

# Der Unternehmer zwischen Markttransparenz und Geheimwettbewerb – kartellrechtliche Beschränkungen der Unternehmerfreiheit

CHRISTIAN BAHR

## I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag beruht auf einem Vortrag anlässlich der 5. Bitburger Gespräche *in München*. Er widmet sich dem Thema Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern aus kartellrechtlicher Sicht.

Der Beitrag geht zunächst darauf ein, welche Arten des Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern es gibt und wie der relevante kartellrechtliche Rechtsrahmen aussieht. Im Anschluss wird die hierzu ergangene Praxis von Behörden und Gerichten beleuchtet. Hier stehen der Geheimwettbewerb und das sogenannte Selbstständigkeitspostulat im Mittelpunkt. Sodann erfolgt ein Überblick über die unterschiedlichen Formen des Informationsaustausches. Abschließend folgen ein paar kurze Ausführungen zum Austausch so genannter „öffentlicher“ Informationen sowie zum Austausch von Informationen über die „Öffentlichkeit“.

## II. Arten des Informationsaustausches

Unternehmen erhalten Informationen über den Markt und ihre Wettbewerber über verschiedene Quellen. Zum einen gibt es den indirekten Austausch über Dritte. Dieser erfolgt oftmals formalisiert durch Sammlung, Aufbereitung, Aggregation und Anonymisierung der Daten durch neutrale Meldestellen im Rahmen von so genannten Marktinformationsverfahren. Zudem kann auch ein Austausch unter

Vermittlung von Dienstleistern erfolgen, die dafür ein Entgelt erhalten. Weitere Informationsquellen sind andere Marktteilnehmer (Kunden/Lieferanten) oder auch über Medienberichte.

Einen direkten Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern gibt es oft innerhalb bestehender Kooperationen (z. B. im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen). Daneben gibt es den oftmals mehr informellen Austausch auf Messen oder auf Verbandsveranstaltungen. Häufig war Gegenstand von kartellrechtlichen Entscheidungen auch der Informationsaustausch im Rahmen einer umfassenden Kartellvereinbarung.

### III. Rechtsrahmen

Von zentraler Bedeutung für Unternehmen ist das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen (Kartellverbot), welches in Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthalten ist. Die Vorschriften verbieten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Einschränkung, Verfälschung oder Verhinderung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Der Informationsaustausch hat dann zumindest potenzielle kartellrechtliche Relevanz, wenn er als Absprache im Sinne eines direkten oder indirekten Kontaktes bzw. einer Koordinierung zwischen Unternehmen eingeordnet werden kann. Es müssen hierzu mindestens zwei Unternehmen mitwirken, was allerdings meistens der Fall ist. Von Bedeutung ist daneben auch die Unterscheidung zwischen einer bezweckten und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung. Wenn festgestellt werden kann, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist, bedarf es nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keiner Aussage mehr über die tatsächlichen Auswirkungen. Anders ist dies bei einer bloß bewirkten Wettbewerbsbeschränkung. Hier muss im konkreten Fall geschaut werden, welche tatsächliche

oder potentielle Wirkung von der Absprache ausgeht.

Absprachen, die gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen sind nichtig, sofern sie nicht aufgrund ihrer Vorteile für die

Verbraucher vom Kartellverbot freigestellt sind (§ 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV). Ist die Absprache nicht freigestellt, liegt eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot vor, die vom Bundeskartellamt oder der Europäischen Kommission mit einer Geldbuße geahndet werden kann. In schwerwiegenden Fällen kann die Geldbuße bis zu 10 % der weltweiten Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen betragen. Das Bundeskartellamt kann auch gegen die handelnden Personen und Mitglieder der Geschäftsführung Geldbußen verhängen (bis zu EUR 1 Million).

#### IV. Geheimwettbewerb und Selbständigkeitspostulat

Durch einen Informationsaustausch darf der Geheimwettbewerb nicht beeinträchtigt oder gar ausgeschaltet werden. Nach der These vom schützenswerten Geheimwettbewerb darf die durch einen Informationsaustausch erhöhte Markttransparenz nicht dazu führen, dass Wettbewerbshandlungen einzelner Unternehmen erkennbar werden. Dies kann nämlich dazu führen, dass vorstoßender Wettbewerb nur eingeschränkt erfolgt oder ganz unterbleibt. Dahinter steckt der Gedanke, dass wettbewerbliche Verstöße in der Regel nur dann erfolgen, wenn das Unternehmen dadurch Vorteile – insbesondere höheren Umsatz bzw. Marktanteil – erlangen kann. Ist aber zu befürchten, dass Wettbewerber auf diese Verstöße schnell aufmerksam werden und dementsprechend reagieren können, kann dies dazu führen, dass der Verstoß aufgrund des identifizierten Retaliationspotentials unterbleibt. Man kennt dies z. B. aus Branchen, die sehr regional, vielleicht sogar lokal, strukturiert sind und sich durch eine gewisse Marktkonzentration und homogene Produkte auszeichnen, wie z. B. die Beton- oder Zementbranche.

Um den Geheimwettbewerb ging es auch in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „Spanische Banken“ (EuGH, 23.11.2006, C-238/05 – *ASNEF-EQUIFAX*). Hintergrund war ein System des Informationsaustausches zwischen Banken über Kreditnehmer zum Zwecke der Feststellung der Kreditwürdigkeit. Der EUGH stellte hierzu fest, dass Vereinbarungen über den Austausch von Informationen gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen, wenn sie den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen ver-

ringern oder beseitigen und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führen.

Nach diesem so genannten Selbstständigkeitspostulat liegt den Wettbewerbsvorschriften des Vertrages der Gedanke zu Grunde, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Binnenmarkt zu betreiben gedenkt. Dieses Selbstständigkeitspostulat stehe jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Wirtschaftsteilnehmern entgegen, durch die entweder das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbers beeinflusst werden oder ein solcher Wettbewerber über das eigene Marktverhalten, zu dem man selbst entschlossen ist oder das man in Erwägung zieht, ins Bild gesetzt werden soll. Dieses Selbstständigkeitspostulat nimmt den Wirtschaftsteilnehmern jedoch nicht das Recht, sich am festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten auf intelligente Weise anzupassen. Hierbei handelt es sich um das sogenannte autonome, selbstständige Parallelverhalten.

## V. Marktinformationsverfahren

Der EuGH hat im Fall „Spanische Banken“ festgestellt, dass die durch die Schaffung eines Austauschsystems zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit geschaffene erhöhte Transparenz nicht als Solches kartellrechtlich bedenklich ist. Hierdurch werden die teilnehmenden Banken nämlich in die Lage versetzt, die zur Vergabe von Krediten zur Verfügung stehenden Mittel effektiver einzusetzen, was zu einer potenziellen Verbesserung des Systems der Kreditvergabe führt. Der Informationsaustausch stelle daher jedenfalls keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

Ob das Informationsaustauschsystem eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, richte sich nach den auf den betreffenden Märkten herrschenden wirtschaftlichen Bedingungen und den für das betreffende System charakteristischen Eigenschaften, namentlich seinem Zweck, den Zugangsvoraussetzungen und den Bedingungen der Teilnahme am Austausch, der Natur der ausgetauschten Informationen – bei denen es sich z. B. um veröffentlichte oder vertrauliche, zusammengefasste oder detaillierte, historische oder gegenwärtige Angaben handeln kann –, deren Periodizität und ihrer Bedeutung für die Preis-

bildung sowie dem Umfang oder den Bedingungen der Leistung. Es liege kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn erstens der betroffene Markt nicht hochgradig konzentriert ist, zweitens das System keine Identifikation der Marktteilnehmer ermöglicht und drittens die Zugangsbedingungen keine Diskriminierung enthalten.

### *1. Marktbedingungen*

Im Hinblick auf die Marktbedingungen gilt, dass insbesondere auf konzentrierten Märkten mit homogenen Massengütern die durch den Austausch zusätzlich geschaffene Transparenz zu Problemen führen kann. Das heißt aber nicht, dass auf konzentrierten Märkten generell kein Informationsaustausch durchgeführt werden dürfte. Entscheidend ist hier vielmehr das zweitgenannte Kriterium – die Möglichkeit der Identifikation der Marktteilnehmer.

### *2. Nicht-Identifizierbarkeit der Marktteilnehmer*

Ob das zweite Kriterium – die Nicht-Identifizierbarkeit der Teilnehmer – erfüllt ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Marktinformationssystems ab. Hierzu hat das OLG Düsseldorf im Jahr 2002 anhand eines Informationsaustausches von Herstellern von Transportbeton Grundsätze entwickelt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.7.2002, Kart 37/01 (V) – Transportbeton Sachsen). Das vom Bundeskartellamt untersagte Marktinformationsverfahren sah den Austausch diverser regionaler Daten bzw. Absatzmengen, Kosten und Erlösen auf monatlicher Basis vor. Das OLG Düsseldorf entschied, dass das In-Erfahrung-Bringen von Marktinformationen unbedenklich sei, wenn lediglich Auskünfte über Durchschnittspreise, Liefermengen, Umsätze mitgeteilt werden und eine Identifizierung einzelner Kunden oder Lieferanten für die Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge ausgeschlossen sei. Dass diese Rückmeldung die durchschnittliche Entwicklung des Preisniveaus auf dem Markt transparent mache und die Berechnung des eigenen Marktanteils ermögliche, sei kartellrechtlich erlaubt. Unzulässig werde ein Marktinformationsverfahren erst dann, wenn es seine Teilnehmer in die Lage versetzt, die sichtbar werdenden Marktbewegungen einem einzelnen Teilnehmer oder einzelnen Geschäftsvorgang zuzuordnen.

In diesem Fall sah das Informationssystem vor, dass Daten nicht zurückgemeldet werden durften, wenn weniger als fünf unabhängige Unternehmen ihre Daten gemeldet hatten. Nach Auffassung des OLG

Düsseldorf war damit eine Identifizierung einzelner Marktteilnehmer oder Geschäftsabschlüsse ausgeschlossen.

Im Jahr 2011 hat das Bundeskartellamt – spezifisch auf den Agrarbereich ausgerichtete – Grundsätze zu Marktinformationsverfahren in konzentrierten Märkten veröffentlicht. Dabei handelt es sich um Standards für die kartellrechtskonforme Gestaltung von MIV im Bereich der Beschaffung von Rohmilch (Bundeskartellamt, Fallbericht Rohmilcherfassung, B2-118/10). Das Bundeskartellamt weist zwar darauf hin, dass Einschätzungen über die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationssystemen aufgrund der besonderen Strukturbedingungen und Wettbewerbsverhältnisse auf den Milchmärkten nicht ohne weiteres auf andere Agrarmärkte übertragbar sind. Die Vorgaben des Bundeskartellamtes können jedoch zumindest als Ausgangsbasis für Marktinformationssysteme in anderen Agrarmärkten dienen. Danach müssen kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen, um Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge und Beteiligte tatsächlich auszuschließen: Bis in die letzte ausgewiesene Stichprobe hinein (z. B. Darstellung der durchschnittlichen Auszahlungspreise nach Regionen, Produktionsrichtung oder Milchanlieferungsmenge) müssen mindestens fünf Molkereien gemeinsam ausgewiesen werden, von denen die größte nicht mehr als 33 % gemessen an der Gesamtliefermenge der von der Stichprobe erfassten Molkereien haben darf und die beiden größten gemeinsam weniger als 60 % gemessen an der Gesamtliefermenge der von der Stichprobe erfassten Molkereien aufweisen.

### *3. Diskriminierungsfreier Zugang*

Drittens ist nach Ansicht des EuGH wichtig, dass alle im maßgeblichen Bereich tätigen Wirtschaftsteilnehmer rechtlich wie tatsächlich diskriminierungsfrei Zugang zum System haben. Soweit das nämlich nicht gewährleistet ist, werden Wirtschaftsteilnehmer, die über weniger Informationen zur Einschätzung des übernommenen Risikos verfügen, benachteiligt, was auch den Markteintritt neuer Wirtschaftsteilnehmer nicht erleichtert.

## VI. Direkter Informationsaustausch

Wenden wir uns nun dem direkten Informationsaustausch zu. Ein Beispiel, bei dem folgendes vorgefallen war: Es ging um ein einziges Meeting, bei dem sich die Verkaufsleiter von vier Mobilfunknetzbetreibern in den Niederlanden getroffen hatten, um die Entwicklung der Provisionszahlungen für die Vermittlung von Mobilfunkverträgen an Endverbraucher durch unabhängige Vermittler zu diskutieren. Es bestand Einigkeit, dass die mittlerweile am Markt gezahlten Provisionen stark überhöht seien und gesenkt werden müssten. Die Unternehmen informierten sich bei dieser Gelegenheit gegenseitig über ihre individuellen Planungen, das heißt, über das Ausmaß, den Zeitpunkt und die Modalitäten der ins Auge gefassten Kürzungen der Provisionen. Die nun interessierende Frage lautete: Liegt hierbei eine Abstimmung vor? Man könnte zweifeln, ob denn bereits ein einziges Meeting für eine Abstimmung ausreicht. Zudem könnte man erwägen, ob das relevante Verhalten nicht gar preissenkend und damit wettbewerbsfördernd gewesen ist. In den Schlussanträgen des Generalanwaltes hieß es dazu: Entscheidend sei nicht so sehr, wie viele Treffen es gegeben habe, sondern ob die Kontakte, die stattgefunden haben, den Unternehmen ermöglicht hätten, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Verhaltens im jeweiligen Markt zu berücksichtigen, und daher eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit den Wettbewerb verbundenen Risiken getreten sei.

Wenn nachgewiesen werden könne, dass die beteiligten Unternehmen eine Abstimmung erzielt haben und sie weiterhin auf dem Markt tätig sind, sei es gerechtfertigt, von ihnen den Beweis zu verlangen, dass diese Abstimmung ihr Marktverhalten nicht beeinflusst habe. Erschwerend wirken sich in diesem Zusammenhang die bestehenden Kronzeugenprogramme aus. Für die Behörden wird es dadurch verhältnismäßig einfach, eine Abstimmung nachzuweisen. Im Falle voller Kooperation erhält der Kronzeuge einen vollen Bußgelderlass. Gleichzeitig ist bewiesen, dass eine Abstimmung vorliegt.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob nur ein Unternehmen seine Wettbewerber einseitig über sein in Aussicht genommenes Marktverhalten informiert, oder ob alle Beteiligten untereinander sich gegenseitig über ihre jeweiligen Entwicklungen und Absichten informieren. Denn schon, wenn ein einziges Unternehmen sich aus

der Deckung wagt und seinen Konkurrenten vertrauliche Informationen über seine künftige Geschäftspolitik preisgibt, verringert sich dadurch für alle Beteiligten die Unsicherheit über das künftige Geschehen und es entsteht die Gefahr einer Verringerung des Wettbewerbes und eines kollusiven Verhalten.

## VII. Erlaubtes Parallelverhalten

Aus dem Selbständigkeitspostulat folgt, dass nicht jedes Parallelverhalten von Wettbewerbern im Markt kartellrechtlich problematisch ist. Aufeinander abgestimmtes Verhalten beinhaltet die beiden grundlegenden Elemente der Abstimmung und des Verhaltens, typischerweise als Parallelverhalten am Markt. Wenn nur ein Parallelverhalten nachgewiesen werden kann, nicht aber die Abstimmung, hat das Verhalten nur eine bloße Indizwirkung. Es begründet bloß einen Anfangsverdacht für einen Kartellverstoß, ermöglicht möglicherweise auch eine Durchsuchung oder eine Sektoruntersuchung. Die Abstimmung muss jedoch noch nachgewiesen werden.

Wenn allerdings die Abstimmung tatsächlich nachgewiesen werden kann – beispielsweise durch einen Kronzeugen – ist der Nachweis eines späteren Parallelverhaltens am Markt nicht erforderlich. Das heißt bereits der Austausch sensibler Informationen reicht für einen Verstoß aus. Wenn nachgewiesen werden kann, dass jemand Informationen ausgetauscht hat, die er nicht austauschen sollte, dann muss er beweisen, dass er sie nicht genutzt hat. Dies wird kaum gelingen. Selbst wenn feststeht, dass genau diesem Verhalten schon ein Vorstandsbeschluss vorausging, dürfte der Informationsaustausch den Beschluss mindestens bestärkt haben.

## VIII. Öffentliche Informationen

Der Austausch öffentlicher Informationen verstößt nicht gegen das Kartellverbot. Allerdings sind Informationen nach Ansicht der Europäischen Kommission tatsächlich auch nur dann öffentlich, wenn es für Kunden und unbeteiligte Unternehmen nicht teurer ist, sich diese Informationen zu beschaffen, als für die am Informationsaustausch



beteiligten Unternehmen. Teurer muss in diesem Fall verstanden werden als „umständlicher“.

Im Regelfall würden Wettbewerber Daten, die sie ebenso leicht vom Markt beziehen können, nicht untereinander austauschen, sodass in der Praxis der Austausch echter öffentlicher Daten unwahrscheinlich ist. Selbst wenn diese Informationen öffentlich zugänglich sind, zum Beispiel von Regulierungsbehörden veröffentlicht werden, könnte ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern aber den Wettbewerb beschränken, wenn dadurch die Ungewissheit auf dem Markt verringert wird. In diesem Fall könnte möglicherweise eine über den Informationsaustausch marginale Zusatzinformation Ausschlag dafür sein, dass es zu einem Kollisionsergebnis kommt.

## IX. Information an die Öffentlichkeit

Vom Austausch öffentlicher Information ist die einseitige Veröffentlichung von Informationen abzugrenzen. Bei den einseitigen Informationen kann man unterscheiden zwischen dem direkten Austausch und dem indirekten Austausch. Wenn ein Unternehmen strategische Daten von einem Wettbewerber in einer Sitzung, per Post oder elektronisch erhält, wird davon ausgegangen, dass es die Informationen akzeptiert und sein Marktverhalten entsprechend angepasst hat. Es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass es die Daten nicht erhalten will. Dies nennt man dann „aktives Distanzieren“. Die Kommission weitet dies auch auf den Fall aus, wenn das Unternehmen ein Preiserhöhungsschreiben von einem Wettbewerber erhält.

Hiervon abzugrenzen ist der indirekte Austausch, beispielsweise bei einer öffentlichen, einseitigen Bekanntmachung in einer Zeitung. Diesbezüglich führt die Kommission aus, dass im Grundsatz keine abgestimmte Verhaltensweise vorliege, je nach Sachlage allerdings im Einzelfall die Möglichkeit eines Vorliegens einer abgestimmten Verhaltensweise nicht ausgeschlossen sein könne. So z. B. in Fällen, in denen auf eine solche Bekanntmachung hin andere Wettbewerber folgen.