntnissen des Amtes bestand zwischen den Unternehmen ein gemeinsames Verständnis darüber, ihre Herstellungskosten sowie Kos-

tenveränderungen an die Kunden (im Wesentlichen Zulieferer und Hersteller aus der Automobilbranche) weiterzugeben. Bei zahlreichen Treffen zwischen 2002 bis 2016 sollen sich Vertreter der Unternehmen zu diesem Zweck insbesondere zu Kostensituation, Preisgestaltung und konkreten Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten ausgetauscht haben.

Ein komplexes Verfahren gegen Hersteller von Trockenmörtel mündete bereits im Herbst 2020 in einer interessanten, indessen nicht veröffentlichten Entscheidung des OLG Düsseldorf. Im BKartA-Verfahren waren bereits 2009 Bußgeldbescheide gegen Mörtelhersteller und Handelsverbände in mittlerer zweistelliger Millionenhöhe erlassen worden, da sie eine einheitliche **Silostellgebühr** für die Lagerung des Mörtels verabredet haben sollen. Hinsichtlich eines der einspruchsführenden Unternehmen hielt sich das OLG innerhalb eines zuvor mittels Verständigungslösung vereinbarten Bußgeldrahmens, blieb indessen weit unter dem oberen Ende und betonte entgegen seiner sonstigen Herangehensweise zudem, dass sich die Festsetzung des Bußgeldes nicht schematisch am gesetzlichen Bußgeldrahmen orientieren dürfe. Bei der Bußgeldzumessung seien u.a. auch die Erlöse aus der Silostellgebühr zu beachten, ein Kriterium, das bislang weitgehend unberücksichtigt blieb. Mit Blick auf das **Nachtatverhalten** hat das OLG für zwei der Unternehmen bußgeldmildernd berücksichtigt, dass diese umfangreiche **Compliance-Programme** entwickelt und implementiert hatten. Bloße Vertriebsschulungen sollen allerdings kein wirksames Compliance-Programm darstellen.

Das BKartA verhängte schließlich auch Bußgelder in Höhe von EUR 6 Mio. gegen zwei Hersteller von **Straßenkanalguss**. Das Amt kam zu der Überzeugung, dass die beiden Hersteller in regelmäßigen Abständen Nettopreise für Schachtabdeckungen und die Höhe zu gewählender Rabatte verabredeten. Vorgeworfen wurde den Unternehmen zudem, dass sie zwei Großaufträge, die gleichzeitig an sie gerichtet wurden, unter sich aufteilten.

3. Liebherr-Vertriebsmodell

Zu Beginn des Jahres führte Liebherr im Rahmen seines selektiven Vertriebssystems einen neuen **Liebherr-Performance-Rabatt** ein, der deutlich strengere Kriterien für den Online-Vertrieb im Vergleich zum stationären Verkauf vorsah. Nach Auffassung des BKartA benachteiligten diese Regelungen sowohl reine Online-Händler als auch Hybridhändler, die die Rabatt-Kriterien sowohl online als auch offline zu erfüllen hatten. Um eine Schwächung des markeninternen Wettbewerbs zu vermeiden und die wettbewerblichen Bedenken des BKartA auszuräumen, passte Liebherr die Leistungskriterien für beide Vertriebskanäle an. Auch hinsichtlich derartiger Dual Pricing-Strategien zeichnen sich im Zuge der **Überarbeitung der Vertikal-GVO** neue Beurteilungsmaßstäbe ab.

4. 50+1 Regel der DFL

Im Mai veröffentlichte das BKartA seine vorläufige Entscheidung zur **50+1 Regel** für die deutschen Fußballprofiligen. Die 50+1 Regel wurde 1999 eingeführt und soll den vereinsgeprägten Charakter auch im Profifußball sicherstellen. Bei einer Ausgliederung der Profifußballabteilung muss daher weiterhin der Verein die Stimmrechtsmehrheit besitzen. Eine sog. Förderausnahme gilt, wenn ein Investor den Fußballsport des Muttervereins seit mehr als 20 Jahren ununterbrochen und erheblich gefördert hat. Das BKartA meldete kartellrechtliche Bedenken im Hinblick auf diese Förderausnahme an, da die nicht einheitliche Anwendung der 50+1 Regel die eigenen sportpolitischen Zielsetzungen der DFL – die grundsätzlich eine Ausnahme von Kartellverbot rechtfertigen können – konterkariert. Die DFL, die Fußballklubs und Investoren haben Gelegenheit, zu dieser Einschätzung Stellung zu nehmen.

IV. Kartellschadensersatz

1. BGH-Entscheidung Schienenkartell VI

Das Kartellschadensersatzrecht wird weiterhin maßgeblich von der Rechtsprechung des BGH

im Schienenkartell-Komplex geprägt. Im Urteil **Schienenkartell VI** vom 10. Februar 2021 hatte sich der BGH unter anderem mit den Voraussetzungen zu befassen, unter denen Schadenspauschalierungsklauseln zulässig sind. Nach Auffassung des BGH stellen derartige Klauseln keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar, sofern sie den zu erwartenden Schaden in einer Höhe pauschalieren, die nach dem typischerweise zu erwartenden hypothetischen Marktpreis eine Unter- und eine Überkompensation des Schadens gleichermaßen wahrscheinlich erscheinen lässt. Das Abstellen auf den „typischerweise zu erwartenden Marktpreis“ bietet freilich erhebliche Unsicherheiten. Der BGH lässt es zu, dass zur Bestimmung dieses typischerweise zu erwartenden Schadens auf zum Zeitpunkt der Vereinbarung vorhandene allgemeine Erkenntnisse der empirischen Ökonomie zurückgegriffen wird. Der Nachweis eines *branchentypischen* Durchschnittsschadens soll indes entbehrlich sein. Dies gilt jedenfalls, soweit empirische Erkenntnisse zu branchentypischen Schäden fehlen. In Ermangelung derartiger Erkenntnisse hat der BGH im konkreten Fall eine Schadenspauschalierungsklausel in Höhe von 5 % und *obiter dictum* auch Klauseln über 15 % gebilligt.

Bislang vertrat der BGH die Auffassung, dass sich Pauschalierungsklauseln, die unterschiedliche Arten von Verstößen erfassen, am „geringsten denkbaren Verstoß“ zu orientieren haben. Hiervon scheint der Kartellsenat des BGH nunmehr abzurücken, indem er die streitgegenständliche Klausel sehr eng auslegt, so dass nur Submissionsabsprachen und vergleichbar schwerwiegende Klauseln erfasst sind. Außerdem sei dem Klauselverwender grundsätzlich zu gestatten, eine gewisse Bandbreite von im Kern gleichgerichteten Verstößen zum Gegenstand der Pauschalierung zu machen und dem Klauselgegner das Risiko des Nachweises eines geringeren Schadens zuzuweisen.

2. OLG Düsseldorf zum Spanplattenkartell

In einem Urteil zum Spanplattenkartell vom 10. Februar 2021 hat sich das OLG Düsseldorf in verschiedener Hinsicht ausdrücklich gegen die Rechtsprechung des BGH i.Sa. *Schienenkartell V* (siehe unseren [Newsletter 2/2020](#)) gestellt. Der BGH steht dem Erlass von Grundurteilen über das „Ob“ des Schadens im *Schienenkartell V*-Urteil ablehnend gegenüber. Das OLG Düsseldorf stellt sich auf den gegenteiligen Standpunkt. Die Frage nach der **Schadenshöhe** sei keinesfalls untrennbar mit der Frage nach der **Schadensentstehung** verbunden. Ein Grundurteil sei daher schon dann zulässig, wenn das Kartell zur Überzeugung des Gerichts einen Schaden in irgendeiner Höhe verursacht hat. Während der BGH außerdem die Frage nach der Schadensentstehung für jeden Beschaffungsvorgang gesondert untersucht, weil es sich hierbei jeweils um eigenständige Ansprüche handele, stellt das OLG insofern auf eine „tatbestandliche Handlungseinheit“ ab und geht von einem einheitlichen Schaden aus. Daher soll es für den Erlass eines Grundurteils schon ausreichen, dass der Preis für nur einen einzigen Vorgang kartellbedingt überhöht war.

Das OLG befasst sich auch mit den **Darlegungsanforderungen** an die Parteien einer Kartellschadensersatzklage. Die Klägerin habe in zulässiger Weise aus den Feststellungen des Bußgeldbescheids abgeleitet, dass ihre Einkaufspreise kartellbedingt überhöht seien. Dieser Schadensbehauptung sei die Beklagte nicht in prozessual zulässiger Weise entgegengetreten, weil sie nicht dargelegt habe, ob und in welchem Umfang das in Rede stehende Preiskartell von den Kartellteilnehmern zu einer Anhebung der Preise genutzt wurde. Insbesondere kritisiert das OLG, dass eine auf Kartellschadensersatz in Anspruch genommene Partei sich nicht hinter einem Privatgutachten „verstecken“ und zu den ihr bekannten wahren tatsächlichen Marktwirkungen des Kartells schweigen dürfe.

Dass das OLG Düsseldorf der Beklagten Vortrag dazu abverlangt, ob das Kartell sich preissteigernd ausgewirkt hat, kommt faktisch einer

Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich eines Schadenseintritts sehr nahe. Nach der Rechtsprechung des BGH, insbesondere i.Sa. LKW-Kartell, kann dem Beklagten aber gerade nicht der Gegenbeweis abverlangt werden, dass ein Schaden nicht entstanden ist.

3. Freie Schätzung des LG Dortmund findet keine Nachahmer

Das LG Dortmund hat nach den Urteilen vom 30. September 2020 und vom 4. November 2020 (siehe unseren [Newsletter 2/2020](#)) auch in einem dritten Urteil vom 3. Februar 2021 „Mut zur Schätzung“ bewiesen und einen Schaden auf Grundlage von § 287 ZPO der Höhe nach ohne Einholung eines ökonomischen Sachverständigengutachtens geschätzt. Gegen alle Schätzurteile des LG wurde – auch durch eine Mandantin von uns – Berufung zum OLG Düsseldorf eingelegt. Über diese Berufungen wird der 1. Kartellsenat indes ohne den zum 1. August 2021 ausscheidenden bisherigen Vorsitzenden Prof. Kühnen zu entscheiden haben, der sich in einer vom LG Dortmund ausdrücklich rezipierten Veröffentlichung für eine freie Schadensschätzung ausgesprochen hatte. Bislang haben soweit ersichtlich keine weiteren Instanzgerichte diesen Ansatz übernommen. Im Gegenteil hat sich u.a. das LG München I in einer von spanischen Unternehmen eingelegten Klage gegen Mitglieder des **LKW-Kartells** ausdrücklich gegen die freie Schätzmethode des LG Dortmund positioniert (Urteil vom 19. Februar 2021). Anders als das LG Dortmund hielt es die Einholung eines ökonomischen Sachverständigengutachtens in Anbetracht der komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge und Entwicklungen als gesicherte Grundlage für die richterliche Schadensschätzung für unabdingbar.

4. Entscheidungen zu Offenlegungsansprüchen

Die Instanzgerichte werden zunehmend mit Offenlegungsansprüchen nach §§ 33g, 89b Abs. 5 GWB konfrontiert. In diesem Zusammenhang

verdient insbesondere ein Beschluss des LG Hannover vom 17. Dezember 2020 zum **Altbatterien-Kartell** Erwähnung. Das LG hat dort – soweit ersichtlich erstmals – die Herausgabe einer vollständigen, d.h. ungeschwärzten Kopie des Bußgeldbescheids angeordnet.

Dabei stellte es sich auf den Standpunkt, dass der Antragsteller nach § 89b Abs. 5 GWB keinen Verfügungsgrund im Sinne einer besonderen objektiven Dringlichkeit darlegen müsse. Die Verwendung des so erlangten Bußgeldbescheids schränkt das LG Hannover indes erheblich ein. Insbesondere darf der Bescheid nicht an Dritte, auch nicht innerhalb des Konzernverbands, weitergegeben werden.

Auch das LG München I hat sich in der bereits genannten Entscheidung zum **LKW-Kartell** vom 19. Februar 2021 mit Herausgabeansprüchen nach §§ 33g, 89b Abs. 5 GWB befasst. Die Klägerin wollte mit diesem Instrument Zugriff auf Erwerbsdokumente von den Beklagten erlangen. Diesbezüglich stellt das LG München I aber klar, dass die mit der 9. GWB-Novelle geschaffenen Auskunftsansprüche dazu dienen, eine Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Kartellgeschädigten auszugleichen, und nicht dazu, dem Kläger Besitz über Unterlagen zu verschaffen, die ihm selbst einmal zur Verfügung standen.

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:



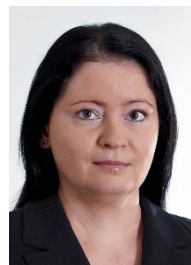
SILVIO CAPPELLARI, LL.M.
PARTNER
T +32 2 8935-120
F +32 2 8935-102
Silvio.Cappellari@sza.de
www.sza.de



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 9769601-20

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