

NJW Praxis

Im Einvernehmen mit den Herausgebern der NJW
herausgegeben von
Rechtsanwalt Felix Busse

Band 36

Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis

von

Dr. Philipp von Dietze

Rechtsanwalt in Hamburg

und

Dr. Helmut Janssen, LL. M.

Rechtsanwalt in Brüssel und Düsseldorf

6., vollständig überarbeitete Auflage 2023



Zitiervorschlag: v. Dietze/Janssen KartellR Rn. ...

www.beck.de

ISBN 978 3 406 74170 8

© 2022 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)



Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Das Kartellrecht boomt – so hatten wir das Vorwort früherer Auflagen beginnen lassen. Diese zunehmende Bedeutung war anfangs der Aussicht auf Bußgeld-Erlass für Unternehmen geschuldet, die bereit waren, Kronzeugenanträge zu stellen. Später entwickelte die erleichterte Geltendmachung von Schadensersatz eine Wucht, die auf der einen Seite die Zahl der Kronzeugenanträge zurückgehen, auf der anderen Seite eine Klageindustrie entstehen ließ. Kartellrechtler – Inhouse- wie externe Berater – können sich weiterhin nicht über zu wenig Geschäft beklagen.

Seit Erscheinen der 5. Auflage im Jahr 2015 haben sich wesentliche Umstände für das wettbewerbliche Umfeld geändert, von der exponentiellen Expansion der Internetökonomie, über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU bis zu den vielfältigen Auswirkungen des Klimawandels, der Corona-Pandemie, des Kriegs im Osten Europas. Gesetzgeberisch hat sich einiges getan durch die 9. und die 10. GWB-Novelle, auf europäischer Ebene unter anderem durch die neue Vertikal-GVO. Aus der Rechtsprechung ist aktuell das EuG-Urteil im Fusionskontrollfall Illumina hervorzuheben, mit dem die neue Praxis der Kommission gebilligt wurde, selbst dann eine Zuständigkeit für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen anzunehmen, wenn ein nach seinem Recht gar nicht zuständiger Mitgliedstaat den Fall an die EU-Behörde verweist (Rechtsmittel zum EuGH anhängig). Nicht zu übersehen ist, dass das BKartA über seine traditionellen Kompetenzen hinaus immer weiter in Richtung einer Marktordnungsbehörde (Verbraucherschutzbehörde) ausgebaut wird – es führt nun das Wettbewerbsregister, und seine Kompetenzen als Markttransparenzstelle für Kraftstoffen wurden erweitert. Mit dem Referentenentwurf des BMWK für eine 11. GWB-Novelle (Pressemitteilung des BMWK v. 20.9.2022) sollen die Befugnisse der Kartellbehörden weiter gestärkt werden, etwa zur Unterstützung der Kommission zur Durchsetzung des Digital Markets Act und zum Vorgehen gegen Unternehmen in Märkten, in denen der Wettbewerb nicht ausreichend funktioniert.

Wieder einmal bedanken wir uns bei unseren Kanzleien Brödermann Jahn und Luther für den Freiraum, der uns für die neue Auflage eingeräumt wurde. Es macht uns auch nach mehr als 20 Jahren viel Freude, das „Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis“ zu betreiben und unsere Erfahrungen in diesem Buch zu verarbeiten. Im Sinne der besseren Lesbarkeit haben wir uns gegen die Verwendung von Gendersternchen u.ä. entschieden. Die maskuline Form wird in diesem Buch geschlechterneutral verwendet.

Brüssel, Düsseldorf und Hamburg, im Oktober 2022

*Philipp von Dietze
Helmut Janssen*

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Abgekürzt zitierte Verordnungen und Bekanntmachungen der Kartellbehörden	XVII
Adressen	XIX
Abgekürzt zitierte Literatur	XXI
1. Teil. Einführung	1
A. Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis	1
B. Grundlagen	7
C. Anwendungsbereich	27
2. Teil. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	33
A. Einleitung	33
B. Systematik einer Prüfung nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB	34
C. Horizontale Vereinbarungen	56
D. Vertikale Vereinbarungen	66
E. Lizenzvereinbarungen	94
3. Teil. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen ..	101
A. Überblick	101
B. EU- und/oder deutsches Recht?	102
C. Die Tatbestandsmerkmale	103
D. Rechtsfolgen	139
E. Fallgruppen	139
4. Teil. Behördliche Verfahren und Rechtsschutz	155
A. Verfahrensablauf und Ermittlungsbefugnisse	155
B. Adressaten von Maßnahmen	174
C. Dritte	183
D. Verfahren in mehreren Staaten	187
5. Teil. Privatrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche	189
A. Kartellrechtliche Ansprüche	190
B. Die Kartellschadensersatzklage	195
C. Checkliste: Klagen gegen Kartellmitglieder	212
6. Teil. Fusionskontrolle	215
A. Verhältnis der deutschen zur EU-Fusionskontrolle	216
B. EU-Fusionskontrolle	222
C. Deutsche Fusionskontrolle	269
D. Ausländische Fusionskontrolle	310
E. Praxistipps für Fusionskontroll-Fälle	311

7. Teil. Compliance	321
A. Haftungsrisiken	321
B. Risiko-Analyse	323
C. Bestandteile eines Compliance-Programms	324
Anhang	329
1. Die Mitgliedstaaten der EU und des EWR	329
2. Organigramm der GD Wettbewerb	330
3. Organigramm des BKartA	331
4. Schaubilder zum Verweisungssystem der FKVO	332
Sachverzeichnis	337

Inhaltsverzeichnis

1. Teil. Einführung	1
A. Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis	1
I. Kartellrecht im Alltag von Unternehmen und Anwälten	1
II. Tätigkeitsfelder des Anwalts	2
III. Informationsquellen	4
1. Sachverhalt	4
2. Rechtslage	4
B. Grundlagen	7
I. Definition	7
II. Rechtsquellen und Auslegungshilfen	9
1. Deutsches Recht	9
2. EU-Recht	10
III. Institutionen	11
1. Deutsches Recht	11
2. EU-Recht	13
IV. Geschichte	16
1. Deutsches Recht	16
2. EU-Recht	18
V. Wettbewerbstheorie und -politik	20
1. Wettbewerbstheorie	20
2. Funktionen des Wettbewerbs	23
3. Argumente für Wettbewerbsbeschränkungen	24
C. Anwendungsbereich	27
I. Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts	27
1. Sachlicher Anwendungsbereich	27
2. Räumlicher Anwendungsbereich	29
II. Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts	29
1. Sachlicher Anwendungsbereich	29
2. Räumlicher Anwendungsbereich	30
III. Verhältnis zwischen nationalem und EU-Kartellrecht	30
1. Vorrang des EU-Rechts	30
2. Anwendung durch die Verwaltung	31
3. Anwendung durch die Gerichte	31
IV. Ausländisches und internationales Kartellrecht	32
2. Teil. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	33
A. Einleitung	33
B. Systematik einer Prüfung nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB	34
I. Bereichsausnahmen	34
II. EU- oder deutsches Recht?	34
III. Bagatellfall	36
1. EU-Kartellrecht	36
2. Deutsches Kartellrecht	38
IV. Die Tatbestandsmerkmale	38
1. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen	39
2. Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmtes Verhalten	42
3. Wettbewerbsbeschränkung	45
4. Bezwecken und Bewirken	47

V. Freistellung vom Kartellverbot	47
1. Gruppenfreistellungsverordnungen	48
2. Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV iVm Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003	49
3. Dokumentation	51
4. Deutsches Kartellrecht	52
VI. Rechtsfolgen	53
1. Nichtigkeit	53
2. Ansprüche Dritter auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz	54
3. Bußgeld	55
4. Abstellung und nachträgliche Feststellung einer Zuwiderhandlung	55
5. Vorteilsabschöpfung	56
C. Horizontale Vereinbarungen	56
I. Vertriebsvereinbarungen	56
II. Einkaufsvereinbarungen	58
III. Forschungsvereinbarungen	59
IV. Produktionsvereinbarungen	60
V. Arbeitsgemeinschaften	62
VI. Marktinformations-, Preismeldesysteme	63
VII. Wettbewerbsverbote	64
VIII. Gemeinschaftsunternehmen	65
D. Vertikale Vereinbarungen	66
I. Prüfungsrahmen	66
1. Rechtsgrundlagen	66
2. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB	67
3. Verhältnis zu anderen GVO	68
4. Vertikal-GVO	68
5. Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV iVm Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003	79
II. Einzelne Vertriebsformen	80
1. Vertrieb durch ein eigenes Unternehmen (vertikale Integration)	80
2. Handelsvertreter und Kommissionäre	80
3. Franchising	82
4. Selektiver Vertrieb	84
5. Alleinbelieferung, Alleinvertrieb	88
6. Alleinbezug	89
III. Kfz-GVO	90
1. Anwendungsbereich der Kfz-GVO	90
2. Wesentliche Regelungen	91
IV. Zuliefervereinbarungen	92
E. Lizenzvereinbarungen	94
I. Wettbewerbsbeschränkungen	94
II. TT-GVO	95
III. FuE-, Spezialisierungs- und Vertikal-GVO	98
IV. Einzelfreistellung	99
V. Deutsches Recht	100
3. Teil. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen	101
A. Überblick	101
B. EU- und/oder deutsches Recht?	102
C. Die Tatbestandsmerkmale	103
I. Unternehmen	103
II. Marktbeherrschung	104
1. Überblick	104
2. Marktabgrenzung	104
3. EU-Kartellrecht	109
4. Deutsches Kartellrecht	111

III. Missbrauch	115
1. EU-Kartellrecht	115
2. Deutsches Kartellrecht	118
IV. Deutsche Besonderheit I: Unternehmen unterhalb Marktbeherrschungsschwelle („marktmächtige Unternehmen“)	126
1. Unternehmen mit relativer Marktmacht	127
2. Unternehmen mit überlegener Marktmacht	130
V. Deutsche Besonderheit II: Unternehmen mit überragender marktübergreifender Stellung (§ 19a GWB)	134
VI. Deutsche Besonderheit III: Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sowie Gütezeichen (§ 20 Abs. 5 GWB)	135
VII. Deutsche Besonderheit IV: Boykottverbot gem. § 21 GWB für alle Unternehmen	136
1. Boykottverbot	136
2. Veranlassung zu verbotenem Verhalten (§ 21 Abs. 2 GWB)	137
3. Veranlassung zu erlaubtem Verhalten (§ 21 Abs. 3 GWB)	138
4. Zufügung von Nachteilen wegen Veranlassung eines Kartellverfahrens	138
VIII. Deutsche Besonderheit V: Sonderregelung für Energiewirtschaft (§ 29 GWB)	138
IX. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	139
D. Rechtsfolgen	139
E. Fallgruppen	139
I. Lieferverweigerung	140
1. Weigerung der Aufnahme, Abbruch einer Geschäftsbeziehung	140
2. Mengenkontingentierung	142
3. Weigerung einer Lizenzvergabe (Zwangslizenz)	143
4. Selektive Vertriebsysteme	144
5. Zugang zu wesentlichen Einrichtungen	145
II. Missbräuchliche Preispolitik	145
1. Zu niedrige Preise (Preisunterbietung bzw. Predatory Pricing)	145
2. Zu hohe Preise	148
3. Ungleiche Preise	148
III. Rabatte	149
IV. Kopplungsgeschäfte	151
V. Exklusive Bezugs- oder Absatzverträge	152
4. Teil. Behördliche Verfahren und Rechtsschutz	155
A. Verfahrensablauf und Ermittlungsbefugnisse	155
I. Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und BKartA	155
II. Verfahren der Kommission (VO 1/2003)	156
1. Ermittlung	156
2. Beschluss über die formelle Verfahrenseröffnung	160
3. Verfahrensabschließender Beschluss	160
III. Verfahren des BKartA	166
1. Verwaltungssachen	166
2. Bußgeldsachen	170
B. Adressaten von Maßnahmen	174
I. Verfahrensrecht	174
1. Aussageverweigerungsrecht	174
2. Anspruch auf rechtliches Gehör	175
3. Akteneinsichtsrecht	175
4. Kronzeugenregelung	176
5. Vorgehen bei Auswirkung in mehreren Rechtsordnungen	178
II. Rechtsschutz	178
1. Maßnahmen der Kommission	178
2. Maßnahmen des BKartA	180

C. Dritte	183
I. Verfahrensrechte	183
1. Kommission	183
2. BKartA	185
II. Rechtsschutz	186
1. EU-Recht	186
2. Deutsches Recht	186
D. Verfahren in mehreren Staaten	187
5. Teil. Privatrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche	189
A. Kartellrechtliche Ansprüche	190
I. Anspruchsberechtigte	190
II. Anspruchsverpflichtete	191
1. Gesamtschuldnerische Haftung sämtlicher am Kartell beteiligten Unternehmen	191
2. Haftung verbundener Unternehmen	192
3. Haftung handelnder Organmitglieder und leitender Angestellter	193
III. Anspruchsinhalt	194
1. Beseitigung, Unterlassung	194
2. Schadensersatz	195
B. Die Kartellschadensersatzklage	195
I. Akteneinsicht	195
II. Streitverkündung	198
III. Zulässigkeit einer Klage	198
1. (Internationale) Zuständigkeit	198
2. Bestimmter Antrag, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO	201
3. Vorrang der Leistungsklage vor der Feststellungsklage	201
IV. Begründetheit einer Klage	202
1. Anwendbares Recht	202
2. Sammelklage durch Klagezweckgesellschaften	203
3. Schuldhafter Kartellrechtsverstoß	204
4. Kartellbetroffenheit und Kartellbefangenheit	205
V. Keine Schadensabwälzung (Passing-on-defense)	208
VI. Preisschirmeffekt (Schaden durch Dritte)	210
VII. Nebenforderungen (Zinsen)	210
VIII. Verjährung	211
C. Checkliste: Klagen gegen Kartellmitglieder	212
I. Verjährung	212
II. Sachaufklärung (fact finding)	212
III. Pooling von Ansprüchen/Prozessfinanzierung	213
IV. Auswahl der Beklagten und des Gerichtsstandes	213
V. Vereinbarung eines Schiedsgerichts oder Schiedsgutachters	213
VI. Anzuwendendes Recht	214
VII. Feststellungs- oder Leistungsklage	214
VIII. Klage-Antrag	214
IX. Schadensberechnung (Darlegungs- und Beweislast)	214
6. Teil. Fusionskontrolle	215
A. Verhältnis der deutschen zur EU-Fusionskontrolle	216
I. Vorrang der EU-Fusionskontrolle	216
II. Verweisungsregeln	216
1. Von der Kommission an einen Mitgliedstaat (bei unionsweiter Bedeutung)	217
2. Von Mitgliedsstaaten an die Kommission (bei fehlender unionsweiter Bedeutung)	218
B. EU-Fusionskontrolle	222
I. Einleitung	222
1. Verhältnis der FVKO zu Art. 101 und 102 AEUV	222
2. Anwendung auf Zusammenschlüsse außerhalb der EU	222

II. Formelle Fusionskontrolle	223
1. Zusammenschlusstatbestände	223
2. Unionsweite Bedeutung	231
III. Materielle Fusionskontrolle	237
1. Tatbestandsvoraussetzungen des Untersagungskriteriums, Art. 2 Abs. 3 FKVO	237
2. Marktabgrenzung	238
3. Kriterien zur Feststellung einer SIEC	240
4. Fallgruppen	246
5. Kausalität (Sanierungsfusion)	254
6. Ergänzende Prüfung des Art. 101 AEUV bei Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen	255
7. Zusagen	256
IV. Nebenabreden	256
V. Fusionskontrollverfahren	257
1. Zuständigkeit	257
2. Prüfungsverfahren	258
3. Sonstiges Verfahrensrecht	263
VI. Rechtsmittel	267
C. Deutsche Fusionskontrolle	269
I. Subsidiarität gegenüber der FKVO	269
II. Formelle Fusionskontrolle	269
1. Zusammenschlusstatbestände	270
2. Umsatzschwellen	277
3. 400 Mio.-Euro-Transaktionswert-Schwelle	281
4. Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse	282
5. Auslandszusammenschlüsse	283
6. Ausnahmen	284
III. Materielle Fusionskontrolle	284
1. Tatbestandsvoraussetzungen des Untersagungskriteriums, § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB	284
2. Marktabgrenzung	285
3. Kriterien zur Feststellung einer SIEC	285
4. Fallgruppen	286
5. Kausalität (Sanierungsfusion)	292
6. Die „wettbewerbliche Einheit“	294
7. Ausnahmen, § 36 Abs. 1 Satz 2 GWB	294
8. Ergänzende Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen außerhalb der Fusionskontrolle	297
9. Zusagen	298
IV. Nebenabreden	298
V. Fusionskontrollverfahren	299
1. Anmeldepflicht und Vollzugsverbot	299
2. Anmeldepflichtige Unternehmen	303
3. Form und Inhalt der Anmeldung	304
4. Dritte	305
5. Hauptprüfverfahren	306
6. Entscheidung	306
7. Kosten	306
8. Sonstige Verfahrensvorschriften	307
VI. Ministererlaubnis	307
VII. Rechtsmittel	307
1. Zusammenschlussbeteiligte	308
2. Dritte	309
D. Ausländische Fusionskontrolle	310
E. Praxistipps für Fusionskontroll-Fälle	311
I. Ermittlung von Anmeldepflichten	311

II. Gestaltung der Due Diligence	312
III. Vertragsgestaltung	314
1. Fusionskontrollbedingung (Closing Condition)	314
2. Kooperationspflichten der Parteien hinsichtlich des Fusionskontrollverfahrens	315
3. Pflichten des Veräußerers und des Zielunternehmens zwischen Signing und Closing	316
IV. Vorbereitung und Durchführung von Fusionskontrollverfahren	316
1. Ermittlung der für grundlegende Festlegungen erforderlichen Informationen	316
2. Erste Einschätzung der Genehmigungswahrscheinlichkeit	317
3. Entwurf der Anmeldung(en)	318
4. Kommunikation der Beteiligten steuern	319
5. Kommunikation mit Behörden	319
6. Beendigung von Verfahren durch Rücknahme von Anmeldungen	320
7. Teil. Compliance	321
A. Haftungsrisiken	321
B. Risiko-Analyse	323
C. Bestandteile eines Compliance-Programms	324
I. Instruktion der Mitarbeiter	325
II. Motivation und Kontrolle	326
III. Zuwiderhandlung abstellen	326
IV. Dokumentation	326
V. Sanktion	327
VI. Reaktion bei Aufdecken eines Verstoßes und Durchsuchungen	328
Anhang	329
1. Die Mitgliedstaaten der EU und des EWR	329
2. Organigramm der GD Wettbewerb	330
3. Organigramm des BKartA	331
4. Schaubilder zum Verweisungssystem der FKVO	332
a) Artikel 4 Absatz 4	332
b) Artikel 4 Absatz 5	333
c) Artikel 9	334
d) Artikel 22	335
Sachverzeichnis	337