

# Herausforderungen für 2018

## Kartellrechtliche Compliance: Neue Themen stehen auf der Agenda

Von Prof. Dr. Daniela Seeliger, LL.M., und Kaan Gürer, LL.M.



Von Algorithmen bis Vertragsgestaltung im Internet: Das Jahr 2018 hat eine Fülle neuer Themen im Kartellrecht in petto.

Das Jahr 2018 stellt Unternehmen vor neue Compliance-herausforderungen. Nachdem die 9. GWB-Novelle und die damit einhergehende Verschärfung der Haftung für Kartellrechtsverstöße sowie kartellrechtliche Schadensersatzklagen prägend für das vergangene Jahr waren, steht nunmehr eine Vielzahl neuer Themen auf der Agenda.

### Daten als Marktmacht

Die zunehmende Digitalisierung hat eine neue Welle von Missbrauchsverfahren angestoßen, die sich mit der Marktmacht von Internetunternehmen befassen. Dies wirft neue Fragen in Bezug auf die Definition der Märkte, der Marktmacht und des Missbrauchs auf – insbesondere, wenn Nutzer kein Entgelt leisten. Diese Punkte werden auch im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 07.02.2018 aufgegriffen. Ebenso hinzugekommen sind Aspekte des Verbraucher- und Datenschutzes, in dessen Bereich sich das Bundeskartellamt im Jahr seines 60-jährigen Bestehens weiter hineinwagt. Der Umgang mit Daten und auch datenschutzrechtliche Aspekte können starke wettbewerbliche Implikationen haben. Daten sind inzwischen ein Faktor von Marktmacht. ▶

Die übermäßige Erhebung von Nutzerdaten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann missbräuchlich sein. Ebenso kann die Verwendung unzulässiger allgemeiner Geschäftsbedingungen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

### Algorithmen

Die Kartellbehörden befassen sich zudem zunehmend mit der Frage, welche Auswirkungen automatisierte und selbstlernende Informations- und Kommunikationstechniken haben. Dazu zählen etwa Algorithmen, die computerbasierte Preissysteme automatisch angleichen. Das Bundeskartellamt hat kürzlich Lufthansa wegen überhöhter Ticketpreise kritisiert. Das Argument, dass sich das Tarifsysteem mit Hilfe des computerbasierten Preissystems automatisch angeglichen habe, hat das Bundeskartellamt nicht gelten lassen. Algorithmen würden ja nicht „vom lieben Gott geschrieben“, und die Unternehmen könnten sich „nicht hinter Algorithmen verstecken“. Automatisierte Systeme können außerdem eine Kollusion zwischen Wettbewerbern erleichtern. Ebenso können sie dazu führen, dass Preisbindungen leichter durchgesetzt werden. EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager hat ein „Panel of Experts“ angekündigt, das sich gezielt mit den kartellrechtlichen Auswirkungen von Algorithmen auseinandersetzen soll. Hier scheint zukünftig eine „Compliance 4.0“ geboten.

### Konsequente Verfolgung vertikaler Absprachen

Die Unternehmen müssen weiterhin mit einer konsequenten Verfolgung kartellrechtswidriger Absprachen und empfindlichen Bußgeldern rechnen, insbesondere auch im vertikalen Verhältnis zwischen Hersteller und Händler. Dies hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28.02.2018 im Fall „Rossmann“ erneut unter Beweis gestellt. Das Gericht erhöhte im Einspruchsverfahren das vom Bundeskartellamt im Jahr 2015 verhängte Bußgeld in Höhe von 5,3 Millionen Euro auf 30 Millionen Euro. In der Sache ging es um vertikale Preisabsprachen beim Vertrieb von Röstkaffee des Herstellers Melitta. Aus Sicht des Gerichts kam erschwerend hinzu, dass die Preisbindung horizontale Auswirkungen hatte, da Rossmann Informationen über das Preisverhalten seiner Wettbewerber im Handel bekommen hatte und seine Aktionspreisführung dadurch deutlich erleichtert wurde.

### Vertragsgestaltung im Internet

Die Vertragsgestaltung im Onlinevertrieb wird die Gerichte und Behörden vermutlich auch weiterhin beschäftigen. Im Vorlageverfahren „Coty“ hat der EuGH im Dezember vergangenen Jahres entschieden, dass ein (pauschales) Drittplattformverbot in selektiven Vertriebssystemen unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Kartellrecht vereinbar sein kann. Der EuGH verwies auf die bisherige Rechtsprechung, dass Hersteller von Luxus- oder Prestigegütern das Image ihrer Produkte durch bestimmte objektive qualitative Anforderungen an den Vertrieb schützen dürfen, soweit diese zum Schutz der

Aura oder des Luxuscharakters des Produkts erforderlich sind, diskriminierungsfrei angewendet werden und nicht über das notwendige Maß hinausgehen. Dazu soll auch der generelle Ausschluss des Verkaufs über Drittplattformen zählen. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die Definition und Reichweite des Begriffs des Luxusguts im Einzelfall noch Fragen aufwerfen werden.

Mit einer anderen Modalität des Internetvertriebs hat sich auch der BGH im Fall „Asics“ befasst (BGH, KVZ 41/17). Er entschied, dass das pauschale Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen durch die Händler ohne das Anknüpfen an qualitative Anforderungen eine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO darstellt und somit gegen Kartellrecht verstößt. Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass die Hersteller bei der Gestaltung ihres Vertriebssystems große Sorgfalt walten lassen müssen, wenn sie beabsichtigen, eine gewisse Kontrolle darüber auszuüben, wie ihre Produkte online vermarktet und verkauft werden. Dies gilt auch für selektive Vertriebssysteme. Während eine auf qualitativen Kriterien beruhende Plattformbeschränkung durch Dritte freigestellt werden kann, können verschiedene andere Klauseln, die den Internetverkauf für Einzelhändler/Vertriebspartner einschränken oder bestimmen, wie etwa ein generelles Verbot der Einstellung von Links, die Einrichtung von Schnittstellen zu Onlinesuchmaschinen oder die Nutzung von Preisvergleichsseiten oder eine Kombination davon, als passive Verkaufsbeschränkung (Hardcorebeschränkung) angesehen werden, die unzulässig ist. Es ist vor diesem Hintergrund notwendig, jede Klausel näher zu betrachten, die Einzelhändler daran hindern kann, das Internet als Vertriebskanal effektiv zu nutzen, oder ▶

die es ihnen erschweren kann, mit ihrer Onlinepräsenz von Kunden gefunden zu werden.

### Transaktionsgeschäft

Im Rahmen von Fusionskontrollanmeldungen gehört zur kartellrechtlichen Compliance grundsätzlich auch die Einhaltung des Vollzugsverbots. Das bedeutet, dass Unternehmen – vereinfacht gesagt – ein Zusammenschlussvorhaben nicht vor Genehmigung durch die Kartellbehörden umsetzen dürfen. Verstöße gegen das Vollzugsverbot werden von den Behörden zunehmend verfolgt und sanktioniert. Das EuG bestätigte im Oktober vergangenen Jahres das von der Europäischen Kommission verhängte Bußgeld in Höhe von 20 Millionen Euro im Fall „Marine Harvest“ (Verstoß im Rahmen mehrerer Erwerbsvorgänge). Sanktionen ergingen ebenso in den USA, China und Frankreich, wo zuletzt ein „Rekordbußgeld“ in Höhe von 80 Millionen Euro im Fall „Altice“ verhängt wurde. Die Europäische Kommission führt derzeit Verfahren gegen die Unternehmen „Canon/Toshiba Medical Systems“ wegen der Einbeziehung eines zwischengeschalteten Käufers.

Für Unternehmen ist oftmals nicht eindeutig, wann die Grenzen zwischen reinen Vorbereitungshandlungen und dem Vollzug einer Transaktion überschritten sind. In Deutschland hat der BGH jüngst zur Reichweite des Vollzugsverbots Stellung genommen und entschieden, dass bereits solche Handlungen unter das Vollzugsverbot fallen können, die die Wirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses teilweise vorwegnehmen (Beschluss

vom 14.11.2017, KVR 57/16 – „Edeka/Kaiser’s Tengelmann“). Dies steht möglicherweise im Gegensatz zur Ansicht von Generalanwalt Nils Wahl, der im derzeit anhängigen EuGH-Verfahren im Fall „Ernst & Young“ eine „negative Definition des Vollzugsverbots“ fordert. Er spricht sich dafür aus, dass Maßnahmen, die keinen Kontrollerwerb darstellen und nicht untrennbar mit diesem verbunden sind, keinen Vollzug darstellen. Die Frage, ob die Maßnahmen sich potentiell auf den Markt auswirken oder unumkehrbar seien, sollte nicht berücksichtigt werden. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH in diesem Verfahren oder im Fall „Marine Harvest“, in dem die Unternehmen kürzlich Beschwerde gegen die EuG-Entscheidung eingelegt haben, Klarheit schaffen wird. Deutlichere Handlungsanweisungen wären aus Compliesicht eindeutig zu begrüßen.

Die strikte Durchsetzung des Vollzugsverbots geht einher mit strengeren Anforderungen an die Informationsbeschaffung. Neben dem prominenten Verfahren gegen „Facebook/WhatsApp“ ist die Europäische Kommission bereits in weiteren Fällen wegen falscher bzw. irreführender Angaben der Unternehmen in Fusionskontrollverfahren tätig geworden. Hinzu kommen zunehmend komplexe Beurteilungsmaßstäbe der Behörden, die oftmals zu langwierigen Verfahren führen. Innerhalb der vergangenen sechs Jahre hat sich die Dauer der Fusionskontrollverfahren in der EU, den USA und China durchschnittlich um 50% bis 90% verlängert. Zumindest in Bezug auf die Last der Informationsbeschaffung ist eine gewisse Hilfestellung in Sicht. Die Europäische Kommission hat sogenannte Best-Practice-Guidelines für das

Einreichen unternehmensinterner Dokumente für die nächsten Monate angekündigt.

Gleichzeitig sollten Unternehmen bei Transaktionen die Bestimmungen des jeweiligen Außenwirtschaftsrechts oder auch „Foreign Investments“ im Blick haben. Tendenziell werden die Bestimmungen, insbesondere innerhalb der EU, verschärft. In Deutschland wird erwartet, dass sowohl die Zahl der Anmeldungen (die sich in den vergangenen zwei Jahren verdoppelt hat) als auch die Zahl der eingehenden Untersuchungen weiter zunehmen werden. Generell gilt, dass erforderliche Genehmigungen den Abschluss einer Transaktion zusätzlich zu fusionskontrollrechtlichen Freigaben in die Länge ziehen können. Auf europäischer Ebene wird derzeit über einen gemeinsamen gesetzlichen Rahmen für die Prüfung bestimmter Beteiligungen im Bereich der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung diskutiert. ◀



**Prof. Dr. Daniela Seeliger, LL.M.,**  
Rechtsanwältin, Partnerin,  
Linklaters LLP, Düsseldorf  
[daniela.seeliger@linklaters.com](mailto:daniela.seeliger@linklaters.com)



**Kaan Güre, LL.M.,**  
Rechtsanwalt, Associate,  
Linklaters LLP, Düsseldorf  
[kaan.guerer@linklaters.com](mailto:kaan.guerer@linklaters.com)  
[www.linklaters.com](http://www.linklaters.com)