

Neues Kartellrecht ante portas

Aspekte der kartellrechtlichen Compliance der 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch das sogenannte GWB-Digitalisierungsgesetz (GWB-RegE)

Der Inhalt der mit Spannung erwarteten 10. GWB-Novelle, die u.a. der Bedeutung der zunehmenden Digitalisierung und von Daten als Wirtschaftsgut Rechnung trägt, ist nunmehr durch den Regierungsentwurf vom 9. September 2020 („RegE“) in einem Maße konkretisiert, demzufolge es für Unternehmen jetzt sinnvoll ist, sich u.a. auf die mit der Novelle verbundenen Compliance-Anforderungen, einzustellen. Die 10. GWB-Novelle befasst sich insbesondere mit Modernisierung der Missbrauchsaufsicht betreffend marktstarke Unternehmen, v.a. der Digitalwirtschaft, Straffung der Schwellenwerte in der Fusionskontrolle, Änderung des Verfahrensrechts zur Umsetzung der europäischen sog. ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1 sowie gesetzlich normierten Erleichterungen im Kartellschadensersatzrecht. Nachfolgend werden einzelne für die Compliance relevante Aspekte der 10. GWB-Novelle näher betrachtet.



Missbrauchskontrolle

Auf den ersten Blick erscheinen die wahrscheinlich vorrangig diskutierten gesetzlichen Neuerungen im Bereich der sog. Missbrauchskontrolle, als Herzstück der 10. GWB-Novelle, nur für wenige Unternehmen von Relevanz. § 19a GWB-RegE richtet sich an Unternehmen der Digitalwirtschaft, denen eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt“, wie z.B. Plattformbetreiber und trägt der Bedeutung von Daten als eigener Wettbewerbsfaktor Rechnung. Es werden dort umfassende Untersagungs- und Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Bereich der Daten- und Plattformmärkte normiert, z. B. Verbote, eigene Angebote auf der Plattform gegenüber Wettbewerbern zu bevorzugen oder gesammelte Daten zur Behinderung von Wettbewerbern zu verwenden. In § 18 GWB-RegE werden zudem z. B. der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB-RegE) sowie die Bedeutung von Vermittlungsdienstleistungen, z. B. durch Onlineplattformen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten (§ 18 Abs. 3b GWB-RegE) als Kriterien einer beherrschenden Marktstellung eines Unternehmens aufgenommen.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die neuen Regelungen nicht nur für direkt betroffene Unternehmen von Relevanz sind. Eine mittelbare Auswirkung ergibt sich dann, wenn man die Compliance-Anforderungen an ein Unternehmen auch im Sinne der aktiven Beobachtung von Marktteilnehmern, mit denen ein Unternehmen in Berührung kommt, also z. B. Wettbewerbern und Dienstleistern, der Aufdeckung von Regelverstößen zu Lasten des eigenen Unternehmens, der Zusammenführung der Informationen im Unternehmen und deren Dokumentation, deren Auswertung, und dem Hinwirken auf die Einhaltung der Regeln versteht. Beim Hinwirken auf die Regeleinhalten anderer Marktteilnehmer wird der Absenkung der tatbestandlichen Voraussetzungen, vorläufige Maßnahmen zur frühzeitigen Vermeidung wettbewerbslich nachteiliger Entwicklungen zu treffen (§ 32a Abs. 1 GWB-RegE), eine gesteigerte Bedeutung zukommen. Es geht im Rahmen der Implementierung eines internen Regelwerks eines Unternehmens also darum, sich vor Nachteilen im Wettbewerb durch Regelverstöße anderer Unternehmen zu schützen. Für die der Missbrauchskontrolle unterfallenden Unternehmen ergibt sich direkt die Pflicht zur Einhaltung der Regeln (Risiko der Bebußung, des Verlusts an öffentlicher Reputation und weiterer Nachteile im Wettbewerb). Von Bedeutung sind hierbei auch das Wettbewerbsregister und die Nichtberücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Bußgeldmindernde Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen

Die Implementierung wirksamer Compliance-Maßnahmen gegen Kartellrechtsverstöße gewinnt durch § 81d Abs. 1 Nr. 5 GWB-RegE an Bedeutung. Bei der

Bemessung von Bußgeldern bei zurückliegenden Verstößen sind nun auch „nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen“ in die bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße abzuwägenden Umstände einzubeziehen. Dies war zwar theoretisch bisher schon möglich, jedoch fehlte es insoweit sowohl an einer klaren Fallpraxis der Behörden und Gerichte als auch an einer gesetzlichen Normierung. Die Neuregelung erfasst dem Wortlaut nach nur Compliance-Maßnahmen „nach“ einer Zuwiderhandlung. Zudem ist die Regelung systematisch mit (i) einer Kooperation bei der Aufdeckung der vorausgehenden Zuwiderhandlung sowie (ii) einer Wiedergutmachung von Schäden verbunden. Es bleibt abzuwarten, inwiefern die Regelung, z. B. wegen der damit verknüpften Pflicht zur (freiwilligen) Schadenswiedergutmachung praktische Relevanz erlangt. Offen bleibt, ob Compliance-Maßnahmen vor dem Verstoß auch berücksichtigt werden. Dies ist wohl aus schon rein tatsächlichen Gesichtspunkten fraglich, da ja gerade solche Compliance-Maßnahmen einen Kartellrechtverstoß nicht verhindert haben, und sich die Frage stellt, ob überhaupt wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen getroffen wurden. Demgegenüber mag die Schlechterstellung von Unternehmen, die schon vor einem Verstoß Compliance-Maßnahmen einführen, als nicht angemessen empfunden werden.

Die künftigen Privilegien durch Implementierung von Compliance-Systemen sollte Unternehmen, unabhängig davon, ob schon eine Zuwiderhandlung vorlag oder nicht, dazu motivieren, Compliance-Management-Systeme einzuführen, auf deren Wirksamkeit hin zu prüfen und ggf. nachzjustieren; dadurch wird eine Modifikation, auch nach einem Verstoß, erleichtert.

Größere Rechtssicherheit für horizontale Kooperationen

Horizontale Kooperationen zwischen Wettbewerbern gewinnen, z. B. in Anbetracht der oft kosten-trächtigen Digitalisierungsbemühungen einzelner Unternehmen sowie in Anbetracht außergewöhnlicher Umstände, wie der COVID-19 Pandemie, einerseits immer mehr an Bedeutung. Andererseits wohnen Kooperation zwischen Wettbewerbern, z. B. Einkaufs- und/oder Produktionsgemeinschaften, naturgemäß erhebliche Risiken eines wettbewerbswidrigen Verhaltens inne. Nach § 32c GWB a.F. „konnte“ das Bundeskartellamt bei einer horizontalen Kooperation entscheiden, dass kein Anlass besteht, einzuschreiten. Das bisherige Selbstveranlagungsprinzip (kein förmliches „Negativattest“ des Bundeskartellamtes) kann unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit kritisch beurteilt werden. Nach § 32c Abs. 4 GWB-RegE haben nun Wettbewerber bei einer horizontalen Zusammenarbeit künftig einen Anspruch, auf Antrag eine förmliche



Prof. Dr. Claus Köhler

Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Meister Rechtsanwälte, München



Stefan Höfling

Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Meister Rechtsanwälte, München.

Entscheidung des Bundeskartellamts im Sinne des Nichtaufgreifens des Falles herbeizuführen. Dieser Anspruch besteht allerdings nur dann, wenn im Hinblick auf die Zusammenarbeit ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht. Da wegen der Erfordernisse eines erheblichen Interesses dem Bundeskartellamt ein weitgehender Beurteilungsspielraum zukommt, bleibt abzuwarten, inwiefern die Regelung in der Praxis einen hohen Stellenwert erlangt. Zu beachten ist zudem, dass die Regelung nur für horizontale Kooperationen gilt und vertikale Kooperationen, z. B. (selektive) Vertriebssysteme, davon nicht umfasst sind.

Weitere bedeutende Neuregelungen

Die 10. GWB-Novelle enthält über die oben erwähnten Neuregelungen hinaus noch einige weitere Regelungen, die im Bereich der kartellrechtlichen Compliance unmittelbar und/oder mittelbar relevant sind. Zu nennen sind hier beispielhaft:

- Anpassungen in der Fusionskontrolle, insbesondere durch die Anhebung von Umsatzschwellen (§ 35 ff. GWB-RegE);
- Änderungen im Verwaltungsverfahren in Umsetzung der ECN+-Richtlinie, insbesondere zu Anhörungs- und Akteneinsichtsrechten (§ 56 GWB-RegE) sowie zu im Lichte des grundgesetzlich verankerten Verbots des Zwangs der Selbstbelastung höchst umstrittene Auskunftsverlangen ohne Auskunftsverweigerungsrechte durch eine ledigliche Nichtverfolgungszusage (§ 59 GWB-RegE);
- Verschärfungen im Bußgeldrecht (§ 81 ff. GWB-RegE; Verbandshaftung; absolute Verjährung) und Kodifizierung des Kronzeugenprogramms;
- Einführung einer gesetzlichen Vermutung der Kartellbetroffenheit im Kartellschadensersatz (§ 33a Abs. 2 GWB-RegE).

FAZIT

Die 10. GWB-Novelle ist nicht nur für die großen Digitalkonzerne von Bedeutung. Es bedarf auch für andere Unternehmen einer Überprüfung und gegebenenfalls einer Anpassung bestehender oder einer Implementierung neuer Compliance-Maßnahmen. Ungeachtet dessen, ob möglicherweise noch Änderungen erforderlich sind, sollten Unternehmen schon jetzt die weitere Entwicklung genau beobachten, um auf das Inkrafttreten der Neuerungen nach der 10. GWB-Novelle vorbereitet zu sein.

