

BEITRÄGE

Christian Horstkotte/Prof. Dr. Eugen Wingenter*

Geeignet zum Selbststudium
mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO)Neueste Entwicklungen
im europäischen KartellrechtDie wesentlichen Entscheidungen im zweiten Halbjahr 2019 und im ersten
Halbjahr 2020 (bis September 2020)

Im Zeitraum von Juli 2019 bis September 2020 gab es zahlreiche Entscheidungen im EU-Kartellrecht, die für die Praxis und Wissenschaft von großer Bedeutung sind. Dazu zählen insbesondere die Verfolgung von Einkaufskartellen und der Schutz des grenzüberschreitenden Handels durch die EU-Kommission,¹ die erste Entscheidung des EuGH zu Pay-for-Delay-Vereinbarungen sowie das Urteil des EuG zu unilateralen Effekten in der Fusionskontrolle. Ferner gab es wichtige Entscheidungen der Kommission und des EuGH zum sog. Gun Jumping. Der Beitrag beleuchtet – im Anschluss an Horstkotte/Wingenter IWRZ 2019, 153 – die wichtigsten Entscheidungen und Verfolgungstrends in den Kernbereichen des EU-Kartellrechts und gibt praktische Hinweise für den Umgang mit den daraus resultierenden kartellrechtlichen Compliance-Risiken.

I. Art. 101 AEUV – Kartellverbot**1. Kartellverfolgung durch die Kommission**

In den Jahren 2019 und 2020 (bis Ende September) ergingen 24 Entscheidungen der Kommission, die zu Bußgeldern gegen Kartellteilnehmer² in der Gesamtsumme von 1,7 Mrd. EUR führten.³

Die bedeutendsten Fälle mit Verstößen gegen Art. 101 AEUV sind im Berichtszeitraum die folgenden:

a) Sanktionen gegen ein Einkäufer-Kartell

Nachdem die Kommission im Jahr 2017 mit der Sanktionierung von Kartellen auf der Einkaufsseite begonnen hatte und gegen Einkäufer von Batterien ein Bußgeld i.H.v. 66 Mio. EUR verhängt hatte⁴, setzte sie die Verfolgung derartiger Einkaufskartelle fort und verhängte Geldbußen in Höhe von 260 Mio. EUR gegen vier Ethylenabnehmer. Ethylen ist eine Chemikalie, die u.a. für die Herstellung von PVC verwendet wird.

Die Unternehmen Westlake (USA), Orbia (Mexiko), Clariant (Schweiz) und Celanese (USA) stimmten von Dezember 2011 bis März 2017 ihre Preisverhandlungsstrategien ab und tauschten preisbezogene Informationen aus, um den branchenspezifischen Preisreferenzwert zu beeinflussen und dadurch niedrigere Einkaufspreise zu erzielen. Obwohl ihr Verhalten eine Preissenkung und nicht, wie in Verkaufskartellen, eine Preiserhöhung zum Ziel hatte, sah die Kommission darin einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Kartellverbot.

Bei der Berechnung der Geldbuße gab es eine Besonderheit. Die Kommission nahm zunächst den Wert der Einkäufe für den relevanten Zeitraum als Basis und erhöhte die Geldbußen dann um 10 %, weil die Einkaufsumsätze durch das Kartell gemindert sein könnten. Alle Unternehmen kooperierten mit der Kommission und konnten dadurch ihr Bußgeld erheblich reduzieren: Westlake um 100 % (190 Mio. EUR), Orbia um 45 %, Clariant um 30 % und Celanese um 20 %. Ferner erhielten alle Unternehmen eine zusätzliche Reduktion um 10 %, weil sie sich mit der Kommission auf ein Settlement einigten.

Der Fall ist von hoher Relevanz für die Compliance-Praxis. Er zeigt eindrucksvoll, dass eine strenge Verfolgung von Einkaufskartellen Teil der aktuellen Agenda der Kommission ist. Sofern nicht bereits geschehen, sollten Unternehmen ihre Compliance-Strategie an diese Entwicklung anpassen und den Einkauf neben dem Vertrieb im Fokus haben.

**b) Unzulässige Einschränkungen
grenzüberschreitenden Handels**

Ein weiterer Fokus der Verfolgungspraxis der Kommission sind unzulässige Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels. Im Berichtszeitraum zeigte die Kommission in drei Fällen, dass dies für sie ein wichtiges Anliegen in der Kartellverfolgung bleibt.

aa) Vorgehen gegen Sanrio

Im Juli 2019 verhängte die Kommission ein Bußgeld von 6,2 Mio. EUR gegen das Unternehmen Sanrio, weil es in unzulässiger Weise seine Lizenznehmer daran gehindert habe, Merchandisingartikel mit Charakteren, für das Sanrio die Vermarktungsrechte besitzt, in anderen EU-Staaten zu vertreiben.

* RA Christian Horstkotte ist Partner bei Baker McKenzie in Düsseldorf. Prof. Dr. Eugen Wingenter, Dipl.-Kfm., ist Professor für Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Dortmund und Associate bei Baker McKenzie. Die Autoren danken Murat Oktay für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

1 Im Folgenden: Kommission.

2 Im Beitrag wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Damit sind ausdrücklich alle Geschlechter gemeint.

3 Kommission, Kartellstatistiken, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (Stand 3.4.2019).

4 Dazu Horstkotte/Wingenter IWRZ 2018, 3.

Sanrio vergibt Lizenzen für die Vermarktungsrechte für Figuren wie „Hello Kitty“ an andere Unternehmen, die damit Merchandising-Produkte herstellen und vertreiben. Die Lizenzen sind nicht ausschließlich; die Lizenznehmer haben keine Exklusivität für ein bestimmtes Territorium. Dennoch verlangte Sanrio, dass seine Vertragspartner nur in bestimmten Gebieten tätig sind. Es ergriff diverse Maßnahmen, damit seine Lizenznehmer weder aktiv noch passiv in andere Gebiete verkauften. Sie waren verpflichtet, Bestellungen außerhalb des Vertragsgebiets an Sanrio weiterzuleiten. Ferner untersagte Sanrio den Online-Verkauf entweder vollständig oder ließ es nur im zugewiesenen Gebiet zu. Schließlich führte Sanrio Audits durch, um die Einhaltung der Beschränkungen zu überprüfen. Bei Verkäufen außerhalb des zugewiesenen Gebiets drohte den Lizenznehmern eine Nichtverlängerung des Lizenzvertrages.

Die Kommission sah im Verhalten von Sanrio eine schwerwiegende Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels. Insbesondere weil Sanrio den Lizenznehmern keine Exklusivität gewährte und passive Verkäufe untersagte, war das Verhalten nicht freigestellt. Allerdings konnte Sanrio das Bußgeld um 40 % mindern, indem es mit der Kommission kooperierte und die Aufklärung des Sachverhalts unterstützte.

bb) Vorgehen gegen NBCUniversal

In einem ähnlichen Fall verhängte die Kommission im Januar 2020 eine Geldbuße von 14,3 Mio. EUR gegen das Unternehmen NBCUniversal. Wie Sanrio vergibt NBCUniversal nicht ausschließliche Lizenzen für die Herstellung und Verkauf von Produkten mit seinem geistigen Eigentum. Dazu gehören insbesondere die Minions und Jurassic World.

Auch NBCUniversal wies seinen Lizenznehmern Vertragsgebiete und Kundengruppen zu, ohne eine Exklusivität zu gewähren oder passive Verkäufe außerhalb der eigenen Gebiete und Kundengruppen zu erlauben. Stattdessen waren die Vertragspartner verpflichtet, die Verkäufe außerhalb des Vertragsgebiets oder der zugewiesenen Kunden an NBCUniversal zu melden und die erzielten Erlöse an NBC Universal abzuführen. Es war ihnen ferner untersagt, an Kunden zu verkaufen, die außerhalb der zugewiesenen Gebiete oder Kundengruppen die Ware weiterverkaufen könnten. Zudem untersagte NBC Universal den Online-Handel entweder vollständig oder außerhalb des zugewiesenen Gebiets.

Wie Sanrio führte NBCUniversal Audits durch, um die Einhaltung der Einschränkungen zu überprüfen und beendete die Zusammenarbeit mit den Lizenznehmern, sofern sie sich nicht an die Vorgaben hielten. NBCUniversal kooperierte mit der Kommission bei der Aufklärung des Sachverhalts und konnte dadurch sein Bußgeld um 30 % reduzieren.

cc) Vorgehen gegen Melia

Das Kartellverfahren gegen die Hotelgruppe Melia verkörpert die jüngste Verfolgungspraxis der Kommission gegen

unzulässige Beschränkungen grenzüberschreitenden Handels. Im Februar 2020 verhängte sie eine Geldbuße in Höhe von 6,7 Mio. EUR, weil Melia wettbewerbsbeschränkende Klauseln in Vereinbarungen mit Reiseveranstaltern aufgenommen hatte, die aktive und passive Verkäufe von Hotelübernachtungen beschränkten.

Insbesondere enthielten die AGB von Melia eine Klausel, mit der der europäische Binnenmarkt künstlich aufgeteilt wurde. Demnach galten die geschlossenen Verträge nur für Reservierungen von Verbrauchern mit Wohnsitz in bestimmten Ländern. Dadurch hinderte Melia die Reiseveranstalter, Hotelunterkünfte frei im gesamten EWR anzubieten. Ferner durften die Reiseveranstalter nicht auf Direktanfragen von Verbrauchern mit Wohnsitz außerhalb der in der Klausel festgelegten Länder eingehen. Dadurch konnten sich die Verbraucher nach Ansicht der Kommission kein Gesamtbild über die verfügbaren Hotelunterkünfte machen. Sie erhielten nur einen Ausschnitt der verfügbaren Angebote. Das habe nach Auffassung der Kommission zu geringerer Angebotsvielfalt und höheren Preisen für die Verbraucher geführt. Auch Melia kooperierte mit der Kommission und erhielt eine Bußgeldreduzierung von 30 %.

dd) Konsequenzen für die Compliance-Praxis

Der Schutz des grenzüberschreitenden Handels ist ein Kernbestandteil der EU-Wettbewerbspolitik. Das bestätigen die aktuellen Entscheidungen, in denen die Kommission die Einschränkungen des grenzüberschreitenden Handels spürbar sanktioniert. Zugleich setzt der grenzüberschreitende Online-Handel Händler und Lizenznehmer massiv unter Preisdruck, den sie dann an Hersteller und Lizenzgeber weitergeben. Es kommt regelmäßig vor, dass Hersteller bzw. Lizenzgeber sich dadurch in der Pflicht sehen, ihre langjährigen Vertragspartner vor „ruinösem Wettbewerb“ zu schützen und zu Mitteln greifen, die über das kartellrechtlich Zulässige hinausgehen. Dadurch entstehen erhebliche kartellrechtliche Risiken.

Die betroffenen Unternehmen sollten in besonderem Maße darauf achten, unter Einbeziehung kartellrechtlicher Expertise eine rechtskonforme Vertriebsstrategie zu entwickeln, um den neuen Herausforderungen durch den grenzüberschreitenden Online-Handel adäquat zu begegnen. Viele Unternehmen haben sich bereits – mit Erfolg – dieser schwierigen Aufgabe gestellt. Außerdem sollten die betroffenen Unternehmen ihre Absatzverträge und weitere Vertriebsmaßnahmen regelmäßig einer kartellrechtlichen Prüfung unterziehen.

2. Europäische Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV

a) Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Im Fall *Budapest Bank*⁵ hat der EuGH grundlegend zur Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

⁵ EuGH Urt. v. 2.4.2020 – C-228/18 – Budapest Bank u.a.; dazu Horstkotte/Jannausch IWRZ 2020, 170 ff.

Stellung genommen. Im Jahr 2009 hatte die ungarische Wettbewerbsbehörde eine Vereinbarung unter ungarischen Banken in Bezug auf Entgelte für Zahlungen mit Visa und MasterCard als eine Preisabsprache und somit als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft. Interbankenentgelte werden üblicherweise bei Kreditkartentransaktionen von der Bank des Händlers an diejenige Bank gezahlt, die die Kreditkarte ausgestellt hat. Der Oberste Gerichtshof Ungarns legte dem EuGH insbesondere die Vorlagefrage vor, ob die in Frage stehende Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

Der EuGH erinnerte an den Ausnahmecharakter einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und an die hohen Anforderungen, die an deren Bejahung zu stellen sind, weil dies zu einer erheblichen Beweislasterleichterung für die Wettbewerbsbehörde führt. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt erst vor, wenn hinreichend belastbare und solide Erfahrungswerte bestehen, dass die Vereinbarung als ihrem Wesen nach schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden kann. Dabei muss eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang festgestellt werden. Insbesondere wettbewerbsfördernde Effekte sind zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall genügte es dem Gericht nicht, dass die Klausel den Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard in Bezug auf einzelne Entgeltbestandteile neutralisiert habe, weil es den Wettbewerb in anderer Hinsicht verstärkt haben könnte.

Für Unternehmen ergeben sich dadurch verbesserte Verteidigungsmittel gegen den Vorwurf einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Werden wettbewerbsfördernde Effekte plausibel vorgetragen, stehen diese der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung entgegen. Gerade neuartige Märkte mit „innovativen“ Klauseln (z.B. Plattformmärkte) dürften davon profitieren. Wegen ihrer komplexen Eigenart bedarf es eingehender Untersuchungen, um die negativen Auswirkungen solcher neuartigen oder atypischen Klauseln kartellrechtlich zu bewerten. Die Wettbewerbsbehörden können dies nicht umgehen, indem sie vorschnell eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung annehmen.

b) Bußgeldbemessung für Gehilfen⁶

Am 10.7.2019 bestätigte der EuGH eine wichtige Entscheidung des EuG in Sachen ICAP. ICAP ist ein Brokerunternehmen aus Großbritannien, das nach den Feststellungen der Kommission und des EuG als Gehilfe von 2007 bis 2010 ein Kartell für Yen-Zinsderivate unterstützt hat. Die entscheidende Frage für den EuGH war, ob die Kommission die Bemessung des Bußgeldes gegen ICAP ausreichend begründet hatte.

Die Besonderheit im Fall von ICAP war, dass es sich um einen Kartellgehilfen handelte. Nach den Leitlinien der Kommission für die Festsetzung von Geldbußen⁷ richtet sich die Bußgeldbemessung nach dem Umsatz, den das Unternehmen im Kartellzeitraum mit den durch das Kartell betroffenen Waren oder Dienstleistungen erzielt hat. Bei Kartellgehilfen greift dieser Ansatz allerdings zu kurz, weil

sie häufig nicht auf dem kartellierten Markt tätig sind. So war es auch im Fall von ICAP, das nicht direkt auf dem Markt für Yen-Derivate tätig war. Die Kommission sah es auch nicht als zielführend an, auf die entsprechenden Brokergebühren, die ICAP erzielte, abzustellen, weil der Markt für Brokerdienstleistungen durch das Kartell nicht betroffen war. Stattdessen gab die Kommission in ihrer Entscheidung eine pauschale Begründung und erklärte, dass die Geldbuße der Schwere, der Dauer und dem Charakter des Kartellrechtsverstößes entspreche. Sie ging nicht im Detail auf die Berechnung der Geldbuße ein und verwies auf die Entscheidung des EuGH in Sachen *AC Treuhand*, in der das Gericht ein solches Vorgehen gebilligt hatte.⁸

Der EuGH hob die Entscheidung auf und verwies auf einen wesentlichen Unterschied zum Fall *AC Treuhand*: Im Kartell für Yen-Zinsderivate gab es mehrere Gehilfen. Folglich bestehe das Risiko, dass die Kommission die Kartellgehilfen ungleich behandle. Um dieses Risiko auszuschließen, müsse die Kommission ihre Bußgeldbemessung im Detail erklären.

Die Entscheidung des EuGH ist insoweit begrüßenswert, als es der Kommission damit nicht mehr möglich sein wird, sich hinter einer pauschalen Begründung zu verstecken. Ihr wird auferlegt, die Bußgeldbemessung im Detail zu erklären. Es ist allerdings fraglich, warum das Gericht das Risiko der Ungleichbehandlung nur in Fällen mit mehreren Kartellgehilfen sieht. Schließlich besteht ein solches Risiko gerade auch dann, wenn die Kommission in einem Fall strengere und im anderen deutlich weichere Maßstäbe für die Bußgeldbemessung verwendet. Die Entscheidung zeigt, dass die Leitlinien der Kommission für die Festsetzung von Geldbußen lückenhaft sind. Es wäre wünschenswert, wenn die Kommission ihre Leitlinien mit konkreten Vorgaben für die Bußgeldbemessung bei Kartellgehilfen ergänzen und dadurch die erforderliche Transparenz schaffen würde.

c) Pay-for-Delay-Vereinbarungen zwischen Patentinhaber und Generika-Hersteller

Pay-for-Delay-Vereinbarungen zwischen Arzneimittel-Patentinhabern und Generika-Herstellern beschäftigen seit längerem die Kommission. Es handelt sich um Vergleiche in Patentstreitigkeiten, in denen ein Generika-Hersteller sich verpflichtet, auf einen Markteintritt zu verzichten. Als Gegenleistung erhält er monetäre und andere kommerziellen Vorteile. In zwei aktuellen Fällen, *Lundbeck* und *Servier*,⁹ sah die Kommission in den Vergleichen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und sanktionierte die Patentinhaber mit erheblichen Bußgeldern. Nachdem auch das EuG die Vergleichsvereinbarungen als bezweckte Wettbe-

6 EuGH Urt. v. 10.07.2019 – C-39/18 P – Kommission/Icap u.a.

7 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

8 EuGH Urt. v. 22.10.2015 – C-194/14 P, Rn. 68 – *AC Treuhand*/Kommission.

9 Dazu *Horstkotte/Wingarter IWRZ* 2019, 153 f.

werbsbeschränkungen eingeordnet hat, sind die Fälle nun beim EuGH anhängig.¹⁰

In einem früheren Fall¹¹ hatte die britische Behörde CMA Vergleichsvereinbarungen zwischen GlaxoSmithKline und drei Generika-Herstellern sanktioniert. Im Rechtsmittelverfahren wandte sich das britische Competition Appeal Tribunal an den EuGH und fragte insbesondere, wann in solchen Konstellationen ein Wettbewerbsverhältnis und eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen ist.¹² Mit der Entscheidung äußerte sich der EuGH zum ersten Mal zu Pay-for-Delay-Vereinbarungen und deutete damit deutlich an, wie es sich in Sachen *Lundbeck* und *Servier* positionieren wird.

Das Gericht konkretisierte zunächst die Anforderungen an ein erforderliches Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Patentinhaber und Generika-Herstellern. Dafür müsse ein Generika-Hersteller ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen haben, um in den Markt einzutreten. Der zu erwartende Eintritt müsse innerhalb einer Frist erfolgen, die genüge, um Wettbewerbsdruck auf den Patentinhaber auszuüben. Dies könne bereits weit vor Ablauf des maßgeblichen Patents sein. Im Einzelfall seien insbesondere folgende Faktoren Indizien für ein Wettbewerbsverhältnis: 1. Ernsthaftigkeit des Patentstreits, 2. interne Wahrnehmung des Generika-Herstellers als potentieller Marktteilnehmer durch den Patentinhaber; 3. Abschluss paralleler Pay-for-Delay-Vereinbarungen mit mehreren Generika-Herstellern, 4. hohe Werte der Gegenleistung durch den Patentinhaber. Existierende Verfahrenspatente seien überwindbar und würden daher einen Generika-Hersteller nicht *per se* als potentiellen Wettbewerber ausschließen.

Der EuGH erklärte dann, worauf es bei der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ankomme. Ein Vergleich mit einem Verzicht auf den Markteintritt sei nicht *per se* eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Entscheidend sei die Gegenleistung des Patentinhabers. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist anzunehmen, wenn die Wertübertragungen über eine Kostenkompensation hinausgehen und eine Belohnung für den Verzicht auf den Leistungswettbewerb darstellen. Dafür sei eine detaillierte Prüfung der Kosten des Generika-Herstellers und aller Gegenleistungen des Patentinhabers erforderlich.

II. Art. 102 AEUV – Missbrauch einer beherrschenden Stellung

1. Geldbuße gegen Qualcomm wegen Verdrängungspreisen

Im Berichtszeitraum gab es nur eine Bußgeldentscheidung gegen ein Unternehmen mit beherrschender Stellung. Im Juli 2019 verhängte die Kommission eine Geldbuße von EUR 242 Mio. gegen den Chiphersteller Qualcomm (USA). Das Unternehmen produziert insbesondere Baseband-Chipsätze für Smartphones und Tablets. Dazu gehören UMTS-Baseband-Chipsätze, die eine Verbindung mit Mobilfunknetzen ermöglichen.

In ihrer Untersuchung stellte die Kommission fest, dass Qualcomm im Zeitraum zwischen 2009 und 2011 seine beherrschende Stellung auf dem Weltmarkt für UMTS-Baseband-Chipsätze missbraucht habe, indem es seine Chipsätze zwei strategisch wichtigen Kunden, Huawei und ZTE, zu nicht kostendeckenden Preisen verkauft habe. In der Zeit habe sich ein Start-up, Icera, zu einer ernsthaften Alternative für UMTS-Baseband-Chipsätze mit hohen Übertragungsraten entwickelt. Mit seinem Verhalten habe Qualcomm die Strategie verfolgt, Icera vom Markt zu verdrängen und zu verhindern, dass Icera sich durch große Aufträge von Huawei und ZTE auf dem Markt für Baseband-Chipsätze etabliert. Icera hat die Aufträge nicht bekommen. Seine Baseband-Chip-Sparte wurde im Jahr 2015 abgewickelt.

Die Kommission stützte ihre Argumentation auf zwei Säulen. Zum einen führte die Kommission eine Kostenanalyse durch und stellte fest, dass Qualcomms Preise nicht kostendeckend waren. Zudem fand sie interne Dokumente, die nach Auffassung der Kommission Qualcomms Verdrängungsstrategie deutlich belegten.

2. Einstweilige Anordnung gegen Broadcom

Im Oktober 2019 gab es zwar kein Bußgeld, aber eine einstweilige Anordnung gegen einen anderen Chiphersteller aus den USA, Broadcom. Das Unternehmen ist ein weltweit führender Anbieter von Chipsätzen für TV-Set-Top-Boxen und Modems. Im Juni 2019 leitete die Kommission ein Verfahren gegen Broadcom ein. Sie stellte fest, dass Broadcom wahrscheinlich seine beherrschende Stellung auf den Märkten für Ein-Chip-Systeme für TV-Set-Top-Boxen, Glasfasermodems und xDSL-Modems missbrauche. Broadcom habe in Verträgen mit sechs Herstellern Klauseln verwendet, die dazu führten, dass die Hersteller (nahezu) ihren gesamten Bedarf an Ein-Chip-Systemen bei Broadcom bezogen. Dies habe nach Auffassung der Kommission dazu geführt, dass Broadcom andere Wettbewerber vom Markt verdrängt und den Wettbewerb unter Herstellern von Ein-Chip-Systemen erheblich beschränkt habe.

Vermutlich als Konsequenz aus dem beschriebenen Qualcomm-Fall, in dem der Wettbewerber Icera später den Markt verlassen hat, wollte die Kommission im Fall von Broadcom irreparable Schäden für den Wettbewerb verhindern. Sie erließ zum ersten Mal nach 18 Jahren eine einstweilige Anordnung. Broadcom wurde es untersagt, seinen sechs wichtigen Kunden Verpflichtungen aufzuerlegen und kommerzielle Vorteile anzubieten, die davon abhingen, dass diese (nahezu) ihren gesamten Bedarf bei Broadcom decken. Die erforderliche Dringlichkeit der Entscheidung begründete die Kommission mit einer großen Anzahl an anstehenden Ausschreibungen. Ohne die Anordnung sei ein Leistungswettbewerb in diesen Verfahren nicht möglich, so dass Marktaustritte drohten.

10 EuGH Kl. v. 22.02.2019 – C-176/19 P – Kommission/Servier u.a.; EuGH Kl. v. 28.02.2019 – C-201/19 P – Servier u.a./Kommission; EuGH Urt. v. 05.07.2017 – C-591/16 P – Lundbeck/Kommission.

11 EuGH Urt. v. 30.01.2020 – C-307/18 – Generics (UK) u.a.

12 Zu allen Vorlagefragen siehe *Horstkotte/Jannausch IWRZ 2020*, 117 ff.

III. Fusionskontrolle

1. Entscheidungen der Kommission

a) Aurubis/Metallo – Uneingeschränkte Freigabe nach mündlicher Anhörung

Am 4. Mai 2020 gab die Kommission die Übernahme der Metallo-Gruppe durch die Aurubis AG ohne Bedingungen oder Auflagen frei. Aurubis ist ein vertikal integrierter Hersteller von Kupferprodukten und Recycler von diversen Nichteisenmetallen. Metallo ist ein kleineres, innovatives Unternehmen, das insbesondere Kupferschrott verarbeitet und daraus Kupfer und andere Nichteisenmetalle gewinnt. Beide Unternehmen nutzen Recycling-Technologien, die sich ergänzen, und kaufen große Mengen an Kupferschrott ein.

Diese Freigabeentscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Zunächst ist es eine seltene Entscheidung, in der die Kommission die Nachfragemacht von Unternehmen im Rahmen einer Phase II detailliert geprüft hat. In dieser Phase ist es mittlerweile üblich, dass die Kommission die gesetzliche Bearbeitungsfrist unterbricht (sog. *Stop the Clock*), weil die Antworten der Parteien auf Auskunftersuchen aus ihrer Sicht unvollständig oder nicht rechtzeitig sind. In diesem Fall ist es den Parteien aber – anders als nahezu alle anderen Phase 2-Verfahren im Berichtszeitraum – gelungen, ein solches „*Stop the Clock*“ zu vermeiden.

Vor allem aber ist es das einzige Verfahren im Berichtszeitraum und erst das zweite unter Frau Vestager als Wettbewerbskommissarin, in dem die Kommission nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gegenüber den Parteien ihre Meinung diametral geändert und sich für eine uneingeschränkte Freigabe entschieden hat. Deshalb erhielt die Entscheidung eine besondere Aufmerksamkeit in der Fachpresse: *“Aurubis’ EU approval (...) will give further hope to merging companies that complex deals can still be cleared unconditionally after receiving formal objections.”*¹³ Sie zeigt, dass die Kommission bis zum Abschluss des Verfahrens nicht nur verpflichtet, sondern auch gewillt ist zuzuhören. Mit überzeugend vorgetragenen Argumenten können die Parteien noch in der mündlichen Anhörung einen Fall drehen. Parteien sollte daher nicht – wie dies bisweilen praktiziert wird – die mündliche Anhörung als bloßen „Durchlauftermin“ wahrnehmen oder gar darauf verzichten, sondern die Anhörung stets als Chance begreifen und sorgfältig vorbereiten.

b) Geldbuße gegen Canon wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot

Die Kommission setzte ferner ihre Verfolgung der Verstöße gegen das Vollzugsverbot fort. Nachdem sie im Jahr 2018 Altice für einen solchen Verstoß mit einer Geldbuße von 124,5 Mio. EUR sanktionierte,¹⁴ erging im Juni 2019 ein Bußgeld in Höhe von 28 Mio. EUR gegen Canon, weil das Unternehmen im Zuge eines Unternehmenskaufs sog. *Warehousing* genutzt hatte.¹⁵ Dabei erwirbt zunächst ein Zwischenerwerber als Treuhänder das Zielunternehmen. Der Treuhänder überträgt erst im zweiten Schritt das Ziel-

unternehmen an den finalen Erwerber, nachdem dieser dafür die erforderlichen kartellrechtlichen Freigaben erhalten hat. Eine *Warehousing*-Konstruktion, die mit einem Vollzugsverbot vereinbar wäre, würde es dem Verkäufer ermöglichen, den Kaufpreis zu erhalten und die Kontrolle abzugeben, ohne die EU-Freigabe abwarten zu müssen.

Im vorliegenden Fall erwarb das Unternehmen TMSC als Treuhänder 95 % des Aktienkapitals der Zielgesellschaft für 800 EUR. Gleichzeitig zahlte Canon 5,28 Mrd. EUR für die verbleibenden 5 % sowie eine Kaufoption für das Aktienpaket von TMSC. Nachdem der erste Schritt vollzogen war, meldete Canon die Transaktion bei der Kommission an. Nach Erhalt einer uneingeschränkten Freigabe erhielt Canon über die Kaufoption die verbleibenden 95 % der Anteile.

Nach Auffassung der Kommission seien beide Schritte als eine Transaktion zu betrachten. Indem der Verkäufer die Aktien auf TMSC und Canon übertragen habe, hätten die Parteien die Transaktion, noch vor der für Canon benötigten Freigabe, teilweise vollzogen und damit gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Die Kommission ging in der Entscheidung nicht darauf ein, ob Canon bereits durch die Kaufoption Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Zielunternehmen erworben hatte.

Es ist fraglich, ob die Auffassung der Kommission mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zum Vollzugsverbot¹⁶ vereinbar ist. In Sachen *Ernst & Young* befasste sich das Gericht mit einem Vorgang, bei dem die Veräußerin KPMG die Kontrolle über das Zielunternehmen verlor, die Erwerberin Ernst&Young dadurch aber keine Einflussmöglichkeiten bekam. Der Mangel an Einflussmöglichkeiten war für den EuGH entscheidend, um einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot abzulehnen. Die Kommission sieht zwar ihre Entscheidung gegen Canon im Einklang mit dem EuGH-Urteil, geht jedoch auf den beschriebenen Aspekt der fehlenden Möglichkeit der Einflussnahme nicht ausdrücklich ein. Es bleibt abzuwarten, wie das EuG im anhängigen Rechtsmittelverfahren¹⁷ die EuGH-Rechtsprechung auf *Warehousing* anwendet.

2. Europäische Rechtsprechung

a) EuG zu den nicht koordinierten Wirkungen eines Zusammenschlusses

Für viel Aufsehen sorgte im Mai 2020 das EuG, indem es in Sachen *CK Telecoms UK Investments*¹⁸ eine Untersagungsentscheidung der Kommission aufhob. Das kommt selten vor. Das Besondere an dem Urteil war aber etwas Anderes: Das Gericht nahm den Fall zum Anlass, um eine grundsätz-

13 Boyce MLex, 5.5. 2020, Comment: Aurubis-Metallo deal shows how reviews can still be turned around after EU charges.

14 Dazu Horstkotte/Wingarter IWRZ 2019, 153, 156.

15 Kommission E. v. 27.06.2019 – Case M.8179 – Canon/Toshiba.

16 EuGH Urte. v. 31.5.2018 – C-633/16 – Ernst & Young; dazu Horstkotte/Wingarter IWRZ 2019, 153, 158 f.

17 EuG Kl. v. 9.9.2019 – T-609/19 – Canon/Kommission.

18 EuG Urte. v. 28.5.2020 – T-399/16 – CK Telecoms UK Investments/Kommission.

liche Kritik an der Kommission und ihrer Beurteilung der unilateralen Effekte zu üben. Gegenstand des Falles war die Übernahme des Mobilfunkanbieters O2 durch den Wettbewerber Three. Dies hätte zwar die Anzahl der Wettbewerber von vier auf drei reduziert, nicht aber zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Die Kommission begründete ihre Untersagung mit einer „erheblichen Behinderung des Wettbewerbs“ (*significant impediment to effective competition*, sog. SIEC-Test).

Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Einführung des SIEC-Tests den Marktbeherrschungstest nicht ablösen, sondern ergänzen sollte. Eine Untersagung auf der Basis des SIEC-Tests erfordere eine gleichwertige Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Der Erwägungsgrund 25 der FKVO enthalte zwei kumulative Kriterien um eine solche Beeinträchtigung festzustellen: 1. Beseitigung des Wettbewerbsdrucks zwischen den fusionierenden Unternehmen und 2. Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber. Die Kommission habe rechtsirrig nur auf die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft abgestellt und als solchen jeden größeren Wettbewerber angesehen. Dies würde – entgegen der zutreffenden Rechtsauslegung – dazu führen, dass die Kommission eine Transaktion auf einem Markt mit wenigen Wettbewerbern stets untersagen könnte. Dies geht nach Auffassung des Gerichts zu weit. Auch habe die Kommission die Beweisforderungen rechtsirrig gesenkt. Sie müsse beweisen, dass eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten wird und nicht lediglich darauf abstellen, dass diese eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist.

Das Urteil ist ein mittelgroßes Erdbeben für Transaktionen auf oligopolistischen Märkten. Vor dem EuG sind bereits weitere Klagen gegen Untersagungsentscheidungen der Kommission anhängig, die auf ihrem bislang verwendeten Konzept der unilateralen Effekte basieren.¹⁹ Es ist davon auszugehen, dass das EuG diese Untersagungsentscheidungen mit gleicher Intensität prüfen wird.

Die Kehrseite dieser Entwicklung liegt auf der Verfahrensebene. Bereits heute sind die Anfragen der Kommission so umfangreich und kurzfristig, dass nur wenige Parteien, so wie im beschriebenen Fall von *Aurubis/Metallo*, es schaffen, das sog. *Stop the Clock* zu vermeiden. Es ist zu erwarten, dass die Kommission dieses Verfahrensinstrument noch intensiver nutzen wird, um den Beweisforderungen des EuG zu genügen, d.h. noch intensiver zu prüfen. Das treibt die Kosten der betroffenen Transaktionen in die Höhe und reduziert massiv ihre zeitliche Planbarkeit. Das größte Risiko für horizontale Transaktionen könnte in Zukunft nicht die Untersagung durch die Kommission sein, sondern dass die Verkäufer sich bereits im Bieterverfahren gegen strategische Investoren entscheiden, weil sie den unberechenbaren Aufwand eines fusionskontrollrechtlichen Verfahrens scheuen. Das wäre eine bittere Pille für die EU als Wirtschaftsstandort.

b) EuGH zum Gun Jumping

Auch der EuGH beschäftigt sich mit dem Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Im Fall *Mowi ASA*²⁰ befasste sich das Gericht mit einer Fallkonstellation, in der Mowi ASA (ehemalige Marine Harvest) von zwei Gesellschaften 48,5 % der Anteile an dem Zielunternehmen Mopol und damit faktisch alleinige Kontrolle erwarb. Am 18.12.2012 wurde der Erwerb vollzogen. Erst am 21.12.2012 beantragte Mowi die Zuweisung eines Arbeitsteams für die Prüfung der Transaktion bei der Kommission und erklärte, dass die Stimmrechte nicht ausgeübt werden, bis die Kommission die Freigabe erteilt hat. Am 9.8.2013 meldete Mowi die Transaktion formell bei der Kommission an. In der Zwischenzeit, machte Mowi, wie das norwegische Recht es vorgibt, ein öffentliches Übernahmeangebot für die restlichen Mopolaktien. Dadurch erwarb es am 12.3.2013 weitere 38,6 %, die am 12.12.2013 an Mowi übereignet wurden. Die Kommission sanktionierte das Verhalten von Mowi als einen Verstoß gegen die Anmeldepflicht aus Art. 4 Abs. 1 FKVO mit 10 Mio. EUR und mit weiteren 10 Mio. EUR als einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot gemäß Art. 7 Abs. 1 FKVO. Dagegen wandte sich Mowi erst zum EuG und dann zum EuGH.

Nach Auffassung von Mowi würde zu seinen Gunsten eine Ausnahme aus Art. 7 Abs. 2 FKVO greifen, wonach ein öffentliches Übernahmeangebot noch vor der Freigabe verwirklicht werden kann, sofern der Erwerber die Transaktion danach unverzüglich anmeldet und die Stimmrechte nicht ausübt. Jedenfalls hätte die Kommission den Verstoß nicht doppelt bestrafen dürfen. Dagegen spreche bereits der Grundsatz *ne bis in idem*.

Das Gericht folgte Mowis Argumentation nicht und stellte zunächst klar, dass Art. 7 Abs. 2 FKVO als Ausnahmevorschrift eng auszulegen sei. Sie greife nicht, wenn die Kontrolle – wie im vorliegenden Fall – bereits vor dem öffentlichen Übernahmeangebot erworben wurde. Der Grundsatz *ne bis in idem* schütze ein Unternehmen nur vor einem zweiten Verfahren, wenn über sein Verhalten in einem abgeschlossenen Verfahren eine endgültige Entscheidung getroffen wurde. Der Grundsatz greife nicht zu Gunsten von Mowi, weil die Kommission nur ein Verfahren geführt habe. Schließlich befasste sich das Gericht mit der Frage, ob ein Verhalten nach Art. 4 und Art. 7 FKVO sanktioniert werden kann. Das Gericht erkannte an, dass ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht aus Art. 4 Abs. 1 FKVO stets einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot aus Art. 7 Abs. 1 FKVO voraussetze. Diese Konstellation sei allerdings schwerwiegender, als ein Fall, in dem das Unternehmen den Zusammenschluss im Einklang mit Art. 4 FKVO bei der Kommission anmelde, aber noch vor der Freigabe (teilweise) vollziehe und dadurch nur gegen Art. 7 FKVO verstoße. Dem dürfe die Kommission Rechnung tragen, indem sie einen Verstoß gegen Art. 4 und Art. 7 FKVO ahnde. Das sehe auch der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a und b FKVO vor.

19 Etwa EuG Kl. v. 4.10.2019 – T-584/19 – thyssenkrupp/Kommission.

20 EuGH Ur. v. 4.3.2020 – C-10/18 P, Mowi ASA/Kommission.

IV. Verfahrensrechtliches – Internationale Zuständigkeit für Kartellschadenersatzklagen

Schließlich erließ der EuGH eine wichtige Entscheidung zur gerichtlichen Zuständigkeit für Kartellschadenersatzklagen nach Art. 7 Nr. 2 VO 1215/2012 (EuGVVO).²¹ Das vorliegende ungarische Gericht beschäftigte sich mit einer Klage von Tibor-Trans gegen DAF Trucks, ein Unternehmen, das nach der Feststellung der Kommission an dem LKW-Kartell beteiligt war. Tibor-Trans hatte seine Fahrzeuge von einem ungarischen Automobilhändler gekauft und behauptete, dieser habe eine kartellbedingte Preiserhöhung an Tibor-Trans weitergegeben. Das Gericht fragte den EuGH, ob ein indirekter Abnehmer in seinem Heimatland klagen darf, wenn er dort kartellbedingt einen überhöhten Kaufpreis an seinen direkten Vertragspartner gezahlt haben könnte. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO sieht vor, dass eine Person mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedsstaat verklagt werden kann, wenn in diesem Land der Schaden aus unerlaubter Handlung eingetreten ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann der Kläger im Rahmen des Gerichtsstandes nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zwischen dem Handlungs- und Erfolgsort wählen.²² Da keine der Kartellabsprachen in Ungarn stattfanden, kam es im konkreten Fall allein auf die Bestimmung des Erfolgsorts an.

Der EuGH stellte auf den kartellbefangenen Markt ab, den das Kartell beeinträchtigt und auf dem der Kläger einen Schaden erlitten hat. Damit bestätigte das Gericht seine frühere Rechtsprechung in Sachen *flyLAL*²³ und die damit einhergehende Abkehr von der *CDC Hydrogen Peroxide*-Entscheidung²⁴, in der der EuGH noch auf den Sitz des Geschädigten abstellte. Der kartellbefangene Markt sei maßgebend, weil ein Kartellbeteiligter damit rechnen müsse, dass sich sein verbotenes Verhalten in diesem Umfang auswirken könnte. Da das Lkw-Kartell sich über den gesamten EWR erstreckte und Tibor-Trans die potentiell überhöhten Preise in Ungarn bezahlte, war der erlittene Schaden räumlich vom betroffenen Markt erfasst.

Ferner stellt der EuGH fest, dass eine gesamtschuldnerische Haftung für die Klage genüge. Tibor-Trans müsse weder den Hersteller der erworbenen Produkte noch alle Kartellbeteiligte gemeinsam verklagen. DAF Trucks könne sich ggf. im Innenverhältnis an die übrigen Kartellbeteiligten wenden.

Während das Gericht viele wichtige Aspekte zur gerichtlichen Zuständigkeit klärte, bleibt es offen, ob Art. 7 Nr. 2 EuGVVO auch greift, wenn der betroffene Markt nur national ist und ein indirekter Abnehmer den überhöhten Preis in einem anderen EU-Staat zahlt. Nach strikter Anwendung der *Tibor-Trans*-Entscheidung wäre der kartellbedingte Schaden außerhalb des betroffenen Marktes. Es ist davon auszugehen, dass der EuGH bald die Gelegenheit haben

wird, zu erklären, inwieweit dennoch die gerichtliche Zuständigkeit im Heimatland des Abnehmers bestehen könnte.

Summary

In 2020, there were many important developments in European competition law. This article provides an overview of the most important European competition law decisions in 2019 and 2020 and offers practical advice on how to deal with the resulting compliance risks. The European Commission has intensified its prosecution of purchasing cartels and fined three purchasers EUR 260 million for colluding to buy ethylene. Furthermore, in a series of decisions, the European Commission underlined the importance of protecting cross-border trade. The European Courts also dealt with important competition law issues. The European Court of Justice (ECJ) published its first decision regarding pay-for-delay agreements and stated that a settlement with a waiver of market entry does not constitute a restriction of competition by object *per se*. In the field of merger control, the European Court criticized European Commission's assessment of unilateral effects. Regarding gun jumping, the ECJ confirmed that the Commission can fine companies twice; first, for the violation of the obligation to register and second, for the violation of the ban on enforcement. Finally, the ECJ made important statements on the international jurisdiction of cartel damages actions.



Christian Horstkotte



Prof. Dr. Eugen Wingarter

21 EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-451/18 – Tibor-Trans/DAF Trucks; dazu im Detail *Horstkotte/Palatzke* IWRZ 2019, 272 ff.

22 EuGH Urt. v. 8.1. 2015 – C-375/13 – Kolassa; EuGH Urt. v. 16.06.2016 – C-12/15 – Universal Music International Holding; EuGH Urt. v. 5.7.2018 – C-27/17 – flyLAL-Lithuanian Airlines.

23 EuGH Urt. v. 5.7.2018 – C-27/17 – flyLAL-Lithuanian Airlines.

24 EuGH Urt. v. 21.5.2015 – C-352/13 – CDC Hydrogene Peroxide.