



## Informationsaustausch zwischen Unternehmen

Dr. Romina Polley, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

Universität Düsseldorf, 4. Februar 2013 – Forum Unternehmensrecht des IUR

© 2013 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.

# Themenübersicht

---

- Einführung
- Unionsrecht
- Deutsches Recht
- Fallpraxis
- Schlussfolgerung und Diskussion



CLEARY  
GOTTLIEB

**Einführung**

# Einführung

---

- Gründe für Informationsaustausch: Effizienzgewinn durch
  - Behebung von Informationsasymmetrie
  - Benchmarking
  - Reduktion von Suchkosten
  
- Verschiedene Zusammenhänge
  - Als Bestandteil eines Kartells → immer unzulässig
  - Andere Formen der Zusammenarbeit (z.B. Joint Ventures, Verbandsarbeit, Forschung und Entwicklung)
  - Im Vorfeld eines Zusammenschlusses („gun jumping“)
  - Einseitige Veröffentlichung von Informationen („price signalling“)
  - ≠ bloßes Parallelverhalten → immer zulässig
  
- Positive und negative Auswirkungen auf den Wettbewerb



CLEARY  
GOTTLIEB

**Unionsrecht**

## Unionsrecht – Rechtsgrundlagen

---

- Art. 101 AEUV
- VO 1/2003
- Leitlinien der Kommission
  - allgemeine Grundsätze für die Prüfung von horizontalen Vereinbarungen bzw. von Informationsaustauschen
- Fallpraxis, z. B.
  - EuGH v. 28.5.1998 – *John Deere*
  - Europäische Kommission v. 15.10.2008 - *Bananen*
  - EuGH v. 4.6.2009 – *T-Mobile Netherlands*

# Unionsrecht – Rechtsprechung zu abgestimmter Verhaltensweise (1)

---

## ■ Abstimmung

- „Form der Koordinierung zwischen Unternehmen .., die .. bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.“ (st. Rspr., zuletzt EuGH v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands* 2009)
- Selbständigkeitspostulat: verbietet jede
  - „Fühlungnahme zwischen Unternehmen .., die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines .. Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen, das man selbst auf dem betreffenden Markt an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht.“ (st. Rspr. zuletzt EuGH v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands* 2009)
- ≠ erlaubtes Parallelverhalten
  - Recht des Unternehmens, „sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen“ (EuGH v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands*)
- Grenzfälle: einseitige Offenlegung, öffentliche Bekanntgabe
  - offene Distanzierung erforderlich (st. Rspr., u.a. EuGH v. 8.7.1999 - *Hüls* und EuGH v. 8.7. 1999 - *Anic Partecipazioni*)
  - Vorbekanntheit der Information bei Kunden unschädlich (EuG v. 8.7.2008 – BPB)

# Unionsrecht – Rechtsprechung zu abgestimmter Verhaltensweise (2)

---

## ■ **Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung**

- EuGH v. 4.6.2009 – *T-Mobile Netherlands*:
  - Konkrete Auswirkungen unerheblich, wenn Verhalten eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt (Per-se-Verbot)
  - Ausreichend, wenn hierzu konkret geeignet (Gefährungsdelikt)
  - Daher keine Prüfung der konkreten Auswirkungen
  - Selbständigkeitspostulat
    - „Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen“
- Wettbewerbsbeschränkender Zweck klar bei Austausch über beabsichtigtes Marktverhalten
  - Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung hier besonders hoch
  - keine Vermutung des Bezweckens bei individualisierten Informationen über die Vergangenheit
- Klar, wenn Marktinformationssystem der Überwachung der Umsetzung einer Kartellabsprache dient



# Unionsrecht – Rechtsprechung zu abgestimmter Verhaltensweise (3)

---

- **Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung**
  - Spürbare negative Auswirkung?
    - Vergleich zwischen tatsächlicher und hypothetischer Wettbewerbssituation
    - Auch potentielle Auswirkungen (EuGH v. 28.5.1998 - *John Deere*)
  - Einzelfallprüfung
  - Marktstruktur
    - Insbesondere Konzentrationsgrad (u.a. EuGH v. 28.5.1998 - *John Deere* und v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands*)
    - Anzahl der konkurrierenden Anbieter, Symmetrie und Stabilität der Marktanteile, strukturelle Verbindungen
  - Eigenschaften der ausgetauschten Informationen
    - Strategische Daten (Preise, Kapazitäten, Kosten)
    - Identifizierend oder aggregiert
    - Alter der Daten (historisch, aktuell, künftig)
    - Häufigkeit des Austauschs
    - Zugang zu den Daten

# Unionsrecht – Rechtsprechung zu abgestimmter Verhaltensweise (4)

---

## ■ Marktverhalten

- das Abstimmung entspricht (EuGH v. 8.7.1999 - *Anic Partecipazioni*)
- Marktverhalten als solches muss sich nicht in konkreter Wettbewerbsbeschränkung niederschlagen (EuGH v. 8.7.1999 - *Anic Partecipazioni*)

## ■ Ursächlicher Zusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten

- Widerlegliche Vermutung (st. Rspr., u.a. EuGH v. 8.7.1999 - *Hüls*)
- Von nationalen Gerichten anzuwenden (EuGH v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands*)
- Vermutung aber nur schwer widerlegbar: vollständige Durchführung nicht erforderlich (EuGH v. 28.5.2005 - *HFB/Isoplus*)

# Unionsrecht – Rechtsprechung zu abgestimmter Verhaltensweise (5)

---

- **Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV**
- Gruppen- oder Einzelfreistellung
- 4 Voraussetzungen
  - Effizienzgewinne
  - Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn
  - Unerlässlichkeit der Beschränkung
  - Keine Möglichkeit zur Ausschaltung eines wesentlichen Teils des Wettbewerbs
- EuGH v. 23.11.2006 – Asnef-Equifax/Ausbanc :
  - System zum Austausch von Kreditinformationen zwischen Finanzinstituten zur Kreditwürdigkeit von Schuldern
  - Feststellung Effizienzgewinn: Abwägung wirtschaftlicher Vorteile und Nachteile im Einzelfall
  - Angemessene Beteiligung der Verbraucher erfordert nicht, dass jeder einzelne Verbraucher profitiert:
    - Auswirkung muss insgesamt günstig sein

## Unionsrecht – Einschlägige Fälle der Rechtsprechung

---

- EuG v. 27.10.1994, Rs. T-35/92 – *John Deere*
- EuG v. 14.5.1998, Rs. T-338/94 – *Finnboard*
- EuGH v. 28.5.1998, Rs. C-7/95 P – *John Deere*
- EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P – *Anic Partecipazioni*
- EuGH v. 2.10.2003, Rs. C-194/99 P – *Thyssen Stahl*
- EuGH v. 23.11.2006, Rs. C-238/05 – *Asnef-Equifax/Ausbanc*
- EuGH v. 4.6.2009, Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*
  - mit Schlussanträgen Kokott v. 19.2.2009

# Unionsrecht – Prüfung der Kommission in Horizontal-Leitlinien (1)

---

- Informationsaustausch als Form des abgestimmten Verhaltens (LL Ziffern 60 ff.)
  - ≠ Parallelverhalten
  - Einseitige Offenlegung (z.B. in Sitzung, per Post)?
    - Wenn strategische Daten (Ziffer 62)
  - Öffentliche Bekanntgabe (z.B. Zeitung)?
    - Nur unter zusätzlichen Voraussetzungen (Ziffer 63)
  
- Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung (LL Ziffern 72 ff.)
  - Rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang
  - Dem Wesen nach geeignet, Wettbewerb zu beschränken (Ziffer 72)
  - Klar bei Austausch über künftige Preise und Mengen (Ziffer 74)
  
- Wettbewerbsbeschränkende Auswirkung (LL Ziffern 65 ff.)
  - Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens (Ziffer 66)
  - Erhöhung der inneren Stabilität der Kollusion (Ziffer 67)
  - Erhöhung der äußeren Stabilität der Kollusion (Ziffer 68)

# Unionsrecht – Prüfung der Kommission in Horizontal-Leitlinien (2)

Wettbewerbsbeschränkung: Einzelfallprüfung (LL Ziffern 77 ff. und 86 ff.)

## Marktmerkmale/ -bedingungen

- Transparenz
- Konzentration
- Komplexität
- Stabilität
- Symmetrie



## Merkmale des Informationsaustauschs

- Strategische Informationen (zB. Preise, Mengen, Kundenlisten, Produktionskosten, Verkaufszahlen)  
→ Selbständigkeitspostulat
- Aktuelle ≠ historische Daten
- Individualisierte ≠ aggregierte Daten (z.B. gesammelt von Berufsverbänden)
- Geheime ≠ öffentlich zugängliche Daten
- Weitere Kriterien: Marktabdeckung, Häufigkeit des Austauschs, Öffentlichkeit des Informationsaustauschs



CLEARY  
GOTTLIEB

**Deutsches Recht**

# Deutsches Recht – Rechtsgrundlage

## Alte Rechtsprechung

- Schutz des „Geheimwettbewerbs“ durch § 1 GWB
  - BGH u.a. v. 29.1.1975 - *Aluminium-Halbzeug* :
    - Wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Weitergabe von Preisen durch Beseitigung der Ungewissheit über Wettbewerbslage
  - OLG Düsseldorf v. 26.7.2002 - *Transportbeton Sachsen*:
    - mindestens 5 miteinander verbundene Teilnehmer erforderlich
    - Minderheitsbeteiligungen wegen § 51a GmbHG schädlich
  - Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 ?
- Keine ‚Checkliste‘

## Sektoruntersuchung Milch ('08-'11)

- Ziel: kartellrechtliche Einordnung bestimmter Verhaltensweisen
  - Ergebnis: „erhebliche Einschränkungen des Wettbewerbs“ durch hohes Maß an Transparenz
  - Erste allgemeine Ausführungen des BKartA: Darstellung zur Zulässigkeit von Marktinformationssystemen
  - Häufiger Verweis auf die LL der Kommission
    - Einzelfallprüfung von Marktbedingungen und Eigenschaften der Information
    - Jdf. Austausch über künftiges Preisverhalten verstößt gg Art.101
- Keine ‚Checkliste‘



## Deutsches Recht - Rechtsprechung

---

- OLG Düsseldorf v. 29.10.2012 – Silostellgebühren I
  - Treffen zwischen Mörtelherstellern und Händlern
  - Austausch über Höhe der Gebühr und Beteiligung des Handels durch Rabatte
  - Informationsaustausch nach gefasstem Entschluss bei Herstellern und Bekanntgabe an Kunden
  
- Rechtliche Bewertung:
  - Beteiligung der Marktgegenseite an Treffen unerheblich
  - Auch Austausch über bekannte Informationen abgestimmtes Verhalten, weil Klima der Gewissheit hinsichtlich zukünftigen Verhaltens, etwa wie viel Nachdruck bei Umsetzung
  - Passive Teilnahme an Sitzung reicht



CLEARY  
GOTTLIEB

**Fallpraxis des BKartA**

## Drogerieartikel 2008

---

- Regelmäßiger Informationsaustausch zwischen 5 Markenherstellern von Drogerieartikeln
  - bei Verbandssitzungen des Arbeitskreises „Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel“ des Markenverbands
  - Über
    - Rabattforderungen der Einzelhändler und Reaktion der Hersteller (Jahresgespräche und unterjährig)
    - Stadium der Verhandlungen mit Einzelhändlern
- BKartA: Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV)
  - Regelmäßiger Austausch im Rahmen der Verbandssitzungen als Vereinbarung zwischen Wettbewerbern („Grundkonsens“)
  - Beschränkung des Geheimwettbewerbs wird bezweckt und bewirkt
  - Gefahr der Koordinierung des Marktverhaltens
  - Bußgelder in Höhe von 37 Mio. Euro
- Kritik
  - Keine Qualifikation des Informationsaustauschs als abgestimmtes Verhalten
  - Keine Prüfung ob bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung
  - Nachfragemacht des Einzelhandels nicht berücksichtigt

## Schlossrunde / Luxuskosmetik 2008

---

- Austausch zwischen 9 Luxuskosmetikherstellern durch identifizierendes Marktinformationssystem (sog. Schlossrunde)
  - Seit 1995 vierteljährliche Meldungen von
    - Detaillierten Umsatzzahlen
    - Werbeausgaben, Retouren, geplante Preisanhebungen, Verhalten gegenüber ausgewählten Parfümerien
    - Vertriebsstrukturdaten, geplante Produktneueinführungen, Preislisten
- BKartA: Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV)
  - konkrete Eignung der ausgetauschten Informationen zu Wettbewerbsbeschränkung
    - Aktuelle, identifizierende und detaillierte Daten
  - Vorsätzlich praktizierte Vereinbarung (Geheimhaltung, beschränkter Teilnehmerkreis)
  - Ziel, den Geheimwettbewerb durch Verhaltensabstimmung zu beschränken
  - „Gefahr der Koordinierung des Marktverhaltens“
- Kritik
  - Keine Qualifikation als abgestimmte Verhaltensweise
  - Keine Differenzierung nach Art der Information
  - Marktstruktur bleibt größtenteils unberücksichtigt

## Hema 2009

---

- Informationsaustausch bei Treffen des sog. Hema-Vertriebskreises
  - im Bereich Lebensmittel, Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel (6 Unternehmen)
  - Über
    - Umsatzentwicklungen verschiedener Produktgruppen
    - Geplante Preiserhöhungen
    - Vermarktungsstrategien
    - Sonderforderungen der Einzelhändler
    - Stand der sog. Jahresgespräche
  
- BKartA:
  - Qualifikation als abgestimmte Verhaltensweise
  - EuGH-Rspr. aufgegriffen (v. 4.6.2009 - *T-Mobile Netherlands*)
  
- Kritik
  - Keine Bezugnahme auf Horizontal-Leitlinien der Kommission
  - Keine Unterscheidung nach Art der Information
  - Nicht alle Teilnehmer im Wettbewerbsverhältnis
  - Wettbewerbsrechtliche Relevanz der Informationen teilweise fraglich

## Haribo 2012 (1)

---

- Informationsaustausch zwischen Herstellern von Süßwaren (Schokolade und Zuckerware)
  - Informeller Gesprächskreis über
    - Stand und Verlauf von Verhandlungen mit Einzelhändlern
    - Konditionenforderungen der Einzelhändler und Reaktion der Hersteller, d.h. Jahresgespräche und unterjährige Forderungen
    - (Beabsichtigte Preiserhöhungen)
- BKartA: Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV)
  - Qualifikation als abgestimmte Verhaltensweise
  - Pauschale Bezugnahme auf EuGH-Rspr. (v. 4.6. 2009 - *T-Mobile Netherlands*)
  - Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Schokolade und Zuckerware
- Kritik
  - Keine Bezugnahme auf Horizontal-Leitlinien der Kommission
  - Keine Unterscheidung nach Art der Information
  - Keine Prüfung bezweckter oder bewirkter Wettbewerbsbeschränkung

## Haribo 2012 (2)

---

- Kritik: Wettbewerbsverhältnis fragwürdig
  - Kein Wettbewerb um Platz im Regal zwischen Zuckerwaren- und Schokoladenherstellern
  - Widerspruch zur Fusionskontrolle: Unterscheidung zw. Zuckerwaren und Schokolade
  - Uferlose Ausdehnung des Bußgeldes auf Informationsaustausch zwischen allen Markenherstellern?
  
- Gegenargumente
  - Substitutionsverhältnis bei sog. „Zweitplatzierung“?
  - Berücksichtigung des konkreten Gegenstands des Informationsaustauschs zur Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses
  - BKartA verlangt „gewisse wettbewerbliche Nähe“
    - Für Nicht-Wettbewerber Zulässigkeit des Informationsaustauschs weiter ungeklärt



CLEARY  
GOTTLIEB

**Schlussfolgerung und Diskussion**



## Generelle Kritik an Fallpraxis des BKartA

---

- Erst in jüngerer Fallpraxis Qualifikation des Informationsaustauschs als abgestimmte Verhaltensweise
- Keine Unterscheidung nach Art der Informationen und Marktstruktur
- Keine Unterscheidung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung
- Teilweise Relevanz der Informationen für Positionierung im Wettbewerb fraglich
- Diskrepanz zum EU-Recht: Verstoß gegen Art. 3 der VO 1/2003?
- Jüngste Rspr. des OLG Düsseldorf lässt Zweifel an Rspr. als Korrektiv aufkommen



**NEW YORK**  
**WASHINGTON**  
**PARIS**  
**BRUSSELS**  
**LONDON**  
**MOSCOW**  
**FRANKFURT**  
**COLOGNE**  
**ROME**  
**MILAN**  
**HONG KONG**  
**BEIJING**  
**BUENOS AIRES**  
**SÃO PAULO**  
**ABU DHABI**  
**SEOUL**

**CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP**

[www.clearygottlieb.com](http://www.clearygottlieb.com)