

NJW Praxis 36

# Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis

von  
Dr. Philipp Dietze, Dr. Helmut Janssen

5. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66389 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

sen.<sup>14</sup> Anders als bei einfachen Auskunftsverlangen können falsche oder irreführende Angaben nicht sanktioniert werden.

## c) Nachprüfung

Hinter dem gesetzlichen Begriff der „Nachprüfung“ verbirgt sich die Befugnis der Kommission, **Durchsuchungen** in den Räumen des Adressaten durchzuführen. Wie auch beim Auskunftsverlangen hat die Kommission die Wahl zwischen einem einfachen Prüfungsauftrag und einem formellen Prüfungsbeschluss. 570

Grundsätzlich dürfen die Beamten alle Räumlichkeiten betreten und können die Vorlage aller Bücher und „Geschäftsunterlagen“ verlangen.<sup>15</sup> Darunter versteht man alles, was geschäftlichen Zwecken dient (auch Terminkalender, Reisekostenabrechnungen u. ä.), egal, ob auf Papier oder in elektronischer Form. Die Bediensteten dürfen nichts beschlagnahmen, aber Kopien der Unterlagen anfertigen.<sup>16</sup> Erstrecken sich die Ermittlungen über mehrere Tage, wird die Kommission am Ende eines Arbeitstages Unterlagen, die sie dem Zugriff des Unternehmens entziehen will, in einem versiegelten Raum des Unternehmens aufbewahren.<sup>17</sup> Wird das Siegel willentlich oder aus Versehen beschädigt, so droht eine Geldbuße von bis zu 1 % des Jahresumsatzes des Unternehmens.<sup>18</sup> Zur Sicherung elektronischer Daten sperrt die Kommission die E-Mail-Konten der wichtigsten Unternehmensmitarbeiter, und die Inspektoren der Kommission erhalten ein nur ihnen bekanntes Passwort, um den Bestand des Kontos sowie während der Nachprüfung eingehende E-Mails zu prüfen.<sup>19</sup> 571

**Hinweis:** Um ein versehentliches Umgehen der Sperre zu vermeiden, müssen Unternehmen im Fall eines externen IT-Dienstleisters mit diesem das Vorgehen regeln, z. B. dass Mitarbeiter während Durchsuchungen gesperrte Passwörter nicht zurücksetzen lassen können.

**aa) Prüfungsauftrag.** Bei einem einfachen Prüfungsauftrag legen Kommissions-Bedienstete dem Unternehmen den schriftlichen Prüfungsauftrag vor, der Gegenstand und Zweck der Nachprüfung angibt und auf die in Art. 23 VO 1/2003 vorgesehenen Sanktionen hinweist,<sup>20</sup> ferner eine sog. „*explanatory note*“, die unter anderem erklärt, wie die Inspektoren der Kommission ihre Identität nachweisen und welche Rechte der Adressat hat. Zieht die Kommission eine Durchsuchung auf Grund eines einfachen Prüfungsauftrages in Betracht, wird sie in der Regel, da sie auf die freiwillige Mitarbeit des Unternehmens angewiesen ist, das Unternehmen über die bevorstehende Nachprüfung unterrichten und sich mit ihm über die Modalitäten verständigen.<sup>21</sup> Wie auch die Beantwortung eines einfachen Auskunftsverlangens kann der Adressat die einfache Nachprüfung verweigern, muss aber kooperieren und richtige Auskünfte erteilen, sofern er sich mit der 572

<sup>14</sup> Art. 3 Durchführungs-VO.

<sup>15</sup> Art. 20 Abs. 2b) VO 1/2003; zu Ausnahmen aufgrund des „legal privilege“ siehe unten → Rn. 601 f.

<sup>16</sup> *De Bronett*, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 14.

<sup>17</sup> Art. 20 Abs. 2d) VO 1/2003.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 1e) VO 1/2003. Die Kommission verhängte etwa am 30.1.2008 gegen E.ON eine Geldbuße iHv 38 Mio. Euro wegen Siegelbruchs; Entscheidung bestätigt EuG Urt. v. 15.12.2012 – T-141/08 und EuG Urt. v. 22.11.2012 – C-89/11 P. Am 24.5.2011 verhängte die Kommission 8 Mio. Euro wegen Siegelbruchs gegen Suez Environment, COMP/39.796.

<sup>19</sup> Kommission Merkblatt zu den Mitwirkungspflichten von Unternehmen bei Nachprüfungen v. 18.3.2013, Tz. 10 ff. Die Umgehung der Sperre durch Umleitung von E-Mails an andere Konten ist eine Behinderung der Nachprüfung und kann mit 1 % des Jahresumsatzes geahndet werden, Art. 23 Abs. 1c) VO 1/2003; EuG Urt. v. 26.11.2014, T-272/12 – „EPH“: Geldbuße von 2,5 Mio. Euro gegen tschechische Energieunternehmen.

<sup>20</sup> Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003.

<sup>21</sup> *Immenga/Mestmäcker/Burrichter/Hennig*, EU-WbR, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 24.

Nachprüfung einverstanden erklärt hat. Die Nichtvorlage von Dokumenten und falsche Auskünfte können mit einer Geldbuße geahndet werden.<sup>22</sup>

- 573 **bb) Nachprüfungsbeschluss.** Ein Beschluss wird dagegen erst bei Beginn der Nachprüfung in beglaubigter Abschrift zugestellt. Auch er gibt den Bediensteten der Kommission nicht das Recht, sich gewaltsam Zugang zu möglichen Beweismitteln zu verschaffen. Widersetzt sich der Adressat einer durch Beschluss der Kommission angeordneten Nachprüfung, kann die Kommission selbst nur durch die Verhängung von Zwangsgeld<sup>23</sup> oder Bußgeld<sup>24</sup> gegen das Unternehmen vorgehen. Sollen Zwangsmittel an Ort und Stelle angewendet werden, müssen sich die Inspektoren der Kommission vom BKartA unterstützen lassen.<sup>25</sup> Die Kommission kann aber auch die nationalen Behörden ersuchen, die Nachprüfungen selbstständig durchzuführen.<sup>26</sup> Die Beamten des BKartA bedürfen eines **richterlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses**.<sup>27</sup> Die Bediensteten der Kommission dürfen die Mitarbeiter des BKartA begleiten, ohne dass sie einen eigenständigen Durchsuchungsbeschluss benötigen.<sup>28</sup>
- 574 **cc) Nachprüfung in Privaträumen.** Gemäß Art. 21 VO 1/2003 kann durch Beschluss eine Nachprüfung auch in Privatwohnungen von Mitarbeitern der betroffenen Unternehmen angeordnet werden. Voraussetzung ist allerdings der begründete Verdacht, dass sich dort Beweismittel für einen schweren Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV befinden. Zudem ist die vorherige Genehmigung eines Gerichts des Mitgliedsstaats erforderlich, das die Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme prüft.<sup>29</sup>

## 2. Beschluss über die formelle Verfahrenseröffnung

- 575 Sobald die Kommission der Ansicht ist, den Sachverhalt ausreichend ermittelt zu haben, beurteilt sie ihn daraufhin, ob genügend Anhaltspunkte für die Eröffnung eines Verfahrens vorliegen. Ist sie der Auffassung, dass dies nicht der Fall ist, und hatte sie die Ermittlungen aus eigener Initiative eingeleitet, stellt sie die Ermittlungen ohne förmliche Entscheidung ein. Hatte sie die Ermittlungen hingegen auf Grund der **Beschwerde** eingeleitet, muss sie dem Beschwerdeführer den Abschluss ihrer Ermittlungen mitteilen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben.<sup>30</sup> Äußert der Beschwerdeführer sich innerhalb der gesetzten Frist, ohne dass dies zu einer anderen Würdigung der Beschwerde führte, weist die Kommission diese durch Beschluss ab.<sup>31</sup>
- 576 Ergeben sich dagegen Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV, eröffnet die Kommission das formelle Verfahren gemäß Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 bzw. Art. 2 Abs. 1 VO 773/2004. Sie teilt das Ergebnis ihrer Beurteilung den Parteien mit (sog. Mitteilung der **Beschwerdepunkte**) und gibt ihnen Gelegenheit, innerhalb einer Frist von mindestens vier Wochen Stellung zu nehmen, unter anderem durch die Möglichkeit einer **Anhörung** (dazu unten → Rn. 588).<sup>32</sup>

<sup>22</sup> Art. 23 Abs. 1c), d) VO 1/2003.

<sup>23</sup> Art. 24 Abs. 1e) VO 1/2003.

<sup>24</sup> Art. 23 Abs. 1c) VO 1/2003.

<sup>25</sup> Art. 20 Abs. 6 VO 1/2003. Die Kommission hat nur die Anordnungs-, nicht die Vollstreckungskompetenz, vgl. Langen/Bunte/*Sura*, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 36, 39.

<sup>26</sup> Art. 22 Abs. 2 VO 1/2003.

<sup>27</sup> Art. 20 Abs. 7 VO 1/2003; zur Rechtmäßigkeitsprüfung Art. 20 Abs. 8 VO 1/2003.

<sup>28</sup> EuGH Urt. v. 21.9.1989, Slg. 1989, 2859 (2927) – „Hoechst“.

<sup>29</sup> Art. 21 Abs. 3 VO 1/2003.

<sup>30</sup> Art. 7 Abs. 1 VO 773/2004.

<sup>31</sup> Art. 7 Abs. 2 VO 773/2004.

<sup>32</sup> Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003; Art. 10 VO 773/2004; Frist geregelt in Art. 17 Abs. 2 VO 773/2004.

### 3. Verfahrensabschließender Beschluss

Sollte die Kommission am Ende des Verfahrens zum Ergebnis kommen, dass ein Verstoß nicht vorliegt, schließt sie die Akten (zu den Rechten Dritter siehe unten → Rn. 634 ff.). In Ausnahmefällen ist sie berechtigt, einen feststellenden Beschluss zu erlassen (Positivbeschluss, → Rn. 585). Geht die Kommission hingegen von einem Verstoß (einer „Zuwiderhandlung“) aus, hat sie verschiedene Möglichkeiten, zu reagieren. In jedem Fall hat sie ihren Beschluss gem. Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 mit Gründen zu versehen und – unter Beachtung der Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse – im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen. 577

#### a) Negative Beschlüsse

**aa) Abstellungsverfügung und Feststellung.** Das Kernstück der Entscheidungsbefugnisse der Kommission bildet die Abstellungsverfügung gemäß Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003.<sup>33</sup> Nach dieser Vorschrift kann die Kommission das Abstellen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 bzw. 102 AEUV anordnen, bei berechtigtem Interesse hieran kann sie auch noch nach Beendigung feststellen, dass eine Zuwiderhandlung vorlag. Die Abstellungsverpflichtung wird in der Regel durch Unterlassen erfüllt, kann aber auch ein Tun erfordern. Kommt ein Unternehmen der Abstellungsverfügung nicht nach, kann die Kommission ein Zwangsgeld verhängen (Art. 24 VO 1/2003: erstmals angewandt am 12. Juli 2006 gegen Microsoft; Betrag: 280,5 Mio. Euro). Eine Verpflichtung zum Vertragsschluss (Kontrahierungszwang) – zum Beispiel die Belieferung eines Klägers oder Beschwerdeführers<sup>34</sup> – liegt aber außerhalb der Kompetenz der Kommission. Als letztes Mittel darf die Kommission strukturelle Maßnahmen bis hin zur Entflechtung eines Unternehmens anordnen.<sup>35</sup> 578

**bb) Einstweilige Anordnung.** Die Kommission kann einstweilige Anordnungen erlassen.<sup>36</sup> Diese sollen ausschließen, dass auf Grund des Verhaltens der Adressaten die Wirksamkeit einer Maßnahme nach Art. 7 VO 1/2003 vereitelt wird. Voraussetzung ist, dass nach erstem Anschein die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb (also nicht für den Beschwerdeführer!) besteht. Die Kommission prüft somit einen noch unvollständigen Sachverhalt abschließend.<sup>37</sup> 579

**cc) Bindende Verpflichtungszusage.** Die Kommission kann Zusagen, die ihr von betroffenen Unternehmen im Laufe eines Verbotsverfahrens angeboten werden, durch Beschluss für verbindlich erklären.<sup>38</sup> Die bloße Zusage, ein gegen Art. 101 bzw. 102 AEUV verstoßendes Verhalten einzustellen, reicht für eine Verpflichtungszusage noch nicht aus, denn diese Verpflichtung ergibt sich schon aus dem Gesetz. Zweck der Verpflichtungszusage ist es vielmehr, Wettbewerbsachen, die umfangreiche Abhilfemaßnahmen erfordern, einvernehmlich zu beenden.<sup>39</sup> Die Kommission ist bei der Überprüfung der Verpflichtungszusagen nur eingeschränkt an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.<sup>40</sup> Der Beschluss kann befristet sein und muss feststellen, dass für ein Tätigwerden der 580

<sup>33</sup> Langen/Bunte/Sura, Vor Art. 7 VO 1/2003, Rn. 3.

<sup>34</sup> EuG Urt. v. 18.9.1992, Slg. 1992 II, 2250 (2267, 2268) – „Automec II“.

<sup>35</sup> Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003.

<sup>36</sup> Art. 8 VO 1/2003.

<sup>37</sup> De Bronett, Art. 8 VO 1/2003, Rn. 1.

<sup>38</sup> So geschehen in Komm. Beschl. v. 3.12.2009, WuW/E EU-V 1490 – „Gaz de France“; Komm. Beschl. v. 16.12.2009, WuW/E EU-V 1499 – „Microsoft“.

<sup>39</sup> De Bronett, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 4.

<sup>40</sup> Art. 9 VO 1/2003, zur selben, von der Rechtsprechung tolerierten Praxis vgl. EuGH Urt. v. 29.6.2010, C-441/07 – „Alrosa“.

Kommission kein Anlass mehr besteht.<sup>41</sup> Den Erlass des Beschlusses kann die Kommission vom Ergebnis eines Markttests abhängig machen.<sup>42</sup> Dazu veröffentlicht sie eine Mitteilung im Sinne von Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 mit den wesentlichen Elementen der Verpflichtungszusagen sowie der Aufforderung an interessierte Dritte zur Abgabe von Stellungnahmen innerhalb eines Monats. Verstößt das Unternehmen gegen seine Verpflichtungszusage, kann es bebußt werden. Gegen Microsoft hat die Kommission in einem solchen Fall eine Geldbuße von 561 Mio. Euro verhängt.<sup>43</sup>

- 581 **dd) Geldbuße.** Die Kommission kann Geldbußen als Sanktion für ein gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstoßendes Verhalten verhängen – und sie tut dies seit Einführung der Kronzeugenregelung (→ Rn. 610) in üblicherweise spektakulären Dimensionen.<sup>44</sup> In der Regel wird eine Geldbuße mit der Abstellungsverpflichtung bzw. dem Feststellungsbeschluss verbunden. Außerdem kann eine Geldbuße verhängt werden, wenn ein Unternehmen einer einstweiligen Maßnahme nicht nachkommt oder eine Verpflichtungszusage nicht einhält.<sup>45</sup> Der Höchstbetrag einer Geldbuße wegen materieller Verstöße beträgt 10 % des Gesamtumsatzes des betroffenen Konzerns<sup>46</sup> oder der betroffenen Unternehmensvereinigung.<sup>47</sup> Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.<sup>48</sup> Einzelheiten enthalten die Geldbußen-Leitlinien der Kommission.<sup>49</sup> Die dort festgelegte (aber auch schon früher angewendete) Berechnungsmethode hat im Fall „Badezimmerausstattungen“ dazu geführt, dass die 10 %-Grenze von mehreren Unternehmen weit überschritten wurde und die Kommission dann die Geldbuße auf 10 % begrenzte. Diese Auslegung der 10 % als Kapungsgrenze und nicht etwa als oberen Strafraumen, wäre im deutschen Recht unzulässig (→ Rn. 597) und ist derzeit Gegenstand mehrerer Klagen vor dem EuGH.<sup>50</sup> Die 10 %-Grenze wird bei Anwendung der Berechnungsmethode der Kommission insbesondere dann überschritten, wenn die Unternehmen im Wesentlichen ein einziges Produkt (eine einzige Produktgruppe) herstellen. Denn dann erfasst der Kartellverstoß ihren gesamten Unternehmensumsatz. Typischerweise handelt es sich um kleine und mittelständische Unternehmen. In ihrer neueren Entscheidungspraxis hat die Kommission hierauf reagiert, ohne jedoch eine klare oder gar rechtlich nachvollziehbare Linie zu vertreten.<sup>51</sup>
- 582 Kooperiert das Unternehmen, kann die Geldbuße ermäßigt oder erlassen werden.<sup>52</sup> Ein mittlerweile häufig angewendetes Mittel der Kooperation ist das **Vergleichsverfahren**, „*settlement*“, das eine einvernehmliche Absprache zwischen der Kommission und den Betroffenen vorsieht.<sup>53</sup> Damit ein Vergleich zustande kommt, müssen die Unternehmen

<sup>41</sup> Art. 9 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003.

<sup>42</sup> So geschehen in den Sachen „E.ON“, ABl. 2008 C 146/9, „Distrigaz“, ABl. 2007 C 77/48, „CISAC“, ABl. 2007 C 128/12 und „Standard & Poor“ ABl. 2011 C 144/28.

<sup>43</sup> Komm. Pressemitteilung v. 6.3.2013 – IP/13/196.

<sup>44</sup> Art. 23 Abs. 2a) VO 1/2003.

<sup>45</sup> Art. 23 Abs. 2b), c) VO 1/2003.

<sup>46</sup> Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003.

<sup>47</sup> Am 8.12.2010 hat die Kommission erstmals eine Geldbuße gegen eine Unternehmensvereinigung verhängt, vgl. Komm. Pressemitteilung v. 8.12.2010 – IP/10/1685 – LCD-Bildschirmhersteller.

<sup>48</sup> Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003.

<sup>49</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem. Art. 23 Abs. 2a) der VO 1/2003 vom 1.9.2006, ABl. 2006 C 210/02.

<sup>50</sup> Etwa C-604/13 P – „Dornbracht“.

<sup>51</sup> Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 28.3.2012, ABl. 2012 C 292/5 – Beschlüsse für Fenster und Fenstertüren.

<sup>52</sup> Zu Einzelheiten hinsichtlich der Kronzeugenregelung(en) siehe unten → Rn. 594 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Art. 7 und Art. 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. 2008 C 167/1 (Settlement-Mitteilung) sowie VO 773/2004 zuletzt geändert durch VO (EG)

ihre Beteiligung an dem Kartell gestehen.<sup>54</sup> Ziel ist das Einvernehmen über den Umfang der Beschwerdepunkte sowie das Höchstmaß der Geldbußen. Hierfür erhalten die Parteien einen Nachlass („Belohnung“) von bis zu 10 %.<sup>55</sup> Dieser Abschlag ist mit dem der Kronzeugenregelung (vgl. → Rn. 610 ff.) kumulierbar.

Verstößt eine Tochtergesellschaft gegen das Kartellverbot, spricht die Kommission in der Regel eine gesamtschuldnerische Haftung mit der Muttergesellschaft aus. Die Kommission muss dann darlegen, welche Tochtergesellschaft den Verstoß begangen hat<sup>56</sup>, und weshalb sie den Verstoß der Mutter zuordnet. Bei einer Kapitalbeteiligung von 100 % muss die Kommission nur diesen Umstand benennen. Denn es besteht eine widerlegliche Vermutung, dass die Muttergesellschaft, die das gesamte Kapital hält, tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf ihre Tochter ausübt.<sup>57</sup> 583

**ee) Zwangsgeld.** Die Kommission kann per Zwangsgeld sichern, dass die den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen nach Art. 101 und 102 AEUV und der VO 1/2003 auferlegten Pflichten erfüllt werden (Art. 24 AEUV). Die Höhe des Zwangsgelds kann 5 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr durchschnittlich erzielten Tagesumsatzes des Unternehmens erreichen. So hat die Kommission gegen Microsoft ein Zwangsgeld in Höhe von 899 Mio. Euro verhängt, weil das Unternehmen die in einer Kommissionsentscheidung festgelegten Auflagen<sup>58</sup> über drei Jahre nicht erfüllt hatte.<sup>59</sup> Das EuG hat diese Entscheidung der Kommission unter Herabsetzung des Zwangsgeldes auf 860 Mio. Euro bestätigt.<sup>60</sup> 584

## b) Positivbeschluss

Art. 10 VO 1/2003 eröffnet der Kommission unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit, durch Beschluss festzustellen, dass Art. 101 bzw. 102 AEUV auf einen bestimmten Sachverhalt keine Anwendung findet. Ein solcher Beschluss soll nur ergehen, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses der EU erforderlich ist. Das wird vor allem der Fall sein, wenn neuartige Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von einiger wirtschaftlicher Bedeutung zu beurteilen sind.<sup>61</sup> Damit soll der Beschluss der Wahrung der Rechtseinheit im „dezentralen System“ (d. h. Anwendung des europäischen Kartellrechts durch die mitgliedstaatlichen Behörden) dienen.<sup>62</sup> Er hat rein deklaratorischen Charakter.<sup>63</sup> 585

## c) Beratungsschreiben

Neben dem Positivbeschluss nach Art. 10 VO 1/2003 hat die Kommission die Möglichkeit, Unternehmen auf informellem Weg bei neuartigen rechtlichen Problemen mithilfe eines sog. Beratungsschreibens Hinweise zu erteilen. Grundlage dieser bislang nicht geübten Praxis ist eine Kommissionsbekanntmachung über die informelle Bera-

622/2008, ABl. 2008 L 171/3; Komm. Pressemitteilung v. 19.5.2010 – IP/10/586 – „DRAM“, Komm. Pressemitteilung v. 20.7.2010 – IP/10/985 – „Tierfutter“.

<sup>54</sup> Über den Umfang des Verstoßes kann dabei nicht verhandelt werden, es zählt nur ein Schuldgeständnis, vgl. Komm. Pressemitteilung v. 30.6.2008 – IP/08/1056.

<sup>55</sup> Der Nachlass wird auf die Kappungsgrenze des Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 bezogen.

<sup>56</sup> Daran fehlte es in EuG Urt. v. 15.9.2011 – T-234/07 – „Niederländischer Biermarkt“.

<sup>57</sup> EuGH Urt. v. 8.5.2013 – C-508/11 P – „ENI SpA“; Langen/Bunte/Sura, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10.

<sup>58</sup> Komm. Entsch. v. 24.3.2004 – COMP/C-3/37.792.

<sup>59</sup> Komm. Pressemitteilung v. 27.2.2008 – IP/08/318.

<sup>60</sup> EuG Urt. v. 27.6.2012 – T-167/08 – „Microsoft“, EuZW 2012, 673 m. Anm. Haslinger.

<sup>61</sup> De Bronett, Art. 10 VO 1/2003, Rn. 3.

<sup>62</sup> Langen/Bunte/Sura, Vor Art. 7–10 VO 1/2003, Rn. 5.

<sup>63</sup> Vgl. Erwägungsgrund 14 VO 1/2003.

tung.<sup>64</sup> Voraussetzung der Erteilung ist, dass die materiellrechtliche Beurteilung einer Vereinbarung eine neue oder ansonsten bislang ungeklärte Frage der Rechtsanwendung aufwirft. Zudem muss die Erteilung des Schreibens zweckmäßig sein, wobei die Kommission folgende Gesichtspunkte berücksichtigen will:

- die wirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Waren oder Dienstleistungen aus Verbrauchersicht und/oder
- das Ausmaß, in dem die Vereinbarung oder Verhaltensweise einer im Markt verbreiteten Gepflogenheit entspricht oder dies vorherzusehen ist, und/oder
- der Umfang der mit der Transaktion einhergehenden Investitionen im Verhältnis zur Größe der beteiligten Unternehmen und die Verbindung der Transaktion mit einem strukturellen Vorgang wie der Gründung eines Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmens.<sup>65</sup>

- 587 Das Ersuchen um ein solches Schreiben kann formlos gestellt und jederzeit zurückgezogen werden,<sup>66</sup> ein förmliches Verfahren nach Art. 2 VO 1/2003 ist nicht Voraussetzung. Die Rechtswirkung des Schreibens entspricht der eines „**comfort letter**“ nach früherem Recht: es bindet weder die Gerichte der Union noch Gerichte und Behörden der Mitgliedsstaaten, bewirkt aber eine Selbstbindung der Kommission.<sup>67</sup> Das Beratungsschreiben wird auf der Webseite der GD Wettbewerb veröffentlicht.<sup>68</sup>

## II. Verfahren des BKartA

- 588 Das Verwaltungsverfahren (→ Rn. 591 ff.) und das Bußgeldverfahren (→ Rn. 597 ff.) sind im deutschen Kartellrecht unterschiedlich ausgestaltet. Entsprechend unterschiedlich sind auch die Befugnisse des BKartA. Vorab ein Überblick über die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Kommission und BKartA.

### 1. Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und BKartA

- 589 Die VO 1/2003 hat ein System paralleler Zuständigkeiten der Kommission und der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden geschaffen, in dem alle grundsätzlich gleichberechtigt über die Einhaltung von Art 101 und 102 AEUV wachen.<sup>69</sup> Die Kartellbehörden der Mitgliedsstaaten und die Kommission arbeiten seit Einführung der VO 1/2003 im sogenannten Europäischen Wettbewerbsnetz (engl. **European Competition Network**, abgekürzt „ECN“) zusammen.<sup>70</sup> Die Zusammenarbeit ist in Art. 11 bis 14 der VO 1/2003 geregelt; Einzelheiten enthält eine Bekanntmachung.<sup>71</sup> Sinn dieser Zusammenarbeit ist es unter anderem, diejenige Behörde einen Fall bearbeiten zu lassen, die hierfür „gut ge-

<sup>64</sup> Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fällen zu den Art. 81 und 82 des EG-Vertrags, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. 2004 C 101/78 (im Folgenden „Beratungs-Bekanntmachung“).

<sup>65</sup> Beratungs-Bekanntmachung, Tz. 8b).

<sup>66</sup> Beratungs-Bekanntmachung, Tz. 18.

<sup>67</sup> Was sie allerdings nicht an einer späteren abweichenden Würdigung hindert, Beratungs-Bekanntmachung, Tz. 24.

<sup>68</sup> Beratungs-Bekanntmachung, Tz. 21.

<sup>69</sup> *De Bronett*, Vor Art. 14 VO 1/2003, Rn. 1.

<sup>70</sup> Vgl. VO 1/2003 Erwägungsgründe 15–22.

<sup>71</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. 2004 C 101/03, im Folgenden „Zusammenarbeits-Bekanntmachung“. Vgl. ebd. Rn. 1: „Das Netz ist ein Diskussions- und Kooperationsforum für die Anwendung und Durchsetzung der EG-Wettbewerbspolitik“.

eignet<sup>72</sup> ist; d. h. zwischen der Zuwiderhandlung und dem jeweiligen Hoheitsgebiet muss eine „wesentliche Verknüpfung“ bestehen.<sup>73</sup>

Die mitgliedstaatlichen Behörden haben die Kommission zu unterrichten, sobald sie die erste förmliche Ermittlungsmaßnahme treffen (Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003, vgl. auch § 50a GWB);<sup>74</sup> die Fallverteilung kann also in der Praxis parallel zu etwaigen Ermittlungen der ersten befassen Stelle laufen, wobei eine **Frist von 2 Monaten** bis zur endgültigen Entscheidung über die Verteilung gilt.<sup>75</sup> Allerdings hat die Kommission während des gesamten Verfahrens ein Selbsteintrittsrecht.<sup>76</sup> Auch nach Einleitung eines Verfahrens vor dem BKartA kann ein Fall also grundsätzlich<sup>77</sup> von einer anderen Behörde oder der Kommission übernommen werden; gleichermaßen kann grundsätzlich auch das BKartA noch nachträglich mit einem Fall betraut werden. In der Praxis scheint die Zusammenarbeit im ECN zu funktionieren.

## 2. Verwaltungsverfahren

### a) Ermittlungsbefugnisse

Für das Verwaltungsverfahren (auch Untersagungsverfahren genannt) sind die Ermittlungsbefugnisse des BKartA in §§ 57 und 59 bis 62 GWB geregelt. Wie die Kommission hat das BKartA die Befugnis zu **Sektoruntersuchungen** (§ 32e GWB), bei denen die genannten Vorschriften entsprechend anwendbar sind. Seit 2005, als diese Befugnis geschaffen wurde, hat das BKartA etliche Sektoruntersuchungen durchgeführt, jüngst etwa zur „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“.<sup>78</sup>

**aa) Auskunft.** Anders als in der VO 1/2003 ist ein **formloses Auskunftsersuchen** im GWB nicht geregelt, dennoch stellt dies eine sehr gängige Verfahrensweise des BKartA dar. Die Erteilung der Auskünfte ist freiwillig, Sanktionen können nicht verhängt werden.<sup>79</sup> Auch hier werden Fälle oft bereits durch informelle Gespräche zwischen den Beteiligten und dem BKartA erledigt.

Mit einem **förmlichen Auskunftsbefehl** (§ 59 Abs. 1, 2 GWB) kann das BKartA Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Adressaten und auch die Übersendung von Unterlagen verlangen.<sup>80</sup> Außerdem darf das BKartA Unterlagen am Geschäftsort des Unternehmens einsehen und prüfen.

**bb) Untersuchung/Durchsuchung.** Als weitere Ermittlungsmethode steht das Durchsuchungsrecht zur Verfügung, wenn mildere Mittel keinen Erfolg versprechen (§ 59 Abs. 3, 4 GWB). Ein **richterlicher Durchsuchungsbeschluss** ist erforderlich. Eine Rechtsgrundlage für die Durchsuchung von Privaträumen existiert allerdings nicht.

### b) Entscheidungen

Die Verfügungen des BKartA müssen gem. § 61 GWB jeweils begründet und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen sein. Nach § 32 GWB kann das BKartA eine **Abstel-**

<sup>72</sup> Zusammenarbeits-Bekanntmachung, Tz. 6.

<sup>73</sup> Zusammenarbeits-Bekanntmachung, Tz. 9; die Tz. 8–15 dieser Bekanntmachung enthalten auch Fallbeispiele.

<sup>74</sup> Zu den Sonderregelungen im Falle der Kronzeugenprogramme vgl. Zusammenarbeits-Bekanntmachung, Tz. 37 ff.

<sup>75</sup> Zusammenarbeits-Bekanntmachung, Tz. 18.

<sup>76</sup> Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003.

<sup>77</sup> Ausgeschlossen ist das allerdings, wenn die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht erfüllt ist und damit allein deutsches Kartellrecht anwendbar ist.

<sup>78</sup> Überblick und Berichte auf den Internet-Seiten des BKartA.

<sup>79</sup> Wiedemann/Klose, § 52 Rn. 2.

<sup>80</sup> Vgl. BKartA Pressemitteilung v. 14.9.2009: „Bundeskartellamt durchleuchtet Fernwärmesektor“.

**lungsvorfügung** bei Zuwiderhandlungen erlassen und auch das Bestehen einer Zuwiderhandlung nach deren Beendigung feststellen (§ 32 Abs. 3 GWB). Die **einstweilige Anordnung** ist in § 32a GWB geregelt, die Abgabe von **Verpflichtungszusagen** in § 32b GWB. Die Entscheidungsmöglichkeit des § 32c GWB, dass **kein Anlass zum Tätigwerden** besteht, setzt die den nationalen Behörden in Art. 5 a. E. VO 1/2003 eingeräumten Befugnisse um. Diese Entscheidung wirkt nicht konstitutiv (Freistellungen gibt es nicht mehr), soll aber Rechtssicherheit gegenüber der Wettbewerbsbehörde schaffen: Das BKartA sichert damit zu, vorbehaltlich einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht tätig zu werden. Diese Regelung ist bislang in der Praxis nicht angewendet worden.<sup>81</sup>

- 596 Ferner kann das BKartA gemäß § 34 GWB einem Unternehmen, das vorsätzlich oder fahrlässig einen Kartellrechtsverstoß begangen hat, die **Zahlung** eines Geldbetrags auferlegen, der dem erlangten **wirtschaftlichen Vorteil** entspricht.

### 3. Bußgeldverfahren

- 597 Verstöße gegen die im GWB und AEUV aufgestellten kartellrechtlichen Verbote kann das BKartA gemäß § 81 GWB als **Ordnungswidrigkeit** verfolgen. Hinweise auf Kartellrechtsverstöße erhält das BKartA häufig von beteiligten Unternehmen (zur Kronzeugenregelung → Rn. 618). Seit Juni 2012 bietet das Amt auf seiner Internet-Seite Hinweisgebern („Whistleblower“) ein anonymes Postfach an. Das BKartA kann ein Ordnungswidrigkeitsverfahren durch Einstellung, Verwarnung und durch Erlass eines Bußgeldbescheides abschließen. Ein bedeutender Unterschied zum EU-Recht ist, dass nach dem OWiG nicht nur Unternehmen, sondern auch natürliche Personen – zum Beispiel Vorstände, Geschäftsführer, Betriebsleiter und Niederlassungsleiter – als Täter bebußt werden können. Einerseits kann ihnen ein Verstoß durch eigenes Handeln zur Last gelegt werden, § 9 OWiG;<sup>82</sup> andererseits sind sie gem. §§ 9 Abs. 1, 130 Abs. 1 OWiG Täter einer Ordnungswidrigkeit, wenn sie die Begehung der Ordnungswidrigkeit durch geeignete Aufsichtsmaßnahmen hätten verhindern können. Die Aufsichtspflicht kann durch eine Kartellrechtscompliance-Organisation erfüllt werden (vgl. dazu → Rn. 954 ff.). Rechtsgrundlage für Ermittlung und Durchsuchung im Bußgeldverfahren sind nicht die Befugnisse im Verwaltungsverfahren, sondern § 46 OWiG i. V. m. der StPO. Das BKartA kann im Fall eines Verstoßes gegen die wichtigsten kartellrechtlichen Verbote (Kartellverbot, Missbrauch marktbeherrschender Stellung) Geldbußen bis zu 1 Mio. Euro verhängen. Ist ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung Adressat, so kann die Geldbuße darüber hinaus bis zu 10 % des jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten **Gesamtumsatzes** betragen. Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung sind zu berücksichtigen.<sup>83</sup> Das Bußgeld ist zu verzinsen.<sup>84</sup> Die Bußgeldhöhe und das jährliche Bußgeldvolumen haben sich mit Einführung der Kronzeugenregelung sprunghaft erhöht. Im Jahr 2003 verhängte das Bundeskartellamt zum Beispiel Bußgelder in Höhe von insgesamt 660 Mio. Euro gegen die Teilnehmer eines Kartells aus der Zementindustrie, davon allein 225 Mio. Euro gegen ein einzelnes Unternehmen. Aus der jüngeren Praxis sind die Bußgelder in Höhe von insgesamt 338 Mio. Euro gegen Bierbrauer und in derselben Höhe gegen Wursthersteller zu nennen.<sup>85</sup> Die Berechnung der Bußgeldhöhe nahm das BKartA in den vergangenen Jahren

<sup>81</sup> Begründung RegE GWB v. 26.5.2004, BT-Drs. 15/3640, zu § 32c GWB-E. Den zunächst noch im Gesetz eingeräumten Anspruch auf eine solche Entscheidung gibt es nicht mehr, § 3 Abs. 2 GWB a. F.

<sup>82</sup> Siehe z. B. BKartA Pressemeldung v. 23.3.2005: Das BKartA verhängte Bußgelder in Höhe von 130 Mio. Euro gegen zehn Versicherungsunternehmen sowie betroffene Vorstandsmitglieder.

<sup>83</sup> § 81 Abs. 4 GWB.

<sup>84</sup> § 81 Abs. 6 GWB ist verfassungsgemäß, BVerfG Beschl. v. 19.12.2012 – 1 BvL 18/11.

<sup>85</sup> Vgl. BKartA Fallbericht v. 2.4.2014 – B10-105/11 – „Bierbrauereien“ und Pressemitteilung v. 15.7.2014 (Wursthersteller).