

## **Ergebnisse des Projekts:**

### **Vertragsmuster für Konsortien und andere Formen der Datenteilung nach REACH**

erarbeitet von der Anwaltskanzlei **REDEKER SELLNER DAHS & WIDMAIER**<sup>1</sup>  
unter Mitwirkung der Mitglieder der zu diesem Projekt gebildeten Projektgruppe<sup>2</sup>

## **→→ Anhang A II:**

### **Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts**

Frankfurt, im Juni 2007

---

<sup>1</sup> [www.redeker.de](http://www.redeker.de).

<sup>2</sup> Liste der Mitglieder in der Anlage „Verzeichnis der Mitglieder der Projektgruppe“.

# Inhalt

I.	Einführung.....	1
II.	Grundzüge des EG-Kartellrechts .....	2
1.	Art. 81 EG-Vertrag.....	2
2.	Art. 82 EG-Vertrag und Fusionskontrolle.....	4
3.	Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes .....	4
4.	Einzelfallprüfung.....	5
III.	Kartellrechtliche Risiken und REACH .....	6
1.	Kartellverbot .....	8
2.	Austausch von Informationen .....	9
3.	Kooperationen und Zugangsbeschränkungen .....	10
4.	Kostenverteilung .....	11
IV.	Handlungsempfehlungen.....	12
1.	Unternehmensinterne <i>Compliance</i> -Maßnahmen (kartellrechtliche Schulung) .....	12
2.	Beachtung der Vorgaben der REACH-VO .....	12
3.	Informelle Kontaktaufnahme mit Kartellbehörde .....	13
	Verzeichnis der Mitglieder der Projektgruppe .....	15

## I. Einführung

Die folgenden Ausführungen enthalten eine kurze Darstellung der Grundzüge des EG-Kartellrechts und seiner Relevanz für die praktische Umsetzung der sich aus der REACH-VO<sup>3</sup> ergebenden Verpflichtungen. Wie in der Einführung in die Vertragsmuster und in Anhang A I im Einzelnen dargelegt, stellt die REACH-VO ein detailliertes Regelwerk zur Datenteilung auf, um die mehrfache Durchführung von Studien zu vermeiden und hierdurch die Kosten der Registrierung für Industrie und Behörden zu minimieren. Um diesen gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen, bieten sich für die registrierungspflichtigen Unternehmen verschiedene – gesetzlich nicht vorgeschriebene – vertragliche Kooperationsformen an, für die die verschiedenen Vertragsmuster entwickelt worden sind.

Die gesetzliche oder vertragliche Datenteilung bzw. Kooperation nach REACH erfolgt in der Regel unter Wettbewerbern, die dieselbe Substanz herstellen oder importieren. Deshalb ist in allen Phasen der Datenteilung und Zusammenarbeit das kartellrechtliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen oder abgestimmter Verhaltensweisen (Art. 81 EG-Vertrag) zu beachten. Die REACH-VO führt nicht zu einer Befreiung von den kartellrechtlichen Pflichten der betroffenen Unternehmen. Dies wird ausdrücklich in Erwägungsgrund 48 der REACH-VO klargestellt. Es ergibt sich auch aus Art. 25 Abs. 2 REACH-VO,<sup>4</sup> der zwischen der – gesetzlich vorgeschriebenen – gemeinsamen Nutzung technischer Daten und von Informationen über inhärente Eigenschaften von Stoffen einerseits und dem – kartellrechtlich unzulässigen – Austausch von Informationen über das Marktverhalten der Registranten andererseits unterscheidet.

Diese allgemeine Unterscheidung in Art. 25 Abs. 2 bietet aber keine Lösungen für das Spannungsverhältnis zwischen den unterschiedlichen Kooperationen von Registranten zum Zwecke der Datenteilung und dem Kartellverbot des Art. 81 EG-Vertrag. Für die registrierungspflichtigen Unternehmen ist daher bei der praktischen Umsetzung der REACH-VO eine Auseinandersetzung mit dem Kartellrecht unverzichtbar. Hierzu soll die vorliegende Darstellung eine erste Hilfestellung bieten.<sup>5</sup> Diesem Zweck dient auch der als Anlage zu den Vertragsmustern B bis G entwickelte Verhaltenskodex der kartellrechtlichen *Dos and Don'ts*. Hervor-

---

<sup>3</sup> Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), ..., ABl. EU Nr. L 396 vom 30.12.2006, S. 1 – im Folgenden: „REACH-VO“.

<sup>4</sup> Artikel ohne Benennung des Gesetzes sind solche der REACH-VO.

<sup>5</sup> Auch das *Technical Guidance Document on Data Sharing (RIP 3.4)*, das zur Zeit von einem Konsortium im Auftrag der Kommission erarbeitet wird und u. a. rechtliche Hindernisse der Datenteilung analysieren und Lösungswege aufzeigen soll, wird einen Anhang zum *EC Competition Law* enthalten (Stand: *Final Draft Guidance Document RIP 3.4 (Review 02 May, 2007)*). Vgl. zur Problematik auch *Scheidmann/Rosenfeld, Forming Consortia for REACH Registration: Contractual and Competition Law Issues*, JEEPL 2005, S. 173 - 183.

zuheben ist aber, dass eine Rechtssicherheit vermittelnde Beantwortung kartellrechtlicher Fragestellungen nur anhand einer konkreten Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der einschlägigen kartellbehördlichen und -gerichtlichen Entscheidungspraxis erfolgen kann.

## II. Grundzüge des EG-Kartellrechts

### 1. Art. 81 EG-Vertrag

Ein Konflikt mit dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag ist sowohl bei der gesetzlich geforderten Datenteilung als auch bei der freiwilligen Zusammenarbeit von Registranten denkbar. Nach Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (im Folgenden zusammengefasst als „Vereinbarungen“), welche den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, verboten. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag enthält einen nicht abschließenden Beispielskatalog derartiger Vereinbarungen, nämlich die Festsetzung der Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen und die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag werden grundsätzlich weit ausgelegt. Erfasst werden horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Es macht daher für die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag grundsätzlich keinen Unterschied, ob an einem Konsortium nur Hersteller/Importeure oder auch *Downstream User* beteiligt sind.

Für die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag ist ausreichend, wenn aufgrund einer Absprache zwischen Unternehmen das wettbewerbliche Verhalten eines Unternehmens geändert wird oder wenn infolge von Kontakten zwischen Unternehmen die Ungewissheit über ihr Marktverhalten beseitigt bzw. erheblich verringert wird.<sup>6</sup> Dabei kann die Koordination des wettbewerblichen Verhaltens konkludent, aber auch stillschweigend erfolgen.<sup>7</sup> Ferner genügt bereits eine potentielle Beschränkung des Wettbewerbs.<sup>8</sup> Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Zusammenhang mit der REACH-Registrierung verlieren daher nicht etwa des-

<sup>6</sup> EuG, verb. Rs. T-25/95 u. a., *Cimenteries CBR*, Slg. 2000, II-491, Rn. 1849, 1852; EuG, verb. Rs. T-2002/98 u. a., *British Sugar*, Slg. 2001, II-2035, Rn. 58 - 60.

<sup>7</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 9 Rn. 3; *Mäger*, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Kartellrecht, Kap. 1, Rn. 80; *Whish*, Competition Law, 5. Aufl., S. 92.

<sup>8</sup> *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 10. Aufl., Art. 81 Rn. 19 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 10 Rn. 64; *Whish*, Competition Law, 5. Aufl., S. 127. Siehe ferner von der Kommission die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EU Nr. C 101 vom 27.04.2004, S. 97, Ziffer 11, Fußnote 9.

halb ihre kartellrechtliche Relevanz, weil es sich bei der Registrierung um eine Marktzutrittschwelle handelt und die Wettbewerbsbeschränkung daher „nur“ in der Vorphase des Marktzutritts stattfindet.

Das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise ist von dem nicht vom Kartellverbot erfassten reinen Parallelverhalten, d. h. einer einseitigen autonomen Anpassung an das Wettbewerbsverhalten anderer Unternehmen, abzugrenzen. Dabei können sich schwierige Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit dem Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen zwischen Unternehmen ergeben, was auch für die Datenteilung nach REACH relevant ist.

Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag verlangt ferner eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels (Zwischenstaatlichkeitsklausel), wovon nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte alle grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten erfasst werden. Fehlt es an der Zwischenstaatlichkeit, so bleibt das jeweilige nationale Kartellrecht anwendbar. Für Deutschland ergibt sich aber in der Sache kein Unterschied, weil seit der Reform des deutschen Kartellrechts durch die 7. GWB-Novelle von Juli 2005 § 1 GWB und Art. 81 EG-Vertrag den gleichen Regelungsgehalt haben. Das Kartellverbot nach deutschem und nach europäischem Recht stimmt – abgesehen von der Zwischenstaatlichkeitsklausel – überein. Für die Frage, ob eine Kooperation von Unternehmen im Rahmen von REACH kartellrechtliche Probleme aufwirft, ist die Unterscheidung zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht somit nicht relevant.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag nur dann freigestellt, wenn sie einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts leisten, die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt sind und die Beschränkungen für das angestrebte Ziel unerlässlich sind und zu keiner Ausschaltung des Wettbewerbs führen.<sup>9</sup> Die Beweislast hierfür tragen die betreffenden Unternehmen (Art. 2 VO 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln<sup>10</sup>).

Die Kommission hat die Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag und die Auslegung bestimmter kartellrechtlicher Begriffe in einer Vielzahl von Bekanntmachungen (Mitteilungen, Leitlinien) konkretisiert. Darüber hinaus wird Art. 81 EG-Vertrag durch eine Reihe von Verordnungen, insbesondere die bereits erwähnte Kartellverfahrensverordnung VO 1/2003 und die sog.

---

<sup>9</sup> Vgl. hierzu von der Kommission die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EU Nr. C 101 vom 27.04.2004, S. 97, Ziffer 11, Fußnote 9.

<sup>10</sup> ABl. EG Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1.

Gruppenfreistellungsverordnungen ergänzt. Eine Übersicht des bestehenden Rechtsrahmens ist auf der Website der EU-Kommission/GD Wettbewerb erhältlich. ([http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_de.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_de.html)).

## 2. Art. 82 EG-Vertrag und Fusionskontrolle

Auch ein Konflikt mit dem in Art. 82 EG-Vertrag normierten Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist denkbar, wie unter III. 3. näher ausgeführt wird. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung spielt aber im Zusammenhang mit der Kooperation von Registranten im Rahmen von REACH nur eine untergeordnete Rolle. Die weiteren Erläuterungen konzentrieren sich daher auf Art. 81 EG-Vertrag.

Die Bildung eines Konsortiums oder einer anderen Kooperationsform unterliegt dagegen grundsätzlich nicht der europäischen oder deutschen Fusionskontrolle, da sie mangels struktureller Veränderungen im Markt keinen anmeldepflichtigen Zusammenschlusstatbestand darstellt.<sup>11</sup>

## 3. Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes

Die Folge eines Verstoßes gegen das Kartellverbot ist nach Art. 81 Abs. 2 EG-Vertrag die Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarungen oder Beschlüsse. Als weitere zivilrechtliche Sanktionen kommen Schadensersatzansprüche von Dritten gemäß § 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag in Betracht. Hinzu kommt die mögliche Verhängung von Bußgeldern durch die zuständige Kartellbehörde (Art. 23 VO 1/2003). Die Verfolgungstätigkeit der Kartellbehörden und die Höhe der verhängten Geldbußen haben in den letzten Jahren deutlich zugenommen.<sup>12</sup> Geldbußen sind nicht als Betriebsausgabe steuerlich absetzbar<sup>13</sup> und können nach deutschem Recht sowohl gegen ein Unternehmen als auch gegen die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen verhängt werden.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Die maßgeblichen Vorschriften sind Art. 1 VO 139/2004 und § 37 Abs. 1 GWB. Ob die Konsortienbildung möglicherweise nach anderen nationalen Kartellgesetzen anmeldepflichtig ist, muss geprüft werden, sofern ein Bezugspunkt zum Anwendungsbereich anderer nationaler Kartellgesetze besteht. Dies erscheint jedoch für die zur Zeit vorhersehbaren Fallkonstellationen ausgeschlossen.

<sup>12</sup> Die EU-Kommission hat in den vergangenen Jahren gegen Unternehmen verschiedener Branchen, auch der chemischen Industrie, Rekordgeldbußen im dreistelligen Millionenbereich verhängt. Siehe *Europäischen Kommission/Generaldirektion Wettbewerb*, Competition: Commission action against cartels – Questions and answers, MEMO/07/136 vom 18. April 2007, zu einer diesbezüglichen Zusammenfassung der Bußgeldpraxis, mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>13</sup> *Mäger*, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Kartellrecht*, Kap. 1, Rn. 134.

<sup>14</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., § 21 Rn. 16.

#### 4. Einzelfallprüfung

Die Prüfung von Art. 81 und 82 EG-Vertrag hat anhand der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Einzelfall zu erfolgen. So können die kartellrechtlichen Anforderungen an die Aufnahme von Wettbewerbern in ein Konsortium unterschiedlich sein, je nachdem ob ein Stoff von einer Vielzahl von Unternehmen hergestellt wird und daher die Gründung mehrerer Konsortien für denselben Stoff denkbar ist oder nur wenige Produzenten denselben Stoff anbieten.

Auch der Austausch von Verwendungsdaten für die gemeinsame Erstellung eines Stoffsicherheitsberichts beurteilt sich danach, ob es sich um standardisierte oder sonst allgemein bekannte Verwendungen handelt oder die Daten Nischenverwendungen betreffen, an deren Geheimhaltung ein hohes wettbewerbliches Interesse besteht.

Die Beurteilung im Einzelfall muss anhand der Entscheidungspraxis von Kommission und Gemeinschaftsgerichten und der einschlägigen sekundärrechtlichen Regeln erfolgen. Dabei ist auch zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Art. 81 und 82 EG-Vertrag deshalb ausgeschlossen werden kann, weil eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs bzw. des zwischenstaatlichen Handels nicht vorliegt. Hierzu hat die Kommission in der sog. *de-minimis*-Bekanntmachung<sup>15</sup> und in ihren Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des EG-Vertrags<sup>16</sup> Schwellen anhand von Marktanteilen oder Umsätzen festgelegt, bei deren Unterschreiten die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung bzw. der Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels i. d. R. zu verneinen ist.<sup>17</sup> In der Praxis werden die Marktanteile der Beteiligten sehr häufig die dargestellten Grenzen überschreiten, so dass die *de-minimis*-Bekanntmachung der Kommission in der Regel nicht weiterhelfen wird.

Die Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit<sup>18</sup> sowie die einschlägigen Gruppenfreistellungsverord-

---

<sup>15</sup> Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. EG 2001 Nr. C 368, S. 13.

<sup>16</sup> ABl. EU Nr. C 101 vom 27.04.2004, S. 81.

<sup>17</sup> Nach der *de-minimis*-Bekanntmachung liegt die Spürbarkeitsgrenze im Falle horizontaler Vereinbarungen bei einem gemeinsamen Marktanteil von 10 % der beteiligten Unternehmen auf den von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte und im Falle von vertikalen Vereinbarungen bei 15 % Marktanteil. Nach den Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels fehlt es an einer spürbaren Beeinträchtigung, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 % überschreitet und im Falle horizontaler Vereinbarungen der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Vereinbarung erfassten Waren weniger als 40 Mio. € Umsatz beträgt.

<sup>18</sup> ABl. EG Nr. C 3 vom 06.01.2001, S. 2.

nungen bieten weitere Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Beurteilung. So stellt die VO 823/2000 für Konsortienbildung von Seeschiffahrtsunternehmen<sup>19</sup> Konsortien, die durch die gemeinsame Wahrnehmung bestimmter kapitalintensiver Unternehmensfunktionen eine Kostensenkung bezwecken, ausdrücklich vom Kartellverbot des Art. 81 EG-Vertrag frei.<sup>20</sup> Die VO 1617/93 für den Luftverkehr<sup>21</sup> und VO 358/2003 für den Versicherungssektor<sup>22</sup> erlauben ferner den Austausch bestimmter wettbewerbsrelevanter Informationen. Auch die VO 2658/2000 für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>23</sup> und die VO 2659/2000 für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung<sup>24</sup> enthalten allgemeine Anhaltspunkte.

Sämtliche der aufgeführten Vorschriften können aber die mit der Datenteilung und der Zusammenarbeit von Registranten im Rahmen von REACH verbundenen kartellrechtlichen Probleme nicht generell und abschließend beantworten. Auch der Anhang *EC Competition Law* zu RIP 3.4 kann keine volle Rechtssicherheit vermitteln; er enthält aber zahlreiche praktische Handlungsempfehlungen, um das Risiko von Kartellrechtsverstößen zu vermindern.

### III. Kartellrechtliche Risiken und REACH

Die Zusammenarbeit zwischen registrierungspflichtigen Unternehmen unterliegt kartellrechtlichen Risiken.<sup>25</sup> Die Registrierungspflicht nach der REACH-VO, die einer Markteintrittsschwelle gleichkommt, führt zu erheblichen Kosten für die betroffenen Unternehmen.<sup>26</sup> Die Beteiligung an einem Konsortium zum Zwecke der gemeinsamen Registrierung verschafft daher für den Markteintritt wesentliche Rationalisierungs- bzw. Effizienzvorteile. Folglich kann auch die Teilnahme an einem Konsortium maßgeblich für die Entscheidung eines Un-

<sup>19</sup> Verordnung (EG) Nr. 823/2000 der Kommission vom 19.04.2000 zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien), ABl. EG Nr. L 100 vom 20.04.2000, S. 24.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu Pressemitteilung der Kommission IP/05/477 vom 25.04.2005.

<sup>21</sup> Verordnung (EWG) Nr. 11617/93 der Kommission vom 25.06.1993 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EWG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen betreffend die gemeinsame Planung und Koordinierung von Flugplänen, den gemeinsamen Vertrieb von Flugdiensten, Tarifkonsultationen im Personen- und Frachtlinienverkehr sowie die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen, ABl. EWG Nr. L 155 vom 26.6.1993, S. 18.

<sup>22</sup> Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. EG Nr. L 53 vom 28.02.2003, S. 8.

<sup>23</sup> Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EG Nr. L 304 vom 5.12.2000, S. 3.

<sup>24</sup> Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EG Nr. L 304 vom 05.12.2000, S. 7.

<sup>25</sup> Hierzu ausführlich *Scheidmann/Rosenfeld*, Forming Consortia for REACH Registration: Contractual and Competition Law Issues, JEEPL 2005, S. 173 - 183.

<sup>26</sup> Pressemitteilung der Kommission IP/05/495 vom 27.04.2005.

ternehmens sein, die Produktion eines bestimmten Stoffes fortzuführen oder aufzugeben. Dies mag vor allem für kleine und mittlere Unternehmen zutreffen, die über geringere Ressourcen verfügen als Großunternehmen. Die Verweigerung der Aufnahme in ein Konsortium kann daher zu – kartellrechtlich relevanten – erheblichen Wettbewerbsnachteilen bzw. zu Marktaustritten führen. Das Kartellrecht kann die Offenhaltung der vertraglichen Kooperation für andere Wettbewerber, die der Kooperation (noch) nicht angehören, erforderlich machen.

Die Gründung eines Konsortiums steht außerdem insoweit in einem kartellrechtlichen Spannungsfeld, als es die Zusammenarbeit von Wettbewerbern für einen längeren Zeitraum institutionalisiert. Ein Konsortium kann als Plattform für wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder den Austausch vertraulicher Informationen genutzt werden. Zugleich kann der Austausch vertraulicher Informationen aber für die gemeinsame Registrierung erforderlich sein (z. B. Verwendungsdaten für den Stoffsicherheitsbericht).

Aus diesem Grund ist auch die Teilnahme an einem SIEF, obgleich sie gesetzlich zwingend vorgesehen ist, nicht frei von kartellrechtlichen Problemen. Die für die Datenteilung notwendige Zusammenarbeit von Wettbewerbern darf unter keinen Umständen als Forum für wettbewerbsbeschränkende Absprachen genutzt werden. Die REACH-VO initiiert aber ausdrücklich ein derartiges Forum zum Datenaustausch und lässt kein *Opt-out* für die Teilnahme am SIEF zu (Art. 29 und 30). Auch wenn die im SIEF auszutauschenden Informationen nach dem Willen des Gesetzgebers nur der Vermeidung von Studien und der Kostenersparnis dienen sollen, sind diese Informationen wegen der dargestellten Funktion der Registrierung als Markteintrittsschwelle nicht ohne Marktrelevanz. Außerdem ist die Feststellung der Stoffidentität im Rahmen eines SIEF nicht frei von kartellrechtlichem Konfliktpotential. Sehr häufig wird diese Feststellung ohne eine Vertraulichkeitsvereinbarung (*Non-disclosure and Non-use Agreement*) unter den Beteiligten nicht zu treffen sein. Die Einigung auf einen bestimmten Reinheitsgrad und die Art der herstellungsbedingten Verunreinigung kann den wettbewerbsbeschränkenden Zweck oder die wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben, einen „unliebsamen“ Wettbewerber, der denselben Stoff mit einem verfahrensbedingt niedrigeren Reinheitsgrad herstellt, aus dem SIEF bzw. der vertraglichen Zusammenarbeit auszuschließen. Sollte auch keine Möglichkeit einer kostengünstigen Datenteilung in einem anderen SIEF gegeben sein, könnte der „Marktaustritt“ des Wettbewerbers für den konkreten Stoff die Folge sein.

Die intensiven Berührungspunkte mit dem Kartellrecht werden durch die Leitlinien für horizontale Vereinbarungen<sup>27</sup> besonders deutlich, in denen die Kommission typische Vereinba-

---

<sup>27</sup> ABl. EG Nr. C 3 vom 06.01.2001, S. 2, Ziffer 24.

rungen beschreibt, die in der Regel nicht von Art. 81 EG-Vertrag erfasst werden, weil eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens fehlt. Dabei handelt es sich um

- die Zusammenarbeit zwischen Nichtwettbewerbern,
- die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern, wenn die von der Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit nicht eigenständig durchführbar ist (Gedanke der Arbeitsgemeinschaft),
- die Zusammenarbeit bei Tätigkeiten, welche die relevanten Wettbewerbsparameter nicht beeinflusst,

es sei denn,

- ein Unternehmen mit erheblicher Marktmacht ist an der Zusammenarbeit beteiligt und
- die Zusammenarbeit kann zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führen.

Die letzten beiden Aspekte wird man für Konsortien aber nicht ohne Weiteres ausschließen können, da die erfolgreiche Durchführung eines Konsortiums in der Regel die Beteiligung einer *Lead Company* mit in der Regel nicht unerheblicher Marktmacht voraussetzt und, wie dargelegt, der Ausschluss anderer Unternehmen von einem Konsortium aufgrund der hohen Registrierungskosten zu Wettbewerbsnachteilen bzw. Marktaustritten führen kann. Auch der Gedanke der Arbeitsgemeinschaft kann nicht uneingeschränkt herangezogen werden, da die REACH-VO nur in Bezug auf bestimmte Daten von einer gemeinsamen Nutzung und Registrierung ausgeht.

Die im Zusammenhang mit den verschiedenen Kooperationsformen denkbaren kartellrechtlichen Probleme werden in den Erläuterungen zu den Vertragsmustern näher ausgeführt (Einführung in die Vertragsmuster Ziffer III. 1. d), 2. d), 3. d), 4. d), 5. d), 6. d)). Zur Vermeidung von Wiederholungen werden an dieser Stelle daher die Kernprobleme – Informationsaustausch und Organisation der Kooperation – zusammenfassend dargestellt.

## **1. Kartellverbot**

Unter das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag fallen insbesondere Absprachen über Preise, Kunden, den Absatz und die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen. Derartige Absprachen im Rahmen oder bei Gelegenheit des Konsortiums sind daher unzulässig (vgl. hierzu Einführung in die Vertragsmuster Ziffern III. 1. d), 2. d), 3. d), 5. d)). Entsprechende Vorkehrungen bzw. Aufklärungen für die Arbeit eines Konsortiums müssen getroffen werden (s. hierzu Verhaltenskodex der kartellrechtlichen *Dos and Don'ts*, Anlage zu den Vertrags-

mustern B bis G. Hierzu zählt auch eine sorgfältige Dokumentation der Arbeit eines Konsortiums, um belegen zu können, dass das Konsortium nicht als Forum bzw. Mittel für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen genutzt wird.<sup>28</sup>

## 2. Austausch von Informationen

Art. 81 EG-Vertrag verbietet darüber hinaus den Austausch vertraulicher wettbewerbsrelevanter Informationen. Hier ist eine Grenzziehung mit Blick auf die Vielzahl der anzumeldenden Substanzen und die für die Registrierung jeweils erforderlichen Informationen schwierig (vgl. hierzu Einführung in die Vertragsmuster III. 1. d), 2. d), 3. d), 5. d)). Aufschlussreich ist insofern Art. 25 Abs. 2 S. 2 REACH-VO, der aber nur die eindeutigen Fälle eines unzulässigen Informationsaustauschs auflistet (z. B. Produktionskapazitäten, Produktions- und Verkaufsvolumina, Einfuhrmengen und Marktanteile). Grundsätzlich dürfen keine Daten ausgetauscht werden, aus denen sich auf das Wettbewerbsverhalten eines einzelnen Unternehmens schließen lassen könnte. Hierzu zählen Kundenbeziehungen, Vertriebs- und Vermarktungsbedingungen, Marketingstrategien, Informationen über das Verhältnis zu Vorlieferanten und über die Beteiligung an Ausschreibungen. Nach den für den Informationsaustausch im Rahmen von Marktinformationssystemen geltenden Maßstäben des EG-Kartellrechts dürfen Daten nur unregelmäßig ausgetauscht werden und müssen möglichst alt sein, damit nicht auf künftiges Wettbewerbsverhalten geschlossen werden kann.<sup>29</sup> Sofern sich der Austausch auf rein technische und nicht marktrelevante Daten und Informationen über die inhärenten Eigenschaften von Stoffen beschränkt, ist nach Art. 25 Abs. 2 ein Konflikt mit dem Kartellrecht grundsätzlich ausgeschlossen, da anderenfalls die gesetzlich geforderte Zusammenarbeit nicht erfolgen könnte.

Problematisch für den Schutz des Geheimwettbewerbs ist aber der Austausch von Verwendungsdaten im Rahmen von Risikobewertungen, soweit es sich nicht um standardisierte Verwendungen handelt, die in öffentlich zugänglichen Dokumenten beschrieben sind (z. B. im Rahmen von HERA oder in öffentlich zugänglichen technischen Merkblättern oder Sicherheitsdatenblättern).

---

<sup>28</sup> Hierzu liegen auch nicht veröffentlichte Empfehlungen von SPORT (*Strategic Partnership on REACH Testing*) vor: *Competition Compliance and Consortia Guidance Document*, das von Cefic ausschließlich als Anleitung für die Testphase von SPORT erarbeitet wurde.

<sup>29</sup> EuGH Rs. C-7/95, *John Deere/Kommission*, Slg. 1998, I-3111; für die vergleichbaren Maßstäbe des deutschen Kartellrechts BGH WuW/E BGH 1337 – *Aluminium-Halbzeug*, WuW/E BGH 2313 – *Baumarkt-Statistik*; *Gehring*, in: Mäger (Hrsg.), *Europäisches Kartellrecht*, Kap. 2 Rn. 76 ff.

Um einen Konflikt mit Art. 81 EG-Vertrag zu vermeiden, kann ein Austausch von vertraulichen Informationen zwischen den Mitgliedern des Konsortiums dadurch vermieden werden, dass der Austausch über einen neutralen Dritten (Treuhand) erfolgt.

In Bezug auf die gesetzlich vorgesehene gemeinsame Einreichung von Kerndaten räumt Art. 11 Abs. 3 bzw. Art. 19 Abs. 2 einem Registranten ferner das Recht ein, Kerndaten separat einzureichen, wenn die gemeinsame Einreichung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzen könnte. Hierunter wird man auch den kartellrechtswidrigen Austausch von Geschäftsgeheimnissen subsumieren können.

Im Übrigen sollten für die gesamte Zusammenarbeit von Registranten die Vorgaben der REACH-VO strikt eingehalten werden, da grundsätzlich die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben keinen Gesetzesverstoß begründen und daher nicht zu einer Geldbuße führen kann. Dies umfasst u. a. eine klare Definition der Ziele und der Arbeitsweisen des Konsortiums.

### **3. Kooperationen und Zugangsbeschränkungen**

Ob ein von mehreren Unternehmen gegründetes Konsortium anderen Unternehmen offen stehen muss, hängt von den Verhältnissen im Einzelfall ab (vgl. hierzu Einführung in die Vertragsmuster III. 2. d)). Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass keine Pflicht zur Aufnahme anderer Unternehmen besteht.<sup>30</sup> Allerdings werden zum Teil Zugangsbeschränkungen von den Kartellbehörden als kritisch gesehen. Zugangsbeschränkungen sind umso problematischer, je größer die Marktmacht der beteiligten Unternehmen ist. So hat etwa das Bundeskartellamt die Genehmigung der Gründung der B2B-Plattform „Cosivint“ durch die Unternehmen DaimlerChrysler, Ford, General Motors und Renault/Nissan davon abhängig gemacht, dass der Zugang zur Plattform allen interessierten Herstellern und Zulieferern diskriminierungsfrei offen gehalten wird.<sup>31</sup> Die Entscheidungspraxis der Kommission in diesem Bereich ist vergleichbar.<sup>32</sup> Der sicherste Weg, eine mögliche Auseinandersetzung mit den Kartellbehörden zu vermeiden, ist daher in jedem Fall die diskriminierungsfreie Öffnung eines Konsortiums für alle interessierten Unternehmen. Eine dahin gehende Pflicht wird man aber wohl nur dann annehmen können, wenn der Kreis der an einer Mitwirkung in einem Konsortium Interessierten so klein ist, dass die Alternative eines weiteren Konsortiums nicht besteht und der Ausschluss von der gemeinsamen Registrierung zu unzumutbaren Wettbewerbsnachteilen führt. Ein Konsortium darf jedenfalls nicht dazu verwendet werden, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, indem sie vom Konsortium ausgeschlossen werden, was

<sup>30</sup> Für den insofern vergleichbaren Fall von Unternehmenskooperationen in Form von Internetmarktplätzen, *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 557.

<sup>31</sup> BKartA WuW/E DE-V 321 – *Cosivint*.

<sup>32</sup> Kommission, 04.08.2000, Fall Nr. COMP/M.1969, *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com*.

anzunehmen ist, wenn eine alleinige Registrierung aus Kostengründen nicht durchgeführt werden kann. Dies mag vor allem für kleine und mittlere Unternehmen in Betracht kommen.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob Zugangsbeschränkungen gegen die Missbrauchsschranke des Art. 82 EG-Vertrag verstoßen. Sofern eine marktbeherrschende Stellung der Initiatoren eines Konsortiums, z. B. der *Lead Company*, besteht, kann aus Art. 82 EG-Vertrag ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang erwachsen. Dies setzt voraus, dass ein Konsortium eine *Essential Facility* darstellt, was insofern denkbar ist, als die Registrierungspflicht nach REACH, deren gemeinsamer Durchführung ein Konsortium dient, eine Marktzutrittsschranke für den Vertrieb der anmeldepflichtigen Stoffe darstellt. Nach der *Oscar Bronner*-Entscheidung des EuGH liegt eine *Essential Facility* aber nur vor, wenn die begehrte Dienstleistung für den Wettbewerber unentbehrlich und nicht substituierbar ist.<sup>33</sup> Einen Zugangsanspruch aus Art. 82 EG-Vertrag wird man daher nur dann annehmen können, wenn nur eine Mitwirkung im Konsortium einen Marktaustritt verhindern könnte. Dies scheint aber nur in Ausnahmefällen vorstellbar. Hierfür spricht auch die gesetzliche Wertung der REACH-VO, wonach grundsätzlich jedes Unternehmen allein der Registrierungspflicht unterliegt.

Für ein SIEF stellen sich die oben aufgeworfenen Fragen dagegen nicht, da ohnehin eine Teilnahmeverpflichtung von Gesetzes wegen ohne *Opt-out*-Möglichkeiten besteht.

#### **4. Kostenverteilung**

Mit der Mitgliedschaft eng verbunden ist die Frage der Kostenverteilung innerhalb eines Konsortiums. Eine „Pro-Kopf“-Verteilung wäre aus kartellrechtlichen Gründen sicherlich die unproblematischste Lösung, entspricht unter Umständen aber nicht den finanziellen Interessen der Beteiligten. Ein Verteilungsschlüssel, z. B. nach Umsätzen, Produktionsvolumina oder Marktanteilen, dürfte zu einem Austausch vertraulicher Informationen führen und müsste daher über einen neutralen Dritten abgewickelt werden. Kartellrechtlich unbedenklich wäre dagegen ein Kostenschlüssel unter Berücksichtigung der Mengestufen der REACH-VO (Art. 12), da die Zugehörigkeit zu einer dieser Stufen nach Art. 28 Abs. 1 lit. c) ohnehin allen registrierpflichtigen Mitgliedern des SIEF offen gelegt werden muss.

---

<sup>33</sup> EuGH Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791.

## **IV. Handlungsempfehlungen**

### **1. Unternehmensinterne *Compliance*-Maßnahmen (kartellrechtliche Schulung)**

Kartellrechtliche Schulungen dienen der Vermeidung von Kartellrechtsverstößen durch Unternehmen und damit Bußgeldsanktionen. Sie finden bereits in vielen Unternehmen regelmäßig statt.

Auch im Zusammenhang mit REACH bieten sich derartige Schulungen der betroffenen Unternehmensmitarbeiter angesichts der dargestellten kartellrechtlichen Risiken an. Dieser Aufwand sollte sich für registrierungspflichtige Unternehmen auch deshalb lohnen, weil in der Regel eine größere Zahl von Registrierungen durchzuführen ist und sich die damit verbundene Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen über einen langen Zeitraum erstrecken kann. Wie ausgeführt, gibt es für die Zugehörigkeit zu einem SIEF nach den Art. 29 und 30 kein Recht zum *Opt-out*. Hinzu kommt, dass von REACH in vielen Unternehmen vor allem der Geschäftsbereich Produktsicherheit betroffen ist, dessen Mitarbeiter typischerweise wenig Kontakt „mit den Märkten“ haben und daher – anders als etwa die Mitarbeiter aus den Bereichen Vertrieb und Vermarktung – weniger im Umgang mit kartellrechtlichen Fragestellungen erfahren sind. Gerade für diese Mitarbeiter kann daher die Gefahr bestehen, dass aufgrund der Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtungen nach der REACH-VO ein vermeintlich kartellfreies und rechtskonformes Verhalten angenommen wird.

Die Durchführung von REACH-spezifischen kartellrechtlichen *Compliance*-Maßnahmen ist daher sehr empfehlenswert.

### **2. Beachtung der Vorgaben der REACH-VO**

Für die gesamte Zusammenarbeit von Registranten sollten die Vorgaben der REACH-VO strikt eingehalten werden, da grundsätzlich die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben keinen Gesetzesverstoß begründen und daher nicht zu einer Geldbuße führen kann.

Im Übrigen sollte der als Anlage zu den Vertragsmustern B bis G entwickelte Verhaltenskodex der kartellrechtlichen *Dos and Don'ts* und die Handlungsempfehlungen im Anhang *EC Competition Law* zu RIP 3.4 beachtet werden.

In Zweifelsfällen muss Rechtsrat eingeholt werden.

### 3. Informelle Kontaktaufnahme mit Kartellbehörde

Eine Anmeldung von Unternehmensvereinbarungen bei der Kommission mit dem Ziel einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist seit der Reform des Kartellverfahrensrechts durch die VO 1/2003, die am 01.05.2004 in Kraft getreten ist, nicht mehr möglich. Rechtssicherheit und Schutz vor Bußgeldern kann auf diese Weise daher nicht mehr erreicht werden. Die VO 1/2003 sieht eine Einzelfreistellung (Positiventscheidung) nur noch als Ausnahmefall aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft vor (Art. 10 VO 1/2003). Angesichts der Vielzahl von Einzelfällen ist wenig wahrscheinlich, dass die Kommission die Bildung konkreter Konsortien im Rahmen von REACH als einen derartigen Ausnahmefall ansieht. Hinzu kommt, dass die Entscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 nur deklaratorischer Natur ist.

Auch unter dem neuen System gibt die Kommission jedoch informelle *Guidance* in Fragen, die noch nicht durch die Entscheidungspraxis von Gerichten und Kommission geklärt sind und eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung für die beteiligten Unternehmen haben. Die Datenteilung und die Zusammenarbeit von Registranten nach REACH wird man sicherlich als „ungeklärten“ kartellrechtlichen Problemkreis ansehen können, der erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für eine ganze Branche hat. Auch die informelle *Guidance* ist aber nicht für eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Fällen konzipiert und wird daher von der Kommission voraussichtlich nur in individuellen Ausnahmefällen gewährt werden. Darüber hinaus bietet der Anhang *EC Competition Law* zu RIP 3.4, an dessen Ausarbeitung die Europäische Kommission/Generaldirektion Wettbewerb beteiligt war, eine allgemeine *Guidance* für kartellrechtliche Fragen, die praktische Handlungsempfehlungen enthält.

Denkbar ist auch eine informelle Kontaktaufnahme mit dem Bundeskartellamt oder ein Antrag auf Entscheidung des Bundeskartellamts nach § 32 c GWB, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, sofern das GWB Anwendung findet (§ 130 Abs. 2 GWB). Die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts erfolgt in paralleler Zuständigkeit durch die EU-Kommission und die nationalen Kartellbehörden. Auch das Bundeskartellamt ist daher für die Anwendung von Art. 81 und 82 EG-Vertrag zuständig, wie sich ausdrücklich aus § 22 GWB ergibt. Eine informelle Kontaktaufnahme bzw. ein Antrag auf Entscheidung des Bundeskartellamts nach § 32 c GWB kann daher Fragen des europäischen Kartellrechts betreffen (vgl. Wortlaut von § 32 c GWB).

Das Bundeskartellamt ist auch nach dem neuen System des Kartellverfahrens grundsätzlich zu informellen Kontakten bereit, um dem weiterhin bestehenden praktischen Bedürfnis der Unternehmen nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Hiervon wird man auch im Rahmen der Zusammenarbeit nach REACH Gebrauch machen können. Hierzu ist jedoch zunächst,

worauf das Bundeskartellamt in ständiger Praxis hinweist, eine Selbsteinschätzung der kartellrechtlichen Problematik durch die betroffenen Unternehmen erforderlich, auf deren Grundlage eine Abstimmung mit dem Bundeskartellamt erfolgen kann.

## **Verzeichnis der Mitglieder der Projektgruppe**

Dr. Alex Föller (Geschäftsführer TEGEWA) (Vorsitz)  
Hans-Hermann Nacke (Geschäftsführer VCI) (Vorsitz)  
Lothar Noll (Geschäftsführer 6<sup>th</sup> World Surfactants Congress GmbH)  
Claudia Aubel-Pump (VCI)  
Dr. Anja von Hahn (BASF)  
Dr. Dieter Fink (VCI)  
Dr. Jürgen Fluck (BASF)  
RA Frank Froeschle (Bayer)  
Dr. Claus-Dierk Hager (Sasol)  
Marc Alexander Rudnik (Clariant)  
Dr. Stefan Scholl (Cognis)  
Dr. Markus Schrader (Degussa)  
Dr. Michael Top (Kao)

### **Anwaltskanzlei REDEKER SELLNER DAHS & WIDMAIER:**

Rechtsanwalt Dr. Horst von Holleben  
Kurfürstendamm 218  
D-10719 Berlin  
Tel. +49 / 30 / 88 56 65-0  
Fax: +49 / 30 / 88 56 65-99  
E-Mail: holleben@redeker.de

Rechtsanwalt Hartmut Scheidmann  
Kurfürstendamm 218  
D-10719 Berlin  
Tel. +49 / 30 / 88 56 65-0  
Fax: +49 / 30 / 88 56 65-99  
E-Mail: scheidmann@redeker.de

Rechtsanwalt Dr. Andreas Rosenfeld  
Avenue de Cortenbergh 60  
B-1000 Brüssel  
Tel.: +32 / 2 / 73 80 92-0  
Fax: +32 / 2 / 73 80 92-9  
E-Mail: rosenfeld@redeker.de