

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 374

Beratungsschreiben, Comfort Letter und Vorsitzendenschreiben

Informelles Kartellbehördenhandeln: Phänomen,
Wirkung und Perspektive Dritter

Von

Till Seyer



Duncker & Humblot · Berlin

TILL SEYER

Beratungsschreiben, Comfort Letter
und Vorsitzendenschreiben

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 374

Beratungsschreiben, Comfort Letter und Vorsitzendenschreiben

Informelles Kartellbehördenhandeln: Phänomen,
Wirkung und Perspektive Dritter

Von

Till Seyer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre
der Universität Mannheim hat diese Arbeit im Jahre 2025
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing
Druck: Prime Rate Kft., Budapest, Ungarn

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-19658-6 (Print)
ISBN 978-3-428-59658-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Mai 2025 von der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juli 2024 fertiggestellt und im Mai 2025 aktualisiert.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale). Als Mitarbeiter seines Lehrstuhls bot er mir während der Anfertigung dieser Arbeit großzügige Freiräume und stand dem Forschungsvorhaben jederzeit offen und interessiert gegenüber. Seine vielfältigen Hinweise haben die Arbeit erheblich verbessert. Herrn Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz bin ich für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens dankbar.

Einen Grundstein für mein wissenschaftliches Interesse legte Prof. Dr. Jan Henrik Klement, der mich schon kurz nach Beginn meines Studiums in sein Lehrstuhlteam aufgenommen und früh mit großem Zutrauen unterstützt hat. Herrn PD Dr. Hannes Beyerbach danke ich für die bereichernde Zusammenarbeit während seiner Lehrstuhlvertretungen in Mannheim und sein immer offenes Ohr.

Für gegenseitige Motivation und wohltuende Ablenkung sorgten die Kolleginnen und Kollegen im Westflügel des Mannheimer Barockschlosses, insbesondere das Team am Lehrstuhl von Professor Franck. Daneben hat mich insbesondere Lukas auf vielfältige Weise mit klugen Gedanken bereichert. Der größte Dank gebührt schließlich Anke. Ihrer inspirierenden Begeisterung und liebevollen Unterstützung konnte ich mir jederzeit sicher sein.

Düsseldorf, im Juni 2025

Till Seyer

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung	19
§ 1 Problemaufriss	19
§ 2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	23
§ 3 Forschungsfragen und Gang der Untersuchung	27

Teil 2

Hintergrund: Kartellrecht und Rechtssicherheit	29
§ 4 Rechtsunsicherheit im System der Selbstveranlagung	29
A. Tatsächliche Bedeutung der Rechtssicherheit	30
B. Rechtsunsicherheit im Kartellrecht	31
I. Materiell-rechtliche Ursachen für Rechtsunsicherheit	31
II. Verfahrensrechtliche Reaktion auf Rechtsunsicherheit	32
1. Rückblick: Rechtssicherheit unter der VO 17/62	33
2. Rechtssicherheit unter der VO 1/2003	35
a) Art. 10 VO 1/2003	36
b) Art. 5 S. 3 VO 1/2003, § 32c Abs. 1 GWB	38
c) Zwischenfazit: Informelle Beratung füllt Lücke	40
C. Ergebnis	40

Teil 3

„Beratungsschreiben“ und „Comfort Letter“ der Kommission	42
§ 5 Tatsächlicher Befund	42
A. „Beratungsschreiben“	42
I. Bisher keine versandten „Beratungsschreiben“	42
II. Konstruktion in der Bekanntmachung	43
B. Darstellung der bekanntgewordenen „Comfort Letter“-Praxis	44
I. Besondere pandemiebedingte Beratungsbereitschaft	45

II.	Inhalt und Form der Comfort Letter	45
1.	Medicines for Europe	45
2.	Ecorys Europe	46
3.	Gemeinsamkeiten	47
C.	Weitere informelle, individuelle Äußerungen	47
I.	„Feedback“ zu GAIA-X	47
II.	Unbenanntes Schreiben im „AdBlue“-Verfahren	49
D.	Zwischenergebnis	50
§ 6	Rechtliche Grundlagen und Kategorisierung	51
A.	Grundlagen des allgemeinen Unionsverwaltungsrechts	51
B.	Rechtsgrundlage des informellen Handelns	52
C.	Kategorien informellen Handelns	54
I.	„Beratungsschreiben“	54
1.	Bekanntmachung als Grundlage der Kategorie	54
2.	Charakteristika des Beratungsschreibens	55
II.	„Comfort Letter“ bzw. Verwaltungsschreiben	56
1.	Befristeter Rahmen als Grundlage	56
2.	Sachgerechte Begriffsbildung	56
3.	Charakteristika und Abgrenzung zu Beratungsschreiben	57
4.	„Materielle“ und „prozessuale“ Comfort Letter	57
III.	Unbenannte Äußerungen sind Comfort Letter	58
1.	Fehlende Grundlage der unbenannten Äußerungen	59
2.	Plädoyer für einheitliche Bezeichnung: Comfort Letter	59
IV.	Verhältnis der Kategorien untereinander	60
1.	Beratungsschreiben und „Comfort Letter“	60
2.	Beratungsschreiben und unbenannte Äußerungen	61
a)	Regelungsumfang der Bekanntmachung	62
b)	Abschließender Charakter der Bekanntmachung	63
c)	Rechtlich relevante Abweichung	64
d)	(Keine) Rechtfertigung der Abweichung	64
3.	Zwischenergebnis zum Verhältnis der Kategorien	65
D.	Stellungnahmen im Agrarkartellrecht	65
E.	Zwischenergebnis	67
§ 7	Funktion der Beratungsinstrumente	67
A.	Erweiterung des Handlungsfeldes	67
I.	Überwindung der Voraussetzungen aus Art. 10 VO 1/2003	67
II.	Einflussnahme auf das Marktverhalten	68
III.	Größere Erlass- und Anpassungsflexibilität	69
B.	Schauplatz nicht-wettbewerblicher Erwägungen	70
C.	Klärung und Ressourcenersparnis	71

D. „Sunshine Enforcement“	72
E. Behördliche Lerneffekte und bessere Regelsetzung	73
F. Speziell für Beratungsschreiben: Orientierungsfunktion	73
G. Ergebnis	75
§ 8 Rechtliche und faktische Wirkung	75
A. Konsequenzen für die Kommission	76
I. Gewähr von Vertrauensschutz	76
1. Maßstab	76
2. Anwendung auf Beratungsschreiben und Comfort Letter	78
a) Beratungsschreiben	78
aa) Hintergrund: Kommissionsauffassung	78
bb) Vertrauensschutz bzgl. des Verfahrensabschlusses	79
cc) Vertrauensschutz hinsichtlich der Verfahrenseinleitung	82
(1) Verfahrenseinleitung möglich	82
(2) Modifikation der Begründung	82
b) Materielle Comfort Letter	83
c) Prozessuale Comfort Letter	83
d) Zuständige Stelle und schutzwürdiges Vertrauen	84
aa) Beratungsschreiben	85
bb) Comfort Letter	85
cc) Zwischenergebnis zur zuständigen Stelle	87
e) Zwischenfazit	87
3. Fallgruppen	87
a) Änderung der Rechtslage	88
b) Rechtsprechungsentwicklung	88
c) Änderung der Sachlage	90
d) Unvollständige, unrichtige oder irreführende Angaben	90
e) Spätere Kenntnisnahme ex ante existenter Umstände	91
f) Abweichen im öffentlichen Interesse	92
g) Änderung der Rechtsauffassung der Kommission	93
aa) Kein endgültiger Bestandsschutz	94
bb) Erforderlichkeit von Übergangsfristen	95
cc) Zwischenergebnis	97
h) Abweichen wegen „allgemeiner Änderung der Politik“	97
i) Zwischenergebnis	99
4. Allgemeine Vorgaben für abweichende Entscheidungen	100
a) Erforderlichkeit eines actus contrarius	100
b) Teilweise Erforderlichkeit einer Übergangsfrist	100
c) Verfahren und Entscheidung bei Übergangsfrist	101
d) Entschädigung und Schadensersatz	101

e) Zwischenfazit	103
5. Ergebnis zu den Vertrauensschutzwirkungen	103
II. Annex: Bußgeldimmunität kraft Antrags?	104
III. Spezielles im Agrarkartellrecht	105
1. Stellungnahmen gegenüber Branchenverbänden	106
2. Stellungnahmen gegenüber Erzeugern	106
IV. Faktische Bindungswirkung	107
V. Ergebnis	107
B. Konsequenzen für die nationalen Kartellbehörden	108
I. Kein Zuständigkeitsentzug nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003	108
II. Berücksichtigungspflicht in Abstellungsanordnungen?	109
1. Hintergrund	109
2. Beratungsschreiben	110
3. Comfort Letter	111
III. Verschuldungsgesichtspunkt im Bußgeldverfahren	111
1. Vertrauensschutz?	112
2. Unvermeidbarer Verbotsirrtum	113
3. Zwischenfazit	114
IV. Faktische Wirkungen	114
C. Konsequenzen für nationale Gerichte	115
I. Berücksichtigungspflicht	116
1. Beratungsschreiben	116
2. Comfort Letter	119
II. Keine Pflicht zur Konsultation der Kommission	120
III. Vorlage an den EuGH bei Abweichen	120
1. Auslegungszweifel	121
2. Vorlage empfehlenswert	121
3. Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte	121
4. Jedenfalls: Befassungspflicht letztinstanzlicher Gerichte	122
IV. Verschuldungsgesichtspunkt im Zivilprozess	123
V. Faktische Wirkungen	124
VI. Zwischenfazit zu den Konsequenzen für nationale Gerichte	125
D. Konsequenzen, die der Adressat zieht	125
E. Zwischenbilanz der Konsequenzen	126
§ 9 Perspektive der Drittbetroffenen	126
A. Relevanz der Einbeziehung von Drittinteressen ex ante	127
B. Vorab: Drittinteressen bei Beschluss nach Art. 10 VO 1/2003	128
C. Rechtsschutz gegen Beratungsschreiben und Comfort Letter	130
I. Nichtigkeitsklage nicht statthaft	130
II. Keine Übertragbarkeit ähnlicher Konstellationen	132

III. Zwischenfazit	133
D. Einbeziehung der Drittinteressen ex ante	134
I. Verbot informellen Handelns kraft Drittbenachteiligung?	134
II. Erfordernis der Drittbeteiligung im Verfahren	135
1. Art. 41 Abs. 1 GRCh: Amtsermittlung zugunsten Dritter?	135
2. Art. 41 Abs. 2 lit. a GRCh: Anhörung Dritter?	137
a) Rechtliches Gehör auch für Nicht-Adressaten?	137
b) Hinreichend spürbarer Nachteil	139
c) Keine Rechtfertigung	141
d) Zwischenfazit	141
3. Analogie zu Art. 27 Abs. 3 und Abs. 4 VO 1/2003	142
III. Annex: Rolle des Anhörungsbeauftragten	142
E. Transparenz	143
I. Veröffentlichung der Schreiben	143
II. Zugangsansprüche nach der Transparenz-VO	143
1. Keine allgemeine Vermutung der Zugangsverweigerung	144
2. Maßstäbe der Zugangsverweigerung	145
F. Fazit zur Stellung Dritter	147
G. Annex: Zweckmäßigkeit der Drittbeteiligung	147

Teil 4

„Vorsitzendenschreiben“ des Bundeskartellamts	149
§ 10 Tatsächlicher Befund	149
A. Historischer Hintergrund und frühere Praxis	149
B. Aktuelle Praxis der Vorsitzendenschreiben	151
I. Vorab: Drei Wege zur Unterstützung von Vorhaben	151
II. Vorsitzendenschreiben als Beratungsinstrument	153
III. Überblick über die Praxis der Vorsitzendenschreiben	153
IV. Fallstudien	155
1. Fallstudie: Corona-Restrukturierungsverfahren des VDA	156
2. Fallstudie: Initiative Tierwohl Rindfleisch	157
3. Fallstudie: giropay II	158
4. Fallstudie: Catena-X	159
5. Fallstudie: Wasserstoffkooperation Get H2	160
6. Fallstudie: Forum Nachhaltiger Kakao	161
7. Fallstudie: Tank & Rast	162
8. Fallstudie: DFL-Zentralvermarktung	163
9. Schlussfolgerungen aus den Fallstudien	165

§ 11 Rechtliche Grundlagen	167
A. Informelle Rechtsnatur der Vorsitzendenschreiben	168
I. Verwaltungsrechtliche Grundlagen	168
II. Vorab: Verfügung nach § 32c Abs. 1 GWB	168
III. Demgegenüber: Informalität und kein Rechtsbindungswille	169
IV. Ein Grenzfall: Der KG-Beschluss i. S. Aral	170
B. Bedeutung der Einführung von § 32c Abs. 2 GWB	172
I. Keine Notwendigkeit wegen Vorbehalt des Gesetzes	172
II. Intention und Wirkung: Stärkung des Instruments	173
III. Gesetzliche Anerkennung regulatorisch vorteilhaft	173
C. Rechtmäßigkeit der „aktiven Duldung“	174
D. Fazit zu den rechtlichen Grundlagen	176
§ 12 Funktion des informellen Verfahrens	177
A. Klärung	177
B. Flexibilisierung	177
I. Flexibilität beim Erlass	177
II. Flexibilität im Verfahren	178
C. Ressourcenersparnis: Keine Beiladung, kaum Begründung	179
D. Vertrauliche Beratung	180
E. Keine Orientierungsfunktion	181
F. Fazit zu den Funktionen des Vorsitzendenschreibens	181
§ 13 Rechtliche und faktische Wirkung von Vorsitzendenschreiben	181
A. Konsequenzen für das BKartA	182
I. Gewähr von Vertrauensschutz	182
1. Maßstab	182
2. Anwendung auf Vorsitzendenschreiben	183
a) Vertrauensschutz bei informellen Äußerungen	184
b) Bedeutung der Vertrauensbetätigung	185
c) Irrelevanz des Kollegialprinzips	185
d) Einschränkungen des Vertrauensschutzes	186
3. Fallgruppen für ein Abweichen	187
a) Änderung der Sach- oder Rechtslage	187
b) Rechtsprechungsentwicklung	188
c) Unvollständige, unrichtige oder irreführende Angaben	189
d) Spätere Kenntnisnahme ex ante existenter Umstände	189
e) Änderung der zugrundeliegenden Rechtsauffassung	190
aa) Vorab: Änderung der Rechtsauffassung bei § 32c Abs. 1 GWB	191
bb) BGH-Rspr. zur Änderung der Rechtsauffassung im Kartellrecht	193
cc) Würdigung der BGH-Rechtsprechung	195
dd) Dauerhafter Bestandsschutz am Beispiel von Aral?	197

e) Zwischenfazit	200
f) Bloße Änderung der Ermessensausübung	201
g) Zwischenfazit zu den Vertrauensschutzwirkungen	202
4. Ausnahme bei Anwendung der Art. 101, 102 AEUV?	202
a) Schenker-Rspr.: Kein Vertrauensschutz	202
b) Aber: Schuldausschließender Verbotsirrtum möglich	203
c) Weitere Vertrauensschutzwirkungen?	205
aa) Erweiterung des unionsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes?	205
bb) Anwendbarkeit des nationalen Vertrauensschutzgrundsatzes?	206
d) Zwischenfazit	207
II. Verhältnismäßigkeit von Abstellungsanordnungen	207
III. Verwirkung von Eingriffsrechten	209
IV. Faktische Bindungswirkung	211
V. Ergebnis zu den Konsequenzen für das BKartA	211
B. Konsequenzen für nationale Behörden und Gerichte	212
I. Keine Bindungswirkung für deutsche Zivilgerichte	212
II. Auswirkungen auf Verschulden i. S. v. § 33a Abs. 1 GWB	213
III. Folgen für nationale Wettbewerbsbehörden im ECN	213
C. Konsequenzen für Kommission und Unionsgerichte	215
D. Konsequenzen, die der Adressat zieht	217
E. Fazit der Konsequenzen eines Vorsitzendenschreibens	217
§ 14 Perspektive der Drittbetroffenen	217
A. Vorab: Drittbeteiligung bei § 32c Abs. 1 GWB	218
I. Notwendige Beiladung	218
II. Einfache Beiladung und Beiladungsermessen	220
III. Stellungnahme Dritter, § 56 Abs. 2 GWB	221
IV. Zwischenergebnis	221
B. Keine analoge Anwendung der §§ 54 ff. GWB	221
C. Handlungsformverbot und Entschließungsermessen	222
I. Ermessensfehlgebrauch wegen Zweckverfehlung	223
II. Ermessensfehlgebrauch wegen Gesetzesumgehung	225
III. Ermessensüberschreitung	226
IV. Fazit zum Entschließungsermessen	228
D. Informelle Anhörung möglich	228
E. (Kein) Rechtsschutz	229
F. Transparenz	231
I. Veröffentlichung im Ermessen des BKartA	231
II. Aktenführungspflicht und Informationszugang nach IFG	232
III. Zwischenergebnis	235
G. Fazit zur Perspektive Drittbetroffener	235

Teil 5

Wertender Vergleich und Schlussfolgerungen	236
§ 15 Wertender Vergleich und Schlussfolgerungen	236
A. Vergleich des tatsächlichen Befunds	236
I. Umfang der informellen, schriftlichen Beratungstätigkeit	236
II. Verfahrensdauer	237
III. Inhalt der informellen, schriftlichen Beratungstätigkeit	238
IV. Ausbleiben formeller Entscheidungen	239
B. Vergleich der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungen	239
C. Vergleich der Drittbeteiligung	241
D. Schlussfolgerungen für die Zukunft	242
I. Prinzipielle Würdigung der informellen Beratung	242
II. Problem der Transparenz aus Sicht der Antragsteller	245
III. Kein spezifischer Gesetzgebungsbedarf	246
IV. Zuständigkeitsabgrenzung und Behördenzusammenarbeit	246
1. Zuständigkeitsabgrenzung	247
2. Behördenzusammenarbeit im ECN	247
a) Kommission als beratendes Organ	247
b) Nationale Wettbewerbsbehörde als beratendes Organ	248
V. Veröffentlichung und Transparenz	249
VI. Verwaltungsgrundsätze für die Ermessensausübung?	250
1. Chancen und Risiken der Verwaltungsgrundsätze	251
2. Ausgestaltung der Verwaltungsgrundsätze	252
a) Kriterien der Fallauswahl	252
b) Vorgaben zum Ersuchen	253
c) Zuständigkeit für Beschwerden	254
VII. Gebührenerhebung	255
VIII. Die Schlussfolgerungen in Kürze	256

Teil 6

Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung	257
§ 16 Zusammenfassung in Thesenform	257
Literaturverzeichnis	266
Stichwortverzeichnis	283

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
B 2011/695	Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren, ABl. 2011, L 275/29
BB	Betriebs-Berater
Beschl. v.	Beschluss vom
BGebG	Bundesgebührengesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
CFR	Code of Federal Regulations
CMA	Competition and Markets Authority
CMLRev	Common Market Law Review
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review
DoJ	Department of Justice
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSD	Duales System Deutschland
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECN	European Competition Network
ECN+-RL	Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019, L 11, 3
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
engl.	englisch
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. 2004, L 24, 1
FTC	Federal Trade Commission
GA	Generalanwalt bzw. Generalanwältin

GD	Generaldirektion
GMO	Gemeinsame Marktorganisationsverordnung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Horizontal-LL	Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023, C 259/1
i. d. F.	in der Fassung
JAЕ	Journal of Antitrust Enforcement
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JICL	Journal of International and Comparative Law
Leitlinien zu Art. 210a GMO	Leitlinien zur Ausnahme von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen für landwirtschaftliche Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013, ABl. 2023, C 1446/1
KartSERL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014, L 349/1
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
SchlA	Schlussanträge
Slg.	Sammlung
Spstr.	Spiegelstrich
Transparenz-VO	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2021, L 145/43
Urt. v.	Urteil vom
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L 1/1
VO 17/62	Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962, P 13, 204, aufgehoben durch Art. 43 Abs. 1 VO 1/2003
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YARS	Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies
YEL	Yearbook of European Law

ZVertriebsR
ZWeR

Zeitschrift für Vertriebsrecht
Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Teil 1

Einführung

§ 1 Problemaufriss

Digitalisierung, Nachhaltigkeit und Rohstoffengpässe sind drängende Herausforderungen unserer Zeit, die Unternehmen zunehmend mithilfe innovativer Kooperationsformen bewältigen wollen. Dem steht ein wachsendes Bewusstsein für die kartellrechtlichen Risiken einer solchen Zusammenarbeit gegenüber. Das unternehmerische Bedürfnis nach behördlicher Beratung im Kartellrecht ist deshalb gewachsen.

Nach dem früheren EU-Kartellverfahrensrecht konnten Unternehmen regelmäßig eine behördliche Entscheidung über die Kartellrechtmäßigkeit erhalten und ihr Vorhaben auf dieser Basis rechtssicher umsetzen. Seit Inkrafttreten der neuen Kartellverfahrensverordnung – der VO 1/2003¹ – obliegt die Beurteilung hingegen allein der unternehmerischen Selbsteinschätzung. Besondere Schwierigkeiten bereitet dies bei der ursprünglich als Genehmigungsvorbehalt ausgestalteten Einzelfreistellung vom Kartellverbot in Art. 101 Abs. 3 AEUV:² Demnach rechtmäßiges Verhalten konnte früher bei der Kommission angemeldet und genehmigt werden, während Unternehmen die wertungsbehaftete Subsumtion heute selbst vornehmen müssen (sog. System der Legalausnahme).³

Für die Selbsteinschätzung können die Unternehmen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen, die Leitlinien der Kommission sowie die Rechtsprechungs- und Entscheidungspraxis zurückgreifen. In vielen Fällen verbleiben dennoch Unsicherheiten: Unternehmen können etwa wegen Überschreitung der Marktanteilsschwellen nicht von den Gruppenfreistellungen profitieren; neuartige Kooperationsver-

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L 1/1.

² Art. 101 Abs. 3 AEUV lautet auszugsweise: „Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf [...] Verhaltensweisen [...], die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“

³ Siehe statt Vieler *Lübbig*, in: Wiedemann, HdB KartellR, § 8 Rn. 61–64.

einbarungen sind häufig noch nicht in den verfügbaren Materialien abgebildet oder lassen sich angesichts der Unbestimmtheit abstrakt-genereller Orientierungshilfen nicht sicher zuordnen.⁴

Diese Unsicherheit ist aus unternehmerischer Sicht vor allem misslich, weil mit den betroffenen Vorhaben ganz erhebliche Investitionen einhergehen, über denen das Damoklesschwert der Nutzlosigkeit schwebt. Wird etwa außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollverordnung ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, das sich als kartellrechtswidrig herausstellt, so führt die Nichtigkeit des Gründungsvertrags nach Art. 101 Abs. 2 AEUV dazu, dass nicht nur die gesamten Gründungskosten, sondern etwa auch neu entwickelte, auf die Kooperation speziell zugeschnittene Wirtschaftsgüter wertlos werden können.⁵ Infolge der *Towercast*-Entscheidung des EuGH⁶ hat auch die Prüfung des Art. 102 AEUV neben den Fusionskontrollnormen an Bedeutung gewonnen. Um die Selbsteinschätzung im Einzelfall zu erleichtern, bietet es sich für Unternehmen an, die Kartellbehörden um eine informelle Einschätzung zu bitten.

Insbesondere Digitalisierungs- und Nachhaltigkeitsvorhaben führen zu neuartigen Kooperationsformen, die in den verfügbaren Orientierungshilfen noch nicht abgebildet sind. Damit eröffnet sich ein weites Anwendungsfeld für kartellbehördliche Beratung im Einzelfall.⁷ Anschauliches Exemplar einer solchen großvolumigen und neuartigen Kooperation ist das Dateninfrastrukturprojekt *Gaia-X*, das sowohl von der Kommission als auch vom Bundeskartellamt informell beraten wurde.⁸ Auf nationaler Ebene sind zahlreiche weitere Fälle öffentlich bekannt geworden, darunter aus jüngerer Vergangenheit beim Bundeskartellamt etwa der *Agrardialog Milch*,⁹ die *Initiative Tierwohl Rindfleisch*,¹⁰ das Onlinebezahlssystem

⁴ Siehe dazu BMWi, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, S. 60 sowie *Buhart/Henry*, *World Competition* 43 (2020), 305 (316), die außerdem auf die Schwierigkeit hinweisen, die mit der Anwendung der ökonomischen Konzepte einhergeht.

⁵ Siehe *Buhart/Henry*, *World Competition* 43 (2020), 305 (315); *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, *AEUV*, Art. 101 Abs. 3 Rn. 65.

⁶ EuGH, Urt. v. 16.03.2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 Rn. 30–53 – *Towercast*.

⁷ Vgl. Horizontal-LL, Rn. 515 mit Hinweis auf Beratungsbereitschaft in Nachhaltigkeitsfragen; s. auch *Dahlbender*, *WuW* 2021, 392 (394). Zu weiteren Anwendungsfeldern aus dem Digital- und Nachhaltigkeitsbereich siehe *de Stefano*, *JECLAP* 11 (2020), 121 (123); zum Zwecke der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV plädierend *Bailey*, *Antitrust Law Journal* 81 (2016), 111 (133–136); für Forschungs- und Entwicklungskooperationen s. *Volkmann*, *F&E-Kooperationen im neuen EU-KartellVerfR*, S. 109. Siehe auch die niederländische Praxis, bei der auffällt, dass sie insbesondere neue Kooperationsformen adressiert, *van der Schors/Varkevisser*, *JCLE* 19 (2023), 193 (204, 210).

⁸ Eingehend dazu unten bei S. 47 (Kommission) und S. 159 (BKartA).

⁹ BKartA, Fallbericht v. 08.03.2022, B2–87/21, NZKart 2022, 233 – *Agrardialog Milch*.

¹⁰ BKartA, Fallbericht v. 08.03.2022, B2–72/14, NZKart 2022, 234 – *Initiative Tierwohl Rindfleisch*.

*giropay*¹¹ und die Kooperation von Zuckerherstellern im Fall einer Gasmangellage.¹²

Um auf die Beratungsanfragen zu reagieren, stellt das Kartellverfahrensrecht formelle Entscheidungsinstrumente bereit: Die Kommission kann nach Art. 10 VO 1/2003 durch Beschluss feststellen, dass Art. 101, Art. 102 AEUV auf einen bestimmten Sachverhalt keine Anwendung finden. Auch das Bundeskartellamt kann nach Art. 5 S. 3 VO 1/2003 i. V. m. § 32c Abs. 1 GWB mittels Verfügung entscheiden, dass für sich kein Anlass besteht, tätig zu werden. Dies setzt jeweils voraus, dass der zugrundeliegende Sachverhalt nicht gegen Kartellrecht verstößt.

Erstaunlicherweise ergehen solche formellen Positiventscheidungen sehr selten. Die Kommission hat seit Inkrafttreten der VO 1/2003 bislang keinen einzigen Beschluss nach Art. 10 VO 1/2003 gefasst. Demgegenüber war das Bundeskartellamt in der Vergangenheit ein wenig aktiver und hat seit 2005 neun Verfügungen nach § 32c Abs. 1 GWB abgesetzt.¹³ Die jüngste in den Tätigkeitsberichten vermerkte Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB stammt aus dem Jahr 2015 und erging in Sachen *Google/VG Media*.¹⁴ Neuen Schwung könnte man mit Blick auf den seit 2021 in § 32c Abs. 4 GWB verankerten Anspruch auf Erteilung einer Verfügung nach § 32c Abs. 1 GWB erwarten.¹⁵

Neben die formellen Positiventscheidungen treten aber informelle Mitteilungen, in denen die Behörden ihre Rechtseinschätzung kundtun und äußern, ob sie ein Aufgreifen des Sachverhalts beabsichtigen. Die Kommission hatte sich unter der VO 1/2003 früh in einer Bekanntmachung positioniert und darin die Voraussetzungen für den Erlass sog. Beratungsschreiben (engl. *guidance letter*) dargelegt.¹⁶ Beim Bundeskartellamt besteht schon lange eine Praxis informeller Auskünfte, die

¹¹ BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/2022, BT-Drs. 20/7300, S. 85.

¹² BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/2022, BT-Drs. 20/7300, S. 54.

¹³ Dies ergibt sich aus den Tätigkeitsberichten des BKartA: Konkret erging eine Verfügung nach § 32c GWB im Jahr 2005 (BT-Drs. 16/5710, S. 230 f.), zwei im Jahr 2007 und drei im Jahr 2008 (BT-Drs. 16/13500, S. 184 f.), eine im Jahr 2009 (BT-Drs. 17/6640 S. 164 f.) und eine im Jahr 2011 (BT-Drs. 17/13675, S. 132). Zwischen 2012 bis 2014 erging keine Verfügung (siehe BT-Drs. 18/5210 S. 138 f.; BT-Drs. 17/13675, S. 134 f.). Zur Folgezeit ab 2015 s. die folgende Fußnote.

¹⁴ Siehe BKartA, Beschl. v. 08.09.2015, B6–126/14 – *Google/VG Media*. Siehe für die Jahre 2015/2016 BT-Drs. 18/12760, S. 146 f.; für 2017/2018 BT-Drs. 19/10900, S. 135 f.; für 2019/2020 BT-Drs. 19/30775, S. 157 f.; für 2021/2022 BT-Drs. 20/7300, S. 153 f. (die 2022 verzeichnete Eintragung dürfte ein Vorsitzendenschreiben betreffen).

¹⁵ Die Regierungsbegründung geht vage von einem moderaten Anstieg von fünf Verfahren pro Jahr aus, vgl. Begründung des RegE zur 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492, S. 61. Innerhalb der ersten zwei Jahre nach Inkrafttreten ist aber noch keine darauf beruhende Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB zu verzeichnen.

¹⁶ Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. 2004, C 101/78 (im Folgenden: „Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben 2004“).