

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Apple, EDEKA/Tengelmann und LKW-Kartell – selten zuvor war das Wettbewerbsrecht so präsent und so oft Gesprächsthema in Wirtschaft, Medien, Politik und Gesellschaft. Wir erläutern Ihnen den aktuellen Stand und den Hintergrund dieser Fälle. Damit wappnen wir Sie nicht nur für den nächsten Small Talk. Vor allem wappnen wir Ihr Unternehmen für die dahinterstehenden aktuellen Entwicklungen im Kartell- und Beihilfenrecht.

Dem Beihilfenrecht widmen wir diesmal einen besonderen Schwerpunkt: Unter anderem geben wir Ihnen einen Kurzüberblick über den Fall Apple und korrigieren damit populäre Irrtümer. Anhand des Vereinsfußballs zeigen wir Ihnen zudem, wie das Beihilfenrecht eine ganze Branche formen kann.

Außerdem laden wir Sie herzlich zum [BEITEN BURKHARDT LEGAL DAY](#) am 20. Oktober 2016 in unser Münchener Büro ein. Wie jedes Jahr freuen wir uns auf ein Wiedersehen oder ein Kennenlernen. Lassen Sie uns gemeinsam Gedanken austauschen – gern über Apple, EDEKA/Tengelmann oder das LKW-Kartell; gern aber auch über alle anderen Themen, die Ihren beruflichen Alltag bewegen.



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. Aktuelles	Seite 3
LKW-Kartell: Rekordgeldbußen verhängt, Schadensersatzwelle rollt an	Seite 3
Kartellverstoß beendet? Oder doch nicht?	Seite 4
Der Fall Apple – kurz erklärt	Seite 5
State Aid to Football Clubs: Game Over	Seite 7
Veranstaltungshinweise	Seite 7
Hinweise und Impressum	Seite 8

I. Kurzmeldungen

Wann haften Unternehmen für den Kartellverstoß eines Dienstleisters?

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil „VM Remonts“ klargestellt, dass Unternehmen grundsätzlich nicht für das kartellrechtliche Fehlverhalten eines externen Dienstleisters verantwortlich sind. Von diesem Grundsatz hat er drei Ausnahmen entwickelt:

- Wenn der Dienstleister in Wirklichkeit nicht unabhängig vom Unternehmen ist, sondern unter dessen Leitung oder Kontrolle steht.
- Wenn ein Unternehmen die wettbewerbswidrigen Ziele seines Dienstleisters kannte und bewusst zu deren Verwirklichung beigetragen hat.
- Wenn ein Unternehmen das wettbewerbswidrige Verhalten seines Dienstleisters vernünftigerweise vorhersehen konnte und bereit war, die damit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen.

Insbesondere die dritte Ausnahme – Vorhersehbarkeit und Bereitschaft zur Risikoübernahme – birgt wegen ihrer offenen Formulierung erhebliche Risiken. Unternehmen sollten Dienstleister deshalb von vorneherein in ihre Compliance-Strukturen einbinden. Die Überwachung sollte umso engmaschiger sein, je enger der Dienstleister mit dem Unternehmen verbunden ist (z. B. bei Scheinselbstständigkeit) und je kartellrechtlich kritischer seine Aufgaben sind (z. B. bei öffentlichen Ausschreibungen wie im Fall „VM Remonts“). Lesen Sie hierzu auch unseren [Newsletter Kartellrecht Juli 2016](#) zur Bußgeldhaftung für von einem IT-Dienstleister eingeführte Rabattbeschränkungen.

Bundesregierung beschließt GWB-Novelle

Die Bundesregierung hat am 28. September 2016 den Entwurf für die neunte GWB-Novelle beschlossen. Der Entwurf entspricht überwiegend dem Referentenentwurf, den wir Ihnen im [Sonder-Newsletter zur 9. GWB-Novelle](#) detailliert vorstellen. Unverändert bleiben etwa die meisten Neuregelungen zum Kartellschadensersatz und die Erleichterung von verlagswirtschaftlichen Kooperationen. Geändert haben sich dagegen:

- Nachfragemacht: Das Verbot des Verkaufs von Lebensmittel unter Einstandspreis gilt dauerhaft fort; es wäre sonst 2017 ausgelaufen. Zugleich wird der Begriff des Einstandspreises gesetzlich definiert, um klarzustellen, wie Rabatte angerechnet werden. Weitere Neuerung: Bei der Bewertung, ob von einem unterlegenen Lieferanten missbräuchlich Vorteile gefordert werden, wird verstärkt berücksichtigt, ob „die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.“
- Rundfunkfusionen: Kleinere Fusionen von Hörfunk- und Fernsehunternehmen werden erleichtert, weil für die Anmeldepflichten künftig (wie bei Printmedien) ein Umsatzmultiplikator von acht gilt (statt bisher 20).
- Neue Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle: Sie setzt nunmehr einen Transaktionswert von mehr als EUR 400 Mio. (statt

EUR 350 Mio.) voraus. Bei mehr als zwei beteiligten Unternehmen muss außerdem gerade das zu erwerbende Unternehmen im Inland tätig sein und das nicht nur überhaupt oder voraussichtlich, sondern „in erheblichem Umfang“.

- **Marktmacht:** Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens werden u. a. Netzwerkeffekte, der Zugang zu Daten und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck nicht mehr ausschließlich, sondern nur noch „insbesondere“ bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken herangezogen.
- **Energiewirtschaft:** Die besonderen Marktmissbrauchsregeln werden bis 2022 verlängert.
- **Verbandsklagen:** Verbände können neben Unterlassungs- auch Beseitigungsansprüche einklagen.

OLG Düsseldorf verhindert Tengelmann-Übernahme durch EDEKA – zumindest vorerst

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat auf Anträge von Rewe und Markant hin die Übernahme von Tengelmann durch EDEKA bis auf Weiteres im Eilverfahren gestoppt. Das Gericht begründete seinen Beschluss mit ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der von Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel erteilten Ministererlaubnis für die Übernahme. So habe der Bundeswirtschaftsminister ein geheimes Sechs-Augen-Gespräch mit EDEKA und Tengelmann geführt, was bei den anderen Verfahrensbeteiligten den Eindruck einer Befangenheit des Ministers hervorrufen musste. Zudem habe die Ministererlaubnis zu Unrecht den Erhalt von Arbeitnehmerrechten bei Tengelmann als einen Gemeinwohlbelang berücksichtigt. Schließlich habe der Minister auch nicht alle Folgen seiner Erlaubnis für die Arbeitsmarktlage bedacht, eine unzulässige Verhaltenskontrolle von EDEKA vorgesehen und unwirksame Nebenbestimmungen getroffen.

Nach dieser deutlichen Kritik des Gerichts am Zustandekommen der Ministererlaubnis rückt eine Umsetzung des Übernahmehabens in weite Ferne. EDEKA, Tengelmann und das Bundeswirtschaftsministerium gehen gegen den Beschluss mit Nichtzulassungs- und Rechtsbeschwerden zum Bundesgerichtshof vor. Der Bundesgerichtshof hat seine Entscheidung für den 15. November 2016 angekündigt. Außerdem steht das Hauptsacheverfahren noch aus: In diesem könnte das Düsseldorfer Gericht nach Aufklärung des Sachverhalts zu einer anderen Entscheidung gelangen. Diese rechtliche Situation könnte ob der wirtschaftlichen Situation von Tengelmann jedoch bereits überholt sein, wenn Sie diesen Newsletter lesen.

Erste Ergebnisse der Sektoruntersuchung E-Commerce

Die Europäische Kommission hat einen Zwischenbericht zu ihrer Sektoruntersuchung E-Commerce veröffentlicht. Zu deren Hintergründen lesen Sie den Artikel von *Christoph Heinrich* in unserem [Newsletter Kartellrecht Juli 2015](#). Laut dem Zwischenbericht der Kommission sind beim Vertrieb von Verbrauchsgütern europaweit selektive Vertriebssysteme und herstellereigene Online-Shops auf dem Vormarsch, insbesondere bei Luxusgütern wie Kosmetika. Wenig überraschend setzen viele Hersteller auch Preisempfehlungen als Teil ihrer Preispolitik ein. Insgesamt stärke der Online-Handel den Preiswettbewerb aber, so die Kommission. Auch erkennt die Kommission das Trittbrettfahrerproblem an, wenn sich Kunden beim Fachhändler vor Ort beraten lassen, aber anschließend im Internet bestellen. Laut Kommission zeigen ihre bisherigen Ermittlungsergebnisse Geschäftspraktiken auf, „die möglicherweise Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Beden-

ken geben.“ Aus unserer Sicht sind konkrete Ermittlungen gegen Hersteller und Händler vor allem bei Doppelpreissystemen und Beschränkungen grenzüberschreitender Verkäufe zu erwarten. Unternehmen sollten ihre Vertriebssysteme proaktiv auf diese und weitere Beschränkungen (z. B. Nutzungsverbote für Online-Marktplätze und Preisvergleichsseiten) hin prüfen. Außerdem können interessierte Unternehmen der [Kommission](#) ihre Stellungnahmen zum Zwischenbericht bis zum 18. November 2016 übermitteln. Gemessen an der Zahl der von der Kommission erhaltenen Antworten interessieren sich deutsche Händler besonders stark für die Sektoruntersuchung.

Rabattsysteme unter Druck – Bundeskartellamt erreicht Änderungen bei LEGO

LEGO hat infolge von Ermittlungen des Bundeskartellamts zugesagt, dass Händler künftig im Internetvertrieb die gleiche Rabatthöhe erreichen können wie im stationären Vertrieb. Das Bundeskartellamt hatte zuvor unter anderem das von LEGO und vielen anderen Markenherstellern verwendete Rabattkriterium der Regalmeterzahl als Benachteiligung von Internethändlern beanstandet. Bereits im Januar 2016 hatte das Bundeskartellamt gegen LEGO ein Bußgeld wegen vertikaler Preisbindung verhängt: LEGO hatte Händlern, die Preisempfehlungen ignorierten, mit geringeren Liefermengen oder Lieferstopps gedroht und teils geringere Einkaufsrabatte gewährt. Damit bekommt LEGO dieses Jahr die harte Linie des Bundeskartellamts bei Vertriebsbeschränkungen voll zu spüren. Das Beispiel LEGO zeigt, wie wichtig die vertriebskartellrechtliche Compliance inzwischen für Markenhersteller ist, insbesondere bei den Themen Preispflege, Internetvertrieb und Rabattsysteme.

Erhebliche Bußgeldermäßigung dank Kooperation auch bei Marktmachtmissbrauch

Die Europäische Kommission hat gegen Altstoff Recycling Austria eine Geldbuße von EUR 6 Mio. verhängt, weil das Unternehmen Wettbewerber den Zugang zum österreichischen Markt für die Entsorgung von Haushaltsabfällen versperrt hatte. Dabei gewährte die Kommission einen Bußgeldabschlag von 30 Prozent, um das Geständnis der Zuwiderhandlung, Verfahrenserleichterungen und strukturelle Abhilfemaßnahmen zu honorieren. Anders als bei klassischen Kartellfällen gibt es in der Missbrauchsaufsicht keine Kronzeugen- oder Vergleichsregelung. Die Kartellbehörde kann aber ihr Ermessen bei der Bußgeldzumessung für eine Bußgeldermäßigung oder gar einen Bußgelderlass nutzen, falls nicht schon Verpflichtungszusagen des Unternehmens genügen. Die Kommission demonstriert mit ihrer Entscheidung erneut, dass sie eine Kooperation auch außerhalb der Kronzeugenregelung honorieren wird.

Bundeskartellamt: Banken-AGB behindern Sofortüberweisungen unzulässig

Die deutschen Bankenverbände verwenden untereinander abgestimmte Allgemeine Geschäftsbedingungen. Danach durften Verbraucher ihre PIN und TAN bislang nicht verwenden, um ihre Internetkäufe mit (für Händler oftmals günstigeren) bankenunabhängigen Zahlungsdiensten zu bezahlen. Diese Beschränkung hat das Bundeskartellamt für rechtswidrig erklärt. Das Bundeskartellamt hat zwar das Interesse der Kreditwirtschaft an einer sicheren Zahlungsabwicklung anerkannt, war jedoch nicht überzeugt, dass die Maßnahme notwendiger Bestandteil eines konsistenten Sicherheitskonzepts ist. Ab 2018 wird die noch in deutsches Recht umzusetzende EU-Richtlinie über Zahlungsdienste die Sicherheitsanforderungen an solche Zahlungsdienste regeln.

Kommission erweitert abermals ihre Vorwürfe gegen Google

Die Europäische Kommission hat Google und Alphabet nun auch im Verfahren wegen angeblicher vertraglicher Beschränkungen zulasten konkurrierender Suchmaschinenwerbung ihre „Anklageschrift“ übersandt (zu jener betreffend Android und mobile Anwendungen siehe unseren [Newsletter Kartellrecht Juli 2016](#)). Zudem hat die Kommission im Verfahren zu Preisvergleichsdiensten ihre Vorwürfe mit zusätzlichen angeblichen Beweismitteln untermauert. Weitere Untersuchungen laufen noch. Abgeschlossen hat die Kommission bislang keines der Verfahren gegen Google und Alphabet.

Bankenmitteilung der Kommission ist gültig

Die 2013 von der Europäischen Kommission verabschiedete Bankenmitteilung stellt Leitlinien für die Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen zugunsten von Banken während Finanzkrisen auf. Sie bewirkt eine Selbstbindung der Kommission: Wenn ein Mitgliedstaat die Kriterien der Bankenmitteilung einhält, muss die Kommission die Beihilfe genehmigen. Hält ein Mitgliedstaat die Kriterien dagegen nicht ein, so kann der Mitgliedstaat zwar außergewöhnliche Umstände vortragen, riskiert aber, dass die Kommission die Beihilfe nicht genehmigt. Der Europäische Gerichtshof hat die Rechtmäßigkeit der Bankenmitteilung aus Anlass mehrerer slowenischer Bankenrekapitalisierungen bestätigt. Insbesondere darf die Kommission die Genehmigung einer Beihilfe nach der Bankenmitteilung daran knüpfen, dass sich die Anteilseigner und nachrangigen Gläubiger an den Lasten der Bankenrettung beteiligen. Auch dürfen in diesem besonderen Kontext Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen ohne einen Hauptversammlungsbeschluss vorgenommen werden.

EuG: Deutschland muss Finanzhilfen für Ruhegehälter von Postbeamten nicht zurückfordern

Die Europäische Kommission hatte 2012 die staatliche Mitfinanzierung für Ruhegehälter von Beamten der vormaligen Deutschen Bundespost als staatliche Beihilfen eingestuft und deren Rückforderung angeordnet. Das Gericht der Europäischen Union hat den Kommissionsbeschluss nun auf die Klage Deutschlands hin aufgehoben: Die Kommission habe versäumt nachzuweisen, dass die staatlichen Zahlungen die Deutsche Post tatsächlich gegenüber ihren Wettbewerbern wirtschaftlich bevorteilen: Die mit dem Beamtenstatus verbundenen Kosten gehörten nämlich nicht zu den üblichen Kosten eines Unternehmens. Die Deutsche Post habe deswegen einen wettbewerblichen Nachteil. Die Kommission habe nicht nachgewiesen, dass die Bundesrepublik diesen überkompensiert.

Deutschland wehrt sich gegen den EEG-Beschluss des EuG

Die Bundesregierung hat Rechtsmittel eingelegt gegen den Beschluss des Gerichts der Europäischen Union, mit dem dieses das EEG in der Fassung von 2012 als staatliche Beihilfe eingestuft hat (siehe unseren [Newsletter Kartellrecht Juli 2016](#)).



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

II. Aktuelles

LKW-Kartell: Rekordgeldbußen verhängt, Schadensersatzwelle rollt an

Die Europäische Kommission hat Rekordgeldbußen von EUR 2,93 Mrd. gegen Mitglieder des LKW-Kartells bestehend aus MAN, Daimler, Iveco, DAF und Volvo/Renault verhängt. Ohne Kronzeugen- und Vergleichsboni wären es sogar EUR 5,49 Mrd. gewesen. MAN wurde die Geldbuße erlassen, da es die Absprachen, an denen es selbst beteiligt war, gegenüber der Kartellbehörde aufgedeckt hatte. Das Verfahren gegen Scania dauert noch an.

Nun formieren sich die Reihen der durch das LKW-Kartell Geschädigten. Ihre Zahl ist groß. Vor allem jene, die zwischen 1997 und 2011 mittelschwere oder schwere LKW gekauft oder geleast oder Speditions- und Logistikdienstleistungen in Anspruch genommen haben, können durch überhöhte Preise des LKW-Kartells einen Schaden erlitten haben.

Rekordgeldbußen

Das Gesamtbußgeld von EUR 2,93 Mrd. ist mit Abstand das höchste, das von der Europäischen Kommission je gegen ein Kartell verhängt wurde. Auch die Einzelgeldbuße gegen Daimler von EUR 1 Mrd. ist die bislang höchste ihrer Art. Es waren vor allem die hohen tatbezogenen Umsätze der kartellbeteiligten LKW-Hersteller, die 14-jährige Kartelldauer und die wirtschaftliche Bedeutung der Branche für den Binnenmarkt, die die Kartellbehörde dazu bewegen haben, mit der Verhängung von „Rekordgeldbußen“ ein deutliches „Ausrufezeichen“ zu setzen.

Zu den Eckdaten des Kartells: Es dauerte von 1997 bis 2011. Kartellbetroffen sind mittelschwere (6-16 Tonnen) und schwere (> 16 Tonnen) LKW. Abgesprochen wurden Bruttolistenpreise, die Weitergabe von Kosten für neue Emissionssenkungstechniken und der Zeitplan ihrer Einführung. Mit Ausnahme von Scania haben alle beteiligten LKW-Hersteller – einschließlich MAN – den Kartellverstoß eingestanden und die gegen sie (nicht aber gegen MAN) verhängten Geldbußen akzeptiert.

Koordinierung der Bruttopreislisten

Auch Absprachen über die Anhebung der Bruttolistenpreise werden von den Kartellbehörden als schwerwiegende Kartellverstöße qualifiziert. Dies gilt selbst dann, wenn der Bruttopreis erst nach einer Anpassung an regionale Besonderheiten und erst nach Gewährung eines individuellen Rabatts zum tatsächlichen Marktpreis wird. Denn durch Bruttopreisabsprachen wird das Ausgangsniveau für die Bestimmung des tatsächlichen Marktpreises einvernehmlich angehoben.

Zeitplan für Einführung von Emissionssenkungstechnik

Absprachen über den Zeitplan für die Einführung neuer Technologien tangieren den technologischen Fortschritt. Sie stehen überdies im Widerspruch zur europäischen Strategie einer Förderung emissionsarmer Mobilität.

Weitergabe der Kosten für Emissionssenkungstechnik

Absprachen über die Weitergabe von Kosten zählen zu den klassischen Preisabsprachen.

Hybrides Bußgeldverfahren

Die Mehrheit der betroffenen LKW-Hersteller nutzte ein Settlement, um im Wege der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung eine Begrenzung der Vorwürfe und der Geldbußen zu erreichen. Das Verfahren wurde hybrid, als sich der LKW-Hersteller Scania nicht an diesen Settlementgesprächen beteiligte, sondern sich weiter gegen die Vorwürfe und deren rechtliche Bewertung verteidigte. Durch eine Verfahrensbeendigung im Wege des Settlements soll der Aufwand für die Kartellbehörden reduziert werden. Dies gelingt nur teilweise, wenn sich nicht alle Kartellanten am Settlement beteiligen. Dennoch lassen sich die Kartellbehörden auch auf solche hybriden Verfahren ein, da sie faktisch das „Risiko“ reduzieren, dass die kartellbehördliche Bußgeldentscheidung von den am Settlement beteiligten Unternehmen vor Gericht angefochten wird.

Auffallend ist zudem, dass sich die Europäische Kommission – soweit ersichtlich erstmals – noch nach Zustellung der Beschwerdepunkte auf Settlementgespräche eingelassen hat. Sollte dieses Vorgehen nicht nur den Umständen des Einzelfalls geschuldet gewesen sein, eröffnet sich für verfahrensbetroffene Unternehmen hierdurch eine Option, erst nach Kenntnis der genauen Kartellvorwürfe und nach Einsichtnahme in die Verfahrensakte in Gespräche mit der Europäischen Kommission über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung einzutreten. Ist man nicht erster Kronzeuge, kann eine solche Option angesichts drohender Kartellschadensersatzansprüche wertvoll sein.

Kartellschadensersatz

Nach (weitgehendem) Abschluss des kartellbehördlichen Bußgeldverfahrens formieren sich nun die Fronten der potentiell geschädigten Abnehmer. Werden die Bußgeldbescheide bestandskräftig, können sich Geschädigte auf die in ihnen enthaltene Feststellung des Kartellverstoßes berufen, die für die Zivilgerichte bindend ist. Den Kartellschaden wird man belastbar erst dann beurteilen können, wenn Einzelheiten über die Wirkungsweise des LKW-Kartells im Wege der Akteneinsicht bei der Europäischen Kommission bekannt werden. Generell schätzen Wettbewerbsökonomern, dass Abnehmer bei erfolgreichen Kartellabsprachen einen durchschnittlich um 10 bis 20 Prozent überhöhten Preis zahlen.

Die Schadensersatzforderungen gegen das LKW-Kartell werden in Deutschland auch durch die Neuregelungen der 9. GWB-Novelle bestimmt, deren Regierungsentwurf seit Kurzem vorliegt (lesen Sie dazu die Kurzmeldung und unseren [Sonder-Newsletter zum Referententwurf für die 9. GWB-Novelle](#)). Sie setzt die EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie um, soll Anfang 2017 in Kraft treten und bezweckt eine erleichterte Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen insbesondere durch folgende Regelungen:

Schadensvermutung

Dem Gesetz wird eine Vermutung hinzugefügt, dass durch Kartellabsprachen ein Schaden entstanden ist. Es obliegt sodann den Kartellanten, hier den LKW-Herstellern, diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen.

Gesamtschuldnerische Haftung

Für Kartellschäden haften alle kartellbeteiligten LKW-Hersteller gesamtschuldnerisch. Das heißt, Geschädigte können sich darauf beschränken, einen finanzstarken LKW-Hersteller auf Ausgleich ihres gesamten Schadens in Anspruch zu nehmen, und dies unabhängig davon, ob sie alle oder nur einen Teil ihrer LKW bei ihm gekauft haben. Dies gilt (zukünftig nachrangig) auch für den Kronzeugen MAN.

Verzinsung

Geldschulden aus Kartellschadensersatzansprüchen sind nicht erst ab Rechtshängigkeit der Klage, sondern bereits ab Schadenseintritt zu verzinsen. Aufgrund des weit zurückreichenden Kartellzeitraums dürften sich damit die Ausgleichsansprüche für Schäden früher Kartelljahre deutlich erhöhen.

Verjährung

Die Verjährungsfristen werden durch die 9. GWB-Novelle verlängert. Der Regierungsentwurf regelt, dass die neuen Verjährungsfristen für alle Schadensersatzansprüche gelten, die bei Inkrafttreten der Novelle noch nicht verjährt sind. Allerdings bestimmen sich sowohl der Beginn als auch die Hemmung weiterhin nach altem Recht. Deshalb ist ein zügiges Handeln geboten. Eine Verjährung – soweit nicht bereits eingetreten – droht insbesondere für jene Ansprüche, die die frühen Kartellzeiträume von 1997 bis 2002 betreffen. Bislang war die Verjährung durch das laufende Bußgeldverfahren gehemmt. Sechs Monate nach Verfahrensabschluss endet diese Verjährungshemmung.

Herausgabe von Beweismitteln

Durch die 9. GWB-Novelle soll es geschädigten Abnehmern erleichtert werden, von den Kartellanten Auskunft und die Herausgabe von Beweismitteln zu verlangen, deren es zur effektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen bedarf.

Senkung des Kostenrisikos

Das Kostenrisiko von Kartellschadensersatzklägern wird durch eine Deckelung der Kosten von Nebeninterventionen begrenzt.



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

Kartellverstoß beendet? Oder doch nicht?

Die „Zustellung einer kartellbehördlichen, sofort vollziehbaren Abstellungsverfügung [lässt] für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen.“ Dieser Leitsatz des BGH und seine Begründung im Urteil Lottoblock II vom 12. Juli 2016 enthalten kartellrechtlichen Zündstoff. Der BGH stellt eine weitreichende Kausalitätsvermutung auf. Damit einher geht eine Beweislastumkehr. Explosiv sind aber vor allem die Anforderungen, die der BGH an eine Beendigung von Kartellverstößen stellt.

Sachverhalt

Eine staatliche Lottogesellschaft verweigerte die Zusammenarbeit mit einer gewerblichen Spielvermittlerin. Dieser Weigerung war im April 2005 ein Beschluss des Deutschen Lotto- und Totoblocks vorausgegangen. Er forderte die Lottogesellschaften auf, Umsätze nicht anzunehmen, die durch den Vertrieb gewerblicher Spielvermittler erzielt wurden. Im August 2006 untersagte das Bundeskartellamt den Lottogesellschaften die Umsetzung dieses Beschlusses mit sofort vollziehbarer Abstellungsverfügung. Daraufhin bewertete die beklagte Lottogesellschaft autonom die Möglichkeit einer Zusammenarbeit mit der Spielvermittlerin neu. Sie kam hierbei zum Ergebnis,

dass eine solche Kooperation kaufmännisch unvernünftig wäre. Eine Zusammenarbeit kam deshalb nicht zustande. Die Spielevermittlerin klagte daraufhin auf Kartellschadensersatz für den Zeitraum nach Zustellung der kartellbehördlichen Abstellungsverfügung. Das Landgericht Dortmund wies die Klage ab; das Oberlandesgericht Düsseldorf als Berufungsgericht sprach Kartellschadensersatz zu.

Entscheidung

Der BGH hob das Berufungsurteil auf. Er verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück. Unternehmen koordinierten ihr Marktverhalten, so der BGH, weil sie sich wirtschaftliche Vorteile versprechen, wenn sie den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb verringern. Sie hätten regelmäßig keinen Anlass, von einer solchen Verhaltenskoordination abzuweichen. Solange die für die Abstimmung wesentlichen ökonomischen Rahmenbedingungen fortdauernden und kein Unternehmen erkennbar aus ihr ausbreche, sei deshalb zu vermuten, dass sich die Beteiligten auf dem Markt weiterhin so verhalten, wie sie es untereinander abgestimmt haben (Kausalitätsvermutung).

Die bloße interne Distanzierung von der Verhaltenskoordination genügt nach Ansicht des BGH nicht, um diese Kausalitätsvermutung zu widerlegen und damit den Kartellverstoß zu beenden. Die Kausalitätsvermutung wird auch nicht widerlegt, wenn ein beteiligtes Unternehmen autonom entscheidet, dass sich ein von der früheren Verhaltenskoordination abweichendes Marktverhalten wirtschaftlich nicht lohnt. Das allein zeigt nicht, so der BGH, dass das unverändert fortgesetzte Marktverhalten ausschließlich auf der autonomen Entscheidung und nicht mehr auf der Verhaltenskoordination beruht.

Auch die Zustellung einer kartellbehördlichen Abstellungsverfügung genügt nach Ansicht des BGH nicht, um die Vermutung abstimmungsbedingten Marktverhaltens entfallen zu lassen. Dies gelte jedenfalls bei punktuellen Kartellrechtsverstößen. Hierbei handelt es sich um einmalige Verhaltensabstimmungen, deren Auswirkungen jedoch potentiell zeitlich unbeschränkt sind. In solchen Fällen könne die Abstellungsverfügung für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen lassen. Andernfalls würde vernachlässigt, dass die Beteiligten sich schlicht weiter an die einmal getroffene Abstimmung halten könnten, ohne erneut aktiv kartellrechtswidrig handeln zu müssen. Es liege deshalb nahe, dass die Teilnehmer einer punktuellen Abstimmung auch nach Zustellung der Untersagungsverfügung unverändert an ihrem abgestimmten Verhalten festhalten. Um die Kausalitätsvermutung in diesen Fällen zu widerlegen, muss sich ein Unternehmen deshalb nach Ansicht des BGH offen und eindeutig von der Abstimmung distanzieren, so dass den anderen Teilnehmern bewusst wird, dass es sich nicht mehr daran hält.

Bewertung

Der BGH stellt hohe Anforderungen an die Beendigung eines Kartellverstoßes. Er bürdet den betroffenen Unternehmen eine schwere Last auf – nämlich darzulegen, dass ihr Marktverhalten nicht (mehr) auf der Verhaltensabstimmung, sondern auf einer autonomen unternehmerischen Entscheidung beruht. Die Zahl der hierfür zur Verfügung stehenden Mittel ist begrenzt.

Bei punktuellen Kartellrechtsverstößen kann sich das betroffene Unternehmen nicht darauf verlassen, dass die kartellbehördliche Abstellungsverfügung eine hinreichende Zäsur bewirkt, um die Kausalitätsvermutung zu widerlegen. Bereits dies überzeugt nicht. Denn der BGH weist zugleich zutreffend darauf hin, dass sich ein grundsätzlich rechtstreuer Adressat erfahrungsgemäß an eine sofort vollziehbare kartellbehördliche Untersagungsverfügung hält. Dann aber ist für die gegenläufige Vermutung eines fortgesetzt abstimmungsbedingten Marktverhaltens kein Raum mehr.

Wenig überzeugend erscheint es auch, die Kausalitätsvermutung nur dann als widerlegt anzusehen, wenn für die anderen Kartellanten erkennbar ist, dass das Marktverhalten eines beteiligten Unternehmens nicht mehr auf der Verhaltenskoordination, sondern auf einer autonomen Entscheidung beruht. Denn Kausalität besteht unabhängig von Erkennbarkeit.

Folgt man dem BGH, bleibt einem Unternehmen zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung keine andere Möglichkeit, als sich offen und eindeutig von der Abstimmung zu distanzieren, sodass den anderen Teilnehmern bewusst wird, dass es sich nicht mehr daran hält. Damit verlangt der BGH mehr, als das Kartellverbot voraussetzt. Dessen Tatbestand ist bereits dann nicht (mehr) erfüllt, wenn das Marktverhalten nicht (mehr) auf der Verhaltensabstimmung, sondern auf einer autonomen unternehmerischen Entscheidung beruht. Dennoch fordert der BGH mit dem Gebot offener Distanzierung eine weitere Maßnahme, die zusätzlich die ursprüngliche Verhaltensabstimmung als solche aufhebt. Mit Kausalität hat dies nichts mehr zu tun. Zumal man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass auch ein offenes und eindeutiges Distanzieren von den Kartellbehörden eher skeptisch beurteilt wird, solange sich das Marktverhalten des an der ursprünglichen Verhaltensabstimmung beteiligten Unternehmens nicht ändert.

Praxishinweis

Wenn möglich, ändern Sie das Marktverhalten Ihres Unternehmens, sodass es von der ursprünglichen kartellrechtswidrigen Verhaltensabstimmung abweicht. Ist eine solche Verhaltensänderung nicht möglich (da der Inhalt der Verhaltensabstimmung dem einzigen kaufmännisch vernünftigen Marktverhalten entspricht), ist Ihr Unternehmen nach der Entscheidungspraxis des BGH gehalten, sich offen und eindeutig von der ursprünglichen Verhaltensabstimmung zu distanzieren. Wägen Sie vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung jedoch vorab sorgfältig ab, welche Reaktionen eine solche Distanzierung bei den anderen Beteiligten auslöst. Sinnvoll ist auch, zusätzlich nachvollziehbar zu dokumentieren, warum das unverändert fortgesetzte Marktverhalten Ihres Unternehmens nicht (mehr) auf der Verhaltensabstimmung, sondern auf autonomen unternehmerischen Erwägungen beruht.



Uwe Wellmann, LL.B. DLS (London),
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Gewerblichen Rechtsschutz,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin

Der Fall Apple – kurz erklärt

Die Europäische Kommission hat am 30. August 2016 entschieden, dass irische Steuervorbescheide Apple milliardenschwere Steuervergünstigungen gewährt haben, indem sie eine Übertragung der meisten Gewinne von Apple Sales International und Apple Operations Europe auf einen „nur auf dem Papier bestehenden“ Verwaltungssitz billigten. Die Kommission stufte diese Vorteile als rechtswidrige staatliche Beihilfe ein und ordnete die Nachforderung der bislang nicht entrichteten Steuern an. Das sind die Hintergründe:

Was ist eine staatliche Beihilfe?

Beihilfen sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Begünstigungen „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“. Diese sind verboten, wenn sie den zwischenstaatlichen Wettbewerb verfälschen (können). Auch eine unbeabsichtigte Begünstigung

tigung fällt unter das Beihilfeverbot. Die Regeln über staatliche Beihilfen sind eine europäische Besonderheit, um den freien Wettbewerb im Binnenmarkt der Europäischen Union vor staatlichen Verzerrungen zu schützen. Sie gelten bereits seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Bedeutsam sind sie unter anderem für Unternehmen, die mit dem Staat Geschäfte machen, etwa bei einer Bürgschaft durch ein Bundesland oder der Überlassung eines Grundstücks durch eine Gemeinde. Staatliche Beihilfen müssen grundsätzlich bei der Kommission angemeldet werden und werden von dieser kontrolliert. Konkurrenten oder sonst belastete Unternehmen können einen Verstoß gegen das Beihilfenrecht bei der Kommission oder vor den nationalen Gerichten geltend machen.

Wie kommt es dazu, dass Apple nun ganze 13 Milliarden Euro plus Zinsen zahlen soll?

Die Kommission ist verpflichtet, vom jeweiligen Mitgliedstaat zu verlangen, dass dieser eine unrechtmäßige Beihilfe von dem oder den begünstigten Unternehmen zurückfordert. Es handelt sich also nicht um eine Strafe. Die Forderungshöhe drückt kein Werturteil aus. Sie lässt sich daher insoweit nicht mit Bußgeldern, z. B. wegen Kartellen oder Marktmanipulationen, vergleichen – selbst wenn die Rückforderung einer Beihilfe für das oder die betroffenen Unternehmen ähnlich einschneidende finanzielle Folgen hat. Die schier astronomische Höhe im Fall Apple ergibt sich aus der langen Dauer der Begünstigung von zwölf Jahren, den sehr hohen Gewinnen der Apple-Tochtergesellschaften und der sehr hohen Differenz zwischen dem eigentlich fälligen Körperschaftsteuersatz und dem tatsächlich von Apple gezahlten – zwischenzeitlich angeblich nur 0,005 Prozent.

Wie geht es im Fall Apple weiter?

Die Kommissionsentscheidung ist noch nicht bestandskräftig. Sowohl Apple als auch Irland wollen die Entscheidung vom Europäischen Gericht überprüfen lassen. Es ist zu erwarten, dass dessen Urteil wiederum angefochten wird und der Fall letztlich beim Europäischen Gerichtshof landet. Die Nichtigkeitsklagen hätten keine aufchiebende Wirkung. Allenfalls bei drohenden irreparablen Schäden könnte die Rückforderung der nicht entrichteten Steuern auf Antrag hin ausgesetzt werden.

Welcher rechtliche Maßstab ist entscheidend?

Maßgeblich ist das komplexe Tatbestandsmerkmal der selektiven Begünstigung. Die Entscheidung der Kommission richtet sich nämlich nicht gegen den niedrigen Steuersatz von Apple als solchen. Ein solcher Steuersatz wird vielmehr erst dann zur Beihilfe, wenn er nicht jedem Unternehmen rechtlich und tatsächlich offensteht, sondern von vorneherein nur eine „privilegierte Gruppe“ (so der EuGH im Gibraltar-Urteil) von diesem Steuersatz profitieren kann. Im Verfahren vor dem Europäischen Gericht wird es daher insbesondere darum gehen, inwieweit andere Unternehmen in Irland Zugang zu Steuervorbescheiden und vergleichbaren Vergünstigungen hatten wie Apple. Ferner wird es darum gehen, ob schon die Abweichung von einem steuerlichen Referenzsystem bzw. von einer „normalen“ Anwendung des allgemeinen Steuersystems ausreicht, um eine selektive Begünstigung anzunehmen.

Sind Steuern nicht Sache der einzelnen Staaten?

Die Steuerhoheit steht tatsächlich weitgehend den Mitgliedstaaten und nicht der Europäischen Union zu. Es gibt aber weitreichende Ausnahmen: Beispielsweise sind die Verbrauchssteuern europarechtlich

harmonisiert. Auch dürfen Mitgliedstaaten für Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine höheren Abgaben verlangen als für inländische Waren. Und auch das Europäische Beihilfenrecht begrenzt die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten. Für das Beihilfenverbot kommt es nämlich nicht darauf an, wie Unternehmen Vorteile erhalten; ob also beispielsweise mittels einer direkten Zuwendung, ermäßigter Sozialabgaben oder eben ermäßigter Steuern.

Bislang hat die Kommission in 59 Verfahren steuerliche Maßnahmen als rechtswidrige staatliche Beihilfe eingeordnet und deren Rückforderung angeordnet – anscheinend weitgehend unbemerkt von großen Teilen der Öffentlichkeit. Zu den prominenteren Fällen zählen etwa Steuerausnahmen für Offshore-Unternehmen in Gibraltar (Großbritannien), regionale Steuervergünstigungen (Spanien), Einkommensteuersenkungen auf den Azoren (Portugal) oder Steuergutschriften zugunsten staatseigener Werften (Spanien). In Deutschland profitierte zum Beispiel Salzgitter entgegen der Beihilfenvorschriften des EGKS-Vertrags von günstigeren Abschreibungsbedingungen in Zonenrandgebieten.

Verfahren wegen Steuerbeihilfen sind also nicht neu. Sie sind aber jüngst auf der Agenda der Kommission deutlich nach vorne gerückt. Dass diese das Wettbewerbsrecht genau dort anwendet, wo eine gesetzliche Harmonisierung auf europäischer Ebene bislang nicht gelungen ist, ist kein Unikum. Zuletzt war das häufig beim Immaterialgüterrecht zu beobachten, etwa beim laufenden förmlichen Kartellverfahren zu Gebietsbeschränkungen in Lizenzverträgen von Hollywood-Filmstudios. Verfahren wegen Steuerbeihilfen richten sich auch nicht primär gegen US-amerikanische Unternehmen, sondern es sind – wie die Beispiele zeigen – meist europäische Unternehmen betroffen.

Welche Untersuchungen wegen angeblicher Steuerbeihilfen laufen derzeit?

Noch keine Entscheidungen sind in den Verfahren zur steuerlichen Behandlung von McDonald's und Amazon in Luxemburg ergangen. Am 19. September 2016 hat die Kommission zudem weitere Untersuchungen eingeleitet: Engie (ehemals GDF Suez) könnte von Luxemburg aufgrund mehrerer Steuervorbescheide ungerechtfertigte Vorteile bei der Besteuerung von unternehmensinternen Finanztransaktionen erhalten haben. Die neue polnische Einzelhandelssteuer mit einer umsatzabhängigen Steuerprogression könnte außerdem Unternehmen mit niedrigen Umsätzen einen selektiven Vorteil verschaffen. Die Kommission hatte bereits im Juli für zwei ungarische Maßnahmen mit progressiven umsatzabhängigen Abgabensätzen entschieden, dass sie gegen EU-Beihilfenrecht verstoßen. Abgeschlossen sind auch die Kommissionsverfahren betreffend Fiat in Luxemburg, Starbucks in den Niederlanden und die Regelung zur Befreiung von Mehrgewinnen in Belgien. Lesen Sie zu diesen Entscheidungen unseren [Newsletter Kartellrecht Februar 2016](#); gegen alle wurden Rechtsmittel eingelegt. Es gibt übrigens auch steuerliche Maßnahmen, die von der Kommission genehmigt werden, so etwa kürzlich die belgische Einkommensteuerregelung für den Diamantengroßhandel.



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

State Aid to Football Clubs: Game Over

Professional football is a business worth billions of euros. Football clubs earn money by selling TV broadcasting rights and tickets as well as through marketing, merchandising, sponsorship, transfer of players, etc. For years the linkage between public authorities and professional sports has been very strong, often including financial advantages in the form of State aid. As professional football clubs derive their revenues and participate in acquiring football players throughout the EU, State aid is liable to affect intra-EU trade. However, until 2013, it seemed that the European Commission was unwilling to apply the EU State aid rules not only to professional football, but to sports in general. This changed abruptly in July 2016 when the Commission concluded numerous in-depth investigations regarding unlawful State aid to professional football clubs in Spain and the Netherlands.

The Real Madrid Case

The first indication of a trend reversal came in 2011 when Spanish citizens lodged complaints against Real Madrid, challenging a land transfer settlement agreement as providing illegal State aid to the football club. In 1996, Real Madrid and the Madrid City Council entered into a land swap agreement. The Madrid City Council agreed to transfer certain publicly owned plots of land in exchange for the plot of land Real Madrid owned. In 1998, the Madrid City Council concluded a contract for a transfer of several plots of land to Real Madrid to implement the previous land swap agreement. However, the Madrid City Council could not legally transfer one plot of land which, in 1998, was allegedly worth EUR 0.6 million. Given its failure to comply with its contractual obligation to transfer that plot, the Madrid City Council entered into a settlement agreement with the football club in 2011 and compensated the club for the plot of land it could not transfer now valued at EUR 22.7 million. When the European Commission investigated the land valuations it concluded that they did not reflect the market price. An independent study confirmed that the plot of land was undervalued in 1998 and highly overvalued in 2011. The land was initially valued under the classification for basic sports use by the public. Instead, the correct valuation should have been based on the price a sports infrastructure investor would pay for its commercial exploitation over the next decades, not on a short term sale of infrastructure. This, however, would not lead to such a high increase of the value in 2011. The appropriate value should have been set at EUR 4.3 million.

The Commission then examined whether the Madrid City Council acted according to the "market economy vendor principle". A prudent market economy vendor would carry out its own assessment of the commercial rationale before entering into a settlement agreement. It was established that the Madrid City Council failed to do so. The Commission also determined that the Madrid City Council did not seek legal advice before entering into the initial contract and the settlement agreement. Consequently, the Commission concluded that the Madrid City Council did not act as a "market economy vendor" and therefore overpaid Real Madrid by EUR 18.4 million. Finally, the Commission concluded that Spain used the money of tax payers to finance a professional football club while giving it an unjustified advantage over other EU clubs. Spain must now recover EUR 18.4 million from Real Madrid.

Commission Strikes Badly: Six at One Blow

Apart from Real Madrid, the Commission conducted three separate in-depth investigations regarding six other Spanish professional

football clubs. They concerned the treatment of certain clubs as non-profit organisations for tax purposes and not as limited liability companies – which they in fact were. That way the clubs paid a 5% lower tax rate on their profits. The Commission found out that Spain granted these advantages for more than twenty years, without any objective justification. However, during the course of the investigation Spain changed the legislation, thereby ending the discriminatory treatment. The exact amount to be recovered will be determined by the Spanish authorities.

In addition, the Commission found that Spain granted public guarantees for loans to three clubs which were not in financial difficulties. The clubs were able to obtain the loans on terms more favourable than the market ones, thus benefiting from an economic advantage over other clubs. In that regard, Spain has to recover EUR 30.2 million.

Dutch Kept an Eye on the Aid

Since March 2013 the Commission has also been examining benefits granted to five Dutch football clubs. These comprised the purchase of a stadium and training grounds, lowering the rental fee for the stadium with retroactive effect, and refinancing debt where the creditor acquired an equity position in exchange for the cancellation of the debt. Given that all Dutch football clubs under investigation were in financial difficulties, the Commission applied its Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty. The Commission found that the transactions had been carried out on terms acceptable to a market investor: the football clubs had realistic viability prospects, downsized their payroll and contributed to the costs of their restructuring. Therefore, the Commission concluded that the State aid in question complied with EU law.

Conclusion

State aid is generally prohibited but may be exempted depending on the circumstances. Sport clubs and entities, among them professional football clubs, are neither immune to State aid law nor immediately granted an exemption. The Commission's recent decisions are welcomed as they contribute to a level playing field for professional sports across Europe.

Ida Dojcinovic, LL.M. (College of Europe),
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Brüssel

Veranstaltungshinweise

20.10.2016	Eltern zahlen für ihre Kinder – Konzernhaftung nach der 9. GWB-Novelle (LEGAL DAY, BEITEN BURKHARDT, München)	Dr. Christian Heinichen Christoph Heinrich
11.11.2016	Competition Compliance (ZWW Universität Augsburg)	Dr. Christian Heinichen

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) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

Impressum

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

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
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

Brüssel • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel
Tel.: +32 2 6390000 • Fax: +32 2 7322353
Dietmar O. Reich • 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



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



BEIJING • BERLIN • BRÜSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM