
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung der Bedingungen und des Verfahrens für Auskunftersuchen der Kommission an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in Bezug auf den Binnenmarkt und damit verbundene Bereiche (Single Market Information Tool, SMIT, COM(2017) 257 v. 2.5.2017)

Wer wir sind:

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) ist die Spitzenorganisation der 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) in Deutschland und vertritt damit 3,6 Mio. Unternehmen aus Industrie, Handel und Dienstleistungen. Alle deutschen Unternehmen im Inland – ausgenommen Handwerksbetriebe, freie Berufe und landwirtschaftliche Betriebe – sind per Gesetz Mitglied einer IHK. Der DIHK koordiniert ferner das Netzwerk der 130 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 90 Ländern weltweit.

Summary

The DIHK is of the opinion that the necessity of a "Single Market Information Tool" must be examined in its entirety. At national and EU level, many data are collected by public and scientific bodies as well as by business associations. If the existing data are not sufficient for the specific aim, it is important first to improve the data collection and the processing of existing information before creating new burdens for companies. It is also not clear what advantages a compulsory disclosure of information could have compared to the strengthening of voluntary cooperation especially with business associations, which exists already and works very successfully. Voluntary participation of the undertakings in information requests by the Commission would in any case be a less restrictive measure.

The additional bureaucratic burden, risks and disadvantages clearly outweigh potential benefits of the proposal. In any case, the instrument could only be used as a last resort if the information cannot be provided in any other way. The scope should be limited by precise conditions, the comprised information should be substantially restricted. In general, it should be clarified in which cases a "simple request" and in which a "decision" will be taken. A tiered approach, in which, first, a simple request for information will be issued, could be more appropriate and less restrictive. Furthermore, it must be ensured that companies are not overstrained by new reporting

requirements. Small and medium-sized enterprises should not be subject to information requests. Personal data and business secrets must be adequately protected. Enterprises should have the right to reject requests concerning protected information. The sanctions should be deleted or, at least, the high level should be reduced, particularly because information requests could also be submitted to uninvolved third parties whose conduct is not directly related to an internal market disturbance.

Zusammenfassung

Der DIHK ist der Auffassung, dass das „Binnenmarkt-Informationsinstrument“ noch einmal grundsätzlich auf seine Notwendigkeit geprüft werden muss. Auf nationaler und EU-Ebene werden durch öffentliche und wissenschaftliche Stellen wie auch durch Verbände viele Daten erhoben. Wenn Daten im konkreten Anwendungsfall nicht hinreichend aussagekräftig sind, ist es zunächst wichtig, die Datenerhebung und -verarbeitung zu verbessern, bevor Unternehmen belastet werden. Es ist auch nicht erkennbar, welche Vorteile eine zwangsweise Herausgabe von Informationen gegenüber einem Ausbau der bereits sehr erfolgreichen freiwilligen Kooperation gerade mit Verbänden haben sollte. Eine freiwillige Teilnahme der Unternehmen an der Informationsabfrage durch die Kommission wäre jedenfalls ein weniger einschneidendes Mittel.

Insgesamt überwiegen die erheblichen zusätzlichen Bürokratielasten, Gefahren und Nachteile gegenüber potenziellen Vorteilen klar. Das Instrument könnte jedenfalls nur als ultima ratio eingesetzt werden, wenn binnenmarktrelevante Daten nicht auf andere Weise ermittelt werden können. Der Anwendungsbereich müsste durch präzise definierte Voraussetzungen begrenzt werden, ebenso die von dem Auskunftsanspruch umfassten Informationen. Generell sollte klarer geregelt werden, wann ein „einfaches Ersuchen“ und wann ein „Beschluss“ erfolgt. Ein gestuftes Verfahren, bei dem zunächst ein einfaches Auskunftersuchen ergeht, könnte geeignet sein, Abmilderung zu schaffen. Darüber hinaus müsste sichergestellt werden, dass Unternehmen durch neue Berichtspflichten nicht überfordert werden. Kleine und mittlere Unternehmen sollten ausgeklammert werden. Außerdem müssen persönliche Daten und Geschäftsgeheimnisse ausreichend geschützt werden. Unternehmen sollten Auskunftersuchen zu geschützten Informationen zurückweisen können. Die Sanktionen sollten in jedem Fall gestrichen oder zumindest das unangemessen hohe Maß reduziert werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass davon auszugehen ist, dass Auskunftersuchen regelmäßig auch an unbeteiligte Dritte gestellt werden könnten, deren Verhalten in keinem direkten Zusammenhang zu einer zu untersuchenden Binnenmarktstörung steht.

I. Vorbemerkungen zur Notwendigkeit des Instruments und Alternativen

Der DIHK bewertet die von der EU-Kommission angestrebte Stärkung des Binnenmarkts grundsätzlich positiv (siehe [Stellungnahme zur Binnenmarktstrategie](#) vom 18. April 2016). Dass zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit im Hinblick auf die Förderung der ungestörten Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes einschlägige qualitative und quantitativ hinreichende Daten über den Binnenmarkt erforderlich sind, ist nachvollziehbar. Dennoch ist der DIHK besorgt über die zusätzlichen Informationspflichten, die durch die Auskunftersuchen der Kommission auf Unternehmen zukommen können. Der DIHK bezweifelt zudem, dass sie zur Verwirklichung des Binnenmarkts notwendig sind.

Ziel des Instrumentes ist es nach Angaben der Kommission, die Anwendung der EU-Binnenmarktvorschriften durch die Mitgliedstaaten zu verbessern und dies seitens der Kommission effektiver überwachen und durchsetzen zu können (Erwägungsgrund 14, S. 3 der Begründung). Zu diesem Zweck soll die Datenlage verbessert werden, auch im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH (Erwägungsgrund 3). Außerdem sollen die Informationen auch für Durchsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten genutzt werden (Erwägungsgrund 14). Gleichzeitig sollen die Informationen aber nicht genutzt werden, um gegen die auskunftgebenden Unternehmen selbst vorzugehen (Erwägungsgrund 12). Damit sind die Erwägungsgründe in sich widersprüchlich, denn die Durchsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten würden ja die Unternehmen betreffen. Darüber hinaus sollen nach den Plänen der Kommission die Informationen in die Konzipierung regulatorischer Maßnahmen einfließen (Erwägungsgrund 14). Im Hinblick auf die abgefragten Informationen wie Kostenstruktur und Preispolitik könnte dies gar auf eine Preisregulierung hinauslaufen.

Letztlich bleibt damit unklar, zu welchen Zwecken genau die Kommission Informationen erheben und verwenden darf. Auch der Ausschuss für Regulierungskontrolle (RSB) hatte dies in seinen beiden Stellungnahmen kritisiert (vgl. Impact Assessment, SWD(2017) 216, S. 53, 55). Gemessen an der Eingriffsqualität der Auskunftersuchen legt die Kommission den Zweck und den Mehrwert ihres Vorschlags nicht ausreichend dar. Ist ein Zweck wie vorliegend nicht eindeutig erkennbar, kann ein eingesetztes Mittel von vornherein nicht mehr verhältnismäßig sein – das führt zur Rechtswidrigkeit der gesetzgeberischen Maßnahme. Legt man die Maßstäbe der Rechtsprechung zu Auskunftspflichten im Kartellrecht an die hier vorgeschlagenen Informationersuchen an, so ist kaum eine Konstellation denkbar, in denen ein Auskunftersuchen rechtlich zulässig wäre. Dies begründet die Vermutung, dass es sich bei dem Informationstool eher um sogenanntes „fishing-expedition-tool“ handelt, bei dem Defizite oder Rechtswidrigkeiten verdachtslos unterstellt werden.

Gleichzeitig stehen auf nationaler und EU-Ebene bereits in großem Umfang Daten zur Nutzung zur Verfügung. Auch bestehen zahlreiche Berichtspflichten für Unternehmen. Kapitalgesellschaften sind

ohnehin zur Berichterstattung, etwa zur Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses verpflichtet. Jahres- und Konzernabschluss werden in Deutschland über den Bundesanzeiger veröffentlicht. Größere kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften, Banken oder Versicherungen unterliegen zusätzlichen aufwändigen Berichtserfordernissen, z. B. zu CSR. Darüber hinaus stellen viele Unternehmen zahlreiche Informationen über ihre Geschäftsberichte, Nachhaltigkeitsberichte etc. zur Verfügung – häufig im Internet. Zudem bestehen aufgrund von Spezialgesetzen viele Informationspflichten. Durch statistische Stellen auf nationaler und europäischer Ebene, wissenschaftliche Stellen und Verbände werden ebenfalls viele Daten erhoben. Diese bestehende Infrastruktur und das dortige Fachwissen zur Erstellung und Auswertung von Fragebögen sowie zur Erhebung und Auswertung von Daten sind wertvoll, auch für die Durchsetzung des Binnenmarktrechts. Es ist daher vorrangig sicherzustellen, dass diese vorhandenen Daten besser genutzt werden.

Dies gilt auch für Daten, die nicht von der amtlichen Statistik erhoben werden, aber bei Finanzämtern, Arbeitsverwaltungen, Zollbehörden oder Renten- und Sozialversicherungsbehörden bereits vorliegen. Sofern nicht besondere Geheimhaltungsinteressen in Bezug auf sensible Informationen bestehen, die vor einer Weitergabe zu beachten wären, würde die Mehrfachverwendung von Daten die Unternehmen entlasten und die Akzeptanz der Statistikpflichten erhöhen. Der Grundsatz der einmaligen Erfassung („Once Only Principle“) ist grundlegend und wegweisend – auch aus Sicht der Kommission selbst (s. z. B. den EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020 v. 19.4.2016, COM(2016) 179, S. 3, und das „Once Only“ Principle Project, <http://toop.eu/>). Diese Synergieeffekte zu nutzen, ist dem Aufbau von parallelen Instrumenten zur Erhebung von Daten vorzuziehen. Es ist nicht akzeptabel, dass Daten erneut bei Unternehmen erhoben werden, statt bereits vorhandene Daten zusammenzustellen. Auch Art. 337 AEUV als Rechtsgrundlage der Richtlinie verlangt, dass die Informationen erforderlich sein müssen. Dass die Informationen zweckdienlich oder nützlich sind, reicht also gerade nicht aus; sie müssen vielmehr notwendig, d. h. unerlässlich sein. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn die Daten noch gar nicht erhoben wurden, selbst wenn sie in anderer Form – ggf. auch aggregiert – vorliegen.

Wenn der Kommission die bereits erhobenen und zur Verfügung stehenden Daten zu wenig ausführlich bzw. zu wenig aufgeschlüsselt erscheinen oder sie aus ihrer Sicht mit zu großer zeitlicher Verzögerung erstellt werden und sie ihr deshalb im konkreten Anwendungsfall nicht hinreichend aussagekräftig sind, muss sie dies daher sehr gut begründen. Eine bloße zeitliche Verzögerung durch die notwendige Abfrage von Informationen bei den Mitgliedstaaten und anderen Stellen ist nicht ausreichend, um Unternehmen zur erneuten Lieferung zu verpflichten. Es wäre rechtspolitisch äußerst zweifelhaft, ein Verschulden der Mitgliedstaaten durch unzureichende oder nicht fristgerechte Auskunftserteilung auf die Unternehmen abzuwälzen. Außerdem ist es effizienter und es entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Subsidiaritätsgrundsatz, den

Auskunftsanspruch gegen die Mitgliedstaaten durchzusetzen, statt die Informationen noch einmal neu bei den Unternehmen zu erheben. Vorrangig wäre überdies, die Organisation der Erhebung von Daten in den Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene zu überprüfen und ggf. zu reformieren sowie Eurostat zu verbessern, bevor weitere Instrumente geschaffen werden. Auch sollte – wie die Kommission selbst schreibt (s. S. 6) – die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission verbessert werden. Der Verordnungsvorschlag trägt dazu leider nichts bei.

Wichtig wäre überdies die Intensivierung des Dialogs mit Wirtschaftsverbänden, bei denen viele Daten und weiteres Erfahrungswissen vorhanden ist. Auch der DIHK hat die EU-Kommission in den letzten Jahren regelmäßig über Hürden im Binnenmarkt informiert (s. nur die Umfragen zum [Warenverkehr](#), zum [Dienstleistungsverkehr](#) und zu [Investitionshindernissen](#)). Branchenverbände tun dies ebenfalls. Die Kooperation hat sich als sehr fruchtbar erwiesen, zumal dies für die Unternehmen eine weniger belastende Alternative ist. Es ist nicht erkennbar, welche Vorteile eine zwangsweise Herausgabe von Informationen sowohl seitens der Unternehmen als auch seitens der Verbände gegenüber einem Ausbau dieser freiwilligen Kooperation haben sollte.

Die Einführung eines direkten Informationsinstruments zwischen der EU-Kommission und den Unternehmen könnte zudem die Gefahr einer Umgehung institutionalisierter und in nationalen Gesetzen benannter Interessenvertreter, wie etwa der IHKs, begründen. Dies ist v. a. deshalb problematisch, weil größere Unternehmen mit ausreichend Kapazitäten zur Bedienung von Informationsanfragen ihre Interessen besser vertreten können. Ihre Stimme könnte gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen zu stark gewichtet werden. Der Austausch mit repräsentativen Wirtschaftsverbänden würde hingegen Belastungen für die Unternehmen verringern und gleichzeitig zu einer höheren Repräsentativität der Informationen führen.

Schließlich steht auch die Frage im Raum, ob nicht ein Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 3 EUV vorliegt. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, das Unionsrecht umzusetzen und hierfür die notwendigen Daten zu erheben und sie ggf. der Kommission zur Verfügung zu stellen. Insofern stehen bereits in großem Umfang Daten zur Verfügung. Wenn die Informationen, die bei den Mitgliedstaaten vorhanden sind oder von diesen abgefragt werden können, ausreichen, sind gemäß dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EUV Auskunftsrechte der Kommission nicht erforderlich und daher unzulässig. Die Kommission greift mit ihrer direkten Informationsabfrage tief in dieses bestehende System ein, ohne dass dafür eine ausreichende Notwendigkeit dargelegt wird. Eine zusätzliche, eigenständige „Datenerfassungsstelle“ bei der Kommission ist jedoch nicht gerechtfertigt.

II. Anmerkungen im Einzelnen

Sollte sich der Gesetzgeber trotz des zweifelhaften Nutzens, des Vorhandenseins geeigneter Alternativen und der befürchteten nachteiligen Folgen für Unternehmen für die Einführung des Binnenmarkt-Informationsinstruments entscheiden, wären zumindest erhebliche Nachbesserungen gegenüber dem Kommissionsentwurf erforderlich, die im Folgenden ausführlich dargestellt werden. Im Übrigen weist der Verordnungsvorschlag viele handwerkliche Defizite auf, sodass er – über die hiesigen Anmerkungen hinaus – sprachlich, inhaltlich und bezogen auf formale Aspekte – vollständig überarbeitet werden müsste. Das betrifft z. B. die Frage, welche Aspekte in den Verordnungstext und welche in die Erwägungsgründe sollten und welche Gesichtspunkte allein in einer Gesetzesbegründung stehen sollten. Erwägungsgrund Nr. 12 enthält z. B. viele Aspekte einer Begründung und ist sehr umgangssprachlich formuliert. Das Thema Fristverlängerungen gehört z. B. in das Kapitel II. Eine vollständige Aufzählung dieser Mängel würde diese Stellungnahme sprengen.

1. Restriktivere Voraussetzungen: nur als ultima ratio

Durch sehr restriktive Voraussetzungen im Verordnungstext selbst müsste sichergestellt werden, dass die Auskunftsersuchen nur ausnahmsweise und als ultima ratio sowie allein zur Beseitigung schwerwiegender Binnenmarktstörungen genutzt werden.

Erstens dürfte das Instrument nur dann zur Anwendung kommen, wenn die EU-Kommission Grund zu der Annahme hat, dass ein ernsthaftes Problem im Bereich des Binnenmarkts vorliegt, zu dessen Lösung die abgefragten Informationen tatsächlich beitragen können. Die Kommission müsste in solch einem Fall darlegen, inwiefern die fehlenden Informationen dazu dienen können, eine Störung im Binnenmarkt aufzuklären und zu beseitigen.

Art. 4 des Entwurfs setzt hingegen lediglich voraus, dass das „Erreichen eines wichtigen politischen Ziels der Union durch eine erhebliche Schwierigkeit bei der Anwendung des Unionsrechts gefährdet zu werden droht“. Damit ist nicht einmal sichergestellt, dass überhaupt eine Störung des Binnenmarkts vorliegt, es genügt vielmehr jedes Unionsziel und jedes Unionsrecht, unabhängig von einem Bezug zum Binnenmarkt und unabhängig davon ob das Funktionieren des Binnenmarkts tatsächlich gestört ist. Die Eingriffsschwelle wird damit gegenüber den ursprünglichen Plänen noch einmal erheblich abgesenkt.

Zudem sind die Begriffe eines „wichtigen politischen Ziels“ sowie „erhebliche Schwierigkeiten“ sehr schwammig. Sie sind somit nicht geeignet, klar die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs zu bestimmen. Vielmehr führen sie für die Unternehmen zu großer Rechtsunsicherheit und verstoßen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt. Sie geben der

Kommission einen zu weiten Beurteilungsspielraum, der angesichts der Intensität des Eingriffs nicht angemessen ist, auch weil so die gerichtliche Überprüfbarkeit nicht garantiert ist. Eine exakte Definition der Voraussetzungen für die Nutzung der Auskunftersuchen auch im Gesetzestext selbst, nicht nur in Erwägungsgründen oder Begründung, ist dringend notwendig, um die Gefahr einer ausufernden Nutzung zu reduzieren. Auch eine allmähliche Ausweitung der Befragungen sollte unbedingt vermieden werden.

Zweitens ist bisher nicht sichergestellt, dass die Auskunftersuchen tatsächlich nur als ultima ratio zur Erlangung der Informationen genutzt werden. Informationen, die bei europäischen oder nationalen Behörden, Statistikämtern, wissenschaftlichen Stellen und Verbänden vorhanden sind oder und für den Zweck der Untersuchung ausreichen, dürfen nicht noch einmal über Auskunftersuchen der Kommission direkt von den Unternehmen eingefordert werden können. Auch der Ausschuss für Regulierungskontrolle hatte dies ausdrücklich in seinen beiden Stellungnahmen eingefordert (vgl. Impact Assessment, SWD(2017) 216, S. 53, 55). Art. 5 Abs. 1 bestimmt jedoch lediglich, dass die Informationen der Kommission „nicht in hinreichendem Umfang vorliegen“ oder die vorliegenden Informationen „ungeeignet“ seien oder sie „nicht rechtzeitig beschafft“ werden konnten, z. B. weil sie in öffentlich zugänglichen Quellen nicht enthalten sind oder von einem Mitgliedstaat nicht übermittelt wurden. Die Begriffe „hinreichend“ und „ungeeignet“ sind ebenfalls sehr unbestimmt. Sie könnten aus Sicht der Kommission schnell als gegeben angesehen werden, wenn z. B. die veröffentlichten Informationen nicht exakt den gleichen Zeiträumen oder Parametern entsprechen. Außerdem sollte zunächst der Auskunftsanspruch gegen den betreffenden Mitgliedstaat durchgesetzt werden, statt die Informationen noch einmal neu bei den Unternehmen zu erheben. Auch hier fordert der Bestimmtheitsgrundsatz eine präzisere Regelung.

Drittens darf das Instrument nur in extremen Ausnahmefällen genutzt werden. Um die Belastung der Wirtschaft so gering wie möglich zu halten, sollte die Notwendigkeit der Nutzung in jedem Einzelfall kritisch überprüft werden. Im gegenwärtigen Entwurf des Verordnungstexts wird jedoch nicht deutlich geregelt, dass die Anwendung allein in Ausnahmefällen erfolgen soll. Lediglich in Erwägungsgrund 20 wird erwähnt, dass es auf solche begrenzt sein soll. Auch damit geht der Entwurf noch einmal hinter die Ankündigung im Rahmen der Konsultation zurück, wonach Auskunftersuchen „nicht routinemäßig, sondern nur punktuell und nur in besonders wichtigen Fällen von grenzüberschreitenden Binnenmarktstörungen“ möglich sein sollten. Selbst wenn die Kommission derzeit lediglich fünf Fälle jährlich ansetzt, ist durch die Anforderungen in keiner Weise sichergestellt, dass es dabei bleibt. Dieses vorgebliche Verständnis als ultima ratio wird im Verordnungstext in keiner Weise umgesetzt.

2. Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs

Der sachliche Anwendungsbereich ist mit dem nun vorliegenden Kommissionsvorschlag ebenfalls erheblich gegenüber den ursprünglichen Ankündigungen ausgeweitet worden. Der Binnenmarkt würde ohnehin einen sehr weiten Geltungsbereich begründen. Darüber hinaus sind nun auch die Bereiche Landwirtschaft und Fischerei, Verkehr, Umwelt und Energie ausdrücklich erfasst (Art. 2). Zwar ist es sinnvoll festzuhalten, dass diese Bereiche ebenfalls umfasst sind, wenn dort Binnenmarktstörungen bestehen. In dem Verordnungsentwurf wurde jedoch nicht festgelegt, dass der erweiterte Geltungsbereich nur dann gilt, wenn gleichwohl auch ein Binnenmarktbezug vorliegt. Es muss ausdrücklich festgehalten werden, dass es um die Verbesserung der Verwirklichung des Binnenmarkts gehen muss. Anderenfalls wäre das Instrument endlos weit anwendbar und sachlich nicht eingrenzbar. Es käme einem allgemeinen Informationsanspruch der Kommission gleich. Die Kommission kann jedoch gemäß Art. 337 AEUV nur dann Auskünfte einholen, wenn dies der Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Diese Vorgabe der Aufgabenbezogenheit ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der angesichts der betroffenen Grundrechte hier besonders zu beachten ist.

3. Eingrenzung der Art der Informationen

Der Vorschlag grenzt im Gesetzestext selbst in keiner Weise ein, welche Arten von Informationen die Kommission verlangen kann. Lediglich in Erwägungsgrund Nr. 11 werden einige Beispiele genannt. Somit ist für Unternehmen in keiner Weise vorhersehbar, auf welche Arten von Informationen sich das Auskunftersuchen darüber hinaus erstrecken kann. Überdies reichen diese Beispiele sehr weit. Umfasst sein sollen u.a. „faktische Marktdaten“ zur Kostenstruktur, zur Preispolitik, zu Merkmalen von Waren oder Dienstleistungen oder zur geografischen Verteilung von Kunden und Lieferanten. Diese Daten sind für Unternehmen oftmals hoch sensibel; es kann sich dabei um Geschäftsgeheimnisse handeln. Auch hier ist daher ganz besonders der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten. Der Verordnungstext selbst muss sehr viel konkreter eingrenzen, welche Arten von Informationen abgefragt werden können.

Außerdem ist nicht unproblematisch, dass auch faktengestützte Analysen der Unternehmen bzw. Verbände unter den Auskunftsanspruch fallen sollen, z. B. in Bezug auf wahrgenommene regulatorische Beschränkungen und Marktzugangsschranken oder Kosten für grenzüberschreitende Transaktionen. Analysen enthalten auch subjektive Elemente und Wertungen. Es handelt sich also nicht um „bloßes Datenmaterial“. Bewertungen z. B. der bestehenden Umstände und der künftigen Entwicklungsmöglichkeiten fallen deshalb ebenso wie Ziele und Absichten der betroffenen Unternehmen (etwa zur zukünftigen Geschäftsentwicklung) nicht unter den Begriff der Auskünfte im Sinne des Art. 337 AEUV, die allein Angaben zu Tatsachen und tatsächlichen Verhältnissen

umfassen. Auch insofern muss im Verordnungstext sehr viel klarer definiert und eingegrenzt werden, welche Informationen in welcher Weise abgefragt werden können.

Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass die seitens der Kommission für das Auskunftersuchen (ggf. stichprobenartig) ausgewählte Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, auch tatsächlich repräsentativ sind. Auch dies muss im Verordnungstext festgehalten werden (vgl. die Erwähnung zumindest in Erwägungsgrund Nr. 12 der neuen Beihilferechtsverordnung 2015/1589/EU). Dabei ist gleichzeitig zweifelhaft, ob die Kommission faktisch zu einer repräsentativen Auswahl von Unternehmen überhaupt in der Lage ist. Die der Sache nach nachvollziehbare Eingrenzung „aller Wahrscheinlichkeit nach“ auf große Unternehmen (S. 10 der Begründung des Vorschlags, s. auch Erwägungsgrund 12) belegt, dass die Kommission insofern selbst Zweifel hegt. Eine fehlerhaft selektive Auswahl – die einer gerichtlichen Überprüfung gar nicht zugänglich ist – würde von vorneherein schwere Zweifel an der Verlässlichkeit der Ergebnisse begründen.

4. Unbürokratische Ausgestaltung

Wenn das Vorhaben nicht ganz gestrichen werden sollte, sind die Auskunftersuchen zumindest so unbürokratisch wie möglich auszugestalten. Bereits heute unterliegen Unternehmen in der Europäischen Union umfangreichen Informations- und Berichtspflichten. Auch die europäischen Verträge sehen etwa für die Erstellung von Statistiken in Art. 338 AEUV ausdrücklich vor, dass der Wirtschaft dadurch keine übermäßigen Belastungen entstehen dürfen. Dasselbe gilt aufgrund des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch für Auskunftersuchen, die auf der Basis von Art. 337 AEUV eingeführt werden. Die den Betroffenen auferlegten Kosten dürfen daher nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung stehen, die die Informationsgewinnung für die Union hat (vgl. auch EuGH, Rs. C-426/93, Slg. 1995, I-3723, Rn. 42 ff. – Deutschland/Rat – Unternehmensregister).

Die Einführung des Binnenmarkt-Informationsinstruments in seiner geplanten Form würde für die Unternehmen zu erheblichem zusätzlichem Aufwand und Kosten führen. Seitens der Kommission geschätzte Kosten von bis zu 2.000 Euro pro KMU sind nicht geringfügig und belasten die Unternehmen erheblich. Nach den Angaben im Entwurf werden die Kosten für große Unternehmen sogar auf das Vierfache, also 8.000 Euro geschätzt. Zudem ist fraglich, ob der angesetzte Wert für Rechtsbeistandskosten von 1.000 Euro für KMU realistisch ist; auch im Rahmen der Konsultation wurden insofern höhere Kosten erwartet (vgl. Impact Assessment, SWD(2017) 216, S. 59). Besonders in Fällen einer zu erstellenden Begründung für die Vertraulichkeit einzelner Informationsbestandteile dürften die Kosten höher liegen, da der (zeitliche) Aufwand groß ist. Von verpflichtenden Auskunftersuchen ist auch deshalb abzusehen.

Zudem werden Unternehmen mit dem Binnenmarkt-Informationsinstrument zur Lieferung von Informationen verpflichtet, ohne dass ihrerseits ein Fehlverhalten (in Bezug auf den Binnenmarkt) vorliegen muss. Die Unternehmen stellen also regelmäßig unbeteiligte Dritte dar. Anstelle eines verpflichtenden Instruments wäre schon deshalb zu prüfen, ob anstelle einer verpflichtenden Regelung eine gesetzliche Grundlage für eine für die Unternehmen freiwillige Informationsabfrage durch die Kommission geschaffen werden könnte.

Darüber hinaus sollte – über die Regelung in Art. 5 Abs. 3 hinaus – explizit deutlich werden, dass Unternehmen nicht verpflichtet sind, Daten z. B. innerhalb eines verzweigten Konzerns in einer aufwändigen Operation in einem Dokument zusammenzuführen. Es muss klargestellt werden, dass die Unternehmen die Informationen nicht in einer bestimmten Weise für die Kommission aufbereiten müssen, damit diese sie leichter nutzen und mit den Informationen anderer Unternehmen abgleichen kann, etwa was das Dateiformat oder die Struktur der Darstellung betrifft. Eine Vergleichbarkeit der ermittelten Daten herzustellen, ist Aufgabe der Kommission, die nicht an die Unternehmen abgewälzt werden darf. Art. 5 Abs. 3 wäre daher so zu formulieren, dass deutlich wird, dass die Unternehmen die Informationen in der Weise der Kommission zur Verfügung stellen können, wie sie bei ihnen vorliegen.

Bei an Unternehmensverbänden gerichteten Auskunftersuchen ist zudem besonders darauf zu achten, dass zu bestimmten Themen nur begrenzt Daten zur Verfügung stehen können. Soweit bislang keine Verbandsstatistiken oder Analysen durchgeführt wurden, können die Verbände auch nicht durch Auskunftersuchen dazu verpflichtet werden. Anderenfalls müssten sie diese Informationen wiederum bei Mitgliedsunternehmen abfragen, was sowohl für die Verbände als auch für die Unternehmen zu erheblichen Belastungen führen würde.

Außerdem dürfen die Anforderungen an die Eindeutigkeit, Vollständigkeit oder Exaktheit der Daten nicht zu hoch sein (Art. 6 Abs. 1). Sie müssen nur so eindeutig, vollständig und präzise sein, wie sie bei den Unternehmen vorliegen. Auch solche Informationen, die theoretisch erhoben werden könnten, tatsächlich aber z. B. mangels konkreter Relevanz für das Unternehmen nicht erhoben werden, dürfen nicht von der Auskunftspflicht umfasst sein. Die Vorschrift sollte entsprechend formuliert werden. Darüber hinaus ist die Anforderung der „Verhältnismäßigkeit“ in Art. 5 Abs. 3 S. 2 nicht präzise genug geregelt, da keine Abwägungskriterien festgelegt werden. Hier sollte bei der Prüfung, ob ein Auskunftersuchen verhältnismäßig ist, eine umfassende Interessenabwägung zwischen den Binnenmarktzielen auf der einen Seite und den Belastungen für die Unternehmen auf der anderen Seite stattfinden. Dabei sind die entstehenden Kosten für die betreffenden Unternehmen bereits vorab zu kalkulieren und bei der Abwägung zu berücksichtigen. Diese Prüfung darf nicht pauschaliert erfolgen, sondern muss die Umstände jedes einzelnen betroffenen Unternehmens berücksichtigen. Die Vorschrift wäre entsprechend zu ergänzen.

5. Klarere Abgrenzung von einfachen Auskunftersuchen und solchen per Beschluss

Generell sollte klarer geregelt werden, wann ein „einfaches Ersuchen“ und wann ein „Beschluss“ erfolgen kann. Dies ist eine grundlegende Richtungsentscheidung, da dadurch die Anforderungen und das Verfahren sowie die zulässigen Rechtsbehelfe bestimmt werden. Dabei müssen die Verfahrensrechte der Unternehmen ausreichend berücksichtigt und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Ein gestuftes Verfahren, bei dem zunächst ein einfaches Auskunftersuchen ergeht, könnte insofern geeigneter sein. Gerade für Fälle, in denen Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, würde dies eher die Möglichkeit bieten, ohne sofortige Sanktionsdrohung einen Mittelweg zu finden, der den Informationsinteressen der Kommission und den Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen gerecht wird. Dabei müsste dann deutlich gemacht werden, dass einfache Ersuchen noch keine Pflicht zur Lieferung von Informationen begründen. Außerdem müssen die Fristen für die Übermittlung der Informationen ausreichend lang bemessen sein und auf Antrag der Unternehmen verlängert werden – sowohl bei „einfachen Ersuchen“ nach Art. 6 Abs. 2 wie bei solchen, die gemäß Art. 6 Abs. 3 durch Beschluss ergehen.

6. Befreiung von KMU

Die Belastungen insbesondere für KMU sind gemäß dem europäischen KMU-Test (s. z. B. die Kommissionsmitteilung „Vorfahrt für KMU in Europa – Der „Small Business Act“ für Europa“ v. 25.6.2008, COM(2008) 394, S. 10) zu prüfen und so klein wie möglich zu halten. KMU sind daher möglichst vom Anwendungsbereich zusätzlicher Anforderungen auszunehmen. Dies gilt gerade für Informations- und Berichtspflichten, da selbst bei kleinen Unternehmen mit bis zu 50 Mitarbeitern in der Regel nur ein kleiner Verwaltungsbereich besteht, der solche Auskunftspflichten übernehmen müsste, und die Datenerhebung damit einen überproportionalen Aufwand verursachen würde.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 sind derzeit jedoch nur Kleinstunternehmen im Sinne der Richtlinie 2013/34 vom Anwendungsbereich ausgenommen. Dies betrifft Unternehmen mit maximal 350.000 Euro Bilanzsumme, 700.000 Euro Nettoumsatzerlösen und 10 Mitarbeitern. KMU sind hingegen nicht ausgeklammert. In der Begründung des Vorschlags wird ausgeführt, dass „in der Regel“ und „aller Wahrscheinlichkeit nach“ nur große Unternehmen von Auskunftersuchen betroffen sein dürften (S. 10). Diese Eingrenzung ist aber auch im Verordnungstext selbst vorzunehmen, indem die Grenzen für die Anwendbarkeit des Instruments höher als derzeit gezogen werden. Anderenfalls würde das von der EU-Kommission formulierte Ziel des Bürokratieabbaus gerade in Bezug auf KMU nicht erreicht. Dabei muss auch eine Ausnahme für kleine Gruppen geprüft werden.

7. Datenschutz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Bei der Ausgestaltung und Anwendung des Binnenmarkt-Informationsinstruments ist unbedingt sicherzustellen, dass die Anforderungen des Datenschutzes beachtet werden und dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in keinem Fall veröffentlicht werden. Dies ist insbesondere deshalb relevant, weil auch sensible Daten etwa zu Kostenstrukturen, zur Preispolitik und Arbeitsverträgen umfasst sind, die auch die Wettbewerbsposition eines Unternehmens betreffen. Zum Schutz dieser Daten ist die EU-Kommission bereits aus Art. 16 Abs. 1 bzw. Art. 339 AEUV verpflichtet; dies gilt „insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente“.

Besonders vertraulicher Behandlung bedürfen beispielsweise Informationen über wirtschaftliche Risiken und Potentiale, über die künftige Geschäftsentwicklung, geplante Unternehmensstrategien, Beziehungen zu anderen Unternehmen, Kunden und Lieferanten, über Finanzierungsfragen, unternehmerisches und technisches Know-how oder steuerliche Belastungen. Dies sind Informationen, die für (potentielle) Mitbewerber von großem Interesse sind und deren Veröffentlichung für den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer mit der Gefahr erheblicher finanzieller Einbußen verbunden wäre. Auch die Konsultationsergebnisse bestätigen dies: Über 80 % der teilnehmenden Unternehmen lehnen die Übermittlung von nicht bereits im Jahresabschluss veröffentlichten Informationen wie Kostenstrukturen, Preispolitik, Details der Verträge mit Geschäftspartnern und Geschäftsstrategien ab (Impact Assessment, SWD(2017) 216, S. 60).

Darüber hinaus können Privatpersonen berufliche Verschwiegenheitspflichten geltend machen, denen sie etwa als Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Ärzte unterliegen (s. z.B. EuGH, Rs. 155/78, Slg. 1980, I-1797, Rn. 16 ff – M/Kommission). Zudem ist – auch angesichts der EU-Datenschutzgesetzgebung – zu beachten, dass arbeitnehmerbezogene Daten nicht uneingeschränkt erhoben und weitergegeben werden dürfen. Genauso wenig können Verbände durch Auskunftersuchen zur Herausgabe nicht veröffentlichter Analysen und interner Einschätzungen verpflichtet werden.

Art. 7 sieht trotz dieser hohen Anforderungen einen nur sehr begrenzten Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor. Auch vertrauliche Informationen müssen der Kommission offenbart werden. Eine Fassung ohne die vertraulichen Informationen kann zwar für die weitere Verwendung hinzugefügt werden; jedoch muss das Unternehmen das Geheimhaltungsinteresse ausführlich begründen (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2). Es wird somit eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen vorgenommen. Außerdem erhöht sich der Aufwand für das Unternehmen durch die Erstellung einer zweiten Fassung, die veröffentlicht werden kann, erheblich, auch weil eine fundierte Begründung zu den Abschnitten mit sensiblen Daten abzugeben ist.

Zudem entscheidet letztlich die Kommission, ob sie die Informationen als vertraulich betrachtet oder nicht (Abs. 4). Sie kann die Informationen entgegen des Willens des Unternehmens einfordern, abspeichern, nutzen und sogar einem von einem Vertragsverletzungsverfahren betroffenen Mitgliedstaat gegenüber offenbaren (Art. 7 Abs. 3, Art. 8). Dies lässt die Interessen der Unternehmen an Geheimhaltung ihrer Geschäftsdaten gänzlich unberücksichtigt. Auch die im Rahmen der Konsultation geäußerten Sorgen und Bedenken der Unternehmen und Unternehmensverbände wurden seitens der Kommission nicht adäquat berücksichtigt. Den Unternehmen wird zugemutet – notfalls mithilfe gerichtlicher Verfahren – für die Vertraulichkeit ihrer Geschäftsgeheimnisse zu kämpfen. Dies ist umso problematischer als Rechtsschutz allein vor dem EuGH erlangt werden kann, sodass ein Vorgehen mit hohen Rechtsverfolgungskosten verbunden ist.

All dies steht nach Ansicht des DIHK nicht in Einklang und geradezu in Widerspruch zur EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen 2016/943/EU. Der europäische Gesetzgeber hat gerade durch Verabschiedung dieser Richtlinie die Wichtigkeit eines entsprechenden Schutzmechanismus für die Unternehmen im Binnenmarkt betont. Er sollte nicht selbst dazu beitragen, diesen Schutz zu torpedieren.

Stattdessen sollten die Unternehmen berechtigt sein, Auskunftersuchen zurückzuweisen, wenn sie Unternehmensgeheimnisse betreffen. Sie selbst können sehr viel besser voraussehen, welche Informationen ihre Geschäfte gefährden können, wenn sie an die Öffentlichkeit gelangen. Darüber hinaus sollten die zur Verfügung gestellten Informationen nicht in späteren Verfahren gegen die Unternehmen selbst verwendet werden. Die Auskunftspflicht darf nicht dazu führen, dass die Unternehmen sich selbst bezichtigen müssen. Daher sollten Auskunftersuchen unzulässig sein, mit denen die betroffenen Unternehmen zu einem eigenen direkten Eingeständnis eines von der Kommission zu beweisenden Fehlverhaltens gezwungen würden; alles andere wäre eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte (EuGH, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283, Rn. 34 f. – Orkem/Kommission; EuG, Rs. T-34/93, Slg. 1995, II-545, Rn. 74 – Société Générale). Eine Ausgestaltung des Auskunftsverweigerungsrechts in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wäre insofern sinnvoll (EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84, Rn. 41 ff. – Funke; Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91, Rn. 68 – Saunders).

Außerdem muss effektiver Rechtsschutz bestehen. Zu diesem Zweck müsste auch sichergestellt werden, dass Rechtsmittel gegen Auskunftersuchen per Beschluss zwingend aufschiebende Wirkung haben, gerade weil bei Nichteinhaltung der vorgegebenen Fristen empfindliche Sanktionen drohen. Es ist derzeit unklar, wie dies sichergestellt werden kann. Wenn dies nicht garantiert werden kann, dürfen Unternehmen nicht gesetzlich zur Herausgabe von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet werden.

Darüber hinaus sollten die Grenzen nationaler und europäischer Berichtspflichten auch bei der Ausgestaltung des Binnenmarkt-Informationsinstruments beachtet werden. Wenn staatliche Stellen auf Grund nationaler und/oder europäischer Gesetze daran gehindert sind, bestimmte Daten zu erheben oder zur Verfügung stehende Informationen an die Kommission weiterzugeben, darf die Schutzfunktion dieser Vorschriften nicht durch Auskunftersuchen direkt an die Unternehmen umgangen werden.

Schließlich muss sichergestellt werden, dass übermittelte Informationen bei der Kommission sicher aufbewahrt werden. Insbesondere müssen sie gegen Datenausspähung und Wirtschaftsspionage geschützt werden. Aber auch eine Preisgabe gegenüber Dritten auf Basis der der Transparenzverordnung 1049/2001/EG, aufgrund derer Bürger und Unternehmen ein Recht auf Zugang Kommissionsdokumenten haben können, muss ausgeschlossen werden. Im Fall einer Weitergabe an andere Stellen, Mitgliedstaaten, den EuGH oder Dritte sollte zuvor das Einverständnis des Unternehmens eingeholt wird, selbst wenn sie aggregiert weitergegeben werden. Gerade bei wenigen Marktteilnehmern lassen sich oft auch aus aggregierten Informationen Rückschlüsse zu Einzelunternehmen ziehen. Außerdem können sich Geschäftspartner oder Konkurrenten aus Drittstaaten auch aus aggregierten Informationen etwa zu den durchschnittlichen Kosten Vorteile z. B. im Rahmen von Vertragsverhandlungen verschaffen. Ein Urteil des EuGH vom Juli (EuGH, Urt. v. 18.7.2017, Rs. C-213/15 P – Kommission/Breyer) begründet insofern Zweifel, wie sichergestellt werden kann, dass aus der Transparenzverordnung keinesfalls ein Anspruch Dritter auf Herausgabe der Informationen folgen kann. Ohne dass dies sichergestellt ist, dürfen Unternehmen aber nicht gesetzlich zur Herausgabe von Geschäftsgeheimnissen an die Kommission verpflichtet werden.

8. Keine Sanktionen

Die Sanktionen, die die Verordnung für den Fall vorsieht, dass die Befragten aus Sicht der Kommission nicht ausreichend, unvollständig oder nicht zeitgerecht auf das Auskunftersuchen antworten, sind zu streichen. Die Geldbußen mit bis zu fünf Prozent des Tagesumsatzes bzw. ein Prozent des Jahresumsatzes sind viel hoch. Dies gilt umso mehr, weil es sich auch um unbeteiligte Unternehmen handelt, die mit der Binnenmarktstörung selbst gar nichts zu tun haben. Insbesondere bei einfachen Ersuchen, die unverbindlich sind, ist die Sanktionierung im Fall unrichtiger oder irreführender Informationen unverhältnismäßig, selbst wenn dies „nur“ bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhalten erfolgt. Zudem wird durch den Bezugspunkt des Umsatzes nicht berücksichtigt, dass die Gewinnmargen sich in verschiedenen Sektoren sehr unterscheiden. In Branchen mit geringen Margen würden die Bußgelder dadurch besonders stark ins Gewicht fallen. Diese Vorschrift sollte zumindest abgemildert, wenn nicht gestrichen werden.

Auch die Veröffentlichung von Beschlüssen über Geldbußen bzw. Zwangsgelder im Amtsblatt (Art. 15 Abs. 2) sollte gestrichen werden. Es macht den Anschein, als solle hier zusätzlich Druck erzeugt werden, um die Kooperation der Unternehmen zu erzwingen. Es ist nicht auszuschließen, dass eine derartige Veröffentlichung negative Auswirkungen auf den Ruf und die Geschäftstätigkeit des betroffenen Unternehmens haben könnte. Auch hier sollte die Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Schließlich hat das Unternehmen ggf. gar nichts mit der Binnenmarktstörung zu tun, sondern „nur“ eine – vermeintliche – Auskunftspflicht nicht erfüllt.

Ansprechpartnerinnen beim DIHK:

Patricia Sarah Stöbener de Mora, LL.M. (King's College London)

Bereich Recht

Leiterin des Referats Recht der Europäischen Union und Internationales Wirtschaftsrecht

Tel.: 0049-30-20308-2715

E-Mail: Stoebener.Patricia@dihk.de

Sophia Krietenbrink

Bereich Internationale Wirtschaftspolitik, Außenwirtschaftsrecht

Leiterin des Referats Konjunktur, Wachstum, Unternehmensbefragungen

Tel.: 0049-30-20308-1502

E-Mail: krietenbrink.sophia@dihk.de