

**HAVER & MAILÄNDER**  
RECHTSANWÄLTE

Haver & Mailänder - Lenzhalde 83 - 85 - D-70192 Stuttgart

**An die**  
**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**  
**Generaldirektion Wettbewerb**  
Referat A2  
Antitrust and Mergers Policy and Scrutiny  
Antitrust Registry  
Ref.: HT.1407  
1049 Bruxelles/Brüssel  
BELGIQUE/BELGIË

**Per Email:**

COMP-GREFFE-ANTITRUST@ec.europa.eu

**STUTT GART**

DR. FRIEDRICH HAVER †  
PROF. DR. K. PETER MAILÄNDER  
Master of Comparative Jurisprudence  
DR. ROLF M. WINKLER, LL.M.  
DR. KLAUS-A. GERSTENMAIER  
DR. WERNER KESSLER  
DR. GÖTZ GABRIEL  
DR. EKKEHARD HAGEDORN  
DR. FRIEDRICH BOZENHARDT  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
DR. ULRICH SCHNELLE, LL.M.  
DR. JÖRG RICHARDI  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
DR. PETRA BEYER  
DR. PETER O. MAILÄNDER, M.C.J.  
Attorney-at-Law (New York)  
DR. THOMAS M. GRUPP  
Maitre en droit (Aix-Marseille III)  
DR. ALEXANDER HÜBNER  
DANIELA MAILÄNDER  
DR. MARC SEIFFERT  
DR. GERT BRANDNER, LL.M.  
KAI GRAF VON DER RECKE, LL.M.  
Attorney-at-Law (New York)  
DR. AXEL MÜHL  
Fachanwalt für Steuerrecht  
DR. STEFANIE DENZEL  
Maitre en droit (Aix-Marseille III)  
DR. VOLKER SOYEZ  
DR. STEPHAN BAUR  
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz  
DR. HANS-GEORG KAUFFELD  
DR. TIMO ALTE  
BEATE BRUCKMAIER  
DR. TOBIAS REIMOLD

DR. PETER SCHÜTTERLE

Lenzhalde 83-85  
D-70192 STUTT GART  
Telefon +49 (0) 711-2 27 44-0  
Telefax +49 (0) 711-2 99 19 35

**FRANKFURT**

DR. GÜNTER KRUMSCHEID  
Beethovenstraße 8-10  
D-60325 Frankfurt am Main  
Telefon +49 (0) 69-50 50 32-270  
Telefax +49 (0) 69-50 50 32-271

**BRÜSSEL**

DR. VOLKER SOYEZ  
DR. PETER SCHÜTTERLE  
DR. ROLF M. WINKLER, LL.M.  
DR. ULRICH SCHNELLE, LL.M.  
Avenue Louise 221  
B-1050 Brüssel  
Telefon +32 (0)2-639 47-15  
Telefax +32 (0)2-639 47-28

**DRESDEN**

DR. MARC SEIFFERT  
Großenhainer Straße 163  
D-01129 Dresden  
Telefon +49 (0) 351-4 49 08-0  
Telefax +49 (0) 351-4 49 08-20

**INTERNET**

www.haver-mailaender.de

25. Juni 2010

**Konsultationsverfahren – “Revised rules for the assessment of horizontal cooperation agreements under EU competition law”**

**Stellungnahme der Arbeitsgruppe „Kartellrechts-Compliance“ des Netzwerk Compliance e.V.**

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Kommission hat am 4. Mai 2010 den Entwurf neuer Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (neue Horizontalleitlinien) veröffentlicht. Die Kommission hat

interessierte Parteien dazu aufgefordert, die neuen Horizontalleitlinien zu bewerten und Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten.

Als Arbeitsgruppe „Kartellrechts-Compliance“ im Netzwerk Compliance e.V. danken wir der Kommission für die Möglichkeit der Stellungnahme, von der wir gerne Gebrauch machen. Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf den Themenkomplex „Allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs“ (Ziffer 2, S. 17 ff. des Entwurfs der neuen Horizontalleitlinien).

Der Netzwerk Compliance e.V. ([www.netzwerk-compliance.de](http://www.netzwerk-compliance.de)) wurde 2007 gegründet und verzeichnet mittlerweile weit mehr als 300 Mitglieder – weit überwiegend Vertreter aus den Rechts- und Compliance-Abteilungen großer und mittelständischer Unternehmen in Deutschland. Nahezu alle Dax-Unternehmen sind im Netzwerk Compliance e.V. vertreten. Das Vereinsziel ist der Erfahrungsaustausch und die Mehrung von Wissen und Fähigkeiten zur Bewältigung von Compliance-Aufgaben im Unternehmen.

Um einzelne Compliance-Themen von besonderer Bedeutung in größerer Breite und Tiefe diskutieren zu können, wurden vergangenes Jahr Arbeitsgruppen ins Leben gerufen. Die Arbeitsgruppe „Kartellrechts-Compliance“ beschäftigt sich mit Aspekten der wirksamen Vermeidung von Kartellrechtsverstößen im Unternehmen durch die Entwicklung effektiver und praktikabler Compliance-Maßnahmen.

Wir unterstützen die Kommission in ihren Bemühungen, für mehr Transparenz und Rechtssicherheit bei der Beurteilung von Sachverhalten betreffend die horizontale Zusammenarbeit von Unternehmen zu schaffen und begrüßen daher die Veröffentlichung der neuen Horizontalleitlinien als wesentlichen Schritt in die richtige Richtung.

Vorbehalte haben wir jedoch betreffend die Ausführungen der Kommission zum Themenkomplex „Allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs“ (Ziffer 2, S. 17 ff. des Entwurfs der neuen Horizontalleitlinien). Wir halten die in diesem Abschnitt enthaltenen Ausführungen der Kommission für praktisch nicht handhabbar, für rechtspolitisch fragwürdig und im Übrigen für unvereinbar mit den Vorgaben des AEUV und der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaftsgerichte. Wir regen daher an, die entsprechen-

den Ausführungen zu streichen oder durch einen Positivkatalog über Möglichkeiten des zulässigen Informationsaustauschs zu ersetzen.

### **Begründung**

1. Mit den Vorgaben in dem Entwurf der neuen Horizontalleitlinien zum kartellrechtswidrigen Informationsaustausch kreiert die Kommission *de facto* einen neuen Verbotstatbestand, der keine Stütze im AEUV noch in der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaftsgerichte findet. Im Gegenteil: In der Rechtssache Parke Davis & Co (Rs. 24/67, Slg. 1968, 55) hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass der restriktive Charakter des Kartellverbots in Artikel 101 Abs. 1 AEUV es nicht zulasse, das Verbot über die drei abschließend aufgezählten Formen von Kartellen hinaus auszudehnen. Verhaltensweisen, die nicht als Preisabsprache, Marktaufteilung oder Erzeugungsbeschränkung zu qualifizieren sind, würden demnach nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 Absatz 1 AEUV fallen. Nach diesen Grundsätzen kann der schlichte Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern grundsätzlich nicht unter das Kartellverbot subsumiert werden. Zwar hat der EuGH in seinem Urteil John Deere (Rs. 7/95 P, Slg I 1998, 1331) entschieden, dass Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten können. Die Voraussetzungen, unter denen der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern den Tatbestand des EG-Kartellverbots erfüllen kann, wurden jedoch vom EuGH denkbar eng definiert. Ein Informationsaustausch könne nur dann als kartellrechtlich problematisch angesehen werden, wenn er auf einem „hochgradig konzentrierten oligopolistischen Markt“ stattfindet, und im Übrigen

*„die ausgetauschten Informationen (i) Geschäftsgeheimnisse sind und es den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen ermöglichen, die Umsätze ihrer Händler außerhalb und innerhalb des zugeteilten Gebietes sowie die Umsätze der an der Vereinbarung beteiligten konkurrierenden Unternehmen und ihrer Händler zu ermitteln, (ii) und über die Umsätze systematisch und in kurzen zeitlichen Abständen weitergegeben werden und (iii) zwischen den wichtigsten Anbietern und ausschließlich zu deren Nutzen unter Ausschluss der übrigen Anbieter und der Verbraucher ausgetauscht werden.“*

Im Übrigen hat der EuGH festgestellt, dass der Austausch von Informationen und die damit einhergehende Transparenz im Markt in der Regel wettbewerbsfördernd sind. Diese wettbewerbsfördernde Wirkung des Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern kommt in den Horizontalleitlinien nicht genügend und klar zum Ausdruck. Im Gegenteil werden die vom EuGH aufgestellten Grundsätze in dem Entwurf der neuen Horizontalleitlinien ins Gegenteil verkehrt. Der Entwurf bringt unzweideutig zum Ausdruck, dass – in Abhängigkeit von den konkreten Marktverhältnissen – grundsätzlich jeder Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern kartellrechtswidrig sein kann, ohne jedoch klar zu definieren, wann dies tatsächlich auch der Fall ist. Damit ist *de facto* grundsätzlich jeder Informationsaustausch mit dem Risiko der Kartellrechtswidrigkeit behaftet und die mit einem Informationsaustausch beschriebenen Effizienzen laufen leer. Hiermit dehnt die Kommission den Verbotsbereich des Art. 101 Abs.1 AEUV in unzulässiger Weise aus. Sie wird rechtssetzend und nicht lediglich rechtsanwendend bzw. –konkretisierend tätig. Hierzu fehlt der Kommission jedoch die Kompetenz.

2. Auch rechtspolitisch sind die einschlägigen Ausführungen in dem Entwurf der Horizontalleitlinien fragwürdig. In dem Entwurf gibt die Kommission an, unter welchen Umständen ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kartellrechtswidrig sein „kann“ oder „könnte“, und welche Parameter für die Beurteilung im Einzelfall von Bedeutung sein „können“, ohne jedoch dem neu kreierte Verbotstatbestand des kartellrechtswidrigen Informationsaustauschs scharfe Konturen zu geben. Dem Rechtsanwender gibt der Entwurf der neuen Horizontalleitlinien damit keine praktische Handhabe, um im Einzelfall eine Entscheidung über Recht und Unrecht treffen zu können. Dies wird absehbar die ohnehin schon bestehende Rechtsunsicherheit bei der praktischen Anwendung des Kartellrechts erhöhen, die der Wegfall der Freistellungsmöglichkeit durch die VO 1/2003 und die damit erforderlich gewordene Selbsteinschätzung der Unternehmen mit sich gebracht hat. *Safe Harbours* liefert der Entwurf der neuen Horizontalleitlinien den Unternehmen gerade nicht. Die Rechtsunsicherheit für Unternehmen wird dadurch signifikant erhöht. Dies gilt umso mehr, als dass in vielen Branchen ein Mindestaustausch von Informationen zwischen Wettbewerbern zum Tagesgeschäft gehört und die von der Kommission in dem Entwurf beschriebenen und wettbewerbspolitisch gerade erwünschten Effizienzen mit sich bringt. Zu denken ist hier insbesondere an die Verbandsarbeit, deren *raison d'être* der Austausch von Informationen ist, an den Informationsaustausch im Rahmen von Gemein-

schaftsunternehmen, an Arbeitsgemeinschaften, oder auch an die zahlreichen Fälle, in denen Geschäfts- und Lieferbeziehungen zwischen Wettbewerbern existieren. Nach den Vorgaben des Entwurfs der neuen Horizontalleitlinien werden all diese Sachverhalte, die seit jeher einen festen Bestandteil unserer Wirtschaftsordnung darstellen und deren Rechtmäßigkeit bislang noch nicht in Frage gestellt wurden, in den Dunstkreis des Kartellverbots gerückt. Um die wenigen Ausnahmefälle zu unterbinden, in denen ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern ein Ausmaß annimmt, das als unvereinbar mit dem Kartellverbot angesehen werden könnte, kriminalisiert die Kommission mit ihrem Entwurf die Gesamtheit der legitimen und sogar wettbewerbsfördernden Wettbewerberkontakte. Insgesamt werden die Horizontalleitlinien das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen eher dämpfen als fördern.

3. Die Vorgaben in dem Entwurf der neuen Horizontalleitlinien geben darüber hinaus keine praktikable Handhabe für das Tagesgeschäft. Vielmehr beschreiben die neuen Horizontalleitlinien lediglich in abstrakter Weise einen Katalog allgemeiner Kriterien, deren Vorliegen bzw. Nichtvorliegen im Einzelfall zur Annahme eines kartellrechtswidrigen Informationsaustauschs führen kann. Die in dem Entwurf genannten Beispiele sind nur negativ formuliert, d.h. sie geben nur an, was verboten ist und nicht was erlaubt ist. Zudem sind die aufgeführten Beispiele klar kartellrechtswidriger Art, über deren Zulässigkeit oder Unzulässigkeit in der Praxis ohnehin keinen Zweifel besteht. Der von der Kommission als zulässig erachtete Informationsaustausch von drei Jahre alten Informationen wirft in der Praxis keine Fragen auf. Es stellt sich jedoch viel eher die Frage, wie alt Informationen sein müssen, damit sie ausgetauscht werden dürfen, ohne den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu erfüllen. Die vorgeschlagenen Horizontalleitlinien sind zu komplex und zu vage, als dass sie Unternehmen und ihren Beratern als Leitfaden für die tägliche Arbeit dienen könnten. Viele der Parameter, die nach dem Entwurf für die Beurteilung von Bedeutung sein sollen, ob ein Informationsaustausch kartellrechtskonform ist, lassen sich in der Praxis nicht mit Sicherheit ermitteln. Auch für die – in der Praxis enorm relevante – Abgrenzung zwischen einseitiger Informationsbekanntgabe (so wie dies beispielsweise auf Unternehmens-Internetseiten tagtäglich praktiziert wird) und einem Austausch von Informationen geben die Horizontalleitlinien keine präzisen und verbindlichen Vorgaben. Nicht zuletzt verbleibt stets ein Beurteilungsspielraum, z.B. bei der Marktabgrenzung, aber auch bei der Definition der im Entwurf genannten Kriterien, wie der Öffentlichkeit

oder der Sensibilität der ausgetauschten Informationen, der in der Praxis von den Kartellbehörden – und gerade nicht von den Unternehmen – gefüllt wird.

4. Bei einer in vielen Unternehmen gelebten „zero risk“ bzw. „zero tolerance“ Geschäftspolitik, führen die genannten Rechtsunsicherheiten in der Konsequenz dazu, dass viele der bislang als unproblematisch erachteten Wettbewerberkontakte in Zukunft reduziert oder gar eingestellt werden, um das Unternehmen, seine Mitarbeiter und Gesellschafter nicht den Kartellrechtsrisiken auszusetzen. Erfolgreiche Kartellrechts-Compliance im Unternehmen erfordert konkrete Verhaltensanweisungen auf der Grundlage klar konturierter Gebote und Verbote. Dies lässt sich für die Fallgruppe des kartellrechtswidrigen Informationsaustauschs nicht leisten, wenn man die von der Kommission genannten Beurteilungsparameter in die entsprechenden Unternehmensleitlinien aufnehmen wollte. Es lassen sich keine effizienten Compliance-Maßnahmen entwickeln, die auf der einen Seite gewährleisten, dass jeder kartellrechtswidrige Informationsaustausch rechtzeitig identifiziert und gestoppt wird, und die auf der anderen Seite das (rechtmäßige) Wettbewerbsverhalten nicht signifikant behindern und beschränken. Der grundsätzlich bestehende kartellrechtliche Handlungsspielraum, den die Horizontalleitlinien gewähren, wird in der Praxis dem Erfordernis stringenter und klarer Verhaltensleitlinien weichen und damit aus Praktikabilitätsgründen ungenutzt bleiben. Vielen Compliance-Abteilungen wird im Ergebnis nichts anderes übrig bleiben, als seinen Mitarbeitern den Kontakt zu Wettbewerbern umfassend zu verbieten. Dies kann nicht Sinn und Zweck des Kartellrechts sein.

Für die Berücksichtigung der vorstehenden Anmerkungen bedanken wir uns und stehen der Kommission für eventuelle Rückfragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

i.A.



Dr. Volker Soyez