



Collection

AKTUELLE KARTELL- RECHTSENTWICKLUNGEN IN DEN DACH-STAATEN

11th AGON WORKING PAPER
22.03.2017

AGON PARTNERS
Competition Law & Policy – Switzerland
Wiesenstrasse 17
CH-8008 Zürich
www.agon-partners.ch



Legal | Academics | Economics | Events | Public Affairs

I. KARTELLRECHTSENTWICKLUNGEN IN DEUTSCHLAND

A. GWB-Novelle 2016 (Regierungsentwurf)

1. Am 28.09.2016 hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vorgelegt. Der Entwurf sieht insbesondere die folgenden Anpassungen vor und wird voraussichtlich im März 2017 in Kraft treten:

1. Materielles Recht

2. *Marktbeherrschung.* Das GWB wurde um neue Kriterien für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung erweitert. Netzwerkeffekte, der Zugang zu Daten, das Nutzerverhalten sowie der Faktor des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen. Dies soll eine adäquate kartellrechtliche Beurteilung insbesondere von Plattformmärkten gewährleisten.

3. *Fusionskontrolle.* Durch die Einführung eines zusätzlichen transaktionsbezogenen Schwellenwertes von EUR 400 Mio. können neu Fusionen von der Anmeldepflicht erfasst werden, welche den bisher für eine Kontrolle ausschlaggebenden umsatzbezogenen Schwellenwert von EUR 5 Mio. nicht überschreiten. Die neue Aufgreifschwelle soll verhindern, dass sich Fusionen einer Kontrolle entziehen, welche trotz tiefer Umsätze der beteiligten Unternehmen ein hohes Marktpotenzial mit sich bringen und zu einer gesamtwirtschaftlich unerwünschten Marktbeherrschung führen können. Anlass für diese Gesetzesänderung war der Erwerb von WhatsApp durch Facebook, der die Anmeldeschwellen der deutschen Fusionskontrolle nicht erfüllt hatte.

2. Verfahrensrecht

4. *Verjährungsfrist.* Neben neuen Regelungen im Rahmen der einvernehmlichen Streitbeilegung erfolgte eine Verlängerung der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche von drei auf nunmehr fünf Jahre.

5. *Offenlegungsansprüche.* Neu werden verschiedene Offenlegungsansprüche von Klägern und Beklagten auf Herausgabe von Beweismitteln statuiert. Ansprüche auf Offenlegung sollen nur abgelehnt werden bei Unverhältnismässigkeit der Interessen, bei Settlement-Erklärungen oder im Zusammenhang mit Kronzeugenanträgen.

6. *Schadensverursachung.* Ebenfalls neu eingeführt wird die Vermutung der Schadensverursachung eines Kartells. Der Beklagte kann die Vermutung jedoch mit dem Einwand der Schadensabwälzung („Passing-on-Defense“) widerlegen. Zudem sind mittelbare Abnehmer zur Geltendmachung von Schäden berechtigt, wobei sie die Beweislast für den Schadenumfang und die Weiterabwälzung tragen.

3. Sanktionen & Haftung

7. *Konzerne.* Die 9. GWB-Novelle (Regierungsentwurf) sieht eine Angleichung an das EU-Sanktionsrecht vor. Es soll neu eine Konzernhaftung sowie eine verschärfte Haftung von Rechtsnachfolgern mittels akzessorischer Mithaftung der „wirtschaftlichen Einheit“ eingeführt werden.

8. *KMU.* Kleinere und mittlere Unternehmen sowie Kronzeugen werden durch den Regierungsentwurf im Innenverhältnis bei der Verteilung der Haftung privilegiert. Die Haftung be-

steht neu grundsätzlich nur für den Ersatz des Schadens, der den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern entsteht.

B. Rechtsprechung

9. *Wettbewerbsabreden.* Der BGH kam im Fall „Pelikan“ (Urteil vom 15. 12. 2015 – KZR 92/13) zum Ergebnis, dass markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen nicht zu potenziellem Wettbewerb zwischen den Vertragsparteien führen. Für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine solche Vereinbarung sei nicht auf den Schutzbereich der Marken abzustellen, sondern darauf, ob die Parteien als aktuelle oder potenzielle Wettbewerber anzusehen sind.

10. *Marktmachtmissbrauch.* Der BGH hat im vorliegenden Fall einen Zulassungsanspruch einer Werkstatt bejaht (Urteil vom 26.01.2016, Az. KZR 41/14). Entscheidend sei, ob eine freie Werkstatt Dienstleistungen für Kfz einer bestimmten Marke auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt durchführen könne. Dementsprechend müsse das Kundenverhalten bei jeder Marke gesondert berücksichtigt werden.

11. *Fusionskontrolle.* Das OLG Düsseldorf hat im Eilverfahren die Fusion von „Edeka“ und „Tengelmann“ vorläufig gestoppt und die Erlaubnis von Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel zur Übernahme zunächst ausser Kraft gesetzt (Beschl. v. 12.07.2016, Az. VI - Kart 3/16 (V)). Die Ministererlaubnis sei aus nachfolgenden, nicht abschliessenden Gesichtspunkten rechtswidrig: (i) Die öffentlichen Interessen der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei Tengelman seien nicht unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte bewertet worden, (ii) die verfügbaren Nebenbestimmungen seien nicht geeignet, die 16.000 Arbeitsplätze bei Tengelman in vollem Umfang zu sichern und (iii) das Verhalten des Bundeswirtschaftsministers begründe die Besorgnis der Befangenheit.

II. KARTELLRECHTSENTWICKLUNGEN IN ÖSTERREICH

A. Kartellgesetz-Novelle 2016 (Begutachtungsentwurf)

12. Am 26.08.2016 hat das Bundesamt für Justiz den Begutachtungsentwurf zur Kartellgesetz-Novelle 2016 vorgelegt. Der Entwurf sieht die nachfolgenden Anpassungen vor und sollte demnächst in Kraft treten, da die Umsetzungsfrist am 27.12.2016 abgelaufen ist:

1. Materielles Recht

13. *Hausdurchsuchungen.* Die Durchsetzung des Datenzugriffs bei Hausdurchsuchungen wird gestärkt durch Androhung von Zwangsgeldern. Dies ist speziell bei Unternehmen mit dezentral lokalisierten Datensystemen von entscheidender Bedeutung.

14. *Verjährung.* Die Frist zur Verfolgung von Wettbewerbsverstössen wird durch Ermittlungshandlungen der Behörden unterbrochen, was die Frist verlängert und verhindert, dass Verstössen während laufenden Ermittlungen verjähren.

2. Verfahrensrecht

15. *Verjährungsfrist.* Die Verjährungsfrist aus Schadenersatzansprüchen aus Wettbewerbsverletzungen wird – analog zu D – auf fünf Jahre erstreckt.

16. *Beweismittel.* Kläger können im Rahmen von Kartell-Schadenersatzverfahren, nach Anordnung durch das Gericht, die Gegenseite oder Dritte zur Offenlegung von Beweismitteln zwingen. Dasselbe Recht wird auch der beklagten Partei zustehen. Aktenkundige Beweismittel von Gerichten oder Behörden müssen, mit gewissen Einschränkungen, ebenfalls offengelegt werden.

17. *Beweislastumkehr.* Ebenfalls neu einfließen wird die gesetzliche Vermutung der schädigenden Wirkung eines Kartells. Das Kartellgericht ist bei der Entscheidung über den Schadenersatzanspruch an die jeweilige rechtskräftige Entscheidung der Wettbewerbsbehörde gebunden. Diese Beweislastumkehr führt zu einer erheblichen Beweiserleichterung zugunsten der Geschädigten.

3. Sanktionen & Haftung

18. *Harmonisierung.* Die Kartellgesetz-Novelle 2016 sieht die Harmonisierung der gesamtschuldnerischen Haftung der an einer Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen und Personen vor.

19. *KMU.* Neu wird eine Ausnahme von der Solidarhaftung für KMU statuiert. KMU werden als Beteiligte eines Kartells unter gewissen Bedingungen nur gegenüber ihren eigenen Abnehmern haftbar und somit nicht für Schäden, welche Kunden anderer am Kartell beteiligter Unternehmen erlitten haben.

B. Rechtsprechung

20. *Wettbewerbsabreden.* Das Handelsunternehmen „Spar“ hat von 2002 bis 2012 illegal Preise von Molkereiprodukten mit Lieferanten abgesprochen (Entscheid des OGH vom 08.10.2015, 16Ok2/5b). Die Lieferanten mussten auf Drängen von „Spar“ die Preise harmonisieren und ein einheitliches Preisniveau erlangen. Die Einhaltung der einheitlichen Preise wurde von Spar kontrolliert und notfalls wurde beim Lieferanten zur Erzielung des einheitlichen Preisniveaus auch interveniert. Der Oberste Gerichtshof hat nun die ursprüngliche Kartellstrafe von 3 Millionen Euro verzehnfacht.

21. *Marktmissbrauch.* Der OGH wies den Rekurs der Bundeswettbewerbsbehörde gegen seinen vom Kartellgericht abgelehnten Antrag zur Abstellung des Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung gegen fünf führende Flüssiggasanbieter ab (Entscheid des OGH vom 01.12.2015, 16Ok4/15x). Der OGH begründete, dass eine Alleinbezugsverpflichtung nur dann einen Marktmachtmissbrauch darstellt, sofern der Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen muss, welche weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

22. *Fusionskontrolle.* Das Kartellgericht verhängte eine Geldbusse über die „Europapier International AG“ wegen unrichtiger und irreführender Angaben im Rahmen einer Zusammenschlussanmeldung (Kartellgericht, Beschluss vom 18.10.2016, BWB VD-245). Der Tatbestand der unrichtigen bzw. irreführenden Angaben werde gemäss Kartellgericht bereits dann verwirklicht, wenn die irreführende Darstellung des Zusammenschlussvorhabens objektiv geeignet ist, bestimmte Aspekte der Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden zu entziehen.

III. KARTELLRECHTSENTWICKLUNGEN IN DER SCHWEIZ

A. Kartellgesetz

1. Materielles

23. *Hausdurchsuchungen*. Ein neues Merkblatt der Wettbewerbskommission vom 06.01.2016 erläutert die aktuellen Vorschriften bzgl. Vorgehensweise des Sekretariates bei seinen Ermittlungen, namentlich bei der Durchführung von Untersuchungsmassnahmen, Beweismittelbeschlagnahmen und Einvernahmen.

24. *Kfz-Bekanntmachung*. Die Wettbewerbskommission hat am 29. Juni 2015 entschieden, die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor bis zum 31. Dezember 2022 zu verlängern, um den funktionierenden Wettbewerb im Kfz-Bereich zu schützen.

25. *Parlamentarische Initiative Altherr*. Die parlamentarische Initiative verlangt die Erweiterung des geltenden Kartellgesetzes auf relativ marktmächtige Unternehmen. Als solche gelten einzelne Unternehmen, die in der Weise von anderen Unternehmen abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf anderen Unternehmen auszuweichen.

26. *Fair-Preis Initiative*. Hinter der am 20.09.2016 lancierte Fair-Preis Initiative stehen die Stiftung für Konsumentenschutz, Gastrosuisse und der Wirtschaftsverband Swissmechanic, der 1400 KMU in der Maschinen-, Elektro- und Metallbranche vereint. Sie wollen durch eine Verschärfung des Kartellrechts das hohe Preisniveau in der Schweiz beschränken.

2. Verfahren

27. *Parlamentarische Initiative de Buman*. Die parlamentarische Initiative verlangt die Anpassung des Kartellgesetzes in Bezug auf vier spezifische Punkte: Modernisierung und Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle für Unternehmen, die Vereinfachung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens, die Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Sanktionsbemessung sowie die die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens.

28. *Postulat Nantermod*. Mit dem Postulat wird der Bundesrat beauftragt, zu prüfen, welche Massnahmen ergriffen werden können, um den Parallelimport von Online-Inhalten zu fördern, das heisst, um das sogenannte Geoblocking einzuschränken, damit Schweizer Konsumenten Online-Dienste, die im Ausland angeboten werden, nutzen können und im Ausland Zugang zu Schweizer Online-Diensten haben.

3. Sanktionen & Haftung

29. *Motion Fournier*. Der Vorstoss zielt auf die Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren. Dazu sollen u.a. die Gerichtsverfahren vereinfacht und beschleunigt werden, die Sanktionen verhältnismässig ausgestaltet werden und Parteientschädigungen zugesprochen werden.

30. *Motion Birrer-Heimo*. Die Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung sowie die Einführung eines allgemeinen Gruppenvergleichsverfahrens in der Zivilprozessordnung (ZPO) wird derzeit geprüft. Der Bundesrat wird entsprechende Gesetzesvor-

schläge in der ersten Hälfte 2017 präsentieren. Inwiefern sich diese Gesetzesänderung auch auf die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts auswirkt, wird sich zeigen.

4. Rechtsprechung

31. *Wettbewerbsabreden.* Im Juni 2016 hat das Schweizerische Bundesgericht nach öffentlicher Beratung die Beschwerde der „Colgate-Palmolive Europa Sàrl“ (ehem. Gaba International AG) im Zusammenhang mit einer von der WEKO verhängten Sanktion von CHF 4.8 Mio. wegen der Verhinderung von Parallelimporten abgewiesen. „Harte“ Kartelle sollen demnach als *grundsätzlich* erheblich gelten, womit eine Prüfung der quantitativen Kriterien obsolet werden könnte. Das schriftliche Urteil wird seitdem erwartet.

32. *Marktmissbrauch.* Auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist das Fernmeldeunternehmen „Swisscom“ marktbeherrschend. Diese Stellung hat „Swisscom“ bei der Ausschreibung zur Vernetzung der Poststandorte missbraucht, um Wettbewerber zu behindern und unangemessen hohe Preise durchzusetzen. Die Wettbewerbskommission (WEKO) büsste das Unternehmen mit CHF 8 Mio., der Entscheid wurde angefochten und ist derzeit beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

33. *Zusammenschluss.* Die WEKO bewilligte die neue Vermarktungsorganisation „Admeira“ von Ringier, SRG und Swisscom. Bereits im Jahr 2015 hat die WEKO die geplante Bündelung der Vermarktungsaktivitäten von Ringier, SRG und Swisscom einer vertieften Prüfung unterzogen. Dies im Hinblick auf eine allfällige marktbeherrschende Stellung der neuen Gesellschaft in Bezug auf die zielgruppenspezifische TV-Werbung. Seit April 2016 hat Admeira den operativen Betrieb aufgenommen.

IV. AUSBLICK D-A-CH

34. *Entwicklung Kartellgesetz.* In Deutschland und Österreich stehen umfassende gesetzliche Änderungen an, die teilweise mit den europäischen Entwicklungen einhergehen. Demgegenüber ist in der Schweiz die Revision des Kartellgesetzes im Herbst 2014 gescheitert. Daher stehen in der Schweiz derzeit viele politische Vorstösse zur Diskussion, die einzelnen Teile der gescheiterten Revision aufnehmen bzw. „retten“ möchten.

35. *Fokus Zivilverfahren.* Beeinflusst von den europäischen Entwicklungen sind auch in Deutschland und Österreich klare Tendenzen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts erkennbar. Die Verlängerung der Verjährungsfristen, Vereinfachung in Bezug auf Beweismittel und Schadenersatz drücken den Wunsch nach einer Stärkung des „Private Enforcement“ aus.

36. *Fokus Hochpreisinsel.* In der Schweiz dominiert das Thema der überhöhten Preise und der damit oft erwähnten Hochpreisinsel Schweiz. Einerseits verlangt das *Postulat Fournier*, dass der Bundesrat die Gründe für das hohe Kosten- und Preisniveau in der Schweiz analysiert und darlegt. Andererseits wird mit Spannung der weitere Verlauf der im Jahr 2016 lancierten „Fair-Preis-Initiative“ beobachtet, welche überhöhte Importpreisen bekämpfen und eine Beschaffungsfreiheit im In- und Ausland ermöglichen möchte.