

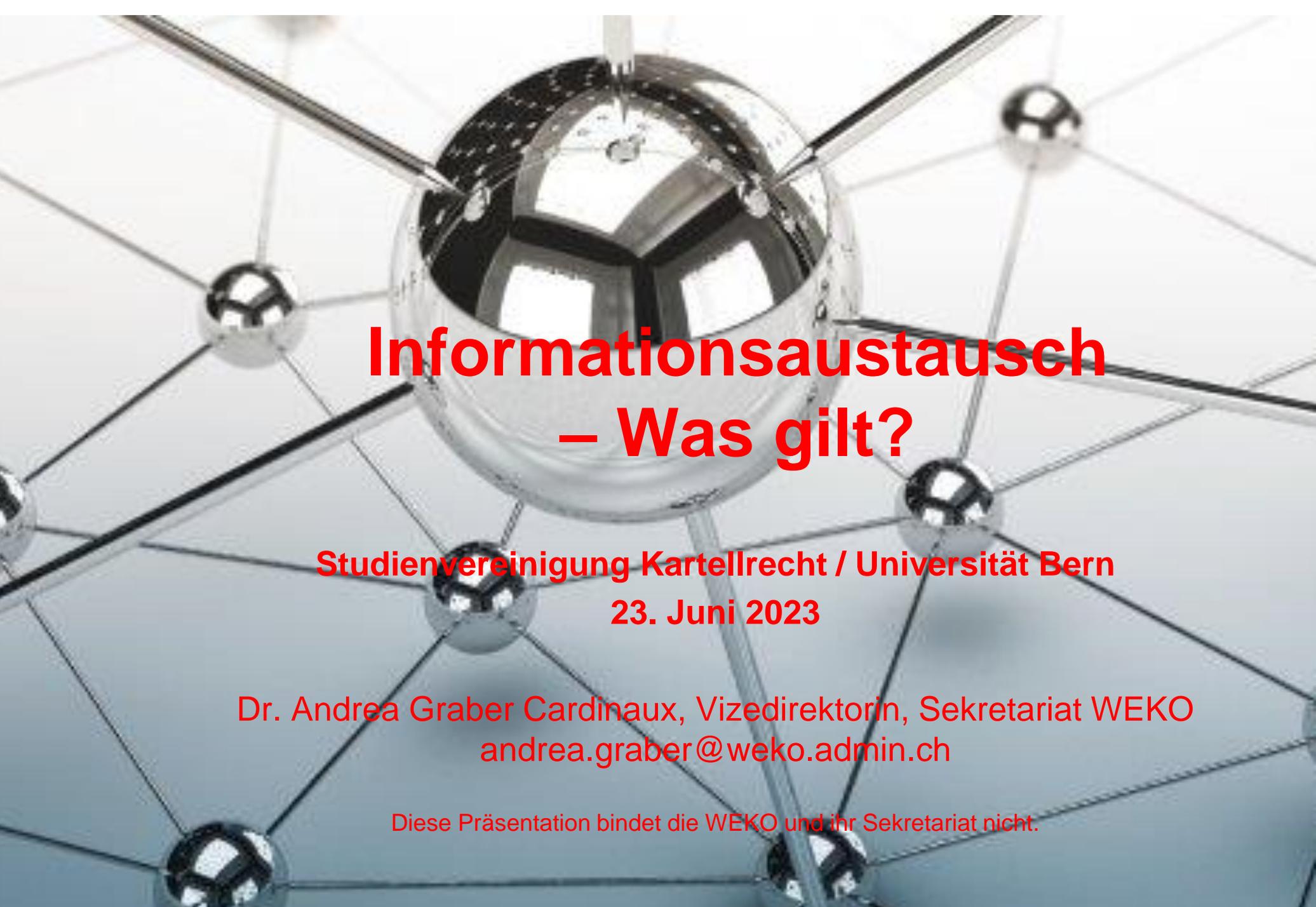


STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

***Roundtable* Informationsaustausch – Was gilt?**

Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,
Universität Bern



Informationsaustausch – Was gilt?

Studienvereinigung Kartellrecht / Universität Bern
23. Juni 2023

Dr. Andrea Graber Cardinaux, Vizedirektorin, Sekretariat WEKO
andrea.graber@weko.admin.ch

Diese Präsentation bindet die WEKO und ihr Sekretariat nicht.



Give me a one-handed economist!
All my economists say, On the one
hand on the other.

— *Harry S. Truman* —

AZ QUOTES



Ökonomischer Blick

Quelle: BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 KG, N 105 ff.

- **explizite Abreden vs. stillschweigende Kollusion**
- **kollusionsfördernde Faktoren:** Marktkonzentration, Symmetrie, Multimarktbeziehungen, Marktwachstum, hohe Marktzutrittsschranken, facilitating practices (staatliche Regeln, z.B. zur Erhöhung der Preistransparenz, Meistbegünstigungsklauseln)
- **Arten von Informationsaustausch**
 - private/öffentliche Kommunikation über **geplantes zukünftiges Verhalten** (nicht-verifizierbare, «weiche» Informationen)
 - private/öffentliche Kommunikation über **vergangenes und aktuelles Verhalten** (verifizierbar, «harte» Informationen), individualisiert oder aggregiert
- zu beantwortende **Fragen:**
 - inwiefern kann der Informationsaustausch die Koordination zwischen Wettbewerberinnen erleichtern?
 - wirkt Informationsaustausch effizienzsteigernd und ist er das mildeste Mittel hierzu?

Einordnung Informationsaustausch

- private Kommunikation über zukünftige Verhaltensweisen
- individualisierte Daten über vergangene/aktuelle Preise/Mengen

- öffentliche Kommunikation über zukünftige Verhaltensweisen
- individualisierte Daten über vergangene/aktuelle Kosten/Nachfrageparameter

- aggregierte Informationen



ASCOPA

- Urteil BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022, rechtskräftig
- Verfügung der WEKO vom 31. Januar 2011 gegen 27 Unternehmen
- unzulässiger Informationsaustausch über Verband
- Untersagung des Informationsaustauschs über Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen sowie Empfehlungen zu AGBs, keine Sanktion
- 1 Beschwerde (Estée Lauder GmbH)



ASCOPA – Take aways

- **Wettbewerbsabrede** (Art. 4 Abs. 1 KG):
 - Vereinbarung über Austausch im Rahmen des Verbands
 - Austausch von wettbewerbssensiblen Informationen:
Geschäftsgeheimnisse oder firmenspezifische Informationen, deren Zusammenstellung sonst mit hohem oder zeitlichen Aufwand verbunden wäre
 - bezweckte Wettbewerbsbeschränkung: objektive Eignung zur Gefährdung des Wettbewerbs reicht
- **Erheblichkeit** (Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Prüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien
 - massgebend ist bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung das Potenzial der Wettbewerbsbeschränkung, es müssen keine Auswirkungen i.S. höherer Preise nachgewiesen werden
 - qualitative Kriterien: Wettbewerbsparameter muss betroffen sein; je öfter der Austausch und je aktueller, weniger aggregiert, und geheimhaltungswürdiger die Daten, desto problematischer
 - quantitative Kriterien: Marktanteil am wichtigsten, Marktstruktur zu berücksichtigen



Datenplattform in Sportindustrie RPW 2023/1

- **Datenplattform** zum Austausch von Daten zwischen Herstellern, Grosshändlern und Händlern mit optimierten digitalen Prozessen für möglichst viele Marktteilnehmer (Outsourcing IT-Leistungen)
- Sekretariat erkannte **zwei problematische Bereiche**:
 - Datenplattform muss sicherstellen, dass keine **kompetitiv sensiblen Informationen** zwischen Wettbewerbern (auf Ebene Lieferanten oder Händler) ausgetauscht werden können
 - direkt in das Kassensystem der Händler elektronisch übermittelte (unverbindliche) **Preisempfehlungen** der Lieferanten können zu Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise führen (Pfizer-Urteil BGer) – zulässig ist die elektronische Übermittlung individueller Einstandspreise, wenn sichergestellt ist, dass Händler ihre Verkaufspreise selbst festlegen





Beratung Swissolar Index RPW 2022/4



- **Plan:** monatliche Berechnung und Veröffentlichung von Preisindizes für den Einkaufspreis für Solarpanels und Endkundenpreise für Solaranlagen, Datenauswertung durch unabhängige Stelle
- **Zweck:** effiziente Risikoaufteilung zwischen Anbieterinnen und Nachfragerinnen, da Preise volatil und schwer vorauszusagen, Wartezeit 1-2 Jahre zwischen Offerte und Abschluss Installation
- **Beurteilung:** Vereinbarung, aber voraussichtlich weder bezweckte noch bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung, insb. da
 - keine Pflicht zur Berücksichtigung der Preisindizes
 - Berücksichtigung Preisindizes individuell aushandelbar
 - Datenerhebung erlaubt keine Rückschlüsse auf Preise spezifischer Anbieterinnen
 - Zugriff für alle Marktteilnehmenden
 - dynamischer Markt, tiefe Markteintrittsschranken, viele Anbieterinnen

Studienvereinigung Kartellrecht/CLIC

Arbeitssitzung Bern, 23. Juli 2023

Informationsaustausch und Signaling – Grenzen der Verhaltensabstimmung

Dr. Marc Pfeffer

Chief Legal Officer
EVP Group General Counsel & Corporate Secretary

Ökonomische Wirkung eines Informationsaustauschs

Positive Effekte

Steigerung von Produktivität

- Information zwecks (unabhängigen) «Benchmarking»
- Verbesserung von Markteinschätzungen
- Vermeidung von Produktionsineffizienz

Anreiz zu mehr Wettbewerb

- Erhöhung der Konsumentenrente durch mehr Bieter und Marktanteilsgewinn / hoher Preiswettbewerb

Negativ/kollusives Verhalten

Austausch bewirkt Beschränkung

- Verbot geheimer Absprachen
- Kein Austausch zwecks «Durchsetzung von Ergebnissen»
- Problematisch insbesondere «zukünftiges Verhalten»

«Signaling»

- Hinweis auf Koordinationspunkte, häufig mit Handlung verbunden, bspw. gesteigerter Preiswettbewerb
- Preise des Wettbewerbers können ggfs. als Signal für den Versuch einer Kollusion betrachtet werden



Wirkung von Information abhängig von der «Art», «Qualität» und «zeitlichen Komponente».

Information über vergangenes Verhalten eher unproblematisch.

Aber: Kann Anreiz für künftiges Verhalten oder «Signaling» bedeuten

Praxisbeispiel Container Schifffahrt

Auflagen der Europäischen Kommission (seit 1. Juli 2016)

Positive Effekte

Verpflichtungen sollen Preistransparenz für Kunden erhöhen und Wahrscheinlichkeit einer Preisabstimmung verringern

- Vollständiger Aufschluss über neue Preise – «nicht lediglich Möglichkeit der Reedereien, die Preisvorstellungen der anderen Reedereien zu kennen und ihr Verhalten untereinander abzustimmen.»

Vereinbarung Reeder / EU Kommission

- Keine GRI mehr; bei Preisankündigungen müssen Zahlen zum Kundennutzen mindestens die fünf wichtigsten Bestandteile des Gesamtpreises enthalten

Negativ/kollusives Verhalten

Praxis der Reeder «geplante Preiserhöhungen zu veröffentlichen» könnte dem Wettbewerb und den Kunden geschadet haben

- Information könnte unter Verstoss gegen die EU-Kartellvorschriften zu Preissteigerungen auf dem Markt für «Containerliniendienste auf Routen von und nach Europa» geführt haben

«General Rate Increase» – GRI Mitteilungen

- Reeder haben geplante Erhöhungen der Frachtpreise regelmässig auf ihren Websites, über die Presse oder in anderer Form angekündigt.



Vestager Kommentar: „Der weitaus grösste Teil des Stückgüterumschlags im Seeverkehr von und nach Europa entfällt auf den Containerschiffsverkehr. Wettbewerbsfähige Seeverkehrsdienstleistungen sind daher für die europäischen Unternehmen und für die Wirtschaft der EU insgesamt unverzichtbar. Die von 14 Reedereien angebotenen Verpflichtungen werden zu transparenteren Preisen für diese Dienste führen und den Wettbewerb stärken.“

Globale Trends – Potenzieller Anreiz zum Austausch gewisser Informationen – Compliance Massnahmen

Bedürfnisse der Konsumenten

Demografische Veränderungen
Starke Zunahme bei E-Commerce



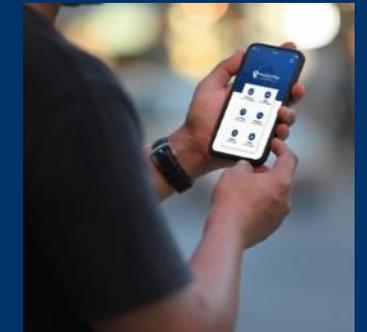
Herausforderungen in der Lieferkette

Geopolitische Entwicklungen, Handelshemmnisse
Agilität/Widerstandsfähigkeit
Multi-Sourcing



Wettbewerbsumfeld

Kunden/Lieferanten steigen in Logistik ein
"Digitale" Logistiker



Daten und Automatisierung

Umfassende Datenanalysen
Neue, verbesserte Dienstleistungen
Höhere Betriebseffizienz



Nachhaltigkeit

Zunehmende Regulierung
Kundennachfrage
Generationswechsel



Transportkapazitäten

Volatilität bleibt bestehen
Datenqualität weiterhin gering

Code of Conduct



12. Wettbewerb und faires Geschäftsverhalten

Weltweit verbieten Kartellgesetze im Allgemeinen Vereinbarungen, Absprachen und Handlungen, die den Handel einschränken oder den Wettbewerb reduzieren können. Verstöße gegen solche Gesetze erfordern keine ausdrücklichen Zusagen oder Vereinbarungen zur Einschränkung des Handels. Verstöße können durch Indizien nachgewiesen werden. Aufgrund der Komplexität des Kartellrechts wird Beschäftigten dringend empfohlen, bei Fragen die zuständige Abteilung Recht und Compliance zu konsultieren.

Gefordert und gefördert

- Kühne + Nagel führt ihr Geschäft mit Ehrlichkeit, Fairness und Integrität. Kühne + Nagel strebt Wettbewerbsvorteile durch exzellente Leistungen an, niemals durch unethische oder rechtswidrige Geschäftspraktiken.
- Alle Kunden, Lieferanten, Konkurrenten und Mitarbeiter sollten fair und rechtmäßig behandelt werden. Kühne + Nagel muss ihren Kunden die besten Preise und Dienstleistungen bieten, unabhängig davon, was ihre Konkurrenten tun.
- Die Beschäftigten müssen Geschäfte mit Kunden grundsätzlich ohne Interaktion mit den Konkurrenten von Kühne + Nagel tätigen.

Nicht geduldet

- Es ist verboten, irgendjemanden durch illegale Handelspraktiken wie Manipulation, Missbrauch privilegierter Informationen oder Falschdarstellung von wesentlichen Fakten in unfairer Weise auszunutzen. Die Zusammenarbeit oder Abstimmung mit Wettbewerbern zwecks Neukundengewinnung ist strengstens untersagt.
- Die Beschäftigten müssen strikt im Rahmen des Gesetzes handeln und auch alles vermeiden, was als Absprache oder unangemessenes Handeln erscheinen könnte. Es ist unzulässig, geheime Absprachen zu treffen oder Vereinbarungen mit Wettbewerbern abzuschließen in Bezug auf Preisfestsetzung, Aufteilung von Kunden oder Gebieten, Kunden-/Lieferantenboykotts oder ähnliche Vereinbarungen. Es ist auch verboten, sich mit anderen Firmen „zusammenzutun“ oder zusammenzuarbeiten, um den Wettbewerb zu beschränken, z. B. zur Angebotsabsprache oder für den Austausch vertraulicher Informationen mit Wettbewerbern über die oben genannten Themen.
- Die Beschäftigten dürfen keine Gespräche mit Wettbewerbern über die oben genannten Themen führen und müssen Sitzungen (einschließlich geselliger Zusammenkünfte oder Handelsverbandstreffen), bei denen verbotene Themen mit Wettbewerbern besprochen werden, sofort verlassen. Der Zeitpunkt des Verlassens sollte aktiv notiert/zur Kenntnis gebracht werden, damit sich andere daran erinnern können, und solche Vorfälle sollten den jeweiligen Vertretern der Rechts- und Compliance-Abteilung gemeldet werden.



Informationsaustausch aus Schweizer Anwaltssicht

Arbeitssitzung: Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC

Bern, 23. Juni 2023

Gion Giger

walderwys rechtsanwälte

Inhaltsübersicht

1. Kritischer Blick auf die Behördenpraxis
 - ASCOPA-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
 - Jüngste Beratungspraxis des Sekretariats
2. Zwei relevante Anwendungsbeispiele aus der Praxis
 - Informationsaustausch im Joint Venture
 - Informationsaustausch im Kontext einer Transaktion

ASCOPA vs. EU-Horizontal-LL 2023 (1/3)

ASCOPA (Urteil BVGer, 12.12.2022, B-141/2012)

- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung
 - **Objektive Eignung/Tendenz** zur Wettbewerbsbeschränkung/**Gefährdung** des Wettbewerbs genügt (E 4.6.4 f.)
 - Kein Nachweis einer **Kollusion** erforderlich (E 4.6.5)
 - Bezweckung abgeleitet aus der **Art der Informationen**: Angleichung der Geschäftspolitik nach Einblick in die Informationen könne nicht ausgeschlossen werden (E 4.6.5)
 - Pro-kompetitive Effekte nur im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfen; Vorbehalt allenfalls bei Offensichtlichkeit (E 4.7)

EU-Horizontal-Leitlinien 2023

- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung:
 - Enge Auslegung, besondere Schädlichkeit für den Wettbewerb erforderlich (Rz 23 ff.); reine Gefährdung des Wettbewerbs reicht m.E. nicht aus
 - Informationsaustausch, der geeignet ist, Unsicherheiten v.a. über das geplante Marktverhalten zu beseitigen, oder darauf abzielt, das Wettbewerbsverhalten zu koordinieren (Rz 413 ff.)
 - Pro-kompetitive Effekte sind zu berücksichtigen (Rz 28)

ASCOPA vs. EU-Horizontal-LL 2023 (2/3)

ASCOPA (Urteil BVGer, 12.12.2022, B-141/2012)

- Erheblichkeit:
 - **Qualitativ** (betrifft relevanten Wettbewerbsparameter) und **quantitativ** (erheblicher Marktanteil) (E 6.3.2)
 - Bei bezweckter Beschränkung **kein Nachweis von Auswirkungen erforderlich**, nur Prüfung der Umsetzung (Informationen tatsächlich ausgetauscht?) (E 6.3.3)
 - Kollusionskriterien des EU-Rechts keine Prüfungsvoraussetzungen
 - Relevanz der EU-Kriterien: Art der ausgetauschten Informationen und Merkmale des Austausches bei der qualitativen Erheblichkeit; Marktmerkmale bei der quantitativen Erheblichkeit (E 6.3.5.)

EU-Horizontal-Leitlinien 2023

- Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung:
 - wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen bei tatsächlich oder wahrscheinlich spürbaren negativen Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt, Innovation) (Rz 30)
 - Beim Informationsaustausch: Beurteilung anhand der Art der ausgetauschten Informationen, der Merkmale des Austauschs und der Marktmerkmale (Rz 422)

ASCOPA vs. EU-Horizontal-LL 2023 (3/3)

- **Selektive Übernahme von EU-Recht:**
 - Sehr tiefe Schwelle für die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung; entspricht nicht dem EU-Recht
 - Anwendung von Kriterien des EU-Rechts für die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bei der Prüfung der Erheblichkeit
- **Keine Prüfung der Auswirkungen im Rahmen der Erheblichkeit**, was der besonderen Konzeption des Schweizer Kartellrechts nicht gerecht wird (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG: «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche *Auswirkungen* von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen»)
- Es resultiert ein **formalistischer Ansatz**, der die Beurteilung des Informationsaustausches auf folgende Beurteilungskriterien reduziert:
 - Art der Informationen
 - Merkmale des Austauschs
 - Marktmerkmale

Jüngste Beratungspraxis des Sekretariats (1/2)

- Zahlreiche Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG in jüngerer Zeit
(z.B. RPW 2021/1, 138 ff., *HIS*; RPW 2021/1, 148 ff., *Regressplattform Schweiz*; 2021/3, 619 ff., *ASTRA-Daten*; 2021/4, 829 ff., *Verein BSO*; 2022/1, 74 ff., *Statistik Verkauf Elektroapparate*; 2022/3, 585 ff., *Plattform Valuu*; 2022/4, 895 ff., *Swissolar Index*; 2023/1, 113 ff., *Datenplattform Sportindustrie*)
- Starker Fokus auf die **Charakteristika der Information** (Inhalt, Aktualität, Frequenz, Aggregation, Homogenität der Produkte) und **Marktstruktur** (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität)
- Sekretariat: Abschliessende Beurteilung des Informationsaustausches erfordere umfangreiche Sachverhaltsermittlungen und sprengt den Rahmen einer Beratung
- Informationsaustausch als **Gefährdungsdelikt**: Risiko, dass es zu einem Austausch von sensibler Information kommen könnte
- Gefahr, dass pro-kompetitiver Informationsaustausch unterbunden werde:
 - Verbesserung der Effizienz durch Benchmarking
 - Unternehmen können dank Informationsaustausch rascher auf Veränderungen bei Angebot und Nachfrage reagieren
 - Unternehmen können dank Informationsaustausch Unterbrechungen oder Engpässe in der Lieferkette erkennen
 - Firmenspezifische Kenntnis über vergangenen Markterfolg ist häufig pro-kompetitiv!

Jüngste Beratungspraxis des Sekretariats (2/2)

«[...] problematisch, wenn die Erstellung und Verwendung der geplanten FEA-Statistik dazu führt, dass die FEA-Mitgliedsunternehmen Informationen austauschen, welche ihnen ohne die Statistik nicht zur Verfügung stehen würden. [...] Höchst problematisch ist daher insbesondere die geplante Auswertung der Daten nach Stückzahlen und Sell-in-Umsätzen je Hersteller und Importeur (betreffend bestimmte Produktkategorien; [...]). Denn diese Informationen sind firmenspezifische - normalerweise geheime - Informationen von hoher Aktualität, welche zudem den FEA-Mitgliedsunternehmen nicht aggregiert, sondern mit hohem Detailierungsgrad [...] bekannt gemacht werden sollen.»

(RPW 2022/1, 76, Rz 16, *Statistik Verkauf Elektroapparate*)

«Ebenso fehlen Regelungen, die vorsehen würden, wie mit Arbeitgeberwechseln von Personen mit Zugang zu kompetitiv sensiblen Informationen umzugehen ist.»

«[...] zumal der Einsitz von Personen, die wie Vertreterinnen und Vertreter der Aktionärinnen und Aktionäre handeln, aus kartellrechtlicher Sicht gleich zu behandeln wäre wie deren direkter Einsitz.»

«Das Sekretariat kann [...] bestätigen, dass die A. AG-Datenplattform keine bezweckte Wettbewerbsabrede beinhaltet und/oder nach den vorliegenden Informationen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, sofern [...] die Ausgestaltung [...] gewährleistet, dass keine kompetitiv sensiblen Informationen zwischen Wettbewerberinnen [...] ausgetauscht werden.»

(RPW 2023/1, 116 Rz 27, 29; 121 Rz 62; *Datenplattform in der Sportindustrie*)

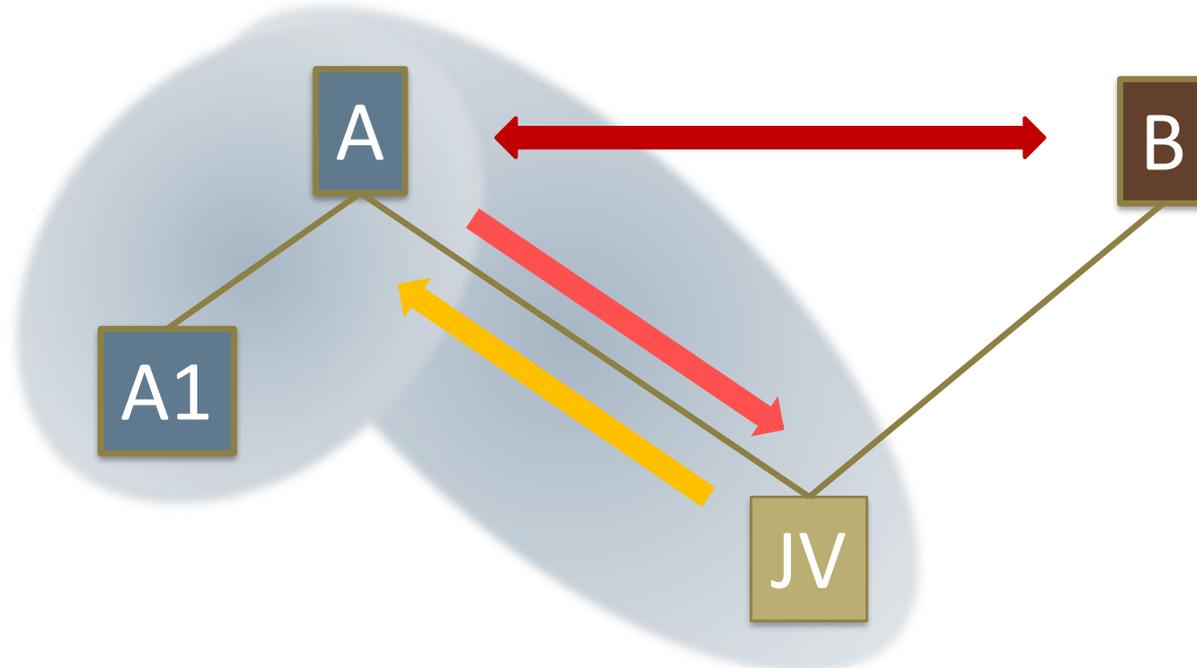
Informationsaustausch im Joint Venture (1/2)

- Joint-Venture-Gesellschaft (JV) unter gemeinsamer Kontrolle der Mutterunternehmen A und B
- EU: Mutterunternehmen und JV bilden eine wirtschaftliche Einheit/ein einziges Unternehmen

«[...] the Commission will, in general, not apply Article 101 to agreements or concerted practices between parent companies and their joint venture to the extent that they concern conduct that occurs in relevant market(s) where the joint venture is active and in periods during which the parent companies exercise decisive influence over the joint venture.» (EU-Horizontal-LL 2023, Rz 12)
- Rechtsunsicherheit in der Schweiz:
 - Die Praxis lässt offen, ob das Konzernprivileg bei einem JV unter gemeinsamer Kontrolle gilt.
(vgl. z.B. RPW 2020/4a, 1660, *Einzelfasermanagement*; RPW 2015/1, 82 Rz, 11; *Beratungsanfrage zur Meldepflicht*)
 - Kontrollprinzip (Möglichkeit der Beherrschung) vs. Leitungsprinzip (tatsächliche Ausübung der Leitung)
(BVGer: Kontrollprinzip [Urteil B-831/2011 vom 18.12.2018, DCC, Rz 44]; BGer: offen gelassen [Urteil 2C_596/2019 vom 2.11.2022, DCC, E. 7.2.3])
- Festlegung wäre im Interesse der Rechtssicherheit auch in der Schweiz wünschbar

Informationsaustausch im Joint Venture (2/2)

Anspruchsvolle Konstellationen, wenn das JV und A oder B oder das JV, A und B (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten sind



Informationsaustausch im Kontext einer Transaktion

- Grundsatz: Informationsaustausch zulässig, soweit es für die Prüfung des Targets und die Verhandlungen unabdingbar ist («**Need to know**») (vgl. *EU-Horizontal-LL 2023, Rz 371*)
- Variante 1: **eingeschränkter Inhalt, unbeschränkter Zugang**
 - Aggregieren / Umschreiben / Abdecken von sensitiven Informationen
- Variante 2: **uneingeschränkter Inhalt, beschränkter Zugang**
 - «Clean Teams»: Mitglieder sind im operativen Geschäft nicht involviert / «Chinese Walls» zum operativen Bereich
 - «A clean team generally refers to a restricted group of individuals within an undertaking who are not involved in the undertaking's commercial operations and are bound by strict confidentiality protocols with regard to the commercially sensitive information.» (*EU-Horizontal-LL 2023, Rz 407*)
- Variante 3: **Kombination** von Variante 1 und 2 mittels zweier Data Rooms («red» / «green»)

Informationsaustausch – EU-Leitlinien und Entwicklungen in Deutschland

Prof. Dr. Albrecht Bach
Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC
23.06.2023 in Bern

Neue EU Horizontal-LL: Stringente Kollusionsanalyse

Strukturierte Neufassung mit differenziertem Analyserahmen

- Grundthese: Künstliche Transparenzerhöhung erleichtert Kollusion
 - Kollusionserleichterung wahrscheinlich, wenn entweder das von Wettbewerbern **erwünschte Verhalten** signalisiert wird oder das **eigene beabsichtigte Marktverhalten**.
 - Koordinierungswahrscheinlichkeit im Einzelfall zu prüfen
 - Kollusionsergebnisse abhängig von Marktmerkmalen (Konzentration, Transparenz, Symmetrie, Sanktionsmechanismen)
 - Analytischer Anspruch folgt ökonomischer Theorie zur Kollusion
- Abkehr von Entwurfsfassung mit starkem Fokus auf der Natur ausgetauschter Informationen
 - Austausch „besonders sensibler Geschäftsinformationen“ als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Wichtige Änderungen:

Deutlich stärkere Praxisorientierung

- Definition der „commercially sensitive information“
 - Geeignet, Unsicherheit über Marktverhalten zu reduzieren
 - Test: Information ist schutzbedürftig zum Erhalt der eigenen Wettbewerbsposition, deshalb bei funktionierendem Wettbewerb kein Anreiz zur Offenlegung
 - Ja: Preisverhalten, Kosten, Kapazität, Produktion, Mengen, Marktanteile, Kunden
 - Im allgemeinen Nein: Lage der Branche, Regulierungsfragen, allgemein eingesetzte Technik, mögliche Expansionsmöglichkeiten für Branche, Daten zum Verbrauchervorteil
- Ausführlich zur einseitigen Offenlegung sensibler Informationen
 - Forderung nach klarer Distanzierung des Empfängers
 - Preisregeln in gemeinsam eingesetzten Algorithmen (match, +5%)
 - Ausführlich zum Umgang mit öffentlichen Ankündigungen (Signalling) als focal point für Kollusion. Test: Vorteile für Verbraucher?

Clean Teams, Verbandsarbeit

- Aufforderung zur Reduzierung des Risikos beim Austausch sensibler Informationen auf erforderliches Maß
- Einsatz von clean teams, trustees, Aggregation
 - Beschränkter Kreis von Personen, nicht in kommerzieller Verantwortung, gebunden an strikte Vertraulichkeitsregeln
 - Technische und praktische Maßnahmen zur Begrenzung auf „need to know“
- Regeln für Treffen mit Wettbewerbern
 - Interne Vorabprüfung der Agenda, Risikoidentifikation, ggf. Begleitung durch Kartellrechtler
 - Protokollierung, Verpflichtung zum Widerspruch (sofortige Beendigung des Themas, Protokollierung Widerspruch)

Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

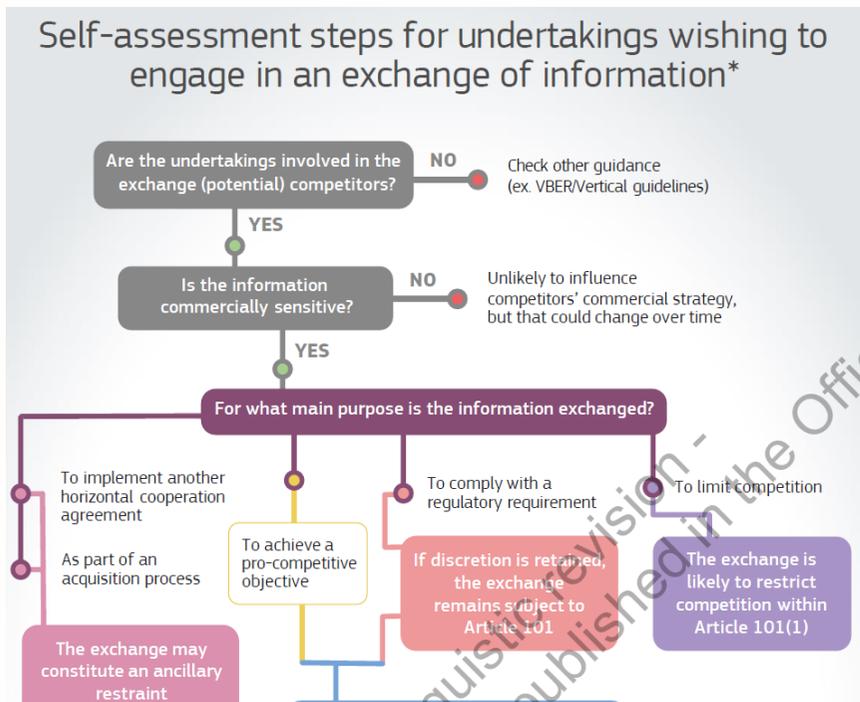
Naheliegend bei Austausch besonders sensibler Informationen unter Wettbewerbern

Beispiele aus Fallpraxis, aber Betonung der Einzelfallanalyse zu Inhalt, Zielen, rechtlich-ökonomischem Kontext und mögl. wettbewerbsförderndem Effekt

- Preisgestaltung und Preisabsichten
- Aktuelle und künftige (Produktions-) Kapazitäten
- Aktuelle und geplante Geschäftsstrategie (Produkte, Regionen etc.)
- Vorhersagen zu aktueller und künftiger Nachfrage bzw. Absatz
- Künftiger Absatz oder Vereinbarungen über künftigen Absatz
- Zukünftige, verbraucherrelevante Produkteigenschaften

Fallbeispiele, Selbstbeurteilung und Haftungstabelle

Individualisierendes Benchmarking, Datenpool zur Verhinderung von Unterversorgung, zu frühe Preisankündigungen, Earnings call mit Preiserhöhung



435. Liability for exchanges of commercially sensitive information in different settings³⁰⁴.

Format of the exchange	Liability of A	Liability of B	Liability of C
Direct exchange between A and B	Yes	Yes	-
Direct exchange from A to B	Yes ³⁰⁵	If B remains active on the market, authorities can rely on the presumption that B takes the information into account unless B publicly distances itself or reports it to the authorities	-
Public disclosure by A; B receives it	Yes, if the disclosure constitutes a concerted practice	Possibly a concerted practice if the authorities can show that B requested the information or accepted it. Authorities can rely on a presumption that B takes it into account unless B publicly distances itself or reports the disclosure to the authorities	-
Indirect exchange from A via C to B	A liable if it expressly or tacitly consented with C to disclose the information to B, or was aware of it and	B liable if it requested or accepted the information and acted upon it. Authorities can rely on a	C liable as facilitator if it was aware of the anti-competitive objectives of A and intended to contribute to

Deutschland: Bierkartell, verkürzte Kollisionsprüfung

Tatsächliche Vermutung ersetzt Untersuchung des Kollusionsergebnisses

- Reicht für Verstoß die bloße „Herstellung des Kontakts“ zum Zweck eines Austauschs wettbewerbsrelevanter Information?
- Ja: OLG Düsseldorf. Nein: BGH
- BGH hält an zweigliedrigem Tatbestand fest: Austausch und Berücksichtigung des nachfolgendem Marktverhalten
- Aber: tatsächliche Vermutung eines durch Abstimmung (= Austausch) beeinflussten Marktverhaltens (im Bußgeldrecht: entsprechender Erfahrungssatz)
- Faktisch reicht der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen unter Wettbewerbern (zumindest im Zivil- und Verwaltungsverfahren)

BGH in „Schlecker“: Tatsächliche Vermutung für Schaden

Auch bei bloßem Informationsaustausch kommt tatsächliche Vermutung in Betracht

- Kartellrechtswidriger Austausch zwischen Wettbewerbern
- über geheime Informationen zum **Preissetzungsverhalten** gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer
- Begründet (zugunsten dieses Abnehmers) den Erfahrungssatz, dass die nach dem Austausch erzielten Preise im Schnitt über den Wettbewerbspreisen lagen.
- In der Gesamtwürdigung des Richters als „starker“ Erfahrungssatz einzustellen

Neue Vertikal-GVO: Verschärfte Regelungen zum Informationsaustausch im Dualen Vertrieb

- Dualer Vertrieb:
 - Hersteller/Anbieter vertreibt auf Endkundenebene im Wettbewerb zu Abnehmern.
 - **Erweiterung:** Dualer Vertrieb zwischen **Handelsunternehmen**.
- **Neuregelung und Verschärfung** des Informationsaustauschs (Art. 2 Abs. 5) zwischen den Vertragsparteien:
 - Freistellung gilt nicht für Informationsaustausch, wenn dieser nicht
 - direkt die Umsetzung der Vertikalvereinbarung betrifft
 - oder zur Verbesserung des Vertriebs oder der Produktion erforderlich ist

Konkretisierende Beispiele zum Informationsaustausch im dualen Vertrieb in den Vertikal-LL (Rdnr. 99 f.)

I.d.R. freigestellt

- Technische Informationen
- Logistische Informationen (u.a. Produktionsprozesse, Lagerbestände, Liefer- und Verkaufsvolumina, Retouren)
- Abverkaufsinformationen (u.a. Kundenpräferenz und -feedback, sofern nicht für Kernbeschränkungen relevant)
- Lieferpreise
- UVP (sofern nicht für Preisbindung relevant)
- Informationen zu Marketingaktivitäten
- Leistungsbezogene Informationen

I.d.R. nicht freigestellt

- Zukünftige Weiterverkaufspreise des Anbieter oder Abnehmer
- Kundenspezifische Weiterverkaufsinformationen; **Ausnahmen:**
 - Notwendig zur Erfüllung von Kundenanforderungen, Gewährung von Direktkonditionen, Pre-/After-Sales-Services, Garantien
 - Notwendig für Errichtung oder Kontrolle von Allein-/Selektivvertrieb
- Informationen zu Private Label-Produkten des Händlers, sofern nicht vom Anbieter bezogen

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!

Oppenländer Rechtsanwälte
Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
Börsenplatz 1
70174 Stuttgart

T + 49 (0) 711 / 6 01 87 - 0
F + 49 (0) 711 / 6 01 87 - 222
www.oppenlaender.de

OPPENLÄNDER
RECHTSANWÄLTE





STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

***Roundtable* Informationsaustausch – Was gilt?**

Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,
Universität Bern