

Hogan Lovells Kartellrechts-Radar

Winter 2018/19

– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

Fokus Fusionskontrolle

Freigabe des Zusammenschlusses von Karstadt und Kaufhof durch das Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt (BKartA) hat die Fusion zwischen Karstadt Warenhaus (Karstadt) und Galeria Kaufhof (Kaufhof), den beiden einzig verbliebenen bundesweit tätigen Warenhausbetreibern mit einem Gesamtumsatz von ca. fünf Mrd. €, am 9. November 2018 freigegeben (B2-106/18, Bericht abrufbar [hier](#)).

Karstadt betreibt 79 Warenhäuser in Deutschland, während Kaufhof 98 Warenhäuser und sechs Saks OFF 5th-Filialen in Deutschland sowie 16 Filialen in Belgien und 15 Filialen in den Niederlanden in das Gemeinschaftsunternehmen einbringt.

Das BKartA hat sich mit den jeweiligen konkreten Marktverhältnissen für rund 20 verschiedene Warengruppen an den jeweiligen Standorten der Warenhäuser befasst. Selbst bei isolierter Betrachtung des rein stationären Handels kam es nur in einzelnen Warengruppen und Regionen zu kombinierten Anteilen von mehr als 25 Prozent. Die weitere Bewertung des BKartA berücksichtigte auch den zunehmenden Wettbewerbsdruck des Online-Handels, dessen Wachstumsraten im Durchschnitt bei 10 Prozent jährlich liegen. Das BKartA kam zu dem Schluss, dass in allen Warengruppen der höchste Wettbewerbsdruck auf das Filialgeschäft durch Onlinemarktplätze ausgeübt wird. Selbst bei einer auf den stationären Vertrieb beschränkten Betrachtung sowie auch bei Berücksichtigung der Auswirkungen der Fusion auf die Beschaffungsseite stellte das BKartA fest, dass das Vorhaben keine erheblichen wettbewerblichen Bedenken hervorruft.

Laut BKartA konnte aufgrund einer sehr intensiven Vorbereitung von mehreren Monaten des eigentlichen Fusionskontrollverfahrens die umfassende fusionskontrollrechtliche Prüfung innerhalb der einmonatigen ersten Phase abgeschlossen werden. Für Zusammenschlüsse, die zumindest prima facie eine intensivere wettbewerbliche Prüfung erfordern, kann dieses Vorgehen unter Umständen ein vertieftes Hauptprüfungsverfahren ersetzen.

Übernahme von Liberty Global durch Vodafone

Mitte Oktober 2018 hat Vodafone die geplante Übernahme von Liberty Global in Tschechien, Deutschland, Ungarn und Rumänien bei der Europäischen Kommission (Kommission) nach der EU-Fusionskontrollverordnung angemeldet.

In Tschechien, Ungarn und Rumänien ist Vodafone hauptsächlich als Mobilnetzbetreiber tätig. Liberty Global bietet vor allem Festnetzverbindungen an. In Deutschland betreiben Vodafone und Liberty Global Kabelnetze, die verschiedene Gebiete und Regionen abdecken.

Anfang November 2018 hat das BKartA im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Verweisung des Fusionsfalles Vodafone/Liberty beantragt, soweit sich dieser Zusammenschluss in Deutschland auswirkt. Nach Auffassung des BKartA bietet sich der Fall für eine Teilverweisung an, da die Übernahme zu erheblichen Veränderungen der Marktverhältnisse im Bereich des Kabelfernsehens und der Telekommunikation in Deutschland führen könnte. Dieser Verweisungsantrag wird derzeit von der Kommission geprüft. Verweisungsanträge können nach der EU-Fusionskontrollverordnung sowohl von den Beteiligten eines Zusammenschlusses als auch von Mitgliedsstaaten gestellt werden und können erhebliche Auswirkungen auf den Zeitplan des Vorhabens als auch die inhaltliche Beurteilung durch die jeweilige Kartellbehörde haben.



„Killerakquisitionen“

Die Kommission hat jüngst verschiedentlich Bedenken geäußert, dass große Unternehmen durch den Aufkauf von Start-ups und deren Innovationen den Wettbewerb empfindlich behindern könnten. Im Hinblick auf die sogenannten „Killerakquisitionen“ sind insbesondere die Pharma- und Tech-Branche in den Fokus gerückt. In Deutschland und Österreich wurde dies durch neue Schwellenwerte basierend auf dem Transaktionswert zumindest für die nationale Fusionskontrolle adressiert.

Auf europäischer Ebene waren „Killerakquisitionen“ zuletzt Gegenstand der großen Digital-Konferenz der Kommission *“Shaping competition policy in the era of digitisation”* am 17. Januar 2019 in Brüssel (mehr Informationen dazu [hier](#)). EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager betonte in ihrer Rede zur Eröffnung der Konferenz die Rolle, die große Technologieunternehmen bei der „Blockade von Innovationspfaden für die Verbraucher“ spielen könnten, indem sie Start-ups einfach aufkauften.

Zuvor hatte Tommaso Valletti, Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb, vorgeschlagen, eine Verlagerung der Beweislast auf marktbeherrschende Unternehmen zu erwägen.

Take away

Im Bereich der Fusionskontrolle kann nicht genug Augenmerk auf das notwendige Zeitmanagement gelegt werden: sei es im Vorfeld der Vorbereitung einer Anmeldung durch informelle Vorgespräche mit den Kartellbehörden oder prozedurale Fragen zu Verweisungen im Fusionskontrollverfahren im Zusammenspiel von Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden. Die Diskussion um die gestiegene Darlegungslast an die Parteien verdeutlicht, dass gerade im Bereich von Technologie- und Pharmatransaktionen mit einer kritischen Überprüfung durch die Behörden zu rechnen ist.

Fokus Energiemärkte

BKartA und Bundesnetzagentur veröffentlichen Monitoringbericht

Das BKartA und die Bundesnetzagentur haben am 28. November 2018 ihren gemeinsamen Monitoringbericht über die Entwicklungen auf den deutschen Elektrizitäts- und Gasmärkten veröffentlicht (abrufbar [hier](#)). Danach hat der Umbau der Energiemärkte – genannt seien Stichworte wie Atom- und Kohleausstieg sowie Ausbau der erneuerbaren Energien – erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf den deutschen Strommärkten. So war 2017 erstmals mehr Erzeugungslleistung aus erneuerbaren als aus konventionellen Energieträgern installiert. Der gemeinsame Marktanteil der größten Energieerzeuger hat sich gegenüber den Vorjahren weiter verringert.

Im Bereich Gas sank der Erdgasgroßhandelspreis im Jahr 2017 erheblich und befindet sich wieder in etwa auf dem Niveau des Jahres 2015.

Auch auf den Einzelhandelsmärkten für Strom und Gas kam es 2017 zu verstärktem Wettbewerb. So sank der gemeinsame Marktanteil der absatzstärksten Stromanbieter gegenüber dem Vorjahr weiter und liegt wie auch der Grad der Marktkonzentration auf den beiden größten Gaseinzelhandelsmärkten nach wie vor deutlich unter der gesetzlichen Vermutungsschwelle für Marktbeherrschung.

Take away

Der Umbau der Energiemärkte bleibt aus kartellrechtlicher Sicht spannend. Viele Verbraucher begrüßen eine Belebung des Wettbewerbs, die oft auch neue Spielräume für geschäftliche Transaktionen eröffnet.

Fokus Kartellschadenersatz

BGH verneint Anscheinsbeweis beim Kartellschadenersatz

Zum Ende des Jahres 2018 sorgte der Kartellsenat des BGH mit einem Urteil zum sogenannten Kartell der Schienenfreunde für Aufsehen (BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17; abrufbar [hier](#)). Neben einigen weiteren aktuell diskutierten Themen des Kartellrechts war die höchstrichterliche Ablehnung des Anscheinsbeweises beim Kartellschadenersatz Kern des Urteils.

Gegenstand des Verfahrens war eine auf Kartellschadenersatz gerichtete Klage, die die Kläger auf eine Bußgeldentscheidung des BKartA im Kartell der „Schienenfreunde“ (BKartA, Bußgeldbescheid v. 18.07.2013) stützten. Dort hatte das BKartA im Juli 2013 gegen die Hersteller und Lieferanten von Gleisoberbaumaterial wegen Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen Bußgelder in Höhe von insgesamt etwa 234 Mio. € verhängt. Die Vorinstanzen hatten der Klage gegen eine Kartellbeteiligte insbesondere unter Anwendung des Anscheinsbeweises sowohl hinsichtlich der Schadensentstehung als auch der Kartellbetroffenheit der einzelnen konkreten Aufträge weitgehend stattgegeben.

Der Anscheinsbeweis ist eine typisierte Form des Indizienbeweises. Er verlangt einen typischen, durch die Lebenserfahrung bestätigten gleichförmigen Hergang. „Typisch“ ist ein Geschehensablauf nur, wenn er so häufig vorkommt, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist („wer auffährt, hat Schuld“). In einem solchen Fall beschränken sich die Verteidigungsmöglichkeiten der Gegenpartei auf den Gegenbeweis, im jeweiligen Fall liege ein atypischer Geschehensablauf vor.

Stattdessen will der BGH lediglich eine tatsächliche Vermutung für Kartellschäden und Kartellbetroffenheit der Transaktionen zulassen. Er orientiert sich insofern an ökonomischen Erfahrungssätzen, wonach hinsichtlich der Schäden ein Preis-, Quoten- und Kundenschutzkartell häufig zu einem Mehrerlös der beteiligten Unternehmen führe und hinsichtlich der Betroffenheit Kartelle grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet seien.

Da der BGH nunmehr nur noch den „kleinen Anscheinsbeweis“ in Form der tatsächlichen Vermutung zur Anwendung kommen lässt, werden Kläger in Zukunft weitere konkrete Tatsachen vorzutragen haben, die neben der tatsächlichen Vermutung eines Schadens zusätzlich den Vortrag einer Schadensentstehung im Einzelfall stützen. Bisher war neben den faktischen Anknüpfungspunkten des Anscheinsbeweises nur die Schadenshöhe zu substantiieren.

Take away

Die Rechtsprechung zum Kartellschadenersatz ist aufgrund der zunehmenden Anzahl von Klagen vor deutschen Gerichten von großer praktischer Relevanz. Auch für laufende Verfahren kann die engere Ansicht des BGH eine Rolle spielen. Kläger und Beklagte sollten ihre Strategie dementsprechend überprüfen.



Ihre Hauptansprechpartner

[Dr. Martin Sura](#)

Praxisgruppenleiter Kartellrecht
Partner, Düsseldorf
martin.sura@hoganlovells.com

[Dr. Falk Schöning](#)

Partner, Brüssel
falk.schoening@hoganlovells.com

[Dr. Marc Schweda](#)

Partner, Hamburg
marc.schweda@hoganlovells.com

[Dr. Christoph Wünschmann](#)

Partner, München
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

[Christian Ritz](#)

Counsel, München
christian.ritz@hoganlovells.com

Bleiben Sie auf dem Laufenden!

[Focus on Regulation Blog](#)

[Deutscher Blog](#)

[Deutsche Webseite](#)

Unser deutsches Kartellrechtsteam



“Hogan Lovells” or the “firm” is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word “partner” is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2019. All rights reserved. 1054766_0319