

Alexander Eufinger

Kartellrechtliches Risikomanagement
unter besonderer Berücksichtigung der
kartellrechtlichen Differenzialdiagnose



Nomos

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Teil 1: Einführung	23
Teil 2: Notwendigkeit eines kartellrechtlichen Risikomanagementsystems	29
A. Rechtsfolgenrisiko	30
I. Rechtsfolgenrisiko für Unternehmen	30
1. Verwaltungsrecht	30
2. Ordnungswidrigkeitenrecht	31
3. Zivilrecht	43
II. Rechtsfolgenrisiko für natürliche Personen	45
1. Ordnungswidrigkeitenrecht	45
2. Strafrecht	48
III. Mittelbare Folgen eines Kartellverstoßes	49
1. Reputations- und Auftragsverlust	49
2. Umstellung des Geschäftsmodells	51
3. Verfahrens- und Prozesskosten	52
B. Entdeckungsrisiko und Intensivierung der Verfolgungstätigkeit	53
I. Allgemeines	53
1. Sonderkommission	55
2. Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden (ECN)	56
3. Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse	58
II. Kronzeugenregelung der Kommission und des Bundeskartellamts	60
III. Rolle der Kronzeugenregelung im Rahmen des Risikomanagements	63
IV. Whistleblowing-Programme von Kartellbehörden	65
C. Risiko der Selbsteinschätzung nach Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003	67

Teil 3: Allgemeines Risikomanagementsystem und dessen Ausgestaltung	71
A. Risikomanagement und Compliance	71
B. Rechtliche Mindestanforderungen	73
I. §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG	73
II. § 43 Abs. 1 GmbHG	82
III. § 91 Abs. 2 AktG	85
IV. § 130 OWiG	91
C. Organisation des Risikos	93
I. Selbstständige Durchführung	94
II. Outsourcing und „Legal Privilege“	95
III. Möglichkeiten der Organisation im Unternehmen	97
1. Interne Revision	98
2. Rechtsabteilung	100
3. Compliance Abteilung	102
D. Organisation des Risikomanagements bzw. der Compliance im Konzern	104
E. Elemente eines allgemeinen Risikomanagementsystems	108
I. Risikoinventur	110
II. Risikoanalyse	111
III. Maßnahmen zur Risikobewältigung (Risikosteuerung)	112
IV. Risikokontrolle	113
V. Dokumentation und Kommunikation	114
Teil 4: Bedeutung der Risikoanalyse im Rahmen der kartellrechtlichen Compliance	117
A. Risikoanalyse als Basis der kartellrechtlichen Compliance	118
I. Kartellrechtliche Standortbestimmung	118
II. Grundsatz der Risikoadequanz	120
B. Risikoanalyse als Maßstab für die Aufsichtspflicht aus § 130 OWiG	121
I. Sinn und Zweck des § 130 OWiG	121
II. Inhalt der Aufsichtspflicht und Rolle der Risikoanalyse	124
III. Rechtsprechung zu § 130 OWiG	125
C. Risikoanalyse als Compliance Tool	129

Teil 5: Marktabgrenzung	131
A. Relevanz der Marktabgrenzung	131
I. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB	132
1. Aktueller oder potenzieller Wettbewerb	132
2. Spürbarkeit	133
3. Zwischenstaatlichkeitsklausel	136
4. Freistellungsfähigkeit	140
II. Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB	143
III. FKVO bzw. §§ 35 ff. GWB	144
B. Sachlich relevanter Markt	146
C. Räumlich relevanter Markt	151
D. Zeitlich relevanter Markt	152
Teil 6: Kartellrechtliche Differenzialdiagnose	155
A. Differenzialdiagnose	155
B. Darstellung der kartellrechtlichen Differenzialdiagnose	156
C. Allgemeines Kartellrisiko	158
I. Definition der Risikofaktoren	158
1. Risikofaktoren des Marktes	160
a. Marktstruktur	160
aa. Andere Marktteilnehmer	161
bb. Homogenität der Marktteilnehmer	164
(1) Kostenstruktur	165
(2) Marktanteile	168
(3) Produktpalette	169
(4) Kapazitäten	170
(5) Vertikale Integration	171
cc. Potenzieller Wettbewerb bzw. Marktzutrittsschranken	172
dd. Typische Transaktionen	176
ee. Marktgegenseite	177
ff. Marktphasen (wachsende vs. stagnierende Märkte)	179
gg. Konjunkturschwankungen	181
hh. Preiselastizität der Nachfrage	182
b. Markttransparenz	184
c. Produktdifferenzierung	186
d. Strukturelle Verbindungen zwischen Marktbeteiligten	188
e. Multi-Markt-Kontakte	189
f. Eigenschaften der jeweiligen Branche	191
aa. Sektorenuntersuchungen	191

bb. Kartellrechtliche Ermittlungen bei anderen Marktteilnehmern und „Abspracheneigung“ der Branche	192
2. Risikofaktoren der Unternehmensstruktur	193
a. Historie des Unternehmens	193
b. Wirtschaftliche Situation des Unternehmens	194
c. Vergütungsmodelle des Unternehmens	195
d. Sorgfältige Auswahl der Mitarbeiter	196
3. Kombination von Risikofaktoren	197
D. Konkreter Verdachtsmoment	200
I. Definition der Kartellmarker	200
1. Änderungen des Nominalpreisindex	200
2. Kapazitätsauslastungsgrad und Kapazitätsveränderung	203
3. Marktanteilsvolatilität	207
4. Renditedifferenz	208
5. Innovationen	210
II. Änderungszeitpunkte der jeweiligen Kartellmarker	212
III. Diagnosebildung bei mehreren Symptomen	218
E. Kartellrechtliche Differenzialdiagnose am Beispiel des Transportbetonkartells	224
I. Primäre kartellrechtliche Differenzialdiagnose	226
II. Sekundäre kartellrechtliche Differenzialdiagnose	228
F. Kartellrechtliche Differenzialdiagnose am Beispiel des Zeitschriftenkartells	231
Teil 7: Kontakte mit Wettbewerbern (<i>Hardcore</i> -Kartelle)	235
A. Verbandstreffen / Mitgliedschaften	235
B. Sonstige Wettbewerberkontakte	241
C. Marktinformationssysteme	244
I. Marktinformationssysteme im europäischen Recht	245
II. Marktinformationssysteme im deutschen Recht	250
D. Risikomanagement im Rahmen des Akquisitionsprozess	252
E. Kartellgehilfen als Normadressaten des Art. 101 AEUV	256
I. Kartellgehilfen als Parteien einer „Vereinbarung zwischen Unternehmen“	257
II. Beteiligung an einem Kartellverstoß und Einheitstäterbegriff	261
III. Bedeutung für das Risikomanagement	265
F. Kartellrechtliche Anführerrolle und Haftungsausdehnung	266
I. Rädelsführerschaft als Erschwerungsgrund	266
II. Definition einer Anführerrolle	268

III. Tatsächlicher Nachweis einer Anführerrolle (<i>Deltafina</i>)	270
1. Sachverhalt	270
2. Entscheidung	271
3. Praktische Hinweise für Unternehmen	273
G. Organisationsmaßnahmen zur Erhaltung eines Kartells	273
I. Maßnahmen des internen Kartellzwanges	275
1. Kontrollmechanismen innerhalb des Kartells	275
2. Sanktionsmechanismen innerhalb des Kartells	279
II. Maßnahmen des externen Kartellzwanges	282
Teil 8: Kooperationen mit Marktteilnehmern und kartellrechtliche Selbsteinschätzung	284
A. Die Auslegung der europäischen Wettbewerbsregeln	286
B. Auslegungshilfen im Rahmen der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung	289
I. Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission	290
1. Allgemeines	290
2. Rechtsnatur und Rechtswirkungen	291
a. Selbstbindung der Kommission	291
b. Keine Bindungswirkung für die Gerichte	292
c. Bindungswirkung für die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten	293
II. Entscheidungen der Europäischen Gerichte	296
C. Rechtssicherheit	296
I. Verpflichtungszusagen gem. Art. 9 VO 1/2003	297
1. Voraussetzungen	297
2. Rechtswirkungen	299
a. Rechtliche Folgen für die beteiligten Unternehmen und die Kommission	299
b. Bindung der nationalen Behörden und Gerichte	300
II. Nichtanwendbarkeitsentscheidung gem. Art. 10 VO 1/2003	301
III. Informelle Beratung	303
D. Kooperationen mit Wettbewerbern	305
I. Einkaufsgemeinschaften	306
II. Vermarktungsvereinbarungen	310
III. Gemeinsame Forschung und Entwicklung (F&E)	312
IV. Produktions- und Spezialisierungsvereinbarungen	315
E. Kooperationen mit Nicht-Wettbewerbern	318
I. Alleinbezugsvereinbarungen	319
II. Alleinvertriebsvereinbarungen	323

III. Absoluter Gebietsschutz und Exportverbote	324
IV. Franchise-Vereinbarungen	326
V. Handelsvertreterverträge	327
VI. Selektiver Vertrieb	330
1. Qualitative Selektion	331
2. Quantitative Selektion	333
F. Freistellungsmöglichkeiten	334
I. Gruppenfreistellungsverordnungen	336
1. Allgemeines	338
2. Rechtsgrundlagen	339
3. Rechtscharakter	340
4. Prüfung der Marktanteile	342
5. Prüfung der Kernbeschränkungen	345
II. Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	346
1. Effizienzvorteile	347
2. Beteiligung der Verbraucher am Gewinn	349
3. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	351
4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	353
Teil 9: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	355
A. Prüfung des Art. 102 AEUV	355
I. Marktbeherrschende Stellung	355
1. Einzelmarktbeherrschung	356
a. Marktbezogene Kriterien	358
b. Unternehmensbezogene Kriterien	360
c. Verhaltensbezogene Kriterien	361
2. Gemeinsame marktbeherrschende Stellung	362
II. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	364
1. Objektiver Missbrauchsbegriff	364
2. Arten missbräuchlichen Verhaltens	366
a. Ausbeutungsmissbrauch	366
b. Verbraucherschädigung	367
c. Diskriminierungen	369
d. Kopplungen	370
e. Sonstige Fälle missbräuchlichen Verhaltens	372
B. Prüfung der §§ 19 ff. GWB	376

Teil 10: Risikomanagement durch Compliance Audits	379
A. Compliance Audits	379
I. Allgemeines	379
II. Vorgaben durch die Rechtsprechung	380
III. Untersuchungsteam	382
1. Interne Prüfer	382
2. Externe Prüfer	383
IV. Häufigkeit von Compliance Audits	384
B. Methoden der Informationsbeschaffung	385
I. Dokumentenresearch	385
II. Interviews	387
1. Allgemeines	387
2. Mitarbeiteramnestieprogramme	388
III. Whistleblowing	393
IV. Ombudsmann	395
V. Mock Dawn Raids	396
Teil 11: Risikomanagement im Ermittlungsverfahren und bei Offenlegung eines Kartellverstoßes	399
A. Verhalten des Unternehmens im Ermittlungsverfahren	399
I. Besonderheiten von dawn raids	399
II. Ermittlungsbefugnisse der Kommission	400
1. Betretungsrecht	401
2. Prüfung der Geschäftsunterlagen und Versiegelung	403
3. Fragerecht	404
III. Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts	405
1. Befugnisse im Verwaltungsverfahren	406
2. Befugnisse im Bußgeldverfahren	407
IV. Verhaltensempfehlungen	408
B. Risikomanagement bei Entdeckung eines Verstoßes	410
I. Abstellen des Kartellverstoßes	410
II. Kooperation mit den Behörden?	411
III. Settlements im Kartellverfahren	413
1. Settlements im europäischen Kartellverfahren	414
2. Settlements im deutschen Kartellverfahren	418
IV. Sanktionierung	419
V. Evaluation und Anpassung des bestehenden Risikomanagement Systems	421
1. Überprüfung des kartellrechtlichen Risikomanagements	422

Inhaltsverzeichnis

2. Handeln	422
Teil 12: Schlussthesen	425
Literaturverzeichnis	439
Internetquellen	479
Materialien	481
Rechtsprechungsverzeichnis	485