

Vortrag beim DAJV

Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern:

Werden die kartellrechtlichen Risiken größer?

These: Ja !

1. Kartellbekämpfung ist stärker in den Vordergrund gerückt

neben den beiden anderen Hauptaufgaben des Bundeskartellamtes in Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht.

Kartellbekämpfung dient dem

- Schutz des Wettbewerbs an sich sowie
- Schutz der Marktgegenseite gegen deren Schäden aus der Kartellabsprache

Verbot von Absprachen zwischen Unternehmen mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung

Sanktionierung von Verstößen mit hohen Bußgeldern

Die 11. und 12. Beschlussabteilung führen ausschließlich Kartellordnungswidrigkeitenverfahren und werden unterstützt durch die Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK).

Die Zahl der Verfahren hat seit 2002 stark zugenommen

- 62 Kartellverfahren neu eingeleitet,
- 860 Unternehmen und 70 Wohnungen durchsucht,
- 1700 Mio. € Bußgelder gegen Unternehmen verhängt
- 16 Mio. € Bußgelder gegen Personen verhängt

Erfolge der Bonusregelung

2. Vergleich des unzulässigen Marktinformationssystems mit anderen Kartellen - Abgrenzung vom zulässigen Informationsaustausch

Der unzulässige Informationsaustausch

- ist Begleiter der klassischen Kartelle (Preiskartell, Quotenkartell, Kundenschutzabsprache/Gebietsabsprache) und
- spielt als eigenständiger Verstoß eine Rolle.

Er ist als Verhaltensabstimmung schwieriger rechtlich einzuordnen und vom zulässigen Parallelverhalten und vom zulässigen Informationsaustausch abzugrenzen.

Abgrenzung der unzulässigen Marktinformationssysteme (MIS) ist notwendig zur grundsätzlich zulässigen Zusammenarbeit zwischen Unternehmen beispielsweise bei F & E, bei technischer Normung, bei gemeinsamem Einkauf, bei Verbandsarbeit (Umweltfragen, Steuerrecht, rechtliche Rahmenbedingungen, Patentschutz etc.), bei der Vorbereitung von Übernahmen und Zusammenschlüssen, in wettbewerblichen Ausnahmebereichen, bei Benchmark-Studien.

Abgrenzung zum zulässigen Parallelverhalten (wache Beobachtung des Marktes und des Marktverhaltens der Wettbewerber ohne direkte oder mittelbare Fühlungnahme und selbständig entschiedene Reaktion des Unternehmens auf die Marktverhältnisse)

Beurteilung im Einzelfall und als Gesamtschau der jeweiligen Zusammenarbeit – es empfiehlt sich, eine wettbewerbsrechtliche Einschätzung der Zulässigkeit der Zusammenarbeit durchzuführen.

Bewertung nach Art. 81 EG und § 1 GWB i. V. mit § 81 GWB

§ 1 GWB: „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder Bewirken sind verboten.“

Art. 81 EG zusätzlich „Beeinträchtigung des gemeinsamen Marktes“

4. Beispiel: Marktinformationssystem in der Luxuskosmetik „Schlossrunde“

Hersteller von hochpreisigen Parfümerie- und Kosmetikartikeln, die ihre Produkte selektiv vertreiben und damit einen eigenen Markt bedienen (Depotkosmetik)

- 52 beteiligte Personen,
- 19 beteiligte Firmen
- lange Dauer des Austauschs

Verfahren ausgelöst durch indirekte Information aus einem Zusammenschlussverfahren (kein originärer Bonusantrag); spannend, weil hier zunächst ein Fall der Abgrenzung zu erlaubter Zusammenarbeit vorzuliegen schien;

Inhalt der ausgetauschten Informationen

- Austausch von Umsatzdaten
 - halbjährlicher Austausch von aktuellen, umfassenden und detaillierten Umsatzdaten im Januar und Juli
 - halbjährlicher Austausch von aktuellen Umsatzdaten im März und September
- Austausch von umsatznahen Daten
 - Austausch von Werbeausgaben
 - Austausch über den Anteil der zurückgegebenen Ware
 - Austausch von Graumarktdaten
 - Austausch des individuellen Douglas-Umsatzanteils
- Austausch von Parametern der Marktstrategie
 - Austausch von Vertriebsstrukturdaten
 - Austausch über beabsichtigte Produktneueinführungen
 - Austausch von Preislisten, Preissteigerungsterminen und der Höhe der beabsichtigten Preisanhebung
 - Austausch von Zielen und Planwerten für den Umsatz
 - Austausch über einzelne Kunden der Handelsstufe
 - Austausch über die Dekorateurhonorare
 - identifizierende Einzelabfragen bei oder über den Kartellorganisator
 - weitere vereinzelte Parameter der Marktstrategie

4.1. Merkmale des Marktinformationssystems „Schlossrunde“

Im Fall Schlossrunde hätte aus Sicht des BKartA bereits ein Teil des gegebenen Marktinformationssystems ausgereicht, um es unzulässig zu machen.

Merkmale, die zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung beitragen

- beschränkter Teilnehmerkreis (nicht alle Unternehmen der Branche, nur vertrauenswürdige Personen, nur Geschäftsführer, nur Unternehmen mit gleichgerichtetem Interesse am Hochhalten des Preisniveaus, existiert parallel zu einem Verband mit ähnlichen Aufgaben),
 - geheimer Austausch,
 - Geheimhaltungsanliegen gegenüber Mitarbeitern, anderen Wettbewerbern und der Marktgegenseite,
 - sehr aktuelle Vergangenheitsdaten (Quartalsdaten verfügbar nach 5-10Tagen)
 - Daten sind dem einzelnen Hersteller zuzuordnen, nicht anonymisiert oder aggregiert,
 - Daten geben Auskunft im Detail (Absatzdaten über spezielle Packungsgrößen der wichtigeren von vielen Produkten)
 - Daten gehen über das hinaus, was eine eigenständige Marktrecherche eines Unternehmens ergeben könnte,
 - wichtige, üblicherweise geheim gehaltene Parameter des Marktverhaltens (Geschäftsgeheimnisse) werden ausgetauscht,
 - umfassender Daten- und Informationsaustausch, der wesentliche Parameter des Marktverhaltens umfasst - je mehr desto kritischer
 - gleichgerichtetes Interesse der beteiligten Unternehmen am Hochhalten des Preisniveaus in ihrem Vertriebskanal (selektiver Vertrieb über Parfümerien oder parfumerieähnliche Drogerien)
- als Beispiel für wettbewerbliche Vorbelastung des betrachteten Marktes (wenn auch als selektives Vertriebssystem zulässig)

Merkmale an der Grenze zum Hard Core Kartell

- Informationen über gemeinsame Kunden wie
 - deren jeweiliger Marktanteil, deren Umsatz mit den einzelnen Wettbewerbern,
 - deren Reaktion auf bestimmte Konditionenforderungen,
 - deren Autorisierung als Depot für den Vertrieb einer Kosmetikmarke;
- Mitteilung zukunftsbezogener Informationen oder Absichten hinsichtlich des Marktauftritts;
- Austausch über wettbewerbliche Kerndaten wie Preiserhöhungen und Preiserhöhungstermine;

4.2. Würdigung durch das Bundeskartellamt

- Identifizierendes, systematisches, umfassendes, aktuelles MIS
- Konkrete Eignung der ausgetauschten Daten und Informationen zur Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeschränkung
- Vorsätzlich praktizierte Vereinbarung (Geheimhaltung, beschränkter Teilnehmerkreis, Organisationsgrad)
- Ziel Verhaltensabstimmung und Beschränkung des Geheimwettbewerbs
- Informationsaustausch in einem „eng“ strukturierten Markt

Marktstruktur

Fälschlicherweise wird angenommen, in der europäischen Rechtsprechung sei die oligopolistische Marktstruktur das ausschlaggebende Kriterium für die Unzulässigkeit eines MIS. Ist der Marktanteil der am Informationsaustausch Beteiligten insgesamt hoch, ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung umso wahrscheinlicher. Ein Oligopol ist allerdings nicht Voraussetzung. Sonstige Merkmale neben der Marktstruktur sind mitentscheidend.

Erst bei einem zersplitterten Markt (sehr viele kleine Marktteilnehmer) ist eher anzunehmen, dass ein Marktinformationssystem die Transparenz erhöht und damit dem Wettbewerb dienen könnte, wenn es weitere Bedingungen für die Zulässigkeit erfüllt.

Auswirkungen unzulässiger MIS auf den Wettbewerb

- Wettbewerbsvorstöße werden schneller sichtbar und der Anreiz für Wettbewerbsvorstöße wird gemindert oder beseitigt.
- Geheimwettbewerb als Ordnungsprinzip der Wirtschaft wird unterlaufen.
- Das selbständige Wettbewerbsverhalten des Unternehmens wird eingeschränkt, indem die ausgetauschten Informationen der Wettbewerber in die Entscheidungsfindung einfließen.

5. Keine Positivliste

Kaum möglich, eine Positivliste für zulässigen Informationsaustausch zu erstellen - Gesamtschau des Austauschs erforderlich;

Notwendige Bedingungen für die Zulässigkeit eines Informationsaustauschs:

- wirksame Anonymisierung der Daten
(z. B. Mindestteilnehmerzahl erforderlich, Geheimhaltung der Schlüssel auch im Zeitablauf, Anonymität ist auch in Verbindung mit anderen regelmäßig verfügbaren Daten gewährleistet)
- Verzicht auf den Austausch sehr aktueller (Vergangenheits-)Daten und insbesondere zukunftsbezogener Informationen,
- Verzicht auf den Austausch von Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Parameter der Marktstrategie, darunter insbesondere Kundendaten wie deren Umsatz und deren Umsatzanteil und Konditionen(-bestandteile),
- Zugänglichkeit der gesammelten Daten für jeden Marktteilnehmer oder potentiellen Marktteilnehmer ohne Diskriminierung (ggf. abhängig v. Zahlungsbereitschaft für die Datenerhebung),
- Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge müssen ausgeschlossen sein.

6. Weitere Entscheidungen zu MIS

In Deutschland

- Drogerieartikel
- Medizintechnik (Hörgeräte)
- Baustoffe (Zementindustrie in einem Bundesland)
- Versicherungen
- Elektrotechnik

Dabei ging es um

- Austausch von Markenartikelherstellern zu Jahresgesprächen mit dem Handel
- Umsatzmeldesystem
- Austausch zu geplanten Preiserhöhungen
- Prämien
- Benchmark-Studien

7. Zusammenfassung:

Die kartellrechtlichen Risiken für Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern sind größer geworden.

Gründe auf Seiten der Kartellbehörden

- Kartellverfolgung ist generell intensiviert und professionalisiert worden;
- Änderung des § 1 GWB hat die Verfolgung erleichtert (Bezwecken reicht, Bewirken muss nicht mehr nachgewiesen werden);
- Bonusregelung ist erfolgreich und generiert Fälle;
- Von europäischer Ebene kommen über Einzelfälle auch Impulse hinsichtlich bedenklichem Informationsaustausch;
- Verfahren zu MIS sind keine neue Strategie des Bundeskartellamts;
- Verfolgung von wettbewerbsrechtlich unzulässigem Informationsaustausch in Deutschland hat sich aus der Art der vorliegenden Fälle und der Wirksamkeit der Bonusregelung entwickelt.

Gründe auf Seiten der Unternehmen

- Die technische Schwelle des Informationsaustauschs ist gesunken, er löst weniger Kosten aus, verschwindet im Datenschwungel, wird aktueller durch hohe Geschwindigkeit und damit wettbewerbslich brisanter.
- Einerseits steigt nach spektakulären Bußgeldern der Respekt gegenüber dem Verbot der Kartellbildung, andererseits wird die Verhaltensabstimmung über unzulässigen Informationsaustausch wettbewerbsrechtlich nicht richtig eingeschätzt - oder als Umgehung erprobt.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

RD'in Bettina Heyder-Ziegler

Beisitzerin der 12. Beschlussabteilung
Bundeskartellamt
Kaiser-Friedrich-Str. 16
53113 Bonn