

## Unterrichtung

durch die Bundesregierung

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008  
sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**

und

**Stellungnahme der Bundesregierung**

### Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2007/2008</b> .....	II
I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik .....	II
II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis .....	V
III. Europäische Wettbewerbspolitik .....	IX
IV. Internationale Wettbewerbspolitik .....	XII
V. Vergaberecht .....	XIII
<b>Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet</b> .....	7
Erster Abschnitt Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage .....	7
Zweiter Abschnitt Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen .....	65
Dritter Abschnitt Tätigkeitsbericht der Vergabekammern .....	159
Vierter Abschnitt Geschäftsübersicht .....	177

## Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2007/2008

### I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik

Die Finanzmarktkrise und der globale wirtschaftliche Abschwung stellen die Politik auch in Deutschland vor große Herausforderungen. Die Finanzmarktkrise hat sich auf die reale Wirtschaft in Deutschland insbesondere aufgrund des Nachfragerückgangs bei wichtigen Handelspartnern äußerst schnell negativ ausgewirkt. Der Rückgang des Welthandels hat Deutschland wegen seiner großen Exportorientierung stark getroffen. Darüber hinaus hat sich die Lage an den Finanzmärkten noch nicht vollständig entspannt. Banken vergeben Kredite restriktiver, die Anforderungen an Kreditnehmer bezüglich Bonität und Sicherheiten sind gestiegen. Trotz erster zaghafter Signale für eine Stabilisierung der Konjunktur bleibt die Wirtschaftslage in Deutschland angespannt.

Die Bundesregierung begegnet diesen Herausforderungen rasch und entschieden. Ihr primäres Ziel ist es, Vertrauen als Basis funktionierender Finanzmärkte kurzfristig wieder herzustellen und langfristig zu sichern. Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz wurde in nur einer Woche verabschiedet. Der eingerichtete Finanzmarktstabilisierungsfonds hat wesentlich zur Stabilisierung des deutschen Finanzmarktes beigetragen. Das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz hat dem Fonds eine flexiblere Handhabung der vorhandenen Stabilisierungsinstrumente ermöglicht. Mit einem möglichen Enteignungsverfahren wurde – als befristete ultima ratio – ein zusätzliches Instrument geschaffen. Der Geldkreislauf kommt langsam wieder in Gang. Auf internationaler und europäischer Ebene arbeitet die Bundesregierung mit ihren Partnern daran, das internationale Regelsystem für die Finanzmarktakteure mittel- und langfristig neu zu justieren. Es geht vor allem darum, in Zukunft die Entstehung systemischer Risiken zu vermeiden. Dazu gilt es, die Aufsicht über das Eigenkapital sowie Risiko- und Liquiditätsmanagement zu stärken, die Transparenz, die Bewertungsstandards und den Rating-Prozess zu verbessern sowie die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden und das grenzüberschreitende Krisenmanagement zu intensivieren.

Um einem Übergreifen der Finanzmarktkrise und der internationalen Konjunkturabschwächung auf die gesamte Wirtschaft so weit wie möglich entgegenzuwirken, hat die Bundesregierung die Konjunkturpakete I und II beschlossen. Mit beiden Konjunkturpaketen hat die Bundesregierung ein insgesamt 115 Milliarden Euro starkes Kredit- und Bürgschaftsprogramm aufgelegt, den „Wirtschaftsfonds Deutschland“.

Die staatlichen Hilfestellungen verfolgen allerdings nicht den Zweck, Unternehmen, die mit ihren Produkten auf den Märkten nicht bestehen können, dauerhaft künstlich

zu erhalten. Weder die Turbulenzen auf den Finanzmärkten noch die weltweite wirtschaftliche Rezession rechtfertigen eine Abkehr von der Sozialen Marktwirtschaft und von ihren wesentlichen Prinzipien. Unternehmerische Eigenverantwortung, Vertragsfreiheit und freier Wettbewerb haben weiterhin zentralen Stellenwert. Der Staat kann und wird die marktgestaltende Rolle von Freiheit und Wettbewerb nicht übernehmen. Staatseingriffe müssen die Ausnahme, freie Märkte die Regel bleiben.

Aus Sicht der Bundesregierung ist und bleibt es Kernaufgabe des Staates, die richtigen Regeln zu setzen, den Marktteilnehmern Grenzen aufzuzeigen und nur dort tätig zu werden, wo Märkte nachhaltig in ihrer Funktionsfähigkeit gestört sind. Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden sind in Krisenzeiten in besonderem Maße gefordert, bei der Anwendung und Durchsetzung des Kartell- und Regulierungsrechts die notwendige Flexibilität und das richtige Augenmaß zu zeigen. Einer Korrektur der wettbewerbspolitischen Grundpositionen bedarf es nicht.

Offenheit nach außen und internationaler Wettbewerb sind wichtige Elemente des Erfolges der Sozialen Marktwirtschaft. Die deutschen Unternehmen haben sich in den vergangenen Jahren erfolgreich umstrukturiert und sind im internationalen Wettbewerb hervorragend positioniert. Die Bundesregierung ist daher zuversichtlich, dass deutsche Unternehmen auch in einem schwieriger gewordenen weltwirtschaftlichen Umfeld ihre Chancen weltweit wahrnehmen können. Deutschland muss auch als Standort für ausländische Investoren offen und attraktiv bleiben. Die Finanz- und Wirtschaftskrise darf nicht als Deckmantel für selektive Industriepolitik und Protektionismus missbraucht werden. Die Bundesregierung setzt auch in Zukunft auf das Erfolgsrezept von Offenheit nach außen und internationalem Wettbewerb. Nur langfristig wettbewerbsfähige und innovative Unternehmen können dauerhaft Arbeitsplätze und Wohlstand in Deutschland sichern und schaffen.

#### 1. Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts

Das deutsche Wettbewerbsrecht ist im Berichtszeitraum durch zwei punktuelle Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) weiterentwickelt worden. Dies betraf mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels zwei für die Verbraucher wichtige Branchen und sorgte durch die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in die deutsche Fusionskontrolle durch das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz für eine Reduzierung der Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse.

### a. Preismisbrauchsnovelle

Ausgangspunkt der Gesetzesinitiative der Bundesregierung zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels war der immer noch unzureichende Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten. Auf Stromerzeugerseite besteht ein höchststrichterlich bestätigtes marktbeherrschendes Duopol. Endkunden haben insbesondere im Gasbereich nach wie vor nur unzureichende Auswahlmöglichkeiten. Die Preise auf den verschiedenen Energiemärkten waren insbesondere im Berichtszeitraum hoch und sind es vor allem auf dem Stromendkundenmarkt noch immer. Ständig kommen neue Preissteigerungen auf die Verbraucher, Industrie und Haushalte zu. Das Gesetz zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels war Teil eines Maßnahmenpaketes der Bundesregierung zur Verbesserung des Wettbewerbs auf den Strom- und Gasmärkten und ist am 22. Dezember 2007 in Kraft getreten (BGBl. I 2007, S. 2966). Der neu in das GWB eingefügte § 29 konkretisiert das geltende allgemeine Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Strom- und Gasanbieter. Die Vorschrift ist bis 2012 befristet. Bis zu diesem Zeitpunkt sollen die ebenfalls von der Bundesregierung initiierten strukturellen Maßnahmen für mehr Wettbewerb auf den Energiemärkten Wirkung zeigen. Der § 29 GWB vereinfacht für das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden die Verfolgung von überhöhten Preisen in den Strom- und Gasmärkten und erleichtert insbesondere den Vergleich der Strom- und Gaspreise zwischen strukturell vergleichbaren Unternehmen. Die Vorschrift stellt die Kontrolle der Angemessenheit der Kosten auf eine gesetzliche Grundlage und erlegt die Beweislast für die Rechtfertigung überhöhter Preise in gewissem Umfang den Unternehmen auf. In der Preismisbrauchsnovelle wurde zudem der Sofortvollzug von Entscheidungen der Kartellbehörden festgeschrieben.

Energiepolitisches Grundziel der Bundesregierung ist neben der Zuverlässigkeit und Umweltverträglichkeit auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung. Energie muss für den Verbraucher auch bezahlbar sein. Der Bundesregierung ist dabei bewusst, dass die Preishöhe nicht allein von den Energieunternehmen bestimmt wird. Staatliche Abgaben und Kosten zum Schutz der Umwelt sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Gestiegene Erzeugungs- und Beschaffungskosten können für die Preiserhöhungen ebenfalls ursächlich sein. Ferner brauchen die Unternehmen Mittel für Investitionen. Zahlreiche Energieversorger konnten allerdings bei einer zurückhaltenden Investitionstätigkeit enorme Gewinnsteigerungen verzeichnen. Die Energieversorger verfügen zum Teil über einen Preisgestaltungsspielraum, der noch nicht durch Wettbewerb kontrolliert wird. Hier wirkt der neue § 29 GWB vorübergehend flankierend. Die Regelung führt nicht zu einer flächendeckenden Preisregulierung oder einer generellen Gewinnkappung. Vielmehr wird in Extremfällen der Nachweis eines Missbrauchs erleichtert. Marktbeherrschende Energieversorger haben keinen Anlass zu Befürchtungen, wenn sie ihre Preishöhe rechtfertigen können. Investitionen setzen keine missbräuchlichen Gewinnmargen vo-

raus. Der Befürchtung vor einer Überflutung mit privaten Klagen wurde im parlamentarischen Verfahren Rechnung getragen. Die partielle Beweislastumkehr ist auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden. Ein Missbrauchsvorwurf setzt eine erhebliche Abweichung des Preises von Vergleichspreisen voraus.

Das Bundeskartellamt hat mit Hilfe des neuen § 29 GWB im Interesse der Verbraucher schon mehrere erfolgreiche Missbrauchsverfahren gegen Gasversorgungsunternehmen geführt (siehe dazu II. 4). Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt für Missbrauchsverfahren im Energiebereich eine spezielle Beschlussabteilung (B 10) eingerichtet hat, die seit dem 2. Januar 2008 u. a. für die Anwendung der neuen Vorschrift zuständig ist. Die Gründung der neuen Energie-Beschlussabteilung mit zunächst acht Vollzeitstellen wurde möglich, nachdem das Amt im Zuge der Preismisbrauchsnovelle zusätzliche Stellen erhalten hatte.

Die Preismisbrauchsnovelle hat ferner das grundsätzliche Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis eingeführt. Hierdurch wird der ruinöse Preiswettbewerb im Lebensmittelhandel begrenzt und kleinere und mittlere Lebensmittelhändler vor unbilligen Verdrängungspraktiken marktstarker Handelskonzerne wirksamer geschützt. Sachlich gerechtfertigte Verkäufe unter Einstandspreis bleiben im Einzelfall möglich. Die Bundesregierung begrüßt die konsequente Verfolgung von ungerechtfertigten Verkäufen unter Einstandspreis. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Verstoß eines Discounters gegen das Verbot des § 20 Absatz 4 GWB festgestellt. Nach dem Inkrafttreten der novellierten Vorschrift gingen beim Bundeskartellamt weitere Beschwerden gegen die Praxis einiger Handelsunternehmen ein. Die Bundesregierung nimmt zur Kenntnis, dass sich viele der erhobenen Vorwürfe durch die Ermittlungen des Bundeskartellamtes nicht erhärten ließen und geht davon aus, dass die noch anhängigen Beschwerden bald abgeschlossen werden.

### b. Zweite Inlandsumsatzschwelle

Die im internationalen Vergleich hohe Anzahl angemeldeter Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt war Auslöser einer weiteren durch die Bundesregierung initiierten Änderung des GWB. Seit dem 25. März 2009 sind die Fusionskontrollvorschriften nur dann anwendbar, wenn mindestens zwei der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen über Inlandsumsätze verfügen. Zusätzlich zu den bisher erforderlichen inländischen Umsätzen eines beteiligten Unternehmens von mehr als 25 Millionen Euro muss ein weiteres beteiligtes Unternehmen inländische Umsätze von mehr als 5 Millionen Euro erzielt haben. Als Folge der durch das sog. „Dritte Mittelstands-entlastungsgesetz“ („Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“, BGBl. I vom 24. März 2009, S. 550 ff., Bundesratsdrucksache 558/08 vom 8. August 2008) in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB eingeführten zweiten Inlandsumsatzschwelle wird die Anzahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse, insbesondere von Auslandszu-

sammenschlüssen, deutlich sinken. Die Bundesregierung hat durch diese Änderung der Aufgreifschwelle die Fusionskontrolle stärker auf für den deutschen Markt wirtschaftlich bedeutende Sachverhalte fokussiert und internationale Empfehlungen aufgegriffen (vgl. „ICN Recommended practices for merger notification procedures“, „OECD Recommendation on merger review“). Die Gesetzesänderung leistet somit – international gesehen – einen Beitrag zur Reduzierung von Mehrfachnotifizierungen. Sie bringt ferner unter dem Aspekt der Entbürokratisierung Entlastungen für die betroffenen Unternehmen und das Bundeskartellamt, da die Pflicht zur Anmeldung und Prüfung entfällt. Dem Zweck der Fusionskontrolle entsprechend kann das Bundeskartellamt seine Ressourcen verstärkt zur Prüfung der wettbewerblich problematischeren Fusionen einsetzen. Um sicher zu stellen, dass ein hinreichender Schutz vor Wettbewerbsbeschränkung durch Marktmacht gewährleistet bleibt, hat die Bundesregierung die zweite Inlandsschwelle in der moderaten Höhe von 5 Millionen Euro festgesetzt. Denn nach den bisherigen Erfahrungen werden bei dieser Umsatzhöhe fast ausschließlich wettbewerblich wenig problematische Fusionen aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen.

## **2. Liberalisierung/Regulierung in einzelnen Bereichen**

### **a. Telekommunikation**

Die u. a. durch die EU-Roamingverordnung (Verordnung Nummer 717/2007, ABl. EU Nummer L 171 vom 29. Juni 2007, S. 32) erneut erforderlich gewordene Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und des Gesetzes über die elektromagnetische Verträglichkeit von Betriebsmitteln“ steht kurz vor dem Abschluss. Seine Regelungen werden voraussichtlich im Sommer dieses Jahres in Kraft treten. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte der Bundesrat gefordert, im TKG eine Regelung aufzunehmen, die eine nachträgliche Regulierung von Entgelten nach § 38 TKG und die Verfolgung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 42 TKG ohne den Abschluss eines förmlichen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens ermöglicht. Aus Sicht der Bundesregierung ist ein solcher gesetzlicher Zwischenschritt für den Übergang des Telekommunikationssektors von der sektorspezifischen Regulierung ins allgemeine Wettbewerbsrecht nicht erforderlich. Eine Regelungslücke besteht insoweit nicht. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG nur auf Märkten stattfindet, die die Bundesnetzagentur zuvor in einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG als regulierungsbedürftig festgelegt hat. Die übrigen Märkte sollen der Missbrauchsaufsicht nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, d. h. §§ 19, 20 GWB, unterliegen. Wurde ein förmliches Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10 und 11 TKG nicht durchgeführt, kann zwar die Bundesnetzagentur nicht nach §§ 38 und 42 TKG eingreifen. Es ist in diesen Fällen aber ein Eingreifen des Bundeskartellamtes nach den Vorschriften des GWB möglich. Der

Bundesregierung sind keine Fälle bekannt, in denen es zu Lücken bei der Verfolgung missbräuchlicher Verhaltensweisen gekommen ist. Die Bundesregierung begrüßt, dass die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt vor dem Hintergrund der klar abgegrenzten Zuständigkeiten konstruktiv und intensiv kooperieren und damit eine wirkungsvolle Rechtsanwendungspraxis gewährleisten. Damit ist sichergestellt, dass es nicht zu einer Lücke bei der Verfolgung missbräuchlicher Verhaltensweisen kommt. Gesetzgeberische Maßnahmen sind daher aus Sicht der Bundesregierung derzeit nicht erforderlich. Mit Blick auf die deutliche Reduzierung der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung wird die Bundesregierung die Behandlung missbräuchlicher Verhaltensweisen aber weiter beobachten und im Rahmen der Umsetzung des derzeit in der Verhandlung befindlichen neuen Telekommunikations-Richtlinienpakets eine Evaluierung vornehmen und gegebenenfalls Änderungsoptionen prüfen.

### **b. Post**

Der entscheidende Schritt zur vollständigen Öffnung des Wettbewerbs im Postsektor in Deutschland ist durch das Auslaufen der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutschen Post AG zum 1. Januar 2008 erfolgt. Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes ist die Marktöffnung nach dem Wegfall der Exklusivlizenz durch den Mindestlohn im Bereich Briefdienstleistungen konterkariert worden. Die Bundesregierung stellt hierzu fest, dass sich im Zuge der schrittweisen Liberalisierung viele neue Auswirkungen, wie z. B. sinkende Preise oder ein verbessertes Dienstleistungsangebot, für private Verbraucher wie auch gewerbliche Kunden eröffnet haben. Im ersten Jahr der vollständigen Öffnung des Postmarktes konnte die bislang positive Entwicklung der wettbewerblichen Strukturen nicht in dem erhofften Maß fortgesetzt werden. Die Marktentwicklung des Gesamtpostmarktes wurde im zweiten Halbjahr 2008 durch Effekte gebremst, die außerhalb des originären Markt- und Regulierungsgeschehens liegen. Hier sind vor allem die Auswirkungen der rezessiven gesamtwirtschaftlichen Entwicklung zu nennen.

Zum Thema Mindestlohn im Briefsektor sieht die Bundesregierung angesichts des laufenden Revisionsverfahrens zur Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen derzeit von einer Stellungnahme ab.

Unter Berücksichtigung der marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Post AG versteht die Bundesregierung die Besorgnis des Bundeskartellamtes bezüglich des Wegfalls der ex-ante Genehmigung für Briefsendungen mit Einlieferungsmengen über 50 Stück durch die Bundesnetzagentur gemäß § 19 Satz 2 Postgesetz (PostG). Sie teilt die Ansicht des Bundeskartellamtes, dass in Bezug auf den Wegfall der ex-ante Genehmigung für Briefsendungen mit Einlieferungsmengen über 50 Stück durch die Bundesnetzagentur gemäß § 19 Satz 2 PostG der Verhinderung und Verfolgung von etwaigen Marktmachtmissbräuchen des Marktbeherrschers eine besondere Bedeutung zukommt. Im Rahmen der Anpassung des Postgesetzes an die vom Europäischen Parlament verabschiedete dritte Postdienste-

richtlinie wird die Bundesregierung prüfen, inwieweit die derzeitigen Instrumentarien ausreichend sind, um eine wirkungsvolle Preisaufsicht zum Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten.

### c. Schienenverkehr

Auf der Schiene konnten durch die Liberalisierung bereits beachtliche Wettbewerbsfortschritte erzielt werden, wenngleich noch nicht in allen Bereichen. Dies belegen die weiter angestiegenen Verkehrsleistungen der Wettbewerber der Deutschen Bahn AG und deren wachsender Anteil am deutschen Eisenbahnmarkt, insbesondere im Schienengüterverkehr. Eine ähnliche Entwicklung verzeichnet der Schienenpersonennahverkehr, wo die Wettbewerbsintensität wesentlich durch die Vergabepaxis der Aufgabenträger bestimmt wird. Die Bundesregierung erwartet weitere Fortschritte und wichtige Impulse für den Wettbewerb, u. a. im Schienenpersonenfernverkehr durch die für das Jahr 2010 beabsichtigte Öffnung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs.

Um mehr Verkehr auf die Schiene zu bringen, wird die Bundesregierung insbesondere auf eine effiziente Regulierung der Entgelte für die Infrastruktur, den diskriminierungsfreien Zugang zur Schieneninfrastruktur und die dazu notwendigen Befugnisse der Bundesnetzagentur achten. Den von der Bundesnetzagentur zur Einführung einer Anreizregulierung vorgelegten Bericht und die dort enthaltenen Vorschläge wird die Bundesregierung eingehend prüfen und sich zu gegebener Zeit äußern.

## II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis

Im Berichtszeitraum setzte sich die Entwicklung hin zu einer stärker ökonomisch orientierten Kartellrechtspraxis fort. Wie im vorangegangenen Zeitraum war die Bekämpfung der besonders schädlichen Hardcore-Kartelle ein Arbeitsschwerpunkt des Bundeskartellamtes. Die Bundesregierung befürwortet die konsequente Verfolgung und Ahndung dieser Delikte und sieht das Bundeskartellamt durch die im Oktober 2008 neu gegründete 12. Beschlussabteilung als zweite reine Kartellbeschlussabteilung für seine zukünftige Tätigkeit in diesem Bereich gut gerüstet. Die Missbrauchsaufsicht wurde durch die auf der Grundlage des § 29 GWB erfolgreich abgeschlossenen Verfahren gegen eine Reihe von Gasversorgungsunternehmen geprägt. Die Bundesregierung begrüßt die effektive Durchsetzung der neu geschaffenen Norm durch das Bundeskartellamt und den dadurch erzielten Nutzen für die betroffenen Verbraucher.

### 1. Ökonomisierung des Kartellrechts

Die Bundesregierung begrüßt, dass sich das Bundeskartellamt als übergreifendes Ziel gesetzt hat, die Fortschritte im Bereich wirtschaftswissenschaftlicher Konzepte und Methoden bei der Analyse des Wettbewerbs als dynamischen Prozess zu nutzen, ohne das vom Gesetzgeber angestrebte wettbewerbliche Schutzniveau abzusenken. Das Amt hat damit eine Anregung aus der Stellungnahme der Bundesregierung zum letzten Tätigkeitsbericht

aufgegriffen. In der Organisation des Bundeskartellamtes hat sich dieses durch das neu eingerichtete ökonomische Grundsatzreferat niedergeschlagen.

Die mit der Dynamik der Märkte für das Wettbewerbsrecht verbundenen Herausforderungen zeigen sich besonders im Medienbereich, worauf schon die Monopolkommission 2004 in ihrem 42. Sondergutachten zur „Pressefusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle“ hingewiesen hatte. Die Bundesregierung hat im Rahmen ihres Medien- und Kommunikationsberichts vom 17. Dezember 2008 ebenfalls die zunehmende Konvergenz der Medien und die rasant wachsende Bedeutung des Internets hervorgehoben. Dem Ansatz des Bundeskartellamtes, den dynamischen Entwicklungen im Verhältnis zwischen Internet und Printmedien bei Inhalten und Werbung im Rahmen der Fusionskontrolle mit besonderer Sorgfalt nachgehen zu wollen, ist deshalb uneingeschränkt zuzustimmen.

In der kartellrechtlichen Praxis zeigt sich dieses u. a. anhand der ausführlichen Auseinandersetzung mit Fragen des Wettbewerbs auf sog. zweiseitigen Märkten („two-sided markets“) bzw. Plattform-Märkten, die beispielsweise in dem Zusammenschlussfall im Bereich zweier Fachzeitschriften („Intermedia/Health & Beauty“) eine wesentliche Rolle spielte.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass bei stärkerer Berücksichtigung neuerer theoretischer Erkenntnisse und Strukturveränderungen bei der Einzelfallbewertung das Ziel des effektiven Wettbewerbsschutzes nicht aus den Augen verloren werden darf. Die Kartellrechtspraxis sollte nicht durch zu hohe Nachweisanforderungen, etwa im Bereich der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise, überfordert werden. Die Frage, ob die teilweise bestehende Erwartung, dass eine Ökonomisierung des Kartellrechts zu einer größeren Anzahl von Fusionsfreigaben führen muss, gerechtfertigt ist, lässt sich anhand der bisherigen Praxis nicht beantworten. Die Bundesregierung erachtet daher auch die vom Bundeskartellamt geforderte weitere Diskussion um das sinnvolle Maß quantitativer Methoden auf internationaler Ebene als sinnvoll. Insbesondere die ECN-Arbeitsgruppe „Competition Chief Economists“ hat dazu im Berichtszeitraum 2007/2008 viel beigetragen. Insgesamt gesehen lässt sich bisher keine Aussage darüber treffen, in welcher Weise die sachgerechte dynamisch orientierte Kartellrechtsanwendung in der Praxis zu veränderten Ergebnissen führen wird. Die Bundesregierung ermutigt das Bundeskartellamt ungeachtet dessen, an seinem eingeschlagenen Weg festzuhalten.

### 2. Kartellverbot

Die Bundesregierung unterstützt die Anstrengungen des Bundeskartellamtes bei der Bekämpfung von Preis- und Gebietsabsprachen, den so genannten Hardcore-Kartellen. Sie ist zuversichtlich, dass die im Berichtszeitraum erfolgte Gründung einer weiteren reinen Kartellbeschlussabteilung, die bislang schon sehr erfolgreiche Arbeit der 11. Beschlussabteilung und der Sonderkommission Kartellbekämpfung effektiv unterstützen wird. Die Bundesregierung geht davon aus, dass daneben insbeson-

dere die Bonusregelung (Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige), deren Erfolg sich an der Anzahl von Bonusanträgen dokumentieren lässt, dazu führt, dass in Zukunft noch mehr Kartelle aufgedeckt und angemessen bebußt werden können. Darin liegt auch eine Abschreckungswirkung.

Aus Sicht der Bundesregierung ist die seit einiger Zeit steigende Zahl privater Kartellrechtsklagen ein wichtiges Mittel zur Flankierung der behördlichen Kartellbekämpfung. Sie begrüßt diese Entwicklung ausdrücklich und sieht darin eine Bestätigung der mit der 7. GWB-Novelle neu eingeführten gesetzlichen Regelungen. Im Gegensatz zur Europäischen Kommission ist die Bundesregierung allerdings der Auffassung, dass die einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union selbst am besten in der Lage sind, ihre jeweiligen Rechtssysteme zu optimieren. Es bedarf dazu keiner gesetzlichen Vorgaben auf europäischer Ebene.

### 3. Fusionskontrolle

Die Anzahl der im Berichtszeitraum 2007/2008 angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist mit insgesamt 3 917 Zusammenschlüssen um 401 Fällen gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum erneut gestiegen. Die Zahl der Hauptprüfverfahren hat sich jedoch nicht wesentlich geändert. Auch die Zahl der Untersagungen ist konstant. Aufgrund der wirtschaftlich schwierigen Situation dürfte im Jahr 2009 mit einer geringeren Zahl von Zusammenschlussanmeldungen zu rechnen sein.

#### a. Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

Die Bundesregierung wird den Auftrag des Bundesrates vom 13. Februar 2009 entsprechend prüfen, ob im Hinblick auf Zusammenschlüsse, die in Folge von gemeindlichen Gebietsreformen stattfinden, Gesetzesänderungen erforderlich sind. Hintergrund ist die höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage, ob Vorgänge, die durch Landesrecht vorgezeichnet und damit hoheitlich veranlasst sind, wie Zusammenschlüsse von Krankenhäusern oder Sparkassen aufgrund von gemeindlichen Gebietsreformen, der Zusammenschlusskontrolle unterliegen oder ob ein Vorrang der Organisationshoheit der Länder vor der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle besteht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 17. September 2008) hatte die Untersagung der Übernahme einer privaten Lottogesellschaft durch ein Bundesland mit einer entsprechenden Begründung aufgehoben. Dieser Beschluss ist rechtskräftig, da das Bundeskartellamt im konkreten Fall von einer Rechtsbeschwerde abgesehen hatte. Das Bundeskartellamt hält aber an seiner mehrfach geäußerten Rechtsauffassung fest, dass auch Zusammenschlüsse, die aufgrund eines staatlichen Hoheitsaktes erfolgen, grundsätzlich der Fusionskontrolle unterfallen. Auch die Monopolkommission hat in ihrem XVII. Hauptgutachten diese Rechtsauffassung unterstützt. Bei der Überlegung über eine gesetzliche Bereichsausnahme für Zusammenschlüsse in Folge von Gebietsreformen ist zu bedenken, dass derartige Zusammenschlüsse

auf den betroffenen Märkten erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen bewirken können. Andererseits dürfte auch künftig nur eine geringe Zahl von Zusammenschlüssen betroffen sein.

#### b. Entflechtungsverfahren

Das Risiko einer dauerhaften zivilrechtlichen Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, die gegen das Verbot verstoßen, Zusammenschlüsse vor Freigabe zu vollziehen (§ 41 Absatz 1 Satz 2 GWB), hat sich für Unternehmen möglicherweise erhöht. Dies könnte die Folge der neuen vereinheitlichten Rechtspraxis des Bundeskartellamtes zur Behandlung erst nachträglich angemeldeter Zusammenschlüsse sein. Das Bundeskartellamt hat in einer Mitteilung bekannt gemacht, dass es vollzogene Zusammenschlüsse künftig ausschließlich im Entflechtungsverfahren nach § 41 GWB und nicht mehr, wie bisher teilweise geschehen, im Anmeldeverfahren prüfen wird. Ziel war eine Koordinierung der unterschiedlichen Amtspraxis nach Änderung des § 41 Absatz 3 GWB durch die 7. GWB-Novelle. Danach wird für eine Entflechtung keine bestandskräftige Untersagung mehr vorausgesetzt. Für die betroffenen Unternehmen stellt sich die Frage, ob die Einstellung des Entflechtungsverfahrens ebenso wie die frühere formlose „Freigabe“ eines vollzogenen Zusammenschlusses im Vorprüfverfahren die – durch die Rechtsprechung anerkannte – Heilung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit bewirkt. Das Bundeskartellamt geht zwar einerseits davon aus, dass dieser Effekt eintritt, es ist aber offen, ob die Gerichte dieser Sichtweise folgen. Aus Sicht der Bundesregierung sollte an dem Ziel der 7. GWB-Novelle, mit der Änderung des § 41 Absatz 3 GWB die Auflösung nicht angemeldeter vollzogener Zusammenschlüsse zu beschleunigen, festgehalten werden. Nach ihrer Auffassung ist auch eine angemessene Sanktionierung des Gebots der präventiven Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben bzw. von Verstößen gegen das Vollzugsverbot erforderlich. Andererseits erscheint eine zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge ohne Heilungsmöglichkeit, die eine Vielzahl von Fällen betreffen könnte, sehr weitgehend. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot auch durch die Verhängung eines Bußgeldes geahndet werden kann. Sollte sich in Zukunft eine starke Belastung der Unternehmen bestätigen, ist eine eventuelle gesetzliche Klarstellung zu prüfen.

#### c. Untersagung von Stadtwerkebeteiligungen

Die Bundesregierung begrüßt, dass der Bundesgerichtshof mit seinem Beschluss in Sachen E.ON/Eschwege klar und deutlich das Bundeskartellamt bei seinem Eintreten für wettbewerbliche Marktstrukturen in der Energieversorgung und damit für eine Wahrung der Interessen der Verbraucher unterstützt hat (Beschluss vom 11. November 2008 – KVR 60/07 – E.ON/Stadtwerke Eschwege). Der stetige Erwerb von Beteiligungen an Stadtwerken durch marktbeherrschende Energieerzeuger schottet die Märkte ab und droht, den Wettbewerb weiter auszuschal-

ten. Die höchstrichterliche Grundsatzentscheidung bestätigt nunmehr die seit einigen Jahren vom Bundeskartellamt verfolgte Untersagungslinie im Bereich der Stadtwerkebeteiligungen und verhindert vor allem im Stromsektor ein Fortschreiten der vertikalen Integration.

Aus Sicht der Bundesregierung ist auch positiv zu bewerten, dass das Bundeskartellamt seine Fusionskontrollpraxis in diesem Bereich durch erhöhte Anforderungen an Nebenbestimmungen für Freigaben beim Erwerb von Beteiligungen an Stadtwerken durch marktbeherrschende Vorlieferanten im Strom-, aber auch im Gasbereich verschärft hat.

#### **d. Ministererlaubnis-Verfahren Universitätsklinikum Greifswald/ Kreiskrankenhaus Wolgast**

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat am 17. April 2008 für das Zusammenschlussvorhaben zwischen dem Universitätsklinikum Greifswald und dem benachbarten Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH eine Ministererlaubnis erteilt. Zuvor hatte bereits die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom 26. März 2008 die Erteilung einer Ministererlaubnis befürwortet. Das Bundeskartellamt hatte die Übernahme des Kreiskrankenhauses in Wolgast durch das Universitätsklinikum Greifswald im Dezember 2006 untersagt, weil dadurch die marktbeherrschende Stellung des Universitätsklinikums Greifswald auf dem Markt für Krankenhausleistungen in der Region verstärkt würde. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 hatte das Universitätsklinikum Greifswald eine Ministererlaubnis nach § 42 GWB beantragt.

An die Erteilung einer Ministererlaubnis stellt § 42 GWB hohe Anforderungen. Im konkreten Einzelfall müssen die vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen oder durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt werden. Für die Realisierung der Gemeinwohlgründe darf es auch keine wettbewerblich weniger bedenklichen Alternativen geben. Diese Anforderungen waren hinsichtlich des Zusammenschlussvorhabens zwischen dem Universitätsklinikum Greifswald und dem benachbarten Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH erfüllt, so dass eine Ministererlaubnis erteilt wurde.

Von den seitens des Universitätsklinikums Greifswald vorgetragenen Gründen waren nach umfangreichen Ermittlungen und eingehender Prüfung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie als Gemeinwohlgründe nur der „langfristige Erhalt und die nachhaltige Profilierung von medizinischer Fakultät und angegliederter Universitätsklinikum der Universität Greifswald“ und der „Ausbau des Forschungsschwerpunktes der sog. ‚Community Medicine‘ der medizinischen Fakultät“ anzuerkennen. Diese Gemeinwohlgründe standen nach Feststellung des Bundeswirtschaftsministers in einem engen innerlichen Zusammenhang und bedingten sich gegenseitig. Die Wettbewerbsbeschränkung hatte im vorliegenden Fall – abweichend von der Einschätzung der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom 26. März 2008 – ein erhebliches Gewicht. Für die Beurteilung der

Wettbewerbsbeschränkung galten die Maßstäbe, die in den früheren Ministererlaubnis-Fällen Rhön-Klinikum/Bad Neustadt und Asklepios/Mariahilf zur Anwendung kamen. Der Markt für Krankenhausleistungen ist ein hoch regulierter Markt, auf dem Preis- und Mengenwettbewerb ebenso wie Markteintritte weitgehend ausgeschlossen sind. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass Qualitätswettbewerb als Restwettbewerb deshalb besonders schützenswert ist. Dies hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss in Sachen Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt (Beschluss vom 16. Januar 2008 – KVR 26/07) ausdrücklich bestätigt. In der Gesamtbetrachtung des Bundeswirtschaftsministers wogen die Gemeinwohlgründe allerdings die mit dem Zusammenschluss verbundene erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf.

Der Bundeswirtschaftsminister hat ferner klargestellt, dass die Entscheidung maßgeblich auf einer Wertung der Umstände des Einzelfalls und der Sondersituation des Universitätsklinikums beruhte. Die Entscheidung stellt deshalb weder ein allgemeines Präjudiz für Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Universitätskliniken noch für Übernahmen von Krankenhäusern durch andere Erwerber dar. Gegen die Ministererlaubnis hat ein Wettbewerber des Universitätsklinikums Greifswald Beschwerde eingelegt, über die noch nicht abschließend entschieden worden ist.

#### **e. Ministererlaubnisverfahren Asklepios Kliniken Hamburg GmbH/ Krankenhaus Mariahilf gGmbH**

Die Asklepios Kliniken Hamburg GmbH hat im September 2007 beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie für den vom Bundeskartellamt im Juni 2007 untersagten Zusammenschluss mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH einen Antrag auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB gestellt. Als Gemeinwohlgrund machte Asklepios ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung der Krankenhausplanung geltend. Die Realisierung der im Krankenhausplan vorgesehenen Zusammenführung der beiden Krankenhäuser an einem Standort und in einer Trägerschaft führe zu einer Verbesserung der Gesundheitsversorgung. Konkret bestünde die Verbesserung der Gesundheitsversorgung in der damit ermöglichten Einrichtung eines Perinatalzentrums Level I und eines regionalen Traumazentrums. Durch den Zusammenschluss würden darüber hinaus Kostenvorteile bzw. -einsparungen bei der Stadt Hamburg, bei Asklepios und bei den Krankenkassen realisiert.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat der Antragstellerin Anfang Dezember 2007 mitgeteilt, dass nach vorläufiger Einschätzung die gemäß § 42 GWB erforderlichen Voraussetzungen für eine Erlaubnis nicht vorliegen. Durch die Einrichtung eines Perinatalzentrums Level I und eines regionalen Traumazentrums würde keine Verbesserung der medizinischen Versorgung, die sich schon auf einem hohen Niveau befand, erreicht. Einsparungen bei Betriebskosten und bei öffentlichen Fördermitteln in relevanter Höhe seien nicht nachgewiesen. Die durch den Zusammenschluss bewirkte Wettbewerbs-

beschränkung sei dagegen erheblich. Gegen die Erteilung der Erlaubnis spreche außerdem, dass die HELIOS Kliniken GmbH bereits im Juli 2007 einen Kaufvertrag über den Erwerb des Krankenhauses Mariahilf abgeschlossen habe, dem keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Durch den Markteintritt von HELIOS würde zudem der Qualitäts- und Innovationswettbewerb stark belebt, und ein Abfall des bisherigen Versorgungsniveaus sei nicht zu erwarten.

Die Monopolkommission empfahl in ihrem Sondergutachten im Wesentlichen aus den gleichen Gründen die Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis. Asklepios hat seinen Antrag auf Ministererlaubnis daraufhin Ende Februar 2008 zurückgenommen. Die von Asklepios im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes beim Oberlandesgericht Düsseldorf vertretene Auffassung, dass die Krankenhausplanung Vorrang vor der kartellrechtlichen Fusionskontrolle habe, hat das Gericht unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss im Fall Rhön/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt vom 16. Januar 2008 unter anderem ausgeführt, dass die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und damit die Vorschriften zur Krankenhausplanung der Anwendbarkeit des GWB nicht entgegenstehen. Seine gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingereichte Nichtzulassungsbeschwerde hat Asklepios im Dezember 2008 zurückgenommen. Der Bundesgerichtshof hat die Kosten des Verfahrens Asklepios auferlegt.

#### 4. Missbrauchsaufsicht

Eine kostengünstige und nachhaltige Energieversorgung ist ein wesentliches Anliegen der Bundesregierung. Deshalb begrüßt sie die bisher erzielten Erfolge des Bundeskartellamtes, wettbewerbswidriges Verhalten im Energiesektor erfolgreich zu bekämpfen. Das Bundeskartellamt hatte Anfang Dezember 2008 die zu Beginn des Jahres u. a. auf der Grundlage des neuen § 29 GWB eingeleiteten Gaspreismissbrauchsverfahren weitgehend eingestellt, nachdem die Mehrzahl der Gasversorger freiwillige finanzielle Zusagen zugunsten der betroffenen Verbraucher abgegeben haben. Der Vorteil für die Gasverbraucher belief sich auf einen Gesamtbetrag in Höhe von 129 Millionen Euro. Die Bundesregierung erachtet eine finanzielle Entlastung der betroffenen Verbraucher bei den Energiepreisen gerade in der derzeit außergewöhnlich schwierigen wirtschaftlichen Situation für sehr wichtig. Die Missbrauchsverfahren zeigen deutliche Preisunterschiede, die einen Versorgerwechsel für die Verbraucher lohnend machen. Die Bundesregierung fordert die Verbraucher auf, verstärkt die Preise zu vergleichen und die Möglichkeiten des Lieferantenwechsels wahrzunehmen, wenn sie dadurch sparen können. Ein stärkerer Wettbewerbsdruck auf die Energieversorger kommt im Ergebnis den Verbrauchern zu Gute. Gleichzeitig fordert die Bundesregierung die Energieversorger nachdrücklich auf, ihre Preissenkungspotentiale angesichts gesunkener Einkaufspreise möglichst rasch an die Verbraucher weiterzugeben.

#### 5. Verfahrensrecht

Die steigende Anzahl von Bonusanträgen hat dazu geführt, dass mehr Hardcore-Kartelle aufgedeckt und behördlich sanktioniert werden konnten. Die vielen Entscheidungen nachfolgenden Rechtsmittelverfahren weisen allerdings auf Verbesserungspotential im derzeitigen Verfahrensrecht hin. Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamtes, die gerichtlich angefochten werden, sind häufig wirtschaftlich und rechtlich sehr komplex. Die Verfahren dauern häufig sehr lange, was die Sanktionswirkung der Geldbuße mindert. Durch die Einbindung des Bundeskartellamtes in das Europäische Netzwerk der Wettbewerbsbehörden und durch die bevorstehende Revision der Kartellverfahrensverordnung 1/2003 (s. u.) könnte sich zudem Anpassungsdruck auf das deutsche Verfahren ergeben.

Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie diese Entwicklung zum Anlass genommen hat, in enger Abstimmung mit dem Bundesministerium der Justiz eine Arbeitsgruppe „Kartellordnungswidrigkeiten“ ins Leben zu rufen. Ziel der Arbeitsgruppe, der Vertreter aller an Kartellordnungswidrigkeitenverfahren beteiligten Institutionen (Anwaltschaft, Generalstaatsanwaltschaft, Justiz, Kartellbehörden) sowie der Wissenschaft angehören, ist es, Kartellbußgeldverfahren schneller und effizienter zu machen. Hierzu sollen die Probleme im bestehenden Kartellbußgeldverfahren umfassend analysiert, mögliche Lösungsansätze ergebnisoffen diskutiert sowie deren praktische Umsetzbarkeit bewertet werden. Gegen Ende des Jahres 2009 will die Arbeitsgruppe eine Zwischenbilanz ziehen und über mögliche Folgeschritte entscheiden.

#### 6. Sektoruntersuchungen

##### a. Molkereisektor

Die Bundesregierung begrüßt den Beschluss des Bundeskartellamtes, im Molkereisektor eine umfassende Sektoruntersuchung nach § 32e GWB durchzuführen. Wegen beobachteter Unregelmäßigkeiten bei der Preisbildung für Molkereierzeugnisse hat das Amt Mitte des Jahres 2008 diese Untersuchung eingeleitet, die sich auf alle Marktstufen vom Milcherzeuger über die Molkereien bis zum Lebensmitteleinzelhandel erstreckt. Ziel dieser Sektoruntersuchung ist es, die Marktmechanismen in diesem Bereich besser zu verstehen und etwaige kartellrechtliche Probleme zu erkennen, zu bewerten und nötigenfalls zu verfolgen. Untersucht werden dabei auch die Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhalten der Marktteilnehmer, die von etablierten Marktinformationssystemen, langfristigen Lieferverträgen und langen Kündigungsfristen zwischen Milchviehhaltern und Molkereien ausgehen. Die Auswertung der umfangreichen Befragungen ist derzeit noch nicht abgeschlossen.

Die Problematik, die sich aus der starken Position des Lebensmitteleinzelhandels einerseits und der zum Teil schwierigen wirtschaftlichen Situation auf der Erzeugerseite andererseits ergibt, hat die Wettbewerbspolitik und das Kartellrecht seit Jahren immer wieder beschäftigt. Die sehr emotional geführten Diskussionen und Aktionen



insbesondere im Bereich der Milchwirtschaft sollen so auf eine sachliche Ebene zurückgeführt werden. Die Bundesregierung erwartet sich von den Ergebnissen der Sektoruntersuchung eine objektive Tatsachengrundlage für die künftige Diskussion mit allen Beteiligten.

## **b. Kraftstoffsektor**

Die Bundesregierung begrüßt ebenfalls die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes auf den Märkten für Benzin und Diesel, die das Amt Ende Mai 2008 eingeleitet hat. Ziel dieser Sektoruntersuchung ist es zu klären, ob die Kraftstoffmärkte in Deutschland ordnungsgemäß funktionieren. Erste Konsequenz aus der Sektoruntersuchung ist die Untersagung des Erwerbs des ostdeutschen Tankstellennetzes der OMV Deutschland GmbH durch die Total Deutschland GmbH. Hintergrund ist die Feststellung des Bundeskartellamtes, dass die hohe vertikale und horizontale Konzentration im Kraftstoffsektor ein bedeutendes Hindernis für mehr Wettbewerb ist. Die vom Bundeskartellamt identifizierten Oligopolmitglieder (Total, Shell, BP, ConocoPhillips und ExxonMobil) sind über alle Stufen der Mineralölwirtschaft integrierte Gesellschaften, die sich nicht nur im Einzelhandel, sondern auch auf den Beschaffungsmärkten und im Transportsektor betätigen. Aufgrund der oligopolistischen Marktstrukturen hält das Bundeskartellamt weitere Zusammenschlüsse/Erwerbe der Oligopolmitglieder für künftig nicht oder nur sehr eingegrenzt möglich.

Die nachteiligen wettbewerblichen Auswirkungen, die von vertikal integrierten Unternehmen ausgehen können, sind auch aus dem Strombereich bekannt. Die Bundesregierung erhofft sich von der Sektoruntersuchung eine Klärung der Verhältnisse auf den Kraftstoffmärkten. So haben gerade zahlreiche Verbraucherbeschwerden und Eingaben freier Tankstellenbetreiber Anlass zu der Sektoruntersuchung gegeben. Viele Verbraucher misstrauen grundsätzlich der Preisbildung bei Benzin und Diesel. Freie Tankstellenbetreiber werfen den Mineralölgesellschaften vor, sie mit Beschaffungspreisen über den Tankstellenabgabepreisen in so genannte Preis-Kosten-Schere zu nehmen. Über die Sektoruntersuchung beabsichtigt das Bundeskartellamt zunächst die generellen Marktbedingungen zu beleuchten und mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu identifizieren. Die Bundesregierung begrüßt die Ankündigung des Bundeskartellamtes, bei etwaigen Anhaltspunkten für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht die angemessenen Maßnahmen zu ergreifen.

## **III. Europäische Wettbewerbspolitik**

Nach einer Phase der Konsolidierung war die europäische Wettbewerbspolitik im Berichtszeitraum von vorbereiteten Aktivitäten der Europäischen Kommission zur Aktualisierung und Weiterentwicklung des Rechtsrahmens geprägt. Die Diskussion über die private Kartellrechtsdurchsetzung wurde durch die Veröffentlichung des Weißbuchs zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts weiter vorangetrieben. Die Anwendungspraxis zu Artikel 82 EG war erneut Gegenstand vielfältiger Debatten, die ihren Abschluss in der Be-

kanntmachung der Europäischen Kommission zu den Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 EG fanden. Zudem begannen die Vorbereitungen für die Revision bzw. Verlängerung maßgeblicher im Jahr 2010 auslaufender Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission für den Kfz-Sektor (VO Nummer 1400/2002), die Versicherungsbranche (VO Nummer 358/2003), Schifffahrtskonsortien (VO Nummer 823/2000), für vertikale Vereinbarungen (VO 2790/1999) sowie für Spezialisierungs- (VO Nummer 2658/2000) sowie Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen (VO Nummer 2659/2000). Außerdem stehen die Fusionskontrollverordnung (VO Nummer 139/2004) und die Kartellverfahrensverordnung (VO Nummer 1/2003) auf dem europäischen Prüfstand.

### **1. Artikel 81/82 EG**

#### **a. Weißbuch Schadenersatzklagen**

Die Bundesregierung begrüßt die Vorlage des Weißbuchs „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ durch die Europäische Kommission, in dem die materiellen und prozessualen Probleme privater Kartellrechtsklagen thematisiert werden. Sie unterstützt vollumfänglich das Ziel der Europäischen Kommission, Verstöße gegen das Kartellrecht so effektiv wie möglich zu bekämpfen. In Deutschland ergänzen zivilrechtliche Klagen, auch auf Schadensersatz, bereits heute die Arbeit der Kartellbehörden. Durch die 7. GWB-Novelle wurden die rechtlichen Voraussetzungen für Privatkläger deutlich verbessert. In anderen Mitgliedstaaten hat die von der Europäischen Kommission angestoßene Diskussion über die private Kartellrechtsdurchsetzung ebenfalls dazu geführt, dass bestehende legislative Defizite für Privatkläger verringert wurden. Die steigende Zahl privater Schadensersatzklagen ist ein Beleg hierfür.

Die Bundesregierung teilt ausdrücklich die in der gemeinsamen Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, des Bundesministeriums der Justiz, des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des Bundeskartellamtes zum Weißbuch vertretene Auffassung, dass es darüber hinausgehender legislativer Maßnahmen auf europäischer Ebene nicht bedarf. Für die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen sektoralen Sonderregelungen vermag die Bundesregierung keine überzeugenden Gründe zu erkennen. Sie befürchtet, dass die von der Europäischen Kommission angestrebte Harmonisierung im Bereich des Kartellrechts sich zu Lasten einer Sektoralisierung innerhalb des nationalen Delikts- und Zivilprozessrechts auswirken würde. Kollektive Rechtsschutzinstrumente, bei denen die Individualisierung der Kläger und deren namentliche Benennung nicht mehr vorausgesetzt wird, lehnt die Bundesregierung ab. Kritisch sieht sie auch den erleichterten Zugang zu Beweismitteln sowie den Verzicht auf das Verschuldenerfordernis bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Aus ihrer Sicht sollten zudem alle Regelungen unterbleiben, die Missbrauchspotential in sich bergen.

## b. Gruppenfreistellungsverordnungen

Die Bundesregierung begrüßt den laufenden Revisionsprozess der Europäischen Kommission zu verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen und beteiligt sich aktiv daran. Das von der Europäischen Kommission u. a. verfolgte Ziel, das bestehende Sekundärrecht zu vereinfachen, darf dabei nach Auffassung der Bundesregierung nicht zum Selbstzweck werden. Vielmehr sind zukünftige Regelungen an den wirtschaftlichen Verhältnissen und der jeweiligen Wettbewerbssituation zu messen.

Die Regelungen der zum 31. Mai 2010 auslaufenden Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Vertikal-GVO Nummer 2790/1999) haben sich im Wesentlichen bewährt und sollten daher grundsätzlich weiter bestehen. Bereiche, die nach Auffassung der Bundesregierung weiterer Diskussion bedürfen, sind die Regelungen über die Möglichkeiten der Preisbindung der zweiten Hand und die Frage, wie sich die Veränderungen, die das Internet in den vergangenen Jahren mit sich gebracht hat, sich zukünftig in der Vertikal-GVO widerspiegeln sollen. Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass es zu einem vernünftigen Ausgleich der widerstreitenden berechtigten Interessen der verschiedenen Marktteilnehmer kommt.

Die bis zum 31. Mai 2010 geltende Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung (Kfz-GVO Nummer 1400/2002) regelt, unter welchen Voraussetzungen vertikale Vereinbarungen zwischen den Herstellern, Händlern und Werkstätten über den Kauf oder Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen, von Ersatzteilen sowie die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen oberhalb bestimmter Marktanteils Grenzen mit dem Kartellverbot des Artikel 81 Absatz 3 EG vereinbar sind. In ihrem Ende Mai 2008 veröffentlichten Evaluierungsbericht hat sich die Europäische Kommission kritisch zur Wirkungsweise der Kfz-GVO geäußert. Zwar habe sich der Wettbewerb im Automobilssektor verstärkt, indem der Wettbewerb zwischen den Marken zugenommen habe, ohne den Wettbewerb innerhalb der Marken zu schwächen. Diese Entwicklung sei jedoch nicht auf die Kfz-GVO, sondern andere Umstände zurückzuführen. Zudem hemme die Gruppenfreistellungsverordnung aufgrund ihrer Überregulierung den freien Wettbewerb. Manche Vorschriften der Kfz-GVO seien bereits von anderen Vorschriften erfasst worden. Die Europäische Kommission sprach sich für allgemeine und flexible Regelungen z. B. durch die Anwendung der allgemeinen Vertikal-GVO aus. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie steht seit Anfang 2008 zu dieser Thematik in einem engen Dialog mit alle betroffenen Interessengruppen.

In einer ersten vorläufigen Stellungnahme vom 27. August 2008 zum Bericht der Europäischen Kommission haben das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und das Bundeskartellamt das Ziel der Europäischen Kommission unterstützt, im Sinne einer besseren Rechtsdurchsetzung Regelungen zu hinterfragen, um sie zu vereinfachen und auf das Wesentliche zu beschränken. Gleichzeitig wurde auf eine Reihe von Problemen (z. B.

zum Mehrmarkenvertrieb, Zugang zu Ersatzteilen und technischen Informationen) verwiesen, die ein ersatzloses Auslaufen der Kfz-GVO in Frage stellen. Alternativen wären die Verlängerung der Kfz-GVO, ggf. auch in verschlankter Form. Die Bundesregierung erwartet, dass die für Juli 2009 avisierte Entscheidung der Europäischen Kommission über die Zukunft der Kfz-GVO eine der derzeitigen Wettbewerbssituation angepasste Lösung für diese spezifischen Märkte bringt. Im Interesse des Verbrauchers darf der im Bereich des Verkaufs von Neuwagen, der Wartung und Reparatur sowie im Teilegeschäft europaweit erreichte Wettbewerb nicht geschwächt werden.

Die deutschen Dienststellen (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und Bundeskartellamt) haben in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 21. November 2008 zu der am 25. April 2010 auslaufenden Gruppenfreistellungsverordnung für Seeschiffahrtskonsortien (VO Nummer 823/2000) die von der Europäischen Kommission beabsichtigte Verlängerung der GVO unterstützt. Hinsichtlich der vorgeschlagenen Anpassung an geänderte Marktbedingungen und den geänderten Rechtsrahmen wurde darauf hingewiesen, die Schifffahrtsunternehmen nicht übermäßig zu belasten und den Wettbewerb zu stärken. Entsprechend der bisher erfolgten Gespräche zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten geht die Bundesregierung davon aus, dass im dritten Quartal 2009 eine GVO veröffentlicht wird, die die Interessen der verschiedenen Marktteilnehmer (Reedereien, Verloader) zu einem ausgewogenen Ausgleich bringt.

Die Bundesregierung begrüßt den am 24. März 2009 veröffentlichten vorläufigen Bericht der Europäischen Kommission im Bereich der bis zum 31. März 2010 gültigen Versicherungs-Gruppenfreistellungsverordnung (Versicherungs-GVO Nummer 358/2003). Danach sollen Vereinbarungen über die gemeinsame Berechnung vergangener Risikokosten und gemeinsame Studien sowie Vereinbarungen über Versicherungsgemeinschaften weiterhin durch eine Gruppenfreistellungsverordnung abgedeckt werden. Dagegen seien u. a. wegen hinreichender Rechtssicherheit durch anderweitige EU-Leitlinien keine sektorspezifischen Regelungen mehr für Vereinbarungen zu unverbindlichen Mustern allgemeiner Versicherungsbedingungen sowie Vereinbarungen über Tests und die Zulassung von Sicherheitsvorkehrungen erforderlich. Die Europäische Kommission hat allerdings auch für diese Bereiche umfangreiche Anleitungen zur Rechtsanwendung angekündigt. Die Bundesregierung teilt im Wesentlichen und im Ergebnis die vorläufige Einschätzung der Europäischen Kommission. Nach nochmaliger Anhörung aller Interessengruppen am 2. Juni 2009 wird die Europäische Kommission abschließend über die (teilweise) Verlängerung oder das Auslaufen entscheiden.

## c. Prioritätenpapier Artikel 82 EG

Anfang Dezember 2008 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zur Erläuterung ihrer Prioritäten bei der

Anwendung von Artikel 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen veröffentlicht („Prioritätenpapier“). In dem Papier stellt die Europäische Kommission klar, dass sie vorrangig diejenigen Fälle verfolgen wird, in denen abzusehen ist, dass das missbräuchliche Verhalten eines Marktbeherrschers den Verbrauchern schaden wird. Dem Prioritätenpapier vorausgegangen waren ein Diskussionspapier der Europäischen Kommission von Dezember 2005 und eine diesbezügliche öffentliche Anhörung im Juni 2006, an der sich Bundeswirtschaftsministerium und das Bundeskartellamt mit einer gemeinsamen Stellungnahme beteiligt hatten.

Die Bundesregierung begrüßt, dass die Europäische Kommission mit dem Prioritätenpapier den Rechtsanwendern und betroffenen Unternehmen einige wichtige Anregungen für die konkrete Fallbearbeitung gibt. Anders als etwaige Leitlinien zur Anwendung von Artikel 82 EG enthält das Prioritätenpapier allerdings keine verbindlichen Ausführungen und entfaltet somit keine Bindungswirkung zu den Zielen oder zur rechtlichen Auslegung von Artikel 82 EG. Die Bundesregierung nimmt zur Kenntnis, dass die Europäische Kommission mit ihrem Prioritätenpapier zahlreichen gegenüber dem Diskussionspapier vorgebrachten Bedenken Rechnung getragen hat. In vielen praktischen Fragen besteht nunmehr ein weitgehender Konsens zwischen der Bundesregierung und der Europäischen Kommission. Gemeinsam mit der Europäischen Kommission sieht die Bundesregierung die Förderung des Wohls der Verbraucher als einen wichtigen beabsichtigten Effekt des Wettbewerbschutzes an. Gleichzeitig hält die Europäische Kommission an der unmittelbaren Zielrichtung des Schutzes effektiven Wettbewerbs ausdrücklich fest. Die Förderung des Verbraucherwohls ist insbesondere nur eines der mittelbaren Ziele des Wettbewerbschutzes.

Die Bundesregierung warnt jedoch davor, die Nachweisanforderungen an einen Missbrauch unverhältnismäßig zu erhöhen. Für die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens kommt es insbesondere nicht auf den Nachweis eines unmittelbaren Verbraucherschadens an. Auch die Marktanteilsschwelle, unterhalb derer das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung vermutet wird, sieht die Bundesregierung eher bei 25 % als bei 40 %, wie die Kommission.

## 2. Fusionskontrollverordnung

Die europäische Fusionskontrollverordnung Nummer 139/2004, die die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung durch die Europäische Kommission regelt, wird derzeit ebenfalls von der Europäischen Kommission einer Revision unterzogen. Bis zum 1. Juli 2009 hat sie dem Rat einen Bericht über das Funktionieren der Aufgreifschwelle und des 2004 eingeführten neuen Systems von Verweisungen an die nationalen Wettbewerbsbehörden oder umgekehrt auf Antrag der beteiligten Unternehmen zu erstatten. Der Berichtsentwurf, den sie am 23. April an die Mitgliedstaaten übermittelt hat, enthält keine konkreten Änderungsvorschläge. Die Europäische Kommission

kommt darin auf der Grundlage der Stellungnahmen aus der vorangegangenen Konsultation zu dem Ergebnis, dass das Verweisungsregime und die Schwellenwerte im Großen und Ganzen gut funktionieren. Die Bundesregierung begrüßt dieses vorläufige Berichtsergebnis. Es deckt sich mit der Auffassung, die das Bundeskartellamt abgestimmt mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als Antwort auf den Fragebogen der Europäischen Kommission übermittelt hat. Die von der Europäischen Kommission in ihrem Entwurf angesprochenen möglichen Verbesserungsvorschläge in Bereichen, die nicht vom Berichtsauftrag umfasst sind, werden zu gegebener Zeit eingehender zu prüfen sein.

## 3. Kartellverfahrensverordnung

Am 30. April 2009 hat die Europäische Kommission nach vorangegangener Konsultation, an der sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gemeinsam mit dem Bundeskartellamt beteiligt hat, ihren Bericht über das Funktionieren der Kartellverfahrensverordnung Nummer 1/2003 vorgelegt. Die Bundesregierung begrüßt die Vorlage des Berichts.

Die Bundesregierung teilt die Einschätzung der Europäischen Kommission, dass die Verordnung zu einer kohärenteren Anwendung und strikteren Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts geführt und das Prinzip der Legalausnahme den bürokratischen Aufwand verringert hat. Die Bundesregierung spricht sich dafür aus, in Zukunft sicherzustellen, dass bei der Diskussion europäischer Legislativdossiers auch die für Wettbewerbspolitik zuständigen nationalen Ministerien von Anfang in die Beratungen des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden unmittelbar (durch Teilnahme) eingebunden sind. Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen erscheint es aus Sicht der Bundesregierung sinnvoll, hierfür auch eine gesetzliche Grundlage in der Verordnung selbst zu schaffen. Einer möglichen weitergehenden Harmonisierung nationaler Verfahrensregeln und der Vorschriften über einseitige Wettbewerbsbeschränkungen steht die Bundesregierung skeptisch gegenüber. Eine Angleichung der Verfahrensvorschriften sollte nur dort nicht ausgeschlossen werden, wo sie sinnvoll und unabdingbar ist. Sie ist zu vermeiden, wenn sie eine Sektoralisierung und damit Zersplitterung der nationalen Verfahrensrechte zur Folge hat. Aus Sicht der Bundesregierung sollten Mitgliedsstaaten auch weiterhin die Möglichkeit behalten, im Bereich einseitiger Wettbewerbsbeschränkungen abweichende Regelungen treffen zu können. Dies ist insbesondere für die im GWB enthaltene Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer Marktmacht (§ 20 Absatz 2 bis 4 GWB) von Bedeutung. Die Bundesregierung spricht sich ferner dafür aus, die Transparenz im Hinblick auf die Aktivitäten der verschiedenen Arbeitsgremien des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden zu verbessern. Sie regt an, dass die Europäische Kommission von den Möglichkeiten des Artikel 10 der Verordnung Nummer 1/2003 Gebrauch macht und für Fälle, deren Beurteilung durch die bisherige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis noch nicht geklärt ist, Maßstäbe setzt. Dies wäre nach Auffassung der Bundesregierung beispielsweise bei

der zentralen Vermarktung von Medienrechten der Fußballvereine sinnvoll. Das „Weißbuch Sport“ der Europäischen Kommission enthält zwar eine umfassende Bestandsaufnahme der Rechtsprechung und Entscheidungspraxis zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sport. Eine Entscheidung der Europäischen Kommission nach Artikel 10 könnte so für alle Marktseiten Rechtssicherheit darüber schaffen, unter welchen Voraussetzungen Vereinbarungen zur Zentralvermarktung freistellungsfähig nach Artikel 81 Absatz 3 EG sein können.

#### 4. Sektoruntersuchung Pharma

Die Bundesregierung begrüßt den am 28. November 2008 veröffentlichten Zwischenbericht der Europäischen Kommission über die Untersuchung des Pharmasektors auf der Grundlage von Artikel 17 der Kartellverfahrensverordnung Nummer 1/2003. Die Europäische Kommission benennt in ihrem Bericht Indizien für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen durch forschende Pharmaunternehmen. Nach den vorläufigen Ergebnissen des Zwischenberichts nutzen diese bestimmte Praktiken, wie defensive Patentstrategien und eine Vielzahl von Patentverletzungstreitigkeiten, welche nicht nur einen verzögerten Markteintritt von generischen Arzneimitteln, sondern auch die Blockade der Entwicklung neuer Arzneimittel von Wettbewerbern zur Folge haben könnten.

Die Bundesregierung unterstützt die grundsätzliche Zielsetzung der Untersuchung durch mehr Wettbewerb im Pharmasektor Innovationssteigerungen dort und Kosteneinsparungen im Gesundheitswesen zu erreichen. Der Zwischenbericht hat zudem wertvolle Hinweise für die Diskussion über geeignete Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Effizienzsteigerung im europäischen Patentsystem geliefert.

Insoweit stellt die Untersuchung des Pharmasektors ein weiteres Beispiel dafür dar, dass sektorspezifische Untersuchungen mittlerweile auf europäischer wie auf nationaler Ebene einen ebenso grundlegenden wie effektiven Beitrag hin zu einer faktenbasierten Wettbewerbspolitik leisten. Sie dienen nicht nur der Aufdeckung von Beweismitteln, sondern schaffen vor allem auch ein verbessertes Verständnis für die untersuchten Sektoren.

Aus Sicht der Bundesregierung sollte das Instrumentarium des Wettbewerbsrechts nicht primär dazu eingesetzt werden, um Reformen in anderen Rechtsgebieten, wie hier möglicherweise des europäischen Patentrechts, voranzutreiben. Im Fokus des Wettbewerbsrechts sollten mögliche Wettbewerbsverstöße marktbeherrschender Unternehmen und/oder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen bei der Nutzung von Schutzrechten stehen. Ihre Definition und ihr Schutz ist vorrangige Aufgabe des Immaterialgüterrechts.

Die Bundesregierung beurteilt die von der Europäischen Kommission in verschiedenen Bereichen propagierte Marktüberwachung eher skeptisch. Eine fortdauernde flächendeckende Überwachung von Märkten außerhalb der regulierten Netzindustrien ist vor allem auch aus ordnungspolitischer Sicht abzulehnen. Wenn bestimmte Um-

stände vermuten lassen, dass der Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftszweig eingeschränkt oder verfälscht ist, haben die Wettbewerbsbehörden bereits das Instrument der Sektoruntersuchung (Artikel 17 VO Nummer 1/2003 bzw. § 32e GWB), um zu untersuchen, ob spezifische Probleme in einzelnen Bereichen bestehen. Eine darüber hinausgehende Marktaufsicht ist nicht erforderlich und liefe Gefahr, bereits erlangte Kenntnisse der Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden zu duplizieren und die Unternehmen mit zusätzlichen Bürokratiekosten zu belasten.

#### IV. Internationale Wettbewerbspolitik

Die Finanz- und Wirtschaftskrise hat in den vergangenen Monaten nachdrücklich vor Augen geführt, wie vernetzt und internationalisiert die heutigen Weltmärkte sind. In dieser Situation machen auch Wettbewerbsbeschränkungen immer seltener an Grenzen Halt und erstrecken sich häufiger auch auf europäische oder internationale Märkte. Die Bundesregierung begrüßt die umfangreiche internationale Kooperation des Bundeskartellamtes und dessen vertiefte, vielfältige Aktivitäten im Berichtszeitraum in den entsprechenden Foren des International Competition Network (ICN), der OECD, der UNCTAD und im Rahmen bilateraler Beziehungen. In der heutigen Zeit gewährleistet nur die Kooperation und Koordination nationaler Kartellbehörden eine effektive behördliche Rechtsdurchsetzung. Sie trägt zudem erfolgreich zu einer weltweiten Harmonisierung des Kartellrechts „von unten“ bei.

Die Bundesregierung begrüßt, dass sich auch die OECD und ihr Wettbewerbsausschuss intensiv in der Diskussion um mögliche Wege aus der Finanz- und Wirtschaftskrise und die unterstützende Rolle der Wettbewerbspolitik engagieren. Mit der OECD ist die Bundesregierung der Auffassung, dass die Finanz- und Wirtschaftskrise nicht der Deckmantel von selektiver Industriepolitik und von Protektionismus sein darf. Es muss vielmehr sichergestellt sein, dass die Problemlösung von heute nicht den Keim der Probleme von morgen in sich trägt. Staatliche Rettungsmaßnahmen sollten frühestmöglich wieder beendet und der Ausstieg aus Rettungsszenarien rechtzeitig überlegt werden. Nur wenn wettbewerbspolitische Gesichtspunkte bei den Entscheidungen über staatliche Stützungsmaßnahmen Berücksichtigung finden, können auf längere Sicht negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsstruktur verhindert werden. Wettbewerb ist auch unter diesem Blickwinkel nicht Teil der Krise, sondern – als Katalysator effizienter Wege – Teil der Lösung. Die Bundesregierung ist – wie die OECD – davon überzeugt, dass die derzeitige Krise zwar eine flexible und pragmatische Handhabung des Wettbewerbsrechtes verlangt, nicht jedoch eine Korrektur der wettbewerbspolitischen Grundpositionen.

Neben der engen internationalen Zusammenarbeit der Regierungen im Bereich der Wettbewerbspolitik ist der intensive und institutionalisierte Erfahrungsaustausch der Wettbewerbsbehörden eine unentbehrliche Voraussetzung dafür, um die wettbewerbsrechtlichen Standards weltweit noch weiter anzunähern.

Die Bundesregierung flankiert die internationale Tätigkeit des Bundeskartellamtes indem das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie regelmäßig mit ausländischen Delegationen einen wettbewerbspolitischen Informationsaustausch pflegt und gemeinsam mit dem Bundeskartellamt an den Sitzungen des Wettbewerbsausschusses der OECD und UNCTAD teilnimmt. Im Berichtszeitraum hat die Bundesregierung außerdem die vom Bundeskartellamt organisierte Internationale Kartellkonferenz und den Europäischen Wettbewerbstag als Doppelkonferenz in München sowie die internationale Festveranstaltung anlässlich des 50-jährigen Bestehens des Bundeskartellamtes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als wettbewerbspolitische Foren unterstützt.

## V. Vergaberecht

### a. Nationales Vergaberecht und Rechtsanwendungspraxis

Die Bundesregierung zielt mit der Reform des Vergaberechts auf eine Modernisierung des vierten Teils des GWB und eine Vereinfachung der Verfahrensvorschriften in den Vergabe- und Vertrags bzw. Verdingungsordnungen (für Leistungen – VOL, für Bauleistungen – VOB und für freiberufliche Leistungen – VOF). Kern des Reformvorhabens ist es, den Wettbewerb um öffentliche Aufträge und die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, damit der wirtschaftliche Einkauf der öffentlichen Hand am Markt gewährleistet bleibt.

Ein wichtiger Bestandteil der Vergaberechtsreform wurde mit der Novellierung des vierten Teils des GWB erfolgreich abgeschlossen: Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts trat am 24. April 2009 in Kraft. Ein zentrales Element dieser Modernisierung bildet die Verstärkung der Mittelstandsklausel. Mit der grundsätzlichen Pflicht zur Losvergabe ist ein öffentlicher Auftrag in mittelstandsverträglichen Fach- und Teillosen zu vergeben. Eine Gesamtvergabe bleibt aus wirtschaftlichen und technischen Gründen möglich. Damit erhalten kleine und mittlere Unternehmen eine bessere Perspektive, sich erfolgreich auch an öffentlichen Aufträgen mit hohem Auftragsvolumen zu beteiligen. Darüber hinaus stellt das Gesetz klar, dass für die Auftragsausführung auch zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden dürfen. Diese können – wie im europäischen Recht vorgesehen – insbesondere soziale oder umweltbezogene Aspekte betreffen, wenn ein sachlicher Zusammenhang mit der einzukaufenden Leistung oder Ware besteht. Zudem erhalten gerade kommunale Auftraggeber durch die gesetzliche Klarstellung mehr Rechtssicherheit, dass Grundstücksverkäufe unter städtebaulichen Auflagen keine öffentlichen Aufträge sind, die dem Vergaberecht unterliegen. Schließlich sollen ergänzende Regelungen bei der Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens zu einer Verbesserung der Beschleunigung und Effizienz der Verfahren führen. Verzögerungen bei öffentlichen Investitionen sollen dabei auf ein Minimum beschränkt werden. Gleichzeitig bleibt effizienter Rechtsschutz gerade für kleine und mittlere Unternehmen sichergestellt.

Unterhalb der Ebene des GWB hat die Bundesregierung in ihrer Kabinettsitzung vom 27. Mai 2009 den Erlass einer Sektorenverordnung für Auftraggeber auf dem Gebiet des Verkehrs, der Trinkwasser- und der Energieversorgung beschlossen. Diese setzt die Richtlinie 2004/17/EG 1 : 1 um und soll die bisherigen Abschnitte 3 und 4 der VOL und VOB ersetzen. Damit wird das Vergaberecht weiter vereinfacht, Transparenz und Wettbewerb gestärkt. Die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) wird derzeit ebenfalls überarbeitet.

Die Vereinfachung der Vergabeverfahren erfolgt auf der Ebene der Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen (VOL, VOB, VOF). Das Vergaberegime soll entbürokratisiert werden und für beide Marktseiten, öffentliche Auftraggeber und Wirtschaft, wesentlich leichter anzuwenden sein. Die Bundesregierung setzt sich bei den laufenden Verhandlungen in den Verdingungs- bzw. Vergabe- und Vertragsausschüssen gegenüber den Vertretern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite insbesondere im Bereich der unterschweligen Vergabe für eine deutliche Verbesserung von Transparenz und Wettbewerb ein. Auch nach Abschluss der aktuellen Überarbeitung der Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen wird dieses Ziel weiter auf der Agenda der Bundesregierung bleiben.

Die Vergabekammern nicht nur des Bundes sind in ihren Abläufen insbesondere direkt von den geänderten Verfahrensregeln beim Nachprüfungsverfahren betroffen. Materiellrechtlich gilt dies vor allem für die geänderte Mittelstandsklausel.

In den Berichtszeitraum fielen außerdem viele vergaberechtliche Streitigkeiten zur Auftraggebereigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen und zur Frage, ob es sich bei Rabattverträgen dieser Krankenkassen mit Leistungserbringern um öffentliche Aufträge handelt. Die Vergabekammern des Bundes standen mit diesem Schwerpunkt im Blick der öffentlichen Aufmerksamkeit. Die Entscheidungen der Vergabekammern haben zu mehr Wettbewerb und Transparenz in diesem Bereich geführt. Die Bundesregierung sieht es auch künftig als ihre Aufgabe an, hier den Wettbewerb weiter zu fördern.

### b. Europäisches Vergaberecht

Die Verhandlungen der EG-Richtlinie zur Vergabe von Verteidigungs- und Sicherheitsaufträgen wurden Ende 2008 abgeschlossen. Das Europäische Parlament hat die Richtlinie am 14. Januar 2009 angenommen. Mit der Richtlinie werden spezielle Regeln für öffentliche Beschaffungen von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern sowie Dienst- und Bauleistungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich geschaffen. Die Vergabeverfahren werden flexibilisiert. So kann das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung künftig bei der Vergabe von Verteidigungs- und Sicherheitsaufträgen genutzt werden, ohne dass es dafür einer besonderen Begründung bedarf. Zudem enthält die Richtlinie Regelungen, um den Heimatschutz und die Versorgungssicherheit der Auftraggeber zu gewährleisten.

Durch die angepassten Vergaberegeln wird es den Mitgliedstaaten erleichtert, in diesem für die nationale Sicherheit sensiblen Bereich europäisches Vergaberecht anzuwenden und damit Verteidigungs- und Sicherheitsaufträge verstärkt europaweit auszuschreiben. Davon profitiert in besonderem Maße die deutsche Rüstungsindustrie. In der Richtlinie wird ausdrücklich geregelt, dass öffentliche Auftraggeber von ihren Auftragnehmern nicht verlangen dürfen, potentielle Unterauftragnehmer aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren. Dadurch wird die im Verteidigungsbereich geläufige, von der deutschen Wirtschaft abgelehnte Praxis so genannter „Offsets“ (Beispiel: Die Auftragsvergabe wird an die Bedingung geknüpft, bei der Auftragsausführung die nationale Industrie des Auftraggeberlandes zu beteiligen) deut-

lich erschwert. Dies war ein wichtiges Anliegen der Bundesregierung bei den Verhandlungen. Die Wettbewerbsregeln der neuen Richtlinie werden durch Regelungen zu Nachprüfungsverfahren zusätzlich abgesichert, die ganz weitgehend den Regelungen der in 2007 unter deutscher EU-Ratspräsidentschaft reformierten Rechtsmittelrichtlinie entsprechen.

Die Bundesregierung konnte sich in den Verhandlungen auch mit Ihrer Forderung durchsetzen, eine Bereichsausnahme für besonders sensible öffentliche Aufträge in die Richtlinie aufzunehmen. Dies betrifft Fälle, in denen die Preisgabe von Informationen im Rahmen eines Vergabeverfahrens den Zweck der Beschaffung von vornherein vereiteln würde (z. B. Maßnahmen zur Spionageabwehr).

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren  
2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem  
Aufgabengebiet**

Inhaltsverzeichnis	Seite
<b>Erster Abschnitt</b>	
<b>Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage . . . .</b>	<b>7</b>
<b>Teil I: Entwicklung der wettbewerbspolitischen und kartellrechtlichen Rahmenbedingungen . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>1. Zur wettbewerbspolitischen Lage . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>2. Änderungen des kartellrechtlichen Rahmens . . . . .</b>	<b>11</b>
<b>Teil II: Entwicklung der Kartellrechtspraxis . . . . .</b>	<b>12</b>
<b>1. Fusionskontrolle . . . . .</b>	<b>12</b>
1.1 Statistische Übersicht . . . . .	12
1.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren . . . . .	12
1.3 Anwendungsbereich der Fusionskontrolle . . . . .	14
1.4 Bagatellmarktklausel . . . . .	16
1.5 Zusammenschlusstatbestand . . . . .	17
1.6 Fristen im Fusionskontrollverfahren . . . . .	17
1.7 Oligopolistische Marktbeherrschung . . . . .	17
1.8 Vertikale Fusionen . . . . .	18
1.9 Konglomerate Fusionen . . . . .	19
1.10 Abwägungsklausel . . . . .	19
1.11 Bedingungen und Auflagen . . . . .	20
1.12 Entflechtungsverfahren . . . . .	20
1.13 Verstoß gegen das Vollzugsverbot . . . . .	21
1.14 Bußgeld wegen Falschangaben bei einer Anmeldung . . . . .	21
1.15 Ministererlaubnis . . . . .	22
<b>2. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen . . . . .</b>	<b>22</b>
2.1 Behinderungsmissbrauch, Preismissbrauch . . . . .	22
2.2 Boykott . . . . .	23
2.3 Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr . . . . .	24
2.3.1 Telekommunikation . . . . .	24
2.3.2 Post . . . . .	26

	Seite
2.3.3	Energiewirtschaft ..... 27
2.3.4	Verkehr ..... 31
<b>3.</b>	<b>Kartellverbot und Kooperationen</b> ..... 32
3.1	Kartelle ..... 32
3.2	Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – sonstige Kooperationen ..... 35
3.3	Einkaufskooperationen ..... 37
3.4	Konditionenempfehlungen/-kartelle ..... 38
<b>4.</b>	<b>Vertikalvereinbarungen</b> ..... 38
<b>5.</b>	<b>Sektoruntersuchungen</b> ..... 38
<b>6.</b>	<b>Verfahrens- und Prozessrecht</b> ..... 39
6.1	Kartellbehördliches Verfahrensrecht ..... 39
6.1.1	Verwaltungsverfahren ..... 39
6.1.2	Bußgeldverfahren ..... 42
6.2.	Prozessrecht ..... 44
6.2.1	Verwaltungsverfahren ..... 44
6.2.2	Bußgeldverfahren ..... 46
<b>7.</b>	<b>Europäisches Wettbewerbsrecht</b> ..... 46
7.1.	European Competition Authorities (ECA) ..... 46
7.2	Anwendung der Artikel 81, 82 EG ..... 46
7.2.1	Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden ..... 46
7.2.2	Verordnungen, Mitteilungen, Richtlinien ..... 49
7.2.3	Anwendung der Artikel 81, 82 durch die Europäische Kommission, das Gericht erster Instanz und den Europäischen Gerichtshof ..... 52
7.2.4	Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission ..... 58
7.3.	Fusionskontrolle ..... 58
<b>8.</b>	<b>Internationale Zusammenarbeit</b> ..... 59
<b>Zweiter Abschnitt</b>	
<b>Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen</b> ..... 65	
	Landwirtschaft (01) ..... 65
	Gewinnung von Steinen und Erden (14) ..... 68
	Ernährungsgewerbe (15) ..... 69
	Papiergewerbe (21) ..... 70
	Verlagsgewerbe (22) ..... 70
	Mineralölverarbeitung, Flüssiggas (23) ..... 73
	Chemische Industrie (24) ..... 74



	Seite
Kunststofferzeugnisse (25) .....	78
Verarbeitung von Steinen und Erden, Glasgewerbe (26) .....	80
Metallerzeugung und -bearbeitung (27) .....	84
Herstellung von Metallerzeugnissen (28) .....	85
Maschinenbau (29) .....	85
Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und -einrichtungen (30) .....	92
Herstellung von Geräten zur Elektrizitätserzeugung und -verteilung u. Ä. (31) .....	94
Rundfunk- und Nachrichtentechnik (32) .....	95
Medizin-, Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik (33) .....	100
Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen (34) .....	102
Sonstiger Fahrzeugbau (35) .....	103
Recycling von metallischen Altmaterialien (37) .....	103
Energieversorgung (40) .....	104
Bauhauptgewerbe (45) .....	119
Tankstellen (50) .....	121
Handelsvermittlung und Großhandel (51) .....	121
Einzelhandel (52) .....	122
Landverkehr (60) .....	128
Schifffahrt (61) .....	130
Luftverkehr (62) .....	131
Nachrichtenübermittlung (64) .....	134
Kreditgewerbe (65) .....	137
Versicherungen (66) .....	139
Immobilien (70) .....	141
Datenverarbeitung und Datenbanken (72) .....	141
Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen (74) .....	143
Gesundheits- und Sozialwesen (85) .....	146
Abwasser- und Abfallbeseitigung, sonstige Entsorgung (90) .....	151
Kultur, Sport, Unterhaltung (92) .....	156
<b>Dritter Abschnitt</b>	
<b>Tätigkeitsbericht der Vergabekammern</b> .....	159
<b>Teil I: Rechtliche Rahmenbedingungen</b> .....	159
<b>1. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht</b> .....	159
1.1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts .....	159

	Seite
1.2 Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) . . . . .	159
<b>2. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht . . . . .</b>	<b>160</b>
<b>Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern . . . . .</b>	<b>160</b>
<b>1. Vergaberechtliche Überprüfung der Verträge gesetzlicher Krankenkassen mit Leistungserbringern . . . . .</b>	<b>161</b>
1.1 Rechtswegfragen, Auftraggebereigenschaft von Krankenkassen, Rabattverträge als öffentliche Aufträge . . . . .	161
1.2 Anwendbarkeit des Vergaberechts . . . . .	163
1.3 Patentgeschützte Arzneimittel . . . . .	163
<b>2. Verfahrensrecht . . . . .</b>	<b>164</b>
2.1 Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens . . . . .	164
2.2 Fristberechnung bei § 13 VgV . . . . .	164
2.3 Antragsbefugnis . . . . .	165
2.4 Rügeobliegenheit . . . . .	165
2.5 Eingriffsbefugnisse der Vergabekammer . . . . .	165
<b>3. Materielles Recht . . . . .</b>	<b>165</b>
3.1 Öffentlicher Auftraggeber . . . . .	165
3.2 Öffentlicher Auftrag, Schwellenwert bei Veräußerung von Vermögensteilen . . . . .	165
3.3 Verfahrensart . . . . .	167
3.4 Verdingungsunterlagen . . . . .	168
3.4.1 Bekanntgabe von Stundenrichtwerten bei der Gebäudereinigung . . . . .	168
3.4.2 Überarbeitung der Verdingungsunterlagen im laufenden Vergabeverfahren . . . . .	168
3.4.3 Grundsatz der Produktneutralität . . . . .	168
3.4.4 Aufbüdung eines „ungewöhnlichen Wagnisses“ nach § 9 Nummer 2 VOB/A . . . . .	169
3.5 Teilnehmer im Wettbewerb . . . . .	169
3.5.1 Nachträgliche Bildung einer Bietergemeinschaft . . . . .	169
3.5.2 Verbundene Unternehmen in einer Ausschreibung . . . . .	169
3.5.3 Unzulässigkeit der losweisen Auswahl im Teilnahmewettbewerb . . . . .	170
3.5.4 Ausschluss von Unternehmen i. S. d. § 7 Nummer 6 VOL/A . . . . .	170
3.6 Ausschluss von unvollständigen Angeboten . . . . .	170
3.6.1 Fehlen geforderter Erklärungen . . . . .	170
3.6.2 Mischkalkulation . . . . .	170
3.7 Ausschluss von verspätet vorgelegten Angeboten im Verhandlungsverfahren . . . . .	171

	Seite	
3.8	Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen, Auslegung eines Angebots . . . . .	171
3.9	Eignungsprüfung . . . . .	172
3.9.1	Vollständigkeit der geforderten Eignungsnachweise . . . . .	172
3.9.2	Vergleichbarkeit von Referenzprojekten . . . . .	172
3.9.3	Verweis auf andere Unternehmen zum Nachweis der Eignung . . .	173
3.9.4	Nachweispflicht der Verfügbarkeit von Nachunternehmern; Auslegung der Verdingungsunterlagen bzgl. einer Fremdüberwachungsstelle . . . . .	173
3.9.5	Benennung von Nachunternehmern der 2. Stufe (sog. Sub-Subunternehmer) und Vorlage von Verpflichtungserklärungen für diese Nachunternehmer . . . . .	174
3.10	Besondere Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers . . . . .	174
3.11	Zuschlagskriterien . . . . .	175
3.11.1	Keine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien . . . . .	175
3.11.2	Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung . . . . .	175
3.11.3	Transparenzgebot: Bekanntmachung von Unterkriterien . . . . .	176
3.11.4	Angabe der Berechnungsmethode bei der Bewertung von Honorarangeboten . . . . .	176
3.12	Mindestanforderungen an Nebenangebote . . . . .	176
3.13	Anspruch eines auszuschließenden Bieters auf Unterlassung des Zuschlags . . . . .	176
<b>Vierter Abschnitt</b>		
<b>Geschäftsübersicht</b> . . . . .		177
<b>Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle</b> . . . . .		177
<b>1. Angemeldete Zusammenschlüsse</b> . . . . .		177
1.1	Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2008 . . . . .	177
<b>2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse und Entscheidungen 2007 und 2008</b> . . . . .		178
<b>3. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Größenklassen 2007 und 2008</b> . . . . .		179
3.1	Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen . . . . .	179
3.2	Umsatz des erworbenen Unternehmens . . . . .	179
3.3	Umsatz des erwerbenden Unternehmens . . . . .	180
<b>4. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes</b> . . . . .		181
<b>5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation</b> . . . . .		181

	Seite
<b>6. Angemeldete Zusammenschlüsse nach geografischer Gliederung</b> .....	182
6.1 Erworbene Unternehmen in geografischer Gliederung .....	182
6.2 Erwerber in geografischer Gliederung .....	183
<b>Teil II: Übersichten zu weiteren Verfahren</b> .....	184
<b>1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren</b> .....	184
1.1 Beim Bundeskartellamt .....	184
1.2 Bei den Landeskartellbehörden .....	186
<b>2. Anerkannte Wettbewerbsregeln</b> .....	188
<b>Ausländische Besucher im Bundeskartellamt</b> .....	188
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	189
<b>Paragrafennachweis</b> .....	199
<b>Verzeichnis der Tätigkeitsberichte</b> .....	209
<b>Organisationsplan des Bundeskartellamtes</b> .....	210

Hinweis:

Paragrafenangaben ohne Zusatz beziehen sich auf die gültige Fassung des GWB. Bezieht sich eine Paragrafenangabe auf das GWB in der Fassung vor der siebten GWB-Novelle, ist dies durch den Zusatz GWB a. F. gekennzeichnet.

## Erster Abschnitt

### Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage

#### Teil I: Entwicklung der wettbewerbspolitischen und kartellrechtlichen Rahmenbedingungen

##### 1. Zur wettbewerbspolitischen Lage

###### Wettbewerb in schwieriger Zeit

Der Berichtszeitraum ist geprägt von wettbewerbspolitischen Herausforderungen. Das Vertrauen in die freiheits- und wohlfahrtsfördernde Kraft des Wettbewerbs geht in vielen Teilen der Gesellschaft zurück. Bei politischen Entscheidungen wird das Wettbewerbsprinzip mitunter hinter realen und manchmal auch vermeintlich übergeordneten Sachzwängen zurückgestellt. Sichtbare Zeichen einer solchen Entwicklung sind u. a. die Herausnahme des Systems eines freien und unverfälschten Wettbewerbs aus dem EU-Reformvertrag und seine Herabstufung zu einer Protokollnotiz des Reformvertrags, die teilweise übermäßige Hintanstellung des Wettbewerbsprinzips in der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise sowie erkennbare Ansätze einer erneuten Sektoralisierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Obleich der Ratifizierungsprozess des Reformvertrags in der EU noch nicht abgeschlossen ist, ist die Verlagerung des Systems eines freien und unverfälschten Wettbewerbs in eine Protokollnotiz im Rahmen des EU-Reformvertrages ein schlechtes wettbewerbspolitisches Signal. Sie schmälert die freiheits- und wohlfahrtsfördernde Bedeutung des Wettbewerbsprinzips als tragende Säule der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung, was die Arbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden nicht unbedeutend erleichtert.

In diesem Klima kommt ordnungspolitischer Besonnenheit eine besondere Bedeutung zu. Die Monopolkommission hat dies in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2009 zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) vom Oktober 2008 und dem von der Bundesregierung im Angesicht der im Berichtszeitraum ausgebrochenen Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise aufgelegten zweiten Konjunkturpaket hervorgehoben und gefordert, die marktwirtschaftlich-wettbewerbliche Orientierung der Wirtschaftspolitik nicht aus dem Blick zu verlieren. Auch das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum immer wieder die Berücksichtigung ordnungspolitischer Grundsätze angemahnt. Diese „competition advocacy“ unterstützt und ergänzt den im GWB instrumentell abgesicherten Wettbewerbsschutz. In diesem Rahmen hat das Bundeskartellamt verschiedentlich die Beachtung ordnungspolitischer Grundsätze eingefordert: Die Wirtschaftsakteure, Unternehmer wie Konsumenten, sind danach selbst für ihr wirtschaftliches Handeln und ihren wirtschaftlichen Erfolg verantwortlich, nicht aber staatliche Instanzen. Letztere haben vielmehr

die Rahmenbedingungen für funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten.

Entsprechend hat sich das Bundeskartellamt an wirtschaftspolitischen Debatten insofern beteiligt, als dort ordnungs- und wettbewerbspolitische Fragen berührt waren, so z. B. an der Diskussion über die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns für Briefdienstleister (S. 26, 136) oder die Debatte um die Beteiligung EU-ausländischer Staatsfonds an deutschen Unternehmen im Zuge der Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung (Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 18. April 2009, BGBl. I vom 23. April 2009, S. 770 ff.; Bundestagsdrucksache 16/10730 vom 30. Oktober 2008 sowie Bundesratsdrucksache 129/09 vom 13. Februar 2009). Keineswegs ist das Wettbewerbsprinzip ein Allheilmittel zur Auflösung aller realpolitischer Spannungslagen. Zu vermissen war jedoch mitunter seine Berücksichtigung bei der Abwägung solcher wettbewerbsrelevanter Sachverhalte. Jede Einschränkung des Wettbewerbsprinzips in einzelnen Wirtschaftsbereichen bedarf aus ordnungspolitischer Perspektive einer schlüssigen Begründung, die transparent darlegt, warum die Marktergebnisse in der betreffenden Branche im Wettbewerb, der den allgemeinen kartellrechtlichen Regeln unterliegt, schlechter sein sollten als in einem Regime kartellrechtlicher Sonderregelungen und Privilegien. Eine solche Sektoralisierung des Kartellrechts durch Ausnahmebereiche birgt die Gefahr, dass das durch wettbewerbliche Kriterien bestimmte Kartellrecht durch wettbewerbsfremde Erwägungen übersteuert wird. Dies beeinträchtigt eine einheitlich auf den Schutz funktionsfähigen Wettbewerbs ausgerichtete Kartellrechtsanwendung.

###### Auswirkungen der Finanzmarktkrise

Die im Berichtszeitraum ausgebrochene Finanzmarktkrise und in deren Folge auch die Krise der Realwirtschaft hat vor diesem Hintergrund besonders schwierige wettbewerbspolitische Fragen aufgeworfen. Ganze Industriezweige fordern staatliche Protektion oder Finanz-/Kapital-spritzen, um die Stabilität der Weltwirtschaft, der nationalen Volkswirtschaften sowie der Arbeitsplätze der betroffenen Branchen zu sichern. Das FMStG vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 1982 ff.) ermöglicht die Beteiligung des Finanzmarktstabilisierungsfonds des Bundes an Banken. Um die Beteiligung des Finanzmarktstabilisierungsfonds an Unternehmen des Finanzsektors zu beschleunigen, wurde im Rahmen des FMStG festgeschrieben, dass die Regeln des Ersten bis Dritten Teils des GWB und damit die Fusionskontrolle nicht gelten (§ 17 des

Gesetzes zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ in Artikel 2 des FMStG). Das gilt jedenfalls, so lange das Gesetz in Kraft ist. Eine klarstellende Regelung über die Anwendung der GWB-Vorschriften, wenn sich der Rettungsfonds wieder von etwaigen Beteiligungen an Banken trennt, fehlt zwar im Gesetz. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift wird jedoch deutlich, dass die Regelungen der Fusionskontrolle nach dem GWB Anwendung finden, wenn der Fonds solche Beteiligungen zukünftig wieder veräußert.

Diese Ausnahme von der Fusionskontrolle ist im Hinblick auf die finanz- und wirtschaftspolitische Ausnahmesituation gerechtfertigt, um ohne zeitliche Verzögerung die Stabilität betroffener Banken gewährleisten zu können. Der Gesetzgeber nimmt somit im FMStG im Ergebnis die Abwägung vor, wie sie auch im Rahmen einer Ministererlaubnis geboten wäre, um wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse aus überwiegenden Gemeinwohlgründen zuzulassen.

Eine solche Ausnahmesituation ist dennoch keine tragfähige ordnungspolitische Grundlage für einen dauerhaften Verbleib des Staates als Anteilseigner privater Banken. Die Gefahr der Erosion und damit dauerhafter Schäden für ordnungspolitische Mechanismen ist groß. Dies betont auch die Monopolkommission in ihrer Stellungnahme zum FMStG vom 22. Januar 2009.

### **Gefahr erneuter Sektoralisierung des Kartellrechts**

Der Gesetzgeber hat im Laufe der zurückliegenden Jahre mit guten Gründen die ursprünglichen Bereichsausnahmen vom GWB verringert, um eine effektive und konzentrierte Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Im Berichtszeitraum war in bestimmten Wirtschaftsbereichen allerdings eine gegenläufige Tendenz zu erneuter Sektoralisierung des Kartellrechts zu beobachten.

Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hatte sich bereits in der Gesundheitsreform des Jahres 2000 eine solche Entwicklung abgezeichnet. Damals wurde in § 69 Sozialgesetzbuch, 5. Buch (SGB V) geregelt, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den Leistungserbringern allein sozialversicherungsrechtlicher Natur sind. Weder die Vorschriften zur Kartellbekämpfung noch zur Missbrauchsaufsicht fanden Anwendung.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum mehrfach in Stellungnahmen zu entsprechenden Nachfolgerechtssetzungsverfahren empfohlen, diesen Zustand zugunsten einer umfassenden Anwendbarkeit des Kartellrechts zu ändern. Die vollständige Geltung des GWB im Anwendungsbereich des § 69 SGB V wurde aber weder mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz) vom 26. März 2007 (BGBl. I, S. 378 ff.) noch mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der

Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 5. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2426 ff.) klargestellt.

§ 69 Absatz 2 SGB V ordnet infolge des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes lediglich die entsprechende Geltung der §§ 19 bis 21 beim Abschluss von Individualverträgen mit den Leistungserbringern an. Die Regelung der nur entsprechenden Geltung ist insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „FENIN“ erfolgt (Urteil vom 11. Juli 2006, Rs. C-205/03), mit dem ein Urteil des Gerichts erster Instanz vom 4. März 2003 bestätigt worden ist (Rs. T 319/99). Die Gerichte haben ausgeführt, dass der Unternehmensbegriff im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln eine wirtschaftliche Tätigkeit umfasst, die nicht eine Einkaufstätigkeit als solche, sondern das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt umfasst. Dies bedeute, dass der wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Charakter einer bloßen Beschaffungstätigkeit nicht losgelöst von der späteren Verwendung der beschafften Güter oder Leistungen bestimmt werden kann (Gericht erster Instanz, Urteil vom 4. März 2003, Rs. T 319/99 Rn. 35 ff.). Die Gerichte haben die konkret betroffene Angebotstätigkeit und damit die vorangegangene Beschaffungstätigkeit nicht als unternehmerisch qualifiziert, weil es sich um die Wahrnehmung einer sozialen Aufgabe gehandelt hatte, die ohne Gewinnerzielung und solidarisch erfüllt wurde. Der Gesetzgeber geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass gesetzliche Krankenkassen beim Abschluss von Einzelverträgen nicht als Unternehmen zu qualifizieren sind, weil sie die beschafften Güter und Leistungen im Rahmen der ihnen zukommenden sozialen Aufgabe der öffentlichen Gesundheitsversorgung auf den Grundsätzen der Solidarität und ohne Gewinnerzielung wahrnehmen. Mit der Regelung der entsprechenden Geltung der §§ 19 bis 21 will der Gesetzgeber zumindest sicherstellen, dass die betroffene Beschaffungstätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen von den Grundsätzen des Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbots erfasst wird (Bundestagsdrucksache 16/4247 vom 1. Februar 2007, S. 35). Das Kartellverbot des § 1 dagegen gilt im Rahmen des § 69 SGB V im Hinblick auf die gesetzlichen Krankenkassen allerdings nicht. Es gibt erste Anzeichen, dass insbesondere diese fehlende Anwendbarkeit des § 1 zu wettbewerbspolitisch bedenklichen Entwicklungen speziell im Hinblick auf die Marktstrukturen der Anbieterseite, insbesondere für die Hersteller von Generika, Hilfsmitteln u. ä., geführt hat. Mit der Möglichkeit, Individualverträge abzuschließen, sollten die einzelnen gesetzlichen Krankenkassen über die Mechanismen der gemeinsamen Vertragsverhandlungen hinaus zusätzliche Kosteneffizienzen erschließen können. Die gesetzlichen Krankenkassen nutzen diese neu gewonnene Freiheit, Individualverträge abzuschließen. Allerdings sind sie dazu übergegangen, diese Individualverträge im Verbund mit anderen gesetzlichen Krankenkassen abzuschließen. Die allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen lassen Einkaufs- und Beschaffungsk Kooperationen zwar in begrenztem Umfang durchaus zu. Dies allerdings nur, wenn keine nachhaltige

Schädigung des Wettbewerbs zu erwarten ist. Die aktuelle gesetzliche Regelung des § 69 SGB V ermöglicht jedoch eine unbegrenzte Bündelung der Nachfragemacht der gesetzlichen Krankenkassen, die dem Anwendungsbereich des Kartellverbots entzogen ist. Diese Problematik zeigt sich beispielhaft beim gemeinsamen Abschluss von Rabattverträgen der Allgemeinen Ortskrankenkassen mit Unternehmen der pharmazeutischen Industrie.

Die entsprechende Geltung der §§ 19 – 21 sowie die in § 69 Absatz 2 Satz 1, 2. Halbsatz SGB V angeordnete Geltung vergaberechtlicher Vorschriften der §§ 97 – 115 und 128 (S. 159 f.) wird zudem dadurch verwässert, dass § 69 Absatz 2 Satz 3 SGB V anordnet, dass die kartellrechtlichen Vorschriften nur mit der Maßgabe gelten, „dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist“. Diese Regelung integriert ein grundsätzlich wettbewerbsfremdes Kriterium in die Prüfung dieser wettbewerbslichen Sachverhalte (S. 160).

Vor diesem Hintergrund hält das Bundeskartellamt die Streichung des § 69 SGB V für geboten und eine uneingeschränkte Geltung des GWB im Hinblick auf den funktionalen Unternehmensbegriff des deutschen Kartellrechts auch für möglich (Stellungnahmen des Bundeskartellamtes an den Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages vom 8. Oktober 2008 zu Bundestagsdrucksache 16/9559 vom 16. Juni 2008 sowie vom 28. November 2006 zu Bundestagsdrucksache 16/3100 vom 24. Oktober 2006). Die vom Gesetzgeber formulierten Ziele wie die Kostendämpfung im Gesundheitswesen lassen sich am effizientesten im Wettbewerb realisieren.

Im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Untersuchungen der Zentralvermarktung der Medienrechte für die Übertragung von Spielen der Fußballbundesliga (S. 156 f.) haben Liga Fussballverband und Deutsche Fußball Liga (DFL) im politischen Raum die Forderung nach einer erneuten Bereichsausnahme für die Zentralvermarktung von Medienrechten für Sport-Wettbewerbe und deren Gruppenvermarktung vorgetragen. Die Initiative hat jedoch wegen des entgegenstehenden Vorrangs der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln keinen Niederschlag in einer nationalen Gesetzesinitiative gefunden. Letztlich war wegen des vorrangigen Gemeinschaftsrechts bereits die alte Bereichsausnahme „Sport“ in § 31 GWB a. F. mit der siebten GWB-Novelle aufgehoben worden (Bundestagsdrucksache 15/3640, S. 50). Allerdings verfolgt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gemeinsam mit dem Bundesministerium des Innern mit der „Initiative Sport und Wettbewerb“ das Ziel, auf europäischer und nationaler Ebene mehr Rechtssicherheit für wirtschaftliche Aktivitäten der Sportverbände und -vereine in Bezug auf das Kartellrecht zu erreichen. Dem diene u. a. die Befassung der EU-Sportminister mit dieser Frage. Auf der Tagung der EU-Sportminister am 27./28. November 2008 in Biarritz haben diese „unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Sports und nach Kenntnisnahme der Sorgen und Probleme, mit denen sich die internationalen, europäischen und nationalen

Sportorganisationen bei der Leitung ihres jeweiligen Sports konfrontiert sehen“ an die Europäische Kommission appelliert, „die rechtlichen Vorgaben zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf Sportorganisationen hinsichtlich der vorrangigen Probleme dieser Organisationen klarer zu gestalten.“ (Punkt 13 der Erklärung der Sportminister der Europäischen Union zu ihrem Treffen am 27./28. November 2008).

Den Besonderheiten des Sports kann bei der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften Rechnung getragen werden. Sie rechtfertigen allerdings keine Ausnahme von der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften. Darauf hat die Europäische Kommission bereits in ihrem Weißbuch Sport vom 11. Juli 2007 vor dem Hintergrund der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages hingewiesen (Ziff. 4.1 des Weißbuchs Sport, KOM (2007) 391 endg.).

### **Kartellverfolgung als wichtige Säule des Wettbewerbschutzes**

Im Bereich des Kartellverbots ist in den vergangenen Jahren die Bekämpfung von Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen (sog. Hardcore-Kartellen) zu einer Schwerpunktaufgabe des Bundeskartellamtes avanciert. Diese Konzentration ermöglicht die verstärkte Bekämpfung von in hohem Maße sozialschädlichem Verhalten der beteiligten Unternehmen.

Bereits im Jahr 2000 hatte das Bundeskartellamt als Kronzeugenregelung für reuige Kartellanten seine Bonusregelung eingeführt (Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 43 f.). Der Erfolg dieser Bonusregelung (Statistik S. 32 ff.) machte auch Veränderungen in personeller und struktureller Hinsicht im Bundeskartellamt erforderlich. 2002 wurde die Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK) eingerichtet und die Vorbereitung der Durchführung von Durchsuchungen dadurch zentralisiert (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 44 f.).

Mit der Schaffung der 11. Beschlussabteilung im Jahre 2005, der ersten Beschlussabteilung, die branchenunabhängig und ausschließlich für die Verfolgung von Hardcore-Kartellen zuständig war, wurde die Expertise gebündelt und die Konzentration auf Kartellfälle auch organisatorisch vollzogen.

Im März 2006 wurde die Bonusregelung überarbeitet und an die internationale Weiterentwicklung im Kartellrecht angepasst (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 35). Ebenfalls im Jahr 2006 hat das Bundeskartellamt seine Bußgeldleitlinien erlassen und damit seine Praxis bei der Bußgeldfestsetzung konkretisiert (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 35 f.). Ende 2008 wurde mit der 12. Beschlussabteilung eine weitere Einheit geschaffen, die sich ausschließlich mit der Verfolgung von Hardcore-Kartellen befasst.

Der Erfolg dieser zunehmenden Konzentration auf die Kartellbekämpfung spiegelt sich in den Zahlen wider: 2007 wurden beim Bundeskartellamt 41 Bonusanträge in zwölf unterschiedlichen Kartellverfahren durch 33 Unternehmen gestellt. 2008 waren es 39 Anträge in 25 Fällen, die von 37 unterschiedlichen Unternehmen gestellt wur-

den. Daraus wird ersichtlich, dass die Bonusregelung von zentraler Bedeutung für eine effektive Kartellbekämpfung geworden ist. Entsprechend bewegen sich die vom Bundeskartellamt verhängten und vereinnahmten Bußgelder weiterhin auf hohem Niveau (S. 32 f.). 2007 wurden insgesamt rund 114 Mio. Euro, 2008 insgesamt rund 317 Mio. Euro an Bußgeldern vereinnahmt.

Mit dem Inkrafttreten der Preismissbrauchsnovelle wurden die Grundlagen für eine noch effektivere Kartellverfolgung geschaffen, indem der Regelungsgehalt des § 81 Absatz 4 im Wortlaut klarer gefasst wurde (S. 12).

### „Ökonomisierung“ des Wettbewerbsrechts als Herausforderung

Ein zentrales Kennzeichen des Wettbewerbs als Steuerungsinstrument marktwirtschaftlicher Prozesse ist dessen Dynamik. Kartellrechtliche Grundsätze müssen daher auf ein sich ständig veränderndes Markt- und Wettbewerbsumfeld angewendet werden. Auch die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse über die Funktions- und Wirkungsmechanismen des Wettbewerbs sind keineswegs statisch, sondern unterliegen einem kontinuierlichen Entwicklungs- und Verfeinerungsprozess. Um den sich aus dieser Dynamik ergebenden Herausforderungen an eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung noch besser als in der Vergangenheit Rechnung tragen zu können, hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum ein neues ökonomisches Grundsatzreferat eingerichtet. Übergreifendes Ziel ist es, die Fortschritte im Bereich wirtschaftswissenschaftlicher Konzepte und Methoden bei der Analyse des Wettbewerbs als dynamischem Prozess zu nutzen, ohne das vom Gesetzgeber angestrebte wettbewerbliche Schutzniveau abzusenken.

Ein gutes Beispiel für die mit der beschriebenen Dynamik verbundenen Herausforderungen liefert der Medienbereich. Hier könnte z. B. die zunehmende Nutzung des Internets zu Veränderungen geführt haben, die eine ergebnisoffene Überprüfung etablierter Marktabgrenzungsansätze geboten erscheinen lässt. Hierauf hat auch die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten Nummer 42 „Pressefusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle“ im Jahre 2004 hingewiesen (Sondergutachten, Rn. 134 ff.). Die Bundesregierung hat im Rahmen ihres Medien- und Kommunikationsberichts vom 17. Dezember 2008 die zunehmende Konvergenz der Medien und die rasant wachsende Bedeutung des Internets hervorgehoben. Gerade der Klein- und Rubrikanzeigenmarkt zeigen bereits deutliche Überschneidungen zwischen Tageszeitungen, Anzeigenblättern einerseits und den Internetpräsenzen dieser Printmedien und spezialisierten Internetportalen andererseits. Das Bundeskartellamt sieht diese dynamischen Entwicklungen des Verhältnisses zwischen Internet und Printmedien bei Inhalten und Werbung. Es wird diesen Fragen im Rahmen der Fusionskontrolle mit besonderer Sorgfalt nachgehen.

Die Marktdynamik im Medienbereich hat die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Spezifika der Pro-

duktangebote und den daraus resultierenden Besonderheiten der in diesem Bereich wirksamen Wettbewerbskräfte angestoßen und gefördert. Ausdruck dieser Entwicklung ist die in den vergangenen Jahren stark angewachsene Literatur zu Fragen des Wettbewerbs auf sog. zweiseitigen Märkten („two-sided markets“), bzw. Plattform-Märkten. Kennzeichnend für zweiseitige Plattformen ist, dass (1.) der Anbieter (z. B. Zeitungsverlag) seinen Gesamterlös aus dem Angebot auf zwei verschiedenen Märkten (z. B. Lesermarkt und Anzeigenmarkt) erwirtschaftet, und (2.) der Markterfolg auf dem einen Markt (z. B. Anzeigenmarkt) von der Marktstellung auf dem anderen Markt (z. B. Lesermarkt) beeinflusst wird. Diese als „indirekte Netzwerkeffekte“ bezeichneten Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Marktseiten einer Plattform sind bei der wettbewerblichen Beurteilung in Rechnung zu stellen. Das Bundeskartellamt hat dies im Berichtszeitraum z. B. bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses im Bereich der Fachzeitschriften getan (vgl. für einen konkreten Anwendungsfall) (S. 70 ff.).

Die Herausforderungen der Kartellrechtspraxis bestehen darin, neuere Erkenntnisse und Strukturveränderungen zum einen bei der kartellrechtlichen Bewertung von Einzelfällen angemessen zu berücksichtigen, zum anderen aber das Ziel des effektiven Wettbewerbsschutzes nicht aus dem Auge zu verlieren. Dies erfordert insbesondere eine sorgfältige und vertiefte Ermittlung der auf den Märkten wirksamen Wettbewerbskräfte. Denn weder das unbegründete Festhalten an für die Vergangenheit gültigen Beurteilungsansätzen noch die ungeprüfte Übernahme der These, dass allein die Existenz der neuen Medien einen hinreichenden Wettbewerbsdruck entfaltet, würde dem Ziel eines effektiven Wettbewerbsschutzes gerecht.

Vor diesem beispielhaft anhand eines derzeit besonders dynamischen Wirtschaftszweigs aufgezeigten Hintergrund sieht sich das Bundeskartellamt mit einer Vielzahl von Fragen im Bereich der Umsetzung ökonomischer Konzepte und Methoden in konkreten Einzelfällen konfrontiert. Dies umfasst die detaillierte Analyse und kritische Bewertung ökonomischer Gutachten, die zunehmend von den Parteien in konkrete fusionskontroll- oder kartellrechtliche Verfahren eingebracht werden. Das neu gegründete Referat „Ökonomische Grundsatzfragen“ leistet hierbei Unterstützung.

Diese Entwicklung ist eine Konsequenz der insbesondere auf europäischer Ebene weiterhin intensiv geführten Diskussion über eine stärkere „Ökonomisierung des Kartellrechts“. Ausgangspunkt ist dabei die Überzeugung, dass eine Ergänzung der bisherigen Kartellrechtspraxis durch eine verfeinerte ökonomische Analyse einerseits die Treffsicherheit von Einzelfallentscheidungen weiter verbessern kann. Die stärkere Berücksichtigung neuerer theoretischer Erkenntnisse und komplexer ökonomischer Methoden darf aber andererseits die Kartellrechtspraxis nicht durch zu hohe Nachweisanforderungen überfordern.

Im Rahmen einer sachgerechten Integration ökonomischer Grundsätze in das Kartellrecht sollte insbesondere das



Missverständnis vermieden werden, ökonomische Analysen mit komplexen ökonometrischen Verfahren im Rahmen der Begründung kartellrechtlicher Entscheidungen gleichzusetzen. Quantitative Analysen können aufgrund der zunehmenden Verfügbarkeit entsprechender Daten und den stark verbesserten IT-basierten Verarbeitungsmöglichkeiten im Einzelfall einen sinnvollen Beitrag zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Einzelfallbewertung leisten. Der Ansatz aber, einen kartellrechtlichen Eingriff in jedem konkreten Einzelfall an den detaillierten quantitativen Nachweis schädlicher Effekte und Auswirkungen, beispielsweise auf die wie auch immer konkretisierte „Konsumentenwohlfahrt“, zu binden, würde nicht nur die Grenzen dieser empirischen Methoden verkennen, sondern das Risiko einer im Ergebnis kontraproduktiven Absenkung des wettbewerblichen Schutzniveaus implizieren.

Für die Diskussion über das insoweit sinnvolle Maß des Einsatzes quantitativer Methoden sind eine Analyse der diesbezüglichen Entscheidungspraxis anderer Kartellrechtsordnungen sowie ein regelmäßiger Erfahrungsaustausch mit ökonomischen Einheiten anderer Wettbewerbsbehörden sinnvoll und zielführend. In diesem Bereich bieten auf internationaler Ebene das European Competition Network (ECN), das International Competition Network (ICN) und die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) geeignete Plattformen.

## 2. Änderungen des kartellrechtlichen Rahmens

Im Berichtszeitraum sind einige Änderungen des gesetzlichen Rahmens in Kraft getreten.

### Zweite Inlandsumsatzschwelle

Die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle durch das „Dritte Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ („Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz“, BGBl. I vom 24. März 2009, S. 550 ff., Bundesratsdrucksache 558/08 vom 8. August 2008, S. 14 f.) verringert zwar den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, dient aber auch einer effizienteren Kartellrechtsdurchsetzung im Bereich der Fusionskontrolle, weil kleine – ganz überwiegend unproblematische Fusionen – aus dem Anwendungsbereich entlassen werden. Dadurch können vorhandene Ressourcen noch mehr auf die Prüfung wettbewerblich problematischer Fusionen konzentriert werden.

### Preismissbrauchsnovelle

Bei der Bekämpfung missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen hat der Gesetzgeber mit der sog. Preismissbrauchsnovelle eine verschärfte Missbrauchsaufsicht im Energiesektor ermöglicht (S. 30, 114 ff.). Durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ vom 18. Dezember 2007 traten zum 22. Dezember 2007 Verschärfungen der kartellbehördlichen Preismiss-

brauchsaufsicht im Bereich der Strom- und Gaswirtschaft sowie des Lebensmitteleinzelhandels in Kraft (BGBl. I, S. 2966 ff.; Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27. Juni 2007). Zu diesem Zweck wurden v. a. der Verbotsbestand des § 29 für die Preismissbrauchsaufsicht über die Strom- und Gaswirtschaft eingeführt sowie der Tatbestand der unbilligen Behinderung in § 20 Absatz 4 Satz 2 geändert. Darüber hinaus wurde im Rahmen dieses Gesetzes die Bußgeldvorschrift des § 81 neu bekannt gemacht.

Die Verschärfung der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor wurde vor dem Hintergrund der bislang noch unzureichenden Wettbewerbsverhältnisse und steigenden Letztverbraucherpreisen im Strom- und Gassektor geschaffen und gilt befristet bis Ende 2012. Sie bezweckt die Unterbindung schwerwiegender Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten und soll den Kartellbehörden für die Übergangszeit bis zu einem hinreichend funktionierenden Wettbewerb effektive Handlungsmöglichkeiten eröffnen. Das Gesetz übernimmt somit von der Rechtsanwendung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach § 19 und Artikel 82 EG entwickelte Grundsätze zum Vergleichsmarktkonzept und zur Möglichkeit der Kostenkontrolle und der Gewinnbeschränkung (Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27. Juni 2007, S. 9, 10 f.).

In § 29 wurde die Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor in zweierlei Hinsicht konkretisiert bzw. verschärft:

§ 29 Satz 1 Nummer 1 präzisiert das Vergleichsmarktkonzept. Danach liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Unternehmen als Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas (Versorgungsunternehmen) Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Diese Umkehr der Darlegungs- und Beweislast gilt nur in Verfahren vor den Kartellbehörden, nicht aber in Kartellzivilverfahren.

§ 29 Satz 1 Nummer 2 enthält eine Klarstellung zugunsten einer kostenbasierten Entgeltkontrolle. Missbräuchlich handelt ein Versorgungsunternehmen auch dann, wenn es Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Danach kann auch ein hoher absoluter Abstand zwischen Preis und Kosten einen Missbrauchsvorwurf rechtfertigen, wenn ein übertriebenes Missverhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht. Die Vorschrift knüpft insofern an das bereits in der deutschen und europäischen Kartellrechtsprechung anerkannte Gewinnbegrenzungskonzept an (Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27. Juni 2007, S. 11).

Schließlich wurde in der Preismissbrauchsnovelle durch Aufhebung des bis dato geltenden § 64 Absatz 1 Nummer 1 die sofortige Vollziehbarkeit von kartellbehördlichen Preismissbrauchsverfügungen geregelt.

§ 20 Absatz 3 Satz 2 (passives Diskriminierungsverbot für marktstarke Unternehmen) wurde dahingehend erweitert, dass der Kreis der geschützten Personen auf alle abhängigen Unternehmen erstreckt wird. Die Beschränkung, dass es sich dabei um „kleine oder mittlere“ Unternehmen handeln muss, entfällt.

§ 20 Absatz 4 Satz 2 (Angebot unter Einstandspreis) wurde für den Bereich des Handels mit Lebensmitteln dahingehend verschärft, dass das Merkmal „nicht nur gelegentlich“ entfällt (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1). Die sachliche Rechtfertigung wurde auf Verderb, drohende Unverkäuflichkeit oder vergleichbar schwerwiegende Fälle beschränkt.

In § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 wurde als zusätzliches Regelbeispiel einer unbilligen Behinderung das Verbot der Kosten-Preis-Schere aufgenommen. Danach liegt eine unbillige Behinderung insbesondere vor, wenn ein Unternehmen von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet.

Die Änderungen in § 20 Absatz 3 Satz 2, § 20 Absatz 4 sind wie § 29 befristet bis zum 31. Dezember 2012.

Das Bundeskartellamt hat den gesetzgeberischen Auftrag organisatorisch nachvollzogen und am 2. Januar 2008 eine neue 10. Beschlussabteilung eingerichtet, der ausschließlich die Missbrauchsaufsicht sowie die Verfolgung von Hardcore-Kartellen in den Bereichen Strom, Gas und Fernwärme obliegt. Die 10. Beschlussabteilung hat im Berichtszeitraum gegen eine Reihe von Gasversorgungsunternehmen kartellrechtliche Missbrauchsverfahren erfolgreich abgeschlossen, die im Verdacht standen, in den Jahren 2007 und 2008 Gaspreise in der Haushaltskundenversorgung missbräuchlich überhöht zu haben (S. 30, 114 ff.).

Mit dem Inkrafttreten der Preismissbrauchsnovelle wurde auch der Regelungsgehalt des § 81 Absatz 4 im Wortlaut klarer gefasst. Gegenüber der bisherigen Fassung enthält die Neuregelung folgende Klarstellungen:

In § 81 Absatz 4 Satz 2 wurde klargestellt, dass – auch im gerichtlichen Verfahren – für die Berechnung der Bußgeldhöchstgrenze der Gesamtumsatz maßgeblich ist, den die beteiligten Unternehmen in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielt haben. Klargestellt wurde auch, dass die Kappungsgrenze von 10 % nicht innerhalb des Bußgeldrahmens von einer Million Euro Anwendung findet.

In § 81 Absatz 4 Satz 3 wurde klargestellt, dass bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes zur Bestimmung der Kappungsgrenze der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen ist, die als wirtschaftliche Einheit operieren.

Durch einen in Absatz 4 neu eingefügten Satz 4 wurde zudem klargestellt, dass die Höhe der Umsätze geschätzt werden kann.

## Teil II: Entwicklung der Kartellrechtspraxis

### 1. Fusionskontrolle

#### 1.1 Statistische Übersicht

Im Zeitraum 2007/2008 sind insgesamt 3 917 Zusammenschlüsse angemeldet worden. Gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum ergibt sich somit ein Anstieg um 401.

	2007	2008	Gesamt
Anmeldungen	2 242	1 675	3 917
Davon nicht kontrollpflichtig	126	117	243
Davon Rücknahmen vor Abschluss des Verfahrens	38	56	94

Ein Vergleich der einzelnen Jahreswerte zeigt, dass der bisherige Höchststand aus dem Jahr 2006 im Jahr 2007 nochmals deutlich übertroffen wurde (2 242 Anmeldungen im Vergleich zu 1 829), ehe die Zahl der Anmeldungen im Jahr 2008 mit 1 675 etwa auf das Niveau von 2005 zurückging.

#### 1.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum insgesamt 44 förmliche Verfügungen im Hauptprüfverfahren erlassen (zum Vergleich: 64 Verfahren im Berichtszeitraum 2005/2006). Von diesen Hauptprüfverfahren sind 21 durch eine Freigabe (43 in 2005/2006), zwölf durch eine Freigabe mit Nebenbestimmungen (zehn in 2005/2006) und elf durch eine Untersagung (elf in 2005/2006) abgeschlossen worden. In 13 Fällen endete die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch eine Rücknahme der Anmeldung (zehn in 2005/2006). Sämtliche förmliche Verfügungen sind unter der Internet-Adresse [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) abrufbar.

#### Freigaben unter Nebenbestimmungen

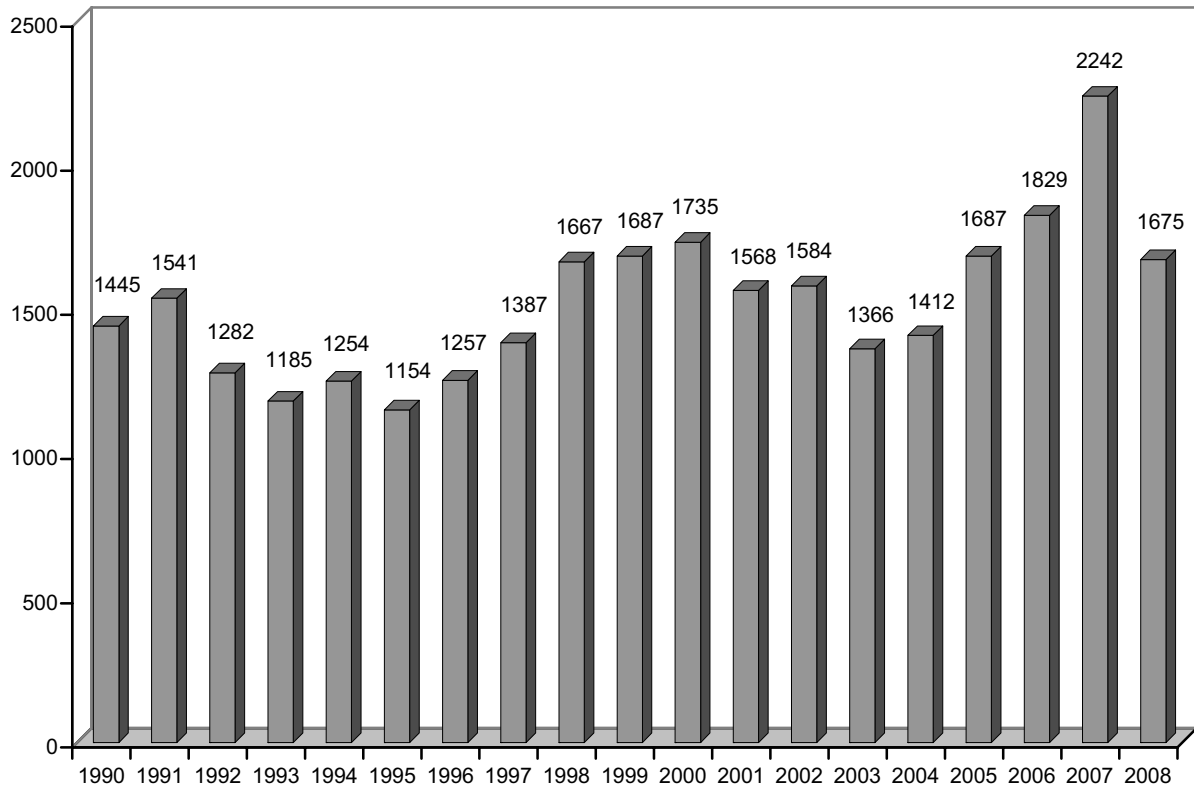
Freigabeentscheidungen im Hauptprüfverfahren können mit Bedingungen und Auflagen versehen werden, wenn diese geeignet und erforderlich sind, um die ansonsten drohende Untersagung abzuwenden. Die Nebenbestimmungen dürfen sich allerdings nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen (§ 40 Absatz 3). Im Berichtszeitraum sind in zwölf Fällen Zusammenschlüsse unter Bedingungen bzw. Auflagen freigegeben worden.

#### Untersagungen

Wegen Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wurden im Berichtsraum insgesamt elf Zusammenschlüsse untersagt.

Seit Beginn der Fusionskontrolltätigkeit des Bundeskartellamtes im Jahr 1973 sind somit insgesamt 175 Zusammenschlüsse untersagt worden. Hiervon sind 114 Entscheidungen bestandskräftig geworden. In 10 Fällen sind noch Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren anhängig. Endgültig aufgehoben oder für erledigt erklärt wurden Untersagungen in 51 Fällen.

**Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2008**



Zusammenschluss (Kurzbezeichnung)	Entscheidungsgründe
Sulzer/Kelmix/Werfo	Auflösung; Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem mindestens europaweiten Markt für Zweikomponentenkartuschen für medizinische Anwendungen und für Industrieanwendungen (S. 16, 89 f.). Aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf angeordnet; Rechtsbeschwerde wurde zurückgewiesen; Erledigungserklärung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf im Hauptsacheverfahren.
RWE Energy/SaarFerngas	Verstärkung marktbeherrschender Stellungen von RWE, SaarFerngas sowie einer Reihe von Stadtwerken auf regionalen bzw. lokalen Gasverteiler- und Gasendkundenmärkten sowie auf bundesweiten Strommärkten (S. 111). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.
Phonak/GN ReSound	Begründung eines marktbeherrschenden Oligopols auf dem inländischen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten über den Hörgeräte-Akustikhandel (S. 17, 18, 40, 44, 100 f.). Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.
LBK/Mariahilf	Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der verbundenen Freien und Hansestadt Hamburg und der Asklepios Kliniken Hamburg auf dem räumlich relevanten Krankenhausmarkt (S. 22, 147 f.). Beschwerde sowie auch Nichtzulassungsbeschwerde wurden vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen.

Zusammenschluss (Kurzbezeichnung)	Entscheidungsgründe
Cargotec/CVS Ferrari	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Cargotec-Tochter Kalmar auf dem mindestens europaweiten Markt für Reach Stacker (Greifstapler zur Abfertigung großer Container) sowie Verstärkung des wettbewerbslosen Duopols der Anbieter Kalmar und Fantuzzi auf dem mindestens europaweiten Markt für Straddle Carrier (Portalhubstapler zum Transport von Containern) (S. 87). Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Nichtzulassungsbeschwerde wurde eingelegt.
Faber/BAG/AML	Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Werhahn-Gruppe bei der Produktion und dem Vertrieb von Asphalt im Raum Bad Kreuznach (S. 16, 19, 40, 82 f.). Aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf angeordnet; Verfahren nach erfolgreicher Rechtsbeschwerde zurückverwiesen.
LRP/Lotto Rheinland-Pfalz	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Lotto Rheinland-Pfalz auf dem Lotteriemarkt in Rheinland-Pfalz sowie der marktbeherrschenden Stellungen der Lottogesellschaften in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Sachsen und Thüringen auf den Lotteriemärkten in den jeweiligen Ländern (S. 16). Beschluss wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben; Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen; Nichtzulassungsbeschwerde wurde nicht eingelegt.
A-TEC Industries AG/ Norddeutsche Affinerie AG	Auflösung; Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem EWR-weiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb sauerstofffreier Kupferstranggussformate an Dritte (S. 17, 21, 84 f.). Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.
Loose/Poelmeyer u. a.	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Unternehmensgruppe Theo Müller (Muttersgesellschaft der Käserei Loose) auf dem Markt für die Herstellung von Sauermilchkäse in Deutschland (S. 66 f.). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.
Intermedia/H&B	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Leser- und Anzeigenmarkt für Kosmetik-Fachzeitschriften. Der Beschluss ist bestandskräftig (S. 70 ff.).
Assa Abloy/SimonsVoss AG	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem inländischen Markt für elektronische und mechatronische Schließzylinder (S. 94 f.). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.

### Vorfälle

Als Vorfälle werden solche Fälle bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder aber in der ersten Phase oder im Hauptprüfverfahren zurückgezogen worden sind. Die Zahl der relevanten Fälle lag im Berichtszeitraum bei 39. Die besondere Bedeutung der Rücknahme einer Anmeldung im Vorfeld der (Untersagungs-) Entscheidung liegt darin, dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auch ohne abschließende Verfügung verhindert werden kann.

### 1.3 Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

#### Zweite Inlandsumsatzschwelle

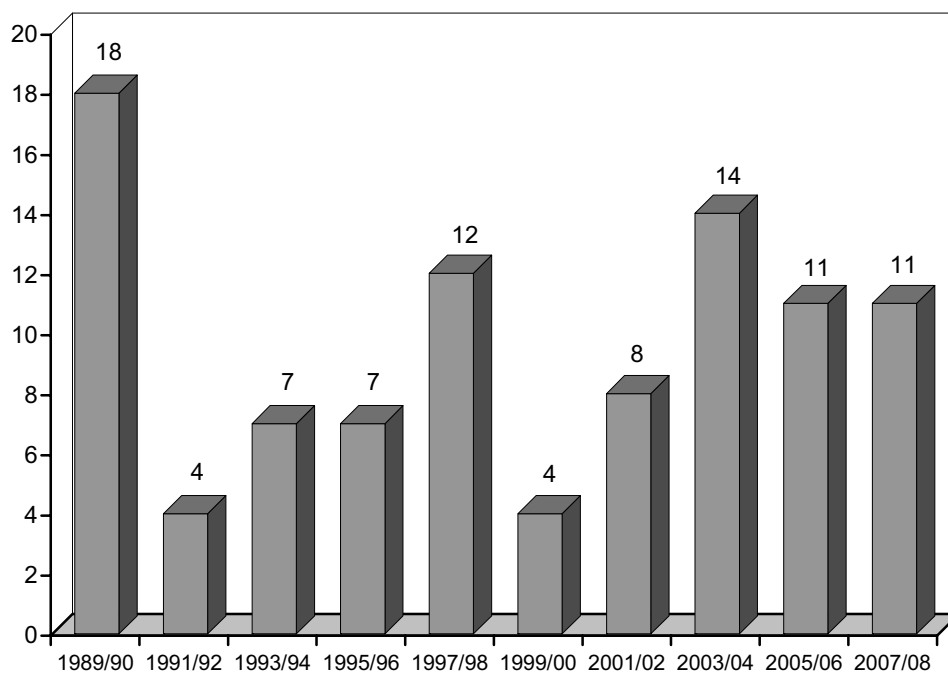
Mit dem „Dritten Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ (Bundesratsdrucksache 558/08 vom 8. August 2008), kurz „Drittes Mittelstandsentslastungsgesetz“ (MEG III), wurde eine zweite Inlandsumsatzschwelle für die deutsche Fusionskontrolle eingeführt. Danach setzt die Anwendbarkeit

der Fusionskontrolle neben den bisher erforderlichen inländischen Umsätzen eines beteiligten Unternehmens von mehr als 25 Mio. Euro künftig auch inländische Umsätze eines weiteren beteiligten Unternehmens von mehr als 5 Mio. Euro voraus (§ 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB n. F.).

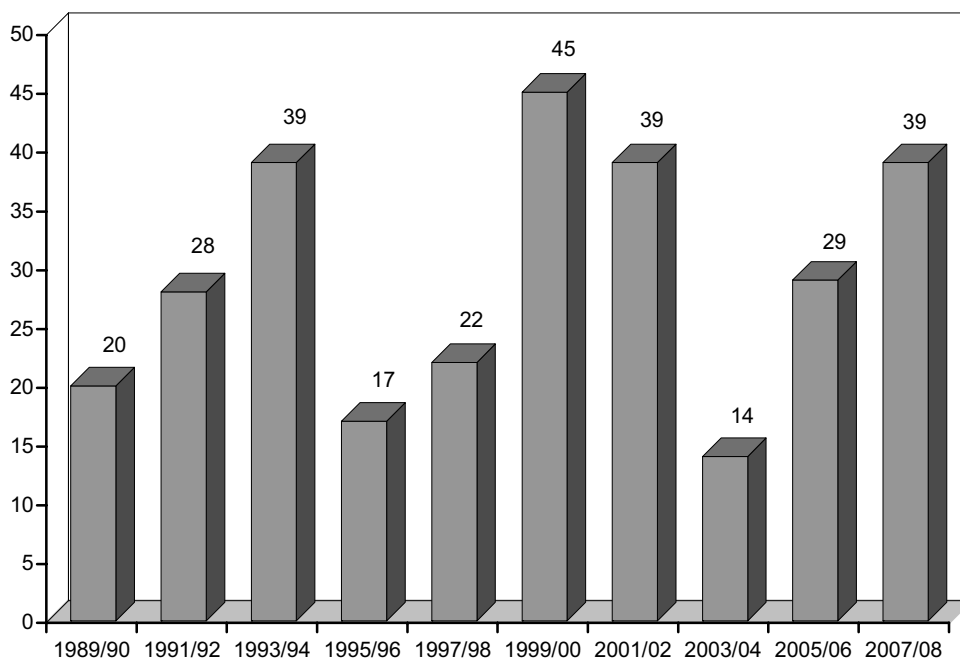
Die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle passt die deutsche Fusionskontrolle an internationale Empfehlungen an: Die „ICN Recommended practices for merger notification procedures“ (abrufbar unter: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/archive/0611/mnprecpractices.pdf>), an die sich die „OECD Recommendation on merger review“ anschließt (abrufbar unter: [http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdactsinsf/linkto/c\(2005\)34](http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdactsinsf/linkto/c(2005)34)), empfehlen als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle, dass mindestens zwei der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im betreffenden Land bestimmte Mindestumsätze erzielen.

Das Bundeskartellamt erwartet, dass bei Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle die Anzahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse, insbesondere von Auslandszusammenschlüssen, merklich sinken wird. Eine

**Zahl der Untersagungen  
nach Berichtszeiträumen**



**Zahl der Vorfeldfälle  
nach Berichtszeiträumen**



Verringerung des Schutzes vor Vermachtung der Märkte ist bei einer zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. Euro aber nicht zu befürchten, weil bei dieser Umsatzhöhe fast ausschließlich wettbewerblich wenig problematische Fusionen von der Anmeldepflicht entbunden werden.

### Krankenhausfusionen

Der Bundesgerichtshof hat im Fusionsfall „Rhön AG/Landkreis Rhön-Grabfeld“ die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften im Krankenhausbereich bejaht. § 69 SGB V schließe die Anwendung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern nicht aus. Krankenhäuser handelten als Unternehmen, da sie selbständig im geschäftlichen Verkehr Waren und Dienstleistungen austauschten (Beschluss vom 16. Januar 2008, WuW DE-R 2327).

### Fusionen und Regulierung des Glückspiels

In dem Fusionsfall „Land Rheinland-Pfalz/Lotto Rheinland Pfalz“ hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Anwendung der Fusionskontrolle verneint und eine Untersagung des Bundeskartellamtes aufgehoben. In dem Fall wollte das Land Rheinland Pfalz die privatrechtlich organisierte rheinland-pfälzische Lotto GmbH übernehmen, um das Glücksspielrecht ausschließlich staatlich-monopolistisch zu organisieren. Dies geschah in Übereinstimmung mit landesrechtlichen Glücksspielvorschriften, wonach das Land Rheinland-Pfalz Glücksspiele selbst, über die Süddeutsche Klassenlotterie, über eine privatrechtliche Gesellschaft, die vom Land beherrscht wird, oder aber mittels beliebiger Dritter durchführen kann (§ 5 Landesglücksspielgesetz). Mit Verweis auf diese landesrechtliche Vorschrift verneinte das Oberlandesgericht die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle. Das Land handele hoheitlich und nicht unternehmerisch, wenn es entscheide, die Mehrheit an der Lotto GmbH zu übernehmen, um so als einziger Lotterieveranstalter in Rheinland Pfalz tätig zu werden. Das GWB breche als Bundesrecht auch nicht die landesrechtlichen Glücksspielregeln (Artikel 31 GG), da die beiden Regelungen sich auf unterschiedliche Sachverhalte bezögen und daher keine Normenkollision bestehe. Auch sonstige verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Bundestreue, Grundrechte sowie die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bestünden nicht (Beschluss vom 17. September 2008, VI – Kart 19/07 [V]). Das Bundeskartellamt verzichtete auf weitere Rechtsmittel. Gleichwohl hält es an seiner mehrfach geäußerten Rechtsauffassung fest, dass auch Zusammenschlüsse, die aufgrund eines staatlichen Hoheitsaktes erfolgen, grundsätzlich der Fusionskontrolle unterfallen.

#### 1.4 Bagatellmarktklausel

Die Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bagatellmarktklausel, die sich aus der Rechtsprechung im letzten Berichtszeitraum ergeben hatte, wurde in diesem Berichtszeitraum bestätigt:

Im Berichtszeitraum 2005/2006 hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf im Fall E.I. du Pont (USA)/Pedex (WuW/E DE-R 1881) und im einstweiligen Rechtsschutzverfahren im Fall Sulzer (Schweiz)/Kelmix (Schweiz) (WuW/E DE-R 1931) entschieden, dass bei der Bestimmung, ob ein Markt als Bagatellmarkt i. S. d. § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 einzustufen ist, allein das inländische Marktvolumen maßgeblich ist, selbst wenn es sich bei dem ökonomisch relevanten Markt um einen europa- oder weltweiten Markt handelt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 18). Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes im Fall Sulzer/Kelmix wurde diese Rechtsauffassung durch den Bundesgerichtshof bestätigt (WuW/E DE-R 2133): Würde die Schwelle von 15 Mio. Euro für einen Bagatellmarkt auf den ökonomisch relevanten europa- oder gar weltweiten Markt bezogen, so wäre eine Prüfung und gegebenenfalls Untersagung auch solcher Zusammenschlüsse möglich, die einen im Inland unbedeutenden Markt betreffen; dies aber widerspreche dem Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, dass für einen Bagatellmarkt die Umsätze auf dem ökonomisch relevanten Markt maßgeblich sein sollten, hätte er dies in der Begründung zur 7. GWB-Novelle klar stellen müssen. Darüber hinaus spreche für eine Berücksichtigung allein der inländischen Umsätze auch die Kollisionsnorm des § 130 Absatz 2. Zu einer Entscheidung dieser Frage im Hauptsacheverfahren im Fall Sulzer/Kelmix kam es nicht mehr, weil die Hauptsache von den Beteiligten übereinstimmend für erledigt erklärt wurde.

Des Weiteren hatte der Bundesgerichtshof im Berichtszeitraum 2005/2006 im Fall Deutsche Bahn/KVS Saarlouis (WuW/E DE-R 1797) in Fortentwicklung seiner „Raiffeisen“-Rechtsprechung (WuW/E BGH 3037) entschieden, dass die Bagatellmarktklausel auch in folgenden zwei Konstellationen nicht anwendbar sei: Zum einen dann, wenn ein Zusammenschluss mehrere räumlich benachbarte und sachlich gleichartige Märkte betrifft, und zum anderen dann, wenn die Zusammenschlussbeteiligten auf vor- und nachgelagerten Märkten tätig sind, von denen einer ein Bagatellmarkt und einer ein Nicht-Bagatellmarkt ist, und wenn des Weiteren die Wettbewerbsbedingungen auf dem Bagatellmarkt darüber entscheiden, welche Anbieter rechtlich und tatsächlich dazu in der Lage sind, auf dem Nicht-Bagatellmarkt tätig zu sein. In seiner Entscheidung Sulzer/Kelmix hatte der Bundesgerichtshof die Fallgruppen aufgezählt, in denen er in seiner bisherigen Rechtsprechung eine Zusammenfassung verschiedener Bagatellmärkte zugelassen hatte. Dabei hatte er die Entscheidung Deutsche Bahn/KVS Saarlouis nur für die Fallgruppe der vor- und nachgelagerten Märkte, nicht aber für die Fallgruppe der räumlich benachbarten und sachlich gleichartigen Märkte aufgeführt. Damit habe der Bundesgerichtshof diese Fallkonstellation einer Nicht-Anwendung der Bagatellmarktklausel allerdings nicht an die zusätzlichen in der Raiffeisen-Entscheidung genannten Voraussetzungen binden wollen; dies stellte das Oberlandesgericht in seiner Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zum Fall Faber/Basalt

(Beschluss vom 26. Februar 2008, VI Kart 18/07 (V)) klar.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Bagatellmarkts sind nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf die Umsätze der Unternehmen aus dem Jahr vor der Gerichtsentscheidung zugrunde zu legen und nicht die Umsätze aus dem Jahr vor der kartellbehördlichen Untersagungsverfügung („Radio Ton“). Zwar sei bei der Überprüfung von Untersagungen im Wege der Anfechtungsbeschwerde grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Behördenentscheidung abzustellen (Bundesgerichtshof, WuW/E DE-R 1419 – Deutsche Post/trans-o-flex; bestätigend auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07, „Uniklinik Greifswald/KKH Wolgast“). Anderes gelte jedoch, wenn die Untersagung bei ihrem Erlass rechtens gewesen sei, die Voraussetzungen für die Eröffnung der Zusammenschlusskontrolle aber im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens weggefallen seien. In einem solchen Fall lägen die Voraussetzungen, unter denen das GWB die Untersagung eines Zusammenschlusses gestattet, nicht mehr vor, so dass die kartellbehördliche Verfügung vom Beschwerdegericht auch nicht mehr aufrechterhalten werden dürfe (Beschluss vom 30. April 2008, VI – Kart 14/04 [V]).

### 1.5 Zusammenschlusstatbestand

#### Wettbewerblich erheblicher Einfluss

Das Bundeskartellamt hat im Zusammenschlussfall A-TEC/Norddeutsche Affinerie (NA) bei einem Anteilswerb i. H. v. 13,75 % in einer Gesamtschau aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 (Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses) angenommen: Bereits eine Beteiligung in dieser Höhe hätte der A-TEC bei der NA de facto eine Position verschafft, die einer aktienrechtlichen Sperrminorität entsprochen hätte und folglich mit einem Anteilswerb von 25 % vergleichbar gewesen wäre. Grund waren zum einen die geringe Abstimmungspräsenz in den Hauptversammlungen, die in den letzten drei Jahren zwischen 35 % und 37 % lag, und zum anderen die stark zersplitterte Aktionärsstruktur. Es gab keinen Mehrheitsaktionär, A-TEC war mit Abstand der größte Einzelaktionär, und rund 65 % der Anteile befanden sich im Streubesitz. Da A-TEC der wichtigste Wettbewerber von NA auf dem betroffenen Markt war, verfolgte die A-TEC mit der Beteiligung an der NA auch kein rein finanzielles Interesse, sondern ein langfristiges strategisches Interesse.

Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Fall A-TEC/NA (Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 (V)) den Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs eines wettbewerblich erheblichen Einflusses als erfüllt angesehen. Diesen hat es zwar nicht auf die geringe Abstimmungspräsenz in den Hauptversammlungen gestützt. Insoweit fehlten ausreichende Anhaltspunkte, dass die Abstimmungspräsenz in den Hauptversammlungen künftig ebenso gering wie bislang sein werde. Vielmehr genügte dem Oberlandesgericht Düsseldorf für die Annahme des Erwerbs eines wettbewerblich erheblichen

Einflusses die stark zersplitterte Aktionärsstruktur und die Tatsache, dass A-TEC im Vergleich zu den anderen Aktionären über weit überlegene Branchenkenntnisse verfügt.

### 1.6 Fristen im Fusionskontrollverfahren

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Zusammenschlussfall Phonak (Schweiz)/ReSound (Dänemark) (Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V)) enthält grundsätzliche Ausführungen zu den Fristen im Fusionskontrollverfahren. Danach ist es nicht zulässig, dass die anmeldenden Unternehmen und das Bundeskartellamt vereinbaren, die Anmeldung werde zurückgenommen und später ohne Änderungen wieder eingereicht. Ein solches Vorgehen bewirke im Ergebnis eine Verlängerung der Frist gem. § 40 Absatz 1 Satz 1 von einem Monat für die Prüfung in der ersten Phase. Eine solche Verlängerung sei aber im Gesetz nicht vorgesehen. Eine Verlängerung sei im Gesetz nach § 40 Absatz 2 Satz 4 nur für die Frist gem. § 40 Absatz 2 Satz 2 von insgesamt vier Monaten für die Prüfung in der zweiten Phase vorgesehen. Hingegen stehe die sog. Monatsfrist nicht zur Disposition der anmeldenden Unternehmen und des Bundeskartellamtes. Über Zusammenschlüsse, die eine Prüfung von mehr als einem Monat erfordern, müsse in der zweiten Phase entschieden werden, damit sich die Kartellbehörde nicht ihrer Verpflichtung zum Erlass einer begründeten und gerichtlich anfechtbaren Entscheidung entziehen könne.

Im entschiedenen Fall sei der Zusammenschluss nach Auffassung des Gerichts trotz einer vereinbarten Rücknahme der Anmeldung und einer erneuten Anmeldung ohne Änderungen nicht durch Ablauf der Monatsfrist freigegeben worden. In einem noch vor Ablauf der Monatsfrist zwischen den anmeldenden Unternehmen und dem Bundeskartellamt geführten Telefonat hatte das Bundeskartellamt den anmeldenden Unternehmen mitgeteilt, dass die Beurteilung des Zusammenschlusses nicht in der Monatsfrist abgeschlossen werden könne. Dies wertete das Oberlandesgericht Düsseldorf als eine – formlos mögliche – Mitteilung der Eröffnung des Hauptprüfverfahrens (§ 40 Absatz 1 Satz 1). Der Zusammenschluss sei auch nicht durch Ablauf der viermonatigen Frist freigegeben worden. Diese Frist wäre zum Zeitpunkt der Untersagungsentscheidung eigentlich abgelaufen gewesen, wenn der Fristlauf mit der ersten Anmeldung begonnen hätte. Nach der Auslegung des Oberlandesgerichts Düsseldorf beinhaltete das erwähnte Telefonat aber eine Verlängerung der viermonatigen Frist, so dass die Viermonatsfrist erst mit der zweiten Anmeldung und nicht bereits mit der ersten Anmeldung begann.

### 1.7 Oligopolistische Marktbeherrschung

In mehreren Fällen wurde in den Jahren 2007 und 2008 eine vom Bundeskartellamt identifizierte oligopolistische Marktbeherrschung durch die Gerichte bestätigt.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung E.ON/Stadtwerke Eschwege festgestellt, dass E.ON und RWE auf dem deutschlandweiten Markt für den Erstabsatz von

Strom ein marktbeherrschendes Duopol bilden (Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, S. 105). Ob ein Oligopol i. S. d. § 19 Absatz 2 Satz 2 besteht, sei anhand einer Gesamtbetrachtung aller für den Wettbewerb relevanten Umstände zu beurteilen. Dabei komme den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu. Es sei zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen sei. Dies sei anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit (implizite Kollusion) bestehe. Wesentliche Indizien für eine enge Reaktionsverbundenheit, aufgrund derer mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten zu rechnen sei, seien eine hohe Markttransparenz und wirksame Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei abweichendem Verhalten. Es müsse ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Zu den Strukturmerkmalen, die eine Reaktionsverbundenheit von E.ON und RWE erwarten ließen, gehörten die vertikale Integration beider Unternehmen, die Präsenz beider Unternehmen auf Strom- und Gasmärkten, gesellschaftsrechtliche Verflechtungen, die Homogenität des Produktes Strom sowie die hohen Marktanteile und deutlichen Marktanteilsabstände zu den Wettbewerbern. Auch die Feststellung, dass tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb bestehe, sei zutreffend. Ebenso zutreffend sei festgestellt worden, dass E.ON und RWE in ihrer Gesamtheit eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung einnahmen und ein Außenwettbewerb auch tatsächlich nicht stattfinde.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit seiner Entscheidung vom 3. Dezember 2008 zur Beschwerde im Fall Springer/ProSiebenSat.1 (VI-Kart 7/06 (V) – nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – festgestellt (S. 19, 44, 45), dass die Fernsehsendergruppen ProSiebenSat.1 und RTL auf dem deutschen Fernsehwerbe- markt ein marktbeherrschendes Duopol bilden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 179). Das Gericht führt dabei u. a. aus, die stabilen Marktanteile der Duopolmitglieder bei gleichzeitig fehlendem Preiswettbewerb und hoher Markttransparenz belegten, dass allein der (von den Beteiligten angeführte) Wettbewerb um Einschaltquoten nicht ausreichen könne, um einen wesentlichen Binnenwettbewerb um TV-Werbekunden sicherzustellen. Angesichts der nahezu identischen Entwicklung der Marktanteile und Brutto-Werbepreise in Verbindung mit einer hohen Markttransparenz stehe fest, dass zwischen den Duopolisten kein wesentlicher Wettbewerb stattfinde. Angesichts des überragenden Marktanteilsvorsprungs des Duopols von annähernd 80 % komme einem begrenzten tatsächlichen Wettbewerb zu den übrigen Sendern kein maßgebliches Gewicht zu.

Der Erwerb von GN ReSound durch Phonak hätte nach Ansicht des Bundeskartellamtes zumindest zur Entstehung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Siemens, Phonak und Oticon auf dem deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten geführt (S. 100 f.). Der gemeinsame Marktanteil von über 80 % hätte sich durch den geplanten Zusammenschluss

auf etwa 90 % erhöht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte, dass eine Gesamtschau der Marktbedingungen zu dem Ergebnis führt, dass nicht mit wesentlichem Binnenwettbewerb zwischen den drei führenden Unternehmen gerechnet werden konnte. Die Marktbedingungen seien gekennzeichnet durch eine hohe Markttransparenz, die mit einem fehlenden Anreiz für Preiswettbewerb einhergehe. Angesichts fehlenden Preiswettbewerbs und der Abwesenheit wesentlichen Produkt- und Innovationswettbewerbs bestätige auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten den genannten Befund. Darüber hinaus geht das Gericht in seiner Entscheidung davon aus, dass auf dem relevanten Markt bereits ein marktbeherrschendes Oligopol bestand, welches durch die Fusion verstärkt worden wäre. Die Beteiligten hätten die Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 nicht widerlegt. Die marktanteilsbezogene Symmetrie im Oligopol wäre durch das Vorhaben gestiegen, was den Binnenwettbewerb weiter geschwächt hätte. Zudem wäre der verbliebene Außenwettbewerb verringert worden, da mit GN ReSound der größte Wettbewerber des Oligopols weggefallen wäre und sich der Marktanteilsabstand zu den nächst größeren Wettbewerbern vergrößert hätte.

In einem weiteren Fall ergaben die Marktuntersuchungen des Bundeskartellamtes, dass die integrierten Mineralölgesellschaften Shell, BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso und Total beim Absatz von Otto- und Dieselmotorkraftstoff über Straßentankstellen ein marktbeherrschendes Oligopol i. S. d. § 19 Absatz 2 und 3 bilden. Der Erwerb von sechs Straßentankstellen der Hanseatic Petrol Vertriebs GmbH durch Shell ließ jedoch auch bei regionaler Betrachtung keine untersagungsfähige Verschlechterung auf den betroffenen Tankstellenmärkten erwarten und wurde freigegeben (S. 121). Zwar muss eine Verschlechterung in der deutschen Fusionskontrolle nicht spürbar sein. Im untersuchten Fall war jedoch nicht zu erwarten, dass der Erwerb der sechs Tankstellen das wettbewerbslose Oligopol ursächlich verstärken würde. Die Marktanteilszuwächse lagen bei jeder möglichen Marktsegmentierung deutlich unter einem Prozent. Bislang haben nur deutlich größere Zuwächse die Rechtsprechung veranlasst, die Frage zu erörtern, ob ein geringer Marktanteilszuwachs noch untersagungsfähig ist. Wäre jedoch eine Strategie der Oligopolmitglieder feststellbar, den Grad der vertikalen Integration durch Zukäufe zu erhöhen, um die Absatzmärkte abzuschotten, wäre dem auch bei kleineren Veränderungen entgegenzutreten. Eine solche Strategie wurde im vorliegenden Fall jedoch nicht festgestellt, so dass sich auch keine entsprechende Verstärkungswirkung ergab.

## 1.8 Vertikale Fusionen

Bei vertikalen Fusionen sind die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette tätig. Sie sind somit keine aktuellen Wettbewerber auf demselben relevanten Markt, sondern jeweils Anbieter auf einander vor- bzw. nachgelagerten Märkten. Eine marktbeherrschende Stellung kann durch einen solchen Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden, wenn es zur Abschottung bei Vorprodukten bzw. Rohstoffen



(input foreclosure) oder bei den Kunden (customer foreclosure) kommt. Das fusionierte (vertikal integrierte) Unternehmen könnte also entweder für seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt den Zugang zu Vorprodukten bzw. Rohstoffen beschränken oder es könnte für seine Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt den Zugang zu Abnehmern beschränken.

Im Berichtszeitraum wurden zwei vertikale Fusionen im Rahmen eines Hauptprüfverfahrens untersucht. Der eine Fall betraf den Erwerb des Membranvergaser-Herstellers ZAMA durch STIHL, einen Hersteller von Motorgeräten für die Bereiche Land-, Forstwirtschaft und Gartenpflege. Das Vorhaben wurde unter der aufschiebenden Bedingung bestimmter Veräußerungen freigegeben (S. 88 f.). Ohne die vorgeschriebene Veräußerungsverpflichtung hätte der Zusammenschluss die Marktstellung von STIHL auf den deutschen Märkten für tragbare Motorgeräte verstärkt, da STIHL sowohl die Fähigkeit als auch den Anreiz gehabt hätte, seine Wettbewerber vom Zugang zu wesentlichen Vorprodukten auszuschließen oder sie dabei wesentlich zu beschränken. Nach der Übernahme wäre STIHL dazu in der Lage gewesen, seinen Wettbewerbern den Zugang zu Membranvergasern von ZAMA zu erschweren und hätte so – aufgrund der Marktstellung von ZAMA – etwa die Hälfte des Marktes abschotten können. Zu einer solchen Strategie einer „input foreclosure“ hätte STIHL auch massive Anreize gehabt: Selbst wenn Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt weiter beliefert worden wären, wäre zu erwarten gewesen, dass die wichtigen Entwicklungsressourcen von ZAMA vorrangig für STIHL eingesetzt würden. Angesichts begrenzter Ausweichmöglichkeiten bestünden zudem Anreize zu Preiserhöhungen zu Lasten der Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten.

Ebenfalls um einen vertikalen Zusammenschluss handelte es sich bei der geplanten Beteiligung des Straßen- und Tiefbauunternehmens Faber am Asphaltmischwerk Langenthal. Das Werk ist der Werhahn-Gruppe zuzurechnen, die insbesondere in der Gewinnung und Herstellung von Baustoffen tätig ist. Der Zusammenschluss wurde untersagt, da er die marktbeherrschende Stellung der Werhahn-Gruppe auf dem Regionalmarkt für Walzasphalt um den Standort Langenthal verstärkt hätte (S. 82 f.). Die Beteiligung der Faber-Gruppe an dem Asphaltmischwerk hätte die Kundenbeziehungen der Werhahn-Gruppe zu Faber absichern können. Dadurch hätten sich die Möglichkeiten seiner Wettbewerber (auf dem vorgelagerten Markt für den Einsatzfaktor Asphalt), Faber als Kunden zu gewinnen, erheblich verschlechtert. Es bestand also die Gefahr einer „customer foreclosure“, weil ein wichtiger Kunde (Faber) vom bereits marktbeherrschenden Hersteller (Werhahn-Gruppe) über eine Minderheitsbeteiligung eingebunden werden sollte.

### 1.9 Konglomerate Fusionen

Eine konglomerate Fusion liegt vor, wenn sich weder direkte Wettbewerber noch Unternehmen, die auf einander folgenden Marktstufen tätig sind, zusammenschließen. Eine solche Konstellation lag im Fall des geplanten Zu-

sammenschlusses zwischen dem Axel Springer Verlag und der ProSiebenSat.1 Media AG vor, da Springer insbesondere auf Leser- und Anzeigenmärkten und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt aktiv ist. Mit seiner Entscheidung vom Dezember 2008 bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 177 ff.). Der Zusammenschluss hätte die marktbeherrschende Stellung des Duopols aus ProSiebenSat.1 und der zum Bertelsmann-Konzern gehörenden RTL-Gruppe auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt. Die Verstärkungswirkung resultiere u. a. daraus, dass die Duopolisten (neben dem Fernsehwerbemarkt) durch den Zusammenschluss auf weiteren Märkten (insbesondere verschiedene Printmedienmärkte) jeweils beide tätig gewesen wären. Mit dieser größeren Symmetrie ihrer Tätigkeitsbereiche hätte sich das wechselseitige Vergeltungspotenzial der Duopolmitglieder untereinander erhöht. Unerheblich sei dabei, dass auf diesen anderen Märkten keine duopolistischen Strukturen bestehen. Vielmehr sei das Abschreckungspotenzial sogar größer, wenn auf den übrigen Märkten, auf denen die Oligopolisten aufeinandertreffen, jeweils einer von ihnen eine stärkere Position habe.

Darüber hinaus wäre die marktbeherrschende Stellung von Springer auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen durch sog. cross-mediale Effekte verstärkt worden. Der Zusammenschluss hätte den Beteiligten nämlich zum einen wechselseitige Werbung für die jeweiligen Angebote des anderen Zusammenschlussbeteiligten ermöglicht. Zum anderen hätten sie ihren externen Werbekunden aus einer Hand Kampagnen in verschiedenen Medien anbieten können. Selbst wenn diese cross-medialen Effekte, wie die Beschwerdeführerin geltend machte, nur geringe Auswirkungen auf die Marktposition von Springer auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen gehabt hätte, hätte dies in diesem Fall für eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgereicht. Bei einer Marktbeherrschung wie im vorliegenden Fall genüge bereits jede Verfestigung der Marktposition, denn je geringer der verbleibende Restwettbewerb ist, desto schützenswerter ist er.

Auch konglomerate Fusionen können somit eine marktbeherrschende Stellung verstärken, obwohl sie weder zu Marktanteilsadditionen führen noch Abschottungsstrategien ermöglichen. Sie können beispielsweise die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten erhöhen, wenn diese infolge der Fusion auf mehreren Märkten aufeinandertreffen und damit ihr Vergeltungspotenzial auf zusätzliche Märkte ausweiten.

### 1.10 Abwägungsklausel

Nach der Abwägungsklausel des § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz ist ein Zusammenschluss trotz der zu erwartenden Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung freizugeben, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass unmittelbar durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese die Nachteile der Marktherrschaft überwiegen.

Der Erwerb von Teilnetzen der Orion-Gruppe durch KDG, den größten Betreiber von Breitbandkabelnetzen in Deutschland, führte zwar zu einer Verschlechterung der Marktstrukturen auf dem Einspeisemarkt, dem Endkundenmarkt und dem Signallieferungsmarkt. Der Zusammenschluss war jedoch freizugeben, da die Beteiligten nachgewiesen haben, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Markbeherrschung überwiegen (S. 95 f.).

Als Verbesserungsmärkte waren in diesem Fall die Märkte für Breitbandanschlüsse (Internet) und für schmalbandige Anschlüsse (Telefonie) betroffen. Auf beiden Märkten ist von einer Markbeherrschung durch die Deutsche Telekom AG (DTAG) auszugehen. Als Verbesserungswirkungen können nur solche Umstände berücksichtigt werden, die sich auf die Marktstruktur auswirken. Sie müssen durch den Zusammenschluss möglich werden, sowie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und aufgrund des Zusammenschlusses eintreten. Alle diese Bedingungen waren im vorliegenden Fall erfüllt. Durch die Zusammenführung der Kabelnetze konnte eine spezifische Zugangssperre zu den Absatzmärkten in erheblichem Umfang gemildert werden und somit ein struktureller Nachteil der Wettbewerber gegenüber der DTAG beseitigt werden. Schließlich waren die Verbesserungswirkungen (Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs) und die Bedeutung der festgestellten Verschlechterungen auf den Kabelmärkten gegeneinander abzuwägen. Im Ergebnis überwogen die Verbesserungswirkungen (besserer Zugang zu den Absatzmärkten für Anschlussprodukte), insbesondere weil ihre strukturelle Bedeutung für die Wettbewerbsintensität auf den betroffenen Märkten gegenüber den Verschlechterungen auf den Kabelmärkten wettbewerbslich höher zu bewerten war.

### 1.11 Bedingungen und Auflagen

Als Nebenbestimmungen zur Freigabe eines Zusammenschlusses sind grundsätzlich aufschiebende oder auflösende Bedingungen oder Auflagen möglich. Im Fall einer aufschiebenden Bedingung erlangt die Freigabe erst Wirksamkeit, wenn die Bedingung erfüllt ist; bis dahin kann der Zusammenschluss nicht vollzogen werden. Im Fall einer auflösenden Bedingung und einer Auflage kann der Zusammenschluss sofort vollzogen werden. Bei einer auflösenden Bedingung entfällt die Wirksamkeit der Freigabe, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird. Bei einer Auflage bleibt die Wirksamkeit der Freigabe erhalten, die Auflage kann aber mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden.

Damit unterscheiden sich aufschiebende und auflösende Bedingungen und Auflagen in der Intensität ihrer Wirkung: Der Druck zur Umsetzung der Nebenbestimmungen ist bei aufschiebenden Bedingungen am stärksten und bei Auflagen am schwächsten. Darum sind aufschiebende Bedingungen einerseits für den Schutz des Wettbewerbs am effektivsten und andererseits aus Sicht der betroffenen Unternehmen am belastendsten. Bei Auflagen ist es umgekehrt: Sie sind für den Schutz des Wettbewerbs wenig

effektiv und aus Sicht der betroffenen Unternehmen weniger belastend. Generell führen Nebenbestimmungen dazu, dass sich die Zusammenschlussbeteiligten bei der verpflichtenden Veräußerung von Unternehmensteilen in einer ungünstigen Verhandlungsposition gegenüber potentiellen Erwerbern befinden. Das Bundeskartellamt trägt dem Rechnung, indem die Veräußerungsfristen nicht veröffentlicht werden. Damit kann die ungünstige Verhandlungssituation aber nur abgemildert werden, vermeiden lässt sie sich letztlich nicht, wenn die Unternehmen den eigentlichen Zusammenschluss weiter verfolgen wollen.

In seiner bisherigen Praxis mit Nebenbestimmungen hat das Bundeskartellamt in einer Reihe von Fällen die Erfahrung machen müssen, dass Auflagen nicht die zum Schutz des Wettbewerbs erforderliche Wirkung entfalten konnten, weil die betroffenen Unternehmen die Umsetzung nicht ernsthaft genug betrieben haben. Darum zeichnet sich in der Praxis des Bundeskartellamtes eine Tendenz ab, nicht mehr Auflagen, sondern verstärkt Bedingungen, und dabei eher aufschiebende als auflösende Bedingungen, zu gebrauchen. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen die Nebenbestimmungen wichtige Bereiche des Zusammenschlussvorhabens betreffen oder in denen zum Zeitpunkt der Entscheidung noch unklar ist, ob sich geeignete Käufer finden, die das Wettbewerbspotential der zu veräußernden Unternehmensteile am Markt erhalten können.

### Muster-Nebenbestimmungen und Muster-Treuhändlervertrag

Um für die Zusammenschlussbeteiligten in Fusionskontrollverfahren in der zweiten Phase die Vorbereitung von Zusagenangeboten zu erleichtern, hat das Bundeskartellamt Muster-Nebenbestimmungen und einen Muster-Treuhändlervertrag ausgearbeitet und auf seiner Homepage bereit gestellt ([www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

Die Muster-Nebenbestimmungen und der Muster-Treuhändlervertrag basieren auf den bisherigen Erfahrungen des Bundeskartellamtes in der Praxis der Fusionskontrolle. Sie enthalten keine starren Vorgaben, wie in künftigen Fällen die Nebenbestimmungen und der Treuhändlervertrag beschaffen sein müssen. Vielmehr sind sie offen für Anpassungen an Besonderheiten im Einzelfall und an künftige Erfahrungen und Entwicklungen. Ihre Verwendung ist für die Zusammenschlussbeteiligten nicht verbindlich, kann die Verhandlungen über die Nebenbestimmungen aber beschleunigen.

### 1.12 Entflechtungsverfahren

#### Nachträgliche Anmeldung bereits vollzogener Zusammenschlüsse

Mit der 7. GWB-Novelle wurde § 41 Absatz 3 dahingehend geändert, dass die Entflechtung eines Zusammenschlusses nicht mehr eine bestandskräftige Untersagung voraussetzt, sondern dass lediglich die Voraussetzungen für eine Untersagung vorliegen müssen. Die Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 15/3640, S. 59) zu die-

ser Änderung besagt, dass damit gerade auch der Fall erfasst werden soll, dass ein nicht angemeldeter Zusammenschluss vollzogen worden ist. Daraus entstand eine Diskussion, ob ein bereits vollzogener Zusammenschluss noch wie bisher üblich im Anmeldeverfahren geprüft werden kann oder nunmehr im Entflechtungsverfahren geprüft werden muss.

Um eine einheitliche Rechtsanwendung sicher zu stellen, verständigten sich die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes darauf, bereits vollzogene Zusammenschlüsse abweichend von der Praxis vor der 7. GWB-Novelle künftig ausschließlich im Entflechtungsverfahren zu prüfen. Ergibt diese Prüfung, dass der vollzogene Zusammenschluss keinen wettbewerblichen Bedenken begegnet, stellt das Bundeskartellamt das Verfahren ein und teilt dies den beteiligten Unternehmen – formlos oder in einer förmlichen Entscheidung – mit.

Das Bundeskartellamt hat diese Änderung seiner Rechtspraxis in einer Mitteilung veröffentlicht. Diese hat in Fachkreisen eine Diskussion darüber ausgelöst, ob die Einstellung des Entflechtungsverfahrens dieselben zivilrechtlichen Wirkungen wie die formlose „Freigabe“ eines vollzogenen Zusammenschlusses im Vorprüfverfahren entfaltet: Sind die unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Absatz 1 Satz 1 abgeschlossenen Verträge auf Dauer nichtig, oder bewirkt die Einstellung des Entflechtungsverfahrens, nachdem festgestellt wurde, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt, die Heilung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit?

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Unwirksamkeitsnorm nach ihrem Sinn und Zweck auch dann nicht mehr zur Anwendung kommt, wenn das Bundeskartellamt die nachträgliche Prüfung eines Zusammenschlusses im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens abgeschlossen hat. Es erscheint daher sachgerecht, als „Freigabe“ i. S. d. § 41 Absatz 1 Satz 1 nicht nur die formlose Mitteilung anzusehen, dass das Bundeskartellamt kein Hauptprüfverfahren eingeleitet hat, sondern auch die Einstellung des Entflechtungsverfahrens. Ein anders lautendes obiter dictum im Fusionsfall A-TEC/Norddeutsche Affinerie (S. 84 f.) erfolgte vor der amtsinternen Koordinierung der Behandlung nachträglicher Anmeldungen.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass diese Zivilrechtsfrage ausschließlich in der Entscheidungszuständigkeit der Zivilgerichte liegt. Das Bundeskartellamt weist aber an dieser Stelle auf seine Einschätzung hin, weil von den betroffenen Fachkreisen mehrfach angeregt wurde, seine Auffassung zu dieser Frage klarzustellen.

### Voraussetzungen für eine Entflechtung

Auf Grundlage des geänderten § 41 Absatz 3 Satz 1, hat das Bundeskartellamt im Fall A-TEC/Norddeutsche Affinerie (NA) (S. 84 f.) in einer Verfügung zugleich die Untersagung und die Auflösung des bereits vollzogenen Zusammenschlusses verfügt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bezweifelt in seiner Entscheidung zu dem Fall (VI-

Kart 5/08 (V)), dass die Voraussetzungen für eine Entflechtungsanordnung erfüllt waren. Eine Entflechtungsanordnung setze nicht nur voraus, dass die Untersagungsbedingungen erfüllt sind, sondern auch – negativ – dass der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie keine Ministererlaubnis erteilt hat. Wenn diese negative Voraussetzung so verstanden würde, dass eine Ministererlaubnis definitiv ausgeschlossen sein müsse, so sei die Rechtmäßigkeit der Auflösungsverfügung ernstlich zweifelhaft, weil nach Erlass der Untersagungsverfügung zunächst noch eine Ministererlaubnis beantragt werden könne. Allerdings finden sich diese Äußerungen in einem obiter dictum zu den Erfolgsaussichten eines tatsächlich nicht gestellten Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Eine abschließende gerichtliche Klärung, welche Voraussetzungen für eine Entflechtungsanordnung erfüllt sein müssen, steht damit noch aus.

### 1.13 Verstoß gegen das Vollzugsverbot

Verstöße gegen das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 können mit einem Bußgeld geahndet werden. Mit der 7. GWB Novelle waren die Regeln zur Bußgeldhöhe, u. a. auch für Verstöße gegen das Vollzugsverbot, verschärft worden. Für Unternehmen können Bußgelder bis zu einer Höhe von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängt werden.

Im Berichtszeitraum kamen die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes vom 15. September 2006 in zwei Fällen bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot zur Anwendung. Die Leitlinien sehen vor, dass bei der Bußgeldbemessung die Schwere und Dauer des Verstoßes berücksichtigt wird. Dabei wird in einem ersten Schritt ein Grundbetrag von bis zu 30 % des tatbezogenen Umsatzes festgelegt. In einem zweiten Schritt werden nach verschiedenen Anpassungsfaktoren (Abschreckung, erschwerende Umstände, mildernde Umstände) Zu- bzw. Abschläge vorgenommen. Nach den Bußgeldleitlinien wird als tatbezogener Umsatz jener Umsatz zugrunde gelegt, den das beteiligte Unternehmen auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten im Inland erzielt hat. Gegen die Mars Inc. wurde wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot beim Erwerb von Nutro das für diese Art von Verstoß bislang höchste Bußgeld in Höhe von 4,5 Mio. Euro verhängt (S. 69). Als bußgeldmindernd konnte im Fall Mars/Nutro berücksichtigt werden, dass Mars kooperativ mit dem Bundeskartellamt an einer Beseitigung der fortdauernden Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses gearbeitet hat. Wegen fahrlässiger Verstöße gegen das Vollzugsverbot wurden außerdem Bußgelder in Höhe von 2,5 Mio. Euro gegen die Nordwest-Mediengruppe und in Höhe von 200 000 Euro gegen den ehemaligen Verleger und Geschäftsführer der „Nordwest-Zeitung“ verhängt (S. 70 f.).

### 1.14 Bußgeld wegen Falschangaben bei einer Anmeldung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Berichtszeitraum das durch das Bundeskartellamt im Jahr 2005 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 22) erstmals verhängte Buß-

geld wegen vorsätzlicher Falschangaben in einer Fusionsanmeldung gegen ein Unternehmen gemäß §§ 81 Absatz 1 Nummer 2, 39 Absatz 3 Satz 4 GWB a. F., § 30 Absatz 1 Nummer 5, Absatz 4 Satz 1 OWiG bestätigt. Das Unternehmen hatte, vertreten durch seine Anwälte, bei der Anmeldung eines Zusammenschlusses vorsätzlich erheblich zu hohe Marktvolumina für den deutschen Markt angegeben und das Bundeskartellamt damit täuschen wollen. Unerheblich war für die Richter, dass verlässliche Datenquellen fehlten und das Unternehmen sich lediglich auf Schätzungen berief. Als Marktführerin hätte sie erkennen müssen, dass das inländische Marktvolumen in der Realität erheblich niedriger war. Das Unternehmen hat so vermeiden können, die gemäß § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 4 GWB a. F. ab einem Marktanteil von 20 % erforderlichen präziseren Angaben zu machen, wodurch die Unrichtigkeit schwieriger zu entdecken war. Unerheblich war, dass der ökonomische Markt europaweit abzugrenzen war und es sich daher um Angaben für ein Teilsegment, Deutschland, handelte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat das Bußgeld des Bundeskartellamtes in Höhe von 250 000 Euro bestätigt. Grundlage für die Bußgeldbemessung waren in dem Fall die Vorschriften des GWB in der Fassung vor der 7. Novelle, da die Ordnungswidrigkeit im Jahr 2004 begangen wurde. Der Bußgeldrahmen ging bis 500 000 Euro. Das Urteil ist nicht schriftlich begründet worden, da keine Revision eingelegt worden ist. Das zunächst auch gegen die verfahrensbevollmächtigten Anwälte des Unternehmens eingeleitete Bußgeldverfahren wurde vom Bundeskartellamt eingestellt, da ihnen eine vorsätzliche Beteiligung an der Kartellordnungswidrigkeit nicht nachgewiesen werden konnte.

### 1.15 Ministererlaubnis

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kann nach § 42 unter bestimmten Voraussetzungen eine Erlaubnis für einen vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung durch gesamtwirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Anträge auf Ministererlaubnis sind seit Einführung der Fusionskontrolle in Deutschland im Jahr 1973 äußerst selten gestellt worden. Bis 2008 gab es insgesamt 22 Anträge in 21 Fällen: In acht Fällen wurde eine Ministererlaubnis (z. T. mit Auflagen) erteilt, in sechs Fällen wurde sie abgelehnt, in sieben weiteren Fällen wurden die Anträge vor der Entscheidung zurückgenommen.

Auf den Berichtszeitraum entfielen zwei Fälle. Im April 2008 hat der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie eine Ministererlaubnis für den Zusammenschluss des Universitätsklinikums Greifswald mit dem benachbarten Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH erteilt (Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 17. April 2008, Az. I B 1 – 221410/03). Das Bundeskartellamt hatte den Zusammenschluss im Dezember 2006 untersagt, da die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung des Universitätsklinikums auf dem Markt für

Krankenhausdienstleistungen in der Region Greifswald und Umland verstärkt worden wäre (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 166).

Die Ministererlaubnis kommt zu dem Ergebnis, dass die durch den Zusammenschluss bewirkte Wettbewerbsbeschränkung von forschungs- und strukturpolitischen Gemeinwohlgründen aufgewogen wurde. Zum Einen diene der Zusammenschluss dem langfristigen Erhalt und der Fortentwicklung von medizinischer Fakultät und angegliedertem Universitätsklinikum der Universität Greifswald. Zum Anderen ermögliche der Zusammenschluss den Ausbau des Lehr- und Forschungsschwerpunkts Community Medicine des Universitätsklinikums Greifswald, einer bevölkerungsbezogenen Forschungsrichtung (S. 148 f.).

Die Monopolkommission sprach sich in ihrem Sondergutachten im März 2008 für die Erteilung der beantragten Ministererlaubnis aus. Die Monopolkommission maß den wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses vorhabens nur ein vergleichsweise geringes Gewicht zu. Dem ist der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie nicht gefolgt. Er ist vielmehr zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wettbewerbsbeschränkung aus gesamtwirtschaftlicher und allgemeinwohlbezogener Sicht ein erhebliches Gewicht hat. Die Gewichtung sei anhand der quantitativen und qualitativen Auswirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses auf die Marktstruktur zu bestimmen. Entscheidend sei dabei das qualitative Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen. Gegen die Ministererlaubnis wurde von einem Beigeladenen Beschwerde erhoben, parallel dazu wurden auch Rechtsmittel gegen die Untersagungsentscheidung eingelegt (S. 22, 40, 148 f.).

Das zweite Ministererlaubnisverfahren betraf die Untersagung des geplanten Erwerbs des Krankenhauses Mariahilf im Hamburger Stadtgebiet durch die Asklepios Kliniken im Juni 2007 (S. 147 f.). Im Dezember 2007 empfahl die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten, die Ministererlaubnis nicht zu erteilen. Anschließend wurde der Antrag zurückgenommen.

## 2. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen

### 2.1 Behinderungsmissbrauch, Preismissbrauch

Auf die Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Bereich der leitungsgebundenen Energien geht das Kapitel 2.3.3 näher ein. Weitere Missbrauchsverfahren führte das Bundeskartellamt im Bereich Telekommunikation (Kapitel 2.3.1).

#### Behinderungsmissbrauch

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes, der Soda-Club GmbH ihr missbräuchliches Verhalten auf dem Markt für die Befüllung von CO<sub>2</sub>-Patronen für Trinkwassersprudler zu untersagen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 105, 2005/2006, S. 89), ist sowohl vom Oberlandesgericht Düsseldorf als auch vom Bundesgerichtshof in vollem Umfang

bestätigt worden. Die Gerichte bestätigten die Auffassung des Bundeskartellamtes, wonach in den relevanten Betriebsmittelmarkt nur die Anbieter der zu dem betreffenden Sprudelsystem passenden CO<sub>2</sub>-Patronen gehören, nicht aber die Anbieter konkurrierender Systeme. Durch die konkrete Ausgestaltung des Mietzylinder-Systems habe Soda-Club den Tatbestand des Behinderungsmissbrauches erfüllt. Konkurrierende Abfüllbetriebe seien vom Markt verdrängt worden. Das Wettbewerbsverhalten von Soda-Club habe dabei einem normalen und fairen Produkt- und Dienstleistungswettbewerb widersprochen. Insbesondere sei die Behinderung der Wettbewerber nicht durch das vorbehaltenes Eigentum an den Mietzylindern gerechtfertigt. Das Eigentum sei weder nach dem Grundgesetz noch nach dem Gemeinschaftsrecht schrankenlos gewährt. Seine Ausübung finde seine Grenze am Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. (S. 78).

Die Duales System Deutschland (DSD) GmbH koppelt die Marke „Der grüne Punkt“ ab 2009 vollständig von den Verträgen über die Entsorgung von Verkaufsverpackungen ab. Das ist die Folge eines Missbrauchsverfahrens, welches das Bundeskartellamt gemäß §§ 19, 20 sowie Artikel 82 EG gegen DSD eingeleitet hatte. Als marktbeherrschender Anbieter der Nutzungsrechte an der Marke „Der grüne Punkt“ hat DSD das kartellrechtliche Missbrauchsverbot zu beachten. DSD versicherte dem Bundeskartellamt, dass allen Kunden von Wettbewerbern die Nutzung des Grünen Punktes zu gleichen Konditionen wie den eigenen Kunden gewährt wird. Umgekehrt sollen DSD-Kunden künftig nicht mehr verpflichtet sein, den grünen Punkt auf ihre Verpackungen zu drucken (S. 155).

Das Bundeskartellamt führte außerdem ein Verwaltungsverfahren gegen den Satellitenbetreiber SES Astra, der vorhat, unter dem Namen „entavio“ eine technische Plattform für die Verbreitung verschlüsselter Fernsehens via Satellit zu etablieren. Die ursprünglich von SES Astra vorgesehenen Spezifikationen für die technische Ausgestaltung der entsprechenden Set-Top-Boxen begegnete wettbewerblichen Bedenken im Hinblick auf § 19 und Artikel 82 EG. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes beherrscht SES Astra den Markt für digitale technische Plattformen für Pay-TV. Die ursprünglich vorgesehenen Spezifikationen hätten nach Auffassung des Bundeskartellamtes u. a. dazu geführt, dass sich in Satellitenhaushalten (weiterhin) ganz überwiegend solche Set-Top-Boxen verbreitet hätten, deren Verschlüsselungssysteme von anderen Anbietern als SES Astra nicht nutzbar gewesen wäre. Das Verfahren ruht, da die Entavio-Plattform derzeit von SES nicht mehr vorangetrieben wird.

Das Bundeskartellamt hatte der Praktiker Baumärkte GmbH mit Beschluss vom Mai 2006 untersagt, Franchisenehmer unbillig zu behindern (Tätigkeitsbericht 2005/2006). Gegen diesen Untersagungsbeschluss hat die Praktiker Baumärkte GmbH erfolgreich Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Die im Verwaltungsverfahren beigeladenen Unternehmen haben

hiergegen Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof erhoben. Das Rechtsbeschwerdeverfahren war im Berichtszeitraum noch anhängig (S. 127 f.).

Das Bundeskartellamt prüft auf der Grundlage des § 19 Absatz 4 Nummer 4 und Artikel 82 EG weiterhin, ob es sich bei dem Fährhafen Puttgarden um eine wesentliche Einrichtung (essential facility) handelt und es der Eigentümerin des Hafens aufgegeben werden kann, anderen Fährunternehmen Zugang zu dessen Infrastruktur zu gewähren (S. 131).

### Preissmissbrauch

Im Bereich des Preissmissbrauchs hat sich das Bundeskartellamt – außerhalb des Energiesektors – v. a. mit Fällen befasst, in denen der Verdacht auf das Anbieten von Waren zu Unter-Einstandspreisen bestand (§ 20 Absatz 4). Mit Beschluss vom 25. Oktober 2007 stellte das Bundeskartellamt fest, dass das EDEKA-Tochterunternehmen Netto Marken-Discount durch das Anbieten bestimmter Lebensmittelwaren gegen das Verbot des nicht nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis verstoßen hatte. Dabei konkretisierte das Bundeskartellamt das Merkmal des „nicht nur gelegentlichen“ Anbietens i. S. d. § 20 Absatz 4 a. F. Allerdings ist dieses Merkmal mit der Preissmissbrauchsnovelle zum 22. Dezember 2007 (S. 11 f.) für den Bereich des Handels entfallen. Nach dieser Gesetzesverschärfung hatte sich das Bundeskartellamt mit ca. 20 Eingaben auseinanderzusetzen, die Handelsunternehmen einen Verstoß vorwarfen. Im überwiegenden Teil der Fälle bestand schon kein Anfangsverdacht. In einigen Beschwerden dauern die Ermittlungen jedoch noch an (S. 124).

## 2.2 Boykott

Im Zusammenhang mit stark rückläufigen Milchpreisen setzte sich der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter (BDM) im Jahre 2008 zum Ziel, einen bundeseinheitlichen Mindestpreis durchzusetzen. Zugleich trat er für eine Steuerung der Milchmenge „unter Regie der Milchherzeuger“ ein. Obwohl das Bundeskartellamt in vorangegangenen Gesprächen die Grenzen und Möglichkeiten kartellrechtlich zulässigen Handelns besprochen hatte, rief der BDM die Milchviehhalter Mitte 2008 zu einem „Milchstreik“ auf. In Folge des Aufrufs wurden bundesweit zahlreiche Molkereien über einen längeren Zeitraum nicht mehr mit Milch beliefert. Teilweise wurde die Anlieferung von Milch und die Auslieferung von Milchprodukten zusätzlich durch Blockade der Molkereien verhindert. Mit diesem Aufruf verstieß der BDM gegen das Boykottverbot des § 21 Absatz 1. Das Bundeskartellamt sah zunächst von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens gegen den BDM ab. Da sich aufgrund entsprechender Äußerungen von Vertretern des BDM eine Wiederholung des Boykottaufzuges abzeichnete, wurde es erforderlich, im Verwaltungsverfahren nachträglich festzustellen, dass der Aufruf des BDM einen Verstoß gegen das Boykottverbot darstellte (S. 65 f.).

## 2.3 Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr

### 2.3.1 Telekommunikation

#### Neues Telekommunikationsgesetz

Am 24. Februar 2007 ist das novellierte Telekommunikationsgesetz (TKG) in Kraft getreten (BGBl. I S. 106, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 24). Kern des Gesetzes ist aus wettbewerblicher Sicht die Regelung zur Behandlung „neuer Märkte“ (§ 3 Nummer 12b, § 9a TKG), die nur unter bestimmten Ausnahmen der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegen. Im Hinblick auf das VDSL-Netz hat das Bundeskartellamt regelmäßig darauf hingewiesen, dass VDSL seiner Ansicht nach keinen neuen Markt i. S. d. § 9a TKG darstellt.

Am 30. Juli 2008 hat die Bundesregierung ihren Entwurf für ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes“ beschlossen (Bundratsdrucksache 560/08 vom 8. August 2008, Bundestagsdrucksache 16/10731 vom 30. Oktober 2008; aufgrund der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages abgeändert in „Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und des Gesetzes über die elektromagnetische Verträglichkeit von Betriebsmitteln“, Bundestagsdrucksache 16/12405 vom 24. März 2009). Mit dem Gesetz sollen mehrere kleinere Änderungen am geltenden TKG vorgenommen werden. Ein wesentliches Ziel ist die Umsetzung der Vorgaben der EU-Roamingverordnung (Verordnung Nummer 717/2007, ABl. EG Nummer L 171 vom 29. Juni 2007, S. 32). Der Gesetzentwurf ist im Bundesrat am 19. September 2008 beraten worden. In seiner Stellungnahme zu dem Entwurf (Bundratsdrucksache 560/08 (Beschluss) vom 19. September 2008) erachtet der Bundesrat eine sektorspezifische Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) weiterhin für notwendig und bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Regelung vorzusehen, die sicherstellt, dass die Vorschriften zur nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG und zu den Missbrauchsverfahren nach § 42 TKG auch ohne den Abschluss eines förmlichen Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahrens greifen. Diese Einschätzung hat der Bundesrat auf Empfehlung der beteiligten Ausschüsse auch in seinem Beschluss zur Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007 (Bundratsdrucksache 973/08 (Beschluss) vom 30. Januar 2009) wiederholt.

Das Bundeskartellamt und die BNetzA vertreten gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie den Standpunkt, dass es einer Regelung zu einer derartigen nachträglichen sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht im TKG nicht bedarf (S. 25).

#### Überarbeitung des europäischen Regulierungsrahmens durch die Europäische Kommission

Der gegenwärtige europäische Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste wird derzeit überarbeitet (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 25). Ein wesentlicher Vorschlag der Europäischen Kommis-

sion bestand darin, eine europäische Regulierungsbehörde (EECMA) zu etablieren, die die Aufgabe haben sollte, zu einer konsistenteren Anwendung von Regulierungsmaßnahmen durch die nationalen Regulierungsbehörden beizutragen. Das Bundeskartellamt hatte sich aus mehreren Gründen gegen die Einführung einer solchen Behörde ausgesprochen. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind die Telekommunikationsmärkte nach wie vor national abzugrenzen, so dass eine vermeintlich notwendige Harmonisierung bei der überwiegenden Anzahl der Märkte nicht erforderlich ist. Aus demselben Grund hat sich das Bundeskartellamt auch dagegen ausgesprochen, dass das bislang auf das Marktdefinitions- und -analyseverfahren beschränkte Veto-Recht der Europäischen Kommission auf die von den nationalen Regulierungsbehörden vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen ausgeweitet wird.

Das Europäische Parlament hat das sog. Telekom-Paket bereits in erster Lesung angenommen, die geplante Schaffung einer zentralen EU-Regulierungsbehörde fand jedoch keine Mehrheit. Der Rat hat sich am 27. November 2008 für ein Modell ausgesprochen, das der Eigenverantwortlichkeit der nationalen Regulierer Rechnung trägt. Damit hat sich die Europäische Kommission mit ihrem Vorschlag eines zentralistischen Modells einer europäischen Regulierungsbehörde mit einer Personalausstattung von über 135 Beschäftigten nicht durchgesetzt. Der Rat hat sich – statt für eine EU-Institution – für ein „schlankes“ Sekretariat auf der Grundlage einer privatrechtlichen Vereinigung entschieden. Damit wird die Unabhängigkeit des Gremiums von der Europäischen Kommission sichergestellt.

Der neue Regulierungsrahmen soll bis Ende 2009 in nationales Recht umgewandelt werden.

#### Neue Märkteempfehlung

Am 28. Dezember 2007 ist die neue Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (2007/879/EG), im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden (ABl. EG Nummer L 344 S. 65 ff. vom 28. Dezember 2007). Mit der neuen Märkteempfehlung ist die Zahl der von der Europäischen Kommission als potenziell regulierungsbedürftig eingestuften Märkte von bisher 18 auf nunmehr sieben Märkte reduziert worden. Im Endkundenbereich ist nur noch ein Endnutzermarkt – in dem zwei bisher separat definierte Märkte (Markt für den Zugang von Privatkunden und Geschäftskunden zum Festnetz) zusammengefasst waren – für die Regulierung vorgesehen. Im Vorleistungsbereich stuft die Europäische Kommission die Märkte Rundfunkübertragungsdienste, Fernübertragungssegmente von Mietleitungen, Transitdienste im Festnetz und den Zugang und Verbindungsaufbau in Mobiltelefonnetzen als nicht mehr regulierungsbedürftig ein. Auslandsroaming in Mobil-

funknetzen unterliegt der Regulierung auf europäischer Ebene durch eine im Juni 2007 in Kraft getretene entsprechende Verordnung und ist daher auch nicht mehr in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten.

Die BNetzA kann im Rahmen der zweiten Runde des Marktdefinitions- und -analyseverfahrens zu dem Ergebnis kommen, dass für die Märkte, die derzeit der Regulierung unterliegen, nun aber nicht mehr in der Märkteempfehlung der Kommission enthalten sind, nach wie vor Regulierungsbedürftigkeit gegeben ist.

### Nachträgliche Missbrauchsaufsicht

Sind die Märkte nicht mehr in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten und stellt die BNetzA aufgrund der Ergebnisse des Marktdefinitions- und -analyseverfahrens fest, dass tatsächlich keine Regulierungsbedürftigkeit mehr besteht, so unterliegen diese Märkte allein der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt.

Wettbewerber der Deutschen Telekom AG (DTAG) befürchteten, dass dadurch eine sog. „Regulierungslücke“ entstehe und plädieren daher für eine im TKG verankerte „nachträgliche“ Missbrauchsaufsicht.

Zwar verfügt das TKG mit dem § 42 „Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht“ über eine Missbrauchsnorm. Allerdings kann die BNetzA damit keine allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in nicht (mehr) regulierten Märkten durchführen. Das Bundesverwaltungsgericht hat am 18. April 2007 (BVerwG 6 C 21/06) entschieden, dass die besondere Missbrauchsaufsicht des § 42 TKG als Regulierungstätigkeit anzusehen ist. Damit hat das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 21. Dezember 2005 (VG 21 K 1200/05) bestätigt. Deswegen ist die Anwendung des § 42 TKG nur möglich, wenn zuvor das Konsolidierungs- und Konsultationsverfahren mit der Europäischen Kommission durchgeführt worden ist.

Das Bundeskartellamt hat bereits zu Beginn der Diskussion deutlich gemacht, dass hier aus seiner Sicht keine Regulierungslücke besteht, die eine spezielle Missbrauchsaufsicht im TKG erforderlich macht. Zum einen wäre eine Herauslösung der „nachträglichen“ Missbrauchskontrolle gemeinschaftsrechtswidrig, soweit Märkte betroffen sind, die von der Empfehlung der Europäischen Kommission erfasst sind. Umgekehrt ist die Einrichtung einer Regulierung, die nicht in die Konsolidierungs- und Konsultationsmechanismen eingepasst ist, ebenfalls gemeinschaftsrechtswidrig. Eine exakte Zuweisung der Missbrauchskontrolle zum TKG oder GWB ist außerdem nicht möglich, da zumindest die Anwendung von Artikel 82 EG parallel bestehen bliebe.

Die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts in einzelnen Bereichen durch die BNetzA ist nicht sinnvoll und würde bedeuten, dass diese – neben dem Regulierungsrahmen – auch in das European Competition Network (ECN) eingegliedert werden müsste mit sämtlichen da-

raus resultierenden Konsultations- und Mitwirkungspflichten.

Eine den §§ 19, 20 nachgebildete parallele Missbrauchsvorschrift im TKG ist zudem schon aus verfahrensökonomischen Gründen nicht effizient. Für die Anwendung der Missbrauchskontrolle samt den entsprechenden Ermittlungsbefugnissen und Sanktionsmöglichkeiten ist das Bundeskartellamt die sachnähere Behörde.

Auch eine Beschleunigung durch die Herauslösung aus dem förmlichen Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahren ist nicht zu erwarten. Denn dafür müsste im TKG festgelegt werden, wann denn ein Unternehmen der „nachträglichen“ Missbrauchskontrolle unterliegen soll, d. h. wann ein Unternehmen Normadressat dieser Missbrauchskontrolle wäre. Das dürfte der Fall sein, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Die Feststellung von Marktbeherrschung erfordert jedoch eine eingehende Analyse des Marktes, die ein Missbrauchsverfahren grundsätzlich – auch ohne einen europäischen Konsultationsprozess – in die Länge zieht.

Diskussionen und Gespräche zwischen Bundeskartellamt und BNetzA im Hinblick auf den Übergang der Märkte von der Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht ergaben, dass nicht nur das Bundeskartellamt, sondern auch die BNetzA keine Notwendigkeit sieht, eine TKG-Änderung dergestalt vorzunehmen, dass die BNetzA eine den §§ 19, 20 nachgebildete nachträgliche Missbrauchsaufsicht durchführt. Mögliche Probleme, die sich durch die weiterhin bestehende Regulierung der Vorleistungsmärkte und aus der Entlassung der Endkundenmärkte aus der Regulierung ergeben könnten – wie z. B. Preis-Kosten-Scheren – müssten im Einzelfall identifiziert und durch intensiven Informationsaustausch der Behörden und Klärung der Zuständigkeitsfrage behoben werden. Dafür können beide Behörden auf der bisherigen guten Zusammenarbeit aufbauen. Bundeskartellamt und BNetzA bekräftigten dies auch gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, das sich aufgrund einer entsprechenden Prüfbitten des Bundesrates und des Verbandes von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) mit der Frage der nachträglichen Missbrauchsaufsicht auseinandergesetzt hat. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie teilt die Analyse von Bundeskartellamt und BNetzA. Diese vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, dem Bundeskartellamt und der BNetzA gemeinsam vertretene Position hat sich auch die Bundesregierung zu Eigen gemacht. Das Bundeskartellamt sieht auch im Hinblick auf die bereits genannten Stellungnahmen des Bundesrats (S. 24) zum Ersten Änderungsgesetz des TKG und zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission keinen Änderungsbedarf.

### Marktanalyse- und Konsultationsverfahren

Die erste Runde der von der BNetzA durchgeführten Marktanalyseverfahren für die 18 Endkunden- und Vorleistungsmärkte ist abgeschlossen. Für Markt 17 war keine Marktanalyse erforderlich, da auf europäischer Ebene die Roaming-Verordnung in Kraft getreten ist. Das

Bundeskartellamt hat in sämtlichen Marktanalyseverfahren sein Einvernehmen erteilt (zum Einvernehmensrecht des Bundeskartellamtes Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 27), im Einzelfall jedoch auf eine divergierende Einschätzung (z. B. im Hinblick auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht) hingewiesen.

Bei Markt 15 „Zugang und Verbindungsaufbau in Mobiltelefonnetzen“ teilte das Bundeskartellamt im Ergebnis die Auffassung der BNetzA, dass dieser Markt nicht regulierungsbedürftig ist. Denn nach der Auffassung des Bundeskartellamtes gibt es einige Anhaltspunkte, wonach der Mobilfunk-Endkundenmarkt von wesentlichem Wettbewerb geprägt ist. Allerdings hat das Bundeskartellamt der BNetzA mitgeteilt, dass eine gemeinsame Marktbherrschaft nach den für die Missbrauchsaufsicht geltenden Maßstäben des allgemeinen Wettbewerbsrechts nach den bisher vorliegenden Erkenntnissen nicht ausgeschlossen scheint, so dass sich das Bundeskartellamt eine eigene Prüfung dieses Marktes vorbehält.

### Missbrauchsverfahren

Im April 2008 hat das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die Mobilfunkunternehmen Vodafone und T-Mobile eingeleitet. Hierbei geht es um Fragen der Preisspaltung zwischen den Tarifen für Gespräche im eigenen Netz und in andere Netze. Der Vorwurf lautet, dass die besonders vergünstigten netzinternen Gespräche in einigen Tarifen, die sog. on-net-Tarife, die marktbeherrschende Stellung von T-Mobile und Vodafone verstärken und die Vermutung eines Missbrauchs nahe legen. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

## 2.3.2 Post

### Liberalisierung der Postmärkte

Im Berichtszeitraum ist ein weiterer – in formaler Hinsicht der entscheidende – Schritt zur sukzessiven wettbewerblichen Öffnung der Postmärkte in Deutschland erfolgt. Die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG (DPAG), die zuletzt noch Briefsendungen und adressierte Kataloge umfasste, deren Einzelgewicht bis 50 Gramm und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, ist zum 31. Dezember 2007 ausgelaufen.

Auf europäischer Ebene wurden die Liberalisierungsvorgaben der Postdienstrichtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997, insbesondere das endgültige Datum der ursprünglich für 2009 geplanten Marktöffnung, kontrovers diskutiert (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 27).

In Deutschland wurde die Marktöffnung nach dem Wegfall der Exklusivlizenz durch den Mindestlohn im Bereich Briefdienstleistungen nach Ansicht des Bundeskartellamtes konterkariert. Die DPAG und verbundene Unternehmen sowie einige weitere Unternehmen hatten im August 2007 den „Arbeitgeberverband Postdienste“ gegründet und mit der Gewerkschaft Ver.di als Vertreter der Arbeitnehmerseite Tarifverhandlungen geführt. Es erfolgte eine Einigung auf einen Tarifvertrag, dessen Lohnsätze unter

den gültigen Haustarifen der DPAG lag und für die DPAG somit de facto bedeutungslos war. Die Branche der Briefdienstleistungen wurde in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) aufgenommen und anschließend der Tarifvertrag durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales per Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärt. Der Gesetzgeber hat somit durch die Aufnahme ins AEntG eine Rechtsgrundlage für die faktische Aufrechterhaltung der Exklusivlizenz auf anderem Weg geschaffen. Den Wettbewerbern, deren wettbewerblicher Vorteil in den niedrigeren Lohnkosten lag, wurde angesichts der Personalintensität der Tätigkeit der entscheidende Wettbewerbsparameter genommen. Die Monopolkommission hat die Einführung des Mindestlohns in ihrem Sondergutachten „Monopolkampf mit allen Mitteln“ gemäß § 44 Postgesetz i. V. m. § 81 Absatz 3 TKG daher bemängelt. Auch das Bundeskartellamt hat diesen Vorgang im Berichtszeitraum wiederholt kritisiert. Am 7. März 2008 wurde der Post-Mindestlohn für die gesamte Branche vom Berliner Verwaltungsgericht Berlin-Brandenburg bestätigt diese Entscheidung am 18. Dezember 2008. Diese Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Parallel zur formalen Marktöffnung ist der Regulierungsrahmen tiefgreifend verändert worden. Bis zum Auslaufen der Exklusivlizenz zum 31. Dezember 2007 unterlagen die Briefentgelte der DPAG in vollem Umfang der Pflicht zur ex-ante Genehmigung durch die BNetzA (§ 19 i. V. m. § 53 PostG). Damit bestand nicht nur Transparenz für die Regulierungsbehörde über die Entgelte des Marktbeherrschers; die Regulierungsbehörde verfügte auch über ein Instrumentarium, um Preissmissbräuche von vornherein zu verhindern. Seit dem 1. Januar 2008 erstreckt sich die ex-ante Genehmigung lediglich auf Briefsendungen mit einer Einlieferungsmenge unter 50 Stück. Damit erfasst die ex-ante Entgeltregulierung nur noch einen geringen Teil des Briefvolumens (ca. 20 %), während das Gros des Briefvolumens der ex-post Aufsicht unterliegt. Die DPAG ist nun nicht nur von den Anforderungen der ex-ante Genehmigung befreit; auch die bislang für den Regulierer bestehende Transparenz über das Marktverhalten des Marktbeherrschers geht mit der Änderung des Regulierungsrahmens verloren. Unter Berücksichtigung der sonstigen Marktbedingungen (Mindestlohn, Mehrwertsteuerprivilegierung) besteht die Gefahr, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktposition aus dem Briefbereich auf benachbarte Märkte ausdehnen kann. Der Verhinderung und Verfolgung von etwaigen Marktmachtmissbräuchen des Marktbeherrschers mit den Mitteln des Kartellrechts kommt im neuen Marktumfeld daher besondere Bedeutung zu.

Im Berichtszeitraum hat die BNetzA ihre Zehnte (2007) und Elfte (2008) Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen (Gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1000 g) erstellt. Danach belief sich das Volumen dieses Marktes in Deutschland in den Jahren 2006 und 2007 auf jeweils 10,1 Mrd. Euro, davon wurden jeweils ca. 5 Mrd. Euro im Wettbewerbsbereich umgesetzt. Die DPAG hat trotz Ausweitung



des Wettbewerbsbereichs 2006 weiterhin einen nahezu unangetastet hohen Marktanteil (89,4 % sendungsbezogen, 87 % umsatzbezogen).

Die Ausweitung des Wettbewerbsbereichs wurde auch durch die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens gegen die DPAG zur Gewährung des Teilleistungszugangs (sog. Konsolidierung; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 164 f.) ermöglicht. Gegen die Entscheidung hatte die DPAG Beschwerde eingelegt. Der Europäische Gerichtshof hatte in den Rechtsachen C-287/06 bis C-292/06 am 6. März 2008 über eine Auslegung des Artikels 12 der Postdienstrichtlinie (97/67/EG vom 15. Dezember 1997) zu entscheiden. Der Gerichtshof stellte klar, dass der nationale Unternehmer von Universaldienstleistungen anderen Unternehmen, die Postsendungen mehrerer Absender gewerblich und im eigenen Namen zusammenfassen, keine Sondertarife verweigern darf, die dieser anderen Geschäftskunden für die Einlieferung von Mindestmengen vorsortierter Leistungen gewährt. Daraufhin hatte die DPAG am 25. April 2008 ihre Beschwerde gegen die Konsolidierer-Entscheidung des Bundeskartellamtes zurückgenommen (S. 136 f.).

### Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur

Die BNetzA war im Jahr 2005 und im Jahr 2006 auch mit der Genehmigung von Entgelten der DPAG im Rahmen des sog. Price-Cap-Verfahrens befasst. Das Bundeskartellamt hält seine Kritik an den zugrunde liegenden Grundsätzen der Genehmigung der Bundesnetzagentur (BNetzA) aufrecht (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 210; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 170; Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 157), es hatte jedoch keinen Anlass, das gesetzlich geforderte Einvernehmen hinsichtlich der Marktabgrenzung und der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DPAG zu verweigern.

### 2.3.3 Energiewirtschaft

Die Berichterstattung in diesem Abschnitt bezieht sich auf die wettbewerbliche Entwicklung in den Bereichen der netzgebundenen Energieversorgung, insbesondere mit Strom und Gas.

#### Wettbewerbliche Lage auf den Strom- und Gasmärkten

Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 29 f., 121 ff.) ist aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive auch für die letzten zwei Jahre keine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse im Strom- und Gasbereich zu vermelden.

Prägend für den Strombereich ist nach wie vor das vom Bundeskartellamt festgestellte marktbeherrschende Duopol von RWE und E.ON auf den bundesweit abzugrenzenden Märkten für den Erstabatz von Strom und für die Belieferung von sog. RLM-Kunden, also Kunden mit registrierender Leistungsmessung, wobei es sich im Wesentlichen um Industriekunden handelt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 124 ff.). Sowohl Oberlandesgericht Düs-

seldorf als auch Bundesgerichtshof haben das Duopol insbesondere auf dem Erstabatzmarkt im Fall des untersagten Zusammenschlusses „E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege“ bestätigt (S. 18, 108).

Ob Vattenfall und EnBW in das Oligopol einzubeziehen sind, wurde dabei nicht geprüft, weil diese Frage für die Zulässigkeit des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens ohne Belang war. Die Europäische Kommission ist im Rahmen ihrer vorläufigen Beurteilung nach Artikel 9 Absatz 1 der VO (EG) Nummer 1/2003, die ihrer Verpflichtungszusagenentscheidung gegen E.ON im Missbrauchsverfahren zum deutschen Stromgroßhandelsmarkt (COMP/39.388, S. 56) vorausging, von einem Oligopol aus RWE, E.ON und Vattenfall auf dem deutschen Stromgroßhandelsmarkt ausgegangen (Bekanntmachung der Europäischen Kommission gemäß Artikel 27 Absatz 4 VO (EG) Nummer 1/2003 in den Sachen COMP/39.388 und COMP/39.389, ABl. EG Nummer C 146 vom 12. Juni 2008, S. 34 f.). In der endgültigen Zusagenentscheidung hat die Europäische Kommission offengelassen, ob RWE, E.ON und Vattenfall oder nur RWE und E.ON gemeinsam marktbeherrschend sind (Entscheidung vom 26. November 2008, Rn. 24). Inwieweit sich die Einschätzung der Europäischen Kommission auf die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes auswirkt, stand zum Abschluss des Berichtszeitraums noch nicht fest.

Bei der Belieferung von sog. SLP-Kunden, also mittels Standardlastprofil belieferten Kunden, die im Wesentlichen den Haushaltskunden entsprechen, sieht das Bundeskartellamt keinen Anlass für eine Änderung seiner bisherigen engen räumlichen Marktabgrenzung. Der relevante Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Strom ist somit anhand der jeweils zur Versorgung dieser Kundengruppe örtlich verfügbaren Netzgebiete abzugrenzen. Dies führt in aller Regel dazu, dass nach wie vor die etablierten ortsansässigen Lieferanten (Stadtwerke) eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Der im Strombereich funktionierende Wechselmechanismus, der SLP-Kunden grundsätzlich einen unkomplizierten Wechsel des Stromlieferanten ermöglicht, hat an dieser Marktabgrenzung nichts geändert. Der wesentliche Grund dafür ist die stark regionale Ausprägung des Wettbewerbs um SLP-Kunden, was sich insbesondere an den regional ausgerichteten Preisstrategien der Stromlieferanten für diese Verbrauchergruppe zeigt (S. 104 ff.). Die durchschnittliche Wechselrate im Bereich der Versorgung von SLP-Kunden mit Strom ist mit 3,79 %, bezogen auf die gesamte Entnahmemenge von 177,72 TWh durch nicht-leistungsgemessene Letztverbraucher, nach wie vor sehr niedrig (Bundesnetzagentur (BNetzA), Monitoringbericht 2008, S. 85).

Im Bereich der Belieferung von Haushaltskunden mit Strom für Heizwärmespeicherheizungen oder Wärmepumpen fand im Berichtszeitraum faktisch überhaupt keine Wechselaktivität statt. Mangels wettbewerblicher Aktivitäten findet diese Verbrauchergruppe in aller Regel keine Alternative zum etablierten Lieferanten. Die BNetzA vermutet den Grund für den ausbleibenden Wettbewerb in diesem Segment in den verwendeten komplexen temperaturabhängigen Lastprofilen, die einen hohen

Aufwand für die Belieferung bedeuten. Sie hat zu der Thematik im Berichtszeitraum ein Gutachten in Auftrag gegeben, um das verwendete Standardlastprofilverfahren angemessen zu vereinfachen (BNetzA, Bericht 2007 zum deutschen Elektrizitäts- und Gasmarkt der BNetzA für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn an die Europäische Kommission gemäß § 63 Absatz 5 EnWG, S. 23). Das Bundeskartellamt hat sich der Problematik aufgrund zahlreicher Verbraucherbeschwerden im Hinblick auf die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht angenommen.

Die Entwicklung der Strompreise v. a. bei der Belieferung von SLP-Kunden war im Berichtszeitraum verstärkt öffentlicher Kritik ausgesetzt. Vor diesem Hintergrund haben intensive Bemühungen stattgefunden, um die für die Strompreisbildung relevanten Mechanismen transparenter zu machen. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat zu diesem Zweck die sog. Transparenzinitiative mit der Stromwirtschaft gestartet, die sich mit transparenteren Stromrechnungen für die Endverbraucher und der Veröffentlichung bestimmter Kraftwerksdaten befasst, und ein entsprechendes Informationsportal im Internet eingerichtet (<http://www.energie-verstehen.de>). Auch auf den Internetseiten der European Energy Exchange (EEX) wird eine Reihe von Daten für die Marktteilnehmer zur Verfügung gestellt. Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat sich im Auftrag der Wirtschaftsministerkonferenz mit der Verbesserung der Transparenz im Stromgroßhandel beschäftigt. Das Bundeskartellamt hat in diesem Rahmen darauf hingewiesen, dass Transparenzbemühungen nicht zu weit gehen und in faktische Marktinformationssysteme münden dürfen. Eine Veröffentlichung kraftwerks- und netzbezogener Daten muss daher in aggregierter und standardisierter Form und gleichzeitig an alle Marktteilnehmer erfolgen. Transparenz führt zwar nicht automatisch zu niedrigen Preisen, kann so aber eine wichtige Funktion erfüllen, um Vertrauen in preisbildende Mechanismen zu fördern.

Für den Gasbereich waren zwei Entwicklungen prägend. Zum einen wurde zum Herbst 2007 die Kooperationsvereinbarung Gas wirksam, die gemäß den Vorgaben des EnWG ein massengeschäftstaugliches Netzzugangsregime etabliert hat (BNetzA, Monitoringbericht 2007, S. 99 ff.; Monitoringbericht 2008, S. 19, 134 ff.). Zum anderen wurden die vom Bundeskartellamt bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum eingeleiteten Verfahren zum Aufbrechen der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverträge zwischen den Ferngasgesellschaften und den Weiterverteilern abgeschlossen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 30, 131; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 137 f.). Gleichwohl war diese erst allmählich einsetzende Entwicklung aus verschiedenen Gründen nicht geeignet, die bisherige räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im Großhandelsbereich abzuändern. Die Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern, also Stadtwerken und Regionalversorgern, sowie den RLM-Kunden mit Gas ist daher weiterhin bezogen auf das für diese Kundengruppe verfügbare Versorgungsnetz abzugrenzen. Auf diesen Märkten haben die jeweiligen Vorlieferanten in aller Regel eine marktbeherrschende

Stellung inne. Auch im Bereich der Belieferung von SLP-Kunden mit Gas ist es im Hinblick auf die hier schwer prognostizierbare wettbewerbliche Entwicklung bei der bisherigen engen räumlichen, netzbezogenen Marktabgrenzung geblieben. Die Wechselrate lag 2007 in diesem Bereich bei lediglich einem Prozent, bezogen auf die Ausspeisemenge von 221,53 TWh (BNetzA, Monitoringbericht 2008, S. 185). Marktbeherrschend sind auf diesen Märkten nach wie vor die etablierten Gaslieferanten (Stadtwerke und Regionalversorger) (S. 104 ff.).

Anlass zur Änderung der herkömmlichen sachlichen Marktabgrenzung im Gasbereich sah das Bundeskartellamt, höchstrichterlich bestätigt durch den Bundesgerichtshof, nicht. Der Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes steht entgegen, dass der Anschluss an ein Gasversorgungsnetz einen spezifischen Bedarf der Versorgung der einzelnen Verbrauchsgruppen mit dem relevanten Betriebsmittel Gas nach sich zieht. Ein Austausch zwischen verschiedenen Arten der Wärmeversorgung bzw. der Wechsel zwischen verschiedenen Versorgungssystemen ist den an ein Gasversorgungsnetz angeschlossenen Verbrauchern nicht in zumutbarer Weise möglich (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen; Urteil vom 29. April 2008, WuW/E DE-R 2295 – Erdgassondervertrag; allgemein: Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07 – Soda Club II).

#### **Restriktive Linie bei fusionskontrollrechtlicher Prüfung von Stadtwerksbeteiligungen**

Der Konzentrationsgrad auf den Strom- und Gasmärkten in Deutschland ist nach wie vor sehr hoch. An der hohen Zahl von Minderheitsbeteiligungen seitens RWE und E.ON an Stadtwerken und Regionalversorgern hat sich nichts geändert (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 126). Dieser deutschlandsspezifische Befund auf der Weiterverteilerebene ist von besonderer Bedeutung bei der Diskussion um Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbssituation auf den Strom- und Gasmärkten in Deutschland. Er muss als Teil der v.a. auf EU-Ebene geführten Diskussion betrachtet werden, die sich insbesondere auf eine Verschärfung der Entflechtung der Energieversorgungsnetze konzentriert (S. 30 f.). Das Bundeskartellamt hat daher angeregt, auch den hohen Verflechtungsgrad zwischen den vier integrierten Verbundunternehmen, speziell RWE und E.ON, und der Weiterverteilerebene bei der Diskussion über Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbssituation einzubeziehen (Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Vorschlag der EU-Kommission für ein drittes Binnenmarktpaket Strom und Gas vom 2. April 2008 für die öffentliche Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages am 9. April 2008; die Stellungnahme ist auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes – <http://www.bundeskartellamt.de> – und des Deutschen Bundestages – <http://www.bundestag.de> – abrufbar). Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt die im November 2008 angekündigte Veräußerung der Anteile der E.ON an der Thüga AG grundsätzlich begrüßt (S. 106).

Das Bundeskartellamt hat außerdem auf der Grundlage der höchstrichterlich bestätigten restriktiven Linie bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Beteiligungserwerben von RWE und E.ON an Weiterverteilern im Strombereich (wie im Fall „E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege“) seine Praxis verschärft. Neben Aufgabe der in früheren Jahren angewandten sog. virtuellen Bagatellschwellen ist das Bundeskartellamt dazu übergegangen, die Anforderungen an Freigaben unter Nebenbestimmungen beim Erwerb von Beteiligungen an Stadtwerken durch marktbeherrschende Vorlieferanten im Strom-, aber auch im Gasbereich zu erhöhen. Derartige Zusammenschlüsse sind grundsätzlich untersagungsträchtig. Die Fusionskontrolle kann somit künftig eine weitere strategische Vorwärtsintegration speziell der integrierten Verbundunternehmen unterbrechen. Freigaben von Beteiligungserwerben an Weiterverteilern durch marktbeherrschende Vorversorger sind allenfalls auf Grundlage der Abwägungsklausel nach § 36 Absatz 1 möglich, wenn durch Veräußerungen von Beteiligungen an anderer Stelle wettbewerbliche Verbesserungen erreicht werden, die die Nachteile i. S. v. § 36 Absatz 1 überwiegen. Das Bundeskartellamt hat auf dieser Grundlage verschiedene Zusammenschlussvorhaben im Berichtszeitraum untersagt (S. 111 f.) oder mit Nebenbestimmungen freigegeben (S. 108 f., 112).

Ein weiterer Schwerpunkt im Rahmen der Fusionskontrolle waren im Berichtszeitraum Kooperationen von Stadtwerken und Regionalversorgern bei Beschaffung, Vertrieb und Energiedienstleistungen, die das Bundeskartellamt nach §§ 35 ff. und § 1 bzw. Artikel 81 EG zu prüfen hatte. Hier hat sich ein differenziertes Bild bei der kartellrechtlichen Bewertung herauskristallisiert, je nachdem, ob sich marktbeherrschende Vorlieferanten oder unabhängige Stadtwerke bzw. Regionalversorger beteiligen wollten (S. 106 f.).

### **Kartell- und Missbrauchsverfahren im Strom- und Gasbereich**

Im Berichtszeitraum sind v.a. drei große Verfahrenskomplexe anhängig gewesen: Das CO<sub>2</sub>-Verfahren im Strombereich, die Verfahren in Sachen langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverträge zwischen Ferngasgesellschaften und Weiterverteilern sowie Preismissbrauchsverfahren gegen marktbeherrschende Gaslieferanten im Bereich SLP-Kunden-Versorgung.

Im Strombereich abgeschlossen werden konnte das Missbrauchsverfahren gegen RWE wegen des Verdachts des missbräuchlichen Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 bzw. Artikel 82 EG im Zusammenhang mit dem CO<sub>2</sub>-Emissionshandel und der Strompreisbildung bei der Belieferung von Industriekunden auf der Grundlage bilateraler Verträge (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 30, 128 f.). Das Bundeskartellamt hat RWE auf der Grundlage des § 32b verpflichtet, von 2008 bis 2011 Stromkapazitäten von insgesamt 6 300 MW in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren an RLM-Kunden zu verauktionieren. Das Verfahren wurde dementsprechend gegen diese Zusage eingestellt. Das

Bundeskartellamt sah durch diese Lösung seine wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt, dass die Überwälzung von Opportunitätskosten aus unentgeltlich zugeteilten CO<sub>2</sub>-Zertifikaten auf die Preise für die Versorgung von RLM-Kunden auf der Grundlage bilateraler Verträge einen möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von RWE auf dem bundesweiten Markt für die Belieferung von RLM-Kunden darstellte (S. 110 f.).

Im Gasbereich hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 4. Oktober 2007 die Entscheidung des Bundeskartellamtes gegen die E.ON Ruhrgas AG in Sachen langfristiger Gasgesamtbedarfsdeckungsverträge auch in der Hauptsache bestätigt. Damit wurde ein wesentliches strukturelles Hindernis für den Wettbewerb im Gassektor beseitigt. Das Bundeskartellamt hatte im Januar 2006 auf der Grundlage des § 32 festgestellt, dass die E.ON Ruhrgas AG gegen § 1 und Artikel 81 und 82 EG verstoßen hat, weil sie in ihren Verträgen mit Weiterverteilern langjährige Bezugsverpflichtungen und in Kombination damit jeweils den gesamten oder nahezu den gesamten Vertriebsbedarf dieser Weiterverteiler vereinbart hatte (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 30, 131). Die vom Bundeskartellamt zur Abstellung dieser Kartellrechtsverstöße zeitlich befristet verfügten Vorgaben für eine kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung wurden damit im Beschwerdeverfahren abschließend bestätigt. Danach dürfen, von bestimmten Bagatellfällen abgesehen, die Gaslieferverträge bis zum 30. September 2010 folgende Laufzeit-Mengen-Kombinationen nicht überschreiten: Lieferverträge, in denen ein Vertriebsbedarf von über 80 % bis 100 % vereinbart wird, dürfen eine Laufzeit von zwei Jahren, Lieferverträge mit einem Versorgungsgrad von über 50 % bis 80 % dürfen eine Laufzeit von vier Jahren nicht überschreiten. Untersagt bleibt insbesondere das im Beschwerdeverfahren umstrittene sog. Stapeln von Verträgen. Die Kombination von Verträgen, die für sich genommen den vorgegebenen Laufzeit-Mengen-Kombinationen zwar entsprechen, aber in der Summe die o. g. zeitlichen oder mengenmäßigen Vorgaben unterlaufen, bleibt der E.ON Ruhrgas AG somit ebenfalls verboten. Eine Umgehung dieser vom Bundeskartellamt verfügten Vorgaben wird so verhindert. Die gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegte Rechtsbeschwerde blieb erfolglos. Der Bundesgerichtshof hat diese mit Beschluss vom 10. Februar 2009 zurückgewiesen (KVR 67/07).

Das Bundeskartellamt hat die gegenüber der E.ON Ruhrgas AG festgelegten Grundsätze für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung von Gaslieferverträgen zwischen Ferngasgesellschaften und Weiterverteilern auf der Grundlage des § 32b auch gegen zwölf weitere Ferngasgesellschaften durchgesetzt. Die betroffenen Ferngasgesellschaften haben ihre Lieferverträge dementsprechend geöffnet (S. 113 f.).

Als ein weiteres mögliches Wettbewerbshindernis im Gasbereich haben sich im Berichtszeitraum langfristige Gastransportverträge herausgestellt, die zu Engpässen an bestimmten Ein- und Ausspeisepunkten führen können. Das Bundeskartellamt wie auch die BNetzA haben in die-

sem Zusammenhang Ermittlungen gegen die E.ON Gas-transport GmbH eingeleitet. Nach Einleitung des Verfahrens durch das Bundeskartellamt hat die Europäische Kommission die Zuständigkeit für dieses Verfahren reklamiert (S. 48, 114 ff.).

Die zum Januar 2008 beim Bundeskartellamt im Zuge der Einführung des § 29 eingerichtete 10. Beschlussabteilung (S. 12) hat im März 2008 gegen 35 Gasversorgungsunternehmen Preismisbrauchsverfahren eingeleitet. Diese Unternehmen standen im Verdacht, auf den jeweils betroffenen Märkten für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizgas (nicht leistungsgemessenen Kunden mit einer jährlichen Gasabgabemenge von 1,5 Mio. kWh bei einer maximalen Auspeiseleistung von 500 MW) in den Jahren 2007 und 2008 missbräuchlich überhöhte Preise gefordert zu haben. Auch einige Landeskartellbehörden haben entsprechende Verfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich durchgeführt. Bei einem Teil der betroffenen Versorgungsunternehmen war die Verfolgungszuständigkeit durch die originär zuständigen Landeskartellbehörden auf Antrag des Bundeskartellamtes nach § 49 Absatz 3 dorthin abgegeben worden. Das Bundeskartellamt hat sich bei seinen Ermittlungen für das Jahr 2007 auf § 19 Absatz 1, Absatz 4 Nummer 2 gestützt. Im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts wurde zur Bestimmung des Vergleichsmaßstabs ein mengengewichteter Netto-Erlösvergleich durchgeführt. Für das Jahr 2008 wurde das erst Ende 2007 in Kraft getretene verschärfte Preismisbrauchsverbot des § 29 Satz 1 Nummer 1 zugrunde gelegt. Zur Ermittlung, ob die Gaspreise der betroffenen Gasversorger missbräuchlich überhöht waren, wurde ein mengengewichteter Netto-Vergleich des Tarifs durchgeführt, in dem sich die Mehrzahl der Kunden befindet. Ein Erlösvergleich war in Ermangelung verbindlicher Erlöszahlen zum Zeitpunkt der Ermittlungen im Jahre 2008 noch nicht möglich, der Rückgriff auf den Tarif-Vergleich aber im Hinblick auf einen schnellen Abschluss der Verfahren auch im Interesse der Verbraucher geboten. Sowohl beim Erlös- als auch beim Tarifvergleich wurden zur Ermittlung des Vergleichsmaßstabs die von den Gasversorgern unbeeinflussbaren Komponenten abgezogen. Dies betraf neben Steuern die von den Regulierungsbehörden genehmigten Netzentgelte und die gezahlten Konzessionsabgaben. Das Bundeskartellamt hat auf die so ermittelten Vergleichsabstände zwischen den betroffenen Unternehmen und den Vergleichsunternehmen im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 28. Juni 2005, WuW DE-R 1513 = BGHZ 163, 282 ff. – Stadtwerke Mainz) sowohl im Rahmen des § 19 Absatz 4 Nummer 2 als auch im Rahmen des § 29 einen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Die Höhe des Erheblichkeitszuschlags hat das Bundeskartellamt nach der Intensität des auf dem relevanten Markt vorhandenen Restwettbewerbs bemessen. Das Bundeskartellamt hat damit das der Preismisbrauchsaufsicht immanente Spannungsverhältnis zwischen kartellbehördlichen Preismaßnahmen und einer möglichen negativen Anreizwirkung zum Markteintritt potenzieller Wettbewerber aufzulösen versucht und den jeweiligen Wechselquoten Rechnung getragen. Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung, die nach § 29 Satz 1

Nummer 1 den betroffenen Gasversorgungsunternehmen oblag, hat das Bundeskartellamt insbesondere den Einwand der Kostenunterdeckung berücksichtigt, soweit die Kosten ordnungsgemäß zugeordnet und etwaige Rationalisierungsreserven ausgeschöpft worden sind. In diesem Rahmen war die unterschiedliche Höhe der Gasbeschaffungskosten und der Vertriebskosten ein bedeutender Aspekt. Berücksichtigt wurden die durchschnittlichen Beschaffungskosten der in den betroffenen oder vergleichbaren Marktgebieten tätigen Versorgungsunternehmen. Bei den Vertriebskosten wurde im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung ein Betrag anerkannt, der sich in den Verfahren als effizienter Durchschnittswert für entsprechende Kosten bei den betroffenen Unternehmen herauskristallisiert hat (S. 114 ff.).

### **Verfahren der Europäischen Kommission**

Auf Verfahren der Europäischen Kommission im Bereich der leitungsgebundenen Energien geht Kapitel 7.2.3 näher ein.

### **Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur**

Auch in diesem Berichtszeitraum haben Bundeskartellamt und BNetzA sehr konstruktiv zusammengearbeitet. Das Bundeskartellamt hat seine gesetzlichen Beteiligungsrechte aus § 58 Absatz 1 EnWG intensiv wahrgenommen (S. 119). Darüber hinaus haben Bundeskartellamt und BNetzA die im Berichtszeitraum jährlich zu erstellenden Berichte an die Europäische Kommission nach § 63 Absatz 5 EnWG im Einvernehmen erstellt.

### **Drittes Binnenmarktpaket Strom und Gas**

Intensiv wurde im Berichtszeitraum das von der Europäischen Kommission im August 2007 vorgelegte sog. dritte Binnenmarktpaket Energie diskutiert. Wichtiger Bestandteil des Binnenmarktpakets sind Änderungen der Strom- und Gasrichtlinien (Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG). Im Zentrum der wettbewerbspolitischen Diskussion stand insbesondere die von der Europäischen Kommission in den Richtlinienentwürfen vorgeschlagene Verschärfung des Rechtsrahmens für die Entflechtung der Stromübertragungs- und Gasfernleitungsnetze, insbesondere die von der Europäischen Kommission favorisierte eigentumsrechtliche Entflechtung (ownership unbundling) sowie die von einigen Mitgliedstaaten, u. a. von Frankreich, Österreich und Deutschland, für ausreichend gehaltene Verschärfung des geltenden Systems der rechtlichen Entflechtung. Darüber hinaus sehen die Entwürfe der Strom- und Gasrichtlinie vor, die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden dahingehend zu erweitern, dass sie, losgelöst von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht, geeignete Maßnahmen erlassen können sollen, um den Wettbewerb im Strom- und Gasbereich angemessen zu fördern. Das soll auch Energy-Release-Programme umfassen.

Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Stellungnahme für den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages zum Dritten Binnenmarktpaket am 9. April 2008 kritisch mit den Vor- und Nachteilen des Modells einer zwangs-

weisen eigentumsrechtlichen Netzentflechtung auseinandergesetzt. Für Deutschland hält das Bundeskartellamt im Hinblick auf die besondere eigentumsrechtliche Situation auf der Übertragungsnetz-/Ferngasleitungsnetzebene zunächst eine behutsame Weiterentwicklung des Modells der rechtlichen Entflechtung für ausreichend, die durch eine seriöse Evaluierung der Wirkungen begleitet werden muss, um eventuellen späteren Nachbesserungsbedarf fundiert legitimieren zu können. In diesem Sinne hat sich auch die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten Strom und Gas 2007 geäußert (Bundestagsdrucksache 16/7087 vom 20. November 2007, S. 160 ff., 163, Rn. 613). Auch weist das Bundeskartellamt darauf hin, bei einer späteren Umsetzung der Richtlinien die prinzipielle und bewährte Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung zwischen BNetzA (Netzregulierung, EnWG) und Kartellbehörden (Wettbewerbsaufsicht, GWB) im Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 EG sowie bei Maßnahmen in den dem Wettbewerb geöffneten Bereichen der Produktion bzw. Förderung von und des Handels mit Energie, insbesondere bei der Auferlegung von Energy-Release-Programmen, zu erhalten. Das dritte Binnenmarktpaket war zum Abschluss des Berichtszeitraums noch nicht in Kraft gesetzt.

### 2.3.4 Verkehr

#### Eisenbahnverkehr

Der Eisenbahnverkehr wurde im Berichtszeitraum u. a. durch den geplanten Börsengang der Deutschen Bahn AG (DBAG) geprägt. Die beschlossene Bahnreform sieht eine Trennung von Netzinfrastruktur und Beförderungsleistungen im Personen- und Güterverkehr vor. Während die Netzinfrastruktur weiterhin im Besitz des Bundes verbleiben soll, soll der Bereich der Beförderungsleistungen bis zu 24,9 % privatisiert werden. Ein Börsengang wurde jedoch wegen der sich im Berichtszeitraum verschärfenden Finanzmarktkrise ausgesetzt. Unabhängig davon bedarf es angesichts der Wettbewerbssituation weiterhin einer konsequenten Regulierungs- und Wettbewerbsaufsicht. Im Bahnbereich ist die Wettbewerbssituation keineswegs befriedigend. So sind in Deutschland die Anteile der DBAG an den Verkehrsleistungen nach wie vor sehr hoch. Dies gilt insbesondere für den Schienenpersonenfernverkehr. Aber auch im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs lag der Anteil der DBAG im Jahr 2007 bei gut 84 % der Bahnverkehrsleistungen (gemessen in Zug-km). Im Schienengüterverkehr lag der Marktanteil der DBAG im Jahr 2007 immer noch bei 80 %.

Auch das Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr“ vom April 2007 kommt zu der Bewertung, dass der Wettbewerb im Schienenverkehr noch unzureichend ausgeprägt ist. Als ordnungspolitische Problemfelder werden dabei u. a. die Trassenvergabe, die Versorgung mit Bahnstrom und der mangelnde Ausschreibungswettbewerb genannt. Daher sollte, so die Monopolkommission, die BNetzA durch Einsichtsrechte bei der Erstellung von Trassenbelegungsplänen gestärkt und die Entgeltregulierung reformiert werden.

Die BNetzA hatte am 19. Oktober 2007 ihren Abschlussbericht zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor vorgelegt. Ihre Konzeption einer zukünftigen Regulierung der Netznutzungsentgelte im Eisenbahnsektor ist angesichts des nur unzureichenden intermodalen Wettbewerbs geboten. Im Übrigen entspräche dies dem System der Entgeltregulierung in anderen regulierten Bereichen. Die Anreizregulierung soll andere Regulierungsinstrumente, insbesondere die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) und die sog. Performance Regimes, ergänzen. Sie soll als Price-Cap-Regulierung ausgestaltet werden und eine Obergrenze für die Preise des regulierten Unternehmens und deren Entwicklung innerhalb der Regulierungsperiode setzen. Durch eine Price-Cap-Regulierung werden Anreize zur Ausdehnung der Schienenverkehrsleistung nicht berührt, während im alternativen System der Revenue-Cap-Regulierung die Ausbringungsmenge des Schieneninfrastrukturunternehmens – also das Trassenvolumen, das den Verkehrsunternehmen zur Verfügung gestellt wird – faktisch begrenzt wäre. Angesichts des politischen Ziels der Verlagerung von Verkehr auf die Schiene und des berechtigten Interesses von Schieneninfrastrukturunternehmen und Schienenverkehrsunternehmen, das Verkehrsaufkommen auf der Schiene zu erhöhen, ist die Price-Cap-Regulierung in ihrer wirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkung einer Revenue-Cap-Regulierung im Bahnbereich deutlich überlegen. Die BNetzA empfiehlt eine Korbbildung nach Verkehrsleistungen (Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr, Schienengüterverkehr) und nach Art der Infrastruktureinrichtung (Trassen, Personenbahnhöfe, weitere Serviceeinrichtungen des Personenverkehrs und Serviceeinrichtungen des Güterverkehrs).

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist zu betonen, dass die hinreichende Transparenz eines Regulierungsverfahrens von großer Bedeutung ist. Insbesondere sollte nachvollziehbar sein, wie sich die Ausgangsentgelte zu Beginn einer Regulierungsperiode konkret zu dem zugrunde gelegten Kostenniveau verhalten und in welchem Maße die genehmigten Entgelte ggf. das genehmigte Kostenniveau überschreiten, und wie im einzelnen der X-Faktor (zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate) bestimmt wird. Es ist sicherzustellen, dass zum Ende einer Regulierungsperiode tatsächlich realisierte, über die Prognose hinausgehende Effizienzsteigerungen ermittelt und erfasst werden und bei der Festsetzung des neuen Ausgangsentgelts angemessen berücksichtigt werden.

Am 14. Juli 2008 hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung seinen Bericht zur Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vorgelegt. Da der Bericht nahezu ausschließlich Fragen der Regulierung betrifft (insbesondere Zugang und Entgelte für Infrastrukturnutzung), hat das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme klargestellt, dass das Verbot „missbräuchlichen“ Verhaltens in § 3 EIBV nicht die Anwendbarkeit der §§ 19 ff. GWB ausschließt, da nach § 14b Absatz 2 Satz 1 Allgemeines Eisenbahngesetz das allgemeine Wettbewerbsrecht unberührt bleibt.

### 3. Kartellverbot und Kooperationen

#### 3.1 Kartelle

##### Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit auf die Verfolgung von verbotenen Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen gelegt. Um die Kartellverfolgung weiter zu intensivieren, wurde im Oktober 2008 mit der 12. Beschlussabteilung eine weitere reine Kartellabteilung eingerichtet. Gemeinsam mit der 11. Beschlussabteilung verfolgt die neue Abteilung branchenübergreifend Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit § 1 und Artikel 81 EG (S. 9 f.). Die im Jahr 2002 gegründete Sonderkommission Kartellbekämpfung unterstützt diese beiden Abteilungen sowie die übrigen Beschlussabteilungen, soweit sie mit Kartellfällen befasst sind.

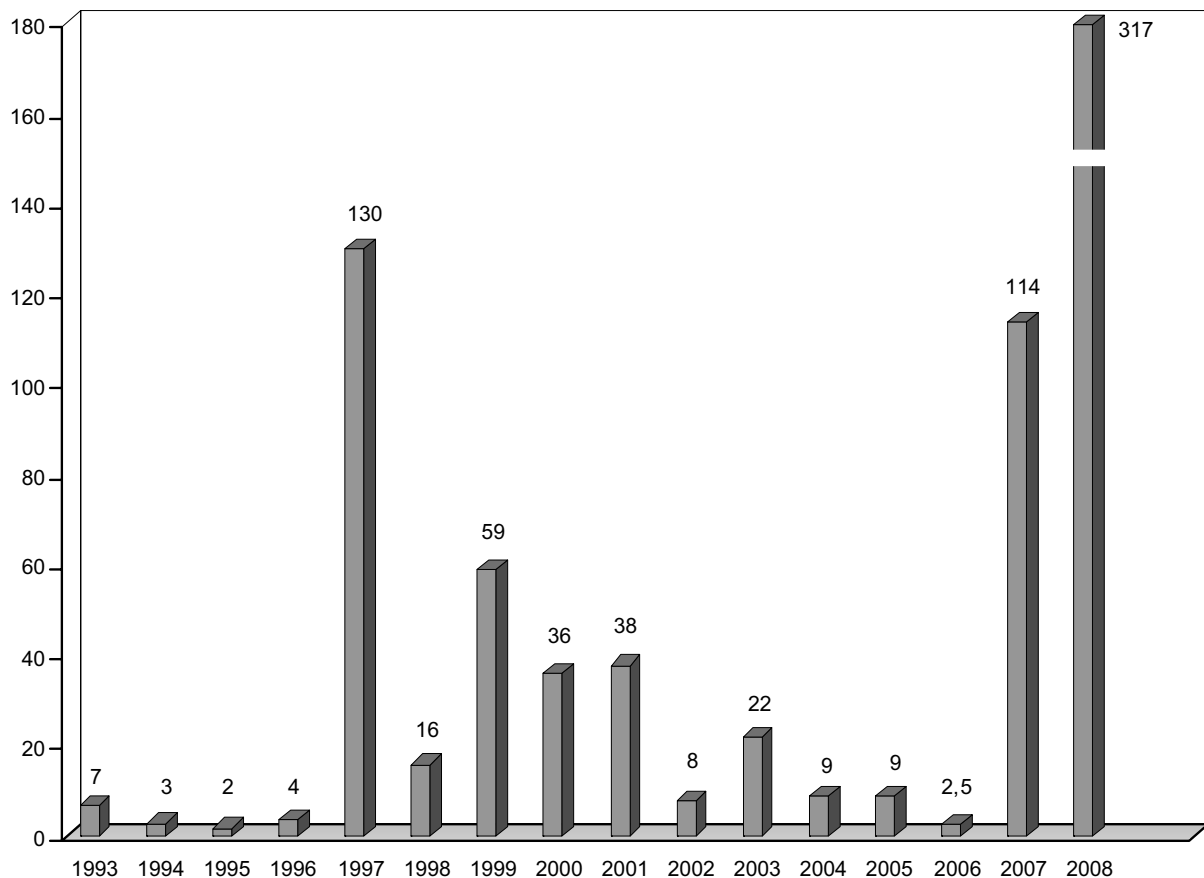
Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt zahlreiche Kartellabsprachen aufgedeckt und Bußgeldverfahren geführt. Diese richteten sich sowohl gegen die an den Absprachen beteiligten Personen als auch gegen die jeweili-

gen Unternehmen. Die vereinnahmten Bußgelder erreichten 2007 insgesamt rund 114 Mio. Euro und lagen 2008 bei insgesamt rund 317 Mio. Euro, hiervon entfielen 315 Mio. Euro (2008) bzw. 112,5 Mio. Euro (2007) auf Unternehmen.

Die Zahl der Bonusanträge bewegt sich weiterhin auf hohem Niveau. Das Bundeskartellamt nahm in 37 Verfahren insgesamt 80 Anträge entgegen. Im Jahr 2007 stammten die Anträge von acht persönlich Betroffenen und von 33 Unternehmen und betrafen zwölf Bußgeldverfahren. 2008 wurden zwei Anträge von persönlich Betroffenen und 37 Unternehmensanträge entgegengenommen, die sich auf 25 Bußgeldverfahren verteilten.

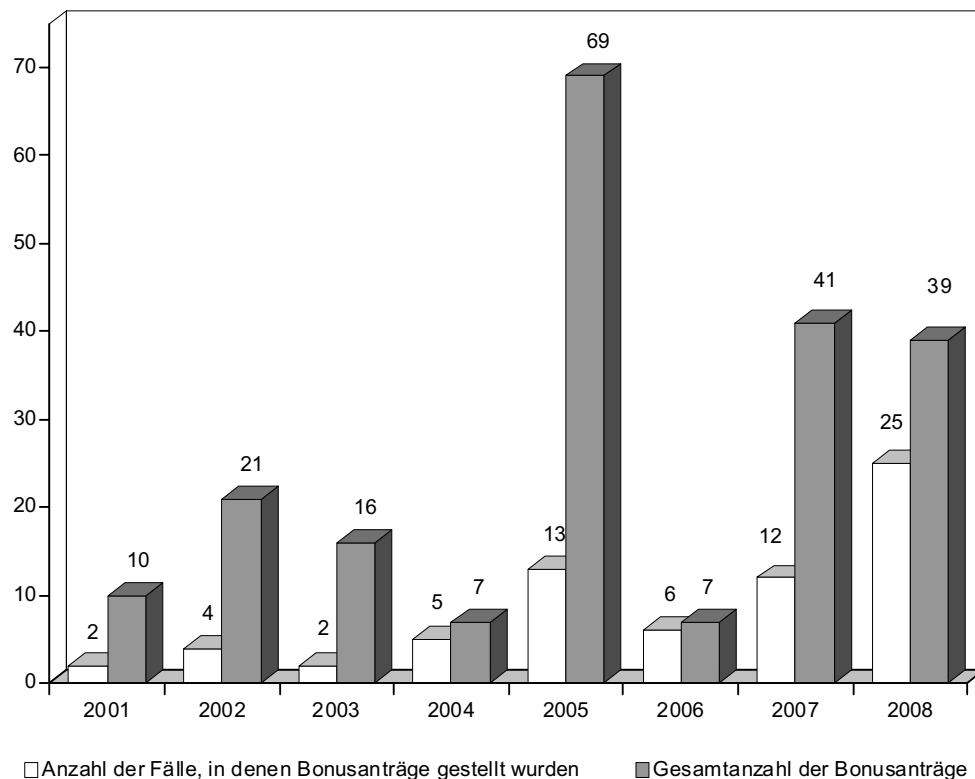
Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Verfolgung verbotener Kartellabsprachen 35 Durchsuchungen in 175 Unternehmen und in 24 Privatwohnungen durchgeführt. Davon entfielen 15 Durchsuchungen auf das Jahr 2007 (97 Unternehmen, acht Privatwohnungen) und 20 auf das Jahr 2008 (78 Unternehmen, 16 Privatwohnungen).

**Vom Bundeskartellamt vereinnahmte<sup>1</sup> Bußgelder**  
(Gesamtsumme in Mio. Euro pro Jahr)



<sup>1</sup> Das sind die dem Bundeshaushalt zugeflossenen Bußgelder, die aufgrund eines kartellbehördlichen Bußgeldbescheides verhängt und gezahlt wurden. Nicht davon umfasst sind Bußgelder, die bislang nach den allgemeinen Regeln des Ordnungswidrigkeitenrechts bis zum 30. Juni 2009 infolge gerichtlicher Entscheidungen dem Haushalt des Landes Nordrhein-Westfalen zugeflossen sind. Erst ab dem 01. Juli 2009 fließen Geldbußen, die das Bundeskartellamt verhängt und gegebenenfalls nach § 82a Absatz 2 Satz 1 auch im gerichtlichen Bußgeldverfahren vollstreckt, gemäß § 82a Absatz 2 Satz 2, § 131 Absatz 5 Satz 2, generell der Bundeskasse zu.

### Beim Bundeskartellamt gestellte Bonusanträge 2001 bis 2008



Das Bundeskartellamt hat 2007 434,8 Mio. Euro (davon 433 Mio. Euro gegen Unternehmen) und 2008 313,7 Mio. Euro (davon 311 Mio. Euro gegen Unternehmen) an Bußgeldern verhängt. Anders als die vereinnahmten Bußgelder umfassen die verhängten Bußgelder die in den jeweiligen Jahren in Bußgeldbescheiden durch das Bundeskartellamt festgesetzten Bußgelder, unabhängig davon, ob die Bußgeldbescheide rechtskräftig geworden sind oder nicht.

Von Bedeutung waren folgende Bußgeldverfahren:

Das im August 2006 gegen die vier größten Unternehmen des Pharmagroßhandels und gegen fünf persönlich Betroffene verhängte Bußgeld i. H. v. 2,185 Mio. Euro (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 34, 88) ist nach Rücknahme der Einsprüche im Berichtszeitraum rechtskräftig geworden. Zwei Verfahren gegen persönlich Betroffene hat das Bundeskartellamt eingestellt.

Nach Durchsuchungen im Juni 2007 wurden bereits im November 2007 gegen die Werbezeitenvermarkter der privaten Sendergruppen RTL und Pro7Sat.1 wegen kartellrechtswidriger Rabattvereinbarungen Bußgelder i. H. v. 216 Mio. Euro verhängt, die rechtskräftig wurden. In diesem Fall wurde das Bußgeld erstmals nach den neuen Bußgeldvorschriften der 7. GWB-Novelle auf der Grundlage der Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes bemessen. Hintergrund des Verfahrens waren Vereinbarungen der Werbezeitenvermarkter mit Media-Agenturen bzw. der werbetreibenden Industrie, denen erhebliche Rabatte gewährt wurden, wenn sie hohe Anteile ihres Werbebudgets bei den großen Vermarktern und nicht bei den kleineren

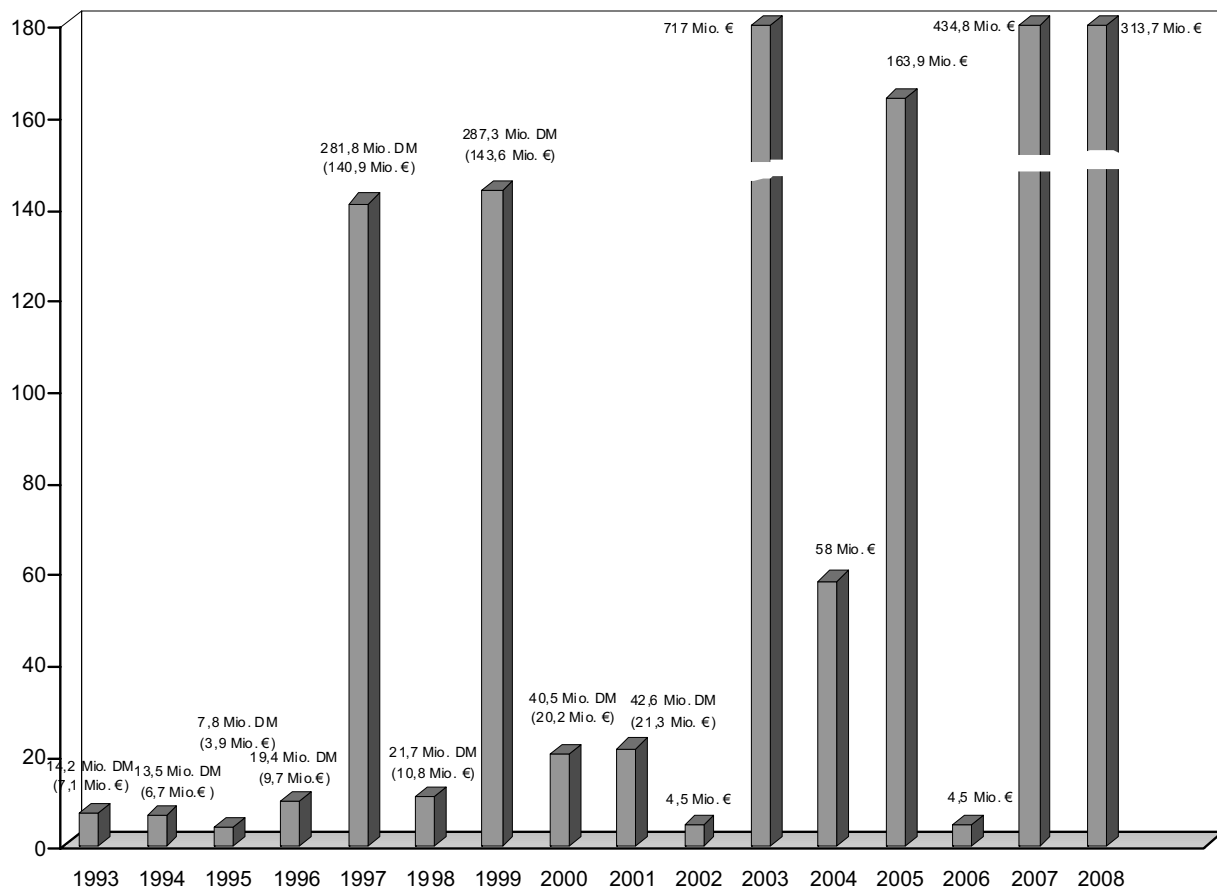
Sendern platzierten. Dies führte zu einer Sogwirkung zu den großen Sendern hin und zu einer Abschottung des Fernsehwerbemarktes zu Lasten der kleineren Sender sowie zu einem erschwerten Marktzugang (S. 146).

Ebenfalls rechtskräftig wurden die Bußgeldbescheide i. H. v. insgesamt 465 000 Euro gegen neun Landesapothekerverbände, den Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e. V. und fünf Pharma-Hersteller. Ende 2003 hatten die Verbände Vortragsveranstaltungen für Apotheker organisiert, auf denen insbesondere Redner der Verbände und der Hersteller den Apothekern nahe legten, vom Preiswettbewerb Abstand zu nehmen, und sich stattdessen an die unverbindliche Preisempfehlung des jeweiligen Pharma-Herstellers zu halten (S. 125 f.).

Wegen Kundenschutzabsprachen verhängte das Bundeskartellamt Ende 2007 nach Durchsuchungen im Jahr 2005 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 34) gegen sieben Unternehmen der Flüssiggasbranche und deren Geschäftsführer Bußgelder i. H. v. rund 208 Mio. Euro. Die beuhten Unternehmen hatten seit mindestens 1997 vereinbart, sich gegenseitig keine Kunden abzuwerben und dies durch ein System von Wettbewerbsmeldungen abgesichert. Hierdurch erreichten die Unternehmen ein Preisniveau, das weit über dem der kleineren, sog. freien Anbieter lag. Gegen die Bußgeldbescheide wurde Einspruch zum Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt (S. 74).

Nach einer Durchsuchung im November 2007 wurden bereits Ende Januar 2008 Bußgelder i. H. v. 62 Mio. Euro gegen drei Hersteller von Dekorpapier sowie gegen fünf

### Vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder (Gesamtsumme in Euro pro Jahr)



persönlich Betroffene verhängt. Den Unternehmen und Personen konnte eine Beteiligung an Preis- und Kapazitätsstilllegungsvereinbarungen im Zeitraum von mindestens 2005 bis 2007 nachgewiesen werden. Das Verfahren wurde von der schwedischen Wettbewerbsbehörde unterstützt, die auf ein Amtshilfeersuchen des Bundeskartellamtes im Rahmen des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden kurzfristig einen Standort in Schweden durchsuchte. Die Bußgelder wurden rechtskräftig.

Im Februar 2008 verhängte das Bundeskartellamt Geldbußen i. H. v. rund 37 Mio. Euro gegen vier Hersteller von Markendrogerieartikeln wegen abgestimmter Preiserhöhungen und gegenseitigen Informationsaustauschs über den Stand der Jahresgespräche mit den Unternehmen des Einzelhandels (S. 75 f.).

Bußgelder i. H. v. rund 10 Mio. Euro verhängte das Bundeskartellamt gegen neun Hersteller hochwertiger Parfümerie- und Kosmetikartikel sowie gegen 13 persönlich Betroffene. Geahndet wurde der seit mindestens 1995 im Rahmen der sog. Schlossrunde vorgenommene Austausch einer Vielzahl unternehmensinterner Informationen, wie Preisanhebungen, Umsatzzahlen, Werbeausgaben, Retouren und geplante Neueinführungen. Gegen die Bußgeldbescheide wurde Einspruch erhoben (S. 75).

Das Bundeskartellamt hat das Bußgeldverfahren gegen insgesamt 92 Unternehmen der Transportbetonbranche in den Markträumen München, Nürnberg/Fürth, Leipzig, Halle, Region entlang der Bundesautobahn A 4 in Thüringen, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster, Rendsburg sowie in mehreren Markträumen des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 34) mit Bußgeldern i. H. v. rund 5,2 Mio. Euro gegen weitere 24 Unternehmen und zwei persönlich Betroffene abgeschlossen. 14 Nebenbetroffene und die beiden persönlich Betroffenen erhoben Einsprüche (S. 82).

#### Bonusregelung

Im Berichtszeitraum haben zahlreiche Unternehmen Marken- und Bonusanträge auch für verbundene Unternehmen gestellt. Damit der Antrag auch zugunsten der verbundenen Unternehmen gilt, müssen die verbundenen Unternehmen in dem Markierantrag auch bezeichnet sein. Nach der Bonusregelung (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 9, 35, Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 43 f.) gibt es keinen Automatismus, nach dem alle Unternehmen, die mit dem Antragsteller verbunden sind, von dem Markier oder dem Bonusantrag umfasst wären. Soweit verbundene Unternehmen nicht benannt werden, sind zwischenzeitlich



eingereichte Marker- bzw. Bonusanträge anderer betroffener Unternehmen vorrangig gegenüber den übrigen verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen. Voraussetzung für die Antragstellung zugunsten verbundener Unternehmen ist dabei eine wirksame Vertretungsmacht des Antragstellers seitens der verbundenen Unternehmen.

### **Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes**

Im Berichtszeitraum wurden die ersten 15 Bußgeldentscheidungen gegen Unternehmen auf der Grundlage der neuen Bußgeldregelungen nach der 7. GWB-Novelle und den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 35) erlassen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Beweisschwierigkeiten, die sich aus dem mehrerlösbezogenen Bußgeldrahmen ergaben, beseitigt sind und die Unternehmen tendenziell höhere Bußgelder als bisher zu erwarten haben. Zur Bemessung des Grundbetrages wurden in den Fällen von schwerwiegenden horizontalen Absprachen Anteile von 15 % bis 25 % vom tatbezogenen Umsatz zugrunde gelegt. Bei mehreren Unternehmen wurde außerdem zum Zweck der Abschreckung der Grundbetrag um 20 % erhöht.

Sieben Bußgeldverfahren wurden im Berichtszeitraum ganz oder teilweise mit einvernehmlichen Lösungen abgeschlossen. Dabei haben sich folgende Eckpunkte herauskristallisiert: Gesprächswünsche der Betroffenen wurden aufgenommen, sobald die zuständige Beschlussabteilung einen Überblick über die Zuwiderhandlungen und die Beweismittel hatte. Die Verständigung war dabei nicht von einem Bonusantrag abhängig. Grundsätzlich erfordert eine Verständigungslösung von Seiten der Betroffenen/Nebenbetroffenen ein Geständnis, mit dem der vom Bundeskartellamt festgestellte Sachverhalt anerkannt wird. Ein Rechtsmittelverzicht ist nicht Gegenstand der Vereinbarungen. Das Bußgeld gegen Unternehmen wurde grundsätzlich nach den Bußgeldleitlinien zugemessen, bei natürlichen Personen nach den allgemeinen Zumessungsregeln. Das im Rahmen der Verständigung abgegebene Geständnis wurde dabei als mildernder Umstand gewertet. Je früher die Verständigung erzielt wird, desto höher die Reduktion, die maximal 10 % des Bußgeldes erreicht. Je nach Zeitpunkt der Verständigung wird die Beschlussabteilung prüfen, inwieweit sie weitere Reduktionen wegen des ersparten Verfahrensaufwandes vornimmt, indem sie z. B. kleinere Tatteile im Rahmen ihres Aufgreifermessens nicht weiter verfolgt. Dabei wird jedoch darauf geachtet, dass die Verständigungslösung die Bonusregelung nicht gefährdet.

### **Gerichtliche Bußgeldentscheidungen**

Mit Beschluss vom 19. Juni 2007 (KRB 12/07 – „Papiergroßhandel“) hat der Bundesgerichtshof die Bestimmung des kartellbedingten Mehrerlöses präzisiert, der sich aus der Differenz zwischen den tatsächlichen Einnahmen aufgrund des Wettbewerbsverstößes und den Einnahmen, die ohne den Verstoß erzielt worden wären, ergibt. Hierzu ist der fiktive Marktpreis zu ermitteln, wofür der Bundesgerichtshof die Betrachtung eines geeigneten Vergleichsmarktes auch im benachbarten Ausland als überlegene

Schätzungsmethode ansieht. Erst wenn sich kein kartellfreier Vergleichsmarkt feststellen lasse, müsse der hypothetische Wettbewerbspreis mit einer gesamtwirtschaftlichen Analyse bestimmt werden. Anhand der jeweiligen Kostenstrukturen der beteiligten Unternehmen und einer empirisch zu ermittelnden allgemeinen durchschnittlichen Umsatzrendite aus vergleichbaren Branchen mit ähnlichen Marktbedingungen könne auf einen durchschnittlich zu erwartenden Marktpreis geschlossen werden.

In seinem Beschluss vom 11. April 2007 (VI-Kart 5/06 OWi) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass der vorsätzliche Verstoß eines Geschäftsführers der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG gegen das Kartellverbot des § 1 nach § 30 OWiG auch der Kommanditgesellschaft zuzurechnen ist.

### **3.2 Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – sonstige Kooperationen**

Das Bundeskartellamt ist im Berichtszeitraum auch außerhalb von Bußgeldverfahren in mehreren Verfahren dem Verdacht horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen nachgegangen und hat verschiedene wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufgegriffen.

Das Bundeskartellamt hat eine Kooperation von Versicherungsunternehmen bei der Versicherung von Vermögensschadenshaftpflichtrisiken für Wirtschaftsprüfer unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten überprüft (S. 140 f.). Die Versicherergemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungs- und Treuhandwesen und deren Mitglieder, die Allianz Versicherung AG, die AXA Versicherung AG, die R+V Allgemeine Versicherung AG und die Victoria Versicherung AG betrieben in Form einer offenen Mitversicherung gemeinschaftlich die Versicherung von Vermögensschadenshaftpflichtrisiken für im In- und Ausland tätige Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, vereidigte Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften. Das Bundeskartellamt hat (mit Ausnahme der Vermögensschadenshaftpflichtversicherung der vier größten Wirtschaftsprüfergesellschaften) einen Verstoß gegen § 1 bzw. Artikel 81 Absatz 1 EG festgestellt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes war eine Freistellung nach der Versicherungs-GVO (VO (EG) Nummer 358/2003) zu verneinen, da für die Versicherung von Wirtschaftsprüfern ein Marktanteil von 50 % ermittelt und somit die Marktanteilsschwelle der Versicherungs-GVO von 20 % deutlich überschritten wurde. Die hiergegen von der Versicherergemeinschaft und deren Mitgliedern eingelegten Rechtsmittel vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf hatten Erfolg (Beschluss vom 3. September 2008, VI-Kart 11/07 (V)). Zwar qualifizierte das Oberlandesgericht die Tätigkeit der Beteiligten in der Versicherergemeinschaft als wettbewerbsbeschränkend i. S. d. Artikels 81 Absatz 1 EG. Allerdings grenzte das Oberlandesgericht Düsseldorf den sachlich relevanten Markt weiter ab und ermittelte hiernach einen Marktanteil der Versicherer von 16 %. Das Oberlandesgericht hat demzufolge die Freistellungsvoraussetzungen der Versicherungs-GVO als erfüllt angesehen. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde hat das

Bundeskartellamt gem. §§ 74 Absatz 4 Nummer 3, 75 Beschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

In der kartellrechtlichen Prüfung der KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH hatte das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 15. Juli 2003 gem. § 32 i. V. m. § 1 der KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH, dem Verein „Bauen mit System KS-Quadro e.V.“ sowie den Lizenznehmern untersagt, die in den Lizenzverträgen vereinbarten Gebietsschutzregeln und ein bestimmtes Meldesystem über den 31. Dezember 2007 hinaus zu betreiben. Den Ende 2007 gestellten Antrag der KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH, den Beschluss aufzuheben, hat das Bundeskartellamt abgelehnt, da sich die Rechtslage nachträglich nicht geändert habe. Die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Verbot der §§ 1, 2 bzw. Artikel 81 Absatz 1, 3 EG lagen weiterhin nicht vor, da Gebietsschutzregelungen regelmäßig nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen darstellen und Effizienzgewinne nicht ersichtlich waren (S. 81 f.).

Dem Bundeskartellamt lag die beabsichtigte Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Mobilfunkbetreiber T-Mobile International AG & Co. KG, Vodafone D2 GmbH und O2 Germany GmbH & Co. OHG zum Betrieb einer Plattform für mobiles Fernsehen nach dem DVB-H Standard zur Prüfung vor (S. 97 f.). Hintergrund des Vorhabens war die Absicht der Landesmedienanstalten der Bundesländer und der BNetzA, Frequenzen und Programmplätze für mobiles Fernsehen nach dem DVB-H-Standard an eine bundesweit operierende Plattform (technische Plattform und Programmplattform) zu vergeben. T-Mobile, Vodafone und O2 hatten sich an diesen Ausschreibungen beteiligt und wollten die ausgeschriebene Plattform gemeinsam in Form des Gemeinschaftsunternehmens Mobile Broadcast Service GmbH & Co. KG („MBS“) betreiben. Aufgabe der MBS sollte der operative Plattformbetrieb sowie der Programmeinkauf ganz oder zu einem wesentlichen Teil sein, nicht jedoch der Vertrieb von mobilem Fernsehen an Endkunden. Im Hinblick auf Artikel 81 EG und § 1 warf die geplante Kooperation insoweit wettbewerbliche Bedenken auf, als Rückwirkungen auf die UMTS-Strategien der Muttergesellschaften der MBS – v.a. auf Fernseh-/Videoangebote über Mobilfunknetze – zu erwarten waren. Die Beteiligten haben im Hinblick auf die vom Bundeskartellamt mitgeteilten Bedenken Verpflichtungszusagen angeboten. Das Bundeskartellamt hat diese gem. § 32b für bindend erklärt. Die Entscheidung wurde durch Drittbeschwerden von Beigeladenen angefochten. Nachdem die Landesmedienanstalten Anfang 2008 entschieden, den Zuschlag für die DVB-H-Plattform nicht an T-Mobile, Vodafone und O2 zu vergeben, sondern an das konkurrierende Konsortium Mobile 3.0., wurde die Kooperation von den beteiligten Unternehmen nicht weiterverfolgt. Die eingelegte Beschwerde wurde daraufhin für erledigt erklärt.

Das Bundeskartellamt hat die Beschränkung sog. Barring-Rechte in einer Klausel des National-Roaming-Vertrages für das GSM-Netz (Mobilfunk der zweiten Generation „2G“) der beiden Mobilfunknetzbetreiber Telefónica

O2 (O2) und T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile) nach Artikel 81 EG und § 1 geprüft und abgemahnt. Die Parteien haben den Verstoß beseitigt. Das Verfahren wurde daraufhin mit einer Entscheidung nach § 32c beendet (S. 134 ff.).

Dem Bundeskartellamt lagen im Berichtszeitraum ferner zwei Kooperationen des Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverbandes (OSV) zur Überprüfung vor (S. 139). Hierbei handelte es sich einerseits um die Einführung eines neuen Online-Produktes „bestzins“. Dabei sollten bestimmte Produkte in Form von Einlagen und Krediten über die einzelnen Sparkassen vertrieben werden, wobei dem Vertragsabschluss ein Bieterverfahren der teilnehmenden Sparkassen vorausging. Das Bundeskartellamt hat dem OSV signalisiert, dass keine kartellrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Artikel 81 EG und § 1 bestehen, wenn trotz Schaffung eines gemeinsamen Produkts der „bestzins“ zugrunde liegende Verbandsbeschluss zu keinerlei Bindungswirkung für die einzelnen Mitglieds-sparkassen des OSV führt.

Bezüglich der Planung des OSV, eine kartengestützte Konsumentenkreditkarte mit der Bezeichnung „SparkassenCard Plus“ einzuführen, kam das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass die wettbewerblichen Möglichkeiten der Sparkassen, eigene, konkurrierende Produkte anzubieten, insgesamt nicht beschränkt werden. Der OSV eröffnet den Sparkassen lediglich die Möglichkeit, ein weiteres Produkt zu vertreiben.

Im Berichtszeitraum lagen dem Bundeskartellamt im Bereich der Abfallentsorgung Mengenübertragungsverträge zwischen dualen Systemen zur Prüfung vor (S. 153 f.). Der Betrieb eines dualen Systems beinhaltet die Koordination verschiedener Entsorgungsleistungen. Die bundesweit tätigen dualen Systeme haben hierfür insgesamt mehrere tausend Lizenzverträge mit einzelnen Leistungserbringern abgeschlossen, um die Rücknahme von gebrauchten Verkaufsverpackungen zu gewährleisten. Einzelne Anbieter der dualen Systeme haben zudem untereinander sog. Mengenübertragungsverträge abgeschlossen, wonach Planmengen eines dualen Systems zu einem anderen verschoben wurden. Hierdurch entsprechen die Mengenanteile nicht mehr den tatsächlichen Lizenzmengenanteilen. Das Angebotsverhalten der beteiligten dualen Systeme gegenüber den Lizenzkunden änderte sich derart, dass nicht mehr eigenständige Angebote unterbreitet wurden, sondern man letztlich gemeinsam auftrat. Solche Mengenübertragungsverträge beschränken regelmäßig den Wettbewerb i. S. v. Artikel 81 EG bzw. § 1 und können in vielen Fällen auch die Spürbarkeitsgrenze überschreiten. Im Hinblick auf die vom Bundeskartellamt nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten wettbewerblichen Bedenken haben zwei duale Systeme – DSD und die zu Remondis gehörende EKO-PUNKT GmbH – Verpflichtungszusagen dahingehend angeboten, alle ggf. mit anderen dualen Systemen bestehenden Mengenübertragungsverträge zu beenden. Das Bundeskartellamt hat die Verpflichtungszusagen für einen Zeitraum von fünf Jahren für bindend erklärt.

Der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter (BDM) hat in dem Bestreben, einen Einheitsmilchpreis durchzusetzen, im Berichtszeitraum versucht, eine kartellrechtliche Freistellung für ein „Basismilchpreisprojekt“ zu erlangen (S. 65 f.). Nach Bewertung des Bundeskartellamtes war dieses Vorhaben wettbewerbsrechtlich nicht zulässig, da es eine horizontale Preisbindung zum Gegenstand hatte. Daraufhin ist Ende 2007 die Milcherzeugergemeinschaft „Milch Board w.V.“ gegründet und von der zuständigen Landesbehörde genehmigt worden. Das Milch Board ist eine anerkannte Erzeugergemeinschaft gemäß § 1 Absatz 1 Marktstrukturgesetz, die grundsätzlich vom Kartellverbot des § 1 befreit ist, sofern nicht der Wettbewerb gemäß § 3 Absatz 1 Ziffer 8 Marktstrukturgesetz ausgeschlossen wird. Die zuständige Landesbehörde genehmigte das Vorhaben unter der Auflage, dass die Verkaufsregeln des Milch Board, die im Wesentlichen die Forderung des Basismilchpreises beinhalten, für die Mitglieder, die auch anderen Milcherzeugergemeinschaften angehören, nicht rechtlich verbindlich sind.

In dem Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die E.ON Ruhrgas AG wegen der marktabschottenden Wirkung langfristiger Gaslieferverträge haben Oberlandesgericht Düsseldorf und Bundesgerichtshof die Entscheidung des Bundeskartellamtes in der Hauptsache bestätigt (S. 113 f.). In der Entscheidung des Gerichts wurde die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes bestätigt, dass die in zahlreichen Gaslieferungsverträgen enthaltenen Vereinbarungen hinsichtlich der Länge der Bezugsverpflichtung und des Grades der tatsächlichen Bedarfsdeckung in ihrer Kombination gegen Artikel 81, 82 EG, § 1 verstoßen. Das Oberlandesgericht hat insbesondere bestätigt, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG nicht erfüllt sind. Die langfristigen Bezugsverpflichtungen seien nicht geeignet, dem Verbraucher unmittelbare Vorteile zu verschaffen. Ebenso verbesserten langfristige Bezugsverträge nicht die Versorgungssicherheit des Verbrauchers, da keine unkalkulierbaren Risiken der Gasversorgung erkennbar seien. Bestätigt hat der Senat schließlich auch die zur Beseitigung des Verstoßes vom Bundeskartellamt gesetzten Rahmenbedingungen für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung.

Gegenstand einer kartellrechtlichen Prüfung waren zudem die Pläne der Deutschen Fußballliga (DFL) für die gebündelte Vermarktung der Medienrechte an der 1. und 2. Fußballbundesliga ab der Spielzeit 2009/2010. Die gebündelte Vermarktung der Übertragungsrechte („Zentralvermarktung“) stellt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung dar, die nach deutschem und europäischem Kartellrecht unter den Tatbestand des Kartellverbots fällt. Sie ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die angemessene Beteiligung des Verbrauchers an den Vorteilen der Zentralvermarktung gewährleistet ist. Das Bundeskartellamt hat die angemessene Verbraucherbeteiligung dann als gewährleistet angesehen, wenn den Endkunden eine Wahlmöglichkeit zwischen der gebündelten Pay-TV Live-Berichterstattung und einer zeitnahen Free-TV Highlight-Berichterstattung erhalten bleibt. Nach der vom Bundeskartellamt geteilten Einschätzung der Markt-

beteiligten liegt ein wesentlicher Vorteil der Zentralvermarktung in der Ermöglichung einer gebündelten Highlight-Berichterstattung. Diese bereichert zum einen die Produktvielfalt, indem sie dem Fernsehzuschauer die Möglichkeit eröffnet, sich in einem überschaubaren Zeitrahmen einen Überblick über den Spieltag zu verschaffen. Vor allem aber begrenzt die Verfügbarkeit einer zeitnahen Free-TV Highlight-Berichterstattung den Preissetzungsspielraum des Erwerbers der gebündelten Pay-TV Live-Übertragungsrechte. Durch die Eröffnung einer für den Endverbraucher hinreichend attraktiven Ausweichmöglichkeit erscheint sichergestellt, dass die mit der exklusiven Bündelung der Live-Übertragungsrechte verbundene überragende Marktstellung nicht durch eine Überhöhung der Pay-TV Abo-Preise ausgenutzt werden kann. Eine derartige Wahlmöglichkeit hat das Bundeskartellamt jedenfalls dann als gewährleistet angesehen, wenn die Highlight-Berichterstattung einen wesentlichen Teil des Spieltags umfasst, zeitnah und zu einem weiten Bevölkerungskreisen zugänglichen Sendetermin erfolgt. Mit dieser Maßgabe konnte die Rechtevergabe im Dezember 2008 durchgeführt und das Verfahren abgeschlossen werden. (S. 156 ff.)

### 3.3 Einkaufskooperationen

Nach der 7. GWB-Novelle unterfällt die Prüfung der Vereinbarkeit von Einkaufsgemeinschaften (Vereinbarungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zur gemeinsamen Nachfrage) mit § 1 bzw. Artikel 81 EG der Selbsteinschätzung der Unternehmen. Für den in der Vergangenheit nicht untypischen Fall der Einkaufsgemeinschaft von kleineren und mittleren Unternehmen eröffnet § 3 die Möglichkeit, durch eine Entscheidung des Bundeskartellamtes nach § 32c eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen.

Im Bereich von Einkaufskooperationen hat das Bundeskartellamt eine Kooperation von Herstellern für Behälterglas zur gemeinsamen Beschaffung von Altglas überprüft (S. 152 f.). Die Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung mbH (GGA) kaufte von den Entsorgungsunternehmen das gesamte Altglas zentral ein und organisierte die Zuführung zu den Behälterglasherstellern. Eine individuelle Nachfrage der Behälterglashersteller nach dem Sekundärrohstoff Altglas wurde durch diese Vorgehensweise verhindert. Das Bundeskartellamt hat hierin einen Verstoß gegen Artikel 81 EG und § 1 gesehen. Insbesondere war keine Freistellung gem. Artikel 81 Absatz 3 EG, § 2 anzunehmen, da aufgrund der ohnehin zu erwartenden hohen Recyclingquote das Kartell nicht zu ökologischen Vorteilen führte. Diese Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Eilverfahren mit Entscheidung vom 14. Juni 2007 bestätigt (VI Kart 9/07(V)). Die Behälterglashersteller haben hieraufhin das Rechtsmittel zurückgenommen, wodurch die Untersagung rechtskräftig wurde. Im Januar 2008 hat die GGA den Geschäftsbetrieb eingestellt.

Gegenstand einer vorläufigen Einschätzung durch das Bundeskartellamt war im Bereich der Abfallentsorgung zudem die Koordination einer Erfassungsausschreibung

durch Betreiber der dualen Systeme (S. 154). Nach der Verpackungsverordnung müssen sich die in Deutschland zugelassenen dualen Systeme (DSD) ab Januar 2009 an einer gemeinsamen Stelle beteiligen, die u. a. die Aufgabe hat, die Verpackungsmengen den dualen Systemen lokal anteilig zuzuordnen und die Erfassungsausschreibungen wettbewerbsneutral zu koordinieren. Dies erfordert eine kartellrechtliche Bewertung der Erfassungsausschreibungen, zu der das Bundeskartellamt eine vorläufige Einschätzung im Hinblick auf Artikel 81, 82 EG und §§ 1, 2, 19 bis 21 abgab. Die Gespräche über die Ausgestaltung der Koordination der Erfassungsausschreibungen dauern an. Parallel hierzu trifft DSD die nötigen Vorbereitungen für eine Neuausschreibung der Erfassungsverträge, die Ende 2009 auslaufen.

### 3.4 Konditionenempfehlungen/-kartelle

Nach Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle beurteilt sich die Zulässigkeit von Konditionenkartellen und -empfehlungen abschließend nach §§ 1 und 2.

Dem Bundeskartellamt ist im Sommer 2007 von der Deutschen Bauindustrie e.V. ein Entwurf der „Konditionen Wirtschaftsbau“ (KW) zur wettbewerbsrechtlichen Überprüfung vorgelegt worden (S. 119 f). Die einheitliche Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) durch die Vertreter der Bauwirtschaft wurde vom Bundeskartellamt als wettbewerbsbeschränkend qualifiziert, da sich die unterzeichnenden Wirtschaftsteilnehmer nach dem Entwurf verpflichteten, die KW vorrangig anzuwenden. Weiterhin warf der Entwurf die Frage auf, ob kartellierte AGB tatsächlich Effizienzgewinne generieren oder nicht vielmehr den Verbraucher unverhältnismäßig belasten bzw. zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen. Die Vermutung, dass Unternehmen, die in Konkurrenz zueinander stehen, sich an diesem Konditionenkartell beteiligen und dadurch den Wettbewerb untereinander beschränken, lag nahe. Aufgrund dieser Bedenken des Bundeskartellamtes wurde das Konditionenkartell Wirtschaftsbau bislang nicht umgesetzt.

### 4. Vertikalvereinbarungen

Im Zuge der Harmonisierung mit dem europäischen Recht sind mit der 7. GWB-Novelle die Regelungen für vertikale Vereinbarungen in den §§ 14 bis 18 GWB a. F. aufgehoben worden. Seitdem unterliegen vertikale Vereinbarungen dem Kartellverbot gemäß §§ 1, 2 und Artikel 81 EG. Es ist unter dem seit der VO 1/2003 geltenden System der Legalausnahme grundsätzlich Sache der betroffenen Unternehmen, selbst einzuschätzen, ob ihre vertikalen Vereinbarungen mit den kartellrechtlichen Vorgaben vereinbar sind. Eine Hilfestellung leisten hier die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Verordnung (EG) Nummer 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen) sowie die damit im Zusammenhang stehenden Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Vereinbarungen. Das Bundeskartellamt ist in einer Reihe informeller Verfahren mit Fragen zur

Einordnung vertikaler Vereinbarungen befasst gewesen. Zu förmlichen Verfahren kam es nur in einzelnen Fällen. Zum Beispiel hat das Bundeskartellamt vertragliche Regelungen der Bayer Vital GmbH über einen „Partnerschaftsbonus“ als einen Verstoß gegen § 1 beanstandet, da sie faktisch auf eine Preisbindung der zweiten Hand hinausliefen. Eine Freistellung der Vereinbarung kam nicht in Betracht. Da sich das Bonussystem letztlich wie eine Preisbindung auswirkte, konnte es nicht als bloße Preisempfehlung angesehen werden. In dem Fall der Bayer Vital GmbH wurde in Anwendung der neuen Bußgeldleitlinien ein Bußgeld i. H. v. 10,34 Mio. Euro verhängt (S. 74 f.).

Geldbußen i. H. v. insgesamt 216 Mio. Euro wurden zudem gegen die TV-Werbezeitenvermarkter der Sender der RTL-Gruppe und der Sender von Pro7Sat.1 verhängt. Die Unternehmen hatten mit Media-Agenturen bzw. mit der werbetreibenden Industrie Rabattverträge über die Ausstrahlung von Fernsehspots abgeschlossen. Diese verstießen als Vertikalvereinbarungen gegen deutsches (§§ 1, 2) und europäisches (Artikel 81 EG) Kartellrecht. Sie sahen retroaktive Mengenrabatte vor, die zu einer Sogwirkung hin zu den großen Fernsehsendern führten und den Markt zu Lasten kleinerer Sender abschottete. Die Geldbußen sind rechtskräftig (S. 146).

### 5. Sektoruntersuchungen

Lassen starre Preise oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann das Bundeskartellamt nach § 32e eine Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen. Von dieser Befugnis hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum in mehreren Fällen Gebrauch gemacht und entsprechende Verfahren eingeleitet. Sektoruntersuchungen richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen und dienen nicht ausschließlich Ermittlungen zu spezifischen Kartellrechtsverstößen. Sie bieten die Möglichkeit, die komplizierten Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einem Sektor insgesamt zu untersuchen. Dabei werden von den relevanten Unternehmen und Verbänden Informationen, Unterlagen und Erklärungen eingeholt. Das Bundeskartellamt verbessert damit auch die Datengrundlage, um spezifische Tatbestände zukünftig besser würdigen zu können. Dabei strebt das Bundeskartellamt einen offenen Dialog mit allen Beteiligten an und hält Fachkreise sowie die allgemeine Öffentlichkeit über die Fortschritte der Untersuchung auf dem Laufenden.

#### Außenwerbung

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt auf dem Außenwerbemarkt eine Sektoruntersuchung nach § 32e durchgeführt. Anlass waren Beschwerden von Wettbewerbern wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Städten und Außenwerbeunternehmen auf dem Angebotsmarkt für Werbeflächen, das (bis 2007 nicht der Fusionskontrolle unterliegende) externe Wachs-

tum der Ströer Out-of-Home Media AG (Ströer) sowie ein vom Bundeskartellamt abgemahntes und daraufhin aufgegebenes Zusammenschlussvorhaben. Das Bundeskartellamt befragte eine Vielzahl von Marktteilnehmern. Eines der befragten Unternehmen legte gegen den an ihn gerichteten Auskunftsbefehl Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf ein. Das Oberlandesgericht stellte darauf hin klar, dass das Bundeskartellamt berechtigt war, die Sektoruntersuchung durchzuführen, und dass es für die Einleitung des Verfahrens keines förmlichen Beschlusses bedurfte (S. 41). Die Sektoruntersuchung bestätigte die vermuteten Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Außenwerbmärkten und brachte erhebliche Rigiditäten insbesondere auf den vorgelagerten Angebotsmärkten für Außenwerbeflächen ans Licht (S. 143 ff.).

## Milch

Im Jahr 2008 häuften sich im Bereich Milch Beschwerden, die u. a. die Preissetzung des Handels bei Molkereiprodukten, das Verhalten von Molkereien gegenüber ihren Milchlieferanten sowie das Verhalten von Milchlieferanten gegenüber den Molkereien betrafen. Diese Beschwerden nahm das Bundeskartellamt Mitte 2008 zum Anlass, eine Sektoruntersuchung im Milchbereich einzuleiten. Die Untersuchung umfasst die Marktstufen Milcherzeuger, Molkereien und Lebensmitteleinzelhandel. Ziel dieser Sektoruntersuchung ist es, Marktmechanismen genauer zu ermitteln und etwaige kartellrechtliche Probleme zu erkennen, zu bewerten und nötigenfalls zu verfolgen. Um die Marktbedingungen auf den verschiedenen Marktstufen zu beleuchten, schickte das Bundeskartellamt Auskunftsbeschlüsse an sämtliche großen in Deutschland tätigen Molkereien. Darüber hinaus führte es Hintergrundgespräche mit großen Molkereien, die in Nachbarstaaten, nicht jedoch in Deutschland tätig sind. Des Weiteren gab es Gespräche mit verschiedenen Branchenverbänden sowie dem Hauptverband des Deutschen Einzelhandels; weitere Gespräche sind geplant. Außerdem erhielten alle führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Auskunftsbefehle. Gegenwärtig wertet das Bundeskartellamt die Ergebnisse dieser Befragungen aus (S. 65 f.).

## Kraftstoffe

Das Bundeskartellamt untersucht im Rahmen einer Sektoruntersuchung außerdem den Kraftstoffsektor. Anlass hierzu gaben die im Fusionskontrollverfahren „Shell/HPV“ (S. 121) gewonnenen Erkenntnisse sowie zahlreiche Verbraucherbeschwerden und Eingaben von Betreibern freier Tankstellen. Untersucht werden verschiedene Aspekte der Preissetzung an den inländischen Tankstellen sowie das Verhalten der großen vertikal integrierten Mineralölgesellschaften gegenüber freien Tankstellen. Darüber hinaus werden die Großhandelsmärkte und die Preisbildung im Kraftstoffsektor insgesamt beleuchtet. Zu den weiteren Untersuchungsgegenständen zählen die Auswirkungen von Tankkarten-Systemen und von sog. Markenpartner-

Verträgen. Eine besondere Thematik bildet schließlich das Autobahntankstellengeschäft (S. 73 f.).

## 6. Verfahrens- und Prozessrecht

### 6.1 Kartellbehördliches Verfahrensrecht

#### 6.1.1. Verwaltungsverfahren

##### Verfahrensbeteiligte

Ein Unternehmen ist nicht mehr an einem Fusionskontrollverfahren nach § 54 Absatz 2 Nummer 2 beteiligt, wenn es nach der Freigabe der Fusion seine Anteile am Zielunternehmen verkauft. Zwar bleibt das Unternehmen beschwerdebefugt gemäß § 63 Absatz 2. Der Bundesgerichtshof verneinte jedoch die materielle Beschwerde, da das Unternehmen nicht mehr unmittelbar und individuell in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen sei (Beschluss vom 25. September 2007, WuW DE-R 2138).

Die Bundesnetzagentur ist in Verfahren von Landesregulierungsbehörden über die Höhe von Netznutzungsentgelten gemäß § 79 Absatz 2 EnWG beteiligt und daher auch gemäß § 88 Absatz 1 EnWG beschwerdeberechtigt. Dies hat der Bundesgerichtshof mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und Systematik des EnWG entschieden (Beschluss vom 13. November 2007, KVR 23/07).

##### Beiladung

Die häufig diskutierte Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Beiladungsantrag zulässigerweise gestellt werden kann, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem Fall „Wirtschaftsprüferhaftpflicht“ entschieden. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO hatte den Beiladungsantrag zum kartellbehördlichen Verfahren nach Erlass der Untersagungsverfügung, jedoch noch vor Beschwerdeerhebung in der Hauptsache gestellt. Das Bundeskartellamt hatte den Beiladungsantrag abgewiesen. Das Oberlandesgericht wies die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück, da der Beiladungsantrag spätestens bis zum Ende des kartellbehördlichen Verfahrens gestellt werden müsse und daher verspätet sei. Dies folge aus der Systematik und dem Sinn und Zweck des Beiladungsverfahrens, das in erster Linie der Förderung des Verwaltungsverfahrens und nicht den individuellen Interessen des Beizuladenden diene. Nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens könne der Beiladungsantrag nichts mehr zur Förderung dieses Verfahrens beitragen (Beschluss vom 25. März 2008, VI – Kart 16/07 [V]). Gegen den Beschluss wurde Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Die Beschwerde der BDO gegen die Untersagungsverfügung selbst wies das Oberlandesgericht Düsseldorf wegen fehlender Beschwerdebefugnis (§ 63 Absatz 2) zurück. Zwar sei seit der „pepcom-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 7. November 2006, KVR 37/05, Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 41) eine Drittbeschwerde auch für Unternehmen möglich, die nicht zum Verfahren beigelegt worden sind. Voraussetzung für diese Beschwerdebefugnis sei aber, dass der Dritte einen Beiladungsantrag während des kartellbehörd-

lichen Verfahrens gestellt habe und dass dieser Antrag allein aus verfahrensökonomischen Gründen von der Kartellbehörde abgelehnt worden sei. Da der Beschwerdeführer den Beiladungsantrag jedoch erst nach der Untersagungsverfügung und damit verspätet gestellt habe, stehe ihr keine Beschwerdebefugnis in der Hauptsache zu (Beschluss vom 7. Mai 2008, VI – Kart 3/08 [V]).

Ebenfalls als verspätet sah das Oberlandesgericht Düsseldorf einen Beiladungsantrag an, der in einem Ministererlaubnisverfahren („Universitätsklinikum Greifswald“) einen Tag nach Erteilung der Ministererlaubnis beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie eingegangen war. Unerheblich sei, dass der Antrag noch vor der Erteilung der Erlaubnis auf den Postweg gebracht worden sei. Denn entscheidend sei immer der Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger, der im vorliegenden Fall nach Abschluss des Verfahrens erfolgte (Beschluss vom 17. September 2008, VI Kart 8/08).

Die Beschwerde gegen eine Beiladung im Verfahren „Scandlines“ hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen, da das Bundeskartellamt umfassende Ausführungen zur wirtschaftlichen Interessenberührung des Beigeladenen jedenfalls im Beschwerdeverfahren nachgeholt habe. Dies sei gemäß § 45 VwVfG, der mangels abschließender Regelung in § 61 auf Beschlüsse einer Verwaltungsbehörde entsprechend anwendbar sei, auch zulässig (Beschluss vom 15. Januar 2007, VI-Kart 17/06 [V]).

Hat das Bundeskartellamt eine Beiladung in einem Entflechtungsverfahren abgelehnt, im Beschwerdeverfahren dann jedoch nachgeholt, so muss das Bundeskartellamt bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung sämtliche Kosten tragen („Verlag Rieck“). Denn die Beiladung des Verlags im Beschwerdeverfahren zeige, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde Erfolg gehabt hätte. Dass die Beiladung erst aufgrund des ergänzenden Sachvortrags der Beschwerdeführerin erfolgen konnte, rechtfertige es unter Billigkeitsgesichtspunkten nicht, die Beschwerdeführerin mit den Verfahrenskosten zu belasten. Vielmehr hätte das Bundeskartellamt den Sachverhalt im Verwaltungsverfahren selbst umfassend aufklären müssen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 24. Juli 2007, VI-Kart 4/07 [V]).

### Vollzugsverbot

In den Fällen „Phonak/Resound“ bzw. Faber/BAG ging es um die Frage, ob das Oberlandesgericht Düsseldorf gemäß § 41 Absatz 2 Befreiungen vom Vollzugsverbot vornehmen darf oder ob hierzu ausschließlich das Bundeskartellamt befugt ist.

Das Oberlandesgericht verneinte seine Befugnis grundsätzlich (Beschluss vom 8. August 2007, „Phonak/Resound“, WuW DE-R 2069). Es sei auch nicht befugt, bei Untersagungen durch das Bundeskartellamt eine einstweilige Anordnung auf Vollzug des Zusammenschlusses anzuordnen. Nach § 41 Absatz 2 könne nur das Bundeskartellamt Befreiungen vom gesetzlichen Vollzugsverbot erteilen, beispielsweise wenn dies zur Abwehr von

schweren Schäden erforderlich sei. Diese Vorschrift sei eine abschließende Sonderregelung, die keinen Raum für eine gerichtliche Befreiung vom Vollzugsverbot lasse.

Diese Rechtsansicht hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf auch im Fall „Faber/BAG“ wiederholt. Allerdings sah es sich dort ausnahmsweise zum Erlass einer aufschiebenden Wirkung befugt, da der Fall aus seiner Sicht unter die Bagatellmarktklausel falle und der Zusammenschluss insofern nicht hätte angemeldet werden müssen. Insoweit sei ausnahmsweise ein Konflikt zwischen § 41 Absatz 2 und § 65 Absatz 3 Satz 3 nicht zu befürchten gewesen. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nehme auch nicht unzulässig die Hauptsache vorweg. Sollte die Untersagungsverfügung in der Hauptsache bestätigt werden, wären die Beteiligten gemäß § 41 Absatz 3 zur Entflechtung ihres vorläufig vollzogenen Zusammenschlusses verpflichtet (Beschluss vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18/07).

Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde hatte Erfolg (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08). Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs habe das Oberlandesgericht Düsseldorf zwar neben der Regelung des § 41 Absatz 1, 2 keine Befugnis, einstweilige Anordnungen nach § 65 Absatz 3 zu treffen: § 41 Absatz 1 treffe für Fusionsentscheidungen eine abschließende Regelung über das Vollzugsverbot. Erst wenn eine Untersagungsverfügung bestandskräftig geworden oder rechtskräftig aufgehoben werde, ende die Wirkung des Vollzugsverbots. Das Oberlandesgericht Düsseldorf habe zu Unrecht angenommen, dass das Vollzugsverbot keine Anwendung finde, da der Fall unter die Bagatellmarktklausel falle. Nach § 41 Absatz 1 gelte das Vollzugsverbot für alle angemeldeten Zusammenschlussvorhaben, gleichgültig ob letztlich die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Untersagung vorlägen. Denn gerade die Frage der Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel sei oft ein wesentlicher Streitpunkt, der erst nach Abschluss des behördlichen Verfahrens und eventueller Rechtsmittelverfahren geklärt sei. Sei ein Vorhaben angemeldet, so gelte das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 ohne Rücksicht darauf, ob das Vorhaben letztlich untersagt oder vollzogen werden könne.

Auch wenn neben § 41 kein Raum für die Anordnung einer aufschiebenden Wirkung gemäß § 65 Absatz 3 Satz 3 sei, könne das Oberlandesgericht Düsseldorf selbst gemäß § 64 Absatz 1, Absatz 3, § 60, § 41 Absatz 2 eine Befreiung vom Vollzugsverbot aussprechen. Hierfür spreche, dass nach Erlass der Untersagung das Beschwerdegericht in erster Linie dazu berufen sei, die nach § 41 Absatz 2 gebotene Ermessensabwägung vorzunehmen und nicht darauf verwiesen werden könne, eine Entscheidung des Bundeskartellamtes auf Ermessensfehler zu überprüfen. Das Gericht habe allerdings zu berücksichtigen, dass – anders als bei § 65 Absatz 3 Satz 3 – ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung nicht ausreichen, sondern dass eine Befreiung geboten sein müsse, um schweren Schaden von den Fusionsbeteiligten oder Dritten abzuwenden. Die Erfolgsaussichten stellten daher lediglich einen Faktor der Abwägung dar.

### **Anfechtbarkeit von Freigaben in der ersten Phase**

Im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde bestätigte der Bundesgerichtshof nochmals seine Rechtsprechung (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28. Juni 2005 – KVZ 34/04 – Ampere), wonach im Vorprüfverfahren erfolgte Freigaben nicht im Rahmen der Drittbeschwerde anfechtbar sind. Ein angemeldeter Zusammenschluss könne nach Eintritt der Freigabefiktion durch Ablauf der Monatsfrist nicht mehr untersagt werden (§ 40 Absatz 1 Satz 1). Solange ein subjektives öffentliches Recht des Dritten durch die Freigabe nicht tangiert werde, begegne diese Regelung auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (Beschluss vom 13. November 2007, „pepcom III“, KVZ 10/07).

### **Anmeldegebühren**

Die Beschwerde gegen die Höhe einer vom Bundeskartellamt festgesetzten Anmeldegebühr i. H. v. 13 000 Euro für eine Fusionsfreigabe in der ersten Phase hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen. Die Festsetzung der Höhe der Gebühren nach § 80 Absatz 2 Satz 1 liege im Ermessen der Kartellbehörde, die insbesondere beim Bemessungskriterium der „wirtschaftlichen Bedeutung“ einen Bewertungsspielraum besitze. Eine gerichtliche Aufhebung der Entscheidung komme nur in Betracht, wenn das die Gebührenfestsetzung bestimmende Äquivalenzprinzip gröblich verletzt sei, was im vorliegenden Verfahren nicht der Fall sei (Beschluss vom 19. August 2008, „suntech“, VI-Kart 6/08 [V]).

Wird ein Fusionsvorhaben während der kartellrechtlichen Überprüfung dergestalt modifiziert, dass das Vorhaben dem Wesen nach verändert wird, so stellt dies ein neues Fusionsverfahren dar, das neu beim Bundeskartellamt anzumelden ist, und für das erneut Gebühren anfallen. Im Fall „Süddeutsche Zeitung/Lokalzeitung“ hatten die Fusionsbeteiligten zunächst einen Kontrollerwerb von 60 % der Anteile der Lokalzeitung angemeldet. Nach einer Abmahnung durch das Bundeskartellamt wurde der Kontrollerwerb aufgegeben und anschließend der Erwerb sämtlicher Anteile der Lokalzeitung angemeldet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Beschwerde gegen den Kostenbeschluss für das erste Vorhaben zurückgewiesen. Es handele sich um unterschiedliche Zusammenschlussstatbestände, die sich nicht nur in der kartellrechtlichen Prüfung und Beurteilung unterscheiden und zu divergierenden Ergebnissen gelangen könnten, sondern bei denen auch der Kreis der Zusammenschlussbeteiligten verschieden sei. Im Falle des Kontrollerwerbs blieben die Inhaber der Lokalzeitung Gesellschafter des Zielunternehmens und seien im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens folglich auch Zusammenschlussbeteiligte. Beim vollständigen Anteilserwerb sei dies nicht der Fall (Beschluss vom 14. März 2007, VI – Kart 3/06 [V]).

### **Voraussetzungen für die Einleitung einer Sektoruntersuchung**

Eine Sektoruntersuchung nach § 32e muss nicht durch förmlichen Beschluss eingeleitet werden. Dies hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Rahmen einer Eilent-

scheidung in Sachen „Ströer“ entschieden (S. 146). Für den Rechtsschutz des Betroffenen reiche aus, dass im Auskunftsbefehl klargestellt werde, dass die begehrten Auskünfte im Rahmen einer Enquêteuntersuchung eingeholt würden, und dass die Voraussetzungen für eine solche Untersuchung vorlägen. Es sei für den Betroffenen ohne Belang, ob die Kartellbehörde die entsprechenden Angaben in einen förmlichen Einleitungsbeschluss aufnehme, den sie dem Adressaten zusammen mit einem Auskunftsbefehl bekannt gebe, oder ob sie die notwendigen Ausführungen zu § 32e direkt in den Auskunftsbefehl einstelle (Beschluss vom 8. Mai 2007, VI Kart 5/07). Allerdings müsse der Auskunftsbefehl hinreichend begründet werden, woran es im vorliegenden Fall fehle, da lediglich der Wortlaut des § 32e wiederholt worden sei. Der Begründungsmangel des Auskunftsbefehls war zwar im Beschwerdeverfahren nach § 45 Absatz 2 VwVfG zulässigerweise nachgeholt worden. Das Oberlandesgericht stellte an die Begründung keine hohen Anforderungen. Schließlich stellte das Gericht fest, dass weder die Einleitung einer Sektoruntersuchung noch die Verwertung der aus ihr gewonnenen Erkenntnisse auf Verfahren nach § 32 beschränkt ist, sondern auch mit Blick auf die Zusammenschlusskontrolle möglich ist. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung hatte das Bundeskartellamt jedoch die Kosten zu tragen, da die Beschwerde ursprünglich zulässig und begründet war und ohne die in der Beschwerdeinstanz herbeigeführte Heilung des Begründungsmangels aufzuheben gewesen wäre (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juli 2007, VI Kart 5/07 [V]).

### **Anordnung von Abhilfemaßnahmen struktureller Art**

In dem Kartellverfahren „Xella/NordKS“ hatte das Bundeskartellamt gegenüber einem kooperativen Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 32 Absatz 2 verfügt, dass die Tochter „Xella“ der NordKS binnen einer gesetzten Frist (zunächst 3 Monate, nach Abänderungsbeschluss während des Beschwerdeverfahrens ein Jahr) aus dem Unternehmen ausscheide. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat auf eine Beschwerde die Anordnung des Bundeskartellamtes aufgehoben. Das angeordnete Ausscheiden der Xella sei nicht verhältnismäßig i. S. v. § 32 Absatz 2, da dem Bundeskartellamt ein verhaltensbezogenes und damit ein milderer Mittel zur Beseitigung des Kartellverstößes zur Verfügung stehe. Es sei ausreichend, Xella eine weitere Durchführung des Kommanditgesellschaftsvertrages zu untersagen. Xella selbst könne sich frei entscheiden, welche Konsequenzen das Unternehmen aus der Unterlassungsverfügung ziehen wolle (Beschluss vom 20. Juni 2007, VI Kart 14/06).

Der Bundesgerichtshof hat die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde abgewiesen. Er entschied, dass Maßnahmen struktureller Art subsidiär seien und nach § 32 nur angeordnet werden dürften, wenn keine verhaltensbezogenen Maßnahmen gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stünden oder wenn verhaltensbezogene Maßnahmen stärker belastend seien. Dies ergebe sich aus der Vorbildregelung des Artikels 7 VO 1/2003 (Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07).

### Bestimmtheit

Im Verfahren gegen E.ON Ruhrgas wegen langfristiger Gaslieferungsverträge beschäftigte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf mit dem Erfordernis der Bestimmtheit von Verfügungen. Der Adressat müsse aus der Verfügung erkennen können, was von ihm gefordert werde. Nicht notwendig dafür sei, dass der Inhalt der Regelung im Entscheidungssatz so zusammengefasst sei, dass er alle Punkte aus sich heraus verständlich darstelle. Es genüge vielmehr, dass sich der Regelungsinhalt aus der gesamten Verfügung einschließlich ihrer Begründung ergebe. Der Verwaltungsakt müsse geeignet sein, Grundlage für Maßnahmen zur zwangsweisen Durchsetzung zu sein. Dabei dürfe die Kartellbehörde den Rahmen für die Vertragsgestaltung durch das betroffene Unternehmen und seine Vertragspartner nicht stärker einschränken, als dies durch den Zweck, den Verstoß gegen die Verbotsnorm zu vermeiden, vorgegeben sei. Die Bestimmtheit der Verfügung sah das Oberlandesgericht Düsseldorf als gegeben an, da sich aus der Verfügung widerspruchsfrei ergebe, was von E.ON Ruhrgas gefordert werde. Dem Verhältnismäßigkeitsgebot entspreche es, dass E.ON Ruhrgas selbst über das geeignete Mittel zur Abstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens entscheiden dürfe (Beschluss vom 4. Oktober 2007, VI-2 Kart 1/06 [V]).

### Akteneinsicht

In dem Fusionsverfahren „E.ON/Stadtwerke Eschwege“ hat sich der Bundesgerichtshof zum Umfang des gerichtlichen Untersuchungsgrundsatzes gemäß § 70 sowie den Grenzen der Akteneinsicht gemäß § 72 geäußert. Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes habe das Beschwerdegericht die Möglichkeit, das Bundeskartellamt mit der Erhebung von Marktdaten zu beauftragen. Die Richtigkeit der Marktdatenerhebung brauche das Beschwerdegericht dabei nur dann zu überprüfen, wenn dazu „bei sorgfältiger Überlegung“ ein Anlass bestehe. Auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens handele es sich bei den (Nach-)Ermittlungsergebnissen um „Vorakten“ des Bundeskartellamtes, so dass dieses selbst entscheiden dürfe, in welche Aktenteile Akteneinsicht gemäß § 72 gewährt werde. Verweigere das Bundeskartellamt die Akteneinsicht, so sei dies auch für das Beschwerdegericht bindend, so dass es daran gehindert sei, den Inhalt dieser Akten bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Es könne sich jedoch auf eine vom Bundeskartellamt erstellte und um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Auswertung der Ermittlungsergebnisse stützen, soweit die Betroffenen gemäß § 71 Absatz 1 Satz 2 die Möglichkeit hatten, von dieser Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern (Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte die Ablehnung eines Akteneinsichtsgesuchs durch das Bundeskartellamt gemäß § 72 Absatz 2 Satz 2 im Fall „Eurovia“. In dem Verfahren hatte die beigeladene Eurovia Akteneinsicht in Teile von Verfahrensakten eines Fusionsverfahrens im Bereich Asphaltmischgut begehrt, welche das Bundeskartellamt als Geschäftsgeheimnisse eingestuft hatte. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf

hat das Bundeskartellamt die Akteneinsicht zu Recht verweigert, um die Geschäftsgeheimnisse der befragten Unternehmen zu schützen. Da es für die Marktabgrenzung und die wettbewerbliche Beurteilung des Falles auch nicht auf die in Rede stehenden Ermittlungsergebnisse ankam, sei die Akteneinsicht zu Recht abgelehnt worden (Beschluss vom 30. Januar 2008, VI – Kart 15/05 [V]).

Ähnliche Ausführungen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zur Akteneinsicht in einem Verfahren der Bundesnetzagentur bezüglich der Genehmigung von Netznutzungsentgelten gemäß § 23a EnWG gemacht, indem es das Recht auf Akteneinsicht nur insoweit gewährte, als es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handelte (Beschluss vom 14. März 2007, VI-3 Kart 289/06 [V]).

### 6.1.2. Bußgeldverfahren

#### Durchsuchungsanordnung und Beschlagnahmebestätigung

Mit dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2006/24/EG (ABl. EG Nr. L 105 vom 13. April 2006, S. 54 ff.) wurde § 162 Absatz 1 StPO zu einer Konzentrationsregelung umgestaltet, so dass das Bundeskartellamt Anträge auf gerichtliche Ermittlungsmaßnahmen in Bußgeldverfahren, insbesondere Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse, nun grundsätzlich beim Amtsgericht Bonn stellen kann. Bislang war eine solche Konzentration nur im Fall der Ermittlung in mehreren Gerichtsbezirken gewährleistet, andernfalls musste das am Ort der Ermittlung zuständige Amtsgericht mit dem Antrag befasst werden.

Mit Beschlüssen vom 30. Juli 2007 (37 Qs 24/07 LG Bonn und 37 Qs 34/07 LG Bonn) und vom 25. September 2008 (27 Qs 25/08 und 27 Qs 27/08) hat das Landgericht Bonn in zwei Fällen die Beschwerden gegen die vom Bundeskartellamt beantragten Durchsuchungsanordnungen des Amtsgerichts Bonn und gegen die Bestätigung der im Rahmen dieser Durchsuchungen wegen Gefahr im Verzug vom Bundeskartellamt beschlagnahmten Asservate durch das Amtsgericht Bonn verworfen.

Das Landgericht bestätigte in beiden Fällen den zum Zeitpunkt der Durchsuchung bestehenden Verdacht einer kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeit. Im ersten Fall ergaben sich aus der Beteiligung an einer mutmaßlichen Absprache über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Fortsetzung auch in der Folgezeit. Aus der Nichtteilnahme an einer einzelnen Sitzung wurde nicht auf die Aufkündigung der Mitwirkung geschlossen, weil es dafür andere Gründe geben könne. Im zweiten Fall betonte das Landgericht, es reiche für den Anfangsverdacht aus, wenn auf Grund kriminalistischer Erfahrung die begründete Aussicht bestehe, dass der Zweck der Durchsuchung erreicht werden könne. Dabei betonte das Gericht, dass die zu einer Gesamtbeurteilung des Falles notwendigen Feststellungen nicht Voraussetzung der Durchsuchung, sondern ihr Ziel seien. Diese Voraussetzungen sah das Gericht im konkreten Fall als gegeben an. Der Einwand, dass es sich



bei dem Verdacht um einen wenig gewichtigen Einzelfall gehandelt habe, war nicht durchgreifend, weil die im Einzelfall vorliegenden Erkenntnisse einen darüber hinausgehenden Anfangsverdacht begründeten. Die Durchsuchungsanordnung erwies sich in Anbetracht des Tatvorwurfs, der in § 81 Absatz 4 angedrohten Geldbuße und der bestehenden Beweislage zudem als verhältnismäßig.

In formeller Hinsicht betonte das Landgericht, dass in der Durchsuchungsanordnung nicht mitgeteilt werden müsse, welche Erkenntnisse den Tatverdacht begründen.

Auch die Bestätigung der Beschlagnahme durch das Amtsgericht erfolgte in beiden Fällen zu Recht. Die aufgrund der Eilkompetenz erlassene Beschlagnahme war rechtmäßig. Das Bundeskartellamt durfte wegen Gefahr in Verzug die Beschlagnahme selbst anordnen, denn aufgrund der Vielzahl und der Komplexität der aufgefundenen Unterlagen sei eine telefonische Beschlagnahmeanordnung des Ermittlungsrichters nicht zu erlangen gewesen.

### **Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen**

Auf die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 20. Dezember 2006 (siehe Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 42) hat das Landgericht Bonn mit Beschluss vom 27. Januar 2007 (37 Qs 10/07 LG Bonn) den Umfang der Unterlagen erweitert, welche als von einem Anwalt erstellte Verteidigungsunterlagen nicht beschlagnahmt werden dürfen. Im Rahmen einer Durchsuchung hatte das Bundeskartellamt Daten vorläufig sichergestellt, die von dem Verteidiger eines persönlich Betroffenen in einem bereits rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren wegen Bestechung erstellt worden waren. Das Landgericht entschied, dass die Daten nach § 97 Absatz 1 StPO i. V. m. Artikel 2 Absatz 1, 20 Absatz 3 GG und Artikel 6 Absatz 3 EMRK nicht beschlagnahmt werden dürfen. Dabei genügte dem Landgericht die Erstellung der Daten zur eigenen Verteidigung in einem laufenden Strafverfahren. Es komme nicht darauf an, dass das Strafverfahren beendet sei oder die Daten in einem anderen Verfahren sichergestellt wurden, weil dies dem Schutzzweck des Beschlagnahmeverbotes widerspreche. Ein Beschuldigter müsse sich schriftliche Aufzeichnungen zu seiner Verteidigung erstellen können, ohne befürchten zu müssen, dass diese später gegen ihn verwendet werden können.

### **Akteneinsicht**

Das Akteneinsichtsrecht eines Verteidigers wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 4. Oktober 2007 (KRB 59/07) präzisiert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen 38 Betroffene und Nebenbetroffene dem Verteidiger einer Nebenbetroffenen Akteneinsicht nur insoweit gewährt, als sich die Akten auf das Verfahren der Nebenbetroffenen selbst und auf hiermit verbundene Verfahren bezog, im Übrigen aber als für sie verfahrensfremd abgelehnt. Der Bundesgerichtshof bestätigte, dass sich das Akteneinsichtsrecht nur auf das gegen den jeweiligen Betroffenen geführte sowie auf hinzuverbundene Verfahren beziehe.

Nicht der Akteneinsicht unterlägen die Akten anderer Verfahren. Selbst wenn sie zeitweise gemeinsam geführt und später getrennt wurden, seien es fremde Akten. Allerdings sah der Bundesgerichtshof in der vorliegenden Situation aus folgenden Gründen die Notwendigkeit zur Akteneinsicht: Sämtliche Verfahren betrafen Absprachen auf einem Markt, an denen die Betroffenen und Nebenbetroffenen beteiligt gewesen sein sollen, so dass nicht auszuschließen war, dass sich aus den anderen Verfahren relevante Gesichtspunkte für die Antragstellerin ergeben könnten. Ferner lagen die Akten in ihrer Gesamtheit dem Bundeskartellamt, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht vor, die weitergehende Informationen aus den anderen Verfahren im Verfahren gegen die Antragstellerin nutzen könnten, weil die Akten jederzeit verfügbar seien. Der Grundsatz des fairen Verfahrens gebiete es, der Verteidigung dasselbe Maß an Aktenkenntnis zu geben, wie den übrigen Verfahrensbeteiligten. Ob Informationen für die Verteidigung von Bedeutung sein könnten, obliege allein ihrer Einschätzung. Um dies zu überprüfen, müsse sie von den Akten Kenntnis nehmen können.

Mit der Frage der Akteneinsicht Dritter nach § 406e StPO befasst sich der Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 24. September 2008 (51 Gs 1456/08 AG Bonn). Hierin hat das Amtsgericht letztinstanzlich die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt, einem möglichen Inhaber von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder eines Kartells Akteneinsicht in die um die Angaben aus Bonusanträgen, um Geschäftsgeheimnisse bzw. bestimmte persönliche Angaben der Betroffenen bereinigten Fassungen von (drei) rechtskräftigen Bußgeldbescheiden zu gewähren.

Nicht durchgreifend war die Ansicht von (zwei) Nebenbetroffenen – gegen die noch keine rechtskräftigen Bescheide ergangen waren –, dass aus diesem Grund entweder noch keine Akteneinsicht gewährt oder aber in jedem Falle umfangreichere Schwärzungen hätten vorgenommen werden müssen, als vom Bundeskartellamt vorgesehen. Das Amtsgericht Bonn stellte klar, dass das Interesse einer Nebenbetroffenen, bis zum Erlass eines gegen sie gerichteten rechtskräftigen Bußgeldbescheids nicht mit Schadensersatzverlangen konfrontiert zu werden, nicht als schutzwürdiges Interesse der Akteneinsicht eines Dritten entgegensteht. Denn nach § 33 Absatz 3 folge aus jeder schuldhaften Verletzung von § 1 ein Schadensersatzanspruch, unabhängig davon, ob wegen der Zuwiderhandlung eine rechtskräftige Buße verhängt wurde. Aus dem Bußgeldbescheid mussten ferner die Namen der rechtskräftig bebußten natürlichen Personen nicht entfernt werden, weil gegen sie Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können und daher kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht.

Ferner führt ein Bonusantrag nicht dazu, dass alle Angaben im Hinblick auf den Antragsteller aus dem rechtskräftigen Bußgeldbescheid zu streichen wären. Zwar hat sich das Bundeskartellamt in Randziffer 22 der Bonusregelung dahingehend gebunden, Dritten keine Akteneinsicht in den Bonusantrag und die hierzu übermittelten Beweismittel zu gewähren. Geschützt werden sollen damit die vom Antragsteller freiwillig vorgelegten Beweismittel

tel. Dies garantiert nach Ansicht des Amtsgerichts Bonn dementsprechend keinen Schutz dagegen, dass Dritte Einsicht in die übrigen Akten erhalten, auch wenn daraus im Ergebnis Erkenntnisse gegen den Bonusantragsteller gewonnen werden könnten. Ebenfalls nicht schutzwürdig und daher offen zu legen sind dem Amtsgericht zufolge alle Informationen zum Verstoß gegen das Kartellverbot. Da das Amtsgericht gegen die Verfügung des Bundeskartellamtes im Wege der gerichtlichen Entscheidung nach § 62 OWiG zu entscheiden hatte, war die Entscheidung des Amtsgerichts gemäß § 62 Absatz 2 Satz 2 OWiG nicht anfechtbar.

### **Grundsatz der Aktenvollständigkeit**

In jüngster Vergangenheit traten wiederholt Verteidiger von Bonusantragstellern mit der Forderung an das Bundeskartellamt heran, freiwillig zur Akte gereichte Schreiben an das Bundeskartellamt zumindest in Teilen wieder herauszugeben. Zur Begründung wurde auf das Eigentum des Mandanten an den Unterlagen bzw. auf das abgeschlossene Verfahren verwiesen. Das Bundeskartellamt weist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16. März 1998 (1 B 153/87) hin, wonach die den Behörden nach dem Grundgesetz obliegende Vollziehung der Gesetze nicht ohne eine Dokumentation der einzelnen Verwaltungsvorgänge denkbar ist. Sie erfordert deshalb eine wahrheitsgetreue und vollständige Aktenführung. Die Aktenführung dient in zweifacher Weise der Sicherung gesetzmäßigen Verwaltungshandelns. Die Dokumentation des Geschehensablaufs dient nicht allein den Interessen der Beteiligten oder der entscheidenden Behörde, sondern bildet auch die Grundlage für die kontinuierliche Wahrnehmung der Rechtsaufsicht und Fachaufsicht und der parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns. Die Pflicht zur Aktenführung stärkt auch – präventiv – die Motivation zu allseits rechtmäßigem Verwaltungshandeln und erschwert rechtswidriges Verwaltungshandeln. Dies dient auch dem Schutz derjenigen Beteiligten, deren persönliche Daten in den Akten festgehalten sind. Die Pflicht zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aktenführung kann ihre Dokumentationsfunktion und Sicherungsfunktion nur entfalten, wenn die Akten so lange aufbewahrt werden, dass sie ihre Nachweisfunktion im Bedarfsfall tatsächlich erfüllen können. Sie müssen daher zur Vermeidung von Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht schon dann vernichtet werden, wenn kein Beteiligter mehr aktuelle Ansprüche gegen die Behörde erheben könnte. Eine gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hatte das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 15. Dezember 1988 (1 BvR 677/88) nicht zur Entscheidung angenommen.

## **6.2. Prozessrecht**

### **6.2.1. Verwaltungsverfahren**

#### **Beurteilungszeitpunkt bei Fortsetzungs- feststellungsanträgen**

In den Fusionsverfahren „Springer/Pro7Sat.1“ (Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06) und „Phonak/Re-

sound“ (Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07) stellte das Oberlandesgericht Düsseldorf klar, dass maßgeblicher Prüfungs- und Beurteilungszeitpunkt für eine Entscheidung von Fortsetzungsfeststellungsanträgen der Eintritt des erledigenden Ereignisses sei. Dies folge aus dem Grundsatz, dass bei Verfügungen mit Dauerwirkung zu prüfen sei, ob sie vor ihrer Erledigung rechtswidrig waren. Da Untersagungen Verfügungen mit Dauerwirkung seien, sei bei ihnen auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses, also auf den Zeitpunkt der Aufgabe des Fusionsvorhabens abzustellen. Unerheblich sei, dass für das Rechtsschutzinteresse maßgeblich sei, dass die streitbefangenen Rechtsfragen auch bei zukünftigen Zusammenschlussvorhaben relevant sein könnten. Die zukunftsorientierte Herleitung des Rechtsschutzinteresses habe keinerlei Bedeutung für den materiellrechtlichen Prüfungs- und Beurteilungszeitpunkt.

### **Anordnung aufschiebender Wirkung**

Im Fall „Versicherungsstelle Wiesbaden“ hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die aufschiebende Wirkung einer Untersagung eines Versicherungskartells angeordnet, da die sofortige Vollziehung der kartellbehördlichen Verfügung eine „unbillige Härte“ i. S. v. § 65 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3, Absatz 4 Satz 1 sei. Eine solche Härte sei anzunehmen, wenn schwerwiegende Eingriffe vorgenommen würden, deren Folgen nach einer erfolgreichen Durchführung des Beschwerdeverfahrens nicht ohne weiteres beseitigt werden könnten. In Fällen, in denen die Beschwerde kraft Gesetzes keinen Suspensiveffekt besitze, sei außerdem erforderlich, dass Nachteile geltend gemacht würden, die über den eigentlichen Zweck der Verfügung hinausgingen. Die dem Betroffenen drohenden Nachteile müssten schließlich unbillig, d. h. nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse hinzunehmen sein. Diese Voraussetzungen bejahte das Oberlandesgericht Düsseldorf, da bis zur Entscheidung in der Hauptsache die Versicherungsgemeinschaft voraussichtlich mindestens die Hälfte ihrer Kunden durch Kündigung verliere, ohne dass es realistisch sei, dass diese Verträge bei einem Obsiegen in der Hauptsache zeitnah wiedergewonnen werden könnten (Beschluss vom 27. September 2007, VI – Kart 11/07 [V]).

### **Beschwerde gegen Abmahnung nicht statthaft**

In einem Entflechtungsverfahren hatte die „Nordwest-Medien“ Beschwerde gegen eine Abmahnung des Bundeskartellamtes eingelegt. Diese Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf als nicht statthaft und damit unzulässig zurückgewiesen. Gemäß § 63 Absatz 1 sei die Beschwerde nur gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes statthaft. Die Abmahnung stelle keine Verfügung dar, da sie kein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG sei. Sie sei keine verfahrensabschließende Verfügung, sondern solle der Betroffenen rechtliches Gehör gewähren. Dies sei aus der Abmahnung auch ersichtlich gewesen, da sie nicht mit der Überschrift „Beschluss“ überschrieben war, nicht mit der Unterschrift der beschlussfassenden Mitglieder der Beschlussabteilung unterschrieben worden sei und keine Rechtsmittelbelehrung enthalte. Zwar mag

dies der Betroffenen als juristischem Laien nicht klar gewesen sein, sie müsse sich jedoch die Kenntnis ihrer Rechtsvertreter entsprechend § 166 Absatz 1 BGB zu-rechnen lassen (Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart-21/06 [V]).

### **Erledigung**

Großes Interesse in der Öffentlichkeit hatte die Untersagung der Fusion Springer/Pro7Sat.1 durch das Bundeskartellamt erweckt. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs muss diese Untersagung nachträglich auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden, obwohl Springer erklärt hatte, das Vorhaben nicht weiterverfolgen zu wollen. Aufgrund der Aufgabe der Fusionspläne hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Beschwerde von Springer gegen die Untersagung noch als unzulässig verworfen. Dem folgte der Bundesgerichtshof nicht: Häufig müsse ein untersagter Zusammenschluss wegen wirtschaftlicher Zwänge aufgegeben werden, bevor es zu einer gerichtlichen Überprüfung komme. Werde die Fusion aufgegeben, etwa weil der Verkäufer nicht bereit sei, den Ausgang des Verfahrens vor den Gerichten abzuwarten, erledige sich zwar die Untersagung. Der Käufer habe jedoch immer dann ein erhebliches Interesse an der Klärung der Rechtslage, wenn er damit rechnen müsse, dass ihm im Falle zukünftiger Akquisitionen die Argumente aus der früheren Entscheidung entgegengehalten und diese deswegen untersagt würden. Sei dies bereits abzusehen, sei er aufgrund der kartellrechtlichen Unsicherheiten für potenzielle Verkäufer wenig interessant. Der Bundesgerichtshof hat den Fall daher an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen (Beschluss vom 25. September 2007, KVR 30/06, WRP 2008, 497). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagung durch das Bundeskartellamt bestätigt (Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06).

Eine ähnliche Frage stellte sich in dem Fusionsverfahren Coherent/Excel Technology (CO<sub>2</sub>-Laser), das das Bundeskartellamt im Oktober 2006 untersagt hatte und in welchem die Beteiligten Beschwerde eingelegt hatten. Das Oberlandesgericht Düsseldorf führte im Rahmen eines Hinweis- und Auflagenbeschlusses aus, dass der Anfechtungsantrag zwar wegen Aufgabe des Fusionsvorhabens unstatthaft sei. Ein hilfsweise gestellter Fortsetzungsfeststellungsantrag sei jedoch zulässig, da ein besonderes Interesse an der gerichtlichen Klärung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung bestehe. Es bestehe nämlich die hinreichende Möglichkeit, dass das Zielunternehmen erneut zum Verkauf angeboten und von Coherent erworben werden könne. Die kartellbehördliche Untersagung beeinträchtige die Chancen der Coherent, als Erwerberin bei einem zukünftigen Verkauf berücksichtigt zu werden (Beschluss vom 4. Juni 2008, VI-Kart 20/06 (V)).

### **Keine Rechtsbeschwerde gegen Streitwertfestsetzung**

Eine Rechtsbeschwerde gegen die Streitwertfestsetzung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist nicht statthaft. Dies hat der Bundesgerichtshof entschieden: Das Gerichtskos-

tengesetz, das gemäß § 1 Absatz 1 lit. k GKG auch in Kartellverwaltungssachen anwendbar sei, sehe weder eine Streitwertbeschwerde zum Bundesgerichtshof vor (§ 68 Absatz 1 Satz 5, § 66 Absatz 3 GKG) noch eine Nichtzulassungsbeschwerde. Da das GKG abschließende Regelungen enthalte, seien auch die §§ 74, 75 nicht anwendbar (Beschluss vom 19. Juni 2007, KVZ 9/07).

### **Zuständigkeit des Oberlandesgerichts in Vergabesachen – Arzneimittel-Rabattverträge**

Differenzen zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundessozialgericht gab es bezüglich der Frage, welcher Rechtsweg bei Beschwerden gegen Entscheidungen von Vergabekammern in Nachprüfungsverfahren zu Vergabeverfahren hinsichtlich der Ausschreibung von Arzneimittel-Rabattverträgen zulässig ist (S. 161 ff.). Gegen eine Entscheidung der 2. Vergabekammer hatten die Antragsteller sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und parallel Anfechtungsklage beim Sozialgericht Stuttgart und beim Bundessozialgericht Antrag auf Bestimmung des örtlich zuständigen Sozialgerichts eingereicht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf sah seine Zuständigkeit nach § 116 Absatz 1, 3 als gegeben an (Beschluss vom 19. Dezember 2007, VII-Verg 48/07). Das Sozialgericht Stuttgart hatte gemäß § 17a GVG den Sozialgerichtsweg für zulässig erachtet, was vom Landes-sozialgericht und vom Bundessozialgericht bestätigt wurde. Der Bundesgerichtshof teilte zwar nicht die Auffassung des Bundessozialgerichts, da § 116 gegenüber § 130 Absatz 9 SGB V das speziellere Gesetz sei. Dennoch könne keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs gemäß § 124 Absatz 2 ergehen, da das Bundessozialgericht als erster oberster Gerichtshof des Bundes angegangen wurde und dem Bundesgerichtshof die Entscheidung daher aufgrund der Vermeidung von Kompetenzkonflikten entzogen sei (Beschluss vom 15. Juli 2008, X ZB 17/08).

### **Zivilrechtliche Durchsetzung von Kartellrechtsansprüchen**

Dass die zivilrechtliche Durchsetzung von kartellrechtlichen Schäden an Bedeutung zunimmt, zeigt ein Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Es betrifft ein bundesweites Zementkartell, das in den Jahren 1993 bis 2002 aktiv war und vom Bundeskartellamt bereits mit hohen Geldbußen geahndet wurde. In dem vorliegenden Zivilverfahren haben mehr als 35 Unternehmen, die durch das Kartell geschädigt wurden, ihre Forderungen an ein belgisches Unternehmen abgetreten, das den Schadenersatz nun im fremden Namen bei den Zementunternehmen einklagt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Klage als zulässig angesehen. Das klagende Unternehmen sei prozessführungsbefugt und könne die Forderungen auch dann einklagen, wenn es selbst an ihnen nicht wirtschaftlich interessiert sei. Ausreichend für die Zulässigkeit der Klage sei der Nachweis, Inhaber des geltend gemachten Rechts zu sein (Beschluss vom 14. Mai 2008, WuW DE-R 2311).

## 6.2.2. Bußgeldverfahren

### Verjährung

In einem Kartellverfahren im Papiergroßhandel befasste sich der Bundesgerichtshof mit den Voraussetzungen für eine Verjährungsunterbrechung durch eine Durchsuchungsanordnung. Ein Durchsuchungsbeschluss, der nur allgemein gegen „Verantwortliche im Verkauf, Kalkulation und Akquisition“ ergangen sei, unterbreche die Verjährung gegen den Täter gemäß § 33 Absatz 1 Nummer 4 OWiG nur dann, wenn sich aus den Ermittlungsakten ergebe, dass der Täter zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt war und sich die Durchsuchung auch gegen ihn richten sollte. Sollte ein abstrakter Tatverdacht mit Hilfe einer Durchsuchung erst auf bestimmte Personen eingegrenzt werden, reiche dies für eine verjährungsunterbrechende Wirkung der Durchsuchungsbeschlüsse nicht aus (Beschluss vom 6. März 2007, KRB 1/07).

## 7. Europäisches Wettbewerbsrecht

### 7.1. European Competition Authorities (ECA)

Die Arbeit im Forum „European Competition Authorities“ (ECA) wurde im Berichtszeitraum fortgesetzt. Diesem Forum gehören die Wettbewerbsbehörden des Europäischen Wirtschaftsraums, die Europäische Kommission sowie die European Free Trade Association EFTA-Überwachungsbehörde an. Die Leiter dieser Wettbewerbsbehörden trafen sich im April 2007 in Sintra und im Mai 2008 in Budapest. In Sintra wurden insbesondere die abschließenden Arbeiten der Arbeitsgruppe Luftverkehr und die ersten Arbeiten der neu eingerichteten Arbeitsgruppe „Sanktionen“ diskutiert. Darüber hinaus stand das Thema Artikel 82 EG auf der Tagesordnung. Neu gegründet wurde die Arbeitsgruppe „Prioritäten“. In Budapest wurden die Arbeiten der Arbeitsgruppe „Sanktionen“ und „Prioritäten“ diskutiert. Darüber hinaus stand das Thema Nachfragemacht auf der Tagesordnung. Neu gegründet wurde die Arbeitsgruppe „Verpflichtungszusagenentscheidungen“.

#### ECA-Arbeitsgruppe „Luftverkehr“

Die Arbeit der Arbeitsgruppe „Luftverkehr“ wurde unter der Federführung des Bundeskartellamts fortgeführt. Im Berichtszeitraum wurde die Arbeit der Arbeitsgruppe abgeschlossen. Bei ihrem letzten Treffen verabschiedeten die Behördenvertreter ein Arbeitspapier zu Wettbewerbsfragen an Flughäfen, das den Behördenleitern beim Generaldirektorentreffen im April 2008 vorgestellt wurde.

#### ECA-Arbeitsgruppe „Verpflichtungszusagenentscheidungen“

Im September 2008 ist in Madrid erstmals die Arbeitsgruppe „Verpflichtungszusagenentscheidungen“ zusammengekommen. Gegenstand des Treffens war die Vermittlung eines ersten Überblicks über die Erfahrungen in den jeweiligen Rechtsordnungen mit Verpflichtungszusagenentscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren. Auf dieser Basis haben die Kommission und die spani-

sche Wettbewerbsbehörde einen umfangreichen Fragenkatalog zu Anwendungsbereichen, Voraussetzungen, Verfahrensschritten und Wirkung von Verpflichtungszusagenentscheidungen erarbeitet. Nach Beantwortung durch die einzelstaatlichen Kartellbehörden sollen die ersten Ergebnisse der Arbeitsgruppe in einem Bericht zusammengefasst und anlässlich des ECA Generaldirektorentreffens im Mai 2009 vorgestellt werden.

#### ECA-Arbeitsgruppe „Sanctions“

Die im Rahmen der ECA eingerichtete Arbeitsgruppe „Sanktionen“ hat unter Mitwirkung des Bundeskartellamts im Frühjahr 2008 ihre Arbeit erfolgreich mit der Verabschiedung von Empfehlungen zur Zumessung von Geldbußen in Kartellverfahren gegen Unternehmen (sog. Principles for Convergence) abgeschlossen. Die Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen sowie der tatsächlichen Bußgeldzumessung durch die ECA-Mitglieder ergab, dass trotz einer starken Angleichung der nationalen Regelungen im Hinblick auf Bußgeldhöhe und Zumessungskriterien zahlreiche Unterschiede fortbestehen. Die Principles for Convergence sollen das Bußgeldniveau der 27 ECA-Mitglieder noch weiter aneinander angleichen und zu diesem Zweck Anhaltspunkte für die Kriterien geben, die im Rahmen der Bußgeldzumessung berücksichtigt werden können. Hierzu enthält der Text drei Kapitel: Grundsätze, gesetzliche Obergrenze für eine Geldbuße und die konkrete Bußgeldzumessung im Einzelfall. Die Empfehlungen sind auf der Website des Bundeskartellamts veröffentlicht.

#### Forensic IT-Arbeitsgruppen

Im Berichtszeitraum wurde die seit 2003 erfolgreich praktizierte Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden (Kommission, EFTA-Überwachungsbehörde und die nationalen Wettbewerbsbehörden der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie der Schweiz) bei der Sicherstellung und Auswertung von elektronischen Daten für Kartellverfahren fortgeführt. Es fanden das Fünfte und das Sechste European Forensic IT-Meeting in Budapest (2007) und in Istanbul (2008) statt, die jeweils durch Workshops der beiden Arbeitsgruppen (Juristen und IT-Experten) vorbereitet worden waren. Themen der beiden Meetings waren u. a. die Verabschiedung von Definitionen der wichtigsten technischen Grundbegriffe zum Austausch von Daten nach Artikel 22 VO (EG) Nummer 1/2003 und deren fortlaufende Aktualisierung, die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden bei der Aus- und Fortbildung der IT-Experten sowie die Ergänzung der bestehenden Übersichten über die juristischen und technischen Rahmenbedingungen. Die Zusammenarbeit soll 2009 fortgesetzt werden.

## 7.2 Anwendung der Artikel 81, 82 EG

### 7.2.1. Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden

Das Netzwerk der Europäischen Kartellbehörden (European Competition Network, ECN) besteht seit fünf Jah-

ren. Auch in dem aktuellen Berichtszeitraum war das Netzwerk sehr aktiv. Es konnten wesentliche Praxiserfahrungen gesammelt werden. Auf den Internetseiten der Europäischen Kommission (Wettbewerbsdirektion) sind wichtige Informationen über das ECN abrufbar. ([http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html))

### Zusammenarbeit im ECN

In den Jahren 2007 und 2008 wurden im gemeinsamen Intranet der europäischen Kartellbehörden insgesamt 205 neue Fälle eingestellt, davon 29 vom Bundeskartellamt. Im Berichtszeitraum fanden Fallverteilungsdiskussionen vor allem mit der Europäischen Kommission statt. Ein Fall des Bundeskartellamtes wurde an die Europäische Kommission abgegeben, ein Fall der Europäischen Kommission an das Bundeskartellamt, in einem weiteren Fall entschieden sich Bundeskartellamt und Kommission vorläufig für ein paralleles Vorgehen. Das Bundeskartellamt beteiligte sich vermehrt auch an Diskussionen mit anderen nationalen Wettbewerbsbehörden zur Ermittlung der bestgeeigneten Behörde. Das Bundeskartellamt stimmte sich darüber hinaus in einer Reihe von Verfahren eng mit anderen ECN-Wettbewerbsbehörden ab, da dort ähnliche Fälle verfolgt wurden.

Zahlreiche Kontakte innerhalb des ECN fanden auf informeller Ebene statt. Besonders häufig waren dabei Befragungen nach der Fallpraxis bzw. der Rechtsauffassung anderer Wettbewerbsbehörden. In den Jahren 2007 und 2008 sind über 130 solcher Anfragen beim Bundeskartellamt eingegangen. Neben zahlreichen Übersendungen von Schriftstücken im Rahmen von Artikel 12 Absatz 1 VO 1/2003 gab es verschiedene Fälle, in denen gemäß Artikel 22 VO 1/2003 Amtshilfe geleistet wurde. Im Berichtszeitraum führte das Bundeskartellamt zwei schriftliche Zeugenvernehmungen für die tschechische und für die niederländische Wettbewerbsbehörde aus. Weiter versandte das Bundeskartellamt Auskunftsersuchen im Auftrag von anderen nationalen Wettbewerbsbehörden.

### ECN-Arbeitsgruppen

Innerhalb des Berichtszeitraums trafen sich die sog. ECN-Sektorarbeitsgruppen „Insurance“, „Pharmaceuticals“, „Energy“, „Food“, „Telecommunication“, „Media“, „Banking“, „Professional Services“ und „Motor Vehicles“. Zu den aktivsten ECN-Sektorarbeitsgruppen gehörten die Arbeitsgruppen „Banking“, „Energy“ und „Pharmaceuticals“.

Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten standen auch im Berichtszeitraum insbesondere in der ECN-Arbeitsgruppe „Banking“ regelmäßig in Kontakt, um die Umsetzung des Einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraumes (Single Euro Payment Area – SEPA) kartellrechtlich zu begleiten. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um die Schaffung einheitlicher Standards für die Bereiche Kartenzahlungsverkehr (SEPA Cards Framework), Clearing und Settlement (Pan European Automated Clearing House), grenzüberschreitende Überweisungen (SEPA Credit Transfer) sowie für die grenzüberschreitende Last-

schrift (SEPA Direct Debit), bei welcher noch einige Wettbewerbsfragen – insbesondere hinsichtlich der Einführung eines multilateralen Interbankenentgeltes und der parallelen Abschaffung der nationalen Lastschriftsysteme – unbeantwortet waren. Darüber hinaus fand ebenfalls ein intensiver wechselseitiger Informationsaustausch hinsichtlich der in mehreren Mitgliedstaaten und bei der Europäischen Kommission anhängigen Verfahren betreffend die Interbankenentgelte statt. Diese sind bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen mit MasterCard- und Visa-Kreditkarten von der Bank des Händlers an die Bank des Karteninhabers abzuführen und verstoßen möglicherweise, da sie zu Beschränkungen des Wettbewerbs führen, gegen die Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages.

Auch in der ECN-Arbeitsgruppe „Energy“ haben sich die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Berichtszeitraum intensiv über ihre Erfahrungen im Gas- und Stromsektor ausgetauscht. Zentrales Thema v. a. im Jahr 2007 waren Antitrust Remedies im Gas- und Stromsektor, mit denen sich auch der Energy Day am 9. November 2007 in Brüssel befasst hat. Erörtert wurden insbesondere die Bedingungen von Energy-Release-Programmen sowie die Möglichkeiten struktureller Maßnahmen nach Artikel 7 VO (EG) 1/2003. Im Rahmen des Diskussionsprozesses wurden umfassend Möglichkeiten und Grenzen von Gas-Release-Programmen bzw. Virtual-Power-Plants ausgelotet. Der Einsatz solcher Energy-Release-Programme kann danach nicht als Allheilmittel begriffen werden, sondern bedarf im Einzelfall einer genauen Analyse des betroffenen Marktes und der Wettbewerbsbeschränkungen. Darüber hinaus wurden in der ECN-Arbeitsgruppe „Energy“ im Jahr 2008 Fragen der Marktabgrenzung im Stromsektor sowie Untersuchungen einzelner mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden zur Entwicklung der Mineralöl- bzw. Kraftstoffpreise erörtert.

Gegenstand der ECN-Arbeitsgruppe „Pharmaceuticals“ war v. a. die Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission. Der am 28. November 2008 der Öffentlichkeit vorgestellte vorläufige Bericht geht mit Blick insbesondere auf den Markteintritt von Generikaherstellern auf Patentstrategien forschender Arzneimittelhersteller ein. Im Rahmen der Arbeitsgruppe wurden der Gegenstand der Untersuchung und die entsprechenden Fragebögen der Europäischen Kommission diskutiert. Erörtert wurde auch der ungewöhnliche Umstand, dass die Europäische Kommission eine Sektoruntersuchung erstmalig mit umfangreichen unangekündigten Nachprüfungen eingeleitet hatte. In der Arbeitsgruppe kam es darüber hinaus zu einem regen Austausch über die Erfahrungen der einzelnen ECN-Wettbewerbsbehörden im Arzneimittelsektor.

Weiterhin tagten im Berichtszeitraum die ECN-Arbeitsgruppen „Vertical Restraints“, „Article 82“, „Competition Chief Economists“ und „Cooperation Issues“.

Im Mai 2008 traf sich die ECN-Arbeitsgruppe „Vertical Restraints“ zu ihrer konstituierenden Sitzung. Diskutiert wurden die bisherigen Erfahrungen der ECN-Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (VO (EG) 2790/1990 vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung

von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen). Die Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung sowie der damit in engem Zusammenhang stehenden Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Vereinbarungen wird auch im weiteren Verlauf Gegenstand dieser Arbeitsgruppe sein (S. 51)

Im Rahmen der Arbeitsgruppe „Article 82“ wurde ein Entwurf der im Berichtszeitraum von der Europäischen Kommission bekanntgemachten „Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings“ diskutiert (S. 49).

Die ECN-Arbeitsgruppe „Competition Chief Economists“ hat als zweimal jährlich tagende Plattform zur Diskussion und Entwicklung ökonomischer Konzepte und Instrumente in der Kartellrechtspraxis im Berichtszeitraum verschiedene aktuelle Fragestellungen behandelt. In konzeptioneller Hinsicht standen u. a. die wettbewerbliche Analyse vertikaler Zusammenschlüsse und die spezifischen Besonderheiten des Wettbewerbs auf sog. zweiseitigen Märkten im Mittelpunkt. Ferner wurden die Möglichkeiten und Grenzen ökonomischer Methoden im Rahmen der Abgrenzung relevanter Märkte und der Beurteilung von Zusammenschlusswirkungen anhand konkreter Einzelfälle thematisiert. Für den Bereich der Kartellverfolgung wurden darüber hinaus die Möglichkeiten und Grenzen der Ableitung eines hinreichenden Anfangsverdachts aus beobachtbaren Marktdaten (sog. „ex-officio cartel investigation“) diskutiert. Ende 2008 wurde Deutschland in das Steering Committee der Arbeitsgruppe gewählt. Das Bundeskartellamt wird turnusmäßig die Herbsttagung der Arbeitsgruppe im Jahr 2009 ausrichten.

Die von der ungarischen Wettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellamt geleitete ECN-Arbeitsgruppe „Cooperation Issues“ traf sich 2007 und 2008 insgesamt zehn Mal. Die Projekte Sektoruntersuchungen, Amtshilfe und gegenseitige Unterrichtung über Bonusanträge konnten in diesem Zeitraum abgeschlossen werden. Darüber hinaus erarbeitete die Arbeitsgruppe sog. „working arrangements“ für die Arbeit des Beratenden Ausschusses in Kartell- und Monopolfragen. Diese finden ab dem 1. Januar 2009 Anwendung und sollen die Kooperation zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission bei der Beratung von Kartellfällen noch weiter verbessern. Die Arbeitsgruppe hat sich mittlerweile auch als Diskussionsforum etabliert, innerhalb dessen sich die Behördenvertreter über aktuelle Fragestellungen – wie etwa Erfahrungen mit der Verordnung 1/2003 – austauschen können.

### Entscheidung zur Fallverteilung im ECN

In der Entscheidung France Télécom (Urteil vom 7. März 2007, T-339/04) hat das Gericht erster Instanz klargestellt, dass Unternehmen keinen Anspruch auf Behandlung eines Falles durch eine bestimmte Behörde des European Competition Network haben. Die Fallverteilung

sei vielmehr Angelegenheit der Netzwerkbehörden und erfolge im öffentlichen Interesse (die Inbezugnahme des öffentlichen Interesses ergibt sich explizit nur aus der französischen Fassung des Urteils, s. dort Rn. 83: „une affaire entre autorités agissant dans l’intérêt public“). Das Gericht erster Instanz hat somit eine weitgehende Flexibilität der Fallverteilung im Netzwerk anerkannt.

Gegenstand von Gesprächen zur Fallverteilung zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt waren zudem die Ermittlungen gegen die E.ON Gastransport GmbH wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie Diskriminierung und unbilliger Behinderung anderer Unternehmen im Zusammenhang mit dem Zugang zum E.ON-Gastransportnetz (S. 118 f.). Hintergrund sind die Hinweise anderer Unternehmen, wonach die E.ON Gastransport GmbH an bestimmten Ein- und Ausspeisepunkten ihrer L- bzw. H-Gasnetze, darunter insbesondere in Gronau-Epe, regelmäßig den Netzzugang mit dem Hinweis auf die langfristige Ausbuchung durch nach § 36 Absatz 2 mit der E.ON Gastransportnetz GmbH verbundene Unternehmen verweigere. Das Bundeskartellamt hat daraufhin im September 2008 ein Verwaltungsverfahren gegen die E.ON Gastransport GmbH und weitere E.ON-Konzernunternehmen eingeleitet. Die Europäische Kommission teilte nach Verfahrenseinleitung durch das Bundeskartellamt mit, ebenfalls gegen das mutmaßlich kartellrechtswidrige Verhalten vorgehen zu wollen. Das Bundeskartellamt vertritt den Standpunkt, dass es nach den Grundsätzen der Fallverteilung im Europäischen Wettbewerbsnetz gut geeignet ist, sich des Falls anzunehmen. Das fragliche Verhalten hat wesentliche unmittelbare tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb des deutschen Hoheitsgebiets, wird dort umgesetzt und hat dort seinen Ursprung. Das Bundeskartellamt kann die zum Nachweis des in Rede stehenden Verstoßes erforderlichen Beweise erheben und die fragliche Zuwiderhandlung wirksam abstellen. Das Bundeskartellamt ist zudem der Ansicht, dass die Europäische Kommission auch nicht besser geeignet ist, sich des Falls anzunehmen: Weder berührt das fragliche Verhalten im Schwerpunkt mehr als drei Märkte, noch ist der Fall eng mit der Anwendung anderer Gemeinschaftsbestimmungen verknüpft (vgl. Rn. 14 f. der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden). Zudem kann das Bundeskartellamt den erforderlichen engen Kontakt mit der Bundesnetzagentur zur frühzeitigen Aufdeckung etwaiger Normen- und Zuständigkeitskollisionen sowie zur Vermeidung von Inkonsistenzen bei der Entscheidungsfindung im Vergleich zur Europäischen Kommission besonders gut gewährleisten. Zum Ende des Berichtszeitraums dauerte der Konsultationsprozess innerhalb des ECN hinsichtlich der endgültigen Fallverteilung noch an. Die Europäische Kommission hat angekündigt, dass sie beabsichtigt, u. a. wegen mutmaßlicher Lieferverweigerung, insbesondere durch rechtswidrige Kapazitätshortung seitens E.ON, ein Verfahren gemäß Artikel 11 Absatz 6 VO 1/2003 einzuleiten, womit die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes entfiel.

## 7.2.2. Verordnungen, Mitteilungen, Richtlinien

### Bekanntmachung zu den Prioritäten der Europäischen Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EG

Im Berichtszeitraum setzte sich die Diskussion um eine Neuausrichtung der Anwendungspraxis zu Artikel 82 EG fort (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 48). Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission hatte im Jahr 2005 ein Diskussionspapier zur Anwendung von Artikel 82 EG auf Verdrängungsmisbräuche veröffentlicht („DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“). In dem Diskussionspapier trat die Generaldirektion Wettbewerb für einen „more economics based approach“ ein. Die wettbewerbliche Beurteilung eines missbräuchlichen Verhaltens erfolgt nach diesem Ansatz vornehmlich anhand der tatsächlichen oder zumindest doch wahrscheinlichen Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt (deswegen auch effects-based-approach oder Auswirkungsansatz). Da dieser Ansatz die Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt in den Blick nimmt, ist er prinzipiell auch offener für die Berücksichtigung von Effizienzen. Diesen auf die Konsumentenwohlfahrt ausgerichteten Auswirkungsansatz legt die Europäische Kommission ihrer Wettbewerbspolitik bereits seit einigen Jahren bei der Anwendung des Kartellverbots gemäß Artikel 81 EG und der Fusionskontrolle zugrunde.

Das Diskussionspapier zu Artikel 82 EG war dadurch gekennzeichnet, dass es in seinem allgemeinen Teil einerseits die Anwendung des Auswirkungsansatzes auf Verdrängungsmisbräuche erläuterte, bei der Beurteilung einzelner Fallgruppen in seinem besonderen Teil andererseits aber auch erhebliche Zugeständnisse an die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes machte. Nach der ursprünglichen Vorstellung der Generaldirektion Wettbewerb sollte das Diskussionspapier einen Prozess einleiten, der in die Verabschiedung von offiziellen Leitlinien zur Anwendung von Artikel 82 EG auf die missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen münden sollte. Das Bundeskartellamt unterstützte die Bemühungen der Europäischen Kommission um eine in sich schlüssige Anwendung von Artikel 82 EG (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 48). Mit Blick auf eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts, die Vorhersehbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen sowie die Rechtssicherheit wurde in den entsprechenden Stellungnahmen und Diskussionsbeiträgen jedoch auch betont, dass die Handhabbarkeit der Missbrauchsaufsicht gewahrt bleiben müsse. Auch dürfe die private Kartellrechtsdurchsetzung nicht durch überhöhte Nachweis- und Beweisforderungen geschwächt werden. In diesem Zusammenhang sprach sich das Bundeskartellamt dagegen aus, den Schutzzweck von Artikel 82 EG auf den Verbraucherschutz zu reduzieren, so wie sich dies in dem Diskussionspapier andeutete. In der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *British Airways* (Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P) sah sich das Bundeskartellamt in seiner Position gestärkt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 49).

Anstelle der ursprünglich geplanten Leitlinien veröffentlichte die Europäische Kommission im Dezember 2008 ein „Guidance Paper“ („Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“, abrufbar im Internet unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>). Der Bekanntmachung des Papiers (im Folgenden: Prioritätenpapier) ging eine Diskussion im Rahmen der ECN-Arbeitsgruppe „Artikel 82 EG“ sowie anlässlich des Generaldirektorentreffens im Dezember 2008 voraus. Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erstellten in diesem Zusammenhang eine gemeinsame Stellungnahme. Bundeskartellamt und Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie andere europäische Wettbewerbsbehörden regten zudem eine öffentliche Anhörung zu dem in seinem besonderen Teil doch erheblich vom ursprünglichen Diskussionspapier abweichenden Prioritätenpapier an. Von dieser Anregung machte die Europäische Kommission jedoch keinen Gebrauch.

Das Prioritätenpapier beschreibt die Maßstäbe, nach denen die Europäische Kommission bei Verdrängungsmisbräuchen zukünftig von ihrem Aufgreif- bzw. Eingreiferfassen Gebrauch machen will. Anders als das Diskussionspapier enthält das Prioritätenpapier ausdrücklich keine Aussagen zur Auslegung oder zu den Zielen von Artikel 82 EG. Dem Prioritätenpapier ist zu entnehmen, dass die Europäische Kommission ihren wettbewerbspolitischen Auswirkungsansatz bei der Durchsetzung von Artikel 82 EG zukünftig jedenfalls auf der Ebene der Prioritätensetzung weiterverfolgen wird. In Ausübung des Aufgreif- bzw. Eingreiferfassens der Europäischen Kommission misst das Prioritätenpapier Wettbewerber behindernden Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nur noch dann eine Priorität zu, wenn über das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung hinaus auch erkennbar ist, dass sie den Verbrauchern einen Schaden zufügen. An den Nachweis der Priorität eines Falles dürfte sie damit in vielen Fällen höhere Anforderungen stellen als die Rechtsprechung an den Nachweis eines Verstoßes gegen Artikel 82 EG. Der Europäische Gerichtshof hat zuletzt in der o. g. Rechtssache *British Airways* deutlich gemacht, dass es für die Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise nicht auf den Nachweis ankommt, ob sie den Verbrauchern auch einen (messbaren) Schaden zufügt (siehe auch Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 49). Dem Gerichtshof kam es allein auf den Nachweis an, dass der Wettbewerb beschränkt wird. Bemerkenswerterweise stellt auch die Europäische Kommission in ihren jüngeren Entscheidungen nicht widerspruchsfrei klar, dass der Nachweis eines Verbraucherschadens nicht erforderlich ist (z. B. die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 2. Juli 2007, Sache COMP/38.784 – *Wanadoo España/Telefónica*, Rn. 543).

Bei preisbasierten Missbräuchen will die Europäische Kommission nach dem Prioritätenpapier nunmehr in der Regel einen as-efficient-competitor-test durchführen. Auch das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass ein

solcher Test in dafür geeigneten Fällen wertvolle Erkenntnisse für die wettbewerbliche Beurteilung geben kann. Allerdings sind mit ihm konzeptionelle und nicht zuletzt auch große praktische Schwierigkeiten verbunden. Der Test erscheint dem Bundeskartellamt nicht ausgereift genug, um daran alle Arten preisbasierter Missbräuche zu messen. Auf die Problematik nicht hinreichend aussagekräftiger Kostendaten geht das Prioritätenpapier selbst ein. Das Prioritätenpapier erwähnt weiter die Bedeutung, die weniger effiziente Wettbewerber in dynamischer Hinsicht spielen können. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang auch die Bewertung von Kostenvorteilen, die allein auf Skalen- und Größenvorteilen beruhen und die den Marktbeherrscher bei einer allein kostenbasierten Betrachtung effizienter erscheinen lassen können als er im Vergleich zu seinen Wettbewerbern tatsächlich ist. Weitere konzeptionelle und praktische Defizite eines as-efficient-competitor-test sind aus Sicht des Bundeskartellamtes noch nicht in befriedigender Weise gelöst. So ist es zwar zu begrüßen, wenn dieser Test in der Zukunft häufiger angewendet wird, weil dies auch dem Zweck dient, praktische Erfahrung zu sammeln. Doch sollte bei der Fallbearbeitung – nicht zuletzt im Interesse der betroffenen Unternehmen – nach Möglichkeit klar sein, ob es sich im konkreten Einzelfall um einen zur Prioritätensetzung verwendeten Standard oder um ein rechtliches Erfordernis handelt.

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass das die Prioritäten der Europäischen Kommission beschreibende Prioritätenpapier die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte weder mit Blick auf deren Prioritätensetzung noch mit Blick auf die Ziele und die Auslegung von Artikel 82 EG bindet. Das bringt auch das Prioritätenpapier entsprechend zum Ausdruck. Die dem Diskussionspapier nachfolgende Diskussion hat starke Zweifel aufkommen lassen, ob die Zeit für förmliche Leitlinien zu Artikel 82 EG reif gewesen wäre. Dem trägt das Prioritätenpapier seiner Form nach Rechnung. Das Bundeskartellamt begreift das Prioritätenpapier gleichwohl als einen bedeutenden Diskussionsbeitrag in der fortdauernden Debatte um die „richtige“ Auslegung von Artikel 82 EG. Der Europäische Gerichtshof hat demnächst die Gelegenheit, in einer Reihe dort anhängiger Verfahren zu einzelnen Aspekten der in dem Prioritätenpapier aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. In der Rechtssache France Télécom (Rs. C-202/07) hat sich z. B. Generalanwalt Ján Mazák in seinen Schlussanträgen vom 25. September 2008 entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Tetra Pak II – Urteil vom 14. November 1996, Rs C-333/94, AKZO – Urteil vom 3. Juli 1991, Rs C-62/86) und ganz im Sinne des Prioritätenpapiers dafür ausgesprochen, für die Missbräuchlichkeit von Wettbewerber behindernden Kampfreisen den Nachweis eines Verlustausgleichs zu fordern.

Diesem Ansinnen hat der Europäische Gerichtshof durch sein inzwischen vorliegendes Urteil vom 2. April 2009 unter Berufung auf seine o. g. bisherige Rechtsprechung eine Absage erteilt.

### **Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts**

Die Europäische Kommission hat am 3. April 2008 ein Weißbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Kartellrechts vorgelegt. Gegenstand sind Vorschläge für mögliche Legislativmaßnahmen auf europäischer Ebene, die die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen durch private Schadensersatzklagen zusätzlich forcieren soll.

Ausgangspunkt ist die Annahme, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten „total unterentwickelt“ und dieser „Missstand“ auf „Hindernisse in den materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten“ zurückzuführen sei (Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 2. April 2008, KOM (2008) 165 endg., S. 2).

Die Vorschläge beinhalten die Einführung kartellrechtsspezifischer Sammel- und opt-out-Verbandsklagen, die Einführung weitreichender Offenlegungsregeln, eine Beweislastumkehr zulasten des Anspruchsgegners bei Schadensersatzklagen indirekter Abnehmer, eine Einschränkung des Verschuldenserfordernisses sowie eine gemeinschaftsrechtliche Festlegung des Schadensbegriffs.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, das Bundesministerium der Justiz, das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und das Bundeskartellamt haben sich in einer gemeinsamen Stellungnahme gegen die geplanten sektoralen Sonderregelungen ausgesprochen.

In Deutschland konnte bereits mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle eine deutliche Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen erzielt werden. Danach besteht für weitergehende legislative Maßnahmen auf europäischer Ebene kein Bedarf. So ist in Deutschland bereits eine merkliche Zunahme privater Klageaktivitäten zu verzeichnen. Nach einer Erhebung des Bundeskartellamtes sind dem Bundeskartellamt zwischen 2004 und 2007 bei 1057 Kartellzivilverfahren insgesamt 301 neue Kartellschadensersatzklagen gemeldet worden.

In der gemeinsamen Stellungnahme wurden zudem deutliche inhaltliche Zweifel an der Sachgerechtigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen geäußert. Insbesondere gegenüber der Einführung einer opt-out-Verbandsklage im Namen anonymer Abnehmer, die ihrerseits kein Mandat zu Klageerhebung erteilt haben, der Ermöglichung eines Ausforschungsbeweises und der vorgeschlagenen Beweislastumkehr bestehen aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung erhebliche rechtsstaatliche Vorbehalte. Die Vorschläge ermöglichen Massenschadensersatzklagen im Eigeninteresse von Verbänden, bei denen nicht gewährleistet ist, dass der Erlös tatsächlich den Geschädigten zukommt. In der Konsequenz droht die Effektivität der kartellbehördlichen Kronzeugenprogramme und damit letztlich die Wirksamkeit der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt unterlaufen zu werden.



### Auslaufende Gruppenfreistellungsverordnungen

Am 31. Mai 2010 wird die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen auslaufen (Verordnung (EG) Nummer 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen). Die Europäische Kommission ist gehalten, bis zum 31. März 2009 einen Bericht über die Funktionsweise und die Zukunft der Verordnung vorzulegen. Die Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung sowie der damit in engem Zusammenhang stehenden Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Vereinbarungen ist Gegenstand der neu eingerichteten ECN-Arbeitsgruppe „Vertical Restraints“. Die Europäische Kommission wird auf der Grundlage des in dieser Arbeitsgruppe stattfindenden Meinungsaustauschs und der darüber hinaus vorliegenden Stellungnahmen der nationalen Kartellbehörden demnächst einen Entwurf für eine neue Gruppenfreistellungsverordnung sowie die sie begleitenden Leitlinien veröffentlichen. Hierzu wird sie eine öffentliche Konsultation durchführen.

Am 31. März 2010 wird die Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen im Versicherungssektor auslaufen (Verordnung (EG) Nummer 358/2003 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor). Die Europäische Kommission hat am 24. März 2009 einen Bericht über die Funktionsweise und die Zukunft der Verordnung vorgelegt. Zur Vorbereitung dieses Berichts hatte sie eine öffentliche Konsultation durchgeführt. Im Vorfeld dieser Konsultation hat auch das Bundeskartellamt Stellung zu einzelnen Aspekten der aktuellen Gruppenfreistellungsverordnung genommen. Am 31. Mai 2010 wird die Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor auslaufen (Verordnung (EG) Nummer 1400/2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor). Am 28. Mai 2008 legte die Europäische Kommission den von ihr bis zum 31. Mai 2008 zu erstellenden Bericht über die Funktionsweise der Verordnung vor (abrufbar im Internet unter: [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)). Der Bericht gelangt zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die Gruppenfreistellungsverordnung auslaufen und nicht verlängert werden sollte. Damit würde der Kraftfahrzeugsektor – eventuell begleitet durch sektorspezifische Leitlinien – zukünftig in den Anwendungsbereich der ebenfalls zur Überarbeitung anstehenden allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen fallen (Verordnung (EG) Nummer 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen). Ob diese vorläufige Bewertung sachgerecht ist, wird derzeit im Rahmen der ECN-Arbeitsgruppe „Kraftfahrzeuge“ diskutiert (S. [ ] ). Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe haben das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und das Bundeskartellamt gemeinsam Stellung bezogen und werden sich auch weiterhin einbringen.

### Seeschifffahrt

Die Gruppenfreistellungsverordnung für Linienschiffahrtskonferenzen (Verordnung (EWG) Nummer 4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrags auf den Seeverkehr) ist am 18. Oktober 2008 endgültig ausgelaufen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 51). Die Freistellung hatte es Seefrachtunternehmen ermöglicht, Preise und Transportkapazitäten abzusprechen. Nunmehr müssen die Seefrachtunternehmen selbst einschätzen, ob ihre Geschäftspraktiken mit Artikel 81 EG in Einklang stehen. Um den Unternehmen eine Orientierungshilfe zu geben, hat die Europäische Kommission im Juli 2008 Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Seeverkehrsdienstleistungen erlassen. Die Leitlinien haben zum Ziel, den Marktteilnehmern die Prinzipien der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Seeverkehrsdienstleistungen zu verdeutlichen. Sie sollen insbesondere die Grundsätze darlegen, nach denen die Europäische Kommission bei der Abgrenzung der Märkte und der Würdigung von Kooperationsvereinbarungen vorgehen wird.

Die Gruppenfreistellungsverordnung für Konsortien (Verordnung (EG) Nummer 823/2000 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen) läuft noch bis zum 25. April 2010. Sie erlaubt es derzeit Reedereien, bei der Bereitstellung von Dienstleistungen im Seefrachtverkehr zusammenzuarbeiten (sog. „Konsortien“). Nachdem die Laufzeit dieser Verordnung bereits einmal um fünf Jahre verlängert worden war (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 51), schlägt die Europäische Kommission nunmehr vor, die Gruppenfreistellungsverordnung an das neue rechtliche und wirtschaftliche Umfeld anzupassen. Zu diesem Zweck hat sie einen Änderungsentwurf vorgelegt (abrufbar im Internet unter [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)). Mit den vorgeschlagenen Änderungen will die Europäische Kommission eine Angleichung an die anderen horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen erreichen. Insbesondere soll die Verordnung nur Anwendung finden, wenn die Marktanteile der Mitglieder eines Konsortiums die Schwelle von 30 % nicht überschreiten.

### Luftverkehr

Im Bereich Luftverkehr sind im Berichtszeitraum keine kartellrechtlichen Verordnungen oder Leitlinien erlassen oder verändert worden. Es sind jedoch insbesondere im Bereich Verbraucherschutz Maßnahmen getroffen worden, die wettbewerbsrechtliche Auswirkungen haben. Das Bundeskartellamt war aus diesem Grunde an verschiedenen Diskussionen beteiligt. Am 24. September 2008 haben das Europäische Parlament und der Rat eine Verordnung über „Gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft“ erlassen (ABl. EG Nummer L 293/3 vom 31. Oktober 2008, S. 14). Aus wettbewerblicher Sicht ist das Kapitel 4 zum Thema Preisfestsetzung von Bedeutung. Die Verordnung sieht vor, dass jeder Anbieter stets den

vollständigen Preis erkennbar angeben bzw. anzeigen muss. Diese Maßnahme soll irreführende Werbungen verhindern und den Wettbewerb befördern. Weiter wurde ein Vorschlag zur Überarbeitung der Verordnung über den Verhaltenskodex in Bezug auf Computerreservierungssysteme (VO 2299/89, ABl. EG Nummer L 220 vom 29. Juli 1989) bereits im ersten Halbjahr 2008 im Europäischen Parlament diskutiert. Die Überarbeitung des Verhaltenskodex soll den Wettbewerb beim Flugscheinverkauf stimulieren. Buchungsentgelte sollen gesenkt und die Fluggesellschaften dazu gebracht werden, mehr Flugmöglichkeiten über Computerreservierungssysteme anzubieten. Weiter soll der neue Kodex Bestimmungen zum Schutz vor Wettbewerbsmissbräuchen durch Fluggesellschaften, die Computerreservierungssysteme besitzen, aufrechterhalten. Schließlich trat am 30. März 2008 das im Frühjahr 2007 vereinbarte Luftverkehrsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten und den Vereinigten Staaten von Amerika (ABl. EG Nummer L 134/1 vom 25. Mai 2007) in Kraft. Ziel dieses „Open Skies“-Abkommens ist es u. a., den Wettbewerb unter den Fluglinien für Atlantikflüge zu verstärken. Weitere Verhandlungen zu einer Erweiterung dieses Abkommen laufen derzeit.

### **7.2.3. Anwendung der Artikel 81, 82 durch die Europäische Kommission, das Gericht erster Instanz und den Europäischen Gerichtshof**

Im Berichtszeitraum erging eine Reihe von Entscheidungen der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte zur Auslegung von Artikel 81 und 82 EG. Auf einige wichtige Entscheidungen wird im Folgenden eingegangen.

#### **Vorlagefähigkeit nationalen Kartellrechts**

In der Rechtssache *Autorità Garante della Concorrenza* (Urteil vom 14. Dezember 2006, Rs. C-280/06) befasste sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage, unter welchen Umständen Fragen zum europäischen Kartellrecht, die sich bei der Anwendung nationalen Kartellrechts durch nationale Gerichte ergeben, dem Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt werden können. In dem Ausgangsrechtsstreit vor einem italienischen Gericht ging es um die Anwendung des italienischen Kartellverbots auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt. Das Kartellverbot in Italien lehnt sich stark an Artikel 81 EG an. Wie beim deutschen Kartellverbot besteht ein Unterschied zum europäischen Kartellverbot darin, dass die Vereinbarung nicht geeignet zu sein braucht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, um in den Anwendungsbereich des italienischen Kartellverbots zu fallen. Das italienische Kartellrecht stellt Alleinbezugsverträge vom italienischen Kartellverbot frei, wenn sie mit den Bestimmungen der europäischen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung vereinbar sind. Damit sollte das italienische Kartellrecht auch mit Blick auf die Behandlung rein innerstaatlicher Sachverhalte mit dem europäischen Kartellrecht in Ein-

klang gebracht werden. In dem nationalen Rechtsstreit ergaben sich Fragen zur Auslegung der vom italienischen Recht in Bezug genommenen Gruppenfreistellungsverordnung. Diese Fragen legte das italienische Gericht dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor. In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, weder aus dem Wortlaut des Artikels 234 EG noch aus dem Zweck des dort vorgesehenen Verfahrens ergebe sich, dass die Verfasser des EG-Vertrags von der Zuständigkeit des Gerichtshofes die Vorabentscheidungsersuchen für den vorliegenden Fall hätten ausschließen wollen. Richteten sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach den im Gemeinschaftsrecht getroffenen Regelungen, so bestünde ein klares Gemeinschaftsinteresse daran, dass die vom Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe einheitlich ausgelegt würden. Dieses Gemeinschaftsinteresse an einer einheitlichen Auslegung bestünde unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen die vom Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe angewandt werden sollen. Nach Artikel 234 EG sei es allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Europäischen Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Sofern die vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, sei der Europäische Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden. Etwas anderes gelte nur dann, (i) wenn das Gericht offensichtlich dazu veranlasst werden solle, über einen konstruierten Rechtsstreit zu entscheiden oder Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, (ii) die begehrte Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Rechtsstreits stehe oder (iii) der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind, verfüge.

#### **Parallelhandel/Vertriebsrecht**

Auf ein Vorabentscheidungsersuchen eines griechischen Gerichts gem. Artikel 234 EG (Urteil vom 16. September 2008 Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE* u. a. ./ *GlaxoSmithKline A EVE*) hin hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass ein Arzneimittelhersteller seine beherrschende Stellung auf dem maßgeblichen Arzneimittelmarkt missbräuchlich ausnutzt, wenn er sich zur Verhinderung von Parallelexporten in andere Mitgliedstaaten weigert, von betroffenen Großhändlern aufgebene „normale“ Bestellungen auszuführen. Was dabei als „normal“ zu gelten habe, sei Sache des vorlegenden Gerichts. Dabei habe es einerseits den Umfang der Bestellungen im Verhältnis zum Bedarf des Marktes des betreffenden Mitgliedstaates und andererseits die früheren Geschäftsbeziehungen des Arzneimittelherstellers mit den betroffenen Großhändlern zu berücksichtigen. Mit dieser Antwort auf das Vorabentscheidungsersuchen gab der Europäische Gerichtshof in gewisser Hinsicht dem

beklagten Arzneimittelhersteller recht. Der hatte sich im Ausgangsverfahren darauf berufen, die griechischen Großhändler so ausreichend beliefert zu haben, dass der gesamte Bedarf des griechischen Marktes einschließlich einer gewissen darüber hinaus gehenden Menge gedeckt gewesen sei. Die Weigerung, die darüber hinausgehenden Bestellungen der griechischen Großhändler auszuführen, zielte indes unbestritten darauf ab, Parallelexporte in solche Mitgliedstaaten einzuschränken, in denen der Verkaufspreis der fraglichen Arzneimittel höher war als in Griechenland. Zur Begründung seiner Entscheidung bezog sich der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung, nach der es grundsätzlich eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Parallelhandel mit von ihm vertriebenen Erzeugnissen beschränkt. In dem vorliegenden Fall sei allerdings zu berücksichtigen gewesen, dass die Preise für Arzneimittel in vielen Mitgliedstaaten durch staatliche Stellen festgesetzt würden. Der darin liegende staatliche Eingriff könne die Anwendung der Wettbewerbsregeln (Artikel 81, 82 EG) nicht ausschließen. Die staatliche Preisfestsetzung sei das Resultat entsprechender Verhandlungen mit dem betreffenden Arzneimittelhersteller (der auf eine Vermarktung in dem betreffenden Mitgliedsstaat ja auch verzichten könne) und sei damit den Gesetzen von Angebot und Nachfrage nicht vollständig entzogen. Auch sei der (nicht zuletzt durch Parallelhändler ausgeübte) Preiswettbewerb bei den in Rede stehenden patentgeschützten Erzeugnissen die einzige denkbare (und deswegen besonderes schützenswerte) Wettbewerbsform. Allerdings habe die Anwendung der Wettbewerbsregeln auch den geschäftlichen Interessen des (marktbeherrschenden) Arzneimittelherstellers Rechnung zu tragen. Es könne nicht außer acht gelassen werden, dass die staatliche Preisfestsetzung einer der Faktoren sei, die Gelegenheit zum Parallelhandel eröffneten. Das Wettbewerbsrecht dürfe dem Arzneimittelhersteller zur Verteidigung seiner geschäftlichen Interessen daher nicht als einzige Wahl lassen, seine Arzneimittel in einem Mitgliedstaat überhaupt nicht zu vermarkten, nur weil deren Preise dort auf einem im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten niedrigen Niveau festgesetzt würden. Mithin wog der Gerichtshof den Schutz des Wettbewerbs auf den betroffenen Arzneimittelmärkten mit den berechtigten geschäftlichen Interessen des beherrschenden Arzneimittelherstellers ab und gelangte auf diese Weise zu dem Ergebnis, der marktbeherrschende Arzneimittelhersteller habe die griechischen Großhändler im „normalen“ Umfang zu beliefern und brauche „anomale“ Bestellungen nicht auszuführen.

#### **Gegenseitigkeitsverträge von Verwertungsgesellschaften**

Mit Entscheidung vom 16. Juli 2008 richtete sich die Europäische Kommission gegen das System der Gegenseitigkeitsverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften, welche Urheberrechte von Textern und Komponisten wahrnehmen (COMP/C2/38 698 – CISAC). Diese Gegenseitigkeitsverträge beruhen im Wesentlichen auf einem Mustervertrag der internationalen Vereinigung der

Verwertungsgesellschaften (CISAC). In bestimmten Vertragsbestimmungen, die zwar nicht mehr in dem CISAC-Mustervertrag, dafür aber noch in einem Teil der Gegenseitigkeitsverträge enthalten waren, sah die Europäische Kommission einen Verstoß gegen Artikel 81 EG. Einen Verstoß gegen Artikel 81 EG sah die Europäische Kommission auch in weiteren Verhaltensweisen der Verwertungsgesellschaften. Von der Festsetzung einer Geldbuße sah die Europäische Kommission ab. Der Vorwurf besteht aus drei Teilen. Erstens richtet er sich gegen bestimmte Vertragsbestimmungen, die verhindert haben sollen, dass Mitglieder von Verwertungsgesellschaften mit ihrem Repertoire ganz oder teilweise zu anderen Verwertungsgesellschaften ihrer Wahl wechseln. Zweitens wendet er sich gegen die in Gegenseitigkeitsverträgen vereinbarte Ausschließlichkeit der wechselseitigen Rechtswahrnehmung. Diese habe zur Folge, dass eine Verwertungsgesellschaft nicht nur keine Direktlizenzen an ihrem eigenen Repertoire an im Ausland sitzende Nutzer erteile, sondern auch, dass sie nicht mehr als eine Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung ihres Repertoires im Ausland beauftrage. Drittens sah die Europäische Kommission ein abgestimmtes Verhalten speziell bei der Satelliten-, Kabel- und Internetnutzung musikalischer Werke. Verwertungsgesellschaften beauftragten andere Verwertungsgesellschaften bislang immer nur für deren angestammtes Gebiet mit der Wahrnehmung ihres Repertoires. In diesem zu beobachtenden Parallelverhalten sieht die Europäische Kommission ein abgestimmtes Verhalten i. S. v. Artikel 81 EG, soweit es den Bereich der Satelliten-, Kabel- und Internetnutzung musikalischer Werke betrifft. Für diesen Bereich gebe es keine überzeugende Erklärung dafür, dass die Beauftragung mit der Wahrnehmung des eigenen Repertoires nicht länderübergreifend erfolge. Lizenzen könnten ohne größere Probleme länderübergreifend vergeben und überwacht werden. Das sei anders im Bereich der klassischen Nutzungsarten. Dort sei mitunter eine Präsenz vor Ort erforderlich. Im Bereich Satelliten-, Kabel- und Internetnutzung könne das Parallelverhalten jedoch nicht als das Ergebnis individuellen Marktverhaltens gewertet werden.

#### **Missbrauchsverfahren nach Artikel 82 EG**

##### **Deutsche Telekom AG**

In der Rechtssache Deutsche Telekom AG (Urteil vom 10. April 2008, Rs. T-271/03) bestätigte das Gericht erster Instanz eine auf Artikel 82 EG gestützte und gegen die Deutsche Telekom AG (DTAG) gerichtete Entscheidung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2003 (COMP/C-1/37 451, 37 578, 37 579; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 60). Darin stellte die Europäische Kommission im Bereich der Teilnehmeranschlussleitungen eine Kosten-Preis-Schere der DTAG fest und bewertete diesen Umstand als einen Verstoß gegen Artikel 82 EG. Die Kosten-Preis-Schere betraf den Zugang zum Ortsnetz des ehemaligen Staatsmonopolisten. Die Spanne zwischen den Zugangsentgelten, welche die DTAG von Wettbewerbern verlangte, und den Entgelten, welche sie für die entsprechenden Leistungen unmittelbar ihren Endkunden in Rechnung stellte, habe nicht ausgereicht, um es

gleich effizienten Wettbewerbern zu ermöglichen, beim Endkundenzugang und den darauf aufbauenden Diensten mit der DTAG in Wettbewerb zu treten. Der regulatorische Rahmen habe der DTAG einen hinreichenden unternehmerischen Handlungsspielraum belassen. Die DTAG habe die Kosten-Preis-Schere jedenfalls über eine Erhöhung der Endkundenentgelte beseitigen können. Die in Rede stehenden Vorleistungs- und Endkundendienste seien für die Zwecke der durchzuführenden Prüfung miteinander vergleichbar. Die DTAG hatte demgegenüber vorgebracht, auch die Verbindungsentgelte hätten in die Betrachtung einbezogen werden müssen. Das Zugangsentgelt für Endkunden sei nur deswegen günstiger als das Zugangsentgelt für Wettbewerber, da es auf einer Mischkalkulation zwischen den Einnahmen für den Zugang und den Einnahmen aus den Gesprächsverbindungen beruhe. Zugangsdienste und Gesprächsverbindungen stellten sich auch aus Sicht der Kunden als Bündelprodukt dar. Diese Argumente ließ die Europäische Kommission nicht gelten. Sie berief sich maßgeblich auf einen aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht zur Liberalisierung des Telekommunikationsbereichs abgeleiteten Grundsatz der Tarifumstrukturierung. Die gegen die Entscheidung gerichteten Rügen wies das Gericht erster Instanz zurück und folgte dabei im Wesentlichen der Argumentation der Europäischen Kommission. Mit dem Urteil befasste sich zum ersten Mal ein europäisches Gericht mit der Problematik einer Kosten-Preis-Schere. Es bestätigt die Ansicht der Europäischen Kommission, dass es sich bei der Problematik einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen von Artikel 82 EG um eine eigenständige Fallgruppe handelt. Gegen das Urteil hat die DTAG Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof eingelegt.

### France Télécom

In der Rechtssache France Télécom (Urteil vom 30. Januar 2007, T-340/03) bestätigte das Gericht erster Instanz eine weitere den Telekommunikationsbereich betreffende Entscheidung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2003 (COMP/38.233; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 61). Diese Entscheidung richtete sich gegen Wanadoo Interactive SA (Wanadoo), einer mittelbaren Tochter der France Télécom. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission legte Wanadoo Verdrängungspreise fest, die es ihr nicht ermöglichten, in einem früheren Zeitraum ihre variablen und in einem späteren Zeitraum ihre Vollkosten zu decken. Diese Preisgestaltung habe im Rahmen einer Strategie stattgefunden, den im Entstehen begriffenen Markt für Breitbandzugänge zum Internet zu vereinnahmen. Diese Feststellungen reichten aus Sicht der Kommission aus, um Wanadoo i. S. v. Artikel 82 EG einen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen. Die Kommission berief sich hierzu auf die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen Akzo (Urteil vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86) und Tetra Pak II (Urteil vom 14. November 1996, Rs. C-333/94). Vor dem Gericht erster Instanz hatte Wanadoo demgegenüber geltend gemacht, zum Nachweis missbräuchlicher Verdrängungspreise gehöre auch der Nachweis (zumindest) der Mög-

lichkeit, die durch die Anwendung der Verdrängungspreise entstehenden Verluste zu einem späteren Zeitpunkt wieder ausgleichen zu können. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die diesen Nachweis für entbehrlich halte, habe sich auf nicht übertragbare Einzelfälle bezogen und könne nicht verallgemeinert werden. Diese Rüge wies das Gericht erster Instanz zurück. Den weiteren Einwand von Wanadoo, sie sei mit ihren Preisen lediglich auf die Preise ihrer Wettbewerber eingestiegen, wies das Gericht erster Instanz mit dem Argument zurück, einem marktbeherrschendem Unternehmen stünde kein generelles Recht zu, sich den Preisen der Konkurrenz anzupassen. Mit Blick auf die aus ihrer Sicht strengeren Nachweisanforderungen und den Einwand, auf Preise der Wettbewerber eingestiegen zu sein, legte France Télécom Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof ein (C-202/07 P). In den mittlerweile vorliegenden Schlussanträgen tritt der Generalanwalt Ján Mazák für eine einschränkende Interpretation der bisherigen Rechtsprechung zu Verdrängungspreisen ein. Zum Nachweis missbräuchlicher Verdrängungspreise gehöre grundsätzlich der Nachweis der Möglichkeit eines Verlustausgleichs. Es ist damit zu rechnen, dass der Gerichtshof zu dieser Frage Stellung nehmen wird.

### Telefónica

Mit Entscheidung vom 4. Juli 2007 verhängte die Europäische Kommission gegen Telefónica SA und Telefónica de España SAU wegen Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG eine Geldbuße i. H. v. 151 Mio. Euro (COMP/38 784 – Wanadoo España/Telefónica). Telefónica wird vorgeworfen, im Zeitraum von September 2001 bis Dezember 2006 ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Sie habe unangemessene Preise in Rechnung gestellt und so auf den spanischen Märkten für Breitband-Internetzugänge eine Kosten-Preis-Schere verursacht. Die Spanne zwischen den Endkundenpreisen von Telefónica und dem Vorleistungsentgelt für Breitbandzugänge habe nicht ausgereicht, um die Kosten zu decken, die einem ebenso effizienten Betreiber wie Telefónica bei der Bereitstellung von Breitbandzugängen für Endkunden entstünden. Telefónica sei zu keinem Zeitpunkt daran gehindert gewesen, ihren Wettbewerbern niedrigere Vorleistungsentgelte anzubieten, um den durch die Kosten-Preis-Schere verursachten Druck abzustellen. Bis Ende 2006 waren ihre Vorleistungsentgelte für Breitbandzugänge nicht reguliert bzw. unterlagen lediglich einer Obergrenze. Ab diesem Zeitpunkt ordnete die spanische Regulierungsbehörde eine Senkung der Vorleistungsentgelte an und beendete damit die von der Europäischen Kommission gesehene Zuwiderhandlung. Im Verfahren vor der Europäischen Kommission war Telefónica der Ansicht, ihr Verhalten sei nach den zur Beurteilung einer (konstruktiven) Lieferverweigerung entwickelten Kriterien zu beurteilen. Sie verwies zu ihrer Verteidigung auf die entsprechende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Fall Oscar Bronner (Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 43-46). Nach Ansicht der Europäischen Kommission unterschied sich der von ihr zu entscheidende Sachverhalt jedoch grundlegend von dem Fall ei-

ner konstruktiven Lieferweigerung. Telefónica sei aufgrund der spanischen Rechtsvorschriften verpflichtet gewesen, Breitbandzugänge auf dem Vorleistungsmarkt anzubieten. Diese Verpflichtung sei im Interesse des Wettbewerbs und der Verbraucher eingeführt worden. Zuvor hätten die spanischen Behörden die für Telefónica und deren Konkurrenten bestehenden Investitions- und Innovationsanreize gegen die Notwendigkeit abgewogen, langfristig den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu fördern. Der Anreiz für Infrastrukturinvestitionen, der ex ante für Telefónica bestand, sei zu keinem Zeitpunkt relevant gewesen: Das Netz von Telefónica sei in erheblichem Umfang das Ergebnis von Investitionen, die deutlich vor dem Aufkommen der Breitbandtechnik in Spanien und in einer Situation getätigt wurden, in der Telefónica noch Sonderrechte bzw. ausschließliche Rechte besaß, durch die das Unternehmen vom Wettbewerb abgeschirmt war. Entsprechend ihrem neuen Politikansatz stellte die Europäische Kommission schließlich noch konkrete Abschottungswirkungen durch die Kosten-Preis-Schere und eine dadurch hervorgerufene unmittelbare Beeinträchtigung der Verbraucher fest. Dieser Feststellung ging allerdings der ausdrückliche Hinweis voraus, dass für den Nachweis eines Missbrauchs i. S. v. Artikel 82 EG der Nachweis derartiger Auswirkungen nach ständiger Rechtsprechung nicht erforderlich sei.

### Microsoft

In der Rechtssache Microsoft (Urteil vom 17. September 2007, T-201/04) bestätigte das Gericht erster Instanz im Wesentlichen eine Entscheidung der Europäischen Kommission. Darin war Microsoft vorgeworfen worden, i. S. v. Artikel 82 EG seine marktbeherrschende Stellung missbraucht zu haben. Der Missbrauchsvorwurf bezog sich auf zwei gesonderte Verhaltensweisen. Zum einen hatte sich Microsoft gegenüber Wettbewerbern geweigert, Interoperabilitätsinformationen offenzulegen und zum Zweck der Entwicklung und Vermarktung von Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver ihre Nutzung zu gestatten. Darüber hinaus hatte Microsoft den Erwerb des PC-Betriebssystems Windows an den gleichzeitigen Erwerb des Windows Media Player gekoppelt. Die Europäische Kommission gab Microsoft auf, die entsprechenden Interoperabilitätsinformationen offenzulegen sowie eine Version von Windows ohne den Media Player anzubieten. Darüber hinaus ernannte die Europäische Kommission einen von Microsoft vorgeschlagenen, von Microsoft zu bezahlenden und unabhängig von der Europäischen Kommission agierenden Treuhänder, der die Einhaltung der Verfügung durch Microsoft überwachen sollte. Die Entscheidung sah schließlich ein Bußgeld von 497 Mio. Euro vor. Die hiergegen gerichtete Nichtigkeitsklage wies das Gericht erster Instanz im Wesentlichen ab. Es bestätigte in vollem Umfang die Feststellung der Verstöße gegen Artikel 82 EG, die dagegen gerichtete Abstellungsverfügung sowie das Bußgeld. Lediglich die Verfügung über die Einsetzung des Treuhänders wurde verworfen. Microsoft habe durch die Weigerung, seinen Konkurrenten Interoperabilitätsinformationen zur Verfügung zu stellen und deren Nutzung zu gestatten, seine beherrschende Stellung

auf dem Markt für PC-Betriebssysteme missbraucht. Das Verhalten von Microsoft sei anhand der Voraussetzungen zu prüfen, unter denen die Weigerung der Gestattung der Nutzung eines Immaterialgüterrechts ein missbräuchliches Verhalten darstelle. Diese stelle einen Sonderfall der missbräuchlichen Lieferverweigerung dar und unterliege besonders strengen Voraussetzungen. Das Gericht unterstellte, dass die offenzulegenden Schnittstellenprotokolle und Spezifikationen als Immaterialgüterrechte geschützt oder als Geschäftsgeheimnisse solchen Rechten doch zumindest gleichzusetzen seien. Ob es sich tatsächlich um Immaterialgüterrechte handele, könne dahinstehen, da auch unter den für Immaterialgüterrechte geltenden strengeren Voraussetzungen ein Missbrauch gegeben sei. Bei der komplexen ökonomischen Bewertung, ob die Interoperabilitätsinformationen für die Wettbewerber unerlässlich sind, billigte das Gericht der Europäischen Kommission einen Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche Kontrolle sei auf die Prüfung beschränkt, ob die Europäische Kommission die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten habe, ob sie den Sachverhalt zutreffend festgestellt habe und ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch vorliege. Microsoft sei es jedoch nicht gelungen, offensichtliche Beurteilungsfehler der Kommission nachzuweisen. Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Weigerung genüge bereits die Feststellung der Europäischen Kommission, dass die technische Entwicklung beeinträchtigt werde.

Auch mit Blick auf den zweiten Vorwurf, die Kopplung von Windows mit dem Media Player, bestätigte das Gericht die Europäische Kommission. Bei dem Betriebssystem Windows und dem Windows Media Player handele es sich um zwei gesonderte Produkte. Die Frage, ob gesonderte Produkte vorliegen, sei unter Berücksichtigung der Verbrauchernachfrage zu beurteilen. Eine Reihe von Faktoren basierend auf der Natur und den technischen Merkmalen der betroffenen Produkte, den Beobachtungen auf dem Markt, der Entstehungsgeschichte sowie dem Verhalten von Microsoft im geschäftlichen Verkehr zeigten, dass für Medienspielerprogramme eine gesonderte Nachfrage bestünde. Medienspieler würden auch von konkurrierenden Anbietern angeboten. Selbst Microsoft böte seinen Windows Media Player für andere Betriebssysteme unabhängig von Windows an. Trotz der Kopplung mit Windows kaufe eine erhebliche Zahl von Verbrauchern einen der mit dem Windows Media Player konkurrierenden Medienspieler. Die Kopplung von Windows und Windows Media Player habe den Wettbewerb zugunsten von Microsoft und zulasten seiner Wettbewerber aus dem Gleichgewicht gebracht. Die Europäische Kommission habe zu Recht festgestellt, dass die Kopplung von Windows und Windows Media Player mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer Schwächung des Wettbewerbs führe, so dass die Aufrechterhaltung einer wirksamen Wettbewerbsstruktur in naher Zukunft nicht mehr gewährleistet sei. Microsoft habe demgegenüber nicht nachgewiesen, dass die Kopplung objektiv gerechtfertigt gewesen sei. Bei der Einsetzung und der Ermächtigung eines unabhängig von der Kommission agierenden

und von Microsoft zu bezahlenden Treuhänders habe die Europäische Kommission jedoch ihre Befugnisse überschritten. Insoweit hob das Gericht die Entscheidung auf. Die gegen die Höhe des Bußgeldes gerichteten Rügen wies das Gericht demgegenüber als unbegründet zurück.

### **E.ON – Deutscher Stromgroßhandels- und Regelenergiemarkt**

In Sachen COMP 39.388 („Deutscher Stromgroßhandelsmarkt“) und COMP 39.389 („Deutscher Regelenergiemarkt“) hat die Europäische Kommission die von E.ON angebotenen Verpflichtungszusagen mit Entscheidung vom 26. November 2008 für verbindlich erklärt. Gegenstand des Verfahrens war der Verdacht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Artikel 82 EG durch E.ON-Konzernunternehmen auf dem deutschen Stromgroßhandelsmarkt sowie auf dem Nachfragemarkt für sekundäre Regelenergie. Nach der vorläufigen Beurteilung der Kommission bezogen sich die wettbewerblichen Bedenken zum einen auf eine Manipulation der Preisbildung im Stromgroßhandel durch die gezielte Zurückhaltung von Produktionskapazitäten. Zum anderen soll die Netztochter E.ON Netz bei der Nachfrage nach Regelenergie dritte Anbieter gegenüber E.ON Produktionsunternehmen diskriminiert haben, indem E.ON Netz bei Konzernunternehmen sekundäre Regelenergie zu höheren Preisen gekauft habe, als ihr tertiäre Regelenergie von dritten Unternehmen angeboten worden sei. Die Mehrkosten habe E.ON an seine Kunden weitergeleitet. Als Abhilfemaßnahme hat die Kommission eine Selbstverpflichtung der E.ON, gerichtet auf die Veräußerung von Produktionskapazitäten und die Veräußerung des Höchstspannungsnetzes, für verbindlich erklärt und im Gegenzug das Verfahren eingestellt. Das Votum des Beratenden Ausschusses erging insbesondere wegen Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Entscheidung nicht einstimmig.

### **Inhalt von Verpflichtungszusagenentscheidungen**

In der Rechtssache Alrosa (Urteil vom 11. Juli 2007, T-170/06) hat das Gericht erster Instanz die Entscheidung der Europäischen Kommission, die von De Beers angebotene Verpflichtungszusage, jeden Bezug von Rohdiamanten von Alrosa einzustellen, für verbindlich zu erklären (Artikel 9 VO 1/2003), für nichtig erklärt. Das Gericht stellte klar, dass – unabhängig von dem freiwilligen Charakter der angebotenen Verpflichtungszusagen – die Europäische Kommission auch bei Entscheidungen nach Artikel 9 VO 1/2003 den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten habe. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Maßnahme einer objektiven Kontrolle seien die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf das von dem Organ verfolgte Ziel zu beurteilen. Danach sei in dem zu entscheidenden Fall das absolute Verbot jeder Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Parteien ab 2009 offensichtlich unverhältnismäßig. Nur außergewöhnliche Umstände wie insbesondere eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung könnten die Aufhebung der Vertragsfreiheit der

Parteien rechtfertigen. Im vorliegenden Fall habe die Europäische Kommission die Entscheidung jedoch ausschließlich auf die beherrschende Stellung von De Beers gestützt. Im Übrigen rügte das Gericht, dass sich die Kommission damit begnügt habe, die von De Beers nachträglich angebotene Verpflichtungszusage als solche zu akzeptieren, ohne andere Lösungen in Betracht zu ziehen, bei denen die Vertragsfreiheit der Parteien in größerem Umfang gewahrt geblieben wäre. Ergänzend hat das Gericht festgestellt, dass Alrosa unter den gegebenen Umständen ein Recht darauf gehabt habe, zu den neuen, individuellen Verpflichtungszusagen angehört zu werden, die De Beers im Rahmen des nur gegen sie eingeleiteten Verfahrens angeboten hatte. Unter den gegebenen Umständen habe Alrosa nicht die Möglichkeit gehabt, von diesem Recht in vollem Umfang Gebrauch zu machen. Der Verfahrensfehler sei beachtlich, auch wenn sich die Auswirkungen dieser Unregelmäßigkeit auf die Entscheidung der Europäischen Kommission nicht eindeutig nachweisen ließen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

### **Bußgeldverfahren**

#### **Degussa – Bestimmtheit der Bußgeldregelung**

Höchstrichterlich geklärt wurde vom Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache Degussa (Urteil vom 22. Mai 2008, Rs. C-266/06 P), dass die Bußgeldvorschrift des Artikels 15 Absatz 2 VO Nummer 17/62 (nunmehr Artikel 23 Absatz 2 VO 1/2003) hinreichend bestimmt ist. Dieser Vorschrift wurde die Bußgeldvorschrift des § 81 Absatz 4 Satz 2 nachgebildet. Damit wurde das Urteil des Gerichts erster Instanz bestätigt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 56). Das als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts geltende Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Strafen verlangt, dass das Gesetz die Taten und die für sie angedrohten Strafen klar definieren muss. Dies ist anhand des Wortlautes und der ständigen, veröffentlichten Rechtsprechung festzustellen. Der Gerichtshof betont, dass die Vorschriften, aufgrund derer die Sanktionen verhängt werden, aber nicht so genau formuliert sein müssen, dass die möglichen Folgen eines Verstoßes mit absoluter Gewissheit vorhersehbar sind. Daher dürfen die Vorschriften zur Bußgeldzumessung ein weites Ermessen einräumen, wenn sie dessen Umfang und Ausübungsmodalitäten hinreichend festlegen. Dies sah der Gerichtshof bei Artikel 15 Absatz 2 VO Nummer 17/62 als gewährleistet an, weil eine mögliche Geldbuße eine bezifferbare und absolute Obergrenze hat, bei der Bußgeldzumessung die Grundsätze der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit zu beachten sind und die Europäische Kommission ihr Ermessen durch die Bußgeldleitlinien und die Kronzeugen-Bekanntmachung selbst eingeschränkt hat. Schließlich unterliege die Entscheidung der Europäischen Kommission der unbeschränkten Kontrolle durch die europäischen Gerichte.

#### **AC-Treuhand AG**

Die Europäische Kommission darf Bußgelder auch gegen Beratungsunternehmen verhängen, die eine zentrale Rolle in einem verbotenen Kartell gespielt haben, obwohl sie

selbst nicht auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig waren. Das Gericht erster Instanz bestätigte im Fall AC-Treuhand AG (Urteil vom 8. Juli 2008, Rs. T-99/04) die Geldbuße gegen ein Beratungsunternehmen, das im Rahmen des Peroxid-Kartells insbesondere Kartellzusammenkünfte organisiert und Beweismittel verborgen hatte. Der Umstand, dass das Unternehmen nicht selbst auf dem kartellierten Markt für Peroxid tätig war, führte nicht zur Entlastung, weil es sich mit seiner Tätigkeit in voller Kenntnis der Umstände aktiv an der Durchführung des Kartells beteiligt hatte und ein entscheidender Kausalzusammenhang zwischen der Mitwirkung und der Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Peroxid bestand.

### **Bußgeldzumessung**

#### **Kein Nachweis der Kartellfolgen**

In den Rechtssachen Knauf Gips (Urteil vom 15. August 2008, Rs. T-52/03) und Schunk (Urteil vom 8. Oktober 2008, Rs. T-69/04) hat das Gericht erster Instanz bestätigt, dass die Europäische Kommission bei der Bußgeldzumessung nicht verpflichtet ist, die konkreten Auswirkungen einer Zuwiderhandlung zu beziffern. Zur Bemessung der Schwere der Tat reiche ein Nachweis für die Umsetzung des Kartells, wobei aber nicht dargelegt werden müsse, dass die Vereinbarungen es den Unternehmen auch tatsächlich ermöglichten, ein höheres Preisniveau als ohne Kartell zu erzielen. Die Bezifferung der konkreten Auswirkungen eines Kartells und ein Vergleich der Situation mit und ohne Kartell wird vom Gericht als eine unverhältnismäßig aufwändige Prüfung betrachtet, durch die dem Zumessungskriterium der Schwere des Verstoßes die praktische Wirksamkeit genommen werde. Eine solche Darlegung erfordere beträchtliche Ressourcen und den Rückgriff auf wirtschaftliche Modelle, deren Genauigkeit schwer gerichtlich überprüfbar und deren Unfehlbarkeit keineswegs erwiesen sei. Ferner betont das Gericht, dass die im Rahmen des Kartells tatsächlich erzielten Preise durch externe Faktoren beeinflusst sein könnten. Dies dürfe nicht zugunsten der Betroffenen herangezogen werden und zu einer Absenkung der Geldbuße führen. Es reiche, wenn die Betroffenen alles in ihrer Macht Stehende taten, damit ihre Pläne konkrete Auswirkungen hätten.

#### **Wiederholungstäterschaft**

In den Verfahren Hoechst (Urteil vom 18. Juni 2008, Rs. T-410/03) und BASF (Urteil vom 12. Dezember 2007, Verb. Rs. T-101/05 und T-111/05) hat das Gericht erster Instanz die Voraussetzungen für die Annahme erschwerender Umstände wegen einer Wiederholungstat präzisiert. Es reicht demnach aus, dass ein Unternehmen eine erneute, gleichartige Zuwiderhandlung begeht, auch wenn diese einen anderen Wirtschaftssektor betrifft. Es genügt, wenn die zweite Zuwiderhandlung unter dieselbe Vorschrift des EG-Vertrags wie der erste Verstoß fällt. Dabei ist die Kommission für die Feststellung eines Wiederholungsfalles nicht an eine Verjährungsfrist oder eine zeitliche Begrenzung gebunden.

#### **Defizitäre Lage**

In der Rechtssache William Prym (Urteil vom 12. September 2007, Rs. T-30/05) bestätigte das Gericht erster Instanz, dass die Kommission bei der Bemessung der Geldbuße die defizitäre Lage eines Unternehmens nicht berücksichtigen muss. Ansonsten werde dem am wenigsten den Marktbedingungen angepassten Unternehmen ein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil verschafft.

#### **Keine Berücksichtigung von Compliance Programmen**

In der Bußgeldentscheidung gegen verschiedene Paraffinwachs-Hersteller (COMP/C.39181) hat die Kommission ihre Haltung bestätigt, Programme zur Vermeidung von Wettbewerbsverstößen (sog. Compliance Programme) und eine entsprechende Unternehmenspolitik nicht als mildernden Umstand zu berücksichtigen. Auch der Umstand, dass sich ein Unternehmen vor Beginn der Nachprüfung aus dem Kartell zurückzog, wurde nicht bußgeldmindernd berücksichtigt, weil die Einhaltung oder die erneute Einhaltung geltender Rechtsvorschriften nicht als ein belohnungswürdiges Verhalten, sondern als normale Pflicht von Unternehmen anzusehen sei. Ferner führte die Kommission zur Wiederholungstäterschaft aus, dass sie auch im Hinblick auf eine Tochtergesellschaft innerhalb einer Gruppe unter Verweis auf eine frühere Zuwiderhandlung einer anderen Tochtergesellschaft der betreffenden Gruppe festgestellt werden kann, selbst wenn die Muttergesellschaft nicht Adressat der vorherigen Verbotsentscheidung war. In jedem Fall könnten interne Umstrukturierungen keinerlei Auswirkungen auf die Feststellung der Wiederholungstäterschaft haben. Zudem sei unerheblich, ob die neue Zuwiderhandlung in einem anderen Geschäftsbereich oder in Verbindung mit einem anderen Produkt begangen worden sei. Hinreichend sei, dass das betreffende Unternehmen bereits für ähnliche Zuwiderhandlungen verantwortlich gemacht wurde. Die Anforderung, dass die Zuwiderhandlungen „ähnlich“ sein müssten, kann aufgrund der Tatsache als erfüllt betrachtet werden, dass sich die genannten früheren Entscheidungen und diese Entscheidungen unter anderem auf Preisfestsetzungen beziehen.

#### **Anwendung der neuen Bußgeldleitlinien**

Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum die ersten zehn Bußgeldentscheidungen auf der Grundlage ihrer neuen Bußgeldleitlinien aus dem Jahr 2006 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 49) erlassen. Auf dieser Grundlage wurde auch das bislang höchste Bußgeld der Europäischen Kommission gegen vier Hersteller von Autoglas (COMP/C.39.125) wegen jahrelanger Preisabsprachen i. H. v. rund 1,4 Mrd. Euro verhängt. Während in den ersten Bußgeldentscheidungen der Grundbetrag und der Zusatzbetrag (sog. „entry fee“) unterschiedlich hoch festgelegt worden waren, wurden in den neueren Entscheidungen beide Werte in gleicher Höhe angesetzt. Zur Bemessung des Grundbetrages wurden Anteile von 15 % bis 21 % vom tatbezogenen Umsatz zugrunde gelegt. Als erschwerende Umstände zog die Kommission in einigen

Verfahren die Wiederholungstäterschaft heran. Die Aufschläge lagen dabei zwischen 30 % und 90 %. Bei zehn Unternehmen wurde außerdem zum Zweck der Abschreckung ein zusätzlicher Faktor von maximal 1,7 berücksichtigt.

#### **7.2.4. Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission**

Der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen kam im Berichtszeitraum in 42 Sitzungen zusammen und nahm in 26 Einzelfällen Stellung zu Entscheidungsentwürfen der Europäischen Kommission. Mitarbeiter des Bundeskartellamtes haben im Berichtszeitraum an 19 Anhörungen in Einzelfällen teilgenommen. In weiteren Sitzungen beriet der Beratende Ausschuss über europäische Gesetzgebungsvorhaben. Dies betraf die Gruppenfreistellungsverordnungen für Konsortien in der Seeschifffahrt sowie die Ausarbeitung von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG auf den Seeverkehr (S. 51). Beratende Ausschüsse fanden schließlich zu den Sektoruntersuchungen der Europäischen Kommission statt, u. a. im Bereich Arzneimittel (S. 47). Zu einer Revision der Gruppenfreistellungsverordnung im Versicherungssektor, sowie zu einer Neuerung der Grundsätze zur Anwendung von Artikel 82 EG fanden Expertentreffen statt. (S. 49, 51).

Mitglieder der nationalen Wettbewerbsbehörden sowie der Europäischen Kommission befassten sich in 28 Treffen der verschiedenen Sektorarbeitsgruppen des Netzwerkes der Europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) mit spezifischen Wettbewerbsproblemen und Erfahrungen der betroffenen Wirtschaftsbereiche. Weiterhin gab es regelmäßige Treffen der ECN-Plenary-Arbeitsgruppe sowie ihrer Unter-Arbeitsgruppen. Dort wurden rechtliche und praktische Aspekte der Netzwerkzusammenarbeit behandelt (S. 47 f.).

Das Bundeskartellamt unterstützte im Jahr 2007 die Europäische Kommission bei fünf Nachprüfungen in 16 Unternehmen und im Jahr 2008 bei zehn Nachprüfungen in 42 Unternehmen und einer Wohnung. Umfangreiche Ermittlungen betrafen die Zementindustrie, in deren Rahmen eine Nachprüfung an zehn Standorten in Deutschland durchgeführt wurde.

#### **7.3. Fusionskontrolle**

##### **Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen und Änderung der Durchführungsverordnung**

Die Europäische Kommission hat die sog. Mitteilung über Abhilfemaßnahmen (ABl. EG Nummer C 68 vom 2. März 2001, S. 3 ff.) überarbeitet (ABl. EG Nummer C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1 ff.). Abhilfemaßnahmen sind Änderungen an einem Zusammenschlussvorhaben, mit denen die beteiligten Unternehmen wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen beabsichtigen. Zu den wesentlichen Änderungen gehört die Einführung eines Formblatts (FormRM), mit dem die beteiligten Unternehmen der Europäischen Kommission Informationen über die von ihnen vorgeschlagenen Ab-

hilfemaßnahmen übermitteln. Darüber hinaus werden Einzelheiten bezüglich bestimmter Abhilfemaßnahmen – insbesondere der Veräußerung eines Unternehmens oder Unternehmensteils und der Erleichterung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur, Netzen oder Technologien – neu geregelt. Zur Veräußerung eines Unternehmens oder Unternehmensteils wird insbesondere betont, dass in bestimmten Fällen zur Ermittlung eines geeigneten Erwerbers eine sog. „Fix-it-first“-Lösung erforderlich sein kann. Bei einer solchen Lösung ermitteln die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen noch während des Zusammenschlussverfahrens einen geeigneten Erwerber und schließen mit ihm eine rechtlich verbindliche Vereinbarung, in der die wesentlichen Punkte der Veräußerung fixiert werden.

Die neue Mitteilung ist im Vergleich zur alten Mitteilung über Abhilfemaßnahmen erheblich detaillierter. Dabei orientiert sie sich wesentlich an der bisherigen Praxis der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte, die weitgehend kodifiziert wird.

In Anpassung an die geänderte Mitteilung über Abhilfemaßnahmen hat die Europäische Kommission auch einige Änderungen an der Durchführungsverordnung vorgenommen (VO (EG) 802/2004, geändert durch VO (EG) 1033/2008).

##### **Verweisungen nach Artikel 4 Absatz 4 und 5 VO Nummer 139/04**

Seit dem Inkrafttreten der geänderten Fusionskontrollverordnung (VO Nummer (EG) 139/04) am 1. Mai 2004 können auch Unternehmen bei der Europäischen Kommission einen Verweisungsantrag stellen. Zum einen kann ein Zusammenschlussvorhaben, das an sich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fällt, an die Kartellbehörde eines Mitgliedstaates verwiesen werden (Artikel 4 Absatz 4 VO Nummer 139/04). Voraussetzung hierfür ist, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt innerhalb des Mitgliedstaates, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen könnte. Zum anderen können Unternehmen die Verweisung eines Falles an die Europäische Kommission beantragen, sofern dieser Zusammenschluss ansonsten nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten zu prüfen wäre (Artikel 4 Absatz 5 VO (EG) Nummer 139/04).

Im Berichtszeitraum wurden bei der Europäischen Kommission 14 Anträge auf Verweisung an nationale Wettbewerbsbehörden gestellt (Artikel 4 Absatz 4 VO (EG) Nr. 139/04). 15 Fälle (davon einer aus dem vorherigen Berichtszeitraum) wurden – nach Zustimmung durch die jeweils betroffenen Mitgliedstaaten – von der Europäischen Kommission antragsgemäß an die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten verwiesen. Seit Inkrafttreten der geänderten Verordnung wurden insgesamt 43 dieser Anträge gestellt. Bislang wurde noch kein Antrag abgelehnt. Im Berichtszeitraum wurde lediglich ein Fall an das Bundeskartellamt verwiesen (insgesamt sind es damit bislang acht Fälle). Dabei handelte es sich um den Fall NDH/Stadt Krefeld/Hafen Krefeld, der die Bereit-



stellung von Binnenhafeninfrastruktur und Hafenumschlagdienstleistungen im Bereich Bonn-Wesel betraf.

Die Zahl der Fälle, die auf Antrag der Parteien an die Europäische Kommission verwiesen wurden, liegt mit 72 deutlich höher. In zwei weiteren Fällen hat ein betroffener Mitgliedstaat der Verweisung widersprochen: Deutschland legte Widerspruch ein im Fall Flextronics/Avail, der die Herstellung medizintechnischer Geräte betraf. Ungarn widersprach der Verweisung im Fall Mondi Packaging/Dunapak, der die Herstellung von Säcken für den Industriebedarf betraf. Seit Inkrafttreten der VO (EG) Nummer 139/04 wurde damit bislang erst in insgesamt vier Fällen ein Veto eingelegt. Auf die Verweisung folgte in 66 Fällen auch eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission. Zehn dieser Zusammenschlussvorhaben wurden in der zweiten Phase geprüft (u. a. die Fälle Google/DoubleClick, TomTom/Tele Atlas, Nokia/Navteq), zwei wurden nur mit Nebenbestimmungen freigegeben (Kronopan/Constantia, Arjowiggins/Zanders).

#### **Verweisungen nach Artikel 9 VO (EG) Nummer 139/04**

Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission auf Antrag des jeweiligen Mitgliedstaats sechs Fälle gemäß Artikel 9 VO (EG) Nummer 139/04 ganz oder teilweise zur Entscheidung an nationale Wettbewerbsbehörden verwiesen, in einem Fall lehnte die Kommission dies ab. Zwei der Anträge wurden von Deutschland gestellt und jeweils antragsgemäß verwiesen: Der Fall Remondis/Cronimet/Alfa Acciai betraf regionale Märkte im Bereich Sammlung und Aufbereitung von Metallschrott, das Vorhaben Strabag/Kirchner regionale Märkte für Asphaltmischgut.

#### **Verweisungen nach Artikel 22 VO (EG) Nummer 139/04**

Im Berichtszeitraum haben die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten fünf Verweisungsanträge nach Artikel 22 VO (EG) Nummer 139/04 gestellt. In allen Fällen hat die Europäische Kommission der beantragten Verweisung zugestimmt. An zwei dieser Verfahren war Deutschland beteiligt. Im Fall Arsenal/DSP hat sich Deutschland dem Verweisungsantrag von Spanien angeschlossen, im Fall Danisco/Abitec hat sich das Vereinigte Königreich dem Antrag von Deutschland angeschlossen. Beide Fälle betrafen Märkte im Chemiebereich.

### **8. Internationale Zusammenarbeit**

Angesichts der weiter fortschreitenden Internationalisierung der Märkte wird die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden über nationale Grenzen hinweg immer wichtiger. Die hervorragende Zusammenarbeit des Bundeskartellamtes mit Behörden weltweit ist dementsprechend im Berichtszeitraum fortgeführt und vertieft worden. Die Kooperation und Koordination der Wettbewerbsbehörden in Einzelfällen ermöglicht bzw. erleichtert das Führen von kartellrechtlichen Verfahren mit grenzüberschreitender Bedeutung. Darüber hinaus stehen die Behörden im International Competition Network (ICN) bzw. in Foren internationaler Organisationen (insbesondere Organisation for Economic Co-Operation and Develop-

ment – OECD – und United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) in engem Kontakt und diskutieren wettbewerbspolitische Fragen und praktische Aspekte der Kartellrechtsdurchsetzung.

#### **OECD**

Der Wettbewerbsausschuss der OECD und seine Arbeitsgruppen „Wettbewerb und Regulierung“ und „Internationale Zusammenarbeit“ tagen dreimal jährlich. Einmal im Jahr wird anlässlich der Tagung des Wettbewerbsausschusses zudem das „Global Forum on Competition“ mit einem erweiterten Teilnehmerkreis ausgerichtet, in dem die OECD-Mitglieder den Meinungs- und Erfahrungsaustausch mit Delegierten aus Schwellen- und Entwicklungsländern führen. Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben im Berichtszeitraum regelmäßig an den Sitzungen des Wettbewerbsausschusses mitgewirkt. Die Arbeitsergebnisse sind überwiegend im Internet unter [www.oecd.org](http://www.oecd.org) abrufbar.

Der Wettbewerbsausschuss hat in sogenannten Roundtable-Diskussionen im Berichtszeitraum wichtige aktuelle wettbewerbliche Themen behandelt. Hierbei bringen die Mitgliedstaaten ihre Sicht und Positionen durch schriftliche und mündliche Beiträge in die Diskussion ein, die in manchen Fällen ergänzt wird durch die Einbeziehung externer Experten aus Wissenschaft, Richterschaft oder Anwaltschaft. Bei einigen Diskussionsrunden lag der Schwerpunkt auf grundsätzlichen Fragen der Arbeit von Kartellbehörden (z. B. Präsentation komplexer ökonomischer Theorien vor Gericht; Schnittstellen von Wettbewerb und Verbraucherschutz; Rolle der Kartellbehörden im Hinblick auf die Stärkung des Wettbewerbsprinzips in Vergabeverfahren). Weitere Diskussionsrunden betrafen ausgewählte wettbewerbliche Einzelaspekte (z. B. Wirtschaftsverbände und Kartellrecht; Minderheitsbeteiligungen und Verflechtungen; gemeinsame Marktbeherrschung; Nachfragemacht), sowie sektorspezifische Fragestellungen (z. B. Bauindustrie; Energiesicherheit und Kartellrecht). Die Bereiche der Fusionskontrolle, Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht boten jeweils Themen für mehrere Diskussionsrunden. So diskutierte der Wettbewerbsausschuss im fusionskontrollrechtlichen Themenbereich über vertikale Fusionen, die Rolle dynamischer Effizienzen und die Bearbeitung komplexer Fusionsfälle. Im Bereich der Kartellverfolgung wurden Fragen der Zuständigkeit von Behörden und Gerichten in internationalen Kartellfällen sowie Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen im Verfahren eines „Direct Settlement“ erörtert. Im Bereich des Missbrauchs von Marktmacht wurden u. a. die wettbewerbliche Beurteilung der Preisbindung der zweiten Hand sowie Rabattgestaltungen diskutiert. Weitere Roundtable-Diskussionen betrafen die Durchführung von Sektoruntersuchungen, wettbewerbliche Fragen der juristischen Berufe, Nutzungsbeschränkungen von Grundstücken sowie wettbewerbliche Fragestellungen zum Taxigewerbe.

Mit ihrem sog. Outreach-Programm bezieht die OECD Nichtmitgliedstaaten in die Diskussion aktueller Fragen des Wettbewerbsrechts ein. Wichtiger Bestandteil des

Programms ist das o. g. „Global Forum on Competition“. Die beiden Foren im Februar 2007 und im Februar 2008 waren außerordentlich gut besucht und ermöglichten einen anregenden Austausch zwischen Delegierten von OECD-Mitgliedern und Vertretern von Nichtmitgliedern. Eine noch engere Zusammenarbeit mit bestimmten Nichtmitgliedern wird dadurch ermöglicht, dass diesen – über die Teilnahme am „Global Forum on Competition“ hinaus – ein Beobachterstatus im Competition Committee eingeräumt werden kann. Im Rahmen des Outreach-Programms der OCED fanden darüber hinaus eine Reihe von Seminaren und Workshops insbesondere für Mitarbeiter osteuropäischer und asiatischer Wettbewerbsbehörden statt, an denen Mitarbeiter des Bundeskartellamtes als Experten und Dozenten teilnahmen.

### International Competition Network (ICN)

Einen hohen Stellenwert misst das Bundeskartellamt der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im International Competition Network (ICN) bei ([www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)). Das ICN hat mittlerweile eine Vielzahl von richtungsweisenden Veröffentlichungen vorzuweisen. Zu nennen sind insbesondere die Empfehlungen für Anmeldung und Verfahren in Fusionskontrollfällen, die in einer Reihe von Ländern bei Gesetzesänderungen in die Diskussion einbezogen worden sind. Der Stellenwert des ICN in der wettbewerbspolitischen Diskussion spiegelt sich auch in den steigenden Mitgliederzahlen wider: Ausgehend von den 14 Wettbewerbsbehörden (darunter das Bundeskartellamt), die das Netzwerk im Jahr 2001 gegründet haben, ist die Mitgliederzahl inzwischen auf 102 Behörden aus 90 Jurisdiktionen angestiegen. Leitungsgremium des ICN ist die sog. Steering Group, der auch der Präsident des Bundeskartellamtes angehört.

Die Mitglieder des ICN arbeiten projektorientiert in Arbeitsgruppen zusammen. Sie werden dabei unterstützt von sog. Non Governmental Advisors (NGAs); dies sind Wissenschaftler, Rechtsanwälte und Unternehmensvertreter, welche die wissenschaftliche und die Unternehmensperspektive in die Diskussion einbringen. Die Arbeitsgruppen stellen die Ergebnisse ihrer Arbeit auf der ICN-Jahreskonferenz zur Diskussion. Im Jahr 2007 fand die Jahreskonferenz in Moskau statt; die Jahreskonferenz 2008 wurde in Kyoto abgehalten.

Das Bundeskartellamt ist in allen Arbeitsgruppen des ICN als Mitglied aktiv und leitet zusammen mit der US-amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) die Arbeitsgruppe zur Missbrauchsaufsicht. Im Folgenden werden einige Projekte der Arbeitsgruppen kurz dargestellt. Sämtliche Arbeitsergebnisse sind unter [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org) abrufbar.

Die Arbeitsgruppe Fusionskontrolle hat im Arbeitsjahr 2007/2008 untersucht, welche Überlegungen und Kriterien ICN-Mitglieder bei der (Neu-) Bestimmung der Aufgreifschwelle für die Fusionskontrolle einbezogen haben. Zur materiellen Fusionskontrolle hat die Arbeitsgruppe erstmals Empfehlungen erarbeitet, die sich mit Grundsätzen für die Fusionskontrolle, der Bedeutung von Marktanteilen in der Fusionskontrolle sowie der Bedeu-

tung von Marktzutrittsschranken befassen. Die im Kreise der ICN-Mitglieder erarbeiteten und verabschiedeten Empfehlungen dokumentieren einen hohen Grad von Übereinstimmung in grundsätzlichen Fragen der materiellen Fusionskontrolle. Die Arbeitsgruppe hat in den Jahren 2007 und 2008 jeweils Workshops organisiert, um Fragestellungen der formellen wie der materiellen Fusionskontrolle anhand von praktischen Fällen zu diskutieren. Die Workshops in Dublin im Jahr 2007 sowie in Brno im Jahr 2008 wurden von Mitarbeitern des Bundeskartellamtes mit vorbereitet; diese haben auch als Redner und Moderatoren an den Veranstaltungen mitgewirkt.

Die Arbeitsgruppe Marktmachtmissbrauch hat sich in der ersten Phase ihrer Arbeit mit der Frage beschäftigt, welche Ziele ICN-Mitgliedsbehörden mit der Missbrauchsaufsicht verfolgen und in welcher Weise Marktbeherrschung geprüft wird. Daran anknüpfend hat die Arbeitsgruppe unter Leitung des Bundeskartellamtes Empfehlungen zur Prüfung von Marktbeherrschung erarbeitet, die auf der 7. ICN-Jahreskonferenz in Kyoto im April 2008 von den ICN-Mitgliedern angenommen wurden. Die Empfehlungen unterstreichen die Bedeutung der Untersuchung von Marktbeherrschung im Einzelfall, die eine umfassende wettbewerbliche Analyse erfordert. In dieser spielen neben Marktanteilen v. a. Marktzutrittsschranken, aber auch andere Faktoren wie Nachfragemacht, Zugang zu Beschaffungsmärkten/vertikale Integration, Skalen- und Netzwerkeffekte eine große Rolle. In einer zweiten Arbeitsphase untersucht die Arbeitsgruppe nunmehr die Praxis der Behörden hinsichtlich potenziell missbräuchlicher Verhaltensweisen. Die Arbeitsgruppe hat im Arbeitsjahr 2007/2008 Berichte zur Entscheidungspraxis in ICN-Jurisdiktionen zu Kampfpreisen sowie Exklusivitätsbindungen erstellt und beschäftigt sich derzeit mit Zwangskopplungen, Bündelungspraktiken und Rabattverträgen.

Die Arbeitsgruppe Kartelle hat im Berichtszeitraum ihre Arbeit an einem Handbuch zu Ermittlungstechniken (Enforcement Techniques Manual) fortgesetzt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 62). Die im Berichtszeitraum erarbeiteten Kapitel umfassen die Bereiche Verfahrenseinleitung, Verfahrensführung und Vernehmung und ergänzen die bereits vor dem Berichtszeitraum erstellten Kapitel zu Durchsuchungen, Zugriff auf elektronische Daten bei Durchsuchungen sowie zur Bonusregelung.

Die Arbeitsgruppe Kartelle richtet einmal jährlich einen Workshop aus, der sich mit praktischen Fragen der Kartellverfolgung befasst. Im Jahr 2007 fand der Workshop in San Salvador/El Salvador und 2008 in Lissabon/Portugal statt. Mitarbeiter des Bundeskartellamtes wirkten an beiden Workshops als Redner und Moderatoren mit.

Die Arbeitsgruppe Advocacy, die 2003 ihre laufenden Projekte abgeschlossen hatte, ist im Jahr 2008 reaktiviert worden und hat zwei neue Unterarbeitsgruppen. Die Unterarbeitsgruppe „Review and Update“ führt derzeit eine Evaluierung der bislang erarbeiteten Berichte zu Competition Advocacy durch. In der Unterarbeitsgruppe „Market Studies“ wird derzeit ein Bericht zur Durchführung von Sektoruntersuchungen erstellt.

## UNCTAD

Die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD) unterstützt die Entwicklungsländer bei der Integration in das Welthandelssystem. In diesem Zusammenhang setzt sie sich auch mit wettbewerbsrechtlichen und -politischen Themen auseinander.

Vom 16. bis 18. Juli 2008 fand in Genf die UNCTAD-Konferenz der Intergovernmental Group of Experts (IGE) on Competition Law and Policy (9. Sitzung) statt, der am 15. Juli 2008 eine eintägige ad-hoc Sitzung der Expert Group vorausging. Die ad-hoc Sitzung behandelte in Podiumsdiskussionen drei Themenfelder: Wettbewerbspolitik und Wirtschaftswachstum, Bedeutung des Missbrauchs von Marktmacht in Entwicklungsländern sowie die Rolle von geistigen Eigentumsrechten bei der Förderung von Wettbewerb und Entwicklung. Die anschließende IGE-Sitzung (16. bis 18. Juli) widmete sich, nach einem peer review des Wettbewerbsrahmens Costa Ricas, v.a. den Fragen der Unabhängigkeit und Rechenschaft von Wettbewerbsbehörden und des Verhältnisses und der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden einerseits und Wettbewerbsbehörden regionaler Ländergruppierungen (z. B. EU, Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)) andererseits.

## Internationale Rechtshilfe

Im Vergleich zur erheblich vereinfachten Kooperation im Kartell- und Missbrauchsbereich innerhalb der Europäischen Union auf der Grundlage der VO 1/2003 (S. 46 ff.) ist die Rechtshilfe im internationalen Bereich nach wie vor ausgesprochen komplex.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum informell in mehreren Fällen geprüft, ob Rechtshilfe in Anspruch

genommen werden sollte bzw. ob und wie Rechtshilfe geleistet werden könnte. Hieraus resultierten jedoch keine Rechtshilfverfahren, u. a. wegen fehlender Befugnisse der ausländischen Wettbewerbsbehörden sowie aus verfahrensökonomischen Gründen.

## Notifizierungen

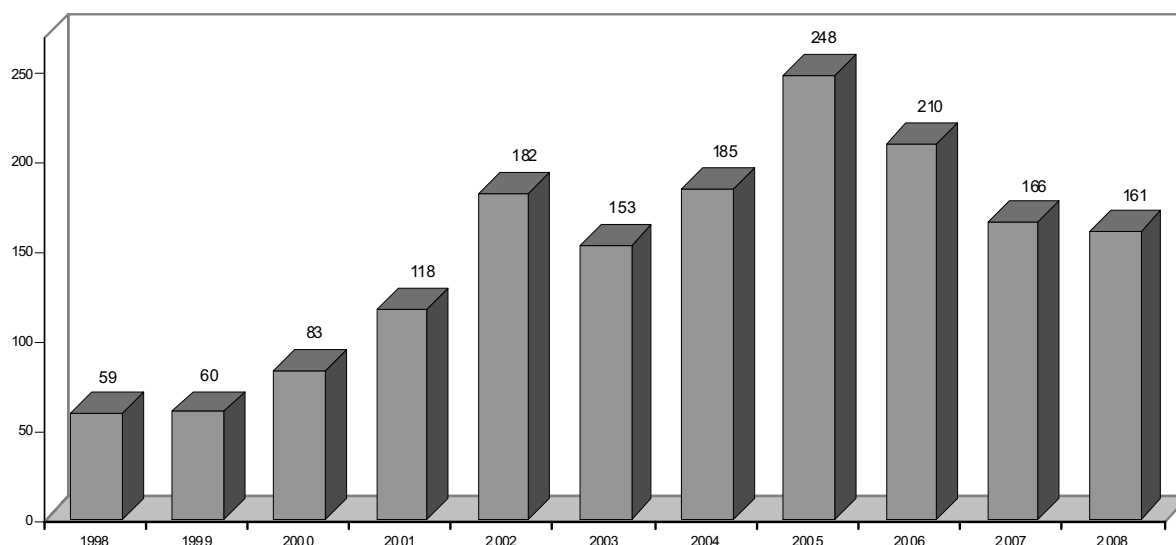
Die OECD-Mitgliedsländer unterrichten sich auf Grundlage der OECD-Ratsempfehlung von 1995 gegenseitig über Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkungen auf den internationalen Handel. Auf Grundlage der OECD-Empfehlung erfolgten im Berichtszeitraum in 44 Fällen gegenseitige Unterrichtungen, an denen die Bundesrepublik Deutschland sowohl notifizierend als auch als Empfänger von Notifizierungen beteiligt war.

## Bilaterale Beziehungen

Im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit pflegte das Bundeskartellamt auch seine bilateralen Beziehungen zu ausländischen Wettbewerbsbehörden. Dazu gehörten die Bearbeitung einer Vielzahl schriftlicher oder elektronisch übermittelter Anfragen von Partnerbehörden aus der ganzen Welt sowie die Durchführung gegenseitiger Konsultationen.

Das Bundeskartellamt empfing sowohl einzelne Besucher als auch Expertengruppen aus dem Ausland, organisierte Informationsveranstaltungen, Kurzseminare zu allgemeinen und speziellen wettbewerbsrechtlichen Fragen und ermöglichte Studienaufenthalte von mehrmonatiger Dauer. Im Rahmen von längeren Studienaufenthalten sind praxisbezogene Einsätze in den Abteilungen und Vergabekammern des Bundeskartellamtes möglich. Den Besuchern werden ebenfalls Gespräche mit der Monopolkommission, der Bundesnetzagentur und den Kartellsenaten beim Oberlandesgericht Düsseldorf vermittelt.

**Ausländische Besucher im Bundeskartellamt**



Im Berichtszeitraum bestand insbesondere großes Interesse von Vertretern aus asiatischen Ländern an Informations- bzw. Studienaufenthalten im Bundeskartellamt. Mitglieder der Kommission für Rechtsangelegenheiten des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses China interessierten sich besonders für die Aufgaben des Bundeskartellamtes und die Durchsetzung des Kartellrechts in der Praxis. Mit einer Delegation der Japan Fair Trade Commission unter Leitung von Commissioner Akio Yamada fand ein Meinungs- und Erfahrungsaustausch über Aspekte der Missbrauchsaufsicht und Rechtsmittelpraxis im japanischen und deutschen bzw. europäischen Wettbewerbsrecht statt. Der Chairman der Taiwan Federal Trade Commission, Jinn-Chuan Tang, sowie weitere Mitarbeiter der taiwanesischen Wettbewerbsbehörde besuchten das Bundeskartellamt zu einem bilateralen Informationsaustausch u. a. zu Fragen der Bußgeldfestsetzung sowie Leniency-Programmen und Missbrauchsfragen im Energiesektor. Seinen regen Erfahrungs- und Meinungsaustausch mit Vertretern von osteuropäischen Wettbewerbsbehörden setzte das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum fort.

### **Internationale Beratung**

Das Bundeskartellamt engagiert sich seit vielen Jahren in der internationalen technischen Zusammenarbeit mit Schwerpunkt auf wettbewerbsrechtlicher Beratung. Mitarbeiter des Bundeskartellamtes arbeiten im Rahmen der EU-Außenhilfe-Instrumente (IPA – Instrument for Pre-Accession Assistance; ENPI – European Neighbourhood Policy Instrument) bzw. internationaler Programme mit, die den Aufbau effektiver Verwaltungsstrukturen sowie die Übernahme, Umsetzung und Durchsetzung des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*acquis communautaire*) unterstützen und einen Wissens- und Erfahrungsaustausch zwischen EU-Mitgliedstaaten und Beitrittsländern ermöglichen sollen.

Das Bundeskartellamt unterstützt Projekte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Deutschen Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ), der Gesellschaft für Internationale Weiterbildung und Entwicklung (InWEnt) sowie der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ). Im Berichtszeitraum wurden Langzeit- und Kurzeitexperten zur Unterstützung von Twinning- bzw. MEDA-Projekten nach Polen, Mazedonien, Kroatien, Rumänien und Jordanien sowie nach Marokko entsandt. Die Beratungstätigkeit des Bundeskartellamtes erstreckt sich ebenfalls auf ein Projekt zum Aufbau der serbischen Wettbewerbsbehörde (ACPC – Technical Assistance to the Commission for the Protection of Competition), das gemeinsam von IRZ und GTZ durchgeführt und von der EU mittels ihres IPA-Programms unterstützt wurde.

Darüber hinaus nahmen Angehörige des Bundeskartellamtes an Seminaren und Fachkonferenzen der Europa-Mittelmeer-Partnerschaft, der Asiatisch-Pazifischen Wirtschaftlichen Zusammenarbeit (APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation), an ASEAN Konferenzen (ASEAN – Association of Southeast Asian Nations) sowie an inter-

nationalen Kartellrechtskonferenzen in China und Korea teil.

Im Rahmen des Projektes zur Umsetzung des Wettbewerbsrechts „Implementation of competition law“, (ICL), das von der GTZ im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung mit Institutionen in Indonesien durchgeführt wird, besuchten Mitglieder der dortigen Kommission zur Überwachung des Wettbewerbs (KPPU) sowie Richter des Bundeskartellamtes. Diese Besuche trugen zur Vertiefung der seit langen Jahren bestehenden Beziehungen zwischen der KPPU und dem Bundeskartellamt bei.

Die OECD und die Technical Assistance Information Exchange Unit (TAIEX) der Europäischen Union führten in mittel- und osteuropäischen Staaten eine Reihe von Fachveranstaltungen durch. Das Bundeskartellamt war daran in Ungarn, Rumänien, Bulgarien, Slowakei und in der Türkei beteiligt.

### **Bilateraler Personalaustausch**

Zur Verbesserung der Kontakte zwischen den europäischen Wettbewerbsbehörden, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit im ECN, wurde 2004 eine Initiative für einen europaweiten wechselseitigen Einsatz von Mitarbeitern ins Leben gerufen. In diesem Zusammenhang hielten sich im Berichtszeitraum zwei Angehörige des französischen Conseil de la concurrence sowie ein Angehöriger der slowakischen Wettbewerbsbehörde jeweils für einen zweiwöchigen Studienaufenthalt im Bundeskartellamt auf. Im Rahmen des von der Europäischen Kommission angebotenen Austauschs von Angehörigen der Wettbewerbsbehörden zur Verbesserung der Zusammenarbeit innerhalb des ECN hatten drei Mitarbeiter des Bundeskartellamtes die Gelegenheit, an einem vierwöchigen Praktikum in der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission teilzunehmen. Ein Angehöriger des Institute of Law der Chinese Academy of Social Sciences hielt sich zu einem fünfmonatigen Studienaufenthalt im Bundeskartellamt auf und durchlief verschiedene Abteilungen.

### **Internationale Kartellkonferenz und Europäischer Wettbewerbstag**

Das Bundeskartellamt richtete vom 25. bis 27. März 2007 in München seine XIII. Internationale Kartellkonferenz sowie den 14. Europäischen Wettbewerbstag, der halbjährlich unter der Schirmherrschaft der jeweiligen EU-Ratspräsidentschaft durchgeführt wird, als Doppelkonferenz aus. Die Konferenz war mit fast 400 Teilnehmern aus über 70 Ländern eine der weltweit größten Tagungen auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik. Zu den Teilnehmern gehörten neben den Vertretern zahlreicher Wettbewerbsbehörden auch hochrangige Vertreter aus Politik, Wissenschaft, Rechtsprechung, Anwaltschaft, Wirtschaft und Angehörige von Regulierungsbehörden, Industrie- und Verbraucherschutzverbänden sowie Wettbewerbsexperten der OECD, der UNCTAD, der WTO und der Weltbank.

Die XIII. Internationale Kartellkonferenz und der 14. Europäische Wettbewerbstag standen unter dem Thema „Wettbewerb als Garant einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“. Nach einführenden Reden wurde das Konferenzthema in zwei Paneldiskussionen behandelt. Die erste Diskussionsrunde befasste sich mit den wettbewerblichen Auswirkungen der Förderung und Protektion von nationalen Champions. Die zweite Paneldiskussion griff die Grundsatzdebatte auf, ob der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs oder die Konsumentenwohl- fahrt das Leitbild der Wettbewerbspolitik und der Praxis der Wettbewerbsbehörden sein sollte. Die in elektronischer Form vorliegenden Redebeiträge sind auf der Konferenzwebsite unter [www.ecd-ikk-2007.de](http://www.ecd-ikk-2007.de) veröffentlicht.

### **50 Jahre Kartellrechtsentwicklung in Deutschland – 50-jähriges Bestehen von GWB und Bundeskartellamt**

Im Berichtszeitraum jährten sich Inkrafttreten des GWB und Bestehen des Bundeskartellamtes zum 50. Mal.

Nach langjährigen Diskussionen und Auseinandersetzungen über Schaffung und Ausgestaltung eines Kartellgesetzes konnte das Bundeskartellamt mit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1958 in Berlin am Platz der Luftbrücke seine Arbeit aufnehmen.

Das Jubiläum wurde am 15. Januar 2008 mit einem Festakt im ehemaligen Plenarsaal des Deutschen Bundestages in Bonn begangen. Mehr als 500 Teilnehmer aus dem In- und Ausland wohnten der Feierstunde bei und blickten auf 50 Jahre Bundeskartellamt zurück. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Vertreter der EU-Kommission, ausländischer Wettbewerbsbehörden sowie aus Politik und Wirtschaft, Justiz und Anwaltschaft, Wissenschaft und Medien würdigten im Rahmen der Feier-

stunde Aufgabe und Bedeutung des Bundeskartellamtes als Institution des Wettbewerbsschutzes. Die Beiträge der Festredner sind auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes abrufbar.

Das Bundeskartellamt hat anlässlich seines 50-jährigen Bestehens außerdem eine Festschrift herausgegeben.

### **Deutsch-Französischer Wettbewerbstag**

Am 19. Juni 2008 fand in Straßburg der 3. Deutsch-Französische Wettbewerbstag statt. Thema der Tagung war: „Die Wettbewerbsaufsicht über die Energiemärkte in Frankreich und Deutschland“. Zu den Teilnehmern zählten Angehörige der französischen und deutschen Wettbewerbsbehörden sowie Vertreter der jeweiligen Regulierungsbehörden, Unternehmensvertreter, Rechtsanwälte, Hochschullehrer und Richter. Die Teilnehmer waren sich einig, dass die Wettbewerbsaufsicht im Energiebereich in beiden Ländern eine besondere Herausforderung darstellt. Die historisch gewachsene hohe Marktkonzentration früherer Monopolisten stellt auch nach der Liberalisierung das größte Hindernis für funktionsfähigen Wettbewerb dar. Die Diskussion zeigte, dass die wettbewerblichen Probleme ungeachtet aller Unterschiede im Aufbau der deutschen und französischen Energiemärkte und in den politischen Rahmenbedingungen starke Ähnlichkeiten aufweisen. Obwohl in beiden Ländern eine Regulierung des Netzzugangs durchgesetzt worden ist, treten neue Marktteilnehmer nur zögerlich in den Markt ein. Langfristige Energielieferverträge zementieren die Marktverhältnisse, und Newcomer sehen sich vielfältigen Behinderungen gegenüber. Die Diskussion zeigte die Gemeinsamkeiten bei den Lösungsansätzen in beiden Ländern auf. Der regelmäßige Erfahrungsaustausch der Behörden trägt damit zur Kohärenz der Wettbewerbsaufsicht in Europa bei.



## Zweiter Abschnitt

### Tätigkeit nach Wirtschaftsbereichen

#### Landwirtschaft (01)

##### A. Erzeugung

##### Milch

Nachdem Molkereien im Jahre 2007 wegen der Verknappung von Milch auf dem Weltmarkt auch in Deutschland höhere Preise für ihre Milcherzeugnisse durchgesetzt hatten und ein entsprechend höheres Milchgeld an ihre Lieferanten hatten auskehren können, kam es im Jahre 2008 aufgrund von Überkapazitäten bei sinkender Nachfrage im Inland zu stark rückläufigen Milchpreisen. Diese Entwicklung wird überlagert von der generellen Umbruchphase, in der sich der gesamte Milchmarkt derzeit befindet. Im März 2008 hat die Europäische Union den ersten Schritt zur Abschaffung des Milchquotensystems im Jahre 2015 mit einer 2 %-igen Erhöhung der Milchquote vollzogen. Dies wird zukünftig zu häufigeren und größeren Preisschwankungen bei Rohmilch und Milchprodukten führen als dies in der Vergangenheit der Fall war. Insbesondere auf der Ebene der Milchviehhalter ist die Interessenlage bezüglich der anstehenden Liberalisierung sehr heterogen, da die Wirtschaftsstruktur der Erzeuger bundesweit stark variiert. Dementsprechend haben sich in jüngster Zeit neben der traditionellen Interessenvertretung durch den Deutschen Bauernverband (DBV) eine Reihe weiterer Interessenverbände wie der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter (BDM) das „Unternehmen Milch“ oder die Gruppe „Freier Milchmarkt“ im Milchbereich engagiert. Während das „Unternehmen Milch“ und die Gruppe „Freier Milchmarkt“ für eine Liberalisierung des Milchmarktes eintreten und der DBV in erster Linie auf eine Stärkung der Verhandlungsposition der Molkereien durch Zusammenschlüsse oder Kooperationen baut, hat sich der BDM zum Ziel gesetzt, einen Basismilchpreis in Form eines bundeseinheitlichen Mindestpreises i. H. v. ursprünglich 40 Cent, später dann 43 Cent/Kilogramm Milch durchzusetzen. Darüber hinaus tritt der BDM für Steuerungen der Milchmenge „unter Regie der Milcherzeuger“ ein. Um auf die wirtschaftliche Situation der Milchviehhalter aufmerksam zu machen und seine Ziele politisch durchzusetzen, hat der BDM zu Beginn des Jahres 2008 eine „Milchpreisoffensive 2008“ gestartet. Im Rahmen dieser Milchpreisoffensive hat der BDM zunächst Gespräche mit Vertretern der Molkereien und Politikern geführt und zu Demonstrationen aufgerufen. Obwohl das Bundeskartellamt mit den Vertretern der die Milcherzeuger repräsentierenden Verbände in vorangegangenen Gesprächen die Grenzen und Möglichkeiten kartellrechtlich zulässigen Handelns besprochen hatte, hat der BDM Mitte des Jahres die Milchviehhalter zum „Milchstreik“ aufgerufen. In Folge des Aufrufs wurden bundesweit zahlreiche Molkereien über einen längeren Zeitraum nicht mehr mit Milch beliefert.

Teilweise wurde die Anlieferung von Milch und die Auslieferung von Milchprodukten zusätzlich durch Blockade der Molkereien verhindert. Mit diesem Aufruf hat der BDM gegen das Boykottverbot des § 21 Absatz 1 verstoßen. Der BDM ist als Wirtschaftsverband Normadressat des Boykottverbots und kann nicht für sich in Anspruch nehmen, gewerkschaftsähnlich zu handeln. Unabhängig von der Frage, ob und ggf. wann auch Gewerkschaften Normadressaten des Boykottverbots sein können, nimmt der BDM keine Aufgaben wahr, die typisch für eine Gewerkschaft sind. Insbesondere ist er nicht in die Preisverhandlungen zwischen den Milchviehhaltern und den Molkereien eingebunden. Der Aufruf des BDM erfolgte auch nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen. Unabhängig davon, dass der BDM keine Unterlagen vorlegen konnte, die eine plausible Berechnung des von ihm propagierten Basismilchpreises erlaubt hätten, ist die Forderung eines bundesweit einheitlichen Basismilchpreises wettbewerbsrechtlich unzulässig. Da die Kosten der Milcherzeugung nicht bundesweit einheitlich sind, würde die von den Preisdifferenzen ausgehende Lenkungswirkung entfallen, wenn es einen bundesweiten Einheitspreis gäbe. Der Einheitspreis, den der BDM mit dem Boykottaufruf durchsetzen wollte, würde vielmehr auf eine flächendeckende Kartellierung über alle betroffenen Marktstufen – von den Milchviehhaltern über die Molkereien bis hin zum Handel – zu Lasten des Verbrauchers hinauslaufen. Auch die im Zuge der Liberalisierung des Milchmarktes auftretenden strukturpolitischen Probleme insbesondere in kleinen Milcherzeugerbetrieben sind kein Freibrief für einen derart gravierenden Eingriff in den Wettbewerb. Im vorliegenden Fall hat das Bundeskartellamt zugunsten des BDM von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, kein Bußgeldverfahren einzuleiten. Da aus zahlreichen Äußerungen von Vertretern des BDM gegenüber der Presse jedoch deutlich geworden ist, dass der BDM erneut zum Boykott aufrufen könnte, war es erforderlich, im Verwaltungsverfahren nachträglich festzustellen, dass der Aufruf des BDM einen Verstoß gegen das Boykottverbot darstellte. Zugleich ist dem BDM im Beschluss mitgeteilt worden, dass er im Wiederholungsfall mit einem Bußgeldverfahren zu rechnen hat. Der BDM hat gegen die Entscheidung Beschwerde eingelegt, diese bislang jedoch noch nicht begründet.

Ebenfalls in dem Bestreben, einen Einheitsmilchpreis durchzusetzen, hatte der BDM zuvor in den Jahren 2006 und 2007 versucht, eine kartellrechtliche Freistellung für ein „Basismilchpreisprojekt“ zu erlangen. Die kartellrechtliche Prüfung durch das Bundeskartellamt hatte jedoch ergeben, dass das Basismilchpreisprojekt wettbewerbsrechtlich nicht zulässig ist, weil es eine horizontale Preisbindung zum Gegenstand hatte, die gegen § 1 verstoßen hätte und auch nicht freistellungsfähig gewesen

wäre: Es handelte sich dabei um eine reine Preisabsprache ohne jeden Rationalisierungseffekt und ohne erkennbare Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, schon gar nicht unter angemessener Beteiligung des Verbrauchers am Gewinn. Vielmehr wäre Folge der Preisabsprache, dass der Verbraucher am Ende höhere Milchpreise bezahlen müsste. Daraufhin ist Ende des Jahres 2007 die Milcherzeugergemeinschaft Milch Board w. V. gegründet und von der zuständigen Landesbehörde genehmigt worden. Das Milch Board ist damit eine anerkannte Erzeugergemeinschaft i. S. d. § 1 Absatz 1 Marktstrukturgesetz. Das Marktstrukturgesetz stellt grundsätzlich anerkannte Erzeugergemeinschaften von dem Kartellverbot des § 1 frei. Dies gilt gemäß § 3 Absatz 1 Ziffer 8 Marktstrukturgesetz jedoch nur, soweit sie den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließen. Die Genehmigung erfolgte mit der Maßgabe, dass die Verkaufsregeln des Milch Board, die im Wesentlichen die Forderung des Basismilchpreises beinhalten, rechtlich nicht für Mitglieder verbindlich sind, die neben dem Milch Board einer anderen Milcherzeugergemeinschaft oder einer Genossenschaft angehören: Für Doppelmitglieder hat das Milch Board kein Verhandlungsmandat gegenüber den Molkereien. Aufgrund dieser Einschränkung ist es dem Milch Board bisher nicht in spürbarem Umfang gelungen, den Absatz von Milch zu bündeln und das Preisniveau auf der Ebene des Basismilchpreises zu vereinheitlichen. Allerdings ist das Milch Board seiner Struktur nach auf eine stärkere Bündelung angelegt. Diese wird auch vom BDM propagiert, dessen Ziel es nach wie vor ist, das gescheiterte Basismilchpreisprojekt über das Milch Board zu verwirklichen. Eine erhebliche Bündelung wäre jedoch auch unter Berücksichtigung des Marktstrukturgesetzes nicht mehr vom Kartellverbot des GWB ausgenommen, da dadurch der Wettbewerb auf dem Absatzmarkt für Rohmilch ausgeschaltet würde. Bereits eine Bündelung, die wesentliche Teile des Bundesgebietes erfasste, ist darüber hinaus mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mit Artikel 81 EG vereinbar. Wo die kritische Grenze für die Bündelung von Rohmilch überschritten wird, musste bislang aber nicht entschieden werden, da das Milch Board bislang keine spürbare Bündelungswirkung erzielen konnte.

### Sektoruntersuchung Milch

Weil es im Bereich der Milch im Jahre 2008 eine Häufung von Beschwerden gegeben hat, die u. a. die Preissetzung des Handels bei Molkereiprodukten, das Verhalten von Molkereien gegenüber ihren Milchlieferanten sowie das Verhalten von Milchlieferanten gegenüber den Molkereien betrafen, hat das Bundeskartellamt Mitte des Jahres 2008 eine Sektoruntersuchung im Milchbereich eingeleitet. Die Sektoruntersuchung umfasst die Marktstufen Milcherzeuger, Molkereien und Lebensmitteleinzelhandel. Ziel dieser Sektoruntersuchung ist es, Marktmechanismen zu verstehen und etwaige kartellrechtliche Probleme zu erkennen, zu bewerten und nötigenfalls zu verfolgen. Das Bundeskartellamt beschäftigt sich dabei u. a. mit der Frage, welche Wirkung die verschiedenen auf freiwilligen Meldungen der Molkereien oder von Milchviehhaltern basierenden Marktinformationssysteme

für die Verhandlungsposition der Molkereien gegenüber dem Handel haben. Bekannt sind derartige Meldesysteme von der Zentralen Markt- und Preisberichtsstelle (ZMP) und von landwirtschaftlichen Wochenblättern, deren Herausgeber zumindest teilweise die Landesorganisationen des DBV sind. Auch der BDM beabsichtigt, eine derartige Datensammlung aufzubauen. Es handelt sich dabei im Gegensatz zu den amtlichen Statistiken um identifizierende Meldeverfahren, die eine hohe Markttransparenz herstellen. Ob diese tatsächlich im Interesse der Milchviehhalter sind oder eher die Verhandlungsposition des Handels gegenüber den Molkereien stärken, ist Gegenstand der Prüfung. Ein weiterer Schwerpunkt der Prüfung liegt bei der Frage, welche Wirkungen die langfristigen Lieferverträge zwischen Milchviehhaltern und Molkereien und die langen Kündigungsfristen für wechselwillige Milchviehhalter auf das Wettbewerbsverhalten der Molkereien haben. Derzeit sind die Mitglieder einer Genossenschaft regelmäßig bedeutend länger an die Genossenschaft gebunden, als dies bei Genossenschaften in anderen europäischen Staaten und bei Tochtergesellschaften ausländischer Molkereien in Deutschland der Fall ist. Auch bei privaten Molkereien gibt es teilweise langfristige Lieferverträge. Die Sektoruntersuchung hat erste Hinweise darauf gebracht, dass eine größere Flexibilität der Milchviehhalter beim Wechsel der Molkerei den Molkereien einen größeren Anreiz liefern könnte, gegenüber dem Handel nachdrücklicher Preiszugeständnisse zu fordern und durchzusetzen, um für ihre Milchlieferanten attraktiv zu sein. Um die Marktbedingungen auf den verschiedenen Marktstufen zu beleuchten, hat das Bundeskartellamt Auskunftsbefragungen an sämtliche großen in Deutschland tätigen Molkereien geschickt. Darüber hinaus wurden Hintergrundgespräche mit großen Molkereien geführt, die in Nachbarstaaten, nicht jedoch in Deutschland tätig sind. Des Weiteren hat es Gespräche mit dem DBV und dem BDM sowie mit dem Milchindustrieverband und dem Hauptverband des Deutschen Einzelhandels gegeben; weitere Gespräche sind geplant. Auch alle führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels haben Auskunftsbefragungen erhalten. Gegenwärtig wertet das Bundeskartellamt die Ergebnisse dieser Befragungen aus.

### Fusionskontrolle

Im Bereich der Fusionskontrolle hat das Bundeskartellamt den Erwerb dreier Käsereien der Poelmeyer Holding durch die zur Unternehmensgruppe Theo Müller gehörende Käserei Loose GmbH & Co. KG untersagt. Der Zusammenschluss hätte zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Unternehmensgruppe Theo Müller auf dem Markt für die Herstellung von Sauermilchkäse in Deutschland geführt.

Sauermilchkäse – allgemein besser bekannt unter der Herkunftsbezeichnung seines typischsten Produkts „Harzer Käse“ – ist, insbesondere in Deutschland, eine Spezialität innerhalb des gesamten Käsesortiments. Er unterscheidet sich in seiner Kombination aus Konsistenz, Geruch, Geschmack und Fettgehalt grundlegend von allen anderen in Deutschland angebotenen Käsesorten. Hergestellt wird er



mittlerweile nur noch von wenigen, überwiegend auf diese Käsesorte spezialisierten und überwiegend kleinen mittelständischen Betrieben. Aus Nachfragersicht ist diese Käsesorte durch keine andere Käseart substituierbar. Für den Lebensmitteleinzelhandel ist Sauermilchkäse ein „must-have“-Produkt, das er seinen Kunden anbieten muss, um eine dementsprechende Nachfrage zu befriedigen.

Der ohnehin schon hohe Marktanteil von Müller auf dem Markt für Sauermilchkäse von rund 50 % wäre durch den Zusammenschluss auf über 75 % angewachsen. Angesichts dieser Struktur wären die Wettbewerber, im Vergleich zu Müller überwiegend Kleinbetriebe, nicht in der Lage, ausreichend Wettbewerb zu liefern, um einen unkontrollierten Verhaltensspielraum von Müller zu verhindern. Aus den vorgenannten Gründen („must-have“-Produkt, keine alternativen Lieferanten sowohl für die Markenprodukte als auch für die Handelsmarken, starke Stellung von Müller im gesamten Sortiment für Milchprodukte) wäre der Handel zukünftig weitgehend auf die Belieferung durch Müller angewiesen gewesen.

Die Beteiligten haben gegen diese Entscheidung Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

## B. Landhandel

Im deutschen Landhandel waren im Berichtszeitraum verschiedene Tendenzen zu beobachten, die sich anhand der nachfolgenden Fälle nachzeichnen und sich im Ergebnis wie folgt umschreiben lassen.

Die Konzentration der großen, meist genossenschaftlichen Landhandelsunternehmen auf die räumlichen Kern-tätigkeitsgebiete hat sich fortgesetzt. Verschiedene kleinere, unabhängige private Landhändler mit Umsätzen unter 10 Mio. Euro haben sich im Berichtszeitraum aus dem Markt zurückgezogen oder veräußerten ihr Unternehmen oder ihre Lagerstandorte. Erwerber war häufig die jeweilige in der Region tätige Hauptgenossenschaft. Allein die BayWa AG hat in den letzten Jahren rund zehn Landhandelsunternehmen in ihrem Tätigkeitsgebiet erworben. Derartige Zusammenschlüsse führen zur Stärkung des in der Region führenden, meist genossenschaftlichen Landhandelsunternehmens, unterliegen aber aufgrund der geringen Umsatzerlöse der Zielunternehmen nur im Einzelfall der Fusionskontrolle.

In diesen Kontext fällt das im Jahr 2007 angemeldete Vorhaben der BayWa AG, der größten deutschen Hauptgenossenschaft, insgesamt acht Standorte der Märka GmbH zu erwerben, einem privaten, überwiegend in Brandenburg tätigem Landhandelsunternehmen. Die Märka GmbH hätte sich durch den Verkauf dieser Standorte auf ihr Kerntätigkeitsgebiet, das Bundesland Brandenburg, zurückgezogen. Bei den Standorten handelte es sich um zwei bayerische Getreideumschlagplätze in den Häfen von Bamberg und Nürnberg sowie sechs weitere Landhandelsstandorte in Sachsen und Thüringen. Die Übernahme der Wasserstandorte hätte nach vorläufiger Auffassung des Bundeskartellamtes die marktbeherrschende Stellung der BayWa auf einem lokal abzugrenzenden Ein-

zelhandelsmarkt für die Erfassung von Getreide innerhalb Bayerns gestärkt. Der Zugang zu Getreideumschlagseinrichtungen am Wasser eröffnet den auf den lokalen Erfassungsmärkten tätigen Unternehmen die Möglichkeit des überregionalen und kostengünstigen Absatzes des erfassten Getreides und damit verbunden auch das Angebot konkurrenzfähiger Erfassungspreise. Durch die Einbindung der Märka-Standorte in die BayWa-Organisation entfielen in den betroffenen Regionen Ober- und Mittelfranken die Märka als wesentlicher Abnehmer des von den Landhändlern erfassten Getreides. Andere Getreideumschlagmöglichkeiten bestehen in der Region nicht in ausreichendem Maße. Die Übernahme der vom Bundeskartellamt aufgrund ihrer Bedeutung als wesentliche Infrastruktureinrichtungen gewerteten Standorte hätte die Marktposition der BayWa auf den lokalen Getreideerfassungsmärkten aufgrund des überlegenen Zugangs zu den Absatzmärkten zu Lasten des verbliebenen Restwettbewerbs weiter ausgebaut. Bedenken bestanden auch hinsichtlich der Übernahme der Märka-Standorte in Ost-Sachsen, wo die Märka vor dem Zusammenschluss neben der BayWa auf den verschiedenen Märkten des Vertriebs von Betriebsmitteln an Landwirte zu den stärksten Unternehmen gehörte, sowie insbesondere hinsichtlich der Übernahme der Saatgutaufbereitungsanlage Schwarzadler. Die Übernahme der Saatgutaufbereitungsanlage hätte den Zugriff auf die Vermehrungsflächen für VO-Saatgut (Getreide und Leguminosen) erlaubt und damit maßgebliche Auswirkungen auf den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von VO-Saatgut gehabt, auf dem die BayWa in Sachsen bereits mit weitem Abstand führt. Die BayWa hat das Vorhaben angesichts der Bedenken des Bundeskartellamtes aufgegeben. Die Standorte sind zum Teil an andere Unternehmen veräußert worden, zum Teil werden sie weiterhin von der Märka betrieben.

Als weitere Tendenz war zu beobachten, dass eine Aktivität auf den deutschen Landhandelsmärkten im Berichtszeitraum auch für ausländische Landhandelsunternehmen zunehmend interessant geworden ist. Allerdings bevorzugten sie für den Markteintritt die Übernahme bereits auf dem Markt etablierter Unternehmen. So hat die tschechische Agrofert Holding a. s. neben dem Erwerb des Düngemittelherstellers SKW Priesteritz mit der DreHa Dresdner Handelsgesellschaft für Agrarprodukte mbH ein zu den führenden Getreideerfassern in Sachsen zählendes Unternehmen erworben.

Die DLG Landbrugs Grovvareselskab A. M. B. A. (DLG), eine große dänische Landhandelsgenossenschaft, die seit dem Jahr 2005 eine Minderheitsbeteiligung an der Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG, Kiel, (HaGe Kiel) hielt, hat diese im Berichtszeitraum auf eine Mehrheitsbeteiligung aufgestockt. Die HaGe Kiel ist heute ein Gemeinschaftsunternehmen der dänischen DLG sowie der schwedischen Lantmännen EK.FÖR., die ihre Beteiligung im Jahr 2008 auf eine 25 %-ige Beteiligung erhöht hat. Die beiden skandinavischen Genossenschaften waren vor dem Beteiligungserwerb an der HaGe Kiel in Deutschland im Landhandel nur marginal tätig. In der Folge der Beteiligung der Skandinavien an der bisher zum Raiffeisenverbund gehörenden HaGe Kiel ist diese zum

Ende des Jahres 2008 aus dem Raiffeisenverband ausgetreten. Es bleibt abzuwarten, ob die ausländische Beteiligung damit in der Konsequenz auch Auswirkungen auf das räumliche Betätigungsfeld der HaGe Kiel haben wird. Als ein entsprechendes Indiz könnte der Zusammenschluss mit dem bundesweit tätigen privaten Landhandelsunternehmen Biesterfeld Scheibler Linssen GmbH (BSL) im Jahr 2008 gewertet werden. Zugleich bietet sich infolge der von HaGe Kiel eingeleiteten Schritte nun die Agravis Raiffeisen AG als genossenschaftlicher Großhandelspartner auch in Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern an und weitet damit ihrerseits ihr geografisches Tätigkeitsgebiet aus.

Bei BSL handelt es sich um eines der wenigen privaten deutschen Landhandelsunternehmen. Es ist bundesweit tätig und hat seinen Tätigkeitsschwerpunkt in der Belieferung von Landhändlern mit Dünge- und Pflanzenschutzmitteln und ist damit auf der Großhandelsstufe aktiv. Die HaGe Kiel hingegen ist überwiegend auf der Einzelhandelsstufe des Landhandels tätig. Der Zusammenschluss beider Unternehmen lässt die Trennung des Landhandelsbereichs in zwei Handelsstufen weiter verschwimmen. Im Landhandelsbereich existieren zwar überwiegend noch zwei Handelsstufen; die exakte Trennung der Handelsstufen verliert sich in einigen Regionen Deutschlands jedoch immer mehr. Teilweise führen die Großhändler Einzelhandelsaktivitäten durch und beliefern die Endkunden direkt. Daneben gibt es auch Hersteller, die direkt an Einzelhändler oder sogar Landwirte liefern.

Der Zusammenschluss zwischen HaGe Kiel und BSL wurde nach vertiefter Untersuchung im Hauptprüfverfahren freigegeben.

Ferner war zu beobachten, dass Landhandelsunternehmen im Berichtszeitraum nach – vertraglichen oder strukturell abgesicherten – Möglichkeiten suchten, gemeinsam der als stark konzentriert empfundenen Lieferantenseite der Pflanzenschutzmittel-, Saatgut- und Düngemittelindustrie zu begegnen.

In struktureller Hinsicht ist das Vorhaben der Agravis Raiffeisen AG und der mit der HaGe Kiel verbundenen Norddeutsche Saat- und Pflanzgut AG (NSP) anzuführen, ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen für den Saatgutvertrieb zu gründen. Beabsichtigt war eine Bündelung des Großhandels mit Saatgut in dem Gemeinschaftsunternehmen, das Wiederverkäufer (Landhändler) beliefern sollte, während die Gesellschafter ihre Tätigkeit im Saatgutvertrieb auf die Einzelhandelsstufe und damit die Belieferung der Landwirte begrenzen wollten. Der Zusammenschluss hätte eine marktbeherrschende Stellung des Gemeinschaftsunternehmens für den Großhandel mit Saatgut auf dem norddeutschen Markt begründet. Die Ermittlungen haben bestätigt, dass es sich bei der Großhandelsstufe im Landhandel nicht um einen bundesweiten, sondern – nicht zuletzt wegen der räumlich gegeneinander abgegrenzten Tätigkeitsbereiche der Hauptgenossenschaften – um regionale Märkte handelt. Das Gemeinschaftsunternehmen hätte einen Marktanteil von über 50 % sowie einen überlegenen Zugang zu Beschaffungs-

und Absatzmärkten gehabt. Außer einem Wettbewerber, der jedoch als verflochtenes Unternehmen anzusehen war, waren in der Region nur Großhändler mit einstelligen Marktanteilen vertreten. Das Vorhaben wurde nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgegeben. Insofern erübrigte sich die Prüfung, inwiefern der Zusammenschluss auch zu einem Gruppeneffekt auf der Einzelhandelsebene geführt hätte.

Auch im Fall der oben dargestellten Übernahme der BSL durch die HaGe Kiel führten die Unternehmen als ein Ziel des Zusammenschlusses die Stärkung ihrer Verhandlungsposition auf den Beschaffungsmärkten gegenüber der konzentrierten industriellen Lieferantenseite an.

Als Gegengewicht zu den stark konzentrierten Anbietern auf der Beschaffungsseite war u. a. zu beobachten, dass Unternehmen, die bislang von der Industrie als Großhandelsunternehmen zu entsprechenden Konditionen beliefert wurden, ihren Großhandelsstatus aufgaben. Stattdessen konzentrierten sie ihre Betriebsmittelnachfrage auf einen Großhändler, der aufgrund der größeren Abnahmemenge bessere Konditionen auch für seine Abnehmer erwarten ließ.

### **Gewinnung von Steinen und Erden, sonstiger Bergbau (14)**

#### **Kartellabsprachen bei Auftausalzen**

Im Juni 2007 erhielt das Bundeskartellamt aufgrund eines Bonusantrages Kenntnis über Absprachen zwischen Anbietern von Auftausalz in Süddeutschland. Die Unternehmen Wacker Chemie AG (über zwei Vertriebsgesellschaften, die von der Biesterfeld-Gruppe mit kontrolliert werden) und Südsalz GmbH hatten danach beim Vertrieb von Auftausalz in Baden-Württemberg und Teilen Bayerns seit Mitte der neunziger Jahre sowohl bei Ausschreibungen als auch bei freihändigen Vergaben ein Kundenschutz- und Gebietskartell vereinbart und durchgeführt. Zudem wurden Preise abgestimmt und sensible Marktinformationen ausgetauscht. Wacker und Südsalz verfügen über eigene Salzbergwerke. Die wichtigsten Kunden für Auftausalz sind mit mehr als 80 % des Gesamtabsatzes die Autobahnmeistereien, Straßenbauämter sowie Landratsämter und Gemeindeverwaltungen. Daneben wird Auftausalz auch an gewerbliche und private Abnehmer vertrieben. Im August 2007 durchsuchten das Bundeskartellamt und die Staatsanwaltschaft München die beteiligten Unternehmen und mehrere Wohnungen. Im November 2008 wurde gegen die Südsalz GmbH eine Geldbuße i. H. v. 15,6 Mio. Euro verhängt. Die Entscheidung ist rechtskräftig; die von der Staatsanwaltschaft München parallel geführten strafrechtlichen Verfahren gegen persönlich Betroffene sind noch nicht abgeschlossen. Im Zuge der Ermittlungen hatten sich Hinweise auf ähnliche Absprachen in nördlichen Bundesländern ergeben. Im Oktober 2007 wurden daher von Bundeskartellamt und der Staatsanwaltschaft München mehrere Standorte eines weiteren Auftausalzherstellers durchsucht. Dieses Verfahren dauert noch an.

## Ernährungsgewerbe (15)

### 1. Heimtierfutter

Das Bundeskartellamt hat gegen das US-amerikanische Unternehmen Mars Inc. ein Bußgeld i. H. v. 4,5 Mio. Euro wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot beim Erwerb des US-amerikanischen Tierfutterherstellers Nutro Products, Inc. (Nutra) von dem Investmentfonds Bain Capital verhängt. Mars ist ein Hersteller von Süßwaren, Heimtiernahrung und Lebensmitteln. Die Tierfutterprodukte des Unternehmens werden in Deutschland u. a. unter den Marken Royal Canin, Pedigree, Frolic, Chappi, Cesar, Whiskas, Kitekat und Sheba vertrieben. Nutro vertreibt die hergestellten Tierfutterprodukte unter der Marke Nutro Choice überwiegend in Nordamerika. In Europa wurden die Produkte vor dem Zusammenschluss über selbständige, jeweils für einen Mitgliedstaat ausschließlich verantwortliche Vertriebshändler an Fachhandelsgeschäfte abgesetzt. Sämtliche Fertigungsstätten des Unternehmens befinden sich in Nordamerika.

Mars meldete im Mai 2007 in Deutschland, Österreich und in den USA das Vorhaben an, sämtliche Anteile an Nutro zu erwerben. Nach Freigabe durch die amerikanische Wettbewerbsbehörde und während der andauernden Prüfung des Bundeskartellamtes im Hauptprüfverfahren hat Mars im Juni 2007 die Mehrheit der Anteile an Nutro erworben. Mit den Markenrechten, Rezepturen und Produktionsanlagen gingen damit alle für die Markengeltung und den Erfolg im Wettbewerb maßgeblichen Vermögenswerte auf Mars über. Diese sind auch wesentlicher Bestandteil des hinter dem inländischen Marktanteil von Nutro stehenden Wettbewerbspotenzials. Zeitgleich wurden die Vertriebsrechte für die Nutro-Produkte in Deutschland und Österreich auf eine beim Veräußerer verbliebene Gesellschaft namens Ladybird Pet Food übertragen. Eine Übertragung und Veräußerung von Lizenzen, Markenrechten und Rezepturen zur Herstellung der Produkte erfolgte nicht. Mars hielt zunächst an seiner Absicht fest, auch Ladybird und damit die Vertriebsmöglichkeit von Nutro-Produkten in Deutschland zu erwerben.

Die Übernahme der Marktposition von Nutro in Deutschland hätte nach dem Ergebnis der Ermittlungen des Fusionskontrollverfahrens die marktbeherrschende Stellung von Mars bei der Herstellung und dem Vertrieb von trockenem Hundefutter in Deutschland verstärkt. Mars hat daraufhin nach der Versendung der Beschwerdepunkte die Absicht, Ladybird Pet Food zu erwerben, endgültig aufgegeben.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hat Mars trotz der vorgenommenen Änderungen des angemeldeten Vorhabens, Nutro zu erwerben, vorsätzlich gegen das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 verstoßen. Der Erwerb der Geschäftsanteile der amerikanischen Nutro entfaltete Inlandsauswirkungen, weil die Wettbewerbsposition auf den betroffenen Tierfuttermärkten im Wesentlichen von Markenrechten, Rezepturen und Produktionsmöglichkeiten abhängt. Mit der Übernahme von Nutro gingen diese auf Mars über. Mars vertrat zwar die Auffassung, dass mit der Ausgliederung der Vertriebsrechte in die

Ladybird Pet Food die Inlandsauswirkungen des amerikanischen Zusammenschlusses beseitigt worden seien. Das Unternehmen hat sich dennoch in dem folgenden Entflechtungsverfahren in enger Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt um eine Veräußerung der deutschen und österreichischen Markenrechte für die Nutro-Produkte, verbunden mit Lizenzen für die dauerhafte Nutzung der Rezepturen, an ein unabhängiges branchenkundiges Unternehmen bemüht. Nach der Veräußerung an die Finnern GmbH & Co. KG wurde das Entflechtungsverfahren beendet. Der vom Kartellamt als vorsätzlich gewertete Verstoß gegen das Vollzugsverbot wurde auf der Grundlage der Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes vom 15. September 2006 errechnet. Das Bußgeld i. H. v. 4,5 Mio. Euro war bislang das höchste Bußgeld wegen eines Verstoßes gegen § 41 Absatz 1. Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig.

### 2. Kartellabsprachen bei Grundnahrungsmitteln

#### Mehl

Im Februar 2008 hat das Bundeskartellamt eine Durchsuchung in der Mühlenindustrie durchgeführt. Die Durchsuchung erstreckte sich auf 18 Unternehmen, einen Verband sowie zwei Privatwohnungen. Regionaler Schwerpunkt der Durchsuchung war der Raum Baden-Württemberg, doch waren auch Standorte von Mühlenkonzernen in anderen Bundesländern betroffen. Im Juli 2008 wurde außerdem die Wohnung eines ehemaligen Verbandsvertreters durchsucht. Es geht um den Verdacht, dass die Marktverhältnisse in der Mühlenindustrie, insbesondere für Weizen- und Roggenmehl, in kartellrechtswidriger Weise beeinflusst worden sind. Die mutmaßlichen Kartellabsprachen umfassen Preis- und Kundenschutzabsprachen sowie koordinierte Stilllegungen von Mühlenbetrieben und sollen seit vielen Jahren praktiziert worden sein. Es wurden mehrere Bonusanträge gestellt, von denen einige schon am Tage der Durchsuchung eingingen. Die Auswertung der sichergestellten Asservate ist noch nicht abgeschlossen. Bei den Kartellbehörden in Frankreich und den Beneluxstaaten wurden später ebenfalls Bonusanträge gestellt. Die Kartellbehörden in den Niederlanden und Frankreich führten daraufhin ebenfalls Durchsuchungen in der dortigen Mühlenindustrie durch.

#### Süßwaren

Das Bundeskartellamt ist ebenfalls im Februar 2008 mit einer Durchsuchung der Geschäftsräume von sieben Unternehmen dem Verdacht nachgegangen, dass es zwischen Herstellern von Schokoladenprodukten zu Absprachen über Preiserhöhungen zum Jahresbeginn 2008 gekommen ist. Darüber hinaus sollen Süßwarenhersteller wettbewerbslich sensible Informationen, insbesondere über den Stand der Jahresgespräche mit Einzelhändlern, ausgetauscht haben. In dem Verfahren sind bereits mehrere Bonusanträge gestellt worden. Die Auswertung der eingereichten Unterlagen und der sichergestellten Asservate ist noch nicht abgeschlossen.

## Kaffee

Im Juli 2008 hat das Bundeskartellamt die Geschäftsräume mehrerer Hersteller von Röstkaffee wegen des Verdachts von Absprachen über Preiserhöhungen zumindest seit 2004 durchsucht. Mehrere Röstkaffeehersteller haben bereits Anträge im Rahmen der Bonusregelung des Bundeskartellamtes gestellt. Die Auswertung der eingereichten Unterlagen und der sichergestellten Asservate ist noch nicht abgeschlossen. Im Januar 2009 hat das Bundeskartellamt weitere Verfahren gegen mehrere Röstkaffeehersteller wegen des Verdachts von Absprachen über Preiserhöhungen bei Kaffee für den Außer-Haus-Bereich zumindest seit Ende der 1990er Jahre und gegen mehrere Hersteller von Cappuccino wegen des Verdachts von Absprachen über Preiserhöhungen Ende 2007/Anfang 2008 eingeleitet.

## Papiergewerbe (21)

### Papiergroßhandel

Im Kartellverfahren wegen des Verdachts verbotener Preisabsprachen im Papiergroßhandel (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 79) hat der Bundesgerichtshof im März und Juni 2007 über Rechtsbeschwerden bezüglich acht persönlich Betroffener und zwei Unternehmen entschieden. Die Rechtsbeschwerden von sieben der Betroffenen wurden verworfen; die Rechtsbeschwerde eines Betroffenen hatte Erfolg. Das Verfahren wurde zur Prüfung der Verjährung an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen. Die von der Generalstaatsanwaltschaft und den Nebenbetroffenen erhobenen Rechtsbeschwerden bezüglich der beiden Unternehmen hatten insoweit Erfolg, als die Verfahren an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen wurden, um die Bestimmung der Mehrerlöse neu vorzunehmen (S. 35).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellte im September 2008 das zurückverwiesene Verfahren gegen den persönlich Betroffenen wegen Verjährung ein. Hinsichtlich der beiden Unternehmen entschied das Oberlandesgericht im Oktober 2008 auf Bußgelder i. H. v. 4,3 Mio. Euro und 0,4 Mio. Euro. Gegen weitere sieben Unternehmen der Papiergroßhandelsbranche – deren Fälle erstmals beim Oberlandesgericht Düsseldorf verhandelt wurden –, wurden Bußgelder in Höhe zwischen 3,8 Mio. Euro und 0,5 Mio. Euro verhängt. Schließlich wurden drei weitere persönlich Betroffene zu Geldbußen i. H. v. einmal 70 000 Euro und je 30 000 Euro verurteilt. Alle vorstehenden Urteile wurden im Wege einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung erlassen und sind rechtskräftig. Das Papiergroßhandelsverfahren ist somit abgeschlossen. Insgesamt sind in dem Verfahren gegen Unternehmen Bußgelder i. H. v. 19,37 Mio. Euro und gegen persönlich Betroffene i. H. v. 1,91 Mio. Euro ergangen.

## Verlagsgewerbe (22)

### 1. Zeitungen

Das Bundeskartellamt hat das Entflechtungsverfahren gegen die Nordwest-Mediengruppe abgeschlossen. Seit

Ende der neunziger Jahre hatte die Gruppe, in der vor allem die „Nordwest-Zeitung“ erscheint, zahlreiche Beteiligungen an Unternehmen der Zeitungs-, Anzeigenblatt- und Radiobranche erworben. Der Erwerb der Beteiligungen erfolgte dabei häufig über zwischengeschaltete Unternehmen bzw. Treuhänder, um eine Verbindung zur Nordwest-Mediengruppe nach außen hin nicht transparent werden zu lassen. Entsprechend erfolgte auch keine Anmeldung der Zusammenschlüsse beim Bundeskartellamt.

Insgesamt hat das Bundeskartellamt mehr als ein Dutzend Zusammenschlüsse nachträglich geprüft. In den Fällen, in denen die Untersagungsvoraussetzungen nach wie vor erfüllt waren, musste die Nordwest-Mediengruppe ihre Beteiligungen veräußern. Die Entflechtungen betrafen u. a. die Tageszeitungen „Ostfriesen-Zeitung“ und „Ostfriesischer Kurier“ aber auch Anzeigenblätter im Raum Ostfriesland/Oldenburg.

Gegen die Nordwest-Mediengruppe verhängte das Bundeskartellamt wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot eine Geldbuße i. H. v. 2,5 Mio. Euro und i. H. v. 200 000 Euro gegen den ehemaligen Verleger der „Nordwest-Zeitung“ und den Geschäftsführer.

### 2. Zeitschriften

Das Bundeskartellamt hat der Intermedia Vermögensverwaltungs GmbH die Übernahme der Health & Beauty (Europe) GmbH untersagt. Der zu prüfende Zusammenschluss betraf Kosmetik-Fachzeitschriften. Er hätte die Zusammenführung der derzeit erfolgreichsten und marktstärksten Titel bewirkt, deren Verlagshäuser gleichzeitig einschlägige Fachmessen organisieren. Somit wären die stärksten Werbe- und Informationsplattformen in diesem Bereich zusammengelegt worden. Die Ermittlungen zeigten, dass die Beteiligten die engsten Wettbewerber sind und ihre Wettbewerbsintensität untereinander hoch ist. Die gemeinsamen Marktanteile auf den entsprechenden Leser- bzw. Anzeigenmärkten liegen mit jeweils über 70 % weit über der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3. Die Beteiligten haben zudem aufgrund ihrer Eigenschaft als Messeveranstalter und weit überlegener Finanzkraft verbesserten Zugang zu den Absatzmärkten. Zudem ist nicht zu erwarten, dass der Wegfall des aktuell stärksten Wettbewerbers durch hinreichend starken potenziellen Wettbewerb aufgefangen wird, was insbesondere auf Marktsättigung und Netzwerkeffekte zurückzuführen ist, welche die Beteiligten als große und etablierte Plattformen schützen. Daher hätte der Zusammenschluss zu einer starken Reduktion der Wettbewerbsintensität geführt und den Beteiligten einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum vermittelt. Der Zusammenschluss hätte auch nicht zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten geführt.

Der Lesermarkt für Kosmetik-Fachzeitschriften umfasst in sachlicher Hinsicht solche Zeitschriften, die sich im Kern mit verschiedenen Kosmetik-Themen beschäftigen und sich an ein Publikum richten, das sich beruflich mit solchen Produkten und Dienstleistungen befasst (Kosme-

tiker/Kosmetikerinnen). Nicht einzubeziehen waren monothematische Zeitschriften, die sich ausschließlich mit Randaspekten des Berufsbildes beschäftigen und schwerpunktmäßig andere Berufsgruppen ansprechen (etwa Fußpfleger oder Ernährungsberater) oder die sich gar überwiegend mit Friseurprodukten und Friseurdienstleistungen, Parfüm, Spa-/Wellness-Angeboten oder künstlicher Besonnung beschäftigen. Ebenso wenig einzubeziehen waren Zeitschriften, die einen medizinischen (dermatologischen) Schwerpunkt aufweisen und sich vor allem an Mediziner richten.

Nicht zum selben Markt wie Kosmetik-Fachzeitschriften gehören Bücher mit branchenspezifischer oder allgemeinbetriebswirtschaftlicher Themensetzung. Wesentlich für eine Fachzeitschrift ist neben dem von Büchern i. d. R. nicht gebotenen Themenmix die Aktualität der Berichterstattung, die von den verhältnismäßig selten erscheinenden Büchern nicht gewährleistet werden kann. Dies betrifft nicht nur Informationen über Markttrends und aktuelle Produkte, sondern z. B. auch die zeitnahe Berichterstattung über Gesetzesänderungen. Während (statische) Informationen über die Rechtslage an sich gut geeignet zur Präsentation in Büchern sind, erfüllen Fachzeitschriften insoweit auch die Funktion, die Aufmerksamkeit laufend und bei Bedarf auf solche und andere Änderungen zu lenken, was Bücher nicht gewährleisten können.

Ebenfalls nicht in den relevanten Markt einzubeziehen sind elektronische Medien mit Berichterstattung über Kosmetik-Themen. Bei kostenlosen bzw. nicht an Fachzeitschriften-Abonnements gebundenen Informationsangeboten im Internet fehlt es schon an einer Marktbeziehung zum Leser, so dass elektronische Medien allenfalls als Substitutionswettbewerb zu berücksichtigen sind. Hierbei ist festzustellen, dass die Nutzung des Internets grundsätzlich beständig zunimmt. Gleichwohl wird das Internet nach allgemeiner Lebenserfahrung eher zur raschen Suche von speziellen, gerade benötigten konkreten Informationen genutzt und nicht als Medium zur generellen bzw. inspirativen Information „nebenbei“: Fachzeitschriften können praktisch an jedem Ort zu jeder Zeit gelesen werden. Sie können spontan und ohne Aufwand, auch nur für kurze Zeit zur Hand genommen werden, etwa in Behandlungspausen oder in der Straßenbahn auf dem Weg zur Arbeit. Zudem können sie bei der Kundenberatung spontan und jederzeit eingesetzt werden und wirken auf den Kunden unmittelbar über ihre auf Hochglanzpapier farbenfroh präsentierten möglichen Behandlungsergebnisse. Elektronische Medien hingegen erfordern eine – zumeist an einen bestimmten Ort gebundene – technische Ausstattung, die den Zugriff auf das Internet überhaupt erst ermöglicht. Jedenfalls zeigte sich, dass die meisten Marktteilnehmer keine eigenen Internetredaktionen unterhalten, sondern das Internet – falls überhaupt – als Archivservice für die Abonnenten ihrer Printmedien anbieten und dieses damit in einem komplementären, keineswegs aber substitutiven Verhältnis zu den Fachzeitschriften steht.

Räumlich handelt es sich um einen deutschlandweiten Markt. Titel aus dem deutschsprachigen Ausland wurden bei der Kunden- und Wettbewerberbefragung nicht als nachgefragte Zeitschriften bzw. Wettbewerbsobjekte aufgeführt. Andersherum werden die in Deutschland erscheinenden Titel kaum im deutschsprachigen Ausland nachgefragt, weswegen etwa ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen landesspezifische Ausgaben ihrer Zeitschriften oder sogar ein eigenes Heft nur für den österreichischen Markt herausgibt. Zudem bieten schweizerische oder österreichische Verlage ihre Artikel in Deutschland allenfalls passiv an, so dass von Ihnen kein spürbarer Wettbewerbsdruck ausgeht.

Der Anzeigenmarkt ist etwas weiter zu fassen als der Lesermarkt. Wie im Lesermarkt auch ist bei der Abgrenzung des Marktes auf den überwiegenden Teil der Marktgegensseite und ihre jeweiligen Substitutionsmöglichkeiten abzustellen. Die Durchsicht der eingereichten Belegexemplare zeigt, dass der Kosmetikfachzeitschriften-Anzeigenmarkt hinsichtlich der Kunden segmentiert ist: Die eine Kundengruppe (Praxisausrüster, Bildungsträger, Rubrikenkunden) kann wirtschaftlich nicht auf andere Zeitschriftenmärkte ausweichen, die andere Kundengruppe (Depotkosmetikhersteller) in begrenztem Umfang schon. Beide Gruppen sind in ähnlichem Ausmaß mit Anzeigen vertreten. Besonders schützenswert und daher bei der Analyse maßgeblich zu berücksichtigen ist die erste Kundengruppe, welcher sich kaum Ausweichmöglichkeiten erschließen.

In dem Beschluss hat das Bundeskartellamt die Preissetzung bei Fachzeitschriften analysiert und hierbei die Wechselwirkungen zwischen dem Leser- und dem Anzeigenmarkt herausgearbeitet. Es stellte sich nämlich heraus, dass sich die Anteile auf dem Lesermarkt signifikant unterscheiden je nach dem, ob auf die verbreitete Auflage, die verkaufte Auflage oder auf die Umsatzerlöse abgestellt wurde. Fachzeitschriftenmärkte sind – wie auch Messemärkte – sog. zweiseitige Märkte. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass die Anbieter ihr Produkt faktisch zwei verschiedenen Kundengruppen („Marktseiten“) anbieten, nämlich informationssuchenden Kosmetikern und Kosmetikerinnen (Lesermarkt) und den Werbungtreibenden (Anzeigenmarkt). Zwischen diesen jeweils als getrennte sachlich relevante Märkte zu beurteilenden Marktseiten bestehen aufgrund sog. indirekter Netzwerkeffekte Wechselwirkungen, die für zweiseitige Märkte charakteristisch sind: Die Erlösaussichten eines Anbieters auf der einen Marktseite werden nicht unwesentlich davon mit bestimmt, wie ausgeprägt dessen Marktstellung auf der jeweils anderen Marktseite ist.

Indirekte Netzwerkeffekte ergeben sich letztendlich immer daraus, dass der Nutzen der Marktteilnehmer auf einem Markt positiv abhängt von der Stärke des Angebots auf einem anderen Markt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Wechselwirkungen unterschiedlich stark („asymmetrisch“) ausgeprägt sein können, d. h. die Erlösaussichten auf der einen Marktseite (z. B. Anzeigenmarkt) zwar sehr stark von dem Angebot und der Marktstellung auf der jeweils anderen (z. B. Lesermarkt)

abhängt, die entgegengesetzte Wechselwirkung jedoch erheblich schwächer ausgeprägt ist.

Diese Tatsache lässt sich für den hier betroffenen Bereich an der bekannten „Auflagen-Anzeigen-Spirale“ verdeutlichen: Anzeigenkunden einer Zeitschrift profitieren in sehr starkem Maße davon, dass möglichst viele potenzielle Kunden zum Leserkreis der entsprechenden Zeitschrift zählen. Dementsprechend steigen die Erlösaussichten eines Anbieters einer Zeitschrift auf dem Anzeigenmarkt in dem Ausmaß, in dem der Kreis der Leserschaft zunimmt bzw. einen größeren Teil der von den Werbekunden gewünschten Zielgruppe umfasst. Die Leser wiederum ziehen zwar auch aus Anzeigen einen Nutzen (sofern jene – wie vor allem in Fachzeitschriften üblich – in einem engen Zusammenhang zu ihren spezifischen Interessen stehen und nicht den redaktionellen Inhalt in den Hintergrund drängen). Die Konsequenzen einer Zunahme von Anzeigen in einer Zeitschrift auf die Erlösaussichten des Verlages auf dem Lesermarkt ist jedoch weit weniger eindeutig und hinsichtlich seiner Stärke ist er tendenziell auch schwächer ausgeprägt.

Die Verlage maximieren ihren Gewinn durch eine bestimmte Kombination aus Vertriebs- und Anzeigenerlösen. Im Einzelfall kann es daher insbesondere für neue Zeitschriften durchaus rational sein, für eine große und kostenfreie Verbreitung zu sorgen, um Erfolge auf dem Anzeigenmarkt zu erzielen. Die Entscheidung für eine bestimmte Erlöskombination hängt ab von der Preiselastizität der jeweiligen Nachfrager, von den Grenzkosten auf beiden Märkten und von der jeweiligen Stärke der Netzwerkeffekte. Es wird dabei derjenige Markt subventioniert (d. h. das Produkt zu einem relativ niedrigen Preis oder sogar kostenfrei angeboten), von dem die stärkeren Netzwerkeffekte ausgehen, dessen Preiselastizität am höchsten und dessen Grenzkosten am geringsten sind. Es ist unmittelbar einsichtig, dass für Anzeigenkunden der Nutzen und Wert einer Zeitschrift als Werbepattform unter sonst gleichen Umständen sowohl mit der Leserreichweite als auch mit dem Ausmaß zunimmt, in dem der Leserkreis die relevante Zielgruppe besser abbildet. Dies erklärt die Neigung vieler Verlage, insbesondere bei neuen Titeln einen Großteil der Auflage kostenlos zu verteilen.

Die Möglichkeit zur Einschränkung der kostenlosen Verteilung (bzw. – allgemeiner – zur Erhöhung der Zeitschriftenpreise) existiert überhaupt nur dann, wenn damit eine möglichst niedrige Umsatzeinbuße insgesamt verbunden ist. Während der Umsatzeffekt einer Preiserhöhung auf dem Lesermarkt unbestimmt ist (steigende Einnahmen pro Heft versus sinkende Absatzzahlen), kommt es auf dem Anzeigenmarkt bei sinkender Verbreitung zu Umsatzeinbußen, die aus der entsprechend gesunkenen Attraktivität der Zeitschrift als Werbepattform resultieren.

Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss jedoch Folgendes: Nur wenn eine Zeitschrift aufgrund der Qualität ihrer Berichterstattung, ihrer Reputation oder langer Präsenz eine starke Position auf dem Lesermarkt erreicht hat, führt ein für einen Großteil der Auflage durchgesetzter Preis grö-

ßer Null nicht zu einem Wegfall der Leserschaft und damit zu entsprechenden Verlusten auf dem Anzeigenmarkt. Daher kann auch davon ausgegangen werden, dass Zeitschriften, die den Leser (auch ungefragt) in Gänze oder zum großen Teil kostenlos erreichen, eine vergleichsweise schwache Position auf dem Lesermarkt haben und entsprechend ihre Erlöse weitestgehend auf dem Anzeigenmarkt generieren (müssen). Diese aus der Zweiseitigkeit der relevanten Märkte resultierenden Ergebnisse sprechen gegen eine Berechnung der Marktanteile in erster Linie auf Basis der verbreiteten Auflage – sie würde die Bedeutung marktschwacher Verlagsobjekte bei weitem überzeichnen. Soweit von den überwiegend kostenfrei verbreiteten Zeitschriften Wettbewerbsdruck auf die Beteiligten ausgeht, so findet er seinen Niederschlag stärker auf dem Anzeigenmarkt als auf dem Lesermarkt.

Vorliegend addierten sich die Marktanteile der Beteiligten auf beiden Märkten auf über 70 %. Zudem handelt es sich bei den Beteiligten um die mit Abstand finanzkräftigsten Wettbewerber, die zudem aufgrund ihrer Eigenschaft als Messeveranstalter über eine weitere wichtige Plattform verfügen. Jene verleiht den Beteiligten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern einen überlegenen Zugang zu beiden Marktseiten, d. h. den Lesern der Kosmetik-Fachzeitschriften (Messebesucher) und den aktuellen und/oder potenziellen Anzeigenkunden (Aussteller) und damit zu einer Steigerung der Qualität der entsprechenden, mit den Plattformen verbundenen Netzwerke. Unter den Besuchern der Fachmessen finden sich zahlreiche Leser der Zeitschriften und unter den Ausstellern auf Messen finden sich zahlreiche Anzeigenkunden der Kosmetikfachzeitschriften. Die eigenen Messen werden sehr intensiv redaktionell begleitet. Daneben besteht für die Beteiligten die anderen Verlagen verschlossene Möglichkeit, auf Anzeigenkunden Einfluss zu nehmen oder Konkurrenzverlage zu diskriminieren und mithin vorhandene Verhaltensspielräume in ihrer Eigenschaft als Messevertreter selektiv im Sinne eines betriebswirtschaftlich rationalen Verhaltens zum eigenen Vorteil auf den Fachzeitschriftenmärkten zu nutzen.

Schließlich war nicht zu erwarten, dass der Verhaltensspielraum der Beteiligten durch potenziellen Wettbewerb hinreichend begrenzt wird. Auf zweiseitigen Märkten wie den vorliegenden sind etablierte Unternehmen grundsätzlich begünstigt. Denn neue Zeitschriften müssen zunächst eine bestimmte kritische Reichweite an Lesern aufbauen, um überhaupt erst auf dem Anzeigenmarkt Fuß fassen zu können. Denn ohne Leser ist die Plattform für die Anzeigenkunden ohne Wert. Entsprechend sind erhebliche Anfangsinvestitionen nötig, um eine neue Fachzeitschrift derart im Markt zu platzieren, dass sie überhaupt erst für Anzeigenkunden interessant wird und jene entsprechend für ihre Inserate zahlen. Vor diesem Hintergrund sind Marktzutritte – insbesondere in Gegenwart großer, marktstarker und etablierter Titel – kaum rentabel. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie bei dem geprüften Zusammenschluss – die Nachfrager i. d. R. nur sehr begrenzt mehrere Fachzeitschriften parallel nutzen (sog. „multihoming“). Tatsächlich wurden die Neugründungen in der Vergangenheit entweder von einer der Zusammenschluss-

beteiligten aufgekauft oder sind von den Umsätzen her im Vergleich zu den Zusammenschlussbeteiligten bedeutungslos geblieben.

### 3. Buchhandel

Die seit Jahren andauernde Konzentrationsbewegung im Buchhandel hat sich weiter fortgesetzt. Das Bundeskartellamt hat dabei in jedem Einzelfall überprüft, ob durch den jeweiligen Zusammenschluss auf den hiervon betroffenen regionalen Märkten marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden.

So konnte ein Tochterunternehmen der DBH Buch Handels GmbH & Co. KG (DBH) – die wiederum ein Gemeinschaftsunternehmen der Verlagsgruppe Weltbild GmbH und der Hugendubel Beteiligungs KG ist – nach intensiven Ermittlungen der Marktverhältnisse vor Ort lediglich 44 anstelle der ursprünglich geplanten 52 Buchabteilungen von der Karstadt Warenhaus AG übernehmen. Wie die Erhebungen ergaben, stellte sich das Vorhaben in den Städten Kiel, Leipzig, Wiesbaden, Frankfurt und München als wettbewerblich problematisch dar. Nach einer entsprechenden Abmahnung des Bundeskartellamtes haben die Zusammenschlussbeteiligten das ursprünglich angemeldete Vorhaben aufgegeben. Die im Anschluss angemeldete Übernahme der Karstadt-Buchabteilungen beschränkt sich auf die als unproblematisch identifizierten Städte und konnte daraufhin zügig freigegeben werden. Eine von den Beteiligten vorgeschlagene Franchise-Lösung im Hinblick auf die übrigen Standorte wurde vom Bundeskartellamt als problematisch im Hinblick auf § 1 bewertet und konnte daher nicht realisiert werden.

Außerdem freigegeben werden konnte auch das Vorhaben der Thalia Holding GmbH, die BuchKaiser GmbH zu übernehmen. Thalia ist eine der beiden großen bundesweit vertretenen Buchhandelsketten. Das Vorhaben betraf regionale Märkte für den Einzelhandel – unter Ausschluss des Verlagsdirektgeschäftes und der Nebenschienen wie Tankstellen und Lebensmitteleinzelhandel – mit neuen Büchern insbesondere im Raum Karlsruhe. Ob der Versandbuchhandel – insbesondere über das Internet – in den relevanten Markt einzubeziehen ist, konnte offen bleiben. Vor dem Zusammenschluss bestand keine marktbeherrschende Stellung. Die Entstehung einer solchen durch den Zusammenschluss war bei den festgestellten Marktanteilen aufgrund weiterer lokaler Besonderheiten nicht mit der für eine Untersagungsentscheidung nach § 36 Absatz 1 erforderlichen Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Insbesondere wies die Marktsituation bei Einzelhandelsflächen in Karlsruhe verschiedene örtliche Besonderheiten auf, die einen Marktzutritt überdurchschnittlich begünstigen. Das Vorhaben war daher freizugeben.

## Mineralölverarbeitung, Flüssiggas (23)

### 1. Sektoruntersuchung Kraftstoffe

Die im Fusionskontrollverfahren „Shell/HPV“ (S. 121) gewonnenen Erkenntnisse sowie zahlreiche Verbraucherbeschwerden und Eingaben von Betreibern freier Tank-

stellen haben das Bundeskartellamt dazu veranlasst, eine umfassendere Untersuchung des Kraftstoffsektors einzuleiten. Im Rahmen einer Sektoruntersuchung nach § 32e werden die generellen Marktbedingungen untersucht und wird vertieft geprüft, ob die Märkte für Benzin und Diesel in Deutschland ordnungsgemäß funktionieren. Die Beschwerden von Verbrauchern betreffen verschiedene Aspekte der Preissetzung an den inländischen Tankstellen. Bezug genommen wird u. a. auf die schnellere Weitergabe von Erhöhungen der internationalen Preisnotierungen im Vergleich zu Preissenkungen sowie auf die beobachtete Parallelität der Preisbewegungen der verschiedenen Anbieter. Die Eingaben der freien Tankstellenbetreiber betreffen das Verhalten der großen vertikal integrierten Mineralölgesellschaften (Shell, BP/Aral, Esso, Total, Conoco/Phillips/Jet). Diese sog. Farbengesellschaften sind für die freien Tankstellen Vorlieferanten für Kraftstoffe und gleichzeitig Konkurrenten gegenüber den Endverbrauchern. Der konkrete Vorwurf lautet hier, dass die Farbengesellschaften die freien Tankstellen zu Preisen oberhalb ihrer eigenen Endkundenpreise beliefern und damit die freien Betreiber in sog. Preis-Kosten-Scheren nehmen. Darüber hinaus werden die Großhandelsmärkte und die Preisbildung im Kraftstoffsektor insgesamt beleuchtet. In diesem Zusammenhang ist der festgestellte hohe Grad an Verflechtungen zwischen den Farbengesellschaften auf den vorgelagerten Marktstufen der Raffination, des Transports und der Tanklager relevant. Ebenso zu würdigen sind die von den Farbengesellschaften regelmäßig vorgetragene Abhängigkeit von den internationalen Preisentwicklungen sowie das hohe Maß an Interdependenz und Wettbewerbsintensität auf der Tankstellenstufe. Zu den weiteren Untersuchungsgegenständen zählen die Auswirkungen von Tankkarten-Systemen und von sog. Markenpartner-Verträgen. Letztere betreffen an sich unabhängige Kraftstoffhändler, die als Markenpartner („branded resellers“) Tankstellen für die Farbengesellschaften betreiben. Eine besondere Thematik bildet schließlich das Autobahntankstellengeschäft. Der Kraftstoffsektor steht nicht nur in Deutschland im Fokus der Wettbewerbsbehörden. Innerhalb der EU haben jüngst etwa die portugiesische Autoridade da Concorrência und die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde diesbezügliche Berichte vorgelegt (S. 47). Auch in den USA und Australien haben die dortigen Behörden Untersuchungen durchgeführt. Das Bundeskartellamt berücksichtigt die gewonnenen Erkenntnisse, soweit sie für die inländische Situation relevant sind. Eine Sektoruntersuchung nach § 32e bietet den geeigneten Rahmen für die Untersuchung der genannten Aspekte. Dieses Instrument wurde mit der 7. GWB-Novelle im Jahre 2005 neu in das Gesetz aufgenommen. Sektoruntersuchungen richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen und dienen nicht ausschließlich Ermittlungen zu spezifischen Kartellrechtsverstößen (S. 38). Sie bieten die Möglichkeit, die komplizierten Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einem Sektor insgesamt zu untersuchen. Dabei werden von den betreffenden Unternehmen und Verbänden Informationen, Unterlagen und Erklärungen eingeholt. Das Bundeskartellamt verbessert damit auch die Datengrund-

lage, um spezifische Tatbestände zukünftig besser würdigen zu können. Dabei strebt das Bundeskartellamt einen offenen Dialog mit allen Beteiligten an und hält Fachkreise sowie die allgemeine Öffentlichkeit über die Fortschritte der Untersuchung auf dem Laufenden.

## 2. Kraftstoffe für Schiffsdieselmotoren

Im Januar 2007 hat das Bundeskartellamt die beiden führenden Händler von Kraftstoffen für Schiffsdieselmotoren (sog. Bunker- und Gasöl) an den Nordsee-Häfen des Weser-Ems-Gebietes wegen des Verdachts von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen durchsucht. Die Auswertung der sichergestellten Unterlagen und elektronischen Dateien ergab, dass die BOMINFLOT Bunkergesellschaft für Mineralöle mbH & Co. KG, Hamburg, und die BMT Mineralöltransportgesellschaft mbH & Co. KG, Bremen, zumindest im Zeitraum zwischen Mai 2005 und Januar 2007 Absprachen über Absatzquoten, Preise sowie die Aufteilung einzelner Angebote auf dem Markt für Bunker- und Gasöl im Gebiet der Häfen Bremen, Bremerhaven, Brake, Nordenham sowie Wilhelmshaven und Emden getroffen und durchgeführt hatten. Gegen BOMINFLOT und deren handelnde Personen wurden im Jahr 2008 Bußgelder i. H. v. 7,7 Mio. Euro verhängt. Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig. Gegen BMT wird nach Abschluss noch laufender Ermittlungen voraussichtlich ebenfalls ein Bußgeld verhängt werden.

## 3. Flüssiggas – Kartellverfahren

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum gegen neun Unternehmen der Flüssiggasbranche und mehrere natürliche Personen Bußgelder i. H. v. 208,67 Mio. Euro wegen Kundenschutzabsprachen verhängt. Gegen zwei weitere Unternehmen sind Verfahren noch anhängig. Die Auswertung der bei der Durchsuchung im Mai 2005 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 34, 84) sichergestellten Asservate ergab Hinweise auf die Beteiligung einer Vielzahl von Mitgliedsunternehmen des Deutschen Verbandes Flüssiggas e. V. (DVFG) an Kartellabsprachen. Im Rahmen seines Aufgreifermessens konzentrierte sich das Bundeskartellamt auf die größeren Unternehmen der Branche. Die betroffenen Unternehmen sind in der Belieferung von Privat- und Gewerbekunden mit Flüssiggas in Kleintanks (bis 5,6 t) oder mit Flaschengas tätig. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich zum Teil um deutsche Tochtergesellschaften von europaweit agierenden Flüssiggas- und Mineralölunternehmen. Die Auswertung der bei der Durchsuchung sichergestellten Unterlagen und Dateien hat ergeben, dass sich die führenden Flüssiggasanbieter seit mindestens 1997 verständigt hatten, sich gegenseitig keine Kunden abzuwerben. Wechselwilligen Kunden wurde auf Nachfrage kein Preis oder nur ein überhöhter „Abschreckungspreis“ genannt. Abgesichert wurde die Kartellabsprache im Tankgasgeschäft durch ein System von „Wettbewerbsmeldungen“, das auch Kompensationen vorsah. Meldestelle war ein von mehreren Kartellbeteiligten gemeinschaftlich betriebenes Transportunternehmen. Bei Flaschengas dienten sog. Flaschenpools als Basis der Kundenschutzabsprache. Die

Absprachen führten zu einem Preisniveau, das weit über dem Preisniveau kleinerer, sogenannten freier Anbieter lag. Da die Verstöße vor Inkrafttreten der siebten GWB-Novelle Mitte 2005 – mit Einführung der umsatzbezogenen Bußgeldberechnung – stattgefunden hatten, ermittelte das Bundeskartellamt die Bußgelder nach dem früheren System der Mehrerlösberechnung. Dabei wurden die Preise der freien Anbieter als Vergleichsmaßstab herangezogen. Der Bußgeldbescheid gegen eines der Unternehmen und seinen persönlich betroffenen Geschäftsführer wegen Beteiligung an Absprachen bei Flaschengas ist rechtskräftig; gegen die übrigen Bußgeldbescheide wurde Einspruch erhoben.

## Chemische Industrie (24)

### A. Industrie

#### 1. Arzneimittel

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme der Pharmion Inc. durch die Celgene Inc. freigegeben. Beide Unternehmen entwickeln und vertreiben biopharmazeutische Produkte, die u. a. zur Behandlung bösartiger Bluterkrankungen eingesetzt werden. Gegenstand der Prüfung war insbesondere der Bereich der Medikamente zur Therapie des Multiplen Myeloms, einer Art von Blutkrebs. Pharmion vertreibt in Europa (unter Lizenz von Celgene) ein Arzneimittel mit dem Wirkstoff Thalidomid. Das Wirkstoffpatent für dieses Arzneimittel ist bereits abgelaufen. Celgene hält eine Lizenz auf die angiogenetische Verwendung dieses Präparats, die an Pharmion weiterlizenziiert wurde. Thalidomid ist für die Behandlung des Multiplen Myeloms noch nicht zugelassen, eine Zulassung ist jedoch beantragt. Diese Zulassung betraf jedoch nur den Einsatz in der sog. ersten Behandlungslinie, d. h. die Fälle, in denen das Multiple Myelom neu diagnostiziert wurde. Celgene bietet das Produkt Revlimid an. Es bekämpft die Krankheit auf eine andere Weise und ist nur zur Anwendung in der zweiten Behandlungslinie zugelassen, also für Fälle, in denen der Patient sich bereits einer ersten Behandlung unterzogen hat und nunmehr einen Rückfall erleidet. Die Arzneimittel beider Hersteller sind daher – obwohl sie zur gleichen ATC-Klasse (ATC – Anatomical-Therapeutical Classification) gehören – aus medizinischer Sicht grundsätzlich nicht austauschbar. Zu berücksichtigen war zudem, dass weitere Therapiealternativen zur Verfügung stehen, insbesondere auch das Präparat Velcade von Johnson & Johnson/Janssen Cilag, das ebenfalls zugelassen ist und erhebliche Marktanteile erzielt.

Im Mai 2008 hat das Bundeskartellamt gegen die Bayer Vital GmbH ein Bußgeld i. H. v. 10,34 Mio. Euro wegen eines Verstoßes gegen § 1 verhängt. Bayer Vital ist innerhalb des Bayer-Konzerns für den Arzneimittelvertrieb im Inland zuständig. Das Unternehmen hatte mit etwa 11 000 der bundesweit rund 21 500 Apotheken sog. „OTC-Zielvereinbarungen“ abgeschlossen. Diese Vereinbarungen wurden jährlich abgeschlossen und regelten den Bezug von nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Arzneimitteln (sog. Over the counter – OTC – Arzneimitteln). Neben kartellrechtsneutralen Be-



stimmungen wie Mengen- oder Zielrabatten enthielten diese Vereinbarungen auch Regelungen über einen „Partnerschaftsbonus“. Bayer Vital versprach den Apotheken einen solchen Bonus u. a. dafür, dass sie sich im Wesentlichen an die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers halten. Sofern die Apotheken sich an bestimmte Vorgaben hielten, die vom Außendienst überwacht wurden, erhielt die Apotheke einen zusätzlichen Rabatt von bis zu 3 %. Geduldet wurde die Teilnahme an kurzfristigen Preisaktionen (Rabatte bis zu 20 % für eine Dauer von maximal vier Wochen), nicht dagegen Dauerniedrigpreise. In Einzelfällen wurde den Apotheken die Einstellung der Direktbelieferung angedroht, was für die Apotheken zur Folge gehabt hätte, dass sie die betreffenden Arzneimittel zu weniger günstigen Konditionen über den Großhandel hätten beziehen müssen.

Das Bundeskartellamt sah in diesen Verträgen gegen § 1 verstoßende Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Beschränkung des Preiswettbewerbs zwischen den Apotheken bezwecken. Dies sollte auf zweifache Weise erreicht werden: Zum einen erhielt der Apotheker einen direkten Anreiz zur Preistreue, zum anderen wusste er, dass auch seine Wettbewerber einen solchen Anreiz erhalten. Eine Freistellung nach § 2 Absatz 2 i. V. m. Artikel 4 der Vertikal-GVO (VO Nummer 2790/1999, ABl. EG Nummer L 336 vom 29. November 1999, S. 21) lag nicht vor. Zwar sind Preisempfehlungen erlaubt, diese dürfen sich jedoch nicht in Folge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Bestimmungen, denen zufolge die Gewährung von Nachlässen von der Einhaltung eines vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht wird, führen indirekt zu einer solchen Preisbindung (Rn. 47 der Vertikal-Leitlinien der Europäischen Kommission, ABl. EG Nummer C 291 vom 13. Oktober 2000, S. 1).

Das Bußgeld wurde in Anwendung der neuen Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes festgesetzt. Zugunsten von Bayer Vital wurde dabei berücksichtigt, dass das Unternehmen das genannte kartellrechtswidrige Verhalten bereits vor der Durchsuchung durch das Bundeskartellamt freiwillig aufgegeben hatte und dass es nach der Durchsuchung vollumfänglich mit dem Bundeskartellamt bei der Aufklärung des Sachverhalts kooperierte. Der Bußgeldbescheid wurde rechtskräftig.

Da die Apotheken ebenfalls an den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen beteiligt waren, lag auch auf ihrer Seite ein Verstoß gegen § 1 vor. Wegen des geringen Vorwurfs, der die einzelnen Apothekerinnen und Apotheker traf, wurde jedoch insoweit von einer Verfolgung abgesehen.

Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum begonnen, eine Sektoruntersuchung durchzuführen, in der insbesondere geklärt werden soll, inwieweit Patentstrategien forschender Arzneimittelhersteller zu einer Behinderung von Generikaanbietern führen können (S. 47). In diesem Zusammenhang hat das Bundeskartellamt die Frage beschäftigt, ob von Herstellern von Originalpräparaten abgeschlossene Rabattverträge mit Krankenkassen

konkurrierende Anbieter behindern können. Ein Generikaanbieter beschwerte sich darüber, dass ein pharmazeutischer Hersteller für ein Originalpräparat, dessen Patentschutz abgelaufen war, mit einigen Krankenkassen Rabattverträge abgeschlossen hatte, in denen diese so gestellt werden sollten, dass ihnen keine höheren Kosten als bei einem Bezug eines Generikums entstehen. Das Bundeskartellamt hatte in diesem Verhalten einen möglichen Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gesehen. Das Verfahren wurde jedoch eingestellt, nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Generikaanbieter trotz der abgeschlossenen Rabattverträge schnell Marktanteile gewinnen konnten.

## **2. Herstellung von Duftstoffen und Körperpflegemitteln**

### **Luxuskosmetikartikel**

Wegen eines unzulässigen Marktinformationssystems wurden gegen neun Hersteller von Parfümerie- und Kosmetikartikeln des selektiven Vertriebs und gegen 13 Geschäftsführer Bußgelder von insgesamt 9,66 Mio. Euro verhängt. Sie hatten in wettbewerbsbeschränkender Form seit vielen Jahren in der sog. Schlossrunde, in der die Vertriebsverantwortlichen der wichtigsten Luxuskosmetikhersteller vertreten waren, Umsatzdaten und weitere Informationen über Marktstrategien und Marktparameter ausgetauscht. Die Umsatzzahlen wurden quartalsweise, individualisiert sowie nach Produktgruppen und Marken gemeldet. Gleiches galt – in halbjährlichem Abstand – für die Werbeausgaben der Unternehmen. Der Austausch betraf außerdem den Retourenprozentsatz, Graumarktdaten, geplante Produktneueinführungen, die Autorisierung von Parfümerien, Vertriebsstrukturdaten, in Einzelfällen auch geplante Preiserhöhungen. Es handelte sich um wesentliche Wettbewerbsparameter, deren Austausch zwischen Wettbewerbern – in identifizierender und geheim gehaltener Form – die konkrete Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung besaß und vorsätzlich praktiziert wurde. Die Geldbußen wurden in Kombination von altem Regelbußgeldrahmen für den Tatzeitraum unter dem GWB 1990 und dem GWB 1998 sowie umsatzabhängiger Geldbuße für einen kurzen Tatzeitraum unter dem GWB 2005 bemessen. Verfahren gegen zwei Betroffene und zwei Nebenbetroffene wurden unmittelbar rechtskräftig; von den anderen Betroffenen und Nebenbetroffenen wurde Einspruch erhoben. Der Fall wurde an die Generalstaatsanwaltschaft am Oberlandesgericht Düsseldorf abgegeben.

## **3. Drogerieartikel**

Das Bundeskartellamt hat im Jahre 2008 gegen sieben Markenhersteller von Drogerieartikeln sowie deren Vertriebsleiter Bußgelder i. H. v. insgesamt rund 37 Mio. Euro wegen abgestimmter Preiserhöhungen (18 Mio. Euro) sowie wegen des gegenseitigen Informationsaustausches über den Stand der Jahresgespräche mit Einzelhändlern (19 Mio. Euro) verhängt. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig. Die Verfahren gegen neun weitere Teilnehmer des Informationsaustausches sind noch nicht abgeschlossen. Ausgelöst wurde das Verfahren durch einen

Bonusantrag der Colgate-Palmolive GmbH. Im März 2007 waren daraufhin die Geschäftsräume von fünf Markenartikelherstellern durchsucht worden.

Beteiligt an den abgestimmten Preiserhöhungen waren neben der Colgate-Palmolive GmbH die Unternehmen Henkel Wasch- und Reinigungsmittel GmbH, Schwarzkopf & Henkel GmbH, Sara Lee Deutschland GmbH und Unilever Deutschland GmbH. Im einzelnen war zwischen den jeweiligen Anbietern zum Jahreswechsel 2005/2006 eine Anhebung der Listenpreise um etwa 5 % für Handgeschirrspülmittel der Marken „Pril“ (Henkel) und „Palmolive“ (Colgate), für Duschgel der Marken „Fa“ (Schwarzkopf & Henkel), „Duschdas“ (Sara Lee) und „Palmolive“ (Colgate) sowie für Zahncreme der Marken „Signal“ (Unilever) sowie „Dentagard“ und „Colgate“ (Colgate) abgestimmt worden. Die aufgeführten Marken sind in ihren Produktbereichen preislich fast identisch positioniert und stehen deshalb besonders im Wettbewerb zueinander. Zudem erfolgt ein sehr hoher Anteil des Verkaufs auf Einzelhandelsebene über Aktionen/Promotionen, so dass dem Preisniveau der jeweiligen Hauptwettbewerber eine besonders hohe Bedeutung für den eigenen Markterfolg zukommt. Um die genannten Preiserhöhungen beim Handel besser durchsetzen zu können, wurden sie mit einer Erhöhung der empfohlenen Endverkaufspreise verbunden. Dem Einzelhandel sollte so die Möglichkeit eröffnet werden, die Preiserhöhungen an den Endverbraucher weiterzugeben.

Darüber hinaus waren die genannten Markenartikelhersteller gemeinsam mit weiteren Unternehmen der Branche seit Jahren an einem regelmäßigen Austausch von Informationen über die Verhandlungen mit Einzelhändlern beteiligt. Auf Sitzungen des Arbeitskreises „Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR) des Markenverbandes e.V. wurden Informationen über die zusätzlichen Rabattforderungen des Einzelhandels in den Jahresgesprächen oder in unterjährigen Verhandlungen, die darauf erfolgten zusätzlichen Rabattangebote der Lieferanten, den aktuellen Stand der Verhandlungen sowie die bevorstehende oder erfolgte Verständigung über bestimmte zusätzliche Rabatte ausgetauscht. Dieser Austausch der Markenartikelhersteller über den Stand der Jahresgespräche mit dem Handel beschränkte als identifizierendes Marktinformationsverfahren den Geheimwettbewerb in Bezug auf einen wesentlichen Preisbestandteil. Das widerspricht dem vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Grundsatz der Autonomie des Marktverhaltens („Selbständigkeitspostulat“) und verstößt gegen deutsches und europäisches Kartellrecht. Die Information, in welchem Umfang Wettbewerber den zusätzlichen Rabattforderungen des Einzelhandels nachgeben, ist für jeden Marktteilnehmer für die Bestimmung der eigenen Verhandlungsstrategie von großem Interesse. Durch den Informationsaustausch entstand zudem zumindest die Gefahr der Koordinierung des Marktverhaltens unter den Markenartikelherstellern.

Wegen der Teilnahme an diesem Informationsaustausch sind bislang rechtskräftige Bußgeldbescheide gegen die vier oben genannten Unternehmen sowie gegen die John-

son & Johnson GmbH, Coty Deutschland GmbH und die delta pronatura Dr. Krauß & Dr. Beckmann KG ergangen. Gegen die Colgate-Palmolive GmbH wurde infolge des Bonusantrags keine Geldbuße verhängt. Die Verfahren gegen neun weitere ehemalige Mitglieder des KWR sind noch nicht abgeschlossen. Der Arbeitskreis „KWR“ des Markenverbandes ist inzwischen aufgelöst worden.

#### 4. Polyurethansysteme

Im Berichtszeitraum zeigten sich Konzentrationstendenzen im Produktbereich der Polyurethansysteme. Aus Polyurethanen können harte und spröde, aber auch weiche und elastische Endprodukte hergestellt werden. Besonders die Elastomere weisen eine vergleichsweise hohe Reißfestigkeit auf. Daneben gibt es Polyurethanschäume in weicher (z. B. für Sportschuhsohlen) oder in harter Form (z. B. Montageschaum). Je nach Anwendung konkurrieren Polyurethane auch mit anderen Einsatzstoffen. Formulierungen, Anwendungsanpassungen und Optimierungen der verschiedenen Kombinationen von Polyurethangrundstoffen werden häufig in Abstimmung mit dem Kunden entwickelt. Sie bezeichnet man als Polyurethansysteme. Die großen Produzenten stellen i. d. R. die Polyurethangrundstoffe her, beliefern Kunden aber auch mit speziellen Systemen. Auf die Entwicklung und Belieferung von Systemen sind auch sog. Systemhäuser spezialisiert, von denen zahlreiche am Markt existieren. Zwischen Herstellern und Systemhäusern kam es im Berichtszeitraum zu einer Reihe von Zusammenschlüssen (Elastogran (BASF)/ Polymer Chemical, Dow Chemical/Hyperlast Autothane, Dow Chemical/Edulan, Bayer/Resina, Bayer/Baulé, Huntsman/ PUR-Systeme). Alle angemeldeten Vorhaben konnten im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Im Zusammenschlussfall Bayer/Baulé wurden dabei umfangreiche Ermittlungen durchgeführt.

Das Bundeskartellamt hatte in der Vergangenheit Polyurethansysteme für Hartschäume, für Weichschäume, für Integralschäume und für CASE (Coatings, Adhesives, Sealants und Elastomere) unterschieden. Teilweise wurden auch engere Abgrenzungen des sachlich relevanten Marktes diskutiert, zum einen nach den verwendeten Grundstoffen (z. B. in Hartschaum, polyetherbasiert und Hartschaum, polyesterbasiert), zum anderen nach der Anwendung (z. B. Markt für Elektroisulationsmaterial aus Epoxidharz- oder Polyurethanformulierungen). Auf Grundlage der im Fall Bayer/Baulé erfolgten schriftlichen Marktbefragung geht das Bundeskartellamt nun von einem Markt für Polyurethansysteme für Gießelastomere aus. Die Antworten der befragten Unternehmen lassen darauf schließen, dass Produkte dieser Gattung grundsätzlich austauschbar sind. Neben gegossenen Elastomeren gibt es noch Sprühelelastomere und thermoplastische Elastomere. Es kann jedoch offen gelassen werden, ob die Marktabgrenzung auch weiter gefasst werden kann, z. B. zu einem Gesamtmarkt für Polyurethansysteme für Elastomere. Eine noch engere Marktabgrenzung, z. B. nach Heiß- und Kaltgießelastomeren, schließt das Bundeskartellamt aus. Der Markttest ergab, dass der Übergang zwischen beiden Produktgruppen fließend ist bzw. die Produkte nach entsprechenden technischen Anpassungen

ersetzt werden können. Ebenfalls für einen gemeinsamen Markt spricht, dass alle befragten Wettbewerber sowohl Kalt- als auch Heißgießelastomere herstellen und zahlreiche Kunden der Parteien regelmäßig beide Formen beziehen. Der räumlich relevante Markt für Polurethansysteme umfasst mindestens den EWR. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Verfahren Bayer/Baulé lagen zwischen 25 % bis 40 %. Da neben den Parteien weitere große Chemieunternehmen und zahlreiche Systemhäuser am Markt tätig sind, ist von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht auszugehen. Auch die Entstehung oder Verstärkung einer oligopolistischen Marktbeherrschung der großen Herstellerunternehmen ist nicht anzunehmen. Sinkende Preise und Margen sowie die intransparenten Marktverhältnisse deuten darauf hin, dass Wettbewerb im Markt herrscht.

## 5. Weichmacherprodukte

In dem Bußgeldverfahren gegen drei Chemieunternehmen wegen mehrjähriger europaweiter Preis- und Quotenabsprachen bei Benzyl-Buthyl-Phthalat (BBP), einem Weichmacherprodukt, (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 87) wurden Geldbußen gegen die Ferro (Belgium) S. p. r. l. und die Polynt S. A., letztere als Rechtsnachfolgerin der Lonza S. p. A., sowie gegen zwei persönlich Betroffene i. H. v. insgesamt 720 000 Euro verhängt. Das dritte Unternehmen, die Bayer AG, hatte das Verfahren durch einen Bonusantrag ausgelöst und erhielt deshalb keine Geldbuße.

## 6. Lebensmittelzusatzstoffe

Das beim Bundeskartellamt fusionskontrollrechtlich angemeldete Vorhaben, wonach Danisco, ein weltweit tätiger Hersteller von Lebensmittelzusatzstoffen, Abitec, einen Anbieter von Emulgatoren, erwerben wollte, ist nach vorläufiger Prüfung auf Antrag des Bundeskartellamtes gemäß Artikel 22 Absatz 1 der FKVO von der Europäischen Kommission geprüft und im Ergebnis freigegeben worden. Die kursorische Prüfung des Bundeskartellamtes ergab, dass durch den Zusammenschluss auf einzelnen – räumlich zumindest europaweit abzugrenzenden – Märkten von Emulgatoren wettbewerblich bedenklich hohe Marktanteile erreicht werden, dies erhebliche Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben könnte und die Europäische Kommission besser die hier gegebenenfalls erforderlichen Abhilfemaßnahmen erlassen könnte. Die bereits mit dem Fall befasste britische Wettbewerbsbehörde schloss sich ebenfalls dem Antrag des Bundeskartellamtes an. Im Ergebnis gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss trotz der Höhe der addierten europaweiten Marktanteile der Parteien von rund 35 % bis 45 % bei den synthetischen Emulgatoren „DISMO“ und „DATEM“ frei. Es bestünden bei den verbleibenden Anbietern genügend freie Kapazitäten, und für einzelne Funktionen gäbe es darüber hinaus Substitute. Schließlich schrumpfte der Markt für „DATEM“, da sich Kunden zunehmend für andere Emulgatoren entschieden.

## 7. Hydrokolloide

Das US-amerikanische Chemieunternehmen FMC erwarb im Berichtszeitraum den Geschäftsbereich Hydrokolloide der International Speciality Products Inc. (USA). Der Zusammenschluss wurde im Vorprüfverfahren freigegeben, obgleich es zu nennenswerten Marktanteilsadditionen der weltweit führenden Zusammenschlussbeteiligten im Bereich Alginat kam. Diese aus Seegras gewonnenen Hydrokolloide werden in Lebensmitteln, der Medizin und Pharmaindustrie eingesetzt und vermögen etwa die Viskosität einer Lösung zu erhöhen oder sie zu verdicken. Offen bleibt, ob andere Hydrokolloide wie Agar, Gelatine und Pektine – insbesondere für bestimmte Einsatzbereiche – Substitute darstellen können. Sie werden von den Zusammenschlussparteien nicht hergestellt. Ohne die genauen Produktmärkte zu definieren, ergab die Prüfung des Vorhabens folgendes: Bei der Betrachtung denkbarer relevanter Alginat-Teilmärkte, etwa Alginat für pharmazeutische Anwendungen, als hypothetischen Gesamtmarkt, mögen die sich zusammenschließenden Parteien zwar hohe Marktanteile auf dem vermutlich weltweiten räumlich relevanten Markt haben. Der nationale hypothetische Gesamtmarkt bleibt aber unterhalb der gesetzlichen Bagatellmarktschwelle von mindestens 15 Mio. Euro. Somit ist die nationale Fusionskontrolle ausgeschlossen. Definierte man den Markt wiederum so, dass ein nationales Gesamtmarktvolumen von mindestens 15 Mio. Euro tatsächlich anzunehmen wäre, also ein weiter definierter sachlicher Markt, etwa Alginat für alle Anwendungen, so addierten sich wiederum die Marktanteile der am Vorhaben beteiligten Unternehmen auf eine wettbewerblich nicht mehr bedenkliche Höhe. Insgesamt war also festzustellen, dass je nach Marktabgrenzung entweder keine deutsche Fusionskontrolle greift oder bei anderer Marktabgrenzung das Vorhaben wettbewerblich unbedenklich ist.

## 8. Herstellung von Chemiefasern

Die Lenzing AG hat ihre Anmeldung zurückgenommen, ihre Minderheitsbeteiligung an der Equi Fibres Beteiligungsgesellschaft mbH auf eine Mehrheitsbeteiligung aufzustocken, nachdem das Bundeskartellamt erhebliche fusionskontrollrechtliche Bedenken geäußert hatte. Equi Fibres hält sämtliche Anteile an der Kelheim Fibres mit Sitz in Kelheim. Kelheim Fibres stellte zum Zeitpunkt der Anmeldung Kunstfasern auf der Basis von Zellulose und Acryl her. Zu Überschneidungen mit dem Produktionsprogramm der Erwerberin kam es im Bereich der Viskose, einer cellulosischen Stapelfaser für die Einsatzbereiche Textilien, Heimtextilien und technische Anwendungen. Daneben stellt Lenzing noch weitere spezielle Fasern auf Basis von Cellulose her (Modal und Lyocell). Kelheim Fibres gehörte früher zur Acordis-Gruppe, die von dem Finanzinvestor CVC verwaltet wurde. Den Erwerb der Kontrolle über Lenzing durch CVC hat die Europäische Kommission mit Entscheidung vom 17. Oktober 2001 untersagt, weil er auf drei Teilmärkten für Viskose-Stapelfasern, dem Markt für die Viskose-Faser Lyocell sowie dem Markt für Lyocell-Produktionstechnologie zu einer beherrschenden Stellung von Lenzing

und Acordis Kelheim (der heutigen Kelheim Fibres) geführt hätte (COMP/M.2187 – CVC/Lenzing). Die ersten Ermittlungen des Bundeskartellamtes haben die damaligen Ermittlungen der Europäischen Kommission bestätigt, dass Viskose-Stapelfasern (VSF) weiterhin nicht durch andere Kunstfasern wie z. B. aus Acryl, Polyester oder Polypropylen bzw. durch Baumwolle ersetzt werden können. Über 80 % der befragten Abnehmer haben eine solche generelle Austauschbarkeit verneint. Sie bilden damit einen eigenen sachlich relevanten Markt, der weiter in einzelne Teilmärkte (Standard-VSF, spinngefärbte VSF und VSF für Tampons) zerfällt. Daneben stellt Lenzing für textile Anwendungen noch die speziellen cellulosischen Fasern Lyozell (Marke Tencel) und Modal her, die früher auch von Acordis Fibres angeboten wurden. Lenzing ist für diese beiden Fasern der einzige Anbieter. Der Markt für diese viskosischen Fasern ist europaweit abzugrenzen. Auf den einzelnen Märkten für VSF wäre es durch den Zusammenschluss zu einer überragenden Marktstellung der Beteiligten mit Marktanteilen von zusammen über 80 % gekommen. Den anschließenden Erwerb des Acrylfasergeschäfts der Kelheim Fibres (Dolan GmbH) durch Lenzing konnte das Bundeskartellamt freigeben, weil Lenzing auf diesem Markt nicht tätig war.

## B. Handel

### Trinkwassersprudler, CO<sub>2</sub>-Zylinder

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes, der Soda-Club GmbH ihr missbräuchliches Verhalten auf dem Markt für die Befüllung von CO<sub>2</sub>-Zylindern für Trinkwassersprudler zu untersagen (Tätigkeitsberichte 2003/2004, S. 105; 2005/2006, S. 89 f.) ist sowohl vom Oberlandesgericht Düsseldorf als auch vom Bundesgerichtshof in vollem Umfang bestätigt worden. Das Oberlandesgericht bestätigte die Abgrenzung eines eigenständigen Teilmarktes für die Besprudelung von Trinkwasser und bezog – ebenso wie das Bundeskartellamt – insbesondere verkaufsfertiges Mineralwasser nicht in diesen Markt mit ein, da sich die Wettbewerbsverhältnisse auf beiden Märkten erheblich unterscheiden und unterschiedliche Anbieter und Nachfrager auf den beiden Märkten tätig seien. Unternehmen, die Druckzylinder für andere Einsatzzwecke (Feuerlöscher, Aquaristik, Zapfanlagen usw.) vollautomatisch befüllen, zählten ebenfalls nicht zum Kreis der Wettbewerber auf dem Befüllungsmarkt, weil sie nicht kurzfristig und mit vertretbarem wirtschaftlichen Aufwand ihre Dienstleistung auf die Befüllung von Zylindern für Trinkwassersprudler umstellen könnten. Angesichts ihres anhaltend hohen Marktanteils von über 60 % und des großen Vorsprungs vor allen konkurrierenden Abfüllbetrieben sei auch eine marktbeherrschende Stellung von Soda-Club auf dem Markt für die Befüllung von CO<sub>2</sub>-Zylindern für Trinkwassersprudler nachgewiesen. Die konkrete Ausgestaltung des Mietzylinder-Systems von Soda-Club erfülle auch den Tatbestand eines Behinderungsmissbrauchs, weil es auf eine Verdrängung der Wettbewerber auf dem Befüllungsmarkt ziele, indem konkurrierende Abfüllbetriebe systematisch von einer Befüllung ihrer Mietzylinder ausgeschlossen würden und gleichzeitig der Markt zunehmend mit ihren Mietzylindern

verstopft werde. Dieses Wettbewerbsverhalten von Soda-Club widerspreche einem normalen und fairen Produkt- und Dienstleistungswettbewerb, weil es geeignet sei, den Wettbewerb auf dem Befüllungsmarkt massiv einzuschränken und schließlich zum Erliegen zu bringen. Dieses Verhalten sei auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Soda-Club lediglich ihr Recht am Eigentum ihrer Mietzylinder ausüben wolle. Weder das Grundgesetz noch das Gemeinschaftsrecht gewährten einen schrankenlosen Schutz des Eigentums; vielmehr finde nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Ausübung von Eigentumsrechten ihre Grenze am kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des Artikels 82 EG. Eine allein zu wettbewerbsfeindlichen Zwecken gehaltene Eigentumsposition könne dem kartellrechtlichen Behinderungsverbot des Artikels 82 EG keine Grenze setzen, weil sonst bereits das Mittel des Kartellverstoßes das kartellrechtswidrige Verhalten rechtfertigen würde. Eine sichere Befüllung der Zylinder könnten ferner auch dritte Abfüllbetriebe und nicht nur Soda-Club gewährleisten. Die Erzielung einer angemessenen Marge für ihr gesamtes Besprudelungssystem (Geräte einschließlich wiederbefüllte Zylinder) könne das wettbewerbsbeschränkende Verhalten von Soda-Club ebenfalls nicht rechtfertigen. Vielmehr müsse Soda-Club hinnehmen, bei dauerhaft ungenügender Rendite auch aus dem Markt auszusteigen. Das Oberlandesgericht bestätigte nicht nur die Feststellung eines Missbrauchs, sondern auch die Verpflichtung von Soda-Club durch das Bundeskartellamt, zur Abstellung des Missbrauchs auf den Bänderolen ihrer CO<sub>2</sub>-Zylinder auf die Zulässigkeit der Befüllung durch dritte Abfüllunternehmen ausdrücklich hinzuweisen. Die von Soda-Club hiergegen erhobene Rechtsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 4. März 2008 zurückgewiesen (KVR 21/07; S. 22 f.). Der Bundesgerichtshof bestätigte insbesondere, dass im Falle von Systemen wie z. B. einem Trinkwassersprudler, der mit befüllten CO<sub>2</sub>-Patronen betrieben wird, ein eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist, in den nur Anbieter des betreffenden Betriebsmittels, nicht aber eines konkurrierenden Systems einzubeziehen sind. Die Verpflichtung von Soda-Club, auf den Bänderolen ihrer Zylinder auf die Möglichkeit der Befüllung auch durch Wettbewerber hinzuweisen, hat der Bundesgerichtshof zeitlich auf drei Jahre nach Rechtskraft seines Beschlusses beschränkt, weil die Endverbraucher nach dieser Zeit ausreichend von dieser Möglichkeit Kenntnis erlangt hätten.

### Kunststofferzeugnisse (25)

Das Bundeskartellamt hat ein Entflechtungsverfahren, das sich gegen das Unternehmen Schoeller Arca Systems, B. V. (Niederlande) richtete, ohne Entflechtungsanordnung abschließen können, da der Zusammenschluss auf keinem der betroffenen Märkte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führte. Im Juli 2007 hatte das Unternehmen mitgeteilt, dass im Jahr 2005 ein Zusammenschluss zwischen Schoeller Wavin Systems N. V. (Niederlande) (SWS) und Arca Systems International AB, (Schweden) (Arca) stattgefunden hatte.

SWS war ein Hersteller von Kästen, Behältern und Paletten zum Zwecke des Transports und der Lagerung von Gütern speziell für die Lebensmittelindustrie. Arca war ein Hersteller von Produkten und Systemen im Bereich Kunststofftransportverpackungen mit Kunden aus den Branchen Industrie/Automotive, Einzelhandel, Lebensmittel sowie Landwirtschaft.

Zu Überschneidungen kam es durch den Zusammenschluss im Bereich der wiederverwendbaren Kunststofftransportverpackungen. Dazu gehören in erster Linie Materialboxen, die unterschiedlichsten Einsatzzwecken dienen, und auch Flaschenkästen. Die sachlich relevanten Produktmärkte unterschied das Bundeskartellamt nach großen und kleinen Materialboxen, da diese auf unterschiedlichen Maschinen gefertigt werden müssen. Die Produktionsumstellungsflexibilität innerhalb der jeweiligen Produktgruppe ist groß. Flaschenkästen stellen allerdings eine Besonderheit dar: Sie werden zwar auf den gleichen Maschinen gefertigt wie kleine Materialboxen, erfordern aber besondere Vertriebstätigkeiten. Während die Ansprüche an Materialboxen allein funktioneller Art sind, erfüllen Flaschenkästen – insbesondere solche für Bier – häufig zusätzlich besondere Marketinganforderungen und werden in Zusammenarbeit mit Designern entwickelt. Letztlich konnte das Bundeskartellamt offen lassen, ob Flaschenkästen einen eigenständigen sachlichen Markt darstellen.

Sowohl Flaschenkästen als auch Materialboxen werden mindestens deutschlandweit gehandelt. Marktteilnehmer führten relativ hohe Transportkosten als Grund dafür an, dass eine Lieferung weit über die Grenzen Deutschlands bzw. seiner Nachbarländer hinaus wirtschaftlich nicht lohnend ist. Im Rahmen der wettbewerblichen Prüfung konnte offen gelassen werden, ob es sich beim relevanten Markt um einen deutschlandweiten oder einen EWR-weiten Markt handelt.

Auf dem Markt für Flaschenkästen erreichten die Parteien sowohl in Deutschland als auch in Europa Marktanteile i. H. v. 40 % bis 50 %. Trotzdem entstand weder eine marktbeherrschende Stellung noch wurde eine solche verstärkt. Die Gründe liegen darin, dass es sich beim Markt für Flaschenkästen um einen schrumpfenden Markt handelt (z. B. aufgrund der sinkenden Mehrwegquote), in dem die Parteien Marktanteile verloren, während Wettbewerber aufholen konnten. Die Marktanteilsaddition durch den Zusammenschluss war eher gering. Bei der Fusion handelte es sich vielmehr um eine Portfolioerweiterung. Arca produzierte Flaschenkästen nur in geringerem Maße. Stattdessen lag ein Produktionsschwerpunkt auf großen Materialboxen, die von SWS kaum gehandelt wurden. Da die großen Nachfrager wie etwa Brauereien durchaus zwischen den Herstellern wechseln und die Margen der Produzenten in den letzten Jahren sanken, konnte das Bundeskartellamt davon ausgehen, dass wesentlicher Wettbewerb im Markt herrscht. Potenzieller Wettbewerb besteht in Form aller Hersteller, die auf kleinen Maschinen kleine Materialboxen fertigen. Wollen sie Flaschenkästen produzieren, benötigen sie lediglich andere Werkzeuge und evtl. eine Automation (Verarbeitung durch

Roboter). Letztere befindet sich bei Individualprodukten sogar häufig im Eigentum des Kunden. Dadurch bewahren sich die Nachfrager die Möglichkeit, auf andere Hersteller wechseln zu können. Wettbewerb durch Randsubstitution ist gegeben, da Getränke anstatt in Flaschenkästen immer mehr in Schrumpffolie angeboten werden. Auf den anderen untersuchten Märkten lagen die Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf einem deutschen Markt zwischen 25 % und 35 %. Auf einem möglichen europäischen Markt lagen sie deutlich darunter. Dabei wurde auch die Variante untersucht, nach der kleine Materialboxen und Flaschenkästen einen gemeinsamen Markt bilden. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wurde in keinem Fall festgestellt.

Der Erwerb des Möbelfoliengeschäftes der Benecke-Kaliko AG durch die Renolit AG ist im fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren freigegeben worden. Mittelbarer Erwerber ist die die Renolit kontrollierende JM Gesellschaft für industrielle Beteiligungen mbH & Co. KGaA. Der Zusammenschluss betraf Möbelfolien, einen Teil des Bereiches Industriefolien. Wenngleich nicht alle dekorativen Möbeloberflächen einem einheitlichen Produktmarkt zugerechnet werden können, so konnte doch für die Entscheidung offen gelassen werden, ob ein einheitlicher Markt mit dem sog. Dekorpapier angenommen werden kann. Zwar ergaben die Ermittlungen, dass sich für die Oberflächengestaltung profilierter, dreidimensionaler Möbeloberflächen ausschließlich spezielle Folien eignen, ebenso ist wiederum für die Innenauskleidung bzw. Seiten- und Rückwandoberflächen von preisgünstigen Möbeln lediglich einfaches Dekorpapier im Einsatz und Möbelfolie keine wirtschaftlich tragbare Alternative. Jedoch ergaben sich auch bei Betrachtung eines eigenständigen Marktes für Möbelfolien keine wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss. Darüber hinaus konnte offen gelassen werden, ob eine weitere Differenzierung nach unterschiedlichen Kunststoffen (PVC, PO) sachlich zutreffend wäre. Die Ermittlungen ergaben ferner, im Einklang mit der europäischen Entscheidungspraxis (COMP/M.3946 Renolit/Solvay), dass von einem europaweiten räumlichen Markt auszugehen ist. Trotz des Erreichens der gesetzlichen Einzelmarktbeherrschungsschwellen der Renolit bereits vor dem Zusammenschluss war wesentlicher europäischer Wettbewerb festgestellt worden und nach dem Zusammenschluss noch zu erwarten. Die Marktanteilsaddition i. H. v. 5 % bis 10 % durch Benecke ergab addierte Marktanteile für Renolit im EWR i. H. v. 40 % bis 50 %. Markteintritte in Europa aus dem asiatischen Raum, die Finanzkraft wesentlicher Wettbewerber und die Produktionsumstellungsflexibilität waren ebenso wie der nicht unbedeutende Substitutionswettbewerb des für viele Möbelfolien-Anwendungsbereiche einsetzbaren Dekorpapiers wesentliche Schwerpunkte der wettbewerblichen Würdigung. Die später zunächst beim Bundeskartellamt angemeldete gemeinsame Kontrolle über die deutsche SUNCoat GmbH durch die Renolit AG und die Evonik Degussa GmbH war aufgrund der Eigenschaft als Vollfunktionsunternehmen von der Europäischen Kommission zu prüfen. SUNCoat war bereits auf

dem Markt für spezielle technische Folien tätig. Das Vorhaben ist in Brüssel fusionskontrollrechtlich freigegeben worden (COMP M.5135 – Renolit/Evonik Degussa/Suncoat).

## **Verarbeitung von Steinen und Erden, Glasgewerbe (26)**

### **A. Industrie**

#### **1. Wandbaustoffe**

Die Xella Baustoffe GmbH, über die die Porenbeton-Aktivitäten des Haniel-Konzerns betrieben werden, hat im Jahr 2003 ein Sanierungskonzept für einen insolvenzbedrohten mittelständischen Hersteller von Porenbeton erarbeitet, das im Einzelnen in einer „Grundsatzvereinbarung“ geregelt ist. Danach stellt die Xella Baustoffe GmbH der Holding der künftigen operativen Gesellschaft ein verzinsliches Darlehen zur Verfügung; die Holding verpfändet als Sicherheit für das Darlehen Anteile an der Gesellschaft, die das Porenbetonwerk betreibt. Die Holding bietet darüber hinaus der Xella Baustoffe GmbH unwiderruflich und befristet den Erwerb von 50 % der Anteile an der Betreibergesellschaft an. Die Holding verpflichtet sich weiterhin, einen Mitarbeiter von Xella (Haniel) zum weiteren Geschäftsführer der Betreibergesellschaft zu bestellen. Diese Vereinbarungen wurden auch umgesetzt. Nachdem das Bundeskartellamt im Jahr 2006 im Rahmen einer Durchsuchung Kenntnis von den genannten Vorgängen erlangt hat, hat die Xella Baustoffe GmbH das Vorhaben angemeldet, in Ausübung der Option einen Anteil von 50 % an der Betreibergesellschaft zu erwerben. Das angemeldete Vorhaben ist in der ersten Prüfungsphase freigegeben worden.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes stellt die „Grundsatzvereinbarung“ einen Zusammenschluss i. S. des § 37 Absatz 1 Nummer 4 dar. Unter die Nummer 4 fallen nach der Begründung des Regierungsentwurfs vom 30. Mai 1989 (Bundestagsdrucksache 11/4610, S. 20) zwar nur solche Verbindungen, die gesellschaftsrechtlich vermittelt sind. Nach der Rechtsprechung dient das Merkmal der – im gesetzlichen Tatbestand nur mittelbar angesprochenen – „Vermittlung des Einflusses durch eine gesellschaftsrechtliche Stellung“ jedoch lediglich der Abgrenzung gegenüber sonstigen Einwirkungen auf Entscheidungen anderer Unternehmen, wie sie sich aus der bloßen Teilnahme am Wettbewerb und dem damit verbundenen Wettbewerb von Waren und Leistungen ergeben, etwa aufgrund reiner Austauschbeziehungen, aufgrund langjähriger Lieferbeziehungen oder bloßer Kreditvereinbarungen ohne besondere Zusatzvorkehrungen (WuW/E DE-R 1390 ff., 1395 Oberlandesgericht Wochenkurier; WuW/E DE-R 607, 612 Bundesgerichtshof Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel). Seiner Funktion nach bringe das Merkmal lediglich zum Ausdruck, dass die Möglichkeiten der Einwirkung auf ein anderes Unternehmen ihre Grundlage in einer gesellschaftsrechtlichen oder vergleichbaren rechtlichen Beziehung finden müsse. In Verbindung mit dieser Beziehung könnten alle tatsächlichen Umstände und Abhängigkeitslagen, aber auch alle

Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten in die Betrachtung einbezogen werden.

Bei der „Grundsatzvereinbarung“ handelt es sich um eine einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung vergleichbare rechtliche Beziehung zwischen der Xella Baustoffe GmbH sowie der Holding, die die Grundlage dafür bildet, dass die Xella Baustoffe GmbH einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die Betreibergesellschaft ausüben kann. Die „Grundsatzvereinbarung“ ist keine typische Kreditvereinbarung (etwa mit einem Lieferanten oder einer Bank) ohne besondere Zusatzvorkehrungen. Kreditgeber ist vielmehr ein Wettbewerber, der mit der Darlehensgewährung an das insolvente Unternehmen verhindern wollte, dass ein anderer Wettbewerber das Porenbetonwerk erwirbt, um den eigenen Werken verschärft Konkurrenz zu machen. Die Call-Option kommt einem tatsächlichen Anteilserwerb sehr nahe. Die Gesellschaftsorgane der Betreibergesellschaft stehen unter dem Druck, dass der Optionsberechtigte die Option jederzeit ausüben kann, wenn seine Interessen nicht gewahrt werden. Dieser Druck erhöht sich noch durch die kurze Kündigungsfrist für das Darlehen. Die Verpflichtung der „Grundsatzvereinbarung“, einen Xella-Mitarbeiter zum weiteren Geschäftsführer der Betreibergesellschaft zu bestellen, ist ein weiterer Hinweis auf den einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung vergleichbaren Charakter der „Grundsatzvereinbarung“; möglicherweise ist sie sogar für sich genommen schon eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Verbindung i. S. v. § 37 Absatz 1 Nummer 4. Die der Xella Baustoffe GmbH nach der „Grundsatzvereinbarung“ zustehenden vielfältigen Einflussmöglichkeiten lassen auch erwarten, dass die alleinige Gesellschafterin der Betreibergesellschaft auf die Vorstellungen der Xella Baustoffe GmbH Rücksicht nimmt.

Der Praxis des Bundeskartellamtes zu den weiten Tatbestandsformulierungen des § 37 Absatz 1 Nummer 4 hatten bisher nur Fälle des Anteilserwerbs unterhalb der 25 %-Grenze zugrunde gelegen. Fusionsrechtliche Probleme des Vorhabens waren nach einer internen Einschätzung der Xella Baustoffe GmbH bei einer späteren Anmeldung des Zusammenschlusses (Ausübung der Option) nicht zu erwarten. Das später angemeldete Zusammenschlussvorhaben ist dann auch in der ersten Prüfungsphase freigegeben worden. Das Bundeskartellamt hat vor diesem Hintergrund in Ausübung seines Ermessens darauf verzichtet, diesen erstmaligen Verstoß der Xella Baustoffe GmbH gegen das Vollzugsverbot mit einem Bußgeld zu ahnden. Nach den vorstehenden Klarstellungen zum Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 ist jedoch bei vergleichbaren Umgehungsstrukturen damit zu rechnen, dass bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot Bußgelder verhängt werden.

Das Bundeskartellamt hatte der Xella Deutschland GmbH (Xella) zur Beseitigung festgestellter Wettbewerbsbeschränkungen u. a. aufgegeben, innerhalb einer bestimmten Frist als Gesellschafterin aus der Nord-KS GmbH + Co. KG (Nord-KS) auszuschcheiden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 91 f.). Das Oberlandesgericht Düsseldorf als Beschwerdegericht hat inzwischen zwar bestä-

tigt, dass die Durchführung des Gesellschaftsvertrags der Nord-KS gegen § 1 verstößt, weil mit dem Vertrag eine Einschränkung des (Preis-)Wettbewerbs bewirkt wird. Es hat aber das angeordnete Ausscheiden der Xella aufgehoben, da diese Verpflichtung nicht verhältnismäßig i. S. v. § 32 Absatz 2 sei. Dem Bundeskartellamt stehe zur Beseitigung des festgestellten Verstoßes gegen § 1 ein verhaltensbezogenes und damit milderer Mittel zur Verfügung. Es sei ausreichend, Xella eine weitere Durchführung des (nach § 1 nichtigen) Kommanditgesellschaftsvertrages zu untersagen. Gegen diesen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen worden.

Der Bundesgerichtshof hat die Nichtzulassungsbeschwerden des Bundeskartellamtes und der Xella zurückgewiesen. Die Frage, ob die Kartellbehörde einem Gesellschafter nach § 32 Absatz 2 aufgeben darf, aus einem Gemeinschaftsunternehmen auszuschneiden, stelle sich im Streitfall nicht. Da das Beschwerdegericht die Nord-KS mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages als nicht (auch nicht als fehlerhafte Gesellschaft) existent angesehen habe, sei für ein Ausscheiden der Xella aus einer Gesellschaft von vornherein kein Raum gewesen. Auch der Rechtsgrundsatz, Abhilfemaßnahmen struktureller Art seien wegen ihrer erheblichen Eingriffsintensität subsidiär und könnten nur angeordnet werden, wenn keine verhaltensbezogenen Maßnahmen gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stünden oder wenn die verhaltensorientierten Maßnahmen ein beteiligtes Unternehmen stärker belasten würden, bedürfe keiner Klärung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren. Es stehe außer Frage, dass strukturelle Maßnahmen (Eingriffe in die Unternehmenssubstanz) auch nach deutschem Recht jedenfalls den Kriterien des Artikel 7 Absatz 1 Satz 3 VO 1/03 genügen müssten.

Die KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH praktizierte seit etlichen Jahren mit einer Vielzahl von Kalksandsteinherstellern ein sternförmiges System von Lizenzverträgen, die das Recht zur Nutzung der lizenzierten Marken und des zur Verfügung gestellten „Know-how“ auf ein bestimmtes Vertragsgebiet beschränken. Auf diese Weise ist das Bundesgebiet zwischen den Lizenznehmern in 34 Lizenzgebiete aufgeteilt worden. Durch bestandskräftigen Beschluss vom 15. Juli 2003 hat das Bundeskartellamt gemäß § 32 i. V. m. § 1 der KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH, dem Verein „Bauen mit System KS-Quadro e. V.“ sowie den Lizenznehmern u. a. untersagt, die in den Lizenzverträgen vereinbarte Gebietschutzregelung sowie ein bestimmtes Meldesystem über den 31. Dezember 2007 hinaus zu praktizieren.

Ende Dezember 2007 stellte die KS-Quadro Verwaltungsgesellschaft mbH den Antrag, den Beschluss des Bundeskartellamtes aufzuheben, da sich nach ihrer Auffassung sowohl die Sach- als auch die Rechtslage nachträglich zu ihren Gunsten geändert habe.

Das Bundeskartellamt hat den Antrag auf Aufhebung des Beschlusses am 14. Februar 2008 nach § 51 VwVfG abgelehnt. Auch unter Berücksichtigung der unter der Marke KS-Quadro THERM vertriebenen Wandflächenheizung hat sich die für den Beschluss vom 15. Juli 2003

maßgebliche Sachlage nicht zugunsten der Antragstellerin geändert. Die besagte Wandflächenheizung nutzt die Installationskanäle in KS-Quadro Kalksandsteinen, um dort (statt z. B. Stromleitungen) Heizungsschläuche zu verlegen. Praktisch die gesamte Technik stammt von einem dritten Anbieter. Es handelt sich im Wesentlichen um eine Vertriebskooperation unter der einheitlichen Marke KS-Quadro THERM. Es ist nicht zu erkennen, in welcher Hinsicht die untersagten Wettbewerbsbeschränkungen ursächlich (oder sogar unerlässlich) für die Entwicklung von Produktinnovationen sein sollten. Produktinnovationen der in Rede stehenden Art können prinzipiell von jedermann entwickelt werden. In diesem Fall kommt hinzu, dass bereits die zugrunde liegende Kalksandstein-Technologie gemeinfrei ist. Die unter den Marken KS-Quadro und KS-QuadroE vertriebenen Typen von Kalksandsteinen und das Verfahren ihrer Herstellung sind allgemein bekannt und frei von gewerblichen Schutzrechten. Abgesehen von der lizenzpflichtigen Nutzung der Marke KS-Quadro steht es nach den vorliegenden Informationen jedem Hersteller von Kalksandstein frei, Kalksandsteine gleicher oder verwandter Art und Güte herzustellen und Weiter- bzw. Folgeentwicklungen vorzunehmen.

Auch die Rechtslage hat sich nicht nachträglich zugunsten der Antragstellerin geändert. Die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Verbot des § 1 bzw. Artikel 81 Absatz 1 EG gemäß § 2 bzw. Artikel 81 Absatz 3 EG liegen nicht vor. Gebietsschutzregelungen gelten als regelmäßig nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen. Auch die vereinbarte Gebietsaufteilung bringt keinen wirtschaftlichen Nutzen (Effizienzgewinne) hervor, der ohne sie nicht bestünde und dessen wettbewerbsfördernde Wirkungen die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufwiegen. Jedenfalls wären sie nicht unerlässlich, um den vermeintlichen wirtschaftlichen Nutzen zu erreichen. Zwar ist ein gewisser wirtschaftlicher Nutzen des „KS-Quadro“-Systems darin zu sehen, dass die Marke „KS-Quadro“ dem Verbraucher deutlich macht, dass die damit gekennzeichneten Kalksandsteine einer bestimmten Beschaffenheit entsprechen. Für die Realisierung dieses Nutzens reicht es jedoch aus, einen entsprechenden Standard (einheitliche Beschaffenheit und Güte) zu vereinbaren sowie das entsprechende Kennzeichen gemeinsam zu bewerben. Die Gebietsaufteilung trägt weder etwas dazu bei, dass die Vertragsprodukte einer einheitlichen Beschaffenheit und Güte entsprechen, noch dazu, dass die Marke „KS-Quadro“ ihre Funktion erfüllen kann. Die Antragstellerin hat weiterhin geltend gemacht, dass erst die Gebietsaufteilung einen Anreiz für eine deutschlandweite Vermarktung der Vertragsprodukte schaffe. Einen solchen Anreiz gibt es jedoch auch ohne Gebietsaufteilung: Er resultiert namentlich aus dem Wettbewerbsdruck, den die Gebietsaufteilung gerade zu beseitigen bezweckt. Es ist nicht nachvollziehbar, in welcher Hinsicht die Gebietsaufteilung eine deutschlandweite Verfügbarkeit der Vertragsprodukte fördern soll. Schließlich besteht innerhalb der zugewiesenen Gebiete kein Zwang zur Belieferung aller Abnehmer. Die Verpflichtung besteht vielmehr darin, bestimmte Abnehmer (die-

jenigen mit Sitz außerhalb des zugewiesenen Gebietes) nicht zu beliefern. Die Gebietsaufteilung führt auch nicht – wie von der Antragstellerin vorgetragen – zu einer Einsparung von Transportkosten oder zu Produktinnovationen. Die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen (GVO-TT) findet keine Anwendung, da das aufgrund der in Rede stehenden Lizenzverträge zur Verfügung gestellte „Know-how“ kein „Know-how“ i. S. d. GVO-TT darstellt. Das „Know-how“ müsste danach insbesondere geheim sein und nicht – wie in dem hier zu beurteilenden Fall – allgemein bekannt.

## 2. Zement

Im Berichtszeitraum hat es keine größeren Veränderungen im Zementmarkt durch Zusammenschlüsse gegeben. Lediglich die Schwenk-Gruppe hat einen Anteil von 25 % am mittelständischen Zementwerk Lübeck erworben. Das Unternehmen wird jedoch von mittelständischen Gesellschaftern beherrscht. Nach der Beendigung des Mahlvertrages mit Holcim ist das Unternehmen im Vertrieb frei, allerdings mangels eigener Klinkererzeugung weiterhin abhängig von Zulieferungen durch die Gesellschafter Holcim und Schwenk.

Das Kartellverfahren gegen Zementhersteller (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 93) ist derzeit beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig. Die Hauptverhandlung hat im Dezember 2008 begonnen und wird sich über mehrere Wochen erstrecken. Mit einem Urteil wird in der ersten Jahreshälfte 2009 gerechnet.

## 3. Transportbeton

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt 20 Zusammenschlüsse in der Branche geprüft und nicht untersagt. Die Anmeldungen erfolgten ganz überwiegend von großen Baustoffunternehmen dieser Branche, die auch Zement herstellen. In vielen Fällen wurden mittelständische Unternehmen übernommen oder deren Werke angekauft oder angepachtet. Die Zementhersteller haben ihre Transportbetonbeteiligungen aber auch untereinander neu strukturiert. Die Schwenk-Gruppe hat weitere Transportbetonstandorte insbesondere in den neuen Bundesländern erworben und die dortige Marktstellung weiter gestärkt. Cemex und Dyckerhoff haben Transportbetonstandorte in Thüringen und Sachsen getauscht. Holcim hat seine vertikale Struktur in Norddeutschland durch den Zukauf der Vetra-Gruppe in Ostfriesland und Mecklenburg-Vorpommern gestärkt.

Das Kartellverfahren gegen Transportbetonhersteller wegen des Verdachts von Quotenabsprachen in den Markträumen München, Nürnberg/Fürth, Leipzig, Halle, Region entlang der Bundesautobahn A 4 in Thüringen, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster, Rendsburg und in mehreren Regionalmärkten Mecklenburg-Vorpommerns (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 93) ist abgeschlossen worden. Es wurden Bußgelder gegen 62 Unternehmen und drei natürliche Personen mit einer Gesamtsumme von rund 12,75 Mio. Euro verhängt, wo-

von rund 10,16 Mio. Euro rechtskräftig geworden sind. Über die noch anhängigen Einsprüche gegen die Bußgeldbescheide gegen sieben Unternehmen und eine natürliche Person entscheidet das Oberlandesgericht Düsseldorf im März 2009.

## 4. Mörtel

Nach einer Durchsuchung in 2006 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 94) hatte das Bundeskartellamt im Januar 2007 zwei weitere Unternehmen der Mörtelbranche wegen des Verdachts bundesweiter wettbewerbswidriger Absprachen über Preise und andere Konditionen der Aufstellkosten für Mörtel-Silos durchsucht. Zeitgleich wurden bei dieser Durchsuchung auch die Geschäftsräume der beiden größten Baustoff-Handelskooperationen in Deutschland sowie einer Untergliederung des Bundesverbandes des Deutschen Baustoff-Fachhandels durchsucht. Die Auswertung der Beweismittel aus der Durchsuchung von 2006 hatte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass an den Absprachen weitere Hersteller und auch maßgebliche Kreise des Baustoff-Fachhandels beteiligt waren und dass diese sich zusätzlich über eine Ertragsgebühr auf die Silostellgebühr verständigt hatten.

Nachdem das Bundeskartellamt im Herbst 2007 Beschuldigungsschreiben an Betroffene und Nebenbetroffene versandt hatte, steht das Verfahren kurz vor dem Abschluss.

## 5. Asphaltmischgut

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Asphaltmischwerk Langenthal GmbH & Co. KG durch das Straßenbauunternehmen Faber aus Rheinland-Pfalz untersagt. Der (mittlerweile vollzogene, s. u.) Zusammenschluss führt zu einer Absicherung der Kundenbeziehungen zwischen der Werhahn-Gruppe und Faber, einem der umsatzstärksten Straßenbauunternehmen in Rheinland-Pfalz. Die Werhahn-Gruppe war Alleineigentümer der betroffenen Asphaltmischanlage in Langenthal bei Bad Kreuznach und ist nach dem Zusammenschluss Mehrheitsgesellschafter geblieben. Die Werhahn-Gruppe ist neben anderen Geschäftsbereichen maßgeblich im Baustoffsektor tätig. Dabei nimmt das Unternehmen bei der Produktion und dem Vertrieb von Asphaltmischgut in Deutschland eine führende Rolle ein. Im Gebiet um Bad Kreuznach verfügte die Werhahn-Gruppe bereits vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung. Das Unternehmen betreibt in diesem Gebiet nicht nur zahlreiche Asphaltmischwerke, sondern ist über gemeinsame Produktions- und Vertriebsaktivitäten auch mit verschiedenen Abnehmern von Asphaltmischgut verflochten. Zu diesen Kunden zählen einige der führenden Straßenbauunternehmen in Rheinland-Pfalz.

Der Zusammenschluss hat die Kundenbeziehungen zu einem weiteren wichtigen Straßenbauunternehmen in Rheinland-Pfalz abgesichert und so die marktbeherrschende Stellung der Werhahn-Gruppe bei der Produktion und dem Vertrieb von Asphalt im Raum Bad Kreuznach verstärkt. Gegenüber anderen Straßenbauunternehmen,



die in diesem Gebiet über keine eigene Asphaltmischanlage verfügen, hat sich der Verhaltensspielraum der Werhahn-Gruppe erweitert. Gegenüber ihren Wettbewerbern im Asphaltbereich hat die Beteiligung die Marktstellung der Werhahn-Gruppe ebenfalls verbessert. Diese Anbieter haben es nämlich in Zukunft schwerer, die Faber-Gruppe als Kunden zu gewinnen. Das Bundeskartellamt hat mit dieser Entscheidung deutlich gemacht, dass es in der Baustoffindustrie auch Zusammenschlüsse von Unternehmen untersagt, die in einem Lieferverhältnis zueinander stehen (vertikale Wettbewerbsbeschränkungen), wenn – wie im entschiedenen Fall – die marktbeherrschende Stellung des Lieferanten verstärkt wird. Die Zusammenschlussbeteiligten haben Rechtsmittel gegen diese Entscheidung eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat nach § 65 Absatz 3 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes angeordnet, woraufhin der Zusammenschluss vollzogen wurde. Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes hat der Bundesgerichtshof den Beschluss des Oberlandesgerichts mit der Begründung aufgehoben, dass das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 für alle angemeldeten Zusammenschlussvorhaben gilt, gleichgültig ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Untersagung des Zusammenschlusses vorliegen. Die Hauptsache ist weiterhin beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig.

Nachdem das Bauunternehmen Strabag seine Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen Deutag mit Werhahn aufgegeben hat (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 94 ff.), wurden die Asphaltaktivitäten in der neuen Gesellschaft Deutsche Asphalt zusammengefasst. Im Berichtszeitraum hat Strabag seine Asphaltaktivitäten ausgebaut und verschiedene Zusammenschlüsse angemeldet, die diesen sachlichen Markt betreffen. Aufgrund des Zusammenschlusses Strabag/Kirchner war die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung im Markttraum Erfurt im Asphaltmarkt zu befürchten. Durch Veräußerungsaufgaben – nach Verweisung des Teilmarktes durch die Europäische Kommission an das Bundeskartellamt – wurden die wettbewerblich negativen Auswirkungen beseitigt. Ein Zusammenschluss ohne Auflagen hätte eine Verflechtung der drei größten Anbieter zur Folge gehabt, die zusammen einen Marktanteil von 65 % bis 70 % auf sich vereint hätten. Ein wirksamer Außenwettbewerb wäre auch aufgrund der Marktanteilsabstände nicht mehr zu erwarten gewesen.

## 6. Dachziegel

Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2008 sowie Anfang 2009 gegen neun Unternehmen der Tondachziegelbranche und zwölf Personen wegen der Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Tondachziegeln Geldbußen i. H. v. insgesamt 188 Mio. Euro verhängt. Bei den Unternehmen handelt es sich um die Creaton AG und die Pfeleiderer Dachziegel GmbH, die zum belgischen Etex-Konzern gehören, die Etex Holding GmbH, um die Koramic Dachprodukte GmbH & Co. KG, eine Tochtergesellschaft des österreichischen Wienerberger-Konzerns, um die Monier GmbH, die vormalig zum Lafarge-Konzern ge-

hörte, die Erlus AG, Jacobi Tonwerke GmbH, die Walther Dachziegel GmbH, die Gebr. Laumans GmbH & Co. KG und die Dachziegelwerke Nelskamp GmbH. Die Geldbußen gegen die konzerngebundenen Unternehmen liegen im mittleren bis hohen zweistelligen Millionenbereich. Im Sommer 2006 hatte fast die gesamte Branche bei einem Verbandstreffen vereinbart, die Preise um 4 % bis 6 % durch die Erhebung eines sog. „Energiekostenzuschlages“ im laufenden Jahr zu erhöhen. Zuvor hatten sich bereits im Frühjahr Etex, Koramic, Lafarge und Erlus über eine massive Preiserhöhung bei Biberschwanzziegeln, einem speziellen Segment der Tondachziegel, verständigt. Die Absprache betraf die gesamte Produktpalette der Tondachziegelbranche. Bei dem gesamten Dachpfannenmarkt handelt es sich um einen bedeutenden Bereich der Bauwirtschaft mit einem Marktvolumen i. H. v. über 1 Mrd. Euro im Jahr 2006. In den Verfahren kamen die im Zusammenhang mit der Erhöhung des Bußgeldrahmens im Jahr 2005 erlassenen Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes zur Anwendung. So wurden die Bußgelder gegen vier Unternehmen, die in Konzerne mit Jahresumsätzen von jeweils über 2 Mrd. Euro eingebunden sind, deutlich angehoben, um die Abschreckungswirkung zu unterstreichen. Die übrigen Tondachziegelhersteller sind dagegen mittelständische Unternehmen, die überwiegend nur Einprodukthersteller sind. Darüber hinaus wurde die Rolle des konzerngebundenen Kartellinitiators verschärfend berücksichtigt. Das Bundeskartellamt hatte nach der Durchsuchung der Unternehmen im Dezember 2006, bei der umfangreiches Material sichergestellt wurde, von zwei Unternehmen Bonusanträge entgegengenommen. Die Kooperation beider Unternehmen wurde entsprechend der Bonusregelung des Bundeskartellamtes bußgeldmindernd berücksichtigt. Auch von weiteren Unternehmen wurden die Vorwürfe eingeräumt. Bis Ende Februar 2009 wurden 20,7 Mio. Euro rechtskräftig. Creaton, Pfeleiderer, Erlus und Koramic haben Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt. Ein gesondertes Bußgeld in zweistelliger Millionenhöhe wegen einer Aufsichtspflichtverletzung wurde gegen die Etex Holding GmbH gem. § 130 OWiG verhängt. Die Ermittlungen hatten ergeben, dass ein für das Europageschäft verantwortlicher leitender Manager des Etex-Konzerns über die Absprache der Erhebung eines Energiekostenzuschlags informiert war und nichts unternommen hatte, um die Umsetzung der Absprache bei den Tochterunternehmen Creaton und Pfeleiderer zu verhindern. Bei der Bußgeldbemessung wurde mindernd berücksichtigt, dass der Unrechtsgehalt des Unterlassens von Aufsichtsmaßnahmen, die die Kartellabsprache verhindert hätten, geringer zu bewerten war als der Unrechtsgehalt der Kartellabsprache selbst. Berücksichtigt wurde ebenfalls, dass Creaton und Pfeleiderer als Tochtergesellschaften der Etex Holding GmbH für das Unrecht der Kartellabsprache bereits bebußt wurden.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des insolventen Dachziegelherstellers Trost Dachkeramik GmbH & Co. KG durch die Creaton AG nicht untersagt. Beide Unternehmen sind in der Produktion von Tondachziegeln tätig, wobei das Bundeskartellamt sachlich einen Markt für

kleinformatische Bedachungsmaterialien zur Eindeckung von Steildächern abgrenzt. Zu diesem Markt gehören neben Tondachziegeln, die nach Menge einen Anteil von ca. 50 % ausmachen, Betondachsteine sowie sonstige Materialien (z. B. Faserzementplatten und Schiefer). In den vergangenen Jahren unterlag der Markt für Dacheindeckungsmaterialien einem Strukturwandel, vor allem der vormals mittelständisch strukturierte Bereich der Tondachziegelherstellung hat sich durch Unternehmenskäufe konsolidiert. Gab es in den 1980er Jahren in Deutschland noch über 30 selbständige Mittelstandsunternehmen, sind es derzeit noch zehn Branchenunternehmen bzw. -gruppen. Der Markt ist aufgrund der schwachen Baukonjunktur weiter durch Überkapazitäten gekennzeichnet. Durch die Übernahme der Vermögensgegenstände aus der Insolvenz von Trost stärkt Creton seine Marktposition und erreicht Marktanteile von 15 % bis 25 %. Mit der Monier GmbH (vormals Lafarge Dachsysteme GmbH) und der Koramic Dachprodukte GmbH & Co. KG (eine Tochtergesellschaft der Wienerberger AG) sind weitere starke Wettbewerber am Markt tätig. Wienerberger hatte ebenfalls den Erwerb von Trost beim Bundeskartellamt angemeldet, war jedoch im Bieterverfahren unterlegen.

## 7. Glas

Das Bundeskartellamt hat drei Kartellverfahren wegen Absprachen im Bereich von weiterverarbeiteten Glasprodukten (Möbelglas, Brandschutzglas und Vertecglas) nach § 47 Absatz 1 OWiG eingestellt, nachdem sowohl die Europäischen Kommission als auch andere Mitgliedsstaaten der EU kein Verfahren gegen die beteiligten Unternehmen eröffnet hatten und sich der Anfangsverdacht nicht erhärtet hatte. Diesem Verfahren lagen Bonusanträge eines beteiligten Unternehmens zugrunde.

Eingestellt wurde auch ein Kartell- und Missbrauchsverfahren gegen verschiedene Hersteller von Flachglas (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 96), nachdem die Europäische Kommission gegen die beteiligten Unternehmen im November 2007 Bußgelder i. H. v. insgesamt 353 Mio. Euro verhängt hatte und sich keine Anhaltspunkte für weitere Wettbewerbsverstöße der beteiligten Unternehmen ergeben hatten. Dabei handelt es sich um die Unternehmen Pilkington, St. Gobain, Asahi/Glaverbel und Guardian. Grundlage des Verfahrens war die Beschwerde eines Glasweiterverarbeitungsunternehmens, das eine Preisabsprache seitens der Flachglashersteller im Zusammenhang mit der gleichförmigen Einführung eines Energiekostenzuschlags und die Nicht-Belieferung mit Flachglas rügte. Der Anfangsverdacht des Missbrauchs einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung seitens der betroffenen Hersteller hatte sich nicht erhärtet.

## B. Handel

### Zement – Handel mit Hüttensand

In Verhandlungen mit der ThyssenKrupp Steel AG (TKS) und den Hüttenwerken Krupp Mannesmann GmbH (HKM) sowie der CEMEX Deutschland AG (CEMEX) konnte

die Einleitung eines wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverfahrens abgewendet werden. Hüttensand wird aus dem Vorprodukt Hochofenschlacke gewonnen, das beim „Aufschmelzen“ von Eisenerz und Koks zu Roheisen entsteht. Hauptbestandteil des Zements sind Zementklinker. Diese sind je nach Zementart bis zu einem gewissen Grad durch Hüttensand substituierbar. Die Stahlhersteller traten aufgrund exklusiver Lieferverträge mit zwei Unternehmen der Zementindustrie nicht mehr als Anbieter von Hüttensand im Markt auf. Andere Wettbewerber wurden damit vom Direktbezug des Hüttensandes ausgeschlossen. Als Bezugsquelle blieb diesen nur noch ein Baustoffkonzern, mit dem die Nachfrager im unmittelbaren Wettbewerb stehen. Folge der vertraglichen Regelung ist eine Regulierung des Wettbewerbs um Hüttensand. TKS, HKM und CEMEX haben die Belieferung mit Hüttensand auf eine neue vertragliche Grundlage gestellt. Zwar sichert sich CEMEX längerfristig die für den Eigenbedarf notwendigen Mengen, die auch den am neuen Hochofen 8 in Duisburg anfallenden Hüttensand einschließen. Dafür werden aber in den nächsten Jahren kontinuierlich beträchtliche Mengen Hüttensand von TKS und HKM gegenüber Dritten angeboten. Da der Hüttensand aus Sicht der Stahlindustrie einerseits ein werthaltiges Produkt darstellt, andererseits auch ein Entsorgungsinteresse besteht, wird es ihr weiterhin möglich sein, mittelfristige Lieferverträge über größere Mengen abzuschließen. Der Abnehmer muss den kontinuierlichen Abtransport von Hüttensand an den Hochöfen sicherstellen können.

## Metallerzeugung und -bearbeitung (27)

### Kupferverarbeitung

Das Bundeskartellamt hat der A-TEC Industries AG (A-TEC) den Erwerb eines wettbewerbslich erheblichen Einflusses auf die Norddeutsche Affinerie AG (NA) untersagt und die Auflösung des bereits vollzogenen Zusammenschlusses durch Veräußerung der erworbenen Anteile angeordnet. Mit dem Erwerb von 13,75 % der Anteile an der NA verfügte A-TEC aufgrund der in den letzten drei Jahren geringen Teilnehmerpräsenz an den Hauptversammlungen der NA über eine faktische Sperrminorität. Zudem wäre A-TEC die mit Abstand größte Einzelaktionärin der NA gewesen, die darüber hinaus als einzige Aktionärin strategische wettbewerbsliche Interessen verfolgte und als mit Abstand größter Wettbewerber der NA über überragendes Branchenwissen verfügt. Auch der angemeldete Zusammenschluss, zusätzlich zu den Anteilen zwei bis drei Sitze im Aufsichtsrat der NA erwerben zu wollen, wurde untersagt. Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben betraf unterschiedliche sachlich und räumlich relevante Märkte der Kupferwertschöpfungskette. Auf dem EWR-weiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb sauerstofffreier Kupferstranggussformate an Dritte verfügen die Zusammenschlussbeteiligten über einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 85 %. Die daraus entstehenden Verhaltensspielräume der Beteiligten wären weder durch aktuellen noch durch potenziellen Wettbewerb hinreichend kontrolliert worden. Marktzutritte anderer Anbieter sind nicht zu erwarten. Sauerstofffreie Kupferstranggussformate kön-

nen nur unter Schutzatmosphäre produziert werden. Die Kosten für den Umbau oder Neubau einer Herstellungsanlage sind relativ hoch. Im Vergleich zu diesen Kosten sind jedoch die nachgefragten Mengen sehr gering, so dass sich die Investitionen erst über einen langen Zeitraum rentieren könnten. Die Umstellungsflexibilität und freien Kapazitäten der Zusammenschlussbeteiligten stellen insofern ein Abschreckungspotenzial dar, das den Marktzutritt eines neuen Anbieters nicht erwarten lässt. Selbst ein Marktzutritt des einzigen anderen Herstellers sauerstofffreier Kupferstranggussformate im EWR, Luvata (Finnland), der bislang, bis auf eine Ausnahme, nur für den Eigenbedarf produzierte, ist nicht zu erwarten. Bei sauerstofffreien Kupferstranggussformaten handelt es sich um Vorprodukte für die Herstellung von Kupferhalbzeugen, die wiederum aufgrund ihrer hohen Leitfähigkeit insbesondere in der elektronischen Industrie eingesetzt werden. Luvata ist auf diesen nachgelagerten Märkten für Herstellung und Vertrieb von Kupferhalbzeugen an Dritte ein wichtiger Anbieter und direkter Konkurrent der Beteiligten sowie deren Abnehmer von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten. Da die Umsatzrenditen beim Angebot sauerstofffreier Kupferstranggussformate wesentlich niedriger sind als bei Kupferhalbzeugen, hat Luvata selbst bei einer koordinierten Preissteigerung der Beteiligten für sauerstofffreie Kupferstranggussformate keine Anreize, die eigenen Konkurrenten auf dem Kupferhalbzeugemarkt mit diesen von ihnen dringend benötigten Vorprodukten zu beliefern. Die von A-TEC angebotene Zusage, ihre gesamte Kupferstranggussformateproduktion an einen geeigneten Dritten zu veräußern, war zur Abwendung der Untersagung nicht geeignet. Angesichts der sehr geringen Umsatzrenditen bei der Herstellung von Kupferstranggussformaten konnte nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass eine Stand-Alone-Produktion die Verhaltensspielräume der Beteiligten hinreichend kontrollieren könnte. A-TEC ist der Auflösungsanordnung nachgekommen und hat sämtliche Anteile an NA veräußert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes bestätigt (Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 [V]). Die parallel ergangene Auflösungsanordnung hat sich nach Auffassung des Gerichts durch den Anteilsverkauf erledigt. Die Entscheidung ist mittlerweile rechtskräftig.

## **Herstellung von Metallerzeugnissen (28)**

### **Herstellung von Magneten**

Das Zusammenschlussvorhaben der Vacuumschmelze GmbH & Co.KG (Vacuumschmelze) und der Neorem Magnets Oy (Neorem) (Finnland) wurde im Hauptprüfverfahren freigegeben. Die Geschäftsaktivitäten der beiden Unternehmen überschneiden sich im Bereich der Herstellung gesinteter Selten-Erd-Dauermagnete aus Neodym-Eisen-Bor. Für die Herstellung und den Vertrieb dieser Magnete spielen die Patente bzw. Lizenzen des japanischen Unternehmens Hitachi eine gewichtige Rolle. Weltweit sind insgesamt zehn Unternehmen, darunter die beiden Zusammenschlussbeteiligten, Lizenznehmer. Der Prüfung wurde der engstmögliche Produktmarkt für li-

zenzierte gesinterte Dauermagnete aus Neodym-Eisen-Bor zugrunde gelegt, ohne dass eine abschließende Festlegung hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes erforderlich war. Auch die geografische Marktabgrenzung konnte offen gelassen werden, da es weder auf einem europaweiten noch auf einem weltweiten Markt durch den Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kam. Für die Annahme eines europaweiten Marktes sprach die Patent- und Lizenzsituation, die noch wenige Monate vor dem Zusammenschluss geografische Restriktionen für die japanischen Lizenznehmer vorsah, sowie die vergleichsweise hohen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten in Europa. Andererseits deuteten weltweite Lieferungen der Hersteller von oftmals nur einer Produktionsstätte aus, niedrige Transportkosten sowie fehlende Sprachbarrieren eher auf das Vorliegen eines weltweiten Marktes hin. Auf einem europaweiten Markt für lizenzierte gesinterte Dauermagnete aus Neodym-Eisen-Bor verfügen die Beteiligten über einen gemeinsamen Marktanteil von 40 % bis 50 %. Weitere bedeutende Wettbewerber sind Zhong Ke San Huan (China) und die Lizenzgeberin Hitachi/Neomax (Japan) mit Marktanteilen von 20 % bis 30 % bzw. 10 % bis 20 %. Die übrigen Lizenznehmer verfügen über Marktanteile von weniger als 10 % bzw. sind bislang in Europa aufgrund lizenzrechtlicher Beschränkungen nicht aktiv gewesen. Die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung war in Bezug auf die Zusammenschlussbeteiligten erfüllt. Dennoch führte der Zusammenschluss nicht zu einer überragenden Marktstellung. Die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten verfügen über erhebliche Wettbewerbsvorteile, insbesondere weitaus höhere Produktionskapazitäten. Zusätzlich kommen den chinesischen Anbietern ein besserer Zugang zu den in China belegenden Rohstoffvorkommen sowie günstigere Herstellungskosten zugute. Sie können daher lizenzierte gesinterte Neodym-Eisen-Bor-Dauermagnete bis zu 20 % unter den Preisen europäischer Hersteller anbieten. Des Weiteren war der Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen, der von den beiden bislang vom europäischen Markt ausgeschlossenen japanischen Anbietern ausgeht, deren Markteintritt zu erwarten ist und die bei weltweiter Betrachtung ein hohes Wettbewerbspotenzial aufweisen. Gleiches gilt für die nicht-lizenzierten Anbieter, die teilweise zu hoher Qualität bei günstigen Preisen nach Europa liefern. Bei Betrachtung eines weltweiten Marktes verfügen die Zusammenschlussbeteiligten über einen wettbewerblich unproblematischen Marktanteil von weniger als 10 %.

## **Maschinenbau (29)**

### **A. Industrie**

#### **1. Produktionsanlagen für Gase**

Der geplante Erwerb der Lurgi AG mit Sitz in Frankfurt a. M. bzw. in Memphis (USA) (Lurgi) durch die Air Liquide Industriegase GmbH & Co.KG, eine Tochtergesellschaft des Air-Liquide-Konzerns mit Sitz in Paris (Air Liquide), wurde im Vorprüfverfahren geprüft. Air Liquide ist weltweit in der Herstellung technischer Gase wie Sauerstoff, Stickstoff, Argon, Kohlenmonoxid, Wasserstoff und Syn-

gas aktiv. Bei Syngas (H<sub>2</sub>/CO) handelt es sich um eine Mischung aus den beiden technischen Gasen Wasserstoff und Kohlenmonoxid. Syngas ist ein Zwischenprodukt bei der Umwandlung von Kohlenwasserstoffen in Endprodukte, welche von Treibstoffen über Kohlenmonoxid und Wasserstoff bis hin zu Chemikalien und Polymeren reichen. Als Rohstoffe dafür dienen sämtliche Rohkohlenwasserstoffe, insbesondere Erdgas, Gasöl, Reststoffe, Kohle sowie sämtliche Arten von Biomasse. Das Zielunternehmen Lurgi betätigt sich in Entwicklung und Konstruktion von Industrieanlagen zur Gewinnung von Chemikalien und Treibstoffen aus Gas, Kohle, Öl und anderen Kohlenwasserstoffen (Biomasse). Unter anderem ist Lurgi auch Anbieter von Anlagen zur Herstellung von Syngas. Der Zusammenschluss hatte keine horizontalen Effekte, da sich die Tätigkeitsbereiche der Zusammenschlussbeteiligten nicht überschneiden. Es bestanden jedoch vertikale Beziehungen, da Air Liquide Nachfrager von Anlagen zur Herstellung von Syngas ist, die von Lurgi angeboten werden. Im Ergebnis war nicht davon auszugehen, dass aufgrund dieser Vertikalbeziehungen marktbeherrschende Stellungen durch den Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden. Auf dem Markt für Syngasanlagen war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Lurgi nicht zu erwarten. Dabei konnte offen bleiben, ob hinsichtlich der drei zur Verfügung stehenden Technologien für die Syngasherstellung drei separate sachliche Märkte für den Anlagenbau abzugrenzen sind oder ob von einem Gesamtmarkt für den Bau von Syngasanlagen auszugehen ist. Überwiegend wird Syngas im Wege der sog. Dampfreformierung gewonnen. Daneben stehen die Verfahren der autothermen Reformierung und der partiellen Oxidation zur Verfügung. Lurgi verfügt über alle drei Technologien, und weltweit ist eine größere Zahl von Wettbewerbern aktiv, die über eine oder zwei der genannten Technologien zur Syngasproduktion verfügen. Auf einem weltweiten Gesamtmarkt hält Lurgi Marktanteile von deutlich unter 30 %, wobei das Unternehmen Technip Marktführer mit deutlichem Vorsprung ist. Bei Betrachtung von Einzelmärkten für die drei Technologien belegt das Unternehmen weltweit die Plätze 5 (Dampfreformierung), 3 (partielle Oxidation) und 2 (autotherme Reformierung). Auf den nachgelagerten Märkten, auf denen Air Liquide aktiv ist, bestanden ebenfalls keine wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss. Syngas wird – im Gegensatz zu den übrigen technischen Gasen – ganz überwiegend von den Unternehmen der chemischen Industrie selbst „inhouse“ hergestellt. Zu prüfen waren daneben Auswirkungen auf die Märkte für die technischen Gase Wasserstoff und Kohlenmonoxid, für die Syngas wiederum ein Vorprodukt ist. Es wurden die EWR-weiten Märkte für Wasserstoff bzw. Kohlenmonoxid, die aus „On site“-Anlagen oder Rohrleitungen auf Basis von Langzeitverträgen direkt an den Kunden geliefert werden, geprüft. Auf diesen Märkten ist Air Liquide Marktführer mit erheblichen Marktanteilen. Es war dennoch nicht von der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auszugehen, denn Linde als der nächstgrößte Wettbewerber im Markt ist ebenfalls vertikal integriert. Zudem stand die Nachfragemacht der Unternehmen der

chemischen Industrie, die sich in weiten Teilen selbst mit technischen Gasen versorgen, einem vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierbaren Verhaltensspielraum von Air Liquide auf den Märkten für Wasserstoff und Kohlenmonoxid entgegen.

## 2. Biomassefeuerungsanlagen

Die Viessmann Werke GmbH & Co. KG hat im Bereich der mit biogenen Festbrennstoffen betriebenen Heizanlagen die Köb & Schäfer GmbH (Österreich) erworben und damit ihr Produktportfolio um Biomassefeuerungsanlagen für Holz im mittleren Leistungsbereich ergänzt. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss nach umfangreichen Ermittlungen freigegeben. Köb & Schäfer produziert und vertreibt komplette Heizanlagen, die mit Holz befeuert werden, sog. Biomassefeuerungsanlagen. Viessmann produziert und vertreibt Öl- und Gasheizanlagen sowie ebenfalls Biomassefeuerungsanlagen. Biomassefeuerungsanlagen können mit Stückholz, Pellets, Hackschnitzeln, Sägemehl, Schleifstaub oder Hobelspänen befeuert werden. Zudem gibt es Biomassefeuerungsanlagen in unterschiedlichen Leistungsklassen. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes bilden jedenfalls mit Stückholz betriebene Heizanlagen gegenüber mit Pellets oder Hackschnitzeln betriebenen Heizanlagen einen eigenständigen Bereich. In beiden Bereichen ist zudem weiter nach Leistungsklassen zu differenzieren, wobei in jedem Fall der niedrige Leistungsbereich (bis maximal 30 kW) einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet. Die Ermittlungen haben zudem erhebliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass auch der mittlere (30 kW bis 1 000 kW) und der hohe (über 1 000 kW) Leistungsbereich jeweils einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet. Eine abschließende Entscheidung darüber war in diesem Fall jedoch nicht notwendig, da es durch den Zusammenschluss in keiner Variante zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gekommen wäre. Ebenfalls offen bleiben konnte die genaue räumliche Marktabgrenzung. Die Ermittlungsergebnisse legen allerdings die Annahme von maximal die deutschsprachigen Staaten umfassenden Märkten nahe. Unabhängig von der exakten räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung liegt der Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten in jedem Fall unter der Grenze für die Marktbeherrschungsvermutung. In den meisten Varianten liegt der Marktanteil deutlich unter 20 %. Den höchsten gemeinsamen Marktanteil erzielen die Zusammenschlussbeteiligten, wenn die Annahme eines eigenständigen sachlich relevanten Marktes für mit Hackschnitzeln betriebene Biomassefeuerungsanlagen im mittleren Leistungsbereich sachgerecht ist. In diesem Fall liegt der Marktanteil von Viessmann nach dem Zusammenschluss in Deutschland und der EU aber immer noch unter 25 %. Mit dem österreichischen Unternehmen Fröling gibt es einen Wettbewerber, dessen Marktanteil auf einem so abgegrenzten Markt sowohl in Deutschland als auch in der EU insgesamt höher ist. Rechnerisch wäre in diesem Fall zwar die Oligopolvermutung erfüllt. Es gibt jedoch keine Hinweise darauf, dass es sich um ein wettbewerbsloses Oligopol handeln könnte. Vielmehr spricht sowohl das

Beschaffungsverhalten der Nachfrager, überwiegend Kommunen, große Industrieunternehmen und Contracting-Unternehmen, als auch die Wettbewerbssituation auf sachlich eng benachbarten Märkten dafür, dass auch nach Vollzug des Zusammenschlusses wesentlicher Wettbewerb zwischen Viessmann und Fröling besteht. Darüber hinaus gibt es im mittleren Leistungsbereich keine wesentlichen Marktzutrittsschranken. Dementsprechend hat es in der Vergangenheit eine Reihe von erfolgreichen Marktzutritten gegeben. Dieser Trend dürfte sich nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes fortsetzen, da es sich in allen Bereichen der mit Holz betriebenen Heizanlagen um Wachstumsmärkte handelt.

### 3. Containertransportgeräte

Der Erwerb der CVS Ferrari-Gruppe (CVS) (Italien) durch die finnische Cargotec Corporation (Cargotec) mit Sitz in Helsinki wurde untersagt. Von dem Zusammenschluss sind die mindestens europaweiten Märkte für Geräte zum Transport von Frachtcontainern betroffen. Gegenstand der vertieften Prüfung waren die Märkte für Terminal Tractors (Zugmaschinen für die Beförderung von Containern), Containerstapler (Gegengewichtstapler für den Transport und die Stapelung von Containern), Reach Stacker (Transport und vertikale sowie horizontale Stapelung von Containern) und Straddle Carrier (Transport und Stapelung von Containern). Abnehmer solcher Produkte sind z. B. Containerhäfen, Containerbahnhöfe und andere Logistikdienstleister. Auf dem Markt für Reach Stacker wäre durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstanden bzw. verstärkt worden. Cargotec, die auf diesen Märkten unter der Bezeichnung Kalmar agiert, hat bereits eine sehr starke Marktstellung inne. Nach dem Zusammenschluss hätten CVS und Cargotec auf einem europaweiten Markt einen Anteil von 60 % bis 70 % auf sich vereinigt. Die übrigen Marktanteile verteilen sich im Wesentlichen auf sechs Wettbewerber weltweit mit entsprechend geringen Anteilen und Produktionsmengen. Cargotec ist im Vergleich zu den Wettbewerbern ein besonders ressourcenstarkes Unternehmen. Auf dem Markt für Straddle Carrier wäre das vorhandene, marktbeherrschende Duopol durch den Erwerb von CVS verstärkt worden. Auf dem Markt für Straddle Carrier gab es zum Zeitpunkt der fusionsrechtlichen Prüfung weltweit nur zwei aktuelle Anbieter, nämlich Cargotec und Fantuzzi (Marke: Noell), Italien. Die Marktanteile verteilen sich welt- und europaweit ungefähr gleichgewichtig auf diese beiden Unternehmen. Das Bundeskartellamt hat keine Anhaltspunkte für wesentlichen Wettbewerb zwischen den Duopolisten gefunden; daher greift auch die gesetzliche Marktbeherrschungsvermutung. CVS war zum Zeitpunkt der Prüfung dabei, mit einem eigenen Produkt auf den Markt für Straddle Carrier hinzuzutreten. Bei Kunden war bereits ein Prototyp im Einsatz, und CVS hat sich aktiv um Aufträge beworben. Der Erwerb des potenziellen Wettbewerbers CVS Ferrari durch einen der Duopolisten hätte zu einer Absicherung und Stärkung des bestehenden Duopols auf dem Markt für Straddle Carrier geführt und war deshalb zu untersagen. CVS hat in 2008 wie auch ein weiterer Wettbewer-

ber Umsätze mit Straddle Carriern getätigt. Die marktbeherrschende Stellung der Duopolisten wird davon jedoch nicht berührt, ihr Marktanteil ist unverändert überragend. In dem Verfahren sind umfassende Ermittlungen bei Marktteilnehmern weltweit erfolgt. Der Untersagung waren Zusagenverhandlungen mit den Zusammenschlussbeteiligten vorausgegangen, die eingereichten Vorschläge waren jedoch nicht geeignet gewesen, die wettbewerblichen Probleme des Zusammenschlusses zu beheben. Gegen den Untersagungsbeschluss ist Beschwerde eingelegt worden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 7. Mai 2008 (VI-Kart 13/07 (V)) die Untersagung in allen Punkten bestätigt und die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Dagegen ist von Cargotec Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt worden.

### 4. Wärmetauscher

Das Bundeskartellamt hat im Hauptprüfverfahren den Erwerb der Bloksma B.V. (Niederlande) (Bloksma) durch die GEA Dutch Holding B.V. (Niederlande) (GEA) freigegeben. Das Zusammenschlussvorhaben betraf den Bereich der industriellen Wärmetauscher und führte zu horizontalen Überschneidungen im Bereich der Rohrbündelwärmetauscher und der Ladeluftkühler. Die starke Spezialisierung von Bloksma auf Anwendungen für den Schiffbau, insbesondere Boxkühler, hatte zur Folge, dass die Auswirkungen des Vorhabens von Marktteilnehmern vor allem in diesem Bereich gesehen wurden. Eine Unterteilung der betroffenen Produkte nach Kundengruppen oder Industriezweigen hielt das Bundeskartellamt nach dem Ergebnis der Ermittlungen jedoch für nicht angezeigt. Hinsichtlich der geografischen Marktabgrenzung für die betroffenen Produkte sprach einiges dafür, dass diese den EWR umfasst, die Frage konnte aber letztlich offen bleiben, da das Vorhaben bei keiner möglichen Marktabgrenzung zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führte. Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten auf den betroffenen Märkten überstieg selbst im Inland jedenfalls nicht die Schwelle von 33 % gemäß § 19 Absatz 3 Satz 1. Die Ermittlungen bestätigten, dass die Beteiligten auch nach dem Zusammenschluss wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sein werden.

### 5. Löschanlagen

Das Bundeskartellamt hat den mittelbaren Erwerb sämtlicher Anteile an der Marioff Corporation (Finnland) durch die United Technologies Corporation (USA) im Hauptprüfverfahren freigegeben. Der Zusammenschluss betraf die Märkte für Brandschutz- und Brandbekämpfungssysteme (Löschanlagen). Marioff produziert und vertreibt Wassernebelsysteme sowie – in geringem Umfang – Sprinkleranlagen, United Technologies Corporation (UTC) bietet darüber hinaus Gaslöschanlagen sowie Löschanlagen auf Basis von Schaum oder Pulver an. Wassernebelsysteme ähneln hinsichtlich ihres Aufbaus konventionellen Sprinkleranlagen und hinsichtlich ihrer Funktionsweise konventionellen Gaslöschanlagen. Dabei wird Wasser als

Löschmittel mit Nieder- oder Hochdruck über ein Rohrleitungsnetz durch spezielle Düsen geleitet, die die Wassertropfen auf Nebeltropfengröße reduzieren. Der hierdurch erzeugte Wasserdampf reduziert die Umgebungstemperatur, bewirkt eine Hitzeabschirmung und führt zu einer lokalen Sauerstoffverdrängung. Die genaue sachliche Marktabgrenzung konnte mangels Entscheidungserheblichkeit offen bleiben, in räumlicher Hinsicht ging das Bundeskartellamt von eigenständigen deutschen Märkten für Löschanlagen aus. Der Zusammenschluss führte lediglich auf einem deutschen Markt für Wasserdampfsysteme zu einer spürbaren Marktanteilsaddition. Der beachtliche gemeinsame Marktanteil von UTC und Marioff wird jedoch entscheidend durch die starke Substitutionskonkurrenz durch Sprinkler- und Gaslöschanlagen relativiert, die bei nahezu jeder Anwendung für Wasserdampfsysteme alternativ dazu eingesetzt werden können.

## 6. Mischanlagen für die Gummiwaren-Industrie

Die zur Possehl & Co. mbH gehörende Harburg-Freudenberger Maschinenbau GmbH hat den unter Pomini firmierenden Geschäftsbereich Rubber & Plastics der italienischen Techint-Gruppe übernommen. Pomini stellt Mischanlagen für die technische Gummiwaren-Industrie und die Reifenindustrie her. Mittels dieser Mischanlagen, die aus verschiedenen Komponenten wie Mischer, Walzwerken, Extruder und Steuerungen usw. bestehen, werden Kautschukpolymere mit Füllstoffen wie z. B. Ruß oder Kreide, Weichmachern und anderen Chemikalien vermischt und aufbereitet. Diese Mischung dient als Grundstoff für die Weiterverarbeitung zu Reifen, Türdichtungen, Scheibenwischergummi oder Gummimatten. Die sachliche Marktabgrenzung hat ergeben, dass die verschiedenen Komponenten eines Mischwerkes jeweils eigenständige sachlich relevante Märkte bilden, da regelmäßig nicht komplette Anlagen, sondern einzelne Komponenten nachgefragt werden und Komponenten unterschiedlicher Anbieter zu einer einheitlichen Anlage kombiniert werden können. Zudem sind die meisten Unternehmen auf die Herstellung einzelner Komponenten spezialisiert. In wirtschaftlicher Hinsicht handelt es sich räumlich bei Komponenten für Mischanlagen für die Reifenindustrie möglicherweise um Weltmärkte, mindestens jedoch um europäische Märkte. Bei Komponenten für Mischanlagen für die technische Gummiwaren-Industrie ist der Markt dagegen eher national, allenfalls europaweit abzugrenzen. Die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten liegen, soweit es sich nicht ohnehin um Bagatellmärkte handelt, auf allen relevanten Märkten unterhalb der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung. Auf einigen Märkten wird zwar rechnerisch die Oligopolvermutung erfüllt. Sowohl befragte Abnehmer wie auch die befragten Wettbewerber haben jedoch angegeben, dass ein erheblicher Preiswettbewerb zwischen den Anbietern besteht. Daran wird sich durch den Zusammenschluss nichts ändern. Die Abnehmer verfügen auch weiterhin über ausreichend Bezugsalternativen: Auf einem europäischen Markt für Mischer für Mischanlagen für die technische Gummiwaren-Industrie hätten die Zusammen-

schlussbeteiligten Marktanteile von 26 %, die wichtigsten Wettbewerber Farrel und Kobe 15 % bzw. 5 %. Auf einem europäischen Markt für Mischer für die Reifenindustrie haben die Beteiligten einen Marktanteil von 32 %, Kobe von 20 % und Farrel von 10 %. Würde man dagegen den Weltmarkt zugrunde legen, hätten die Beteiligten rund unter 20 % Marktanteil, Farrel rund 20 % Marktanteil und Kobe wäre Marktführer mit 35 %. Harburg-Freudenberger beabsichtigt nunmehr, den einzigen namhaften europäischen Wettbewerber Farrel zu erwerben. Da es sich bei allen betroffenen Märkten im Inland um Bagatellmärkte handelt, sind nach neuerer Rechtsprechung weitere Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich in Deutschland nicht mehr kontrollpflichtig. Dementsprechend wird die Übernahme von Farrel durch Harburg-Freudenberger vom Bundeskartellamt nicht mehr geprüft werden können, obwohl die Auswirkungen für Abnehmer in allen Bereichen erheblich sein dürften.

## 7. Membranvergaser

Das Bundeskartellamt hat im Juli 2008 den Erwerb sämtlicher Anteile an der Zama Corporation (Hong Kong) und der Zama Japan Co. (Zama Asien) durch die Andreas Stihl AG & Co. KG im Hauptprüfverfahren freigegeben. Die Freigabe erfolgte unter der aufschiebenden Bedingung, dass Zama USA als das dritte Unternehmen der Zama Unternehmensgruppe an ein von Stihl unabhängiges Unternehmen veräußert wird. Der Zusammenschluss betraf den Markt für Membranvergaser für den Einsatz in tragbaren Motorgeräten, auf dem Zama tätig ist. Stihl bezieht diese Produkte von Zama und anderen Herstellern und baut sie in Motorsägen, Motorsensen, Heckenscheren und andere tragbare Geräte mit Benzinmotor ein. Membranvergaser sind dabei nicht mit anderen Vergasertechnologien austauschbar, da sich Letztere nicht lageunabhängig betreiben lassen (z. B. Schwimmervergaser) oder gegenwärtig noch erheblich teurer sind (z. B. Kraftstoffsysteme mit elektronischem Vergaser oder mit Niederdruckeinspritzung). Der Markt für Membranvergaser ist geografisch weltweit abzugrenzen. Zama zählt zusammen mit Walbro Engine (USA) zu den beiden bedeutendsten Anbietern von Membranvergasern mit weltweiten Marktanteilen von jeweils zwischen 40 % und 50%, daneben gibt es einige weitere Hersteller in Europa und Asien. Stihl ist auf den meisten der nachgelagerten Märkte für tragbare Motorgeräte zumindest in Deutschland, jedoch teilweise auch darüber hinaus Marktführer. Stihls überragende Marktstellung lässt sich dabei insbesondere auf den hohen Marktanteilsabstand zu ihren Wettbewerbern, auf ihren überragenden Zugang zum Fachhandel als dem relevanten Absatzmarkt, auf technische Entwicklungsvorsprünge im Bereich der Umsetzung von Emissionsvorschriften für Kleinmotoren sowie auf einen herausragenden Bekanntheitsgrad und ein sehr positives Qualitätsimage ihrer Produkte zurückführen. Durch den Erwerb von Zama Asien würde ein wichtiger Zulieferer von Stihl vertikal integriert und als Bezugsquelle in seinem Bestand gesichert. Zugleich würde Stihl jedoch dazu in die Lage versetzt, die weiteren tatsächlichen und potenziellen Abnehmer von Zama Asien vom Bezug der Zama Membran-

vergaser auszuschließen. Stihls Wettbewerber hätten dann keine oder allenfalls begrenzte Ausweichmöglichkeiten auf andere Anbieter, die zu den notwendigen Produktneu- bzw. -weiterentwicklungen fähig wären und über ausreichende Produktionskapazitäten verfügten. Bei fortgesetzter Belieferung direkter Wettbewerber durch Zama erhalte Stihl jedenfalls frühzeitig Einblick in deren zukünftiges Produktportfolio und könnte hierdurch ihren Wettbewerbsvorsprung absichern und ausbauen. Die aufschiebende Bedingung ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes geeignet, das Stihl zuwachsende Wettbewerbspotenzial auf ein fusionskontrollrechtlich unbedenkliches Maß zu reduzieren. Die aufschiebende Bedingung sieht die Veräußerung von Zama USA an einen unabhängigen Dritten vor, der mittels einer Lizenzvereinbarung Zugriff auf sämtliche relevanten Patente von Zama erhalten wird und bei Bedarf innerhalb eines Übergangszeitraums entgeltlich auf Produktionskapazitäten von Zama Asien zurückgreifen kann. Die Wettbewerber von Stihl erhalten hierdurch die Möglichkeit, weiterhin Zama Membranvergaser zu beziehen, ohne in eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Stihl zu geraten. Vom Hinzutreten eines neuen Anbieters ist zudem eine allgemeine Belebung des Wettbewerbs auf dem weltweiten Markt für Membranvergaser zu erwarten. Die Umsetzung der Nebenbestimmungen und der Veräußerungsprozess wurden von einem Treuhänder begleitet und überwacht und zwischenzeitlich zum Abschluss gebracht, wobei zahlreiche Probleme zu bewältigen waren.

## 8. Anlagen zur Metalloberflächenbearbeitung

Der Erwerb sämtlicher Anteile an der DISA Holding II A/S (Dänemark) (DISA) durch die Mid Europe Partners (Großbritannien) (MEP) wurde im Hauptprüfverfahren geprüft und unter auflösenden Bedingungen freigegeben. Bei der erwerbenden MEP handelt es sich um eine Private-Equity-Gesellschaft, deren insgesamt 19 Portfoliogesellschaften vorwiegend in Osteuropa in den Bereichen Telekommunikation, Medien und Gesundheit aktiv sind. Über ihre Tochtergesellschaft The Wheelabrator Group (TWG) betätigt sich MEP auf den Märkten der Metalloberflächenbearbeitung. TWG ist ein integrierter Anbieter von Anlagen zur Bearbeitung und Behandlung von Metalloberflächen und zugehöriger Ersatzteile und Dienstleistungen. Die eigenen Fertigungsaktivitäten von TWG beschränken sich auf Schleuderrad- und Druckluftanlagen sowie Gusskomponenten. Das Zielunternehmen DISA stellt Anlagen zur Metalloberflächenbearbeitung (Schleuderradstrahl) und Formanlagen (Form- und Sandtechnologie) her. Anlagen zur Metalloberflächenbearbeitung werden zur Reinigung, Festigung und zum Polieren von metallischen Oberflächen eingesetzt. Es stehen die Technologien des Schleuderradstrahlens, Druckluftstrahlens und des Gleitschliffs zur Verfügung. MEP bietet über TWG alle drei verfügbaren Technologien an, DISA ist lediglich im Bereich des Schleuderradstrahlens aktiv. Hinsichtlich der Technologien bestehen erhebliche Unterschiede, ebenso bei den eingesetzten Schleifmitteln und den Kosten sowie der Produktivität der verschiedenen

Anlagenarten. Der fusionsrechtlichen Prüfung wurde daher ein gesonderter Markt für Schleuderradstrahlanlagen zugrunde gelegt, dem das Ersatzteil- und Servicegeschäft und die Lohnfertigung nicht angehören. Räumlich war der Markt mindestens europaweit abzugrenzen. Die Zusammenschlussbeteiligten sind welt- und europaweit die beiden größten Anbieter von Schleuderradstrahlanlagen und erzielen gemeinsame Marktanteile von 45 % bis 55 %. Fünf weitere, größere Wettbewerber konnten ermittelt werden, deren Anteile sämtlich und zum Teil deutlich unter 20 % liegen. Durch den Zusammenschluss wäre eine marktbeherrschende Stellung vermittelt worden. Dazu hätten der hohe Marktanteilsabstand, Verflechtungen mit einem Wettbewerber sowie ein herausragender Zugang zu den Absatzmärkten beigetragen. Die Zusammenschlussbeteiligten verfügen in dem gewinnträchtigen Ersatzteil- und Servicegeschäft über noch höhere Anteile als im Neuanlagengeschäft und über eine besonders breite Basis bereits installierter Anlagen. Die darüber vermittelten häufigen Kundenkontakte vermitteln für das Neuanlagengeschäft einen erheblichen Vorteil gegenüber den Wettbewerbern. Weiterhin kann TWG sämtliche Anlagenarten anbieten, und DISA hat mit dem Geschäftsfeld der Formanlagen für Gießereien einen den Wettbewerbern überlegenen Zugang zu den Gießereien, die die wichtigsten Abnehmer von Schleuderradstrahlanlagen sind. Die Zusammenschlussbeteiligten haben darüber hinaus eine den meisten Wettbewerbern überlegene Finanzkraft. Marktzutritte sind nicht zu erwarten, da die Marktzutrittschranken vor allem aufgrund der jahrzehntelangen Verwurzelung der aktiven Wettbewerber im Markt sehr hoch sind und Know-how und Mitarbeiter letztlich nur durch Abwerben von Konkurrenten zu erhalten sind. Nachdem die Zusammenschlussbeteiligten angeboten hatten, durch die Veräußerung von drei Tochtergesellschaften ihren Marktanteil um 10 % bis 15 % abzuschmelzen, wodurch welt- und europaweit ein wichtiger Wettbewerber geschaffen werden könnte, ist das Zusammenschlussvorhaben unter der auflösenden Bedingung der Veräußerung dieser drei Tochtergesellschaften freigegeben worden. Vollzugshandlungen wurden mit Ausnahme der formalen Anteilsübertragung bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung unterbunden, so dass sichergestellt wurde, dass im Fall des Scheiterns der Zusage eine Entflechtung möglich bleibt. Auch hier tauchten im Zuge des Veräußerungsprozesses zahlreiche Probleme auf, die im Zeitpunkt der Verfügung noch nicht absehbar waren.

## 9. Oberflächenbeschichtung

Im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens hat das Bundeskartellamt gegen die Everest Beteiligungs GmbH mit Sitz in Wien und deren Geschäftsführer Bußgelder wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot verhängt. Everest hatte im November/Dezember 2007 kurzzeitig einen Anteil von mehr als 25 % an der Sulzer AG gehalten, ohne den damit verbundenen Anteilserwerb zuvor beim Bundeskartellamt anzumelden. Everest hatte diesbezüglich zuvor informell Kontakt mit dem Bundeskartellamt aufgenommen, das Everest ausdrücklich auf

die Anmeldepflichtigkeit ihres Zusammenschlussvorhabens hinwies. Das Bundeskartellamt steht insofern auf dem Standpunkt, dass – jenseits der Bankenklausel des § 37 Absatz 3 – auch der unangemeldete Zwischenerwerb einer Beteiligung vorwerfbar ist, da sich der Erwerber so das Eigentümerrecht anmaßt, den endgültigen Erwerber zu bestimmen, und durch dessen Auswahl ggf. seine Marktstellung abzusichern.

Everest ist eine Tochtergesellschaft der Renova Holding, die daneben zahlreiche weitere Unternehmensbeteiligungen hält. Hierzu zählt eine Beteiligung i. H. v. 39 % an der OC Oerlikon Corporation AG, die ebenso wie Sulzer u. a. im Bereich der Herstellung von Maschinen und Anlagen für die Oberflächenbeschichtung tätig ist. Anders als das Bundeskartellamt ging die für die Prüfung des Anteilerwerbs an Oerlikon zuständige Europäische Kommission davon aus, dass Renova aufgrund einer Gesellschaftervereinbarung zusammen mit den Anteilen an Oerlikon vorläufig nicht zugleich auch die Kontrolle an Oerlikon erworben hatte. Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss von Renova und Oerlikon daher ohne vertiefte Prüfung in der ersten Phase freigegeben.

Gegen den Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes ist von dem Betroffenen und der Nebenbetroffenen Einspruch eingelegt worden.

## 10. Herstellung von Waffen und Munition

Im Bereich der Rüstungsgüterindustrie entwickeln sich die Unternehmensstrategien der beiden Hauptakteure auf der Ebene der Systemintegratoren für militärische Landfahrzeuge, Rheinmetall und Krauss-Maffei-Wegmann, weiter gegenläufig. Während Krauss-Maffei-Wegmann sich im Wesentlichen auf seine Position als Systemintegrator beschränkt und die benötigten Produkte und Dienstleistungen von Dritten bezieht, baute Rheinmetall mit einer Reihe von Übernahmen die Eigenfertigung wesentlicher Komponenten weiter aus: Von der Deisenroth-Gruppe hat Rheinmetall Beteiligungen an Unternehmen erworben, die im Bereich aktiver bzw. passiver Verteidigungssysteme tätig sind. Des Weiteren hat Rheinmetall ihre Beteiligung an der ARTEC GmbH durch Übernahme der Anteile des niederländischen Unternehmens Stork von 14 % auf 64 % aufgestockt und tritt damit nunmehr nach außen als Systemführer des gepanzerten Transportkraftfahrzeugs Boxer auf. Alle Vorhaben konnten freigegeben werden, da in keinem Fall die Systemfähigkeit des Hauptwettbewerbers Krauss-Maffei-Wegmann gefährdet wird und daher nicht zu erwarten ist, dass es durch einen der Zusammenschlüsse zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Rheinmetall kommt.

Im Bereich der passiven Verteidigungssysteme hat Rheinmetall 51% der Anteile an der Chempro GmbH erworben. Im Bereich aktiver Verteidigungssysteme hat sie eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrolle an der ADS Gesellschaft für aktive Schutzsysteme erworben. Die restlichen Anteile verbleiben jeweils beim Veräußerer, der Deisenroth-Gruppe. Im Fall des Erwerbs einer Beteiligung an ADS hat das Bundeskartellamt die zugleich angemeldete Option auf den Erwerb weiterer Anteile sowie

der Kontrolle nicht in die Freigabeentscheidung einbezogen, da wegen der Besonderheiten des Marktes der Prognosezeitraum nur bis maximal zum Jahr 2010 begrenzt ist, diese Option jedoch frühestens Ende 2010 ausgeübt werden kann. Zu diesem Zeitpunkt könnte die Markt- und Serienreife eines oder mehrerer der derzeit in der Entwicklung befindlichen Systeme erreicht sein. Dies würde zu einer grundsätzlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führen.

Bei Schutzsystemen von militärischen Landfahrzeugen werden drei Grundkategorien unterschieden: passive Verteidigungssysteme, reaktive Verteidigungssysteme und aktive Verteidigungssysteme. Die Ausstattung eines militärischen Landfahrzeuges mit Schutzsystemen variiert je nach konkretem Einsatz und vermuteter Bedrohungslage. Passive Verteidigungssysteme erreichen den Schutz vor durchschlagenden Geschossen durch die Art der Kombination und die jeweilige Materialstärke verschiedener Materialien wie Stahl, Keramik und Faserstoffe sowie durch die Geometrie des Fahrzeugbaus. Aktive Schutzsysteme leiten Verteidigungsmaßnahmen vor dem Kontakt des Geschosses mit der Oberfläche des Fahrzeugs ein und versuchen, anfliegende Geschosse zu identifizieren, zu zerstören, abzulenken oder in ihrer Wirkung entscheidend zu beeinträchtigen. Aktive und passive Verteidigungssysteme für militärische Landfahrzeuge bilden jeweils getrennte sachlich relevante Märkte. Im Ergebnis erfüllen zwar beide Schutzsysteme die selbe Funktion, nämlich den Schutz der Insassen der Fahrzeuge. Dennoch sind sie aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar, sondern ergänzen sich. So bieten aktive Schutzsysteme keinen Schutz vor Minen oder IED-Bomben und nur begrenzten Schutz gegen Hohlladungsgeschosse wie Lenkflugkörper oder Munition aus Panzerfäusten. Zum Schutz gegen diese Bedrohung müssen weiterhin passive Schutzsysteme verwendet werden. Es gibt auf Anbieterseite auch keine Umstellungsflexibilität, die die Annahme eines einheitlichen Marktes für aktive und passive Verteidigungssysteme rechtfertigen könnte. Aktive Verteidigungssysteme mit Hardkillmechanismus, der die Zerstörung des anfliegenden Geschosses anstrebt, und aktive Verteidigungssysteme mit Softkillmechanismus, der die Irreführung des anfliegenden Geschosses bewirken soll, gehören sachlich getrennten Märkten an, da sich diese Systeme ergänzen, aus Sicht des Nachfragers aber nicht austauschbar sind. Bei der räumlichen Marktabgrenzung konnte offen gelassen werden, ob für Vorprodukte oder Komponenten für Rüstungsgüter ebenfalls gilt, dass immer dann von nationalen Märkten auszugehen ist, wenn ein Staat über einen heimischen Hersteller verfügt. Da es sowohl bei passiven als auch bei aktiven Schutzsystemen eine Reihe von Wettbewerbern gibt, die ebenfalls, wie ADS und Chempro nach dem Zusammenschluss, vertikal in einen großen Systemintegrator integriert sind, waren vor allem die Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf dem nachgelagerten Markt der Systemintegratoren in Form von möglichen Marktverschließungseffekten zu prüfen. Bei aktiven Schutzsystemen war bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung zudem der Umstand zu berücksichtigen, dass – mit Ausnahme von russischen



Systemen – derzeit noch kein serienreifes aktives Verteidigungssystem auf dem Markt ist. Auch nach dem Zusammenschluss verbleiben für Wettbewerber wie Krauss-Maffei-Wegmann hinreichend Bezugsalternativen, die in etwa ein ähnliches Entwicklungsstadium haben, wie das von Deisenroth/ADS entwickelte Modell. Durch den Zusammenschluss werden Wettbewerber von Rheinmetall nicht von einem wesentlichen Produkt abgeschnitten. Die Systemfähigkeit der Wettbewerber wird durch die Zusammenschlüsse daher nicht gefährdet. Im Bereich aktiver Verteidigungssysteme hat insbesondere Diehl ein mindestens vergleichbar erfolgversprechendes aktives Verteidigungssystem entwickelt wie Deisenroth/ADS. Für ausländische Wettbewerber von Rheinmetall gibt es zudem die Bezugsalternativen von israelischen Anbietern und US-amerikanischen Herstellern, soweit sie nicht ohnehin, wie GDLS und BAE, ein gemeinsames eigenes aktives Schutzsystem entwickeln. Im Bereich passiver Schutzsysteme stehen Krauss-Maffei-Wegmann mit GeKe und Verseidag mindestens zwei weitere deutsche Anbieter zur Verfügung, und auch die Marktposition ausländischer Systemintegratoren verschlechtert sich nicht, da es eine ganze Reihe kanadischer und US-amerikanischer Unternehmen gibt, die ebenfalls passive Schutzsysteme anbieten.

## **B. Handel**

### **1. Sanitärarmaturen**

Der Erwerb von 85 Niederlassungen der in Insolvenz geratenen Schulte GmbH durch die Richter + Frenzel Gruppe ist freigegeben worden, nachdem das Zusammenschlussvorhaben zuvor bereits unter Auflagen vom Vollzugsverbot befreit worden war. Die beteiligten Unternehmen sind auf Absatz- und Beschaffungsmärkten im Bereich des Großhandels mit Sanitär-, Heizungs- und Installationsartikeln tätig. Eine Befreiung vom Vollzugsverbot war erforderlich, um die Gefahr eines Ausscheidens von Schulte aus dem Markt vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens abzuwenden. Schulte wurde nach Angaben des Insolvenzverwalters seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr beliefert, es waren keine Lagerbestände mehr vorhanden, aus denen Kundenanfragen hätten bedient werden können, und innerhalb ganz weniger Wochen war es zu einem eklatanten Umsatzeinbruch gekommen. Die Befreiung vom Vollzugsverbot hat Richter + Frenzel in die Lage versetzt, vorübergehend die Belieferung von Schulte zu übernehmen. Ebenfalls um den Erwerb einer beträchtlichen Anzahl von Niederlassungen von Schulte hatte sich die Cordes & Graefe Gruppe bemüht. Auch diese hatte einen Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot gestellt, hatte ihre Erwerbsabsichten jedoch aufgegeben, weil eine Befreiung vom Vollzugsverbot nur mit umfangreichen Auflagen zum Erhalt des Wettbewerbspotenzials der betroffenen Standorte verbunden gewesen wäre. Wegen der starken Marktstellung von Cordes & Graefe auf mehreren regionalen Absatzmärkten sowie einer sehr starken Marktposition auf dem bundesweiten Beschaffungsmarkt wäre eine umfassende Prüfung des Vorhabens erforderlich geworden,

das Bundeskartellamt hatte bereits das Hauptprüfverfahren eingeleitet. Zudem hätte Cordes & Graefe aufgrund ihrer starken Marktstellung von vornherein nur maximal 75 Standorte und damit weniger als Richter + Frenzel übernehmen können, so dass auch der Insolvenzverwalter signalisiert hatte, einen Verkauf an Richter + Frenzel, nicht jedoch an Cordes & Graefe, vorzuschlagen. Der Erwerb durch Richter + Frenzel konnte ohne vertiefte Prüfung freigegeben werden. Durch den Erwerb der Niederlassungen von Schulte durch Richter + Frenzel kam es nur zu relativ geringfügigen Marktanteilsadditionen auf wenigen regionalen Absatzmärkten, da Richter + Frenzel schwerpunktmäßig im Süden Deutschlands vertreten ist, während Schulte seinen Absatzschwerpunkt im Rheinland hatte. Auch auf dem bundesweiten Absatzmarkt hat Richter + Frenzel Marktanteile, die, anders, als im Falle von Cordes & Graefe, deutlich unter der Vermutungsschwelle für die Einzelmarktbeherrschung liegen. Weitere Niederlassungen von Schulte sind von kleineren regionalen Wettbewerbern übernommen worden. Diese Zusammenschlüsse unterlagen jedoch nicht der fusionskontrollrechtlichen Prüfung, da jeweils die Aufgreifschwelle des § 35 nicht erreicht wurden. Noch während der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat Cordes & Graefe in nicht ganz unerheblichem Umfang leitende Außendienstmitarbeiter an mehreren Standorten von Schulte abgeworben und damit das Marktpotenzial der von Wettbewerbern übernommenen Standorte de facto erheblich geschwächt. Da sich die betroffenen Wettbewerber jedoch nicht nachhaltig beim Bundeskartellamt beschwert haben, hat das Bundeskartellamt davon abgesehen, diese Vorgänge einer vertieften rechtlichen Bewertung zu unterziehen.

### **2. Elektronische Haushaltsgeräte**

Im Berichtszeitraum wurden Bußgeldbescheide gegen die Hersteller elektrischer Haushaltskleingeräte bestandskräftig. Diese sind deutschlandweit in Herstellung und Vertrieb von Elektrokleingeräten und Haushaltsprodukten tätig. Das Produktportfolio umfasst eine Vielzahl an elektrischen und nicht-elektrischen Haushaltskleingeräten, beispielsweise Bügeleisen, Staubsauger, Heizlüfter, Haartrockner, Küchengeräte wie Kaffeemaschinen oder Wasserkocher, Kaffeevollautomaten, aber auch Töpfe und Pfannen. Die Produktlinien werden im Wesentlichen über Fachhändler, die Mitglied der RGI-Mittelstandsvereinigung (RGI) des Fachhandels Elektro-Haushalt sind, verkauft. Darüber hinaus können sie auch in ausgewählten Fachmärkten und Kaufhäusern erworben werden. Die Mitglieder des RGI haben die Möglichkeit, bestimmte Geräte exklusiv zu beziehen und zu vertreiben. Für diese Produkte spricht die RGI u. a. unverbindliche Preisempfehlungen aus.

Verantwortliche und Mitarbeiter der betroffenen Unternehmen haben zwischen 2003 und 2006 in zahlreichen Fällen wirtschaftlichen Druck auf RGI-Mitglieder ausgeübt, um diese zur Einhaltung empfohlener Preise zu veranlassen. Zu diesem Zweck wurde die Einstellung der Belieferung mit Geräten und/oder die Einbehaltung von Vertriebsprämien (Rückvergütungen) angedroht. Teilweise wurden Sperren tatsächlich verhängt, weil Händler

empfohlene Preise nicht eingehalten haben. Darüber hinaus wurden Drohungen gegen eine größere Anzahl von Mitgliedern gerichtet, indem ihnen ein Sanktionsmechanismus – Liefersperre und Rückvergütungssperre – angekündigt wurde, den sie bei „Preisverstößen“ zu erwarten hätten. Ferner wurden Großhändler dazu aufgefordert, diejenigen Mitglieder, die empfohlene Preise nicht einhalten, nicht mehr zu beliefern. Die Maßnahmen gründeten auf einem umfänglichen Überwachungs- und Ahndungssystem. Eine Mehrzahl von Personen war mit der Beobachtung von Verkaufspreisen der Händler befasst. Zudem wurde ein externer Dienstleister mit der Beobachtung von Verkaufspreisen im Internet beauftragt.

Für sämtliche Verstöße wurden jeweils Geldbußen festgesetzt, die den gesetzlichen Bußgeldrahmen des § 81 Absatz 2 GWB a.F. bzw. § 81 Absatz 4 nicht überschreiten. Auf diejenigen Verstöße, die nach altem oder neuem Recht hätten bebußt werden können, fand im Wege der Günstigerprüfung das alte Recht Anwendung. Die Marktbedeutung der bebußten Unternehmen ist groß. Dementsprechend wogen auch die gegen die Betroffenen erhobenen Vorwürfe schwer. Zugunsten der Nebenbetroffenen wurde berücksichtigt, dass der Sachverhalt nach Abschluss der Durchsuchung eingeräumt wurde, sowie die Tatsache, dass Maßnahmen ergriffen wurden, um etwaige zukünftige Verstöße zu vermeiden. Die Gesamtsumme der verhängten Bußgelder beläuft sich auf ca. 1,5 Mio. Euro.

## **Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und -einrichtungen (30)**

### **1. Mobilfunk-Chip für kontaktlose Anwendungen**

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die Gründung eines Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmens (GU) durch Sony Corporation (Japan) (Sony) und NXP B. V. (Niederlande) (NXP) im Vorprüfverfahren freigegeben. Sony ist im Bereich Elektronik und elektronischer Konsumprodukte u. a. in der Entwicklung, Produktion und im Vertrieb bestimmter kontaktloser Mikroprozessorchips für Plastikkarten sowie damit verbundener Hardware tätig. NXP ist im Bereich Halbleiter für mobile Telekommunikation, Unterhaltungselektronik und sicherheitsrelevante Anwendungen, darunter Entwicklung, Produktion und Vertrieb kontaktloser und kontaktbehafteter Chips für Plastikkarten sowie damit verbundener Hardware tätig. Das geplante GU sollte sichere Chips für Mobilfunktelefone entwickeln, welche weltweit kontaktlose Transaktionen mit Handys, wie z. B. bargeldloses Bezahlen im Supermarkt oder die Nutzung des Telefons als elektronisches Ticket im öffentlichen Nah- oder Fernverkehr, ermöglichen sollen. Zum kontaktlosen Bezahlen hält man hierbei das Mobiltelefon nur in die Nähe eines entsprechenden Lesegerätes, während eine sog. kontaktbehaftete Anwendung nur über einen Chipkarten-Leser mit einer PIN-Eingabe betrieben wird.

Die kontaktlosen Anwendungen über Mobiltelefone benötigen hierfür zunächst ein Betriebssystem, das auf dem vom GU zu entwickelnden Chip, der nur für die Einbet-

tung auf SIM-Karten für Mobiltelefone geeignet sein soll, gespeichert ist. Darüber hinaus ist für die Übertragung der Daten zwischen Chip und Lesegerät die Verbindung mit einer sog. Kommunikationsschnittstelle im Mobiltelefon erforderlich. Die konkrete Anwendung (z. B. bargeldloses Zahlen) ist als Software im Mobiltelefon enthalten.

Beide Mutterunternehmen haben bereits jeweils proprietäre kontaktlose Betriebssysteme entwickelt und im Einsatz. Bei NXP handelt es sich um das System „Mifare“, welches vor allem in Amerika und Europa verbreitet ist. Sony hat das System „FeliCa“ entwickelt, welches vor allem in Japan und dort nahezu ausschließlich eingesetzt wird. Beide Systeme haben Kommunikationsschnittstellen, die nur im Fall von Mifare einem offenen Standard (insbesondere die sog. Near Field Communication, NFC) folgen. Die FeliCa- und die Mifare-Chips und diesbezügliche Anwendungen beruhen auf unterschiedlichen und inkompatiblen Technologien. Infolgedessen können FeliCa-Chips von Sony weder mit den Mifare-basierenden Lesegeräten, noch den Mifare-basierenden Anwendungen interoperieren. Das gleiche gilt umgekehrt für die Mifare-Chips im Verhältnis zu den FeliCa-basierenden Lesegeräten und Anwendungen.

Der vom GU zu entwickelnde Chip soll sowohl das Mifare- als auch das FeliCa-Betriebssystem enthalten, damit entsprechend ausgerüstete Mobiltelefone sowohl Mifare- als auch FeliCa-Anwendungen benutzen können. Auf Wunsch der Kunden sollen auf dem sicheren Chip weitere Betriebssysteme von Drittanbietern enthalten sein können. Darüber hinaus beabsichtigten Sony und NXP, ihre jeweiligen Chips mit ihren jeweiligen Betriebssystemen separat weiterzuentwickeln und zu vertreiben. Als Kommunikationsschnittstelle sollte der vom GU zu entwickelnde Chip die standardisierte NFC-Technologie nutzen. NFC ist eine – ebenfalls von Sony und NXP gemeinsam entwickelte – Kombination von kontaktloser Identifizierungs- und Anschlusstechnik, die drahtlose Nahbereichskommunikation zwischen Mobiltelefonen, Unterhaltungselektronik oder PCs ermöglicht. Der NFC-Chip ist ein von dem GU-Chip getrennt in das Mobilfunktelefon einzubauender Chip.

Bei einer Kombination der Betriebssysteme der beiden Gründungsunternehmen auf dem sicheren Chip mit einem NFC-Chip im Mobiltelefon können Handys weltweit für kontaktlose Anwendungen eingesetzt werden. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes wird in vielen Bereichen versucht, eine „Abfertigung“ mittels kontaktloser Plastikkarten oder mittels mit kontaktlosen SIM-Karten ausgestatteter Mobiltelefone einzuführen. Dies gilt z. B. für den öffentlichen Nah- und Fernverkehr. Hier wird versucht, einen bundesweit einsetzbaren elektronischen Fahrschein einzuführen. Dies gilt auch für das bargeldlose Bezahlen, im Gesundheitswesen, bzgl. des ePassports, etc. Man erhofft sich davon einerseits eine Beschleunigung der Abfertigung, eine längere Lebensdauer der Karten sowie teilweise auch einen besseren Überblick über das Kundenverhalten, welches elektronisch gespeichert und ausgewertet werden kann.

Außerhalb von Asien und hier insbesondere von Japan sind kontaktlose Anwendungen (und damit auch kontaktlose Chips) bislang kaum verbreitet. Vereinzelt gibt es schon einige kontaktlose Nahverkehrs-Projekte (z. B. in Seoul und London). Darüber hinaus gibt es auch weitere Pläne in Europa, den bargeldlosen Zahlungsverkehr mit geringen Beträgen auf diese Art und Weise voranzutreiben. Mit Mobiltelefonen sind kontaktlose Anwendungen bislang (außer bei Pilotprojekten) so gut wie gar nicht möglich, da die eingesetzten Chips bislang stets eine kontaktbehafte Anwendung voraussetzen. In Japan sind kontaktlose Anwendungen hingegen sehr weit verbreitet, und zwar auch mittels Mobiltelefonen.

Das Bundeskartellamt hatte das Vorhaben freigegeben, weil nicht zu erwarten war, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht. Die Tätigkeit des GU betrifft einen neu entstehenden Markt, auf dem nach der Praxis des Bundeskartellamtes ein fusionskontrollrechtlich relevantes Wettbewerbsproblem nur anzunehmen ist, wenn der Markt durch den Zusammenschluss bereits in der Anfangsphase dauerhaft abgeschottet wird. Hierfür lagen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor.

Je nach gewünschter Funktion – z. B. Identifikation, Datenspeicherung, Benutzerfreundlichkeit und Sicherheit – können Chips für SIM- und Plastikkarten in verschiedene Kategorien eingeteilt werden, und zwar in Speicherchips/Mikroprozessorchips bzw. in kontaktlose/kontaktbehafte Chips. Die vom GU zu entwickelnden sicheren Chips werden kontaktlose Mikroprozessorchips sein. Aus Nachfragersicht sind die verschiedenen Chiptypen je nach verwendeter Technologie (Speicher/Mikroprozessorchip), Anwendung (Verkehr, Identifikation, Bezahlen) oder Karte, in welcher der Chip eingesetzt werden soll, grundsätzlich nicht miteinander austauschbar. Eine Zusammenfassung zu einem sachlichen Markt wäre nur unter dem Gesichtspunkt der Produktionsumstellungsflexibilität in Betracht gekommen.

Auch wenn einiges für eine engere Marktabgrenzung sprach, waren die Marktanteile der Beteiligten trotz ihrer jeweils starken Position hinsichtlich der Betriebssysteme wegen der frühen Marktphase nur wenig aussagekräftig. Zu berücksichtigen war zunächst, dass die kontaktlosen Systeme FeliCa von Sony in Japan und Mifare von NXP außerhalb von Japan jeweils führend waren. Dies war insofern von Bedeutung als die Herstellung eines Chips nicht isoliert erfolgen kann, da er auf das System abgestimmt sein muss, für dessen Verwendung er geeignet sein soll. Fraglich war jedoch, ob hierdurch der Markt für kontaktlose (Mobilfunk-)Chips in der Anfangsphase dauerhaft abgeschottet würde. Dieses wäre in Betracht gekommen, wenn Wettbewerber auf die Lizenzierung der Technologie von NXP bzw. Sony angewiesen wären. Hierfür hat das Bundeskartellamt geprüft, ob NXP und Sony jeweils in ihren Verbreitungsgebieten einen erheblichen und stabilen wettbewerblich relevanten Vorsprung inne hatten. Von einer derartig stabilen Marktstellung konnte insbesondere für NXP nicht ausgegangen werden. Außerhalb von Japan steht bislang noch nicht fest, welche Technologie-Lösung sich in den Mobiltelefonen durch-

setzen wird. Denn es besteht auch die Möglichkeit von „Ein-Chip-Lösungen“, bei denen sowohl das Betriebssystem als auch die Kommunikationsschnittstelle auf demselben Chip untergebracht sind und der darüber hinaus sowohl auf der SIM-Karte als auch in das Mobiltelefon installiert werden kann. Auf diese Entwicklung haben vor allem die Netzbetreiber und die Mobilfunkendgerätehersteller letztlich großen Einfluss.

Schließlich war die zukünftige Bedeutung des Gesamtmarktes für kontaktlose Anwendungen fraglich. Schon seit Jahren versuchen die Anbieter kontaktloser Lösungen diese auf den Markt zu bringen. Bisher fanden sie aber (bis auf Asien) noch wenig Resonanz. Die weitere Entwicklung ist offen.

## 2. Wafer-Prüf-EDV

Das Vorhaben der KLA-Tencor Corp. (USA) (KLA), sämtliche Anteile der Therma-Wave, Inc. (USA) (Therma-Wave) zu erwerben, ist in einer im Hauptprüfverfahren ergangenen Entscheidung freigegeben worden. Die beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen entwickeln, produzieren und vertreiben EDV-gestützte Prüf- und Messgeräte, die von Wafer- und Halbleiterherstellern verwendet werden, um die Qualität der herzustellenden Produkte während des Herstellungsprozesses zu prüfen.

Bei Wafern handelt es sich um runde Scheiben aus Silizium, auf die im Wege verschiedener Prozessschritte die Strukturen der Halbleiterbauelemente aufgebracht werden. Nachdem die einzelnen Chipstrukturen aufgebracht worden sind, werden die Chips auf dem Wafer Funktionstests unterzogen. Anschließend wird der Wafer in einzelne Chips zerschnitten. Aufgrund der extrem geringen Dimensionen der Chipstrukturen können schon geringste Verunreinigungen der Wafer oder Abweichungen vom Chip-Design in der Produktion dazu führen, dass Chips nicht ordnungsgemäß funktionieren. Um Fehler frühzeitig erkennen zu können, werden die Wafer während des gesamten Fertigungsprozesses fortlaufend Tests unterzogen.

Vom Zusammenschluss betroffen waren in sachlicher Hinsicht im Wesentlichen die Märkte für Thin-Film- sowie für Critical-Dimension-Metrologiegeräte. Thin-Film-Metrologiegeräte dienen der Messung der Schichtdicke sowie ggf. der Zusammensetzung, der Prüfung auf Gleichförmigkeit und weiterer Eigenschaften von Beschichtungen, die auf den Wafer aufgebracht werden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 104 f.). Wie sich im Verlaufe der Marktermittlungen ergeben hat, können – abweichend von dem im Verfahren KLA-Tencor/ADE gewonnenen Erkenntnissen – die am Markt angebotenen Thin-Film-Metrologiegeräte keinem einheitlichen Markt zugeordnet werden. Vielmehr stellen bestimmte Arten von Thin-Film-Metrologiegeräten aufgrund der sehr unterschiedlichen Messtechniken eigenständige Produktmärkte dar. Der wettbewerblichen Beurteilung zugrunde gelegt wurde im vorliegenden Fall ein Markt, der sog. röntgenbasierte und optische Thin-Film-Metrologiegeräte umfasst. Dem relevanten Produktmarkt zugerechnet wor-

den sind zudem neben sog. Stand-Alone-Geräten (eigenständige, komplett mit allen benötigten Komponenten ausgestattete Geräte) auch sog. integrierte Geräte (zur Integration in Prozesstools konzipierte Geräte, die auf bestimmte Komponenten des Prozesstools zurückgreifen).

Bei dem ebenfalls vom Zusammenschluss betroffenen Markt für Critical-Dimension-Metrologiegeräte (CD-Metrologiegeräte) handelt es sich um solche Metrologiegeräte, welche die Abmessungen der sog. kritischen Dimensionen der aufgebrachten Halbleiterstrukturen, d. h. Strukturbreiten von Leiterbahnen, Kontaktlöchern etc., messen. Zur Erfassung der sehr kleinen Dimensionen werden vor allem CD-Rasterelektronenmikroskope sowie auch optische CD-Metrologiegeräte eingesetzt, daneben aber auch CD-Rasterkraftmikroskope. Beide am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind im Bereich der optischen CD-Metrologiegeräte tätig.

In räumlicher Hinsicht ist das Bundeskartellamt jeweils von weltweiten Märkten ausgegangen.

Wettbewerblich problematisch war in erster Linie der Markt für Thin-Film-Metrologiegeräte, auf dem beide Unternehmen zusammen einen gemeinsamen Marktanteil zwischen 25 % und 40 % erreichten. Trotz des vergleichsweise hohen Marktanteils konnte jedoch ausgeschlossen werden, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der KLA entsteht oder verstärkt wird. Der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der KLA wird durch eine Reihe von Anbietern wirksam begrenzt. Zu den bedeutendsten Wettbewerbern gehören insbesondere Nanometrics, Inc. und Rudolph Technologies, Inc. Daneben sind auf dem Markt mehrere kleinere Hersteller tätig. Die Hersteller von Prüfgeräten unterliegen einem permanenten Innovationsdruck, der insbesondere auf die zunehmende Miniaturisierung auf dem nachgelagerten Markt der Halbleiter ausgeübt wird. Hierdurch ergeben sich immer wieder Ansatzpunkte für Wettbewerber, mit neuen Produkten erfolgreich in den Markt einzutreten. Anreize für Newcomer ergeben sich auch aus den nicht unerheblichen Margen, die im Bereich der Thin-Film-Metrologiegeräte erzielt werden können. Mehrere erfolgreiche Marktzutritte in der Vergangenheit belegten dies. Daneben haben die Nachfrager einen wesentlichen Einfluss auf die Angebotsstruktur, indem sie u. a. Dual- oder Multi-Sourcing-Strategien bei der Beschaffung von Thin-Film-Metrologiegeräten verfolgen. Auf dem weltweiten Markt für CD-Metrologiegeräte lag der kumulierte Marktanteil der Beteiligten deutlich unterhalb der Schwelle für die gesetzliche Vermutung der Einzelmarktbeherrschung. Mit Abstand marktführend war nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes der Wettbewerber Hitachi High-Technologies Corp. Weitere bedeutende Wettbewerber waren u. a. Applied Materials Inc., Nanometrics, Rudolph und Veeco Instruments Inc. In Anbetracht dieser Marktstruktur war auch insoweit auszuschließen, dass der beabsichtigte Zusammenschluss zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

## **Herstellung von Geräten zur Elektrizitäts- erzeugung und -verteilung u. Ä. (31)**

### **Elektronische Schließzylinder**

Das Zusammenschlussvorhaben der Assa Abloy AB (Schweden) (Assa) mit der SimonsVoss AG (SimonsVoss) ist im Hauptprüfverfahren geprüft und untersagt worden. Assa beabsichtigte, alle Anteile der SimonsVoss zu erwerben. SimonsVoss ist Hersteller elektronischer Schließzylinder. Assa stellt neben mechatronischen Schließzylindern in erster Linie mechanische Schließzylinder und -anlagen her sowie sonstige mechanische und elektronische Produkte rund um die Tür und Zutrittskontrollanlagen. Elektronische und mechatronische Schließzylinder können anstelle mechanischer Zylinder in Türen eingebaut werden und ermöglichen es, ohne eine Verkabelung der Tür differenzierte Zugangsberechtigungen für eine Vielzahl von Nutzern zu vergeben, zu überprüfen und diese erforderlichenfalls mit geringem Aufwand anzupassen und zu verändern. Eingehende Marktuntersuchungen haben zu dem Ergebnis geführt, dass elektronische und mechatronische Schließzylinder einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt bilden, dem mechanische Schließanlagen und die wesentlich komplexeren Zutrittskontrollanlagen nicht angehören. In Bezug auf elektronische Türbeschläge konnte offen bleiben, ob sie dem Markt der mechatronischen und elektronischen Zylinder angehören oder nicht. Die Einbeziehung veränderte das wettbewerbliche Ergebnis nicht. Räumlich war der Markt national abzugrenzen. Der Vertrieb erfolgt über ein sehr breites nationales Netz selbständiger Händler, in erster Linie Schlüsseldienste und Sicherheitsfachgeschäfte. Letztlich wären jedoch auch auf einem europaweiten Markt die Untersagungs Voraussetzungen erfüllt gewesen. Auf dem Markt für mechatronische und elektronische Zylinder haben die Zusammenschlussbeteiligten einen gemeinsamen Marktanteil von 65 % bis 70 % mit einem Marktanteilsabstand zum nächstfolgenden Wettbewerber von mehr als 50 Prozentpunkten. Der Markt weist im Übrigen eine weitgehend zersplitterte Struktur auf. Durch den Zusammenschluss entstünde ein wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten. Zwar ist in den nächsten Jahren von einem starken Wachstum des noch jungen Marktes für mechatronische und elektronische Zylinder auszugehen. Gleichwohl würden die Zusammenschlussbeteiligten nach dem Zusammenschluss auf dem Markt über eine nahezu unangreifbare Stellung verfügen: Durch den Zusammenschluss würde zunächst die Technologieführerschaft und Vorrangstellung von SimonsVoss im Bereich der elektronischen Zylinder kombiniert mit der breiten installierten Basis von Assa im Bereich der mechanischen Schließanlagen, der Vorrangstellung von Assa im Bereich der mechatronischen Zylinder und den überragenden Ressourcen des in vielen Märkten Europas dominanten Unternehmens. Die Ressourcen der eher mittelständischen Wettbewerber werden in den nächsten Jahren bereits durch die fällige Weiterentwicklung der Technologie der elektronischen Schließzylinder stark beansprucht. Dabei müssen die bereits geleisteten und noch zu leistenden F+E-Aufwendungen von diesen Wettbewer-

bern – ausweislich der Marktanteile – durch Absatz sehr viel geringerer Stückzahlen erwirtschaftet werden als bei den Zusammenschlussbeteiligten. Ressourcen für voroder nachstoßenden Wettbewerb, die dem Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten Grenzen setzen könnten, sind daher bei diesen Wettbewerbern auf absehbare Zeit nicht vorhanden. Dies wird auch durch die Entwicklung des Marktes in den letzten Jahren belegt. Das Bundeskartellamt hatte den Markt zuletzt 2003 in dem Zusammenschlussverfahren Assa – Dom ermittelt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 115 f.). Seitdem hat sich das Marktvolumen mehr als verdoppelt, und die Marktanteile von Assa und SimonsVoss sind gegenüber 2003 deutlich gestiegen. Zudem würden die Zusammenschlussbeteiligten auch über die reine Finanzkraft hinaus durch ihren überlegenen Zugang zu den Absatzmärkten über ein übermächtiges Abschreckungspotenzial für wettbewerbliche Vorstöße verfügen. Aufgrund des wirtschaftlichen Gewichts gegenüber dem Handel kann Assa die markttypischen Rabattsysteme dahingehend einsetzen, dass für die Sicherheitsfachgeschäfte als Hauptvertriebskanal ein starker Anreiz besteht, vornehmlich Produkte der Zusammenschlussbeteiligten einzusetzen. Rabattsysteme sind im Markt von besonderer Bedeutung, da die Rabatte auf die Listenpreise (Umsatz, Sparten- und sogar Objekt rabatte für einzelne Ausschreibungen) häufig bis zu 50 % betragen und die Sicherheitsfachgeschäfte sich nur dann mit Aussicht auf Erfolg an Ausschreibungen beteiligen können, wenn sie vom Hersteller ein hinreichend hohes Rabattniveau eingeräumt bekommen. Erfahrungen in anderen Staaten der EU belegen, dass Assa seine Marktmacht in diesem Sinne gegen die Wettbewerber einzusetzen versteht. Das von Assa seit 2003 erzielte Marktanteilswachstum sowohl bei mechanischen Schließanlagen als auch bei mechatronischen Zylindern illustriert, dass diese Instrumente auch in Deutschland effektiv genutzt werden können. Im Übrigen sind die Marktzutrittsschranken erheblich. Zum einen sind extrem hohe Qualitätsanforderungen zu befriedigen, da das Versagen von Schließsystemen gravierende Folgen haben kann. Aus diesem Grund sind Forschungs- und Entwicklungsaufwand besonders hoch. Zum anderen führt der Hauptvertriebsweg über die Sicherheitsfachgeschäfte, d. h. eine zersplitterte Marktgegenseite, deren Ansprache einen personalstarken und fachkundigen Außendienst voraussetzt. Im Übrigen ist die Zahl der bei einem Sicherheitsfachgeschäft gelisteten Hersteller begrenzt, weil dort systemspezifisches Know-how vorgehalten werden muss und die Rabattsysteme die Konzentration auf wenige Hersteller erfordern.

## Rundfunk- und Nachrichtentechnik (32)

### 1. Breitbandkabelnetze

Das Bundeskartellamt hatte in den letzten zwei Jahren eine Mehrzahl von Zusammenschlüssen von Breitbandkabelnetzbetreibern zu beurteilen. Von besonderer Bedeutung war der Erwerb von Teilnetzen der Orion-Gruppe durch KDG. Die KDG betreibt das ehemalige Breitbandkabelnetz der Deutschen Telekom AG in den sechs Regionen Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vor-

pommern, Niedersachsen/Bremen, Berlin/Brandenburg, Sachsen/Sachsen-Anhalt/Thüringen, Rheinland-Pfalz/Saarland und Bayern. Neben dem Betrieb von Breitbandkabelnetzen der Netzebene (NE) 3 und NE 4 in den genannten Regionen umfasst die Tätigkeit der KDG die Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Zudem erbringt die KDG technische Dienstleistungen für Programmanbieter (insbesondere Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz) und bietet Endkunden Breitbandinternet und -telefoniedienste über ihr Kabelnetz an. Über die Netze von KDG werden insgesamt ca. 9 Mio. Wohneinheiten versorgt.

Die Zielgesellschaften betrieben Breitbandkabelnetze in Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Bayern und waren überwiegend auf der NE4 tätig. Von dem Zusammenschluss waren rund 1,2 Millionen Wohneinheiten umfasst.

Betroffen von dem Zusammenschluss waren drei Märkte: Der Einspeisemarkt, der Endkundenmarkt und der Signallieferungsmarkt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes war an der tradierten Marktabgrenzung im Wesentlichen festzuhalten. Das betrifft namentlich den sachlich relevanten Markt für die Belieferung von Endkunden mit Rundfunksignalen. Zwar ordnet das Bundeskartellamt nunmehr auch den Bezug des Fernsehsignals über das Internet (IPTV über xDSL) demselben Markt zu. Bei den alternativen Übertragungswegen Satellit und Terrestrik handelt es sich allerdings weiterhin um andere Märkte. Wechselwirkungen zwischen Breitbandkabel und diesen Übertragungswegen wurden deshalb erst im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt. Zu dieser Einschätzung sah sich das Bundeskartellamt aufgrund der langjährigen Laufzeiten von Gestattungsverträgen, weiteren rechtlichen Problemen und technischen Schwierigkeiten veranlasst. Folge ist, dass in einer Vielzahl von Fällen die Wechselmöglichkeiten vieler Endkunden eingeschränkt sind und deshalb von keiner Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht auszugehen ist.

Infolge des Zusammenschlusses kam es zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der KDG auf dem Einspeisemarkt. Auf dem Endkundenmarkt und dem Signallieferungsmarkt sprachen ebenfalls starke Indizien für eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der KDG infolge des Zusammenschlusses. Allerdings musste dies im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden. Selbst bei unterstellter Verstärkungswirkung auch auf diesen Märkten konnte das Zusammenschlussvorhaben freigegeben werden. Die Zusammenschlussbeteiligten haben nachgewiesen, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Breitbandanschlüsse (DSL) und für schmalbandige Anschlüsse eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (Abwägungsklausel, § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz).

Kabelnetzbetreiber bieten in immer stärkerem Maße zusätzlich zum Fernsehsignal Internet und Telefonie an („Triple Play“). Obwohl sich der Markt für breitbandige Internetanschlüsse in der Expansionsphase befindet, hat

das Bundeskartellamt auf der Grundlage der von der BNetzA zur Verfügung gestellten Daten festgestellt, dass die Deutsche Telekom AG (DTAG) den Markt nach wie vor beherrscht. Auch der Markt für schmalbandige (Telefon-)Anschlüsse ist nach wie vor ein von der DTAG beherrschter Markt. Infolge des Zusammenschlusses war die KDG in der Lage, über 800 000 Haushalten erstmals Internet und Telefonie über das Breitbandkabel anzubieten. Die fraglichen Netze waren größtenteils durch die KDG auf der vorgelagerten Stufe (NE 3) bereits ausgebaut. Insoweit war die direkte Vermarktung entsprechender Angebote aktuell möglich und aufgrund der gegenwärtig festzustellenden Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Breitbandanschlüsse auch hinreichend wahrscheinlich. Ohne das Zusammenschlussvorhaben wären entsprechende Angebote überhaupt nicht bzw. erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erwarten. Somit waren die vom Bundeskartellamt festgestellten positiven Wirkungen auf den Breitbandanschlussmarkt vertikaler Natur. Sie bestanden vor allem in der Verbesserung des Zugangs zu den Absatzmärkten durch die Zusammenführung von NE3 und NE4 und damit der Verfügungsmacht über die Netze (mehr als 600 000 WE) und durch die Erreichung von Clustergrößen durch die Zusammenführung spezifisch strukturierter Netze, die erstmals das gemeinsame Angebot von Internet und Telefonie erlauben (mehr als 100 000 WE).

Bei den Verbesserungswirkungen handelt es sich um die Intensivierung von Infrastrukturwettbewerb, der von Vorleistungen der auf den Telekommunikationsmärkten weiterhin marktbeherrschenden DTAG weitestgehend unabhängig ist. Dagegen sind bis auf weiteres sämtliche aktuelle Wettbewerber in erheblichem Umfang abhängig von regulierten Vorleistungen, so dass die DTAG in jedem Fall an der Wertschöpfung ihrer Wettbewerber in nicht unerheblichem Umfang teilhat.

Der Beschluss ist bestandskräftig.

Der Zusammenschluss unterscheidet sich grundlegend von den KDG-Verfahren (KDG/Ish, KDG/Iesy, KDG/KBW) aus dem Jahr 2004 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 158 ff.). Dabei handelte es sich um horizontale Zusammenschlüsse auf der NE 3, die weder hinreichende, noch kausale strukturelle Verbesserungswirkungen auf dem Breitbandanschlussmarkt entfalten konnten. Eine Netzausbauzusage, die ausschließlich auf die NE 3 bezogen ist, hat für das Angebot von Internet ohne entsprechende Koordinierung mit der NE 4 keinerlei Vorteile. Sie ist bei mangelnden Clustergrößen ökonomisch sogar ineffizient. Auch fehlte nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes im Jahr 2004 den hinter der KDG stehenden Finanzinvestoren die Bereitschaft, für den Ausbau internetfähiger Netze Finanzmittel bereitzustellen. Anders als zum damaligen Zeitpunkt waren im Fall KDG/Orion dagegen tatsächlich Umstände in den Marktverhältnissen erkennbar, die zur Annahme der spezifischen Verbesserungswirkungen des ganz überwiegend vertikalen Zusammenschlusses im Rahmen der Abwägungsklausel berechtigten.

Im Berichtszeitraum führte das Bundeskartellamt außerdem ein Entflechtungsverfahren gegen die KDG. Ohne

dies zuvor beim Bundeskartellamt angemeldet zu haben, erwarb die KDG im Mai 2007 insgesamt 18,61 % der Stimmrechte an der Primacom AG. Die Primacom AG war einer der wenigen größeren Wettbewerber der KDG auf verschiedenen Kabelmärkten, der zudem noch über ein in weiten Teilen integriertes Netz (NE 3 und 4) verfügte. Angesichts einer Beteiligung in dieser Höhe und im Hinblick auf die Hauptversammlungspräsenz der letzten Jahre handelte es sich bei dem Anteilsbesitz um eine faktische aktienrechtliche Sperrminorität und damit um einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Absatz 1 Nummer 4. Der Zusammenschluss führte prima facie zu einer Strukturverschlechterung und hätte die marktbeherrschende Stellung der KDG verstärkt. Das galt sowohl im Hinblick auf die Reichweitungsausdehnung der KDG auf dem Einspeisemarkt. Auch war fraglich, ob es Primacom nach dem Zusammenschluss noch länger möglich gewesen wäre, Netze abzukoppeln, die bislang auf der NE 3 von KDG beliefert wurden.

Nach Erwerb des Aktienpakets durch die KDG und Einleitung des Entflechtungsverfahrens kam es zunächst zu einer ordentlichen Hauptversammlung und wenige Monate später zu einer außerordentlichen Hauptversammlung der Primacom AG. Bereits für die ordentliche Hauptversammlung unterwarf sich die KDG bestimmten Einschränkungen ihrer Stimmrechte. Um einer einstweiligen Anordnung des Bundeskartellamtes zuvorzukommen, erklärte sich KDG später auch für die außerordentliche Hauptversammlung zur Beachtung bestimmter Verhaltensregeln bereit. Danach durfte KDG auf der Hauptversammlung keine Stimmrechte oberhalb einer bestimmten Kappungsgrenze ausüben. Diese Kappungsgrenze betrug 10,67 % aller Stimmrechte und entsprach 19,44 % der Stimmrechte auf Basis der durchschnittlichen Hauptversammlungspräsenz der letzten fünf Jahre. Die Kappungsgrenze galt für alle Beschlussgegenstände, unabhängig davon, ob über sie mit qualifizierter Mehrheit oder mit geringeren Mehrheiten zu entscheiden war. Für die Umsetzung dieser Stimmrechtsbeschränkung verlangte das Bundeskartellamt zudem die Einsetzung eines glaubwürdigen Treuhänders, dessen Beauftragung und Bevollmächtigung dem Bundeskartellamt vorab nachzuweisen war. Außerdem wurde bestimmt, dass der Treuhänder im Anschluss an die Hauptversammlung dem Bundeskartellamt einen vollständigen Bericht über sein Abstimmungsverhalten vorzulegen hatte. Nachdem die KDG im Oktober 2007 sämtliche von ihr gehaltenen Primacom Aktien im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots an die Orion-Gruppe veräußerte, wurde das Verfahren eingestellt.

Im Berichtszeitraum prüfte das Bundeskartellamt im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens, ob die Praxis der KDG, bestimmte Programmanbieter und Vermarkter von Programmen exklusiv an die eigenen Pay-TV Plattform zu binden, ein missbräuchliches Verhalten darstellt. Dies verneinte das Bundeskartellamt aus einer Mehrzahl von Gründen und stellte das Verfahren ein. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben, dass es auf dem Markt für den Einkauf von Spartenprogrammen für Pay-TV bereits an einer marktbeherrschenden Stellung der

KDG fehlt. Auf dem Endkundenmarkt ist zwar von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, Wettbewerbsmöglichkeiten dritter Breitbandkabelnetzbetreiber wurden durch diese Praxis zum Zeitpunkt der Ermittlungen aber nicht in erheblicher Weise beeinträchtigt. Die exklusive Verbreitung von Spartenkanälen wäre für den Gestaltungswettbewerb auf dem Endkundenmarkt nur dann von derartiger Bedeutung gewesen, wenn das durch den Kabelnetzbetreiber verbreitete Pay-TV Bouquet ein wesentliches Kriterium bei der Auswahl des Gestattungsnehmers wäre. Zwar war nicht auszuschließen, dass bei Wahl des Gestattungsnehmers neben der Höhe des Entgelts und des Umfangs der Vertragsleistung (Telefonie, Internet) die Qualität eines eigenen Pay-TV Bouquets, d. h. Anzahl und Zuschauerrelevanz der über die Pay-TV Plattform angebotenen Spartenkanäle, von Bedeutung ist. Dass das tatsächlich so ist, konnte aber jedenfalls derzeit noch nicht festgestellt werden. Gegen die Bedeutung im Gestaltungswettbewerb sprach auch die Tatsache, dass der derzeit bedeutendste Wettbewerber auf dem Pay-TV Markt die Premiere AG ist. Indem ein jeder Kabelnetzbetreiber – möglicherweise neben einem eigenen Angebot – auch Premiere durchleitet, bietet er aus Sicht des Gestattungsgebers ein konkurrenzfähiges Pay-TV Bouquet an.

## 2. Mobiles Fernsehen (DVB-H)

Das Bundeskartellamt hat die beabsichtigte Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile International AG & Co. KG, Vodafone D2 GmbH und O2 Germany GmbH & Co. OHG zum gemeinsamen Betrieb einer Plattform für mobiles Fernsehen nach dem DVB-H-Standard sowohl fusionskontrollrechtlich als auch nach Artikel 81 EG und § 1 geprüft. Das Vorhaben warf Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf Artikel 81 EG und § 1 auf, die durch Verpflichtungszusagen der Beteiligten ausgeräumt werden konnten. Die Verpflichtungszusagen wurden mit einer Entscheidung gemäß § 32b für bindend erklärt. Hintergrund des Vorhabens war die Absicht der Landesmedienanstalten der Bundesländer und der Bundesnetzagentur, Frequenzen und Programmplätze für mobiles Fernsehen nach dem DVB-H-Standard an eine bundesweit operierende Plattform (technische Plattform und Programmplattform) zu vergeben. T-Mobile, Vodafone und O2 hatten sich an diesen Ausschreibungen beteiligt und wollten die ausgeschriebene Plattform gemeinsam in Form des Gemeinschaftsunternehmens Mobile Broadcast Service GmbH & Co. KG (MBS) betreiben. Aufgaben der MBS sollten der operative Plattformbetrieb sowie der Programmeinkauf ganz oder zu einem wesentlichen Teil sein, nicht jedoch der Vertrieb von mobilem Fernsehen an Endkunden. Im Rahmen der Fusionskontrolle hat das Bundeskartellamt vor allem geprüft, ob der Zusammenschluss auf dem Endkundenmarkt für mobilen Rundfunk, dem Markt für den Großhandel mit Programmpaketen für mobilen Rundfunk und dem Markt für den Erwerb von Vermarktungsrechten für Programme zu einer Marktabschottung hätte führen können. In die sachlichen Märkte einbezogen wurde mobiles Fernsehen nach allen bekannten Standards. Fernseh-

/Videoangebote über die UMTS-Mobilfunknetze sowie terrestrisches Fernsehen über DVB-T wurden als Substitutionswettbewerb berücksichtigt, da sie aufgrund ihrer jeweiligen Eigenschaften zwar nicht austauschbar mit „echten“ Mobilfernsehangeboten sind, jedoch dennoch nicht unerheblichen Wettbewerbsdruck ausüben. Die betroffenen Märkte sind jeweils erst im Entstehen begriffene technologiegetriebene Märkte, die sich noch in der Experimentierphase befinden. Auf solchen Märkten kommt nach der Praxis des Bundeskartellamtes die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung nur dann in Betracht, wenn zu erwarten ist, dass die Märkte bereits in der Entstehungsphase dauerhaft abgeschottet werden. Obwohl hohe Marktanteile der MBS bzw. auf dem Endkundenmarkt für mobilen Rundfunk der Muttergesellschaften der MBS wahrscheinlich waren, konnte dies im vorliegenden Fall jeweils verneint werden. Die Märkte waren sowohl technologisch – es gibt mehrere alternative Übertragungsstandards für mobiles Fernsehen – als auch im Hinblick auf die Geschäftsmodelle noch in der Entwicklung. Welche Technologien und Geschäftsmodelle sich letztlich durchsetzen werden, war noch nicht absehbar. Zudem gab es eine Reihe von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern der Zusammenschlussbeteiligten und – insbesondere in näherer Zukunft – erheblichen Substitutionswettbewerb durch andere Übertragungswege wie DVB-T. Weiterhin hat das Bundeskartellamt die indirekten Auswirkungen des Vorhabens auf die Mobilfunkendkundenmärkte für Sprachtelefonie (inklusive SMS) und Datendienste geprüft. Dabei wurden getrennte sachliche Märkte für Mobilfunk-Sprachtelefonie (inklusive SMS) und Mobilfunk-Datendienste abgegrenzt, da diese beiden Dienste jeweils aus Sicht der Kunden nicht austauschbar sind. Der Endkundenmarkt für Mobilfunk-Datendienste war noch in der Expansionsphase, in der die Marktanteile noch nicht verfestigt sind und noch unklar ist, welche Geschäftsmodelle sich dauerhaft durchsetzen werden. Mögliche Rückwirkungen der Gründung der MBS betrafen zudem vor allem Fernseh-/Videoangebote über UMTS, die noch eine Nischenanwendung darstellten. Deshalb war nicht zu erwarten, dass der mit dem Zusammenschluss verbundene Gruppeneffekt zur Entstehung oder Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols auf dem Mobilfunkendkundenmarkt für Datendienste führt. Verschlechterungswirkungen auf dem Mobilfunkendkundenmarkt für Sprachtelefonie waren ebenfalls nicht zu erwarten. Der Zusammenschluss konnte deshalb ohne Auflagen und Bedingungen freigegeben werden. Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf Artikel 81 EG und § 1 warf die geplante Kooperation vor allem deshalb auf, weil Rückwirkungen auf die UMTS-Strategien der Muttergesellschaften der MBS – vor allem im Hinblick auf Fernseh-/Videoangebote über Mobilfunknetze – zu erwarten waren, der gemeinsame Plattformbetrieb eine inhaltliche Differenzierung auf dem Endkundenmarkt für mobilen Rundfunk nicht erwarten ließ und zudem ein erheblicher Anteil der Kosten für das Angebot von mobilem Fernsehen vergemeinschaftet worden wäre. Die geplante gemeinsame Spezifizierung der für DVB-H geeigneten Endgeräte hätte zudem zu negativen Auswirkungen auf dem Markt für den Vertrieb von Endgeräten für

mobilen Rundfunk geführt. Insbesondere bestand die Gefahr, dass andere Endgeräte als Mobiltelefone und andere Mobilfernsehstandards als DVB-H jeweils nicht zugelassen worden wären. Die Beteiligten boten daraufhin Verpflichtungszusagen an, die diese Bedenken weitgehend ausräumten. So wurde zugesagt, dass der Bezug von Fernseh-/Videoangeboten über Mobilfunknetze und der Bezug von DVB-H-Angeboten weder vertraglich noch faktisch gekoppelt werden. Weitere Zusagen sicherten Differenzierungsmöglichkeiten der Anbieter auf dem Endkundenmarkt hinsichtlich der Programmauswahl und des Programmführers („Electronic Service Guide“) ab, soweit dies im Rahmen der Vorgaben der Landesmedienanstalten möglich war. Mehrere Zusagen stellten sicher, dass mobiles Fernsehen über DVB-H auch auf Nichtmobiltelefonen (z. B. MP3-Playern, Notebooks, PDAs) empfangen werden kann und dass der Empfang von mobilem Fernsehen nach anderen Standards als DVB-H auf den Endgeräten nicht verhindert werden darf. Das Bundeskartellamt erklärte die von den Beteiligten abgegebenen Zusagen in einer Entscheidung gemäß § 32b für bindend. Soweit mögliche Beschränkungen – z. B. auf dem Markt für den Einkauf von Vermarktungsrechten für Programme oder das genaue Ausmaß der Kostenvergemeinschaftung – noch nicht prüffähig waren, da noch nicht hinreichend absehbar war, in welcher Form die Beteiligten hier agieren würden, behielt sich das Bundeskartellamt in der Entscheidung die Prüfung zu einem späteren Zeitpunkt vor. Sowohl die fusionskontrollrechtliche Freigabe des Zusammenschlusses als auch die Entscheidung nach § 32b wurden jeweils durch Drittbeschwerden von Beigeladenen angefochten. Die Landesmedienanstalten hatten allerdings Anfang 2008 entschieden, den Zuschlag für die DVB-H-Plattform nicht an T-Mobile, Vodafone und O2 zu vergeben, sondern an das konkurrierende Konsortium Mobile 3.0. Vor diesem Hintergrund erklärten die Beteiligten, dass sie die Gründung der MBS nicht mehr weiterverfolgten und aus der Freigabeentscheidung keine Rechte herleiten würden. Die eingelegten Beschwerden wurden daraufhin für erledigt erklärt.

### **3. Technische Plattform für verschlüsseltes Fernsehen, Set-Top-Boxen**

Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens war im Berichtszeitraum das Vorhaben des Satellitenbetreibers SES Astra, unter dem Namen „entavio“ eine technische Plattform für die Verbreitung verschlüsselten Fernsehens via Satellit zu etablieren. Es handelte sich um ein Folgungsverfahren des zuvor unter den Stichworten „Blue“ bzw. „Dolphin“ gegen die beiden großen privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat.1 sowie SES Astra geführten Verfahrens betreffend das Vorhaben, die bisher unverschlüsselt über Satellit ausgestrahlten werbefinanzierten Fernsehprogramme der beiden Sendergruppen auf diesem Übertragungsweg künftig nur noch verschlüsselt auszustrahlen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 107 ff). Nach Aufgabe dieses Projektes durch eine der beiden Sendergruppen repositionierte SES Astra die „entavio“-Plattform als technische Plattform für Pay-TV. Zugleich betreibt SES seit einigen Jahren eine weitere technische

Plattform für die Verbreitung verschlüsselten Fernsehens (sog. SCAS-Plattform), die bis zur Übernahme durch Astra ausschließlich Premiere zur Verfügung stand. Im Rahmen des „entavio“-Vorhabens machte SES Astra Vorgaben für die technische Ausgestaltung von Set-Top-Boxen (Spezifikationen). Grundsätzlich sollten nur Set-Top-Boxen, die diesen Vorgaben genügen, zum Empfang der verschlüsselten Programme freigeschaltet werden. Die Spezifikationen betrafen insbesondere das Verschlüsselungssystem, einen erweiterten Kopierschutz (auch als Digital Rights Management/DRM bezeichnet), den Jugendschutz sowie die sog. Blucom-Technologie zur Realisierung eines Rückkanals.

Nach der SES mitgeteilten vorläufigen Bewertung des Bundeskartellamtes begegneten die Spezifikationen wettbewerblichen Bedenken im Hinblick auf § 19 und Artikel 82 EG.

SES ist auf dem Markt für digitale technische Plattformen für Pay-TV als marktbeherrschend i. S. d. § 19 Absatz 2 bzw. des Artikel 82 EG anzusehen. Auf diesem Markt werden die technischen Voraussetzungen für die Umsetzung des für Pay-TV erforderlichen Abonentensystems angeboten (technische Dienstleistungen als Systemangebot). Im Kern umfassen diese Leistungen die Bereitstellung des Verschlüsselungssystems (Conditional Access System, CAS), die Smartcard-Verwaltung und die Sicherstellung einer kompatiblen Set-Top-Boxen-Basis. Da die großen Kabelnetzbetreiber in der Regel jeweils eigene technische Plattformen betreiben und deren Leistungen nur im Verbund mit der Signaleinspeisung in ihre Kabelnetze anbieten, beschränkt sich der Markt für technische Plattformen für Pay-TV de facto auf solche für die Satellitenausstrahlung.

Auf dem so definierten Markt ergibt sich die marktbeherrschende Stellung von SES Astra vor allem aus ihrem hohen Marktanteil, der tatsächlichen Verbreitung bestimmter Set-Top-Box-Typen in den Satellitenhaushalten und den sehr hohen Marktzutrittschranken. Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Verbreitung einer homogenen Set-Top-Boxen-Basis und die Möglichkeit zum Zugriff auf diese. SES Astra konnte hier aufgrund des Betriebs der SCAS-Plattform und bestimmter vertraglicher Vereinbarungen mit Premiere vor allem auch auf die Premiere-Set-Top-Boxen zugreifen, die sich in 2 bis 2,5 Mio. Satelliten-Haushalten befinden. Kein anderer Anbieter hat Zugriff auf eine ähnlich hohe Zahl homogener und für Pay-TV geeigneter Set-Top-Boxen. Das gilt auch hinsichtlich derjenigen in den Haushalten befindlichen Set-Top-Boxen, die sich über einen Steckplatz für ein sog. CI-Modul um die Entschlüsselungslogik eines Verschlüsselungssystems ergänzen lassen. Die Zahl solcher Set-Top-Boxen in den Satelliten-Haushalten liegt zwar in ähnlichen Größenordnungen wie die der Premiere-Set-Top-Boxen. Bei diesen Geräten ist jedoch der nach dem Rundfunkstaatsvertrag geltende äußerst strenge Jugendschutz sowie der oftmals von Rechteinhabern vorgeschriebene Kopierschutz des Signals aus der Sicht eines Pay-TV-Anbieters mit Premium- und jugendschutzrelevanten Inhalten nicht mit Sicherheit gewährleistet.



Auch fehlt es diesem Gerätebestand an einer ausreichenden Homogenität. Der Neuaufbau einer alternativen Set-Top-Boxen-Basis stellt ebenfalls keine Alternative dar. Nach den Ermittlungen und Erfahrungen des Bundeskartellamtes in den letzten Jahren ist ein solches Vorgehen über das Erreichen einer Nischenposition hinaus nicht erfolversprechend, wenn – wie in Deutschland – bereits ein etablierter Anbieter einer bestehenden Infrastruktur tätig ist.

Nach der vorläufigen Beurteilung des Bundeskartellamtes unterlagen die „entavio“-Spezifikationselemente Verschlüsselungssystem, Kopierschutz, Jugendschutz und Blucom wettbewerblichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Absatz 4 Nummer 1 bzw. unter Artikel 82 EG. Dies gilt vor allem für das Verschlüsselungssystem, weil die Möglichkeit, die Entschlüsselung der Fernsehsignale durch jede einzelne Set-Top-Box steuern zu können, unabdingbare Voraussetzung für das Geschäftsmodell Pay-TV und damit auch für das Angebot entsprechender Plattform-Dienstleistungen ist. Die entsprechende Spezifikation von SES Astra hätte in Verbindung mit der Verknüpfung von Spezifikationskonformität und Freischaltung dazu geführt, dass sich (weiterhin) ganz überwiegend solche Set-Top-Boxen in den Satellitenhaushalten verbreitet hätten, deren Verschlüsselungssystem von anderen Anbietern als SES Astra nicht nutzbar ist, weil sie lediglich das für die „entavio“-Plattform vorgesehene Verschlüsselungssystem fest eingebaut enthalten (embedded CAS). Dafür sprachen sowohl die bisherigen Erfahrungen mit den Kaufentscheidungen der Endkunden als auch Gesichtspunkte der wirtschaftlichen Logik. Ein Zugang dritter Anbieter zu diesen Boxen ist damit ausgeschlossen.

An der sachlichen Rechtfertigung der in den vorgenannten Punkten liegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung anderer Plattformbetreiber und Pay-TV-Anbieter bestanden nach Auffassung des Bundeskartellamtes erhebliche Bedenken. Bei der vorzunehmenden Abwägung der Interessen aller beteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB fiel zu Ungunsten von SES Astra besonders ins Gewicht, dass durch das beschriebene Vorgehen bei Spezifikation und Freischaltung eine künstliche Marktzutrittsschranke für andere Anbieter errichtet worden wäre mit der Folge einer Abschottung des Plattformmarktes für Pay-TV. Für eine Höhergewichtung des Interesses von SES Astra an der Freischaltung von Programmen auf proprietären Set-Top-Boxen gab es hingegen keine hinreichende Grundlage. Das galt sowohl für etwaige Sicherheitsbedenken, als auch für das Argument höherer Kosten für eine Lösung mit „entavio“ CI-Modul und passendem Steckplatz.

Zur Abstellung des Missbrauchs wäre daher nach Auffassung des Bundeskartellamtes die obligatorische Integration eines CI-Steckplatzes, über den Pay-TV-Anbieter außerdem in der Lage sind, die Jugendschutz- und Kopierschutzfunktionalitäten anzusteuern, erforderlich.

Das Bundeskartellamt hat SES Astra Gelegenheit gegeben, geeignete Verpflichtungszusagen anzubieten, die es

erlauben würden, das Verfahren mit einer Entscheidung nach § 32b Absatz 1 abzuschließen. Nachdem SES erste Ansätze für eventuelle Verpflichtungszusagen mit dem Bundeskartellamt diskutiert hatte, haben sich Zweifel an der Weiterführung der Plattform ergeben. Das Bundeskartellamt hat daraufhin das Verfahren vorläufig eingestellt und ein neues Verfahren mit paralleler Fragestellung gegen die Premiere AG sowie – ohne Bezug zum Satellitenbereich – gegen verschiedene Kabelnetzbetreiber eingeleitet.

#### 4. Set-Top-Boxen für Pay-TV

Die Europäische Kommission hat mit Entscheidung vom 23. Juni 2008 das Zusammenschlussvorhaben News Corp. (USA)/Premiere (COMP.M/5121) in der ersten Phase unter Entgegennahme von Zusagen freigegeben. Haupttätigkeitsbereiche der News Corp. sind die Produktion und der Vertrieb von TV-Programmen, die TV-Übertragung per Satellit und Kabel, die Entwicklung von Conditional Access (CA) – Technologien und Abonnen-tenverwaltungssystemen sowie die Produktion und der Vertrieb von Online-Programmen. Premiere ist der führende Pay-TV-Anbieter Deutschlands. Die Marktzutrittsschranken im Bereich Pay-TV sind sehr hoch. Neben dem Angebot von Premium-Inhalten (insbesondere Filme, Sport) bildet der Zugang zu einer bestehenden homogenen, Pay-TV-tauglichen Set Top Boxen (STB)-Basis eine erhebliche Hürde. Denn der Aufbau einer eigenen STB-Basis ist für einen neu auf den Markt hinzutretenden Programmanbieter kaum durchsetzbar, wenn auf dem Pay-TV-Markt bereits ein etablierter Anbieter mit einer bestehenden STB-Infrastruktur tätig ist. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass der Endkunde nicht bereit ist, mehrere STB zu erwerben bzw. das Erfordernis einer neuen STB den Wechsel des Pay-TV-Anbieters weitgehend verhindert. Marktzutritt und -verbleib können nur dann gelingen, wenn das Programm des Pay-TV-Anbieters mit den im Markt und in den Haushalten bereits etablierten homogenen und in den Ausstattungsmerkmalen hinreichend bekannten STB empfangen werden kann. Dies bedeutet, dass ein Marktzutritt für einen Pay-TV-Anbieter auf dem Endkundenmarkt in Deutschland nur dann mit Erfolg möglich ist, wenn die Programme zumindest auch mit den am Markt befindlichen Premiere-STB empfangen werden können. Um Endkundenbeziehungen mit dem Pay-TV-Anbieter aufbauen zu können, ist hier ein technischer Zugang zu den STB erforderlich. Der Zugang zu den Premiere-STB ist derzeit nur eingeschränkt und nur im Satellitensegment möglich. Hier hatte Premiere im Jahr 2005 das Unternehmen DPC, das die technische Plattform für Premiere intern betrieb, an den Satellitenbetreiber SES Astra veräußert. Das Unternehmen firmiert heute unter APS Astra Platform Services GmbH und bietet den Zugang zu den Premiere-Satelliten-Boxen außer Premiere selbst grundsätzlich auch Dritten an. Den Erwerb des Plattformbetriebs durch SES Astra hat das Bundeskartellamt wegen der Öffnungswirkung für den Pay-TV-Markt unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben, obwohl eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von SES Astra auf dem Satelliten-Transpon-

der-Markt zu erwarten war (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 161 ff. und Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 106 ff.).

Das Bundeskartellamt hat die Europäische Kommission in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, dass durch den Zusammenschluss zwischen NewsCorp. und Premiere eine erneute Abschottung des technischen Zugangs zu den Premiere-STB aufgrund einer Re-Integration der digitalen Plattformdienstleistungen zu befürchten ist. Denn nach dem Wechsel zu dem CA-System von NDS, einem Tochterunternehmen der News Corp., ist als Folge des Zusammenschlusses zu erwarten, dass dritte Pay-TV-Anbieter über den bisherigen technischen Plattformbetreiber APS keinen Zugang mehr zur Satellitenplattform von Premiere haben werden.

Um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, hat News Corp. zugesagt, dass der technische Dienstleister auch zukünftig Dritten in derselben Weise Zugang zur Premiere-Satellitenplattform gewähren könne wie vor der Fusion. Zu diesem Zweck werde der technische Dienstleister APS u. a. eine Unterlizenz von NDS über die CA-Technologie erhalten sowie die gesamte Hardware, die erforderlich ist, um das CA-System an der Kopfstelle der Satellitenplattform von Premiere zu integrieren.

Die Zusagen stellen nach Ansicht des Bundeskartellamtes allerdings nicht hinreichend sicher, dass der bisherige wettbewerbliche Zustand so, wie er vor dem Zusammenschluss bestanden hatte, erhalten bleibt. Denn der Verschlüsselungssystemanbieter NDS ist nach dem Zusammenschluss ein mit Premiere im NewsCorp.-Konzern verflochtenes Unternehmen und daher kein von den Pay-TV-Interessen Murdochs unabhängiges Unternehmen – wie es bei dem früheren Verschlüsselungssystemanbieter von Premiere, der NagraVision S.A. (Schweiz), der Fall war.

Die Zusagen haben schon deswegen auch keine marktöffnende Wirkung für den Pay-TV-Markt. Selbst wenn sie den bisherigen Zustand annähernd wieder hergestellt haben sollten, ist hiermit nur eine beschränkte Herabsetzung der Marktzutrittsschranke verbunden, da das bisherige Geschäftsmodell von SES/APS nur wenig erfolgreich war und APS letztlich auch eine monopolartige Stellung auf dem Plattformmarkt innehat. Die technische Marktzutrittsschranke besteht vielmehr in der Verbreitung proprietärer STB, mit denen das (digitale) Pay-TV-Programm empfangen und entschlüsselt werden muss. Die sowohl von Premiere als auch von APS verfolgte STB-Strategie besteht dabei in einer Bevorzugung von fest in die STB installierten CA-Systemen. Demgegenüber wurde die Inverkehrbringung von STB, die über ein Common Interface verfügen, weitestgehend vermieden. Diese Strategie hat nach Ansicht des Bundeskartellamtes im Ergebnis marktabschottende Effekte. Das Bundeskartellamt hat daher zunächst gegen die von APS betriebenen Plattformen ein Missbrauchsverfahren geführt und nunmehr auch ein Verfahren gegen Premiere eingeleitet.

## **Medizin-, Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik (33)**

### **Hörgeräte**

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme des Geschäftsbereichs „Hörgeräte“ der GN Store Nord A/S (Dänemark) durch die Phonak (jetzt Sonova) Holding AG (Schweiz) untersagt. Die Untersagung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V)). Über die erhobene Rechtsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Die zu übernehmenden Gesellschaften sind als GN ReSound im Markt bekannt. Phonak ist neben Siemens und dem dänischen Unternehmen William Demant/Oticon einer der weltweit führenden Hörgerätehersteller. Das Zusammenschlussvorhaben betraf den deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten. Deutschland ist – gemessen an den Umsatzerlösen – hinter den USA der weltweit zweitgrößte Hörgerätemarkt. Auf diesem Markt verfügen Siemens, Phonak und Oticon in Deutschland über einen gemeinsamen Marktanteil von über 80 %. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hätte der Erwerb von GN ReSound zumindest zur Entstehung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung von Siemens, Phonak und Oticon geführt. Diese Unternehmen sind durch eine Reihe von Geschäftsbeziehungen miteinander verflochten und kooperieren bei Grundlagenpatenten und anwendungsspezifischen Technologien. Über den Zentralverband Elektrotechnik- und Elektrotechnikindustrie e. V. (ZVEI) hatten die Hörgerätehersteller ein umfassendes Marktinformationssystem installiert. Die stabilen Nachfrage- und Angebotsbedingungen, die nahezu flächendeckende Leistung aller Oligopolisten bei den nachfragenden Hörgeräte-Akustikern sowie die Transparenz über den Zeitpunkt von Produktneueinführungen begünstigen ein Parallelverhalten der Oligopolisten. Der Innovationswettbewerb ist eingeschränkt. Die von Siemens, Phonak und Oticon gegenüber dem Hörgeräte-Akustikhandel geforderten (Netto-) Durchschnittspreise für Hörgeräte unterscheiden sich nicht wesentlich. Gegen ein Oligopol spricht auch nicht, dass es im Markt in den vergangenen Jahren zu Marktanteilsveränderungen kam, da diese Veränderungen im Wesentlichen zu Lasten der Außenseiter gingen. Der abgeschwächte Wettbewerb im Oligopol wäre nach Auffassung des Bundeskartellamtes zumindest nach dem Zusammenschluss nicht mehr wesentlich gewesen. Der gemeinsame Marktanteil hätte sich auf etwa 90 % erhöht. Die Übernahme des Technologie- und Produktionspotenzials von GN ReSound und die gesellschaftsrechtliche Absicherung der Führungsrolle des Oligopols bei Grundlagentechnologien hätten die noch am Markt verbliebenen Wettbewerbspotenziale beseitigt. Die Transparenz über Preissetzung und Produktneueinführungen wäre weiter erhöht worden. Das Oligopol hätte Wettbewerb noch wirkungsvoller als vor dem Zusammenschluss abwehren können. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die hohen Gewinne, die im Hörgeräte Markt erzielt werden, noch weiter angestiegen wären. Der Zusammenschluss hätte den Innovations- und Preiswettbewerb weiter abgeschwächt, was letztlich zu Lasten der Verbraucher gegen-

gen wäre. Phonak hatte im Laufe des Verfahrens Vorschläge für Auflagen gemacht, um eine kartellrechtliche Freigabe zu erreichen. Diese Zusagen betrafen zum einen die Beteiligung am ZVEI-Meldesystem und die Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen im Bereich der Grundlagenpatente sowie den Austausch anwendungsspezifischer Technologien. Zum anderen hatten die beteiligten Unternehmen eine Veräußerungszusage vorgelegt. Die Zusagen hätten zwar zu einer tendenziellen Verbesserung der Wettbewerbssituation im Hörgerätemarkt geführt, sie waren aber in der Gesamtbetrachtung bei weitem nicht ausreichend, um die negativen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auszugleichen. Sie hätten weder den Technologieaustausch zwischen den Oligopolisten beseitigt noch die starke Marktstellung der Oligopolisten und die Asymmetrie der Markttransparenz gegenüber den nachfragenden Hörgeräteakustikern und den Endkunden abgemildert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte zunächst in einem einstweiligen Verfahren die Anträge der betroffenen Unternehmen abgelehnt, die auf eine Befreiung vom Vollzugsverbot zielten (Beschluss vom 8. August 2007 – VI-Kart 8/07 (V)). Das Oberlandesgericht verwarf die Anträge im Ergebnis als unzulässig, weil hierfür in § 41 Absatz 2 eine Spezialvorschrift bestehe, nach der nur das Bundeskartellamt unter den dort genannten Voraussetzungen eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen könne und diese Entscheidung vom Gericht nur im Hinblick auf Ermessensfehler überprüft werden könne. Darüber hinaus stellte das Gericht fest, dass die Parteien keine gewichtigen Gründe i. S. v. § 41 Absatz 2 vorgetragen hätten, so dass das Amt einen solchen Antrag auch hätte ablehnen müssen. Im Hauptsacheverfahren hat das Oberlandesgericht Düsseldorf auch die Untersagung des Bundeskartellamtes bestätigt. Das Gericht ging im Unterschied zum Bundeskartellamt bereits von der Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols aus, da die Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 erfüllt sei und die Beteiligten die Vermutung nicht widerlegt hätten. Wesentlicher Binnenwettbewerb zwischen Siemens, Oticon und Phonac herrschte nach Auffassung des Oberlandesgericht bereits vor dem Zusammenschluss nicht. Insbesondere sprächen dagegen die hohe Markttransparenz, die den Anreiz zu Preiswettbewerb entscheidend dämpfe, und das Kräfteverhältnis im Hinblick auf die Marktanteilsverteilung und die unternehmensbezogenen Eckdaten, die nicht derart asymmetrisch seien, dass mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten nicht zu rechnen sei. Die Nachfrageseite trage – mangels Konzentration und strategischen Einkaufsverhaltens – keinen wesentlichen Wettbewerb in das Oligopol hinein. Im Hinblick auf das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der Oligopolisten hätten die Zusammenschlussbeteiligten keinen wesentlichen Preiswettbewerb nachgewiesen. Auch der Qualitäts- und Innovationswettbewerb sei nicht von einer solchen Intensität, dass sich ein Gesamtbild leistungsbezogener Konkurrenz ergebe. Relevante wettbewerbsdämpfende Wirkung gehe dabei von den Kreuzlizenzierungsabkommen aus, die Phonak mit Siemens und Oticon geschlossen hat und die einen wechs-

seitigen Zugriff auf das Patentportfolio der Vertragspartner ermöglichen bzw. ermöglicht haben.

Funktionsfähigen Außenwettbewerb hätten die Zusammenschlussbeteiligten nicht nachweisen können. Sowohl die Höhe des gemeinsamen Marktanteils als auch der enorm hohe Marktanteilsabstand zu den beiden nachfolgenden Wettbewerbern GN ReSound und Widex sprächen für eine marktbeherrschende Stellung des Oligopols.

Durch die Fusion wäre die marktanteilsbezogene Symmetrie im Oligopol gewachsen und damit die marktbeherrschende Stellung des Oligopols verfestigt worden. Der Außenwettbewerb wäre geschwächt worden, da mit GN ReSound der größte Wettbewerber des Oligopols weggefallen wäre und sowohl der gemeinsame Marktanteil als auch der Marktanteilsabstand des Oligopols zum nächstgrößten Wettbewerber sich erhöht hätten.

Eine Beschränkung der Untersagung auf die inländischen Gesellschaften des Zielunternehmens wäre nicht ausreichend gewesen, da durch den Erwerb der im Ausland gelegenen Unternehmen Phonak die im Ausland vorhandenen Produktionskapazitäten und das dortige technische Know-how nebst des dazugehörigen umfangreichen Patentportfolios mit der Folge zugewachsen wären, dass die Fähigkeit, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren und die bereits errungene Marktposition zu sichern, auch auf dem deutschen Markt weiter verstärkt worden wäre.

Nachdem das Bundeskartellamt dem Mittelstandskreis der Hörgeräteakustiker e. V. im Berichtszeitraum mitgeteilt hatte, dass hinsichtlich der beabsichtigten Einführung von Kalkulations- und Preisempfehlungen kein Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c i. V. m. § 3 Absatz 2 besteht, hat dieser seinen entsprechenden Antrag zurückgezogen. Der Mittelstandskreis der Hörgeräteakustiker e. V. beabsichtigte, für seine Mitgliedsunternehmen und dritte Hörgeräteakustiker Kalkulations- und Preisempfehlungen herauszugeben. Das Vorhaben betraf den Vertrieb von Hörgeräten über den Einzelhandel. Zwar wäre eine Entscheidung nach § 32c grundsätzlich möglich gewesen, da europäisches Recht auf den Fall nicht anwendbar war. Allerdings war ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung nach § 32c i. V. m. § 3 Absatz 2 nicht substantiiert dargetan und auch nicht erkennbar. Insbesondere verstießen die vorgetragenen Kalkulations- und Preisempfehlungen – wenn der Mitgliederkreis des Mittelstandskreises der Hörgeräteakustiker e. V. erweitert worden wäre – gegen § 1 und waren nach § 3 Absatz 1 nicht freistellungsfähig. Daher hätte bei Änderung der Mitgliederstruktur des Mittelstandskreises der Hörgeräteakustiker e. V. stets ein neuer Antrag erfolgen müssen, sobald Hörgeräteakustiker aus den gleichen räumlichen Märkten an der Vereinbarung beteiligt wären und die Wettbewerbsbeschränkung hier spürbar gewesen wäre. Eine Entscheidung nach § 32c hätte daher der Antragstellerin keine dauerhafte Rechtssicherheit gegeben und einen erheblichen wiederholten Verwaltungsaufwand beim Bundeskartellamt verursacht.

## Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen (34)

### 1. Straßentransporttechnik

Das Vorhaben der China International Marine Containers (Group) Ltd. (China) (CIMC), die Mehrheit der Anteile und die alleinige Kontrolle der Burg Industries (Niederlande) zu erwerben, wurde im Hauptprüfverfahren freigegeben. Veräußerer waren die beiden Brüder Cees van der Burg und Peter van der Burg, der mittelbar eine Minderheitsbeteiligung an Burg Industries erhält und Geschäftsführer wird. CIMC erwirbt durch den Zusammenschluss im Wesentlichen den Geschäftsbereich Straßentransporttechnik (Transportfahrzeuge) von Burg Industries. Der Geschäftsbereich Tankcontainer wurde vorab abgespalten und auf eine von Cees van der Burg allein kontrollierte Gesellschaft übertragen. Das Hauptprüfverfahren wurde eingeleitet um zu prüfen, ob wettbewerbsrechtlich relevante Auswirkungen des angemeldeten Vorhabens auf den Bereich Tankcontainer zu erwarten sind, obwohl CIMC das Tankcontainergeschäft von Burg Industries nicht miterwirbt. Der vollständige Erwerb von Burg Industries durch CIMC, d. h. einschließlich des Tankcontainergeschäfts, war 2005/2006 Gegenstand eines Verfahrens bei der Europäischen Kommission (COMP/M. 4009 CIMC/BURG). Die Europäische Kommission war nach ihren Marktuntersuchungen zu dem Ergebnis gekommen, dass der Erwerb des Tankcontainergeschäfts von Burg Industries zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von CIMC auf dem weltweiten Markt für Standard ISO Tankcontainer führen würde. Nachdem die Europäische Kommission entsprechende Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben geäußert hatte, gaben die Beteiligten im Sommer 2006 das ursprüngliche Vorhaben unter Rücknahme der Anmeldung auf. Zwei Beigeladene, ein Hersteller von Straßentransportausrüstung und Tankcontainern sowie ein Logistikunternehmen, hatten vor dem Hintergrund des Fusionskontrollverfahrens COMP/M.4009 CIMC/Burg Bedenken gegen das neue modifizierte Zusammenschlussvorhaben geäußert. Es wurde der Verdacht vorgetragen, damit werde die Verhinderung des ursprünglich geplanten und bei der Europäischen Kommission angemeldeten Vorhabens der Übernahme auch des Tankcontainergeschäfts von Burg Industries durch CIMC umgangen. Auch bei der nun vorgesehenen Konstruktion bestehe die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von CIMC auf dem Markt für Standard ISO Tankcontainer. Die Konstruktion des Vorhabens, die personellen Verflechtungen und die Transparenz des Tankcontainer-Marktes ließen erwarten, dass die Marktstellung von Burg Industries bei Standard ISO Tankcontainern letztlich doch im Wesentlichen CIMC zufallen könnte. CIMC erwerbe durch Burg Industries Reputation, Know-how sowie Kunden- und Geschäftsinformationen über das Tankcontainergeschäft auch ohne dieses Geschäft zu übernehmen, insbesondere durch die Person von Peter van der Burg und das Dienstleistungsunternehmen Burg Services, das CIMC miterwirbt. Diesen Einwänden war zunächst entgegenzuhalten, dass die Modifizierung eines Zusammenschlussvorhabens, nachdem die Kartellbehörde ein angemeldetes

Vorhaben wegen der Auswirkungen auf einem oder einigen Märkten als bedenklich und nicht freigabefähig bewertet hat, nicht ungewöhnlich und per se nicht zu beanstanden ist. Die Neuanmeldung eines Vorhabens ohne die bedenklichen Teile wirft für sich allein noch nicht den Verdacht der Umgehung auf. Um diesen Vorwurf zu begründen und zu erhärten, bedarf es belastbarer Fakten. Die durchgeführten Ermittlungen ergaben keinen hinreichenden Anlass für die Annahme, dass der beabsichtigte Zusammenschluss von CIMC und Burg Industries ohne das Tankcontainergeschäft zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von CIMC auf dem weltweiten Markt für Standard ISO Tankcontainer führt. Jedenfalls ergeben sich keine kausal durch das Zusammenschlussvorhaben verursachten Auswirkungen auf die Marktstellung von CIMC. CIMC verfügt bereits über das erforderliche Know-how im Geschäft mit Standard ISO Tankcontainern durch eine Kooperation mit dem englischen Unternehmen UBHI seit dem Jahr 2000, das die eigene Produktion von Standard ISO Tankcontainern aufgegeben hat. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission im Verfahren COMP/M.4009 CIMC/BURG hat CIMC seit dem Eintritt in den Markt für Standard ISO Tankcontainer ohne die Unterstützung durch Peter van der Burg und im Wettbewerb gegen Burg Industries rasch Marktanteile erworben und innerhalb weniger Jahre die Position des weltweiten Marktführers errungen. Die begrenzten technischen und logistischen Dienstleistungen (Wartung, Reparatur, Lagerung) von Burg Services für Tankcontainer haben keine strategische Bedeutung für das Tankcontainergeschäft, insbesondere nicht hinsichtlich Kundenakquisition und Kundenbindung. Die Ermittlungen stützten in keiner Weise die Vermutung, das Tankcontainergeschäft von Burg Industries, das von Cees van der Burg weitergeführt wird, sei auf die Inanspruchnahme der Dienstleistungen von Burg Services angewiesen und könne daher in eine Abhängigkeit vom Wettbewerber CIMC geraten.

Auf dem von dem Zusammenschluss unmittelbar betroffenen Markt für Straßentransporttechnik (Anhänger, Auflieger, Aufbauten) und auf möglichen Teilmärkten, differenziert nach Fahrzeugtyp und zu transportierenden Gütern (u. a. Tank- und Silofahrzeuge, Kippfahrzeuge, klimatisierte Fahrzeuge), ist das Vorhaben, wie schon die Europäische Kommission festgestellt hatte, völlig unbedenklich. Es ergeben sich keine räumlichen Überschneidungen, da Burg Industries nur in Europa und CIMC nur in China und den USA tätig ist und die Märkte nicht weltweit abzugrenzen sind. Burg Industries hat in Europa auch im stärksten Segment (Tankfahrzeuge) einen Marktanteil von unter 20 % auf im Übrigen stark fragmentierten und mittelständisch strukturierten Märkten. Das Vorhaben wurde parallel von der niederländischen Kartellbehörde NMA geprüft und von dieser ebenfalls freigegeben. Im Zuge der Prüfung hat das Bundeskartellamt engen Kontakt zur niederländischen Kartellbehörde gehalten.

### 2. Automobilzulieferer

Bei den Automobilzulieferern gab es in den Jahren 2007 und 2008 wieder eine Vielzahl von Zusammenschlüssen.

Die Erwerber waren sowohl strategische Investoren als auch Finanzinvestoren. Einige dieser Vorhaben hatten gemeinschaftsweite Bedeutung und wurden von der Europäischen Kommission geprüft und freigegeben wie der Erwerb der Automobilierteile VDO der Siemens AG durch die Continental AG, der Erwerb der Continental AG durch die Schaeffler GmbH sowie der Erwerb der Bordnetzterteile von Valeo CSB (Frankreich) durch die Leonie Bordnetz-Systeme GmbH. Der Erwerb des Geschäftsbereichs Starterbatterien für Automobile der FIAMM S. p. A. (Italien) durch die VB Autobatterie GmbH, ein Joint Venture von Johnson Controls Inc. (USA) und der Robert Bosch GmbH, wurde mit den Auflagen freigegeben, verschiedene Marken, Geschäftsbereiche und Produktionsstätten zu veräußern. Das Bundeskartellamt hat etwa 100 Zusammenschlussvorhaben im Bereich Automobilzulieferer geprüft und in der ersten Phase freigegeben. Einige dieser Zusammenschlüsse bewirkten eine weitere Konzentration der betroffenen Märkte. Dabei handelte es sich um Fusionen in den Bereichen Schwingungsdämpfer für mittelschwere und schwere Nutzfahrzeuge (Erwerb der STE Schwingungstechnik GmbH durch die Hasse & Wrede GmbH, ein Tochterunternehmen der Knorr Bremse GmbH), Karosserieabdichtungen (Erwerb des Geschäftsbereichs Karosserieabdichtungen für Kraftfahrzeuge der Metzeler Automotive Profile Systems in Deutschland, Italien, Polen und Belgien durch die Cooper-Standard Automotive Inc., USA), Kfz-Innenraumfilter (Erwerb der Helsa Automotive Gruppe durch die Mann + Hummel GmbH) sowie Kfz-Abgaskatalysatoren (Erwerb der Argillon GmbH durch die Johnson Matthey plc, Großbritannien). Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben jedoch in allen Fällen, dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei keinem der Vorhaben zu erwarten war. Auf den relevanten Märkten geht von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern ausreichender Wettbewerbsdruck aus. Es handelt sich i. d. R. um Ausschreibungsmärkte. Das strategische Einkaufsverhalten der Automobilhersteller begrenzt zudem auf den untersuchten Märkten die Verhaltensspielräume der Automobilzulieferer.

### **Sonstiger Fahrzeugbau (35)**

#### **Lokomotiven**

Das Vorhaben der Babcock & Brown European Infrastructure Fund, die Mehrheit der Anteile an Angel Trains Europe, dem kontinentaleuropäischen Geschäft der Angel Trains Group (Großbritannien), zu erwerben, wurde vom Bundeskartellamt freigegeben. Die Erwerberin gehört zu Babcock & Brown Ltd. (Australien), einem weltweit tätigen Konzern mit den Geschäftsbereichen Infrastruktur, Immobilien, Finanzierung und Leasing. Die Tochtergesellschaft CBRail von Babcock & Brown ist im Leasing von Schienenfahrzeugen (Lokomotiven) für den Personen- und Gütertransport aktiv. Angel Trains Europe ist eine europäische Leasinggesellschaft für Schienenfahrzeuge und bietet als Leasinggeber eine vielfältige Palette von Schienenfahrzeugen einschließlich Regional- und Pendlerzügen und Lokomotiven für den Personen- und Güterverkehr an. Das Vorhaben betraf den Markt für das

Leasing von Lokomotiven auf dem europäischen Kontinent. Dabei konnte offen gelassen werden, ob sachlich ein größerer Markt als das Leasing von Lokomotiven abzugrenzen ist. Die Ermittlungen bestätigten im Wesentlichen die im Jahr 2006 aus dem Fusionskontrollverfahren Mitsui & Co. Ltd. (Japan) / Siemens Dispolok GmbH gewonnenen Erkenntnisse, dass räumlich Kontinentaleuropa und Großbritannien jeweils eigene Märkte wegen unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen und gewisser technischer Unterschiede sind (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 121). Ebenso bestätigt wurde die damalige Einschätzung von Marktstruktur und Marktentwicklung. Es handelt sich um einen stark wachsenden Markt mit geringen Marktzutrittsschranken. Angel Trains ist zusammen mit CBRail/Babcock etwa gleich stark wie Mitsui Dispolok. Daneben gibt es mit HVB Leasing, Hannover Mobilien Leasing, Deutsche Leasing Sparkassen und den Leasingtöchtern der Lokomotiven-Hersteller Vossloh und Bombardier eine Reihe von weiteren potenten und finanzkräftigen Wettbewerbern. Wettbewerber sind auch Bahnbetreiber in Österreich, der Schweiz und den Niederlanden. Zudem hat es 2008 weitere Markteintritte gegeben durch Railpool, ein Gemeinschaftsunternehmen der Kreditanstalt für Wiederaufbau und der HSH Nordbank, und Otraction, ein Gemeinschaftsunternehmen der Voith Turbo GmbH & Co. KG und der DVB Bank AG.

#### **Recycling von metallischen Altmaterialien (37)**

Das Bundeskartellamt hat den mittelbaren Erwerb sämtlicher Anteile an der Fegert-Recycling durch die Scholz AG im Hauptprüfverfahren freigegeben. Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben betraf unterschiedliche sachlich und räumlich relevante Märkte des Schrotthandels, insbesondere die Erfassung von Eisenschrott und NE-Metallschrott, d. h. das Sammeln, Transportieren, Sortieren und Aufbereiten des Schrotts. Erfassung und Verkauf von Schrott erfolgen in Deutschland i. d. R. über mehrere Stufen. Insbesondere ist die Marktstufe der Erfassung von Schrott bei originären Entfallstellen (Industrie, Haushalte) von der Marktstufe der Erfassung von Schrott zur direkten Belieferung der Endabnehmer (Stahlwerke, Gießereien, Kupfer- und Bleihütten etc.) zu unterscheiden. In räumlicher Hinsicht erstrecken sich die jeweiligen Erfassungsmärkte auf den Umkreis um den zu erwerbenden Schrottplatz, in dem ca. 95 % des Schrotts gesammelt werden. Im vorliegenden Fall wurde von einem Radius von mindestens 50 km ausgegangen. Die Ermittlungen ergaben, dass die Beteiligten bei der Erfassung von Eisenschrott an originären Entfallstellen in einem Umkreis von 50 km um Magdeburg schätzungsweise einen gemeinsamen Marktanteil von 38 % bis 43 % erreichten. Die Marktanteile der fünf nächstfolgenden Wettbewerber wurden auf zwischen 14 % und 2 % geschätzt. Trotz des relativ hohen Marktanteilsabstands zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und den nächstfolgenden Wettbewerbern eröffnete der Zusammenschluss den Beteiligten keine vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume, da auf dieser Marktstufe ausreichende Ausweichmöglichkeiten für die Entfallstellen bestehen und die Marktzutritts-

schränken relativ gering sind. Auf der Marktstufe der Erfassung von Eisenschrott zur direkten Belieferung an die Stahlwerke im Umkreis von 50 km um Magdeburg erreichten die Zusammenschlussbeteiligten einen Marktanteil von maximal 14 % bis 18%. Hier sind insbesondere die Wettbewerber TSR und Deumu tätig. In vertikaler Hinsicht wird das Zusammenschlussvorhaben jedoch zu einer Stärkung von Scholz auf dieser Marktstufe führen, wenn Fegert die Schrottmengen, die bislang an die beiden Wettbewerber TSR und Deumu geliefert wurden, sämtlich an Scholz liefert. In diesem Fall könnte Scholz einen Marktanteil von rund 50 % erreichen. Die Marktanteile der beiden Konkurrenten würden sich zwar verringern, nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierte Verhaltensspielräume würden sich den Zusammenschlussbeteiligten jedoch auch in diesem Fall nicht eröffnen. Wettbewerbslich bedenkliche Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Märkte für die Erfassung von NE-Metallschrott sowie auf die Märkte für den Verkauf von Eisenschrott und NE-Metallschrott konnten nicht nachgewiesen werden.

## Energieversorgung (40)

### A. Allgemein

Nachdem schon für den vorangegangenen Berichtszeitraum keine spürbare Belebung des Wettbewerbs im Energiesektor attestiert worden war (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 121 ff.), steht auch gegenwärtig eine durchgreifende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei Strom und Gas weiter aus. Das Bundeskartellamt hat deshalb seinen eingeschlagenen Weg, die strukturellen Hindernisse für mehr Wettbewerb mit den Mitteln der Zusammenschlusskontrolle, der Missbrauchsaufsicht und dem Kartellverbot abzutragen, forciert und seine Linie dabei teilweise noch verschärft.

So hat das Bundeskartellamt zunächst keinen Raum für eine Änderung seiner auf die etablierten Vertriebsgebiete bezogenen räumlichen Abgrenzung der meisten Energiemärkte gesehen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 123). Im Strombereich unterliegt weiterhin nur der SLP-Kundenbereich (Standard-Lastprofil-Kunden, entspricht im Wesentlichen Haushaltskunden) der regionalen Markt- abgrenzung, dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Marktstrukturen eines jeden regionalen Gebietes stark voneinander unterscheiden. Die Märkte für den erstmaligen Absatz von Strom (z. B. an Stadtwerke und Regionalversorger) und für die Belieferung von RLM-Kunden (Kunden mit registrierender Leistungsmessung, entspricht im Wesentlichen Industriekunden) mit Strom werden bundesweit abgegrenzt. Im Gasbereich sind von der engen räumlichen Markt- abgrenzung noch alle inländischen Märkte betroffen. Die Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden sowie die Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern und RLM-Kunden mit Gas sind in räumlicher Hinsicht weiterhin anhand der Netzgebiete abgegrenzt worden mit dem Ergebnis, dass den etablierten Lieferanten dort nach wie vor eine markt- herrschende Stellung zukommt. Hinsichtlich der Versorgung von SLP-Kunden ändert sich an dieser Beurteilung

auch nichts durch das vermehrte Auftreten von bundesweit werbenden Anbietern. Bei Gas ist dieser Trend im Berichtszeitraum ohnehin noch ganz schwach ausgeprägt gewesen, und selbst bei Strom sind die Preisstrategien dieser Vertriebsunternehmen stark regional ausgerichtet. Nicht selten orientieren sie sich sogar unmittelbar an den Preisen der jeweiligen örtlichen Grundversorger. Bestätigt wird diese Beurteilung durch die nach wie vor sehr niedrigen durchschnittlichen Wechselraten im Bereich der Belieferung von SLP-Kunden mit Strom (3,79 %) und Gas (1 %) (BNetzA, Monitoringbericht 2008, S. 85 bzw. S. 185). Hinsichtlich der übrigen Gasmärkte spricht die hohe Zahl von zum Beginn des Gaswirtschaftsjahres 2007/2008 noch 14, zuletzt 12 verschiedenen – unter Regie der BNetzA entsprechend der Kooperationsvereinbarung der Verbände aufgespannten – Marktgebieten in Deutschland gegen eine bundesweite Markt- abgrenzung (BNetzA, Monitoringbericht 2007, S. 99 ff. und Monitoringbericht 2008, S. 19, 134 ff.). Die von Energieversorgern geforderte räumliche Abgrenzung der Gasmärkte zumindest entsprechend dieser Marktgebiete wäre nach Einschätzung des Bundeskartellamtes ebenfalls verfrüht gewesen. Zwar hat die zum Herbst 2007 wirksam gewordene Kooperationsvereinbarung Gas ein massengeschäfts- taugliches Netzzugangsregime geschaffen (S. 28); auch ist das Wettbewerbshindernis der langfristigen Gasliefer- verträge durch das Bundeskartellamt aufgebrochen worden (S. 113 f.). Doch war im Berichtszeitraum nicht verläss- lich prognostizierbar, ob diese und andere eingeleiteten Maßnahmen mit einem Tempo zu Veränderungen der Verhältnisse am Markt führen würden, dass eine überregio- nale Markt- abgrenzung bereits vorgenommen werden könnte. Vielmehr zeigte gerade der Umstand, dass der Netzzugang auf Basis des Zweivertragsmodells und das Öffnen der langfristigen Gaslieferverträge erst mit Mus- terv Verfahren durch die zuständigen Behörden durchge- setzt werden mussten, dass eine zurückhaltende Prognose über die weitere Entwicklung der Gasmärkte angezeigt ist. Ebenso wenig konnte die Monopolkommission für den hier in Rede stehenden Zeitraum feststellen, dass sich ein Durchleitungswettbewerb in dem Maße entwickelt hat, welcher eine über die Reichweite eines Leitungsnet- zes hinaus gehende Markt- abgrenzung rechtfertigte (Mo- nopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsde- fizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Rn. 445 f.). Auch die BNetzA erwartet größere Verände- rungen auf der Gasgroßhandelsebene erst in den nächsten Jahren (BNetzA, Monitoringbericht 2008, S. 183). Das Bundeskartellamt verkennt nicht, dass nach Umsetzung der genannten strukturellen Maßnahmen im Gasgroßhand- elsbereich Bewegung zu erkennen ist und Weiterverteil- er dazu übergegangen sind, Gasbeschaffungsportfolien aufzubauen bzw. zu optimieren und zumindest Teilmen- gen ihres zu Vertriebszwecken benötigten Erdgases bei unterschiedlichen Lieferanten einzukaufen. Da es sich hierbei aber um eine erst allmählich und nicht flächende- ckend einsetzende Entwicklung handelt, kann noch nicht von funktionierendem Wettbewerb im wettbewerbsrecht- lichen Sinne gesprochen werden.

Das Bundeskartellamt hat des Weiteren an seinem Befund festgehalten, wonach neben dem örtlichen Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Strom die bundesweiten Märkte für den Erstabatz von Strom und für die Belieferung von Industriekunden mit Strom abzugrenzen sind und wonach auf diesen bundesweiten Strommärkten von einem marktbeherrschenden Duopol, gebildet aus E.ON und RWE, auszugehen ist (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 124 ff.). Im Fall des untersagten Zusammenschlusses „E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege“ wurde dies zwischenzeitlich vom Oberlandesgericht Düsseldorf und vom Bundesgerichtshof bestätigt (S. 17 f., 108). (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, WuW/E DE-R 2094; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07). Damit ist insbesondere auch die Untersagungslinie des Bundeskartellamtes bei Beteiligungserwerben von E.ON und RWE an Weiterverteilern im Strombereich höchstrichterlich anerkannt worden.

Diese Untersagungslinie im Bereich der Stadtwerkebeteiligungen hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum weiter verschärft, und zwar zum einen durch Aufgabe der sog. virtuellen Bagatellschwelle und zum anderen durch höhere Anforderungen an Freigaben unter Nebenbestimmungen. In der Vergangenheit hatte das Bundeskartellamt Minderheitserwerbe von marktbeherrschenden Vorlieferanten an ihren Weiterverteilern noch freigegeben, falls die gesicherten Absatzmengen nur „gering“ waren. Diese Hinnahme geringfügiger Absicherungseffekte war damit begründet worden, dass in solchen Fällen keine „fusionskontrollrechtlich relevante“ Verstärkung der jeweiligen marktbeherrschenden Stellung bewirkt würde. Das Kriterium der fusionskontrollrechtlichen Relevanz setzte dabei an der Tatbestandsseite von § 36 Absatz 1 an (Prognose der mangelnden Verstärkung der bestehenden Marktbeherrschung) und stellte quantitativ allein auf die Menge des aus Sicht des Vorlieferanten abgesicherten Energieabsatzes ab. Die vom Bundeskartellamt hierfür zugrunde gelegten Schwellen lagen im Strombereich bei einem Absatz von ca. 100 GWh/Jahr und im Gasbereich bei ca. 300 GWh/Jahr (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 136 f.). Diese der Fachöffentlichkeit seit längerem bekannte Praxis des Bundeskartellamtes ist zuletzt auf Kritik der Monopolkommission (Hauptgutachten 2004/2005: Mehr Wettbewerb im Dienstleistungssektor, Rn. 527) gestoßen, die sich gegen die Verwendung einer derartigen Spürbarkeitsgrenze bei der Bewertung von Zusammenschlüssen ausgesprochen hat (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 123 f.). Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen in der Summe problematisch. Ließe man nur Beteiligungen an kleinen Stadtwerken zu, sei zwar die Anzahl an benötigten Beteiligungen, um einen bestimmten Verschließungseffekt zu erzielen, höher, als wenn Beteiligungen in jeder Höhe zulässig sind. Im Prinzip sei ein Marktverschluss durch Vorwärtsintegration aber trotzdem möglich. Um die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration anzuhalten, müsse deshalb, so die Monopolkommission, jede Beteiligung unabhängig von ihrer Höhe und von der betroffenen Strommenge untersagt werden. Das Bundes-

kartellamt hat die Kritik zum Anlass genommen, seine diesbezügliche Praxis anlässlich des Zusammenschlusses „HarzEnergie/Seesen“ zu überprüfen. Im Ergebnis hat die Überprüfung dazu geführt, dass Beteiligungsvorhaben der marktbeherrschenden Vorlieferanten mit – wenn auch nur geringen – Absatzsicherungseffekten eine „fusionskontrollrechtlich relevante“ Verstärkung der jeweiligen marktbeherrschenden Stellung bewirken. Im Energiebereich ist eine Strategie der marktbeherrschenden Vorlieferanten zu beobachten, sich an Weiterverteilern in ihren etablierten Vertriebsgebieten zu beteiligen. Dies spricht – gerade auch vor dem Hintergrund der im Kartellrecht gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung – gegen eine isolierte Mengenbetrachtung in Einzelfällen. Im konkreten Fall „HarzEnergie/Seesen“ wurde das Vorhaben auf die entsprechenden Bedenken des Bundeskartellamtes hin aufgegeben und stattdessen ein auf wettbewerblich unbedenkliche Kooperationsfelder wie die Energieversorgungsnetze beschränkter Zusammenschluss angemeldet und freigegeben. Generell werden Zusammenschlussvorhaben marktbeherrschender Vorlieferanten unterhalb der o. g. virtuellen Bagatellschwellen vom Bundeskartellamt nunmehr durchgängig kritisch gesehen, solange nicht die gesetzlichen Bagatellschwellen des § 35 Absatz 2 eingreifen. Die Konsequenz ist ein nahezu vollständiges Erwerbsverbot für marktbeherrschende Energievorlieferanten auch bei isoliert betrachtet niedrigen Absatzsicherungseffekten im Bereich der Stadtwerkebeteiligungen. Im Strombereich betrifft dies insbesondere die Duopolisten E.ON und RWE, im Gasbereich darüber hinaus alle weiteren auf ihren netzbezogen abgegrenzten Weiterverteilermärkten marktbeherrschenden Vorlieferanten. Das Bundeskartellamt ist allerdings weiterhin bereit, eine Beteiligung zu akzeptieren, wenn durch Veräußerungszusagen an anderer Stelle Verbesserungen dargestellt werden, welche die Nachteile der Marktbeherrschung i. S. v. § 36 Absatz 1 überwiegen. Aber auch diesbezüglich sind die Spielräume für marktbeherrschende Energieversorger im Berichtszeitraum verringert worden. Das Bundeskartellamt hat dort, wo in an sich wettbewerblich problematischen Zusammenschlüssen mittels Zusagen der beteiligten Unternehmen eine Freigabe herbeigeführt werden sollte, über ein bloßes Kompensieren der Verschlechterungswirkungen hinaus ein klares Überwiegen verlangt. Zwar hat es das Bundeskartellamt in der Vergangenheit ausreichen lassen, dass die zu erwartenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf den relevanten Energiemärkten (lediglich) aufgewogen, also kompensiert wurden, doch genügt dies im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung nur bei Verbesserungen auf demselben Markt. So kann beispielsweise der mit dem Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an einem Stadtwerk durch den marktbeherrschenden Vorlieferanten einhergehende Absicherungseffekt auf dem relevanten Großhandelsmarkt mittels Veräußerung einer qualitativ und quantitativ ebenbürtigen Beteiligung an einem auf demselben Markt nachfragenden Stadtwerk kompensiert werden, weil dies einen adäquaten Entsicherungseffekt mit sich bringt. Die auf den betroffenen örtlichen Endverbrauchermärkten des Erwerbsobjekts vorliegenden Untersagungsvoraussetzungen hingegen können durch solch

eine Veräußerungszusage nicht ohne Weiteres beseitigt werden, da das Veräußerungsobjekt notwendigerweise auf anderen örtlichen Endverbrauchermärkten tätig ist. Weil aber diesbezüglich nur die Möglichkeit bleibt, gemäß § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nachzuweisen, ist somit insgesamt erforderlich, dass der mit dem Zusammenschluss eintretende Wettbewerbsschaden durch das Zusageangebot klar überwogen wird. Dieser strengere Prüfungsmaßstab kam im Berichtszeitraum in drei Entscheidungen zum Tragen, nämlich in der Untersagungsentscheidung „RWE/SaarFerngas“ (S. 111 f.) sowie in den Freigaben mit Nebenbestimmungen „RWE/Krefeld/Neuss“ (S. 108 f.) und „E.ON Avacon/Salzgitter“ (S. 112). Vornehmlich wird dies im Rahmen von § 40 Absatz 3 durch Bedingungen formuliert, d. h. die als Kompensation angebotenen Unternehmensbeteiligungen müssen veräußert sein, bevor der neue Zusammenschluss realisiert werden kann. Dies ist deshalb geboten, weil der die wettbewerblichen Schäden ausmachende Teil der Transaktion bei Stadtwerkebeteiligungen zumeist den Kern des Zusammenschlussvorhabens darstellt und nicht bloß ein ganz untergeordneter Effekt einer im Wesentlichen freigebfähigen Transaktion ist.

Im Berichtszeitraum abgemahnt hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der Energie Baden-Württemberg AG (EnBW), im Rahmen einer strategischen Partnerschaft einen Anteil von 26 % an der EWE AG zu erwerben. Der Zusammenschluss führte auf den Gasmärkten in Ostdeutschland zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen, denn vor allem würde in den Gremien der EnBW-Beteiligungsunternehmen ENSO Energie Sachsen Ost AG und DREWAG Stadtwerke Dresden GmbH künftig bei der Gasbeschaffung auf die Interessen der Verbundnetz Gas AG (VNG) Rücksicht genommen und damit deren Gasabsatz abgesichert. Die Stromseite des Falles warf keine wettbewerblichen Bedenken auf, vor allem ließ sich anhand der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „E.ON Mitte/Eschwege“ bestätigten Kriterien (S. 17 f., 108) nicht nachweisen, dass EnBW Mitglied des marktbeherrschenden Oligopols auf den bundesweiten Strommärkten ist (S. 109 f.).

Die Überlegungen der E.ON AG, ihre Anteile an der Thüga AG zu veräußern, hat das Bundeskartellamt als wichtigen Beitrag zur Schaffung wettbewerblicher Strukturen im Energiesektor ausdrücklich begrüßt. Mit der Thüga AG würden zahlreiche deutsche Stadtwerke und Regionalversorger mit einem jährlichen Gas- und Stromabsatz in mehrstelliger Milliardenhöhe aus dem E.ON-Einflussbereich herausgelöst, darunter bedeutende Versorgungsunternehmen mit eigenen Stromerzeugungskapazitäten und überregionalen Marktauftritten. Die Veräußerung der Thüga-Beteiligung führt zwar noch nicht zu einem Wegfall der marktbeherrschenden Stellung des E.ON-Konzerns auf allen Märkten, allerdings ist die wettbewerbliche Beurteilung angesichts solcher freiwilligen Entflechtungsmaßnahmen zu gegebener Zeit neu zu bewerten.

Das Bundeskartellamt hat neben der Zusammenschlusskontrolle auch das Missbrauchs- und Kartellverbot eingesetzt, um strukturelle Hürden für den Wettbewerb im Energiesektor abzubauen. So haben im Berichtszeitraum zwölf Ferngasunternehmen auf der Basis von Verpflichtungszusagenentscheidungen nach § 32b ihre langfristigen Gaslieferverträge mit Stadtwerken und Regionalversorgern geöffnet (S. 113 f.), nachdem die Untersagung der vergleichbaren Vertragspraxis gegenüber der E.ON Ruhrgas AG als größtem deutschen Ferngasunternehmen durch das Oberlandesgericht Düsseldorf im Eil- und Hauptsacheverfahren (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757 bzw. Beschluss vom 4. Oktober 2007, Infrastruktur Recht 2008, S. 13) aufrechterhalten worden war (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 131). Die gegen die Hauptsacheentscheidung eingelegte Rechtsbeschwerde der Unternehmen wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10. Februar 2009 zurückgewiesen.

Weiter fortgesetzt hat sich der Trend zur Kooperationsbildung und zu Zusammenschlüssen auf der Stadtwerke- und Regionalversorgerebene, getrieben durch die Anforderungen, die die fortschreitende Regulierung an die Branche stellt. Standen zu Beginn dieser Entwicklung noch Kooperationen im Netzbereich im Vordergrund (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 123), so war das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum daneben vermehrt mit der Prüfung von Einkaufs- und Vertriebskooperationen, Kooperationen im Energiedienstleistungsbereich sowie Vollzusammenschlüssen von Stadtwerken nach §§ 35 ff. und nach Artikel 81 EG bzw. § 1 befasst. Gerade Kommunen versuchen, durch strukturelle Änderungen ihre Stadtwerke besser aufzustellen. Sie suchen teilweise strategische Investoren, und zwar bevorzugt aus dem Kreis der integrierten Energieversorgungsunternehmen. Allerdings haben in der Vergangenheit viele Kommunen mit strategischen Investoren die Erfahrung gemacht, dass sie zwar fachlich unterstützt und zu effizienter Arbeitsweise angehalten wurden, so dass die Investoren ihr Kapital über entsprechende Gewinnausschüttungen verzinst bekamen, jedoch haben sich die Erwartungen der Kommunen, ein gesellschaftsrechtlich beteiligter Vorlieferant würde ihnen günstigere Energiebezugskonditionen gewähren, nicht selten als Wunschdenken erwiesen. Dies führt dazu, dass es eher die kleinen kommunalen Stadtwerke sind, die sich an große Energieversorger anlehnen. Denn sie haben oft nicht ausreichend qualifiziertes und spezialisiertes Personal, um allein die regulatorischen Vorgaben erfüllen und die häufigen Gesetzesänderungen nachvollziehen zu können. Da das Bundeskartellamt Beteiligungen der marktbeherrschenden Energievorlieferanten an ihren Stadtwerk-kunden wettbewerblich für bedenklich hält (S. 105 f., 108), wurden entsprechende Voranfragen marktbeherrschender Vorlieferanten im Berichtszeitraum abschlägig beschieden. Anders liegt der Fall, wenn der erwerbende Energiekonzern außerhalb seiner beherrschten Marktgebiete eine Beteiligung an einem Stadtwerk erwirbt. So wurden die Zusammenschlüsse der EnBW mit den Stadtwerken Hilden und den Stadtwerken Mettmann in der ersten Phase freigegeben. Bei größeren Stadtwerken steht dagegen oft nicht mehr die Anlehnung an große Energieversorgungs-



unternehmen im Mittelpunkt der strukturellen Umgestaltungen, sondern die Kooperation oder sogar der Zusammenschluss untereinander. Insbesondere benachbarte Stadtwerke wollen sich entweder direkt zusammenschließen oder zumindest für spezielle Geschäftsfelder gemeinsame Tochtergesellschaften gründen. Wettbewerbliche Probleme hat diese Fallgruppe – Beispiele für entsprechende Zusammenschlüsse sind im Bereich der Messdienstleistungen und des sog. smart metering „Münster/Osnabrück“, „Vattenfall/GASAG“ und „Lübeck/Flensburg/Neumünster/DGZ“ – bislang nicht aufgeworfen. Die intensivste Zusammenarbeit stellt die umfassende Stadtwerke-Fusion dar. Handelt es sich bei den Fusionspartnern um völlig unabhängige, rein kommunale Stadtwerke, sind die Vorhaben in aller Regel auch bei unmittelbar benachbarten Stadtwerken unproblematisch. Zwar sind die Stadtwerke auf ihren lokalen Märkten für den Vertrieb von Strom und Gas an Endverbraucher jeweils noch marktbeherrschend. Diese Position wird aber nicht ohne weiteres durch Zusammenschlüsse der vorgenannten Art i. S. v. § 36 Absatz 1 verstärkt. Die betreffenden Stadtwerke untereinander waren bisher oftmals weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber, sondern auf ihr jeweils eigenes Gebiet beschränkt. Relevante Wettbewerber sind insoweit die bundesweiten, zumeist internetbasierten Gas- und Stromanbieter sowie die marktbeherrschenden Vorlieferanten. Die gemeinsame Erzielung von Synergien und anderen Größenvorteilen ist auch das Motiv für die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen und Kooperationen – oft eher i. S. v. Netzwerken –, die den beteiligten Stadtwerken insbesondere einen gemeinsamen Einkauf, aber auch die gemeinsame Beteiligung an Kraftwerken und Gasspeichern ermöglichen. Solange daran keine integrierten Energieversorgungsunternehmen beteiligt sind, bleiben solche Kooperationen in aller Regel wettbewerblich unbedenklich. Selbst eine netzwerkähnliche Zusammenarbeit von Stadtwerken, die auch eine Vertriebskooperation mit bundesweit gemeinsamer Marke enthält wie z. B. die Online-Plattform für den Vertrieb von Strom an SLP-Kunden unter dem Dach der Trianel Energie GmbH, kann in diesem Rahmen zulässig sein, wenn die Kommunen so in die Lage versetzt werden, sich überhaupt an einem bundesweiten Vertrieb von Energie zu beteiligen. Stadtwerke-Kooperationen stellen sich jedoch in einem anderen Licht dar, sobald daran direkt oder indirekt auch der marktbeherrschende Vorlieferant der Stadtwerke beteiligt ist. Denn von dieser Seite steht immer auch die Absatzsicherung des eigenen Energievertriebs im Vordergrund, was aber fusionskontrollrechtlich zu untersagen wäre (S. 105 f., 108). Bekäme der marktbeherrschende Vorlieferant künftig über eine Einkaufsgemeinschaft von Stadtwerken oder eine sonstige Stadtwerkekooperation die Möglichkeit, auf die Energiebeschaffung der Stadtwerke mittelbar Einfluss zu nehmen, liefe das faktisch auf eine Umgehung dieser höchstrichterlich bestätigten Untersagungslinie des Bundeskartellamtes hinaus. Das Bundeskartellamt ist deshalb nur bereit, solche Stadtwerke-Kooperationen zu tolerieren, an denen kein marktbeherrschender Vorversorger maßgeblich beteiligt ist, und zwar weder unmittelbar noch mittelbar über an der Kooperation teilnehmende

Stadtwerke. Dem Vorversorger werden insofern nicht nur solche Stadtwerke zugerechnet, die er beherrscht, sondern auch solche, die nur aufgrund von Minderheitsbeteiligungen zu seinem „befreundeten“ Gesellschafterumfeld gehören. Vor diesem Hintergrund wurden in einigen Fällen von den beteiligten Unternehmen die ursprünglich geplanten Beteiligungsstrukturen wesentlich verändert bzw. auch der Umfang des betroffenen Geschäftsvolumens erheblich verringert. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die Einkaufskooperationen „Quantum“ und „Energiehandel Rhein-Main“, jetzt „Dynea“.

Mit der am 22. Dezember 2007 in Kraft getretenen Preismissbrauchsnovelle (S. 11 f.) hat das Bundeskartellamt zu Beginn des Jahres 2008 eine neue Beschlussabteilung für die Missbrauchsaufsicht bei Strom, Gas und Fernwärme eingerichtet (S. 12). Mit der Einführung von § 29 sind die Möglichkeiten des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden, überhöhte Preise in den Strom- und Gasmärkten zu verfolgen, vereinfacht worden. So erleichtert § 29 das Vergleichsmarktkonzept (Vergleich der Strom- und Gaspreise zwischen strukturell vergleichbaren Unternehmen) und stellt die Kontrolle der Angemessenheit der Kosten auf eine gesetzliche Grundlage. Die Beweislast für überhöhte Preise wird in gewissem Umfang den Unternehmen auferlegt und der Sofortvollzug von Entscheidungen der Kartellbehörden festgeschrieben. Im Bereich der Endkundenversorgung waren die SLP-Gaskunden im Berichtszeitraum erheblichen Preiserhöhungen ausgesetzt. Dieser Trend hielt infolge der in den Beschaffungsverträgen der Händler und Lieferanten weit überwiegend noch vorhandenen zeitlich versetzt wirkenden Kopplung des Gaspreises an den Preis für leichtes oder schweres Heizöl noch im Jahr 2008 an. Nicht ölpreisindizierte Festpreisangebote wurden, soweit ersichtlich, lediglich punktuell mit Vorlieferanten vereinbart. Allerdings ändern gestiegene Beschaffungskosten nichts daran, dass Preise wettbewerbskonform zustande kommen müssen. Marktbeherrschende regionale und lokale Gaslieferanten dürfen nach § 19 Absatz 4 Nummer 2 und § 29 ihre marktbeherrschende Stellung nicht zu missbräuchlichen Preisforderungen ausnutzen. Das Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang im März 2008 wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise bei der Belieferung von SLP-Kunden mit Gas eine große Zahl von förmlichen Verfahren gegen Stadtwerke und Regionalversorger eingeleitet, die sämtlich im Berichtszeitraum abgeschlossen werden konnten, zum Teil mittels Verpflichtungszusagenentscheidungen nach § 32b, zum Teil auch gegen formlose Zusage preiswirksamer Maßnahmen zugunsten der Verbraucher (S. 114 ff.). Einige wenige Verfahren wurden eingestellt, weil sich der Verdacht insgesamt nicht erhärten ließ. Demgegenüber sieht das Bundeskartellamt hinsichtlich der Belieferung von SLP-Kunden mit Strom in seinem Zuständigkeitsbereich keine Notwendigkeit zu Preismissbrauchsverfahren, da hier die Verbraucher etwaige Preisunterschiede zu günstigeren Lieferanten über die seit längerem bestehenden Wechselmöglichkeiten selbst nutzen können. Eine Ausnahme wird für das Geschäft mit Wärmestromkunden zu machen sein, die nach wie vor mangels Wechselmöglichkeiten auf ihren etablierten Lie-

feranten angewiesen sind. Ohnehin steht bei der kartellrechtlichen Prüfung der Strompreisbildung – anders als dem ganz überwiegend im Ausland geförderten Erdgas – die Erzeugungsebene im Vordergrund. Hier hat im Berichtszeitraum die Europäische Kommission ihre Untersuchungen gegen die vier großen deutschen Stromerzeuger fortgesetzt und zumindest gegenüber E.ON ein Verfahren mittels Verpflichtungszusagenentscheidung nach Artikel 9 VO (EG) 1/2003 abgeschlossen, wonach E.ON zur Veräußerung seines Höchstspannungsnetzes und eines Teils seiner Kraftwerkskapazitäten verpflichtet ist (Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. November 2008, COMP/39.388, COMP/39.389; S. 56).

## B. Elektrizitätswirtschaft

### 1. Fusionskontrolle

Die Untersagung des Vorhabens des E.ON-Konzerns, 33 % der Geschäftsanteile der Stadtwerke Eschwege GmbH durch die heutige E.ON Mitte AG zu erwerben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 128 f.), ist sowohl vom Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 6. Juni 2007, WuW/E DE-R 2094) als auch vom Bundesgerichtshof (Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07) bestätigt worden (S. 17 g.). Das Bundeskartellamt hatte seinen ursprünglichen Befund, wonach E.ON und RWE bei der Belieferung von Weiterverteilern mit Strom ein marktbeherrschendes Duopol bilden, im Verlauf des Beschwerdeverfahrens entsprechend den Entwicklungen im Stromgroßhandel auf eine neue (sachliche) Marktabgrenzung gestellt und als relevanten Markt vor allem den bundesweiten Markt für den erstmaligen Absatz von Strom zugrunde gelegt. Dieser Markt umfasst den Erstabsatz aller Stromversorgungsunternehmen mit eigenen Erzeugungskapazitäten sowie die Netto-Stromimporte, nimmt jedoch das sich daran anschließende Zweitgeschäft der Akteure mit Strom mangels kompetitiver Effekte aus dem sachlichen Markt heraus (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 124 f). Nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf diesem modifizierten Duopol-Befund gefolgt ist, hat auch der Bundesgerichtshof die Marktabgrenzung und die Einstufung von RWE und E.ON als marktbeherrschendes Duopol gebilligt. Soweit die Rechtsbeschwerde gefordert hatte, aus Sicht der Nachfrager einen umfassenden Stromgroßhandelsmarkt unter Einschluss des o. g. Zweitgeschäfts zugrunde zu legen, hat der Bundesgerichtshof dies unter Bezugnahme auf seine Entscheidung „Staubsaugerbeutelmarkt“ (Beschluss vom 5. Oktober 2004, WuW/E DE-R 1355) damit abgelehnt, dass das Bedarfsmarkt-konzept lediglich ein Hilfsmittel ist, um die relevanten Wettbewerbskräfte zu ermitteln, und im Einzelfall einer Korrektur zugänglich ist, wenn ansonsten der Warenstrom nicht zutreffend dargestellt würde. Da Strom nicht speicherbar, die Importmöglichkeit eingeschränkt und eine Substitution durch andere Energieträger nur in einem vernachlässigbaren Umfang möglich sei, entscheide, so der Senat, der auf dem Erstabsatzmarkt von den Stromerzeugern und Importeuren durchgesetzte Preis über das Preisniveau in dem hier relevanten Weiterverteilergeschäft. Die Stromgroßhändler hingegen könnten die

vorgegebenen Preise allenfalls kurzfristig unterbieten, da sie sonst mit Verlust arbeiten müssten. Der Bundesgerichtshof teilte in diesem Zusammenhang auch die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Strombeschaffungsmöglichkeit über den Handelsplatz EEX in Leipzig zu keiner anderen Beurteilung führt, weil die dort gehandelten Mengen, soweit sie auch physisch geliefert werden müssen, immer nur von den stromerzeugenden und -importierenden Unternehmen stammen. Des Weiteren haben Oberlandesgericht Düsseldorf und Bundesgerichtshof dem Bundeskartellamt darin zugestimmt, dass auf dem so abgegrenzten Erstabsatzmarkt ein marktbeherrschendes Oligopol i. S. v. § 19 Absatz 2 Satz 2, gebildet aus E.ON und RWE, existiert. Was die Feststellungen von Bundeskartellamt und Oberlandesgericht Düsseldorf betrifft, dass zwischen E.ON und RWE kein wesentlicher Wettbewerb besteht, so hat der Bundesgerichtshof diese unter Bezugnahme auf die Homogenität des Produkts Strom, die gegebene Preistransparenz, die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und die Symmetrie der beiden Unternehmen hinsichtlich ihres vertikalen Integrationsgrads und ihrer hohen Marktanteile für rechtsfehlerfrei erklärt. Raum für ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der vom Bundeskartellamt beigebrachten Marktdaten, die das Beschwerdegericht zu eigenen Erhebungen hätten veranlassen müssen und wie sie von den Unternehmen behauptet worden waren, sah der Bundesgerichtshof nicht. Darüber hinaus hielt vor dem Bundesgerichtshof auch die Beurteilung rechtlich stand, dass E.ON und RWE in ihrer Gesamtheit eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung haben, insbesondere weil die strukturellen Gemeinsamkeiten zu Vattenfall und EnBW weitaus geringer sind und es sich bei den übrigen Kraftwerksbetreibern um kleine und mittlere Unternehmen ohne einheitlichen Auftritt und Wettbewerbsdruck handelt. Dass Minderheitsserwerbe wie die vorliegend angemeldete Beteiligung an der Stadtwerke Eschwege GmbH die festgestellte marktbeherrschende Stellung im Wege der Absatzsicherung i. S. v. § 36 Absatz 1 verstärken, fand ebenfalls die Zustimmung des Bundesgerichtshofs, der hierfür an seine Entscheidungen „Stromversorgung Aggertal“ und „Stadtwerke Garbsen“ anknüpfen konnte (Beschluss vom 15. Juli 1997, WuW/E DE-R 24 – Stromversorgung Aggertal; Beschluss vom 15. Juli 1997, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2444 – Stadtwerke Garbsen).

Das Bundeskartellamt hat die Vorhaben der RWE Rhein-Ruhr AG, sich erstmalig mit knapp unter 25 % an der in Gründung befindlichen Stadtwerke Krefeld Neuss AG & Co. KG zu beteiligen sowie die Beteiligung an den Stadtwerken Velbert von 20 % auf 40 % zu erhöhen, im Hauptprüfverfahren unter der Nebenbestimmung freigegeben, dass die RWE Rhein-Ruhr AG ihre Beteiligung an der Wuppertaler Stadtwerke AG i. H. v. knapp 19 % veräußert. Die Zusammenschlussvorhaben betreffen in sachlicher Hinsicht den Strommarkt, auf dem Stadtwerke Krefeld Neuss und Stadtwerke Velbert Strom nachfragen, d. h. den Markt für den Erstabsatz von Strom. Die Zusammenschlussvorhaben betreffen weiter die Strommärkte, auf denen Stadtwerke Krefeld Neuss und Stadtwerke Vel-

bert RLM-Kunden und SLP-Kunden mit Strom beliefern. Die betroffenen Strommärkte sind mit Ausnahme der lokal abzugrenzenden SLP-Kundenmärkte bundesweit abzugrenzen. In der einen wettbewerblich erheblichen Einfluss vermittelnden Beteiligung der RWE als eines gemeinsam mit E.ON kollektiv marktbeherrschenden Unternehmens an einem Stadtwerk sieht das Bundeskartellamt sowohl eine Verstärkung des die bundesweiten Strommärkte beherrschenden Oligopols als auch eine Verstärkung der Stellung des den Strom-SLP-Kundenmarkt beherrschenden Stadtwerkes. Weiterhin betreffen die Zusammenschlussvorhaben die regional abzugrenzenden Märkte, auf denen Stadtwerke Krefeld Neuss und Stadtwerke Velbert als Weiterverteiler Gas nachfragen (Weiterverteilermarkt), sowie die Märkte, auf denen Stadtwerke Krefeld Neuss und Stadtwerke Velbert RLM- und SLP-Kunden mit Gas beliefern. Zwar ließ die Beteiligung von RWE Rhein-Ruhr an Stadtwerke Krefeld Neuss nicht erwarten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Gasmärkten begründet oder verstärkt würde, jedoch ließ die Aufstockung der Beteiligung von RWE Rhein-Ruhr an den Stadtwerken Velbert erwarten, dass die marktbeherrschende Stellung von RWE Rhein-Ruhr auf dem relevanten Markt für die Belieferung von Weiterverteilern und außerdem die marktbeherrschende Stellung der Stadtwerke Velbert bei der Belieferung von Endkunden verstärkt werden. Der Zusammenschluss ließ sich wegen der Nachteile der Marktbeherrschung nur unter den Voraussetzungen der Abwägungsklausel gemäß § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz freigeben. Die wettbewerblichen Verschlechterungen und die wettbewerblichen Verbesserungen treten nicht ausschließlich in ein und demselben Markt ein, sondern – zumindest zum Teil – in verschiedenen Märkten. Die wettbewerblichen Verbesserungen, die in Folge der Zusammenschlussvorhaben eintreten, müssen daher im Ergebnis klar überwiegen, nicht ausreichend ist ein bloßes Aufwiegen (S. 105 f.). Die zugesagte Veräußerung der Anteile an den Wuppertaler Stadtwerken i. H. v. knapp 19 % war geeignet, die Voraussetzungen der Abwägungsklausel herzustellen, da es sich bei der Veräußerung der Anteile um einen vollständigen Rückzug von RWE Rhein-Ruhr als Gesellschafter der Wuppertaler Stadtwerke handelt. Diese Form der Entflechtung ist vom Grundsatz her spiegelbildlich zu den wettbewerblichen Verschlechterungen zu betrachten. Aus diesem Grund konnte das Zusammenschlussvorhaben unter der genannten Nebenbestimmung freigegeben werden. Letztendlich wurde die Bedingung erfüllt, das Zusammenschlussvorhaben aber bislang nicht vollzogen.

Das Bundeskartellamt hat für das Vorhaben der Rhein Energie AG (RheinEnergie), sich i. H. v. 16,1 % an der MVV Energie AG (MVV) zu beteiligen, den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 als erfüllt angesehen. Im Vergleich zu der vorangegangenen Beteiligung von 15,1 % an MVV durch EnBW Energie Baden Württemberg AG (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 131) wies die vorliegende Konstellation wesentliche Unterschiede auf. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller

tatsächlichen und rechtlichen Umstände war auf der Grundlage der zwischen RheinEnergie und MVV getroffenen vertraglichen Regelungen von einer beabsichtigten Interessenbündelung beider Unternehmen auszugehen, weshalb der Erwerb einer 16,1 %-Beteiligung zu einer entsprechenden Einflussmöglichkeit der RheinEnergie auf MVV führte. In wettbewerblicher Hinsicht ließ der Zusammenschluss keine Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen erwarten und wurde nicht untersagt.

Das Vorhaben der rheinisch-bergischen Städte Solingen, Remscheid und Velbert, ihre Stadtwerke unter einer gemeinsamen Holding zu fusionieren, wies die Besonderheit auf, dass an allen drei Stadtwerken große Energieversorger beteiligt waren. An den Stadtwerken Solingen war mit 49,9 % die von der Stadt Mannheim beherrschte MVV Energie Gruppe beteiligt und an den Stadtwerken Velbert die RWE Rhein-Ruhr AG mit 39,5 %. Zudem waren in Remscheid die RWE Rhein-Ruhr AG mit 25 % und die zum E.ON-Konzern gehörende Thüga mit 20 % an der von den Stadtwerken Remscheid beherrschten EWR GmbH beteiligt. Die Kommunen bedurften der Zustimmung ihrer jeweiligen Mit-Gesellschafter zur Aufhebung der bisherigen Verflechtung und ihrer Umgestaltung in die gemeinsame Stadtwerkeholding. Diese bedeutet für alle Beteiligten einerseits die Vergrößerung des Versorgungsgebiets und andererseits die Verringerung ihres jeweiligen Beteiligungsanteils. Die Anteile an der gemeinsamen Holding belaufen sich auf 21,5 % für Solingen, 21,4 % für MVV, 20,8 % für Remscheid, 18,0 % für RWE, 11,3 % für Velbert und 7 % für Thüga. Im Hinblick auf die Kommunen hat das Bundeskartellamt einen Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 2 bejaht, weil diese über einen Stimmbindungsvertrag die Stadtwerkeholding gemeinsam kontrollieren können. Umgekehrt unterliegen die „privaten“ Gesellschafter MVV, RWE und Thüga einem Stimmbindungsverbot. Die Kommunen haben ein gemeinsames Interesse daran, durch Zusammenfassung ihrer Ressourcen Synergien zu erzielen und gemeinsam in eine Größenordnung hineinzuwachsen, in der sich unmittelbar benachbarte Stadtwerke wie Wuppertal, Düsseldorf und Köln – die ebenfalls mit großen Energieversorgungsunternehmen verflochten sind – wegen ihrer entsprechend höheren Einwohnerzahl bereits befinden. Dagegen verfolgen die privaten Gesellschafter untereinander widerstreitende Interessen, denn sie stehen für die Belieferung der Stadtwerkeholding in Konkurrenz zueinander. Angesichts dieser Interessengegensätze und der äußerst beschränkten Einflussrechte der privaten Gesellschafter hat das Bundeskartellamt hinsichtlich letzterer keinen Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 angenommen.

Das Bundeskartellamt hat zudem das Vorhaben der EnBW Energie Baden Württemberg AG (EnBW), im Rahmen einer strategischen Partnerschaft mit der EWE Aktiengesellschaft (EWE) einen Anteil von 26 % an der EWE zu erwerben, im Berichtszeitraum abgemahnt. EWE ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen, das in der Region Ems/Weser/Elbe die Strom- und Gas-

versorgung betreibt und in Ostbrandenburg und Rügen als Gasversorger tätig ist. Darüber hinaus ist EWE mit 47,9 % an Verbundnetz GAS AG (VNG) beteiligt, dem flächendeckenden Ferngasunternehmen in den neuen Bundesländern, dessen Hauptaktivitäten der Import, der Handel, der Transport und die Speicherung von Erdgas sowie damit verbundene Dienstleistungen sind. EnBW ist in den neuen Bundesländern an der ENSO Energie Sachsen Ost AG (ENSO) und der DREWAG Stadtwerke Dresden GmbH (DREWAG) maßgeblich beteiligt. ENSO ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen, das in der Versorgung mit Strom, Erdgas, Wärme und Wasser im Osten Sachsens tätig ist. DREWAG betreibt Strom-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgung in und um Dresden. Nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamtes würde der Zusammenschluss auf den Gasmärkten in Ostdeutschland zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen von Beteiligungsunternehmen der EnBW und der EWE führen. Insbesondere ist zu erwarten, dass in den Gremien der bedeutenden ostdeutschen Gasversorgungsunternehmen ENSO und DREWAG bei der Gasbeschaffung auf die Interessen der VNG Rücksicht genommen wird. Dadurch würde der Absatz des marktbeherrschenden Ferngasunternehmens VNG weiter abgesichert. Daneben wäre auch die Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen zu erwarten, die ENSO und DREWAG auf ihren regionalen bzw. lokalen Gasmärkten bei der Belieferung von Weiterverteilern und Endkunden innehaben, und zwar durch Schwächung des von der VNG auf diese Märkte ausgehenden potenziellen Wettbewerbs. Die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes können die betroffenen Unternehmen im Rahmen entsprechender Zugangsangebote ausräumen. Im Strombereich dagegen bestehen nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamtes keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben. Die im Rahmen dieses Verfahrens durchgeführten Ermittlungen ergaben keinen Nachweis dafür, dass EnBW als Mitglied eines marktbeherrschenden Oligopols auf den bundesweiten Märkten für den erstmaligen Absatz von Strom und für die Belieferung von Stromgroßkunden anzusehen ist. Die hierfür vom Bundesgerichtshof kürzlich in seiner Entscheidung „E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege“ bestätigten Kriterien werden von EnBW nicht erreicht.

## 2. Verhaltenskontrolle

Im Rahmen des Verfahrens gegen RWE wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 und Artikel 82 EG im Zusammenhang mit dem CO<sub>2</sub>-Emissionshandel und Strompreisbildung hat das Bundeskartellamt die RWE AG dazu verpflichtet, in den Jahren 2008 bis 2011 bedeutende Stromkapazitäten von insgesamt 6 300 Megawatt in einem transparenten Verfahren mittels Verpflichtungszusagenentscheidung nach § 32b an Industriekunden zu verkaufen. Dabei schreibt RWE den Käufern den Wert der auf die betreffenden Mengen entfallenden unentgeltlich zugeteilten CO<sub>2</sub>-Zertifikate gut. Damit konnte das Bundeskartellamt zugleich das gegen RWE anhängige Verfahren mittels Verpflichtungszusagenentscheidung nach

§ 32b abschließen, in dem es um den Vorwurf der missbräuchlichen Überwälzung von Opportunitätskosten aus unentgeltlich zugeteilten CO<sub>2</sub>-Zertifikaten auf die Industriestrompreise ging (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 128 f.). Die Entscheidung war möglich geworden, weil RWE auf die Abmahnung (Zeitschrift für neues Energierecht 2007, S. 449) der im Streit stehenden Preisgestaltung für 2005 hin mit einem Zugangsangebot auf Bundeskartellamt und Industriekunden zugegangen war. Im Einzelnen sagte RWE verbindlich zu, in 16 Auktionen Strom im Umfang von über 46 Mio. MWh durch einen unabhängigen Auktionator anzubieten. Die Ausgestaltung der Auktionen sollte sich dabei deutlich von dem herkömmlichen Stromverkauf am Handelsplatz EEX in Leipzig unterscheiden, der zuletzt immer wieder Gegenstand der Kritik von Kunden war. Die Versteigerungszusage war auf RLM-Kunden begrenzt, vor allem damit eine geschäftsmäßige Arbitrierung mittels Wiederverkauf durch Händler und Finanzinstitute unterbleibt. Zudem wird kleinen und mittleren Industriekunden der Einstieg in ein strukturiertes Portfoliomangement erleichtert, weil die Versteigerung in kleinen Clip-Größen erfolgt (in 1 MW-Schritten) und neben einem braunkohlebasierten Grundlastprodukt auch ein neuartiges vollversorgungsähnliches Produkt auf Steinkohlebasis umfasst. Die RWE-Zusage trug den zentralen Streitpunkten des Verfahrens Rechnung, indem die umstrittenen CO<sub>2</sub>-Opportunitätskosten im Rahmen der Auktionen nicht von RWE auf den Preis übergewälzt werden und ein transparentes Vermarktungsverfahren beschränkt wird. Entscheidend für die Einstellung des Verfahrens war, dass die Zusagen unter qualitativen Gesichtspunkten in angemessener Relation zu den zentralen Streitpunkten des Verfahrens standen. Es wurde zum einen mit dem Arbeitspreis der Stromprodukte die Problematik der Überwälzung von CO<sub>2</sub>-Opportunitätskosten aufgegriffen. Zum anderen gingen die Zusagen auf die innerhalb und außerhalb des Verfahrens vorgebrachte Kritik an dem Transparenzniveau des bisherigen Stromverkaufs in Deutschland ein. Die so gefundene Lösung bot den Industriekunden – im Gegensatz zu einer langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung um eine Untersagung – den unmittelbaren Vorteil, künftig zu klaren Konditionen, nämlich in einem transparenten Auktionsverfahren und ohne vorherigen Ansatz von emissionshandelsbedingten Opportunitätskosten Strom von RWE beziehen zu können. Die im Anschluss daran durchgeführten ersten RWE-Stromauktionen haben von Seiten der beteiligten Unternehmen und von verfahrensbeteiligten Verbänden in Bezug auf das Auktionsergebnis und hinsichtlich des Auktionsprozederes zu Kritik, Anmerkungen und Ergänzungsvorschlägen geführt. Die Verpflichtungszusagenentscheidung sah diesbezüglich vor, dass nach Ablauf der ersten Auktion die sich daraus ergebenden Erfahrungen für eine Modifizierung der Auktionsbedingungen für die Folgeauktionen berücksichtigt werden. Zusammen mit dem Treuhänder hat das Bundeskartellamt Gespräche mit der RWE AG und dem Auktionator über die eingereichten Änderungsvorschläge geführt. Für die nachfolgenden RWE-Stromauktionen wurden folgende Änderungen vereinbart und umgesetzt: Hinsichtlich der geforderten Beschränkung der Teilnahme auf Industriekunden bzw. Beschrän-

kung der Bietberechtigung wurde der Auktionsteilnahmevertrag insoweit geändert, als nur der Jahresbedarf des Industriekunden ersteigert werden kann. Es wurde eine zeitliche Straffung des Auktionsverlaufs sowie eine schnellere verbindliche Bestätigung der ersteigerten Mengen und Preise in den Folgeauktionen sichergestellt. Die Ausgestaltung der Bankbürgschaften wurde zugunsten der Bieter modifiziert. Die Bankgarantie bezieht sich zukünftig nicht mehr explizit auf eine konkrete Versteigerung, sondern auf die jeweils anstehende, so dass dieselbe Bankgarantie für mehrere Versteigerungen eingereicht werden kann. Hinsichtlich der Ergebnisse der bisherigen vier Auktionen ist festzustellen, dass sie von den Auktionsberechtigten rege nachgefragt wurden (bis zu 8-fache Überzeichnung) und sich ein Vorteil des Auktionspreises gegenüber den EEX-Notierungen vergleichbarer Stromprodukte von bis zu 1,46 Euro (base-Produkt) bzw. 1,73 Euro (Profil-Produkt) ergab. In Zukunft ist die Minderung der Belastungen der Industriekunden aus der Überwälzung von Emissionshandelskosten auf den Strompreis weniger eine kartellrechtliche, als vielmehr eine politische Aufgabe. Denn die veränderten Zuteilungsregelungen des NAP II führen insbesondere mit der eingeführten Versteigerung von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten und den strengeren Benchmarks für Altanlagen zu direkten Kosten der Stromerzeugung.

## C. Gaswirtschaft

### 1. Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben der RWE Energy AG (RWE), Gesellschaftsanteile i. H. v. 76,88 % an der SaarFerngas AG (SFG) zu erwerben, untersagt, nachdem es die von RWE angebotenen Zusagen für nicht ausreichend erachtet hatte (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 130 f.). Die SFG ist ein regionales Ferngasunternehmen, das Stadtwerke und Regionalversorger im Saarland und in Rheinland-Pfalz mit Erdgas beliefert. RWE und SFG verfügen über Beteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern in diesen Gebieten sowie an anderen Ferngasunternehmen. Das Bundeskartellamt ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die relevanten Gasmärkte ungeachtet der eingeleiteten Schritte zur Marktöffnung in der Praxis weiterhin massiv gegen Wettbewerb von außen abgeschottet sind. Das Vorhaben hätte zunächst zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der SFG durch eine tendenzielle Absicherung ihres Gasabsatzes auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern geführt, die sie innerhalb ihres Gasleitungssystems innehat. Die SFG hätte darüber hinaus erstmals über die RWE Einfluss auf das Abnahmeverhalten von RWE-Konzernbetrieben sowie von RWE-Stadtwerkebeteiligungen erhalten. Außerdem hätte sie ihren Einfluss bei denjenigen Stadtwerken maßgeblich ausweiten können, an denen sowohl SFG als auch RWE Anteile halten. Auf den jeweils lokalen Märkten für die Belieferung von letztverbrauchenden Gasgroßkunden und Gaskleinkunden wären die marktbeherrschenden Stellungen der RWE-Konzernunternehmen und Stadtwerke mit RWE-Beteiligung dadurch verstärkt worden, dass hier der potenzielle Wettbewerb durch die SFG als vorgelagerter Versorger zumindest ab-

geschwächt worden wäre. Auch im Strombereich hätte das Vorhaben zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die der RWE hier gemeinsam mit E.ON zukommt, geführt, da die RWE hier ihren bereits bestehenden Stromabsatz gegenüber einer Reihe von Stadtwerken hätte absichern können. RWE hatte mehrere Veräußerungszusagen angeboten, mit denen eine Reihe der festgestellten Verschlechterungswirkungen neutralisiert worden wären. Allerdings reichten die Zusagen aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht aus, um die verbleibenden zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse an anderer Stelle im Wege der Abwägungsklausel des § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz zu überwiegen. Gegen den Beschluss vom 12. März 2007 das Vorhaben zu untersagen, hat RWE Beschwerde eingelegt.

Im August 2007 hat der Stahlkonzern ArcelorMittal S.A. angekündigt, die Gesellschaftsanteile i. H. v. 76,88 % an der SFG von der RAG Aktiengesellschaft zu erwerben. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde von der Europäischen Kommission in der ersten Phase freigegeben (Entscheidung vom 22. Oktober 2007, COMP/M.4890) und zwischenzeitlich vollzogen. Daraufhin hat RWE die gegen den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes eingelegte Beschwerde für erledigt erklärt und ihr Begehren auf eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde umgestellt, die dem Oberlandesgericht Düsseldorf nun zur Entscheidung vorliegt. ArcelorMittal hat im Anschluss seine SFG-Beteiligung in ein grenzüberschreitendes Zusammenschlussvorhaben eingebracht. So wurde im November 2008 beim Bundeskartellamt die Neugründung der luxemburgischen Soteg S.A. („NewSoteg“) angemeldet, die als Gemeinschaftsunternehmen zukünftig die luxemburgische Ferngasgesellschaft Soteg S.A., den luxemburgischen Stromversorger Cegedel S.A. und die SFG zusammenfassen wird. Der Anmeldung vorausgegangen war eine Vorprüfung durch die Europäische Kommission, die jedoch ihre Zuständigkeit nach der EU-Fusionskontrollverordnung Nummer 139/2004 verneinte. Der Zusammenschluss wird durch Zusammenlegung und zum Teil durch Aufhebung von Überkreuzbeteiligungen der beteiligten Unternehmen realisiert. Nach dem Zusammenschluss werden das Großherzogtum Luxemburg knapp 40 % und ArcelorMittal S.A. etwa 25 % der Gesellschaftsanteile an NewSoteg halten. Die übrigen Gesellschafterinnen, Luxempart Energie S.A., eine RWE-Beteiligungsgesellschaft, E.ON und Electrabel werden Anteile zwischen knapp 20 % und 5 % halten. Dieses Zusammenschlussvorhaben konnte in der ersten Prüfungsphase am 12. Dezember 2008 freigegeben werden, weil bezüglich der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen keine Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf den bundesweiten bzw. lokalen Strommärkten und netzbezogen abzugrenzenden Gasmärkten in Deutschland zu erwarten war. Durch die Neugründung werden vielmehr bereits gehaltene Gesellschaftsanteile kombiniert und Querbeteiligungen aufgehoben. Des Weiteren hat der Zusammenschluss zur Folge, dass auch die – keinen Zusammenschlussbestand nach § 37 Absatz 1 auslösenden – Energiekonzerne E.ON und RWE

(über Luxempart) zukünftig geringeren Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen NewSoteg haben werden, als sie zuvor aufgrund ihrer Minderheitsbeteiligungen an Soteg S.A., SFG bzw. CegeDEL S.A. bereits inne hatten. Im Gasbereich bestand noch keine direkte grenzüberschreitende Verbindung zwischen den Netzen der Soteg S.A. und SFG. Infolge des Zusammenschlusses ist mit einem verstärkten Ausbau der Durchleitungskapazitäten an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und Luxemburg zu rechnen. Im Strombereich waren keine Verstärkungswirkungen für die marktbeherrschenden Stellungen von E.ON und RWE auf den bundesweiten Strommärkten zu erwarten. Der Zusammenschluss bewirkte hier keine Marktanteilsadditionen und ließ keine verstärkte Absatzsicherung befürchten.

Das Bundeskartellamt hat außerdem das Vorhaben der E.ON Avacon AG (E.ON Avacon), ihre Beteiligung an der WEVG Wasser- und Energieversorgungsgesellschaft GmbH Salzgitter (WEVG) i. H. v. gegenwärtig 10 % auf 50,223 % aufzustocken, im Hauptprüfverfahren mit Beschluss vom 19. Dezember 2007 unter der Nebenbestimmung freigegeben, dass die E.ON Avacon ihre Minderheitsbeteiligungen an der Altmärkische Gas, Wasser- und Elektrizitätswerke GmbH, sowie an der Stadtwerke Nienburg/Weser veräußert. Das Zusammenschlussvorhaben betraf den regional abzugrenzenden Markt, auf dem WEVG als Weiterverteiler Gas nachfragt, sowie die ebenfalls regional abzugrenzenden Märkte, auf denen WEVG RLM- und SLP-Kunden mit Gas beliefert. Die Aufstockung der Beteiligung von E.ON Avacon an der WEVG hätte sowohl eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von E.ON Avacon auf dem relevanten Markt für die Belieferung von Weiterverteilern als auch die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von WEVG bei der Belieferung von Endkunden zur Folge gehabt. Der Zusammenschluss ließ sich wegen der Nachteile der Marktbeherrschung nur unter den Voraussetzungen der Abwägungsklausel gemäß § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz freigegeben. Danach ist erforderlich, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen, die in Folge des Zusammenschlussvorhabens – einschließlich der zugesagten Veräußerung – eintreten, im Ergebnis die Nachteile der Marktbeherrschung klar überwiegen müssen. Die zugesagten Veräußerungen der Beteiligungen an der Altmärkische Gas, Wasser- und Elektrizitätswerke GmbH sowie an der Stadtwerke Nienburg/Weser waren geeignet, die Voraussetzungen der Abwägungsklausel herzustellen, da es sich bei der Veräußerung der Anteile jeweils um einen vollständigen Rückzug von E.ON Avacon als Gesellschafter der beiden Stadtwerke handelt. Diese Form der Entflechtung ist vom Grundsatz her spiegelbildlich zu den wettbewerblichen Verschlechterungen zu betrachten. Aus diesem Grund konnte das Zusammenschlussvorhaben unter der genannten Nebenbestimmung freigegeben werden.

Im Berichtszeitraum haben sich die Unternehmen Thysengas GmbH, E.ON Gastransport AG & Co. KG und die EWE AG an der trac-x Transport Capacity Exchange GmbH, einer Tochtergesellschaft der VNG AG, beteiligt.

Unternehmensgegenstand der trac-x ist insbesondere die Errichtung und der Betrieb einer elektronischen Handelsplattform für den Sekundärhandel mit Kapazitätsrechten im Gasfernleitungs- und Gasverteilernetz. Das Zusammenschlussvorhaben wurde vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren unter Anwendung der Abwägungsklausel mit Beschluss vom 12. Oktober 2007 freigegeben. Der Zusammenschluss betrifft unmittelbar den sachlich relevanten Markt für den Betrieb von Handelsplattformen für den Handel mit Sekundärtransportkapazitätsrechten im deutschen Gasfernleitungs- und Gasverteilernetz. Die sachliche Marktabgrenzung basiert auf der Feststellung, dass der Handel mit Sekundärkapazitäten einen eigenständigen Markt darstellt, der von dem Markt für den Handel mit Primärkapazitäten abzugrenzen ist. Sekundärkapazitäten hingegen können – im Unterschied zu Primärkapazitäten – im Regelfall nicht beim Netzbetreiber gebucht werden, da Sekundärkapazitäten von Transportkunden, die über entsprechende Primärkapazitäten verfügen, angeboten werden. Sekundärkapazitäten können aus diesem Grund nur bilateral zwischen Transportkunden gehandelt werden. Um den Sekundärhandel zu vereinfachen und um eine höhere Liquidität im Sekundärhandel zu ermöglichen, sind die Netzbetreiber nach § 14 GasNZV verpflichtet, eine gemeinsame elektronische Plattform für den Handel mit Sekundärkapazitätsrechten einzurichten, die alle Angebote gleichartiger Kapazität und Nachfragen nach Kapazität für dieselben Netze oder Teilnetze für die Nutzer der Plattform transparent machen muss. Transportkunden sollen erworbene Kapazitätsrechte unter Nutzung dieser Plattform an Dritte weiterveräußern oder zur Nutzung überlassen können. Der Handel mit Sekundärkapazitäten findet derzeit nur in einem sehr geringen Umfang statt. Das Bundeskartellamt hat eine nicht-repräsentative Marktbefragung bei insgesamt 94 als Gashändler anzusehenden Unternehmen unterschiedlicher Unternehmensgröße durchgeführt, um die Bedeutung des Sekundärhandels zu ermitteln. Die Ergebnisse der Marktbefragung haben gezeigt, dass der Stellenwert des Sekundärhandels zum Zeitpunkt der Entscheidung als sehr gering anzusehen war. Inwieweit die Ergebnisse jedoch eine Prognose über die zukünftige Bedeutung des Sekundärhandels zulassen, kann nicht gesagt werden. Das ab dem Gaswirtschaftsjahr 2007/08 ausschließlich mögliche Zwei-Vertrags-Modell stellt einen Systemwechsel dar, der auch zu einer geänderten Bedeutung des Sekundärhandels führen kann. Aus diesem Grund wurden die Gashändler im Rahmen der Marktbefragung abstrakt nach der Austauschbarkeit von Primär- und Sekundärkapazitäten sowie der für sinnvoll erachteten Anzahl an Handelsplattformen für den Sekundärhandel befragt. Falls Primär- und Sekundärkapazitäten mit identischer Ausgestaltung bezüglich der Kapazität und Laufzeit angeboten werden würden, hielten 55,8 % der antwortenden Unternehmen diese Primär- und Sekundärkapazitäten für vollständig austauschbar, weitere 36,5 % zumindest für teilweise austauschbar. Falls die angebotenen Primär- und Sekundärkapazitäten lediglich bezüglich der Kapazität identisch wären, jedoch mit unterschiedlichen Laufzeiten ausgestattet wären, sahen nur noch 7,5 % der antwortenden Unternehmen eine vollständige Austauschbarkeit, während 60,4 % diese Kapazitäten nur für teilweise aus-

tauschbar hielten. Die restlichen 30,1 % sehen bei unterschiedlichen Laufzeiten keinerlei Austauschbarkeit. Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben die marktbeherrschende Stellung der trac-x auf dem relevanten Markt verstärkt. Insbesondere war der Zusammenschluss geeignet, den Markteintritt von weiteren Betreibern von Handelsplattformen zu erschweren. Dessen ungeachtet kam das Bundeskartellamt im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis, dass die positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den mittelbar betroffenen Märkten überwiegen. Diese Feststellung basierte vor allem auf der Tatsache, dass Handelsplattformen, auf denen spezifische Produkte gehandelt werden, die nur für einen beschränkten Anbieter- und Nachfragerkreis von Interesse sind, durch starke Netzwerkeffekte geprägt sind. Märkte, die derart starken Netzwerkeffekten unterliegen, haben eine ausgeprägte Tendenz zur Monopolisierung, da bei derartigen Märkten der Stellenwert der Liquidität hoch ist und Konzentrationstendenzen entsprechend die Liquidität auf der Handelsplattform vergrößern. Dieser die Marktbeherrschung auf dem Markt für Handelsplattformen verstärkende Zusammenhang führt aber gleichzeitig zu überwiegenden Vorteilen auf den nachgelagerten Handelsmärkten. Aus diesem Grund hat das Bundeskartellamt den angemeldeten Zusammenschluss freigeben.

## 2. Verhaltenskontrolle

### Langfristige Gaslieferverträge

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes gegenüber der E.ON Ruhrgas AG in Sachen langfristiger Gaslieferverträge auch in der Hauptsache bestätigt (Beschluss vom 4. Oktober 2007, Infrastruktur Recht 2008, S. 13). Die dagegen vom Unternehmen eingelegte Rechtsbeschwerde wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10. Februar 2009 zurückgewiesen. Bereits im vorangegangenen Eilverfahren war E.ON Ruhrgas unterlegen (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757) und musste deshalb seine Gaslieferverträge mit Stadtwerken und Regionalversorgern für einen eventuellen vollständigen oder teilweisen Lieferantenwechsel zum Oktober 2006 öffnen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 131). Soweit das Bundeskartellamt mit seiner auf § 32 gestützten Verfügung zunächst festgestellt hatte, dass die in zahlreichen Gaslieferverträgen der E.ON Ruhrgas AG mit Stadtwerken und Regionalversorgern enthaltenen Vereinbarungen hinsichtlich langjähriger Bezugsverpflichtung und Grad der tatsächlichen (Vertriebs-) Bedarfsdeckung in ihrer Kombination gegen Artikel 81, 82 EG sowie § 1 verstoßen, hat das Gericht dies bestätigt. Wie schon in der Eilentscheidung hat es die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften als gegeben angesehen. Speziell ein Eingreifen der Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG wurde abgelehnt, weil die betreffenden langfristigen Bezugsverpflichtungen ungeeignet seien, dem Verbraucher unmittelbar Vorteile zu bringen, die die mit einem Kartell zwangsläufig einhergehenden Nachteile überwiegen könnten. Auch erfordere es die Versorgungssicherheit der Verbraucher nicht, dass spiegelbildlich zur langfristigen Bindung des Ferngasunternehmens im Import die Abneh-

merseite, also die Stadtwerke und Regionalversorger, langfristig gebunden werden. Unkalkulierbare Risiken seien hier nicht erkennbar, vielmehr verblieben dem Unternehmen auch bei Beachtung der Verfügung hohe Absatzraten bei Weiterverteilern. Ebenso wenig erwartete das Gericht von den langfristigen Gaslieferverträgen unter dem Gesichtspunkt von Investitionen eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. wirtschaftliche Fortschritte. Des Weiteren wurde in der Beschwerdeentscheidung die vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verpflichtung der E.ON Ruhrgas AG, die Durchführung solcher Vereinbarungen bis spätestens zum 30. September 2006 abzustellen, nicht beanstandet. Im Zentrum des Beschwerdeverfahrens standen schließlich die Vorgaben, die der E.ON Ruhrgas AG in der Verfügung dahingehend gemacht wurden, wie sie bis zum 30. September 2010 kartellrechtskonforme Gaslieferverträge zu gestalten hat. So dürfen Verträge mit einer nahezu Vollversorgung eines Stadtwerks (über 80 % bis 100 % des Bedarfs) eine Laufzeit von zwei Jahren nicht überschreiten. Verträge mit einem Versorgungsgrad von über 50 % bis 80 % dürfen eine Laufzeit von maximal vier Jahren haben. Zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten, wie z. B. die stillschweigende Verlängerung an sich befristeter Verträge oder wie der Abschluss mehrerer Verträge, die in der Summe wieder das o. g. Fristen- und Quotengerüst unterlaufen (sog. Stapeln von Verträgen), sind der E.ON Ruhrgas AG verwehrt worden. Besonders gegen die Bestimmungen der Verfügung bezüglich der Stapelverträge hatte sich die Beschwerde gewandt. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Düsseldorf jedoch ausgeführt, dass erst eine Beurteilung der rechtlich durch die Identität der Vertragsparteien in einem Zusammenhang stehenden, inhaltlich gleichartigen Verträge in ihrer Gesamtheit die volle wettbewerbliche Beurteilung der von den Vertragsparteien eingegangenen Bindungen in zeitlicher und mengenmäßiger Hinsicht erkennen lässt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf pflichtete dem Bundeskartellamt darin bei, dass bei der Ausschreibung eines Zweit- oder Drittvertrags von dem Umstand, dass die E.ON Ruhrgas AG aufgrund eines bestehenden Vertrags bereits Lieferantin einer Grund- oder Teilmenge ist, eine wirtschaftliche Sogwirkung zu ihren Gunsten ausgeht. Diese, so das Gericht, werde noch dadurch begünstigt, dass die E.ON Ruhrgas AG zu günstigeren Preisen anbieten kann, weil sie bedingt durch die bestehende Teillieferung über strukturell bedingte Kostenvorteile verfüge. Die vom Bundeskartellamt herangezogenen Erfahrungen mit früheren Versuchen anderer Behörden, die Praxis langfristiger Gaslieferverträge zu öffnen, bestätigten aus Sicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf diesen Befund. So war bereits im Zusammenhang mit dem vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie erlaubten Zusammenschluss von E.ON und Ruhrgas eine 20 %-ige Öffnung des Gasbedarfs der Weiterverteilerkunden zugesagt worden, ohne dass von den entsprechenden Sonderkündigungsrechten nennenswert Gebrauch gemacht worden war (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 170 f.). Selbst dort, wo es zu Ausschreibungen der frei gewordenen Teilmengen gekommen war, waren Wettbewerber aufgrund des Preisvorteils der Ruhrgas nicht zum Zuge gekommen.



Nach dem Musterverfahren in Sachen E.ON Ruhrgas AG wurden die Verfahren gegen die in Deutschland auf den Weiterverteilermärkten tätigen verbleibenden 14 überregionalen und regionalen Ferngasunternehmen mit dem Ziel fortgesetzt, eine kartellrechtskonforme Gestaltung von Gaslieferverträgen für die Belieferung von Regional- und Ortsgaskunden zu erreichen. Entsprechend den bereits Anfang 2007 auf der Grundlage von Verpflichtungszusagenentscheidungen eingestellten Verfahren (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 131) haben im Berichtszeitraum weitere betroffene Unternehmen zugesagt, ihre Verträge, was Liefermengen und Laufzeiten für Neuverträge und Altverträge betrifft, in Anlehnung an die Vorgaben im Verfahren E.ON Ruhrgas zu gestalten. Die Zusagen sehen vor, dass beim Abschluss von Gaslieferverträgen mit einem Gesamtvertriebsbedarf von mehr als 250 GWh pro Jahr im Falle einer Deckung des tatsächlichen Vertriebsbedarfs des Abnehmers von über 80 % eine Laufzeit von maximal zwei Jahren sowie im Falle einer Deckung des tatsächlichen Vertriebsbedarfs des Abnehmers von über 50 % bis einschließlich 80 % eine Laufzeit von maximal vier Jahren nicht zu überschreiten ist. Bestehende Verträge mit einer Deckung des tatsächlichen Vertriebsbedarfs des Abnehmers von über 80 % und einem Gesamtvertriebsbedarf von mehr als 250 GWh pro Jahr, deren Gesamtlaufzeit mehr als zwei Jahre beträgt und über das Gaswirtschaftsjahr 2006/2007 hinausreicht, enden mit dem 30. September 2007. Alle noch anhängigen Kartellverwaltungsverfahren konnten im Berichtszeitraum abgeschlossen werden.

### Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden

Im März 2008 hat das Bundeskartellamt wegen des Verdachts missbräuchlicher Forderung überhöhter Gaspreise von Haushalts- und Gewerbekunden Verfahren gegen 35 Gasversorgungsunternehmen eingeleitet. Sachlich ist der Markt für die Belieferung von SLP-Kunden mit Heizgas betroffen. Das sind nicht leistungsgemessene Kunden mit einer jährlichen Gasabgabemenge von bis zu 1,5 Mio. kWh bei einer maximalen Auspeiseleistung von 500 MW (vgl. § 29 Gasnetzzugangsverordnung). Es ist hierbei von einem eigenen Markt für die Belieferung von Letztverbrauchern mit Erdgas und nicht von einem erweiterten „Wärmemarkt“, der auch die Belieferung mit Fernwärme, Heizöl, Strom usw. umfasst, auszugehen. Dies entspricht mittlerweile herrschender Kartellrechtssprechung und -verwaltungspraxis (Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. April 2008, WuW/E DE-R 2295 – Erdgassondervertrag). In räumlicher Hinsicht grenzt das Bundeskartellamt den sachlich relevanten Markt für Erdgas auf der Endkundenstufe regional nach den etablierten Versorgungsgebieten der betroffenen Unternehmen ab. Dieses Marktgebiet wird am besten abgebildet durch das Netzgebiet, in dem das Unternehmen nach § 36 EnWG die Grundversorgung durchführt (S. 104). Von den 35 Adressaten der eingeleiteten Preismissbrauchsverfahren fielen 20 Unternehmen aufgrund ihrer Bundeslandgrenzen überschreitenden Aktivitäten in die originäre Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Originär ist das Bundeskartellamt nur für ca. 5 % der Gasversorger mit ca. 15 % der Gaskunden zuständig. Die übrigen 95 % der

Gasversorger und 85 % der Gaskunden fallen in den Zuständigkeitsbereich der Landeskartellbehörden. Etliche Landeskartellbehörden führten ebenfalls Preismissbrauchsverfahren gegen Gasversorger. 14 Versorger wurden auf Antrag des Bundeskartellamtes gemäß § 49 Absatz 3 von den zuständigen Landeskartellbehörden abgegeben. Ein Verfahren wurde zurück an die Landeskartellbehörden Brandenburg und Sachsen verwiesen. Ein weiteres der betroffenen Unternehmen, die GASAG Berliner Aktiengesellschaft (GASAG) hat beim Kammergericht in Berlin Beschwerde gegen die Abgabe an das Bundeskartellamt eingelegt. In seinem Beschluss vom 28. April 2008 (2 Kart 1/08) hat das Kammergericht die Auffassung des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörde Berlin bestätigt, wonach es sich bei der Abgabe der Sache nach § 49 Absatz 3 um einen verwaltungsinternen Akt ohne Außenwirkung handelt, der nicht selbständig anfechtbar ist. Die Beschwerde und der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wurden daher vom Kammergericht Berlin als unzulässig zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof wurde nicht zugelassen. Die GASAG hat gegen den Beschluss Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 25. September 2008 (KVZ 32/08) zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, es sei unzweifelhaft und daher in einem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht klärungsbedürftig, dass die gesonderte Anfechtung einer Abgabe nach § 49 Absatz 3 und 4 jedenfalls nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, den Kartellbehörden eine schnelle und flexible Fallzuweisung zu ermöglichen, ausgeschlossen ist. Die vom Bundeskartellamt eingeleiteten Verfahren beziehen sich auf ca. 35 % aller 2007 in Deutschland registrierten Messstellen von nichtleistungsgemessenen Endkunden. Bezogen auf die Gasabgabemengen werden von den Verfahren ca. 25 % der gesamten Gasabgabemenge in Deutschland in diesem Kundensegment erfasst. Preismissbrauchsverfahren wurden gegen Unternehmen verschiedener Größen und Regionen eingeleitet, darunter Tochtergesellschaften der großen Energieversorgungsunternehmen E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW sowie große und kleine kommunale Stadtwerke. Das Bundeskartellamt hat bei der Untersuchung relevante Daten wie u. a. Erlöse, Gasabgabemengen, Kundenanzahl, Gasbezugsmengen und Gasbezugspreise, Benutzungsdauer, Vertriebskosten und Tarifstruktur abgefragt. 31 der 34 Gasversorger haben die Daten auf der Grundlage von formlosen Auskunftersuchen mitgeteilt; nur drei der Unternehmen – die GASAG, die Energieversorgung Gera GmbH und die Energie SaarLorLux GmbH – waren erst nach dem Erlass eines förmlichen Auskunftsbeschlusses nach § 59 Absatz 1 Satz 1 durch das Bundeskartellamt bereit, die Daten offen zu legen. Die GASAG hatte gegen den Auskunftsbeschluss vom April 2008 Beschwerde eingelegt und einstweiligen Rechtsschutz begehrt. Unmittelbar vor Erlass einer Entscheidung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf in dieser Sache hat die GASAG beide Rechtsmittel jedoch zurückgezogen und ist dem Auskunftsbeschluss durch Bereitstellung der Daten gefolgt. Methodisch hat das Bundeskartellamt gestützt auf § 19 Absatz 4 Nummer 2



für das Jahr 2007 das Konzept des mengengewichteten Netto-Erlösvergleichs und gestützt auf § 29 Satz 1 Nummer 1 für das Jahr 2008 das Konzept des mengengewichteten Netto-Vergleichs des Tarifs, in dem sich die Mehrzahl der Kunden befindet, angewandt. Der Erlösvergleich stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 19 Absatz 4 Nummer 2 eine zulässige Prüfungsmethode dar. Beim Erlösvergleich werden die mit SLP-Kunden erzielten Erlöse des betroffenen Unternehmens mit den Erlösen, die die Vergleichsunternehmen in einem anderen räumlich relevanten Markt bei der Belieferung von SLP-Kunden erzielt haben, im Wege eines Benchmarking verglichen. Auf diese Weise kann ermittelt werden, wie das zum Vergleich herangezogene Unternehmen seine Leistung auf dem Markt des betroffenen Unternehmens erbrächte (vgl. bereits Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28. Juni 2005, WuW/E DE-R 1513 = BGHZ 163, 282 (291) – Stadtwerke Mainz). Die im Rahmen des Erlösvergleichs vorgenommene Berechnung berücksichtigt zwei Aspekte: Erstens stellt das Bundeskartellamt eine Zeitrumbetrachtung an, so dass jede im Laufe des Jahres 2007 abgesetzte Mengeneinheit Gas mit dem dafür erzielten Preis in die Gesamtbetrachtung eingeht und insoweit auch Preisänderungen berücksichtigt werden können. Zweitens ermöglicht es der Erlösvergleich, alle Tarife und Sonderverträge mit ihrer jeweiligen Abnahmemenge und damit ihrer Bedeutung im Portfolio des Gasversorgers zu berücksichtigen, da sich der Erlös aus dem Produkt von Preis und abgesetzter Menge ergibt. Für das Jahr 2008 hat das Bundeskartellamt das Verfahren auf den zum Jahresende 2007 in Kraft getretenen § 29 gestützt. Das Bundeskartellamt hat dabei auf einen Vergleich der Tarife abgestellt, in dem sich die Mehrzahl der Kunden befindet, denn ein Erlösvergleich war noch nicht möglich, da verbindliche Zahlen über die 2008 erzielten Erlöse erst im Frühjahr 2009 vorgelegen hätten. Um im Sinne der Verbraucher zu einem schnellen Abschluss der Verfahren zu gelangen, hat sich das Bundeskartellamt – auch vor dem Hintergrund der mit § 29 eingeführten Beweislastumkehr – entschieden, denjenigen Vergleichsmaßstab zu wählen, der verfügbar ist und einem Erlösvergleich am nächsten kommt. Beim Tarifvergleich werden die Tarife anhand von fünf repräsentativen Muster-Verbrauchsfällen verglichen, die von Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt gemeinsam als repräsentative Verbrauchsfälle erarbeitet worden sind:

Verbrauchsfall	Abnahmemenge	Leistung
Wohnungen mit Gastherme	7 000 kWh/Jahr	
Einfamilienhaus	20 000 kWh/Jahr	13 KW
Freistehendes Einfamilienhaus	35 000 kWh/Jahr	20 KW
6-Familienhaus	90 000 kWh/Jahr	50 KW
Große Mehrfamilienhäuser	150 000 kWh/Jahr	80 KW

Der Vergleich von Abnahmefällen ist ein in der Praxis der Kartellbehörden gängiger, von den Gerichten bestätigter Vergleichsmaßstab. Voraussetzung dafür ist, dass wegen des Tarifgestaltungsspielraums der Unternehmen mehrere repräsentative Abnahmefälle miteinander verglichen werden (Bundesgerichtshof BGHZ 135, 323 (330 ff.) – Gaspreis; BGHZ 163, 282 (289 f.) – Stadtwerke Mainz). Nachteilig an Stichtagsbetrachtungen ist, dass die häufigen unterjährigen Preisänderungen bei Ziel- und Vergleichsunternehmen außer Acht bleiben. Daher hat sich das Bundeskartellamt entschieden, eine Zeitrumbetrachtung für das gesamte Jahr 2008 vorzunehmen und die einzelnen Monate entsprechend ihrem Gewicht beim Gasverbrauch in den Vergleich einfließen zu lassen. Zur Berücksichtigung witterungsbedingter Unterschiede in den monatlichen Abnahmemengen werden die Monate mit Hilfe von Gradtagszahlen mengengewichtet. Grundlage für die Gewichtung sind die Gradtagszahlen im langjährigen Mittel von 1970 bis 2007 der Wetterstation Würzburg:

Monat	Gradtagszahl in Kelvin-Days (Kd)	Anteil Gradtagszahl/ Gasbezugs-menge in %
Januar	604	16,30
Februar	523	14,10
März	457	12,32
April	324	8,73
Mai	161	4,34
Juni	77	2,09
Juli	29	0,77
August	31	0,84
September	138	3,73
Oktober	324	8,74
November	470	12,66
Dezember	570	15,38
<b>Summe</b>	<b>3 708</b>	<b>100</b>

Die Ermittlung des Vergleichsmaßstabs folgt beim Erlös- und Tarifvergleich derselben Methodik: Von den jeweils um die Mehrwertsteuer bereinigten Erlösen bzw. Tarifen werden von den Gasversorgern unbeeinflussbare Komponenten in Abzug gebracht. Konkret heißt das zunächst, dass die von den Regulierungsbehörden genehmigten Netzentgelte von den Erlösen bzw. Tarifen abgezogen werden. Der Abzug der Netzentgelte berücksichtigt zum einen die Bindungswirkung des § 111 Absatz 3 EnWG, denn die Netzentgelte wurden von den Regulierungsbehörden in einem ex-ante Verfahren anhand spezieller Bestimmungen des EnWG und der Gasnetzentgeltverord-

nung geprüft und genehmigt. Eine Doppel-Kontrolle der Netzentgelte durch zwei Behörden ist nicht sinnvoll und soll durch § 111 Absatz 3 EnWG gerade ausgeschlossen werden. Zum anderen dient der Abzug der Netzentgelte der Berücksichtigung von gebietsstrukturellen Unterschieden zwischen dem betroffenen und dem Vergleichsunternehmen und erleichtert somit die Beurteilung, zu welchem Preis das Vergleichsunternehmen im Grundversorgungsgebiet des betroffenen Unternehmens anbieten könnte. Andernfalls müsste unterschiedlichen, durch die Struktur des jeweiligen Gebietes bedingten Kosten mittels Korrekturzu- oder -abschlägen Rechnung getragen werden, wie es die ständige Rechtsprechung bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts verlangt (Bundesgerichtshof, WuW/E BGH 1221, 1224 – Stromtarif; WuW/E BGH 1445, 1452 – Valium I; WuW/E BGH 2309, 2310 – Glockenheide; WuW/E BGH 2967, 2971 – Strompreis Schwäbisch Hall; Kammergericht, WuW/E OLG 5926, 5929 – Spreegas). Die maßgeblichen strukturbedingten Kosten werden aber im Zusammenhang mit den Gaspreisen durch das Netz und das Netzgebiet bestimmt, weshalb die genehmigten Netzentgelte diese Strukturunterschiede am besten abbilden. Das Bundeskartellamt hat des Weiteren die gezahlten Konzessionsabgaben als staatliche Abgaben von den Netto-Erlösen bzw. Netto-Tarifen der Gasversorger abgezogen. Die Konzessionsabgabe wird vom Netzbetreiber an die jeweilige Kommune abgeführt. Die Sätze der Konzessionsabgabe liegen für Tarifkunden – das ist jeder Letztverbraucher, der nach § 36 EnWG in die Grund- oder Ersatzversorgung fällt – in Abhängigkeit von Lieferart und Gemeindegröße zwischen 0,22 und 0,91 Cent/kWh. Demgegenüber wird für die Belieferung von Sondervertragskunden gemäß § 3 Konzessionsabgabeverordnung (KAV) eine Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh erhoben. Obwohl § 2 Absatz 3 KAV vorsieht, dass bei Lieferverhältnissen außerhalb der Grundversorgung ein Höchstsatz von 0,03 Cent/kWh nicht überschritten werden darf und nur das jeweilige Grundversorgungsunternehmen entsprechende Lieferverhältnisse eingehen kann, erheben manche Netzbetreiber von Drittlieferanten die höhere Konzessionsabgabe. Um insbesondere kommunalen Unternehmen keinen Anreiz zu geben, Gewinne in die Konzessionsabgabe zu verschieben, wurden vom Bundeskartellamt als Vergleichsunternehmen nur solche Unternehmen ausgewählt, die in den hier relevanten Jahren 2007 und 2008 ganz überwiegend nur die niedrige Konzessionsabgabe i. H. v. 0,03 Cent/kWh abgeführt haben. Als Vergleichsunternehmen hat das Bundeskartellamt für das Jahr 2007 die Stadtwerke Jena-Pößneck und die EWE AG sowie für das Jahr 2008 vor allem die Stadtwerke Stade (daneben auch die EWE AG) ausgewählt. Auf die Vergleichsabstände zwischen den Unternehmen hat das Bundeskartellamt einen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Feststellung eines Missbrauchs erforderlich (Bundesgerichtshof, WuW/E DE-R 375, 379 – Flugpreisspaltung), wobei sich die Höhe des Erheblichkeitszuschlags nach der Rechtsprechung an der Intensität des auf dem relevanten Markt vorhandenen Restwettbewerbs orientiert (Bundesgerichtshof, WuW/E DE-R 1513 = BGHZ 163, 282 – Stadt-

werke Mainz). Das Bundeskartellamt hat sich für einen innovativen Ansatz beim Erheblichkeitszuschlag entschieden. Der Erheblichkeitszuschlag wird in Höhe der Wechselquote in dem betreffenden Versorgungsgebiet angesetzt, denn dies berücksichtigt das Ausmaß des dort vorhandenen Wettbewerbs. Dabei wird die Wechselquote ausgehend von der Definition der BNetzA für den Lieferantenwechsel ermittelt als „der Prozess, der die Interaktion zwischen den Marktpartnern beschreibt für den Fall, dass ein Kunde an einer Messstelle von seinem derzeitigen Lieferanten zu einem neuen Lieferanten wechselt. Davon ausgenommen sind Aus-/Ein- und Umzüge sowie Wechsel des Konzessionsnehmers“. Dort wo der Wettbewerb bereits erste Wirkungen zeigt und Drittlieferanten Marktanteile gewonnen haben, erhöht sich der Erheblichkeitszuschlag und führt dazu, dass in diesen Gebieten die Preismissbrauchsaufsicht zurückgenommen wird. Auf diese Weise kann dem der Preismissbrauchsaufsicht immanenten Zielkonflikt – die Durchsetzung von zukunftsgerichteten Preismaßnahmen bei missbräuchlich agierenden, marktbeherrschenden Unternehmen einerseits und die daraus resultierende Herabsetzung der Anreize zum Markteintritt potenzieller Wettbewerber andererseits – Rechnung getragen werden. Im Jahr 2007 belief sich die Wechselquote gemessen an der Anzahl der Lieferantenwechsel im Durchschnitt über alle Gasversorger auf ca. 1 % (Bundesnetzagentur, Monitoring-Bericht 2008, S. 199, 208). Im Jahr 2008 liegt sie nach Ermittlungen des Bundeskartellamtes in manchen Gebieten signifikant höher. Zugunsten der Betroffenen hat das Bundeskartellamt den Erheblichkeitszuschlag nicht lediglich als eine Erheblichkeitsgrenze für das Eingreifen der Missbrauchsaufsicht verstanden, bei deren Überschreitung auch der darunter liegende Teil vom Missbrauchsvorwurf erfasst ist. Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung hat das Bundeskartellamt als wichtigsten Punkt den Einwand berücksichtigt, dass die im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht gefundene Preis- bzw. Erlösobergrenze nicht unter den Kosten des Unternehmens liegen darf. Der Bundesgerichtshof hat im Fall „Flugpreisspaltung“ (WuW/E DE-R 375, 377) entschieden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen im Wege der Preismissbrauchsaufsicht nicht dazu gezwungen werden kann, seine Leistung zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten. Allerdings greift der Einwand der Kostenunterdeckung nach der Rechtsprechung nur bei ordnungsgemäßer Kostenzuordnung und Ausschöpfung etwaiger Rationalisierungsreserven. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind daher die durchschnittlichen Gasbezugskosten in dem betreffenden oder vergleichbaren Marktgebieten anzusetzen. Dies entspricht dem Vergleichsmarktkonzept mit seiner wettbewerbsanalogen Preissimulation. Die durchschnittlichen Gasbezugskosten anderer Unternehmen in dem betroffenen oder vergleichbaren Marktgebieten sind ein Vergleichsmaßstab, den ungeachtet möglicher Vermachtungsstrukturen auf der vorgelagerten Ebene ein Unternehmen beim Gaseinkauf hätte erzielen können. Zusätzlich zu den Gasbezugskosten wurde bei jedem Unternehmen ein Betrag i. H. v. 0,2 Cent/kWh für Vertriebskosten anerkannt, der sich im Laufe der Verfahren als effizienter Durchschnittswert für entsprechende Kosten bei den vom Verfahren

betroffenen Unternehmen herausgestellt hat. Aufgegriffen wurden bei der Verfahrenseinleitung im März 2008 solche Unternehmen, deren Tarife bei der Stichtagsbetrachtung im Februar 2008 erhebliche Abweichungen von teilweise zwischen 25 % bis 45 % gegenüber Vergleichsunternehmen aufwiesen. Diese Betrachtung diente zunächst nur dazu, zu ermitteln, gegen welche Unternehmen sich ein Anfangsverdacht ergab und diesen gegenüber in eine vertiefte Prüfung einzusteigen. Nachteilig an Stichtagsbetrachtungen ist, dass die häufigen unterjährigen Preisänderungen bei Ziel- und Vergleichsunternehmen außer Acht bleiben und man es mit sog. „Moving Targets“ zu tun hat. Ein Vergleichsunternehmen hatte z. B. zum 1. März 2008 seine Preise um mehr als 15 % erhöht, so dass die Abstände sich dementsprechend verringerten. Aus diesem Grund hält das Bundeskartellamt anstelle der Stichtagsbetrachtung eine Zeitraumbetrachtung oder eine Erlösbetrachtung für ein Jahr für sachgerechter. Dafür lagen bei Verfahrenseinleitung naturgemäß noch keine Zahlen vor. Die Abstände beim Erlösvergleich 2007 und einem mengengewichteten Tarifvergleich 2008 haben sich in der Folge als deutlich geringer als die Abstände bei der Stichtagsbetrachtung bei der Verfahrenseinleitung herausgestellt. Hinzu kommt, dass das Gesetz den Energieversorgungsunternehmen Rechtfertigungsmöglichkeiten gibt, von denen die betroffenen Unternehmen Gebrauch gemacht haben. Da einige der vorgetragenen Argumente überzeugt haben – Zeitpunkt der Netzentgeltgenehmigung 2007, unterschiedliche Marktgebiete, Unterscheidung L-Gas und H-Gas, Gasbezugskosten, Höhe und Beeinflussung der Konzessionsabgabe – hat dies ebenfalls zu einer Verringerung der Abstände zu den Vergleichsunternehmen geführt. Insgesamt haben die Ermittlungen für die Jahre 2007 und 2008 ergeben, dass die Abstände zu den Vergleichsunternehmen im Jahr 2007 tendenziell größer waren als dies voraussichtlich 2008 der Fall sein wird. Die Auswertungen haben weiterhin bestehende Unterschiede bei den Beschaffungskonditionen zwischen den betrachteten Versorgern aufgezeigt. Preisunterschiede in der Beschaffung resultierten zum einen aus der Gasqualität: Sog. H-Gas (High Caloric Gas mit höherem Brennwert) ist im Allgemeinen günstiger als sog. L-Gas (Low Caloric Gas mit niedrigerem Brennwert). Zum anderen scheint der Bezugspreis mit der Liquidität im jeweiligen aufgespannten Marktgebiet zusammenzuhängen. Insgesamt erweist sich die Liquidität in L-Gas-Gebieten nicht zuletzt wegen rückläufiger L-Gas-Vorkommen im Vergleich zu H-Gas-Gebieten als niedriger. Aber auch zwischen den H-Gas-Marktgebieten bestehen größere Divergenzen in der Liquiditätssituation: Von den Verfahren betroffene Unternehmen mit Standort in den Marktgebieten ONTRAS und GVS/ENI haben eine vergleichsweise schlechte Liquiditätssituation und dementsprechend ungünstigere Bezugskonditionen im Rahmen ihres rechtlichen Gehörs vorgetragen. Die Verfahren auf der Endkundenstufe hatten auch Auswirkungen auf die vorgelagerte Gashandelsstufe. Denn die Gasversorger, die Adressaten der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht sind, müssen sich noch stärker um günstige Gasbezugskosten kümmern. Durch den Ansatz der durchschnittlichen Gasbezugskosten in einem Markt-

gebiet als Benchmark können Versorger als ein Resultat ihres Missbrauchsverfahrens nun selbst erkennen, ob sie zu hohe Gasbezugskosten haben. Bereits im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs hat eine Vielzahl der Gasversorger Interesse an der Beendigung der Preismissbrauchsverfahren durch das Eingehen einer Verpflichtungszusage bekundet. Die Gründe für diese Kompromissbereitschaft der Gasversorger sind vielfältig: Zunehmender öffentlicher Druck, das Ansteigen zivilrechtlicher Klagen in Zusammenhang mit § 315 BGB oder der eintretende Wettbewerb um Haushaltskunden. Von herausragender Bedeutung zur schnellen Kompromissbereitschaft der Betroffenen dürfte jedoch die Option des Bundeskartellamtes auf den Erlass von Verfügungen gemäß §§ 32, 32a und deren seit der 7. GWB-Novelle möglichen sofortigen Vollziehbarkeit entsprechend § 65 Absatz 1 gewesen sein. Im Falle von Verfügungen hätte das Bundeskartellamt von der ebenfalls in der 7. GWB-Novelle neu eingeführten Möglichkeit der „positiven Tenorierung“ Gebrauch gemacht und den Unternehmen Maßnahmen zur Beseitigung noch andauernder Beeinträchtigungen gemäß § 32 Absatz 2 aufgeben können (vgl. Bornkamm in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, § 32 GWB Rn. 26). Da die von den betroffenen Unternehmen unterbreiteten Zugeständnisse gegenüber ihren Kunden ihrem Umfang und ihrer Art nach geeignet waren, die vom Bundeskartellamt mitgeteilten Bedenken auszuräumen, konnten in diesen Fällen die Verfahren beendet werden. Konkret haben die betroffenen Unternehmen preiswirksame Maßnahmen zugunsten der Kunden zugesagt. Das Volumen aller Zusagen bisher beläuft sich auf ca. 129 Mio. Euro und setzt sich zu ca. 45 % (57 Mio. Euro) aus Gutschriften und zu ca. 55 % (72 Mio. Euro) aus Preismaßnahmen wie z. B. die Verschiebung von Preiserhöhungen oder Preissenkungen zusammen. Darüber hinaus haben die betroffenen Gasversorger im Jahr 2008 auf die Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten an ihre Kunden i. H. v. insgesamt ca. 109 Mio. Euro verzichtet. Die Nichtweitergabe ist aufgrund des öffentlichen Drucks, des aufkommenden Wettbewerbs und auch aufgrund der Verfahren des Bundeskartellamtes erfolgt. Rechnet man das Zusagenvolumen und die nicht weitergegebenen Gasbezugskosten zusammen, wird der Verbraucher sogar um 237 Mio. Euro entlastet. All diese Zahlen sind Netto-Beträge, d. h. zusätzlich spart der Kunde noch die darauf entfallenden Abgaben und Steuern, wovon allein die Mehrwertsteuer rund 45 Mio. Euro ausmacht. Vom gesamten Vergleichsvolumen entfallen ca. 55 Mio. Euro auf acht Regionalversorger des E.ON-Konzerns (E.ON Hanse, E.ON Avacon, E.ON edis, E.ON Mitte, E.ON Thüringer Energie und E.ON Bayern sowie GV Wismar Land und LSW Wolfsburg), die sich bereits im Oktober 2008 zu diesen finanziellen Zugeständnissen bereit erklärt hatten, woraufhin das Bundeskartellamt seine Ermittlungen gegen diese Versorger einstellen konnte. Weitere informelle Verpflichtungszusagen wurden mit neun Unternehmen geschlossen, darunter swb Bremen, Erdgas Schwaben, Energieversorgung Sylt, rhenag, RWE Westfalen Weser-Ems, Spreegas, EnBW OdR, Stadtwerke Rostock AG und GASAG. In diesen Fällen hat das Amt die Verfahren ge-

gen schriftliche Zusagen ohne § 32b-Entscheidung vorläufig eingestellt, zumeist weil sich für einen der beiden untersuchten Zeiträume – 2007 oder 2008 – der Missbrauchsverdacht nicht erhärtet hatte. Die endgültige Einstellung erfolgt nach Einhaltung und Überprüfung der schriftlichen Zusagen der Unternehmen. In dem Verfahren gegen die GASAG ist nicht nur eine Gaspreissenkung, sondern auch – zugunsten der neuen Wettbewerber – zugesagt worden, eine detaillierte Gasnetzkarte von Berlin zu veröffentlichen, aus der sich straßen- und postleitzahl-spezifisch, aber anonymisiert, alle Gasnetzanschlüsse ergeben. Diese Transparenz erleichtert neuen Lieferanten ganz wesentlich den Markteintritt und fördert den Wettbewerb in Berlin. Die Hauptwettbewerberin der GASAG in Berlin, die Nuon, und auch der Bundesverband der neuen Energieanbieter haben die elektronische Gasversorgungskarte begrüßt und sehen diese Zusage als geeignet an, den Wettbewerb in Berlin zu fördern und signifikant zu verbessern. Dies könnte ein Vorbild auch für andere Städte und Regionen sein. Verpflichtungszusagen, die das Bundeskartellamt nach § 32b für bindend erklärt hat, wurden von insgesamt 13 der betroffenen Unternehmen abgegeben, darunter RheinEnergie AG Köln, Stadtwerke Düsseldorf AG, MITGAS AG, Süwag Energie AG, Stadtwerke Karlsruhe AG, Energie SaarLorLux GmbH, Energieversorgung Gera GmbH, Bad Honnef AG, Stadtwerke Homburg GmbH, HarzEnergie GmbH, Gas- und E-Werk Singen der Thüga AG, Gasversorgungsbetriebe Cottbus GmbH und EVL Energieversorgung Limburg GmbH. Die Zusagenentscheidungen sind auf der Internetseite des Bundeskartellamtes veröffentlicht. Zwei der Verfahren (Gasversorgung Frankenwald GmbH und Stadtwerke Essen AG) wurden eingestellt, da sich der Missbrauchsverdacht gegen diese Unternehmen in den Jahren 2007 und 2008 nicht bestätigt hatte. Offen war am Ende des Berichtszeitraums noch ein Verfahren (N-ERGIE AG). Was die Umsetzung der Vergleiche durch die Unternehmen betrifft, so hat das Bundeskartellamt den Versorgern aus Praktikabilitätsgründen zugestanden, Gutschriften bzw. Rückerstattungen im Rahmen der nächsten Jahresrechnung bzw. bei Wechselkunden mit der Schlussrechnung umzusetzen. Von verschobenen Preiserhöhungen bzw. zukunftsgerichteten Preissenkungen profitieren die Kunden proportional zu ihrem Gasverbrauch. Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen der Verfahren auch die Belange der – im Gasendkundengeschäft noch sehr wenigen – vor Ort aktiven Wettbewerber zu berücksichtigen. Dies ist zunächst durch die bereits beschriebene Anknüpfung des Erheblichkeitszuschlags an die Intensität des bereits vorhandenen Wettbewerbs geschehen. Des Weiteren wurden die Interessen der gerade in Berlin schon vergleichsweise erfolgreichen Drittlieferanten durch die Zusage der GASAG, eine Gasnetzkarte zur Verfügung zu stellen, in den Verfahrensabschluss mit einbezogen. Schließlich hat auch die Konstruktion der Gutschriften und Rückerstattungen, die bis zu bestimmten Stichtagen den gewechselten Kunden ebenfalls zugute kommen, den Interessen der alternativen Gaslieferanten Rechnung getragen. Auch darf nicht übersehen werden, dass es eine Vielzahl von sog. „gefangenen Kunden“ gibt, die über ihre Vermieter nur mittelbar Gaskunde sind und

den Gasversorger nicht wechseln können und die deswegen des Schutzes der Preismissbrauchskontrolle bedürfen. Die Zusage-Regelung stellte die effizienteste, schnellste und verbraucherfreundlichste Lösung dar, denn das Geld fließt unmittelbar an die betroffenen Verbraucher zurück. Zudem kommen die zusätzlichen Preismaßnahmen den Verbrauchern (auch den Mietern) überwiegend in der entscheidenden Heizperiode zugute.

Auf dem Markt für die Belieferung von Großkunden mit Erdgas hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Preisstellung eines Gaslieferanten gegenüber einem Industriekunden wegen missbräuchlich überhöhter Preise abgemahnt. Die Anwendung des räumlichen Vergleichsmarktkonzepts hatte ergeben, dass das von dem betroffenen Gaslieferanten geforderte Entgelt erheblich von demjenigen Entgelt abweicht, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätte. Der Vergleich mit einem Unternehmen auf einem vergleichbaren Markt, auf dem selbst nicht unbedingt von Wettbewerb auszugehen ist, hatte gezeigt, dass der Gaslieferant einen um mindestens 25 % höheren Gesamterlös als das Vergleichsunternehmen erzielt hatte und einen um mindestens 20 % höheren Arbeitspreis als das Vergleichsunternehmen aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen konnte. Aus diesem Grund hat das Bundeskartellamt das missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Gaslieferanten im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 2 abgemahnt. Eine förmliche Entscheidung erging in diesem Verfahren nicht mehr, da sich der Gaslieferant und der betroffene Industriekunde auf eine Vergleichsvereinbarung geeinigt hatten.

Im September 2008 hat das Bundeskartellamt außerdem gegen die E.ON Gastransport GmbH sowie weitere E.ON Konzernunternehmen ein Verwaltungsverfahren wegen des Verdachts auf Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie Diskriminierung und unbilliger Behinderung anderer Unternehmen im Zusammenhang mit den von ihnen abgeschlossenen Gastransportverträgen eingeleitet. Hintergrund sind Hinweise anderer Unternehmen, wonach die E.ON Gastransport GmbH an bestimmten Ein- und Ausspeisepunkten ihrer L- bzw. H-Gasnetze, darunter insbesondere in Gronau-Epe, regelmäßig den Netzzugang verweigere. Die E.ON Gastransport GmbH begründe dies mit Engpässen bei den festen Transportkapazitäten. Diese sollen nach Angaben der Beschwerdeführer langfristig ausgebucht sein, und zwar im Wesentlichen durch nach § 36 Absatz 2 mit der E.ON Gastransport GmbH verbundene Unternehmen. Als Konsequenz dieser Netzzugangsverweigerung können die betroffenen Unternehmen aus bereits realisierten oder in Planung befindlichen Erdgasspeichern in Epe jedenfalls nicht auf Basis fester Kapazitäten Gas in das angeschlossene Ferngasnetz der E.ON Gastransport GmbH einspeisen bzw. daraus in den Speicher ausspeisen. Da dies für die Nutzbarkeit von Gasspeichern von zentraler Bedeutung ist, sind bereits getätigte oder geplante neue Investitionen dieser sowie weiterer Transportkunden in Gasspeicher in Epe gefährdet. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Nutzung von Gasspeichern eine wich-

tige Voraussetzung für das Angebot konkurrenzfähiger Produkte auf den Märkten für den Gasvertrieb darstellt, da durch Speicher die notwendige Strukturierung des Gasverbrauchs von Großkunden oder die Bereitstellung von Regelenergie effizient geleistet werden kann und zudem saisonale Preisunterschiede im Gashandel ausgenutzt werden können. Da E.ON-Konzernunternehmen sowohl auf den Märkten für den Gasvertrieb als auch auf dem Markt für Speicherdienstleistungen als Anbieter vertreten sind (und dabei in Epe selbst über große Gasspeicher verfügen), ist bei ihnen ein besonderes wirtschaftliches Interesse daran zu vermuten, dass Speicherprojekte von Wettbewerbern nicht realisiert oder zumindest behindert werden. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass E.ON auf den relevanten Märkten für den Gastransport, die Gasspeicherung und den Gasvertrieb Normadressatin des Artikels 82 EG und der §§ 19, 20 ist. Der Abschluss langfristiger Transportverträge mit konzernerneigenen Vertriebsunternehmen sowie mit Dritten führt prima facie zu einer Einschränkung sowohl der Erzeugung von Transport- und Speicherkapazitäten als auch des Absatzes von Transport- und Speicherdienstleistungen sowie von Erdgas (Verstoß gegen Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchst. b) EG). Möglicherweise sind darüber hinaus auch Artikel 81 Absatz 1 EG und § 1 verletzt. Die BNetzA hat im Hinblick auf die verfahrensgegenständliche Netzzugangsverweigerung auf Antrag der Beschwerdeführer in ihrem Zuständigkeitsbereich ein besonderes Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG gegen die E.ON Gastransport GmbH eingeleitet, in das das Bundeskartellamt wie in solchen Fällen üblich nach § 58 EnWG einbezogen ist. Das Bundeskartellamt ist davon überzeugt, dass sich sein eigener Ermittlungsansatz und die Ermittlungen der BNetzA ergänzen werden. Die Europäische Kommission teilte nach Verfahrenseinleitung durch das Bundeskartellamt mit, ebenfalls gegen das mutmaßlich wettbewerbswidrige Verhalten von E.ON vorgehen zu wollen (S. 48). Der Konsultationsprozess innerhalb des ECN hinsichtlich der endgültigen Fallverteilung war im Berichtszeitraum noch nicht abgeschlossen.

#### **D. Beteiligung an Verfahren der Bundesnetzagentur**

Im Berichtszeitraum wurde im Gassektor unter der Führung der BNetzA das Netzzugangsmodell in Form des Zwei-Vertragsmodells implementiert. Ein entsprechendes Missbrauchsverfahren der BNetzA, an dem sich auch das Bundeskartellamt beteiligt hatte, war Ende 2006 abgeschlossen worden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 133). Konkret bedeutet dies, dass nun für einen gesamten Gastransport in einem Marktgebiet lediglich jeweils eine Buchung für die Einspeisung und eine Buchung für die Ausspeisung notwendig ist. Unter einem Marktgebiet ist dabei die Zusammenfassung von Netzen bzw. Teilnetzen verschiedener vertikal oder horizontal netztechnisch miteinander verbundenen Netzbetreiber zu verstehen (BNetzA, Monitoringbericht 2007, S. 99 ff.). Soweit die Gaswirtschaft zuvor zu erreichen versucht hatte, dass der Gastransport auch weiterhin auf Basis einer Kette von Einzelverträgen („Einzelbuchungsmodell“) abgewickelt

werden kann, hatte die BNetzA musterhaft untersagt, weiterhin Gasnetzzugangsverträge entsprechend dem Einzelbuchungsmodell abzuschließen. Bereits abgeschlossene Gasnetzzugangsverträge waren bis zum Beginn des Gaswirtschaftsjahres 2007/2008 umzustellen (BNetzA, Beschluss vom 17. November 2006, BK7 06-74). Die Zahl der nach dem neuen Modell aufgespannten Gasmarktgebiete ist mit zuletzt 12 noch unbefriedigend hoch. Allerdings hat die Branche eine weitere Reduzierung auf acht bis neun Marktgebiete in Aussicht gestellt. Wenn das Bundeskartellamt in der Folge nicht unmittelbar die räumliche Abgrenzung der Ferngasmärkte geändert, sondern zunächst an der Abgrenzung entlang der etablierten Vertriebs- und Netzgebiete der Ferngasunternehmen festgehalten hat, so wird damit keineswegs die Effektivität des Zwei-Vertragsmodells bezweifelt. Vielmehr konnte in Anbetracht der Erfahrungen mit der Schaffung wettbewerblicher Strukturen im Gassektor kein derartiges Tempo bei der weiteren Marktentwicklung im Gasvertrieb prognostiziert werden, dass eine kurzfristige Umstellung der Marktabgrenzung auf die neuen Marktgebiete angebracht gewesen wäre.

Ferner hat die BNetzA im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt in insgesamt zehn Entscheidungen festgestellt, dass die Fernleitungsnetzbetreiber E.ON Gastransport, Gasunie Deutschland Transport Services, Wingas Transport, Dong Energy Pipelines, Eni Gas Transport Deutschland, Erdgas Münster Transport, Gaz de France Deutschland Transport, Ontras – VNG Gastransport, RWE Transportnetz Gas und StatoilHydro Deutschland keinem Leitungswettbewerb im Ferngasbereich ausgesetzt sind. Die Entscheidungen haben zur Konsequenz, dass sich die Fernleitungsnetzbetreiber, die bislang aufgrund einer Sondervorschrift von einer Kostenprüfung befreit waren, nunmehr ihre Netznutzungsentgelte von der BNetzA genehmigen lassen müssen. Ab 2010 unterliegen die Unternehmen dann auch der Anreizregulierung.

#### **Bauhauptgewerbe (45)**

Besonders die Strabag-Gruppe hat im Berichtszeitraum eine Vielzahl von Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Dabei wurden zumeist mittelständische Bauunternehmen erworben, wie etwa Johannes Sienknecht, Bickardt Bau, Baugesellschaft Claus Alpen oder Gebr. von der Wettern sowie Poßögel & Partner. Nicht zuletzt durch den Erwerb der beiden größeren mittelständischen Bauunternehmen Kirchhoff und Kirchner, die in Brüssel anmeldepflichtig waren, konnte Strabag seine Marktstellung im Tiefbau, insbesondere im Straßenbau weiter ausbauen. Eine marktbeherrschende Stellung in den Tiefbaumärkten konnte jedoch in keinem der Fälle festgestellt werden. Lediglich im sachlich vorgelagerten Asphaltmarkt Erfurt wurden (nach Verweisung des Teilmarktes durch die Europäische Kommission an das Bundeskartellamt) durch Auflagen wettbewerblich negative Auswirkungen des Zusammenschlusses Strabag/Kirchner beseitigt.

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. hat im Sommer 2007 einen Entwurf „Konditionen Wirt-

schaftsbau“ (KW) mit der Bitte um wettbewerbsrechtliche Stellungnahme vorgelegt. Bis zur 7. GWB-Novelle waren Vereinbarungen und Beschlüsse, welche die einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Inhalt hatten, vom Kartellverbot freigestellt, soweit diese sich nicht auf Preise oder Preisbestandteile bezogen. Die Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB-Novelle führt insoweit unter anderem Folgendes aus: „Normen- und Typenkartelle bzw. Konditionenkartelle nach dem bisherigen § 2 haben regelmäßige Auswirkungen, die über den lokalen und regionalen Bereich hinausgehen. Sie sind daher geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Aufgrund des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts kann deutsches Recht insoweit nicht vom europäischen Recht abweichen. Daher ist eine eigenständige Regelung im deutschen Recht hierzu entbehrlich. Auslegungshilfen für die Beurteilung von Vereinbarungen über Normen finden sich insbesondere in den Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02), dort insbesondere unter Nummer 6 (Rn. 159 bis 178).“ In der bisherigen Praxis zu Artikel 81 EG haben Konditionenkartelle nur eine geringe Bedeutung, da es nur wenige grenzüberschreitende Konditionenabsprachen gibt. Im Bauhauptgewerbe sind 75 000 Unternehmen aktiv, davon 14 000 mit mehr als 20 Beschäftigten. Auf den hier betroffenen Wirtschaftsbau entfällt ein Investitionsvolumen von ca. 75 Mrd. Euro. Allein diese Zahlen zeigen, dass besondere Sorgfalt bei der kartellrechtlichen Prüfung geboten ist.

Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt hier schon deshalb vor, da die unterzeichnenden Wirtschaftsteilnehmer sich nach dem Entwurf verpflichten, die KW vorrangig anzuwenden. Damit wird die Schwelle zur Empfehlung überschritten. Freistellungsfähig sind nur Konditionenkartelle, die auch zu Effizienzgewinnen führen. Einheitliche Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gelten einerseits als besonders zweckdienlich, weil sie die Vergleichbarkeit der Angebote fördern und es so der Marktgegenseite ermöglichen, sich auf die wesentlichen Wettbewerbsparameter wie Preis und Qualität zu konzentrieren. Aber auch im Wirtschaftsbau gibt es ein Interesse, bestimmte Risiken (u. U. gegen Entgelt) auf Dritte zu übertragen. Nach dem Entwurf der KW wäre dies nicht oder nur noch sehr eingeschränkt möglich. Erforderlich ist weiterhin eine angemessene Beteiligung der Verbraucher. Teilweise wird aus Verbrauchersicht die Kartellierung von Konditionen grundsätzlich kritisch gesehen, da der Wettbewerb um die besten Konditionen entfalle. Kartellierte AGB würden von marktstarken Unternehmen nicht selten dazu verwendet, um bestimmte zivilrechtliche Rechtsfolgen auf die Marktgegenseite abzuwälzen. Nicht zuletzt bestehe die Gefahr der Zementierung von Marktverhältnissen. Problematisch werden Konditionenkartelle also insbesondere dann, wenn die Nachfrager durch die Bedingungsinhalte zu hohen Belastungen ausgesetzt sind.

Das Konditionenkartell darf zudem nicht zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen. Gibt es ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Kartellbeteiligten sich in ei-

nem lebhaften Preis- und Qualitätswettbewerb befinden, spricht weniger dagegen, dass sich marktstarke Unternehmen oder sogar alle Wettbewerber auf dem Markt an dem Konditionenkartell beteiligen. Die Konditionenabrede muss grundsätzlich allen offen stehen und diskriminierungsfrei angewendet werden.

Aufgrund der offenen Sachverhalts- und Rechtsfragen ist das Konditionenkartell Wirtschaftsbau bislang nicht umgesetzt worden. Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie beabsichtigt nunmehr eine unverbindliche Empfehlung und hat im Berichtszeitraum zu diesem Zweck eine Überarbeitung der angestrebten Konditionenregelung in die Wege geleitet.

Die Thyssen Schachtbau GmbH und die Deilmann-Haniel GmbH hatten Ende 2006 die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens angemeldet. Das Gemeinschaftsunternehmen DBS Deutsche Bergbau-Spezialgesellschaft mbH sollte gemeinsame Angebote im horizontalen Bergbau (Stollenbau) gegenüber dem größten Nachfrager in Deutschland, der Deutsche Steinkohle AG, abgeben. Die Zusammenschlussbeteiligten beabsichtigten ihre Verhandlungsposition gegenüber dem größten Nachfrager in Deutschland zu verbessern.

Das Bundeskartellamt hat dieses Vorhaben aus fusions- und kartellrechtlichen Gründen abgemahnt. Durch den Zusammenschluss hätten sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem ohnehin hochkonzentrierten Inlandsmarkt für horizontale Bergbauarbeiten so weit verschlechtert, dass wesentlicher Wettbewerb für die Zukunft nicht mehr zu erwarten gewesen wäre.

Die Zusammenschlussbeteiligten hatten über viele Jahre sehr hohe Marktanteile. Die Marktanteilsabstände der beiden nächstgrößten Wettbewerber waren mit 40 % bis 45 % zu den Zusammenschlussbeteiligten auch nach dem im Jahr 2003 einsetzenden Wettbewerb noch erheblich. Im rückläufigen Markt des Steinkohlebergbaus ist nicht zu erwarten, dass Wettbewerber angesichts der herausragenden Stellung Investitionen tätigen, um die Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten bestreiten zu können, so dass auch für die Zukunft eine erhebliche Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten zu erwarten war.

Da durch die dem Gemeinschaftsunternehmen zugrunde liegende Kooperationsvereinbarung der Wettbewerb zu einem wesentlichen Teil ausgeschaltet worden wäre, unterfiel das Vorhaben auch dem Kartellverbot nach § 1. Eine Freistellung nach § 2 lag nicht vor. Es handelt sich beim horizontalen Bergbau in Deutschland um einen „sterbenden“ Markt, da aufgrund des Auslaufens der Steinkohleförderung voraussichtlich spätestens nach dem Jahr 2012 keine Fremdleistungen von Seiten der Deutschen Steinkohle AG mehr vergeben werden. Die Durchführung eines Bieterkartells hätte im vorliegenden Fall nur eine Verbesserung der Wettbewerbssituation für die beiden Marktführer zur Folge gehabt. Deshalb hat das Bundeskartellamt das Vorliegen der Voraussetzungen eines Strukturkrisenkartells verneint. Das Bundeskartellamt ist der Ansicht, dass Strukturkrisen mit wettbewerbskon-

formen Mitteln zu bewältigen sind. Strukturkrisenkarte, die allein den Marktführern eine Verbesserung der Kostenstruktur ermöglichen, sind nicht hinnehmbar, selbst wenn eines der Unternehmen im Insolvenzverfahren steht.

Die Zusammenschlussbeteiligten hatten nach der Insolvenzeröffnung über die Deilmann-Haniel GmbH und der Abmahnung von dem Vorhaben Abstand genommen und die Anmeldung zurückgezogen. Trotz der Insolvenz von Deilmann-Haniel lagen die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion (failing company defence) nicht vor.

### **Tankstellen (50)**

Das Bundeskartellamt hat im Hauptprüfverfahren „Shell/HPV“ erstmals seit Abschluss des Vollzugs der Veräußerungszusagen in den Tankstellenfällen „Shell/DEA“ und „BP/Aral“ (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 174 f.) im Frühjahr 2003 die Wettbewerbssituation im Tankstellenbereich eingehend untersucht. Hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung konnte offen bleiben, ob ein einheitlicher Absatzmarkt für den Vertrieb von Kraftstoffen über Straßentankstellen besteht oder ob zumindest Benzin und Diesel aus Nachfragersicht getrennte Produktmärkte darstellen. Die Ermittlungen ergaben keine Anhaltspunkte dafür, dass eine nach Kraftstoffen getrennte Betrachtung zu anderen Ergebnissen geführt hätte als eine Gesamtbetrachtung. Räumlich sind die Märkte für den Verkauf von Kraftstoffen an Endverbraucher eng begrenzt, da Tankstellenkunden ihren Kraftstoffbedarf nach allgemeiner Lebenserfahrung in einem variablen Umkreis um ihren Geschäfts- oder Wohnsitz decken. Zwar kann die Eingrenzung der jeweiligen Marktgebiete im Einzelfall schwierig sein. Das im Verfahren „Shell/HPV“ erstmals verwendete Erreichbarkeitsmodell des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung zeigt jedoch präzise auf, welche alternativen Tankstellen Kraftfahrer ab jeder beliebigen Zieltankstelle innerhalb bestimmter Zeiten anfahren können. So konnte genau abgebildet werden, von welchen Tankstellen welcher dritter Anbieter aus Wettbewerbskräften auf die Tankstellen der Zusammenschlussbeteiligten wirken. Auf dem Regionalmarkt Berlin waren danach beispielsweise mindestens weitere 500 Tankstellen tätig. Auf den lokal abzugrenzenden Produktmärkten für den Absatz von Ottokraftstoff und Dieselmotorkraftstoff über Straßentankstellen hat das Bundeskartellamt das Bestehen eines marktbeherrschenden Oligopols der fünf im Inland führenden Anbieter festgestellt. Zwischen den Mineralölkonzernen Shell, BP/Aral, Esso, Total und ConocoPhillips/Jet herrscht kein wesentlicher Wettbewerb i. S. v. § 19 Absatz 2 und 3, während die Gesamtheit dieser Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung innehat. Dies liegt zum einen an fehlendem Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolisten, welcher zurückzuführen ist auf über Jahre hinweg absolut hohe und im Verhältnis zueinander weitgehend konstante Marktanteile, asymmetrische Markttransparenz und preisbewusstes Verbraucherverhalten, Verflechtungen im Erzeugungs-, Transport- und Lagergeschäft sowie wechselseitige Abhängigkeit durch Tauschverträge. Diese Marktstrukturen eröffnen

ein hohes Vergeltungspotenzial. Zum anderen ist auch der Außenwettbewerb aufgrund von Marktzutrittsschranken für Konkurrenten sowie geringer Nachfragemacht stark eingeschränkt. In der Konsequenz nehmen die Oligopolisten gemeinsam eine überragende Marktstellung ein, ohne wesentlichem Außenwettbewerb ausgesetzt zu sein. Dies spiegelt sich auch darin wider, dass die gemeinsam marktbeherrschenden Unternehmen sowohl bei regionaler Betrachtung als auch bei bundesweiter Marktabgrenzung die gesetzliche Vermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 deutlich übertrafen. Da allerdings der Erwerb von insgesamt nur sechs Straßentankstellen durch Shell auch bei regionaler Betrachtung keine untersagungsfähige Strukturverschlechterung auf den betroffenen regionalen Tankstellenmärkten erwarten ließ, war das Vorhaben freizugeben.

### **Handelsvermittlung und Großhandel (51)**

Im Hauptprüfverfahren „BayWa/Shell“ hat das Bundeskartellamt die Wettbewerbssituation im Heizöle Einzelhandel in Bayern eingehend untersucht und mit Beschluss vom 23. Juni 2008 freigegeben. Gegenstand der Prüfung war die Belieferung von Endkunden, die für leichtes Heizöl (HEL), Dieselmotorkraftstoff (DK) oder Ottokraftstoff (OK) eigene Tankanlagen vorhalten, die sie vom Lieferanten am eigenen Standort befüllen lassen. Der Absatz von DK und OK über Straßentankstellen war nicht betroffen. Sachlich betraf der Zusammenschluss separate Angebotsmärkte für den Handel mit HEL, DK und OK, da diese Mineralölprodukte nach ihren unterschiedlichen Verwendungszwecken als Brenn- bzw. Treibstoffe gegeneinander nicht austauschbar sind. Schwerpunkt des Falles war der Absatz von HEL. Dabei bildet die Belieferung von HEL-Kleinkunden einen eigenständigen sachlichen Produktmarkt, der sich wirtschaftlich von der Belieferung von Zwischenhändlern und Großabnehmern in vielerlei Hinsicht strukturell unterscheidet, etwa hinsichtlich der Anbieterstruktur und der jeweiligen wesentlichen Vertragsbestandteile. Räumlich betraf der Zusammenschluss regionale Angebotsmärkte im Freistaat Bayern. Da die Befüllung stationärer Tankanlagen nur beim Kunden erbracht werden kann, wird der räumliche Markt im Heizöle Einzelhandel einerseits durch die Ortsgebundenheit der Nachfrage sowie andererseits durch die jeweilige Mobilität der Anbieter begrenzt. So erfolgt in Bayern das Gros der Belieferung von Kunden mit kleinen HEL-Ablademengen in jeweils eingeschränkten Gebieten, die meist nicht über einen Umkreis von etwa 30 bis 50 km um ein Tanklager hinausgehen. Auf diesen lokalen Handelsmärkten für die Belieferung von Kleinkunden mit HEL betätigen sich traditionell eine Vielzahl kleiner und kleinster Unternehmen, alleine in Bayern insgesamt mehrere hundert. Dabei lagen die Absatzanteile der BayWa auch nach dem Zusammenschluss sehr deutlich bis deutlich unterhalb der gesetzlichen Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 von einem Drittel Marktanteil. Auch die Betrachtung der sonstigen Marktstrukturgegebenheiten ließ nicht erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der BayWa auf den betroffenen regionalen Angebotsmärkten

für HEL im Hausbrandgeschäft (also im Geschäft mit Brennstoffen für private Wohnhäuser) entstanden wäre. Die Hürden für Eintritte in die regionalen HEL-Kleinkundenmärkte sind niedrig. Insbesondere begegnen neue Anbieter keiner Netzzugangsproblematik, um Hausbrandkunden beliefern zu können. Vielmehr genügt der Aufbau eines Fuhrparks oder die Beauftragung von Speditionen. Auch der Zugang für Händler zu den Beschaffungsmärkten wurde von den befragten Marktteilnehmern durchgehend als unproblematisch bewertet. Schließlich erscheint sich die Profitabilität des Hausbrandgeschäfts für kleine und mittlere, vor Ort verwurzelte Unternehmen anders darzustellen, als dies für große integrierte Konzerne der Fall ist, die nach anderen internen Vorgaben und Strukturen wirtschaften. Der Zusammenschluss war daher freizugeben.

## Einzelhandel (52)

### 1. Lebensmittel-Einzelhandel

Im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels ist in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor ein zunehmender Konzentrationsprozess zu beobachten. Seit der Übernahme von Spar durch EDEKA im Jahr 2005 (Tätigkeitsbericht 2005/06, S. 137) sowie dem Ausscheiden von WalMart aus dem deutschen Markt (Übernahme durch Metro, Tätigkeitsbericht 2005/06, S. 138) ist es nicht nur zu einer Verringerung der Anzahl der großen Lebensmittelhändler in Deutschland gekommen. Den verbliebenen, im deutschen Lebensmitteleinzelhandel relevanten Unternehmen EDEKA, REWE, Schwarz-Gruppe (Lidl und Kaufland), ALDI, Metro und Tengelmann ist es darüber hinaus gelungen, ihren Marktanteil auf rd. 90 % auszubauen. Diese Konzentration auf der Absatzseite hat beim Wareneinkauf zu hohen Beschaffungsanteilen der führenden Lebensmittelhändler und zu erheblichen individuellen Abhängigkeiten einzelner Lieferanten von ihren Abnehmern geführt. Im Berichtszeitraum ist es zu einer Reihe weiterer Zusammenschlüsse gekommen.

Nachdem der Metro-Konzern seine SB-Warenhaus-Vertriebsschiene, real, zu der auch die extra-Verbrauchermärkte gehörten, während des vorherigen Berichtszeitraums insbesondere durch die Übernahme der SB-Warenhäuser von WalMart in Deutschland stabilisiert hatte (Tätigkeitsbericht 2005/06, S. 138), war im aktuellen Berichtszeitraum eine gegenläufige Entwicklung festzustellen. Dies betraf zum einen den Verkauf von insgesamt vier real-Standorten bzw. zwei WalMart-Filialen an die zur Schwarz-Gruppe gehörende Kaufland-Stiftung, sowie die Veräußerung von zwei real-Märkten in Alt- bzw. Neuötting an die EDEKA Südbayern. Auf den jeweils betroffenen regionalen Absatzmärkten kam es durch die angemeldeten Zusammenschlussvorhaben zu keinen kritischen Marktanteilsadditionen; auch auf den Beschaffungsmärkten wirkten diese sich nicht spürbar negativ aus, so dass sie freizugeben waren.

Aus wettbewerblicher Sicht bedeutsamer war der Verkauf sämtlicher extra-Verbrauchermärkte an die REWE-Gruppe. Hierbei handelte es sich um insgesamt 248 extra-Märkte sowie die Übertragung der Verträge mit insgesamt

61 Märkten, die unter den Marken Comet und Bolle als Franchiseunternehmen oder aber durch selbständige Kaufleute betrieben werden. Räumlich verteilen sich extra-Märkte überwiegend auf Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Berlin und Bremen. Da die REWE-Gruppe insbesondere im Westen Deutschlands vertreten ist, kam es durch den Zusammenschluss in wenigen regionalen Märkten absatzseitig zu Marktanteilsadditionen, die oberhalb der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 liegen. Diesbezüglich handelte es sich aber jeweils um einzelne Regionalmärkte, die nicht von Märkten mit einem vergleichbar hohen Konzentrationsgrad umgeben waren, so dass eine Clusterbildung nicht festgestellt werden konnte. Insoweit waren wettbewerbliche Impulse auch aus den benachbarten Märkten zu erwarten.

Später hat die REWE-Gruppe insgesamt 49 extra-Standorte (einschließlich Franchisenehmer) auf die REWE Dortmund sowie der dieser zuzurechnenden Michael Brücken Kaufpark GmbH & Co. KG übertragen.

Auch in diesem Berichtszeitraum hat die Schwarz-Gruppe (Kaufland, Lidl) ihre Expansionspolitik durch Übernahmen weiter fortgeführt (Tätigkeitsbericht 2005/06, S. 138). Neben den bereits erwähnten Übernahmen von mehreren WalMart- bzw. real-Standorten hatte die Schwarz-Gruppe die Übernahme der alleinigen Kontrolle an der Bio-Supermarkt-Kette Basic beim Bundeskartellamt angemeldet. Im Rahmen der Prüfung stellte sich die Frage, ob auf das Angebot biologisch erzeugter Nahrungsmittel ausgerichtete Geschäfte einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, oder ob diese, soweit sie jedenfalls ein umfassendes Lebensmittelsortiment anbieten, im Wettbewerb zu allen anderen Anbietern von Lebensmittelsortimenten, insbesondere auch den Supermärkten und den Discountern, stehen. Diese Thematik war kurz zuvor auch Gegenstand einer Prüfung der amerikanischen Kartellbehörden. Während die US-amerikanische FTC für Bio-Supermärkte einen eigenen Markt feststellte, hob der District Court of Columbia diese Entscheidung mit der gegenteiligen Feststellung wieder auf. Für den vom Bundeskartellamt zu entscheidenden Fall konnte die Frage letztendlich offen gelassen werden, da bei jedweder Marktabgrenzung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Schwarz-Gruppe ausgeschlossen werden konnte. Das Bundeskartellamt neigt jedoch zu der Annahme, dass jedenfalls die ein umfassendes Lebensmittelsortiment anbietenden Bio-Supermärkte im Wettbewerb mit den übrigen Lebensmittelsortimentsanbietern stehen, nicht zuletzt deshalb, weil diese in letzter Zeit ihr Angebot an Bio-Produkten immer mehr ausweiten und damit wettbewerblich reagieren.

Nachdem das Vorhaben der Schwarz-Gruppe in der Öffentlichkeit bekannt wurde und heftige Widerstände von Seiten der Kunden und Lieferanten von Basic auslöste, hat die Schwarz-Gruppe von dem Vollzug des angemeldeten Vorhabens Abstand genommen und sich mittlerweile von ihrer Beteiligung an Basic durch Veräußerung an eine schweizerische Investorengruppe wieder getrennt.



Das für den Lebensmitteleinzelhandel bedeutendste Vorhaben betraf im Berichtszeitraum das Vorhaben von EDEKA und Tengelmann, ihre Discount-Aktivitäten in ein Gemeinschaftsunternehmen einzubringen. Das Bundeskartellamt hat dieses Vorhaben am 30. Juni 2008 unter aufschiebender Bedingung freigegeben. Die Unternehmen hatten beabsichtigt, die Discountketten Netto Marken-Discount und Plus in einem gemeinschaftlich kontrollierten Unternehmen zusammenzufassen und dann unter dem Namen „Netto Marken-Discount“ weiter zu führen. Durch das Vorhaben hätten beide Unternehmen auch beim Supermarktgeschäft – also EDEKA und Kaiser’s Tengelmann – nach den gesetzlichen Regelungen des GWB als zusammengeschlossen gegolten. Um eine Untersagung zu vermeiden, haben EDEKA und Tengelmann die Bedingung vor Ablauf der am 31. Dezember 2008 ausgelaufenen Bedingungsfrist erfüllt. Die Entscheidung ist noch nicht bestandskräftig, da die Beteiligten parallel eine Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht haben.

Auf dem inländischen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt ist EDEKA mit Abstand Marktführer. Tengelmann ist mit einem Marktanteil in einer Größenordnung von 5 % bis 10 % hinter EDEKA, der Schwarz-Gruppe, ALDI und REWE fünftstärkster Anbieter.

Das Bundeskartellamt unterteilt das Bundesgebiet in 345 regionale Absatzmärkte. In seiner Untersuchung von etwa 100 regionalen Absatzmärkten hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass EDEKA in einer erheblichen Anzahl benachbarter Märkte über hohe Marktanteile und signifikante Marktanteilsabstände zu den nachfolgenden Wettbewerbern verfügt. Die regionalen Märkte bilden wettbewerbskritische „Cluster“ unter der Marktführerschaft von EDEKA. Durch den Zusammenschluss wäre die Marktführerschaft von EDEKA sowohl regional als auch bundesweit erheblich ausgebaut worden und EDEKA hätte eine insgesamt überragende Marktstellung erlangt. Der für die Fusionskontrolle relevante Markt für den Lebensmitteleinzelhandel ist durch eine Vielzahl von unterschiedlichen Vertriebskonzepten gekennzeichnet. Die Bandbreite geht von einem Hard-Discounter wie ALDI über die Markendiscounter wie Plus und Netto bis hin zu den Vollsortimentern REWE und EDEKA. Daher hat das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung auch berücksichtigt, dass EDEKA durch den geplanten Zusammenschluss einen nach seinem Vertriebskonzept engen Wettbewerber übernommen hätte. Mit den EDEKA Supermärkten und dem Netto Marken-Discount hat sich EDEKA sowohl im Vollsortiment als auch in dem ebenfalls markenorientierten „Soft-Discount“ positioniert und kann über eine Vielzahl eigener Vertriebskonzepte die unterschiedlichsten Kundengruppen an sich binden. Mit dem Wegfall von Tengelmann wären als wesentliche Anbieter im Soft-Discount und im Vollsortiment lediglich REWE und – mit Einschränkungen – die Schwarz-Gruppe (Lidl) geblieben.

Die Marktstellung der EDEKA wäre nach einem Zusammenschluss auch durch den Preiswettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel nicht wirkungsvoll angreifbar gewesen.

Grund hierfür ist die hohe Preis- und Produkttransparenz im Lebensmitteleinzelhandel. Die Preise der wichtigsten Lebensmitteleinzelhändler sind für die Wettbewerber kurzfristig verfügbar. Insbesondere bei den Herstellermarken gibt es ein sehr differenziertes Preisgefüge. Bei einer stichprobenhaften Auswahl von Markenprodukten hat sich gezeigt, dass EDEKA kaum auf Preisänderungen seiner Wettbewerber reagiert. Zudem hat sich der Preiswettbewerb erkennbar nicht auf die Entwicklung der Marktanteile ausgewirkt. Seit Jahren gibt es kaum Marktanteilsbewegungen zwischen den führenden Anbietern. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes ist die Verkaufspreisorientierung im Lebensmitteleinzelhandel überdies nur ein Teil des Marketing-Mix und kann daher die wettbewerbsrechtlichen Verhaltensspielräume der führenden Anbieter allein nicht ausreichend begrenzen.

Außerdem stellte das Bundeskartellamt fest, dass sich durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels verschlechtert hätten. Die EDEKA hätte hinsichtlich des Zuganges zu den Beschaffungsmärkten ihren Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern ausbauen können. Die Nachfragemacht der EDEKA wäre dadurch gewachsen, dass die jeweils individuelle Abhängigkeit des weit überwiegenden Teils der Lieferanten von der EDEKA verstärkt worden wäre. Basis der Untersuchung war eine Unterteilung des Warensortiments in 29 Produktgruppen. Das Bundeskartellamt hat darüber hinaus zwischen Hersteller- und Handelsmarken unterschieden. Für die Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels sind Lieferungen an Großabnehmer (z. B. die weiterverarbeitende Industrie) ebenso wenig eine Ausweichoption zum Absatz an den Handel wie Lieferungen ins Ausland.

Zur Vermeidung einer Untersagung haben EDEKA und Tengelmann die in dem Beschluss des Bundeskartellamtes vorgesehene Bedingung unter Einschaltung eines Treuhänders umgesetzt. Die Bedingung sah die Veräußerung aller Plus-Standorte vor, die in den vom Bundeskartellamt als problematisch eingestuften Märkten liegen. Diese Standorte waren an maximal drei Erwerber zu veräußern. Um die Gefahr von Schließungen von vornherein zu begrenzen, war vorgesehen, dass Schließungen nur dann durchgeführt werden dürfen, wenn sich für einzelne Standorte nachweislich keine Erwerber finden lassen. Außerdem stellte die Bedingung sicher, dass die Verflechtung zwischen EDEKA und Tengelmann auf eine bloße Finanzbeteiligung der Tengelmann reduziert wird und damit das neue Unternehmen allein der unternehmerischen Führung der EDEKA unterliegt. Das hatte zur Folge, dass das Supermarktgeschäft der Kaiser’s Tengelmann der EDEKA nicht mehr zugerechnet werden konnte und die Beteiligten bei der Beschaffung von Waren nicht mehr als gemeinsam handelnd anzusehen waren. Auf den Clustermärkten, auf denen EDEKA über hohe Marktanteile verfügt, konnten ca. 90 % aller Standorte an Wettbewerber von EDEKA veräußert werden. Von den 359 zu veräußernden Standorten wurden 313 Standorte von REWE, sechs Standorte von Okle und ein Standort von Lidl übernommen. Die drei Erwerber haben dem Bundeskartellamt ihr

Interesse an der Fortführung dieser Standorte nachgewiesen. Aufgrund der bisherigen Tätigkeit der Erwerber im Lebensmitteleinzelhandel ist auch zu erwarten, dass die erworbenen Standorte als Wettbewerbspotenzial am Markt fortbestehen. Die wettbewerblich kritischen Standorte sind allen namhaften von EDEKA und Tengelmann unabhängigen Lebensmitteleinzelhändlern angeboten worden, die ein Interesse an der Fortführung der Standorte bekundet haben. Um die Veräußerbarkeit auch der weniger rentablen Standorte zu gewährleisten, hat das Bundeskartellamt darauf hingewirkt, dass von Tengelmann gegebenenfalls Investitionszuschüsse zu zahlen waren und auch außerhalb der Cluster liegende Standorte mitverkauft werden mussten. Lediglich etwa 10 % der Standorte konnten nicht an Wettbewerber von EDEKA veräußert werden. Diese Standorte waren aus Sicht der potenziellen Erwerber nachvollziehbar selbst dann nicht wirtschaftlich zu betreiben, wenn Tengelmann sehr hohe Zuzahlungen geleistet hätte.

Entsprechend den Bedingungen des Bundeskartellamtes werden EDEKA und Tengelmann ihre Waren für den Lebensmitteleinzelhandel weiterhin getrennt beschaffen. Aufgrund der Kombination aus Standortveräußerung, weitgehender gesellschaftsrechtlicher Trennung und der Aufgabe der beabsichtigten Beschaffungs Kooperation konnte eine weitere Konzentration bei der Warenbeschaffung und eine zunehmende Abhängigkeit der Lieferanten vermieden werden. EDEKA wird ihre nach dem Zusammenschluss ohnehin stärkere Marktstellung auf den Absatzmärkten nicht durch den Ausbau ihrer Position auf den Beschaffungsmärkten weiter ausbauen können. Durch die Umstrukturierung der Transaktion wird auch das Kaiser's-Geschäft unabhängig vom EDEKA-Geschäft bleiben.

### Angebote unter Einstandspreis

Das Bundeskartellamt ist weiterhin fortlaufend mit Fällen befasst, in denen der Verdacht auf das Anbieten von Waren zu Unter-Einstandspreisen besteht.

Mit Beschluss vom 25. Oktober 2007 hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass das EDEKA-Tochterunternehmen Netto Marken-Discount durch das Anbieten bestimmter Lebensmittelwaren gegen das Verbot des nicht nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis verstoßen hat. Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass ein Verstoß gegen das „nicht nur gelegentliche“ Anbieten zu Unter-Einstandspreisen immer dann vorliegt, wenn ein solches Angebot in mehr als drei Kalenderwochen innerhalb eines halben Jahres unterbreitet wird. Nicht auf Dauer angelegte Werbeaktionen bleiben dagegen weiterhin möglich. Netto Marken-Discount hatte im Dezember 2006 und im Januar und Februar 2007 verschiedene Milchprodukte unter den jeweiligen Einstandspreisen angeboten. Die Verkaufspreise lagen teilweise bis nahezu 40 % darunter. Das Unternehmen hatte innerhalb eines Zeitraumes von zehn Wochen mindestens vier – jeweils einwöchige – Werbeaktionen in ihrem gesamten Verkaufsgebiet durchgeführt. Damit lagen keine „nur gelegentlichen“ Einzelaktionen vor, sondern anhaltende Aktionen,

die geeignet waren, kleine und mittlere Wettbewerber der EDEKA zu behindern. Auch kurzfristige Angebote fallen unter das Kriterium „nicht nur gelegentlich“, wenn sie – mit Unterbrechungen – über einen längeren Zeitraum fortgeführt werden.

Durch die Preismisbrauchsnovelle ist mit Wirkung vom 22. Dezember 2007 § 20 Absatz 4 Satz 2 (Angebot unter Einstandspreis) für den Bereich des Handels mit Lebensmitteln dahingehend verschärft worden, dass das Merkmal „nicht nur gelegentlich“ entfällt (S. 12). Soweit es den Handel mit anderen Waren als Lebensmitteln betrifft, gilt weiterhin, dass ein nur gelegentliches Angebot von Waren unter dem Einstandspreis nicht verboten ist.

Seit Inkrafttreten der novellierten Vorschrift hatte sich das Bundeskartellamt mit ca. 20 Eingaben auseinanderzusetzen, die Handelsunternehmen einen Verstoß gegen § 20 Absatz 4 Satz 2 vorwarfen. Die Beschwerden betrafen insbesondere Angebote von Milchprodukten, Getränken und Fleischwaren. Die vom Bundeskartellamt durchgeführten Ermittlungen führten zu dem Ergebnis, dass für den überwiegenden Teil der erhobenen Vorwürfe kein Anfangsverdacht festzustellen war, der für die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens ausgereicht hätte. Zumeist konnten die beschuldigten Unternehmen dem Bundeskartellamt Rechnungen vorlegen, die belegten, dass die Einstandspreise unterhalb der Angebotspreise lagen. In einigen Fällen dauern die Ermittlungen jedoch noch an.

## 2. Möbelhandel

Die Lutz-Unternehmensgruppe hat im Jahr 2007 und 2008 ihre Expansionspolitik fortgesetzt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 139). Nicht untersagt hat das Bundeskartellamt den Erwerb der Hiendl-Gruppe, die insbesondere im süddeutschen Raum tätig ist, sowie die Beteiligung i. H. v. 50 % an der Poco-Holding GmbH, die insbesondere in Nordrhein-Westfalen Möbel-Abholmärkte betreibt. Auf den jeweils betroffenen regionalen Einzelhandelsmärkten des Möbelgrundsortiments führten die Vorhaben nicht zu fusionskontrollrechtlich bedenklichen Marktstellungen.

Außerdem hatte das Bundeskartellamt vier Fusionsvorhaben der Culinoma-Unternehmensgruppe zu prüfen. Die Culinoma wird zu jeweils 50 % von der Mandemakers-Gruppe, einer niederländischen Kücheneinzelhandelskette, sowie der Nobia, einem skandinavischen Küchenhersteller, gehalten. Durch ihre Fusionsvorhaben baute die Culinoma ihre Position im deutschen Kücheneinzelhandel stark aus. So erwarb sie die Plana Küchenland Lizenz und Marketing GmbH, die vornehmlich ein Franchise-System für knapp 40 Kücheneinzelhändler („Plana Küchenland“) anbietet. Außerdem kaufte sie die mit 25 Filialen bundesweit vertretene Marquardt-Gruppe, die mit zwölf Einzelhandelsstandorten in Süddeutschland tätige Asmo-Gruppe sowie die Vesta Küchenfachhandels GmbH, die mit zehn Standorten insbesondere in Süddeutschland vertreten ist. Auch diese Vorhaben wurden sämtlich vom Bundeskartellamt freigegeben, da es durch sie zu keiner erheblichen Verschlechterung der Markt-

strukturen kam. Bei seiner Prüfung nahm das Bundeskartellamt einen eigenen sachlichen Markt für den Einzelhandel mit Küchen an, wobei es in räumlicher Hinsicht wegen der Ortsgebundenheit der Angebots- und der Mobilitätsgrenzen der Nachfrager von regionalen Märkten ausging. Diese regionalen Märkte wurden jeweils auf ein Absatzgebiet im Umkreis von 60 km bzw. 45 Minuten Autofahrtzeit um den jeweils erworbenen Standort abgegrenzt.

### 3. Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümeriewaren

Die Konzentrationstendenz im Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümeriewaren, die schon mehrfach festgestellt worden ist (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 139), hat sich weiter fortgesetzt. Nachdem sich zuvor in erster Linie Konzerne, deren Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels liegt, von ihren eigenständigen Drogeriemärkten getrennt haben, geraten nunmehr verstärkt mittelgroße Drogeriemarktketten in den Fokus der großen Wettbewerber. Die Finanzinvestoren, die sich an der im Jahr 2005 insolvent gewordenen Drogeriemarktkette „Ihr Platz“ beteiligt hatten, haben ihr Investment durch Veräußerung an das Unternehmen Anton Schlecker beendet. Ihr Platz betrieb zum Zeitpunkt der Übernahme bundesweit etwa 700 Drogeriemärkte, davon knapp 600 als Filialbetriebe, die übrigen im Wege eines Franchisevertrages. Zwar ist Schlecker – gemessen an den Filialzahlen – die in Deutschland mit Abstand größte Drogeriemarktkette, aber umsatzmäßig relativiert sich diese Feststellung bereits stark. Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes geht das Bundeskartellamt – vergleichbar mit dem Lebensmitteleinzelhandel – absatzseitig von einem Sortimentsmarkt für Drogeriewaren aus, die regelmäßig nicht nur in Drogerien bzw. Drogeriemärkten, sondern auch über sämtliche Vertriebsformen des Lebensmitteleinzelhandels einschließlich der Discounter angeboten werden. Die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte für den Absatz von Drogeriewaren orientiert sich ebenfalls an der für Fälle aus dem Bereich des Lebensmitteleinzelhandels entwickelten und vom Bundesgerichtshof bestätigten Praxis, die Markträume entsprechend einem Umkreis von 20 km um das jeweilige lokale Oberzentrum bzw. einer Erreichbarkeit von etwa 20 Autominuten abzugrenzen. Aufgrund der Omnipräsenz von Schlecker ergaben die Ermittlungen zwar in einzelnen Markträumen Marktanteile, die geringfügig über der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung lagen. Da es sich hierbei aber jeweils um Bagatellmärkte handelte, die zudem von Märkten mit deutlich anderen Strukturen umgeben sind, waren diese einer genaueren kartellrechtlichen Prüfung entzogen. Ansonsten ergaben die Ermittlungen, dass – sofern nicht bereits die weiteren Drogeriemarktketten ebenfalls vertreten sind und dadurch einen unkontrollierten Verhaltensspielraum von Schlecker verhindern – die ebenfalls überall vorhandenen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels für ausreichenden Wettbewerb sorgen. Aufgrund der breiten Anbieterstruktur liegen die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten bei einer bundesweiten Betrachtung im

niedrigen zweistelligen Prozentbereich. Vor diesem Hintergrund war ausgeschlossen, dass es durch den Zusammenschluss auf den – produktbezogen abzugrenzenden – Beschaffungsmärkten zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt.

Einen demgegenüber deutlich regionalen Schwerpunkt stellte der Mehrheitserwerb an der Drogeriemarktkette Kloppenburg durch die Dirk Rossmann GmbH dar. Unter der Marke Kloppenburg wurden etwa 160 Verkaufsstellen in Norddeutschland, davon überwiegend in Schleswig-Holstein, betrieben. Bei einer – im Rahmen der ersten Prüfungsphase üblichen – Ermittlung der Marktanteile auf der Grundlage statistischer Durchschnittsausgaben für Drogeriewaren waren als einzige kritische Regionen insbesondere am Stammsitz von Kloppenburg in Kiel sowie in den Markträumen Husum und Westerland für die Beteiligten Marktanteile festzustellen, die knapp unter der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung lagen. Entsprechend den Erkenntnissen aus dem Verfahren Schlecker/Ihr Platz waren aber gerade in den touristisch geprägten Gebieten an der schleswig-holsteinischen Küste zusätzliche Ausgaben zu berücksichtigen, die von den Urlaubern dort getätigt werden, so dass bei entsprechend höheren Marktvolumina die Marktanteile der Beteiligten tatsächlich niedriger ausfielen.

Nachdem das Bundeskartellamt Anfang 2007 den Erwerb der HELA Kosmetik Handels GmbH & Co. Parfümerie KG durch die Douglas Holding AG unter der Bedingung freigegeben hatte, dass Douglas die HELA-Filiale in Darmstadt veräußert (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 139), hat Douglas diese Bedingung durch Verkauf an ein hierdurch neu in den Marktraum Darmstadt eintretendes Parfümerieunternehmen erfüllt. Dennoch hat Douglas gegen die diesbezüglichen Nebenbestimmungen der Entscheidung Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Im Wesentlichen greift Douglas die vom Bundeskartellamt vorgenommene Abgrenzung eines Marktes für den stationären Einzelhandel für selektiv vertriebene Kosmetik- und Parfümeriewaren an, da nach Ansicht des Unternehmens die Parfümerien mit ihrem Sortiment im Wettbewerb insbesondere auch zu den Drogeriemarktketten stehen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf sieht aufgrund der vom Bundeskartellamt vorgenommenen Ermittlungen den Nachweis für die getroffene Marktabgrenzung bislang noch nicht als erbracht an und hat dem Bundeskartellamt die Durchführung ergänzender Ermittlungen aufgegeben.

### 4. Apotheken

#### Einzelhandel mit Arzneimitteln

Mit Wirkung zum 1. Januar 2004 trat das Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) in Kraft. Im Bereich der nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel (OTC-Medikamente) führte das GMG zu zwei Veränderungen. Zum einen wurden diese Arzneimittel aus der Erstattungspflicht der GKV herausgenommen, sie werden seitdem nur noch in Ausnahmefällen erstattet (bei Kindern, bei entwicklungsgestörten Jugendlichen oder im Rahmen einer anerkannten Thera-

pie bei schwerwiegenden Leiden). Gleichzeitig wurden die Apothekenverkaufspreise für diese Arzneimittel freigegeben, soweit sie nicht ausnahmsweise von der Krankenkasse erstattet werden. Der Gesetzgeber erhoffte sich durch diese Maßnahmen eine Belebung des Preiswettbewerbs und damit tendenziell sinkende Preise. Vor diesem Hintergrund organisierten der Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) und neun Landesapothekerverbände (LAVe) Ende 2003 eine Veranstaltungsreihe, in deren Rahmen insgesamt 24 Veranstaltungen mit über 5 000 teilnehmenden Apotheken in unterschiedlichen Städten Deutschlands stattfanden. Auf diesen Veranstaltungen wurde den Apothekern von Vertretern der LAVe und von Mitgliedsunternehmen des BAH nahegelegt, keine Maßnahmen des Preiswettbewerbs vorzunehmen, sich vielmehr an die unverbindlichen Preisempfehlungen der Hersteller zu halten. Das Bundeskartellamt sah in den jeweiligen Beschlüssen der LAVe, Veranstaltungen im eigenen Bundesland durchzuführen, wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen i. S. v. § 1 GWB a.F. In dem Beschluss des BAH, diese Veranstaltungen zu unterstützen und Redner aus den Mitgliedsunternehmen zu stellen, sah das Bundeskartellamt eine Teilnahme des BAH und derjenigen Mitgliedsunternehmen, die Redner zu den Veranstaltungen entsandten, an den Verstößen der LAVe. Da das Verhalten zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses bereits längere Zeit zurücklag und die Auswirkungen auf den Markt eher gering waren, verhängte das Bundeskartellamt lediglich niedrige Bußgelder, die inzwischen bestandskräftig geworden sind.

### **Gemeinsame Preiswerbung von Apotheken**

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung Anfang 2004 können und müssen Apotheker die Preise der von ihnen verkauften nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel frei kalkulieren; die bis dahin geltende Preisbindung wurde im Wesentlichen auf verschreibungspflichtige Arzneimittel beschränkt. Dennoch hat ein Preiswettbewerb nur zögerlich eingesetzt. Andererseits befindet sich der Apothekenmarkt seit einigen Jahren im Umbruch. Eine Reihe von Faktoren hat zu einem Wandel des Geschäftsmodells der Apotheken geführt. Die nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel wurden aus der Erstattungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung herausgenommen. Damit wurde der Trend zur Selbstmedikation gefördert, was die Bedeutung der nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel für den Ertrag der Apotheken weiter erhöhte. Einige Apotheken nutzen die Möglichkeiten des Preiswettbewerbs bei OTC-Produkten, um sich als „Discount-Apotheke“ zu positionieren oder sich als besonders preiswürdig darzustellen. Diese Apotheken werben in Katalogen, Flyern oder Zeitungsanzeigen mit Preisen, die den unverbindlichen Preisempfehlungen der Hersteller gegenüber gestellt werden. Häufig bilden sich Kooperationen zwischen Apotheken, sei es auf lokaler Ebene, sei es im Rahmen bundesweit aktiver Kooperationsformen. Die Apothekenkooperationen berufen sich dabei auf die Notwendigkeit, die Kosten (z. B. für Zeitungsanzeigen oder

für eine professionelle Anzeigengestaltung) zu verteilen sowie auf den Wettbewerbsdruck durch die Versandapotheken. Allerdings setzt eine gemeinsame Werbung mit einheitlichen Preisen notwendig eine Absprache über die Preise und damit eine Wettbewerbsbeschränkung voraus. Dies führt dazu, dass ein bußgeldbewährter Verstoß gegen § 1 vorliegt, wenn die Apotheken auf dem selben räumlichen Markt tätig sind und die gemeinsame Werbung den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt. Andererseits besteht ein Bedürfnis für eine solche gemeinsame Werbung. Zudem ist es aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen, dass Apotheken überhaupt Preiswerbung und damit Preiswettbewerb betreiben; dies kann durch Werbekooperationen erleichtert werden. Das Bundeskartellamt ist daher der Auffassung, dass der Preiswettbewerb durch die Duldung solcher Kooperationen eher gefördert wird, wenn sichergestellt wird, dass nicht zu viele konkurrierende Apotheken an der gleichen Kooperation teilnehmen. Es besteht demnach ein Bedürfnis nach einer klaren Regelung, die den Apotheken in einem wettbewerbsunschädlichen Umfang Kooperationen auch mit gemeinsamen Preisen ermöglicht. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes empfiehlt sich eine Regelung, die die Apotheken in die Lage versetzt, selbst festzustellen, ob sie unter diese Regelung fallen, was bei einem Abstellen auf Marktanteile nicht der Fall wäre. Soweit der Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamtes betroffen ist, sieht das Bundeskartellamt daher in der momentanen Marktsituation i.d.R. aus Ermessensgründen von der Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens wegen Werbung mit einheitlichen Preisen durch Apothekenkooperationen ab, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens: Um jede Apotheke, die an einer Kooperation mit gemeinsamer Preiswerbung teilnehmen will, wird festgestellt, wie viele Apotheken in einem Radius von 4 km Luftlinie um den Apothekenstandort bestehen. Maximal 10 % der Apotheken in diesem Radius dürfen der Kooperation angehören. Zweitens: Kooperierende Apotheken müssen mindestens 1 km voneinander entfernt sein. Diese Regelung soll kooperationswillige Apotheken in die Lage versetzen, selbst zu prüfen, ob ein Einschreiten des Bundeskartellamtes zu erwarten ist. Eine kartellbehördliche Prüfung im Einzelfall bleibt daneben selbstverständlich möglich. Im Rahmen dieser Einzelfallprüfung wäre eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes durchzuführen. Die kooperationswilligen Apotheken könnten im Rahmen einer solchen Prüfung z. B. nachweisen, dass sie auf jeweils unterschiedlichen Märkten tätig sind. Umgekehrt kann die Prüfung ergeben, dass trotz Erfüllung der genannten Bedingungen wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls eine Kooperation bedenklich erscheint. Dann bleibt die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens (nicht aber eines Bußgeldverfahrens) möglich. Die beschriebene Verwaltungspraxis betrifft lediglich diejenigen Fälle, die in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes fallen. Die Landeskartellbehörden entscheiden im Rahmen ihrer Zuständigkeit, ob sie eine entsprechende Apothekenkooperation verfolgen. Auch die Gerichte sind an diese Ausübung des Aufgreifermessens durch das Bundeskartellamt nicht gebunden. Das Bundeskartellamt behält sich vor, diese Verwaltungspraxis zu überprüfen.

## Einzelfälle

Ende 2006/Anfang 2007 hatten rund 50 Apotheken aus dem Raum Hildesheim mit gemeinsamen Preisen für ausgewählte, nicht rezeptpflichtige Arzneimittel geworben und damit gegen das Kartellverbot verstoßen. Hintergrund war, dass eine sog. Discount-Apotheke beabsichtigte, in Hildesheim eine Filiale zu errichten. Einige Hildesheimer Apotheker befürchteten, in Zukunft ebenfalls Preiswettbewerb ausgesetzt zu sein. Um dieser Gefahr vorzubeugen, schlossen sie sich zu einer Werbegemeinschaft zusammen, die mit reduzierten, abgesprochenen Preisen für einzelne Arzneimittel warb. Auf diese Weise sollte der Markteintritt der Discount-Apotheke erschwert oder unmöglich gemacht und eine Ausweitung des Preiswettbewerbs zwischen den Hildesheimer Apotheken verhindert werden. Das Bundeskartellamt hat Geldbußen i. H. v. 150 000 Euro gegen acht Hildesheimer Apotheker verhängt. Den drei Apothekern, die die gemeinsame Werbeaktion initiiert hatten, wurden Bußgelder i. H. v. 25 000 Euro auferlegt. Fünf weitere Apotheker, die ebenfalls aktiv beteiligt waren, erhielten Bußgelder i. H. v. je 15 000 Euro. Verfahren gegen die weiteren beteiligten Apotheker wurden wegen deren geringen Tatbeitrags aus Ermessensgründen eingestellt. Die Bußgeldbescheide sind noch nicht rechtskräftig.

## 5. Bau- und Heimwerkermärkte

Im Bereich der Bau- und Heimwerkermärkte haben im Berichtszeitraum mehrere bedeutsame Zusammenschlüsse stattgefunden, die den Beginn einer Phase zunehmender Konzentration in diesem Einzelhandelssektor in Deutschland markieren. Das Bundeskartellamt hat diese Zusammenschlüsse zum Anlass genommen, seine Fusionskontrollpraxis im Bereich des Einzelhandels mit dem Sortiment des Bau- und Heimwerkerbedarfs zu überprüfen und zu verfeinern. Alle drei angemeldeten Vorhaben wurden nach Prüfung im Hauptprüfverfahren freigegeben, zwei davon jedoch mit Nebenbestimmungen.

Das noch im Berichtszeitraum 2005/2006 angemeldete Vorhaben der Praktiker AG, die Baumarktkette Max Bahr zu übernehmen, hat das Bundeskartellamt unter der Bedingung freigegeben, an verschiedenen Standorten insgesamt vier Baumärkte der beteiligten Unternehmen an einen anderen, unabhängigen Baumarktbetreiber zu veräußern (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 141). Die Entscheidung ist bestandskräftig. Die Veräußerungsverpflichtung in Bezug auf einen Max Bahr-Standort im Regionalmarkt Cottbus konnte jedoch während der laufenden Veräußerungsfrist wieder aufgehoben werden, weil sich zwischenzeitlich eine erhebliche Änderung der Marktstruktur ergeben hatte. Durch die Mitte 2007 erfolgte Übernahme des Baumarktgeschäftes der Marktkauf Handelsgesellschaft mbH & Co. OHG durch die toom BauMarkt GmbH, wurde toom BauMarkt als Wettbewerber von Praktiker in dem regionalen Absatzmarkt Cottbus erheblich gestärkt.

Im Mai 2007 hatte die REWE Group das Vorhaben angemeldet, über ihre 100%ige Tochtergesellschaft toom BauMarkt GmbH, das unter den Marken „Marktkauf“ und

„Baudepot“ geführte Baumarktgeschäft der Marktkauf Handelsgesellschaft & Co. oHG mit 133 Baumarktstandorten zu übernehmen. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss freigegeben. Die Entscheidung ist bestandskräftig.

Das Bundeskartellamt hat ferner das angemeldete Vorhaben der Globus Fachmärkte GmbH & Co. KG, das Baumarktgeschäft der Distributa-Gruppe zu übernehmen, unter der auflösenden Bedingung freigegeben, an verschiedenen Standorten insgesamt vier Baumärkte des Zielunternehmens an einen anderen, unabhängigen Baumarktbetreiber zu veräußern. Das Vorhaben betrifft die Übernahme von insgesamt 31 großflächigen Bau- und Heimwerkermärkten in Deutschland („hela ProfiZentren“), deren Inlandsumsatz insgesamt über 350 Mio. Euro beträgt. Durch den Zusammenschluss kommt es zu Überschneidungen der Einzugsgebiete von Globus Baumärkten und hela ProfiZentren auf mehreren regionalen Absatzmärkten.

Während in der überwiegenden Zahl der Fälle keine fusionskontrollrechtlichen Bedenken bestanden, ließ der Zusammenschluss in vier regionalen Absatzmärkten („Merzig-Wadern“, „St. Wendel“, „Saarpfalz-Zweibrücken“ und „Idar-Oberstein“) die Entstehung jeweils einer marktbeherrschenden Stellung erwarten. Um die damit gegebene Voraussetzung für eine Untersagung des Zusammenschlusses insgesamt zu beseitigen, hatten die beteiligten Unternehmen zugesagt, in den insoweit betroffenen Regionalmärkten jeweils einen Baumarkt zu veräußern.

Die Globus Fachmärkte GmbH & Co. KG hat Beschwerde gegen die Freigabe mit Nebenbestimmungen zum Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Gleichzeitig hat sie die im Rahmen der auflösenden Bedingung eingeräumte Veräußerungsfrist ungenutzt verstreichen lassen. Damit ist die auflösende Bedingung eingetreten. Durch den fruchtlosen Ablauf dieser Frist hat sich die ursprüngliche Freigabeverfügung in eine Untersagungsverfügung verwandelt. Da ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungs Voraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, aufzulösen ist, hat das Bundeskartellamt ein Entflechtungsverfahren eingeleitet. Das Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf in der Hauptsache ist noch anhängig.

Im Bereich der Missbrauchsaufsicht hatte das Bundeskartellamt der Praktiker Baumärkte GmbH mit Beschluss vom 8. Mai 2006 untersagt, Franchisenehmer unbillig zu behindern (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 141). Die Praktiker Baumärkte GmbH hat gegen den Untersagungsbeschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Das Oberlandesgericht hat den Untersagungsbeschluss unter Zulassung der Rechtsbeschwerde aufgehoben. Gegen den Aufhebungsbeschluss des Oberlandesgerichts hat das in dem Verwaltungsverfahren beigeladene Unternehmen Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof erhoben. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes spricht die Missbrauchsverfügung ein praktisch bedeutsames Problem im Bereich des Vertriebsfranchisings an, das einer Abhilfe bedarf. Ferner besteht ein rechtli-

ches Interesse daran, zu klären, inwieweit eine Kumulation vertraglicher Bindungen i. S. v. § 20 Absatz 1 missbräuchlich ist. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom November 2008 die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts zurückgewiesen und entschieden, dass es grundsätzlich keine unbillige Behinderung i. S. d. § 20 darstellt, wenn der Franchisegeber Einkaufsvorteile, die ihm bei dem zentralen Einkauf von seinen Lieferanten gewährt werden, nicht an Franchisenehmer weiterleitet. Auch die Kombination einer hundertprozentigen Bezugsbindung mit einer nicht vollständigen Weitergabe von Einkaufsvorteilen ist danach grundsätzlich keine unbillige Behinderung.

## Landverkehr (60)

### 1. Schienengüterverkehr

Der Bereich des Schienengüterverkehrs war im Berichtszeitraum durch ein überdurchschnittliches Wachstum sowie durch den Trend zum Ausbau internationaler Transportwege und -netze geprägt. Die Verkehrsleistung stieg im Berichtszeitraum um etwa 20 % von 95,4 Mrd. Tonnenkilometern (2005) auf 114,6 Mrd. Tonnenkilometer (2007) (Quellen: Bundesamt für Güterverkehr, Marktbeobachtung Güterverkehr, Jahresbericht 2007; Deutsche Bahn AG, Wettbewerbsbericht 2008). Hiervon entfallen etwa 80 % auf die Deutsche Bahn AG (DBAG) und knapp 20 % auf ihre Wettbewerber. Im Jahr 2005 hatte der Marktanteil der Wettbewerber noch bei knapp 15 % gelegen.

Der Trend zum Ausbau internationaler Transportwege und -netze wurde durch die fortschreitende Liberalisierung des Schienengüterverkehrs – u. a. durch die Aufhebung des Kabotageverbots zum 1. Januar 2007 – begünstigt. Ein bedeutendes Hindernis für den Ausbau internationaler Transportwege stellt aber weiterhin die mangelnde Interoperabilität der nationalen Schieneninfrastrukturen dar, die vor allem aus unterschiedlichen Strom- und Sicherheitssystemen der nationalen Netze resultiert. Die nationalen Eisenbahnverkehrsunternehmen reagieren darauf zunehmend mit grenzüberschreitenden Kooperationsvorhaben.

Das überproportionale Wachstum sowie der Trend zum Ausbau internationaler Transportwege und -netze haben dazu geführt, dass im Berichtszeitraum eine Vielzahl an Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Dimension beim Bundeskartellamt angemeldet wurde. Dies gilt sowohl für die DBAG, die den Abschluss mehrerer Kooperationsvorhaben mit ausländischen Anbietern angemeldet hat, als auch für verschiedene ausländische Unternehmen, die mehrere nationale bzw. ausländische Wettbewerber der DBAG erworben haben.

Die DBAG hat eine Minderheitsbeteiligung an ihrem dänischen Tochterunternehmen Railion Danmark AS an die schwedische Güterverkehrsbahn Green Cargo AB veräußert. Das entstandene Gemeinschaftsunternehmen wird – z. T. mit modernen Mehrsystemlokomotiven – vor allem im grenzüberschreitenden Verkehr von Schweden über Dänemark nach Deutschland (und umgekehrt) tätig

sein. Daneben hat die DBAG ihren Anteil an der schweizerischen BLS Cargo AG, die insbesondere im transalpinen Verkehr zwischen Deutschland und Italien tätig ist, aufgestockt. Erworben hat die DBAG die italienische NordCargo, die im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr in Norditalien tätig ist. In allen Fällen war der nationale Markt für den grenzüberschreitenden (Einzel-) Ladungsverkehr betroffen. Diesen Markt, der einzelne Ladungen mit einem Gesamtgewicht bis ca. 30 Tonnen umfasst, grenzt das Bundeskartellamt von dem Bereich der Massenguttransporte ab. Während der Markt für Ladungsverkehr als Transportmittel neben der Bahn vor allem den LKW erfasst, wurden die relevanten Märkte im Bereich der Massenguttransporte in der Vergangenheit grundsätzlich auf das Transportmittel Bahn – sowie ggf. Binnenschiff – begrenzt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 142). Offengelassen werden konnte, ob der nationale Markt für den grenzüberschreitenden Ladungsverkehr auf die jeweils betroffenen bilateralen Relationen (z. B. Deutschland-Dänemark) begrenzt ist oder ob er sich auf alle von Deutschland ins angrenzende Ausland gehenden Transporte erstreckt. Da es – unabhängig von dieser Frage und vor dem Hintergrund des auf den jeweiligen Märkten bestehenden Wettbewerbs – in den Verfahren nicht zur Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kam, hat das Bundeskartellamt die Fälle in der ersten Phase freigegeben.

Die DBAG hat im Jahr 2007 zusammen mit den russischen, polnischen und weißrussischen Staatsbahnen die multilaterale Kooperation Eurasia Rail Logistics gegründet. Ziel dieses Vorhabens ist es, die Durchführung von grenzüberschreitenden Transporten zwischen Deutschland, Polen und Russland zu erleichtern. Hierzu wurde ein russisches Gemeinschaftsunternehmen (Eurasia Rail Logistics) errichtet, an dem alle Kooperationspartner beteiligt sind und das für diese bestimmte interne Dienstleistungen (v. a. Beratungsleistungen) erbringen soll. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wurde in der ersten Phase freigegeben.

Zu den ausländischen Unternehmen, die nationale bzw. ausländische Wettbewerber der DBAG erworben haben, gehören vor allem das staatliche französische Eisenbahnunternehmen Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF) sowie der französische Mischkonzern Veolia Environment S.A. (Veolia). SNCF hat eine Mehrheitsbeteiligung an der ITL Eisenbahngesellschaft mbH mit Sitz in Dresden erworben, die – vor allem auf der Verbindung Niederlande-Deutschland-Tschechien/Polen – im Bereich des nationalen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs tätig ist. Veolia erwarb sämtliche Anteile an der privaten RAIL4CHEM Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH mit Sitz in Essen, die – neben Deutschland vor allem in den Benelux-Staaten und Osteuropa – ebenfalls im Bereich des nationalen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs tätig ist und bei der es sich um einen der größten Wettbewerber der DBAG handelt. Weitere Vorhaben waren der Zusammenschluss der belgischen Dillen & Le Jeune Holding N.V. mit der schweizerischen Crossrail AG sowie der Erwerb aller Anteile an der polnischen CTL Logistics S.A. durch

die britische Beteiligungsgesellschaft Bridgepoint Capital Group Ltd. Alle genannten Vorhaben konnten – u. a. aufgrund der relativ starken Marktposition der DBAG und der verhältnismäßig geringen Marktanteile der jeweiligen Zusammenschlussbeteiligten – ohne eine abschließende Festlegung der jeweils relevanten Märkte in der ersten Phase freigegeben werden.

## 2. Schienenpersonenfernverkehr

Anders als im Schienengüterverkehr, wurde im Schienenpersonenfernverkehr im Berichtszeitraum nur ein geringes Wachstum erzielt. Die Verkehrsleistung stieg um ca. 1,5 % von ca. 33,6 Mrd. Personenkilometern (2005) auf etwa 34,1 Mrd. Personenkilometer (2007) (Quelle: DBAG, Wettbewerbsbericht 2008). Der Marktanteil privater Wettbewerber der DBAG liegt bei einer Verkehrsleistung von etwa 60 Mio. Personenkilometern weiterhin deutlich unter einem Prozent.

Auch im Schienenpersonenfernverkehr zeigt sich der bereits für den Bereich des Schienengüterverkehrs beschriebene Trend zum Ausbau internationaler Transportwege und -netze. Die DBAG hat im Berichtszeitraum verschiedene Kooperationsvorhaben mit ausländischen Anbietern von Fernverkehrsleistungen geschlossen und zur Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet. Hierzu gehört u. a. die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit der französischen SNCF, das für die Mutterunternehmen – im Rahmen der zwischen diesen zugleich vereinbarten Kooperation für die Hochgeschwindigkeitsstrecken Paris-Stuttgart/München und Paris-Frankfurt – bestimmte interne Dienstleistungen (v. a. aus den Bereichen Marketing und Qualitätsmanagement) erbringen soll. Weiterhin hat die DBAG eine Minderheitsbeteiligung an der Thalys International SCRL (nachfolgend: Thalys), bei der es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen von SNCF und der Société Nationale des Chemins de Fer Belges (SNCF) handelt, erworben. Thalys soll für die Muttergesellschaften – im Rahmen der zwischen diesen sowie dem niederländischen Eisenbahnunternehmen Nederlands Spoorwegen vereinbarten Kooperation für die Hochgeschwindigkeitsstrecken Köln-Brüssel-Paris und Amsterdam-Brüssel-Paris – ebenfalls interne Dienstleistungen (v. a. Vermarktungsleistungen) erbringen. Da es sich bei den betreffenden Gemeinschaftsunternehmen nicht um „Vollfunktionsunternehmen“ i. S. v. Artikel 3 Absatz 4 der VO (EG) 139/2004 handelte, unterfielen beide Vorhaben nicht der europäischen, sondern der deutschen Fusionskontrolle. Das Bundeskartellamt hat beide Vorhaben in der ersten Phase freigegeben, zugleich jedoch darauf hingewiesen, dass die kartellrechtliche Bewertung der Kooperation unter nationalen Eisenbahnunternehmen im Lichte der weiteren Liberalisierung des europäischen Eisenbahnverkehrs, insbesondere des Schienenpersonenfernverkehrs, zu überprüfen sein wird.

Anfang 2007 hat die DBAG über ihr Tochterunternehmen DB Fernverkehr AG zusammen mit sechs weiteren europäischen Anbietern von Hochgeschwindigkeitsverkehren das Kooperationsvorhaben „Railteam“ gegründet. Railteam soll eine gemeinsame Vermarktungs- und Vertriebs-

plattform für die Hochgeschwindigkeitsverkehre der beteiligten Eisenbahnunternehmen bieten. Im Zusammenhang mit dieser Kooperation hat die DBAG gemeinsam mit ihren Railteam Kooperationspartnern die Gründung von zwei Gemeinschaftsunternehmen beim Bundeskartellamt angemeldet. Beide Unternehmen sollen für die Railteam-Kooperationspartner bestimmte interne Dienstleistungen erbringen (u. a. Marketing-, Vertriebs- und IT-Leistungen). Da es sich auch bei diesen Unternehmen nicht um „Vollfunktionsunternehmen“ i. S. v. Artikel 3 Absatz 4 VO (EG) 139/2004 handelte, war das Bundeskartellamt für die Prüfung zuständig. Es hat beide Vorhaben in der ersten Phase freigegeben, dabei jedoch gegenüber den Anmeldern klargestellt, dass mit der fusionskontrollrechtlichen Freigabe keine wettbewerbliche Einschätzung der unter den Mutterunternehmen vereinbarten Kooperation verbunden ist.

Im Jahr 2007 ist beim Bundeskartellamt eine Beschwerde eines Reisebüroverbandes eingegangen, mit der die Preisgestaltung verschiedener Angebote der DBAG gerügt wurde. Der Beschwerdeführer bezog sich vor allem auf das Angebot „Dauer-Spezial“, einem Pauschalpreisangebot der DBAG. Das Angebot sieht einen Preiszuschlag von 5 Euro vor, falls der betreffende Fahrschein im „personenbedienten Verkauf“ – im Gegensatz insbesondere zum Automatenverkauf und zum Internetvertrieb – erworben wird. Hierzu zählt insbesondere der Verkauf über Reisebüros (DB-Agenturen) und Call-Center, aber auch der Verkauf über Kundenschalter der DBAG. Der Beschwerdeführer sah in der beschriebenen Preisdifferenzierung einen Verstoß gegen §§ 19, 20 bzw. gegen Artikel 82 EG und begründete dies vor allem mit einer unbilligen Behinderung der Reisebüros durch die DBAG beim Verkauf des Sonderangebotes. Das Bundeskartellamt ist dem nicht gefolgt und hat in Ausübung seines Ermessens kein Missbrauchsverfahren gegen die DGAB eingeleitet. Begründet wurde dies u. a. damit, dass in dem Preiszuschlag keine Diskriminierung der Reisebüros liege, da der Preiszuschlag nicht nur für den Vertrieb über die Reisebüros, sondern gleichermaßen für den personenbedienten Vertrieb der DBAG gilt. Der zu einem späteren Zeitpunkt von der DBAG beabsichtigte, dann aber nicht eingeführte allgemeine sog. „Bedienzuschlag“ für den Ticketverkauf an DB-Schaltern war nicht Gegenstand einer kartellbehördlichen Prüfung.

## 3. Öffentlicher Personennahverkehr

Im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) hat der Bundesgerichtshof im letzten Berichtszeitraum durch zwei Entscheidungen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 143) zu Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 148 f.) den Rahmen für die Fusionskontrolle abgesteckt.

Der Bereich des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) war im Berichtszeitraum durch ein überdurchschnittliches Wachstum gekennzeichnet. Die Verkehrsleistung stieg um knapp 9 % von etwa 41,2 Mrd. Personenkilometern (2005) auf etwa 44,8 Mrd. Personenkilometer (2007) (Quelle: DBAG, Wettbewerbsbericht 2008). Hiervon ent-

fallen ca. 90 % auf die DBAG und etwa 10 % auf private Wettbewerber der DBAG. Größere Zusammenschlussvorhaben wurden im Berichtszeitraum nicht zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung angemeldet; einzelne Vorhaben aus dem Bereich des Öffentlichen Straßenpersonennahverkehrs (ÖSPV) betrafen in Teilbereichen jedoch auch den SPNV.

Der Bereich des ÖSPV war im Berichtszeitraum demgegenüber durch ein eher moderates Wachstum gekennzeichnet. Die Verkehrsleistung stieg um etwa 1 % von etwa 43,4 Mrd. Personenkilometer (2005) auf ca. 43,9 Mrd. Personenkilometer (2007) (Quelle: Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Statistik 2006 und Statistik 2007).

Im Berichtszeitraum sind im Bereich des ÖSPV verschiedene Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Beteiligung beim Bundeskartellamt angemeldet worden. Dies betrifft vor allem das niederländische Verkehrsunternehmen NedRailways B.V. (NedRailways), das britische Verkehrsunternehmen Arriva plc. (Arriva) sowie den französischen Mischkonzern Veolia Environment S.A. (Veolia). Mit NedRailways, einem Tochterunternehmen der im Eigentum des Niederländischen Staates stehenden Nederlands Spoorwegen, ist ein weiteres international tätiges Verkehrsunternehmen in die deutschen ÖPNV-Märkte eingestiegen. Ende 2008 hat NedRailways sämtliche Anteile an der Abellio GmbH erworben. Abellio ist – über verschiedene Tochter- und Beteiligungsunternehmen – in ÖSPV- und SPNV-Märkten u. a. in Hessen, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt tätig. Arriva hat sämtliche Anteile an der Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH mit Sitz in Senftenberg, die Mehrheit der Anteile an der Osthannoverschen Eisenbahnen AG mit Sitz in Celle sowie die Mehrheit der Anteile an der Neißeverkehr GmbH mit Sitz in Guben erworben. Seitens Veolia ist insbesondere die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens mit der R.A.T.H. GmbH (mit Sitz in Düren) sowie der Dürener Kreisbahn GmbH (ebenfalls mit Sitz in Düren) zu nennen. Weiterhin hat sich die Babcock & Brown Public Partnerships Ltd. an der BeNEX GmbH beteiligt. Bei dieser handelte es sich bislang um ein Tochterunternehmen der Hamburger Hochbahn AG, in dem die außerhalb der Stadtgrenzen Hamburgs befindlichen Geschäftsbereiche (ÖSPV und SPNV) zusammengefasst sind. Da keines der genannten Vorhaben die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen der Unternehmen befürchten ließ – u. a., weil die Zusammenschlussbeteiligten jeweils hinreichendem Wettbewerb ausgesetzt waren –, wurden alle Vorhaben vom Bundeskartellamt in der ersten Phase freigegeben.

Auch verschiedene – öffentliche wie private – nationale Anbieter haben Zusammenschlussvorhaben im Bereich des ÖPNV beim Bundeskartellamt angemeldet. Seitens der öffentlichen Anbieter ist vor allem der Erwerb aller Anteile an der Personennahverkehrs GmbH Riesa – Großenhain durch die Verkehrsgesellschaft Meißen GmbH, einer mehrheitlichen Tochter der Dresdner Verkehrsbetriebe GmbH, zu nennen. Seitens privater Anbie-

ter sind vor allem einzelne Erwerbsvorgänge des Rethmann-Konzerns bzw. dessen Konzerntochter Rhenus Veniro GmbH & Co. KG (Rhenus Veniro) zu erwähnen. Hierzu gehört der beabsichtigte Erwerb der Mehrheit der Anteile an der Städtische Verkehrsbetriebe Zwickau GmbH durch die Regionalbetriebe Westsachsen GmbH sowie der Erwerb aller Anteile an der Verkehrsbetriebe Minden-Ravensberg GmbH durch die Eurobahn Niedersachsen GmbH & Co. KG. Bei den Erwerbem handelt es sich jeweils um Konzernunternehmen von Rhenus Veniro. Alle genannten Vorhaben konnten vom Bundeskartellamt in der ersten Phase freigegeben werden, da die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten jeweils deutlich unterhalb der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 lagen bzw. die Zusammenschlussbeteiligten jeweils hinreichendem Wettbewerb ausgesetzt waren.

Auch die DBAG hat im Bereich des ÖPNV verschiedene Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung angemeldet. Dies betrifft vor allem die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (RegioTram Kassel Betriebsgesellschaft mbH) zwischen der DB Regio AG, einer Konzerntochter der DBAG, und der Regionalbahn Kassel GmbH, einem Gemeinschaftsunternehmen der Kasseler Verkehrsgesellschaft AG und der HLB Basis AG. Das Gemeinschaftsunternehmen erbringt mit sog. „RegioTram“-Fahrzeugen, die als Hybrid-Fahrzeuge im Straßenbahn- und im Eisenbahnnetz verkehren können, in der Stadt und der Region Kassel Beförderungsleistungen des ÖPNV. Das Vorhaben wurde in der ersten Phase freigegeben. Dabei konnte offengelassen werden, ob die Verkehrsleistungen der „Regio-Tram“ dem Bereich des ÖSPV oder aber dem Bereich des SPNV zuzuordnen sind oder ob für den Raum Kassel gegebenenfalls sogar von einem beide Bereiche umfassenden, einheitlichen Markt für ÖPNV-Leistungen auszugehen ist.

### Schifffahrt (61)

Im Gegensatz zu vorangegangenen Berichtszeiträumen hat die See- und Küstenschifffahrt aktuell mit einer allgemeinen Flaute zu kämpfen. Ursachen dafür waren im Berichtszeitraum insbesondere eine international schwache Nachfrage, der auf längere Zeit hohe Ölpreis sowie die Ausweitung der Frachtkapazitäten auf der Grundlage vergangener Wachstumsraten. Stark betroffen ist die Containerreederei, die drohende Überkapazitäten durch das abflachende Wirtschaftswachstum beklagt. Die Frachttransporte zwischen Asien und Europa sind zum ersten Mal seit sieben Jahren rückläufig.

Um den Jahreswechsel 2007/2008 zeigten sich viele Reeder angesichts des boomenden Containerverkehrs insbesondere von und nach Fernost noch zuversichtlich. Mittlerweile gibt es Befürchtungen in der Branche, dass die Unternehmen bei den aktuellen Transportkonditionen künftig kürzere Transportwege anstreben werden.

Unter diesen Voraussetzungen schreitet auch die Konsolidierung unter den Reedereien weiter voran. Am spektakulärsten war die Übernahme der TUI-Tochter Hapag Lloyd durch ein Hamburger Konsortium, das sich im Bieter-



streit um das Unternehmen Mitte Oktober 2008 gegen die Neptun Orient Lines (NOL), eine singapurische Reederei, durchsetzen konnte. Damit ist das Modell der „zwei Säulen“ mit der Touristiksparte TUI Travel einerseits und der Schifffahrtssparte Hapag Lloyd andererseits unter dem Dach der TUI Holding beendet. Ausgangspunkt für die Trennung der beiden Sparten war das Aufbegehren einiger Aktionäre gegen die bisherige Struktur des Konzerns. Nach zähem Ringen, in das sich auch der Hamburger Senat einschaltete, bekam die Hamburger Investorengruppe Mitte Oktober 2008 den Zuschlag. Damit ist zunächst sichergestellt, dass die traditionsreiche Reederei, derzeit die fünftgrößte der Welt, in Hamburg bleiben wird. Dabei wird das Konsortium zwei Drittel der Anteile an Hapag Lloyd halten, ein Drittel soll bei TUI verbleiben, die sich mit 700 Mio. Euro an dem neuen Gemeinschaftsunternehmen beteiligen wird. Anfang Februar 2009 hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben freigegeben.

Ein weiterer Zusammenschluss wurde durch die Oetker-Gruppe vollzogen, deren Reederei Hamburg Süd die Kontrolle bei der italienischen Costa Container Line (CCL) erwarb.

Im Juni 2007 wurde ein Eigentümerwechsel bei der deutsch-dänischen Fährgesellschaft Scandlines, einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen von Deutscher Bahn und dem dänischen Transportministerium, vollzogen. Nach mehrmonatigen Verhandlungen einigte man sich auf ein Dreier-Konsortium als Käufer, bestehend aus dem britischen Private Equity Unternehmen 3i Group plc. und der ACP Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG, einem Tochterunternehmen des deutschen Allianz-Versicherungskonzerns, die jeweils 40 % der Anteile sowie die gemeinsame Kontrolle erwarben. Die Deutsche Seereederei (DSR) hält mit 20 % der Anteile eine Minderheitsbeteiligung an Scandlines und gilt als „strategischer“ Partner. DSR ist bisher u. a. im Bereich der touristischen Kreuzschifffahrt tätig und betreibt ein Touristikunternehmen unter der Marke A-Rosa. Im Fall des geplanten Börsengangs der Scandlines GmbH hat DRS die Option, ihre Anteile auf 40 % aufzustocken. Das Vorhaben wurde am 13. Juli 2007 bei der Europäischen Kommission angemeldet (COMP/M. 4447) und im vereinfachten Verfahren am 21. August 2007 freigegeben.

Scandlines betreibt mit 19 Fährschiffen insgesamt neun Linien im Ostseeraum und beförderte im vergangenen Jahr rund 20,5 Mio. Passagiere, 4,3 Mio. PKW sowie 1,1 Mio. LKW und Trailer. Ertragreichste Strecke ist nach wie vor die Verbindung zwischen Puttgarden/Schleswig-Holstein und Rødby/Lolland (Dänemark). Die weitere Entwicklung des Fährbetriebs auf dieser Strecke ist jedoch ungewiss. Im August 2008 wurde zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Dänemark der Vertrag zum Bau einer festen Fehmarnbelt-Querung unterzeichnet. Danach soll ab 2010 mit der Errichtung der Brücke begonnen werden. Die Fertigstellung ist für 2018 vorgesehen. Die Baukosten sollen zum überwiegenden Teil vom dänischen Staat übernommen werden, dem dafür die Einnahmen aus den Mautgebühren

zufließen sollen. Dem Bau muss noch der Deutsche Bundestag zustimmen.

Von der Entwicklung dieses Vorhabens betroffen ist auch ein Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Scandlines GmbH (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 146). Scandlines weigert sich als Eigentümerin des Fährhafens Puttgarden, zwei norwegischen Fährunternehmen Eidsiva Rederi und Fosen Trafikklag, Zugang zu den Infrastruktureinrichtungen des Hafens zu gewähren und hindert damit die Unternehmen daran, einen gemeinsamen Fährdienst auf der Strecke Puttgarden-Rødby im Wettbewerb zu Scandlines aufzunehmen.

Das Bundeskartellamt prüft auf der Grundlage des § 19 Absatz 4 Nummer 4 i. V. m. Artikel 82 EG, ob es sich bei dem Fährhafen um eine wesentliche Einrichtung (essential facility) handelt und es daher Scandlines aufgegeben werden kann, den Fährunternehmen Zugang zu der landseitigen und seeseitigen Infrastruktur des Fährhafens zu gewähren.

Zur Klärung der seeseitigen Möglichkeiten hat das Bundeskartellamt im Januar 2007 ein nautisches Gutachten zur Bewertung der Zulassung eines weiteren Fährbetriebs im Fährhafen von Puttgarden in Auftrag gegeben. Der Abschlussbericht wurde im Juni 2008 vorgelegt. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Aufnahme eines weiteren Fährbetriebs im Hafen von Puttgarden aus nautischer Sicht grundsätzlich möglich ist. Dieses Ergebnis wird gestützt durch eine Simulationsstudie (Simulationsuntersuchungen zum Fährbetrieb im Hafen Puttgarden), die das Institut für Schiffstheorie, -Simulation und Maritime Systeme der Hochschule Wismar auf Veranlassung des Gutachters erstellt hat. Ungeklärt ist jedoch die Möglichkeit der landseitigen Nutzung der Hafeninfrastruktur durch die Beschwerdeführerinnen (die Fährunternehmen Eidsiva Rederi und Fosen Trafikklag). Durch den geplanten Bau der Fehmarnbelt-Brücke zwischen Puttgarden und Rødby zögert die Landesbehörde Schleswig-Holstein als zuständige Behörde für Baugenehmigungs- und Planfeststellungsverfahren, auf der Insel Fehmarn derzeit Entscheidungen für Maßnahmen zu treffen, die für die Errichtung einer weiteren landseitigen Zuwegung zum Fährhafen durch die Beschwerdeführerinnen erforderlich sind. Dabei ist jedoch aus den oben genannten Gründen der Baubeginn ungewiss. Die Beschwerdeführerinnen haben angegeben, dass sie, solange der Termin für den tatsächlichen Beginn des Brückenbaus nicht zweifelsfrei feststeht, an dem Vorhaben, einen weiteren Fährdienst auf der Strecke Puttgarden – Rødby einzurichten, festhalten wollen.

## Luftverkehr (62)

### 1. Fluggesellschaften

Der nationale wie internationale Luftverkehr ist im Berichtszeitraum durch eine nachhaltige Krise gekennzeichnet. Davon sind nicht nur einzelne Marktsegmente betroffen, wie beispielsweise der Bereich der Billigfluggesellschaften, sondern die Krise traf auch Linien- und Charterfluggesellschaften in allen Regionen der Welt, insbesondere

in den USA. Verantwortlich für diese Krisensituation ist in erster Linie der stark angestiegene Kerosinpreis. Im Mai 2008 hat sich der Kerosinpreis im Vergleich zum Vorjahr nahezu verdoppelt, in den letzten fünf Jahren hat er sich insgesamt mehr als vervierfacht. Bei fast allen Airlines überstiegen die Mehrkosten für Kerosin das erwartete Ergebnis deutlich. Im Oktober 2008 sank der Kerosinpreis zwar zunächst wieder, die Situation blieb dennoch nach wie vor volatil.

Während Experten in Europa eine Fusionswelle im Flugverkehr prognostizieren, vermuten US-amerikanische Insider, dass die Fluggesellschaften künftig eher in Bündnissen und Kooperationen zusammenarbeiten werden. Die Fusion der beiden großen US-Fluggesellschaften Delta Air Lines und Northwest Airlines sei insoweit kein typisches Beispiel, da diese auch in der Vergangenheit durch umfangreiche Code-Share-Abkommen bereits zusammengearbeitet hätten. Weltweit wird davon ausgegangen, dass in der Luftfahrtbranche ein Wachstum in den nächsten Jahren nicht erwartet werden könne und dass die Airlines ihre Kapazitäten insgesamt reduzieren.

Bei den europäischen Fluggesellschaften haben diverse Charterfluggesellschaften in den letzten Monaten Konkurs angemeldet und sind vom Markt verschwunden. Hierzu zählen insbesondere die spanische Gesellschaft Futura und der britische Flug- und Reiseveranstalter XL-Leisure Group. Spektakuläre Übernahmen sind in den letzten Monaten immer wieder diskutiert worden. Allerdings gibt es in Europa jedoch nur eine handvoll Fluggesellschaften, die in der Lage sind, die finanzschwachen Gesellschaften zu übernehmen und wirtschaftlich sinnvoll zu integrieren. Dies kann in Zukunft zu einer weiteren Konzentrationswelle führen.

Beispiele für eine solche Entwicklung sind die Übernahmen der Brussels Airways durch Lufthansa (Prüfung des Vorhabens durch die EU-Kommission dauert noch an; Ankündigung der vertieften Prüfung erfolgte am 26. Januar 2009) oder der spanischen Billigfluggesellschaften Clickair und Vueling durch Iberia. Ein weiteres Beispiel ist die Übernahme der Alitalia. Air France/KLM hat im Februar 2009 25 % der Anteile an der Alitalia übernommen. Die neue Alitalia besteht aus den Resten der insolventen Alitalia und Italiens zweitgrößter Fluggesellschaft Air One. Das Zusammenschlussvorhaben ist bei der italienischen und deutschen Kartellbehörde angemeldet und freigegeben worden. Das Bundeskartellamt hatte ermittelt, dass das Vorhaben auf den Wettbewerb in Deutschland keine spürbaren Auswirkungen haben wird. Die Beteiligten bieten aus Deutschland keine direkten Langstreckenverbindungen an, wohl aber von den deutschen Flughäfen Düsseldorf, Frankfurt und München Zubringerflüge über die europäischen Flughäfen Mailand/Malpensa und Rom/Fiumicino (Alitalia), Paris/Charles-de-Gaule (Air France) und Amsterdam (KLM). Im Zusammenhang mit der beschriebenen Entwicklung bei den europäischen Fluggesellschaften ist auch die Übernahme der Austrian Airlines (AUA) zu nennen. Nachdem Air France/KLM ihr Angebot bei Austrian Airlines zurückgezogen hatte, blieb nur Lufthansa in der engeren Wahl.

Eine endgültige Entscheidung scheiterte bisher jedoch am Übernahmepreis. Die Europäische Kommission ist in eine vertiefte beihilferechtliche Prüfung eingestiegen, weil Österreich einen Teil der Verbindlichkeiten der AUA übernommen hatte. Auch die russische Fluggesellschaft S7 hatte ein ernst zu nehmendes Angebot für Austrian abgegeben. Eine Mehrheitsbeteiligung scheiterte hier jedoch am EU-Recht, wonach europäische Fluggesellschaften u. a. wegen der Überflugrechte mehrheitlich in europäischem Besitz sein müssen. Bemerkenswert ist indes ein zunehmendes Interesse russischer Unternehmer an europäischen bzw. deutschen Fluggesellschaften. Im März 2008 stieg der russische Milliardär Len Blawatnic mit 19 % der Anteile bei airberlin ein.

In Deutschland war Air Berlin an mehreren Zusammenschlüssen beteiligt. Nach der Integration der dba im Jahre 2006 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 147) hatte das Unternehmen im April 2007 bekannt gegeben, alle Anteile an der LTU von der Intro Verwaltungsgesellschaft, die von dem Textilkaufmann Hans Rudolf Wöhrli kontrolliert wird, zu erwerben. Durch diesen Zusammenschluss waren insbesondere Flüge in die Feriengebiete rund um das Mittelmeer sowie für die Langstreckenflüge in die Karibik und den Indischen Ozean betroffen. Das Bundeskartellamt hat in diesem Verfahren erstmals Charter- und Linienfluggesellschaften einem gemeinsamen Markt zugeordnet, da Charterfluggesellschaften zunehmend Sitzplätze einzeln direkt an Endkunden vermarkten und auch Linienfluggesellschaften Sitzplatzkontingente Reiseveranstaltern anbieten, um ihren Sitzladefaktor zu optimieren. Die Ermittlungen bei Reiseveranstaltern als Nachfrager und Fluggesellschaften als Wettbewerber haben ergeben, dass sich durch den Zusammenschluss keine schwerwiegenden wettbewerblichen Bedenken ergeben, da den Reiseveranstaltern hinreichende Ausweichmöglichkeiten durch die deutschen Charterfluggesellschaften, insbesondere Condor, TUIfly und die von der Lufthansa kontrollierte Germanwings zur Verfügung stehen. Die Veranstalter können aber darüber hinaus auch auf ein hinreichendes Angebot an Flugsitzplätzen durch die nationalen Ferienfluggesellschaften (destination carrier) zurückgreifen. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss daher ohne Auflagen im Hauptprüfverfahren freigegeben.

Im Oktober 2007 meldete Air Berlin an, alle Anteile an der Condor Fluggesellschaft übernehmen zu wollen, die von dem Reiseveranstalter Thomas Cook kontrolliert wird. Im Gegenzug wollte Thomas Cook sich mit 30 % an Air Berlin beteiligen. Die Ermittlungen bei Reiseveranstaltern und Fluggesellschaften ergaben, dass sich durch den Wegfall der Condor als einem der wichtigsten Wettbewerber der airberlin auf den relevanten Strecken sowohl im Bereich der Ferienziele rund um das Mittelmeer (Mittelstreckenbereich) als auch im Bereich der touristischen Langstreckenziele in die Karibik und in die Dominikanische Republik eine wettbewerblich bedenkliche Situation ergibt. airberlin hat daraufhin versucht, eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Linienflugverkehr in nicht-touristische Zielgebiete im Langstreckenbereich (zunächst waren Verbindungen nach China vorgesehen)

durch den Zusammenschluss nachzuweisen und darzulegen, dass diese Verbesserung die Nachteile der vom Bundeskartellamt festgestellten überragenden Marktstellung in bestimmten Feriengebieten der Langstrecke überwiegen (Abwägungsklausel, § 36 Absatz 1, 2. Halbsatz). Die vorgesehenen Langstreckenverbindungen sollten die Verhältnisse auf den Beherrschungsmärkten in die Karibik und in die Dominikanische Republik ausgleichen. Darüber hinaus sollten die Verhältnisse auf den Beherrschungsmärkten im Mittelstreckenbereich durch Modifizierungen des Zusammenschlussvorhabens verbessert werden. Zur Aufbereitung und Darlegung dieser Ziele durch Air Berlin hatte das Bundeskartellamt auf Wunsch der Beteiligten mehrfach einer Verlängerung der Untersagungsfrist zugestimmt. Aufgrund der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse (Anstieg der Kerosinpreise und Rückgang der Passagierzahlen nach Fernost) sah sich Air Berlin jedoch gezwungen, die gerade aufgenommenen Verbindungen von Düsseldorf nach China als vorgesehenen „Verbesserungsmarkt“ kurzfristig zu reduzieren bzw. wieder aufzugeben. Damit waren diese Verbindungen wie auch ursprünglich geplante weitere Langstreckenverbindungen als mögliche Verbesserungsmärkte entfallen. Nicht zuletzt aufgrund des stark abgefallenen Aktienkurses von airberlin sahen sich Thomas Cook und Air Berlin nicht mehr in der Lage, an dem Zusammenschlussvorhaben festzuhalten. Die Anmeldung wurde von den Beteiligten im Juli 2008 zurückgenommen.

In den folgenden Monaten traten die deutschen Fluggesellschaften mit verschiedenen Bündnis-Konstellationen an die Öffentlichkeit, die den Konsolidierungsdruck in diesem Bereich deutlich machten. Insbesondere die Low-Cost- und Charterfluggesellschaften litten unter erheblichem Nachfragerückgang und daraus resultierenden Überkapazitäten. Auch die Lufthansa sah sich gezwungen, den Fortbestand der Regionalfluggesellschaft Eurowings sowie deren Tochter Germanwings zu überdenken. Zunächst war geplant, diese beiden Fluggesellschaften mit der Ferienfluggesellschaft der TUI, TUIfly, in einem Gemeinschaftsunternehmen zu verschmelzen. Nach der gescheiterten Übernahme der Condor durch Air Berlin versuchte Condor zunächst, sich dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen anzuschließen. Die Gespräche scheiterten schließlich im September 2008. Daneben versuchte TUIfly ihre vor mehreren Jahren geplante, jedoch gescheiterte Beziehung zu Air Berlin wieder aufzunehmen. Konkrete Anmeldungen liegen den Bundeskartellamt jedoch nicht vor.

## 2. Reservierungssysteme

Beim Bundeskartellamt sind im Jahr 2008 verschiedene Eingaben von Reisebüros bzw. Reisebüroverbänden und der Amadeus IT Group SA hinsichtlich des sog. „Vorzugspreismodells“ der Deutschen Lufthansa AG eingegangen. Das Vorzugspreismodell – mit dem die Lufthansa ihre Kosten für den Ticketvertrieb über Computerreservierungssysteme (CRS) deutlich senken möchte – wurde zum 1. Juli 2008 eingeführt. Es baut auf den vielfältigen

Vertragsbeziehungen zwischen Reisebüros, CRS-Anbietern und Fluggesellschaften auf. Im Rahmen dieser Beziehungen werden die wesentlichen Kosten für die Nutzung eines CRS (in Deutschland) bislang von den Fluggesellschaften getragen, die pro CRS-Buchung eine bestimmte Gebühr (max. ca. 30 Euro) an das jeweilige CRS abführen müssen. Zudem verpflichten sich die Fluggesellschaften, in die Reservierungssysteme ihre jeweils günstigsten Preise und Verfügbarkeiten einzustellen. Die Reisebüros entrichten lediglich eine geringe monatliche Grundgebühr, erhalten im Gegenzug von den CRS-Betreibern aber Rückvergütungen (sog. „Incentives“) für jede über das betreffende System durchgeführte Buchung. Hintergrund für die Gewährung der Incentives ist die Tatsache, dass die Anbieter der verschiedenen Reservierungssysteme gegenüber den Reisebüros im Wettbewerb stehen. Mit dem Vorzugspreismodell möchte Lufthansa nunmehr die von ihr zu entrichtenden CRS-Gebühren auffangen und an die Reisebüros weiterreichen, die nach ihrer Auffassung derzeit an den CRS-Gebühren nicht adäquat beteiligt werden. Hierzu werden die Reisebüros im Rahmen der Vorzugspreisprogramms für jede mittels eines CRS erfolgte Ticketbuchung zur Entrichtung einer sog. „Vorzugspreisgebühr“ (maximal ebenfalls ca. 30 Euro pro Ticket) verpflichtet. Im Gegenzug gewährt Lufthansa den Reisebüros weiterhin Zugang zu den günstigsten Preisen (sog. „Vorzugspreise“) und Verfügbarkeiten. Die Einführung des Vorzugspreismodells hat dazu geführt, dass sich die Anbieter von zwei kleineren CRS (Sabre, Travelport) dazu entschlossen haben, ihre Gebühren deutlich zu senken. Daraufhin hat Lufthansa mit diesen Anbietern Vereinbarungen geschlossen, nach denen für Buchungen über deren Systeme keine Vorzugspreisgebühr mehr erhoben wird. Die Anbieter von Sabre und Travelport versprechen sich hiervon einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Amadeus, über den deutschlandweit derzeit mit Abstand die meisten Ticketbuchungen abgewickelt werden. Während die Eingaber zunächst vor allem die Rechtmäßigkeit des Vorzugspreismodells insgesamt in Frage gestellt hatten – namentlich im Hinblick auf die §§ 19, 20 bzw. Artikel 81, 82 EG –, wandten sich einzelne Eingaber später nur noch gegen die Modalitäten der Umsetzung des Modells. Amadeus hingegen ist der Auffassung, dass das geänderte Vorzugspreismodell gegen die §§ 19, 20 bzw. Artikel 81, 82 EG verstößt. Denn indem Lufthansa eine Vorzugspreisgebühr für Buchungen über Amadeus fordere, während für Buchungen über Sabre und Travelport keine Gebühr (mehr) erhoben würde, diskriminiere Lufthansa Amadeus ohne sachlichen Grund gegenüber Sabre und Travelport. Das Bundeskartellamt hat allen Eingabern mitgeteilt, dass es von seinem insoweit bestehenden Aufgreifermessen dahingehend Gebrauch macht, vorerst kein Missbrauchsverfahren gegen Lufthansa einzuleiten. Unabhängig von der rechtlichen Bewertung des Vorzugspreismodells kann die sich nunmehr abzeichnende Entwicklung, dass Reisebüros auch über die kleineren CRS-Anbieter buchen, dazu führen, dass die im Bereich von CRS seit vielen Jahren relativ verfestigten Marktstrukturen aufgebrochen werden.

## Nachrichtenübermittlung (64)

### A. Telekommunikation

#### Serviceprovider

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile der debitel Konzernfinanzierungs GmbH durch die freenet AG freigegeben. Das Zielunternehmen debitel ist im Wesentlichen im Bereich des Mobilfunks tätig und bietet daneben in geringerem Umfang Breitbandzugänge zum Internet (DSL) und Festnetztelefonie an. Der Erwerber freenet ist als Anbieter von Internetzugangsdiensten und Festnetztelefonie tätig und unter der Marke „Mobilcom“ ebenfalls als Mobilfunk-Anbieter aktiv. Sowohl debitel als auch freenet sind sog. Mobilfunk-Serviceprovider, die Endkunden Mobilfunkdienste im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anbieten, aber nicht über eigene Netzinfrastruktur verfügen. Der Zusammenschluss wirkte sich schwerpunktmäßig auf den Mobilfunkmärkten aus. Im Bereich der Internetzugänge und der Festnetztelefonie war der Zusammenschluss mit Marktanteilen unterhalb von 15 % erkennbar unproblematisch; insbesondere war der Zuwachs durch das Zielunternehmen debitel nur gering. Im Mobilfunkbereich betraf der Zusammenschluss zum einen die Mobilfunkendkundenmärkte, bei denen das Bundeskartellamt separate sachliche Märkte für Sprachtelefonie (inklusive SMS) und Mobilfunk-Datendienste abgrenzte. Auf dem Markt für Mobilfunk-Sprachtelefonie erzielte die neue Einheit freenet/debitel die dritthöchsten Marktanteile hinter den beiden Mobilfunknetzbetreibern T-Mobile und Vodafone. Es konnte jedoch ausgeschlossen werden, dass der Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung eines wettbewerbslosen Oligopols auf diesem Markt führt; die Entstehung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung war von vornherein nicht ersichtlich. Zwischen freenet/debitel und den beiden größten Mobilfunknetzbetreibern bestanden erhebliche strukturelle Unterschiede, die oligopolistisches Parallelverhalten jedenfalls bei freenet/debitel unwahrscheinlich machen. Insbesondere verfügte freenet/debitel im Unterschied zu T-Mobile und Vodafone nicht über ein eigenes Mobilfunknetz, sondern war auf Vorleistungen der Netzbetreiber angewiesen und kauft auch von sämtlichen Netzbetreibern Mobilfunk-Minuten ein. Entsprechend eingeschränkt war der wettbewerbliche Handlungsspielraum des Unternehmens im Vergleich zu den Netzbetreibern, insbesondere auch bei der Preisgestaltung. Diese Einschränkung ist wiederum nicht auf das Verhältnis zu T-Mobile und Vodafone beschränkt, sondern besteht gegenüber allen Netzbetreibern. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunk-Datendienste war der Marktanteil von freenet/debitel deutlich niedriger. Hier waren deshalb erst recht keine Wettbewerbsprobleme zu erwarten. Zum anderen hat das Bundeskartellamt geprüft, ob der Zusammenschluss zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Nachfragemarkt für den Zugang und den Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen führen würde. Auch dies konnte verneint werden. Das Bundeskartellamt hatte dabei – in Übereinstimmung mit der Marktanalyse der Bundesnetzagentur in ihrer Festlegung vom 26. Juli 2007 für Zugang

und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen ([www.bundesnetzagentur.de/media/archive/12191.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/12191.pdf)) – einen eigenständigen Markt für Vorleistungen für Serviceprovider abgegrenzt, der Sprachtelefonie und SMS auf GSM- und UMTS-Netzen umfasst. Anbieter auf diesem Markt waren die vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber, von denen drei – T-Mobile, Vodafone und E-Plus – aufgrund der Bedingungen in ihren Mobilfunklizenzen dazu verpflichtet sind, Serviceprovider zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu beliefern. Auch O2 beliefert inzwischen Serviceprovider, obwohl die entsprechende Lizenz keine Verpflichtung hierzu enthält. Freenet/debitel war nach dem Zusammenschluss mit weitem Abstand der führende Nachfrager auf diesem Markt. Die Rahmenbedingungen dieses Marktes erlaubten es dem Unternehmen allerdings trotzdem nicht, Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern auszuüben oder Konditionen zu verlangen, die kleinere Serviceprovider in ihrem Wettbewerbsverhalten einschränken würden. Auch große Serviceprovider wie freenet/debitel sind nämlich zwingend auf die Vorleistungen der Mobilfunknetzbetreiber auf der Marktgegenseite angewiesen, die zudem auf den Endkundenmärkten mit ihnen im Wettbewerb stehen. Aufgrund der Nichtdiskriminierungsverpflichtung in den Lizenzen von drei der vier Netzbetreiber sind diesen Anbietern günstigere Vorleistungspreise für größere Serviceprovider gar nicht möglich. O2 als vierter Netzbetreiber verhält sich bei der Preisbildung entsprechend. Sonstige Konditionen (wie Prämien, Werbekostenzuschüssen und Boni) sind dem Vertriebsmarkt zuzurechnen. Hierbei sind Differenzierungen möglich, allerdings stehen debitel/freenet auf diesem nachgelagerten Markt auch im Wettbewerb zu großen Vertriebsunternehmen, die nicht Serviceprovider sind. Aufgrund der Gestaltung der Serviceproviderverträge und der Marktbedingungen auf den Endkundenmärkten mit langen Mindestvertragsdauern ist es Serviceprovidern zudem nur eingeschränkt möglich, Kunden auf andere Netze umzuberaten, um auf diese Weise Mobilfunknetzbetreiber zu „disziplinieren“. Aus diesem Grund hatte auch die Bundesnetzagentur in ihrer Marktanalyse des Vorleistungsmarkts (a. a. O., S. 79 f.) das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht durch Serviceprovider verneint.

#### National Roaming

Das Bundeskartellamt hat die Beschränkung sog. Barring-Rechte in einer Klausel des National-Roaming-Vertrages für das GSM-Netz (Mobilfunk der zweiten Generation „2G“) der beiden Mobilfunknetzbetreiber Telefónica O2 (O2) und T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile) nach Artikel 81 EG und § 1 geprüft und abgemahnt. Die Parteien haben daraufhin den Verstoß durch eine Ergänzungsvereinbarung beseitigt. Das Verfahren wurde mit einer Entscheidung nach § 32c abgeschlossen.

Unter Roaming ist die Fähigkeit eines Mobilfunkteilnehmers zu verstehen, in einem anderen Mobilfunknetz (dem sog. Gastnetz) als dem seines eigenen Mobilfunkanbieters (dem sog. Heimatnetz), automatisch Anrufe empfangen oder tätigen bzw. Daten verschieken oder empfangen zu können. Beim National Roaming ist dieses – im Ge-

gensatz zum International Roaming (oder Auslandsroaming) – auf das Inland beschränkt, folgt aber im Wesentlichen derselben Technik. Umgesetzt wird das Roaming durch sog. Roaming-Agreements, die die Mitbenutzung fremder Netze zum Ziel haben in Gebieten, in denen ein eigener Netzausbau nicht bzw. noch nicht stattgefunden hat. Auf diese Weise ist trotz eines fehlenden eigenen Netzes das flächendeckende Angebot der Mobilfunkleistungen möglich. O2 hat im Jahr 1997 als vierter und letzter Mobilfunknetzbetreiber eine GSM-Lizenz erworben, die im Gegensatz zu den anderen vergebenen Lizenzen keine Netzausbauverpflichtung vorsah, sondern lediglich eine Versorgungspflicht, die somit auch durch National Roaming mit einem anderen Netz erfüllt werden konnte. Nachdem O2 einige Jahre National-Roaming-Dienstleistungen über ein Verfahren der Swisscom AG bezogen hat, schloss das Unternehmen im Jahr 2000 mit T-Mobile eine National-Roaming-Vereinbarung für das 2G-Netz, mit dem T-Mobile National-Roaming-Dienstleistungen zugunsten von O2 gegen die pauschale Vergütung von Minutenkontingenten erbringt.

Wird während des National Roamings – wie es bei O2 seit dem Erwerb günstigerer Frequenzen im Jahr 2006 der Fall ist – das Heimnetz parallel ausgebaut, kommt es zu überlappenden Versorgungsgebieten, in denen die O2-Kunden für beide Netze zur Nutzung autorisiert sind. Die Aufrechterhaltung des Roamings in überlappenden Versorgungsgebieten kann dabei nicht unerhebliche Einschränkungen der Nutzung des ausgebauten Heimatnetzes mit sich bringen, die durch Netzwechsel während eines Gesprächs oder im Stand-By-Modus des Endgeräts erzeugt werden. Die National-Roaming-Vereinbarung sieht hierfür das Recht von O2 vor, in von ihr angegebenen Bereichen des Mobilfunknetzes von T-Mobile, Roaming für O2-Kunden zu sperren (sog. Barring). Das Barring hat zur Folge, dass die O2-Kunden in gebarrten Gebieten nicht mehr auf das Netz von T-Mobile zugreifen können, sondern nur noch das bestehende O2-Netz benutzen können bzw. keine Netzversorgung haben, sofern in dem gebarrten Gebiet oder Teilen davon kein O2-Netz verfügbar ist. Ein Wechsel in das T-Mobile-Netz ist damit ausgeschlossen. Die Versorgungsgebiete von T-Mobile und O2 sind wegen unterschiedlicher Netzstrukturen allerdings nicht kongruent. Beim Barring kann es daher zu Versorgungslücken kommen, wenn T-Mobile ein größeres Gebiet barrt als O2 zu diesem Zeitpunkt ausgebaut hat. Umgekehrt können trotz des Barrings weiterhin überlappende Versorgungsgebiete mit den daraus resultierenden Nutzungsproblemen entstehen. Durch eine Ergänzungsvereinbarung zur 2G-National-Roaming-Vereinbarung wurde das Barring-Recht von O2 auf eine begrenzte Anzahl von Barringersuchen pro Jahr beschränkt.

Die Prüfung des Bundeskartellamtes gem. Artikel 81 EG und § 1 ergab, dass die Begrenzung der Anzahl der Barring-Rechte eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zwischen T-Mobile und O2 auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunk-Sprachdienste darstellt. Insbesondere führt die Barring-Beschränkung zu einer erheblichen Behinderung des Homezone-Produkts Genion von O2, einen wesentlichen Preisparameter auf dem relevanten Markt. Bei dem

Produkt Genion erhält der Endkunde bei Vertragsschluss zusätzlich zu seiner Mobiltelefonnummer auch eine Festnetznummer (geografische Rufnummer), über die er in einem festgelegten Gebiet ausgehend von einem von ihm zuvor bestimmten festen Standort erreichbar ist bzw. Anrufe tätigen kann. Damit kann der Kunde, solange er sich im O2-Netz und in der Homezone befindet, auf dieser Festnetznummer zu denselben Tarifen wie jede „echte“ Festnetznummer angerufen werden. Außerdem sind für Homezone-Kunden die Tarife für abgehende Anrufe aus der Homezone erheblich günstiger gegenüber den üblichen Mobilfunktarifen. Dazu muss er sich in seiner Homezone befinden, d. h. einem Radius von mindestens 500 Meter, der um einen von ihm zu bestimmenden Punkt (z. B. seinen Wohnsitz oder seinen Arbeitsplatz) gezogen wird. Erforderlich ist dabei, dass sich der Kunde im Netz von O2 (und nicht im T-Mobile-Netz) befindet, um die günstigen Homezone-Tarife für sich aber auch für die jeweiligen Anrufer der Homezone-Festnetznummer in Anspruch nehmen zu können. In den für das Homezone-Produkt ausgebauten Netz-Gebieten ist es für die Bereitstellung des Produktes erforderlich, dass das T-Mobile-Netz für die jeweiligen Gebiete gebarrt wird. Denn ohne ein Barring können die Homezone-Tarife wegen der möglichen Zellwechsel und Handover zum T-Mobile-Netz nicht hinreichend sichergestellt werden. Denn der Homezone-Tarif ist dann nicht abrechenbar, wenn der Genion-Kunde ein Gespräch zwar innerhalb der Homezone, jedoch im Netz von T-Mobile beginnt. Das Gespräch wird dann zum Mobilfunktarif abgerechnet und ist für O2 auch nicht als Homezone-Gespräch erkennbar. Umgekehrt zahlt der Anrufer, obwohl er die Festnetznummer des Genion-Kunden wählt, ein Gespräch in das D1-Mobilfunknetz, wenn das Endgerät bei Gesprächsbeginn im T-Mobile-Netz eingebucht ist. O2 kann das Produkt Genion in den ungebarrten, aber ausgebauten Gebieten daher nicht aktiv vermarkten. Darüber hinaus stellt auch die Ausgestaltung und tatsächliche Handhabung des Barring-Verfahrens bei Beschränkung der Barring-Requests eine Behinderung des O2-Netzausbaus und insbesondere des Qualitätswettbewerbs dar. Denn der vereinbarte Abstimmungsprozess sah vor, dass O2 für jeden Barring-Request eine Anfrage einreicht und T-Mobile hierauf anhand der eigenen Netz-Struktur einen für O2 praktisch nicht vorhersehbaren Gegenvorschlag macht. Die Struktur des T-Mobile-Netzes war O2 nicht bekannt, so dass sich die genauen Überlappungen und Lücken erst nach dem Gegenvorschlag ergeben. Durch das Erfordernis einer Zusammenfassung von Gebieten, die außerdem nach der Vereinbarung in einer spezifischen Weise zusammenhängen mussten, potenzierte sich das Problem der Versorgungslücken erheblich. Das Barring in nicht ausgebauten Gebieten führt an den betroffenen Standorten in großem Ausmaß zu plötzlich schlechterem Netzempfang, abbrechenden Gesprächen, undeutlicher Sprachqualität und Funklöchern. Die Wettbewerbsbeschränkung war schon wegen des von T-Mobile und O2 gehaltenen Marktanteils auf dem von der Vereinbarung betroffenen Endkundenmarkt für Mobilfunk-Sprachtelefoniedienstleistungen, auf dem die beteiligten Unternehmen Wettbewerber sind, spürbar. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes

erreichte T-Mobile im Jahr 2007 einen wertmäßigen Marktanteil von 25 % – 35 %. O2 kam auf 5 % – 15 % Marktanteil. Darüber hinaus ist die festgestellte Marktstruktur auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunk-Sprachtelefonien wettbewerblich problematisch, so dass die hier betroffenen Wettbewerbsparameter besonders schützenswert sind. Denn es spricht einiges dafür, dass die Unternehmen T-Mobile und Vodafone auf diesem Markt (gemeinsam) über eine erhebliche Marktmacht verfügen, der seitens O2 und E-Plus derzeit kein effektiver Außenwettbewerb gegenübersteht.

## B. Post

Das Marktvolumen im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen beträgt in Deutschland seit dem Jahr 2000 weitgehend konstant etwa 10 Mrd. Euro pro Jahr (im Jahr 2007: 10,097 Mrd. Euro). Die Sendungsvolumina sind von 16,585 Mrd. Sendungen im Jahr 2000 auf 17,585 Mrd. Sendungen im Jahr 2007 gestiegen. Durch die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG (DPAG), die bis zum 31. Dezember 2007 bestand (S. 26), waren zuletzt etwa 50 % des Gesamtmarktes von vorn herein der DPAG vorbehalten und damit dem Wettbewerb entzogen. Der kumulierte Marktanteil der Wettbewerber der DPAG im gesamten Bereich der Postdienstleistungen – also im Exklusivlizenzbereich und im dem Wettbewerb geöffneten Bereich – belief sich im Jahr 2007 auf etwa 13 % (Bundesnetzagentur, Elfte Marktuntersuchung – Lizenzpflichtige Postdienstleistungen, September 2008).

Der Berichtszeitraum war in seinem ersten Jahr gekennzeichnet durch das Bestreben der bedeutenderen Anbieter unter den Wettbewerbern der DPAG, ihre Marktstellungen durch externes Wachstum zu stärken. Hierbei stachen insbesondere die zu der Zeit führenden Wettbewerber, die PIN Group AG und TNT N.V., hervor.

Im Sommer 2007 prüfte das Bundeskartellamt das Vorhaben der Axel Springer AG, die Mehrheit der Anteile und die Kontrolle an der PIN Group AG zu erwerben und gab dieses Vorhaben innerhalb der Monatsfrist frei. Die PIN Group AG war im Jahr 2005 als Gemeinschaftsunternehmen der Rosalia AG (Luxemburg) sowie der Verlagsgruppen Axel Springer AG, Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG und der WAZ Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs-KG gegründet worden, in das die beteiligten Presseunternehmen ihre jeweiligen Aktivitäten im Bereich der Postdienstleistungen einbrachten und sie so zusammenführten (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 155). Nach Übernahme durch die Axel Springer AG meldete die PIN Group AG im Herbst 2007 das Vorhaben an, alle Anteile an der West Mail Zustelldienste GmbH zu erwerben. Auch dieses Vorhaben konnte innerhalb der Monatsfrist freigegeben werden. Die West Mail Zustelldienste GmbH war im Herbst 2006 durch das Zusammenführen der Briefdienstaktivitäten mehrerer regionaler Zeitungsverlage – M. DuMont Schauberg, Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft und Girardet – mit Schwerpunkt in Nordrhein-Westfalen gegründet worden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 155). Mit dem Erwerb der Kontrolle

an der PIN-Gruppe und der anschließend weiter vorangetriebenen Expansion der PIN-Gruppe signalisierte die Axel Springer AG, dass sie – wohl im Hinblick auf das Auslaufen der Exklusivlizenz der DPAG zum 31. Dezember 2007 – ein unternehmensstrategisches Interesse am Postdienstmarkt hatte, das über ihre bisherige Finanzbeteiligung an der PIN-Gruppe deutlich hinausging.

Als zweiter führender Wettbewerber der DPAG neben der PIN-Gruppe hatte sich bereits in vorangegangenen Berichtszeiträumen die niederländische TNT N.V. etabliert. Die TNT N.V. erwarb im Berichtszeitraum weitere Beteiligungen an regionalen Postdienstleistungsunternehmen, womit sie ihre Stellung im Markt konsolidierte.

Eine deutliche Wende in der Marktentwicklung zeichnete sich zum Ende des Jahres 2007 ab. Zur selben Zeit, zu der – entsprechend den Forderungen der DPAG – die Einführung eines gesetzgeberisch veranlassten Mindestlohns im Postdienstleistungsbereich vorbereitet wurde (S. 26), offenbarten sich in der PIN-Gruppe zunehmende wirtschaftliche Probleme, die zur Insolvenz der PIN Group AG und mehrerer ihrer Tochterunternehmen und zum deutlichen Bedeutungsverlust der PIN-Gruppe als einem entscheidenden wettbewerblichen Faktor im Postbereich führten. Im Zuge der Insolvenzen in der PIN-Gruppe wurden seit Anfang 2008 mehrere Zusammenschlüsse zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung angemeldet, die alle unbedenklich waren und innerhalb der Monatsfrist freigegeben werden konnten. Insbesondere Zeitungsverlage bzw. Verlagshäuser wie der Axel Springer Verlag, die WAZ-Gruppe sowie die Georg von Holtzbrinck-Gruppe zeigten sich an einem Rückkauf ihrer ehemaligen Tochtergesellschaften, die sie vormalig in die PIN Group eingebracht hatten, interessiert.

Abgeschlossen ist das Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die DPAG wegen unbilliger Behinderung und sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung i. S. v. § 20 Absatz 1 und Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Artikel 82 EG im Zusammenhang mit der Gewährung von Teilleistungszugang (§ 28 PostG). Das Bundeskartellamt hatte im Jahr 2005 der DPAG untersagt, konkurrierenden Postdienstleistern den Zugang zu Teilleistungen und die Gewährung von Teilleistungsrabatten für Briefsendungen unterhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz (§ 51 Absatz 1 Satz 1 PostG) in diskriminierender Weise zu verweigern. Gegen diese Untersagungsverfügung hatte die DPAG Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte mit Beschluss vom 13. April 2005 (VI – Kart 3/05 (V)) den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 164 f.). Für die im Hauptsacheverfahren zu treffende Entscheidung war von wesentlicher Bedeutung, wie § 51 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 Nummer 5 PostG unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften über die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaften und die

Verbesserung der Dienstqualität ausulegen und wie die relevanten Vorgaben der Richtlinie selbst zu verstehen sind. In Frage stand insbesondere, ob die DPAG im Rahmen der Exklusivlizenz des § 51 Absatz 1 Satz 1 PostG verpflichtet ist, Wettbewerbern diskriminierungsfreien Teilleistungszugang zu gewähren. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte das Hauptsacheverfahren ausgesetzt, da das Verwaltungsgericht Köln dem Europäischen Gerichtshof nach Artikel 234 EG in mehreren Verfahren eine gleichgelagerte Auslegungsfrage vorgelegt hatte. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 6. März 2008 (verb. Rs. C-287/06 bis C-292/06) entschieden, dass die Richtlinie 97/67/EG so auszulegen ist, dass sie dem entgegensteht, dass Unternehmen, die Postsendungen mehrerer Absender gewerblich und in eigenem Namen zusammenfassen, Sondertarife verweigert werden, die der nationale Anbieter von Universalpostdienstleistungen im Bereich seiner Exklusivlizenz Geschäftskunden für die Einlieferung von Mindestmengen vorsortierter Sendungen in seinen Briefzentren gewährt. Daraufhin hat die DPAG am 25. April 2008 ihre Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes zurückgenommen. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes ist damit bestandskräftig.

### **C. Beteiligung an Verfahren der Bundesnetzagentur (BNetzA)**

#### **1. Telekommunikation**

Auf die Zusammenarbeit mit der BNetzA im Telekommunikationsbereich beim Marktanalyseverfahren geht im Ersten Abschnitt, Teil II, das Kapitel 2.3.1 ein (S. 24 f.).

#### **2. Post**

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum entsprechend § 48 PostG zu beabsichtigten Regulierungsentscheidungen der BNetzA Stellung genommen. Von übergreifender Bedeutung war hierbei das Verfahren der BNetzA zur Price-Cap-Regulierung der Entgelte für lizenzpflichtige Postdienstleistungen ab dem 1. Januar 2008. Mit dieser Entscheidung wurde der Pfad der zulässigen Entwicklung der Entgelte für regulierungspflichtige Briefdienstleistungen der DPAG über die nächsten vier Jahre abgesteckt. Das Bundeskartellamt hat es begrüßt, dass die Entgeltregulierung mittels eines Price-Cap-Verfahrens nach § 21 Absatz 1 Nummer 2 PostG durchgeführt wurde und hat die verwendete Price-Cap-Formel, wie auch die Entscheidung der BNetzA, die weiterhin der ex-ante Entgeltregulierung unterliegenden Leistungen der gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1 000 Gramm beträgt, in einem einzigen Korb zusammenzufassen, als sachgerecht erachtet. Aus Sicht des Bundeskartellamtes war jedoch kritisch anzumerken, dass unklar blieb, wie sich die tatsächlichen Entgelte, die Ausgangspunkt der Regulierungsentscheidung waren, zu den Kosten der effizienten Leistungserstellung verhielten (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 210).

### **Kreditgewerbe (65)**

#### **A. Fusionskontrolle**

##### **1. Allgemein**

Die Konsolidierung im Banken- und Sparkassensektor setzte sich im Berichtszeitraum weiter fort (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 158 f.). Die Zahl der Kreditinstitute reduzierte sich im Zeitraum von 2006 bis 2008 von 2 300 auf nur mehr etwa 2 250; die Zahl der Bankstellen in Deutschland verringerte sich im gleichen Zeitraum von 42 600 auf rund 42 100. Am stärksten fand die Konzentration im Genossenschafts- und im Sparkassensektor statt, wobei hier mangels Erreichens der Umsatzschwellen des § 35 eine Anmeldepflicht beim Bundeskartellamt in der Regel nicht gegeben war.

##### **2. Fusionen als Folge von Gebietsreformen**

Aus gegebenem Anlass war zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fusion von Sparkassen infolge einer kommunalen Gebietsreform einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellt. Das Bundeskartellamt geht jedenfalls grundsätzlich davon aus, dass die Sparkassen i. S. d. § 36 Absatz 2 von den die jeweilige Träger-schaft ausübenden Gebietskörperschaften beherrscht werden. Diese gelten, soweit sie zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftreten, als Unternehmen i. S. d. GWB. Damit sind die von den Gebietskörperschaften bei deren unternehmerischer Tätigkeit erzielten Einnahmen den Sparkassen gemäß § 36 Absatz 2 zurechenbar. Bei einer Gebietsreform ist der Anknüpfungspunkt für einen Zusammenschlussstatbestand weniger ein unmittelbarer Zusammenschluss zwischen den beiden betroffenen Sparkassen. Vielmehr hat die Zusammenlegung der Gebietskörperschaften zur Folge, dass die von diesen beherrschten Sparkassen danach als zusammengeschlossen gelten. Dabei kommt als Zusammenschlussstatbestand insbesondere § 37 Absatz 1 Nummer 2 (Kontrollerwerb) in Betracht. Insofern sind auch Zusammenschlüsse von Sparkassen, die eine Folge von Gebietszusammenlegungen sind, anzumelden, wenn die Umsatzschwellen des § 35 überschritten sind und ein Zusammenschlussstatbestand des § 37 erfüllt ist.

##### **3. Auswirkungen der weltweiten Finanzkrise**

Bereits im Vorfeld, aber auch im Zuge der weltweiten Finanzkrise des Jahres 2008 kam es vereinzelt zu Turbulenzen bei deutschen Kreditinstituten, die in der Folge auch die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes berührten. So wurde die Sächsische Landesbank AG nur aufgrund ihrer Übernahme durch die Landesbank Baden-Württemberg vor der Insolvenz gerettet. Später gerieten weitere Banken in den Sog der Krise und wurden ebenfalls zum Gegenstand von Übernahmen: In Deutschland beteiligte sich der Finanzinvestor Lone Star Funds mehrheitlich an der IKB Deutsche Industriekreditbank, der Bundesverband Deutscher Banken erwarb über ein Tochterunternehmen die Düsseldorfer Hypothekenbank und die japanische Nomura Bank übernahm Vermögenswerte der

Lehman Brothers Bank, die deutsche Tochter des in die Insolvenz geratenen US-amerikanischen Kreditinstitutes Lehman Brothers Inc. Keiner dieser Zusammenschlüsse führte zu wettbewerblich problematischen Marktstellungen.

#### 4. Großbankfusionen

Das im Berichtszeitraum herausragendste Ereignis im Bankensektor war aus wettbewerblicher Sicht die Neuordnung innerhalb der Gruppe der fünf deutschen Großbanken, zu welcher u. a. die Deutsche Bank, die Commerzbank, die Dresdner Bank sowie die Postbank gehören. Die Deutsche Bank beteiligte sich mit einer Minderheitsbeteiligung von unter 30 % an der Postbank mit einer Option auf den Erwerb der Anteilsmehrheit. Die Commerzbank erwarb Kontrolle über die Dresdner Bank; im Gegenzug erhielt die vormalige Konzernmutter der Dresdner Bank, die Allianz SE, eine Minderheitsbeteiligung an der Commerzbank sowie die Kontrolle über das bisherige Tochterunternehmen der Commerzbank, die Cominvest. Betroffen war in beiden Fällen eine Vielzahl von Geschäftsbereichen, so das Einlagen- und das Kreditgeschäft im Privatkunden- und im Firmenkundengeschäft sowie das Kreditkartenissuing und –acquiring und die Zahlungsverkehrsabwicklung. Die Zusammenschlüsse in diesem Bereich waren fusionskontrollrechtlich unproblematisch, da sowohl bei regionaler Betrachtungsweise – etwa beim filialgebundenen Retail-Privatkundengeschäft – als auch unter Zugrundelegung nationaler Märkte marktbeherrschende Stellungen nicht erreicht oder verstärkt wurden. Ein weiteres im Berichtszeitraum angemeldetes Vorhaben betraf den Zusammenschluss der beiden genossenschaftlichen Zentralbanken, DZ Bank und WGZ Bank. Betroffen war hier – neben dem Privat- und Firmenkundengeschäft – insbesondere die Zentralbankfunktion für die jeweiligen Mitgliedsbanken. Doch auch hier waren nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Absatz 1 nicht erfüllt.

#### 5. Börsen

Das Bundeskartellamt hatte im Berichtszeitraum den Zusammenschluss der SWX Group, zu welcher u. a. die SWX Swiss Exchange AG gehört, der SIS Swiss Financial Services Group AG, einem Finanzdienstleister insbesondere für Börsengeschäfte, und der Telekurs Holding AG, einem Zahlungsdienstleistungsunternehmen, geprüft. Betroffen waren in erster Linie die Bereiche Börsennotierung, Börsenhandel, Clearing, Settlement und Interbankenzahlungsverkehr. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab, dass horizontale Überschneidungen bei den Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen nur ganz am Rande stattfanden; soweit deutschlandweite Märkte betroffen waren, lagen zudem keine oder nur unbedeutende vertikale Beziehungen zwischen den Zusammenschlussbeteiligten vor. Mithin konnte das Vorhaben freigegeben werden. Im Bereich des börslichen Energiehandels hatte das Bundeskartellamt die Erhöhung des An-

teils der Eurex Zürich AG, eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens der Deutschen Börse AG und der SWX Swiss Exchange AG, an der European Energy Exchange AG geprüft. Betroffen waren hier der Spotmarkt und der Terminhandel mit Strom, Erdgas, Zertifikaten und Kohle sowie das Clearing. Auch dieses Vorhaben begegnete keinen durchgreifenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken und konnte daher innerhalb der Monatsfrist freigegeben werden.

#### 6. Ergänzende Dienstleistungen

Auch der Markt für Zahlungsverkehrsabwicklung bleibt weiterhin in Bewegung. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Erwerb des Geschäftsbereiches Card Solutions der Experian Deutschland durch die Holdinggesellschaft des Netzbetriebsdienstleisters easycash GmbH, den Erwerb von Vermögenswerten der Pago eTransaction Services GmbH durch die Deutsche Bank AG sowie den Erwerb von Vermögenswerten des Geschäftsbereiches CardCash der BV Zahlungssysteme GmbH durch die easycash GmbH freigegeben. Betroffen von den Zusammenschlüssen waren im Wesentlichen Dienstleistungen, die die Betreuung von Kundenkarten sowie die Abwicklung von Debit- und Kreditkartenzahlungen vom Zahlungsort bis zur Belastung des Kundenkontos umfassen. In allen Fällen war die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten.

#### B. Kartell- und Missbrauchsaufsicht

##### 1. Interbankenentgelte von MasterCard und Visa

Das Bundeskartellamt hat weiterhin geprüft, ob die Interbankenentgelte (Domestic Multilateral Interchange Fees MIF) – also die nationalen Interbankenentgelte, die bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen mit MasterCard- und VISA-Kreditkarten in Deutschland von der Bank des Händlers an die Bank des Karteninhabers abzuführen sind – zu Beschränkungen des Wettbewerbs in Deutschland führen und daher einen Verstoß gegen §§ 1 und 19 und möglicherweise auch Artikel 81 und 82 EG darstellen (TB 2005/2006, S. 159). Die Europäische Kommission hat die grenzüberschreitenden Interbankenentgelte von MasterCard im Dezember 2007 in ihrer derzeitigen Form untersagt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission trieben die Interbankenentgelte von Mastercard die Kosten des Einzelhandels künstlich in die Höhe, ohne dass ihre Existenz nachweislich zu Effizienzgewinnen führte. MasterCard und damit auch die am MasterCard System beteiligten Banken haben vor diesem Hintergrund mit Wirkung vom Juni 2008 die Erhebung der grenzüberschreitenden MIF bis auf weiteres ausgesetzt. Von der Möglichkeit, Vorschläge für eine modifizierte mit Artikel 81 EG vereinbare MIF vorzulegen, haben weder Mastercard noch die beteiligten Banken bislang Gebrauch gemacht. Zu Beginn des Jahres 2008 hat die Europäische Kommission zudem die Prüfung der entsprechenden MIF von Visa wieder aufgenommen.



## 2. Kooperationen der Ostdeutschen Sparkassen

Der Ostdeutsche Sparkassen- und Giroverband (OSV) beabsichtigte die Einführung eines neuen Online-Produktes („bestzins“) auf Seiten der Sparkassen. Dabei sollen über das Internet bestimmte Produkte (zunächst Einlagen, ggf. später auch Kredite) an Endkunden vertrieben werden, wobei dem Vertragsabschluss ein Bieterverfahren der teilnehmenden Sparkassen vorausgeht. Hierbei treten die Einzelsparkassen in dem Online-Angebot gemeinsam unter der Bezeichnung „bestzins“ auf. Das Bundeskartellamt hat geprüft, ob diese Produkte zu einem abgestimmten, wettbewerbsbeschränkenden Verhalten der teilnehmenden Kreditinstitute führen. Sparkassen sind jeweils eigenständige Unternehmen mit einer eigenständigen Geschäftspolitik, die in einzelnen Bereichen auch durchaus als Wettbewerber agieren können. Durch die Schaffung eines gemeinsamen Produktes können gegebenenfalls nicht nur Preise und Konditionen für Einlagen und Privatkredite abgesprochen, sondern auch das Entstehen anderer Produkte verhindert werden. Allerdings ist bei diesem Vorhaben eine ständige Zusammenarbeit der Sparkassen nicht beabsichtigt; der Verbandsbeschluss zu „bestzins“ hat keinerlei Bindungswirkung für die einzelnen Mitgliedssparkassen des OSV. Das Bundeskartellamt hat dem Verband als dem Schöpfer dieser Produkte signalisiert, dass deren Lancierung dann nicht auf kartellrechtliche Bedenken nach § 1 und Artikel 81 EG stößt, wenn das gemeinsame, vereinheitlichte Vorgehen der beteiligten Sparkassen nicht missbräuchlich gehandhabt wird, d. h. Mindestzins, Zinsstufen und Tendergrößen nicht zur Vereinheitlichung und Kanalisierung der Angebote der Sparkassen missbraucht werden und zugleich teilnehmende Sparkassen nicht faktisch auf konkurrierende eigene Angebote verzichten.

Weiterhin plante der OSV die Einführung eines neuen kartengestützten Konsumentenkreditprodukts mit der Bezeichnung „SparkassenCard PLUS“. Es soll dem Kunden mittels einer Debitkarte ermöglichen, kleinere, revolving ausgestaltete Kreditvolumina direkt am Point of Sale, also etwa im Einzelhandel, zu nutzen. Die SparkassenCard PLUS soll als Debitkarte mit grundsätzlich unbegrenzter Laufzeit ausgestaltet werden. Jede Sparkasse legt individuell Produktmerkmale wie z. B. Mindest- und Maximalkreditbeitrag, Gebühren, Höhe der Soll- und Überziehungszinsen sowie Mindesttilgungsraten fest. Nach Vorprüfung kam das Bundeskartellamt zu der Auffassung, dass der OSV den Sparkassen damit lediglich die Möglichkeit eröffnet, ein weiteres Produkt zu vertreiben. Die wettbewerblichen Möglichkeiten der Sparkassen werden aufgrund der Möglichkeit, eigene konkurrierende Produkte anzubieten, insgesamt nicht beschränkt. Hinzu kommt, dass auch im Rahmen des Vertriebs der SparkassenCard PLUS weitgehend markeninterner Wettbewerb möglich ist. Dem OSV konnte daher mitgeteilt werden, dass ausgehend von den mitgeteilten Informationen zum fraglichen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken gegen die Einführung der SparkassenCard PLUS in der dargestellten Art und Weise bestanden.

## 3. Mitarbeiterbeteiligungsprogramme

Das Bundeskartellamt hat auf Beschwerden aus dem Bankensektor das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Bayer AG, das als Voraussetzung für den vergünstigten Erwerb von Mitarbeiterbeteiligungen die Eröffnung eines kostenpflichtigen Depots mitsamt Girokonto bei der Deutschen Bank AG vorsieht, auf die Vereinbarkeit mit §§ 1, 19, 20 überprüft. Aufgrund der Verbreitung ähnlich ausgestalteter Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, die einer bestimmten Partnerbank des das Programm aufliegenden Unternehmens Kunden zuführen, geht die Bedeutung der Beschwerde über den Einzelfall hinaus. Angesichts der von starkem Wettbewerb geprägten Privatkundenmärkte für Giro- und Depotkonten und angesichts der Möglichkeiten der Bayer-Mitarbeiter, jegliche anderen Aktien bei Konkurrenzbanken in Depots zu lagern und dort zusätzliche oft kostenfreie Girokonten zu eröffnen, kam das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass kein spürbarer Verstoß der vertikalen Bindung zwischen Bayer und der Deutschen Bank gegen § 1 vorliegt. Im Übrigen unterfällt die Abrede angesichts des deutlich unter 30 % liegenden Marktanteils der Deutschen Bank AG (als „Lieferant“ der Leistung Abwicklung des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms gegenüber der Bayer AG) auf dem letztlich betroffenen, ggf. regional abgegrenzten Markt für Privatkunden der Freistellung nach § 2 Absatz 2 i.V.m. der Vertikal-GVO. Eine marktbeherrschende Stellung i. S. v. §§ 19, 20 GWB der Bayer AG war ebenfalls nicht anzunehmen, da Mitarbeiteraktien trotz des vergünstigten Preises keine konkurrenzlose Anlageform darstellen und somit keinen eigenen Markt bilden. Der vergünstigte Preis wird vor allem mit einer Mindesthaltedauer ermöglicht, die ggf. höherpreisige normale Aktien sogar des gleichen Unternehmens aufgrund großer Flexibilität in Krisenzeiten oder bei kurzfristigen Wertsteigerungen attraktiver machen kann.

## Versicherungen (66)

### 1. Versicherungsvermittlung

Im Berichtszeitraum gab es einige Fälle der vertikalen Integration von Versicherungsvermittlern und Versicherungsunternehmen, teilweise mit horizontalen Wirkungen auf den betroffenen Vermittlungsmärkten. Mit zwei Fusionen stärkte die Sparkassen Pensionsmanagement GmbH (SPM), ein Gemeinschaftsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Versicherer und der DekaBank, ihre Beratungskompetenzen und das Produktangebot im Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Zunächst übernahm die SPM die ÖBAV Servicegesellschaft für betriebliche Altersversorgung öffentlicher Versicherer mbH (ÖBAV). Die ÖBAV bringt spezifische Erfahrungen mit Service und Verwaltung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ein. Später erfolgte die Übernahme der Heubeck AG durch die SPM. Die Heubeck AG war bis dahin als unabhängiger Berater im Bereich der betrieblichen Altersversorgung tätig. Durch die beiden – fusionskontrollrechtlich unbedenklichen – Zusammenschlüsse bietet die SPM nunmehr innerhalb der Sparkassen-

Finanzgruppe die Beratung für alle Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung an.

Mit dem erstgenannten Zusammenschluss einher ging die Gründung einer Mitversicherungsgemeinschaft aller öffentlich-rechtlichen Versicherer, um über ihre bisherigen räumlichen Tätigkeitsgebiete hinaus Versicherungsprodukte der betrieblichen Altersversorgung vertreiben zu können. Das Bundeskartellamt hatte den Unternehmen mitgeteilt, dass die beabsichtigte Mindestvertragslaufzeit der Mitversicherungsgemeinschaft von 10 Jahren nicht von der GVO-Versicherungswirtschaft gedeckt sei und die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG bzw. § 2 nicht erfülle.

Im Bereich der privatrechtlichen Versicherer führte der Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses an der MLP AG durch Swiss Life Holding AG, die bereits zuvor die Mehrheit an der AWD Holding AG übernommen hatte, nicht zu fusionskontrollrechtlichen Bedenken. MLP und AWD sind beide im Bereich der Beratung und Vermittlung von Finanzprodukten tätig. Swiss Life bietet insbesondere Altersversorgungslösungen für Firmen und Privatkunden sowie Lebensversicherungen an. Das Bundeskartellamt konnte die exakte Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offen lassen. In räumlicher Hinsicht war der Markt jeweils auf das Inland zu begrenzen. Selbst auf einem engen Markt für die Vermittlung von Altersversorgungsprodukten, zu denen neben Lebensversicherungen auch die geförderte Basis- und Riesterreute, die betriebliche Altersversorgung und private Rentenversicherungen zählen, erreichen AWD und MLP durch Marktanteilsaddition keine marktbeherrschende Stellung. AWD/MLP stehen auf diesem engen Markt im Wettbewerb zu den in den unterschiedlichen Vertriebswegen (unabhängige Vermittler, Strukturvertriebe, Bankvertrieb, Ausschließlichkeitsorganisationen) der Altersversorgungsprodukte tätigen Versicherungsvermittler. Offen bleiben konnte zum einen, ob der Eigenvertrieb der Versicherer neben dem Vertrieb durch unabhängige Dritte dem sachlich relevanten Produktmarkt zuzurechnen ist, zum anderen, ob von einem Gesamtmarkt für Allfinanzberatung – Kunden verlangen zunehmend maßgeschneiderte, ganzheitliche Finanzprodukte aus einer Hand, sodass eine klare Abgrenzung zwischen Bank- und Versicherungsprodukten immer mehr verwischt wird – auszugehen ist. Zwar schließen AWD/MLP zu dem mit Abstand führenden Allfinanzvertrieb Deutsche Vermögensberatung AG auf, gleichwohl besteht daneben erheblicher Wettbewerb angesichts einer Vielzahl weiterer Allfinanzvertriebe. In vertikaler Hinsicht konnte ein Marktverschließungseffekt durch die Einflussnahme von Swiss Life auf AWD und MLP ausgeschlossen werden.

## 2. Industrieversicherer

Im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Industrieversicherer (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 160) sind die gegen die Allianz Versicherungs-AG, die Württembergische Versicherung und gegen die jeweils persönlich betroffenen Vorstandsmitglieder ergangenen Bußgeldbescheide durch Einspruchrücknahme rechtskräftig geworden. Ins-

gesamt ist damit von der gesamten festgesetzten Bußgeldsumme von rund 150 Mio. Euro mittlerweile mehr als ein Viertel rechtskräftig geworden. Hinsichtlich der übrigen Nebenbetroffenen und persönlich Betroffenen sind weiterhin Verfahren beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig. Das Oberlandesgericht hat dem Bundeskartellamt mit Blick auf den Beschluss des Bundesgerichtshofes in Sachen „Papiergroßhandel“ (Bundesgerichtshof-Beschluss vom 19. Juni 2007, WuW/E DE-R 2225) Nachermittlungen aufgegeben, um zu überprüfen, ob es außerhalb Deutschlands geeignete räumliche Vergleichsmärkte gibt, die sich zur Ermittlung von Mehrerlösen eignen. Diese Nachermittlungen ergaben keine geeigneten Vergleichsmärkte. Der Beginn der mündlichen Verhandlung des Falles wird für März 2009 erwartet.

## 3. Versicherergemeinschaft Wiesbaden

Das Bundeskartellamt hat im August 2007 der Versicherergemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungs- und Treuhandwesen und deren Mitgliedern, der Allianz Versicherungs-AG, der AXA Versicherung AG, der R + V Allgemeine Versicherung AG und der Victoria Versicherung AG wegen des Verstoßes gegen § 1 bzw. Artikel 81 Absatz 1 EG unter Einräumung von zeitlich befristeten Übergangsregelungen untersagt, die Versicherung von Vermögensschadenhaftpflichtrisiken für im In- und Ausland tätige Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, vereidigte Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften – soweit sie nicht die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung der vier größten Wirtschaftsprüfergesellschaften betrifft – weiter in der Form der offenen Mitversicherung gemeinschaftlich zu betreiben (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S.160, 161). Offen gelassen in seiner Entscheidung hat das Bundeskartellamt, ob der von der Versicherergemeinschaft und ihren Mitgliedern geltend gemachte Arbeitsgemeinschaftsgedanke in Bezug auf die Versicherung der vier größten Wirtschaftsprüfergesellschaften (Big 4) trägt. Die Herausnahme der Big 4 aus dem Entscheidungstenor erfolgte im Rahmen des Ermessens. Bei der Ermessensentscheidung hat das Bundeskartellamt die konkreten Marktgegebenheiten berücksichtigt und insbesondere auch darauf abgestellt, dass die Big 4 große konzerngebundene und international tätige Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit einer beträchtlichen Nachfragemacht sind. Die Versicherergemeinschaft erreicht mit ihren Mitgliedern auf dem Markt für Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen für Wirtschaftsprüfer einen Marktanteil von über 50 %, wodurch die Marktanteilschwelle der GVO-Versicherung von 20 % deutlich überschritten ist. Auch nach Abwägung aller von der Gegenseite vorgetragenen Argumente im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen einer Freistellung gemäß § 2 bzw. Artikel 81 Absatz 3 EG hat das Bundeskartellamt das kumulative Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen verneint. Gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes haben die Versicherergemeinschaft und deren Mitglieder Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben und zugleich Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gemäß § 65 Absatz 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nummer 3 gestellt. Mit

Beschluss vom 27. September 2007 hat das Oberlandesgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerden der Versicherungsstelle und ihrer Mitglieder angeordnet. Mit Beschluss vom 3. September 2008 hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Bundeskartellamtes vollständig aufgehoben und die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Zwar hat das Oberlandesgericht bestätigt, dass die Tätigkeit der Beteiligten in der Versicherergemeinschaft eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt und nicht bereits als Arbeitsgemeinschaft von dem Verbot des Artikel 81 Absatz 1 EG bzw. § 1 ausgenommen ist. Allerdings ist das Oberlandesgericht der Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes nicht gefolgt und grenzt unter Berücksichtigung von Angebotsumstellungsflexibilität einen Markt ab, dem zumindest auch die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für die übrigen rechts-, wirtschafts- und steuerberatenden Berufe, also für Steuerberater, Notare und Rechtsanwälte zuzurechnen ist. Ausgehend von dieser weiten Marktabgrenzung hat das Beschwerdegericht einen Marktanteil der Versicherungsstelle von 16 % unterstellt. Diese Zahl beruht auf einer von den Beteiligten vorgenommenen Schätzung des Gesamtmarktvolumens. Eine Überprüfung der Schätzung durch Nachermittlungen erfolgte nicht. Das Oberlandesgericht sieht damit die Freistellungsvoraussetzungen der GVO-Versicherungen als erfüllt an. Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde hat das Bundeskartellamt Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 75 beim Bundesgerichtshof erhoben.

## Immobilien (70)

Deutschland hat seine Stellung als führender Markt für gewerbliche Immobilieninvestitionen in Europa behauptet. Der deutsche Immobilienmarkt war im Berichtszeitraum weiterhin durch rege Akquisitionsaktivitäten institutioneller Investoren geprägt. Das Investitionsvolumen in den größten europäischen Märkten ist im Laufe des Jahres 2008 allerdings zurückgegangen. Die Finanzmarktkrise hat auch zu einem wesentlichen Rückgang der anmeldspflichtigen Zusammenschlussvorhaben geführt. Im Jahr 2008 wurden ca. 40 % weniger Zusammenschlüsse angemeldet als im Jahr 2007.

## Datenverarbeitung und Datenbanken (72)

### 1. Sicherheitssoftware

Die Übernahme des australischen Anbieters von Sicherheitssoftware PCTools Holdings (PCTools) durch die Symantec Corp. (USA) hat das Bundeskartellamt in der ersten Phase freigegeben.

Der Markt für Sicherheits- und Schutzsoftware kann in die Bereiche Geschäftskunden und Privatkunden unterteilt werden. Zwar fragen kleinere gewerbliche Kunden und auch einige kleine und mittlere Unternehmen prinzipiell die gleichen Leistungen nach wie Privatkunden. Ab einer bestimmten Größe des IT-Netzwerks unterscheiden sich aber die (Schutz-) Bedürfnisse, da größere Unternehmen vermehrt Netzwerklösungen (sog. Gateway-Schutz) nachfragen. Außerdem nutzen Geschäftskunden überwiegend andere Vertriebskanäle (Fachhandel und System-

häuser) und nehmen nicht selten Serviceleistungen der Anbieter in Anspruch.

Zu Überschneidungen zwischen Symantec und PCTools kam es nur im Bereich Privatkunden. PCTools entwickelt und vertreibt Software zum Schutz vor sog. „Malware“. Als Malware werden insbesondere solche Schadprogramme bezeichnet, welche vom Benutzer unerwünscht und im Regelfall schädliche Funktionen ausführen. Hierzu werden üblicherweise Computerviren und -würmer, Trojanische Pferde, Backdoor-Programme, Spyware und Adware gerechnet.

Die am Markt angebotenen Internet-Schutzprogramme werden heute überwiegend als Suiten vertrieben, die typischerweise eine Firewall, ein Antivirusprogramm sowie weitere Schutzfunktionen, wie z. B. Pop-up-blocker, Content-Filter, SPAM-Filter oder Kindersicherungen enthalten. Die weite Verbreitung der Suiten trägt dem Bedürfnis vieler Nachfrager nach einem „Rundum-Schutz“ des Computers Rechnung. Die Produktionsumstellungsflexibilität der Anbieter ist ebenfalls hoch. Selbst kleinere Anbieter erweitern ihr Produktportfolio fortlaufend, um den wachsenden Schutz- und Sicherheitsbedürfnissen der Nachfrager Rechnung zu tragen. So hat jeder der in einer Studie des Marktforschungsunternehmens IDC aufgeführte Wettbewerber im Jahre 2008 neue Produkte mit erweiterten Funktionen auf den Markt gebracht. Angesichts dieser Umstände spricht nach Ansicht des Bundeskartellamtes vieles dafür, im Rahmen der Marktabgrenzung nicht nach den einzelnen Schutz- bzw. Programmfunktionen zu differenzieren, sondern von einem Markt für Sicherheits- und Schutzsoftwarelösungen für Privatkunden auszugehen.

Sicherheits- und Schutzsoftware für Privatkunden wird weltweit vertrieben. Lediglich die Sprache der Benutzeroberfläche wird typischerweise länderspezifisch angepasst. Da auch die Preise innerhalb der EU weitestgehend gleich hoch sind, spricht vieles dafür, dass der Markt für Sicherheits- und Schutzsoftware zumindest europaweit abzugrenzen ist.

Die Marktstellung von Symantec auf dem Privatkundenmarkt ist nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes bereits erheblich. Der Marktanteil, der schon vor dem Zusammenschluss die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung deutlich überstieg, ist durch den Zusammenschluss weiter gewachsen, allerdings nur im einstelligen Prozentbereich und bezogen auf einen Teilbereich des Marktes. Bei der Würdigung der Bedeutung der Symantec im Wettbewerb war darüber hinaus zu berücksichtigen, dass Symantec über eine starke Stellung im OEM-Geschäft verfügt. Große Computerhersteller und -händler bieten die Computer häufig mit bereits vorinstallierten Schutz- und Sicherheitsprogrammen an. Der Kunde erhält so die Möglichkeit, das Programm einige Zeit lang kostenlos zu testen. Nach Ablauf der Testphase kann der Kunde das Programm mit geringem Aufwand über das Internet käuflich erwerben. Hiervon machen viele Abnehmer Gebrauch. Kleinere Anbieter von Sicherheitssoftware können nur selten auf diesen Vertriebskanal zurückgreifen.

Dennoch hat das Bundeskartellamt die Marktbeherrschung von Symantec in diesem Fall verneint, da einige Gesichtspunkte derzeit noch gegen das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung sprachen und eine Entstehung durch den Zusammenschluss nicht angenommen werden konnte. So hat Symantec in den vergangenen Jahren – bei einem insgesamt wachsenden Marktvolumen – Marktanteile an die Wettbewerber verloren. Der Verhaltensspielraum der Symantec wurde bislang durch den zweitgrößten Anbieter, das US-amerikanische Unternehmen McAfee, und eine Vielzahl kleinerer Anbieter, die in manchen Ländern der EU relativ hohe Marktanteile aufweisen, im Prognosezeitraum beschränkt. Zudem ist im Jahr 2006 mit Microsoft ein zusätzlicher, ressourcenstarker Wettbewerber in den Markt eingetreten. Schließlich ist das Wettbewerbsumfeld der Beteiligten dadurch geprägt, das eigene Angebot ständig weiter entwickeln zu müssen, um auf die wachsende Bedrohung durch Malware angemessen reagieren zu können. Dies eröffnet Wettbewerbern grundsätzlich die Möglichkeit, die eigene Marktstellung durch innovative Produkte zu verbessern. Der Zusammenschluss mit PC-Tools hätte an dieser Situation nichts geändert, so dass die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung mit Erwerb dieses Unternehmens ausgeschlossen werden konnte.

## 2. Bankensoftware, Outsourcing

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Zusammenschluss der beiden vorwiegend im Sparkassen-sektor tätigen IT-Dienstleister Sparkassen Informatik GmbH & Co. KG (SI) und Finanz IT GmbH (FIT) nach intensiver Vorprüfung in der ersten Phase freigegeben. Gesellschafter beider Unternehmen sind die jeweiligen regionalen Sparkassenverbände im Süden und Westen (SI) bzw. Norden und Osten (FIT). Beide Unternehmen sind ihrerseits aus Zusammenschlüssen der ehemaligen regionalen Verbandsrechenzentren hervorgegangen. Hauptziel des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens war die Migration aller Sparkassen auf das Kernbankensystem OSPlus der SI.

Die umfangreichen Ermittlungen haben ergeben, dass nicht von einem einheitlichen sachlich relevanten Markt für IT-Dienstleistungen auszugehen ist. Betroffen ist ein engerer Markt für das Outsourcing des Betriebs von Anwendungssoftware für Kreditinstitute. Hierbei handelt es sich um eine zusammengesetzte Dienstleistung. Die Kreditinstitute fragen in diesem Fall nicht separat Softwarelizenzen, Wartungs-Dienstleistungen, Rechenzentrumsleistungen und zugehörige unterstützende Dienste nach (oder erbringen diese Leistungen intern), sondern sie fragen eine Outsourcing-Leistung nach, die die genannten Komponenten in Form einer zusammenhängenden Dienstleistung enthält. Das Anwendungs-Outsourcing unterscheidet sich vom Infrastruktur-Outsourcing (z. B. nur technischer Betrieb der Rechenzentrumsinfrastruktur), welches gerade nicht die Wartung, Anpassung oder Weiterentwicklung der Software umfasst und damit keine Kenntnisse der Anwendungen erfordert.

Um den betroffenen Outsourcing-Markt genauer abzugrenzen, war zunächst der Anwendungssoftware-Bedarf der Nachfrager dieser Komplettleistung genauer zu erfassen. Kreditinstitute benötigen für die von ihnen zu erbringenden Dienstleistungen Softwarelösungen, welche die Bank-Funktionen abbilden und die Prozesse informationstechnisch unterstützen. Eine so definierte Software ist abzugrenzen von anderer Unternehmenssoftware (EAS-Software), die unternehmerische Tätigkeiten abbildet, die unabhängig von den angebotenen Produkten sind (z. B. Buchhaltung, CRM). Die von Kreditinstituten benötigte Software ist enger auf die angebotenen Produkte und Leistungen ausgerichtet und mit diesen verbunden. Gebräuchlich und gleichzeitig unbestimmt sind in diesem Zusammenhang die Begriffe „Kernbankensystem“ oder in einem weiteren Sinne auch „Gesamtbankenlösung“. Dies ist eine Bankenleistungssoftware, die auf einem Verbund von Rechnern installiert ist und die Verwaltung und Abarbeitung der Daten durchführt. Über sie werden die typischen Kernprozesse wie Sparen, Darlehen oder Girokontenverwaltung abgewickelt, und zwar jeweils als komplette Geschäftsprozesse. Häufig handelt es sich um eine Plattform, die sich über Schnittstellen mit anderen (Spezial-)Anwendungen verbinden lässt. Die Systeme setzen sich grundsätzlich aus mehreren Modulen zusammen, die jeweils spezielle Funktionen erfüllen. Die Ermittlungen haben ergeben, dass die Funktionen grundsätzlich von einzelnen Softwareprodukten erfüllt werden können, oder im Rahmen eines Anwendungssoftwaresystems. Es waren keine eindeutigen Abgrenzungen feststellbar, welche Bereiche einen zusammenhängenden Kern einer jeden Bank darstellen, die von einem Anwendungssystem abgedeckt werden. Die Ansprüche an die Softwarelösung hängen sehr eng mit der Ausrichtung des eigentlichen Bankgeschäftes zusammen. In strenger Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes würde dies aufgrund des individuellen Bedarfs bzw. der jeweils notwendigen Anpassungen von Standardsoftware zu sehr engen Märkten führen, die die Wettbewerbssituation nicht adäquat abbilden. Denkbar wäre jedoch, dass z. B. Kreditinstitute mit Schwerpunkt Privatkundengeschäft, die ein ähnliches Bündel an Bankprodukten anbieten, auch einen vergleichbaren Softwarebedarf haben und zwischen den gleichen Standardsoftware-Anbietern wählen können. Erwogen wurde auch, ob es einen abgrenzbaren Softwarebedarf für Sparkassen gibt, so dass ein eigener Markt für das Anwendungs-Outsourcing für Sparkassen abzugrenzen wäre. Hierfür sprachen einige Gesichtspunkte. Nach den Ermittlungen und dem beobachteten Verhalten deutscher Kreditinstitute im betroffenen Bereich des Anwendungs-Outsourcing war außerdem in räumlicher Hinsicht ein nationaler Markt anzunehmen.

Eine genaue sachliche Marktabgrenzung konnte letztlich offen bleiben, da bei keiner Alternative von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen war. Auf einem größeren Markt für IT-Anwendungs-Outsourcing für Banken hätte SI nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von mehr als 40 % erreicht, der jedoch ein unkontrolliertes Verhaltensspielraum nicht erwarten ließ, weil der Innovationsdruck auf

dem Markt erheblich ist und genügend aktuelle und potenzielle Wettbewerber vorhanden sind. Wettbewerbsdruck geht dabei von alternativen Gesamtbank-Softwarelösungen aus, sowie insbesondere von Teillösungen, die über Schnittstellen mit der SI-Lösung verbunden werden können. Bei einem engen Markt für das Anwendungs-Outsourcing für Sparkassen stellte sich vor allem die Frage der Kausalität. Sofern für Sparkassen als Alternative zur FIT in absehbarer Zeit ohnehin nur die SI in Betracht kommt, erhöhen sich die Marktanteile der SI ohnehin in gleicher Weise wie bei einer Fusion zwischen SI und FIT. Dies ließ sich aus den Stellungnahmen betroffener Sparkassen sowie aus den vorgelegten Ergebnissen des Auswahlprozesses ablesen, bei dem sich die SI-Lösung für die bislang die FIT-Lösung nutzenden Sparkassen im Vergleich zu anderen etablierten Standardsoftwarelösungen als überlegen erwiesen hat. Es war somit wahrscheinlich, dass der zu prüfende Zusammenschluss für die Verstärkung der Marktposition der SI nicht kausal ist.

## **Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen (74)**

### **1. TÜV**

Im Berichtszeitraum wurde die geplante Verschmelzung zwischen dem TÜV Rheinland Berlin Brandenburg Pfalz e.V. und dem TÜV Süd e.V. angemeldet. Das Zusammenschlussvorhaben betraf eine Reihe verschiedener Geschäftsbereiche. Wettbewerbliche Bedenken bestanden hinsichtlich der Märkte für Aufzugsprüfungen, Druckprüfungen und Ex-Prüfungen. Bei diesen – zusammengefasst als „liberalisierte Bereiche“ bezeichneten – Märkten handelt es sich um Märkte für Prüfdienstleistungen, die jeweils auf bestimmte Arten von Anlagen gerichtet sind und die besonderen regulatorischen Vorgaben unterliegen. Ursprünglich bestanden in diesen Bereichen jeweils gesetzliche Regionalmonopole der verschiedenen Technischen Überwachungsvereine. Nachdem die Märkte in mehreren Schritten liberalisiert und zum 1. Januar 2008 vollständig dem Wettbewerb geöffnet wurden, haben nunmehr auch Dritte die Möglichkeit, als Anbieter in diesen Märkten tätig zu werden. In tatsächlicher Hinsicht verfügen die bisherigen Regionalmonopolisten nach dem Ergebnis der Ermittlungen aber immer noch über sehr starke Marktstellungen in diesen Bereichen. Insbesondere hätte der Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten zu Marktanteilen weit über der Marktbeherrschungsvermutungsschwelle des § 19 Absatz 3 geführt. Die Zusammenschlussbeteiligten haben zwar vorgetragen, dass sich ihre derzeit bestehenden Marktstellungen wegen der rechtlichen Liberalisierung in naher Zukunft erheblich relativieren würden. Die Ergebnisse der Ermittlungen haben aber gezeigt, dass die hier relevanten marktstrukturellen Faktoren dies nicht erwarten lassen, sondern vielmehr dafür sprechen, dass eine tatsächliche Liberalisierung in diesen Bereichen noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussverfahren deshalb abgemahnt. Die Zusammenschlussbeteiligten haben Zusagenvorschläge angeboten, um die wettbewerbslichen Bedenken auszuräumen. Es wurde vorgeschlagen, dass der TÜV Süd e. V. sich von seiner Betei-

ligung an der TÜV Technische Überwachung Hessen GmbH trennt. Dies wurde vom Bundeskartellamt aber nicht für ausreichend erachtet, um die wettbewerbslichen Bedenken zu beseitigen. Die Zusammenschlussbeteiligten haben daraufhin die Anmeldung zurückgenommen. Im Dezember 2008 erklärten die beiden TÜV-Organisationen, das Fusionsvorhaben nicht mehr weiter zu verfolgen.

### **2. Werbemittelverbreitung und Werbevermittlung**

#### **Außenwerbemarkt**

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt auf dem Außenwerbemarkt ein Zusammenschlussvorhaben abgemahnt und eine Sektoruntersuchung nach § 32e eingeleitet.

Das Bundeskartellamt hatte Beschwerden von Wettbewerbern wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Städten und Außenwerbeunternehmen auf dem vorgelagerten Angebotsmarkt für Werbeflächen erhalten. Ferner verzeichnete die Ströer Out-of-Home Media AG (Ströer) ein massives, bis 2007 nicht der Fusionskontrolle unterliegendes externes Wachstum. Schließlich avisierten im März 2007 zwei bedeutende Außenwerbeunternehmen mit ähnlichem Geschäftsmodell (Wall AG (Wall) und JCDecaux Deutschland GmbH (JCDecaux)) ihre Absicht zur Kooperation und zur Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens zur Vermarktung der Werbeflächen der beiden Unternehmen.

Das letztgenannte Zusammenschlussvorhaben wurde vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren umfassend auf seine wettbewerbslichen Implikationen untersucht. Hierzu wurden u. a. vierzehn auf die Planung von Außenwerbekampagnen und deren Umsetzung spezialisierte Agenturen (sog. Spezialmittler) zu den Eigenschaften verschiedener Außenwerbeträger, hinsichtlich typischer Kampagnenmuster sowie zu Rabatten im Markt befragt.

Zudem sind im Rahmen der Sektoruntersuchung im März 2007 insgesamt 28 deutsche Außenwerber, die etwa drei Viertel der Werbeflächen auf sich vereinen, durch Auskunftsbefragung insbesondere über Wesen und Standort ihrer jeweiligen Außenwerbeträger, die zugrunde liegenden Verträge sowie Verflechtungen und Kooperationen befragt worden.

Das Zusammenschlussvorhaben wurde wegen Verstärkung kollektiv marktbeherrschender Stellungen von Ströer und JCDecaux auf den Außenwerbemärkten Köln und Hamburg abgemahnt. Dabei genügte für die Untersagung angesichts der hohen Marktanteile schon sehr geringe Marktanteilszuwächse durch die jeweiligen Shoppingcenter-Netze der Wall. Das Zusammenschlussvorhaben wurde daraufhin nicht weiter verfolgt.

#### **Marktabgrenzung**

Die Untersuchungen des Bundeskartellamtes boten erstmalig Gelegenheit, räumlich regional abzugrenzende Märkte für Außenwerbung zu definieren. Außenwerbung

umfasst jene Werbeformen, die den sich im öffentlichen Bereich bewegend Menschen ohne besondere Zutrittsbarriere zugänglich und im Vorübergehen oder Vorbeifahren kurz wahrzunehmen sind.

Bei der Frage der Marktabgrenzung ist nach dem Bedarfsmarktkonzept grundsätzlich auf die unmittelbare Abnehmerebene abzustellen, vorliegend also auf die Spezialmittler. Ausnahmsweise kommt es auf nachgelagerte Abnehmer an, wenn der unmittelbaren Abnehmerebene ihre Nachfrage auf dem in Frage stehenden Markt durch die nachgelagerte Abnehmerebene – vorliegend also der werbetreibenden Industrie, ggf. nach Empfehlung der Mediaagenturen – vorgegeben wird. Dies ist hier der Fall. Die Nachfrage der Spezialmittler ist mithin eine von der werbetreibenden Industrie abgeleitete. Daher stehen sich auf dem Außenwerbemarkt die Anbieter von Außenwerbeflächen und die werbetreibende Industrie als Nachfrager gegenüber.

Zum Markt für Außenwerbung zählen die klassische Außenwerbung sowie die Werbung auf Transportmitteln. Auf „klassische“ Außenwerbeträger entfallen etwa 80 % der Werbeflächen im öffentlichen Raum. Zu ihnen zählen als mengenmäßig bedeutendste die Großflächen (Plakate an Hauswänden oder an Bahndämmen im Querformat von ca. 2,6 x 3,8 m) sowie die sog. City-Light-Poster (oft hinterleuchtete Vitrinen etwa an Warthäuschen bzw. Haltestellen des ÖPNV oder auf einem Fuß stehend etwa in Fußgängerzonen im Hochformat von ca. 1,2 x 1,75 m). Diese beiden, meistverbreiteten Außenwerbeträger bilden allein oder zusammen das Rückgrat einer jeden Außenwerbekampagne.

Hinzu kommen Ganzstellen (die klassische Litfaßsäule, auf der nur für ein Produkt geworben wird), sog. Allgemenstellen (Werbetafeln oder Litfaßsäulen, auf denen bis zu 24 verschiedene Plakate aufgebracht sind) und sog. Mega-Lights bzw. auch City-Light-Boards. Hierbei handelt es sich um ähnlich wie Großflächen dimensionierte, jedoch meist verglaste, hinterleuchtete und auf einem Fuß mit Bodenabstand quer zur Fahrbahn stehende Werbeträger, die teilweise mit einem Wechselmechanismus ausgestattet sind. Hinzu kommen großformatigere Werbeträger wie Superposter und Riesenposter, die auch Blow-up genannt werden. Sie spielen indes quantitativ keine große Rolle.

Die Befragungen zeigten, dass die klassischen Außenwerbeträger weitgehend untereinander austauschbar sind. Alle senden sie stark regional fokussierbare Werbebotschaften mit hohen Kontaktzahlen an eine breite Zielgruppe in den öffentlichen Raum und werden in der Mehrzahl der Kampagnen vielfältig miteinander kombiniert.

Nicht zum relevanten Markt zählen Ambientwerbung, also die Platzierung von Werbeformaten im direkten Umfeld der Zielgruppe. Ambient-Media sind Medienformate, die im Out-of-Home Bereich von einer spitzen, d. h. von einer kleinen, klar profilierten Zielgruppe, planbar konsumiert werden. Beispiele für Ambient-Mediaformate sind Gratispostkarten, die in der Gastronomie ausgelegt wer-

den, Werbung auf Pizzakartons oder ein City-Light-Poster im Foyer eines Kinos. Ambientwerbung (gezielte Kommunikation ohne Streuverluste) unterscheidet sich daher von klassischer Außenwerbung (starker, omnipräsenter und dauernder Werbedruck bei großen Streuverlusten) ganz erheblich und ist daher nicht dem gleichen Markt zuzurechnen. Dafür spricht zudem, dass die Anbieter von Ambientwerbung (Edgar, Boomerang, Sit & Watch) andere sind, als die klassischer Außenwerbung (Ströer, Wall, JCD, awk, Plakatunion).

Transportmittel bieten eine Vielzahl an Buchungsmöglichkeiten für Außen- und Innenwerbung. Insbesondere Busse und Bahnen im ÖPNV, aber auch LKW und Lokomotiven werden mit Plakaten versehen. Transportmittelwerbung ist gut regionalisierbar, kann aber nicht vollumfänglich dem hier relevanten Außenwerbemarkt zugerechnet werden, sondern nur die Werbung auf der Außenseite der Fahrzeuge.

Die Ermittlungen haben keine Anhaltspunkte für eine weitere Unterteilung des Marktes ergeben. Es spricht auch nichts dafür, weitere Mediengattungen – Zeitungen, Zeitschriften, Fernsehen, Radio, Internet – in den Markt einzubeziehen. Die Unterschiede in Darstellung und Wahrnehmung in den verschiedenen Mediengattungen sprechen dafür, den Mix nicht als Ausdruck des Bestehens nur eines Marktes, sondern im Gegenteil gerade als Bestätigung des Bestehens verschiedener sachlicher Märkte anzusehen.

Das Ziel eines Werbemedienmixes ist es, die spezifischen Wirkungen der verschiedenen Medienarten durch ihre Kombination optimal zu nutzen. Die Auswahl der Werbemedien ist dabei abhängig von ihrer Geeignetheit, ihrer Effizienz und den anfallenden Kosten, eine Verbindung zur Zielgruppe herzustellen. Die Medien unterscheiden sich dabei erheblich hinsichtlich ihrer Reichweite, der für die Planung und Umsetzung erforderlichen Zeit und ihrer Kosten. Einige Medien wie die Außenwerbeträger dienen exklusiv dem Werbezweck, andere dienen den Werbedressaten vornehmlich für andere Zwecke (Radio, Fernsehen, Print). Ferner ist nach dem Grad der Streuengenauigkeit und ihrer Aktualität zu unterscheiden. Zudem sind transitorische und statuarische Medien bzw. tagesaktuelle und nicht tagesaktuelle Werbeträger zu differenzieren.

Für Werbung in Zeitschriften spricht etwa eine präzise Zielgruppen-Ansprache. Kampagnen in Tageszeitungen sind vergleichsweise gut regional steuerbar, das Medium genießt hohe Akzeptanz und Glaubwürdigkeit. Die Stärken des Fernsehens liegen in der Aktualität, der multisensorischen Ansprache und hohem Werbedruck. Das Internet bietet eine Vielzahl variabler Zielgruppen und jede Menge Detailinformationen etwa durch Verlinkung mit dem Internetauftritt des Werbenden. Radio baut schnell Reichweite auf und ist ein vergleichsweise günstiges Werbemedium.

Im Gegensatz zu allen anderen Mediengruppen kann Außenwerbung räumlich exakt ausgesteuert werden, weil die meisten Außenwerbeträger nach bestimmten Kriterien, etwa soziodemografischen Merkmalen, einzeln se-

lektiert werden können. Mit Außenwerbung können zudem Kaufimpulse unmittelbar am Kaufort generiert werden. Außenwerbung ist bei kreativer Gestaltung aufmerksamkeitsstark und nicht ausblendbar, wird aber im Gegensatz zu Radio- und Fernsehwerbung nicht als invasiv bzw. störend empfunden. Die Kontaktzahlen sind aufgrund der permanenten Präsenz und langer Aushangzeiten sehr hoch, wodurch sich Außenwerbung im Gegensatz zu Print, Radio oder Onlinewerbung im Internet insbesondere für Imagewerbung oder zum raschen Aufbau von Werbedruck anbietet. Andererseits ist die Übermittlung komplexerer Botschaften angesichts der flüchtigen Kontakte mit der Zielgruppe und rein visueller Kommunikation im Gegensatz zu anderen Medien kaum möglich. Hierfür eignen sich audiovisuelle Medien deutlich besser. Neben diesen sachlichen Unterschieden bestehen zwischen der Werbung in den jeweiligen Medien erhebliche Preisunterschiede (gemessen mittels Tausender-Kontakt-Preisen).

In räumlicher Hinsicht zeigten die Ermittlungen, dass Außenwerbemärkte regional abzugrenzen sind. Das Angebot an Außenwerbeflächen in Deutschland ist stark fragmentiert. Ströer und awk verfügen zwar über eine weitgehend bundesweite Präsenz, die allerdings aufgrund unvollständiger Werbeträgerangebote bzw. aufgrund von Lücken im Netz kaum für die Schaltung bundesweiter Werbekampagnen bei einem einzigen Außenwerbeunternehmen ausreicht. Spezialmittler beauftragen für eine bundesweit flächendeckende Außenwerbekampagne durchschnittlich 25 Außenwerbeunternehmen. Ferner hält kein Anbieter Flächen ausschließlich für nationale Kampagnen vor. Die Flächen der meisten Anbieter sind regional geclustert oder konzentrieren sich auf Großstädte, mit denen sie einen Stadtvertrag abgeschlossen haben. Dies führt dazu, dass insbesondere nationale Kampagnen über Spezialmittler gebucht werden, deren spezifisches Know-how in Datenbanken über den Flächenbestand der meisten Außenwerbeunternehmen in Deutschland gebündelt ist. Allerdings wird kaum ein Sechstel aller Außenwerbekampagnen flächendeckend – also auch in Kleinstädten – deutschlandweit geschaltet. Ihr Umsatzanteil liegt etwa bei einem Drittel.

Der weit überwiegende Teil der Außenwerbekampagnen ist regionalisiert, die Buchung der Flächen erfolgt i. d. R. nach abgestimmten Ortslisten. Die Werbeflächen verschiedener Orte sind aus Sicht der nachfragenden werbetreibenden Industrie nicht substituierbar. Dies belegen die Antworten auf die Frage, wie die Kunden auf Engpässe in einzelnen Städten der Ortsliste reagieren. Ein Ausweichen auf andere Städte wurde nicht beobachtet, vielmehr ein Ausweichen auf andere Außenwerbeträger innerhalb der gewählten Ortschaft sowie ein Verzicht auf einzelne Städte und auch die Verschiebung von Kampagnen. Vor dem Hintergrund der beschriebenen spezifischen Stärken (Selektierbarkeit) und Schwächen (hohe Kosten flächendeckender Außenwerbung) des Mediums ist derzeit jedenfalls von regionalen Außenwerbemärkten auszugehen. Die Frage, ob neben den regionalen Außenwerbemärkten parallel ein nationaler Außenwerbemerk (wie im Print-, TV- oder Hörfunkbereich) anzunehmen ist, konnte in dem

zu prüfenden Zusammenschlusskontrollverfahren Wall/JCDecaux dahinstehen.

### Marktstruktur

Die Ermittlungen der vom Zusammenschluss betroffenen Regionalmärkte zeigten drei typische Marktstrukturen. Stets war Ströer ein bedeutender Anbieter im Bereich Großfläche und Litfaßsäulen. Hat das Unternehmen zudem noch den Stadtvertrag zur Aufstellung von Werbeträgern auf kommunalem Boden, so handelt es sich um ein Teilmonopol mit einem großen (Ströer) und mehreren unbedeutenden Anbietern wie etwa in Frankfurt am Main. Hat ein anderes Unternehmen den Stadtvertrag, so handelt es sich meist um ein Teilduopol mit zwei ähnlich großen (meist Ströer zusammen mit dem Inhaber des Stadtvertrags wie z. B. in Hamburg: Ströer und JCDecaux) und mehreren unbedeutenden Anbietern oder – seltener – um ein Oligopol mit mehreren ähnlich großen Unternehmen wie etwa in Karlsruhe mit Contact, JCDecaux, awk und Ströer. In den Städten, die teilduo- bzw. teilmonopolistisch geprägt sind, überschreitet der Marktanteil des bzw. der großen Unternehmen regelmäßig 80 %. Die Teilduopole sind weitgehend wettbewerbslos und symmetrisch. Hier stehen Ströer und dem Inhaber der Stadtverträge als ähnlich große Anbieter lediglich eine Reihe mengen- und umsatzmäßig unbedeutender Anbieter von Großflächen, Allgemeinstellen oder Verkehrsmittelwerbern gegenüber.

Mengenwettbewerb ist aufgrund der langfristigen Stadtverträge (im Fall von Werbeflächen auf kommunalem Grund) bzw. aufgrund des zeitaufwändigen, bürokratischen und politisch ungewollten Aufbaus von Flächen auf privatem Grund nicht möglich.

Auch Preiswettbewerb stellt im Duopol mit Kapazitätsrestriktionen keine betriebswirtschaftlich rationale Strategie dar. Für flächendeckende Werbekampagnen ist die Buchung von City-Light-Postern oder von Großflächen als prinzipiell untereinander austauschbare und in hinreichender Zahl in jeder größeren Stadt verfügbare Basismedien unabdingbar. Diesbezüglich sind die Portfolios der von den Duopolisten angebotenen Werbeträger komplementär.

Außenwerbeträger sind aber insbesondere in großen Städten wie Hamburg, Berlin, München und Köln generell bei City-Light-Postern und saisonal (März bis Juni; September – November) auch bei Großflächen knapp. Angesichts dessen ginge eine etwaige Preisunterbietung ausschließlich mit einem Margenverfall einher, ohne dass jener durch nennenswerte Mengeneffekte kompensiert werden kann. Damit ist dieses Verhalten aus Sicht beider Duopolisten nicht gewinnmaximierend bzw. mit Verlusten verbunden und daher nicht zu erwarten. Zudem haben die Kunden gewisse Präferenzen für eine Art von Basiswerbeträgern, so dass es einer Partei selbst bei vorübergehend verfügbaren Restkapazitäten schon von daher nicht möglich wäre, bei einer Preissenkung die gesamte Nachfrage auf sich ziehen, sondern nur einen gewissen Teil.

## Ergebnisse der Sektoruntersuchung (Außenwerbung)

Die Sektoruntersuchung hat die vermuteten Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Außenwerbemärkten bestätigt und erhebliche Rigiditäten insbesondere auf den vorgelagerten Angebotsmärkten für Außenwerbeflächen ans Licht gebracht. Auf diesen Märkten sind zwei Anbietergruppen zu differenzieren, Anbieter von Flächen auf kommunalem Grund sowie solche von Flächen auf privatem Grund. Die meisten und wertvollsten Standorte der Außenwerbeträger finden sich auf kommunalem Grund. Die zugrunde liegenden Verträge zwischen Außenwerbern und Städten zeichnen sich regelmäßig und bundesweit durch sehr lange Laufzeiten aus, sie sehen häufig automatische Verlängerungen und bisweilen sog. englische Klauseln (Vorpachrechte des Vertragspartners) vor. Ferner werden die Rechte meist exklusiv vergeben und an hohe Investitionen v. a. in Stadtmöbel gekoppelt. Diese Vertragseigenheiten behindern schon jede für sich und insbesondere in ihrer Kombination den Wettbewerb um den jeweiligen Markt und zementieren gleichzeitig die Marktstrukturen auf den nachgelagerten Außenwerbemärkten. Sie machen den Aufbau nennenswerter Kapazitäten außerhalb des ohnehin schrumpfenden Großflächen-Segments (Großflächen finden sich häufiger auf privatem Grund) unmöglich, zumal sich zeigte, dass Städte die für neue Werbeträger auf privatem Grund erforderlichen Sondernutzungsgenehmigungen nur zögerlich erteilen und dabei zugunsten des Inhabers der Stadtverträge diskriminiert wird.

Zweifelsfrei kartellrechtlich unzulässig sind englische Klauseln. Selbst dort, wo Werberechtsverträge von den Kommunen neu ausgeschrieben werden, muss jeder Bieter damit rechnen, dass sein Angebot dem bestehenden Vertragspartner der Kommune – der ja gleichzeitig Wettbewerber ist – offen gelegt und am Ende lediglich dazu genutzt wird, um die bestehenden Konditionen des Werberechtsvertrages zu verbessern. Unter diesen Voraussetzungen nehmen Unternehmen Abstand davon, sich an entsprechenden Ausschreibungsverfahren zu beteiligen. Wall hat gegenüber dem Bundeskartellamt verbindlich erklärt, sich nicht mehr auf etwaige eigene englische Klauseln zu berufen und entsprechende Verzichtserklärungen gegenüber den kommunalen Vertragspartnern abzugeben.

Mit den betroffenen Wirtschaftskreisen werden die begonnenen Gespräche geführt, bevor entschieden wird, welche Mittel zur Wiederherstellung des Wettbewerbs auf den Außenwerbemärkten ergriffen werden müssen.

## Werbezeitenvermarktung

Gegen die TV-Werbezeitenvermarkter IP Deutschland GmbH (für die Sender der RTL-Gruppe) und SevenOne Media GmbH (für die Sender von Pro7Sat.1) sind Bußgelder i. H. v. insgesamt 216 Mio. Euro verhängt worden (96 Mio. Euro gegen IP Deutschland GmbH und 120 Mio. Euro gegen SevenOne Media GmbH). Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

Die Unternehmen hatten mit Media-Agenturen bzw. mit der werbetreibenden Industrie Rabattverträge über die Ausstrahlung von Fernsehwerbespots abgeschlossen, die als Vertikalvereinbarungen gegen deutsches (§ 2) und europäisches (Artikel 81 EG) Kartellrecht verstoßen.

Bei den Rabatten handelt es sich zum einen um sog. Anteils- bzw. Share-Rabatte. Dabei werden den Media-Agenturen erhebliche Rabatt- und sonstige Rückvergütungen gewährt, wenn diese bestimmte hohe Anteile ihres Werbebudgets bei der jeweiligen Sendergruppe platzieren. Die Media-Agenturen haben aufgrund dieser Rabatte einen starken wirtschaftlichen Anreiz, ihr Budget bei den beiden großen Vermarktern und nicht bei kleineren Sendern zu platzieren, zumal die Rabatte rückwirkend für das gesamte Budget – d. h. retroaktiv – und nicht nur für den Teil, der über den Rabattschwellen liegt, gewährt werden. Durch diese Sogwirkung wird der Fernsehwerbemerk für die kleineren, marktschwächeren Sender abgeschottet und der Marktzugang insgesamt erschwert.

Zum anderen handelt es sich bei den kartellrechtswidrigen Rabatten auch um retroaktive Mengenrabatte mit den entsprechenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Angesichts eines gemeinsamen Marktanteils von über 80 % auf dem hier betroffenen Fernsehwerbemerk gingen von den Vereinbarungen negative und spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb aus. Ausgangspunkt des Verfahrens war eine Durchsuchung der beiden Werbezeitenvermarkter sowie einer Reihe von Media-Agenturen am 19. Juni 2007. Bei der Aktion konnte umfangreiches Beweismaterial sichergestellt werden, das die kartellrechtswidrigen Vereinbarungen belegt hat. Beide Sendergruppen haben mittlerweile neue Rabattsysteme eingeführt.

## Gesundheits- und Sozialwesen (85)

### 1. Krankenhäuser

Der Umstrukturierungsprozess im Bereich der Krankenhäuser (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 164) setzte sich fort. Allerdings ist im Berichtszeitraum die Anzahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben zurückgegangen. Der Rückgang der Krankenhausübernahmen wird allgemein auf die gute konjunkturelle Lage vor der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise und das damit verbundene höhere Steueraufkommen zurückgeführt. Dieses reduziert den Privatisierungsdruck insbesondere auf Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt über 30 Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum drei Hauptprüfverfahren abgeschlossen. Die Übernahme des Hamburger Krankenhauses Mariahilf durch die Asklepios Kliniken Hamburg wurde untersagt, die Übernahme des Niedersächsischen Landeskrankenhauses Wunstorf durch die Klinikum Region Hannover GmbH wurde unter aufschiebenden Bedingungen freigegeben. Die Gründung eines auf die Behandlung von Herz-/Kreislaufkrankungen spezialisierten Gemeinschaftsunternehmens zwischen dem Universitätsklinikum Freiburg und dem Herz-Zentrum Bad Krozingen wurde freigegeben.



Die wichtigste Entscheidung in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht war der Beschluss des Bundesgerichtshofs in Sachen Rhön/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt (Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 176, sowie Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 164 ff.). Nachdem in diesem Zusammenschlussfall die Ministererlaubnis versagt wurde und die Beschwerde hiergegen zurückgenommen worden ist, ist nun auch die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes vom Bundesgerichtshof bestätigt worden. Obwohl es in diesem Fall nicht auf alle Einzelfragen bei der Anwendung der Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle auf Krankenhausfusionen ankam, hat der Bundesgerichtshof viele Grundsatzfragen in seinem Beschluss angesprochen und geklärt. So führt er aus, dass weder sozialrechtliche Vorgaben – insbesondere § 69 SGB V – noch die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (und damit auch die Vorschriften zur Krankenhausplanung) der Anwendbarkeit des GWB entgegenstehen. Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass Nachfrager der Krankenhausleistungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht (nur) die Krankenkassen im Rahmen des Sachleistungsprinzips sind, sondern dass Nachfrager insbesondere auch der Patient ist, welcher die Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Krankenhäusern trifft und damit maßgeblich über den Erfolg von Krankenhäusern in dem zwischen diesen bestehenden Qualitätswettbewerb entscheidet. Hierbei handelt es sich auch um einen „Wettbewerbsmarkt“ i. S. d. Fusionskontrolle. Einen allgemeinen Konflikt zwischen Zielen der Gesundheitspolitik und der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern sieht der Bundesgerichtshof nicht. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung hat der Bundesgerichtshof auch die Auffassung des Bundeskartellamtes bestätigt, wonach es einen allgemeinen Markt für die Erbringung akutstationärer Krankenhausdienstleistungen durch Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken gibt. Der Bundesgerichtshof lehnt in seinem Beschluss die Unterteilung des sachlich relevanten Marktes nach einzelnen Fachabteilungen jedenfalls für die Fälle ab, in denen das Zielobjekt der Fusion ein Allgemein Krankenhaus mit dafür typischen Fachabteilungen ist. Der Beschluss bestätigt gleichfalls die Praxis der räumlichen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes und des Beschwerdegerichts auf der Grundlage der Fallzahlen der einzelnen Krankenhäuser in den sie umgebenden Postleitzahlgebieten, wonach es i. d. R. zur Annahme räumlich relativ eng begrenzter Regionalmärkte kommt. Dass der konkret zu beurteilende Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geführt hätte, wird vom Bundesgerichtshof gleichfalls bestätigt. Diese höchstrichterliche Entscheidung zur grundsätzlichen Anwendung der Fusionskontrollvorschriften auf Krankenhäuser und zu vielen Einzelfragen bringt für zusammenschlusswillige Krankenhausträger erhebliche Rechtsklarheit. Allerdings ist zu erwarten, dass in Einzelfragen die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte fortzuentwickeln ist.

So ist im Berichtszeitraum im Fall Klinikum Region Hannover GmbH/Niedersächsisches Landeskrankenhaus Wuns-

torf eine engere sachliche Marktabgrenzung zugrunde gelegt worden. Der Fall betraf ein Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Privatisierung der Niedersächsischen Landeskrankenhäuser für Psychiatrie, die bislang in Trägerschaft des Landes Niedersachsen standen. Eine Analyse der rechtlichen, tatsächlichen und medizinischen Rahmenbedingungen führte hier zur Annahme eines eigenen sachlich relevanten Marktes für stationäre psychiatrische Krankenhausleistungen. Das Zusammenschlussvorhaben hätte die marktbeherrschende Stellung in den betroffenen räumlich relevanten Märkten verstärkt und konnte deshalb nur mit einer aufschiebenden Bedingung freigegeben werden. Diese weist insofern eine Besonderheit auf, als dem Käufer, der Region Hannover, nicht aufgegeben wurde, einen Betriebsteil oder Ähnliches zu veräußern. Vielmehr sieht die Nebenbestimmung vor, dass die Zahl der Krankenhausplanbetten des psychiatrischen Fachkrankenhauses der Erwerberin zu reduzieren war und gleichzeitig ein unabhängiger Erwerber mit der gleichen Anzahl Planbetten im räumlich relevanten Gebiet neu in den Krankenhausplan aufzunehmen war. Zudem musste die neue Einrichtung eine Reihe weiterer Voraussetzungen erfüllen. Eine Marktbefragung hatte ergeben, dass sich das abzugebende Wettbewerbspotenzial der Erwerberin auch durch eine Übertragung von Krankenhausplanbetten auf einen Dritten übertragen ließ. Dies ergab sich u. a. aufgrund der nahezu bestehenden Vollauslastung psychiatrischer Krankenhausbetten im räumlich betroffenen Gebiet. Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung konnte so rechtzeitig herbeigeführt werden, dass das Land Niedersachsen seinen Zeitplan im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens für die Privatisierung der Landeskrankenhäuser einhalten konnte.

Eine weitere Konkretisierung der Frage des Nebeneinanders von Krankenhausplanungsrecht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem GWB hat die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes in Sachen Asklepios Kliniken Hamburg GmbH/Mariahilf gebracht, die vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt wurde (Beschluss vom 8. Oktober 2008, VI Kart 10/07 (V)). Dieser Fall betraf den geplanten Zusammenschluss zweier Krankenhäuser im Hamburger Stadtgebiet. Erwerber sollte die Asklepios Kliniken Hamburg GmbH sein, welche gemeinsam mit der Freien und Hansestadt Hamburg die Mitkontrolle an den zuvor in der LBK Hamburg GmbH zusammengefassten öffentlichen Krankenhäusern des Landes Hamburg hält (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 167). Die Zusammenlegung des Krankenhauses Mariahilf mit der Asklepios Klinik Harburg an einem Standort war seit geraumer Zeit von der Krankenhausplanungsbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg betrieben worden. Im Jahr 2007 war auch schon ein Feststellungsbescheid ergangen, der ein „gemeinsames Krankenhaus“ Asklepios Klinik Harburg und Mariahilf in den Krankenhausplan aufgenommen hatte. Da der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung der verbundenen Freien und Hansestadt Hamburg und der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH auf dem räumlich relevanten Krankenhausmarkt verstärkt hätte, hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagt. In der Untersagungsentschei-

dung wurde festgestellt, dass die entgegenstehende Krankenhausplanung die Anwendung des GWB auf den Zusammenschluss der beteiligten Krankenhausträger nicht verhindere. Zudem hat das Bundeskartellamt die Argumentation zurückgewiesen, dass es u. a. wegen der entgegenstehenden Krankenhausplanung an einer „Verkehrsfähigkeit“ des Krankenhauses Mariahilf fehle, so dass mangels der Möglichkeit des Erwerbs durch einen Dritten eine Sanierungsfusion vorliege. Diese Argumentation war im Beschwerdeverfahren schon deshalb nicht mehr haltbar, weil der bisherige Träger des Krankenhauses seinen Anteil nach der Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes auf einen dritten Erwerber, den Krankenhausbetreiber Helios, übertragen hatte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt und die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nicht zugelassen. Die Entscheidung ist bestandskräftig. Es hat nochmals betont, dass Krankenhausplanung und kartellrechtliche Fusionskontrolle unterschiedlichen Zwecken dienen und nebeneinander anzuwenden sind. Durch einen Feststellungsbescheid der Krankenhausplanungsbehörde, der zwei Krankenhäuser als einheitliches Haus in den Krankenhausplan aufnimmt, wird die Fusionskontrolle schon deshalb nicht verdrängt, weil durch einen entsprechenden Feststellungsbescheid keine verbindliche Verpflichtung zweier Krankenhausträger zur Fusion ausgesprochen werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat es zudem abgelehnt, die Untersagungsentscheidung aufzuheben, weil ihre Konsequenzen den Zielen der Gesundheitspolitik zuwiderlaufen könnte. Der Bundesgerichtshof hatte in dem o. g. Beschluss Kreiskrankenhaus Bad Neustadt ausgeführt, dass es keinen grundsätzlichen Zielkonflikt zwischen Zielen der Gesundheitspolitik und der Fusionskontrolle gebe. Es könne sich im Anwendungsbereich des § 36 Absatz 1 alleine die Frage stellen, ob eine Krankenhausfusion im Einzelfall möglicherweise deshalb kartellbehördlich nicht untersagt werden könne, weil der mit ihr verbundene regionale Konzentrationsprozess die notwendige und gewollte Folge der Gesundheitsreformgesetze sei (a. a. O. Rn. 45). Im vorliegenden Fall kam dies schon deshalb nicht in Betracht, weil der Zusammenschluss keine notwendige oder gewollte Folge von Gesundheitsreformgesetzen des Bundes war. In der wettbewerblichen Beurteilung stimmte das Oberlandesgericht Düsseldorf mit der Entscheidung des Bundeskartellamtes überein. In diesem Fall war das Bundeskartellamt dem Verdacht nachgegangen, dass die Erwerberin bereits vor der Anmeldung unter Umgehung des Vollzugsverbots des § 41 die (Mit-) Kontrolle über das Krankenhaus Mariahilf erworben hat. Im Rahmen einer Durchsuchungsaktion hat das Bundeskartellamt zu diesem Vorwurf umfangreiche Unterlagen beschlagnahmt und konnte erreichen, dass das Krankenhaus Mariahilf seine Selbständigkeit bis zu dem nunmehr erfolgten Übergang auf einen dritten Erwerber behalten hat. Der Antragsteller hatte in diesem Verfahren zudem einen Antrag auf Ministererlaubnis nach § 42 gestellt, diesen jedoch unmittelbar vor Veröffentlichung des Sondergutachtens der Monopolkommission, das sich gegen die Erteilung einer Ministererlaubnis aussprach, wieder zurückgenommen.

Im Berichtszeitraum ist für den vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss des Universitätsklinikums Greifswald mit dem benachbarten Kreiskrankenhaus Wolgast (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 166) eine Ministererlaubnis nach § 42 erteilt worden (Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 17. April 2008, I B 1 – 221410/03). Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kam in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die durch den Zusammenschluss bewirkte Wettbewerbsbeschränkung von zwei Gemeinwohlgründen aufgewogen wurde. Zum einen diene der Zusammenschluss dem langfristigen Erhalt und der nachhaltigen Profilierung von medizinischer Fakultät und angegliedertem Universitätsklinikum der Universität Greifswald durch die Erhöhung der dem Universitätsklinikum zuzurechnenden Bettenzahl von 778 auf 958 Krankenhausbetten. Die Notwendigkeit dieser Vergrößerung für den Stuserhalt ergab sich maßgeblich aus einer entsprechenden Einschätzung des Wissenschaftsrats, der für ein dauerhaft leistungsfähiges Universitätsklinikum eine Mindestgröße von 850 Planbetten im Kernklinikum annimmt. Zum anderen diene der Zusammenschluss dem Ausbau des Lehr- und Forschungsschwerpunkts Community Medicine des Universitätsklinikums Greifswald. Bei der Community Medicine handelt es sich um eine bevölkerungsbezogene Forschungsausrichtung des Universitätsklinikums Greifswald. Sie zielt auf eine möglichst umfassende Analyse weit verbreiteter „Volkskrankheiten“ in einer Region und ihre Behandlung durch Gesundheitsdienstleister wie Krankenhäuser und niedergelassene Ärzte. Insbesondere weil die Region Ost-Vorpommern im stationären Bereich fast ausschließlich durch das Universitätsklinikum Greifswald und das Kreiskrankenhaus Wolgast versorgt wird, ermögliche der Zusammenschluss eine umfassende bevölkerungsbezogene medizinische Forschung durch Erfassung nahezu der vollständigen Population einer Region. Aus diesem Grund wurde der Zusammenschluss als geeignet und erforderlich für den Ausbau des Lehr- und Forschungsschwerpunkts Community Medicine angesehen. Insbesondere wegen ihrer Bedeutung für die strukturschwache Region Ost-Vorpommern und ihres inhaltlichen Umfangs (Bedeutung des Erhalts einer medizinischen Fakultät für die Region, u. a. auch für die dortige Gesundheitsversorgung) überwogen die Gemeinwohlaspekte die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung. Gegen die Erteilung der Ministererlaubnis wurden von einem Beiladungspetenten Rechtsmittel eingelegt. Hierüber wurde im Berichtszeitraum noch nicht abschließend entschieden. Parallel zu dem Antrag auf Ministererlaubnis hatten die Zusammenschlussbeteiligten die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes angefochten. Dies führte zu einer Aufhebung der Verfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 7. Mai 2008, VI-Kart 1/07 (V)). Das Oberlandesgericht Düsseldorf verneinte die Anmeldepflichtigkeit des Zusammenschlusses nach § 35 Absatz 1 Nummer 1, da dem Land Mecklenburg-Vorpommern keine Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro zuzurechnen seien. Entscheidend kam es hierbei auf die Umsatzerlöse des Landes aus der Staatlichen Lotterie an. Das Oberlandesgericht Düsseldorf meint, dass bei der Ermittlung der Umsatzerlöse

nach § 38 Absatz 1 i. V. m. § 277 HGB von den Einnahmen staatlicher Lotterien diejenigen Beträge als Erlösschmälerung i. S. v. § 277 Absatz 1 HGB in Abzug zu bringen seien, die als Gewinnausschüttung an die Spieler ausbezahlt werden. Das Oberlandesgericht sah hierin eine Frage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung und hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 74 Absatz 2 Nummer 2 zugelassen, welche vom Bundeskartellamt auch eingelegt wurde.

Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben des Universitätsklinikums Freiburg, mit dem Herz-Zentrum Bad Krozingen ein Gemeinschaftsunternehmen im Bereich „Herz“ zu gründen, im Hauptprüfverfahren freigegeben. In das Gemeinschaftsunternehmen sollen die Fachabteilungen Herz- und Gefäßchirurgie, Kardiologie und angeborene Herzfehler des Universitätsklinikums sowie die Tätigkeiten des Herzzentrums Bad Krozingen eingebracht werden. Das Bundeskartellamt hat sich im vorliegenden Fall mit der Frage beschäftigt, ob die Behandlung von Herz-/Kreislauferkrankungen, auf die das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen spezialisiert sein wird, einen eigenständigen sachlich relevanten Markt darstellt. Die empirischen Ermittlungen haben ergeben, dass die Zusammenschlussbeteiligten einige Leistungen anbieten, die von den Allgemeinkrankenhäusern in der Region nicht angeboten werden. Dazu zählen insbesondere Bypass-Operationen. Allerdings ergaben die empirischen Ermittlungen auch, dass die Zusammenschlussbeteiligten und die Allgemeinkrankenhäuser in der Region mit einem weiten Teil der von ihnen angebotenen Leistungen im Wettbewerb stehen. Der bestehende Überschneidungsbereich zeigte, dass eine Abweichung von der Marktabgrenzung nach allgemeinen Krankenhausdienstleistungen nicht sachgerecht war. Auf Basis der sachlichen Marktabgrenzung nach allgemeinen Krankenhausdienstleistungen ergaben die empirischen Ermittlungen, dass das Universitätsklinikum Freiburg auf dem räumlich relevanten Markt über eine marktstarke, aber nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss kommt es auch nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung; eine Verschlechterung der Marktstruktur war nicht zu erwarten.

Ein weiteres Hauptprüfverfahren wurde noch nicht im Berichtszeitraum abgeschlossen. Das Bundeskartellamt führt ein Entflechtungsverfahren wegen der Beteiligung des Universitätsklinikums Tübingen an der Zollernalb Klinikum gGmbH. Der Zusammenschluss wurde ohne Anmeldung vollzogen; das Fristenregime des § 40 Absatz 1 und Abs 2 findet daher keine Anwendung.

## 2. Ärztliche Dienstleistungen

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum ein Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nach § 19 ff. bzw. Artikel 82 EG gegen Anbieter von Praxissoftware für niedergelassene Ärzte eingeleitet. Der wettbewerbsrechtliche Ansatzpunkt des Falls lag in einer möglichen Behinderung von Arzneimittelanbietern, insbesondere Re-Importeuren von Arzneimitteln, durch „Manipulationen“ von Arztpraxissoftware. Hierbei han-

delt es sich um Softwareanwendungen, auf die niedergelassene Ärzte u. a. zur Verschreibung von Medikamenten für ihre Patienten zugreifen. Ärzte nutzen in weitem Umfang kostenfreie oder verbilligte Versionen dieser Software, welche durch Werbung von Arzneimittelherstellern in den Programmen finanziert werden. Den Anbietern der Praxisverwaltungssoftware wird dabei vorgeworfen, dass sie es Ärzten durch bestimmte Gestaltungen der Software auf der Grundlage ihrer Verträge mit den Werbepartnern praktisch extrem erschweren, unabhängig über die Auswahl des zu verschreibenden Medikaments zu entscheiden. So sollen bei der Auswahl eines zu verordnenden Wirkstoffs durch einen Arzt die Werbepartner der Software-Anbieter auf verschiedensten Wegen durch die Programme bevorzugt werden. Beispielsweise soll die Auswahlliste von zu verordnenden Medikamenten so vorsortiert sein, dass zunächst nur die Medikamente des Werbepartners auf dem Bildschirm erscheinen. Auch sollen die Programme so gestaltet sein, dass eine leichte Rezepterstellung nur durch Anklicken eines bestimmten Werbefensters möglich ist, während die manuelle Auswahl eines anderen, i. d. R. preisgünstigeren Medikaments mit einem so hohen Aufwand verbunden ist, dass die Ärzte im Praxisalltag von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen. Die wettbewerbliche Problematik dieser vorgeworfenen Softwaregestaltungen liegt darin, dass Anbietern, welche keine Werbeverträge mit den Software-Herstellern abschließen können, etwa weil es sich um kleinere Re-Importeure handelt, der Zugang zum Markt erheblich erschwert wird. Neben der wettbewerblichen Problematik belasten die vorgeworfenen Programmgestaltungen auch die Kostenträger des Gesundheitssystems, weil sie zur Verordnung von Präparaten führen, welche häufig teurer als alternative Präparate mit identischem Wirkstoff sind. Dies hat den Gesetzgeber im Jahr 2006 dazu veranlasst, im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) den § 73 Absatz 8 Satz 7 in das SGB V aufzunehmen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 169). Danach dürfen sich Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln nur „neutraler“ Software bedienen, welche zuvor von der KBV auf ihre Neutralität zu prüfen und zuzulassen ist. Entsprechende Zertifizierungskriterien und -verfahren wurden nunmehr durch die KBV in Kraft gesetzt. Danach sind künftig die beanstandeten Programmgestaltungen, die auch zu dem beschriebenen wettbewerblichen Problem führen, nicht mehr zulässig. Da die wettbewerblichen Bedenken damit im Wesentlichen ausgeräumt sind, hat das Bundeskartellamt das Verfahren eingestellt.

## 3. Medizinische Labordiagnostik

Das Bundeskartellamt hat im Bereich der medizinischen Labordiagnostik im Berichtszeitraum rund zehn Zusammenschlussvorhaben geprüft. Der Markt umfasst die Erbringung von medizinischen Laborleistungen (z. B. Untersuchung von Blut- oder Gewebeprobe) gegenüber niedergelassenen Ärzten, Krankenhäusern oder sonstigen Nachfragern. Dieser Markt ist stark in Bewegung. Traditionell wurden Laborleistungen in Deutschland von klei-

neren regionalen Anbietern oder krankenhauseigenen Laboren erbracht. Diese boten ihre Leistungen teilweise gar nicht im Wettbewerb an, sondern nur für ihre Träger wie Krankenhäuser oder im Falle von Laborgemeinschaften für die in ihnen zusammengeschlossenen niedergelassenen Ärzte. Nunmehr treten verstärkt international tätige Konzerne in diesen Markt ein. Im Fall der Übernahme des Labors Bioscientia durch den australischen Sonic-Konzern hat das Bundeskartellamt hierzu nähere Ermittlungen durchgeführt. Angesichts der Vielzahl der Anbieter und der nur in beschränktem Maße ohne vertiefte Ermittlungen zugänglichen Marktinformationen ist zunächst die Bestimmung des Marktvolumens schwierig. Hierbei sind insbesondere die oben erwähnten nicht im Wettbewerb erbrachten Leistungen eigener Labore von Ärzten oder Krankenhäusern zu berücksichtigen, welche nicht dem im Wettbewerb erbrachten Marktvolumen zuzurechnen sind. Für die sachliche Marktabgrenzung gibt es bislang keine gefestigte Praxis, da diese in allen bisher zu beurteilenden Fällen dahingestellt bleiben konnte. Grundsätzlich erbringen medizinische Labore ihre Leistungen für niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser und sonstige Nachfrager, z. B. Polizeibehörden. In der Tendenz ist der sachliche Markt allerdings nicht entlang dieser einzelnen Nachfragergruppen aufzuteilen. Fraglich könnte auch sein, ob der sachlich relevante Markt nach den einzelnen Kostenträgern (gesetzliche oder private Krankenversicherung bzw. Selbstzahler) aufzuteilen ist. Das Bundeskartellamt konnte es bislang offen lassen, ob es sich um einen einheitlichen sachlich relevanten Markt für medizinische Labordiagnostik handelt, oder ob insoweit Basisuntersuchungen von Spezialuntersuchungen weiter abzugrenzen sind. Für die räumliche Marktabgrenzung ist davon auszugehen, dass der Markt maximal bundesweit abzugrenzen ist, weil die Wettbewerbsbedingungen in verschiedenen Ländern erheblich voneinander abweichen. In der Tendenz ist zu beobachten, dass die regionale Beschränkung der Leistungserbringung in Auflösung begriffen ist, d. h. zu untersuchende Proben werden zunehmend bundesweit transportiert, um in großen Laboren zentral untersucht zu werden. Dies spricht gegen eine Abgrenzung von räumlichen Regionalmärkten. Allerdings sind hierzu noch keine Erhebungen durchgeführt wurden, da die Frage bislang in jedem Fall auf sich beruhen konnte. In sämtlichen im Berichtszeitraum zu prüfenden Fällen konnten die oben angesprochenen Fragen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie die Beurteilung der Marktstruktur im Ergebnis dahinstehen. Auch bei Zugrundelegung von regionalen Märkten und einer konservativen Schätzung des Marktvolumens gab es keine Anhaltspunkte für die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 36 Absatz 1. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass im Rahmen zukünftiger Zusammenschlussverfahren genauere Marktermittlungen im Rahmen eines Hauptprüfverfahrens durchzuführen sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Zusammenschlüsse im Bereich der medizinischen Labordiagnostik aufgrund der Regelung des § 35 Absatz 2 Nummer 1 nicht anmeldepflichtig sind, wenn bislang unabhängige kleine oder mittelgroße Labore erworben werden.

#### 4. Gesetzliche Krankenkassen

Die grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen zur Anwendbarkeit der Vorschriften über die Fusionskontrolle auf Krankenkassen unter Berücksichtigung der Regelungen der jüngsten Gesundheitsreform (GKV-WSG) wurden im letzten Tätigkeitsbericht dargestellt (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 169). Auf dieser Grundlage hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum rund zehn Krankenkassenfusionen geprüft, welche sämtlich in der ersten Prüfungsphase freigegeben werden konnten. Einzelfragen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie der Marktbeherrschung konnten bislang in allen Verfahren im Ergebnis dahinstehen, so dass es hierzu noch keine gesicherte Praxis gibt. Die Marktstellung von Krankenkassen ist in sachlicher Hinsicht in zwei Richtungen zu prüfen. Zum einen bieten Krankenkassen ihre Leistungen gegenüber ihren Versicherten an (Angebotsmarkt). Gegenüber den Leistungserbringern treten die Krankenkassen als Nachfrager von Leistungen auf (Nachfragemarkt). Hierbei handelt es sich potenziell um eine Vielzahl von sachlich relevanten Nachfragemärkten, die sich auch in räumlicher Hinsicht unterscheiden können. So dürften Krankenkassen ihre Nachfrage nach Arzneimitteln auf einem bundesweiten Markt ausüben, während etwa im Rahmen der Nachfrage nach Leistungen der stationären oder ambulanten Versorgung eine Vielzahl lokaler oder regionaler Märkte betroffen sein können. Größere Aufmerksamkeit haben im Berichtszeitraum die Fusionen der AOK Sachsen mit der AOK Thüringen sowie die Vereinigung der Techniker Krankenkasse mit der IKK Direkt erfahren.

Durch den Zusammenschluss der Techniker Krankenkasse mit der IKK Direkt ist mit über 7,1 Mio. Versicherten die größte Krankenkasse entstanden. Hintergrund der Fusion war die Einführung des Gesundheitsfonds mit seinem einheitlichen Beitragssatz für die Gesetzliche Krankenversicherung (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 169). Die IKK Direkt zeichnete sich bislang durch ihren niedrigen Beitragssatz aus. Sie ging davon aus, unter den Bedingungen des Gesundheitsfonds ihre Preisführerschaft am Markt nicht mehr halten zu können, da unklar war, ob und ggf. wie lange die IKK Direkt als eigenständige Krankenkasse ihren Mitgliedern eine Prämie hätte ausschütten können. Es ist damit zu rechnen, dass ähnliche Erwägungen in den kommenden Jahren zu einem Anstieg der Zusammenschlüsse von Krankenkassen führen. Trotz der gemeinsamen Größe wies der Fall keine wettbewerblichen Bedenken auf. Die Techniker Krankenkasse wird zukünftig über einen bundesweiten Marktanteil i. H. v. rund 10 % (gemessen an ihren Versichertenzahlen) verfügen. Bei regionaler Betrachtung erreicht der Marktanteil der zusammengeschlossenen Krankenkasse in keinem Bundesland über 20 %. Die o. g. Einzelfragen zur wettbewerblichen Beurteilung von Krankenkassenfusionen brauchten daher auch in diesem Fall nicht abschließend entschieden zu werden.

Auch der Zusammenschluss der AOK Sachsen mit der AOK Thüringen konnte in der ersten Phase freigegeben werden. Dass der Fall wettbewerblich unproblematisch

war, liegt an der Regelung des § 173 Absatz 2 Nummer 1 SGB V, wonach Versicherte, wenn sie sich bei einer Ortskrankenkasse versichern, nur diejenige des Beschäftigungs- oder Wohnorts wählen können. Bei einer landesweiten Betrachtung kam es deshalb zwischen den beteiligten AOK allenfalls zu marginalen Marktanteilsadditionen. Bei bundesweiter Betrachtung lag der Marktanteil der vereinigten AOK Sachsen/Thüringen in einem unproblematischen Bereich.

### **Abwasser- und Abfallbeseitigung, sonstige Entsorgung (90)**

Im Berichtszeitraum standen nicht mehr das externe Wachstum der privaten Entsorgungswirtschaft und die (Teil-)Privatisierung von kommunalen Abfallwirtschaftsbetrieben im Vordergrund der Tätigkeit. Nach dem Ausscheiden der RWE Umwelt AG (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 171 ff.) und dem Zusammenschluss der Sulo-Altwater- mit der Cleanaway-Gruppe (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 173) haben sich die Marktstrukturen auf vielen deutschen Entsorgungsmärkten nicht mehr wesentlich verändert. Die großen Entsorgungsunternehmen in Deutschland sind zunehmend dazu übergegangen, ihre regionale Präsenz durch den Erwerb von kleineren und mittelständischen – regional bedeutenden – Unternehmen zu stärken. Insbesondere Alba, aber auch die Sulo-Gruppe und Remondis haben im Berichtszeitraum auf diese Weise in den Entsorgungsmärkten in Deutschland ihre Stellung ausgebaut.

Ein Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes lag daher zunehmend auf der Verfolgung von Kartellen und der Beseitigung von wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen zwischen bedeutenderen Entsorgern. Gerade auf den oftmals oligopolistisch strukturierten Entsorgungsmärkten führen Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen und sog. Arbeitsgemeinschaften zu einer erheblichen Behinderung und Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Oligopolisten. Ein weiterer Schwerpunkt lag in der Begleitung von Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere der Novelle der Verpackungsverordnung (VerpackV) und des neuen Batteriegesetzes (BattG).

Wesentliche Marktveränderungen haben sich hinsichtlich der Erfüllung der Rücknahmeverpflichtungen für Verkaufsverpackungen ergeben. Nach zahlreichen Verfahren des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission gibt es inzwischen neben Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (DSD) noch acht weitere duale Systeme, die in den Jahren 2006 bis 2008 ihre bundesweiten Zulassungen erhielten. Die von dualen Systemen insgesamt verlangten Entgelte sind von rund 2 Mrd. Euro pro Jahr auf unter 1 Mrd. Euro pro Jahr gesunken. Fünf der neun dualen Systeme sind vertikal integriert, d. h. sie sind Teil eines Entsorgungskonzerns, der operative Leistungen wie z. B. Erfassung von Verkaufsverpackungen, Sortierung von Leichtverpackungen und Aufbereitung von Altglas selbst durchführt.

### **1. Fusionskontrolle**

Die Übernahme der Henning Umwelt durch Sulo hat das Bundeskartellamt nach intensiver Prüfung ohne Auflagen freigegeben. Henning Umwelt war mit Schwerpunkt in Norddeutschland – vor allem Hamburg – hauptsächlich in den Bereichen der Erfassung und Vermarktung von Altpapier und Entsorgung von Gewerbeabfällen tätig. Auf dem Markt für die Erfassung von gewerblichem Altpapier in Hamburg baute Sulo durch den Zusammenschluss mit Henning seine Marktführerschaft aus, überschritt jedoch nicht die Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschung von einem Drittel. Ressourcenstarke Wettbewerber wie z. B. Remondis, Smurfit Kappa und Melosch, geringe Markteintrittsschranken sowie wirtschaftliche Anreize, in dem Markt tätig zu werden, ließen die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von Sulo durch den Zusammenschluss nicht erwarten. Da die Marktanteile von Henning und Sulo gemeinsam auf dem Markt für den Verkauf von Altpapier in Deutschland ebenfalls nicht über einem Drittel lagen, waren auf diesem Markt – auch bei einer weitergehenden sachlichen Unterteilung nach einzelnen Altpapiersorten – keine wettbewerblich unkontrollierten Handlungsspielräume zu erwarten. Auf den vom Zusammenschluss betroffenen Regionalmärkten für die Erfassung von gemischten Gewerbeabfällen zur Verwertung waren aufgrund der geringen Markteintrittsschranken jeweils ressourcenstarke, fachkundige Entsorgungsdienstleister sowie eine Vielzahl von kleinen, mittelständischen Wettbewerbern und Containerdiensten tätig. Daher war auch auf diesen Märkten die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von Sulo durch den Zusammenschluss auszuschließen.

Die Übernahme der Sulo-Gruppe durch Veolia war bei der Europäischen Kommission anmeldepflichtig. Die Struktur der Entsorgungsmärkte in Deutschland änderte sich durch diese Übernahme nicht wesentlich, da Veolia vor dem Zusammenschluss auf den deutschen Entsorgungsmärkten kaum tätig war. Anders als im Fall der Übernahme der TSR Gruppe durch Remondis, Cronimet und Alfa Acciai, in dem deutsche Entsorgungsmärkte betroffen waren, hat das Bundeskartellamt in diesem Fall keinen Verweisungsantrag nach Artikel 9 FKVO gestellt. Die Europäische Kommission hat die Übernahme der TSR auf entsprechenden Antrag hinsichtlich der Märkte für die Verwertung von Kühl- und Gefriergeräten sowie für Sammlung und Aufbereitung von Eisenschrott im Ruhrgebiet und für Edlstahlschrott im Raum Stuttgart an das Bundeskartellamt verwiesen. Nach vertieften Ermittlungen stellte sich heraus, dass auf dem Markt für Sammlung und Aufbereitung von Edlstahlschrott im Raum Stuttgart die Untersagungs Voraussetzungen nicht erfüllt waren. Wettbewerbliche Bedenken ergaben sich aber auf den anderen beiden verwiesenen Märkten. Auf dem Markt für die Sammlung und Aufbereitung von Eisenschrott im Ruhrgebiet hätte das Zusammenschlussvorhaben über das Gemeinschaftsunternehmen REBO eine strukturelle Verbindung zwischen Remondis und dem bedeutendsten Wettbewerber geschaffen. Noch während des Verfahrens veräußerte Remondis seine Beteiligung an der REBO, so dass diese Bedenken beseitigt wurden. Durch

den Zusammenschluss hätte Remondis auch die 50 %ige Beteiligung der TSR an Recool, der Betreiberin einer Aufarbeitungsanlage für Kühlgeräte in Duisburg, erworben. Ermittlungen des Bundeskartellamtes zufolge stellt die Aufbereitung und Verwertung von Kühlgeräten auch nach dem Inkrafttreten des ElektroG einen eigenständigen sachlichen Markt dar. Zwar fragen Hersteller eine Gesamtleistung – neben Aufbereitung auch die Erfassung der Geräte – nach. Die von ihnen jeweils beauftragten sog. „Systemköpfe“ schreiben jedoch die Erfassung und die Verwertung der Kühlgeräte in erheblichem Ausmaß getrennt voneinander und häufig auch regional aus. Bereits ohne die Recool-Beteiligung verfügt Remondis als nahezu einziger Entsorger bundesweit über Aufbereitungsanlagen und Zugriff auf Entsorgungskapazitäten für Kühlgeräte, so dass es zu erheblichen Marktanteilsadditionen gekommen wäre. Die Zusammenschlussbeteiligten haben dem Bundeskartellamt noch während des Verfahrens mitgeteilt, die Beteiligung der TSR an der Recool sei veräußert worden. Insofern kam es durch den geplanten Zusammenschluss nicht mehr zu Überschneidungen auf dem Markt für die Entsorgung von Kühlgeräten. Die Übernahme der Anteile an der Recool durch EGR hat das Bundeskartellamt freigegeben. Gesellschafter der EGR sind der kommunale Entsorger AGR, der auch die restlichen 50 % der Anteile an Recool hält, und Quelle.

Den Erwerb der baden-württembergischen Meier Entsorgung durch Remondis hat das Bundeskartellamt ebenfalls freigegeben. Remondis und Meier überschneiden sich mit ihren Tätigkeiten in einer Vielzahl von Entsorgungsmärkten. Dabei handelte es sich zum Teil um Bagatellmärkte (Betrieb von Wertstoffhöfen), zum Teil erreichten die Zusammenschlussbeteiligten keine hohen Marktanteile (Erfassung von Bioabfällen) und zum Teil handelte es sich um Märkte mit nur sehr geringen Marktzutrittschranken (Erfassung von Gewerbeabfällen). Auf allen diesen Märkten waren mehrere auch ressourcenstarke Wettbewerber tätig, so dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss nicht zu erwarten war. Besonders intensiv analysierte das Bundeskartellamt die Marktverhältnisse auf den Märkten für die Erfassung von Leichtverpackungen (LVP) und von Altglas in Baden-Württemberg. Auf diesen Märkten hat Remondis mit Sita (LVP) bzw. Alba (Altglas) jeweils einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 50 %. Das Bundeskartellamt bezog in seine Prüfung u. a. die Stabilität der Marktstrukturen, die Unternehmensressourcen, die Bedeutung des jeweiligen Geschäfts in Baden-Württemberg für die Gesamttätigkeit der Unternehmen sowie Umfang und Intensität des Außenwettbewerbs ein. Ferner wertete das Bundeskartellamt detailliert das tatsächliche Bieterverhalten in den vergangenen Ausschreibungen der DSD aus. Nach derzeitiger Prognose war fehlender Binnenwettbewerb nicht hinreichend wahrscheinlich. Da Meier aufgrund der Übernahme durch Remondis auch aus der Mittelstandskooperation Logex ausschied, hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss freigegeben.

Auch Alba hat seine Präsenz in Baden-Württemberg durch externes Wachstum verstärkt, indem es die in der

Tochtergesellschaft U-Plus gebündelten Entsorgungsaktivitäten der EnBW erworben hat. Alba selbst war in Baden-Württemberg bis zu diesem Zeitpunkt über eine PPP-Beteiligung an der Umwelt-Service Nordschwarzwald tätig. Zu größeren Überschneidungen mit den Tätigkeiten der U-Plus kam es durch die beherrschende Beteiligung von Alba an Interseroh. Auf keinem der betroffenen Märkte – u. a. flächendeckende Entsorgung gewerblicher Anfallstellen, Verkauf von Altpapier, Sortierung von gebrauchten Leichtverpackungen, Vermarktung verschiedener gebrauchter Kunststoffe, Entsorgung von Altholz, Vermarktung von Altglas sowie Verwertung von Kühl- und Gefriergeräten – war jedoch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. In einigen Märkten erreichten Alba/Interseroh und U-Plus zusammen zwar hohe Marktanteile, diese lagen jedoch in keinem Fall über der Vermutungsschwelle für die Einzelmarktbeherrschung von einem Drittel. Zudem existieren in jedem der o.g. Märkte potente Wettbewerber, denen ein wettbewerbsloses Verhalten gegenüber den Zusammenschlussbeteiligten nicht nachgewiesen werden konnte. Alba hat mit der Übernahme der U-Plus seine regionale Abdeckung über die ostdeutschen Bundesländer hinaus erheblich erweitert.

Die beiden kommunalen Abfallgesellschaften MVA Müllverwertungsanlage Bonn GmbH und die Betreiberin des Müllheizkraftwerkes in Leverkusen, AVEA, haben im Berichtszeitraum mit der Returo ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen gegründet, das die freien Kapazitäten der beiden Müllverbrennungsanlagen vermarkten soll. An der AVEA ist neben der Stadt Leverkusen auch der BAV – Bergischer Abfallwirtschaftsverband – beteiligt, dessen Mitglieder der Rheinisch Bergische und der Oberbergische Kreis sind. Die Returo soll als reine Vertriebsgesellschaft für ihre Muttergesellschaften Verbrennungskapazitäten vermarkten. Dabei werden von der Returo nur die Kapazitäten der Müllverbrennungsanlagen ausgelastet, die nicht bereits durch die Entsorgung andienungspflichtiger Mengen laut Abfallwirtschaftsplan gebunden sind. Weder im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen noch hinsichtlich der Verbrennung von Gewerbeabfällen (AzV) waren die Voraussetzungen für die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss erfüllt. In beiden Bereichen existieren Wettbewerber mit wesentlich höheren Marktanteilen. Eine flächendeckende, mit höheren Marktanteilen verbundene Erweiterung der Kooperation zwischen kommunalen Müllverbrennungsanlagen, wäre insbesondere auch unter dem Aspekt der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu prüfen.

## 2. Kartellverfahren

### Untersagung eines Beschaffungskartells der Behälterglasindustrie

Das Bundeskartellamt hat den in Deutschland ansässigen Herstellern von Behälterglas untersagt, das für die Produktion benötigte Altglas gemeinsam zu beschaffen. Bei der Produktion von Behälterglas (Getränkeflaschen, Gläser für Lebensmittel etc.) wird in erheblichem Umfang

Altglas eingesetzt. Über zwei Drittel des Altglases stammt aus der haushaltsnahen Sammlung dualer Systeme. Alle Hersteller von Behälterglas mit Produktionsstandorten in Deutschland gründeten 1993 die Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung mbH („GGA“), um gemeinsam das gesamte bei den Haushalten gesammelte Altglas zu beschaffen. Zu diesem Zweck kaufte die GGA von den Entsorgungsunternehmen das gesamte Altglas zentral ein und organisierte die Zuführung zu Altglasaufbereitungsanlagen. Die Behälterglashersteller riefen die jeweils benötigten Mengen ab und rechneten die Aufbereitungskosten mit den Betreibern der Aufbereitungsanlagen ab. Die Einkaufskosten für das Altglas und die Transportkosten legte die GGA auf ihre Gesellschafter – die Behälterglashersteller – über einheitliche Tonnagepreise für die drei Glasfarben Weiß, Braun und Grün um. Dieses Beschaffungskartell verhinderte die individuelle Nachfrage der Behälterglashersteller nach dem Sekundärrohstoff Altglas und verstieß gegen Artikel 81 EG und § 1. Das Bundeskartellamt setzte sich im Verfahren intensiv damit auseinander, ob das Beschaffungskartell die Freistellungsvoraussetzungen nach Artikel 81 Absatz 3 EG und § 2 erfüllte. Im Rahmen der Prüfung wurde insbesondere festgestellt, dass das Kartell nicht zu ökologischen Vorteilen führte, da eine hohe Recyclingquote auch ohne dieses Kartell zu erwarten war. Der Einsatz von Altglas als Sekundärrohstoff in der Glasproduktion führt im Vergleich zum Einsatz von Primärrohstoffen aufgrund seiner niedrigeren Schmelztemperatur zu wesentlichen Kosteneinsparungen (Energiekosten und Kosten für CO<sub>2</sub>-Zertifikate). Es besteht deshalb bereits ein wirtschaftlicher Anreiz, bei der Herstellung von Behälterglas Primärrohstoffe weitgehend durch Sekundärrohstoffe zu ersetzen. Zudem ist die Produktion von Behälterglas seit längerem auf hohe Einsatzquoten von Altglas ausgerichtet. Einer signifikanten Erhöhung des Primärrohstoffanteils stehen erhebliche Investitionskosten entgegen. Schließlich ist auch aufgrund der in der VerpackV vorgegebenen Verwertungsquoten davon auszugehen, dass die dualen Systeme eine hohe Recyclingrate vertraglich absichern. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte im Eilverfahren die sofortige Vollziehbarkeit der Untersagung (Beschluss vom 14. Juni 2007, VI Kart 9/07 (V)). Nachdem die Behälterglashersteller ihre weitergehenden Rechtsmittel zurückgenommen haben, ist die Untersagung rechtskräftig. Die GGA hat das Bundeskartellamt darüber informiert, dass sie ihren Geschäftsbetrieb im Januar 2008 eingestellt hat.

### **Absprachen bei Ausschreibung der DSD 2003**

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen mehrere Entsorgungsunternehmen wegen des Verdachts des gemeinschaftlich begangenen Submissionsbetrugs Beschuldigungsschreiben versandt. Nach der ersten Ausschreibung der DSD-Entsorgungsverträge hatten das Bundeskartellamt und die Staatsanwaltschaft Köln in enger Abstimmung parallel Ermittlungsverfahren eingeleitet und eine Vielzahl von Entsorgungsunternehmen wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkender Absprachen durchsucht (Tätig-

keitsbericht 2003/2004, S. 179). Dieser Verdacht hat sich zumindest für mehrere im Südwesten Deutschlands tätige Entsorgungsunternehmen erhärtet. Für einige südwestliche Regionen in Deutschland haben sich die dort schon vor der Ausschreibung maßgeblich tätigen Entsorgungsunternehmen nach Auffassung des Bundeskartellamtes gemeinsam auf eine Aufteilung der von DSD ausgeschriebenen Entsorgungsgebiete geeinigt. Vereinbart wurde dabei, welches Unternehmen welche Tätigkeit – gegebenenfalls unter Einbindung weiterer Kooperationspartner – in dem ihm zugeteilten Entsorgungsgebiet gegenüber DSD anbieten sollte. Um das verabredete Angebot auch durchsetzen zu können und entsprechend Wettbewerb zu verhindern, bezogen die Unternehmen dann in wettbewerbsbeschränkender Weise weitere regional tätige Entsorgungsunternehmen in die Angebotserstellung ein. In anderen Regionen haben sich die Altanbieter in einem Entsorgungsgebiet darauf verständigt, nicht in Wettbewerb zueinander Gebote gegenüber DSD abzugeben, sondern ein gemeinsames Angebot vorzulegen, auf dessen Details sie sich – bis hin zum Abgabepreis – weitgehend geeinigt hatten. Zum Teil versuchten die an der Absprache Beteiligten, die horizontale Zusammenarbeit von direkten Wettbewerbern durch Subunternehmenschaften zu verschleiern.

### **Mengenübertragungsverträge zwischen dualen Systemen**

Inzwischen gibt es insgesamt neun bundesweit tätige duale Systeme, die Herstellern und Vertreibern eine umfassende Entsorgungsdienstleistung zur Erfüllung der Verpflichtungen zur Rücknahme von gebrauchten Verkaufsverpackungen nach der VerpackV über sog. „Lizenzverträge“ anbieten. Der Betrieb eines dualen Systems beinhaltet die Koordination einer Reihe von Entsorgungsleistungen (Erfassung, Sortierung, Aufbereitung und Verwertung der Verkaufsverpackungen). Jedes der bundesweit tätigen dualen Systeme schließt hierfür insgesamt mehrere tausend Verträge mit den einzelnen Leistungserbringern ab. Seit dem Markteintritt der ersten Wettbewerber von DSD praktizieren die dualen Systeme eine Form der gemeinsamen Erfassung von Verkaufsverpackungen, bei der die DSD-Wettbewerber das jeweils von DSD ausgewählte Erfassungsunternehmen anteilig beauftragen. Aus der parallelen Beauftragung folgt die Notwendigkeit, die Eigentumsanteile der dualen Systeme an den zu erfassenden Mengen gebrauchter Verkaufsverpackungen festzulegen. Zu diesem Zweck haben die dualen Systeme einen „Mengenermittlungs-Vertrag“ geschlossen. Der Vertrag sieht (Plan-)Mengenmeldungen der „Lizenzmengen“ der dualen Systeme vor. Der nach dem Vertrag berechnete Anteil ist ausschlaggebend für die anteilmäßige Beauftragung des Erfassers und wirkt sich ebenso auf die Eigentumsanteile für die nachfolgende Sortierung, Aufbereitung und Verwertung aus. Letztlich entscheiden daher die (Plan-)Mengenmeldungen der dualen Systeme über die mengenmäßige Aufteilung der Verpackungsabfälle unter den dualen Systemen. Das Bundeskartellamt hat davon Kenntnis erlangt, dass zwischen einzelnen dualen Systemen sog. Mengenüber-

tragungsverträge bestanden. Zentraler Regelungsinhalt derartiger Mengenübertragungsverträge ist die Verschiebung der gemeldeten (Plan-)Mengen von einem dualen System zu einem anderen. Damit steuern die beteiligten dualen Systeme die nach dem Mengenermittlungs-Vertrag ermittelten Mengenanteile. Diese Mengenanteile geben mithin nicht mehr die tatsächlichen Lizenzmengenanteile wider. Durch die Mengenübertragungsverträge wird die operative Tätigkeit eines dualen Systems (Erfassung, Sortierung, Aufbereitung, Verwertung) bezüglich bestimmter oder aller Mengen auf ein anderes duales System übertragen. Solche Mengenübertragungsverträge beschränken in aller Regel den Wettbewerb i. S. v. Artikel 81 EG bzw. § 1 und können in vielen Fällen auch das Spürbarkeitskriterium erfüllen. Eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung ergibt sich zunächst hinsichtlich des Angebotsverhaltens der beteiligten dualen Systeme gegenüber den Lizenzkunden. Die beteiligten dualen Systeme treten bzgl. der betroffenen Mengen/Kunden nicht mehr eigenständig als Anbieter auf, sondern unterbreiten letztlich ein gemeinsames Angebot, da die operativen Leistungen und somit auch die Kosten vergemeinschaftet werden. Zudem bündeln die beteiligten dualen Systeme ihre Nachfrage nach Leistungen der Erfassung, Sortierung, Aufbereitung und Verwertung hinsichtlich der vom Vertrag betroffenen Mengen und treten insoweit auf diesen Märkten nicht mehr als eigenständige Nachfrager auf. Darüber hinaus kann sich ein Mengenübertragungsvertrag auch im Vertikalverhältnis auf vielfältige Weise wettbewerbsbeschränkend auswirken, z. B. indem sich die Nachfrage auf den Märkten der Sortierung, Aufbereitung und Verwertung von einem dualen System zu einem anderen verschiebt. Ob die Wettbewerbsbeschränkung auf den zahlreichen betroffenen Märkte spürbar ist, ist im Einzelfall zu beurteilen. Aufgrund dieser Bedenken haben zwei duale Systeme – DSD und die zu Remondis gehörende EKO-PUNKT GmbH – jeweils die Verpflichtungszusage angeboten, alle ggf. mit anderen dualen Systemen bestehende Mengenübertragungsverträge zu beenden. Das Bundeskartellamt hat die Verpflichtungszusagen für einen Zeitraum von fünf Jahren bindend erklärt.

### **Koordination der Erfassungsausschreibungen von dualen Systemen**

Nach der VerpackV müssen sich die in Deutschland zugelassenen dualen Systeme ab dem Jahr 2009 an einer Gemeinsamen Stelle beteiligen, die u. a. die Aufgaben hat, die Verpackungsmengen den dualen Systemen lokal anteilig zuzuordnen und die Erfassungsausschreibungen der dualen Systeme wettbewerbsneutral zu koordinieren. Mit der Koordination der Erfassungsausschreibungen ist ein System wechselnder Ausschreibungsführerschaften beabsichtigt, so dass künftig nicht nur DSD, sondern auch die weiteren dualen Systeme nach Lizenzmengenanteilen Ausschreibungsführerschaften übernehmen. Die Gemeinsame Stelle soll als privatrechtliches Forum ausgestaltet werden. Wie der Regierungsbegründung zur Novelle zu entnehmen ist, setzt der Verordnungsgeber darauf, dass sich die dualen Systeme auf eine kartellrechtskonforme

Koordination der Erfassungsausschreibungen einigen und fordert hierzu eine Beteiligung der Kartellbehörden. Vor diesem Hintergrund haben vier der neun dualen Systeme einen Ausschreibungsvertrag entworfen. Auf Grundlage des Entwurfs hat das Bundeskartellamt den dualen Systemen seine vorläufige Einschätzung zu den kartellrechtlichen Anforderungen an die Koordination der Erfassungsausschreibungen mitgeteilt und auch zu mehreren Detailfragen Stellung genommen. Das Bundeskartellamt erkennt die Notwendigkeit der Kooperation der dualen Systeme im Rahmen der Verpackungsverordnung an. Diese Kooperation muss jedoch im Einklang mit den kartellrechtlichen Vorschriften der Artikel 81, 82 EG und §§ 1, 2, 19-21 erfolgen. Die dualen Systeme beabsichtigen weiterhin den Betrieb einer einzigen Erfassungsinfrastruktur. Neben dem Ausschreibungsführer schließen auch die anderen dualen Systeme einen Vertrag mit dem lokalen Erfassungsunternehmen; die Beauftragungsanteile richten sich nach den von der Gemeinsamen Stelle ermittelten lokalen Mengenanteilen (sog. „Mitbenutzung“). Nach dem bisherigen System der Mitbenutzung werden die Verpackungsmengen bundesweit bzw. bundeslandweit in allen Ausschreibungsgebieten gleichmäßig aufgeteilt. Durch die gleichmäßige Mengenzuweisung werden die Anreize zur Rationalisierung der Erfassung stark eingeschränkt, da unnötig überhöhte Erfassungskosten von allen dualen Systemen im Ergebnis gleichermaßen zu tragen sind. Um Anreize zur Rationalisierung zu schaffen, ist dem jeweiligen Ausschreibungsführer künftig jeweils mindestens der Großteil der Mengen in „seinem“ Erfassungsgebiet zuzuteilen, so dass dieser eine umfassende Verantwortung für das Gebiet (und die dort entstehenden Kosten) hat und bestrebt ist, unnötige Ineffizienzen zu vermeiden. Auch eine Zuteilung der Gesamtmenge eines Gebietes zum jeweiligen Ausschreibungsführer ist ohne weiteres mit der VerpackV vereinbar. Bislang sind einige vertikal integrierte duale Systeme nicht bereit, in einem Ausschreibungsvertrag überhaupt eine wechselseitige vertragliche Verpflichtung zur Ausschreibung der Erfassungsverträge einzugehen. Die Ausschreibung ist jedoch ein notwendiges Element der Erfassungs Kooperation der dualen Systeme, solange die flächendeckende Erfassung im Wege der Mitbenutzung erreicht werden soll, weil eine freihändige Vergabe nicht die Freistellungsvoraussetzungen vom Kartellverbot erfüllte (Artikel 81 Absatz 3 EG bzw. § 2). Die Diskussionen zur Ausgestaltung der Koordination der Erfassungsausschreibungen dauern an. Parallel hierzu trifft DSD die nötigen Vorbereitungen für eine Neuausschreibung der Erfassungsverträge, die Ende 2009 auslaufen.

### **Auflösung der GMA**

Aufgrund erheblicher wettbewerbsrechtlicher Bedenken des Bundeskartellamtes ist das wettbewerbsbeschränkende Gemeinschaftsunternehmen GMA (Gesellschaft für Materialkreislauf und Abfallwirtschaft) aufgelöst worden. Die GMA war ein Entsorgungsunternehmen, das in Niedersachsen auf einer Vielzahl von Entsorgungsmärkten tätig war. Gesellschafter der GMA waren – direkt und indirekt – die Entsorger Sulo, Tönsmeier, Nehlsen,



Holtmeyer und Baving. Die GMA selbst war u. a. an den Entsorgungsunternehmen Beekmann, Städtereinigung Holtmeyer und den Abfallwirtschaftsbetrieben Wilhelmshaven beteiligt. Die Marktanteile der GMA zusammen mit ihren Gesellschaftern lagen auf mehreren Entsorgungsmärkten in Niedersachsen zwischen ca. 40 % und 80 %, ferner beschränkte die Beteiligung an der GMA den Wettbewerb zwischen den Gesellschaftern. Die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung führte faktisch zu einer Änderung der Eigentümerstruktur der GMA. In enger Abstimmung mit dem Bundeskartellamt setzten die Gesellschafter schließlich eine Lösungsmöglichkeit um, die keinen kartellrechtlichen Bedenken begegnete. Sulo, Tönsmeier, Baving und Holtmeyer schieden aus der GMA aus, die von Nehlsen übernommen wurde. Die Beteiligung der GMA an der Städtereinigung Holtmeyer übernahm Sulo, so dass auch zwischen den wettbewerblichen Einheiten Nehlsen/GMA und Sulo/Holtmeyer keine strukturelle Verbindung mehr bestand. Die Beteiligungen an Beekmann und an den Abfallwirtschaftsbetrieben Wilhelmshaven verblieben bei der GMA. Durch diese Auflösung der GMA ist die gesellschaftsrechtliche Notwendigkeit der ehemaligen Gesellschafter, sich über die gemeinsamen Interessen zu einigen, entfallen. Die strukturellen Voraussetzungen dafür, dass die verbleibenden Unternehmen in Wettbewerb treten können, und nicht mehr auf Interessen der Mitgesellschafter der GMA Rücksicht nehmen müssen, liegen damit vor.

### 3. Missbrauchsaufsicht

#### Entkopplung der Marke „Der Grüne Punkt“ von DSD-Entsorgungsverträgen

DSD hat die Nutzung der Marke „Der Grüne Punkt“ ab 2009 vollständig von den Verträgen über die Entsorgung von Verkaufsverpackungen („Lizenzverträgen“) entkoppelt. DSD ist als duales System tätig und zugleich Inhaberin der Marke „Der Grüne Punkt“. Bislang mussten Hersteller und Vertreiber, die die Entsorgungsleistung vollständig bei einem Wettbewerber von DSD in Auftrag geben wollten, die Kennzeichnung ihrer Verpackung mit dem Grünen Punkt ändern. Eine solche Änderung konnten sie nur vermeiden, indem sie weiterhin zumindest einen Teil der Entsorgungsleistung bei DSD beauftragten. Hierfür entschieden sich fast alle Hersteller und Vertreiber, da eine Umstellung des meist länderübergreifend einheitlichen Verpackungsdesigns sehr kostspielig sein kann und weil in anderen europäischen Ländern die Kennzeichnung der Verpackung mit dem Grünen Punkt weiterhin erforderlich ist. Durch die Entkopplung ist die Notwendigkeit einer Teilbeauftragung von DSD weggefallen. Als marktbeherrschender Anbieter der Nutzungsrechte an der Marke „Der Grüne Punkt“ muss DSD das kartellrechtliche Missbrauchsverbot beachten. DSD hat dem Bundeskartellamt insbesondere versichert, dass DSD allen Kunden von Wettbewerbern die Nutzung des Grünen Punktes zu gleichen Konditionen wie den eigenen Kunden gewähren wird. Umgekehrt sind DSD-Kunden künftig nicht mehr verpflichtet, den Grünen Punkt auf ihre

Verpackungen zu drucken. DSD darf für die Markennutzung kein überhöhtes Entgelt verlangen und macht die Preisliste in geeigneter Form allgemein zugänglich. Durch die Entkopplung wurden die Wettbewerbsbedingungen für die Erfüllung der Rücknahmeverpflichtungen nach der VerpackV weiter verbessert.

### 4. Novelle der Verpackungsverordnung

Das Bundeskartellamt hat im Laufe der Novelle der Verpackungsverordnung mehrmals Stellung genommen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 176 f.). Der Verordnungsgeber hat einige Anregungen des Bundeskartellamtes aufgenommen. Aus wettbewerblicher Sicht zu begrüßen ist insbesondere die Streichung der Kennzeichnungspflicht für Verkaufsverpackungen. Die Kennzeichnungspflicht war inzwischen entbehrlich und stellte ein unnötiges Wettbewerbshindernis dar. DSD hat daraufhin die Nutzung der Marke „Der Grüne Punkt“ von den DSD-Entsorgungsverträgen zum 1. Januar 2009 entkoppelt (s. o.). Eine wettbewerblich problematische Signalwirkung hatte hingegen die Streichung der Ausschreibungspflichten im Anhang der VerpackV. Zwar wurde gleichzeitig eine Pflicht zur Koordination der Ausschreibungen der Erfassung zwischen dualen Systemen in § 6 Absatz 7 VerpackV eingeführt. Darüber hinaus ist für ein kartellrechtliches Ausschreibungserfordernis irrelevant, ob eine Ausschreibungspflicht nach VerpackV besteht oder nicht. Einige vertikal integrierte duale Systeme sind derzeit dennoch nicht bereit, die Erfassungsleistungen im Rahmen eines Mitbenutzungsmodells auszuschreiben, und berufen sich dabei insbesondere auf die Streichung der Ausschreibungspflichten im Anhang der VerpackV. Die Streichung hat daher dualen Systemen Vorschub geleistet, sich einer kartellrechtskonformen Lösung zu verweigern. Wie im Referentenentwurf vorgesehen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 176 f.), wurden durch die Novelle zusätzliche Ansprüche auf Mitbenutzung und Entgeltzahlungen zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und haushaltsnahen Sammelsystemen eingeführt. Derartige Ansprüche statuieren keine Ausnahmen von den Regelungen des GWB. Die Grundsätze der rechtskräftigen Entscheidung gegen den Landkreis Neu-Ulm, nach der eine gemeinsame Beauftragung den Nachfragewettbewerb zwischen den Beteiligten beschränkt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 180 f.), bleiben auch vor dem Hintergrund zusätzlicher Mitbenutzungsansprüche voll anwendbar. Bestrebungen öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger, duale Systeme an der individuellen Nachfrage nach Entsorgungsleistungen zu hindern, um die entsprechenden Aufträge selbst (ggf. in-house) zu vergeben, sind weiterhin kartellrechtlich kritisch zu sehen. Das Bundeskartellamt hat der Stadt Leipzig und der Stadtreinigung Hamburg auf entsprechende Nachfragen mitgeteilt, dass die dortige Erfassungsleistung spätestens zum 1. Januar 2010 durch ein duales System neu auszuschreiben ist, unabhängig davon, ob eine „Gelbe Tonne plus“ oder entsprechende Modellprojekte fortgeführt bzw. ausgeweitet werden oder nicht.

## 5. Neues Batteriegesetz

Zur Novelle der Batterieverordnung (BattV) hat das Bundesumweltministerium (BMU) ein Diskussionspapier veröffentlicht und interessierten Kreisen damit die Gelegenheit gegeben, sich zu den beabsichtigten Neuregelungen zu äußern. Zu dem darauf basierenden Entwurf eines Gesetzes über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Batterien und Akkumulatoren (Batteriegesetz – BattG) hat das Bundeskartellamt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Stellung genommen. Die Rücknahme von Batterien und Akkumulatoren wird dominiert durch das Gemeinsame Rücknahme System (GRS). Angesichts der beherrschenden Marktstellung des GRS, dessen Tätigkeit durch die BattV und das neue BattG tendenziell stabilisiert und gefördert wird, lag der Schwerpunkt der Stellungnahme des Bundeskartellamtes darauf, den von herstellereigenen Rücknahmesystemen und Beauftragten Dritten ausgehenden Wettbewerb nicht etwa zu erschweren, sondern möglichst zu erleichtern. Die derzeit vorliegende Fassung des Regierungsentwurfs (vom 1. Januar 2009) hat diesem Gedanken Rechnung getragen.

## Kultur, Sport, Unterhaltung (92)

### 1. Fernsehen

Erst nach wesentlichen Änderungen konnte das Bundeskartellamt eine befristete Vereinbarung zwischen der Premiere AG und der Arena Sport Rechte und Marketing GmbH, einer Tochtergesellschaft des in Nordrhein-Westfalen und Hessen tätigen Kabelnetzbetreibers Unity Media, über eine Unterlizenzierung der ursprünglich von Arena erworbenen Bundesliga-Fernsehübertragungsrechte an Premiere und den Vertrieb bestimmter damit produzierter Bundesliga-Programme auch durch Unity Media tolerieren. Arena und Unity Media hatten Anfang 2007 eine weitgehende Kooperation mit ihrem Pay-TV-Wettbewerber Premiere vereinbart. Dieses sog. „Alpha Agreement“ hätte zu einer langfristig angelegten Marktaufteilung geführt: Arena bzw. Unity Media hätten in den Kabelgebieten Nordrhein-Westfalen (vormals ish) und Hessen (vormals iesz) die Bundesliga exklusiv vermarktet, während Premiere in den übrigen Kabelgebieten den Vertrieb übernommen hätte. Außerdem hätte Premiere die Bundesliga exklusiv an Direct-to-home (DTH)-Satellitenkunden bundesweit vermarktet. Neben dieser Marktaufteilung enthielt das „Alpha Agreement“ eine Vielzahl weiterer Regelungen, die insgesamt zu einer weitgehenden Ausschaltung des Preis- und Qualitätswettbewerbs geführt hätten. Das Bundeskartellamt hatte den Unternehmen, unmittelbar nachdem es Kenntnis von dem „Alpha Agreement“ erlangt hatte, eine Untersagung dieses Kartells (Verstoß gegen § 1 bzw. Artikel 81 EG) angedroht. In der Folgezeit hatten die Unternehmen in bilateralen Gesprächen nach einer kartellrechtskonformen Lösung gesucht. Die Ergebnisse ihrer langwierigen Verhandlungen hatten sie anschließend dem Bundeskartellamt zur Prüfung vorgelegt.

Anders als die ursprünglich vorgesehene Kooperation, die für Arena nur einen geringen Anreiz zu Preis- und

Qualitätswettbewerb im Verhältnis zu Premiere geboten hätte, blieb Wettbewerb nach den am Ende vereinbarten Regelungen möglich und wahrscheinlich.

Das von den Unternehmen vorgelegte Modell sah vor, dass Arena die Ende 2005 erworbenen Übertragungsrechte für drei Spielzeiten der Fußball-Bundesliga für die restlichen zwei Spielzeiten auf Premiere übertrug (Sublizenz). Arena erhielt im Gegenzug für die dann von Premiere produzierten Bundesligasendungen eine Rücklizenz für Kabel und DTH-Satellit.

Im Kabelgebiet in Nordrhein-Westfalen und Hessen vertreiben seitdem sowohl Unity Media als auch Premiere – im Wege der Durchleitung – die Bundesliga im Wettbewerb zueinander. Daneben vermarktet jeder Anbieter seine eigenen Pay-TV-Programme. Somit gibt es für Kabelkunden in Nordrhein-Westfalen und Hessen derzeit sowohl für die Bundesliga als auch für weitere Programmpakete eigenständige Pay-TV-Angebote von Arena und Premiere. Im Bereich DTH-Satellit blieben beide Satellitenplattformen bestehen. Sowohl Arena als auch Premiere vermarkten das Bundesliga-Programm und ihre jeweils eigenen Programme im Wettbewerb zueinander über DTH-Satellit.

Auch die Sublizenzierung eines für den Pay-TV-Markt bedeutsamen Exklusivrechtes – wie der Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga – an einen Wettbewerber kann zwar nach Auffassung des Bundeskartellamtes grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Allerdings war in dem geprüften Fall zu berücksichtigen, dass Arena ohne die Kooperation die Bundesligarechte aufgrund der Verluste voraussichtlich nicht weiter allein hätte vermarkten können. Eine vollständige Untersagung der Kooperation hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit unter den gegebenen Bedingungen – die neue Spielzeit begann am 10. August 2007 – zu einer Rückgabe der Lizenz an die DFL geführt. Für eine kurzfristig erforderliche Übernahme der Lizenz für die Restlaufzeit wäre nur Premiere in Frage gekommen. Die DFL hatte Entsprechendes bereits erklärt.

Unter diesen Umständen war die auf die laufende Rechtezeit, d. h. die Spielzeiten 2007/08 und 2008/09, begrenzte Kooperation akzeptabel. Die zeitliche Begrenzung sowie die weiteren Regelungen verhindern eine Abschottung des Marktes und erhalten die Möglichkeit für Wettbewerb bei der anstehenden Vergabe der Bundesligarechte für die Spielzeiten ab 2009/2010 (S. 156 ff.).

### 2. Zentralvermarktung Fußballbundesliga

Das Bundeskartellamt hatte außerdem im Oktober 2007 ein Verfahren eingeleitet, um das neue Vermarktungsmodell der DFL für die Zentralvermarktung der Medienrechte der 1. und 2. Fußballbundesliga ab der Spielzeit 2009/2010 auf seine Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht zu prüfen.

Die Zentralvermarktung stellt als Preiskartell eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Artikel 81 Absatz 1 EG bzw. § 1 dar, die nach deutschem und europäischem Kartellrecht vom Kartellverbot nur freigestellt ist,

wenn sie für die Erzielung von Effizienzvorteilen unerlässlich ist und die Verbraucher an den entstehenden Gewinnen angemessen beteiligt werden (Artikel 81 Absatz 3 EG; § 2). Die Verbraucher sind in diesem Fall insbesondere die fußballbegeisterten Fernsehzuschauer. Grundlage der Prüfung des Bundeskartellamtes waren die Grundsätze, die die Europäische Kommission in ihrer Zusageentscheidung (COMP/ 37.214) vom 19. Januar 2005 im Hinblick auf die derzeit laufende Vermarktungsperiode bis zum Ende der Spielzeit 2008/2009 formuliert hat. Das Bundeskartellamt prüfte dabei zum einen, ob die von der Europäischen Kommission im Jahre 2005 erwarteten Vorteile für den Fußballsport und das Publikum (neue Produkte, mehr Auswahl, stärkere Medienpräsenz der Spiele, etc.) tatsächlich eingetreten sind. Zum anderen wurden die Neuerungen des Vermarktungsmodells gegenüber dem Modell von 2005 intensiv geprüft. Die Prüfung der dem Bundeskartellamt im April 2008 übermittelten konkreten Paketstruktur ergab, dass das vorgelegte Vermarktungsmodell der TV-Übertragungsrechte für die Fußball-Bundesliga den kartellrechtlichen Anforderungen einer angemessenen Verbraucherbeteiligung nicht genügte.

Das Ausschreibungsmodell zielte auf die Maximierung des Wettbewerbs zwischen den Bietern um die Fernsehrechte. Weil den Bietern im Gegenzug ein hohes Maß an Exklusivität in Aussicht gestellt wurde, mangelte es gleichzeitig an wirksamen Vorkehrungen zur Begrenzung des Preissetzungsspielraumes der erfolgreichen Bieter (Sender) im Verhältnis zum Fernsehzuschauer. Solche Vorkehrungen müssen der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zwischen den Fernsehsendern um den Kunden dienen. Ermöglichen würde dies etwa die vermehrte Ausschreibung ausschließlich nicht-exklusiver Pakete oder eine zeitnahe, attraktive, gebündelte Highlight-Berichterstattung im Free-TV.

Nach der vom Bundeskartellamt geteilten Einschätzung der Marktbeteiligten liegt ein wesentlicher Vorteil der Zentralvermarktung gegenüber der unkartellierten Einzelvermarktung der Fernsehrechte in der Ermöglichung einer gebündelten Highlight-Berichterstattung. Diese bereichert zum einen die Produktvielfalt, indem sie dem Fernsehzuschauer die Möglichkeit eröffnet, sich in einem überschaubaren Zeitrahmen einen Überblick über den Spieltag zu verschaffen. Vor allem aber begrenzt die Verfügbarkeit einer zeitnahen Free-TV Highlight-Berichterstattung den Preissetzungsspielraum des Erwerbers der gebündelten Pay-TV live-Übertragungsrechte. Durch die Eröffnung einer für den Endverbraucher hinreichend attraktiven Ausweichmöglichkeit im Free-TV erscheint sichergestellt, dass die mit der exklusiven Bündelung der live Übertragungsrechte verbundene überragende Marktstellung nicht durch eine Überhöhung der Pay-TV Abo-Preise ausgenutzt werden kann. Eine derartige Wahlmöglichkeit sieht das Bundeskartellamt gewährleistet, wenn die Highlight-Berichterstattung einen wesentlichen Teil des Spieltags umfasst, zeitnah und zu einem weiten Bevölkerungskreisen zugänglichen Sendetermin erfolgt.

Dies setzt voraus, dass mindestens das Kernstück des Spieltags, derzeit also die Samstagsspiele, in einer Free-TV – Zusammenfassung an einem Sendepunkt vor 20 Uhr übertragen werden können. Hierfür kommen sowohl öffentlich-rechtliche Sendeanstalten wie auch private Fernsehsender in Frage. Tatsächlich war es aber nicht unwahrscheinlich, dass die Ausschreibung zu einer Free-TV Highlight-Berichterstattung am Samstag erst nach 22 Uhr geführt hätte. Grund hierfür war die Ausgestaltung der Szenarien des Zentralvermarktungsmodells, von denen eines (das sog. Sonntagsszenario) den Pay-TV-Anbietern schlicht mehr Exklusivität geboten hätte. Trotz der im Sonntagsszenario gleichzeitig in Aussicht gestellten Live-Übertragung eines einzelnen Spiels an jedem zweiten Sonntag im Free-TV wäre eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen der Zentralvermarktung nicht gewährleistet und zwar insbesondere aufgrund unzureichender Schranken für die Preiserhöhungsspielräume im Pay-TV.

Nachdem das Bundeskartellamt der DFL ihre Anforderungen an eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Zentralvermarktung mitgeteilt hatte, schrieb die DFL im Oktober ein neues Vermarktungsmodell aus. Dieses gewährleistete eine zeitnahe, gebündelte Highlightberichterstattung über die Mehrheit der Spiele für die nächsten Spielzeiten. Daher konnte das Verfahren im Dezember 2008 beendet werden.

Mit Datum vom 2. April 2009 hat die DFL im Hinblick auf die Mitteilung des Bundeskartellamtes eine vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben (VI Kart 1/09 (V)).

### 3. Zentralvermarktung DFB-Pokal

Nach kurzer Zeit ohne weiteres Tätigwerden abgeschlossen werden konnte die Prüfung der zentralen Vermarktung der Fernsehrechte am DFB-Pokal für die Spielzeiten 2008/2009 bis 2011/2012 durch den DFB. Denn das Vermarktungsmodell genügte den kartellrechtlichen Anforderungen.

Die Zentralvermarktung des DFB-Pokals ermöglicht es, dass über sämtliche Spiele – live und in Form von Zusammenfassungen der Spieltage – im Fernsehen berichtet wird. An diesem Vorteil wird der Endverbraucher – hier der Fernsehschauer – im vorgelegten Vermarktungsmodell im Sinne des Artikel 81 Absatz 3 EG bzw. § 2 auch beteiligt und zwar durch (i) eine umfassende Highlightberichterstattung im Free-TV kurz nach Abpfiff des letzten Spiels eines jeden Spieltages; (ii) Liveübertragungen jeweils eines Spitzenspiels pro Runde bzw. aller Spiele ab dem Halbfinale im Free-TV; (iii) erstmalige Liveübertragungen aller Spiele im Pay-TV.

Das Vermarktungskonzept des DFB sieht eine weitreichende parallele Ausstrahlung der wichtigsten Live-Spiele im Free- und Pay-TV vor. Hinzu kommt eine Highlightberichterstattung im Free-TV kurz nach Abpfiff des letzten Spiels eines jeden Spieltages.

Hierdurch ist sichergestellt, dass Free-TV-Zuschauer – im gleichen Umfang wie bisher – die Spiele um den DFB-

Pokal verfolgen können. Zudem wird dem Zuschauer die Möglichkeit gegeben, jedes Spiel im Pay-TV live zu verfolgen. Der Preissetzungsspielraum des Pay-TV-Anbieters ist hierbei sowohl durch die nicht-exklusive Vergabe der Live-Übertragungsrechte an den interessantesten Spielen als auch durch eine garantierte zeitnahe Highlight-Berichterstattung im Free-TV hinreichend beschränkt. Um künftig keine direkten Nachfrager (Rechteverwerter) vom Markt auszuschließen, wurde der DFB vom Bundeskartellamt aufgefordert, nicht nur beim Abschluss neuer Verträge, sondern auch bei etwaigen Vertragsverlängerungen oder Vertragsöffnungen ein offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren sicher zu stellen.

#### **4. Durchsuchungen bei DFB und DFL**

Das Bundeskartellamt hatte im Februar 2008 die Geschäftsräume des Deutschen Fußballbundes (DFB) und der Deutschen Fußballliga (DFL) durchsucht. Es bestand der Verdacht auf Absprachen bei der Sponsorengewinnung. Der Verdacht beruhte auf einer Äußerung der betroffenen Unternehmen (hier der Ligavereine) in der Zeitschrift „Sportbild“. Die gegen die zugrunde liegenden gerichtlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse gerichteten Beschwerden des DFB hat das Landgericht Bonn zurückgewiesen (Beschluss vom 7. April 2009, 27 Qs 49/08 und 27 Qs 50/08).

Das Bundeskartellamt hat diese Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den DFB und die DFL im August 2008

eingestellt, da sich der Verdacht auf Kundenabsprachen nicht erhärtet hatte. Die Entscheidung beruhte nicht zuletzt auf den Hintergrundgesprächen mit Vertretern des DFB. Diese dienten der Offenlegung der tatsächlichen Verflechtungsverhältnisse von DFB und DFL sowie der Darlegung des Charakters der Kontakte zwischen DFL, DFB und dem gewünschten Sponsor. Dabei wurde u. a. dargelegt, dass die beschriebenen Abhängigkeiten dazu führen, dass der DFB auf der einen und Lizenzspielervereine bzw. -firmen auf der anderen Seite nicht unabhängig voneinander am Markt agieren können. Um mögliche Missverständnisse in Zukunft zu vermeiden, wurde dem DFB empfohlen, den Prozess der Gewinnung von Sponsoren transparent, diskriminierungsfrei und kartellrechtskonform öffentlich darzulegen.

#### **5. Dinner Shows**

Gegen die vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 11. April 2007 festgesetzte Geldbuße von 80 000 Euro gegen einen Veranstalter sog. Dinner Shows (siehe dazu Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 184) hatten der Betroffene und die Nebenbetroffene Rechtsbeschwerden zum Bundesgerichtshof erhoben. Mit Beschluss vom 13. November 2007 wurden die Rechtsbeschwerden als unzulässig verworfen. Die gegen den zweiten Teilnehmer an der fraglichen Gebietsaufteilung bei Dinner Shows vom Bundeskartellamt erlassene Geldbuße über 25 000 Euro und die Buße gegen den Geschäftsführer über 5 000 Euro waren bereits vorher rechtskräftig geworden.

### Dritter Abschnitt

#### Tätigkeitsbericht der Vergabekammern

##### Teil I: Rechtliche Rahmenbedingungen

##### 1. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht

###### 1.1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts

Im Berichtszeitraum ist die Reform des Vergaberechts verabschiedet worden. Am 20. Dezember 2006 war seitens der Bundesregierung ein erster Referentenentwurf zur Vereinfachung des Vergaberechts vorgelegt worden (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 185). Nach langen Debatten zwischen den einzelnen Ressorts u. a. im Hinblick auf die Berücksichtigung zusätzlicher Anforderungen an Auftragnehmer, die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in den Nachprüfungsverfahren, die Befreiung von Kooperationsmöglichkeiten der Öffentlichen Hand vom Vergaberecht und die Kostenfolge zurückgenommener Anträge wurde das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts am 19. Dezember 2008 vom Deutschen Bundestag beschlossen (Bundestagsdrucksache 16/10117 vom 13. August 2008). Der Bundesrat hat dem Gesetz am 13. Februar 2009 zugestimmt. In einer Entschließung bittet der Bundesrat die Bundesregierung, auf europäischer Ebene insbesondere darauf hinzuwirken, dass die Übertragung von Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern, vor allem kommunalen Körperschaften oder kommunalen Einrichtungen durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder durch Gründung einer kommunal getragenen Einrichtung in öffentlicher Rechtsform, nicht mehr dem Vergaberecht unterliegt.

Das reformierte Gesetz sieht vor, dass zusätzliche (insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative) Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden können, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Mehr Mittelstandsschutz erhofft sich der Gesetzgeber von der Regelung, dass zukünftig Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. De facto, d. h. ohne Durchführung eines an sich erforderlichen Vergabeverfahrens, vergebene Aufträge sind zukünftig unwirksam. § 101b sieht nunmehr eine Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages vor. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit muss innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss erfolgen. Die Erleichterung der Regelung für den Zuschlagsgestattungsantrag (§§ 115 Absatz 2, 121) zielt auf eine Beschleunigung der Nachprüfungsverfahren. Die für Antragsteller günstige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach bei der Rücknahme des Nachprüfungsantrags jeder Beteiligte seine eigenen Kosten zu tragen hat

(Bundesgerichtshof, Beschlüsse vom 25. Oktober 2005 – X ZB 26/05, sowie X ZB 25/05), hat der Gesetzgeber durch eine grundsätzliche Aufwendungsersatzpflicht des Antragstellers ersetzt.

Ebenfalls im Berichtszeitraum wurde mit der Novellierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) bzw. der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) und der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) begonnen.

###### 1.2 Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)

Die Frage, inwiefern das Vergaberecht bei den Rabattverträgen der gesetzlichen Krankenkassen anwendbar ist und welcher Rechtsweg für die Nachprüfung der Vergaben beschritten werden kann (S. 161 ff.), hat der Gesetzgeber im Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) entschieden (Gesetz vom 15. Dezember 2008, BGBl. I S. 2426; die für die Vergabe der Rabattverträge relevanten Vorschriften sind gemäß Artikel 7 Absatz 5 GKV-OrgWG bereits am 18. Dezember 2008 in Kraft getreten).

Danach wird das Vergaberecht zwar grundsätzlich durch die Änderung des § 69 Sozialgesetzbuch 5. Buch (SGB V) auf gesetzliche Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber für anwendbar erklärt. Die Vergabekammern sind Eingangsstellen bei Nachprüfungsanträgen. Gleichzeitig wird gemäß § 116 Absatz 3 Satz 1 i. V. m. § 29 Absatz 5 Sozialgerichtsgesetz (SGG) jedoch der Beschwerderechtsweg zu den Landessozialgerichten eröffnet.

Das Bundeskartellamt hatte zu dem Gesetzesentwurf gegenüber dem Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages Stellung bezogen (S. 9). Die Anwendung identischer Vergaberechtsnormen durch divergierende gerichtliche Instanzenzüge führt nach Ansicht des Bundeskartellamtes zu erheblicher Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung. Das Kartellvergaberecht ist eine stark durch Rechtsanwendungspraxis und Rechtsprechung geprägte Materie. Bei den Oberlandesgerichten werden dementsprechend spezialisierte Senate gebildet (§§ 91, 94, 116 Absatz 3 Satz 2). Eine entsprechende fachliche Konzentration besteht im sozialgerichtlichen Instanzenzug demgegenüber nicht. Daher sind die Landessozialgerichte nicht auf das vergaberechtliche Beschleunigungsgebot hin ausgerichtet, sondern müssen sich auch den sonstigen sozialrechtlichen Streitigkeiten widmen. Die Gefahr der uneinheitlichen Rechtsanwen-

dung droht zukünftig nicht nur im Verhältnis der Sozialgerichtsbarkeit zu den bisher für Vergaberecht ausschließlich zuständigen Oberlandesgerichten, sondern auch zwischen den jeweils nunmehr zuständigen Landessozialgerichten.

Problematisch ist auch die Regelung in § 69 Absatz 2 Satz 3 SGB V, nach der die kartellrechtlichen Normen „mit der Maßgabe [gelten], dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist“. Dies bedeutet, dass die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes und die Vergabekammern bei der kartell- bzw. vergaberechtlichen Prüfung von Sachverhalten im Gesundheitssektor neben rein wettbewerbsrechtlichen Kriterien ein dem Wettbewerbsrecht im allgemeinen – und den einschlägigen vergaberechtlichen EU-Richtlinien im besonderen – systemfremdes Prüfkriterium anwenden müssen. Die Regelungen der vergaberechtlichen EU-Richtlinien 2004/18/EG bzw. 2004/17/EG vom 31. März 2004 bestimmen als Grundprinzipien des Vergaberechts jedoch lediglich das Gebot der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung (Erwägungsgrund Nummer 2 der Richtlinie 2004/18/EG sowie Erwägungsgrund Nummer 3 der Richtlinie 2004/17/EG). Eine „besondere“ Berücksichtigung des Versorgungsauftrags gesetzlicher Krankenkassen bei der Anwendung der §§ 97 ff. kann dagegen im Einzelfall wie ein gemeinschaftsrechtlich nicht vorgesehenes, zusätzliches sektorspezifisches Vergaberechtsprinzip wirken und somit der marktöffnenden Tendenz der genannten vergaberechtlichen EU-Richtlinien möglicherweise zuwider laufen. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 69 Absatz 2 S. 3 SGB V strikt im Sinne der vergaberechtlichen EU-Richtlinien zur Koordinierung des Vergaberechts auszulegen, um einen möglichen Verstoß auszuschließen (vgl. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19. Februar 2009, L 21 KR 16/09 SFB). Es ist zudem unklar, welches Gewicht dem Kriterium „Versorgungsauftrag“ im Verhältnis zu den rein vergabe- bzw. wettbewerbsrechtlichen Kriterien beizumessen ist. Dieses Kriterium widerspricht der herkömmlichen ordnungspolitischen Grundkonzeption des deutschen Kartellrechts, das eine Prüfung allein nach wettbewerblichen Kriterien vorsieht.

## 2. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht

Im Berichtszeitraum wurde die Reform der sog. Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 89/665/EWG vom 30. Dezember 1989, ABl. EG Nummer L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33) und der Sektorenrechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 92/17/EWG vom 25. Februar 1992, ABl. EG Nummer L 76 vom 23. März 1992, S. 14) verabschiedet (Richtlinie 2007/66/EG vom 11. Dezember 2007; ABl. EG Nummer 335 S. 31, mit Wirkung vom 9. Januar 2008; Tätigkeitsbericht 2005/2006 S. 185f.). Ausgangsziel der novellierten Rechtsmittelrichtlinien war es, beim Vergaberechtsschutz innerhalb der Mitgliedstaaten ein „level playing field“ zu schaffen, damit die materiellen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG effektiv durch-

gesetzt werden können und es so zu mehr Wettbewerb im Binnenmarkt kommt.

Zur Verbesserung des Rechtsschutzes im Bereich „De-facto-Vergabe“ ist eine Unwirksamkeit vorgesehen, die allerdings durch eine Bekanntmachung der beabsichtigten Zuschlagserteilung, kombiniert mit einer Stillhaltefrist, geheilt werden kann. Im Bereich „Übereilte Vertragsschlüsse“ wird eine Stillhaltefrist zwischen der Information der unterlegenen Bieter und der Zuschlagserteilung eingeführt. Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bzw. die Rüge beim Auftraggeber löst einen Suspensiv-effekt aus.

Die Inhalte der Richtlinie spiegeln den Charakter eines Kompromisstextes wider, der versucht, den Mitgliedstaaten zahlreiche Alternativen in der Ausgestaltung des nationalen Vergaberechts offen zu lassen und nicht zu sehr in nationalstaatliche Besonderheiten der einzelnen Nachprüfungsverfahren bzw. Sanktionsmechanismen einzugreifen. In weiten Bereichen (z. B. Artikel 2d Absatz 2 – Unwirksamkeitsfolgen, Artikel 2e – Sanktionen bei Verstößen) haben die Mitgliedstaaten weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, die ein einheitliches europaweites „level playing field“ als illusorisch erscheinen lassen.

### Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern

Im Jahr 2007 hat sich die Zahl der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern des Bundes mit 167 Anträgen auf dem Niveau der Jahre 2005 und 2006 bewegt. Für das Jahr 2008 war jedoch ein deutlicher Anstieg auf 219 Fälle zu verzeichnen. Dies entspricht nach dem Jahr 2004 mit seinerzeit 225 Fällen dem zweithöchsten Stand seit Einrichtung der Vergabekammern im Jahr 1999. Zurückzuführen ist diese wiederum deutliche Steigerung auf einen erheblichen Anteil an Nachprüfungsanträgen, die sich gegen gesetzliche Krankenkassen richteten. Gegenstand der Nachprüfungen war einerseits der Verzicht dieser Krankenkassen auf die Durchführung förmlicher Vergabeverfahren bei der Vergabe von Rabattverträgen i. S. v. § 130a Absatz 8 SGB V. Andererseits richteten sich verschiedene Nachprüfungsanträge auch gegen die inhaltliche Ausgestaltung tatsächlich nach dem 4. Teil des GWB gestalteter Ausschreibungen zur Vergabe von Rabattvereinbarungen. Ende des Jahres 2008 ist alleine die 3. Vergabekammer des Bundes mit 13 Nachprüfungsverfahren dieser Art befasst worden, die durch Verweisungen von Vergabekammern aus sechs unterschiedlichen Bundesländern die Entscheidungszuständigkeit auf Bundesebene ausgelöst haben. Zu Beginn des Jahres 2009 hat sich darüber hinaus noch einmal die Verweisung von 13 solcher Fälle von der Vergabekammer Düsseldorf ergeben, so dass auch künftig mit einer gegenüber früheren Jahren gestiegenen Fallzahl zu rechnen ist. Die Vielzahl der zur gleichen Zeit anhängigen Verfahren hat daher insbesondere im Jahr 2008 zu einer überdurchschnittlich häufigen Verlängerung der gesetzlichen Entscheidungsfrist von fünf Wochen geführt (im Jahr 2008 bei insgesamt 82 Fällen gegenüber 31 Fällen im Jahr 2007).

Nach wie vor werden durchschnittlich 30 % bis 40 % der Nachprüfungsanträge zurückgenommen. Häufig geschieht dies auch in zeitlichem Zusammenhang mit der endgültigen Terminierung und Durchführung der mündlichen Verhandlung. Für die Rücknahmen sind mangelnde Erfolgsaussichten bzw. die unter Umständen erheblichen Kostenrisiken als hauptsächliche Gründe zu nennen. Soweit von den Vergabekammern in der Sache durch Beschluss entschieden wurde, haben die Anträge etwa in der Hälfte der Fälle zumindest zum teilweisen Erfolg der Antragsteller geführt.

Im Jahr 2007 hat es insgesamt 30 Beschwerden zu den von den Vergabekammern entschiedenen Nachprüfungs-fällen gegeben. In zwölf Fällen hat sich die Beschwerde nach Rücknahme oder durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung erledigt. Die Entscheidungen der Vergabekammern wurden in insgesamt fünf Fällen bestätigt, indem die jeweiligen Beschwerden verworfen oder zurückgewiesen wurden. Aufgehoben wurden die Entscheidungen der Vergabekammern in insgesamt acht Fällen. Insgesamt fünf Fälle stehen noch zur Entscheidung an bzw. die Beschwerdeverfahren sind bis zur Entscheidung anderer Instanzen ausgesetzt.

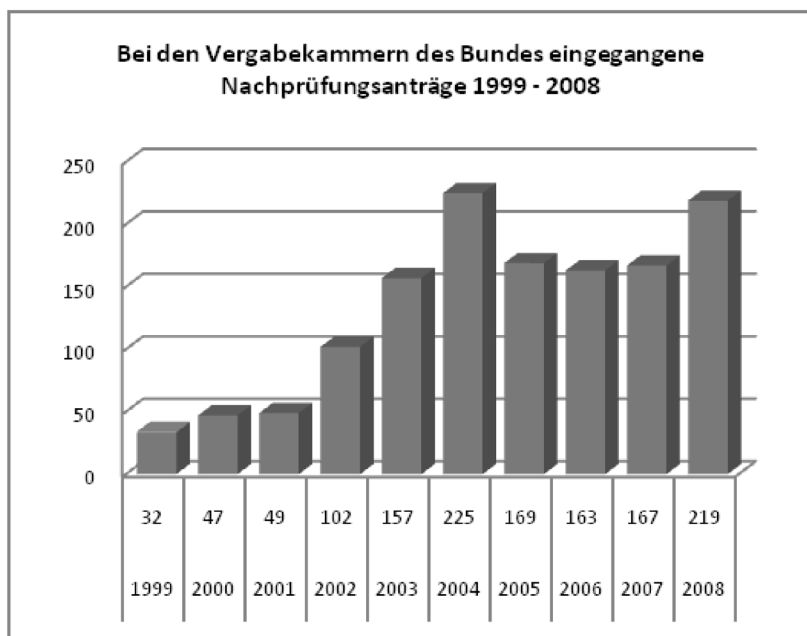
Für das Jahr 2008, soweit in diesen Fällen bereits eine Beschlussfassung der Vergabekammern erfolgte, wurden bis zum Abschluss der Auswertung des Berichtszeitraums 18 Beschwerden erhoben. Rücknahmen oder entsprechende Erklärungen haben dabei in einem Fall zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens geführt. Die Aufhebung einer Entscheidung der Vergabekammern ist für Verfahren aus dem Jahr 2008 bisher noch nicht erfolgt. Verworfen oder zurückgewiesen wurden fünf Beschwerden. Bei dem größten Teil aller Beschwerden, nämlich bei insgesamt zwölf, hat noch eine Entscheidung der Be-

schwerdeinstanz zu erfolgen bzw. die Beschwerdeverfahren sind bis zur Entscheidung anderer Gerichte ausgesetzt.

**1. Vergaberechtliche Überprüfung der Verträge gesetzlicher Krankenkassen mit Leistungserbringern**

**1.1 Rechtswegfragen, Auftraggebereigenschaft von Krankenkassen, Rabattverträge als öffentliche Aufträge**

Im Berichtszeitraum entwickelte sich die vergaberechtliche Überprüfung der Anbahnung von Verträgen über Arznei- bzw. Hilfsmittel zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern nach dem SGB V zu einem neuen Tätigkeitsschwerpunkt der Vergabekammern des Bundes. Den Ausgangspunkt bildete im Frühjahr 2007 eine Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes, in der diese die Auftraggebereigenschaft einer gesetzlichen Krankenkasse jedenfalls im Hinblick auf deren mittelbare Finanzierung durch den Bund bejahte (VK1–26/07). Das Oberlandesgericht Düsseldorf ersuchte kurze Zeit später auf eine gegen eine Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf eingelegte sofortige Beschwerde hin den Europäischen Gerichtshof um Vorabentscheidung zu der Frage, ob gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind (Europäischer Gerichtshof, Rs. C-300/07). In seinem Vorabentscheidungsersuchen lässt der Senat erkennen, dass er von der Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen ausgeht (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 23. Mai 2007 – VII-Verg 50/06, verwiesen an das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, 21 KR 19/09 SFB). Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sind mehrere beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängige Beschwerdeverfahren, in



denen sich diese Frage ebenfalls stellt, ausgesetzt. Die Vergabekammern des Bundes haben inzwischen in zahlreichen weiteren Verfahren ihre Auffassung bekräftigt, dass es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen um öffentliche Auftraggeber handelt, und darüber hinaus zu einer Reihe vergaberechtlicher Grundsatzfragen Stellung genommen, die der Abschluss von Verträgen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nach dem SGB V aufwirft.

So hat die 2. Vergabekammer in mehreren Nachprüfungsverfahren Ende 2007 anlässlich der „Rabattvertrags-Ausschreibung 2007/2008“ der Allgemeinen Ortskrankenkassen hinsichtlich wirkstoffgleicher Arzneimittel entschieden, dass Arzneimittel-Rabattverträge gesetzlicher Krankenkassen nach § 130a Absatz 8 SGB V dem GWB-Vergaberecht unterfallen. Inhaltlich mit den Entscheidungen der 2. Vergabekammer übereinstimmende Entscheidungen sind seitens der 3. Vergabekammer in Bezug auf den Abschluss von Rahmenverträgen durch die gesetzlichen Krankenkassen für die Lieferung von Hilfsmitteln ergangen (VK3–145/07, 169/07; VK3–8, 11, 17, 23, 29/08).

Vergaberechtliche Streitigkeiten in Bezug auf Rabattverträge gesetzlicher Krankenkassen waren nach Auffassung der Vergabekammern nicht nach den bis dato geltenden sozialrechtlichen Regelungen dem Rechtsweg vor die Sozialgerichte zugewiesen. Das 1999 eingeführte, auf europäischem Recht beruhende Kartellvergaberecht begründet vielmehr einen eigenständigen und ausschließlichen Rechtsweg für öffentliche Aufträge. Die Vergabekammer war in ihren Beschlüssen – vorbehaltlich der noch ausstehenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen – davon ausgegangen, dass gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nummer 2 sind. Dies sei der Fall, weil die gesetzlichen Krankenkassen durch staatliche Stellen, die unter § 98 Nummer 1 fallen, beherrscht werden, und zwar sowohl durch die gesetzlich durch den Bund angeordnete Finanzierung mittels der Beiträge ihrer Pflichtmitglieder als auch durch die Aufsicht seitens der zuständigen Behörden (so auch schon Beschluss vom 9. Mai 2007, VK 1–26/07; Beschluss vom 14. November 2007, VK 3–124/07; Beschluss vom 18. Dezember 2007, VK 3–139/07; Beschluss vom 15. August 2008, VK3–107/08; a. A.: Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B: keine staatliche Finanzierung durch Pflichtbeitrag).

Allerdings hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg am 28. Oktober 2008 entschieden, dass für die Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft i. S. d. § 98 Nummer 2 entgegen dieser Auffassung nicht an die durch Bundesgesetz erfolgende Finanzierung, sondern ausschließlich an die staatliche Aufsicht anzuknüpfen sei (Az. L 11 KR 4810/08 ER-B). Nicht die Vergabekammern des Bundes, sondern die der Länder seien daher zuständig. Aufgrund dieser Entscheidung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg hat die 3. Vergabekammer weitere Verfahren wegen einer Ausschreibung von Rabattverträgen i. S. d. § 130a Absatz 8 SGB V über generi-

sche Wirkstoffe gemäß § 83 der Verwaltungsgerichtsordnung und § 17a des Gerichtsverfassungsgesetzes analog an die Vergabekammern Baden-Württemberg bzw. Düsseldorf verwiesen. Die Vergabe war entsprechend der o. g. Auffassung des Landessozialgerichts aufgrund der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit den Bundesländern, jedoch nicht dem Bund zuzuordnen. Da der Auftrag von sämtlichen AOKen, vertreten durch die AOK Baden-Württemberg, ausgeschrieben worden war, waren bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Landessozialgerichts die Vergabekammern aller Bundesländer für die Nachprüfung der Vergabe zuständig. Die Wahl, an welche Vergabekammer sein Nachprüfungsantrag zu verweisen ist, oblag daher entsprechend § 35 der Zivilprozessordnung dem jeweiligen Antragsteller (VK3–143, 149, 152, 155/08).

Für die Einordnung der Rabattverträge als öffentliche Aufträge nach § 99 war maßgeblich, dass diese bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Rahmenvereinbarungen nach § 3a Nummer 4 VOL/A zur Beschaffung von Arzneimitteln für die Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen darstellen. Die Rabattverträge regeln nämlich nicht nur einseitige Rückvergütungspflichten („Rabatte“) der pharmazeutischen Unternehmer, sondern enthalten gegenseitige Leistungs- und Vergütungspflichten der Vertragspartner, die dem künftigen Einzelabruf von Arzneimitteln in der Apotheke durch die Versicherten zugrunde zu legen sind. Da der dazwischen geschaltete Apotheker nach der sog. aut-idem-Regel gesetzlich zur Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches Medikament, für das eine Rabattvereinbarung besteht, verpflichtet ist, steuert die Krankenkasse mittels des Rabattvertrags den Beschaffungsbedarf für ihre Versicherten. Die 2. Vergabekammer untersagte den Zuschlag hinsichtlich der im jeweiligen Verfahren angegriffenen Wirkstoffe, weil in verschiedener Hinsicht gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen worden war. So sah sie die Antragsteller infolge der Nichteinhaltung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach dem 2. Abschnitt der VOL/A wegen der zu kurzen Angebotsfrist, wegen einer unzureichenden Leistungsbeschreibung (das in Aussicht genommene Auftragsvolumen war nicht mitgeteilt worden) und wegen der Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses in ihren Rechten aus § 97 Absatz 7 verletzt.

Im Anschluss an die Entscheidungen der 2. Vergabekammer wurden Beschwerden hiergegen sowohl bei dem nach § 116 zuständigen Oberlandesgericht Düsseldorf als auch bei dem Sozialgericht Stuttgart eingereicht. Im Wesentlichen war zunächst streitig, ob der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nach § 130a Absatz 9 SGB V auch bei Klagen gegen eine Entscheidung der Vergabekammer eröffnet ist. Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied hinsichtlich der bei ihm anhängigen sofortigen Beschwerden, dass es für die Entscheidung zuständig sei (Beschluss vom 18. Dezember 2007, Verg 47/07) und setzte die Verfahren bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu den gesetzlichen Krankenkassen aus. Durch Rücknahme der Nachprüfungsanträge seitens der beschwerdeführenden Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen) beim Oberlandesgericht, erledigten sich aller-



dings die meisten der dort anhängigen Verfahren. Auf zwischenzeitlich bei der 2. Vergabekammer eingegangene Anträge auf Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln zur Vollstreckung ihrer Entscheidungen erließ die Vergabekammer ablehnende Beschlüsse, weil es an den Vollstreckungsvoraussetzungen fehle. Die nunmehr hiergegen eingereichten sofortigen Beschwerden führten zu Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf, in dem dieses seine Zuständigkeit wiederum feststellte und die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zuließ. Währenddessen beschritten die AOKen weiter den parallel eingeschlagenen Sozialrechtsweg. Das Sozialgericht Stuttgart und das Landessozialgericht Baden-Württemberg bestätigten die Zuständigkeit der Sozialgerichte. Es kam zu einer Rechtsbeschwerde beim Bundessozialgericht. Dieses entschied sinngemäß, dass in erster Instanz die Vergabekammern des Bundes zuständig seien, in zweiter Instanz jedoch aufgrund der umfassenden Geltung des Rechtswegs und der Verweisung nach § 130a Absatz 9 SGB V die Landessozialgerichte. Die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes sei durch diese Vorschrift nicht tangiert, da es sich bei diesen um Verwaltungsbehörden handele (Beschluss vom 22. April 2008, B 1 SF 1/08 R). Das Bundessozialgericht verneinte eine bindende Rechtswegentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Es bestätigte diese Entscheidung später in einem zweiten Beschluss (vom 6. Oktober 2008, B 3 SF 2/08 R), indem es auch hinsichtlich des zwischenzeitlich ergangenen Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 15. Juli 2008 (X ZB 17/08) eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe ablehnte. Zu diesem Beschluss des Bundesgerichtshofs war es im Rahmen eines noch anhängigen Vollstreckungsverfahrens aufgrund einer Divergenzvorlage des Oberlandesgerichts Düsseldorf analog § 124 Absatz 2 (Beschluss vom 30. April 2008, Verg 57/07) gekommen. Der Bundesgerichtshof sah sich allerdings an einer Entscheidung hinsichtlich des Rechtswegs aus prozessualen Gründen gehindert, weil das Bundessozialgericht zuerst um die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs angegangen worden sei (S. 45).

Der Gesetzgeber hat die unklare Situation im Rahmen des GKV-OrgWG vom 15. Dezember 2008 durch eine Änderung des SGG aufgelöst (S. 159 f.). Die Zuständigkeit für Streitigkeiten über Entscheidungen von Vergabekammern, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen, wurde danach auf die Landessozialgerichte übertragen. Zuständig ist das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Landessozialgericht. Dies ist im Falle der Vergabekammern des Bundes das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in Essen. Für das Verfahren vor den Landessozialgerichten gelten die §§ 116 ff. (vgl. § 142a SGG).

## 1.2 Anwendbarkeit des Vergaberechts

Neben der grundsätzlichen Klärung des zulässigen Rechtswegs im Sinne einer erstinstanzlichen Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes war die grundsätzliche Anwendbarkeit des materiellen Vergaberechts bei Ausschreibungen von Arzneimittel-Rabattverträgen das zentrale Thema der Entscheidungen des Sozialgerichts

Stuttgart sowie des Landessozialgerichts Baden-Württemberg. In seiner Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz hatte das Sozialgericht Stuttgart die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Beschlüsse der Vergabekammer des Bundes angeordnet. Das Landessozialgericht hob allerdings im Rahmen des Beschwerdeverfahrens den Beschluss des Sozialgerichts auf und untersagte den AOKen, in den angegriffenen Verfahren die Zuschläge auf die streitigen Wirkstoffe zu erteilen (Beschluss vom 27. Februar 2008, L 5 KR 507/08 ER B). Das Landessozialgericht stellte zwar fest, dass das GWB-Vergaberecht keine Anwendung findet. Bei Verfahren zum Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130a Absatz 8 SGB V sei jedoch ein transparentes, diskriminierungsfreies, verhältnismäßiges und nachprüfbares Auswahlverfahren durchzuführen. Es spreche insoweit nichts dagegen, zumindest die Grundsätze des materiellen Vergaberechts der §§ 97 bis 101 entsprechend heranzuziehen, also auch auf die zum Teil im Vergaberecht nach dem GWB in Verbindung mit der VOL/A zum Ausdruck kommenden Regelungen für ein „faires Ausschreibungsverfahren“ zurückzugreifen.

Im Rahmen des GKV-OrgWG vom Dezember 2008 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die §§ 97 bis 115 und 128 auch auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern anzuwenden sind, soweit die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind (S. 159 f.).

## 1.3 Patentgeschützte Arzneimittel

Auch Rabattverträge in Bezug auf patentgeschützte Arzneimittel waren Gegenstand von Entscheidungen. So hatte die 3. Vergabekammer darüber zu entscheiden, ob eine gesetzliche Krankenkasse zu Recht einen Rabattvertrag mit dem Patentinhaber eines patentgeschützten Arzneimittels abgeschlossen hat, ohne diesen vorher öffentlich auszuschreiben.

Nach Auffassung der 3. Vergabekammer war der zwischen der Krankenkasse und dem Patentinhaber bereits abgeschlossene Rabattvertrag gemäß § 13 Satz 6 VgV analog nichtig. Neben dem Vertragspartner hatte es nämlich auch andere außenstehende Dritte gegeben, die – wie ein Bieter im Falle eines geregelten Vergabeverfahrens – gegenüber dem Auftraggeber als an einem Vertragsschluss interessierte Unternehmen aufgetreten waren, indem sie diesen bereits in den vergangenen Jahren in großem Umfang mit ihrem Präparat beliefert hatten. Es war daher dem Auftraggeber bekannt, dass (auch) dieses Unternehmen ein Interesse an dem Abschluss eines Rabattvertrages über die verfahrensgegenständliche Wirkstoffgruppe haben musste. Der Auftraggeber hätte daher u. a. den Antragsteller vor Abschluss des Vertrages mit einem anderen Anbieter entsprechend § 13 VgV informieren müssen.

In der Sache stellte die Vergabekammer fest, dass es zwischen den Arzneimitteln des Rabattvertragspartners und eines anderen Herstellers, mit dem die betreffende Krankenkasse bisher keinen Rabattvertrag abgeschlossen hatte, unabhängig von deren Patentschutz erhebliche Überschneidungen im Anwendungsbereich gab: So gab

es eine erhebliche Schnittmenge von Patienten/Krankheitsbildern, in denen diese Präparate gleichermaßen anwendbar waren, außerdem führten andere Krankenkassen in Deutschland und Großbritannien tatsächlich Ausschreibungen über die betreffende Gruppe von Wirkstoffen insgesamt durch und die Wirkstoffe waren vom zuständigen Gemeinsamen Bundesausschuss in dieselbe Festbetragsgruppe der Stufe 2 i. S. d. § 35 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2, Absatz 5 SGB V eingeordnet worden, was eine pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit voraussetzt.

Da die betreffende Krankenkasse mit dem Vertragsabschluss mit einem bestimmten Unternehmen aufgrund der festgestellten Lenkungseffekte gleichzeitig eine Auswahlentscheidung zu Lasten der übrigen Anbieter von Präparaten der betreffenden Wirkstoffgruppe getroffen hatte, entschied die 3. Vergabekammer, dass dieser öffentliche Auftraggeber gemäß § 97 Absatz 1, 2 allen Unternehmen die Möglichkeit hätte geben müssen, in einem wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahren die Chance auf den Abschluss eines Rabattvertrages zu erhalten. Aufgrund der Substituierbarkeit der verschiedenen Präparate trotz geringfügiger Unterschiede im Einzelnen hätte der Auftraggeber entsprechend der Festbetragsregelung diese Wirkstoffgruppe auch als Ganzes zur Ausschreibung bringen müssen (VK3–107/08). Demgegenüber hat jedoch das Landessozialgericht Baden-Württemberg entschieden, dass bei dem verfahrensgegenständlichen Rabattvertrag die o. g. Voraussetzungen an einen „öffentlichen Auftrag“ i. S. d. § 99 Absatz 1 nicht erfüllt sind (Beschluss vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B).

Die 2. Vergabekammer hatte im Sommer 2008 ebenfalls einen Fall (VK2–73/08) zu entscheiden, der den beabsichtigten Abschluss von Rabattverträgen bezüglich patentgeschützter Wirkstoffe betraf. Die Schwerpunkte des Beschlusses lagen dabei sowohl in der Zulässigkeit (öffentlicher Auftrag) als auch in der Begründetheit (Vergabe im Wettbewerb, Wirtschaftlichkeitsprüfung).

Im Hinblick auf die Frage, ob der streitgegenständliche Vorgang als öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 einzuordnen war, setzte sich die 2. Vergabekammer insbesondere auch damit auseinander, ob ein Beschaffungscharakter aufgrund einer Lenkungswirkung zugunsten des Rabattvertragspartners angenommen werden konnte. Dies wurde nach näherer Erörterung verschiedener konkreter Anreizmechanismen letztlich bejaht.

Im Rahmen der Begründetheit gelangte die 2. Vergabekammer – vor allem auch gestützt auf einen Beschluss des zuständigen Gemeinsamen Bundesausschusses – zu der Einschätzung, dass die verschiedenen TNF-Alpha-Blocker, deren Anbieter über das Vergabeverfahren angesprochen werden sollten, im für das Vergaberecht erforderlichen Umfang vergleichbar sind. Da insofern nach Auffassung der Vergabekammer ein Wettbewerb besteht, wurde in diesem Zusammenhang auch festgehalten, dass die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahme-wettbewerb nach § 3a Nummer 2 Buchstabe c VOL/A je-

denfalls im zu entscheidenden Fall nicht in Betracht komme.

Auch das von der Auftraggeberin gewählte und speziell auf den fraglichen Vergabevorgang zugeschnittene Wertungssystem wurde von der 2. Vergabekammer trotz gewisser Bedenken im Ergebnis nicht beanstandet. Zu prüfen war hier insbesondere, ob durch das Wertungssystem tatsächlich das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden konnte.

Schließlich war das Vergabeverfahren aus Sicht der 2. Vergabekammer jedoch (spätestens) ab einer Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen. Denn es war vorgesehen, dass ein Grundrabatt gewährt werden musste, der mindestens eine Gleichstellung mit dem günstigsten am Markt befindlichen, wirkstoffgleichen Alternativprodukt auf Basis des Apothekenverkaufspreises sicherstellt. Dies wurde als ungewöhnliches Wagnis angesehen.

Der Beschluss der 2. Vergabekammer wurde bereits vor seinem Erlass von der Antragsgegnerin beim Sozialgericht Hamburg und von der Antragstellerin beim Oberlandesgericht Düsseldorf angegriffen. Die beiden Gerichte werden in der Sache jedoch nicht mehr zu entscheiden haben, da die Auftraggeberin das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben hat.

## 2. Verfahrensrecht

### 2.1 Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens

Gemäß § 100 Absatz 2 Buchstabe d ist der Vierte Teil des GWB nicht bereits dann unanwendbar, wenn der öffentliche Auftraggeber an seinen künftigen Auftragnehmer besondere Sicherheitsanforderungen, wie u. a. eine Sicherheitsüberprüfung, stellt. Erforderlich ist vielmehr, dass diese durch „Rechts- und Verwaltungsvorschriften in der Bundesrepublik Deutschland“ vorgegeben werden. In einem von der 3. Vergabekammer zu entscheidenden Fall gab es solche Vorschriften nicht, vor allem waren die Voraussetzungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes (SÜG) nicht erfüllt, weil sich die Disponenten oder Fahrer der ausgeschriebenen Beförderungsleistungen nicht Zugang zu Verschlusssachen i. S. d. § 1 Absatz 2 Nummer 1 SÜG verschaffen konnten. Im vorliegenden Fall war es nämlich tatsächlich ausgeschlossen, dass die Disponenten von Fahrten mit einem PKW bzw. Fahrer unmittelbar mit Verschlusssachen in Kontakt kommen konnten wie es sonst üblicherweise bei Bewachungspersonal, Kurieren oder Boten der Fall sein kann (VK3–89/08). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 22. Oktober 2008, VII-Verg 48/08).

### 2.2 Fristberechnung bei § 13 VgV

Die 2. Vergabekammer hatte darüber zu entscheiden, ob die Informationsfrist nach § 13 VgV abgelaufen und ein danach erteilter Zuschlag wirksam war. Der Antragsteller war der Auffassung, dass die 14-tägige Frist für den Fall,

dass der letzte Tag der Frist ein gesetzlicher Feiertag sei, in entsprechender Anwendung des § 193 BGB erst am nächsten Werktag ablaufe. Da aber § 193 BGB nur für die Abgabe von Willenserklärungen und die Bewirkung von Leistungen gilt, war die Norm hier nicht anwendbar. Denn 13 VgV regelt lediglich eine Sperrfrist. Erst nach Ablauf der Sperrfrist erfolgt eine Willenserklärung seitens der Vergabestelle, nämlich die Zuschlagserteilung. Für das Ende der Frist nach § 13 VgV gilt daher in entsprechender Anwendung § 188 Absatz 1 BGB, wonach eine nach Tagen bestimmte Frist mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist endet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 14. Mai 2008, Verg 11/08).

### 2.3 Antragsbefugnis

#### Keine Antragsbefugnis des Zuschlagskandidaten

Zur Antragsbefugnis eines Unternehmens schreibt § 107 Absatz 2 Satz 2 vor, dass es darzulegen hat, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach einer Entscheidung der 3. Vergabekammer kann ein solcher Schaden grundsätzlich nur denjenigen Unternehmen entstanden sein oder drohen, die selbst nicht für den Zuschlag vorgesehen sind, so dass deren Aussichten auf den Zuschlag durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß zumindest verschlechtert worden sein können. Das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen selbst ist also nicht antragsbefugt, da Bezugspunkt für den Schaden stets die Zuschlagschance ist (VK3–139/07).

### 2.4 Rügeobliegenheit

#### Entbehrlichkeit der Rüge bei erst im Nachprüfungsverfahren erkannten Vergabeverstößen

Ein Vergaberechtsverstoß, der erst während des Nachprüfungsverfahrens erkannt wurde, muss nicht gerügt werden. Im von der 1. Vergabekammer zu entscheidenden Fall (VK1–123/08) hatte die Antragstellerin erst, nachdem sie im schon laufenden Nachprüfungsverfahren noch einen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen hatte, im Zuge der anwaltlichen Beratung erkannt, dass die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig Eignungs- und Wertungskriterien vermischt hatte. Den erkannten Vergaberechtsverstoß machte sie dann unverzüglich geltend. Der Entbehrlichkeit der Rüge stand auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin hinsichtlich der anfänglich mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergabeverstöße möglicherweise wegen verspäteter Rüge präkludiert gewesen wäre. Denn es widerspräche dem Beschleunigungsgrundsatz, den Antragsteller bezüglich Vergaberechtsverstößen, die er erst während des Nachprüfungsverfahrens erkannt hat, auf ein neues Nachprüfungsverfahren (nach zuvor erhobener Rüge) zu verweisen.

### 2.5 Eingriffsbefugnisse der Vergabekammer

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber rechtswidrige Vorgaben macht, indem er z. B. entgegen § 4 Absatz 4 VgV von den Bietern einen Eigenleistungsanteil fordert, darf

er auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens keinen Zuschlag erteilen, wenn sich die rechtswidrigen Vorgaben auf die Teilnahmeanträge oder Angebote ausgewirkt haben können. Diese Voraussetzung war in einem Fall der 3. Vergabekammer erfüllt, da nicht alle Teilnehmer von denselben Voraussetzungen ausgegangen waren, indem sich einige an die o. g. rechtswidrige Vorgabe gehalten haben und andere nicht. Ein chancengleicher und transparenter Teilnahmewettbewerb, der auf denselben und von allen gleichermaßen verstandenen Vorgaben beruht, war somit nicht gewährleistet gewesen. Da die rechtswidrige Anforderung bereits in der Bekanntmachung aufgestellt worden war, konnte dieser Fehler nur dadurch korrigiert werden, dass der Auftraggeber – sofern die Beschaffungsabsicht fortbesteht – das Vergabeverfahren aufhebt und erneut so bekannt macht, dass der Einsatz von Subunternehmern uneingeschränkt zugelassen wird. Die 3. Vergabekammer entschied daher, dass das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht dementsprechend zu wiederholen sei (VK3–89/08). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 22. Oktober 2008, VII-Verg 48/08).

## 3. Materielles Recht

### 3.1 Öffentlicher Auftraggeber

In einem Nachprüfungsverfahren hatte die 3. Vergabekammer zu entscheiden, ob eine privatrechtlich organisierte GmbH, deren Anteile mehrheitlich Tochtergesellschaften von Energieversorgungsunternehmen gehören, als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist. Dies wurde bejaht, da diese Gesellschaft als zunächst bundeseigene Gesellschaft eigens zu dem Zweck gegründet worden war, Anlagen des Bundes zur Endlagerung radioaktiver Abfälle zu planen und zu errichten. Sie nimmt damit im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr. Auch die Nichtgewerblichkeit i. S. v. § 98 Nummer 2 ist zu bejahen, da diese Gesellschaft, die als einzige seitens des Bundes mit der Wahrnehmung derartiger Aufgaben betraut ist, aufgrund dieser Monopolstellung marktunabhängig agieren kann und sich damit außerhalb normaler Marktmechanismen bewegt. Die erforderliche Aufsicht des Bundes ist ebenfalls gegeben, da ein Kooperationsvertrag existiert, der dem Bundesamt für Strahlenschutz einmal die Möglichkeit eröffnet, Beschaffungsvorgänge der Gesellschaft zu kontrollieren und mitzuentcheiden. Des Weiteren ist in dem Kooperationsvertrag ein Weisungsrecht des Bundesamtes der Gesellschaft gegenüber vorgesehen (VK3–31/07). Die Rechtsauffassung der Vergabekammer wurde mit Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. August 2007 (Verg 16/07) bestätigt.

### 3.2 Öffentlicher Auftrag, Schwellenwert bei Veräußerung von Vermögensteilen

In einem von der 2. Vergabekammer zu entscheidenden Fall der Veräußerung eines ehemaligen Kasernengeländes durch den Bund (VK2–28/08) stellte sich vor dem Hintergrund der vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit dem

Fall „Ahlhorn“ (Beschluss vom 13. Juni 2007, VII-Verg 2/07) eingeleiteten Rechtsprechung die Frage, ob die Transaktion mit Blick auf die städtebaulichen Interessen der betroffenen Gemeinde bezüglich der Nutzung des Grundstücks als öffentlicher Bauauftrag in Gestalt einer Baukonzession nach § 99 Absatz 3 zu qualifizieren war. Diese Frage hat die Vergabekammer im Ergebnis verneint. Die veräußernde Dienststelle des Bundes hatte zwar zu Beginn der Verkaufsaktivitäten die Erwerbsinteressenten darauf hingewiesen, dass die rechtlichen Voraussetzungen der baulichen Nutzung mit der Gemeinde abzustimmen seien, und mit dieser auch während der Verkaufsvorbereitungen und -verhandlungen ständig Kontakt gehalten, so dass ihr deren für die Frage der Erteilung eines Bauauftrags relevantes Verhalten gegenüber den Interessenten im Wege der nach der genannten Rechtsprechung gebotenen Gesamtschau grundsätzlich zuzurechnen war. Nach Auffassung der Vergabekammer fehlten dem Verhalten der Gemeinde jedoch die Merkmale, die aus Sicht der Kammer auch auf der Grundlage der diesbezüglich großzügigen Oberlandesgericht-Rechtsprechung für die Annahme einer Auftragserteilung mindestens zu fordern sind. Diese Merkmale betreffen die Herbeiführung einer rechtlichen Verpflichtung oder zumindest einer faktisch-wirtschaftlichen Notwendigkeit für den Erwerber, das Grundstück in einer Weise zu bebauen, die den „von der Gemeinde festgelegten städtebaulichen Erfordernissen entspricht“. Im entschiedenen Fall hatte die Gemeinde, ohne eigene Nutzungsvorstellungen überhaupt zu entwickeln, zwar u. a. in einem Ratsbeschluss zum Ausdruck gebracht, dass sie das zuvor vorgestellte Nutzungskonzept des Erwerbers dem eines anderen Interessenten, des Antragstellers, vorziehe, allerdings unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass sie sich nicht zur Schaffung entsprechender bauplanungsrechtlicher Voraussetzungen verpflichte und der Erwerber insoweit auf eigenes Risiko handeln müsse. Davon abgesehen kam es in der Folge bezüglich der baulichen Nutzung auch weder zu irgendwelchen vertraglichen Vereinbarungen oder auch nur näheren Verständigungen zwischen Gemeinde und Erwerber. Auch fanden solche Nutzungsaspekte keinen Niederschlag in dem zu einem Bestpreis nahe dem gutachterlichen Schätzwert für das unbeplante Grundstück geschlossenen schlichten Veräußerungsvertrag. Zudem lag das Interesse des Erwerbers an der Liegenschaft in erster Linie darin, für die Schüler der von ihm auf seinem eigenen Nachbargrundstück betriebenen Privatschule die Möglichkeit der weiteren Nutzung der Sportanlagen des ehemaligen Kasernengeländes sicherzustellen. Der Erwerber hatte es daher ausdrücklich und unwidersprochen als völlig offen erklärt, ob, in welchem Umfang und gegebenenfalls in welchem Zeitraum er sein ohnehin nur in groben Zügen vorgestelltes weitergehendes Nutzungskonzept im Wege der allein in Betracht kommenden sukzessiven Selbstfinanzierung realisieren könne und werde. Andererseits stand er hinsichtlich des maßvollen Kaufpreises als solchen aufgrund seiner liquiden Mittel nicht unter einem unabweisbaren wirtschaftlichen Refinanzierungszwang. In Anbetracht dieses Sachverhalts, insbesondere des Fehlens einer Bauverpflichtung oder von Druckmitteln, mit denen die Ge-

meinde den Erwerber zur Realisierung seines von ihr nur sachlich befürworteten Nutzungskonzepts anhalten könnte, hielt die Vergabekammer die Voraussetzungen für die Annahme der Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags auch bei Zugrundelegung der bis dahin ergangenen Oberlandesgericht-Rechtsprechung für nicht gegeben und deshalb den Nachprüfungsantrag bereits für unstatthaft. Ihre Entscheidung hat sie darüber hinaus noch auf zwei weitere Gesichtspunkte gestützt. Zum einen hielt sie den Nachprüfungsantrag auch deswegen für unzulässig, weil die Erreichung des seinerzeit maßgeblichen Schwellenwerts von 5,278 Mio. Euro gemäß § 2 Nummer 4 VgV durch die Realisierung der nach dem Konzept des Erwerbers vorgesehenen Baumaßnahmen bzw. die daraus von ihm als Baukonzessionär im Wege der Verwertung zu erzielenden Einnahmen jedenfalls dann mehr als zweifelhaft war, wenn man dafür, in Ermangelung anderer Anhaltspunkte, in Anlehnung an § 3 Absatz 3 Satz 3 VgV auf einen Vier-Jahres-Zeitraum abstellt. Denn nach Auffassung sowohl des Antragstellers als auch des – beigeladenen – Erwerbers wird die bauliche Entwicklung des Kasernengeländes mindestens fünf bis zehn Jahre beanspruchen. Die insofern jedenfalls nicht ausräumbaren Zweifel an der für die Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens erforderlichen Erreichung des Schwellenwerts gingen zu Lasten des diesbezüglich materiell belasteten Antragstellers. Zum anderen begegnete dessen – im Übrigen unterstelltes – Antragsrecht nach Auffassung der Vergabekammer auch dem Einwand der Verwirkung. Denn der Antragsteller hatte seinen Nachprüfungsantrag erst mehr als acht Monate nach der Grundstücksveräußerung, die ihm bereits am Folgetag schriftlich bekannt gegeben worden war, bei der Vergabekammer angebracht. Ferner musste die Antragsgegnerin (Veräußerin) nach den Umständen des Falles damit nicht mehr rechnen, nicht zuletzt auch mit Blick darauf, dass der während des gesamten Veräußerungsverfahrens durchgehend anwaltlich vertretene Antragsteller bereits wenige Tage nach Bekanntgabe der Veräußerung durch die Presse Kenntnis von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall „Ahlhorn“ erlangt hatte. Die gegen die Ablehnung seines Nachprüfungsantrags (Beschluss vom 28. März 2008) gerichtete sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zum Anlass genommen, dem Europäischen Gerichtshof nach Artikel 234 EG eine Reihe von Fragen zu den Tatbestandsmerkmalen des öffentlichen Bauauftrags nach Artikel 1 Absatz 2 b und Absatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG vorzulegen (Beschluss vom 2. Oktober 2008, VII-Verg 25/08). In der Begründung hat das Oberlandesgericht die tatsächlichen Umstände des Falles tatrichterlich dahingehend gewürdigt, dass unter Berücksichtigung von Erfahrungstatsachen, wie einem Interesse der Gemeinde an geordneter städtebaulicher Entwicklung und unternehmerisch vernünftigem Handeln des Erwerbers, bei gebotener langfristiger Betrachtungsweise davon auszugehen sei, dass es „in nicht allzu ferner, derzeit aber noch nicht näher bestimmbarer Zukunft“ zur Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans durch die Gemeinde und zum Abschluss eines entsprechenden – verpflichtenden – Durchführungsvertrages mit dem

Grundstückserwerber kommen werde. Auf dieser – in prozessual nicht (mehr) angreifbarer Weise angenommen – Tatsachengrundlage sieht das Oberlandesgericht, vorbehaltlich der angestrebten Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs, den Tatbestand der Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags als erfüllt an. Bezüglich der Erreichung des Schwellenwerts lehnt das Oberlandesgericht eine entsprechende Anwendung des § 3 Absatz 3 Satz 3 VgV ab. Mangels anderweitiger zeitlich beschränkender Regelungen für Bauaufträge könne der Bemessung des Auftragswerts jedenfalls eine Realisierungsdauer von bis zu zehn Jahren, wie sie hier von den Beteiligten angenommen werde, zugrunde gelegt werden, womit nach Lage der Dinge die Erreichung des Schwellenwerts zu erwarten sei. Schließlich verneint das Oberlandesgericht auch eine Verwirkung des Antragsrechts. Zum einen fehle es in einem, wie hier, unregelmäßigen Vergabeverfahren mangels vorvertraglicher Sonderbeziehungen, wie sie in einem regelgerechten Vergabeverfahren zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bietern bestünden, an besonderen Verhaltenspflichten der Beteiligten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und damit an der Grundlage für eine Verwirkung als Folge eines Verstoßes gegen solche Pflichten. Zum anderen habe der Antragsteller mit seinem erst acht Monate nach Kenntnis von der Veräußerung angebrachten Nachprüfungsantrag auch nicht treuwidrig gehandelt. Denn die Antragsgegnerin könne sich in Anbetracht der Umstände des Falles nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen darauf berufen, dass ein Nachprüfungsantrag nicht (mehr) gestellt werde.

Bereits im Jahre 2007 hatte die 2. Vergabekammer einen Antrag als unstatthaft behandelt, mit dem die Veräußerung von Tagebaugeräten als unzulässige de-facto-Vergabe angegriffen worden war (Beschluss vom 24. Juli 2007, VK2–69/07). Die Auftraggeberin hatte die „Vermarktung/Verschrottung“ der von ihr nicht mehr benötigten Schreitbagger lediglich national bekannt gemacht. Die Geräte sollten von dem erfolgreichen Bieter demontiert und abtransportiert werden; die bei der Demontage anfallenden Stoffe (Öl, Asbest) hatte der Bieter zu entsorgen. Was danach mit den Geräten geschehen sollte (Weiternutzung durch den Bieter, Veräußerung an Dritte), war dem Bieter überlassen. Da der Abbau der Tagebaugeräte durch den erfolgreichen Bieter im Zeitpunkt der Entscheidung bereits weitgehend abgeschlossen war, nahm die Vergabekammer eine Erledigung in der Hauptsache in sonstiger Weise an. Den hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag verwarf sie aus einer Reihe von Gründen. Ob im Hinblick auf die vom Bieter zu erbringenden Demontageleistungen ein hinreichender beschaffungsrechtlicher Bezug vorliege, ließ die Kammer dabei offen, denn jedenfalls werde der – nach Auffassung der Kammer einzig in Betracht kommende – Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge nicht erreicht. Für die Berechnung des Schwellenwerts sei lediglich auf die vom Bieter zu erbringenden Demontage- und Entsorgungsleistungen abzustellen, die allein die Auftragsqualität des Veräußerungsgeschäfts begründen könnten, nicht hingegen auf den Kaufpreis, den der Bieter unter Berücksichtigung die-

ser Leistungen an den Auftraggeber zahle, oder den bei der Weiterveräußerung der Geräte zu erzielenden Erlös. Angesichts der vom Auftraggeber vorgenommenen Schätzungen des Werts der Dienstleistungselemente und der von den übrigen Bietern gemachten Angaben hierzu folgte die Vergabekammer der Einschätzung des Auftraggebers, der Schwellenwert werde deutlich verfehlt. Im Hinblick darauf, dass der erfolgreiche Bieter das Vermarktungsrisiko bezüglich der Tagebaugeräte trug, vertrat die Kammer darüber hinaus die Auffassung, dass allenfalls eine Dienstleistungskonzession vorliege, die selbst bei einer Überschreitung des Schwellenwerts dem Vergaberecht nicht unterfalle. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hin bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 30. Januar 2008 – VII-Verg 29/07) die Entscheidung der Vergabekammer, weil auch nach Ansicht des Vergabesenats der Schwellenwert nicht erreicht war.

### 3.3 Verfahrensart

#### Kein Verhandlungsverfahren bei Arzneimittelrabattverträgen

Die 1. Vergabekammer hatte zu prüfen, ob bei der Ausschreibung von Rahmenrabattverträgen für einige generikafähige Wirkstoffe die Wahl des Verhandlungsverfahrens nach § 3a Nummer 1 Absatz 5 Buchstabe b VOL/A zulässig war (VK1–126/08, 135/08). Dies war in der vorliegenden Konstellation zu verneinen. Die Auftraggeber begründeten die Wahl des Verhandlungsverfahrens vor allem damit, dass der künftige Absatz der ausgeschriebenen Arzneimittel aufgrund des nicht prognostizierbaren und nicht beeinflussbaren Ordnungsverhaltens der Ärzte nicht sicher voraussagbar und die Bildung eines Gesamtpreises bzw. Gesamtrabattes daher nicht möglich sei. Im Verhandlungsverfahren hingegen könnten nicht nur die zum Ausschreibungszeitpunkt verfügbaren Ordnungsdaten, sondern auch neuere Ordnungsdaten, die erst nach Bekanntmachung und Angebotsabgabe verfügbar seien, und damit Änderungen im Ordnungsverhalten der Ärzte berücksichtigt werden. Die Vergabekammer ging jedoch davon aus, dass die Voraussetzungen des § 3a Nummer 1 Absatz 5 Buchstabe b VOL/A nicht vorliegen. Die Ausnahmevorschrift vom Vorrang des offenen Verfahrens fordert, dass der fragliche Auftrag seiner Natur nach oder wegen der mit ihm verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulässt. Zu dieser Ausnahmekonstellation gehörten jedoch die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen nicht. Bei ihnen handelte es sich um typische Rahmenvereinbarungen, bei denen die Lieferleistung beschreibbar war und nur die Liefermenge nicht von vornherein feststand (vgl. auch Artikel 1 Absatz 5 der Richtlinie 2004/18/EG). Nach § 3a Nummer 4 Absatz 3 Satz 1 VOL/A gelten für Rahmenvereinbarungen grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensvorschriften, insbesondere auch diejenigen zur Verfahrenswahl, so dass das Vorliegen einer (typischen) Rahmenvereinbarung für sich genommen noch kein Verhandlungsverfahren rechtfertigt. Entsprechend den Erwägungsgründen zur Vorgängervorschrift von Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG, der § 3a

Nummer 1 Absatz 5 Buchstabe b VOL/A zugrunde liegt, soll das Verhandlungsverfahren dann zur Anwendung kommen, wenn die Leistung nicht hinreichend genau beschreibbar ist und daher die Auswahl des besten Angebots im offenen oder nichtoffenen Verfahren nicht möglich ist. An einer Vergleichbarkeit fehlt es bei den Angeboten zu den fraglichen Rabattvereinbarungen jedoch nicht, da die Leistung konkret definiert ist und sich die Rabatte bzw. die sich daraus ergebenden Gesamtpreise ohne Weiteres bestimmen und vergleichen lassen. Zu trennen ist davon die Problematik des Kalkulationsrisikos der Bieter in Bezug auf die Auftragsmenge, wobei Rahmenvereinbarungen insoweit typischerweise eine solche Unsicherheit mit sich bringen. Im vorliegenden Fall war im Übrigen nicht ersichtlich, inwieweit einige Monate jüngere Verordnungszahlen zu einer verlässlicheren Mengenschätzung führen würden, zumal die Rabattvereinbarungen für bis zu vier Jahre abgeschlossen werden sollten.

### **3.4 Verdingungsunterlagen**

#### **3.4.1 Bekanntgabe von Stundenrichtwerten bei der Gebäudereinigung**

Nach Auffassung der 3. Vergabekammer war es nicht erforderlich, bei der Ausschreibung von Gebäudereinigungsdienstleistungen sog. Standardzeitwerte bekannt zu geben. Im konkreten Verfahren hatte der Auftraggeber intern Standardzeitwerte festgelegt, die er als Mindestzeit für die ordnungsgemäße Reinigung der Liegenschaft ansah. Wurden diese Richtwerte noch um einen bestimmten Prozentsatz unterschritten, so verneinte der Auftraggeber die Eignung, da eine zufriedenstellende Reinigung in einer so geringen Zeit seiner Auffassung nach nicht möglich sei. Bekannt gegeben worden war zwar die Tatsache dieser Überprüfung anhand der Standardzeitwerte, nicht aber deren Höhe im Einzelnen. Nach Auffassung der Vergabekammer handelte sich damit um einen intern zur Überprüfung herangezogenen Maßstab für die Eignungsüberprüfung, der nicht bekannt zu machen war. Seitens der Vergabekammer wurde die mit diesen Standardzeitwerten und deren Nichtbekanntgabe verfolgte Intention des Auftraggebers als legitim angesehen, die Einschätzung und damit die Fachkunde der Bieter auch hinsichtlich der benötigten Zeit für die Reinigung abschöpfen zu wollen. In welcher genauen Art und Weise zu reinigen war, welcher Aufwand hier also zu betreiben war, ergab sich im Detail aus der Leistungsbeschreibung. Würde man die Standardzeitwerte bekannt geben, so wäre dieser Effekt nicht erzielbar, da sich die Bieter bei Angebotserstellung maßgeblich hieran orientieren würden, möglicherweise ohne vertiefte eigene Überlegungen hinsichtlich der benötigten Zeit anzustellen (VK3–32/08).

Die Entscheidung wurde aufgehoben durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 27. Februar 2008, VII-Verg 41/07). Nach Auffassung des Oberlandesgerichts handelt es sich bei den Standardzeitwerten um Zuschlagskriterien, da sie mitbestimmend für die Qualität der Angebote seien: Je niedriger die Stundenrichtwerte, desto höher voraussichtlich die Qualität der zu erbringen-

den Leistung. Nach § 9 a VOL/A hätte dieses Zuschlagskriterium bekannt gegeben werden müssen.

#### **3.4.2 Überarbeitung der Verdingungsunterlagen im laufenden Vergabeverfahren**

Grundsätzlich darf ein öffentlicher Auftraggeber das ausgeschriebene Produkt selbst entsprechend seinen eigenen Bedürfnissen definieren. Die 3. Vergabekammer hatte über einige Fälle zu entscheiden, in denen der öffentliche Auftraggeber während eines laufenden Vergabeverfahrens die Verdingungsunterlagen abgeändert hatte, z. B. um Erfahrungen und Erkenntnisse einzuarbeiten, die er erst im Laufe des Vergabeverfahrens anhand teilweise erworbener Mustergeräte gemacht hatte. Der Auftraggeber hatte hierbei festgestellt, dass seine bisher gestellten Vorgaben zur Erfüllung der aus seiner Sicht gebotenen Anforderungen nicht ausreichend sein würden. Nach Auffassung der Vergabekammer ist ein Auftraggeber berechtigt, solche besseren Erkenntnisse auch zu verwenden; ansonsten würde man ihn dazu verpflichten, ein Produkt einzukaufen, von dem er bereits im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung weiß, dass es seine Bedürfnisse nicht optimal bedient. Ein derartiges Ergebnis stünde nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, zu deren Einhaltung öffentliche Stellen verpflichtet sind.

Nach Auffassung der 3. Vergabekammer sind den Bietern die entsprechenden Änderungen jedoch mitzuteilen und ihnen ist eine ausreichende Frist einzuräumen, sich auf die geänderten Vorgaben einzurichten. Im vorliegenden Fall war die in § 18a Nummer 1 Absatz 2 Buchstabe b VOL/A vorgesehene verkürzte Angebotsfrist gewahrt (VK3–32/08). Diese Grundsätze gelten nach einer weiteren Entscheidung der 3. Vergabekammer auch in Verhandlungsverfahren nach dem 4. Abschnitt der VOL/A (VK3–38/08). Durch solche nachträglichen Änderungen der ausgeschriebenen Vorgaben darf der betreffende Auftraggeber jedoch nicht einzelne Bieter gegenüber anderen diskriminieren oder gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gemäß § 8 Nummer 3 VOL/A verstoßen. Im von der 3. Vergabekammer zu entscheidenden Fall erfüllte das Produkt desjenigen Bieters, der den Nachprüfungsantrag gestellt hatte, zwar die geänderten Vorgaben des Auftraggebers nicht mehr. Allein dies ist jedoch nicht vergaberechtswidrig, da ein öffentlicher Auftraggeber seine Vorgaben nicht so gestalten muss, dass alle am Markt befindlichen Produkte angeboten werden können. Wenn – wie im vorliegenden Fall aufgrund einer verbesserten und störungsunanfälligeren/sichereren Handhabbarkeit des ausgeschriebenen Geräts – sachliche Gründe eine engere Definition des ausgeschriebenen Gegenstandes rechtfertigen, ist eine gewisse Einschränkung des Wettbewerbs als legitim hinzunehmen (VK3–32/08).

#### **3.4.3 Grundsatz der Produktneutralität**

Die Beschreibung technischer Parameter eines bestimmten Fabrikats sowie die Benennung dieses Fabrikats als Leitfabrikat in den Verdingungsunterlagen verstößt grundsätzlich gegen die vergaberechtliche Anforderung

der Produktneutralität nach § 9 Nummer 10 VOB/A. Der Ausnahmefall, nämlich Unmöglichkeit einer hinreichend genauen und allgemein verständlichen Beschreibung des Auftragsgegenstands, lag in dem zu entscheidenden Fall der 3. Vergabekammer nicht vor. Es gab zudem unstreitig mehrere grundsätzlich verwendbare Fabrikate. Es waren keine Gründe ersichtlich, warum nicht eine abstrakte Leistungsbeschreibung, die gerade nicht auf exakte Spezifika eines bestimmten Produkts, sondern allein auf die Rahmenbedingungen des Bauvorhabens abstellt, erfolgte. Der Vergabestelle wurde daher untersagt, auf der Basis der bisherigen Wertung den Zuschlag zu erteilen, ohne dass sie zuvor allen Bietern die technischen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses unter Beachtung des Grundsatzes der Produktneutralität bekannt gegeben und die Abgabe neuer (Teil-)Angebote ermöglicht hat (VK3–134/08).

#### **3.4.4 Aufbürdung eines „ungewöhnlichen Wagnisses“ nach § 9 Nummer 2 VOB/A**

Die 3. Vergabekammer hat in zwei Parallelfällen, die sich auf zwei Lose derselben Ausschreibung bezogen, festgestellt, dass in der Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie im ausgeschriebenen Bauleistungsvertrag Regelungen vorgesehen waren, die den Bietern ungewöhnliche Wagnisse i. S. v. § 9 Nummer 2 VOB/A aufbürdeten. Konkret ging es dabei einmal um die auftraggeberseitig vorgesehene Möglichkeit, einen bedingten Zuschlag zu erteilen. Die Bedingung bestand darin, dass der Zuschlag im jeweils anderen Los auch ergehen könne und nicht etwa infolge eines Nachprüfungsverfahrens aufgehoben werde. Dies wurde als ein dem Bieter nicht zumutbares Wagnis angesehen, da einerseits die Zuschlagserteilung im Parallellos in keiner Weise durch den Bieter beeinflussbar ist und des Weiteren dem Bieter bei einem Bauvorhaben der Größenordnung wie der streitgegenständlichen die mit einem bedingten Zuschlag verbundenen Unsicherheiten über den Zeitpunkt des Leistungsbeginns nicht zugemutet werden können. Ebenfalls als unzulässig wurde angesehen, dass der Auftragnehmer keine Ansprüche infolge Baubehinderung nach § 6 VOB/B geltend machen konnte, wenn es insbesondere infolge ungeklärter Eigentumsverhältnisse zu Verzögerungen kommt. Wenn der Auftraggeber sich entschließt, ein Vergabeverfahren in die Wege zu leiten, obwohl die Eigentumsverhältnisse an den Baugrundstücken noch nicht abschließend geklärt sind, so darf er das daraus resultierende Verzögerungsrisiko nicht auf den Auftragnehmer abwälzen. Eine andere Risikoverteilung stellt sich als Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses auf die Bieter dar und ist damit vor dem Hintergrund von § 9 Nummer 2 VOB/A vergaberechtswidrig (VK3–151/07, 154/07).

### **3.5 Teilnehmer im Wettbewerb**

#### **3.5.1 Nachträgliche Bildung einer Bietergemeinschaft**

Schließen sich zwei Unternehmen, die nach erfolgreicher Beteiligung am vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb im nichtoffenen Verfahren zur Angebotsabgabe aufgefordert

wurden, zu einer Bietergemeinschaft zusammen, so ist deren Angebot auszuschließen. Auch wenn die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen einzeln den Teilnahmewettbewerb einschließlich Eignungsprüfung erfolgreich durchlaufen haben, gilt dies für die Bietergemeinschaft nicht. Insoweit ist die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Bezug auf andere Bieter zu besorgen, da sie als erfolgreiche Bewerber des Teilnahmewettbewerbs ein Recht darauf haben, sich im nachfolgenden Angebotswettbewerb nur mit Bietern messen zu müssen, die zuvor ebenfalls den Teilnahmewettbewerb erfolgreich absolviert haben. Zudem bedeutet die nachträgliche Bildung einer Bietergemeinschaft aus einzeln zur Angebotsabgabe aufgeforderten Teilnehmern eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs. Denn die nach Auswahl durch den Auftraggeber beschränkte Anzahl der Bieter wird weiter beschränkt. Da die Bietergemeinschaft nicht am Teilnahmewettbewerb teilgenommen hat, konnte auch nicht überprüft werden, ob die Bildung schon ein Verstoß gegen § 1 darstellt. Die 1. Vergabekammer bestätigte daher im zu entscheidenden Fall den erfolgten Ausschluss der antragstellenden Bietergemeinschaft. Auch soweit diese vortrug, ihre Mitglieder hätten einzeln kein Angebot innerhalb der kurzen Angebotsfrist ausarbeiten können, führte dies nicht zu einer anderen Beurteilung, da die Bieter eine gegebenenfalls zu kurz bemessene Angebotsfrist im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätten überprüfen lassen können (VK1–4/08).

#### **3.5.2 Verbundene Unternehmen in einer Ausschreibung**

Die 1. Vergabekammer hatte in einem Nachprüfungsverfahren darüber zu entscheiden, ob die beigeladene Bietergemeinschaft auszuschließen war, da eines ihrer beiden Mitglieder ein mit dem öffentlichen Auftraggeber verbundenes Unternehmen war und zwei weitere verbundene Unternehmen als Bietergemeinschaft ebenfalls an der Ausschreibung teilnahmen (VK1–108/08). Die Verbindung zum Auftraggeber führte nicht zum Ausschluss der Beigeladenen. Weder nach § 2 Nummer 1 Satz 3 VOB/A noch aufgrund des Gleichbehandlungsgebots gemäß § 97 Absatz 2, § 2 Nummer 2 VOB/A musste ein Ausschluss erfolgen. § 2 Nummer 1 Satz 3 VOB/A knüpft an konkrete (ungesunde) Begleiterscheinungen bzw. bestimmte (wettbewerbsbeschränkende) Verhaltensweisen an. Allein eine Konzernzugehörigkeit bzw. gesellschaftsrechtliche Verbundenheit mit dem Auftraggeber führt jedoch nicht zwangsläufig zu solchen Begleiterscheinungen oder Verhaltensweisen. Eine Konzernverbundenheit zieht auch nicht automatisch eine Ungleichbehandlung der Bieter im Sinne der Benachteiligung der übrigen Bieter gegenüber dem verbundenen Unternehmen nach sich, so dass auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht automatisch gegeben ist. Dass eine Beteiligung von mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen an einem Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig ist, ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Inhouse-Vergabe (Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03). Danach ist ein öffentlicher Auftraggeber nicht berechtigt, ohne Ausschreibung einen öffentlichen Auftrag an ein rechtlich von ihm zu unterscheidendes Un-

ternehmen zu erteilen, an dem er mehrheitlich beteiligt ist. Mit Ausschreibung wäre dies aber möglich. Auch die Beteiligung einer Bietergemeinschaft zweier weiterer verbundener Unternehmen führte nicht zum Ausschluss der Beigeladenen. Es lagen keine konkreten Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Abrede nach § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe c VOB/A vor. Der Unternehmensverbund allein rechtfertigt nicht die Annahme, dass eine wettbewerbsbeschränkende Absprache vorliegt. Vielmehr sind zusätzliche Anhaltspunkte erforderlich, insbesondere dahingehend, dass den Bietern die Angebotsinhalte wechselseitig bekannt sind (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 219). Dies war vorliegend nicht der Fall. Zudem konnte schon das nicht verbundene (konzernexterne) Mitglied der beigeladenen Bietergemeinschaft kein Interesse daran haben, den Geheimwettbewerb zu beseitigen.

### 3.5.3 Unzulässigkeit der losweisen Auswahl im Teilnahmewettbewerb

Führt der Auftraggeber – wie in zwei von der 1. Vergabekammer entschiedenen Fällen (VK1–50/07, 65/07) – ein Vergabeverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb durch und begrenzt die Anzahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, so darf er die aufzufordernden Bewerber nicht im Losverfahren auswählen. Er ist vielmehr verpflichtet, für die Auswahl objektive, auftragsbezogene Kriterien heranzuziehen. Dies ergibt sich für Bauaufträge aus § 8a Nummer 6 VOB/A, der Artikel 44 Absatz 3 Richtlinie 2004/18/EG umsetzt. Die Regelung ist mit Blick auf das Wettbewerbs- und das Transparenzgebot richtlinienkonform (vgl. auch Erwägungsgrund 39 und 40 der Richtlinie 2004/18/EG) dahingehend auszulegen, dass die Auswahl nicht nach dem Zufallsprinzip erfolgen darf, sondern dass der Auftraggeber nach objektiven Kriterien eine Auswahl derjenigen Bewerber vornimmt, die die bestmögliche Leistung erwarten lassen. Entsprechende Anforderungen gelten – unmittelbar aus dem Wettbewerbs- und dem Transparenzgebot in Verbindung mit Artikel 44 Absatz 3 Richtlinie 2004/18/EG – auch im Anwendungsbereich der VOL/A. Die objektiven Auswahlkriterien sind bekanntzumachen. Dabei reicht der Hinweis auf eine Bewertungsmatrix, die bei der Vergabestelle abgerufen werden kann, nicht. Der Auftraggeber konnte sich im Übrigen – wie in einem der zu entscheidenden Fälle vorgebracht – nicht darauf zurückziehen, dass die Bewerber gleichermaßen zur Auftragsbefriedigung geeignet seien und daher unter ihnen mittels Losverfahren ausgewählt werden dürfe. Denn im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber lediglich generelle Eignungskriterien aufgestellt und ausweislich der Vergabeakte keine Überlegungen dahingehend angestellt, nach welchen Kriterien die Anzahl der geeigneten Bewerber auf die Anzahl der aufzufordernden Bewerber reduziert werden könne.

### 3.5.4 Ausschluss von Unternehmen i. S. d. § 7 Nummer 6 VOL/A

Nach einer Entscheidung der 3. Vergabekammer fallen private Kapitalgesellschaften nicht unter § 7 Nummer 6 VOL/A. Nach dieser Vorschrift sind Justizvollzugsanstal-

ten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen nicht zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zugelassen. Eine „ähnliche“ Einrichtung bzw. eine „Aus- und Fortbildungsstätte“ in diesem Sinne ist ein Unternehmen insbesondere jedoch nur, wenn es in der Lage wäre, private Konkurrenten aufgrund ungleicher Wettbewerbsbedingungen zu verdrängen, indem diese – anders als privat-rechtlich organisierte Unternehmen – z. B. über Vergünstigungen aufgrund öffentlicher Zuschüsse verfügen und deshalb ein zumindest erheblich vermindertes Insolvenzrisiko tragen. Außerdem verfügen sie über besondere Vorteile etwa bei der Vergabe von Krediten aufgrund der Gewährträgerschaft des hinter der Einrichtung stehenden öffentlichen Trägers.

Demgegenüber ist der Normzweck des § 7 Nummer 6 VOL/A bei privaten Kapitalgesellschaften nicht tangiert. Deren Tätigkeit unterliegt – auch wenn sie wie im von der 3. Vergabekammer entschiedenen Fall gemeinnützig sind – den Regelungen des jeweils einschlägigen Gesellschaftsrechts (hier: des GmbH-Gesetzes) sowie vor allem rein betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, so dass sich solche Unternehmen wie jedes andere z. B. Räumlichkeiten und Personal zu marktüblichen Konditionen beschaffen müssen. Darüber hinaus gab es keine Anhaltspunkte, dass das betreffende Unternehmen im konkreten Fall besser gestellt war als andere gewerbliche Unternehmen (VK3–65/08).

## 3.6 Ausschluss von unvollständigen Angeboten

### 3.6.1 Fehlen geforderter Erklärungen

Angebote, die vom Auftraggeber geforderte Erklärungen nicht enthalten, sind gemäß § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b i. V. m. § 21 Nummer 1 Absatz 2 Satz 5 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Die Ausschlussvoraussetzungen sind jedoch dann nicht gegeben, wenn der fehlenden Unterlage gar kein eigenständiger Erklärungswert zukommt. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn nach den Vorgaben des Auftraggebers von ihm vorgeformulierte „Ergänzende Vertragsbedingungen“ dem Angebot beizufügen sind, ohne dass bieterseitig irgendwelche Eintragungen nötig waren. Unterbleibt lediglich das rein physische Beifügen dieser vorgeformulierten Bedingungen, so stellt dies kein „Fehlen von Erklärungen“ i. S. d. gesetzlichen Ausschlussstatbestands dar (VK3–35/08). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Entscheidung bestätigt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2008, VII-Verg 22/08).

### 3.6.2 Mischkalkulation

Die 3. Vergabekammer hatte sich mit einem Vergabeverfahren zu beschäftigen, in dem der für den Zuschlag vorgesehene Bieter in mehreren Punkten Personalkosten nicht vollständig in den dafür ausdrücklich vorgesehenen Leistungspositionen angegeben, sondern an anderen Stellen kalkuliert hatte. Ferner enthielt das Angebot eine Ab-



weichung von den Vorgaben der Verdingungsunterlagen, indem widersprüchliche Angaben in den geforderten EFB-Preisblättern 1 und 2 gemacht wurden. Das Angebot war gemäß § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b i. V. m. § 21 Nummer 1 Absatz 1 und 2 VOB/A von der Wertung der Angebote auszuschließen. Der Zuschlag durfte nicht auf dieses Angebot erteilt werden (VK3–125/08).

### 3.7 Ausschluss von verspätet vorgelegten Angeboten im Verhandlungsverfahren

Setzt die Vergabestelle im Verhandlungsverfahren allen Bietern einen Schlusstermin für die Einreichung definitiver Angebote, so darf ein nach diesem Schlusstermin gänzlich abgeändertes Angebot seitens der Vergabestelle nicht mehr akzeptiert werden. Zwar liegt es in der Natur des Verhandlungsverfahrens, dass der Angebotsinhalt auch nach Angebotseinreichung im Zuge von Verhandlungen abgeändert werden kann. Allerdings setzt dies voraus, dass sich das Verfahren auch tatsächlich noch im Stadium von Verhandlungen befindet. Hat die Vergabestelle eine Frist für die Einreichung endgültiger Angebote gesetzt, so ist ein fairer Preis- und Leistungswettbewerb nur gewährleistet, wenn auch tatsächlich nur die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Angebote in die Wertung einbezogen werden. Eine bloße Nachfrage der Vergabestelle, mit der es ihr erkennbar ausschließlich um eine Klarstellung des zum Schlusstermin vorliegenden Angebotsinhalts geht, darf nicht zum Anlass genommen werden, das Angebot nach Schlusstermin noch einmal gänzlich abzuändern. Im vorliegenden Fall war eine solche Nachfrage der Vergabestelle aufgrund eines Beschlusses in einem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren erforderlich geworden, mit dem der Vergabestelle die Neuwertung der Angebote aufgegeben wurde. Eine solche Nachfrage in Bezug auf den Inhalt des vorhandenen Angebots ist aber abzugrenzen von einem Eintritt in neue Verhandlungen, der für alle Bieter gleichermaßen zu gelten hätte (VK3–40/07).

### 3.8 Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen, Auslegung eines Angebots

Ob die Angabe eines Bieters in seinem Angebot vom Leistungsverzeichnis abweicht und damit eine unzulässige „Änderung an den Verdingungsunterlagen“ i. S. d. § 21 Nummer 1 Absatz 3 VOB/A darstellt, ist anhand des gesamten Erklärungsinhalts des Angebots der Antragstellerin durch Auslegung aus der Sicht des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Danach liegt eine solche Änderung vor, wenn ein Bieter in einer selbstverfassten Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses (LV) Vordersätze angibt, die von den Vorgaben im Leistungsverzeichnis abweichen. Auch die pauschale Angebotserklärung, wonach der „gesamte Inhalt des ... Leistungsverzeichnis-Langtextes“ gelte, sowie Ausführungen des Bieters in seinem Angebotsbegleitschreiben, wonach er die Urschrift des Leistungsverzeichnisses als allein verbindlich anerkennt und der verwendete Kurztext nicht als Änderung des Wortlautes der Urschrift gilt, führten in einem von der 3. Vergabekammer entschiedenen Fall nicht zu einer anderen, ausschrei-

bungskonformen Auslegung des Angebots. Denn weder diese pauschalen Erklärungen noch § 21 Nummer 1 Absatz 4 VOB/A führen dazu, dass sämtliche Abweichungen eines Bieters in seinem Kurz-LV von den Vordersätzen des Lang-LV völlig unbeachtlich sind, wenn nur pauschal die Verbindlichkeit des Lang-LV anerkannt wurde. Ein Auftraggeber, der auf ein in den Vordersätzen abweichendes Kurz-LV den Zuschlag erteilt, wäre nämlich zumindest der Gefahr ausgesetzt, dass der Auftragnehmer sich bei Durchführung des Vertrages auf sein abweichendes Kurz-LV beruft. Exakt diese Gefährdungslage soll vermieden werden, auch im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und damit letztendlich der Gerechtigkeit des Wettbewerbs. Das Anerkenntnis des Lang-LV i.S.d. § 21 Nummer 1 Absatz 4 VOB/A kann folglich nur dahin verstanden werden, dass hier ausschließlich die Positionstexte, die im Kurz-LV im Gegensatz zum Lang-LV nicht auftauchen und folglich reine Weglassungen von Text darstellen, in Bezug genommen werden; diese Positionstexte sollen gelten, obwohl sie im Kurz-LV nicht ausdrücklich wiederholt werden. Diese reine Formvorschrift beinhaltet jedoch keine Ausnahme von § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b VOB/A dergestalt, dass über die Auslassungen hinaus weitergehend konkrete Änderungen von Vordersätzen sanktionslos zulässig werden. Dies würde im Ergebnis Manipulationsmöglichkeiten eröffnen und das System der formellen Ausschlussstatbestände untergraben. Das betreffende Angebot war daher gemäß § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b i. V. m. § 21 Nummer 1 Absatz 3 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen, auch wenn sich die Änderung des antragstellenden Bieters preislich lediglich geringfügig auf den Inhalt seines Angebots insgesamt auswirkte und das Wettbewerbsergebnis der Angebote untereinander (die Wertungsreihenfolge) nicht beeinflusste (VK3–53/08).

Wie die 3. Vergabekammer in zwei weiteren Entscheidungen klar stellte, kann bei der Auslegung eines Angebots ggf. auch das Verhalten eines Bieters nach Angebotsabgabe herangezogen werden (hier: in einem Bietergespräch), weil hieraus Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis dieses Bieters im Zeitpunkt der Angebotsabgabe gezogen werden können (VK3–119/08, 122/08).

Wenn die Verdingungsunterlagen vorsehen, dass die in § 13 Nummer 4 Absatz 1 VOB/B geregelte vierjährige Gewährleistungsfrist gelten soll, so stellt es ein unzulässiges Abweichen von den Verdingungsunterlagen dar, wenn ein Bieter – im zu entscheidenden Fall das beigeladene Unternehmen – eine fünfjährige und damit eine längere Gewährleistungsfrist als die vom Auftraggeber vorgegebene anbietet. Der Tatbestand des Abweichens von den Verdingungsunterlagen greift auch, wenn die Abweichung sich zugunsten des Auftraggebers auswirkt. Es ist hier ein vergleichbar strenger Maßstab anzulegen wie beim Ausschlussstatbestand des Fehlens von Erklärungen und Nachweisen, wo ebenfalls rein formal auf die Abweichung abgestellt wird, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Relevanz der fehlenden Angabe. Die Notwendigkeit einer parallelen Handhabung beider Ausschlussstatbestände zeigte gerade der vorliegende Fall, indem dem

Antragsteller im Laufe des Vergabeverfahrens zu recht vorgeworfen wurde, dass er eine in der Leistungsbeschreibung geforderte Ausführungsskizze nicht beigelegt habe; er musste daraufhin wegen Fehlens von Erklärungen ausgeschlossen werden. Es würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen, wenn man in Bezug auf den Ausschlussstatbestand des Fehlens von Angaben und Erklärungen einen strengen, hinsichtlich des Abweichens von den Verdingungsunterlagen dagegen einen großzügigen Maßstab anlegen würde. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch insoweit berührt, als sich der Bieter, der dem Auftraggeber mehr als gefordert anbietet, einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschafft. Das Angebot ist insgesamt auszuschließen, da ein partieller Angebotsausschluss des überschießenden Gewährleistungsjahrs nicht möglich ist. Da folglich demnach beide Angebote auszuschließen waren und weitere Angebote nicht vorhanden waren, hatte der Auftraggeber die Ausschreibung aufzuheben (VK3–55/07).

### 3.9 Eignungsprüfung

#### 3.9.1 Vollständigkeit der geforderten Eignungsnachweise

Angebote, die nicht alle vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise enthalten, sind gemäß § 25 Nummer 2 Absatz 1 VOB/A bzw. § 25 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Zu den Voraussetzungen dieser Ausschlussgründe gab es im Berichtszeitraum einige besonders hervorzuhebende Entscheidungen der Vergabekammern.

So hat die 3. Vergabekammer entschieden, dass einem öffentlichen Auftraggeber kein Beurteilungsspielraum bei der Frage zukommt, ob ein Angebot sämtliche geforderten Eignungsnachweise enthält. Hierbei geht es nämlich ausschließlich um eine Feststellung von Tatsachen, die die Nachprüfungsinstanzen vollumfänglich überprüfen dürfen. Erst wenn ein Angebot diese formale Vollständigkeitsprüfung „bestanden“ hat, schließt sich hieran die weitere Prüfung an, ob auf der Grundlage dieser (vollständigen) Nachweise die Eignung des betreffenden Bieters zu bejahen ist. Erst bei dieser Prüfung ist einem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden darf, weil diese Beurteilung anhand unbestimmter Rechtsbegriffe (Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde) stattfindet und die wertende Prognose beinhaltet, ob vom künftigen Auftragnehmer eine vertragsgemäße Ausführung der Leistung erwartet werden kann (VK3–71/08).

In einer weiteren Entscheidung stellte die 3. Vergabekammer fest, dass ein Angebot nicht formell unvollständig ist, wenn ein Bieter zwar nicht wie vom öffentlichen Auftraggeber gefordert seine gesamten Umsätze der letzten drei Jahre angibt, sondern nur den Anteil aus den bisherigen Aufträgen, die er für den betreffenden Auftraggeber durchgeführt hat. In einem solchen Fall hat der Bieter nämlich Angaben gemacht, diese sind jedoch in inhaltlicher Hinsicht unzureichend. Die inhaltliche Fehlerhaftigkeit von Eignungsangaben ist zutreffenderweise der materiellen Eignungsprüfung zuzuordnen, indem diese als

Basis für die Beantwortung der Frage dienen, ob der Bieter die erforderliche Eignung materiell auch tatsächlich aufweist. Im von der 3. Vergabekammer entschiedenen Fall war die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Eignung des betreffenden Bieters zu bejahen, im Ergebnis von dessen Beurteilungsspielraum gedeckt, weil die von diesem Bieter genannten Daten ausreichen, um dessen wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu bejahen. Dieser Bieter hatte sich mit seinen Umsatzzahlen lediglich schlechter präsentiert als ihm dies möglich gewesen wäre, indem er anstelle der geforderten Angaben zu seinem gesamten Umsatz lediglich einen Ausschnitt hieraus angegeben hatte, der für sich genommen bereits erheblich über dem vom Auftraggeber geschätzten Wert des ausgeschriebenen Auftrags lag (VK3–16/07).

Wie die 3. Vergabekammer außerdem klarstellte, muss der Angebotsausschluss wegen unvollständiger Eignungsnachweise auch dann erfolgen, wenn diese Nachweise nicht bereits mit dem Angebot, sondern erst auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers vorzulegen waren. Die Rechtsfolge, Angebote mit unvollständigen Eignungsnachweisen auszuschließen, folgt unmittelbar aus § 25 Nummer 2 Absatz 1 Satz 2 VOB/A. Sie steht daher auch nicht dadurch zur Disposition des Auftraggebers, dass dieser sich die Anforderung der Eignungsnachweise vorbehalten hat. Durch die auch gegenüber der Antragstellerin erfolgte Anforderung der bekannt gemachten Eignungsnachweise wurden diese somit zu Nachweisen, zu deren Vorlage der betreffende Bieter verpflichtet war. Im Gegenteil war der Auftraggeber gar nicht berechtigt, ohne die angeforderten Nachweise die Eignung der Antragstellerin zu bejahen – dies käme einem Verzicht auf die verlangten Nachweise gleich, zu dem ein öffentlicher Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung aus Gründen der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung sämtlicher Bieter nicht berechtigt ist (VK3–71/08).

Die Voraussetzungen, unter denen ein Bieter gemäß § 8a Nummer 7 VOB/A dann, wenn er aus einem berechtigten Grund die geforderten Nachweise nicht beibringen kann, den Nachweis seiner Eignung durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber als geeignet erachteten Belegs erbringen darf, wurden in einer Entscheidung der 2. Vergabekammer präzisiert: Danach müssen innerhalb der für die Vorlage des geforderten Nachweises geltenden Frist sowohl der Ersatzbeleg vor- als auch der Hinderungsgrund dargelegt werden. Denn der berechtigte Grund und die Vorlage eines anderen geeigneten Nachweises sind die kumulativen Voraussetzungen dafür, dass die Eignung anders als mit den geforderten Nachweisen belegt werden darf. Sie ermöglichen lediglich ein anderes Mittel für den Nachweis, erlauben es dagegen nicht, den Nachweis erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erbringen.

#### 3.9.2 Vergleichbarkeit von Referenzprojekten

Bei einer Ausschreibung im Bereich Wasserbau hatte die 3. Vergabekammer darüber zu entscheiden, ob die nach § 8 Nummer 3 Absatz 1 Buchstabe a und b VOB/A geforderten Umsätze und Referenzen aus vergleichbaren Bau-

vorhaben die Eignung des Zuschlagskandidaten nachweisen. In dem zu entscheidenden Vergabeverfahren war die Messlatte für die Vergleichbarkeit von Referenzvorhaben durch die anspruchsvollen Anforderungen des Bauvorhabens sehr hoch gehängt. Denn grundsätzlich gilt, dass Vorhaben nur dann vergleichbar sind, wenn sie einen quantitativ und qualitativ gleich hohen Schwierigkeitsgrad mit dem ausgeschriebenen Vorhaben haben. Der Maßstab der Vergleichbarkeit erstreckt sich auf alle Elemente des ausgeschriebenen Auftrags. Nach Auffassung der Vergabekammer konnte die Vergabestelle bei den Umsätzen und Referenzen des Zuschlagskandidaten weder qualitativ noch quantitativ einen gleich hohen Schwierigkeitsgrad nachweisen. Ihr wurde daher die Zuschlagserteilung auf dieses Angebot untersagt. Gegen die Entscheidung wurde Beschwerde eingelegt (VK3–68/08, 113/08).

### **3.9.3 Verweis auf andere Unternehmen zum Nachweis der Eignung**

In mehreren Verfahren hatte sich die 3. Vergabekammer mit Fällen zu befassen, in denen sich ein Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen, insbesondere desselben Konzernverbands, berufen hatte. Nach der in Umsetzung der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben geänderten Rechtslage darf von einem Bieter „nicht einmal ein Kern eigener Leistungsfähigkeit“ (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06) verlangt werden (vgl. § 4 Absatz 4, § 6 Absatz 2 Nummer 2 VgV, § 7a Nummer 3 Absatz 6 VOL/A, § 8a Nummer 10 VOB/A).

In diesem Zusammenhang hat die 3. Vergabekammer u. a. entschieden, dass ein Bieter, der – weil er kurz vor Eröffnung des Vergabeverfahrens gegründet wurde – noch nicht die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Angaben zu Umsatz, bisher erbrachten vergleichbaren Leistungen und Anzahl der beschäftigten Arbeitskräfte machen konnte, allein aus diesem Grund grundsätzlich nicht bereits von der Wertung auszuschließen ist. Aus Gründen der Transparenz muss er aber den Auftraggeber von sich aus darüber aufklären, dass er die entsprechenden Angaben nicht liefern kann. Wenn er sich für seine Leistungsfähigkeit und Fachkunde auf seine Muttergesellschaft beruft, muss er die geforderten Angaben daher zumindest für diese machen und wie ggf. gefordert seinem Angebot eine Verfügbarkeitsklärung beifügen, dass ihm diese finanziellen und personellen Mittel auch zur Verfügung stehen (VK3–7/07, 71/08).

### **3.9.4 Nachweispflicht der Verfügbarkeit von Nachunternehmern; Auslegung der Verdingungsunterlagen bezüglich einer Fremdüberwachungsstelle**

Ein Bieter bzw. Bewerber, der zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit einen Nachunternehmer einsetzen will, ist verpflichtet, dem Auftraggeber nachzuweisen, dass er über die Mittel des als Nachunternehmer benannten Unternehmens verfügen kann – etwa durch Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung des benannten

Unternehmens. Die Nachweisverpflichtung des Bieters ergibt sich im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der VOL/A unmittelbar aus § 7a Nummer 3 Absatz 6 VOL/A und besteht unabhängig davon, ob der Auftraggeber die Vorlage von Verpflichtungserklärungen (in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen) gefordert hat. Im von der 1. Vergabekammer zu entscheidenden Fall, der ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb betraf, führte die Nichtvorlage von entsprechenden Verpflichtungserklärungen mit dem Teilnahmeantrag jedoch nicht zum Ausschluss des Bewerbers. Denn § 7a Nummer 3 Absatz 6 VOL/A trifft selbst keine Regelung zum Zeitpunkt der Vorlage der Erklärung, und die Auftraggeberin hatte auch keine Frist für die Vorlage der Nachweise bestimmt. Daher war dem Bewerber Gelegenheit zu geben, die fehlenden Verfügbarkeitsnachweise noch während des laufenden Vergabeverfahrens einzureichen (VK1–116/07).

In einem VOB-Verfahren entschied die 2. Vergabekammer allerdings, dass die Antragstellerin dadurch, dass sie es unterließ, die von ihr für die Fremdüberwachung nach DIN 1045-3 vorgesehene anerkannte Prüfstelle mit dem Angebot im Formblatt 317 EG zu benennen und einen Verfügbarkeitsnachweis beizufügen, keinen Ausschlussgrund verwirklicht hat. Die Antragsgegnerin hatte zwar wirksam gefordert, das Unternehmerverzeichnis und die zugehörigen Verpflichtungserklärungen mit dem Angebot vorzulegen. Sie war grundsätzlich auch nicht daran gehindert, entsprechende Angaben und Nachweise für die anerkannte Prüfstelle zu fordern. Das Fehlen dieser Angaben und Nachweise in den Angebotsunterlagen rechtfertigte jedoch deswegen keinen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin, weil die Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen nicht hinreichend deutlich gemacht hatte, dass sie von den Bietern die Eintragung der anerkannten Prüfstelle in das Formblatt 317 EG und einen entsprechenden Verfügbarkeitsnachweis erwarte. Den Maßstab, dem die Vergabestelle unter dem Gesichtspunkt der Transparenz hinsichtlich ihrer Forderungen nach der Vorlage von Erklärungen der Bieter und von Eignungsnachweisen genügen muss, entnahm die Kammer § 9 VOB/A. Diese Bestimmung ist Ausdruck des allgemeinen Transparenzgrundsatzes, § 97 Absatz 1, dessen Beachtung wiederum die Voraussetzung für einen funktionierenden, chancengleichen Wettbewerb bildet. Die Verpflichtung des Auftraggebers, durch klare Angaben für ein einheitliches Verständnis der Bieter zu sorgen, beschränkt sich nicht auf die Leistungsbeschreibung, sondern erstreckt sich auf die Gesamtheit der Verdingungsunterlagen. Die einschneidenden Konsequenzen, die unklare oder unvollständige Angebote nach sich ziehen, sind nur dann gerechtfertigt, wenn der Auftraggeber zuvor hinreichend deutlich gemacht hat, was er von den Bietern erwartet. Es kommt entscheidend darauf an, wie ein fachkundiger Bieter die Ausschreibungsbedingungen verstehen muss. Dabei sind entsprechend §§ 133, 157 BGB auch Treu und Glauben und die Verkehrssitte von Bedeutung. Die Bindung eines Auftraggebers an von ihm begründete Vertrauenstatbestände kann dabei so weit gehen, dass er objektiv vorliegende Ausschlussgründe nicht beachten darf, wenn er sich damit in Widerspruch zu seiner ständigen Vergabepaxis setzt (vgl. Oberlandes-

gericht Düsseldorf, Beschluss vom 20. März 2003 und 28. Mai 2003 – Verg 8/03; Beschluss vom 23. Juli 2003 – Verg 24/03; vgl. auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006 – Verg 35/06). Erst recht war daher die bisherige Vergabep Praxis der Auftraggeberin bedeutsam für die Frage, wie ein verständiger Bieter die Ausschreibungsbedingungen auffassen durfte. Da die Antragsgegnerin zuvor nie die Angabe der anerkannten Prüfstelle als Nachunternehmer erwartet hatte, durfte sie deren Nichtbenennung im Nachunternehmerverzeichnis nicht plötzlich als Ausschlussgrund werten. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Auffassung geteilt und die seitens der Beigeladenen gegen die Entscheidung der 2. Vergabekammer eingelegte Beschwerde zurückgewiesen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 20. Oktober 2008 – VII-Verg 41/08).

### **3.9.5 Benennung von Nachunternehmern der 2. Stufe (sog. Sub-Subunternehmer) und Vorlage von Verpflichtungserklärungen für diese Nachunternehmer**

Die 1. Vergabekammer hatte in einem obiter dictum erhebliche Zweifel angemerkt, ob sich die Nachweispflicht des § 7a Nummer 3 Absatz 6 VOL/A, welche die im Rahmen der Eignungsprüfung vorzulegenden Verpflichtungserklärungen von Nachunternehmern betrifft, auch auf Nachunternehmen erstreckt, die von einem durch den Bieter benannten Nachunternehmer als weitere Nachunternehmer (sog. Sub-Subunternehmer) eingesetzt werden sollen (VK1–110/07). Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 12. März 2008, VII Verg 1/08) hat demgegenüber den Begriff des Nachunternehmers weit gefasst („alle Unternehmen, die der Bieter bei der Erfüllung des Auftrags einzusetzen beabsichtigt“) und entschieden, dass Unterauftragnehmer auch diejenigen Unternehmen sind, die der Nachauftragnehmer bei der Ausführung ihm übertragener Teilleistungen seinerseits tätig werden lassen will (Nachunternehmer zweiter Stufe). Dementsprechend sind auch für diese Nachunternehmer entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen.

### **3.10 Besondere Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers: Tariftreue**

Wie der Europäische Gerichtshof entschieden hat, darf die Tariftreue eines potenziellen Auftragnehmers selbst bei Vorliegen eines entsprechenden Tariftreuegesetzes nicht bei der Vergabe berücksichtigt werden, wenn der einschlägige Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt wurde (Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-346/06). Dementsprechend durfte nach einer Entscheidung der 3. Vergabekammer ein öffentlicher Auftraggeber keine Tariftreue von den Bietern verlangen, wenn es für die ausgeschriebenen Leistungen unstreitig weder einen Tarifvertrag und erst recht keinen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gibt (VK3–89/08). Dies wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (Beschluss vom 22. Oktober 2008, VII-Verg 48/08).

In einer weiteren Entscheidung hatte die 3. Vergabekammer einen Bieter, der entgegen den Vorgaben des Auftraggebers den einschlägigen, für allgemeinverbindlich

erklärten Tarifvertrag bei seiner Angebotskalkulation nicht eingehalten hatte, für unzuverlässig erachtet und entschieden, dass das Angebot mangels Eignung gemäß § 25 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A nicht bei der Wertung berücksichtigt werden dürfe (VK3–148/07). In der sofortigen Beschwerde meinte jedoch das Oberlandesgericht Düsseldorf in Abweichung von seiner Entscheidung vom 25. April 2007, VII-Verg 3/07, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach deutschem Vergaberecht von den Bietern nicht einmal die Einhaltung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags verlangen dürfe. Gemäß § 97 Absatz 4 dürften „Anforderungen ... an Auftragnehmer“ nämlich „nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen i. S. d. § 5 TVG ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf jedoch als Rechtsakt des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nicht mit einem „Gesetz“ i. S. v. § 97 Absatz 4 gleichzusetzen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2008, VII-Verg 5/08).

Auf der Grundlage des vorgenannten Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Mai 2008 (VII Verg 5/08) entschied die 1. Vergabekammer, dass auch die Forderung eines öffentlichen Auftraggebers zur zwingenden Einhaltung des durch Verordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz festgelegten Mindestlohns für die Branche Briefdienstleistungen keine Eignungsanforderung darstellt, sondern eine „weitergehende Anforderung“ an die Auftragsvergabe i. S. d. § 97 Absatz 4, 2. Halbsatz, die nur dann zulässig ist, wenn sie durch ein Bundes- oder Landesgesetz legitimiert ist (VK1–162/08). Da die Verordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz aber kein Gesetz ist, durfte der Auftraggeber die Antragstellerin nicht einfach ausschließen, nur weil diese erklärt hatte, nicht den durch die Verordnung vorgegebenen Mindestlohn zu zahlen. In Anlehnung an die oben zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Mai 2008 stellte die Vergabekammer allerdings fest, dass auch die durch Rechtsverordnung geregelte Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns Bestandteil der Arbeitsrechtsordnung ist und dementsprechend ein Auftraggeber einen Bieter als unzuverlässig ansehen kann, wenn dieser die Rechtsverordnung nicht einhält. Dies ist aber immer anhand des konkreten Einzelfalles zu prüfen. Da in dem Verfahren VK1–162/08 die Antragstellerin ohne einzelfallbezogene Prüfung ausgeschlossen wurde, hat die Vergabekammer dem Auftraggeber aufgegeben, diese Prüfung durchzuführen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 29. April 2009, VII Verg 76/08).

In einem Nachprüfungsverfahren, das die Ausschreibung von Bewachungsdienstleistungen betraf, entschied die 2. Vergabekammer, dass die Forderung des Auftraggebers nach einer Mitgliedschaft der Bieter im Arbeitgeberverband Bundesverband Deutscher Wach- und Sicherheitsunternehmen e. V. (BDWS) nicht nur gegen die negative Koalitionsfreiheit, den Wettbewerbsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot verstieß, sondern darüber hinaus unzulässigerweise eine umfassende Tarifbindung des Bieters bewirkte, die weit über das mit dem Verlangen nach

Tariftreuerklärungen angestrebte Maß hinausgeht. Die gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit solcher Tariftreuerforderungen, die sich auf nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge beziehen, gilt daher nach Auffassung der Kammer erst recht auch für das weitergehende Verlangen nach einem die Tarifbindung auslösenden Verbandseintritt. Das Anliegen des Auftraggebers, durch Forderung nach der BDWS-Mitgliedschaft die „Seriosität“ der Bieter sicherzustellen, bildete keine Rechtfertigung, da die Zuverlässigkeit eines Bieters ohne Weiteres auch anderweitig überprüft werden kann. Dementsprechend hatte der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen selbst zahlreiche Angaben und Nachweise gefordert hat, die ihm eine entsprechende Einschätzung unabhängig von einer Mitgliedschaft des Bieters im BDWS ermöglichen.

### 3.11 Zuschlagskriterien

#### 3.11.1 Keine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Die 1. Vergabekammer hatte darüber zu entscheiden, ob im Rahmen eines Lieferauftrages die Leistungsfähigkeit des Unternehmens (beurteilt anhand der Unterkriterien Referenzobjekte, Betriebsgröße, Bauplatz, Ausstattung sowie erfolgreiche Planung, Konstruktion, Koordinierung komplexer Projekte) ein vergaberechtlich zulässiges Zuschlagskriterium darstellt (VK1–123/08). Dies war zu verneinen, da die Verwendung des vorgenannten Zuschlagskriteriums einschließlich seiner Unterkriterien Eignungs- und Zuschlagskriterien in unzulässigerweise miteinander vermische. Die Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 25 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A, § 25 Nummer 3 VOL/A) verfolgt unterschiedliche, streng voneinander abzugrenzende Zielrichtungen, die sich dementsprechend in den streng voneinander zu trennenden unternehmensbezogenen Eignungskriterien einerseits und angebotsbezogenen Zuschlagskriterien andererseits widerspiegeln. Mit der unternehmensbezogenen Eignungsprüfung soll prognostiziert werden, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Gegenstand der Wirtschaftlichkeitsprüfung sind demgegenüber nicht die konkurrierenden Bieter, sondern deren Angebote (siehe auch Bundesgerichtshof, Beschluss vom 15. April 2008, X ZR 129/06). Vor diesem Hintergrund wies das vom Auftraggeber im Streitgegenständlichen Verfahren vorgesehene Zuschlagskriterium „Leistungsfähigkeit“ eindeutig unternehmensbezogene Merkmale auf und hatte – wie im Übrigen jedes Eignungsmerkmal – einen (nur) mittelbaren Bezug zum konkreten Auftrag dahingehend, dass prognostiziert werden sollte, ob der jeweilige Bieter grundsätzlich in der Lage ist, den fraglichen Auftrag erfolgreich auszuführen.

#### 3.11.2 Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung

Seit der Neufassung von VOL/A und VOB/A, die jeweils am 1. November 2006 in Kraft getreten sind, gilt die

Pflicht, die wertungsrelevanten Aspekte den Bieter mitzuteilen, aus Gründen der Transparenz ausdrücklich nicht nur für die Zuschlagskriterien selbst, sondern auch für deren Gewichtung bzw. Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (vgl. § 9a Nummer 1 Buchstabe c VOL/A bzw. § 10a Buchstabe a VOB/A).

Wenn der Auftraggeber bei der Angebotswertung Kriterien und/oder Gewichtungen anwendet, die er den Bieter vorher nicht mitgeteilt hat, ist die Wertung daher zu wiederholen, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die Nichtbekanntgabe dieser Unterkriterien auf den Inhalt des Angebots der Antragstellerin ausgewirkt hat (VK3–52/07, 88/07, 38/08, 59/08, 86/08, 119/08). Dies gilt gemäß § 11 Nummer 1 Absatz 1 VOL/A-SKR auch für Verfahren von Sektorenauftraggebern nach dem 4. Abschnitt der VOL/A (VK3–38/08). Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Verfahren VK 3–52/07 war das Vergabeverfahren wegen der nicht bekannt gegebenen Wertungskriterien sogar in den Stand vor Aufforderung der im Teilnahmewettbewerb erfolgreichen Bieter zur Angebotsabgabe und Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen (Beschluss vom 14. November 2007, VII-Verg 23/07).

Wie die 3. Vergabekammer in einer weiteren Entscheidung klar gestellt hat, gilt dies für alle Kriterien, Unterkriterien und sonstigen Aspekte, die für die Entscheidung eine Rolle spielen und dementsprechend Grundlage für die Bewertung der Angebote sind. Deshalb wirken auch Erläuterungen des Auftraggebers im Lastenheft, die den Bieter eine Orientierungshilfe und Handreichung geben sollten, wie die Kriteriengruppen aus Sicht des Auftraggebers „mit Leben zu füllen“ sind, wie Bewertungskriterien, so dass auch solche Aspekte und deren Gewichtung den Bieter vorher bekannt zu geben sind – sonst dürfen diese nicht bei der Angebotswertung angewendet werden. Von abstrakten Wertungskriterien abzugrenzen ist jedoch die Subsumtion des durch die Angebote vorgegebenen Lebenssachverhalts unter die abstrakten Vorgaben. Hat der Auftraggeber also z. B. das Unterkriterium „Bedienfreudigkeit/Handhabung“ bekannt gemacht, so darf hierunter der Aspekt berücksichtigt werden, ob die tatsächlichen Sichtverhältnisse in der zu liefernden Maschine aufgrund beengter Verhältnisse schlecht sind, obwohl die Beleuchtung die Vorgabe aus dem Lastenheft (hier: 300 lx) bedient. Hierbei handelt es sich nicht um ein neues und deshalb bekannt zu gebendes Wertungskriterium, sondern eben um die Durchführung des eigentlichen Wertungsvorgangs. An dieser Stelle hat die Vergabekammer daher lediglich zu prüfen, ob der Auftraggeber bei seiner Wertungsentscheidung Lebenssachverhalte berücksichtigt hat, die erkennbar nicht unter das betreffende Wertungskriterium fallen (VK3-38/08).

Allerdings lag nach Auffassung der 3. Vergabekammer kein Verstoß gegen § 9a Nummer 1 c, § 25a Nummer 1 Absatz 2 VOL/A vor, soweit der Auftraggeber bei seiner Wertung einen Punktekatalog (Wertungsleitfaden) angewandt hatte, den er den Bieter vor Angebotsabgabe zwar nicht mitgeteilt hatte, dessen für die Bepunktung genannten Kriterien sich jedoch mit den Anforderungen deckten,

die die Bieter bereits kannten, weil sie sich für einen objektiven und fachkundigen Bieter ohne Weiteres aus den in den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien (etwa als konkretisierendes Unterkriterium) ergeben haben (VK3–52/07).

### **3.11.3 Transparenzgebot: Bekanntmachung von Unterkriterien**

Die 2. Vergabekammer hatte einen Fall zu beurteilen, in dem die Vergabestelle mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe den Bietern die Zuschlagskriterien sowie die prozentuale Gewichtung der Unterkriterien mitgeteilt hatte. Sie hatte für ihre Wertungsmatrix aus den Unterkriterien allerdings später – während der Angebotsphase – weitere „Unter-Unterkriterien“ abgeleitet. Diese und deren genaue Gewichtung teilte sie den Bietern bis zum Ablauf der Angebotsfrist aber nicht mit. Da alle „Unter-Unterkriterien“ der verwendeten Wertungsmatrix aus den Kapiteln der detaillierten Leistungsbeschreibung abgeleitet waren und keine neuen Kriterien eingeführt wurden, war die Vergabekammer der Auffassung, dass aufgrund dieser Informationen sichergestellt war, dass die Angebote im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien) in einem transparenten Verfahren erstellt werden konnten (vgl. § 97 Absatz 1). Das Oberlandesgericht Düsseldorf folgte dem nicht und entschied, dass auch nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung und Versendung der Verdingungsunterlagen aufgestellte Unterkriterien (und deren Gewichtung), die die Vorbereitung der Angebote hätten beeinflussen können, mitgeteilt werden müssen (Beschluss vom 23. Januar 2008, Verg 31/07). Dies gelte auch für differenzierende (Unter-)Unterkriterien und Detailkriterien. Notfalls habe die Vergabestelle sogar die Frist zur Angebotsabgabe zu verlängern.

### **3.11.4 Angabe der Berechnungsmethode bei der Bewertung von Honorarangeboten**

Die 1. Vergabekammer hatte sich im Rahmen der Überprüfung eines VOF-Vergabeverfahrens mit einer Bewertungsmethode für die von den Bewerbern abgegebenen Honorarangebote auseinander zu setzen (VK1–33/08). Die Antragsgegnerin hatte es unterlassen, den Bewerbern im Vorhinein die Berechnungsmethode bekannt zu geben, auf deren Grundlage die für das Zuschlagskriterium „Honorar“ erreichbaren Punkte, die neben weiteren Zuschlagskriterien in die Gesamtbewertung des Angebots einfließen sollten, ermittelt werden sollten. Nach Auffassung der 1. Vergabekammer handelte es sich bei der von der Antragsgegnerin gewählten Berechnungsmethode um für die Bewertung des Honorars aufgestellte Unterkriterien, da durch die Methode Preisunterschiede der einzelnen Angebote gewichtet wurden und die Methode somit entscheidenden Einfluss auf die im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums erreichbare Punktzahl hatte. Diese Unterkriterien sind daher, auch wenn sie die Bewertung des Angebotspreises betreffen, den Bewerbern im Vorhinein bekannt zu machen. Die Entscheidung der Vergabekam-

mer wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (Beschluss vom 28. April 2008, VII-Verg 1/08).

### **3.12 Mindestanforderungen an Nebenangebote**

Die 2. Vergabekammer hatte zu entscheiden, ob die Verdingungsunterlagen einer Fassadensanierung ausreichende Mindestanforderungen an Nebenangebote gemäß § 10a Buchst. f VOB/A enthielten. In den Verdingungsunterlagen sollte der Nachweis der Gleichwertigkeit durch textliche Beschreibung, technische Angaben zu den Hebezeugen und den Baustelleneinrichtungsplan erbracht werden. Die Vergabekammer hat dies als hinreichend konkrete Vorgaben für Nebenangebote angesehen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 22. August 2007, Verg 22/07).

### **3.13 Anspruch eines auszuschließenden Bieters auf Unterlassen des Zuschlags**

Am 26. September 2006 hat der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung klar gestellt, dass auch ein Bieter, dessen Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen ist, verlangen kann, dass eine Auftragsvergabe unterbleibt, wenn die Angebote aller weiteren Bieter ebenfalls ausgeschlossen werden müssen (Az. X ZB 14/06). Bis zu dieser Entscheidung waren solche Nachprüfungsanträge entweder als bereits unzulässig oder zumindest unbegründet beurteilt worden. Der Bundesgerichtshof entschied, dass der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall auf überhaupt kein Angebot den Zuschlag erteilen darf, vielmehr kann er die Ausschreibung aufheben und (bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf) eine neue Ausschreibung durchführen, in der der antragstellende Bieter mit einem überarbeiteten Angebot eine zweite Zuschlagschance erhalte. Diese Rechtsprechung ist im Berichtszeitraum in zahlreiche Entscheidungen der Vergabekammern eingeflossen:

Nach Auffassung der 3. Vergabekammer obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber, selbst zu prüfen, ob sämtliche Angebote seine in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Anforderungen einhalten. Aus diesem Grund wurde einem Auftraggeber, der sich erst im Nachprüfungsverfahren darauf berufen hatte, dass der antragstellende Bieter ausgeschlossen werden müsse, aufgegeben, diese Prüfung gleichermaßen bei allen Angeboten nachzuholen. Wären hiernach nämlich sämtliche Angebote zwingend von der Wertung auszuschließen, was nach einer summarischen Prüfung seitens der Vergabekammer durchaus wahrscheinlich war, wären die o. g. Voraussetzungen des Bundesgerichtshofes erfüllt, unter denen ggf. auch der Antragsteller die Chance erhalte, sein Angebot zu überarbeiten (VK3–118/07, vgl. auch VK 3–150/06, 4/07, 37/07, 71/08, 119/08). Sofern jedoch ausschließlich der Antragsteller als einziger Bieter ein vollständiges Angebot abgegeben hat, das nicht auszuschließen ist, wurde von der 3. Vergabekammer angeordnet, dass hierauf ggf. der Zuschlag zu erteilen ist (VK3–7/07).

**Vierter Abschnitt****Geschäftsübersicht****Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle****1. Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse**

<b>Jahr</b>	<b>Zusammenschlüsse</b>
1990	1 445
1991	1 541
1992	1 282
1993	1 185
1994	1 254
1995	1 154
1996	1 257
1997	1 387
1998	1 667
1999	1 687
2000	1 735
2001	1 568
2002	1 584
2003	1 366
2004	1 412
2005	1 687
2006	1 829
2007	2 242
2008	1 675
<b>Gesamt 1990 – 2008</b>	<b>28 957</b>

**2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse  
und Entscheidungen in 2007 und 2008**

	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>I. Anmeldungen</b>	<b>2 242</b>	<b>1 675</b>
<b>II. Entscheidungen</b>	<b>2 111</b>	<b>1 588</b>
(1) Freigaben	2 104	1 584
davon: in der 1. Phase	2 082	1 573
in der 2. Phase ohne Nebenbestimmungen	14	7
in der 2. Phase mit Nebenbestimmungen	8	4
(2) Untersagungen	7	4
<b>III. Erledigung vor Abschluss des Verfahrens</b>		
(1) Rücknahmen	38	56
davon: in der 1. Phase	26	52
in der 2. Phase	12	4
(2) keine Kontrollpflicht	126	117

Anmerkung:

Abschnitt I. der Tabelle gibt die Zahl der beim Bundeskartellamt in den Jahren 2007 und 2008 eingegangenen Anmeldungen wieder. In Abschnitt II. und III. der Tabelle sind alle in diesen beiden Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen von Verfahren aufgeführt, und zwar unabhängig davon, in welchem Jahr die Anmeldung erfolgt ist.



**3. Angemeldete Zusammenschlüsse**  
**– Gesamtumsatz, Umsatz des erworbenen Unternehmens, Umsatz der Erwerber –**  
**nach Größenklassen 2007, 2008**

**3.1 Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen**

Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2007		2008	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
ab 500	305	13	201	8
bis unter 1 000				
bis unter 6 000	900	48	646	23
6 000 und mehr	1 037	37	828	22
<b>Gesamt</b>	<b>2 242</b>	<b>98</b>	<b>1 675</b>	<b>53</b>

Anmerkungen:

Alle Umsätze (auch in allen folgenden Tabellen) sind „Umsätze im Sinne des GWB“ (§§ 35 ff.) des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres vor dem Zusammenschluss. Für Handelsumsätze, Umsätze mit Zeitungen und Zeitschriften, für Banken und Versicherungen gelten die Berechnungsverfahren des § 38 Abs. 2 bis 4.

In früheren Tätigkeitsberichten (bis 1989/90) wurden Presseumsätze allerdings – anders als in der jetzigen Auswertung – mit den Originalwerten angesetzt; daher wird die Zahl der Pressefälle in den einzelnen Umsatzklassen gesondert aufgeführt.

**3.2 Umsatz des erworbenen Unternehmens**

Umsatz des erworbenen Unternehmens (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2007		2008	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
(Neugründung) 0	415	0	424	0
bis unter 2	137	2	81	0
bis unter 25	515	27	410	13
bis unter 250	886	27	593	13
bis unter 500	130	7	74	6
bis unter 1 000	64	2	45	3
bis unter 6 000	82	4	35	1
6 000 und mehr	13	2	13	2
<b>Gesamt</b>	<b>2 242</b>	<b>71</b>	<b>1 675</b>	<b>38</b>

Anmerkungen:

Zur Umsatzberechnung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.1.

Für jeden Zusammenschlussfall wird ein erworbenes Unternehmen gezählt. Daher stimmt die Zahl der Erworbenen automatisch mit der Zahl der Zusammenschlüsse überein.

Werden in einem Zusammenschluss (einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang) Anteile oder Vermögenswerte mehrerer Unternehmen erworben, wird nach dem „Schwerpunktprinzip“ verfahren: Umsatz-, Branchen- und Länderzuordnung erfolgt bei dem erworbenen Unternehmen, bei dem der Umsatzschwerpunkt liegt.

**3.3 Umsatz des erwerbenden Unternehmens („Erwerber“)**

Umsatz des erwerbenden Unternehmens (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2007		2008	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
bis unter 2	44	0	33	0
bis unter 25	59	1	43	2
bis unter 250	173	5	114	4
bis unter 500	113	1	67	2
bis unter 1 000	278	15	232	9
bis unter 6 000	827	35	531	18
6 000 und mehr	960	35	701	18
<b>Gesamt</b>	<b>2 454</b>	<b>92</b>	<b>1 721</b>	<b>53</b>

Anmerkungen:

Zur Umsatzberechnung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.1.

Die Zahl der Erwerber ist regelmäßig größer als die Zahl der Zusammenschlüsse, da mehrere Unternehmen gemeinsam Anteile an einem anderen Unternehmen erwerben können (Entstehung von Gemeinschaftsunternehmen). Als Erwerber gezählt werden grundsätzlich die Konzernobergesellschaften („Konzernspitzen“). Dies gilt für den Umsatz sowie für die Branchen- und Länderzuordnung. Die Branchenzuordnung erfolgt nach dem „Schwerpunktprinzip“, die Länderzuordnung nach dem Sitz der Obergesellschaft.

Abweichend von diesem Grundsatz werden bei Erwerbern, die ihrerseits von mehr als einem Unternehmen abhängig sind („gespaltene Konzernspitze“), nicht die einzelnen Muttergesellschaften, sondern der Erwerber selbst gezählt.

**4. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes**

	<b>2007</b>	<b>2008</b>
I. Vermögenserwerb	394	271
II. Kontrollerwerb	1 445	1 142
davon: Anteilserwerb	1 204	948
durch Vertrag	60	65
Gemeinschaftsunternehmen	181	129
III. Anteilserwerb	286	180
davon: Mehrheitserwerb	30	26
Minderheitsserwerb	76	47
Gemeinschaftsunternehmen	180	107
IV. Veränderung der Kontrolle	95	58
V. Wettbewerblich erheblicher Einfluss	22	24
<b>Gesamt</b>	<b>2 242</b>	<b>1 675</b>

**5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation**

	<b>2007</b>	<b>2008</b>
Horizontal	1 748	1 341
Vertikal	106	92
Konglomerat	388	242
<b>Gesamt</b>	<b>2 242</b>	<b>1 675</b>

Anmerkungen:

Ein horizontaler Zusammenschluss liegt vor, wenn das erworbene Unternehmen auf den gleichen Märkten tätig ist wie der Erwerber.

Ein vertikaler Zusammenschluss liegt vor, wenn das erworbene Unternehmen im Verhältnis zum Erwerber auf vor- oder nachgelagerten Produktstufen tätig ist (Beispiel: Brauerei erwirbt Getränkegroßhandel).

Von einem konglomeraten Zusammenschluss wird ausgegangen, wenn zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten bestehen.

**6.1 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2007, 2008**  
**Erworbene Unternehmen in geographischer Gliederung**

	Land/Region	2007	2008
A	Österreich	46	41
AUS	Australien	4	4
B	Belgien	20	23
BER	Bermuda	1	3
BG	Bulgarien	1	0
BR	Brasilien	3	2
BS	Bahamas	1	0
CAY	Cayman Islands	2	2
CDN	Kanada	24	12
CH	Schweiz	43	41
CY	Zypern	5	0
CZ	Tschechische Republik	10	15
D	Deutschland	1 315	983
DK	Dänemark	25	23
E	Spanien	9	9
ERI	Eritrea	0	1
EW	Estland	1	1
F	Frankreich	62	51
FIN	Finnland	15	8
GB	Großbritannien	103	87
GBG	Guernsey	3	2
GBJ	Jersey	2	2
GR	Griechenland	0	1
H	Ungarn	5	0
HK	Hongkong	0	1
HR	Kroatien	0	2
I	Italien	44	43
IL	Israel	7	2
IND	Indien	1	5

	Land/Region	2007	2008
IRL	Irland	6	1
IS	Island	1	1
J	Japan	13	12
L	Luxemburg	28	18
MH	Marshallinseln	1	0
N	Norwegen	9	13
NL	Niederlande	86	61
P	Portugal	2	2
PL	Polen	8	6
RA	Argentinien	0	1
RC	Taiwan (Republik China)	2	3
RO	Rumänien	0	2
ROK	Südkorea	3	0
RUS	Russische Föderation (Russland)	6	4
S	Schweden	27	18
SGP	Singapur	8	1
SK	Slowakei	4	0
SLO	Slowenien	1	0
TR	Türkei	9	3
TRN	Türk. Rep. Nordzypern	0	1
UA	Ukraine	0	2
USA	USA	266	150
V.I	British Virgin Islands	1	1
VRC	Volksrepublik China	6	7
ZA	Rep. Südafrika	3	4
<b>Gesamt</b>		<b>2 242</b>	<b>1 675</b>

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geographischen Orientierung und besagen nichts über den staats- oder völkerrechtlichen Status einzelner Gebiete.

Zur Zählung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.2.

### 6.2 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2007, 2008 Erwerber in geographischer Gliederung

	Land/Region	2007	2008
A	Österreich	69	56
AUS	Australien	18	7
B	Belgien	20	16
BER	Bermuda	2	3
BR	Brasilien	2	1
BRN	Bahrein	1	0
BS	Bahamas	0	1
BY	Belarus (Weißrussland)	1	0
CAY	Cayman Islands	8	6
CDN	Kanada	10	8
CH	Schweiz	42	29
CY	Zypern	8	6
CZ	Tschechische Republik	5	9
D	Deutschland	1 298	998
DK	Dänemark	22	10
E	Spanien	13	8
F	Frankreich	94	69
FIN	Finnland	10	10
GB	Großbritannien	136	64
GBG	Guernsey	12	8
GBJ	Jersey	13	8
GR	Griechenland	1	1
H	Ungarn	4	1
HK	Hongkong	2	0
I	Italien	42	25
IL	Israel	2	3
IND	Indien	7	2
IRL	Irland	8	3
IS	Island	1	1
J	Japan	34	21

	Land/Region	2007	2008
KWT	Kuwait	1	0
L	Luxemburg	38	21
MH	Marshallinseln	2	0
MS	Mauritius	0	1
N	Norwegen	8	7
NL	Niederlande	102	62
NZ	Neuseeland	1	0
P	Portugal	7	4
PL	Polen	7	4
Q	Katar	0	1
RC	Taiwan (Republik China)	4	1
ROK	Südkorea	2	1
RUS	Russische Föderation (Russland)	7	6
S	Schweden	40	19
SA	Saudi Arabien	1	0
SGP	Singapur	5	3
SK	Slowakei	2	1
SLO	Slowenien	3	2
TR	Türkei	2	3
TT	Trinidad und Tobago	1	0
UA	Ukraine	0	1
UAE	Vereinigte Arabische Emirate	4	2
USA	USA	327	197
VI	British Virgin Islands	1	0
VRC	Volksrepublik China	2	8
ZA	Rep. Südafrika	2	3
<b>Gesamt:</b>		<b>2 454</b>	<b>1 721</b>

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geographischen Orientierung und besagen nichts über den staats- oder völkerrechtlichen Status einzelner Gebiete.

Zur Zählung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.3.



noch Tabelle 1.1 Beim Bundeskartellamt

	Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren										Zusätzlich	
	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistellung erteilt, Kein Widerspruch, kraft Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Unter- oder Abstellverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldbescheid	Aufgabe des beanstandeten Verhaltens	Entscheidung nach § 32c (kein Anlass zum Tätigwerden)	Kein Anlass zum Tätigwerden	Einstellung aus anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung	Abgabe an andere Behörde	Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Zusätzlich	
Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersuchungsverfahren	§ 20 <sup>VI</sup>	2007 2008												
	§ 21 <sup>I</sup>	2007 2008	1											
	§ 21 <sup>II</sup> IV	2007 2008	3 4		1	1 1		2 2	1 1					
	2007 2008	5 6			2 2		1 2	1 2						
<b>c) Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftszweige</b>														
§ 28 GWB	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft	2007 2008												
§ 29 GWB	Energiewirtschaft	2008	37			11				15			1	
§ 30 GWB	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften	2007 2008												
§ 131 <sup>VI</sup> GWB i. V. m. § 103 <sup>V</sup> GWB a. F.	Missbrauchsaufsicht über Wasser- versorgungsunternehmen	2007 2008	1										1	
<b>Gesamt</b>		<b>2007 2008</b>	<b>140 145</b>	<b>44 34</b>	<b>3 1</b>	<b>5 7</b>	<b>24 37</b>	<b>2 3</b>	<b>68 78</b>	<b>28 31</b>	<b>1 4</b>			

\* Ein Bußgeldverfahren gegen mehrere Betroffene gilt mit dem ersten erlassenen Bußgeldbescheid als abgeschlossen  
 \*\* In der Regel verdeckte Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen, Absatzquoten, Aufteilung von Märkten

Seit dem 1. Januar 2008 gilt der § 29 GWB als besonderer Missbrauchstatbestand im Energiebereich.

**1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren**  
**Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden**

	Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren							Zusätzlich			
	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistell. erteilt, kein Widerspruch, kraft Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Untersagungs- oder Abstellverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldscheid*	Aufgabe des beanstandeten Verhaltens	Entscheidung nach § 32c (kein Anlass zum Tätigwerden)	Kein Anlass zum Tätigwerden	Einstellung aus anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung	Abgabe an andere Behörde	Anordnung weniger Maßnahmen	Ab-schöp-fung des wirtschaftlichen Vorteils
<b>a) Kartelle</b>													
§ 1 GWB	Kartellverbot (gesamt)	33 62		1	1	3 6	12 4		6 8	35 32		5 8	
	HardcoreKartelle**	8 26				4	2		4 5	7 12			
	Mittelstandskartelle	1							1				
	Sonstige horizontale Kooperationen	25 36				3 2	10 4		1 3	28 20		5 8	
	Vertikalvereinbarungen												
<b>b) Marktherrschaft, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Missbräuche)</b>													
§§ 19 ff. GWB	Missbrauchsverfahren (gesamt)	79 128			1		59 34	2 1	22 17	195 140		19 21	
	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	43 93			1		42 20	1	11 9	172 121		15 12	
§ 20 <sup>II</sup>	Diskriminierungsverbot, Verbot der unbilligen Behinderung	17 15					5 5		9 4	11 10		2 1	
§ 20 <sup>III</sup>	Verbot der Einräumung von Vorzugskonditionen	1											

Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren



noch Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden

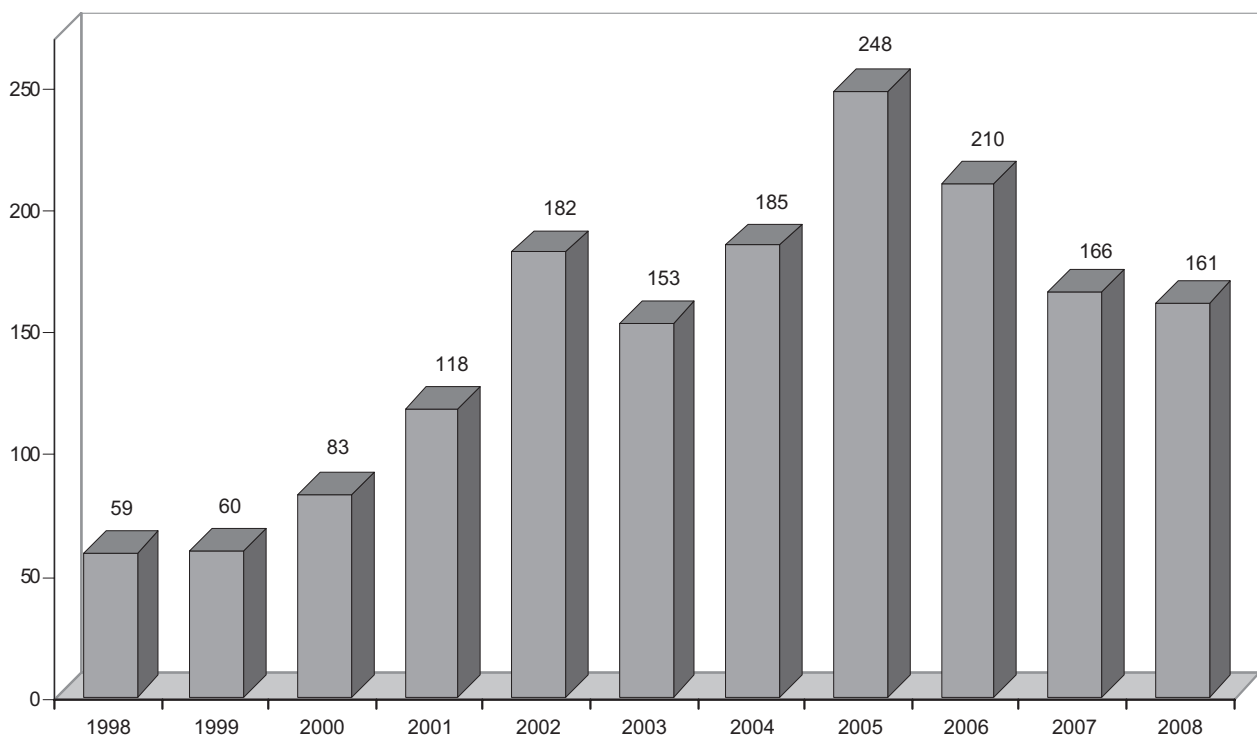
	Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren										Zusätzlich	
	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistell. erteilt, kein Widerspruch, kraft Gesetzeswirksam)	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Unter- oder Abstellungsverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldbescheid*	Aufgabebestanden Verhaltens	Entscheidung nach § 32c (kein Anlass zum Tätigwerden)	Kein Anlass zum Tätigwerden	Einstellungsgang an anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung	Abgabe an andere Behörde	Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Zusätzlich	
§ 20 <sup>IV</sup>		6			2			1			2			
§ 20 <sup>VI</sup>														
§ 21 <sup>I</sup>		3			1									
		3			1		1							
§ 21 <sup>II-V</sup>		5			2			2						
		4						2						
<b>c) Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftszweige</b>														
§ 28 GWB														
	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft													
§ 29 GWB														
	Energiewirtschaft	53		1	1			10						
§ 30 GWB														
	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften												1	
§ 13 <sup>I-VI</sup> GWB i. V. m. § 103 <sup>V</sup> GWB a. F.														
	Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen	2		1	1			7						
		1			1			11						
<b>Gesamt</b>		<b>114</b>		<b>2</b>	<b>72</b>	<b>3</b>	<b>2</b>	<b>237</b>			<b>25</b>		<b>1</b>	
		<b>244</b>		<b>1</b>	<b>40</b>	<b>6</b>	<b>1</b>	<b>193</b>			<b>30</b>		<b>1</b>	

\* Ein Bußgeldverfahren gegen mehrere Betroffene gilt mit dem ersten erlassenen Bußgeldbescheid als abgeschlossen.

\*\* In der Regel verdeckte Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen, Absatzquoten, Aufteilung von Märkten

**2. Anerkannte Wettbewerbsregeln nach § 24 Abs. 3**

Wirtschafts- und Berufsvereinigung	letzte Bekanntmachung im Bundesanzeiger	Geschäftszeichen
Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V.	Nr. 44 (S. 2307) vom 3. März 2007	B6-573/06
Verband der Diagnostica-Industrie e. V.	Nr. 56 (S. 1318) vom 11. April 2008	B3-192/07
Verein „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“	Nr. 68 (S. 1636) vom 7. Mai 2008	B3-30/08
Verband der Diagnostica-Industrie e. V.	Nr. 98 (S. 2380) vom 3. Juli 2008	B3-192/07
Verein „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V.“	Nr. 100 (S. 2458) vom 8. Juli 2008	B3-100/08
Verein „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“	Nr. 109 (S.2864) vom 23. Juli 2008	B3-124/08
Verein „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“	Nr. 140 (S. 3369) vom 16. September 2008	B3-60/08

**Ausländische Besucher im Bundeskartellamt**

**Stichwortverzeichnis****A**

Abfallwirtschaft 151 ff.  
Abgaskatalysatoren 103  
Abmahnung  
– Beschwerde 44 f.  
– Verwaltungsaktqualität 44  
Absatzmärkte, Zugang 67 f., 70, 89, 95 f.  
Abwägungsklausel 19 ff., 95, 99, 109, 111 f., 133  
Acrylfasern 77 f.  
Air Berlin 132 f.  
Akteneinsicht 42 f.  
Aktenherausgabe 44  
Aktenvollständigkeit 44  
Alginate 77  
Altpapierverkauf 151 f.  
Amtshilfe (durch ausländische Wettbewerbsbehörden) 34, 47  
Anfangsverdacht, Durchsuchungen 42 f.  
Anreizregulierung, Eisenbahnsektor 31  
Antragsbefugnis (Vergaberecht) 165  
Anzeigenmarkt 70  
Angebot unter Einstandspreis 12, 23, 124  
Angebotsauslegung (Vergaberecht) 171, 173  
Angebotsausschluss (Vergaberecht) 169, 171  
Antivirensoftware 141  
Apotheken, Werbung mit gemeinsamen Preisen 126 f.  
Apothekerverbände 33  
Arzneimittel  
– Handel mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln 74, 125 f.  
– Hersteller 52 f., 74 f.  
– Rabattverträge 9, 159 ff., 167 ff.  
– Vertikalvereinbarungen 38, 75  
Arztpraxissoftware 149  
Asphaltmischgut 82 f.  
Auflagen 20, 82 f., 101  
Aufschiebende Wirkung 13 f., 40, 44, 83, 136, 140  
Aufsichtspflichtverletzung 83 f.  
Außenwerbung 38 f., 143  
Auskunftsbeschluss 41  
Außenwirtschaftsgesetz 7  
Automobilzulieferer 102 f.

**B**

Bagatellmarktklausel 16 f., 40, 77, 88  
Bahnreform 31  
Bankenfusionen 137 f.  
Batterieverordnung 156  
Bau- und Heimwerkerbedarf 127 f.  
Bedarfsmarktkonzept 108, 142, 144  
Bedingungen 20  
– auflösende 89, 126  
– aufschiebende 89, 146 f.  
Behälterglas 152 f.  
Beiladung 39 f.  
Beschaffungsmärkte, Zugang 122  
Beschlagnahme, Anforderungen 42 f.

Beschwerdebefugnis 39  
Bestimmtheit  
– kartellrechtlicher Verfügungen 42, 56  
Bietergemeinschaft (Vergaberecht) 169 f.  
Bieterkartell 120  
Binnenmarktpaket Strom und Gas 28, 30 f.  
Biomassefeuerungsanlagen 86 f.  
Börsen 138  
Bonusanträge 32 ff., 68 ff., 76 f., 84  
Bonusregelung 9, 34 f., 83  
Boykottaufruf 8, 23, 65, 91 f.  
Brandschutzglas 84  
Breitbandkabelnetze 95 ff.  
Briefdienstleistungen 136  
Buchhandel 73  
Bündeltheorie 16  
Bundeskartellamt, 50 jähriges Jubiläum 63  
Bundesnetzagentur (BNetzA)  
– Zusammenarbeit Bundeskartellamt-BNetzA 24 ff., 30 f., 119, 137  
Bunkeröl 74  
Bußgeldleitlinien  
– des Bundeskartellamtes 9, 21, 33, 35, 38, 69, 75, 83  
– der Europäischen Kommission 57  
Bußgeldverfahren  
– defizitäre Lage des betroffenen Unternehmens 57  
– der Europäischen Kommission 56 ff.  
– des Bundeskartellamtes 32 ff.  
Bußgeldzumessung 35, 46, 57

## C

Chemiefasern 77 f.  
Chemische Industrie 74 ff.  
CISAC 53  
CO<sub>2</sub>-Zertifikate, Missbrauchsverfahren 110 f.  
CO<sub>2</sub>-Zylinder 78  
Common Interface, Set-Top-Boxen 99 f.  
Competition advocacy 7, 60  
Compliance-Programme 57

## D

Dachziegel 83 f.  
De-facto-Vergabe 167  
Debitkarten 138  
Dekorpapier-Fall 33 f.  
Deutsch-Französischer Wettbewerbstag 63  
Dienstleistungskonzession 167  
Digitale technische Plattform 98 f.  
Douglas/Hela 125  
Drittbeschwerdebefugnis 39, 41  
Drogerie- und Parfümeriewaren 125  
Duales System 36 f., 152 ff., 155  
Duopol 27, 87, 105, 108, 145  
Durchsuchungen  
– Anfangsverdacht 42  
– Anforderungen 42 f.  
– Anzahl durchgeführter Durchsuchungen in Kartellverfahren 32

**E**

ECA 46  
ECN 34, 46 ff.  
EDV-Prüfgeräte 93 f.  
EEX 108, 110 f.  
Eignung (Vergaberecht) 168, 172 f.  
Eingriffsbefugnisse (Vergabekammer) 165  
Einkaufskooperationen (Altglasrecycling) 37, 152 f.  
Einstandspreis, Angebot unter 12, 23, 124  
Emulgatoren 77  
Energiekostenzuschlag 83 f.  
Energiemärkte, Verflechtungen marktbeherrschender Vorversorger 28 f., 107 ff., 111 f.  
Energieversorgungsnetze, Entflechtung 30 f.  
Energiewirtschaft 27 ff., 104 ff.  
Energy-Release-Programme 47  
Englische Klauseln 146  
Entavio-Plattform 98 f.  
Entflechtung  
– Energieversorgungsnetze 30 f.  
– Fusionskontrolle 20 f.  
– Stadtwerksbeteiligungen 28 f.  
Entflechtungsverfahren 44, 69 f., 78 ff., 96, 127, 149  
Entsorgungswirtschaft 151 ff.  
Erledigung 13, 40, 45  
Erzeugergemeinschaft 65 f.  
Essential Facility 131  
EU-Reformvertrag 7  
Europäische Kommission, Nachprüfungen 58  
European Competition Network 34, 46 ff.  
Exklusivlizenz, Postdienstleistungen 26

**F**

Fährdienstleistungen 131  
Fährhafen Puttgarden 131  
Fahrcheinverkauf, DB AG 129  
Fernsehwerbemarkt 146  
Finanzmarktkrise 7 f.  
„Fix-it-First“-Lösung 58  
Flachglas 84  
Flüssiggas 33  
Forensic IT 46  
FormRM 58  
Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde 44, 111  
Fortsetzungsfeststellungsinteresse 45  
Fortsetzungsfeststellungsklage 44  
Freigabe unter Nebenbestimmungen (Stadtwerksbeteiligungen) 108 f.  
Freigabe, Anfechtbarkeit 41  
Fußball-Bundesliga (Zentralvermarktung) 37, 156 ff.  
Fußball, Fernsehrechte 37, 156 ff.  
Fusionskontrolle  
– Anwendbarkeit 14 f.  
– Bedingungen 20  
– Freigabe, Anfechtbarkeit 41  
– Freigaben 12  
– Fristen 17  
– Gebühren 41  
– Marktabschottung durch Absatzsicherung 111  
– Muster Treuhändervertrag 20  
– Muster-Nebenbestimmungen 20

- nachträgliche Anmeldung 20 f.
- Nebenbestimmungen 12, 105
- Prognosezeitraum 90
- Stadtwerke 104 ff.
- Untersagungen 12
- Verfahrensbeteiligte 39
- Vertikalvereinbarungen 16
- Vorfeldfälle 14 f.
- Zweite Inlandsumsatzschwelle 11, 14

## G

- Gaslieferverträge, langfristige 29, 37, 113 f.
- Gasmärkte 27 ff., 104 ff., 111 ff.
- Gasnetzzugang 27 f.
- Gasöl 74
- Gaspreise 27 f., 30, 114 ff.
- Gas-Release-Programme 47
- Gasspeicherung 118 f.
- Gastransport 48, 118 f.
- Gasvertrieb 119
- Gebietsabsprachen 68 f., 81 f., 153, 158
- Generalunternehmer (Vergaberecht) 173
- Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung 37, 153
- Gesundheitsbranche 8 f.
- Glas 84
- Glücksspielmonopol 16
- Grenzkuppelstellen Gas 112
- Großhandel Sanitär Heizung Klima 91
- Grundstücksveräußerung (Vergaberecht) 165 f.
- Grüner Punkt 155
- Gruppenfreistellungsverordnungen
  - Konsortien 51
  - Kraftfahrzeugsektor 51
  - Versicherungssektor 51
  - vertikale Vereinbarungen 51
- Güterverkehr 128
- GWB, 50 jähriges Jubiläum 63
- GWB, Ausnahmereiche 7

## H

- Hardcore-Kartellverfolgung 9, 32 ff.
- Haushaltsgeräte, elektronische 91 f.
- Heizöl 121 f.
- Heizwärmestromversorgung 27
- Homezone-Produkte (Mobilfunk) 135
- Hüttensand 84
- Hydrokolloide 77

## I

- ICN 60
- Immobilien 141
- Industrielle Sachversicherung 140
- Inlandsumsatzschwelle, zweite 11, 14
- Interbankenentgelte 47, 138
- International Competition Network (ICN) 60

Internationale Beratung 62  
Internationale Kartellkonferenz 62  
Internationale Rechtshilfe 61  
IT-Dienstleistungen 141 ff.  
IT-Sicherheitssoftware 141

**J**

Jugendschutz (Set-Top-Boxen) 98 f.

**K**

Kalkulations- und Preisempfehlungen 101  
Kampfpreise 54, 60  
Kapazitätshortung (Gastransportverträge) 118 f.  
Kartellrechtsdurchsetzung, private 45, 50  
Kartellverfolgung 9 f., 32 ff.  
Kartellzivilverfahren, Prozessführungsbefugnis 45  
Kartenzahlungsabwicklung 138  
Kfz-Innenraumluftfilter 103  
Klinker 82  
Konditionenempfehlungen 38, 119 f.  
Konditionenkartell 38, 119 f.  
Konditionsabsprachen 139  
Konglomerate Fusionen 19  
Konsolidierungsverfahren (Post) 27  
Kontaktlose Anwendungen 92 f.  
Kooperationsvereinbarung Gas 28  
Koordinierte Stilllegung 69  
Kopierschutz (Set-Top-Boxen) 98 f.  
Kopplungspraktiken 55, 146  
Kostenkontrolle 114 ff.  
Kosten-Preis-Schere 12, 53 ff., 73 f.  
Kraftstoffe 39, 73 f., 121  
Krankenhäuser 146 ff.  
Krankenkassen, gesetzliche 8 f., 150 f., 161 ff.  
Kreditgewerbe 137 ff.  
Kreditkarten 138 f.  
Kundenschutzabsprachen 33, 68 f., 74, 158  
Kunststofferzeugnisse 78 ff.  
Kupfer 84 f.  
Kupferverarbeitung 84 f.

**L**

Labordiagnostik 149 f.  
Landesbanken 137  
Landhandel 67 f.  
Langfristige Bezugsbindung 113 f.  
Langfristverträge  
– Gas 29 f., 37, 104, 113 f.  
– Milch 66  
– Werbeflächen 145  
Lebensmitteleinzelhandel 122 ff.  
Lebensmittelzusatzstoffe 77  
Lesermarkt 70 ff.  
Lieferverweigerung 19, 24, 48, 54 f., 65, 75, 84, 91 f.  
Lizenzvertrag 81 f., 153 ff.

Löschanlagen 87 f.  
Lokomotiven 103  
Luftverkehr 46, 51 f., 131 f.

## M

Markenpartner-Verträge (Tankstellen) 73  
Marktabstimmung 18 f., 33, 37, 55, 99 f., 111, 146, 156  
Marktbeherrschungsvermutung 70, 85 ff., 121, 143  
Marktinformationssysteme 66, 69, 75 f., 100  
Mediaagenturen 146  
Medienspieler 55  
Mehrerlös 35, 70, 74, 140  
Membranvergaser 88 f.  
Mengenübertragungsverträge 36, 153 f.  
Microsoft 55 f.  
Milchpreis 23, 65 f.  
Milchwirtschaft 39, 65 f.  
Mindestlohn, Briefdienstleistungen 26  
Mineralöl 39, 73 f., 121 f.  
Ministererlaubnis 22, 40, 147 f.  
Mischkalkulation (Vergaberecht) 170 f.  
Missbrauchsverfahren 26 f., 29 f., 53 ff., 75, 96 ff., 106 ff., 110, 114 ff., 136  
Mitarbeiterbeteiligungsprogramme 139  
Mittelstandsentlastungsgesetz 14  
Mitversicherungsgemeinschaften 35 f., 140 f.  
Mobiles Fernsehen 36, 97 f.  
Mobilfunk 26, 36, 97 f., 134  
Mobilfunk-Chip (kontaktlose Anwendungen) 92 f.  
Mobilfunk-Sprachtelefonie 134  
Mobiltelefone 92 f.  
Möbele Einzelhandel 124 f.  
Möbelglas 84  
Möbelhandel 124 f.  
Mörtel 82  
Muster-Nebenbestimmungen 20  
Muster-Treuhändervertrag 20

## N

Nachfragekartell 37, 154  
Nachfragemacht 86, 120, 123, 134  
Nachprüfungen der Europäischen Kommission 58  
Nachprüfungsverfahren (Vergaberecht)  
– Antragsbefugnis 165  
– Rügeobliegenheit 165  
– Statthaftigkeit 164  
– Vorabinformationsfrist 164 f.  
Nachunternehmereinsatz (Vergaberecht) 173 f.  
National roaming 134 f.  
Nebenangebote (Vergaberecht) 176  
Nebenbestimmungen 12, 20, 89, 105, 109, 125, 127, 147  
Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden 46 ff.  
Netzzugangsverweigerung (Gas) 48, 118 f.  
Nordwest-Zeitung 21, 44, 70



**O**

Oberflächenbeschichtungen 79  
OECD 59 f.  
Öffentlicher Auftrag 164 f.  
Öffentlicher Auftraggeber 165 ff.  
Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) 129 f.  
Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts 10 f.  
OEM-Geschäfte 141  
Oligopol 17 f., 27, 82, 86 f., 106, 108 f., 121, 134, 145  
Oligopolvermutung 18, 100 f.  
Open Skies Abkommen 52  
Opportunitätskosten (CO<sub>2</sub>-Emissionsrechte) 110 f.  
OTC-Arzneimittel 125 ff.

**P**

Papiergroßhandel 70  
Parallelhandel 52 f.  
Patentschutz 85, 163 f.  
Pay-TV 95 f., 98 ff., 156  
Personenverkehr 129  
Pharmagroßhandel 33  
Phonak/Resound 40, 100 f.  
Plattformdienstleistung 99 f.  
Polyurethansysteme 76 f.  
Potenzieller Wettbewerb 70, 72, 111  
Preisabsprachen 57, 66, 68 ff., 74 f., 77, 82 f., 126, 139, 153  
Preisbindung 38, 75  
Preishöhenmissbrauch 30, 114 ff.  
Preis-Kosten-Schere 12, 54 f., 73 f.  
Preismisbrauchsaufsicht 29 f., 114 ff.  
Price-Cap-Regulierung 31, 137  
Principles for Convergence 46  
Pro7Sat1 146  
Produktionskartell 153  
Produktneutralität (Vergaberecht) 168 f.  
Prozessführungsbefugnis, private Kartellrechtsdurchsetzung 45  
Psychiatrie 147

**Q**

Quotenabsprachen 69, 74, 77, 82

**R**

Rabattsysteme 95  
Rabattverträge 9, 74 f., 146, 161 ff., 167 f.  
Raffinerien 73 f.  
Rahmenvereinbarungen (Vergaberecht) 167 f.  
Rechtshilfe, internationale 61  
Recycling 152 ff.  
Referenzobjekte (Vergaberecht) 172 f.  
Reformvertrag, EU 7  
Reservierungssysteme 133  
REWE/extra 122 ff.  
Roaming (national) 134 f.  
Rügeobliegenheit (Vergaberecht) 165  
Rüstungsgüter 90 f.

**S**

Schadensersatz, private Kartellrechtsdurchsetzung 45, 50 f.  
Schienengüterverkehr 128  
Schienenpersonennahverkehr (SPNV) 129 f.  
Schienenpersonenverkehr 129  
Schlossrunde 34  
Schrotthandel 103 f., 151 f.  
Schwellenwert (Vergaberecht) 165 ff.  
Seeschifffahrt 51  
Sektoruntersuchungen 38 ff.  
– Arzneimittel (EU) 47  
– Außenwerbemarkt 38 f., 146  
– Kraftstoffe 39, 73 f.  
– Milch 39, 66  
Set-Top-Boxen 98 ff.  
Share-Deals 146  
Sicherheitsanforderungen, besondere (Vergaberecht) 164  
Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG) 164  
Signalliefermarkt 95  
Silostellgebühr 82  
Software 141 ff., 149  
Sonderkommission Kartellbekämpfung 9, 32  
Sparkassen 137, 139  
Sport 9  
Staatsfonds 7 f.  
Stadtwerke 27 ff.  
– Fusionskontrolle 105 ff.  
Stadtwerksbeteiligungen, Entflechtung 28 f., 106 f.  
Straßenbau 119  
Straßentransporttechnik 102  
Stromauktion 110 f.  
Stromgroßhandel 108  
Strommärkte 27 ff., 104 ff., 108 ff.  
Strompreise 110 f.  
Strukturkrisenkartell 120 f.  
Submissionsbetrug 68, 153

**T**

Tageszeitungen 70  
Tankkarten 73  
Tanklager 73  
Tankstellen 39, 73 f., 121  
Tariftreue (Vergaberecht) 174 f.  
Teilnahmewettbewerb (Vergaberecht)  
– Auswahlkriterien 170  
– Bietergemeinschaft, nachträgliche Bildung 169  
Telekommunikationsgesetz 24  
Telekommunikationsmärkte 24 ff.  
Tiefbau 119  
Tierfutter 69  
Tondachziegel 83 f.  
trac-x 112 f.  
Transparenzgrundsatz (Vergaberecht) 175 f.  
Transportbeton 34, 82  
Treuhandervertrag 20, 70  
Trinkwassersprudler 78  
two-sided-markets 10, 71 f.

**U**

UNCTAD 61

Ungewöhnliches Wagnis (Vergaberecht) 169

Unter-Einstandspreis-Angebote 12, 23, 124

Unterlassungsverfügung, strukturelle Maßnahmen 41

Unternehmen, verbundene, Angebotsausschluss (Vergaberecht) 169 f.

Untersagungen (Fusionskontrolle) 12

Untersuchungsgrundsatz 42

Unvollständiges Angebot (Vergaberecht) 170 ff.

**V**

Verbandsmitgliedschaft (Vergaberecht) 174 f.

Verbraucherbeteiligung

– Vorteile 37, 113, 157 ff.

Verbundene Unternehmen (Vergaberecht) 169 f.

Verdingungsunterlagen (Vergaberecht) 168 f.

Verdingungsunterlagen, Änderungen (Vergaberecht) 171 f.

Verdrängungspreise 54, 60

Vergabekammern, Eingriffsbefugnisse 165

Vergabeverfahrensarten (Vergaberecht) 167 f.

Vergleichsmarktkonzept 11, 30, 107, 116 f., 140

Verjährung 46, 57, 70

Verkauf unter Einstandspreis 12, 23, 124

Verkaufsverpackungen 153 ff.

Verlustausgleich 50, 54

Verpackungsverordnung 155

Verpflichtungserklärung (Vergaberecht) 173

Verpflichtungszusagen 27 ff., 36, 46, 56, 97, 117 f.

Verschlüsselungssysteme 98 f.

Versicherungswirtschaft 139 ff.

Versorgungssicherheit 37, 113

Verständigung im Bußgeldverfahren 35

Vertikale Effekte 82 f.

Vertikale Fusion 18 f.

Vertikalvereinbarung 146

Vertriebsfranchising 127 f.

Verweisungen (Europäische Fusionskontrolle) 58 f., 119, 151

Verwertungsgesellschaften 53

Virtual-Power-Plants 47

Vollzug von Unternehmenszusammenschlüssen 20 f.

Vollzugsverbot

– Befreiung 40, 91, 101

– Verstoß 21, 69 f., 80, 89 f., 148

Vorabinformationsfrist (Vergaberecht) 164 f.

**W**

Wafer 93 f.

Wandbaustoffe 80 ff.

Wärmemarkt 27

Wärmetauscher 87

Weißbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts 50 f.

Werbezeitenvermarkter 33, 38, 146

Werbung mit gemeinsamen Preisen 126 f.

Wettbewerblich erheblicher Einfluss 17, 80, 96, 109, 131

Wettbewerbsprinzip 7

Wettbewerbsstärkungsgesetz, gesetzl. Krankenversicherung 8 f.

Wiederholungstat 57  
Windows Media Player 55 f.

**Z**

Zement 82, 84  
Zentralvermarktung (Fußball) 37, 156 ff.  
Zivilrechtliche Wirksamkeit 21  
Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden 46  
Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission 58  
Zuschlagskriterien (Vergaberecht) 168, 175 ff.  
Zweiseitige Märkte 10, 71 f.

**Paragrafennachweis**

**GWB** (in der ab 1. Juli 2005 geltenden Fassung – BGBl. I Seite 1954; zuletzt geändert durch Artikel 1 und 1 a des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I, Seite 2966)

§ 1	8, 29, 32, 35 f., 43, 65 f., 73 f., 81, 97, 101, 106, 113, 119 f., 126, 134 f., 138 f., 153 f., 156, 169
§ 2	37, 75, 81, 120, 140, 146, 153, 155, 157
§ 2 Absatz 2	139
§ 3	37
§ 3 Absatz 1	101
§ 3 Absatz 2	101
§ 19	8 f., 11, 23, 25, 29, 31, 98, 111, 119, 129, 133, 139, 149
§ 19 Absatz 1	30
§ 19 Absatz 2	18, 98, 121
§ 19 Absatz 2 Satz 2	18, 108
§ 19 Absatz 3	70, 143
§ 19 Absatz 3 Satz 1	87, 121 f., 130
§ 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1	18, 101
§ 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2	121
§ 19 Absatz 4 Nummer 1	99
§ 19 Absatz 4 Nummer 2	30, 107, 114 f., 118
§ 19 Absatz 4 Nummer 4	23, 131
§ 20 Absatz 1	128, 136
§ 20 Absatz 3 Satz 2	12
§ 20 Absatz 4	23
§ 20 Absatz 4 Satz 2	11 f., 124
§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1	12
§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3	12
§ 21	8
§ 21 Absatz 1	23, 65
§ 29	11 f., 30, 107, 115
§ 29 Satz 1 Nummer 1	11, 30, 115
§ 29 Satz 1 Nummer 2	11
§ 32	29, 36, 41, 81, 113, 117
§ 32 Absatz 2	41, 81, 117
§ 32 a	117
§ 32 b	29, 36, 97 f., 106 f., 110, 118
§ 32 b Absatz 1	99
§ 32 c	36 f., 101, 134
§ 32 e	38, 41, 73, 143
§ 33 Absatz 3	43
§ 35	29, 91, 106, 137

§ 35 Absatz 1 Nummer 1	148
§ 35 Absatz 1 Nummer 2 (geä. durch MEG III)14	
§ 35 Absatz 2	105
§ 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1	150
§ 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2	16
§ 36 Absatz 1	29, 73, 105, 107 f., 127, 138, 148, 150
§ 36 Absatz 1 2. Halbsatz	19, 98, 106, 109, 111 f., 133
§ 36 Absatz 2	48, 118, 137
§ 37	137
§ 37 Absatz 1	111
§ 37 Absatz 1 Nummer 2	109, 137
§ 37 Absatz 1 Nummer 4	17, 80, 96, 109
§ 37 Absatz 3	90
§ 38 Absatz 1	149
§ 40 Absatz 1	149
§ 40 Absatz 1 Satz 1	17, 41
§ 40 Absatz 2	149
§ 40 Absatz 2 Satz 2	17
§ 40 Absatz 2 Satz 4	17
§ 40 Absatz 3	12, 106
§ 41	40, 148
§ 41 Absatz 1	21, 40, 69, 83
§ 41 Absatz 1 Satz 1	21
§ 41 Absatz 2	40, 101
§ 41 Absatz 3	20 f., 40
§ 41 Absatz 3 Satz 1	21
§ 42	22, 148
§ 49 Absatz 3	30, 114
§ 49 Absatz 4	114
§ 54 Absatz 2 Nummer 2	39
§ 59 Absatz 1 Satz 1	114
§ 61	40
§ 63 Absatz 1	44
§ 63 Absatz 2	39
§ 64 Absatz 1 Nummer 1	11
§ 65 Absatz 1	117
§ 65 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3	44
§ 65 Absatz 3 Satz 3	40
§ 65 Absatz 4 Satz 1	44
§ 70	42
§ 71 Absatz 1 Satz 2	42
§ 72	42

§ 72 Absatz 2 Satz 2	42
§ 74	45
§ 74 Absatz 2 Nummer 2	149
§ 74 Absatz 4 Nummer 3	36
§ 75	45, 141
§ 80 Absatz 2 Satz 1	41
§ 81	11
§ 81 Absatz 4	10, 12
§ 81 Absatz 4 Satz 2	12
§ 81 Absatz 4 Satz 3	12
§ 91	159
§ 94	159
§ 97	9
§ 97 Absatz 1	164
§ 97 Absatz 2	164, 169
§ 97 Absatz 4	174
§ 97 Absatz 7	162
§ 98 Nummer 1	162
§ 98 Nummer 2	162
§ 99	162, 164
§ 99 Absatz 1	164
§ 99 Absatz 3	166
§ 100 Absatz 2 Buchstabe d	164
§ 101 b	159
§ 107 Absatz 2 Satz 2	165
§ 115	163
§ 115 Absatz 2	159
§ 116	163
§ 116 Absatz 1	45
§ 116 Absatz 3	45
§ 116 Absatz 3 Satz 1	159
§ 121	159
§ 124 Absatz 2	45, 163
§ 130 Absatz 2	16

**GWB a. F. (Fassung vom 26. August 1998, BGBl. I Seite 2546)**

§ 1	126
§§ 14 bis 18	38
§ 31	9
§ 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 4	22
§ 39 Absatz 3 Satz 4	22
§ 81 Absatz 2	92

**EG (EG-Vertrag)**

Artikel 81	29, 32, 36 f., 46, 49, 51 f., 58, 66, 97, 106, 113, 120, 132, 134, 138 f., 146, 153 f., 156 f.
Artikel 81 Absatz 1	35 f., 81, 119, 140 f., 156
Artikel 81 Absatz 3	37 f., 48, 51, 81, 113, 140, 153 f., 157
Artikel 82	11, 23 f., 29, 31, 46 49 f., 53 ff., 58, 98 f., 110, 129, 131, 136, 149
Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe b	119
Artikel 234	52, 137, 166

**EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention)**

Artikel 6 Absatz 3	43
--------------------	----

**EG-Verordnungen:****– VO Nummer 1/03**

Artikel 7	47
Artikel 7 Absatz 1 Satz 3	81
Artikel 9	27, 56, 59, 108
Artikel 12	47
Artikel 22	46 f.
Artikel 23 Absatz 2	56

**– VO Nummer 139/04**

Allgemein	59, 111
Artikel 3 Absatz 4	129
Artikel 4 Absatz 4	58
Artikel 4 Absatz 5	58
Artikel 9	59, 151
Artikel 22	59
Artikel 22 Absatz 1	77

**– VO Nummer 1033/08**

Allgemein	58
-----------	----

**– VO Nummer 717/07**

Allgemein	24
-----------	----

**– VO Nummer 802/04**

Allgemein	58
-----------	----

**– VO Nummer 358/03**

Allgemein	35
-----------	----

**– VO Nummer 1400/02**

Allgemein	51
-----------	----



**– VO Nummer 823/00**

Allgemein 51

**– VO Nummer 2790/99**

Artikel 4 38, 47, 51, 75

**– VO Nummer 2299/89**

Allgemein 52

**– VO Nummer 4056/86**

Allgemein 51

**– VO Nummer 17/62**

Artikel 15 Absatz 2 56

**GVO-TT (Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen)**

Allgemein 82

**Europäische Richtlinien**

– Richtlinie 97/67/EG 26 f., 136

– Richtlinie 2002/21/EG 24

– Richtlinie 2003/54/EG 30

– Richtlinie 2003/55/EG 30

– Richtlinie 2004/17/EG 160

– Richtlinie 2004/18/EG 160

– Richtlinie 2006/24/EG 42

– Richtlinie 2007/66/EG 160

– Richtlinie 89/665/EWG 160

– Richtlinie 92/17/EWG 160

**AEG (Allgemeines Eisenbahngesetz)**

§ 14 b Absatz 2 Satz 1 31

**AEntG (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)**

Allgemein 26

**AWG (Außenwirtschaftsgesetz)**

Allgemein 7

**Außenwirtschaftsverordnung**

Allgemein 7

**BattG (Batteriegesetz)**

Allgemein 151

**BattV (Batterieverordnung)**

Allgemein 156

**BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)**

§ 133	171, 177
§ 157	171, 177
§ 166 Absatz 1	45
§ 188 Absatz 1	165
§ 193	165
§ 242	167
§ 315	117

**EIBV (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung)**

§ 3	31
-----	----

**EnWG (Energiewirtschaftsgesetz)**

§ 23 a	42
§ 31	119
§ 36	114, 116
§ 58	119
§ 58 Absatz 1	30
§ 63 Absatz 5	28
§ 79 Absatz 2	39
§ 88 Absatz 1	39
§ 111 Absatz 3	115

**FMStG (Finanzmarktstabilisierungsgesetz)**

Artikel 2	7 f.
-----------	------

**Gasnetzzugangsverordnung**

§ 14	112
§ 29	114

**Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“**

§ 17	7
------	---

**Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels – Preismissbrauchsnovelle –**

Allgemein	10 f., 23, 107, 124
-----------	---------------------

**Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts**

Allgemein	159
-----------	-----

**Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen**

Allgemein	42
-----------	----

**GG (Grundgesetz)**

Artikel 2 Absatz 1	43
Artikel 20 Absatz 3	43
Artikel 31	16

**GKG (Gerichtskostengesetz)**

§ 1 Absatz 1 Buchstabe k	45
§ 68 Absatz 1 Satz 5	45
§ 68 Absatz 3	45

**GKV (Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung)**

Allgemein	8, 149 f.
-----------	-----------

**GKV-OrgWG (Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung)**

Allgemein	8, 159, 163
Artikel 7 Absatz 5	159

**GmbHG (GmbH-Gesetz)**

Allgemein	170
-----------	-----

**GMG (Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung)**

Allgemein	125
-----------	-----

**GVG (Gerichtsverfassungsgesetz)**

§ 17 a	45
--------	----

**HGB (Handelsgesetzbuch)**

§ 277	149
§ 277 Absatz 1	149

**KAV (Konzessionsabgabenverordnung)**

§ 2 Absatz 3	116
§ 3	116

**Landesglücksspielgesetz Rheinland-Pfalz**

§ 5	16
-----	----

**Marktstrukturgesetz**

§ 1	37
§ 3 Absatz 1 Ziffer 8	37

**MEG III (Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz)**

Allgemein	14
-----------	----

**OWiG**

§ 30	46
§ 33 Absatz 1 Nummer 4	84
§ 47 Absatz 1	44
§ 62	44
§ 62 Absatz 2 Satz 2	83

**PostG (Postgesetz)**

§ 21 Absatz 1 Nummer 2	137
§ 28	136
§ 44	26
§ 48	137
§ 51 Absatz 1 Satz 1	136
§ 51 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5	136
§ 53	26

**SGB V (Sozialgesetzbuch V)**

§ 35 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2	164
§ 35 Absatz 5	164
§ 69	8 f., 16, 147, 159, 163
§ 69 Absatz 2	8
§ 69 Absatz 2 Satz 1 2. Halbsatz	9
§ 69 Absatz 2 Satz 3	9, 160
§ 73 Absatz 8 Satz 7	149
§ 130 Absatz 9	45
§ 130 a Absatz 8	160, 162
§ 130 a Absatz 9	162
§ 173 Absatz 2 Nummer 1	151

**SGG (Sozialgerichtsgesetz)**

§ 29 Absatz 5	159
§ 142 a	163

**StPO (Strafprozessordnung)**

§ 97 Absatz 1	43
§ 162 Absatz 1	42
§ 406 e	43

**SÜG (Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes)**

§ 1 Absatz 2 Nummer 1	164
-----------------------	-----

**TKG (Telekommunikationsgesetz)**

§ 3 Nummer 12 b	24
§ 9 a	24
§ 38	24
§ 42	24 f.
§ 81 Absatz 3	26

**TKG Entwurf (Erstes Gesetz zur Änderung des TKG)**

Allgemein	24 f.
-----------	-------

**TVG (Tarifvertragsgesetz)**

§ 5	174
-----	-----

**VerpackVO (Verpackungsverordnung)**

Allgemein	38, 151, 153 f.
§ 6 Absatz 7	155

**VgV (Vergabeverordnung)**

§ 2 Nummer 4	166
§ 3 Absatz 3 Satz 3	166 f.
§ 4 Absatz 4	165
§ 6 Absatz 2 Nummer 2	173
§ 13	163 f.
§ 13 Satz 6	163

**VOB/A (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A)**

§ 2 Nummer 1 Satz 3	169
§ 2 Nummer 2	169
§ 8 Nummer 3 Absatz 1 Buchstabe a	172
§ 8 Nummer 3 Absatz 1 Buchstabe b	172
§ 8 a Nummer 6	170
§ 8 a Nummer 7	172 f.
§ 8 a Nummer 10	173
§ 9	173
§ 9 Nummer 2	169
§ 9 Nummer 10	169
§ 10 a Buchstabe a	174
§ 10 a Buchstabe f	176
§ 21 Nummer 1 Absatz 1	171
§ 21 Nummer 1 Absatz 2 Satz 5	170
§ 21 Nummer 1 Absatz 3	171
§ 21 Nummer 1 Absatz 4	171
§ 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b	171
§ 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe c	170
§ 25 Nummer 2 Absatz 1	172
§ 25 Nummer 2 Absatz 1 Satz 2	172

**VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B)**

§ 6	169
§ 13 Nummer 4 Absatz 1	171

**VOF (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen)**

Allgemein	176
-----------	-----

**VOL/A (Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen, Teil A)**

§ 3 a Nummer 1 Absatz 5 Buchstabe b	167 f.
§ 3 a Nummer 2 Buchstabe c	164
§ 3 a Nummer 4	162
§ 7 Nummer 6	170
§ 7 a Nummer 3 Absatz 6	173
§ 8 Nummer 3	168
§ 9 a	168
§ 9 a Nummer 1 Buchstabe c	175
§ 11 Nummer 1 Absatz 1	175
§ 18 a Nummer 1 Absatz 2 Buchstabe b	168
§ 25 Nummer 2 Absatz 1	172, 174
§ 25 Nummer 3	175
§ 25 a Nummer 1 Absatz 2	175

**VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung)**

§ 83	162
------	-----

**VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz)**

§ 35	44
§ 45	40
§ 45 Absatz 2	41
§ 51	81

**ZPO (Zivilprozessordnung)**

§ 35	162
------	-----

**Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit**

<b>Jahr</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>	<b>Datum</b>
1958	3. Wahlperiode Drucksache 1000	–
1959	3. Wahlperiode Drucksache 1795	–
1960	3. Wahlperiode Drucksache 2734	–
1961	IV/378	–
1962	IV/220	–
1963	IV/2370	–
1964	IV/3752	–
1965	V/530	–
1966	V/1950	–
1967	V/2841	–
1968	V/4236	–
1969	VI/950	11. Juni 1970
1970	VI/2380	28. Juni 1971
1971	VI/3570	19. Juni 1972
1972	7/986	5. Sept. 1973
1973	7/2250	14. Juni 1974
1974	7/3791	18. Juni 1975
1975	7/5390	16. Juni 1976
1976	8/704	4. Juli 1977
1977	8/1925	–
1978	8/2980	20. Juni 1979
1979/80	9/565	25. Juni 1981
1981/82	10/243	13. Juli 1983
1983/84	10/3550	26. Juni 1985
1985/86	11/554	25. Juni 1987
1987/88	11/4611	30. Mai 1989
1989/90	12/847	26. Juni 1991
1991/92	12/5200	24. Juni 1993
1993/94	13/1660	14. Juni 1995
1995/96	13/7900	19. Juni 1997
1997/98	14/1139	25. Juni 1999
1999/00	14/6300	22. Juni 2001
2001/02	15/1226	26. Juni 2003
2003/04	15/5790	22. Juni 2005
2005/06	16/5710	15. Juni 2007

Die Bundestagsdrucksachen können über die Bundesanzeiger-Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Tel.: (0221) 97 66 80, bezogen werden.

Hinweis: Die Berichte sind in der Regel auch in wissenschaftlichen Bibliotheken verfügbar! Im Internet sind die Berichte ab 13. Wahlperiode unter <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm> und <http://www.bundeskartellamt.de> als pdf-Datei abrufbar.

