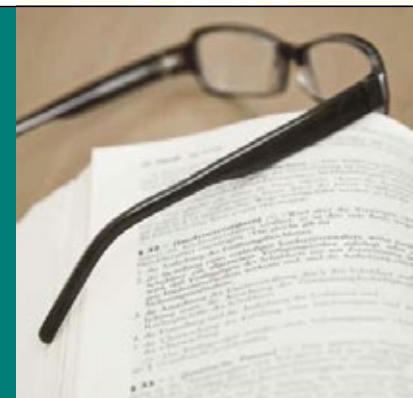


Leitfaden zu kartell- rechtlichen Aspekten der Verbandsarbeit

bbs die baustoffindustrie

**Bundesverband Baustoffe –
Steine und Erden e.V.**

Kochstraße 6–7
10969 Berlin
Tel: +49 (0) 30/726 19 99-0
www.baustoffindustrie.de



Herausgeber
Bundesverband Baustoffe – Steine und Erden e.V.

Verantwortlich
Michael Basten

Redaktion
Wolf Müller

Fotonachweis
Fotolia © Stockdonkey

Gestaltung
ServiceDesign, Heidelberg

Druck
Druckwerkstatt Lunow, Berlin
Berlin, 2013

bbs die baustoffindustrie
Bundesverband Baustoffe –
Steine und Erden e.V.

A. Einleitung, Ziele des Leitfadens und Aufgaben des Kartellrechts

I. Einleitung	[3-4]
II. Ziele des Leitfadens	[5]
III. Aufgaben des Kartellrechts	[6]

B. Kartellrechtlich relevante Aspekte der Verbandsarbeit

I. Verbandssitzungen	[7-15]
II. Marktinformation und Statistik	[15-17]
III. Normung und Selbstverpflichtung	[18-20]
IV. Pressemitteilungen, Rundschreiben	[20]
V. Positionspapiere, Leitfäden	[21]
VI. Ablehnung der Aufnahme neuer Mitglieder	[22-23]

A. Einleitung, Ziele des Leitfadens und Aufgaben des Kartellrechts

I. Einleitung

In modernen Demokratien nehmen Wirtschaftsverbände eine zentrale, von staatlichen Institutionen ausdrücklich anerkannte Funktion der Interessenaggregation und Interessenvermittlung wahr. Entsprechend ist es satzungsgemäße Aufgabe von Wirtschaftsverbänden, die gemeinsamen Belange der Mitgliedsunternehmen der betreffenden Branche zu wahren und zu fördern.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben benötigt jeder Verband Informationen über seine Mitglieder und ihr Tätigwerden auf den betroffenen Märkten. Dies schließt ein, dass Verbände bestimmte Informationen bei den Mitgliedsunternehmen erheben oder sie auf andere Weise erhalten und zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwenden.

Bei der Informationserhebung und -verwendung ist jedoch zu beachten, dass die Mitgliedsunternehmen auf den Märkten miteinander im Wettbewerb stehen und hierbei die gesetzlichen Vorgaben des Kartellrechts beachten und einhalten müssen. Dieser Wettbewerb darf durch die Erfüllung von legitimen Verbandsaufgaben nicht eingeschränkt oder beeinträchtigt werden.

Der vorliegende Leitfaden will den Mitarbeitern eines Verbandes und den Mitgliedsunternehmen Leitlinien u.a. für eine kartellrechtlich einwandfreie Vorbereitung und Abhaltung von Sitzungen sowie für die Informationserhebung und den -austausch geben, damit auch zukünftig erfolgreiche Verbandsarbeit im gesetzlich vorgegebenen Rahmen stattfinden kann.

Die Befolgung dieser Grundsätze dient dem Schutz der Mitgliedsverbände sowie der Mitgliedsunternehmen und liegt, wegen der erheblichen Sanktionsmöglichkeiten, im Interesse aller.

Für die Mitgliedsverbände sowie die Mitgliedsunternehmen ist die Einhaltung der geltenden Gesetze eine Selbstverständlichkeit und bildet einen wesentlichen Bestandteil des Handelns. Dabei steht für die Verbände die Befolgung des Kartellrechtes im Mittelpunkt der „Compliance“.

Alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind nach europäischem wie deutschem Kartellrecht verboten.

Wettbewerbswidrige Vereinbarungen können auf einer Absprache zwischen Wettbewerbern beruhen (horizontale Wettbewerbsbeschränkungen), aber auch auf einer Abstimmung und Koordination zwischen Nichtwettbewerbern, insbesondere zwischen Unternehmen und ihren Lieferanten oder Kunden (vertikale Wettbewerbsbeschränkungen).

Es kommt nicht darauf an, ob die Vereinbarung schriftlich, mündlich oder durch abgestimmtes Verhalten getroffen wird. Schon in einem mündlichen Informationsaustausch kann der Beginn eines abgestimmten Verhaltens gesehen werden.

Verstöße gegen das Kartellrecht können zu erheblichen Bußgeldern (bis zu zehn Prozent des Konzernumsatzes) oder Schadenersatzansprüchen gegen den betroffenen Verband, die Unternehmen sowie unter Umständen auch gegen die in leitender Funktion im Verband und in Mitgliedsunternehmen tätigen Personen führen.

II. Ziele des Leitfadens

Das Ziel dieses Leitfadens ist es sicherzustellen, dass weder der Verband noch die an der Verbandsarbeit beteiligten Mitgliedsverbände, deren haupt- und ehrenamtliche Mitarbeiter, noch deren Mitgliedsunternehmen Wettbewerbsverstöße begehen. Gleichzeitig soll er mit konkreten Handlungsvorschlägen deutlich machen, wie in rechtlich zulässiger Weise agiert werden kann, um erfolgreiche Verbandsarbeit zu gewährleisten. Insoweit richtet sich dieser Leitfaden primär an die Verbände und ihre Mitarbeiter. Allerdings kann der Leitfaden nur allgemeine Verhaltensrichtlinien für kartellrechtlich relevante Bereiche der Verbandsarbeit vermitteln. Die Besonderheiten des Einzelfalls bzw. der betroffenen Branchen können eine andere Beurteilung erfordern. Daher kann und soll der Leitfaden nicht die Beurteilung durch fachlich versierte Rechtsanwälte ersetzen.

B. Kartellrechtlich relevante Aspekte der Verbandsarbeit

III. Aufgaben des Kartellrechts

Das Kartellrecht gilt als Dickicht schwer nachvollziehbarer Regeln und als Materie von Spezialisten. Dabei kommt ihm die für unsere Grundordnung zentrale Aufgabe zu, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen. Denn nur in unverfälschter Form kann der Wettbewerb die ihm zugeordnete Rolle effektiv wahrnehmen. So kann nur ein unverfälschter Wettbewerb dafür sorgen, dass dem Konsumenten ein bedarfsgerechtes Angebot zu möglichst niedrigen Preisen zur Verfügung steht (Steuerungsfunktion) und sich ein Anbieter nur bei unverfälschtem Wettbewerb darauf verlassen kann, dass es für sein eingesetztes Kapital keine effizientere Verwendungsmöglichkeit gibt (Allokationsfunktion). Aber auch andere Funktionen des Wettbewerbs, wie die Verteilfunktion und die Kontrollfunktion, setzen voraus, dass sich auf dem Markt für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung autonome Anbieter und unabhängige Nachfrager treffen können. Es muss also auf beiden Seiten die Freiheit der Wahl bestehen. Ansonsten bräuchten sich Anbieter nicht mehr um ihre Kunden zu bemühen und Kunden könnten durch ihre Vergabeentscheidung nicht mehr die guten von den schlechten Anbietern trennen. Im übertragenen Sinne sind die Kartellgesetze die Spielregeln und die Kartellämter sind die Schiedsrichter, damit es auf dem Marktplatz des ökonomischen Wettbewerbs im Interesse aller fair zugeht.

I. Verbandssitzungen

Das Zusammenkommen von Verbandsmitarbeitern und Mitgliedsunternehmen bei Sitzungen ist eine wesentliche Aufgabe der Verbandsarbeit. Aus kartellrechtlicher Sicht besteht einerseits die Gefahr, dass Sitzungen von Wettbewerbern innerhalb oder außerhalb des Verbandes in einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten münden. Um erst gar nicht den Eindruck wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen aufkommen zu lassen ist sorgfältig zu prüfen, welche Themen im Rahmen einer Sitzung besprochen werden können.

Andererseits ist der Informationsgewinn für die Mitgliedsunternehmen ein wichtiger Grund für die Mitgliedschaft und führt auch vielfach zu kartellrechtlich erwünschten Effizienzgewinnen, so dass gerade in diesem Bereich eine generelle Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten schwer zu treffen ist.

1. Themen und Einladung

Informationen über allgemeine Konjunkturdaten, ein Branchenüberblick sowie die Diskussion über aktuelle Gesetzesvorhaben oder Lobbyaktivitäten der Verbände gehören zu den zulässigen Themen einer Verbandssitzung. Nicht zulässig ist der Austausch von Informationen oder Absprachen über Preise, Preisbestandteile (z.B. Rabatte), Preisstrategien, Aufteilung von Märkten oder Liefer- und Zahlungsbedingungen. Genauso verstoßen Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhaltenskoordination gegenüber Dritten (insbesondere Boykott) zum Inhalt haben, gegen das Kartellrecht. Über eine Absprache oder einen Beschluss hinaus kann aber bereits ein Austausch von sensiblen Daten und Strategien den Wettbewerb gefährden.

a) Zulässige Themen

Unternehmen dürfen im Rahmen von Verbandssitzungen grundsätzlich folgende Informationen austauschen:

- ein rückblickender Austausch über die Geschäftsentwicklung (Umsatz/Auftragseingang) des vergangenen Zeitraums in aggregierter Form, der keinen Rückschluss auf das individuelle Verhalten einzelner Unternehmen in einzelnen Märkten (sachlich nach Produkten bzw. räumlich nach Regionen) ermöglicht. Je nach den einzelnen Umständen müssen sich die Angaben auf breite Produktpaletten beziehen, die keinen eigenen Produktmarkt darstellen, und der Berichtszeitraum muss ggf. deutlich die Zeiten überschreiten, für die in den einzelnen Produktbereichen Preisvereinbarungen mit den Abnehmern gelten. Jedenfalls bei Unternehmen, die nur eine Produktgruppe bedienen, ist somit kein Austausch individueller Unternehmensinformationen möglich. In solchen Fällen können Sammlungen der vergangenheitsbezogenen Angaben unter strenger Vertraulichkeit und Einhaltung bestimmter Bedingungen organisiert und aggregierte Zahlen mehrerer Unternehmen bekanntgegeben werden (siehe unter II.);
- Benchmarking-Aktivitäten, jedoch unter Beachtung der vorgenannten Regeln zum allgemeinen Informationsaustausch;
- Informationen über Geschäftserwartungen des gesamten Verbandes, der gesamten Produktpalette oder anderer aggregierter Geschäftsbereiche, die keine Rückschlüsse auf die Marktstellung einzelner Produkte zulassen;
- allgemeine Konjunkturdaten;
- aktuelle Gesetzesvorhaben und deren Folgen für die Gesamtheit der Mitgliedsunternehmen;
- Diskussionen über Lobbyaktivitäten des Verbandes;
- Ausarbeitung eines Branchenüberblicks;

- allgemeiner Austausch von Daten, die frei zugänglich sind (z. B. aus dem Internet oder aus veröffentlichten Geschäftsberichten der Mitgliedsunternehmen).

b) Unzulässige Themen

Unternehmen dürfen im Rahmen von Verbandssitzungen grundsätzlich keine Informationen zu Themen austauschen, die das Kartellrecht und den so genannten Geheimwettbewerb verletzen und bei denen es sich um unternehmensinterne Informationen oder Daten handelt. Dazu zählen:

- der Austausch von Prognosen über die zukünftige Geschäftsentwicklung zwischen Wettbewerbern. Aus Sicht der Kartellbehörden gibt es in der Regel keinen – wettbewerbsrechtlich zulässigen – Grund, gerade seinem Konkurrenten individuell diese strategisch wertvollen Informationen über das eigene Unternehmen mitzuteilen. Daher ist grundsätzlich ein Austausch auf einer Sitzung, beispielsweise über die Geschäftserwartung (Auftragseingang/Umsatz) des einzelnen Unternehmens für das kommende oder laufende Jahr, kritisch zu bewerten. Allerdings ist es möglich, dass die Geschäftsstelle vor einer Sitzung eine (schriftliche) Abfrage bei den Unternehmen zu der individuellen Prognose für einen den betreffenden Produkten/Dienstleistungen angemessenen Zeitraum durchführt und die Ergebnisse in aggregierter Form im Rahmen der Sitzung präsentiert.
- Informationen oder Absprachen über Preise, Preisbestandteile, Rabatte, Preisstrategien und -kalkulationen sowie geplante Preisänderungen;
- Informationen über Unternehmensstrategien und zukünftiges Marktverhalten;
- detaillierte Informationen über Gewinne, Gewinnmargen, Marktanteile und geplante Investitionen, sofern diese nicht von staatlichen Organen oder in anderer zulässiger Art und Weise veröffentlicht wurden;

- Koordination von Angeboten gegenüber Dritten, Aufteilung von Märkten oder Bezugsquellen in räumlicher und personeller Hinsicht sowie ausdrückliches oder stillschweigendes Einvernehmen über Boykotte und Liefer- oder Bezugssperren gegen bestimmte Unternehmen;
- in der Regel Informationen über Forschungs- und Entwicklungsvorhaben;
- Liefer- und Zahlungskonditionen aus Verträgen mit Dritten.

c) Einladungsschreiben

Zu jeder Verbandssitzung ist ein offizielles Einladungsschreiben mit Tagesordnung zu versenden, in der alle Tagesordnungspunkte so detailliert wie möglich aufgeführt sein müssen.

Der Sitzungsleiter sowie der Mitarbeiter des Verbandes tragen Sorge dafür, dass die Tagesordnung keine wettbewerbsrechtlich bedenklichen Aspekte enthält. In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, auf klare und eindeutige Formulierungen zu achten. Insbesondere ist zu vermeiden, dass durch die Wortwahl kartellrechtlich neutrale Tagesordnungspunkte den Anschein des Rechtswidrigen erhalten. Begriffe wie „Preise“, „Rabatte“, „empfehlen“, „verabreden“, „abstimmen“ etc. sind daher kritisch zu bewerten.

Bereits im Vorfeld von Sitzungen ist zu prüfen, ob es aufgrund der anzusprechenden Themen bzw. des Kreises der erwarteten Verbandsmitglieder zu kartellrechtlich bedenklichen Situationen kommen könnte.

2. Sitzung, Tischvorlage, Protokoll

Der individuelle Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern unterliegt besonders strengen kartellrechtlichen Anforderungen. In einem solchen Kreis ist insbesondere der Austausch von sensiblen Unternehmensdaten oder -informationen nicht zulässig, soweit sie dem Wettbewerber Rückschlüsse auf Unternehmensstrategien oder ein mögliches zukünftiges Verhalten geben. Dies gilt selbst dann, wenn es bei einem Austausch der Daten bleibt und keine darüber hinausgehende Absprache getroffen wird. Denn nach Ansicht der Kartellbehörden besteht für die Unternehmen normalerweise keine Notwendigkeit, den Wettbewerbern sensible Daten mitzuteilen. Die Kartellbehörde geht vom Ideal des so genannten Geheimwettbewerbs aus. Werden trotzdem Daten ausgetauscht, so schaffen die Unternehmen eine Markttransparenz, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht gewollt ist. Bereits durch den Austausch derartiger Informationen besteht die Gefahr des gleichförmigen Verhaltens bzw. der Vereinheitlichung eines Preisniveaus.

Im Einzelfall ist es äußerst schwierig zu bestimmen, welche Informationen auf Verbandssitzungen zulässigerweise noch ausgetauscht werden dürfen und wann man sich als Verband oder als Mitgliedsunternehmen bereits in einem kartellrechtlich kritischen Bereich bewegt. Handelt es sich um sensible Daten, heißt dies nicht notwendigerweise, dass die Daten nicht auf andere Weise, z.B. über ein aggregiertes Verfahren, zugänglich gemacht werden können (siehe unter II.). Auf Verbandssitzungen ist eine individualisierte oder Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen/Teilnehmer zulassende Mitteilung zu unterlassen.

a) Verhalten während der Sitzung

- Bei Sitzungen des Verbandes ist ein hauptamtlicher Mitarbeiter anwesend.
- Die hauptamtlichen Mitarbeiter sind für die Einhaltung des formalen Sitzungsverfahrens (mit Tagesordnung und Protokollführung) verantwortlich.
- Die hauptamtlichen Mitarbeiter weisen die Teilnehmer zu Beginn der Sitzung auf kartellrechtskonformes Verhalten hin. Bei regelmäßig stattfindenden Treffen mit gleichem Teilnehmerkreis (Ausschüsse, Arbeitskreise, Projektgruppen) erfolgt diese Belehrung in angemessenen Abständen. (Textvorschlag: „Wir machen Sie auf das europäische und nationale Kartellrecht aufmerksam, das untersagt, im Rahmen von Verbandstreffen wettbewerbsrelevante Themen wie Preise oder Rabatte zu diskutieren oder sonstige sensible Unternehmensdaten auszutauschen. Ebenso ist es untersagt, branchenbezogene Verhaltensweisen abzustimmen bzw. entsprechende Beschlüsse oder Vereinbarungen zu treffen. Ein derartiges Vorgehen kann mit hohen Bußgeldern geahndet werden, die der Verband und seine Mitgliedsunternehmen zu tragen haben.“)
- Die hauptamtlichen Mitarbeiter und der Sitzungsleiter stellen sicher, dass von der Tagesordnung nicht abgewichen wird. Sollte dies trotzdem von Teilnehmern gewünscht werden, so ist ein förmlicher Beschluss über die Änderung herbeizuführen und zu protokollieren.
- Die Sitzungsteilnehmer sollten neuen Tagesordnungspunkten widersprechen, wenn sie meinen, dass diese kartellrechtlich bedenklich sind oder wenn ein förmlicher Änderungsbeschluss unterbleibt. Sie sollten verlangen, dass das Abweichen von der Tagesordnung und ihr Widerspruch protokolliert werden.

- Sollte das Thema offensichtlich kartellrechtlich bedenklich sein, lassen Wettbewerbsbehörden – in Bezug auf beteiligte Unternehmen – einen erklärten Widerspruch in der Regel nicht genügen, sondern verlangen, dass der widersprechende Teilnehmer den Raum verlässt, um zu dokumentieren, dass man keinesfalls irgendwie mitgewirkt oder auch nur etwas entgegengenommen hat.

Kommt es aufgrund spontaner Äußerungen, die oft eine gewisse Eigendynamik entwickeln können, dennoch zu einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Situation, sind der hauptamtliche Mitarbeiter und der Sitzungsleiter gehalten, sofort einzugreifen. Folgenden Reaktionen sind denkbar:

- Der Sitzungsleiter weist gemeinsam mit dem hauptamtlichen Mitarbeiter die Sitzungsteilnehmer, die sich nicht kartellrechtskonform verhalten, unverzüglich auf ihr Fehlverhalten hin.
- Der Sitzungsleiter kann die Diskussion zunächst auch aussetzen und auf einen späteren Zeitpunkt vertagen. Dies gilt insbesondere, wenn Unsicherheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens besteht. Zudem sollte der Sitzungsleiter kommunizieren, dass er bis zur nächsten Sitzung die problematischen Aspekte des Sachverhaltes mit der Geschäftsführung des Verbandes abklärt.
- Sollte es zu einem spontanen Austausch sensibler Unternehmensdaten, z.B. von Preisen oder Preisbestandteilen kommen, so hat der Sitzungsleiter auf die einschlägigen Marktinformationsverfahren des Verbandes (Konjunkturperspektiven, Rundschreibendienst, Statistik) zu verweisen. Gegenüber den Anwesenden sollte er erörtern, welche Möglichkeiten bestehen, Daten zukünftig anonym zu erheben und in aggregierter Form an die Unternehmen weiterzugeben, ohne in Konflikt mit dem Kartellrecht zu geraten.

- Sitzungsteilnehmer sollten bei Fortsetzung einer kartellrechtlich bedenklichen Diskussion die Sitzung verlassen. Das Verlassen eines Sitzungsteilnehmers ist mit Name und Zeitangabe zu protokollieren.
- Als letztes Mittel empfiehlt sich die vorläufige Unterbrechung bzw. das vollständige Abbrechen der betreffenden Verbandssitzung.

b) Umgang mit Tischvorlagen

Beim Informationsaustausch im Rahmen einer Verbandssitzung wird vielfach mit „Tischvorlagen“ oder auch „Präsentationen“ gearbeitet.

Daneben kann es angemessen sein, Medien, die einen kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausch begleiten, mit einem verpflichtenden Hinweis zum Informationsaustausch auf dem jeweiligen Dokument (z.B. der Seite/Folie) zu versehen. Wichtig ist, dass dieser Hinweis tatsächlich beim Betrachten/Ausdrucken/Aufbewahren der konkreten Seite zu sehen ist. (Textvorschlag: „Der Verband setzt sich für den freien und fairen Wettbewerb ein. Deshalb hat sich der Verband verpflichtet, allen Anforderungen des Kartellrechts zu entsprechen. Verstöße gegen das Kartellrecht können zu erheblichen Sanktionen gegen beteiligte Unternehmen, Mitarbeiter und Verbände führen. In Ihrem persönlichen Interesse und zum Schutz Ihres Unternehmens und der Verbandsarbeit ist die Befolgung des Kartellrechts daher von äußerster Wichtigkeit. Der individuelle Informationsaustausch zwischen im Wettbewerb stehenden Unternehmen unterliegt dabei besonders strengen kartellrechtlichen Anforderungen. Ein Austausch im Hinblick auf die hier aufgeführten Daten für einzelne Produkte oder Märkte ist nicht zulässig. Die Informationen müssen sich insoweit auf das gesamte Unternehmen bzw. eine breite Produktpalette beziehen. Ein Austausch wettbewerbsrelevanter unternehmensspezifischer Daten darüber hinaus ist nicht möglich.“)

c) Anforderungen an das Protokoll

Auf der Sitzung gefasste Beschlüsse sind zu protokollieren, damit die erfolgten Diskussionen nachvollziehbar sind. Zum einen wird der Eindruck vermieden, dass es sich bei der Verbandssitzung quasi um ein „konspiratives Treffen“ handelte. Zum anderen kann ein detailliertes Protokoll bei einem eingeleiteten Ermittlungsverfahren als Nachweis dienen, was tatsächlich Gegenstand der Sitzung war. Dies hilft dem Verband bzw. seinen Mitgliedsunternehmen, sich von dem Vorwurf eines kartellrechtswidrigen Verhaltens zu entlasten. Auch hier ist, analog zum Einladungsschreiben, auf klare und eindeutige Formulierungen zu achten. Der Sitzungsverlauf ist inhaltlich korrekt wiederzugeben.

Die Sitzungsteilnehmer sollten Widerspruch erheben, wenn ihnen auffällt, dass kein Protokoll mitgeschrieben wird. Auch sollten sie das Protokoll im Hinblick auf die korrekte Wiedergabe des Sitzungsverlaufs und der Beschlüsse prüfen.

II. Marktinformation und Statistik

1. Allgemeines

Marktinformationsverfahren, insbesondere in Form von Statistiken, sind für Mitgliedsverbände eines Spitzenverbandes wie auch die Mitgliedsunternehmen äußerst wichtig, da sie Grundlage für wirtschaftliche Entscheidungen sein können. Zur Gewinnung dieser Informationen kooperieren die Verbände sowie die Mitgliedsunternehmen, indem sie über den Spitzenverband die relevanten Marktdaten austauschen. Der Spitzenverband wertet intern die Daten aus, fasst sie zusammen und gibt sie an die Mitgliedsverbände und Unternehmen in aggregierter und damit anonymisierter Form weiter. So wird sichergestellt, dass ein Rückschluss auf einzelne Teilnehmer oder einzelne Wettbewerbsparameter ausgeschlossen ist.

So genannte „Nichtidentifizierende Marktinformationsverfahren“ sind in der Regel zulässig. Aus Sicht der Kartellbehörden ist es nämlich im Allgemeinen wenig wahrscheinlich, dass der Austausch aggregierter Daten, die keine Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führt. Dies kann aber auf einem relativ konzentrierten Markt anders sein, da dann ein derartiger Informationsaustausch nach Ansicht der Kartellbehörden geeignet ist, den meldenden Unternehmen Aufschluss über die Marktposition und die Strategien ihrer Wettbewerber zu geben und damit den noch bestehenden Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen. Ob ein derartiges Risiko der Unternehmensidentifizierung besteht, hängt von der Struktur des Marktes, insbesondere der Anzahl der Anbieter, der Aktualität der Meldungen und der durch die jeweilige Statistik erfassten Produkte ab.

Allerdings gibt es bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Statistiken keine eindeutigen Regelungen in dem Sinne, dass bei einer Anzahl von X Meldern die Statistik grundsätzlich zulässig bzw. unzulässig ist. In diesem Zusammenhang kommt es primär auf eine Einzelfallbetrachtung an, bei der weniger die juristische Sachverhaltsbewertung im Vordergrund steht als eine ökonomische Analyse der relevanten Märkte und Marktteilnehmer. Eine schematische Anwendung einer Formel ist daher nicht möglich. Vielmehr ist es erforderlich, im Einzelfall die konkreten Marktverhältnisse zu analysieren, um aus kartellrechtlicher Sicht eine gesicherte Aussage über die Statistik treffen zu können.

2. Mindestanforderungen an Statistiken

Um für die tägliche Arbeit mit Statistiken ein gewisses Maß an kartellrechtlicher Sicherheit zu erreichen, ist Folgendes zu beachten:

- Jede Meldekategorie muss mindestens fünf positive Meldungen unverbundener Unternehmen enthalten. Bei der Berechnung dieser Mindestmelderzahl ist also darauf zu achten, dass die gesellschaftsrechtliche Unabhängigkeit der Melder (die innerhalb eines Konzernverbundes i.d.R. nicht vorliegt) gewährleistet ist.
- Darüber hinaus darf kein Melder 80 Prozent oder mehr Marktanteil in der jeweiligen Kategorie aufweisen. Auch darf keine Offenlegung der Meldungen (z.B. nach Ablauf eines Jahres) erfolgen.

Über diese Mindestanforderungen hinaus ist eine Rücksprache mit der Geschäftsführung des Verbandes z.B. dann erforderlich, wenn durch die besondere Gliederung der Statistik das Risiko einer Unternehmensidentifizierung bestehen könnte. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Melderhythmus nicht deutlich größer als die regelmäßige Laufzeit von Preisvereinbarungen in der betroffenen Branche ist, die räumliche Gliederung kleinteiliger als eine Angabe für Deutschland (z.B. Bundesländer) ist oder eine Rückrechnung auf Preise oder Renditen bei Produktgruppen theoretisch möglich ist (z.B. weil Umsätze und Stückzahlen gemeldet werden oder in anderen, auch öffentlich verfügbaren Statistiken erhältlich sind).

Im Einzelfall kann es sich empfehlen, rechtzeitig eine Beurteilung des Sachverhalts durch einen qualifizierten externen Rechtsanwalt vornehmen zu lassen und/oder dem Bundeskartellamt vorzutragen.

III. Normung und Selbstverpflichtung

1. Normung

Der Begriff einer Norm im Sinne des Kartellrechts ist relativ weit zu fassen. Hierunter fallen Vereinheitlichungen für zahlreiche technische Gebiete, Qualitätsfestlegungen, Herstellungsverfahren, Sicherheitsanforderungen etc.

Normungsarbeit ist in der Regel mit den kartellrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen. Es muss dabei sichergestellt werden, dass die Möglichkeit der uneingeschränkten Mitwirkung für alle von der Normung möglicherweise betroffenen Unternehmen und Organisationen („interessierte Kreise“) am Normungsprozess besteht und das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm transparent, objektiv und diskriminierungsfrei ist.

Dies kann z.B. zusätzlich dadurch sichergestellt werden, dass der Entwurf der Öffentlichkeit, zu der auch interessierte Kreise gehören, zur Prüfung und Stellungnahme vorgelegt und eine angemessene Einspruchsfrist eingeräumt wird.

Des Weiteren müssen die Regeln der Normenorganisationen den effektiven Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen gewährleisten. Zur Gewährleistung eines tatsächlichen Zugangs zu der Norm gehört auch, dass die Beteiligten (wenn ihre Rechte des geistigen Eigentums Bestandteil der Norm werden sollen) eine unwiderrufliche schriftliche Verpflichtung abgeben müssen, Dritten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Lizenzen für diese Rechte zu erteilen. Zu beachten ist auch, dass eine Verwendung der Norm unverbindlich bleiben muss.

2. Selbstverpflichtung

Die Kartellbehörden haben grundsätzliche ordnungspolitische Bedenken gegen Selbstverpflichtungserklärungen seitens der Industrie, jedenfalls dann, wenn mit ihnen politische oder sonstige Ziele verfolgt werden, die ansonsten regelmäßig durch den Erlass entsprechender Normen erreicht werden. Eine Unzulässigkeit derartiger Verpflichtungen wird regelmäßig dann angenommen, wenn die Handlungsfreiheit der Beteiligten in unzulässiger Weise eingeschränkt wird bzw. spürbare Auswirkungen auf Dritte vorhanden sind.

So liegt z.B. in einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, wonach diese sich im Interesse der Produktsicherheit auf die Verwendung eines neuen Werkstoffs einigen, zugleich eine vertragliche Beschränkung, da der bislang verwendete Werkstoff nicht mehr bezogen würde. Durch die Selbstverpflichtungserklärung wird zunächst die Möglichkeit der beteiligten Unternehmen eingeschränkt, sich ihre Werkstoffe selbst auszusuchen und somit die Merkmale ihrer Produkte entsprechend festzulegen. Zudem würden bei einer einheitlichen Verwendung des neuen Werkstoffs die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt. Aus Sicht der Kartellbehörden wiegt das im vorliegenden Beispiel bezweckte Ziel der Produktsicherheit nicht notwendigerweise schwerer als die mit der Einführung des neuen Werkstoffes verbundene Reduzierung der Wahlmöglichkeiten der Abnehmer. Ein weiteres Problem besteht darin, dass aufgrund der Selbstverpflichtung ein neuer Anbieter des alten Werkstoffes tatsächlich keine Chance hätte, auf den relevanten Markt zu gelangen, da sein Produkt wegen der Selbstverpflichtungserklärung nicht abgenommen würde. In der Verpflichtungserklärung wäre dann eine unzulässige Marktzutrittsschranke zu sehen.

Abgesehen von dieser kartellrechtlichen Problematik wird in diesem Beispiel auch ein Aspekt der Produkthaftung relevant. Falls die an der Selbstverpflichtungserklärung beteiligten

Unternehmen nach außen hin erkennbar propagieren, dass der neue Werkstoff wesentlich sicherer sei als der alte, könnte hieraus eine Pflicht abgeleitet werden, die Kunden der Altprodukte zumindest hierauf hinzuweisen und u.a. sogar die bereits im Verkehr befindlichen Produkte auf den neuen Werkstoff umzustellen. Kommt es bei im Verkehr befindlichen Produkten zu einem Schaden und ist dieser auf den alten Werkstoff zurückzuführen, so ist eine Enthftung des betroffenen Unternehmens kaum möglich, da es bereits selbst auf den verbesserten Stand von Wissenschaft und Technik und die bestehenden Sicherheitsrisiken hingewiesen hat.

IV. Pressemitteilungen, Rundschreiben

Seitens der Verbände werden aus aktuellen Anlässen heraus oder regelmäßig Pressemitteilungen bzw. Verbandsrundschreiben veröffentlicht. Diese Äußerungen dürfen keine Formulierungen enthalten, die als ein Aufruf zum gleichförmigen Verhalten bzw. als eine Absprache zwischen den Mitgliedsunternehmen oder als Reaktion auf die Entwicklung auf einem bestimmten Markt gedeutet werden können. Ebenso wenig darf der Verband entsprechende Empfehlungen abgeben. Vor diesem Hintergrund ist darauf zu achten, dass in Pressemitteilungen bzw. in Verbandsrundschreiben zwar die Entwicklung auf dem jeweiligen Markt in objektiv zutreffender Weise beschrieben ist, nicht jedoch zu bestimmten wirtschaftlichen Reaktionen aufgerufen wird. Besondere Vorsicht ist bei Aussagen geboten, die als Boykott-Aufruf zu verstehen sein könnten. Auch darf nicht der Eindruck entstehen, als hätte man sich innerhalb der einzelnen Fachverbände im Hinblick auf ein bestimmtes Vorgehen abgestimmt. Zulässig ist es, alternative Reaktionsmöglichkeiten auf die Marktentwicklung darzustellen. Auch hier darf der Verband jedoch nicht in einseitiger Weise lediglich eine Handlungsmöglichkeit empfehlen.

V. Positionspapiere, Leitfäden

Positionspapiere und Leitfäden sind grundsätzlich zulässige Kommunikationsmittel des Verbandes. Sie dienen der Information der Mitglieder ebenso wie der Darstellung von Aktivitäten des Verbandes gegenüber der Öffentlichkeit. Unzulässig sind demgegenüber Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den Mitgliedsunternehmen. Entsprechende Empfehlungen des Verbandes sind ebenfalls kartellrechtswidrig. Als derartige Empfehlung kann z.B. ein Positionspapier gewertet werden, das bei den angesprochenen Unternehmen den Eindruck erweckt, es handle sich hierbei um Vorgaben, an die sich die Unternehmen zu halten haben. Generell muss es jedem Mitglied freistehen, z.B. seine Preise und Konditionen selbst festzusetzen. Ein Verband darf keine Empfehlungen aussprechen, die dazu führen, dass sich alle Mitglieder hieran orientieren und somit dasselbe Ergebnis wie bei einer Absprache zwischen den Unternehmen erreicht wird. Schließlich muss sichergestellt sein, dass ein Positionspapier die tatsächliche Marktlage umfassend reflektiert und sich nicht nur auf die Daten einiger Mitgliedsunternehmen beschränkt, die regelmäßig an den Verbands-sitzungen teilnehmen.

Aus diesen Gründen kann es sinnvoll sein, am Anfang derartiger Publikationen einen klarstellenden Hinweis zu setzen. (Textvorschlag: „Der Leitfaden dient nur als Anhaltspunkt und bietet nur einen Überblick zur Beurteilung von ... Er erhebt weder einen Anspruch auf Vollständigkeit, noch auf die exakte Auslegung der bestehenden Rechtsvorschriften. Er darf nicht das Studium der relevanten Richtlinien, Gesetze und Verordnungen ersetzen. Weiter sind die Besonderheiten der jeweiligen Produkte sowie deren unterschiedliche Einsatzmöglichkeiten zu berücksichtigen. Von daher sind bei den im Leitfaden angesprochenen Beurteilungen und Vorgehensweisen eine Vielzahl weiterer Konstellationen denkbar.“)

VI. Ablehnung der Aufnahme neuer Mitglieder

Gelegentlich stellt sich in den Verbänden das Problem, ob eine Pflicht zur Aufnahme potenzieller neuer Mitglieder besteht, nachdem diese einen entsprechenden Antrag gestellt haben. Nach den meisten Satzungen „kann“ ein Verband oder Unternehmen Mitglied werden, was auf einen gewissen Ermessensspielraum hindeutet, so dass kein Zwang zur Aufnahme eines neuen Mitglieds besteht.

Allerdings muss die Entscheidung diskriminierungsfrei getroffen werden. Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot schreibt vor, dass Wirtschaftsvereinigungen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ablehnen dürfen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens oder Verbandes im Wettbewerb führen würde. Eine Verweigerung ist daher nur dann zulässig, wenn es hierfür einen sachlichen Rechtfertigungsgrund gibt.

In diesem Zusammenhang kommt es auf eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Bewerbers an der Mitgliedschaft und dem Interesse des Verbandes an der Nichtaufnahme des Bewerbers an. Dabei kann die in der Ablehnung liegende Ungleichbehandlung aus zwei Arten von Gründen gerechtfertigt sein:

- Erstens weil der Bewerber die satzungsgemäß fixierten Aufnahmevoraussetzungen nicht erfüllt.
- Zweitens wäre eine Nicht-Aufnahme möglich, wenn Gründe vorliegen, die in individuellen Besonderheiten des Bewerbers liegen und einer Aufnahme entgegenstehen. Ein solcher Rechtfertigungsgrund wäre beispielsweise gegeben, wenn die Aufnahme eines bestimmten Unternehmens oder Verbandes das Ansehen des aufnehmenden Verbandes schädigen würde. Denkbar wäre auch der Fall, dass es hierdurch zu erheblichem Unfrieden unter den üb-

rigen Verbandsmitgliedern käme. In diesem Zusammenhang ist es jedoch nicht ausreichend, wenn die Aufnahme des neuen Mitglieds für die bereits vorhandenen Mitglieder lediglich unliebsam ist. Vielmehr ist es erforderlich, dass die Tätigkeit des Verbandes faktisch blockiert wird, weil man angesichts des neuen Mitglieds z. B. bislang mitgeteilte, zulässige Informationen zurückhält und somit die Teilnahme an Unternehmenstreffen unattraktiv wird. Auch wenn eine Vielzahl von Unternehmen mit dem Austritt droht, könnte im Einzelfall ein Rechtfertigungsgrund angenommen werden.