



KARTELLVERWALTUNGSVERFAHREN

Änderungen in der Ausgestaltung und Durchführung nach der 10. GWB-Novelle

Dr. Ines Bodenstein

Bonn, 5. Dezember 2019 | Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht

Kartellverwaltungsverfahren

Änderungen in der Ausgestaltung und Durchführung nach der 10. GWB-Novelle

Ziele der Novelle – GWB-Digitalisierungsgesetz



Richtlinie (EU) 2019/1

- Stärkung der Zusammenarbeit im ECN
- Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse entsprechend der VO 1/2003
- Amtshilfe im Bereich der Ermittlungen, Zustellung und Vollstreckung



Digitaler Ordnungsrahmen

- Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (Koalitionsvertrag)
- Studie von Schweitzer/Haucap und Bericht der Kommission
- Wettbewerbsrecht 4.0
- Stand der europäischen und internationalen Debatte

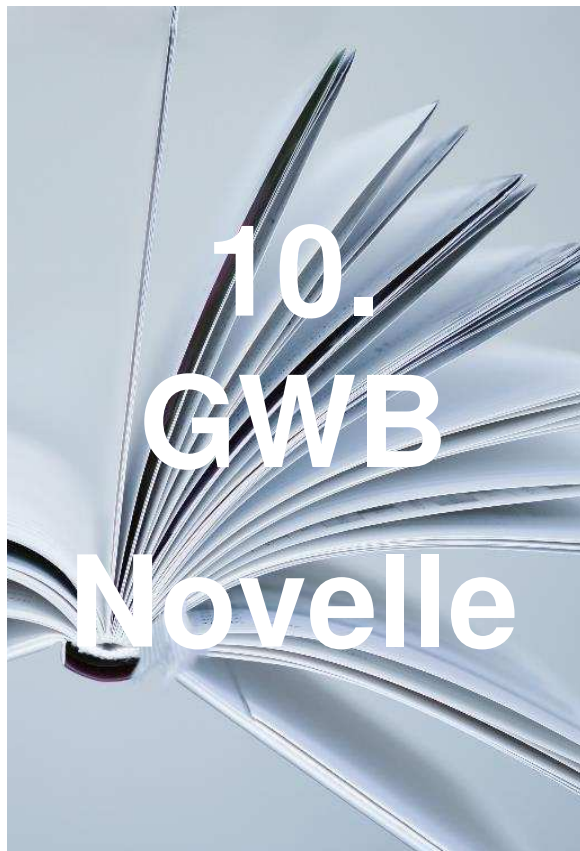


Verfahrensbeschleunigung

- Entsprechend Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag
- Zügiges und effektives Eingreifen, insbesondere auf digitalen Märkten

Kartellverwaltungsverfahren

Änderungen in der Ausgestaltung und Durchführung nach der 10. GWB-Novelle



Modernisierung der Missbrauchsaufsicht		
Verwaltungsverfahren		
<p>Befugnisse</p> <p>Absenkung der Schwelle für einstweilige Anordnung (§ 32a)</p>	<p>Befugnisse</p> <p>Zusicherung, dass kein Anlass zum Tätigwerden (§ 32c)</p>	<p>Zuständigkeit</p> <p>Vollzug von EU-Recht nur durch Bundeskartellamt (§ 50)</p>
<p>Behördenzusammenarbeit</p> <p>Amtshilfe bei Ermittlungen und Vollstreckungen (§ 50a bis f)</p>	<p>Verfahren</p> <p>Möglichkeit einer mündlichen Anhörung (§ 56 Abs. 1)</p>	<p>Verfahren</p> <p>Eigenständige Regelung der Akteneinsicht (§ 56 Abs. 3)</p>
<p>Verfahren</p> <p>Zusätzliche Regelungen bei Auskunftsverlangen (§ 59)</p>	<p>Verfahren</p> <p>Erweiterte Befugnisse bei Durchsuchungen (§ 59b)</p>	<p>Rechtsbehelfsverfahren</p> <p>Neuordnung, weitgehend ohne inhaltliche Änderung</p>
Bußgeldverfahren		
Fusionskontrollverfahren		

Kartellverwaltungsverfahren

Beschleunigung – Absenkung der Voraussetzungen für einstweilige Anordnung

§ 32a Abs. 1 GWB

„Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernststen, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.“



§ 32a Abs. 1 GWB n.F.

„ Die Kartellbehörde kann von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 32 Absatz 1 **überwiegend wahrscheinlich erscheint** und die Anordnung zum **Schutz des Wettbewerbs** oder aufgrund einer **unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens** geboten ist. **Dies gilt nicht**, sofern das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte“.

Änderungen

- Klarstellung zum Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (prima facie)
- Aufgabe der Gefahr eines ernststen, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb
- Paradigmenwechsel: Individualschutz neben Institutionenschutz
- Wechsel in der Darlegungs- und Beweislast zur unbilligen Härte durch Härtefallklausel

Kartellverwaltungsverfahren

Beschleunigung – Absenkung der Voraussetzungen für einstweilige Anordnung

ECN-Plus-Richtlinie

- Artikel 11: einstweilige Maßnahmen zumindest in dringenden Fällen, in denen die Gefahr eines ernststen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht

Koalitionsvertrag

- „Für die Wettbewerbsbehörde soll ein vorläufiges Einschreiten schon vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens erleichtert werden, damit irreparable Schäden für den Wettbewerb wirksam verhindert werden.“

Wettbewerbskommission 4.0

- Erheblicher Eingriff in die unternehmerische Freiheit – Risiko, dass nicht der Wettbewerb sondern Behörden über Marktstrukturen entscheiden
- Keine Gesetzesreform, sondern proaktive Prüfung, ob die Anordnung einstweiliger Maßnahmen geboten ist, um nicht wiedergutzumachende Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern.“

Kommission

- Einstweilige Maßnahmen in dringenden Fällen, wenn Gefahr eines ernststen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb
- Anordnung in acht Fällen (vor VO 1/2003); jetzt wieder aufgegriffen i.S. Broadcom (Exklusivität, Kopplung) unter Art. 8 VO 1/2003
- Vestager: „*a sign of things to come*“; Madero: „*more interim orders in digital markets*“

Frankreich

- Art. L464-1 CdC: ernster und unmittelbarer Schaden für die Wirtschaft, die Branche, die Interessen der Verbraucher oder den Antragsteller
- 23 Anordnungen in den letzten 15 Jahren

ECN

- ECN Recommendation on the power to adopt interim measures (2013): „requirement of serious and irreparable harm to competition is found in the vast majority of jurisdictions“



- Lediglich „Gebotenheit zum Schutz des Wettbewerbs“ problematisch – qualifizierter Schaden erforderlich
- Fokus sollte auf vorläufiger Sicherung bei klaren Wettbewerbsbeschränkungen (Exklusivität, Kopplungen, etc.) liegen
- Beachtung der Gefahr der Verlängerung statt Beschleunigung von Verfahren durch einstweilige Anordnungen (vgl. IMS Health)

Kartellverwaltungsverfahren

Anspruch auf Zusicherung, dass kein Anlass besteht tätig zu werden

§ 32c GWB

„Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 19 bis 21 und 29, nach Artikel 101 Absatz 1 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben, so kann sie entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.“



§ 32c Abs. 2 bis 4 GWB n.F.

(2) Unabhängig von den Voraussetzungen in Absatz 1 kann die Kartellbehörde auch mitteilen, dass sie im Rahmen ihres **Aufgreifermessens** von der Einleitung eines Verfahrens absieht.

(3) Das Bundeskartellamt kann allgemeine **Verwaltungsgrundsätze** über die Ausübung seines nach Absatz 1 und 2 bestehenden Ermessens festlegen.

(4) Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen haben gegenüber dem Bundeskartellamt einen **Anspruch** auf eine Entscheidung nach Absatz 1, wenn sie im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein **erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse** an einer solchen Entscheidung haben. Das Bundeskartellamt soll innerhalb von **sechs Monaten** über einen Antrag nach Satz 1 entscheiden.



- Rechtssicherheit
- Abgrenzungsschwierigkeiten, erhebliches Interesse zu bestimmen
- Dauer von sechs Monate zu lange?

Kartellverwaltungsverfahren

Beschleunigung – Möglichkeit einer mündlichen Anhörung

§ 56 Abs. 1 GWB

„Die Kartellbehörde hat den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.“



§ 56 Abs. 1 GWB n.F.

„ Die Kartellbehörde hat den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. **Über die Form einer Anhörung entscheidet die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Kartellbehörde kann die Anhörung auch mündlich durchführen, wenn die Umstände des Falles dies erfordern.**“

Grenzen

der Beschleunigung

- Rechtliches Gehör als Teil der unentbehrlichen rechtsstaatlichen Garantien (Koalitionsvertrag: „*Wir wollen die Verfahren [...] spürbar beschleunigen, ohne dabei rechtsstaatliche Garantien einzuschränken*“)
- Art. 3 Abs. 2 ECN-Plus-Richtlinie: „*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei der Ausübung der Befugnisse nach Absatz 1 angemessene Garantien gelten, damit die Verteidigungsrechte der Unternehmen gewahrt sind, darunter das Recht auf rechtliches Gehör [...]*“
- Art und Umstände des rechtlichen Gehörs müssen in angemessenem Verhältnis zur Komplexität des Falles stehen
- Beweislast für die ordnungsgemäße Gewährung rechtlichen Gehörs liegt beim Bundeskartellamt

Kartellverwaltungsverfahren

Beschleunigung – Regelung der Akteneinsicht

§ 56 [...] Akteneinsicht [...]

(3) Die Beteiligten können bei der Kartellbehörde die das Verfahren betreffenden Akten einsehen, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder **Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen** erforderlich ist. [...]

(4) Die Behörde hat die Einsicht in die Unterlagen zu **versagen**, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Behörde sowie zur Wahrung des Geheimnisses oder von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder sonstigen schutzwürdigen Interessen des Betroffenen, geboten ist.[...]

(5) Die Kartellbehörde kann **Dritten** Auskünfte aus den ein Verfahren betreffenden Akten erteilen oder Einsicht in diese gewähren, soweit diese hierfür ein berechtigtes Interesse darlegen. [...] Soweit die Akteneinsicht oder die Auskunft der Erhebung eines Schadensersatzanspruchs [...] dienen soll, ist sie auf Einsicht in Entscheidungen nach § 32 bis § 32d sowie § 60 begrenzt.

(6) Die Kartellbehörde kann von den Beteiligten sowie von Dritten verlangen [...] auf die in Absatz 4 genannten Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies trotz entsprechenden Verlangens nicht, kann die Kartellbehörde von der **Zustimmung zur Offenlegung** im Rahmen der Gewährung von Akteneinsicht ausgehen.



Bisher § 29 VwVfG – Nun ausdrückliche Regelung der Akteneinsicht im GWB einschließlich Ausschlussgründen



Konsistente widerspruchsfreie Regelung der Akteneinsichtsrechte Dritter erforderlich

§ 40 VwVfG

§§ 33g, 89c GWB

§406e, 475 StPO

§ 1 IFG

§§ 273 Abs. 2 Nr. 2,
299, 432 Abs. 1 ZPO



Beschleunigung bei der Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse

Kartellverwaltungsverfahren

Umsetzung der ECN-Plus-Richtlinie – Auskunftsverlangen

§ 59 Auskunftsverlangen

(1) Soweit es zur Erfüllung der in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben erforderlich ist, kann die Kartellbehörde [...] die Erteilung von Auskünften sowie die Herausgabe von Unterlagen verlangen. [...] Die Verpflichtung erstreckt sich auf alle Informationen und Unterlagen, die dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung **zugänglich** sind. [...] Vertreter des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung können von der Kartellbehörde zu einer **Befragung** bestellt werden. [...]

(2) [...] Gegenüber der Kartellbehörde ist eine für die Erteilung der Auskünfte **verantwortliche Leitungsperson** zu benennen.

(3) Das Auskunftsverlangen muss verhältnismäßig sein. Es darf den Adressaten nicht zum **Geständnis** einer Straftat, einer Ordnungswidrigkeit oder einer Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zwingen. [...]

(4) Absatz 1 Satz 1 bis 6 und Absatz 3 Satz 1 gelten entsprechend für Auskunftsverlangen, die an **natürliche Personen** gerichtet werden. Insoweit ist § 55 der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden, es sei denn, dass die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und die Kartellbehörde der natürlichen Person im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat.[...]



Grenzen der Beschaffungsmöglichkeit von Informationen und Unterlagen innerhalb von Konzernen beachten



Umsetzung der Orkem-Rechtsprechung im deutschen Kartellverwaltungsverfahren



Auskunftsverweigerungsrechte an der Schnittstelle zu Bußgeldverfahren
Einschränkungen im Hinblick auf das Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung problematisch

Kartellverwaltungsverfahren

Umsetzung der ECN-Plus-Richtlinie – Durchsuchungen

§ 59b Durchsuchungen

(1) Zur Erfüllung der ihr in diesem Gesetz übertragenen Aufgaben kann die Kartellbehörde Geschäftsräume, **Wohnungen**, Grundstücke und Sachen durchsuchen, [...]. Das Grundrecht des Artikels 13 des Grundgesetzes wird insofern eingeschränkt. [...]

(3) Die Bediensteten der Kartellbehörde [...] sind insbesondere befugt,

1. sämtliche Bücher und Geschäftsunterlagen, unabhängig davon, in welcher Form sie vorhanden oder gespeichert sind, zu prüfen und Zugang zu allen Informationen zu erlangen, die für den von der Durchsuchung Betroffenen **zugänglich** sind,
2. betriebliche Räumlichkeiten, Bücher und Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß zu **versiegeln**, wie es für den Zweck der Durchsuchung erforderlich ist und
3. bei der Durchsuchung von Unternehmen [...] von allen Vertretern oder Mitarbeitern des Unternehmens [...] Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen könnten, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten, zu verlangen und ihre **Antworten** zu Protokoll zu nehmen; das Verlangen muss unter ausdrücklichem Hinweis auf die Pflicht zur Mitwirkung erfolgen und ist in das Protokoll aufzunehmen.

(5) [...] Die Betroffenen haben die Durchsuchung zu **dulden** [...].



Kaum denkbar, dass Durchsuchungen von Privatwohnungen wegen Verwaltungsunrecht verhältnismäßig



Angleichung an die Befugnisse der Kommission

- Keine informellen Befragungen
- Keine Befragungen außerhalb der Geschäftsräume



Keine Regelung zum Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant

Kartellverwaltungsverfahren

Änderungen in der Ausgestaltung und Durchführung nach der 10. GWB-Novelle

Zum Gesetzgebungsverfahren

- § 32a GWB: qualifizierte Anforderungen an den „Schutz des Wettbewerbs“ erforderlich
- § 56 Abs. 5 GWB: Klarstellung, dass es sich um eine lex specialis im i.S.d. § 1 Abs. 3 IFG handelt
- § 59 GWB: Ergänzung, dass Informationen nur zugänglich, wenn aufgrund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung in der Lage
- § 59b GWB: Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant



Hinweise für die anwaltliche Praxis

- Frühzeitige Klärung einer unbilligen Härte mit Blick auf etwaige einstweilige Maßnahmen - eidesstattliche Versicherungen vorbereiten
- Jeweils zeitnahe Einreichung einer nicht vertraulichen Fassung bei mehreren Beteiligten
- Klärung der konzerninternen Zugriffsmöglichkeit auf Informationen und Unterlagen bei förmlichen Auskunftsverlangen
- Anpassung der Durchsuchungsleitfäden zum Umgang mit Befragungen



VIELEN DANK

für Ihre Aufmerksamkeit