

## Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

„Wir müssen noch schneller werden“, sagte der Präsident des Bundeskartellamts Andreas Mundt in einem Interview. Dies gilt nicht nur für Wettbewerbsbehörden – spiegelbildlich müssen sich Unternehmen auch auf eine erhöhte kartellrechtliche „Schlagzahl“ einstellen.

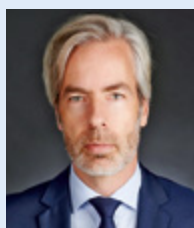
In Brüssel ist die Ende 2014 ins Amt gekommene Kommission eingearbeitet und treibt ihre Vorhaben tatkräftig voran. Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager ist ersichtlich bemüht, mit zügigeren Verfahren die Kritik an der Dauer des von ihrem Vorgänger geerbten Marktmissbrauchsverfahrens gegen Google zu kontern. Zudem veröffentlichte die Kommission jüngst einen Verordnungsentwurf, der sog. Geoblocking beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen verbieten will.

In Deutschland steht noch dieses Jahr die Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie an. Deren Vorwirkungen werden bereits heute von deutschen Gerichten diskutiert. Darüber hinaus gibt es in Russland Erläuterungen der russischen Antimonopolbehörde zu vertikalen Vereinbarungen.

In diesen schnellen Zeiten ist es besonders ratsam, stets „am Ball zu bleiben“. Unsere Kartellrechtsmannschaft unterstützt Sie dabei gerne passgenau.



Georg Philipp Cotta, LL.M.  
(University of London)  
Rechtsanwalt,  
Co-Head der Praxisgruppe  
Kartellrecht & Beihilfenrecht



Dr. Dietmar O. Reich  
Rechtsanwalt,  
Co-Head der Praxisgruppe  
Kartellrecht & Beihilfenrecht

## Inhalt

I. Kurzmeldungen	Seite 1
II. Rechtsprechung	Seite 3
EU-Kronzeugenantrag schützt nicht vor nationaler Kartellgeldbuße	Seite 3
Kartellrecht 4.0 - Risiken vernetzter Systeme	Seite 4
III. Ausland	Seite 5
Erläuterungen der russischen Antimonopolbehörde zu vertikalen Vereinbarungen	Seite 5
Hinweise und Impressum	Seite 6

## I. Kurzmeldungen

### Bundeskartellamt ermittelt gegen Facebook wegen Marktmissbrauch durch Datenerhebung und veröffentlicht Papier zu datenbasierten Geschäftsmodellen

Das Bundeskartellamt verdächtigt Facebook, eine mögliche marktbeherrschende Stellung bei sozialen Netzwerken zu missbrauchen. Es sieht Anhaltspunkte dafür, dass Facebook seine Nutzer nicht hinreichend über den Umfang der Datenerhebung aufklärt und die Facebook-Nutzungsbedingungen damit deutsches Datenschutzrecht verletzen. Bei marktbeherrschenden Unternehmen können solche unangemessenen Vertragsbedingungen in einzelnen Fällen zugleich gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstoßen.

Das Verfahren gegen Facebook ist auch im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Diskussionen der letzten Jahre zum Verhältnis zwischen „Big Data“ und Marktmacht zu sehen. Daten werden dabei zunehmend als wichtiger Wettbewerbsfaktor wahrgenommen, insbesondere in der Digitalwirtschaft. Dazu hat das Bundeskartellamt im Mai mit der französischen Autorité de la concurrence ein gemeinsames Hintergrundpapier mit dem Titel „Competition Law and Data“ veröffentlicht. Darin geben die Behörden einen Überblick unter anderem über die wettbewerbsökonomischen Hintergründe, die wettbewerblichen Gefahren sowie die bisherige Entscheidungspraxis und Literatur. Die französische Kartellbehörde hat kurz danach eine Untersuchung des Markts für Online-Werbung eingeleitet. Das Bundeskartellamt hat inzwischen ein weiteres Arbeitspapier vorgelegt. Darin stellt das „Think Tank Internet“ des Bundeskartellamts seine bisherigen Ergebnisse zur Marktabgrenzung und zur Marktmachtbestimmung bei digitalen Plattformen und Netzwerken vor.

### Bundeskartellamt verhängt weitere Bußgelder im Lebensmittelhandel

Das Bundeskartellamt hat gegen acht Handelsunternehmen Bußgelder in einer Gesamthöhe von EUR 90,5 Millionen verhängt, weil sie mit der Brauerei AB InBev die Ladenpreise von Beck's, Franziskaner und Hasseröder abgesprochen haben. Die Einhaltung und koordinierte Anhebung dieser Ladenpreise wurde mit Rückvergütungen und Rabatten belohnt, wohingegen Abweichlern gedroht wurde. Die Mithilfe von AB InBev und Rewe bei der Aufklärung hat das Bundeskartellamt mit einem Bußgelderlass gewürdigt. Eine frühzeitige Kooperation mit dem Bundeskartellamt lohnt sich also auch bei Kartellverstößen im Vertikalverhältnis, obwohl dort die Bonusregelung des Bundeskartellamts („Kronzeugenregelung“) nicht gilt.

### Bundeskartellamt verordnet Krankenhäusern eine Vorsorgeuntersuchung

Angesichts vieler Fusionen in dieser Branche will das Bundeskartellamt die dortigen Wettbewerbsbedingungen analysieren. Das Bundeskartellamt plant, etwa 500 Krankenhäuser zu befragen, unter anderem zu Leistungsangebot, Vergütungsstrukturen und der Zusammenarbeit mit anderen medizinischen Anbietern. Jedenfalls Krankenhäuser, die einen förmlichen Auskunftbeschluss erhalten, müssen für dessen Beantwortung mit einem erheblichen

Aufwand rechnen. Zu Risiken und Nebenwirkungen von fehlenden, unvollständigen, falschen oder verspäteten Auskünften fragen Sie Ihren Anwalt.

## EU-Kommission sendet Google „Anklageschrift“ wegen Android-Beschränkungen

Die Europäische Kommission hat Google und dessen Muttergesellschaft Alphabet ihre Beschwerdepunkte im Marktmissbrauchsverfahren zum Android-Betriebssystem mitgeteilt. Danach soll Google auf den Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste, lizenzpflichtige Smartphone-Betriebssysteme und Android-App-Stores jeweils eine beherrschende Stellung haben. Diese Stellung habe Google missbraucht durch (1) Koppelungen bei der Lizenzierung von Play-Store, Google-Suche und Google Chrome; (2) die Lizenzierung von Google-Apps nur unter der Bedingung, dass keine Smartphones mit einem anderen Android-Betriebssystem verkauft werden; und (3) finanziellen Anreizen für Gerätehersteller und Mobilfunkbetreiber, wenn sie auf Smartphones und Tablets ausschließlich die Google-Suche vorinstallieren. Google hat nun Gelegenheit zur Stellungnahme. Parallel dazu untersucht die Kommission Vorwürfe zu den Suchdiensten von Google, insbesondere zu Google Shopping. Dort hatte die Kommission Google bereits 2015 ihre Beschwerdepunkte mitgeteilt, sodass mit einer baldigen Entscheidung zu rechnen ist.

## „No-Single-Buyer-Rule“ erreicht die Bundesliga

Das Bundeskartellamt hat die Selbstverpflichtungen der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH zur Vergabe der nationalen Bundesliga-Medienrechte für rechtsverbindlich erklärt. Nach Vorbild der englischen Premier League gibt es ab der Saison 2017/2018 auch für die Bundesliga-Rechte ein Alleinerwerbsverbot. Danach durfte die DFL die Rechte für die Live-Übertragung von Bundesliga-Spielen nicht an einen einzigen Bieter vergeben, sondern musste zumindest ein Rechtspaket an einen anderen Bieter vergeben. Das Bieterverfahren selbst musste die DFL transparent und diskriminierungsfrei ausgestalten. Hintergrund: Die Bundesliga-Zentralvermarktung beschränkt den Wettbewerb zwischen den Vereinen, birgt jedoch gleichzeitig erhebliche Vorteile für Rechtekäufer und Fernsehzuschauer. Mit dem Alleinerwerbsverbot will das Bundeskartellamt den Innovationswettbewerb schützen; Sky hat gegen den Beschluss des Bundeskartellamts Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben.

## EU-Kommission untersagt die Fusion von Three und O2

Die Europäische Kommission hat die geplante Übernahme von Telefónica UK durch Hutchison nach der EU-Fusionskontrollverordnung verhindert. Sie hat starke Bedenken, dass der Zusammenschluss der Mobilfunkanbieter zu weniger Auswahl und höheren Preisen für die britischen Mobilfunkkunden führen würde. Anders als bei anderen „Vier-zu-drei“-Mobilfunkfusionen in der jüngeren Vergangenheit konnten auch die von den Parteien vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen die wettbewerblichen Bedenken der Behörde nicht ausräumen. Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager erklärte diese unterschiedlichen Ergebnisse mit den besonderen Marktbedingungen in Großbritannien. Es handelt sich um die 25. Untersagungsentscheidung der Kommission seit 1990 und die erste seit Februar 2013.

## EuGH setzt ausufernden Auskunftsverlangen der EU-Kommission Grenzen

Der Europäische Gerichtshof hat förmliche Auskunftsverlangen, welche die Europäische Kommission 2011 an mehrere Zementher-

steller gerichtet hatte, für nichtig erklärt und damit die erstinstanzlichen Urteile des Gerichts der Europäischen Union aufgehoben. Die Kommission ging seinerzeit dem Verdacht wettbewerbswidriger Praktiken in den Zementmärkten nach. Von den Zementherstellern forderte sie mit einem nicht weniger als 94 Seiten langen Fragebogen kurzfristig Antworten in bestimmten Datenformaten auf sehr unterschiedliche Fragen. Generalanwalt Nils Wahl merkte in seinen Schlussanträgen an, die geforderten Auskünfte seien so weitreichend, dass die Sachbearbeitung der Vorwürfe quasi an die betroffenen Unternehmen „ausgelagert“ worden sei. Der Europäische Gerichtshof hat diese Auskunftsbeschlüsse nun kassiert. Angesichts der sehr umfangreichen Fragen, der früheren Auskunftsverlangen und der weiteren Erkenntnisse aus den mehrjährigen Ermittlungen habe die Kommission ihre Beschlüsse zu knapp und zu vage begründet. Die Begründungspflicht sei keine bloße Formalie. Sie müsse den betroffenen Unternehmen ermöglichen, die Reichweite ihrer Mitwirkungspflicht zu verstehen und ihre Verteidigungsrechte zu wahren. Das sind willkommene Klarstellungen des Gerichtshofs, die sog. fishing expeditions begrenzen (zu deren Gegenstück bei Durchsuchungen siehe den Artikel von Dr. Christian Heinichen in unserem [Newsletter Kartellrecht November 2015](#)). Die Untersuchung gegen das vermeintliche Zementkartell stellte die Kommission schließlich ohne Bußgelder ein.

## EuG bestätigt, dass das EEG 2012 staatliche Beihilfen umfasste

Die Europäische Kommission hatte 2014 die Vorteile für Erzeuger erneuerbarer Energien und für stromintensive Unternehmen im EEG in der Fassung von 2012 als staatliche Beihilfen eingestuft, aber aus Umweltschutzgründen überwiegend genehmigt. Das Gericht der Europäischen Union hat nun die Klage gegen den Kommissionsbeschluss abgewiesen, mit der Deutschland sich gegen die Beurteilung als Beihilfe wehrte. Dabei wertete das Gericht die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten und von den Übertragungsnetzbetreibern verwalteten Gelder beihilferechtlich als „staatliche Mittel“. Das Bundeswirtschaftsministerium prüft derzeit, ob es gegen das Urteil Rechtsmittel einlegt. Das EEG in der Fassung von 2014 und die geplante EEG-Novelle sind von dem Urteil nicht unmittelbar betroffen. Zu den Hintergründen und Folgen des Urteils siehe auch den Beitrag von Dr. Dominik Greinacher auf der BB-Website: <http://blog.bblaw.com/eug-eeeg-2012-ist-eine-beihilfe/>.

## Baden-Württemberg verliert Schiedsklage gegen EDF zum EnBW-Rückkauf

Die landeseigene Neckarpri GmbH hatte EDF vor einem internationalen Schiedsgericht der ICC auf Zahlung von rund EUR 840 Millionen verklagt. Neckarpri machte geltend, 2010 für EnBW-Aktien einen zu hohen Kaufpreis an EDF gezahlt zu haben. Die Überzahlung sei als staatliche Beihilfe zu werten, sie sei daher unwirksam und rückabzuwickeln. In einem umfangreichen Schiedsspruch hat das Schiedsgericht nun die Klage wie auch eine Widerklage von EDF abgewiesen. Die Schiedsklage zeigt dennoch, welche weitreichenden, unbeabsichtigten Folgen das Europäische Beihilfenrecht für Transaktionen mit der öffentlichen Hand haben kann.

## EU-Kommission veröffentlicht Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe

Die Europäische Kommission erläutert darin anhand ihrer Entscheidungspraxis eine Vielzahl von beihilferechtlichen Begriffen und Konzepten. Die Bekanntmachung kann auf den Internetseiten der

Kommission unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/notice\\_aid\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html) abgerufen werden.

## Vergaberechtsreform kodifiziert das Institut der Selbstreinigung

Öffentliche Auftraggeber können Kartellsünder von Vergabeverfahren ausschließen. Diese einschneidende Folge von Kartellverstößen kann vermieden werden, wenn rechtzeitig Selbstreinigungs- und Compliance-Maßnahmen ergriffen werden. Dies erkennt das GWB nunmehr ausdrücklich an. Siehe dazu den Beitrag von Tanja Johansen in unserem [Newsletter Vergaberecht Teil 3 Mai 2016](#).

## EU-Kommission beerdigt Pläne für die Ausweitung der Fusionskontrolle auf Minderheitsbeteiligungen

Laut mehrerer Reden von Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager wird die Europäische Kommission ihre Pläne zur Einführung einer EU-Fusionskontrolle für den Erwerb nichtkontrollierender Minderheitsbeteiligungen nicht weiter verfolgen. Die Pläne hatten ihren Ursprung in der fehlenden Handhabe der Kommission gegen den Erwerb von Anteilen an Aer Lingus durch Ryanair; sie standen aber wegen des zusätzlichen Verwaltungsaufwands für Unternehmen von vornherein in der Kritik. Nichtkontrollierende Minderheitsbeteiligungen müssen damit auch künftig allenfalls bei nationalen Wettbewerbsbehörden wie dem Bundeskartellamt angemeldet werden.

## Selektivvertrieb von Luxusgütern und Plattformverbote – der Ball liegt nun beim EuGH

Ob Hersteller ihren Händlern im Rahmen eines selektiven Vertriebsystems untersagen können, Waren über Plattformen wie Amazon oder Ebay anzubieten, ist eine der aktuell bedeutsamsten Fragen des Vertriebskartellrechts (siehe dazu den ausführlichen Artikel von Uwe Wellmann in unserem [Newsletter Kartellrecht Februar 2016](#)). Das OLG Frankfurt am Main hat dazu nun den Europäischen Gerichtshof angerufen. Die Vorlagefragen lassen auch allgemeine Klarstellungen für den Selektivvertrieb von Luxus- und Prestigewaren erwarten.

## Rücktritt des Vorsitzenden der Monopolkommission

Prof. Daniel Zimmer ist als Vorsitzender der Monopolkommission zurückgetreten. Er begründete seinen Schritt mit der Ministererlaubnis im Fall EDEKA/Tengelmann (siehe dazu den [Newsletter Kartellrecht Februar 2016](#)). Neuer Vorsitzender ist der Professor für Volkswirtschaftslehre Achim Wambach. Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium, deren Gutachten die deutsche Wettbewerbspolitik maßgeblich beeinflussen.



Christoph Heinrich  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## II. RECHTSPRECHUNG

### EU-Kronzeugenantrag schützt nicht vor nationaler Kartellgeldbuße

Randnummer 1 des ECN-Kronzeugenmodells sagt: „Im System paralleler Zuständigkeiten der Kommission und der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden gilt ein bei einer bestimmten Behörde gestellter Antrag auf Kronzeugenbehandlung nicht als Antrag auf Kronzeugenbehandlung bei einer anderen Behörde. Daher liegt es im Interesse des Antragstellers, bei allen Wettbewerbsbehörden, die für die Anwendung von Artikel 101 AEUV in dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Gebiet zuständig sind, eine Kronzeugenbehandlung zu beantragen.“ Der Europäische Gerichtshof hat diesen Grundsatz jüngst in seinem Urteil „DHL“ vom 20. Januar 2016 bestätigt.

#### Sachverhalt

Am Frachtkartell beteiligte DHL-Gesellschaften hatten bei der Europäischen Kommission einen Antrag auf vollständigen Geldbußenerlass wegen mehrerer Verstöße gegen EU-Kartellrecht im internationalen Frachtverkehr (See-, Luft- und Straßenfracht) gestellt. Einen Kurzantrag auf Geldbußenerlass reichte DHL ebenso bei der italienischen Wettbewerbsbehörde AGCM ein, nannte hier aber keine konkreten Verstöße im Bereich Straßenfrachtverkehr. Erst nachdem weitere Beteiligte ebenfalls Kronzeugenanträge bei der AGCM gestellt hatten, vervollständigte DHL seinen Kurzantrag.

Die Kommission beschränkte ihr Bußgeldverfahren auf Kartellverstöße im Luftfrachtverkehr. Sie erließ DHL die Geldbuße dort vollständig. Die Verfolgung weiterer Kartellverstöße überließ sie allerdings den nationalen Wettbewerbsbehörden. Die AGCM führte daraufhin ein Verfahren zum Straßenfrachtverkehr und verhängte gegen DHL eine (ermäßigte) Geldbuße. Einen Geldbußenerlass verweigerte die AGCM, da DHL seinen Kurzantrag erst ergänzt hatte, nachdem bereits der – auch den Straßenfrachtverkehr betreffende – vollständige Kronzeugenantrag eines weiteren Unternehmens bei der AGCM eingegangen war.

DHL klagte gegen die Bußgeldentscheidung der AGCM und berief sich auf seinen früheren EU-Kronzeugenantrag. Dieser hätte bei der Auslegung des Kurzantrags gegenüber der AGCM berücksichtigt werden müssen. Das italienische Gericht legte die Sache daraufhin dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

#### Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof entschied zu Lasten von DHL. Das ECN-Kronzeugenmodell ist für die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht verbindlich. Es besteht ein dezentrales System paralleler Zuständigkeiten. Zwischen verschiedenen Kronzeugenanträgen auf Geldbußenerlass, die bei der Kommission und bei nationalen Wettbewerbsbehörden gestellt werden, besteht deshalb kein rechtlicher Zusammenhang. Nationale Wettbewerbsbehörden sind nicht verpflichtet, sich bei der Kommission über den Inhalt eines dort vom gleichen Unternehmen parallel eingereichten Kronzeugenantrags zu informieren. Sie müssen den ihnen vorliegenden Kurzantrag auch nicht im Lichte eines EU-Kronzeugenantrags beurteilen. Anders formuliert: Es gibt in Europa kein Prinzip des One-Stop-Shop bei kartellrechtlichen Kronzeugenanträgen. Und es gibt auch kein einheitliches System eines (EU-)Hauptantrags, der durch akzessorische Hilfs- oder Kurzanträge bei den nationalen Wettbewerbsbehörden ergänzt wird.

Der Europäische Gerichtshof entschied dabei zugleich zugunsten eines Unternehmens, nämlich des Kronzeugen Nr. 1 in Italien. Dieser hatte bei der Kommission nur einen Antrag auf Ermäßigung der

Geldbuße und bei der AGCM einen Antrag auf vollständigen Geldbußenerlass gestellt. Aus der Selbstständigkeit der kartellrechtlichen Kronzeugenregelungen schlussfolgerte der EuGH, dass es auch insoweit keiner Konvergenz bedarf. Nationale Wettbewerbsbehörden können einen Antrag auf Geldbußenerlass deshalb auch dann entgegennehmen, wenn der Antragsteller bei der Kommission nur noch eine Ermäßigung der Geldbuße erlangen kann und auch nur eine solche beantragt hat.

### Praxishinweis

Die Entscheidung dokumentiert, dass Kronzeugen gut beraten sind, ihre Bonusanträge oder Marker nicht nur schnell, sondern auch inhaltlich vollständig und vor allem parallel bei allen Wettbewerbsbehörden einzureichen, bei denen das Risiko einer eigenständigen Verfolgung des Kartellverstößes besteht. Dies setzt eine grenzüberschreitende Strategie der Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden voraus, um das Risiko einer „Lücke“ in den Kronzeugenanträgen zu vermeiden.



Dr. Christian Heinichen  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Kartellrecht 4.0 - Risiken vernetzter Systeme

Dem Recht wird oft vorgeworfen, nicht mit den technischen Entwicklungen Schritt zu halten. Das „Eturas“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. Januar 2016 zeigt demgegenüber schon jetzt, wie die Antwort des Europäischen Kartellrechts auf eine vernetzte Wirtschaft und die Industrie 4.0 aussehen wird. Dabei betont es die Unschuldsvermutung zugunsten von mutmaßlich kartellbeteiligten Unternehmen.

### Sachverhalt

30 litauische Reisebüros verwenden die Software Eturas als Online-Reisebuchungssystem. Wohl auf Anregung mehrerer Reisebüros, begrenzte der Eturas-Systemadministrator im August 2009 die voreingestellte mögliche Spanne für Buchungsrabatte auf 0 Prozent bis 3 Prozent. Er informierte die Reisebüros über den systemeigenen Mitteilungsdienst. Einen höheren Rabattsatz, z. B. die zuvor üblichen 4 Prozent für Internetbuchungen, konnten die Reisebüros fortan nur mithilfe zusätzlicher technischer Maßnahmen gewähren.

Der litauische Wettbewerbsrat verhängte daraufhin Geldbußen gegen die Reisebüros und den Softwareanbieter Eturas. Die Behörde ging von einer konkludenten Zustimmung der Reisebüros zur Begrenzung der Preisnachlässe aus und wertete dies als verbotene abgestimmte Verhaltensweise. Der anschließend angerufene Oberste Verwaltungsgerichtshof von Litauen legte den Fall dem Europäischen Gerichtshof vor.

### Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof betont einmal mehr, dass Unternehmen ihre Geschäftspolitik selbstständig zu bestimmen haben. Selbst eine nur mittelbare Fühlungnahme zu Wettbewerbern oder eine nur passive Teilnahme kann genügen, um die Verantwortlichkeit eines Unternehmens für eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung zu begründen. Ein Unternehmen ist jedoch nicht für ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten verantwortlich, wenn es dieses weder kannte noch (stillschweigend) billigte. Für die Reisebüros bedeutet das, dass ihre Beteiligung nicht allein aus der Existenz der technischen Beschrän-

kung der Rabattgewährung abgeleitet werden darf, sondern es weiterer Indizien für ihre Beteiligung bedarf.

Dabei richten sich das Beweismaß und die Beweiswürdigung nach nationalem Recht. Dessen Anwendung muss allerdings die unionsrechtlich verbürgte Unschuldsvermutung einhalten. Die Unschuldsvermutung versagt es nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden, das bloße Versenden einer Mitteilung an ein Unternehmen als Beweis dafür zu werten, dass jenes Unternehmen den Mitteilungsinhalt kannte oder kennen musste. Das kann vielmehr nur vermutet werden, wenn weitere Indizien hinzutreten. An die Widerlegung dieser Vermutung dürfen sodann keine unrealistischen Anforderungen gestellt werden. So können die Reisebüros die Vermutung widerlegen, indem sie nachweisen, dass sie die Änderungsmitteilung nicht erhalten haben oder den Eturas-Mitteilungsdienst erst nach gewisser Zeit eingesehen haben.

Allgemein kann ein Unternehmen die Vermutung seiner Beteiligung widerlegen, wenn es sich von der Verhaltensweise öffentlich distanziert oder sie bei den Behörden angezeigt hatte. Unter den besonderen Umständen des Eturas-Systems akzeptiert der Europäische Gerichtshof auch eine Distanzierung nur gegenüber dem Eturas-Systemadministrator. Er berücksichtigt damit, dass die Reisebüros nicht alle anderen Eturas-Nutzer kennen können. Auch gesteht der Gerichtshof den Reisebüros zu, ihre Beteiligung zu widerlegen, indem sie nachweisen, systematisch höhere Preisnachlässe als die voreingestellten 0 Prozent bis 3 Prozent gewährt zu haben.

### Bewertung

Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten dem Unionsrecht umfassend Geltung verschafft. Das „Eturas“-Urteil stellt klar, dass nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte stets auch die unionsrechtlichen Gewährleistungen zugunsten von Unternehmen, wie die Unschuldsvermutung, beachten müssen. Es beugt damit einer falsch verstandenen Effektivität des Europäischen Kartellrechts vor.

Wo Dritte eine Wettbewerbsbeschränkung veranlassen, ist die Kenntnis des Unternehmens für seine kartellrechtliche Verantwortlichkeit zentral. Die bloße Eröffnung eines Kommunikationswegs genügt hingegen noch nicht für eine widerlegliche Vermutung der Kenntnisnahme. Diese willkommene Aussage darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass die Schwelle für eine Vermutung der Kenntnisnahme in der Praxis nicht allzu hoch sein dürfte. So wird wohl etwa die Reaktion auf frühere Mitteilungen genügen, um eine Vermutung zulasten des Unternehmens zu begründen.

Angesichts der Besonderheiten des Falls handhabt der Europäische Gerichtshof seine herkömmlichen Vorgaben zur kartellrechtlichen Verantwortlichkeit flexibel. Insbesondere lässt er eine Distanzierung nur gegenüber dem Eturas-Systemadministrator zur Widerlegung des Anscheins der Kartellbeteiligung zu. Damit gewährt er den Reisebüros mehr Exkulpationsmöglichkeiten als bei Fällen mit direkten Wettbewerberkontakten üblich. Diese Aussage lässt sich mühelos auf weitere Arten indirekter Wettbewerberkontakte übertragen: So weiß ein Unternehmen in sog. hub and spoke-Konstellationen mitunter nicht, an wen seine Informationen weitergereicht wurden. Für solche Fälle baut der Gerichtshof Unternehmen eine neue Brücke zur Legalität.

### Hintergrund

IT-Systeme können im Rahmen von Kartellen bei der Kommunikation, der Umsetzung und der Überwachung eine Rolle spielen. Denkbar ist auch, dass dereinst intelligente Systeme ohne menschliches Zutun Kartelle bilden. Schon heute werden etwa im Wertpapierhandel oder Flugvertrieb die Preise von Algorithmen bestimmt.

Man stelle sich vor, nicht der Eturas-Systemadministrator, sondern die Software selbst hätte die Entscheidung zur Beschränkung der Rabatte getroffen, um so den Profit der Reisebüros zu maximieren, und hätte anschließend die Mitteilungen automatisiert verschickt. An der kartellrechtlichen Beurteilung des Falls würde das wenig ändern. Bei komplexeren Systemen wird sich die Verantwortlichkeit schwerer zuordnen lassen. Man könnte dann rechtlich darauf abstellen, wer die Gefahr für die autonome Entscheidung des Systems gesetzt hat.

Preisabsprachen mithilfe von IT-Systemen sind und waren schon mehrmals Gegenstand von Kartellverfahren. So haben acht US-amerikanische Fluggesellschaften bereits zwischen 1988 und 1992 ihre Preise abgesprochen, indem sie sich ihre beabsichtigten Flugtarife über das Computersystem der Airline Tariff Publishing Company mitteilten. Bei einem weiteren US-Kartell sprachen Anbieter von Postern ihre Verkaufspreise auf Amazon Marketplace ab. Sie verwendeten Software mit speziellen, eigens programmierten Preisalgorithmen, um Änderungen ihrer jeweiligen Verkaufspreise zu koordinieren. Derzeit ist in den USA eine Kartellsammelklage gegen den Vorstandsvorsitzenden des Fahrtenvermittlers Uber anhängig. Die Kläger argumentieren, der Uber-Preisalgorithmus beschränke den Preiswettbewerb zwischen den einzelnen Fahrern, unter anderem mit gleichzeitigen Preiserhöhungen (sog. surge pricing). Entscheidend für den Verfahrensausgang wird sein, wie das Gericht in der „sharing economy“ das Verhältnis zwischen den Leistungsanbietern und dem Vermittler und zwischen den Leistungsanbietern untereinander einordnet.

#### Praxishinweis

Für die Praxis empfiehlt es sich, bei gemeinsam mit Wettbewerbern genutzten IT-Systemen besonders auf die kartellrechtliche Compliance zu achten. Das gilt für Software von Drittanbietern und erst recht für Software, die an Wettbewerber oder von Wettbewerbern lizenziert wird. Die Zugriffsrechte und Verantwortlichkeiten sind klar zu definieren und – ebenso wie technische Änderungen – zu dokumentieren.

Damit alleine ist es jedoch nicht getan: Dass der Lizenzvertrag dem Softwareanbieter Eturas keine Rechte zur Preisgestaltung einräumte, entlastete die Reisebüros nicht. Ihnen wird womöglich der falsche Umgang mit eingehenden Informationen zum Verhängnis. Unternehmen sollten dagegen vorbeugen: Einmal eröffnete Kommunikationswege müssen überwacht werden; und die Mitarbeiter bedürfen eines (ggf. mit Schulungen zu schaffenden) kartellrechtlichen Problembewusstseins. In einem Fall wie „Eturas“ spielt es für die kartellrechtliche Verantwortlichkeit im Übrigen keine Rolle, ob der IT-Auszubildende oder die Vertriebsleiterin die Mitteilung abrufte.



Christoph Heinrich  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## III. Ausland

### Erläuterungen der russischen Antimonopolbehörde zu vertikalen Vereinbarungen

Im Februar 2016 hat das Präsidium des Föderalen Antimonopoldienstes Russlands (FAS) Erläuterungen zu aktuellen Fragen des Wettbe-

werbsrechts herausgegeben. Diese Erläuterungen verallgemeinern die Rechtsanwendung des FAS in der Praxis. Ungeachtet ihres empfehlenden Charakters sind sie praktisch von allen Akteuren auf dem russischen Markt zu beachten. Die Position des FAS zu „vertikalen“ Vereinbarungen ist vor allem für den Warenvertrieb von Bedeutung.

#### Erläuterungen

Nach den Bestimmungen des Föderalen Gesetzes „Über den Schutz des Wettbewerbs“ Nr. 135-FS vom 26. Juli 2006 (Wettbewerbschutzgesetz) gelten Vereinbarungen zwischen Unternehmen als „vertikal“, wenn ein Unternehmen eine Ware erwirbt und das andere Unternehmen sie verkauft. In der Regel sind vertikale Vereinbarungen verboten, wenn:

- sie dazu führen oder führen können, dass ein Mindest- oder Festpreis für den Weiterverkauf der Ware festgelegt wird (die Festlegung eines Höchstpreises ist hingegen zulässig);
- sie die Verpflichtung des Käufers vorsehen, die Ware nicht an ein Unternehmen zu verkaufen, welches in Konkurrenz zum Verkäufer steht (zulässig sind aber Vereinbarungen, wonach der Verkäufer den Absatz unter einer Marke oder einem anderen Individualisierungsmittel des Verkäufers oder des Herstellers organisiert, z. B. auf Grundlage eines Lizenzvertrags).

Die Erläuterungen weisen darauf hin, dass Distributorenverträge „vertikale“ Vereinbarungen sein können, selbst wenn ihre Parteien innerhalb desselben Warenmarkts ihre Waren absetzen. Dies gilt, wenn:

- der Distributor Waren weiterverkauft, die er bei einem Hersteller, der Vertragspartei eines Distributorenvertrags ist, und der Distributor keine gleichartigen Waren herstellt, sowie wenn
- der Distributor gleichartige Waren veräußert, die von unterschiedlichen Produzenten hergestellt werden.

Diese Kriterien sind für die Einstufung von Distributorenverträgen als "vertikale" Vereinbarungen von Bedeutung. Sie spielen damit auch für die Bewertung der Verträge aus antimonopolrechtlicher Sicht eine Rolle.

In den Erläuterungen wird unterstrichen, dass „vertikale“ Vereinbarungen durch zivilrechtliche Verträge umgesetzt werden, die den Übergang von Waren zum Gegenstand haben (etwa Kauf-, Liefer-, Händler- oder Distributorenverträge). Zivilrechtliche Konstruktionen ohne Warenübergabe hingegen können keine „vertikalen“ Vereinbarungen sein.

Die frühere Fassung des Wettbewerbsschutzgesetzes ordnete Handelsvertreterverträge ausdrücklich nicht als „vertikale“ Vereinbarung ein. Diese Klarstellung wurde in der geltenden Fassung gestrichen, in der Sache kann ein Handelsvertretervertrag seiner Natur nach auch weiterhin nicht als vertikale Vereinbarung eingestuft werden. Schließt der Handelsvertreter im Namen des Prinzipals einen Kaufvertrag ab, kann nur dieser Kaufvertrag als vertikale Vereinbarung bewertet werden.

#### Ausnahmen

Das Wettbewerbsschutzgesetz und die Regierungsverordnung „Über die Fälle der Zulässigkeit von Vereinbarungen zwischen Wirtschaftssubjekten“ Nr. 583 vom 16. Juli 2009 legen die Fälle fest, in denen vertikale Vereinbarungen als zulässig anerkannt werden können. Dies gilt etwa für Vereinbarungen zwischen Unternehmen (ausgenommen Finanzinstitute), deren jeweiliger Anteil auf dem betroffe-

nen Warenmarkt 20 Prozent nicht überschreitet. Ist somit der Anteil eines Unternehmens am Markt höher und liegen die Merkmale einer verbotenen „vertikalen“ Vereinbarung vor, ist die Beteiligung an der Vereinbarung als Wettbewerbsverstoß zu werten.

Der FAS nennt als Beispiel für einen solchen Verstoß den Fall der OAO Wjasemskij maschinostroitelnyj zavod, die von 2010 bis 2012 Händlerverträge mit 30 Partnern abschloss. In allen Verträgen fanden sich Klauseln zum Verkaufspreis: Danach musste der Preis beim Händler den Listenpreis des Verkäufers um den Betrag der Transportkosten für die Ware überschreiten.

Eine Reduzierung des Listenpreises sollte nur zulässig sein, wenn ein Wettbewerb zwischen den Lieferanten von Importausrüstung bestand; außerdem war die vorherige Abstimmung mit dem Verkäufer erforderlich. Nach Auffassung des FAS konnten diese Regelungen zur Festlegung eines wettbewerbsrechtlich unzulässigen Minimalpreises für den Weiterverkauf führen. Da der Verkäufer am Markt einen Anteil von über 20 Prozent besaß, wertete der FAS die Beteiligung an diesen verbotenen „vertikalen“ Vereinbarungen als Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht.

Zulässig sind vertikale Vereinbarungen in schriftlicher Form (außer zwischen Finanzinstituten), wenn sie Franchise-Verträge darstellen. Ebenso können Händlervereinbarungen zwischen Automobilherstellern/-distributoren und autorisierten Händlern als zulässig anerkannt werden, wenn sie mit allen Bestimmungen des von der Association of European Businesses ausgearbeiteten und mit dem FAS abgestimmten Verhaltenskodex für Automobilhersteller und Automobildistributoren übereinstimmen. Derzeit bereitet die Association unter Mitwirkung des FAS einen solchen Verhaltenskodex für Pharmaproduzenten vor.

#### Fazit

Die Erläuterungen bringen Klarheit, was für in Russland tätige Unternehmen von Vorteil ist. Positiv ist auch die Anerkennung zulässiger Händlervereinbarungen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden. Jedes Unternehmen, das Vertriebsverträge abschließt, ist gut beraten, die neuen Regeln zu beachten.

*Der Beitrag ist ursprünglich in der Ausgabe 15/2016 von Russland aktuell erschienen.*



Alexey Kuzmishin  
Diplom-Jurist, LL.M.  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Moskau

#### Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [kartellrecht@bblaw.com](mailto:kartellrecht@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten.

#### Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
[www.beitenburkhardt.com/impressum](http://www.beitenburkhardt.com/impressum)

#### Redaktion (verantwortlich)

Christoph Heinrich

#### Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-0 • Fax: +49 30 26471-123  
Uwe Wellmann • [Uwe.Wellmann@bblaw.com](mailto:Uwe.Wellmann@bblaw.com)

**Brüssel** • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel  
Tel.: +32 2 6390000 • Fax: +32 2 7322353  
Dietmar O. Reich • [Dietmar.Reich@bblaw.com](mailto:Dietmar.Reich@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1342 • Fax: +49 89 35065-123  
Georg Philipp Cotta • [Philipp.Cotta@bblaw.com](mailto:Philipp.Cotta@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Kartellrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



Beijing • Berlin • Brüssel • Düsseldorf • Frankfurt am Main  
Moskau • München • Nürnberg • Shanghai • St. Petersburg

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)