



## Kartellrechts-Kompass – Frühjahr 2021

Wir freuen uns, Ihnen unsere nunmehr zweite Ausgabe des Kartellrechts-Kompasses präsentieren zu dürfen. Im Fokus dieser Ausgabe steht u.a. die „Digitalisierung des Wettbewerbsrechts“ durch die 10. GWB Novelle, die am 19. Januar 2021 in Kraft getreten ist.

Wir haben dabei einzelne Themen herausgegriffen, die für Sie relevant und hoffentlich auch spannend sind, und auf eine erschöpfende Darstellung der Änderungen verzichtet. Anhand der Überschriften soll es Ihnen möglich sein, schnell zu den Themen, die Sie besonders interessieren, zu springen. Denn Zeit hat man (leider) immer zu wenig.

**Feedbackaufruf:** Zu unserer ersten Ausgabe des Kartellrechts-Kompasses haben wir viel konstruktives Feedback erhalten. Vielen Dank an dieser Stelle dafür. So können wir unser neues Projekt vorantreiben und stetig weiterentwickeln. Bitte lassen Sie uns weiterhin gerne durch eine E-Mail an [lars.maritzen@orthkluth.com](mailto:lars.maritzen@orthkluth.com) wissen, wie Ihnen diese Ausgabe gefällt, was wir

beibehalten, oder doch besser ändern sollten.

### Fusionskontrolle

### Software-Märkte

In den letzten Monaten haben wir viele Transaktionen im IT-Markt begleitet und beobachtet. Dies hat uns veranlasst, eine von diesen einmal näher zu beleuchten und dort v.a. einen Blick auf die Marktabgrenzung zu werfen:

Das Bundeskartellamt hat Ende Februar 2021 den Erwerb der Signavio GmbH durch die SAP SE freigegeben und sich in diesem Zusammenhang eingehend mit Software-Märkten auseinandergesetzt und Anfang März dazu auch einen Fallbericht veröffentlicht (B7-30/21). SAP ist bekanntlich ein Anbieter von Unternehmensanwendungssoftware (EAS) und insbesondere im Bereich Enterprise Resource Management Software (ERP) aktiv. Signavio bietet B2B-Softwarelösungen für Prozessmanagement an.

Die Produkte sind komplementär, da die im Rahmen von Prozessmanagement- Software verwendeten Daten u.a. aus ERP- Systemen stammen.

Im Markt für Prozessmanagement-Software spricht nach dem Bundeskartellamt (viel) für eine Annahme getrennter Produktmärkte der Teilbereiche Process Mining und Enterprise Business Process Analysis (EBPA), da Kunden beide Produkte häufig getrennt nachfragen.

Der Markt für ERP-Software könne je nach Unternehmensgröße untergliedert werden. Geprüft wurde, ob eine Kopplung der ERP Software von SAP mit der Prozessmanagement-Software von Signavio, zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen kann. Nicht verwunderlich war die Feststellung, dass SAP im ERP-Bereich eine starke Marktstellung einnimmt. Hier bestehe ein starker lock-in Effekt.

Dem Bundeskartellamt zufolge besteht jedoch keine Gefahr der Koppelung oder Bündelung der Produkte, da diese typischerweise nicht als Bündel nachgefragt werden.

#### Summary

The German Federal Cartel Office ("FCO") has recently cleared the acquisition of Signavio GmbH by SAP SE and took a closer look at the software markets. In the market for process management software, the FCO argues in favor of the assumption of separate product markets for the sub-segments of process mining and enterprise business process analysis (EBPA) that customers often only demand part(s) of the aforementioned solutions. In the end, however, the precise market definition could be left open. The market for ERP

software can be subdivided according to company size.

## Neue Anmeldeverfügung

Mit der 10. GWB Novelle wurde in § 39a GWB eine neue Anmeldeverfügung eingeführt.

Demnach kann das Bundeskartellamt unter den nachfolgend genannten Voraussetzungen durch Verfügung zur Anmeldung verpflichten: (i) das erwerbende Unternehmen muss im letzten Geschäftsjahr einen globalen Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben, (ii) es muss die Gefahr bestehen, dass der wirksame Wettbewerb in den betroffenen Geschäftszweigen erheblich behindert wird; (iii) das Unternehmen muss im betroffenen Geschäftszweig einen Marktanteil von mindestens 15% halten und (iv) das Bundeskartellamt muss im betroffenen Wirtschaftszweig zudem eine Sektorenuntersuchung nach § 32e GWB durchgeführt haben. Außerdem muss das Zielunternehmen Umsatzerlöse von mehr als zwei Millionen Euro im letzten Geschäftsjahr vorweisen, von denen mehr als zwei Drittel im Inland erzielt wurden.

Entsprechend dieser hohen Anforderungen an eine Anmeldeverpflichtung rechnet der Gesetzgeber nur mit einem bis drei Verfahren im Rahmen von Anmeldeverfügungen.

#### Summary

The newly introduced § 39a GWB allows the FCO to require companies to notify transactions with other companies. The acquiring company must have generated turnover of more than 500 million euros worldwide in the last fiscal year and have a market share of at

least 15% in the business sector concerned. In addition, there must be a risk of competition being impeded and a sector inquiry must have been carried out. The target company must have sales of more than two million euros in the previous financial year, two thirds of which were generated in Germany.

## Marktmissbrauch

### Erstes Verfahren nach § 19a GWB – „die neue Waffe hat (auch) Zähne“

Im Dezember 2020 hat das Bundeskartellamt (erneut) ein Missbrauchsverfahren gegen Facebook eingeleitet. Hintergrund ist die Verknüpfung von Oculus mit dem Facebook-Netzwerk, denn die Nutzung der VR-Brillen von Oculus soll nur zusammen mit einem Facebook-Account möglich sein. Dieses Verhalten stelle eine kartellrechtswidrige Kopplung dar, so das Bundeskartellamt.

Insoweit kommen dem Bundeskartellamt die 10. GWB-Novelle und deren neue Befugnisse, z.B. § 19a GWB, (sehr) gelegen. Sogleich nach Inkrafttreten machte das BKartA erstmals von §19a GWB Gebrauch und weitete das Verfahren entsprechend aus. Gegenstand der Prüfung ist nun, ob Facebook unter die neuen Regelungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a GWB fällt.

## Summary

The FCO uses the newly introduced Sec. 19a GWB for the first time and expands its proceedings against Facebook/Oculus. The proceeding involves the linking of Oculus with the Facebook network. The FCO is now also examining whether Facebook falls under the new regulations for companies with outstanding cross-market significance for competition.

## Ubiquitärer Datenzugangsanspruch

Ebenfalls mit der 10. GWB Novelle wurde in § 20 Abs. 1a GWB ein (u.E. ganz spannender und praktisch relevanter) Datenzugangsanspruch eingeführt. Demnach kann eine unbillige Behinderung vorliegen, wenn Unternehmen A für die eigene Geschäftstätigkeit auf Daten des Unternehmens B angewiesen ist und Unternehmen B den Zugang zu diesen Daten, gegen Zahlung eines angemessenen Entgeltes, verweigert. Wann ein Entgelt angemessen ist, wird sicher Gegenstand einiger weitergehender Überlegungen sein. Die Regelung tritt neben den Zugangsanspruch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (Daten als *essential facility*).

Regelungsgegenstand ist somit eine Datenabhängigkeit zwischen zwei Unternehmen. Insoweit stellt die Regelung einen Spezialfall der unternehmensbedingten Abhängigkeit dar, nämlich die Abhängigkeit von Daten.

Der Gesetzgeber zielt mit der Einführung der Norm vorrangig auf den Datenzugang in **bestehenden Vertragsverhältnissen** innerhalb mehrstufiger Wertschöpfungsketten ab. Darauf ist die Regelung jedoch nicht beschränkt. Denn § 20 Abs. 1a S. 3

GWB eröffnet den Zugangsanspruch auch dort, wo bisher noch **keine Geschäftsbeziehung** bestanden hat.

Spannend ist, dass Zugang nicht nur ein abhängiges KMU verlangen kann, sondern **größenunabhängig** jedes Unternehmen, welches auf die Daten für die eigene Geschäftstätigkeit angewiesen ist.

Zudem ist die Vorschrift sowohl anwendbar, wenn sich Zugangspetent und Zugangsgewährender vor- und nachgelagert auf den Märkten gegenüberstehen, aber auch, wenn beide **Wettbewerber** sind. Denn auch dann kann u.E. eine tatbestandliche Abhängigkeit bestehen. D.h. weitergedacht, dass ein Wettbewerber unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1a GWB auch Zugang zum Datenpool eines Wettbewerbers verlangen kann.

Auch ohne solche vorhergehende Vertragsbeziehungen kann eine unbillige Behinderung dieses Unternehmens vorliegen, so z.B., wenn die Daten die Grundlage für die bedeutende eigene Wertschöpfung des Zugangspetenten sind bzw. ohne den Zugang eine Vermachtung nachgelagerter Märkte droht. Die Anwendungsfälle in industriellen Beziehungen sind vielgestaltig und bieten reichlich Boden dafür, sich (gegen angemessenes Entgelt) ggf. Zugang zu verschaffen, wo dies vorher noch mit mehr rechtlichen Unsicherheiten behaftet gewesen ist. So kann beispielsweise ein Anbieter von Servicedienstleistungen auf die Bereitstellung von Maschinennutzungsdaten des Herstellers angewiesen sein, um überhaupt Wartungsdienstleistungen an Maschinen anbieten zu können.

Die Zugangsverweigerung muss darüber hinaus auch objektiv unbillig sein. Vorzunehmen ist hier eine Interessenabwägung. Nicht notwendig ist jedoch, dass der

Dateninhaber die Daten nur zur Eigennutzung einsetzen will oder nicht.

#### Summary

Also newly introduced with the 10th GWB amendment, Sec. 20 (1a) GWB prohibits an abuse without a dominant market position of the data owner in the case of dependencies between companies that have data control and do not surrender it for an appropriate fee and companies that are dependent on access to data. A denial of access to such data may result in an unreasonable impediment.

## Digital Markets Act

Die EU-Kommission hat im Dezember 2020 den Entwurf für den „Digital Markets Act“ („DMA“) vorgelegt, mit dem die digitale Wirtschaftsbranche stärker reguliert werden soll.

Der Gesetzesvorschlag wendet sich an *gatekeeper* im Bereich der *core platform services*. Zu den *core platform services* zählen digitale Dienstleister, wie zum Beispiel Social Networking Plattformen, Videosharing- und Kommunikationsdienste, Suchmaschinen und Cloud Computing Dienste. Diese werden zu *gatekeepern*, wenn sie einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt haben, eine wichtige Vermittlerrolle zwischen geschäftlichen und privaten Nutzern erlangt haben und mit ihren Leistungen eine gefestigte oder dauerhafte Stellung einnehmen bzw. prognostizierbar einnehmen werden. Der Entwurf nennt dabei einen regelbeispielhaften Schwellenwert von 6,5 Milliarden Euro Umsatz pro Jahr, den ein *gatekeeper* erreichen muss, um als solcher klassifiziert zu werden. Man sieht also: Der DMA wird nach jetziger

Ausgestaltung nur wirklich große, umsatzstarke Unternehmen treffen.

Der DMA führt Verbotsregelungen für bestimmte Verhaltensweisen dieser *gatekeeper* ein, die teilweise bereits aus Entscheidungen der Kommission u.a. im Google-Shopping-Fall oder im Google-Android-Fall bekannt sind. Außerdem werden der Kommission Werkzeuge zur Verfügung gestellt, um *gatekeeper* aufzuspüren und die Verbote durchzusetzen. Ziel ist es, Big-Tech-Unternehmen daran zu hindern, ihre Machtstellung unbegrenzt auszuüben.

Bei Verstößen sollen Geldbußen von bis zu 10% des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens und Zwangsgelder von bis zu 5% des durchschnittlichen Tagesumsatzes drohen. Zusätzlich behält sich die Kommission bei systematischen Verstößen weitere Abhilfemaßnahmen vor.

#### Summary

In December 2020, the EU Commission has published the draft "Digital Markets Act", which aims to be a fundamental reform of the digital economy. The draft contains a catalogue of prohibitions for companies in the field of digital *core platform services* that have attained a certain position of power within the industry and are classified as *gatekeepers*. The EU-Commission will be enabled to track down these *gatekeepers* in the future in order to enforce the regulations accordingly.

## Kartellschadensersatz

### Lkw-Kartell

Rückenwind für Geschädigte in Kartellschadensersatzverfahren gab es mit der

Entscheidung des BGH zum „Lkw-Kartell“ vom 23.9.2020 – KZR 35/19. Viele Grundsatzzfragen sind, wie auch schon den in den Schiene I-V Entscheidungen, zu Gunsten der Geschädigten entschieden worden. Seit der Lkw-Entscheidung steht nunmehr fest, dass sich die Kartellanten nicht damit verteidigen können, dass eine Einigung mit der EU-Kommission dazu führe, dass die Bindungswirkung der Bußgeldbescheid für den Zivilprozess entfele.

Auch wurde festgestellt, dass die Verjährung mit der Nachprüfung (d.h. der Durchsuchung) und nicht (erst) mit der (z.T. deutlich später erfolgenden) formalen Verfahrenseröffnung beginnt. Maßgeblich für die Kläger in vielen Kartellschadensersatzverfahren war jedoch vor allem die Anerkennung eines wirtschaftlichen Erfahrungssatzes durch den BGH, dass auch der Austausch von Bruttopreislisten bei einem Kartell mit hoher Marktabdeckung über einen längeren Zeitraum, zu kartellbedingt überhöhten Preisen führt. Mit dem nahenden Ablauf der subjektiven kenntnisabhängigen Verjährungsfrist zum Ende dieses Jahres, ist deshalb mit Spannung zu erwarten, inwiefern sich dies auf die Vergleichsbereitschaft der Kartellanten auswirkt.

#### Summary

Since the truck decision by the FCJ on 23.9.2020, it has now been established that the cartelists cannot defend themselves by claiming that a settlement with the EU Commission would result in the binding effect of the fine notice for the civil proceedings ceasing to apply. It was also stated that the statute of limitations begins with the dawn-raid and not with the formal opening of proceedings. However, the decisive factor for the plaintiffs was the court's recognition of a factual principle of experience



that also the exchange of gross price lists in the case of a cartel with high market coverage over a longer period of time, the prices must be deemed to be usually higher than in the absence of a cartel restricting competition.

Chamber once again underlines its view that the place where the harmful event occurred is the place where the initial damage directly resulting from the causal event occurred. In the case of the assignment of claims, this place is at the seat of the damaged party - the assignor.

## Abtretung & Zuständigkeit

Das LG Dortmund hat sich kürzlich erneut mit der örtlichen Zuständigkeit bei abgetretenen Kartellschadensersatzansprüchen auseinandergesetzt (8 O 15/18 Kart). Im betreffenden Fall ging die Zessionarin aus abgetretenem Recht von 30 Zedenten vor. Dabei ging es im Kern um die Frage, wie der Erfolgsort i.S.d. § 32 ZPO zu bestimmen ist. In der jüngeren Rechtsprechung war der Begriff weit ausgelegt worden. Demnach war Erfolgsort jeder Ort, an dem sich das Kartell bestimmungsgemäß ausgewirkt hat.

Das LG Dortmund nahm jedoch eine deutlich engere Abgrenzung vor. Ergebnis: Der Erfolgsort ist dort, an dem der unmittelbar aus dem kausalen Ereignis entstandene Erstschaden aufgetreten ist. Im Fall der Abtretung liegt dieser Ort, richtigerweise, am Sitz der Geschädigten – der **Zedentin**.

Da Abtretungen zum Handwerkszeug einer sauberen Vorbereitung der Klagestruktur auf Klägervertreterseite gehören, ist hier also Vorsicht geboten, will man nicht an der Hürde „(örtliche) Zuständigkeit“ scheitern.

### Summary

In confirmation of the chamber's decision as of 9.9.2020, the Regional Court in Dortmund transfers the principles established in the European case law on Art. 7 No. 2 Brussels Ia Regulation. The

## Innenregress

Bisher stand die Rechtsprechungsreihe zum Schienenkartell sinnbildlich für die Frage: Kann man im Wege des Innenregresses die gezahlte Geldbuße von den Geschäftsleitern zurückverlangen. Diese Reihe wurde kürzlich um eine Entscheidung des LG Saarbrücken erweitert in der Rs. *Villeroy Boch*.

*Villeroy Boch* war als Beteiligte im Sanitärkartell mit einer Geldbuße durch die Europäische Kommission belegt worden. In dem Prozess machte sie nun Regress- und Schadensersatzansprüche gegenüber einem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden aus dem Kartellzeitraum geltend. Vorwurf: Dieser hätte seine Aufsichtspflichten verletzt. Neben Anwaltskosten sollten auch ca. 2,3 Mio. EUR des gezahlten Bußgelds regressiert werden. Das Gericht hielt die Ansprüche jedoch für verjährt.

Darüber hinaus stellte es in einem obiter dictum fest, dass es zumindest die Geldbußen ohnehin nicht für regressierbar hält. Begründet wurde dies mit dem Ziel des durch die Kommission hinreichend abschreckenden Effekt von den verhängten Geldbußen. Diese Wirkung würde abgemildert werden, wenn die Kartellbußgelder regressierbar sind. Der *effet utile* wäre durch eine Regressierbarkeit von Geldbußen verletzt, wenn die Geldbußen (teilweise) auf Vorstandsmitglieder abgewälzt

werden können, die von Art. 101 AEUV nicht als Betroffene erfasst wären.

Hätte es sich um ein von dem BKartA verhängtes Bußgeld gehandelt, müsste auch berücksichtigt werden, dass das GWB einen unterschiedlichen Bußgeldrahmen für natürliche Personen und Unternehmen vorsieht. Während natürliche Personen mit einer Geldbuße von 1 Mio EUR belegt werden können, darf die Geldbuße von Unternehmen maximal 10% des im vorausgehenden Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes betragen. Diese Differenzierung darf nicht durch einen Regress der Unternehmensgeldbuße ausgehebelt werden. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Unternehmensgeldbußen in der Höhe existenzvernichtende Ausmaße für natürliche Personen annehmen können.

#### Summary

The LG Saarbrücken stated that it did not consider the fines to be regressible. Such a regress would violate the effet utile. The deterrent effect of the fines imposed by the Commission would be mitigated if the cartel fines were regressible. The effet utile would be violated by the regressability of fines if the fines could be (partially) passed on to members of the Management Board who were not affected by Article 101 TFEU. In addition, there is a risk of further passing on of fines to D&O insurers.

## Bußgeldverfahren / Durchsuchungen

### Haftung für Portfoliogesellschaften

Eine wesentliche Ausweitung der Haftung von Finanzinvestoren für deren Portfoliogesellschaften nahm der EuGH in einer Entscheidung zum Stromkabelkartell vor (wir hatten dazu schon im Client-Alert berichtet). Es geht um die Entscheidung *Goldman Sachs*. Die Entscheidung ist sehr wichtig, wenn es um die richtige Ausrichtung der Kartell-Compliance Organisation bei Portfoliogesellschaften geht, an denen beispielsweise nur eine Minderheitsbeteiligung gehalten wird.

Der EuGH hat nunmehr bestätigt, dass Finanzinvestoren / PE-Investoren auch **kartellbußgeldrechtlich verantwortlich** sind, wenn diese eine **Minderheitsbeteiligung** an der Portfoliogesellschaft halten, soweit jedenfalls Kontrolle ausgeübt wird und es zudem **unerheblich** ist, ob die Finanzinvestoren **Kenntnis** von dem kartellrechtlichen Verstoß bei der Zuwiderhandlung gehabt haben.

Die Entscheidung sollte von Finanzinvestoren und Beteiligungsgesellschaften zum Anlass genommen werden, zu überprüfen, wie das Kartellrechtsrisiko gerade auch bei Minderheitsbeteiligungen gesteuert wird.

#### Summary

An Appeal brought by *Goldman Sachs* against the General Courts ruling which confirmed Goldman Sachs' liability in the power cables cartel between 2005 and 2009 was dismissed by the CJEU. The Court held that the presumption of decisive influence is possible, when a parent company can exercise all the voting rights, which leads to a determination of the economic and commercial strategy of the subsidiary and when the companies have an economical, organizational and legal connection.

## Dawn-Raids

Die 10. GWB Novelle bringt die Notwendigkeit mit sich, dass die bisherigen **Durchsuchungsleitfäden** in vielen Fällen **angepasst** werden müssen.

Denn neu geregelt wurde unter anderem der Umfang der Mitwirkungspflicht. Bislang bestand für die Geschäftsleitung und Mitarbeiter der Unternehmen im Rahmen einer kartellbehördlichen Durchsuchung durch das BKartA lediglich eine passive Duldungspflicht. Nunmehr müssen sowohl die Geschäftsleitung als auch die Mitarbeiter im Rahmen von Durchsuchungen des Bundeskartellamts „Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen können, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten“, mitteilen vgl. §§ 82b Abs. 1 S. 1 iVm 59b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Dies muss in den Durchsuchungsleitfäden entsprechend angepasst werden.

Mitarbeiter müssen jetzt auch aussagen, wenn es nur um die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit geht und das Bundeskartellamt eine sog. **Nichtverfolgungszusage** erteilt, die aber vom Bundeskartellamt wieder zurückgenommen werden kann.

Die Regelung wird vielfach (zu Recht) wegen der mangelnden Vereinbarkeit mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz kritisiert. Hier wird man abwarten müssen, wie das Bundeskartellamt mit einer möglichen Rücknahme der Nichtverfolgungszusage in der Praxis umgeht.

### Summary

Previously, the management and employees of companies were only obliged to tolerate a search by the FCO. Now,

both must, in the context of dawn-raids by the FCO, provide "information that may allow access to evidence, as well as explanations of facts or documents that may be related to the subject matter and purpose of the search". Employees must now also testify if it is only a matter of prosecuting an administrative offense and the FCO issues a non-prosecution consent.

## Sonstiges

### Infoboxen bei Google oder auch: Wann handelt der Staat unternehmerisch?

Anfang November 2020 hat Gesundheitsminister Jens Spahn bekanntgegeben, dass das Gesundheitsministerium nun mit Google dergestalt kooperiert, dass die Inhalte des nationalen Gesundheitsportals („NGP“) gesund.bund.de, welches seit September 2020 online ist, künftig bei der Google Suche in einer besonderen Infobox angezeigt werden. Besonders deshalb, weil diese besonders prominent in der Ergebnisliste angezeigt wird.

Angestoßen durch die aktuelle Corona-Pandemie sollten verunsicherte Bürger in Gesundheitsfragen vor „Fake News“ geschützt werden. Aber auch zu anderen gesundheitsbezogenen Themen sollten auf der staatlich finanzierten Website „gesund.bund.de“ geprüfte Informationen veröffentlicht werden.

Problematisch war, dass die Zusammenarbeit von Gesundheitsministerium und Google von einer Exklusivitätsbindung getragen war, auch wenn dies z.T. in Abrede gestellt wurde. Der Betreiber des konkurrierenden Gesundheitsportals



„NetDoktor.de“ erblickte darin aufgrund der abgelenkten Nutzeraufmerksamkeit einen Wettbewerbsnachteil, da sich die Klickzahlen durch die auf das Portal gesund.bund.de verweisende Infobox verringert hätten und beantragte den Erlass einer eV gegen Google mit dem Argument, dass die Zusammenarbeit von BMG und Google eine kartellrechtswidrige Vereinbarung darstelle.

Das LG München gab dem Antrag statt. Zwei wesentliche Fragen wurden behandelt: 1. Wann handelt der Staat, hier das BMG, unternehmerisch und unterliegt dem Kartellrecht und 2. wann liegt eine Vereinbarung vor?

Nutzt ein Hoheitsträger privatrechtliche Mittel, so unterliege er den gleichen Regelungen wie die anderen Marktteilnehmer, d.h. ist „Unternehmen“ i.S.d. des Kartellrechts. Vorliegend ist die Tätigkeit des BMG wirtschaftlicher Natur und daher losgelöst von der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Diese Rechtsprechung deckt sich mit vorhergehenden Entscheidungen, beispielsweise in der Rs. *Selex*.

Es lag auch eine exklusive Vereinbarung zwischen BMG und Google vor. Diese ergab sich zwar nicht aus den Verträgen, wohl aber aus dem gemeinsamen Auftreten. Zur Begründung zog das LG München interessanterweise z.T. wörtlich die Inhalte der Pressekonferenz heran. Dies lässt wieder erinnern, wie wichtig es ist, auch solche Presseauftritte kartellrechtlich zu begleiten. Denn das LG München weist den Weg, wie man es hätte erreichen können, dass keine Vereinbarung vorgelegen hätte, nämlich wenn Google die Inhalte des NGP schlichtweg geduldet hätte. Dann hätte nur eine einseitige Verhaltensweise vorgelegen.

Eine Freistellung der Vereinbarung kam nicht in Betracht. Durch die Einführung der Infoboxen sei weder ein Effizienzgewinn durch Verbesserung der Suchmaschinenfunktion noch eine Verbesserung der Gesundheitsaufklärung der Bevölkerung zu erkennen, da keine wesentliche Anzahl an unseriösen Gesundheitsportalen in den oberen Suchergebnissen bei Google erscheint.

#### Summary

In a landmark case before the LG München, the latter has ruled that Google has infringed the prohibition of cartels by agreeing with the Federal Ministry of Health that the permanent and exclusive presentation of one website in the so-called “knowledge panel”, a prominent placed information box. The application for an interim injunction was filed by NetDoktor.

## Zu Hause ist's am schönsten?

Eine neue Entscheidung des EuGH zur Bestimmung der Zuständigkeit zwischen Vertrags- und deliktischem Gerichtsstand dürfte besonders für kleinere und mittelständische Unternehmen die gerichtliche Durchsetzung ihrer kartellrechtlichen Ansprüche gegenüber großen Internetplattformen bedeutend erleichtern.

Der Entscheidung lag eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen einem deutschen Hotel, dem Wikingerhof, und Booking.com zugrunde. Der Wikingerhof warf Booking.com vor, durch die gestellten AGB seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen und erhob Klage. Das LG Kiel erklärte sich für örtlich und international unzuständig. Die Entscheidung

wurde vom OLG Schleswig bestätigt. Der BGH legte sodann die Klage dem EuGH vor.

Maßgeblich war, ob eine „unerlaubte Handlung“ iSd Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO vorliegt, obwohl die AGB-Anpassungen erst innerhalb des Vertragsverhältnisses auftraten. Denn dann wäre eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben. Demgegenüber wären nach Art. 7 Nr. 1 a) Brüssel Ia-VO für eine Klage aus einem „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ die niederländischen Gerichte zuständig. Problematisch war, dass der EuGH in der Rs. *Brositter* zuletzt eine Linie vertreten hat, die dazu geführt hat, dass z.B. Booking.com durch den schlichten Verweis darauf, dass das Verhalten vertraglich gerechtfertigt ist, den Gerichtsstand steuern und in die Niederlande ziehen konnte.

Diese Linie hat der EuGH nun modifiziert. Dem EuGH zufolge ist für die Anwendung des Art. 7 Nr. 1 a) Brüssel Ia-VO darauf abzustellen, ob die Auslegung des Vertrages **unerlässlich** ist, um zu klären, ob das Verhalten, das der Kläger dem Beklagten vorwirft, rechtswidrig ist. Beruft sich der Kläger auf die Regeln aus unerlaubter Handlung und erscheint es **nicht unerlässlich**, den Inhalt des Vertrages zu prüfen, ist Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO anwendbar. Wirft der Kläger, wie in dem vorgelegten Fall, der Beklagten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, so ist für diese Feststellung die Auslegung des Vertrages nicht unerlässlich. Deshalb sei in einem solchen Fall Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO einschlägig und die deutschen Gerichte international zuständig.

#### Summary

A recent decision of the ECJ on the interpretation of the European jurisdiction rules facilitates the enforcement of

competition law claims for small enterprises. A German hotel accused Booking.com of abusing its dominant position in the market through its general terms and conditions and filed a lawsuit.

The decisive question was whether there was a "tortious act" within the meaning of Art. 7 No. 2 Brussels Ia Regulation, although the amendments to booking.com's General Terms and Conditions occurred within a contractual relationship. The ECJ ruled that if the plaintiff invokes tort claims and it does not appear indispensable to examine the content of a contract, Art. 7 No. 2 is applicable. If, as in the case presented, the plaintiff accuses the defendant of an abuse of a dominant position, the interpretation of the contract is not indispensable for this determination, thus Art. 7 No. 2 is applicable.

## Amtshaftung

Amtshaftungsansprüche gegenüber dem Bundeskartellamt haben Seltenheitswert. Jüngst war es mal wieder soweit. Anlassfall: Das Pflanzenschutzmittelkartell, Schauplatz: Das LG Bonn.

Dieses wies Anfang Dezember eine Amtshaftungsklage des Pflanzenschutzmittelgroßhändlers BayWa in erster Instanz ab.

Worum geht es? Im Rahmen der Ermittlungen des Bundeskartellamtes im Pflanzenschutzmittelkartell soll es, so BayWa, zu einer Ungleichbehandlung bei der Kronzeugenbehandlung gekommen sein. Drei (Mit-)Kartellanten soll ein anonymer Hinweis im Rahmen der Ermittlungen gegeben worden sein, mit dem Inhalt, dass diese den Fall

intern aufklären, gegebenenfalls einen Kronzeugenantrag stellen.

Das LG Bonn begründete seine Entscheidung damit, dass es aus ermittlungstaktischen Gründen fernliegend gewesen wäre, die BayWa als treibende Kraft und einen Haupttäter des Kartells, vorab zu informieren. Darüber hinaus sei es jedem Unternehmen, welches sich an einer kartellrechtlichen Absprache beteiligt hat, immer möglich, freiwillig beim Bundeskartellamt zu melden und einen Bonusantrag zu stellen.

Das Ermittlungsverfahren sei außerdem im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung abgewickelt worden, sodass sämtliche Kartellanten in diesem Zuge mit dem Bundeskartellamt kooperiert haben und über den Ermittlungsablauf in Kenntnis gesetzt wurden. Letztlich sei die BayWa AG auch nicht gerichtlich gegen den Bußgeldbescheid vorgegangen.

Ob dies in aller Absolutheit zutrifft, kann man durchaus hinterfragen. Die die Abwägung Ermittlungstaktik vs. Gleichbehandlung voll zu Gunsten des Bundeskartellamtes zu entscheiden, begegnet durchaus Bedenken, denn die Entscheidung öffnet die Tür weit zu Gunsten des Bundeskartellamtes, wenn es um die Frage geht: Was ist noch Ermittlungstaktik und was eine Willkürentscheidung. Ist es noch von Art. 3 GG gedeckt, wenn aus dem schlichten Grund, dass von dem anderen Unternehmen ein höheres Bußgeld zu erwarten sei, wenn dieses nicht Bonusantragsteller wird, man dieses am Anfang zulässigerweise nicht ansprechen darf. Dies könnte sodann künftig – je nach Fallkonstellation – dazu führen, dass das Bundeskartellamt Kartellanten nach erwartbarer Geldbuße kontaktiert.

### Summary

The Regional Court in Bonn has dismissed an action brought by BayWa, against the FCO to establish the authority's liability. BayWa AG claimed, that by contacting three other members of the cartel at the beginning of the investigation, the FCO has violated the principle of equality.

The Court substantiated his judgment with the fact, that the specific procedure for investigating the matter had previously been discussed with BayWa, due to a cooperation during the proceeding which led to a settlement.

## In eigener Sache: Vertretung Geschädigter im Nachgang zum Aluminium- und Stahlschmiedekartell

Das Bundeskartellamt hat kurz vor Weihnachten und im Februar zwei Bußgeldverfahren beendet, die für Abnehmer der bebußten Aluminium- und Stahlschmieden von Interesse sind. Sollte Ihr Unternehmen indirekt oder direkt Aluminium von dem Unternehmen OTTO FUCHS Beteiligungen KG, der Leiber Group GmbH & Co. KG, der Strojmetal Aluminium Forging GmbH, dem Presswerk Krefeld GmbH & Co. KG oder der Bharat Forge Aluminiumtechnik GmbH bezogen haben, können Ihnen Kartellschadensersatzansprüche zustehen. Dasselbe gilt, wenn Sie Stahl von den Unternehmen CDP Bharat Forge GmbH (jetzt: Bharat Forge Global Holding GmbH), der Bharat Forge CDP GmbH oder der ehemaligen Johann Hay GmbH & Co. KG Automobiltechnik (jetzt: Musashi Bockenau GmbH & Co. KG) bezogen haben. Beide Fälle weisen

sowohl bei den beteiligten Kartellanten, als auch beim Kronzeugen, Hirschvogel, Parallelen auf.

Im Fall Aluminiumschmiedebetriebe hat das Bundeskartellamt Geldbußen i.H.v. ca. 175 Mio. Euro gegen mehrere Aluminiumschmiedebetriebe verhängt, da diese zwischen April 2006 und April 2018 das gemeinsame Ziel verfolgt haben, die steigenden Kosten auf deren Kunden abzuwälzen, um keine Nachteile durch Kostensteigerungen zu erleiden. Bei gemeinsamen Treffen tauschten sich die Kartellanten regelmäßig über die individuellen Kosten im Einkauf und Kostensteigerungen für Aluminium, für Energie und für die Umarbeitung des Aluminiums aus. Auch Absprachen über sog. Ratio Rabatte waren Teil der Kartellabsprache.

Bereits kurz darauf, im Februar 2021, veröffentlichte das Bundeskartellamt sodann, dass es weitere Bußgelder i.H.v. 35 Mio. für weitere Absprachen im Bereich der Stahlschmiedeindustrie verhängt hat. Es stellte fest, dass sich die Unternehmen in der Absicht ausgetauscht hätten, die eigenen Herstellungskosten von Schmiedeerzeugnissen sowie die Kostenveränderungen möglichst

vollständig an die Kunden weiterzureichen. Der Austausch umfasste die Kosten des eingesetzten Edelstahls sowie den Bereich der Energie- und Lohnkosten.

Orth Kluth vertritt kartellgeschädigte Unternehmen bei der Geltendmachung der Kartellschadensersatzansprüche.

#### Summary

The FCO has imposed fines on companies from the aluminum and steel forging industry in December 2020 and February 2021. In the case of the aluminum forging cartel, the agreements aimed at passing on rising material costs to customers and not suffering any disadvantages from the cost increases, and in the case of the steel forging cartel, passing on the company's own manufacturing costs to customers as fully as possible. Orth Kluth represents damaged parties in their assertion of antitrust damage claims.

## Kontakt

---



**Dr. Anselm Grün**  
Rechtsanwalt, Notar, Partner

T +49 30 2060970-0  
anselm.gruen@orthkluth.com  
Heidestraße 9, 10557 Berlin  
orthkluth.com



**Dr. Lars Maritzen**  
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 211 60035-292  
lars.maritzen@orthkluth.com  
Kaistraße 6, 40221 Düsseldorf  
orthkluth.com



**Dr. Bastian Mehle**  
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 30 2060970-15  
bastian.mehle@orthkluth.com  
Heidestraße 9, 10557 Berlin  
orthkluth.com



**Maria Kroenig**  
Rechtsanwältin

T +49 211 60035-294  
maria.kroenig@orthkluth.com  
Kaistraße 6, 40221 Düsseldorf  
orthkluth.com





**Dr. Dominika Stachurski LL.M**

Rechtsanwältin

T +49 30 2060970-20

[dominika.stachurski@orthkluth.com](mailto:dominika.stachurski@orthkluth.com)

Heidestraße 9, 10557 Berlin

[orthkluth.com](http://orthkluth.com)



**Prof. Dr. Patrick Ostendorf LL.M.**

Of Counsel

T +49 30 2060970-0

[patrick.ostendorf@orthkluth.com](mailto:patrick.ostendorf@orthkluth.com)

Heidestraße 9, 10557 Berlin

[orthkluth.com](http://orthkluth.com)