

Leitfaden zur kartellrechtlichen Compliance in der Verbandsarbeit

Stand Februar 2019

I. Vorbemerkung

Der Bundesverband Erneuerbare Energie e.V. (im Folgenden: BEE) versteht sich als gemeinsame Interessenvertretung der Erneuerbare-Energien-Branche in Deutschland und als Forum zur Diskussion aller Themen rund um den Umbau der Energiewirtschaft. Der BEE schafft damit eine Plattformfunktion für seine Mitglieder, die miteinander in vielfältigen wirtschaftlichen Beziehungen stehen und teilweise untereinander Wettbewerber sind. Daraus folgt eine besondere Verantwortung für die Einhaltung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts, der sich der BEE bewusst ist.

Ziel dieses Leitfadens ist es, die Mitarbeiter und Mitglieder des BEE über die wesentlichen Vorgaben des deutschen und europäischen Kartellrechts für die Verbandsarbeit zu informieren und sie zugleich für die konkreten Risiken von Kartellrechtsverstößen in der alltäglichen Verbandspraxis, die kartellbehördliche Sanktionen sowie erhebliche zivil- und öffentlich-rechtliche Haftungsfolgen sowohl für den Verband als auch für seine Mitglieder auslösen können, zu sensibilisieren.

II. Kartellrechtliche Vorgaben für die Verbandsarbeit

1. Kartellverbot, § 1 GWB, Art. 101 AEUV

Die wichtigste Regelung des Kartellrechts ist das in § 1 GWB und Art. 101 AEUV enthaltene Kartellverbot. Verboten sind danach grundsätzlich alle

„Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

Kern des Tatbestands ist der Begriff **Wettbewerbsbeschränkung**. Als Wettbewerbsbeschränkung wird jede Vereinbarung oder Verhaltensweise angesehen, mit der die tatsächliche wettbewerbliche Handlungsfreiheit eines oder mehrerer Akteure auf dem Markt eingeschränkt oder beseitigt wird.

Das Kartellverbot betrifft nicht nur Großunternehmen. Jedes Unternehmen, auch jeder Einzelunternehmer, ist Adressat des Verbots und darf auch mit anderen Kleinstunternehmen keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen treffen, es sei denn, diese sind ausnahmsweise vom Kartellverbot freigestellt.

Dem BEE gehören Unternehmen an, die untereinander in Wettbewerb stehen. Für Wettbewerber bietet ein Verband grundsätzlich eine **Plattform**, über die es die zu kartellrechtswidrigen Absprachen kommen kann. Der Verband trägt im eigenen Interesse **Verantwortung** dafür, dass Kartellverstöße der Mitglieder – auch am Rande von Verbandstagungen, Arbeitssitzungen etc. – unterbleiben. Er hat dem **aktiv entgegenzuwirken**. Denn im Verdachtsfall setzen die Kartellermittler häufig zuerst bei Branchenverbänden an. Bietet der Verband ein Forum für Kartellabsprachen, kann er sogar für die Sanktionsfolgen für die Mitglieder selbst mit haften.

a. Informationsaustausch im Verband

Eine Wettbewerbsbeschränkung setzt nicht voraus, dass sich Wettbewerber vertraglich verpflichten müssen, weniger gegeneinander in Konkurrenz zu treten oder etwa bei der Preisgestaltung aufeinander Rücksicht zu nehmen. Für eine Wettbewerbsbeschränkung genügt es schon, wenn rein faktisch und ohne jede Bindungswirkung die gegenseitige wettbewerbliche Unsicherheit der Marktteilnehmer im Verhältnis zueinander beseitigt wird. Im Horizontalverhältnis, d. h. zwischen Unternehmen auf derselben Wirtschaftsstufe, kann daher schon jeglicher **Informationsaustausch** kartellrechtswidrig sein, jedenfalls wenn es um Rohdaten und Kalkulationen, Einkaufspreise, Kostendaten, Kundenlisten oder ähnliches geht, die zwischen den Unternehmen direkt ausgetauscht oder etwa in Verbandssitzungen offengelegt werden.

- Auch in einem Verband wie dem BEE ist der Austausch von Marktinformationen zwischen Wettbewerbern strikt verboten. Dabei ist es unerheblich, ob ein solcher Austausch direkt zwischen den Unternehmen (etwa bei Offenlegung von Daten im Rahmen einer Verbandstagung), auf dem Umweg über den Verband oder gar durch Veröffentlichung bestimmter Informationen durch den Verband (z.B. in einschlägigen Branchenkanälen, die auch Wettbewerber erreichen) geschieht. In allen Fällen liegt ein **Kartellverstoß unter Beteiligung des Verbandes** vor, wenn der Verband einen ungefilterten Austausch kritischer Informationen zulässt oder gar organisiert (etwa ein Marktinformationssystem betreibt).
- Besonders kritisch sind Absprachen und Informationsaustausch im Hinblick auf **laufende Ausschreibungsverfahren**. Hier kann jede Information über abzugebende Angebote oder auch nur die Absicht, ein Angebot abzugeben oder nicht, kritisch sein. **Submissionsabsprachen** sind nicht nur kartellrechtswidrig, sondern sogar **strafbar** (§ 298 StGB).
- Zulässig ist jedoch der Austausch hinreichend **anonymisierter und aggregierter** Informationen über den Verband, etwa im Rahmen von Benchmarking oder Vergleichsstudien. Der Verband trägt in diesem Fall allerdings die alleinige kartellrechtliche Verantwortung dafür, dass nur hinreichend aggregierte Daten an die Mitglieder herausgegeben werden.
- Zulässig ist auch der Austausch **allgemeiner, unspezifischer Informationen** z.B. über die allgemeine Marktentwicklung, wissenschaftliche Studien und technische Themen, abstrakte Geschäftsmodelle oder theoretisch mögliches Marktverhalten. Kritisch wird es jedoch dann, wenn Unternehmen individuelle Vorhaben oder Strategien gegenüber Wettbewerbern offenlegen, da dies das Marktverhalten der Wettbewerber beeinflussen und zu gleichförmigem Verhalten führen kann. Dabei gilt: Je aktueller, strategischer, relevanter und unternehmensbezogener die Informationen, desto bedenklicher deren Austausch. Unerheblich ist, ob die Offenlegung auch öffentlich gegenüber jedermann, nur im Verband oder nur gegenüber Wettbewerbern geschieht – entscheidend ist, was offengelegt wird. Faustregel: Offenlegung interner Informationen ist immer dann unzulässig, wenn ein Mitbewerber daraus Rückschlüsse darauf ziehen könnte, was der Offenlegende *am Markt konkret tun oder nicht tun wird*, z.B. ob er seine Preise erhöhen wird oder aus Kostengründen nicht weiter senken kann, ob er in bestimmten Märkten/Segmenten Marketingbemühungen verstärkt oder zurückfährt.
- Der BEE achtet bei der **Bildung und Zusammenstellung von Gremien** strikt auf kartellrechtsneutrale Themen. Schon mit der Bildung eines Gremiums wird klargestellt, dass die Koordination individuellen Marktverhaltens oder Informationsaustausch über Preise, Konditionen und Strategien im Wettbewerb unter den Teilnehmern nicht Thema ist, sondern nur Austausch über allgemeine Problemstellungen erfolgt.

b. Vertikale Beschränkungen, „Abstimmung über Bande“

Das Kartellverbot sowohl des europäischen als auch des nationalen Rechts unterscheidet heute nicht mehr zwischen horizontalen und **vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen**. Vertikale Beschränkungen betreffen Vereinbarungen oder Abstimmungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, d.h. Lieferanten und Abnehmern einer Ware oder Dienstleistung. Verboten sind insoweit insbesondere Beschränkungen des Abnehmers in der freien Festsetzung seiner Weiterverkaufspreise oder etwa Absprachen zur Marktaufteilung nach Gebieten oder Kundengruppen.

- Zwischen den Mitgliedern des BEE bestehen häufig Vertikalbeziehungen, etwa zwischen Herstellern und Betreibern, zwischen Zulieferern und Herstellern, aber auch zwischen Betreibern und Investoren. Auch für wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen ihnen darf der BEE kein Forum bieten.
- Unzulässig und zunehmend Gegenstand der Verfolgung sind auch **indirekte Koordinierungsvorgänge auf dem Umweg über die vor- oder nachgelagerte Marktstufe** („Abstimmung über Bande“). Dies betrifft insbesondere den Einsatz von Lieferanten oder Abnehmern zur Beschaffung von Informationen über das Marktverhalten

von Wettbewerbern. Unzulässig ist jedenfalls die systematische Abfrage wettbewerbsrelevanter Informationen über die eigenen Wettbewerber von Lieferanten oder Abnehmern oder die absichtliche Übermittlung solcher Informationen an Lieferanten/Abnehmer mit dem Ziel, dass diese sie an Wettbewerber weitergeben. Für ein solches Verhalten bietet der BEE kein Forum.

- Der **Lieferant/Abnehmer selbst** darf zwar z.B. Preisinformationen, die er von einem Geschäftspartner erhalten hat, im eigenen Interesse nutzen und auch anderen Geschäftspartnern mitteilen, etwa zu Verhandlungen („*Ihr Wettbewerber hat uns einen niedrigeren Preis geboten, nämlich ...*“). Er darf sich aber nicht an einem gewollten kartellrechtswidrigen Informationsfluss zwischen Unternehmen, die untereinander im Wettbewerb stehen, beteiligen.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden/marktstarken Stellung, §§ 19, 20 GWB

Für marktbeherrschende Unternehmen (in Deutschland: Marktbeherrschung bereits ab 40% Marktanteil vermutet) und Unternehmen, von denen kleine oder mittlere Abnehmer oder Lieferanten abhängig sind, gelten besondere Verhaltenspflichten. Diesen Unternehmen ist der Missbrauch ihrer Marktstellung verboten. Dies führt zu Gleichbehandlungspflichten, dem Verbot der Ausbeutung oder Vorteilsgewährung und im Einzelfall bis hin zu Kontrahierungszwängen oder Abnahmeverpflichtungen.

Auch der BEE selbst ist als wichtiger Branchenverband Adressat des Missbrauchsverbots. Er darf insbesondere die **Aufnahme eines Unternehmens** nicht ohne erheblichen sachlichen Grund ablehnen, wenn das Unternehmen dadurch benachteiligt wird (§ 20 Abs. 5 GWB).

An missbräuchlichen Verhaltensweisen oder Zielsetzungen marktbeherrschender oder marktstarker **Mitglieder** darf der BEE nicht mitwirken. Beispiel: Der marktbeherrschende Hersteller A „diszipliniert“ Zwischenhändler, indem er ihnen Lieferkürzungen o.ä. androht für den Fall, dass sie auch Produkte des Newcomers B vertreiben, oder besondere Vergünstigungen dafür verspricht, dass sie dies nicht tun. A handelt missbräuchlich. Auch wenn nur A (und nicht B) Mitglied im BEE ist, darf der BEE A darin nicht unterstützen, etwa indem er angeschlossene Händler auf die von A vorgesehenen „Sanktionen“ und Vergünstigungen hinweist.

3. Sanktionen und Kartellermittlungsverfahren

Festgestellte Kartellverstöße führen zu **erheblichen Bußgeldern** im Umfang von **bis zu 10 % des weltweiten Vorjahresgesamtumsatzes** des Konzerns, dem das verstoßende Unternehmen angehört, oder des Verbandes (§ 81 Abs. 4 GWB, Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003). Bei einem Verband ist, wenn der Verstoß im Zusammenhang mit Mitgliederverhalten steht, nach europäischem Recht die **Summe der Vorjahresumsätze seiner auf dem betroffenen Markt tätigen Mitglieder** maßgeblich (Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 3 VO 1/2003), zudem besteht eine **Durchgriffshaftung der Mitglieder für Bußgelder des Verbandes** (Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003).¹

Nach deutschem Recht können Bußgelder im Umfang von **bis zu 1 Mio. Euro** auch gegen zuwiderhandelnde **Organe oder Mitarbeiter** eines Verbandes oder Unternehmens verhängt werden (§ 81 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Jeder Vorstand und jeder Mitarbeiter des BEE ist im Rahmen seiner Möglichkeiten und Zuständigkeiten selbst für die Verhinderung von Kartellverstößen verantwortlich, sonst kann er für die Folgen persönlich haften.

Haupt- oder ehrenamtliche Mitarbeiter haften insbesondere dann persönlich, wenn sie **in eigener Person** Kartellverstöße begehen oder bei Kartellverstößen unverzichtbar mitwirken und dabei der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf ihrem individuellen Verhalten liegt. Beispiele: Ein Mitglied der Geschäftsführung des Verbandes organisiert auf Anfrage von Verbandsmitgliedern ein „kollegiales“ Treffen von CEOs einiger Mitglieder am Rande einer Verbandstagung, auf dem gezielt über eine gemeinsame Preismaßnahme gesprochen werden soll. Ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle fungiert – mit oder ohne Wissen von Geschäftsführung und Kollegen – als diskrete „Preismeldestelle“ und gibt fortlaufend Informationen zur Preisbildung zwischen Mitgliedern weiter.

¹ Dies bedeutet technisch: Begehen zugleich Verband und Mitglieder einen Verstoß (etwa Preisabsprache „durch“ den Verband), kann die Kommission neben Geldbußen für die Mitglieder eine gesonderte hohe Geldbuße gegen den Verband verhängen. Wird der Verband dadurch zahlungsunfähig, ist er verpflichtet, Sonderbeiträge zur Zahlung der Buße von allen Mitgliedern zu erheben. Zahlen die Mitglieder nicht, kann die Kommission zunächst von den im Verband „federführenden“ Mitgliedsunternehmen, danach von allen Mitgliedsunternehmen, die auf dem betreffenden Markt tätig waren und nicht ihre Nichtbeteiligung am Verstoß nachweisen, unmittelbar Zahlung verlangen, bis die Buße insgesamt getilgt ist.

In Deutschland haften die handelnden Personen zwar – anders als etwa in den USA – nicht strafrechtlich im engeren Sinne (Haftstrafen etc.), aber **finanziell** in erheblichem Umfang: Ein Bußgeld beträgt maximal 1 Mio. Euro pro Person und liegt in der Praxis nicht selten bei **einem vollen Bruttojahresgehalt**. Da das Bußgeld steuerlich nicht als abzugsfähige Werbungskosten behandelt wird, ist die persönliche wirtschaftliche Belastung je nach Steuersatz deutlich höher.

Weiterhin können Kartellverstöße zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen und auch zu Regressansprüchen führen. Darüber hinaus können Kartellverstöße zu erheblichen **zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen** gegen Kartellanten oder beteiligte Verbände führen.

Zur Ermittlung von Kartellverstößen haben die Kartellbehörden weitreichende **Auskunfts- und Nachprüfungsrechte**, gerade auch gegenüber Verbänden, selbst wenn diese nicht selbst im Verdacht einer Beteiligung stehen. Kommission und Bundeskartellamt setzen mit **Durchsuchungen und Auskunftsverlangen häufig zuerst (oder gleichzeitig) bei Verbänden an**.

Auch der BEE muss auf diesen Ernstfall vorbereitet sein. Siehe dazu das beiliegende allgemeine Merkblatt zum Verhalten bei kartellbehördlichen Ermittlungen und Durchsuchungen („Dawn Raids“).

Das beiliegende Merkblatt für das Empfangspersonal sollte diesem erläutert und direkt am Empfang hinterlegt werden. Nur so kann im Ernstfall eine sofortige Information der internen und notfalls externen Rechtsberater sowie ein rechtmäßiges, aber auch taktisch richtiges Verhalten des Verbandes im eigenen Interesse und dem seiner Mitglieder sichergestellt werden.

III. Selbstverpflichtung

Der BEE bekennt sich zur konsequenten Einhaltung des nationalen und europäischen Kartellrechts und arbeitet ausschließlich im Einklang mit diesen Vorschriften. Er verpflichtet sich darüber hinaus, jedem kartellrechtswidrigen Verhalten im Rahmen oder Umfeld der Verbandsaktivitäten aktiv entgegenzutreten.

Im Einzelfall und in allen Zweifelsfragen geben Rat und Auskunft:

xxx, Geschäftsführer

vertretungsweise/bei Nichterreichbarkeit: **xxx**

Anhang 1

Besondere Verhaltensrichtlinien für die BEE-Geschäftsstelle

Planung und Einladungen zu Verbandssitzungen:

Achten Sie bei Einladungen des BEE oder seiner Gremien zu Sitzungen, Konferenzen und ähnlichen Veranstaltungen, die mit Angaben **Thematik und Inhalt** verbunden sind, darauf, dass gar nicht erst der Anschein erweckt wird, es könnten kartellrechtswidrige Abstimmungen unter den Teilnehmern beabsichtigt oder ermöglicht werden. Prüfen Sie insbesondere **Tagesordnungen** oder ähnliche Programmvorgaben darauf, dass **keine konkrete Diskussion oder Abstimmung des Marktverhaltens der Mitglieder** untereinander geplant ist. Berücksichtigen Sie dies auch bei den Formulierungen.

Rundschreiben an Mitglieder:

Mitgliederschreiben dürfen **grundsätzlich keine Informationen über interne Kalkulationen oder bevorstehendes Marktverhalten einzelner Mitglieder(gruppen)** enthalten, selbst wenn das Mitglied diese Informationen im Verband offenlegen will.

Prüfen Sie insbesondere bei Aufrufen des BEE an seine Mitglieder zu einem bestimmten Verhalten dessen kartellrechtliche Zulässigkeit. Der BEE darf insbesondere nicht **Unternehmer einer bestimmten Marktstufe** (etwa Hersteller, Anlagenbetreiber) zu einem **gleichförmigen Verhalten** gegenüber deren Lieferanten oder Abnehmern aufrufen.

Während Verbandsveranstaltungen (z.B. Vorstandssitzungen, Gremiensitzungen, Seminare, Tagungen etc.):

Achten Sie auf die Einhaltung der Tagesordnung. Verhindern Sie durch rechtzeitige Hinweise das Entstehen von Diskussionen oder der Austausch von Informationen über individuelles Marktverhalten, etwa wenn **laufende Ausschreibungsverfahren, Preiserhöhungswellen** oder Möglichkeiten der **Druckausübung auf die Marktgegenseite** besprochen werden.

Unterbinden Sie auch die Verlagerung kartellrechtlich bedenklicher Gespräche in „**Nebenforen**“, etwa **Treffen von Verbandsmitgliedern in einem separaten Raum**. Weisen Sie in diesem Fall die Mitglieder auf kartellrechtliche Bedenken hin und stellen Sie klar, dass derartige Gespräche im Umfeld einer BEE-Veranstaltung unerwünscht sind.

Mitgliederberatung:

Erstellen Sie ohne gründliche kartellrechtliche Prüfung **keine Vertragsvorlagen/-muster mit Konditionenvorschlägen** für Mitglieder, vorformulierte Konditionen, Preisstaffeln oder ähnliches. Zulässig ist eine rein formale und abstrakte Hilfestellung bei der Vertragsgestaltung. Diese darf jedoch nicht dazu führen, dass Mitglieder übereinstimmende Preise oder andere wettbewerbliche Konditionen mit der Marktgegenseite vereinbaren oder dazu in die Lage versetzt werden, in dieser Hinsicht gegenüber gemeinsamen Abnehmern/Lieferanten gleichförmig aufzutreten.

Koordinieren Sie niemals konkrete Geschäftsabschlüsse von verschiedenen Mitgliedern mit deren gemeinsamen Abnehmern oder Lieferanten. Zulässig ist die Beratung und Hilfestellung für einzelne Mitglieder und dabei die neutrale/abstrakte Weitergabe von Erfahrungen anderer Mitglieder, jedoch nicht bezogen auf konkrete Vertragskonditionen. Unzulässig ist insbesondere schon, Mitglieder darüber zu informieren, welche Preise/Gegenleistungen andere Mitglieder mit demselben Gegenüber konkret vereinbart haben oder zu vereinbaren vorhaben.

Weitergabe oder Veröffentlichung von Daten:

Geben Sie grundsätzlich **keine geschäftlichen Rohdaten** von Mitgliedern (z.B. zu deren Kostensituation, Absatzzielen und -planungen, konkreter Marktanteilsentwicklung, laufenden Projekten) an die Öffentlichkeit oder andere Mitglieder heraus, selbst wenn die Mitglieder einverstanden sind oder diese Daten bewusst offen legen wollen. Halten Sie geschäftliche Daten von Mitgliedern, die der BEE erhebt oder die ihm mitgeteilt werden, intern streng vertraulich und verhindern Sie jeglichen Zugriff durch Mitglieder oder Dritte. Eine Weitergabe oder Veröffentlichung ist ausschließlich in **aggregierter und anonymisierter** Form zulässig.

Anhang 2

Verhaltensrichtlinien für die Leitung von Gremien (Arbeitsgruppen) des BEE e.V.

Beirats- und AK-Mitglieder sind häufig untereinander Wettbewerber (etwa Anlagenbetreiber, Hersteller, Zulieferer). Auch Einzelunternehmer unterliegen dem Kartellrecht. Betreiber von Windkraftanlagen etwa dürfen sich daher trotz gleichgerichteter Interessen nicht darüber austauschen, wie mit den Energieabnehmern umzugehen ist, oder gar Konditionen von Verträgen abstimmen.

Themenauswahl bei der Bildung von Gremien und für Gremiensitzungen: Gremien des BEE dienen niemals der Koordination von Marktverhalten. Dies sollte schon bei der Bildung von Arbeitskreisen (z.B. Programmvorgaben) und in Tagesordnungen für Sitzungen durch entsprechende Formulierungen klargestellt werden, damit die Teilnehmer entsprechend informiert sind und ein späterer Nachweis der kartellrechtlichen Neutralität der Gremienarbeit möglich ist.

Kein Austausch individueller geschäftlicher Informationen

- D.h. z. B. kein Austausch über individuelle Absatzziele und angestrebte Marktanteile, individuellen Direktvermarktungserfolg/-anteil, Strategien gegenüber Direktabnehmern, Vertragsgestaltung
- „Todsünden“: Kundenaufteilungen, Preisabsprachen, Boykott-/Strafaktionen

Keine Diskussion konkreter Geschäftsvorgänge jeglicher Art, etwa

- laufende Ausschreibungen,
- individuelle Vertragsverhandlungen,
- bestimmte Geschäftsabschlüsse oder -chancen,
- Angebote, Forderungen eines bestimmten „gemeinsamen“ Marktgegenübers etc.,
- Koordination des Vorgehens in Streitigkeiten mit einzelnen („gemeinsamen“) Lieferanten/Abnehmern

Typischerweise unzulässige Themen/Aktivitäten in allen Gremien:

- Koordination von Aktionen und Reaktionen im Marktverhalten gegenüber Abnehmern oder Lieferanten, egal ob bestimmte oder allgemein gegenüber der Marktgegenseite
- Austausch von internen Preis- oder Kostenkalkulationen, Gewinnmargen, Absatzzielen, Entwicklung individueller Marktanteile, Vertragsgestaltungen etc.
- Diskussion individueller geschäftlicher Planungen (Produkteinführungen, Investitionen, Rabattaktionen, Preisänderungen)
- Tabu: Meldesysteme für Preise oder Kosten

Typischerweise zulässige/unbedenkliche Themen/Aktivitäten in allen Gremien:

- Erarbeitung rein politischer Positionen, politisches Lobbying
- Erfahrungsaustausch und Koordination im Umgang mit staatlichen Stellen
- rein technische oder wissenschaftliche Themen
- abstrakte Diskussion allgemeiner Marktentwicklungen ohne Offenlegung oder Koordination individueller Planungen
- Diskussion von Presseberichten z.B. über Branchenentwicklungen und öffentlich bekanntes Marktverhalten bestimmter Akteure, jedoch ohne Hinzufügung eigener Reaktionspläne