

ARIM –: Die neue DAJV Fachgruppe

Zusammenfassung der Veranstaltung anlässlich des Fachgruppentags am 28. März 2009 in Frankfurt am Main

09:30 - 12:30	<p>Workshop 1: Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: Werden die kartellrechtlichen Risiken größer?</p> <p>Referenten: Bettina Heyder-Ziegler Beisitzerin der 12. Beschlussabteilung, Bundeskartellamt, Bonn Prof. Dr. Dirk Schroeder Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Köln Dr. Marius Kuschka, LL.M. Justitiar GS1 Germany, Engel Heckmann & Partner, Düsseldorf Dr. Andreas Möhlenkamp Rechtsanwalt, Hauptgeschäftsführer WSM Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung e.V., Düsseldorf Eckhard Dorn Rechtsanwalt, Konzernrechtsabteilung IBM Deutschland, Stuttgart</p> <p>Leitung: Dr. Christa Pfeil-Kammerer Beisitzerin der 2. Beschlussabteilung, Bundeskartellamt, Bonn Dr. Jens Peter Schmidt Mayer Brown, Brüssel</p>
15:45 - 17:00	<p>Workshop 3: Neue Akzente im US-amerikanischen Medien- und Telekommunikationsrecht unter Präsident Obama ... oder mehr Streitigkeiten?!</p> <p>Referenten: Dr. Axel Spies Bingham McCutchen LLP, Washington, D.C. Michael Schmittmann Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf</p> <p>Leitung: Dr. Stephan Wilske, LL.M. Gleiss Lutz, Stuttgart Dr. Ralph Sammeck, LL.M. General Counsel RTL Television GmbH, Köln</p>
? Präsentationen der Referenten unter www.dajv.de ?	

Am 28. März 2009 fand der erste DAJV Fachgruppentag der Fachgruppe "Antitrust, Regulated Industries, Media" (ARIM) am Institut of Law and Finance der Goethe-Universität Frankfurt am Main statt.

Die ARIM ist aus der früheren DAJV -Fachgruppe "Media / Telecoms /IP" hervorgegangen. Da in den letzten Jahren immer mehr regulatorische, und insbesondere auch kartellrechtliche Themen relevant geworden sind, hat sich die DAJV entschlossen, die Themen "Antitrust" und "Regulated Industries" in die Fachgruppe "Media/Telecoms/IT" zu integrieren. Die Fachgruppe wird sich dabei nicht nur dem Medienkartellrecht sondern aktuellen kartellrechtlichen Fragestellungen aus allen Bereichen widmen.

Der Auftaktworkshop unter der Leitung von Frau *Dr. Christa Pfeil-Kammerer* und Herrn *Dr. Jens Peter Schmidt* zum Thema "Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: Werden die kartellrechtlichen Risiken größer?" ist diesem Anspruch gerecht geworden.

Frau *Bettina Heyder-Ziegler*, Beisitzerin der 12. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, nahm die so genannte "Schlossrunde" zum Anlass, um am Beispiel eines von Luxuskosmetikherstellern unterhaltenen Marktinformationssystems die behördliche Sichtweise zum Informationsaustausch darzustellen. Dabei wurde herausgearbeitet, dass sich Marktteilnehmer in einem Spannungsfeld befinden zwischen zulässigem Informationsaustausch einerseits und einer kartellrechtlich unzulässigen Absprache andererseits. Deutlich wurde, dass der Informationsaustausch nicht nur ein notwendiger Begleiter klassischer Kartellabsprachen ist, wie z.B. bei Preis- oder Gebietsabsprachen, sondern auch einen eigenständigen Verstoß gegen Kartellrechtsnormen begründen kann. In der so genannten "Schlossrunde" hatten sich Marktteilnehmer über einen längeren Zeitraum hinweg regelmäßig getroffen um detaillierte Informationen (z.B. zu Umsätzen und Marktstrategien) auszutauschen.

Die Referentin stellte heraus, dass ein Informationsaustausch nicht per se verboten sei. So könnten Unternehmen beispielsweise Informationen austauschen, wenn die Daten anonymisiert und für alle Marktteilnehmer zugänglich seien, keine Rückschlüsse auf individuelle Geschäfte zuließen und sich auf die Vergangenheit bezögen. Im Anschluss an den Vortrag stellte sich in der regen Diskussion heraus, dass es für die Marktakteure sehr schwierig sei, sich in dieser Grauzone sicher, d.h. rechtmäßig, zu bewegen. Frau *Heyder-Ziegler* räumte ein, dass keine allgemein gültige "Checkliste" für die Zulässigkeit eines Informationsaustauschs existiere, und es auf jeden Einzelfall, einschließlich der Marktstruktur, ankomme.

Nach der Diskussionsrunde erläuterte *Prof. Dr. Dirk Schroeder*, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, die Vorgaben des EG-Kartellrechts und des deutschen Kartellrechts und unternahm einen Exkurs in das US-amerikanische Kartellrecht. Anhand der Rechtsprechungspraxis – und der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott im Fall T-Mobile Netherlands BV (Rechtssache C-8/08) – analysierte der Referent insbesondere die Tatbestandsmerkmale "Bezwecken" und "Bewirken" einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81 Abs.1 EG. Hinsichtlich des Bezweckens wies Herr *Prof. Schroeder* darauf hin, dass konkrete Marktauswirkungen nicht vorliegen müssten, um einen Kartellrechtsverstoß anzunehmen. Zudem bestehe eine widerlegliche Vermutung, dass die ausgetauschten Informationen das Marktverhalten der davon unterrichteten Unternehmen beeinflusst haben. Hinsichtlich des Bewirkens verwies der Referent auf die Art. 81 EG-Leitlinien der Kommission in Bezug auf Seeverkehrsdienstleistungen, die eine systematische Darstellung des Problems bereithielten.

Im Exkurs zum Recht in den USA wurde herausgestellt, dass gemäß der *rule of reason* auch bei einem Informationsaustausch die positiven und negativen Wirkungen abgewogen würden. In der behördlichen Verfolgung habe der Informationsaustausch als eigenständiger Kartellverstoß weniger Bedeutung; eher würdigten Privatkläger einen Informationsaustausch als Beweis für ein unzulässiges Kartell.

Der Ausgangspunkt des anschließenden Vortrags von Herrn *Dr. Andreas Möhlenkamp*, Rechtsanwalt und Hauptgeschäftsführer WSM Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung e.V., hatte sich bereits in den Diskussionen gezeigt. Die Zerfahrenheit des Rechtsgebiets und mangelnde Rechtssicherheit seien Hauptprobleme der Marktteilnehmer, die sich auch auf die Verbandstätigkeit auswirke. Die Funktion eines Verbandes bestehe auch darin, Marktinformationen zu sammeln und diese den Verbandsmitgliedern zur Verfügung zu stellen. Diese Arbeit werde erschwert, da zwischen einem von Herrn *Dr. Möhlenkamp* als notwendig erachteten Informationsaustausch einerseits, der wettbewerbsfördernd sei, und einem unzulässigen Verstoß gegen das deutsche und europäische Kartellrecht, ein Spielraum ohne klare Regeln liege. Insbesondere vor der Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten Verbandsfreiheit (Art. 9 I, III GG) seien klarere Regeln notwendig, die die Arbeit von Wirtschaftsverbänden nicht unnötig erschwere. Schließlich erkläre Herr *Dr. Möhlenkamp* die nach seiner Auffassung wichtigsten Kriterien für die Zulässigkeit eines

Informationsaustauschs: Wer hat Zugang zu den gesammelten Informationen? Wie detailliert und aktuell sind die Informationen? Wie ist die Marktstruktur beschaffen?

Im Anschluss an diesen Vortrag hob Herr *Dr. Marius Kuschka*, Justitiar GS1 Germany, Engel Heckmann & Partner, die Notwendigkeit des Informationsaustausches unter Marktteilnehmern am Beispiel der Standardisierung hervor. Nur dadurch werde eine Standardisierung überhaupt möglich, die aus dem täglichen Leben nicht mehr wegzudenken sei. So sei der Barcode, der sich auf jedem Produkt befinde und das Abrechnungssystem vereinfacht habe, das Ergebnis eines Informationsaustausches über die gesamte "Versorgungskette" hinweg. Zukunftsträchtig sei in diesem Zusammenhang auch die Einführung von "Radio Frequency Identification-Chips" (RFID-Chips). Diese würden nach Auffassung des Referenten den Alltag in naher Zukunft durch ein einheitliches und beschleunigtes Modell für Bezahlungen und ähnliche Vorgänge des täglichen Lebens vereinfachen. Der Referent erläuterte die bei GS1 implementierten Maßnahmen, mit denen kartellrechtliche Compliance im Hinblick auf den Informationsaustausch erreicht würden. Auch Herr *Dr. Kuschka* konzedierte, dass das Recht den Praxisanforderungen manchmal entgegenstehe.

Den Abschluss des ersten Workshops stellte der Vortrag von Herrn *Eckhard Dorn*, Rechtsanwalt in der Konzernrechtsabteilung von IBM, dar. Auch Herr *Dorn* spannte den Bogen vom Informationsaustausch zur Entwicklung von Industriestandards, die ohne notwendigen Austausch von Informationen schlechterdings nicht möglich seien. Erst der Informationsaustausch zwischen IBM, Microsoft und Infineon Anfang der 80iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts habe die Revolution der Computertechnik möglich gemacht. Herr *Dorn* analysierte den für Standards relevanten rechtlichen Rechtsrahmen, erklärte den Zuhörern die Grundsätze der diesbezüglichen IBM-Compliance und machte damit den Bezug zur Praxis sehr anschaulich und deutlich.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Podium des ersten Workshops das ganze Meinungsspektrum abgedeckt hat. Durch die hochkarätige Besetzung fanden immer neue anregende Diskussionen statt und vor allem das Publikum beteiligte sich aktiv an den Streitfragen.

Nach der Mittagspause fand der zweite Workshop der ARIM "Neue Akzente im US-amerikanischen Medien-, Telekommunikations- und Patentrecht unter Präsident Obama ... oder mehr Streitigkeiten?!" gemeinsam mit der Fachgruppe "Arbitration, Litigation, Mediation" statt. Die Leitung hatten Herr *Dr. Ralph Sammeck* und Herr *Dr. Stephan Wilske*.

Im ersten Vortrag gab Herr *Dr. Axel Spies*, Bingham McCutchen LLP, einen Überblick über die zuständigen US-Behörden, die den Bereich IT/Media regulieren. Des Weiteren stellte er aktuelle Probleme und Projekte vor, wie zum Beispiel den Ausbau und die Schaffung einer Internetinfrastruktur im ländlichen Raum. Dabei ist der Zusammenhang zur aktuellen Finanzkrise zum Vorschein gekommen, denn gerade der Ausbau von Internetinfrastruktur soll als Konjunkturmotor in den USA, wie wohl auch in Deutschland, dienen. Als aktuelles Problem führte Herr *Spies* die langwierige Ernennungsprozedur von Mitgliedern der US-Regierung an. Während eines zu langen Zeitraumes werde das jeweilige Ressort nur geschäftsführend geführt, wodurch wichtige Zukunftsentscheidungen verzögert würden.

Herr *Michael Schmittmann*, Heuking Kühn Lüer Wojtek, schilderte anschließend die regulatorischen europarechtlichen und deutschen Rahmenbedingungen für Investitionen in TV- und TK-Unternehmen. Für den Bereich der TV-Unternehmen zog *Schmittmann* das Fazit, dass die regulatorischen Rahmenbedingungen in Deutschland gegenwärtig keinen Stimulus auf US-Unternehmen ausübten, in deutsche Fernsehunternehmen zu investieren. Er illustrierte dies an den bisherigen Investments von Murdoch in die Free-TV-Sender VOX und TM3 sowie in den Bezahlsender Premiere. Aus VOX und TM3 habe sich Murdoch nach erheblichen Verlusten wieder zurückgezogen. Auch der Bezahlsender

Premiere könne nur durch erhebliche Gesellschafterdarlehen von Murdoch am Leben gehalten werden. Als wesentliche Ursache für diese Misserfolge nannte *Schmittmann* die hohe Regulationsdichte im deutschen Fernsehmarkt (Werberichtlinien, Medienkonzentrationsrecht) und die im europäischen Vergleich einmalige Anzahl um deutsche Werbegelder konkurrierender Free-TV-Sender. Die einmalige Erfolgsgeschichte von Haim Saban und seines kurzfristigen Engagements bei der ProSiebenSat.1-Gruppe sei ein Einzelfall und in dieser Form nicht wiederholbar.

Auch im Bereich der Telekommunikationsnetze seien die regulatorischen Rahmenbedingungen für Investoren alles andere als verlockend. So sei es bis heute nicht gelungen, einen Investor für flächendeckend empfangbares mobiles Fernsehen über den Standard DVB-H zu finden. Das Vorhaben einer Investorengruppe um ein südafrikanisches Unternehmen sei nicht zuletzt deshalb gescheitert, weil das Konsortium zum Erhalt der erforderlichen Frequenzen mit 13 deutschen Landesmedienanstalten eine Einigung finden musste. Auch das Geschäft der Breitbandkabelnetze (KDG, UnityMedia, Kabel BW) sei in Deutschland hoch reguliert. *Schmittmann* hob insbesondere die in vielen Bundesländern geltenden Must-Carry-Regelungen hervor. Danach sind die Kabelnetzbetreiber in der Auswahl der von ihnen verbreiteten TV-Programme nicht frei, sondern müssen die Vorgaben der Landesmedienanstalten beachten. *Schmittmann* zog das Fazit, dass mit einer Entspannung der regulatorischen Rahmenbedingungen in Deutschland mittelfristig nicht zu rechnen sei. Eher im Gegenteil.

Herr *Mark Hannemann*, Kanzlei Kenyon & Kenyon LLP, stellte in dem abschließenden Vortrag die Unterschiede des US-Patentrechts zum Europäischen Patentrecht und die Reformbestrebungen in den USA dar. Während im US-Patentrecht der Grundsatz des "first to invent" gelte, sei im Europäischen Gemeinschaftsrecht der Grundsatz "first to file" vorherrschend. Das US-Recht gehe dabei von einem "Hobbybastler" aus, der durch eine Erfindung in seinem Keller den amerikanischen Traum Wirklichkeit werden lasse. Im Gegensatz dazu gelte in Europa durch das Prioritätsprinzip der Grundsatz, dass eine Erfindung erst veröffentlicht werden solle, wenn die Patente gesichert seien. Durch einen Überblick über aktuelle Entscheidungen von Gerichten aus unterschiedlichen Instanzen zeigte der Referent, wie Rechtsprechung und Legislative bei der Reform des US-Patentrechts zusammenwirken.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die erste Veranstaltung der ARIM-Fachgruppe alle Bereiche, die die neue Fachgruppe im Namen führt, abgedeckt hat. Die neue Fachgruppe bietet eine hervorragende Plattform für die Zukunft, um Rechtsbereiche, die in der Rechtspraxis zusammenhängen, in Podiumsbeiträgen und Diskussionen miteinander zu verknüpfen. Die Besetzung des Panels, das Interesse der Zuhörer und die behandelten Themen geben Anlass zur Hoffnung, dass auch die zukünftigen Veranstaltungen der ARIM-Fachgruppe auf ein breites Interesse stoßen werden.

Verfasser: *Stefan Peintinger*, Student Division Chapter Süd
Kritik und Anregung bitte an "stefan@peintinger.eu"