



8. Beschlussabteilung

B 8 - 95/10

**Für die Veröffentlichung bestimmt
Entscheidung gemäß § 32c GWB**

Beschluss

In dem Kartellverwaltungsverfahren

Autobahn Tank & Rast GmbH
Andreas-Hermes-Straße 7-9
53175 Bonn

- Betroffene -

Bundesverband Freier Tankstellen und unabhängiger deutscher Mineralölhändler e.V.
Ippendorfer Allee 1d
53127 Bonn

- Beigeladene zu 1 -

UNITI Bundesverband mittelständischer Mineralölunternehmen e.V.
Jägerstraße 6
10117 Berlin

- Beigeladene zu 2 -

Arbeitskreis BAT der Belieferer von Bundesautobahntankstellen
Parkallee 18
22926 Ahrensburg

- Beigeladene zu 3 -

TOTAL Deutschland GmbH
Schützenstraße 25
10117 Berlin

- Beigeladene zu 4 –

Shell Deutschland Oil GmbH
Suhrenkamp 71-77
22284 Hamburg

- Beigeladene zu 5 –

DKV EURO SERVICE GmbH + Co. KG
Vogelsanger Weg 49
40470 Düsseldorf

- Beigeladene zu 6 –

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP
Maximilianstraße 15, 80539 München

BP Europa SE
Wittener Straße 45
44789 Bochum

- Beigeladene zu 7 –

zur Prüfung von Bestimmungen der Betroffenen über die Vergabe ihrer Belieferungs- und Vertriebsrechte für Kraftstoffe an Bundesautobahntankstellen ab dem 1. Januar 2013 hat die 8. Beschlussabteilung am 14. Januar 2011 gemäß § 32c des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹ beschlossen:

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 (BGBl. I 2114; 2009 I 3850), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 21 des Gesetzes v. 25.05.2009 (BGBl. I 1102) - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

1. Vorbehaltlich neuer Erkenntnisse besteht für die Beschlussabteilung in Bezug auf die von der Betroffenen mit Schreiben vom 16. Juli 2010 vorgelegten und mit Schreiben bzw. Emails vom 2., 3. und 8. Dezember 2010 sowie vom 14. Januar 2011 präzisierten und ergänzten Bestimmungen über die Vergabe von Belieferungs- und Vertriebsrechten für Kraftstoffe an Bundesautobahntankstellen ab dem 1. Januar 2013 kein Anlass zum Tätigwerden.
2. Die Gebühr wird auf ... festgesetzt. Gebührenschuldnerin ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GWB die Betroffene.

Gründe

Teil 1. Sachverhalt

I. Das betroffene Unternehmen

Die Betroffene baut, finanziert und verpachtet Service-Einrichtungen für Verkehrsteilnehmer entlang bundesdeutscher Autobahnen, die sie in geringem Umfang auch selbst betreibt. Zu derartigen Service-Einrichtungen - § 15 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz² spricht von "Nebenbetrieben" - zählen insbesondere Tankstellen, Raststätten und Hotels. Die Tätigkeit der Betroffenen umfasst im Übrigen den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken sowie das Erbringen von Dienstleistungen für derartige Einrichtungen und Betriebe. Das Servicenetz der Betroffenen und der mit ihr nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen umfasst rund 340 Tankstellen, über 350 Raststätten sowie knapp 50 Hotels auf den Autobahnen in Deutschland. Im Geschäftsjahr 2009 erwirtschaftete das Unternehmen einen Umsatz von 269,3 Mio €. Das Ergebnis vor Steuern, Zinsen und Abschreibungen betrug 186,3 Mio €. Die Mehrheit der Anteile an der Betroffenen liegt indirekt bei den Hauptgesellschaftern, der RREEF Infrastructure Two Lux Sarl (deren Kapital von einem Fonds zur Verfügung gestellt wurde, dessen Verwalter letztlich der Deutsche Bank AG gehört, die ihn auch kontrolliert) und der Monterrey Capital IV Sarl (die ein Portfolio-Unternehmen des Terra Firma Capital Partners II Fonds ist, dessen General Partner die Terra Firma Investments (GP) 2 Limited ist).

² Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 28.06.2007 (BGBl. I 1206), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 31.07.2009 (BGBl. I 2585) – Bundesfernstraßengesetz (FStrG).

Eine wesentliche Grundlage ihrer Tätigkeit sind für die Betroffene Konzessionen zum Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an den Bundesautobahnen gemäß § 15 Abs. 2 FStrG, die mit den zuständigen Straßenbauverwaltungen der Länder in Auftragsverwaltung für den Bund standortspezifisch abgeschlossen wurden. Grundlage war ein Musterkonzessionsvertrag für den Bau- und Betrieb eines Nebenbetriebs.³ Im Gegenzug muss die Betroffene nach § 15 Abs. 3 FStrG eine Konzessionsabgabe zu Gunsten des Bundes entrichten, die sich unter anderem nach der Absatzmenge richtet (Ottokraftstoff: 0,23008 €/100 l; Dieselloskraftstoff: 0,17895 €/100 l). Die Betroffene vergibt als Konzessionär die Einlieferungs- und Vertriebsrechte für Kraftstoffe an den Bundesautobahntankstellen an Kraftstoffunternehmen.

II. Die Bewirtschaftung von Bundesautobahntankstellen

Aktuell gibt es an deutschen Autobahnen rund 340 Tankstellen. Hinzu kommen 30 so genannte Gestattungsbetriebe, die als ehemalige Straßentankstellen nach erfolgter Aufstufung zur Bundesautobahn als Bundesautobahntankstelle gewertet werden.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind 293 der insgesamt rund 340 Bundesautobahntankstellen, über die die Betroffene die Verfügungsgewalt hat. Verantwortlich für Bau und Betrieb dieser Bundesautobahntankstellen, einschließlich ihrer Verpachtung, ist die Betroffene. Der Betroffenen und ihren Eigentümern obliegt es, durch unternehmerische Entscheidungen im Rahmen bestehender Gesetze und Verträge Marktstrategien und Ansätze für ein zukunftsfähiges Serviceangebot im Bereich der Bundesautobahntankstellen zu entwickeln. Die Bundesregierung, insbesondere das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung begleitet im Interesse der Verkehrsteilnehmer und der Verkehrssicherheit die jeweiligen Entwicklungen auf der Grundlage der rechtlichen und sonstigen Rahmenbedingungen, zum Beispiel durch deren zeitgemäße Anpassung.

Historisch hat sich die Bewirtschaftung der Bundesautobahntankstellen wie folgt entwickelt: Die Bundesrepublik Deutschland gründete 1951 die Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (kurz: GfN). Während nach § 15 Abs. 2 Satz 1 FStrG a. F. dem Bund seinerzeit der Bau der Nebenbetriebe vorbehalten war, war die GfN nach Maßgabe von § 15 Abs. 2 Satz 2 FStrG a. F. zuständig für die Verpachtung, die Verwaltung und den Unterhalt der Liegenschaften. In einem ersten Privatisierungsschritt wurde § 15 FStrG dahingehend

³ Vgl. *Bundesministerium für Verkehr*, Bekanntmachung der Richtlinien für Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen sowie für die Erteilung einer Konzession (RN-BAB) und des Musters eines Konzessionsvertrages, Verkehrsblatt 1997, S. 808, 825-831.

geändert⁴, dass der *Bau* von Nebenbetrieben auf Dritte übertragen werden kann und der *Betrieb* von Nebenbetrieben auf Dritte zu übertragen ist, soweit nicht öffentliche Interessen oder besondere betriebliche Gründe entgegenstehen. 1994 wurde die GfN in Autobahn Tank & Rast AG umfirmiert. Ebenfalls in 1994 erwarb die GfN die Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH (kurz: OATG) mit heute 34 Tankstellen. 1998 wurde die Privatisierung der GfN schließlich realisiert. Die Bundesrepublik Deutschland bot im Rahmen eines Auktionsverfahrens ihre Anteile an der Gesellschaft Privatinvestoren an. Ziele der Privatisierung waren verkehrspolitisch eine Stärkung des Systems „Fahren-Tanken-Rasten“ auf der Autobahn durch eine deutliche Attraktivitätssteigerung für die Kunden auf der Grundlage privater Investitionen und unternehmerischer Handlungsfreiheit. Eine weitere Leitlinie war die Fortführung und Sicherung mittelständischer Strukturen im Bereich der Pächter/Betreiber. Den Zuschlag erhielt das Erwerberkonsortium Allianz Capital Partners/Lufthansa Service Holding AG/APAX Fonds. Die Europäische Kommission stimmte der Übernahme zu.⁵ Ende 2004 wurde ein Portfolio-Unternehmen des britischen Terra Firma Capital Partners II Fonds indirekt Hauptgesellschafter der Betroffenen.⁶ Im Juni 2007 erwarb die Deutsche Bank AG über die RREEF Pan European Infrastructure Two Lux Sarl eine Beteiligung in Höhe von 50 %.⁷

III. Der Vertrieb von Kraftstoffen über Bundesautobahntankstellen

Der überwiegende Teil der Vertriebsrechte für Otto- und Dieselmotorkraftstoff wurde von der Betroffenen und ihren Rechtsvorgängerinnen in der Vergangenheit nach dem so genannten Quotenmodell vergeben, bei dem die Vertriebsrechte an Bundesautobahntankstellen grundsätzlich spiegelbildlich zu den Marktanteilen an Straßentankstellen vergeben werden.

Ursprünglich hatte die GfN die Belieferungsrechte für den Absatz von Kraftstoff an Bundesautobahntankstellen nach der Marktbedeutung der berücksichtigten Mineralölunternehmen, nämlich beschränkt auf Unternehmen mit einem im eigenen Namen erzielten Anteil am bundesweiten Umsatz mit Vergaserkraftstoffen an Tankstellen von mindestens 2,5% vergeben. Nach Einwänden seitens des Bundeskartellamtes 1960/1961 im Hinblick auf Marktbeherrschung sowie Diskriminierungs- und Behinderungsverbot wurde die Aufhebung dieser Beschränkung erreicht. Nachdem auch nach Aufhebung dieser Marktanteilsschwelle insbesondere die dem Beigeladenen zu 1 angehörigen kleineren

⁴ Drittes Gesetz zur Änderung des Bundesfernstraßengesetzes v. 25.03.1994, BGBl. I 673 - 3. FStrÄndG.

⁵ Europäische Kommission, Entsch. v. 07.12.1998, Az. IV/M.1361 „Rast- und Tankstätten AG“.

⁶ Freigegeben durch Bundeskartellamt am 15.12.2004, Az. B8-105/04.

⁷ Europäische Kommission, Entsch. v. 09.08.2007, Az. COMP/M. 4792.

Mineralölunternehmen sich weiterhin nicht in einem ihrer Marktbedeutung entsprechenden Umfang von der GfN berücksichtigt fühlten, sicherte die GfN im Rahmen eines beim Bundeskartellamt geführten Verfahrens zu, dass die Tankstellenvergabe folgende Voraussetzungen erfüllt⁸: „Die Tankstellen auf den Bundesautobahnen werden grundsätzlich entsprechend den Marktanteilen vergeben, welche die Treibstoffhandelsunternehmen am gesamten Markt der Bundesrepublik haben. Um die Beteiligung von Unternehmen mit kleinen Marktanteilen zu ermöglichen, werden Autobahntankstellen ... auch an zwei oder mehrere Unternehmen zur gemeinschaftlichen Bewirtschaftung vergeben.“ Wegen der Veränderlichkeit der Marktanteile erschien dem Bundeskartellamt darüber hinaus eine angemessene Verkürzung der Laufzeit der BAT-Verträge (bisher 10 Jahre) angebracht, um eine bessere Anpassung an die Marktverhältnisse für Vergaserkraftstoffe zu ermöglichen. Das auf diese Weise in den 60er Jahren unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes entstandene, an den Marktanteilen der Mineralölunternehmen orientierte Quotensystem war jahrzehntelang die Grundlage des Vergabeverfahrens. Die Belieferer der Bundesautobahntankstellen hatten zur Wahrung ihrer Interessen den Beigeladenen zu 3 gegründet, dessen Mitglieder die etablierten Mineralölgesellschaften sowie die Beigeladenen zu 1 und zu 2 waren.

Am 29. Oktober 1998 wurde ein Rahmenvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, sowie der Autobahn Tank & Rast AG und der OTAG geschlossen, der auch gegenwärtig noch gültig ist. Danach hat die Betroffene sicherzustellen, dass den am deutschen Mineralölmarkt beteiligten Mineralölunternehmen Belieferungsrechte für ihre Bundesautobahntankstellen eingeräumt werden und die Verteilung dieser Rechte sich nach den Anteilen an der Belieferung mit Ottokraftstoff an öffentlichen Straßentankstellen richtet. Für den Fall einer Änderung dieser Regelung wurde in § 3 des Rahmenvertrags mit dem Bund eine Abstimmung mit den zuständigen Kartellbehörden vorgesehen. Der Erhaltung mittelständischer Pächter-/Betreiberstrukturen war und ist nach § 4 des Rahmenvertrags angemessenen Rechnung zu tragen.

Im Einzelnen war die Verteilung der Einlieferungs- und Vertriebsrechte nach Quote wie folgt organisiert: Zur Quotenberechnung ermittelte die Betroffene durch schriftliche Abfrage die Otto- und Dieselmotorkraftstoffabsätze aller Konzern- und - über die Beigeladenen zu 1 und zu 2 – der mittelständischen Gesellschaften im Straßengeschäft und im Bundesautobahngeschäft. Hieraus wurden die Basiszahlen für den gesamten Kraftstoffabsatz im Straßengeschäft sowie für den gesamten Kraftstoffabsatz im Bundesautobahngeschäft berechnet. Auf dieser Grundlage

⁸ Vgl. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 38.

wurden die prozentualen Über- und Unterbelieferungen je Mineralölgesellschaft mit anschließendem Plausibilitätscheck aufgrund der Vorjahreswerte ermittelt. Bei diesem gemeinsam von der Betroffenen mit dem Vorsitzenden des Beigeladenen zu 3 durchgeführten Plausibilitätscheck wurden die Anzahl der Tankstellen pro Belieferer, der Durchschnittsabsatz pro Tankstelle sowie die allgemeinen Marktveränderungen zu Grunde gelegt. Im Falle von nicht plausiblen Abweichungen erfolgte eine Rücksprache mit dem jeweiligen Belieferer bzw. Verband. Die anschließende volumetrische Berechnung der Über- und Unterbelieferungen je Mineralölgesellschaft erfolgte durch den Vorsitzenden des Beigeladenen zu 3. Dieser führte dann bilaterale Gespräche mit den Mineralölgesellschaften und Verbänden hinsichtlich der Abgabe bzw. Übernahme von Bundesautobahntankstellen auf Basis der Über- oder Unterbelieferung je Mineralölgesellschaft. Den sich daraus ergebenden Vorschlägen des Vorsitzenden des Beigeladenen zu 3 an die Betroffene zur Verteilung neuer Belieferungsrechte stimmte die Betroffene in der Regel durch schriftliche Bestätigung an den Vorsitzenden sowie an die betroffenen Mineralölgesellschaften bzw. Verbände zu.

In 2008 haben zunächst Esso Deutschland AG (ExxonMobil) und die Beigeladene zu 5 sowie einige Zeit später auch die Beigeladene zu 4 ihre Mitwirkung an der Arbeit des Beigeladenen zu 3 beendet und in einer gemeinsamen Besprechung am 16. Juni 2009 gegenüber der Beschlussabteilung, der Betroffenen, den Beigeladenen sowie anderen Belieferern einen Wiedereintritt definitiv ausgeschlossen. Hintergrund der Austritte waren dem Vernehmen nach kartellrechtliche Überlegungen in Bezug auf die mit der Quotenumsetzung zusammenhängenden Abstimmungen und Treffen. Ende des Jahres 2008 kündigte die Betroffene an, ihre Vergabekriterien zum 1. Januar 2013 grundlegend zu erneuern. Für die Zeit zwischen den Austritten und der Implementierung der neuen Vergabekriterien ist in Abstimmung mit der Beschlussabteilung eine übergangsweise Lösung für die Zuordnung der Rechte gefunden worden, die eine Mitwirkung des Beigeladenen zu 3 nicht erforderlich macht.

IV. Künftige Bedingungen für die Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten

Nachfolgend werden die Vergabekriterien nebst den dazu gehörenden Verträgen und begleitenden Maßnahmen zusammengefasst, wie sie zum Zeitpunkt der Entscheidung von der Betroffenen vorgesehen sind. Wegen der weiteren Einzelheiten zum verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren, insbesondere zum Auktionsmodell und den Verträgen wird auf die Schreiben und Emails der Betroffenen vom 16. Juli 2010 sowie vom 2., 3. und 8. Dezember 2010 verwiesen.

1. Kriterien für die Vergabe

Gegenstand der Vergabe sind 293 der insgesamt rund 340 Bundesautobahntankstellen, über die die Betroffene bzw. mit ihr verbundene Unternehmen die Verfügungsgewalt hat.⁹ Das zum Entscheidungszeitpunkt verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren lässt sich wie folgt beschreiben:

Die Neuvergabe der Einlieferungs- und Vertriebsrechte bezieht sich ausschließlich auf Otto- und Dieselkraftstoff (kurz: OK/DK) sowie „AdBlue“ als lose Ware ex Zapfsäule, eine zur Abgasreinigung eingesetzte Chemikalie. Diese Rechte werden an die Kraftstoffunternehmen exklusiv je Bundesautobahntankstelle vergeben, dürfen aber ganz oder in Teilen mit Zustimmung der Betroffenen auf einen Dritten übertragen werden. Rechte hinsichtlich „Liquefied Petroleum Gas“ (kurz: LPG oder Autogas) und anderer Kraftstoffe wie „Compressed Natural Gas“ (kurz: CNG oder verdichtetes Erdgas) sowie hinsichtlich für Autos nutzbarer Energieformen sind nicht Gegenstand dieser Vergabe. Insoweit kann es dazu kommen, dass neben einem erfolgreichen Bieter noch weitere Unternehmen an der betreffenden Tankstelle tätig werden.

Die Betroffene beabsichtigt, die Vertriebsrechte künftig nicht mehr ausschließlich anhand des Quotenmodells zu vergeben, wobei sie dessen Bedeutung schrittweise reduzieren will. Mit Wirkung vom 1. Januar 2013 soll das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren Anwendung finden, wonach maximal 65 % der Vertriebsrechte weiterhin entsprechend der Anteile am Straßentankstellengeschäft vergeben werden sollen. Weitere Anteile werden im Wege einer Auktion vergeben. Ferner beabsichtigt die Betroffene, einen Teil der Bundesautobahntankstellen im Rahmen der Selbstbelieferung zu bewirtschaften. Falls der Quotenanteil an der Vergabe 50 % übersteigen wird, soll er nach den Vorstellungen der Betroffenen ab dem 1. Januar 2018 keinesfalls über 49 %, mindestens aber bei 40 % liegen; Anteil und Verwendung anderer Modelle sind für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2018 noch offen.

Eine weitere grundsätzliche Veränderung gegenüber der bisherigen Vergabe betrifft die Bemessungsgrundlage für die Vergabe der Einlieferungs- und Vertriebsrechte. Bislang erfolgte die (rein quotenmäßige) Zuteilung der Bundesautobahntankstellen auf der

⁹ Bei den übrigen Bundesautobahntankstellen, die nicht Gegenstand der Vergabe durch Tank & Rast sind, sind die Mineralölgesellschaften oder Dritte Eigentümer, Erbbauberechtigte, langfristige Pächter und/oder anderweitig verfügbungsberechtigt. Diese haben in der Regel den wesentlichen Teil der Investitionen in die Tankstellen vorgenommen haben.

Grundlage tatsächlicher Absatzmengen der Kraftstoffunternehmen. Diese bisherige Berechnungsweise auf Basis tatsächlicher Absatzmengen soll künftig modifiziert werden. So soll die Bemessungsgrundlage um so genannte Markeneffekte bereinigt werden. Zu diesem Zweck wird für jede Bundesautobahntankstelle eine „Basismenge“ ermittelt, nämlich das durchschnittliche Absatzvolumen mit OK/DK in den Jahren 2007 bis 2009, statistisch bereinigt um die durchschnittlichen markenspezifischen Flottenkartenanteile. Nicht in Abzug gebracht werden Absätze mit markenungebundenen Flottenkarten. Dies dient im Hinblick auf das neue Element der Auktion dazu, eine Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Bezüglich des Quotenmodells soll dadurch nach Darstellung der Betroffenen dem Effekt entgegengewirkt werden, dass Belieferer für Absatzsteigerungen durch markenspezifische Maßnahmen systemimmanent benachteiligt werden. Diese Basismenge wird anschließend um 5 % gemindert, um pauschal den zu beobachtenden Nachfragerückgang zu berücksichtigen. Die in dieser Weise reduzierte Basismenge wird als „konsumbereinigte Basismenge“ bezeichnet.

Innerhalb des Quotenmodells soll es nach den Vorstellungen der Betroffenen insofern eine Änderung geben, als die Zuteilung der Bundesautobahntankstellen nicht mehr – wie noch bis 2008 - durch den Beigeladenen zu 3, sondern durch einen mit dem Bundeskartellamt abgestimmten Gutachter erfolgt. So genannte nicht-integrierte Unternehmen¹⁰ erhalten im Quotenmodell ab 2013 einen Rabatt in Höhe von 0,21 ct/l auf das literbezogene Entgelt für die Menge, die dann als Berechnungsgrundlage gelten wird (Basismenge). Die Betroffene wird denjenigen Kraftstoffunternehmen, die derzeit über das Quotenmodell Vertriebsrechte besitzen, ein Angebot auf Abschluss neuer Verträge gemäß dem von der Betroffenen festgelegten Entgelt und der sonstigen Bedingungen unterbreiten. Der Umfang, in dem Bundesautobahntankstellen nach diesem Quotenmodell vergeben werden, und die Konditionen hängen von der Akzeptanz der neuen Verträge durch die Kraftstoffunternehmen ab. Wird die Mindestakzeptanzschwelle von 51 % erreicht, beläuft sich der Anteil der weiterhin nach dem Quotenmodell zu vergebenden Bundesautobahntankstellen auf 65 %, andernfalls nur auf 35 %, jeweils bezogen auf die Summe der Basismengen der 293 Bundesautobahntankstellen.

Nach der so erfolgten Auswahl der Bundesautobahntankstellen über das verbleibende Quotenmodell wird die Betroffene die Standorte für die Selbstbelieferung nach eigenem

¹⁰ Laut Markttest-Unterlage, S. 4, werden damit Kraftstoffunternehmen erfasst, die weder direkt noch indirekt (über verbundene Unternehmen im Sinne von §§ 15 ff. AktG) über eigene Raffineriekapazitäten in der EU, dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) oder der Schweiz verfügen. Kapazitäten von Gemeinschaftsraffinerien sind den Eigentümern bzw. Muttergesellschaften direkt zuzurechnen.

Ermessen auswählen. Der Anteil der Selbstbelieferung soll – je nach Ausgang des vorgeschalteten Auswahlprozesses – 5 % (bei Mindestakzeptanz) oder 10 %, wiederum jeweils bezogen auf die Summe der Basismengen der 293 Bundesautobahntankstellen, ausmachen.

Alle übrigen zur Vergabe anstehenden Einlieferungs- und Vertriebsrechte – also je nach Ausgang des Auswahlprozesses 30 % oder 55 % - werden verauktioniert. Diese Ausschreibung wird von der Betroffenen EU-weit im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Um Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen zu erhalten, müssen Interessenten ein Präqualifikationsverfahren erfolgreich durchlaufen. Sie müssen hierbei ein Angebot auf Abschluss einer Vereinbarung abgeben, die die alternative Verpflichtung zum Verkauf oder zur Verpachtung der Zapfsäulen an einer Tankstelle sowie zur Fortsetzung der Belieferung der Tankstelle über den 31. Dezember 2012 hinaus für maximal neun Monate nach den Bestimmungen des bestehenden BAT-Vertrags regelt (Zusatzvereinbarung Ausschreibung). Im Rahmen der Auktion werden OK/DK und AdBlue als Bündel ausgeschrieben, wobei die ausgeschrieben Lose ein bis drei Bundesautobahntankstellen umfassen. Das Entgelt setzt sich zusammen aus einem Fixum, das die Vergütung für die Basismenge umfasst, und einem variablen Anteil für die darüber hinausgehenden Absatzmengen; hinzu tritt die Vergütung aus dem Agenturvertrag mit der Betroffenen (dazu unten Teil 1, Abschnitt IV. 2.). Im Rahmen der Auktion wird nur auf das Fixum geboten, während das variable Entgelt als fester Entgeltsatz pro Liter OK/DK von der Betroffenen vorgegeben wird. Für das Fixum legt die Betroffene zu Beginn der Auktion je Los ein Mindestgebot fest, das auf Basis der Basismenge und der aktuellen Vergütung bewertet wird. Zum Ausgleich struktureller beschaffungsseitiger Nachteile von nicht-integrierten Kraftstoffunternehmen gewährt die Betroffene diesen auch im Auktionsteil einen Rabatt in Höhe von 0,21 ct/l Kraftstoff auf die konsumbereinigte Basismenge. Für AdBlue gelten Besonderheiten. Die Ausschreibung erfolgt in Form eines elektronischen Auktionsverfahrens mit maximal zehn geschlossenen¹¹ Runden, wobei für einen Bieter die Gebote der anderen Bieter nicht einsehbar sind. Nach Abschluss jeder Runde wird das Höchstgebot für jedes Los (anonym) jedem Bieter mitgeteilt. Alle Lose werden zeitgleich versteigert. In der ersten Auktionsrunde sind Gebote auf mehr als 30 % des mengenbezogenen Auktionsvolumens nicht gestattet, in den Folgerunden ist der Bieter maximal auf sein Bietvolumen aus der vorherigen Runde beschränkt. Bietergemeinschaften sind zulässig, müssen jedoch ihre

¹¹ Geschlossen meint, dass die Runde über einen festen Zeitraum, hier einem Werktag von 09:00 bis 17:00 Uhr, stattfindet, vgl. Markttest-Unterlage Ziffer 4.8.1.

Kartellrechtskonformität eigenverantwortlich prüfen und sicherstellen. Die Betroffene behält sich vor, die gesamte Ausschreibung aufzuheben, sofern sie in einem nennenswerten Anteil von Losen zu einem unwirtschaftlichen Ergebnis¹² führt. Nach erfolgtem Zuschlag ist ein Wechsel der Kraftstoffmarke während der Vertragslaufzeit nur mit Zustimmung der Betroffenen möglich. Der Ausschreibungsgewinner muss sich zudem nach Kräften darum bemühen, dass die Akzeptanz von mindestens einer der gängigen markenungebundenen Flottenkarten gewährleistet ist. Die Kassensysteme werden anders als früher bei den Quotentankstellen nicht mehr von den Kraftstoffunternehmen oder Pächtern/Agenturnehmern, sondern einheitlich von der Betroffenen gestellt, die hierzu auf das System eines bestimmten Anbieters zurückgreift.

2. Verträge

Die Betroffene schließt mit den Kraftstoffunternehmen in Bezug auf jede einzelne Bundesautobahntankstelle einen Vertrag über die nähere Ausgestaltung der Rechtengewährung (BAT-Vertrag). Die Betroffene wird dabei unterschiedliche Vertragsmuster für die über das Quotenmodell vergebenen Bundesautobahntankstellen einerseits und die mittels Auktion vergebenen Stationen andererseits verwenden. Bezüglich der Quotentankstellen greift die Betroffene dabei auf die bislang geltenden BAT-Verträge zurück, die sie zwischenzeitlich in individuellen Verhandlungen mit den betroffenen Kraftstoffunternehmen angepasst hat. Im Hinblick auf die zu verauktionierenden Tankstellen wird die Betroffene mit dem Logsgewinner einen „BAT-Vertrag OK/DK und AdBlue“ abschließen, mit dem dieser zum alleinigen Verkauf der Kraftstoffe und AdBlue als lose Ware ex Zapfsäule im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entweder unter einem eigenen Markennamen oder einer fremden Kraftstoffmarke berechtigt wird.

Parallel zu den BAT-Verträgen bestehen Verträge über die Einsetzung eines Handelsvertreters (Agenturvertrag). Bezüglich der Quotentankstellen bleibt es bei den bestehenden Verträgen zwischen dem Kraftstoffunternehmen und den „Pächtern“. Im Hinblick auf die verauktionierten Tankstellen schließt der Logsgewinner zunächst einen „Agenturvertrag OK/DK und AdBlue“ mit der Betroffenen, durch den die Betroffene vom Logsgewinner als Handelsvertreter an der betreffenden Bundesautobahntankstelle eingesetzt wird. Kurz danach soll dieser Vertrag schuldbefreiend für die Betroffene auf einen noch auszuwählenden Pächter übertragen werden bzw. von der Betroffenen ein

¹² Hierzu wird von der Betroffenen notariell ein Schwellenwert oberhalb des Mindestgebotes hinterlegt.

Unteragenturvertrag mit einem Pächter abgeschlossen werden. Dadurch soll sicher gestellt werden, dass zeitgleich mit dem Abschluss des BAT-Vertrags auch ein Agenturneher vorliegt, weil die genaue Pächterstruktur erst ab 2013 bekannt ist.

Mit Ausnahme der existierenden Agenturverträge im Quotenmodell-Bereich hat die Betroffene die entsprechenden Vertragsmuster mit Emails vom 3. und 8. Dezember 2010 zu den Akten gegeben und parallel der Beigeladenen zu 3 mit der Bitte um Weiterleitung an ihre Mitglieder sowie der ExxonMobil und den Beigeladenen zu 4 und zu 5 übermittelt.

3. Maßnahmen zum Unbundling

Die Betroffene beabsichtigt im Hinblick darauf, dass sie künftig einen Teil ihrer Einlieferungs- und Vertriebsrechte selbst bewirtschaften wird, die in ihrem Schreiben vom 2. Dezember 2010 dargestellten Maßnahmen dagegen zu treffen, dass die mit der Selbstbelieferung befassten Unternehmensbereiche und Mitarbeiter eventuell wettbewerblich sensible Informationen anderer Einlieferer zugänglich gemacht werden. In diesem Zusammenhang ist vorgesehen, dass sämtliche Selbstbelieferungsaktivitäten in eine Tochtergesellschaft unter der Firma Autobahn Tank & Rast Belieferungsgesellschaft mbH eingebracht werden, deren Geschäftsführung keine personellen Überschneidungen mit der Geschäftsführung anderer Gesellschaften der Betroffenen aufweist. Der Betroffenen werden gesellschaftsvertraglich Weisungsrechte unter Nutzung von ihr bekannten wettbewerblich sensiblen Daten über das Kraftstoffvertriebsgeschäft anderer Einlieferer an Bundesautobahntankstellen genommen. Sowohl im Hinblick auf die Mitarbeiter als auch die Informationstechnologie werden zudem Vorkehrungen getroffen, die eine Trennung dieser Daten gewährleisten.

V. Verfahren

Das Kartellverwaltungsverfahren wurde Mitte 2010 auf Antrag der Betroffenen in Gang gesetzt, nachdem es bereits eine mehrmonatige Phase von Vorgesprächen mit der Beschlussabteilung und teils kontroversen Erörterungen der Pläne der Betroffenen in der Branche gegeben hatte.

1. Vorgespräche

Die Betroffene hat die Beschlussabteilung am 17. Dezember 2008 erstmals darüber informiert, dass sie ihre Regeln für die Vergabe ihrer Einlieferungsrechte für Bundesautobahnen ändern und dabei insbesondere Handlungsoptionen außerhalb des bisherigen Quotenregimes überlegen will. Es folgten Gespräche zwischen ihr und Vertretern der Kraftstoffunternehmen bzw. ihrer Verbände über mögliche Änderungen. Am 17. November 2009 sind der Beschlussabteilung von der Betroffenen und der von ihr beauftragten Unternehmensberatung Grundstruktur und Funktionsweise des Auktionsmodells vorgestellt worden, das im Rahmen der neuen Vergabekriterien - neben der hergebrachten Vergabe nach dem Quotenmodell und einer Bewirtschaftung im Wege der Selbstbelieferung - Verwendung finden sollte. Anschließend ist das Auktionsmodell auch gegenüber den interessierten Kreisen in der Branche erläutert worden.

Seit Unterrichtung der Branche über den geplanten Modellwechsel ist die Beschlussabteilung immer wieder von Branchenvertretern wegen der kartellrechtlichen Implikationen des Modellwechsels kontaktiert worden, hat jedoch von kartellrechtlichen Einschätzungen bewusst weitgehend abgesehen. Lediglich bezüglich der Frage, in welchem Umfang die Verwendung der drei Bausteine Quotenmodell, Auktionsmodell und Selbstbelieferung kartellrechtlich akzeptabel erscheint, hat die Beschlussabteilung Indikationen gegeben. So ist mit Email des Vorsitzenden vom 21. Dezember 2009 gegenüber den Beigeladenen zu 1 und zu 2 mitgeteilt worden, dass die Beschlussabteilung im Hinblick auf das Kartellverbot keine Einwände gegen eine Verwendung des Quotenmodells in dem neuen Vergabemodell hat, solange es sich um eine autonome Entscheidung der Betroffenen handelt und wenn die einbezogene Zahl von Bundesautobahntankstellen deutlich nachrangig gegenüber der Summe von selbstbeliefernten und verauktionierten Bundesautobahntankstellen ist. Auf bestimmte in der Branche kursierenden Zahlen hin hat die Beschlussabteilung in einer weiteren Email des Vorsitzenden gegenüber den Beigeladenen zu 1 und zu 2 vom 11. Mai 2010 ihre Hinweise zu den Anteilen der drei möglichen Vergabebausteine weiter präzisiert. Danach war von einer Marktabschottung¹³ jedenfalls ab einem Quotenanteil von 90 % (in der Branche kursierende Größenordnung) auszugehen, nicht hingegen bei einem Quotenanteil von einem Drittel neben Auktion und Selbstbelieferung. Darüber hinaus hat es die Beschlussabteilung in dieser Email akzeptiert, wenn die Marktöffnung nicht vollständig zum Beginn des neuen Vergabemodells am 1. Januar 2013 eintreten würde,

¹³ Hierzu im Einzelnen unter Teil 2., Abschnitt A. II. 2. a) (1).

sondern im Sinne eines Marktöffnungspfads zum Ende der ersten Ausschreibungsperiode am 1. Januar 2018 erreicht würde. Hierfür sollte das Quotenmodell zu Beginn einen Anteil von 75 % nicht überschreiten und musste ab dem 1. Januar 2018 unter 50 % liegen. Diese Präzisierung ist nicht zuletzt im Hinblick auf das Bedürfnis aller Marktteilnehmer erfolgt, mit einem komplexen Auktionsmodell zunächst vertraut zu werden. Diese Indikationen wurden zugleich an die Betroffene kommuniziert.

2. Antrag der Betroffenen

Die Betroffene hat der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 16. Juli 2010 eine Unterlage zu dem von ihr geplanten neuen Vergabemodell übersandt und eine Entscheidung nach § 32c GWB über ihr neues Vergabemodell beantragt. Im Anschluss daran hat die Betroffene die Beschlussabteilung darüber informiert, dass sie im Einvernehmen mit dem Beigeladenen zu 3 zwei Gutachter mit der Überprüfung ihrer Basismengenberechnung beauftragt hat. Des Weiteren hat sie die Beschlussabteilung davon in Kenntnis gesetzt, dass sie Workshops für die Mitglieder des Beigeladenen zu 3 sowie für ExxonMobil und die Beigeladenen zu 4 und zu 5 zum geplanten Kassensystem organisiert hat. Schließlich hat die Betroffene angekündigt, dass sie bezüglich der Vertragsmuster „BAT-Vertrag OK/DK und AdBlue“, „BAT-Vertrag Quote“, „Agenturvertrag OK/DK und AdBlue“ sowie „Zusatzvereinbarung Ausschreibung“ den Mitgliedern des Beigeladenen zu 3 sowie der ExxonMobil und den Beigeladenen zu 4 und zu 5 im Rahmen einer Konsultation Gelegenheit geben wird, Einwände, Anregungen und Änderungsvorschläge mitzuteilen.

3. Ermittlungen

a) Markttest

Die Beschlussabteilung hat mit ihrem auf der Homepage des Bundeskartellamts veröffentlichten Schreiben vom 30. Juli 2010 gemäß § 56 Abs. 2 GWB die beteiligten Wirtschaftskreise mittels der von der Betroffenen erstellten Unterlage über den geplanten Modellwechsel informiert und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15. September 2010 gegeben. Die Veröffentlichung ist später auch in Englisch erfolgt. Die Stellungnahmefrist ist bei entsprechendem Antrag bis zum 8. Oktober 2010 verlängert worden. Stellungnahmen sind eingereicht worden vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, von dem Beigeladenen zu 3, von den Beigeladenen zu 4 und zu 5 und acht weiteren in- und ausländischen Mineralölunternehmen, den Beigeladenen zu 1 und 2 sowie einem weiteren

Verband des Mineralölmittelstands, einem Verband von Autohöfen, einem Tank- und Servicekartenanbieter sowie zwei Automobilverbänden. Soweit in diesen Stellungnahmen neben Zustimmung vor allem aber Kritik an den geplanten Vergabekriterien der Betroffenen vorgebracht worden ist, wird diese Kritik nachfolgend zusammengefasst.

(1) Bezüglich der allgemeinen Regeln der neuen Vergabekriterien enthalten die Stellungnahmen folgende Kritikpunkte:

Vor allem mittelständische Kraftstoffunternehmen äußern sich zur Berechnung der für die Preisbildung im Rahmen der Vergabekriterien zentralen Basismenge.¹⁴ Sie müsse dem realen Wert zumindest nahe kommen und von unabhängigen Gutachtern berechnet werden. Die von der Betroffenen erwogene vorzeitige Umstellung auf Basismenge noch in 2011/2012 bedürfe der Zustimmung der Marktteilnehmer und des Bundeskartellamts. Die Berechnungsweise der Basismenge führe wegen des Absatzvorteils der großen Mineralölkonzerne durch ihre Tankkartensysteme zu einer Benachteiligung von Unternehmen mit nachrangigen Tankkarten und ohne Markenpartnerverträge mit einem dieser Konzerne.

Außerdem wird auf Probleme hingewiesen, die die getrennte Ausschreibung von LPG und CNG im Hinblick auf das Produkthaftungsgesetz¹⁵ und den Einsatz von Tankkarten mit sich bringt.¹⁶

(2) Das im Rahmen der Vergabekriterien weiterhin zur Anwendung kommende Quotenmodell wird von den Teilnehmern des Markttests unterschiedlich kommentiert:

Teilweise wird dem Quotenmodell marktabschottende und strukturzementierende Wirkung zugesprochen¹⁷ und gefordert, dass der Mittelstand auf andere Weise geschützt werden müsse. Die Marktabschottung wird dabei nicht nur in der exakten Übertragung der Anteile im Straßengeschäft auf das Geschäft mit

¹⁴ Vgl. Stellungnahmen BFT S. 2 f., AVIA S. 2, aber auch Tamoil S. 2 und Orlen S. 2.

¹⁵ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 15.12.1989 (BGBl. I 2198), zuletzt geändert durch Art. 9 Abs. 3 des Gesetzes v. 19.07.2002 (BGBl. I 2674) – Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG).

¹⁶ Vgl. Stellungnahme Shell S. 4.

¹⁷ Vgl. Stellungnahmen Total S. 1, ADAC S. 1.

Bundesautobahntankstellen gesehen, sondern auch in der Übertragung des tankkartenbedingten Absatzvorteils der großen Mineralölkonzerne.¹⁸ Teilweise wird dem Quotenmodell zu Gute gehalten, dass es die Dominanz der großen Mineralölkonzerne zumindest auf das Niveau des Straßentankstellengeschäfts begrenzt; Marktzutritte durch reine Newcomer seien demgegenüber ohnehin nur bedingt aussichtsreich.¹⁹ Der Anteil des Auktions- gegenüber dem Quotenmodell könne deshalb geringer ausfallen, um die angestrebte Marktöffnung gleichwohl zu gewährleisten.²⁰

Während ein Mittelstandsverband eine jährliche Justierung der Quote fordert, hält dem ein Mineralölkonzern entgegen, dass in Anbetracht der mit fünf Jahren kurzen Laufzeit der bevorstehenden Neuvergabe die in den Vergabekriterien vorgesehenen zwei Jahresrhythmen angemessen sind.²¹

Ein Unternehmen weist schließlich darauf hin, dass der Anteil des Quotenmodells deswegen den kartellrechtlich vertretbaren Rahmen voll ausschöpfen sollte, weil die Marktteilnehmer mit dem Auktionsteil der neuen Vergabekriterien zunächst Erfahrungen sammeln müssten.²²

(3) Das Auktionsmodell, das Teil der neuen Vergabekriterien ist, unterliegt folgender Kritik der Teilnehmer des Markttests:

Ein Mineralölkonzern²³ wendet sich gegen die Ausschreibung der Einlieferungsrechte insgesamt und wirft die Frage auf, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen wie die Betroffene überhaupt ihre Einlieferungsrechte ausschreiben darf. Es bestehe die Gefahr der Abschottung, weil die vergebenen Bundesautobahntankstellen für unterlegene Bieter mehrere Jahre nicht mehr erhältlich sind. Jedenfalls stellten die sich auf diese Weise ergebenden Entgelte keinen Wettbewerbspreis dar und unterlägen der kartellrechtlichen Preismisbrauchsaufsicht.

¹⁸ Vgl. Stellungnahme Orlen S. 2.

¹⁹ Vgl. Stellungnahme ADAC, S. 1 f.

²⁰ Vgl. Stellungnahme BP S. 3.

²¹ Vgl. Stellungnahmen UNITI S. 2, BP S. 6.

²² Vgl. Stellungnahme Shell S. 7.

²³ Vgl. Stellungnahme BP S. 2 f.

Von Seiten des Mineralölmittelstands wird ausgeführt, dass es mittelständischen Kraftstoffunternehmen an Kapitalkraft fehlt, um bei einer Auktion erfolgreich mitbieten zu können. Sie würden deshalb künftig Anteile am Autobahngeschäft verlieren.²⁴

Soweit sich die Betroffene vorbehält, bei einem aus ihrer Sicht „unwirtschaftlichen Ergebnis“ das Auktionsergebnis nicht zu akzeptieren, stößt dies als willkürlich, unverbindlich und preistreibend auf breite Ablehnung.²⁵ Insgesamt wird dem Auktionsmodell unter Verweis auf Erfahrungen mit der Verauktionierung von Einlieferungsrechten im Ausland eine preistreibende Wirkung zugesprochen.²⁶

Nach Auffassung eines ausländischen Mineralölkonzerns sehen sich Bieter ohne eine starke Tankkarte einer Markteintrittsbarriere gegenüber, weil Bieter mit einer absatzstarken Tankkarte aggressiver kalkulieren könnten.²⁷

Ein markenungebundenes Tankkartenunternehmen erwartet Nachteile durch die von den Ausschreibungskriterien eingeräumte Verpflichtung, dass der Ausschreibungsgewinner (nur) eine einzige markenungebundene Karte akzeptiert. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass an einem markenungebundenen Tankkartenunternehmen ein großer Mineralölkonzern eine Beteiligung hält. Stattdessen solle der Ausschreibungsgewinner verpflichtet werden, einen bestimmten Kundenanteil der unabhängigen Kartenanbieter zu akzeptieren (z. B. 66-75%).²⁸

Gegen das von der Betroffenen angestrebte einheitliche Kassensystem werden von unterschiedlichster Seite Bedenken erhoben, z. B. dass es zur Vereinheitlichung eines Kostenblocks auf höherem Niveau führt.²⁹

Marktteilnehmer, bei denen Agenturverträge eine große Bedeutung haben, sehen in der Vorgabe, dass ein Wechsel der Kraftstoffmarke nur mit Zustimmung der

²⁴ Vgl. Stellungnahme BFT S. 1.

²⁵ Vgl. Stellungnahmen UNITI S. 1, BFT S. 5, Exxon S. 6, OMV S. 2, BP S. 12 f.

²⁶ Vgl. Stellungnahmen UNITI S. 1, BFT S. 2, Shell S. 7; ACE S. 2.

²⁷ Vgl. Stellungnahme Orlen S 6.

²⁸ Vgl. Stellungnahme DKV S. 2-4.

²⁹ Vgl. Stellungnahmen AK BAT S. 5, BFT S. 3, BP S. 10, Exxon S. 4 f.

Betroffenen möglich ist, eine Behinderung.³⁰ Ein Unternehmen, das einen internen Markenwechsel plant, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass solch ein Fall nicht erfasst sein darf.³¹ Die von den Vergabekriterien eröffnete Möglichkeit, ersteigerte Einlieferungsrechte weiterzugeben, wird hingegen begrüßt.³²

Eine Unternehmensgruppe hat mit ihrer Stellungnahme zugleich das Gutachten eines Beratungsunternehmens eingereicht, welches Defizite am Auktionsmechanismus behauptet.³³ Zum einen geht das Gutachten davon aus, dass sich das strategische Verhalten der Bieter in der letzten Runde ändert und dies unter Umständen zu hohen Anforderungen an das strategische Geschick der Bieter führen kann. Diesbezüglich werden konkrete Änderungen vorgeschlagen. Zum anderen wird die Informationsweitergabe während der laufenden Auktion als sehr restriktiv eingeschätzt. Das Gutachten nennt hier denkbare Informationen, die nach Abschluss der einzelnen Bierrunden weitergegeben werden sollten.

(4) Speziell zu dem geplanten Rabatt für nicht-integrierte Unternehmen im Rahmen des Auktionsmodells werden in den Stellungnahmen unterschiedliche Positionen eingenommen:

Während von einem Mittelstandsverband der Rabatt für nicht-integrierte Unternehmen zum Nachteilsausgleich der mittelständischen Bewerber für notwendig erachtet wird³⁴, ist dieser Rabatt aus Sicht großer Mineralölkonzerne und auch aus Sicht einer anderen mittelständischen Gruppierung nicht erforderlich.

Die Mineralölkonzerne führen an, dass der Retail-Bereich eines vertikal integrierten Konzerns nicht anders als mittelständische Abnehmer ebenfalls nach Marktpreisen vom Supply-Bereich abgerechnet wird und dass wegen des fließenden Übergangs eine Grenzziehung überhaupt nicht möglich ist.³⁵ Auch integrierte Kraftstoffunternehmen müssten an bestimmten Standorten Kraftstoff zukaufen.³⁶

³⁰ Vgl. Stellungnahmen AK BAT S. 5, UNITI S. 3, BFT S. 3, BP S. 11.

³¹ Vgl. Stellungnahme eni S. 2.

³² Vgl. Stellungnahmen AK BAT S. 4, BP S. 9.

³³ Vgl. Stellungnahme AVIA, Anlage 1.

³⁴ Vgl. Stellungnahme BFT S. 2.

³⁵ Vgl. Stellungnahme Shell S. 5-7.

³⁶ Vgl. Stellungnahme eni S. 2.

Zumindest dürfe der Rabatt nicht zur Diskriminierung der vertikal integrierten Unternehmen führen.³⁷

Ein ausländischer Mineralölkonzern moniert demgegenüber, dass bereits seine im Ausland befindliche Raffinerie zur Einstufung als vertikal integriertes Unternehmen führe, ein Abstellen z. B. auf die fehlende bundesweite Netzplanung würde eine sachgerechtere Abgrenzung ermöglichen.³⁸

Ein Nachteilsausgleich sei im Übrigen nicht nötig, weil erfahrungsgemäß die nicht-integrierten Unternehmen nach Zuschlagserteilung einen Agenturvertrag mit einem vertikal integrierten Unternehmen abschließen würden.³⁹

(5) Soweit künftig eine Selbstbelieferung von Bundesautobahntankstellen vorgesehen ist, werden in den Stellungnahmen vor allem in zweierlei Hinsicht Bedenken erhoben:

Erstens wird es bereits dem Grunde nach als rechtlich bedenklich angesehen, dass die Betroffene nun erstmals auf dem nachgelagerten Markt „als Wettbewerberin“ auftritt, da auf diese Weise zu ihrer Monopolstellung bei der Vergabe der Einlieferungsrechte noch die direkte Beteiligung am nachgelagerten Geschäft erfolge. Die Betroffene trete als ungleicher Wettbewerber der etablierten Kraftstofflieferanten auf und nehme sich ein „Rosinenpicken“ bei der Auswahl der selbstbeliefernten Stationen heraus.⁴⁰ Eine Wettbewerbsverzerrung wird speziell darin erblickt, dass die Betroffene bei der Kalkulation neben dem Kraftstoffabsatz auch das Shop- und Gastronomiegeschäft einbeziehen kann und weil sie bei den selbstbeliefernten Bundesautobahntankstellen kein Fixum erwirtschaften und kein Entgelt abführen muss.⁴¹ Es wird vorgeschlagen, die Betroffene solle selbst an ihrer Auktion teilnehmen.⁴²

³⁷ Vgl. Stellungnahme BP S. 13.

³⁸ Vgl. Stellungnahme Orlen S. 5.

³⁹ Vgl. Stellungnahmen eni S. 3, AVIA S. 2.

⁴⁰ Vgl. Stellungnahmen Jet S. 3, BFT S. 2, Shell S. 1.

⁴¹ Vgl. Stellungnahmen eni S. 2, Shell S. 2.

⁴² Vgl. Stellungnahme eni S. 2.

Zweitens wird von vielen ein Konflikt darin gesehen, dass die Betroffene in ihrer Rolle als Vertragspartnerin bezüglich der Einlieferungsrechte zahlreiche vertrauliche Daten über die Kraftstoffunternehmen erhält, die sie in ihrer künftigen Rolle als Kraftstoffunternehmen aus Wettbewerbsgründen nicht erhalten dürfte.⁴³

(6) Darüber hinaus wendet sich eine Reihe von Stellungnahmen – sei es fundamental oder sei es bezogen auf Einzelaspekte - gegen das der eigentlichen Vergabe vorgeschaltete Auswahlverfahren, in dem die Betroffene gegenüber denjenigen Kraftstoffunternehmen ihren Modellwechsel durchsetzen will, die derzeit über das Quotenmodell Inhaber von Vertriebsrechten sind.⁴⁴

(7) Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung nimmt Bezug auf den mindestens noch bis zum 29. Oktober 2013 laufenden Rahmenvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Betroffenen, wonach die Einräumung von Vertriebsrechten an Kraftstoffunternehmen sicherzustellen ist und die Verteilung sich nach den Anteilen im Straßengeschäft richtet.⁴⁵

b) Sachverständiger

Die Beschlussabteilung hat durch Sachverständigengutachten darüber Beweis erhoben, ob die Regeln der von der Betroffenen geplanten Auktion erwarten lassen, dass der Bieterkreis oder der Kreis der Auktionsgewinner von vornherein sachwidrig begrenzt wird, dass für einzelne Bieter die Möglichkeit besteht, andere Bieter durch individuelles strategisches Verhalten zu behindern oder dass die Gefahr explizit oder implizit kollusiven Verhaltens der Bieter besteht. Sie hat des Weiteren darüber Beweis erhoben, welchen Komplexitätsgrad insbesondere im Hinblick auf die Handhabbarkeit für kleine und mittlere Kraftstoffunternehmen die von der Betroffenen geplante Auktion verglichen mit anderen Auktionen erreicht und wie das Auktionsdesign im Übrigen zu bewerten ist. Zu diesem Zweck ist gestützt auf § 57 Abs. 2 Satz 1 GWB mit Beschluss vom 25. August 2010 im Einvernehmen mit der Betroffenen ein Sachverständiger bestimmt und zu einer Begutachtung bis zum 30. September 2010 aufgefordert worden. In seinem Gutachten vom 26. September 2010 hat der Sachverständige zu den Beweisfragen wie folgt Stellung genommen:

⁴³ Vgl. Stellungnahmen BAT S. 3 f., BFT S. 3, Shell S. 2 u. 5, BP S. 4, 8, eni S. 2.

⁴⁴ Vgl. Stellungnahmen AK BAT S. 3 f; UNITI S. 2; BP S. 2, 7; Exxon S. 3; Jet S. 4; OMV S. 2.

⁴⁵ Vgl. Stellungnahme BMVBS, S. 2.

Der Sachverständige stellt keine erkennbaren gravierenden Mängel des Auktionsdesigns fest. Als Besonderheiten identifiziert er zum einen die „sparsame“ Informationspolitik, vor allem weil die Identität der Höchstbieter den Auktionsteilnehmern durchweg nicht bekannt gegeben wird. Zum anderen hebt er die Beschränkung auf zehn Auktionsrunden hervor. Letztgenannten Punkt betrachtet der Sachverständige als kritisch und begründet dies im Einzelnen in seinem Gutachten. Insgesamt hält der Sachverständige das Auktionsdesign für verständlich, wenn man der Verhinderung von Kollusion und der zügigen Abwicklung Priorität einräumt. Zu den Beweisfragen im Einzelnen stellt der Sachverständige ebenfalls keine Mängel fest.

4. Beiladung

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2010, 2. November 2010 und 12. November 2010 haben der Bundesverband Freier Tankstellen und unabhängiger deutscher Mineralölhändler e. V. der UNITI - Bundesverband mittelständischer Mineralölunternehmen e. V. bzw. der Arbeitskreis BAT der Belieferer von Bundesautobahntankstellen die Beiladung zum Verfahren beantragt. Der Betroffenen ist die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Beiladungsanträgen von BFT und UNITI eingeräumt worden. Mit Schreiben vom 11. November 2010 sprach sich die Betroffene pauschal nicht gegen die Beiladung der beiden Verbände aus. Die Beschlussabteilung hat auf die Einholung einer Stellungnahme der Betroffenen auch zu dem Beiladungsantrag des Arbeitskreises BAT aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtet; dies ist im Folgenden von der Betroffenen nicht beanstandet worden. Mit Beschluss vom 26. November 2010 hat die Beschlussabteilung sämtliche Antragsteller zum Verfahren gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB beigeladen.

Jeweils mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 haben die TOTAL Deutschland GmbH und die Shell Deutschland Oil GmbH ihre Beiladung zum Verfahren beantragt. Auf die von der Beschlussabteilung allen bisherigen Verfahrensbeteiligten eingeräumte Stellungnahmemöglichkeit hin haben die Betroffene und die Beigeladene zu 1 mitgeteilt, dass keine Bedenken bestehen. Mit Beschluss vom 22. Dezember 2010 ist den Beiladungsanträgen stattgegeben worden.

Jeweils mit Schreiben vom 10. Januar 2011 haben die DKV EURO SERVICE GmbH + Co. KG und die BP Europa SE ihre Beiladung zum Verfahren beantragt. Auf die von der Beschlussabteilung allen bis dahin am Verfahren Beteiligten eingeräumte Stellungnahmemöglichkeit hin haben die Beigeladenen zu 1 und zu 3 bis 5 mitgeteilt,

dass gegen die Beiladung beider Unternehmen keine Bedenken bestehen. Mit Beschluss vom 12. Januar 2011 hat die Beschlussabteilung wie beantragt entschieden.

5. Rechtliches Gehör

Mit Schreiben vom 5. und 15. November 2010 hat die Beschlussabteilung der Betroffenen auf deren Antrag vom 11. Oktober 2010 hin Einsicht in die Stellungnahmen und das Sachverständigengutachten gemäß § 29 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes⁴⁶ gewährt und ihr zugleich unter Hinweis auf bestimmte Punkte Gelegenheit gegeben, ihr geplantes Vergabemodell möglichst zeitnah zu präzisieren. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2010 hat die Beschlussabteilung der Betroffenen darüber hinaus mitgeteilt, dass die Auswertung des Sachverständigengutachtens sowie des im Rahmen des Markttests eingereichten Gutachtens Fragen aufgeworfen hat, und ihr Gelegenheit zu einer Reaktion darauf gegeben.

Am 8. Dezember 2010 hat die Betroffene über die bereits übersandten Muster für BAT- und Agenturverträge hinaus weitere Präzisierungen ihres Vergabemodells bei der Beschlussabteilung schriftlich eingereicht. Die Änderungen sind in der obigen Beschreibung der neuen Vergaberegeln (siehe oben Teil 1, Abschnitt IV. 1. und 2.) bereits berücksichtigt und gingen insbesondere auf Anregungen aus dem Markttest und weiteren zwischenzeitlichen bilateralen Verhandlungen der Betroffenen mit den Marktteilnehmern zurück. Eine genaue Auflistung der Präzisierungen enthält die Anlage zum Schreiben der Betroffenen vom 8. Dezember 2010. Mit gleichem Schreiben hat die Betroffene auch umfangreich zu den im Rahmen des Markttests eingereichten Stellungnahmen sowie zu den im Rahmen der Auswertung der Gutachten aufgekommenen Fragen zum Auktionsmodell Position bezogen. In Bezug auf das Auktionsmodell weist die Betroffene zunächst die allgemeine Kritik am Ausschreibungsmodell als solchem zurück und geht dann auf wichtige Detailkritik ein.⁴⁷ So sieht sie keine Informationsdefizite, hält eine Offenlegung der Gebotshistorie weder für erforderlich noch für geboten, kann keine unnötige Komplexität erkennen, bestreitet preistreibende Wirkungen durch das Mindestgebot und erläutert die Aufhebung der Auktion bei unwirtschaftlichem Ergebnis weiter. Des Weiteren rechtfertigt die Betroffene die Aufnahme der Selbstbelieferung.⁴⁸

⁴⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes v. 14.08.2009 (BGBl. I S. 2827) - Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

⁴⁷ Stellungnahme Tank & Rast, S. 2 ff.

⁴⁸ Stellungnahme Tank & Rast, S. 10 ff.

Ausführlich legt sie ihre Argumente dar, warum der Mineralölmittelstand durch die Vergabekriterien nicht benachteiligt wird.⁴⁹ Weitere Punkte, zu denen die Betroffene Stellung nimmt, sind Berechnung der Basismenge, Rabatt für nicht-integrierte Kraftstoffunternehmen, Auswahlprozess für Bemessung der Höhe des Quotenanteils, Zuordnung der Standorte, Tankstellenmanagementsysteme, Entgeltmodell und Rahmenvertrag.⁵⁰ Wegen der Einzelheiten wird auf das entsprechende Schreiben der Betroffenen nebst Anlage Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2010 hat die Beschlussabteilung den anderen seinerzeit Verfahrensbeteiligten die Stellungnahme der Betroffenen vom 8. Dezember 2010 übersandt und für etwaige Reaktionen darauf eine Frist bis zum 10. Januar 2010 eingeräumt.

In der Besprechung vom 16. Dezember 2010 im Bundeskartellamt hat die Betroffene erklärt, dass sie die in Ziffer 1.3 des Agenturvertragsmusters enthaltene Möglichkeit zur Höchstpreisbindung in Bezug auf die Belieferung mit Schmierstoffen streichen wird, und die mit der Vergabe bezüglich markenungebundener Tankkarten gemäß Ziffer 3.2.2. der Unterlage Markttest verfolgten Zwecke sowie die Verhältnisse beim Einsatz solcher Karten an Bundesautobahntankstellen eingehend erläutert.

Die Beschlussabteilung hat am 20. Dezember 2010 den bis dahin Verfahrensbeteiligten zwecks rechtlichen Gehörs nach § 56 Abs. 1 GWB einen Entwurf ihrer geplanten Entscheidung übersandt. Hierzu haben die Angeschriebenen innerhalb der bis zum 10. Januar 2011 gesetzten Frist Stellung genommen. Die Beschlussabteilung hat den Entscheidungsentwurf zugleich denjenigen, die sich mit einer Stellungnahme an dem Kartellverwaltungsverfahren beteiligt haben, zur Kenntnis und ggf. Rückäußerung in der genannten Frist übersandt. Hierauf sind von den später Beigeladenen zu 4 bis zu 7 sowie von vier weiteren Angeschriebenen Stellungnahmen eingegangen. Die Beigeladene zu 4 hat sich über ihre Stellungnahme hinaus auch für eine Untersagung ausgesprochen.

Die Betroffene hat nach Kenntnisnahme hierauf am 12. Januar 2011 in einer Besprechung mit dem Bundeskartellamt zu den aus ihrer Sicht wichtigsten Kritikpunkten erwidert und erklärt, dass sie drei Änderungen vornehmen wird. Erstens wird der zur Überwachung des Unbundling auf Seiten der Betroffenen einzusetzende Wirtschaftsprüfer verpflichtet, der Beschlussabteilung über die Einhaltung der Bestimmungen zu berichten.

⁴⁹ Stellungnahme Tank & Rast, S. 11 ff.

⁵⁰ Stellungnahme Tank & Rast, S. 15 ff.

Zweitens wird die Frist zur Einholung der Zustimmung der Betroffenen zu einem Markenwechsel von zwölf auf sechs Monate verkürzt und auf die Ablehnungsmöglichkeit wegen kartellbehördlicher Vorbehalte verzichtet. Drittens wird der Anpassungsrhythmus im Rahmen des Quotenteils auf jährliche Anpassung umgestellt.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2011 hat die Betroffene ihre gegenüber der Beschlussabteilung abgegebenen Zusagen dokumentiert.

Sämtlichen Beigeladenen ist auf deren mit dem Beiladungsantrag verbundenen Einsichtsanträge hin ebenfalls Einsicht in die Stellungnahmen sowie weitere relevante Dokumente gegeben worden.

6. Beteiligung der Landeskartellbehörde

Der nach § 49 Abs. 1 GWB zu unterrichtenden Landeskartellbehörde in Düsseldorf wurde am 20. Dezember 2010 ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

7. Entscheidung

Am 14. Januar 2010 hat die Beschlussabteilung wie aus dem Tenor ersichtlich entschieden.

Teil 2. Rechtliche Würdigung

Die begehrte Entscheidung konnte erlassen werden, weil die inhaltlichen Voraussetzungen des § 32c GWB gegeben sind (dazu nachfolgend unter A.). Gegenstand der zu Grunde liegenden Beurteilung ist dabei nur, ob die zur Prüfung gestellte Vorgehensweise keinen Anlass zum kartellbehördlichen Tätigwerden nach den Kartell- und Missbrauchsverboten gibt. Da den Kartellbehörden bei der Verfolgung von Verstößen gegen die in § 32c GWB aufgeführten Verbote ein Aufgreifermessen zusteht, was in der Praxis auch umfassend und unter Berücksichtigung der durch § 33 GWB eröffneten privaten Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeübt wird, obliegt der Beschlussabteilung vorliegend keine Detailprüfung jeder Klausel der Vergabekriterien einschließlich der dazu gehörenden Vertragsmuster⁵¹ auf ihre Vereinbarkeit mit Kartellrecht. Vielmehr konzentriert sich die Beschlussabteilung im Folgenden - nicht anders

⁵¹ Erst recht nicht enthält die Entscheidung Aussagen zur zivilrechtlichen Wirksamkeit einzelner Klauseln oder des gesamten Vertragswerks.

als sie es in amtswegigen Verfahren tun würde – auf die Identifizierung von Kartellrechtsverstößen, die eine Qualität erreichen, welche ein kartellbehördliches Einschreiten im Ermessen angezeigt erscheinen lassen. Dies schließt ein, dass im Interesse der Rechtssicherheit und –klarheit die wesentlichen Eckpfeiler der geplanten Vergaberegeln eingehend auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden, während im Übrigen ein öffentliches Interesse an einer vertieften Prüfung verneint werden kann.

Eine Entscheidung in dem so definierten Umfang nach § 32c GWB, der seinerseits ebenfalls eine Kann-Bestimmung ist, entspricht auch pflichtgemäßer Ermessensausübung der Beschlussabteilung (dazu unter Teil 2. Abschnitt B.).

Soweit der zwischen der Beteiligten und der Bundesrepublik Deutschland geschlossene Rahmenvertrag ein Abstimmungserfordernis mit den zuständigen Kartellbehörden enthält, hat die Beteiligte dies gegenüber dem Bundeskartellamt aus Sicht der Beschlussabteilung mit diesem Verfahren erfüllt.

Auf die von den Beigeladenen zu 1, zu 3 und zu 4 thematisierte Konzessionsvergabe an die Betroffene einschließlich der damit verbundenen langen Laufzeiten⁵² kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an.

A. Vergabekriterien

Die geplanten Vergaberegeln der Betroffenen geben der Beschlussabteilung – vorbehaltlich einer Änderung der Sachlage - in kartellrechtlicher Hinsicht keinen Anlass, tätig zu werden. Denn insoweit verstoßen die geplanten Vergaberegeln der Betroffenen nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Erkenntnissen nicht gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht (dazu nachfolgend unter Teil 2, Abschnitte A. I. bis III.). Europäisches Kartellrecht findet deswegen Anwendung, weil die geplanten Vergabekriterien geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Dies lässt sich zum einen aus der EU-weiten Ausschreibung durch die Betroffene ablesen und zum anderen aus der Teilnahme von ausländischen Mineralölunternehmen in der Vergangenheit herleiten.

I. Missbrauchsverbot

⁵² Vgl. Stellungnahme BFT, S. 2; Stellungnahme AK BAT, S. 2, 9; Stellungnahme Total, S. 1.

Die Voraussetzungen der Missbrauchsverbote aus §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV⁵³ sind nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Erkenntnissen nicht in einer Weise erfüllt, die zu kartellbehördlichem Einschreiten Anlass gibt.

1. Normadressateneigenschaft

Die Betroffene ist aus Sicht der Beschlussabteilung marktbeherrschendes Unternehmen⁵⁴ und insoweit Adressatin der Missbrauchsbestimmungen.

Die marktbeherrschende Stellung besteht auf dem – vorliegend im Zentrum der Beurteilung stehenden - bundesweiten Markt für die Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten an Bundesautobahntankstellen⁵⁵, wo die Betroffene als Anbieterin tätig ist. Die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen beim Anbieten von Einlieferungs- und Vertriebsrechten an Bundesautobahntankstellen besteht im Hinblick auf die bundesweite Ausdehnung und das wirtschaftliche Gewicht dieses Marktes zugleich auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Art. 102 AEUV.

Gegen die Einstufung als marktbeherrschend bei der Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten an Bundesautobahntankstellen wendet sich die Betroffene mit dem Hinweis auf die zunehmende Möglichkeit des Kraftstoffabsatzes über Autohöfe, die in unmittelbarer Nähe gelegen und auf den Autobahnen ausgeschildert sind.⁵⁶ Des Weiteren wird gegen den Fortbestand der marktbeherrschenden Stellung geltend gemacht, dass die Autofahrer durch moderne Navigationsmittel heute nicht mehr von den Autobahnstationen abhängig sind. Im Ergebnis kann dies alles offen gelassen werden, da es bereits an einer Diskriminierung oder Behinderung im Sinne der Missbrauchsbestimmungen fehlt (dazu nachfolgend Teil 2., Abschnitt B. I. 2.).

⁵³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Amsterdamer Vertrags v. 02.10.1997 (BGBl. 1998 II 386, 465, ber. 1999 II 416), zuletzt geändert durch den Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007 (Konsolidierte Fassung ABl. 2010 C 83, S. 47) – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

⁵⁴ Vgl. *Bundeskartellamt*, Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe v. Juni 2009, S. 47.

⁵⁵ Die Europäische Kommission spricht von einem Markt für die Verpachtung der Autobahnnebenbetriebe, ohne dass darin ein inhaltlicher Unterschied liegt, vgl. Entsch. v. 07.12.1998, Az. IV/M.1361, Tz. 11 „*Rast- und Tankstätten AG*“; das OLG München hingegen bezieht sich mit der Bezeichnung „Verpachtung von Autobahntankstellen“ nicht auf das Belieferungs-, sondern auf das nachgelagerte Pachtverhältnis der Betroffenen zu den Agenturnehmern, vgl. Ur. v. 07.04.2005, Az. U (K) 4300/04, Urteilsausfertigung S. 21 f.

⁵⁶ Mit dieser Begründung bezweifelt auch OLG München die Normadressateneigenschaft der Betroffenen, vgl. Ur. v. 07.04.2005, Az. U (K) 4300/04, Urteilsausfertigung S. 20, 22 f.

2. Diskriminierung/Behinderung

Das eingereichte Modell lässt keine Diskriminierungen oder Behinderungen von Kraftstoffunternehmen erkennen, gegen die mit dem Kartellrecht eingeschritten werden müsste.

a) Allgemeine Modalitäten des neuen Vergabemodells

Dies gilt zunächst in Bezug auf die allgemeinen Modalitäten des neuen Vergabemodells und die hieran angebrachte Kritik.

(1) So begeht die Betroffene keine Diskriminierung oder Behinderung, wenn sie wie vorgesehen die Einlieferungs- und Vertriebsrechte für Autogas und andere Kraftstoffe und Energieformen separat vergibt. Es mag zutreffen, dass der Absatz von Kraftstoffen unterschiedlicher Lieferanten an einer Station mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Dass diese allerdings unüberwindbar sind und deshalb eine gemeinsame Vergabe veranlasst ist, ist nicht vorgetragen.⁵⁷ Zudem wurden bei der Beschlussabteilung und der Betroffenen in der Vergangenheit Beschwerden von Seiten der Autogasbranche über Hindernisse beim Zutritt zu Bundesautobahntankstellen als Absatzweg vorgebracht, die von einigen integrierten Kraftstoffunternehmen ausgegangen sein sollen. Eine gemeinsame Vergabe der Rechte für Autogas und für herkömmliche Kraftstoffe hätte gegenüber der Autogasbranche neue Hürden aufgebaut, da sie nur schwerlich eine Einlieferung von OK/DK aufbauen können. Die Betroffene beugt mit ihrer Vorgehensweise also zugleich einer Diskriminierung oder Behinderung dieser Anbietergruppe vor, ohne dass das Geschäft mit Autogas und anderen Produkten damit für die etablierten Kraftstoffanbieter an der Autobahn bereits verlorengegangen wäre.

(2) Auch in Bezug auf die Ermittlung der Basismenge ist eine Diskriminierung oder Behinderung einzelner Bieter nicht erkennbar.

Eine Verzerrung zu Gunsten von Bietern mit absatzstarken Tankkarten sieht die Beschlussabteilung im Hinblick auf ihre Verwendung im Auktionsteil nicht, da die Definition der Basismenge nach 2.1. der Unterlage Markttest gerade eine Bereinigung um diese Effekte vorsieht. Wenn überhaupt, so stellt die

⁵⁷ Die Beigeladene zu 4 hält in ihrer Stellungnahme II, S. 5/6 sogar einen getrennten Vertrieb von OK und DK durch mehrere Belieferer an einzelnen Stationen für vorstellbar. Verpflichtet ist die Betroffene hierzu allerdings kartellrechtlich nicht.

Berechnungsweise der Basismenge hier eine unterschiedliche Behandlung zu Lasten derjenigen Kraftstoffunternehmen dar, die hohe Tankkartenabsätze aufweisen. Dies geschieht jedoch nicht ohne sachlichen Grund, denn gemessen an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ist es der Betroffenen nicht verwehrt, diese Absätze herauszurechnen. Die Berechnungsweise setzt nämlich bezüglich der verauktionierten Stationen Anreize für ein markenunabhängiges Einliefern und Vertreiben und nötigt freie Kraftstoffunternehmen nicht in dem Maße wie beim Zugrundelegen von Ist-Mengen zu einem Rückgriff auf Markenpartnerverträge unter Einschluss von absatzstarken Tankkarten. Die Berechnungsweise mag – wie es von einem Markttestteilnehmer hervorgehoben wird – für manche Bieter *aufgrund ihrer hohen Flottenkartenabsätze* ein Vorteil bei der Kalkulation der Gebote sein.⁵⁸ Dieser Vorteil ergibt sich dann aber aus der vorgefundenen Struktur der Kraftstoffmärkte und ist nicht Ausfluss des Auktionsverfahrens oder der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen. Ebenso mag die Überlegung der Beigeladenen zu 4 zutreffen, dass der Alt-Belieferer einer Station bei der Kalkulation des Angebots *aufgrund seiner Kenntnis* der Kartenverkaufsvolumina Vorteile hat.⁵⁹ Auch dieser Vorteil ist unvermeidlich, wollte die Betroffene nicht unter Verstoß gegen Vertraulichkeit die entsprechenden Zahlen (soweit sie ihr überhaupt bekannt sind) transparent machen, und kommt letztlich fast allen Bieter an irgendeiner Stelle auch selbst zu Gute. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, dass das Abstellen auf – stationsscharf – absatzbereinigte Kraftstoffmengen für alle Bieter eine Erleichterung der Kalkulation bedeutet, weil Informationsdefizite der Bieter bezüglich des wahren Wertes der Einlieferungs- und Vertriebsrechte reduziert werden. Im Hinblick auf die anhand des Quotenmodells zugewiesenen Rechte fehlt es aus einem anderen Grund an einer Diskriminierung. Hier möchte die Betroffene durch das Abstellen auf Basismengen eine in der Vergangenheit von ihr identifizierte Ungleichbehandlung von Belieferern, die markenspezifische Absatzförderung betreiben, und solchen, die das nicht tun, beheben. Soweit ein Markttestteilnehmer in dieser Vorgehensweise eine Diskriminierung erblicken will, ist dies deshalb unzutreffend. Es mag sich um eine Verschlechterung der Zuteilungsquote dieses Mineralölunternehmens gegenüber den alten Vergabekriterien handeln. Ein Anspruch auf Bestandsschutz besteht

⁵⁸ Vgl. Stellungnahme AVIA II.

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 7.

diesbezüglich aber nicht, solange die geänderte Regelung für sich genommen keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot erkennen lässt..

(3) Keine Diskriminierung im Sinne von §§ 19, 20 GWB stellt zunächst die prinzipielle Regelung dar, wonach sowohl im Rahmen des Quoten- als auch des Auktionsmodells ein Rabatt für nicht-integrierte Kraftstoffunternehmen gewährt wird. Zwar werden auf diese Weise zwei Gruppen von Kraftstoffeinlieferern gebildet und unterschiedlich behandelt, doch erfolgt dies nicht ohne sachlichen Grund. Die Betroffene will hierdurch strukturelle Nachteile kleiner und mittlerer Kraftstoffunternehmen ausgleichen, die im Gegensatz zu ihren vertikal integrierten Mitbietern zum einen Einkaufsnachteile haben und die sich zum anderen speziell im Auktionsmodell vergleichsweise hohem Aufwand und geringeren Chancen gegenübersehen. Dem lässt sich keineswegs entgegenhalten, dass auch vertikal integrierte Unternehmen ihren Vertrieb zu Marktpreisen abrechnen. Denn die Marge fällt dann lediglich auf einer anderen Stufe innerhalb des Konzerns an, nämlich der Raffinerieebene. Im Ergebnis greift auch der Einwand nicht durch, dass kleine und mittlere Unternehmen in der Vergangenheit vielfach auf Markenpartnerverträge mit den vertikal-integrierten Unternehmen zurückgegriffen haben und insofern ihre Nachteile kompensieren konnten, dem von anderer Seite im Übrigen vehement entgegengetreten wird⁶⁰. Zwar deutet der vergleichsweise geringe Teil von mittelständischen Marken an der Autobahn auf einen hohen Anteil an Markenpartnerverhältnissen hin (nur 23 Stationen zeigten zuletzt eine freie Marke). Doch ist hier zu berücksichtigen, dass der von der Betroffenen neu eingeführte Rabatt den Mittelständlern künftig zumindest mehr Freiraum zum Kraftstoffvertrieb ohne Rückgriff auf Markenpartnerverträge mit vertikal integrierten Unternehmen eröffnet. Ob sie ihn dann konkret nutzen, ist eine davon zu trennende Frage.

Aber auch mit der Ausklammerung von Unternehmen, die zwar nicht in Deutschland, wohl aber im Ausland vertikal integriert sind, überschreitet die Betroffene nicht die Grenze zur Diskriminierung. Zwar verfügen diese Unternehmen nicht über Raffineriekapazitäten in Deutschland für eine unmittelbare Belieferung ihrer Bundesautobahntankstellen, doch können Sie dies über Tauschverträge mit den in Deutschland vertikal integrierten Unternehmen bewerkstelligen. Deshalb ist eine unterschiedliche Behandlung dieser Gruppe von Unternehmen nicht zu beanstanden.

⁶⁰ Vgl. Stellungnahme AFM+E II.

Soweit die Rabathöhe von 0,21 ct/l von Seiten des Beigeladenen zu 1 unter Heranziehung einer Kurzbegutachtung als zu niedrig beanstandet wird, um die Nachteile der kleinen und mittleren Unternehmen auszugleichen,⁶¹ teilt die Beschlussabteilung diese Bedenken nicht. Zum einen trägt die Betroffene den Nachteilen kleiner und mittlerer Belieferer durch ein ganzes Paket von Maßnahmen Rechnung, wohingegen die Kurzbegutachtung sämtliche Nachteile durch die Rabathöhe abbilden will. Zum anderen baut die Kurzbegutachtung auf Annahmen auf, wie vor allem der Gewinnerwartung eines Belieferers, die individuell auseinanderfallen können.

Die unterschiedliche Behandlung von vertikal integrierten Mineralölkonzernen und nicht-integrierten Kraftstoffunternehmen infolge des Rabatts erscheint deshalb gemessen an der Zielsetzung von §§ 19, 20 GWB sachlich gerechtfertigt.

b) Ausgestaltung des Quotenmodells

Auch die innere Ausgestaltung des Quotenteils der Vergabekriterien gibt keinen Anlass zu kartellbehördlichen Maßnahmen, wobei nachfolgend nur auf den von vielen Teilnehmern des Markttest kritisierten Auswahlprozess und den Rhythmus der Quotenanpassung eingegangen werden soll.

(1) In Ziffern 2.3.3. und 2.3.4. der Markttest-Unterlage wird der Prozess beschrieben, mit dem die Betroffene über das Kriterium der Mindestakzeptanz den Umfang des Quotenmodells sowie die Konditionen der im Rahmen des Quotenmodells vergebenen Verträge ermitteln möchte. Zwar richten sich eine Reihe von Stellungnahmen im Rahmen des Markttests und des rechtlichen Gehörs gegen diesen Auswahlprozess, doch kommt es hierauf im Ergebnis nicht an. Kartellrechtlich relevant ist an diesem Auswahlprozess nämlich nur der jeweilige Umfang, den das Quotenmodell gegenüber Auktionsmodell und Selbstbelieferung je nach Ausgang des Auswahlprozesses einnehmen soll. Im Fall der überwiegenden Annahme des Angebots der Betroffenen soll der Umfang bei 65 % liegen (Fall A), andernfalls bei 35 % (Fall B). In beiden Fällen besteht aber, wie unten noch näher ausgeführt wird (dazu unter Teil 2, Abschnitt A. II. 2. a) (2)), keine Besorgnis einer Marktabschottung. Wenn aber das jeweilige Ergebnis des Auswahlprozesses

⁶¹ Vgl. Anlage zur Stellungnahme BFT II.

kartellrechtlich keine Probleme aufwirft, so kann eine Beurteilung des Wegs dorthin – entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 3 und 7⁶² - offen gelassen werden.

Soweit die Beigeladenen zu 1 und zu 2 zwischenzeitlich erwogen hatten, die erforderliche Erklärung über die Annahme des Angebots einheitlich für ihre Mitglieder gegenüber der Betroffenen abzugeben, hat die Beschlussabteilung darauf aufmerksam gemacht, dass dies gegen das Kartellverbot verstoßen kann. Ihre derzeit am Quotenmodell teilnehmenden Mitglieder sind als selbständige Unternehmen Vertragspartner der Betroffenen und müssen die Entscheidung über eine etwaige Annahme des Angebots der Betroffenen zum Vertragsschluss autonom treffen. Eine zentrale Übernahme der Erklärung durch einen Verband kann zudem den hinter diesem Auswahlverfahren stehenden Mechanismus zu einem bedeutendem Teil durchkreuzen, wonach sich jedes Kraftstoffunternehmen bei Abgabe seiner Erklärung nicht sicher sein kann, wie sich die anderen Kraftstoffunternehmen verhalten. Die Beigeladene zu 1 kann dem nicht entgegenhalten, dass sie für ihre Mitglieder bereits in der Vergangenheit bei der Zuordnung von Stationen im Rahmen des Quotenmodells zentral gehandelt hat.⁶³ Denn jene – auch für die Zukunft weiter vorgesehene Vertretung der Mitglieder (dazu unten Teil 2, A. II. 2. b)) – unterscheidet sich von der hier in Rede stehenden Situation einer Vertrags- und Konditionenausschreibung.

Davon unberührt ist die Frage, wie Belieferungsgemeinschaften von Kraftstoffunternehmen, die gemeinsam die Vertriebsrechte für eine oder mehrere Bundesautobahnen halten, ihre Entscheidung treffen. Soweit sich die Belieferungsgemeinschaft von ihrer Dimension her im kartellrechtlich Zulässigen hält, ist hier gegen die einheitliche Erklärung zum Angebot der Betroffenen bezogen auf die gemeinsam bewirtschaftete(n) Bundesautobahntankstelle(n) nichts einzuwenden.

(2) Die Beigeladene zu 4 wendet sich gegen die von der Betroffenen für den Quotenanteil geplanten Vorgehensweise, von den bisherigen Belieferern einen Verzicht auf bestimmte Rechte zu verlangen, um sie über das vorstehend unter (1)

⁶² Vgl. Stellungnahme AK BAT II, S. 5; Stellungnahme BP, S. 4.

⁶³ Stellungnahme BFT II, S. 2.

abgehandelte Vorverfahren wieder zuzuordnen, und sieht darin eine missbräuchliche Koppelung.⁶⁴ Letzterem kann nicht gefolgt werden.

Es steht außer Streit, dass es auch der Betroffenen als marktbeherrschendem Unternehmen möglich ist, Verträge mit Belieferern über Stationen zu kündigen und unter anderen Bedingungen neu abzuschließen, so lange sie einen angemessenen Kündigungszeitraum einhält und die neuen Bedingungen kartellrechtsneutral sind. Vorliegend bleibt die Betroffene hinter dieser Variante zurück, indem sie den bestehenden Belieferern nicht sämtliche Stationen kündigt, sondern ihnen in einem ersten Schritt eine eigene Auswahlmöglichkeit bezüglich der Stationen einräumt.

Dabei kann es dahin stehen, ob eine kartellrechtskonforme Regelung – wie die Beigeladene zu 4 meint – auch darin bestehen kann, dass dem bestehenden Belieferer die gewünschten Rechte zugewiesen werden und die unerwünscht zugewiesenen Rechte von ihm weiterverwertet werden dürfen (was im Übrigen ein vollständig anderes Vergabesystem darstellen würde). Maßgeblich ist vorliegend allein, dass das von der Betroffenen geplante neue Vergabesystem keinen Anlass zum kartellbehördlichen Einschreiten gibt.

(3) Was die von Seiten der Beigeladenen zu 1 und zu 2 im Rahmen des Markttests und des rechtlichen Gehörs⁶⁵ angemahnte jährliche Anpassung der Quoten betrifft, so nötigt das Kartellrecht die Betroffene nicht zur Änderung ihrer Vergabekriterien in diesem Punkt. Ziffer 2.3.2. der Markttest-Unterlage sieht hier eine Anpassung in einem zweijährigen Rhythmus vor, was gemessen an dem damit verbundenen Aufwand für die mit fünf Jahren überschaubare Laufzeit des Vergabemodells nicht unangemessen oder willkürlich erscheint. Umgekehrt wäre auch eine Quotenanpassung in kürzeren Abständen kartellrechtlich nicht zu beanstanden, worauf die Beigeladenen zu 2 und zu 3 zu Recht hinweisen.⁶⁶ In Reaktion darauf hat die Betroffene erklärt, dass sie den Rhythmus auf jährlich umstellen wird.

c) Ausgestaltung des Auktionsmodells

Sowohl bezüglich der Wahl einer Auktion als Vergabeinstrument als auch bezüglich der Ausgestaltung des Auktionsmodells besteht in dem für die vorliegende

⁶⁴ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 3 f..

⁶⁵ Vgl. Stellungnahme BFT II, S. 2 u., Stellungnahme UNITI II, S. 2.

⁶⁶ Vgl. Stellungnahmen UNITI II, S. 2; Stellungnahme AK BAT, S. 5.

Entscheidung maßgeblichen Rahmen keine Besorgnis der Diskriminierung oder Behinderung von einzelnen Bietern.

(1) Die Betroffene geht zunächst fehlerfrei vor, wenn sie als einen Baustein ihrer künftigen Vergabekriterien die Auktion wählt. Aus kartellrechtlicher Sicht ist die Auktion ein sachgerechtes Mittel für den marktbeherrschenden Rechteanbieter, sein begrenztes Angebot diskriminierungsfrei zuzuteilen. Selbst eine Auktionierung von deutlich knapperen Rechten für einen deutlich längeren Zeitraum als im vorliegenden Fall wurde höchstrichterlich nicht grundsätzlich beanstandet.⁶⁷ Soweit ein Mineralölkonzern im Rahmen des Markttests bereits an der Wahl der Ausschreibung als Vergabeinstrument Zweifel geäußert und mit der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen begründet hat, ist dies deshalb fernliegend.

Näher getreten werden kann hingegen dem von Seiten des Mineralölmittelstands geäußerten Gedanken, dass es mittelständischen Kraftstoffunternehmen an Kapitalkraft fehlt, um bei einer Auktion erfolgreich mitbieten zu können. Zwar entspricht es grundsätzlich dem Wesen des Bietprozesses, dass sich effiziente Bieter erfolgreicher durchsetzen, doch besteht vorliegend – anders als die Betroffene meint⁶⁸ – die Besonderheit, dass das deutsche Recht mit § 20 GWB zugleich die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen im Blick hat. Aber auch vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Wertung ist die Betroffene nicht gehalten, auf das anerkannte Mittel der Auktion gänzlich oder – durch Erhöhung des Quotenanteils deutlich über 65 % hinaus⁶⁹ – fast vollständig zu verzichten, nur damit möglichst viele kleine Kraftstoffunternehmen noch eine Chance auf Zuteilung einer Station erhalten.

Dies ist in Anbetracht des stark zersplitterten Mineralölmittelstands in Deutschland nicht gerechtfertigt, zumal § 20 GWB einen Bestandsschutz nicht gewährt und es für die betroffenen Kraftstoffunternehmen die Möglichkeit der Bietergemeinschaft gibt. Zudem hat die Betroffene dem Gedanken der Chancengleichheit in ihren Vergabekriterien bereits in großem Umfang dadurch Rechnung getragen, dass sie nur einen Teil ihrer Stationen über das Auktionsmodell vergibt, die Stationen in

⁶⁷ BGH, Ur. v. 03.03.2008, Az. II ZR 124/06 = NJW 2008, 1583, 1585 „UMTS-Lizenzen“.

⁶⁸ Vgl. Stellungnahme Tank & Rast, S. 13.

⁶⁹ Vgl. entsprechende Forderung der Beigeladenen zu 1 in Stellungnahme BFT II, S. 2.

Losen und nicht im Paket anbietet und den nicht vertikal-integrierten Kraftstoffunternehmen einen Rabatt gewährt. Die Präqualifikation beinhaltet ebenfalls keine Hürden für kleine und mittlere Unternehmen, da die bisherige Lieferanteneigenschaft – hinreichende Bonität vorausgesetzt – zur Teilnahme an der Auktion ausreicht. Schließlich hat die Betroffene bei der konkreten Ausgestaltung der Auktionsmodalitäten auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Kraftstoffunternehmen in einer Weise besonders Rücksicht genommen, die kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist (dazu nachfolgend unter Teil 2, Abschnitt B. I. 2. c) (2)).

Schließlich ergibt sich eine möglichst weitgehende Verwendung des Quotenmodells im Rahmen der Vergabe entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 1 und zu 7⁷⁰ nicht aus der Freigabeentscheidung „*Tank und Raststätten AG*“ der Europäischen Kommission. Darin wird auf das seinerzeitige Quotensystem hingewiesen und ausgeführt, dass die Tank & Rast infolge dessen keinen wirklichen Einfluss auf die Strukturen beim Kraftstoffabsatz über BAT hat. Dass die Europäische Kommission das alte Quotensystem als das einzige Verfahren ansehen wollte, um einer Diskriminierung oder Behinderung der Kraftstoffunternehmen an den BAT vorzubeugen, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen.⁷¹

(2) Zu den Auktionsregeln im Einzelnen ist aus kartellrechtlicher Sicht Folgendes zu sagen:

Sowohl der von der Beschlussabteilung eingesetzte Sachverständige als auch das im Rahmen des Markttests eingereichte Gutachten haben auf die vergleichsweise restriktive Informationsweitergabe während der laufenden Auktion aufmerksam gemacht. So erhalten die Teilnehmer nahezu keine Informationen über die Gebote der übrigen Auktionsteilnehmer und die Gebotshistorie. Hinzu kommt die nicht bekannte Höhe des Schwellenwerts für das unwirtschaftliche Ergebnis (vgl. zum Begriff oben Teil 1., Abschnitt IV.1.), das zur Aufhebung der Gesamtausschreibung berechtigt. Die Betroffene begründet ihre Vorgehensweise mit dem Interesse an der Vermeidung von Kollusion zwischen den Bietern. Der Gefahr impliziter⁷² Kollusion

⁷⁰ Vgl. Stellungnahme BFT II, S. 2, Stellungnahme BP II, S. 2.

⁷¹ Vgl. Europäische Kommission, Entsch. v. 07.12.1998, Az. IV/M.1361 „*Rast- und Tankstätten AG*“. Tz. 14.

⁷² Nicht *explizite* Kollusion, wogegen sich Stellungnahme AVIA III, S. 2, und Stellungnahme BP, S. 2, verwehrt.

kann durch Einschränkungen bei der Informationsweitergabe, zum Beispiel durch Nichtbekanntgabe der Identität des Höchstbieters einer Runde, entgegengewirkt werden.⁷³ Dem steht allerdings im vorliegenden Fall die größere Zahl an Bietern entgegen, was eine Kollusion erschwert. Der Betroffenen ist jedoch zuzugeben, dass sie sich aus ihrem subjektiven Blickwinkel während des zwei Jahre dauernden Diskussionsprozesses in der Branche immer wieder Koalitionen der betroffenen Unternehmen, die eine Umstellung der Vergabekriterien verhindern wollten, gegenüber gesehen hat. Insoweit ist ihr ein Spielraum zuzubilligen. Die Beschlussabteilung bewertet in Anbetracht dieser besonderen Vorgeschichte die restriktive Informationsweitergabe nicht als willkürlich oder unbillig, so dass die auktionstheoretische Diskussion über den richtigen Grad an Informationsweitergabe bei mehrstufigen Auktionen dahingestellt bleiben kann. Bei der Ausgestaltung eines ab dem 1. Januar 2018 verwendeten Auktionsmodells wäre die Beurteilung aber neu vorzunehmen.

Der Sachverständige und das im Rahmen des Markttests eingereichte Gutachten haben herausgestellt, dass in der letzten Auktionsrunde die einmalige Abgabe eines letzten Gebotes wie in einer sealed bid auction vorgesehen ist und insofern hohe Anforderungen an das strategische Geschick der Bieter vorausgesetzt werde. Die Beurteilung dieses Aspekts muss dabei aus Sicht der Beschlussabteilung in Rechnung stellen, dass mit den an der Rechtevergabe interessierten kleinen und mittleren Unternehmen auch wenig versierte Bieter an der Auktion teilnehmen. Gemessen daran ist aber die von der Betroffenen vorgesehene Ausgestaltung vor dem Hintergrund der hier zu treffenden Entscheidung nach § 32c GWB vertretbar. Erstens verlangt auch jede herkömmliche Ausschreibung im Wesentlichen nichts anderes als die einmalige Abgabe eines Gebotes. Zweitens wären alternative Lösungen für die Beendigung der Auktion zwar denkbar (offenes Ende mit fest definiertem Abbruchkriterium oder stochastischem Endzeitpunkt), aber ebenso anspruchsvoll, wenn nicht gar noch anspruchsvoller für wenig versierte Bieter. Keine Option ist es auch, wie im Rahmen des Markttests vorgeschlagen, die bestehende Ausgestaltung der letzten Runde dahingehend zu modifizieren, dass bei einem neuen Höchstgebot die Auktion sich jeweils wieder neu um fünf Minuten verlängert; eben dies ist bei der einmaligen Abgabe eines (letzten) Gebots nicht machbar. Die zeitliche Reihenfolge spielt ohnehin bei der letzten Runde keine Rolle, vielmehr

⁷³ Vgl. *Blume/Heidkens*, Modeling Tacit Collusion in Auctions, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2008, S. 163 ff.

reduziert sich der Zeitfaktor auf die Streckerung der Möglichkeit zur Gebotsabgabe auf mehrere Stunden.

Soweit die Betroffene sich nach Ziffer 3.1.1. der Markttestunterlage eine Losbildung von maximal drei Stationen pro Los vorbehält, bestehen hiergegen – anders als die Beigeladene zu 4 meint⁷⁴ – keine kartellrechtlichen Bedenken. Die Losbildung ermöglicht es der Betroffenen, die Belieferungs- und Vertriebsrechte auch von unattraktiven Stationen erfolgreich verauktionieren zu können, und geht damit nicht über das im Rahmen von Auktionen übliche Vorgehen hinaus.

Nach Ziffer 3.2.2. der Markttestunterlage in ihrer präzisierten Fassung müssen sich die Bieter nach Kräften bemühen, dass mindestens eine der gängigen markenungebundenen Flottenkarten (d. h. DKV und/oder UTA) akzeptiert wird. Dem steht - anders als im Rahmen des Markttests und des rechtlichen Gehörs von der Beigeladenen zu 6 vorgetragen⁷⁵ - zunächst nicht entgegen, dass an UTA eine Beteiligung eines großen Mineralölkonzerns besteht. Zum einen geht es der Betroffenen bei dieser Vorgabe zulässigerweise darum, dass mindestens eine Tankkarte zum Einsatz gelangt, die an allen Bundesautobahntankstellen akzeptiert wird. Gemessen an dieser Zielsetzung ist auch die UTA ungeachtet der erwähnten Verflechtung eine „markenunabhängige“ Tankkarte. Zum anderen besteht angesichts der aktuellen Tankkartensituation an den Bundesautobahntankstellen keine Besorgnis, dass künftig markenungebundene Tankkarten ohne jede Verflechtung mit einem Kraftstoffunternehmen behindert werden, etwa weil die Bieter auf eine mit einem Mineralölkonzern verflochtene Tankkarte zurückgreifen können. Denn gegenwärtig werden an jeder Bundesautobahntankstelle beide markenunabhängigen Tankkarten akzeptiert. Was sich durch die neuen Vergabekriterien strukturell dergestalt geändert haben soll, dass man diese Prognose nun nicht mehr anstellen kann, hat die Beigeladene zu 6 nicht vorgetragen und ist auch nicht ersichtlich. Des Weiteren vermittelt eine markenunabhängige Tankkarte ihrem im Kraftstoffvertrieb tätigen Gesellschafter entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 6 nicht zwingend einen Finanzkraftvorteil im Rahmen der Auktion, denn als markenungebundene Tankkarte fördert sie auch den Kraftstoffabsatz konkurrierender Marken. Selbst wenn, wäre dieser Finanzkraftvorteil infolge der Loslimitierung begrenzt. Schließlich beugt die

⁷⁴ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 5.

⁷⁵ Vgl. Stellungnahme DKV II, S. 2.

Vorgehensweise der Betroffenen, die Verwendung markenungebundener Tankkarten nicht fest vorzuschreiben, möglichen Behinderungen der Bieter – auf die beispielsweise die Beigeladene zu 4 hinweist⁷⁶ - selbst vor. Würde nämlich ein markenunabhängiges Tankkartenunternehmen den Vertragsschluss mit dem Bieter verweigern, so würden ihn die Vergabekriterien ansonsten zu etwas rechtlich Unmöglichem verpflichten. Anders als die Beigeladene zu 4 befürchtet die Beschlussabteilung allerdings bei der nun von der Betroffenen gewählten Formulierung nicht, dass die Belieferer zu etwas rechtlich Unmöglichem verpflichtet werden.

Soweit nach Ziffer 3.2.3 der Markttestunterlage ein Wechsel der Kraftstoffmarke für den erfolgreichen Bieter während der Vertragslaufzeit von der Betroffenen abgelehnt werden kann, haben insbesondere die Beigeladenen zu 2, zu 3 und zu 7 Bedenken erhoben.⁷⁷ Zum einen halten sie die Vorlaufzeit von zwölf Monaten für zu lang, zum anderen kritisieren sie die Ablehnungsmöglichkeiten der Betroffenen als rein subjektiv. Die Betroffene ist den Kritikern hier zunächst entgegengekommen, indem sie durch Erklärung in der Besprechung vom 12. Januar 2011 die Frist auf sechs Monate verkürzt hat und zumindest auf die Ablehnungsmöglichkeit wegen kartellbehördlicher Vorbehalte verzichtet hat. Soweit sie an der Ablehnungsmöglichkeit im Falle von zu erwartenden Absatzverlusten festhält, hat sie das dahinter stehende wirtschaftliche Bedürfnis hinreichend erläutert. Es geht der Betroffenen um die Vermeidung einer bestimmten Strategie solcher Bieter, die zugleich Kraftstoff an benachbarten Autohöfen anbieten. Hier soll verhindert werden, dass diese Bieter die Bundesautobahntankstelle auf eine Billigmarke umflagen und die über die Basismenge hinausgehenden Flottenkartenabsätze auf den benachbarten Autohof umlenken. Die Beschlussabteilung hat vor diesem Hintergrund keine kartellrechtlichen Bedenken gegen die Regelung des Markenwechsels in ihrer nun geltenden Fassung. Zu bedenken ist dabei auch, dass sie nicht als voraussetzungsloser Zustimmungsvorbehalt ausgestaltet ist, sondern der Betroffenen lediglich eine Ablehnung aus wichtigem Grund ermöglicht. Bei der ersten Markenwahl ist der Bieter im Übrigen völlig frei, die Marke wird im Rahmen der Vergabe nicht einmal abgefragt.

⁷⁶ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 6.

⁷⁷ Vgl. Stellungnahme UNITI II, S. 1; Stellungnahme AK BAT, S. 3 f.; Stellungnahme BP, S. 5.

Was die Regelung in Ziffer 4.8.7. der Markttest-Unterlage betrifft, wonach die Betroffene sich eine Aufhebung der gesamten Ausschreibung vorbehält, soweit die Auktion zu einem unwirtschaftlichen Ergebnis führt, ist darin keine willkürliche Regelung mehr zu erkennen. Die Betroffene hat diese Bestimmung später dahingehend präzisiert, dass der Schwellenwert – losbezogen - bei einem Notar hinterlegt wird. Zudem hat sie zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Gesamtaufhebung auch für die Betroffene selbst beachtliche Konsequenzen nach sich zieht und im Übrigen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach einer Aufhebung der Ausschreibung weitergilt.

Die Vereinheitlichung des Kassensystems gemäß Ziffer 4.1.4.3. der Markttest-Unterlage mag eine Behinderung der ablauforganisatorischen Freiheiten der Bieter sein und ihnen zum Teil Kosten verursachen, sie erfolgt aber jedenfalls nicht unbillig. Die Betroffene hat nachvollziehbar dargelegt, dass sie selbst einen Großteil der Kosten tragen wird und sich die beim Bieter verbleibenden Kosten letztlich in niedrigeren Geboten niederschlagen werden. Außerdem hat sie Workshops initiiert, um die Bieter zu schulen und um damit zu einer reibungslosen Systemumstellung beizutragen. Hinzu kommt, dass ein von der Betroffenen einheitlich vorgegebenes Kassensystem etwaigen Missbrauchspotenzialen marktbeherrschender Kraftstoffanbieter gegenüber den bei der separaten Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten an Autogas zum Zuge kommenden Flüssiggasanbietern vorbeugt. Diese hatten sich in der Vergangenheit beim Bundeskartellamt und bei der Betroffenen darüber beschwert, dass ihnen die Nutzung der fremden Kassensysteme erschwert und der Zutritt zu Bundesautobahntankstellen dadurch weitgehend verwehrt war. Schließlich ist die Vorgabe eines einheitlichen Kassensystems nicht unbillig, weil die Betroffene dadurch sicher stellen kann, dass die von ihr zu verantwortende Warenwirtschaft an der Station reibungslos implementiert werden kann.

d) Selbstbelieferung

Was die von der Betroffenen vorgesehene Selbstbelieferung von Bundesautobahntankstellen betrifft, so ist diese Ausgestaltung kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

Im Ausgangspunkt steht es der Betroffenen als privatem, marktbeherrschendem Unternehmen frei, seine Geschäftsstruktur autonom zu gestalten und die Einlieferung und den anschließenden Vertrieb von Kraftstoffen an den

Bundesautobahntankstellen nicht nur durch Einschaltung von Kraftstoffunternehmen sicherzustellen, sondern dies auch selbst zu übernehmen.⁷⁸ Da die Betroffene aber mangels eigener Kraftstoffbasis im Fall der Selbstbewirtschaftung wiederum auf die Belieferung durch Kraftstoffunternehmen und deren Marke angewiesen ist, gilt dies nicht unbeschränkt. Denn eine so gestaltete Selbstbewirtschaftung darf nicht zu einer Umgehung der kartellrechtlichen Verpflichtungen der Betroffenen zur diskriminierungs- und behinderungsfreien Vergabe führen, indem sie an Stelle einer Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten ohne kartellrechtskonformes Vergabeverfahren zum Betrieb der Tankstelle Markenpartnerverträge abschließt. In Anbetracht des hier vorgesehenen überschaubaren Umfangs der Selbstbelieferung von 5 oder 10 % der Bundesautobahntankstellen ist eine Umgehung von §§ 19, 20 GWB oder Art. 102 AEUV nicht zu befürchten.

Die Selbstbelieferung ist der Betroffenen kartellrechtlich auch nicht deshalb verwehrt, weil sie – wie es im Markttest thematisiert wurde⁷⁹ – eine Quersubventionierung des Kraftstoffbereichs durch den übrigen Geschäftsbereich zu aggressiver Preispolitik beim Absatz von Kraftstoff nutzen könnte. Für solch eine Vorgehensweise gibt es bereits keine Anhaltspunkte, die Betroffene ist dem auch in der Besprechung vom 12. Januar 2011 entgegengetreten.

Soweit viele Stellungnahmen darauf hinweisen, dass die bei der Rechtevergabe bekannt werdenden Geschäftsdaten der Kraftstoffunternehmen im Rahmen der Selbstbelieferung zu deren Nachteil eingesetzt werden könnten, hat die Betroffene mit den von ihr vorgesehenen Unbundling-Maßnahmen wirksame Vorkehrungen getroffen. Selbst diese Vorkehrungen werden von Markttestteilnehmern als unzureichend angesehen.⁸⁰ Weitergehende Vorkehrungen wie zum Beispiel ein ownership unbundling können jedoch von der Betroffenen nicht verlangt werden, da die Dimension des Konflikts – verglichen etwa mit den Verhältnissen bei der leitungsgebundenen Energieversorgung – dies nicht gebietet. Nicht geboten ist auch die vom Beigeladenen zu 3 angeregte⁸¹ laufende Überwachung des Unbundling durch die Beschlussabteilung. Sollten ungeachtet der getroffenen Vorkehrungen konkrete Wettbewerbsprobleme entstehen, können diese von der Kartellbehörde

⁷⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az. KZR 4/01 = WuW/E DE-R 1003, 1005 „*Kommunaler Schilderprägerbetrieb*“.

⁷⁹ Vgl. Stellungnahme eni II, S. 2.

⁸⁰ Vgl. Stellungnahme eni II, S. 1.

⁸¹ Vgl. Stellungnahme AK BAT II, S. 4.

separat aufgegriffen werden. Gefolgt ist die Betroffene aber der Anregung der Beigeladenen zu 7, dass der von ihr beauftragte Wirtschaftsprüfer der Beschlussabteilung Bericht erstattet⁸², was sie in der Besprechung mit der Beschlussabteilung vom 12. Januar 2011 zugesagt hat.

e) **Agenturverträge**

Die Beigeladene zu 4 beanstandet die in den Agenturvertragsmustern vorgesehene Möglichkeit, wonach die Betroffene sich schuldbefreiend einen Unterhandelsvertreter auswählen kann, wodurch sich die Beigeladenen zu 4 in ihren Einflussmöglichkeiten auf den Pächter beeinträchtigt sieht.⁸³ Auch ein Markttestteilnehmer moniert diesen Punkt, allerdings vornehmlich unter AGB-rechtlichem Blickwinkel.⁸⁴ Die Betroffene ist dem mit dem Hinweis entgegengetreten, dass etwaiges Fehlverhalten des von ihr ausgewählten Pächters für das Kraftstoffunternehmen direkt beherrschbar ist. Soweit der Agenturvertrag mit der Kraftstoffgesellschaft von der Betroffenen später auf den Pächter übertragen wird, tritt das Kraftstoffunternehmen direkt in ein Vertragsverhältnis mit dem Pächter und kann nach Ziffer 11.4 Buchst. a) und b) des Agenturvertragsmusters aus berechtigten Gründen kündigen. Soweit die Betroffene Vertragspartner bleibt und lediglich einen Pächter im Unteragenturverhältnis einsetzt, stehen dem Kraftstoffunternehmen diese Kündigungsrechte sogar direkt gegenüber der Betroffenen zu. Die Beschlussabteilung sieht sich vor dem Hintergrund dieser Vertragsgestaltung nicht veranlasst, diesen im Kern zivilrechtlichen Streit mit den Mitteln des Kartellrechts aufzugreifen.

II. Kartellverbot

Die Voraussetzungen des Kartellverbots aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV sind nach den der Beschlussabteilung vorliegenden Erkenntnissen nicht erfüllt.

⁸² Vgl. Stellungnahme BP II, S. 5.

⁸³ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 5.

⁸⁴ Vgl. Stellungnahme Exxon II, S. 2.

1. Vereinbarung

Die Betroffene wird nach Abschluss der Vergabe Verträge mit Kraftstoffunternehmen über die Belieferung von Bundesautobahntankstellen mit Otto- und Dieselkraftstoff schließen. Die Vergaberegeln dienen der Betroffenen dazu, ihre Vertragspartner, den Umfang der mit diesen kontrahierten Bundesautobahntankstellen und weitere vertragliche Einzelheiten festzulegen. Insofern sind im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV Vereinbarungen zwischen Unternehmen gegeben. Einer Wettbewerbsbeschränkung, die durch die Vergabe von Bundesautobahntankstellen unter den Betreibern anhand eines weitreichenden Quotenmodells ausgelöst wird (hierzu sogleich unter 2. a)), liegt zwar keine Vereinbarung zwischen diesen zu Grunde, vielmehr beruht die Wettbewerbsbeschränkung darauf, dass sämtliche Betreiber der nach dem Quotenmodell vergebenen Tankstellen mit der Betroffenen inhaltlich gleiche Verträge eingehen. Allerdings bewirkt ein solches Bündel koordinierter vertikaler Verträge dasselbe Ergebnis, als wenn die Betreiber der nach dem Quotenmodell vergebenen Tankstellen untereinander einen horizontalen Vertrag vereinbart hätten (so genannter Sternvertrag). Dies ist ausreichend als Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB und des Art. 101 AEUV.

2. Wettbewerbsbeschränkung

Das mit Umsetzung der verfahrensgegenständlichen Vergabekriterien zu schaffende Vertragssystem lässt keine spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen erkennen, gegen die mit dem Kartellrecht eingeschritten werden müsste.

a) Weiterverwendung des Quotenmodells

Soweit die Betroffene in den vorgesehenen Grenzen das Quotenmodell verwendet, besteht keine Veranlassung für die Beschlussabteilung ein Kartellverwaltungsverfahren einzuleiten.

(1) Das zuletzt praktizierte Verfahren, *sämtliche* Einlieferungs- und Vertriebsrechte nach Quote zu vergeben, wäre allerdings für die Zukunft durchaus geeignet, den Wettbewerb um diese Rechte zu beschränken. Denn zum einen würden auf diese Weise Kraftstoffunternehmen aus dem Markt gehalten, die ihren Marktzutritt in Deutschland zunächst über das Autobahngeschäft bewerkstelligen wollen und die sich dem Vernehmen nach auch ganz konkret darum bemühen. Zum anderen würden Kraftstoffunternehmen in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt, die zwar bereits im deutschen Straßengeschäft tätig sind, die aber das Autobahngeschäft

übergewichten wollen. Beide Strategien lässt ein Modell nicht zu, das die Verteilung sämtlicher Rechte an Bundesautobahntankstellen exakt an die Präsenz im deutschen Straßentankstellengeschäft knüpft. Schließlich wäre bei einer Fortführung des alten Vergabesystems nicht auszuschließen, dass Anreize zu absatzfördernden Maßnahmen genommen würden, weil überproportionale Absatzsteigerungen an Bundesautobahntankstellen im Rahmen der nachfolgenden Quotenanpassungen theoretisch zu einer Reduzierung der Zuteilungsmenge führen.

Dem steht nicht entgegen, dass das hergebrachte Quotenmodell ursprünglich unter Mitwirkung des Bundeskartellamts etabliert wurde und auch in den folgenden Jahrzehnten nicht vom Amt beanstandet wurde. Lange Zeit stand nämlich die Sicherstellung einer diskriminierungsfreien Rechtevergabe im Vordergrund der kartellrechtlichen Beurteilung. Inzwischen ist aber der Gesichtspunkt der Vermeidung von Marktabschottungen zunehmend bedeutsam. Das Kartellrecht verlangt der Betroffenen deshalb in Zukunft Vergabekriterien ab, die nicht nur diskriminierungsfrei sind, sondern auch Marktabschottungen vorbeugen. Im Falle der Vorlage von Vergabekriterien, die wiederum eine Vergabe sämtlicher Einlieferungs- und Vertriebsrechte nach Quote beinhaltet hätten, wäre eine Entscheidung nach § 32 c GWB nicht möglich gewesen.

Keine abweichende Beurteilung ergibt sich aus dem zu einem früheren Zeitpunkt von der Beigeladenen zu 1 eingereichten Rechtsgutachten. Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist die Frage, ob das (reine) Quotenmodell eine diskriminierungsfreie Vergabe gewährleistet und welchen Spielraum die Betroffene als marktbeherrschendes Unternehmen bei einer Umstellung der Vergabekriterien besitzt. Die Frage der Abschottungswirkung spielt hingegen keine Rolle.

(2) Die Prüfung der vorliegenden Vergabekriterien lassen in beiden denkbaren Fallvarianten eine Wettbewerbsbeschränkung der oben beschriebenen Art nicht erwarten. Zum einen wird der Beigeladene zu 3 keine Funktion mehr bei der Verteilung der Rechte ausüben, speziell die Anpassung der Quotenermittlung wird nach Ziffer 2.3.2. der Markttest-Unterlage ein von der Betroffenen eingesetzter, zuvor mit dem Bundeskartellamt abgestimmter Gutachter übernehmen. Damit wird einer gegenüber dem Beigeladenen zu 3 von der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 25. März 2009 ausgesprochenen Empfehlung, auf die die Beigeladene zu 4 zu Recht hinweist,⁸⁵ nun auch in den neuen Vergabekriterien Rechnung getragen. Zum

⁸⁵ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 2.

anderen hat sich die Betroffene durch das Abstellen auf Basismengen darum bemüht, von ihr befürchtete negative Anreize in Bezug auf absatzfördernde Maßnahmen zu nehmen. Schließlich besteht durch die Abkehr von einem durchgängigen Quotenmodell hin zu einem zu Gunsten anderer Vergabemechanismen reduzierten Modell künftig genügend Raum für den Marktzutritt durch Newcomer bzw. für differenziertere Geschäftsstrategien bereits tätiger Kraftstoffunternehmen.

Letzteres gilt für den hier zu betrachtenden Zeitraum ohne Weiteres für den Fall, dass es zu einem Quotenanteil von 35 % kommt, denn dann würde mehr als die Hälfte der Rechte nach Methoden vergeben, die für Newcomer bzw. für differenziertere Geschäftsstrategien offen sind.

Zu demselben Ergebnis kommt man letztlich auch in dem Fall, in dem der Quotenanteil zunächst 65 % beträgt und dann ab 1. Januar 2018 bei 40-49 % liegt. Hier wird die erforderliche Öffnung der Rechte im Sinne eines Marktöffnungspfads erreicht, wobei hingenommen werden kann, dass der Quotenanteil zu Beginn des Pfads noch über 50 % liegt. Denn einerseits ist das aktuelle Interesse von Newcomern noch gering, wie die fehlende Resonanz jedenfalls gegenüber der Beschlussabteilung auf den – zusätzlich in Englisch ermöglichten – Markttest zeigt und wie auch von unabhängiger Seite im Markttest prognostiziert wurde. Andererseits ist den Marktteilnehmern bei der erstmaligen Einführung der Auktionierung nach über 40 Jahren eine schrittweise Umstellung unter dem Gesichtspunkt des Lernprozesses zuzubilligen. Es mag zutreffen, dass man die Lernkurve mit einem höheren Quotenanteil – so die Beigeladene zu 1⁸⁶ – oder ohne ganz ohne Quotenanteil mit alternativen flankierenden Modellen – so die Beigeladene zu 4⁸⁷ – ebenso erreichen kann. Entscheidend ist aber, dass von mehreren möglichen Vergabemethoden die Betroffene jedenfalls eine gewählt hat, die keinen Anlass zum kartellbehördlichen Einschreiten gibt.

⁸⁶ Vgl. Stellungnahme BFT, S. 3.

⁸⁷ Vgl. Stellungnahme Total II, S. 3.

b) Bündelung kleiner und mittlerer Tankstellen durch Beigeladene zu 1 und 2

Was die von der Betroffenen laut Ziffer 2.3.2. der Unterlage Markttest auch für die Zukunft geplante Vorgehensweise betrifft, mit den Beigeladenen zu 1 und zu 2 die Verhandlung und Verteilung der im Rahmen des Quotenmodells auf deren Mitglieder entfallenden Bundesautobahntankstellen zentral durchzuführen, wird die Beschlussabteilung wie schon in der Vergangenheit keine kartellbehördlichen Maßnahmen dagegen einleiten. Zwar verhält es sich bei der Vergabe von Einlieferungs- und Vertriebsrechten an Bundesautobahntankstellen so, dass der in der Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts genannte Grenzwert von 10 % Marktanteil⁸⁸ für jeden der beiden betroffenen Beigeladenen leicht überschritten wird. Dies zeigt ein Blick auf die addierten Absatzanteile ihrer jeweiligen Mitglieder im Autobahntankstellengeschäft. Die Beschlussabteilung wird die geplante Vorgehensweise aber auch künftig tolerieren. Zum einen wird auf diese Weise die angesichts der Zersplitterung der Mitgliedschaft ansonsten nahezu unmögliche Feinverteilung der einzelnen Tankstellen für beide Seiten vereinfacht. Zum anderen ist mit der Quotenfestlegung ein wichtiger Teil der Verteilung bereits durch die vorgelagerte und, wie oben gesehen, kartellrechtlich nicht zu beanstandende Vergabeentscheidung der Betroffenen festgelegt.

c) Agenturverträge

Der Agenturvertrag für den verauktionierten Tankstellenbestand bewegt sich hinsichtlich der wesentlichen Elemente - Handelsvertreter hinsichtlich Kraftstoffen, Preishoheit hinsichtlich Kraftstoffen bei dem Kraftstoffunternehmen, Rechnungshinweis auf Verkauf in fremdem Namen und auf fremde Rechnung - im Rahmen des Üblichen. Bisher weniger üblich ist, dass Schmierstoffe im Eigengeschäft vertrieben werden sollen, was aber nach Aussage der Betroffenen zunehmend gewünscht ist. Gegenwärtig sind sie zumeist vom Handelsvertreterverhältnis umfasst. Soweit in dem am 8. Dezember 2010 überreichten Agenturvertragsmuster den Vertragspartnern noch die Möglichkeit eingeräumt wurde, dass die Kraftstoffgesellschaft für vom Pächter im Eigengeschäft vertriebene Schmierstoffe verbindliche Höchstpreise vorgeben können soll (Ziff. 1.3.), ist dies auf Anregung der Beschlussabteilung gestrichen worden. Zwar können

⁸⁸ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamts über die Nichtverfolgung von Koperationsabreden von geringer wettbewerblicher Bedeutung v. 13.03.2007 – Bagatellbekanntmachung.

Höchstpreisbindungen nach europäischem und seit der 7. GWB-Novelle über § 2 GWB auch deutschem Kartellrecht gemäß Art. 4 Buchst. a) der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung⁸⁹ zulässig sein, doch bestehen wegen der flächendeckenden Verwendung in allen Agenturverhältnissen an der Autobahn ernsthafte Zweifel an der Freistellungsfähigkeit.

d) Kassensystem

Für die Besorgnis, dass eine Wettbewerbsbeschränkung auf einem wie auch immer abzugrenzenden Markt für Kassensysteme ausgelöst wird, indem die Betroffene ihren Bietern einheitlich das System eines bestimmten Anbieters vorgibt, gibt der Vortrag aus den Stellungnahmen keinen Anlass. Selbst bei enger Abgrenzung des Geschäftsfeldes auf Kassensysteme für Tankstellen würde sich die exklusive Vergabe der Kassensysteme für die rund 293 Bundesautobahntankstellen an einen Anbieter bei nahezu 14.400 Tankstellen in Deutschland jedenfalls prima facie nicht wettbewerbsbeschränkend niederschlagen. Die Betroffene hat hier verglichen etwa mit den großen Kraftstoffunternehmen ein vergleichsweise überschaubares Tankstellenkontingent. Zudem hat die Betroffene auf Nachfrage der Beschlussabteilung erläutert, dass sie mit dem betreffenden Anbieter Lösungsmöglichkeiten erarbeitet, mit deren Hilfe die Kassensysteme dieses Anbieters auch mit fremden Kassensystemen kommunizieren können. Im Ergebnis wird es deshalb von der Betroffenen ausweislich ihrer Darstellung in der Besprechung mit der Beschlussabteilung vom 16. Dezember 2010 angestrebt, dass im Hintergrund durchaus zwei Kassensysteme verwendet werden können, auch wenn nach außen das System des vorgegebenen Anbieters verwendet wird.

III. Preismissbrauchsverbot

Soweit in den Stellungnahmen vereinzelt erwartet wird, dass die im Wege der Verauktionierung gefundenen Entgelte missbräuchlich überhöht sein werden, und hierzu pauschal auf Erfahrungen mit entsprechenden Vorgängen im Ausland verwiesen wird, gibt dies keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung oder gar zu kartellbehördlichen Maßnahmen. Zum einen fehlt es bereits an einem konkret greifbaren Entgelt der Betroffenen, das sich nach § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB und Art. 102 Satz 2 Buchst. a) AEUV überprüfen ließe, da die Auktionierung

⁸⁹ Verordnung (EU) Nr.330/2010 der Kommission v. 20.04.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen – Vertikal-GVO.

noch bevorsteht und ihre Ergebnisse realistischerweise nicht mit der für ein Kartellverwaltungsverfahren erforderlichen Präzision vorhergesagt werden können. Zum anderen ist nicht substantiiert vorgetragen, welche Entgelte sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Auf die bisherigen Entgelte kann dabei nicht abgestellt werden, da sie im Rahmen eines Vergabemodells erzielt wurden, das zuletzt dem Verdacht der Eignung zur Marktabschottung unterlegen hat.

Was die von den Kraftstoffunternehmen geforderten Kraftstoffpreise an den ersteigerten Station betrifft, so macht das geplante Entgeltmodell mit seinen tendenziell niedrigeren variablen Entgeltsätzen für die Kraftstoffunternehmen eine Hochpreisstrategie unattraktiver als bisher.

Auch im Hinblick auf das von der Betroffenen im Auktionsmodell vorgesehene Mindestgebot besteht prima facie keine Besorgnis einer Ausbeutung der Bieterseite. Denn diese Mindestgebote werden von der Berechnungsmethode her⁹⁰ deutlich unterhalb der aktuell zu entrichtenden Vergütungen für die Einlieferungsrechte liegen.

B. Ermessen

Die Beschlussabteilung trifft die Entscheidung nach § 32c GWB in pflichtgemäßer Ausübung ihres hierfür bestehenden Ermessens.

Eine entsprechende Entscheidung ist verhältnismäßig. Mit dem Geschäftsfeld des Vertriebs von Kraftstoffen über Bundesautobahntankstellen ist ein wirtschaftlich bedeutender Markt betroffen. Auf der Grundlage der Zahlen für 2008 werden über Bundesautobahntankstellen ca. 2 Mrd. Liter Kraftstoff jährlich abgesetzt, wobei die Verdienstmöglichkeiten für die betroffenen Wirtschaftskreise deutlich höher sind als im Straßentankstellengeschäft und die je Station abgesetzten Mengen durchschnittlich doppelt so hoch sind wie im Straßentankstellengeschäft. Darüber hinaus ist die Entscheidung nach § 32c GWB zur Klarstellung und im Interesse der Rechtssicherheit bezüglich des behördlichen Verhaltens geeignet und angemessen. So wird zum einen in § 3 Satz 3 des Rahmenvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Betroffenen ausgeführt, dass eine Änderung des bisherigen Quotenmodells in Abstimmung mit den zuständigen Kartellbehörden zulässig ist. Zum anderen hat die Ankündigung der Änderung der Vergaberegeln durch die Betroffene eine intensive und teils heftig geführte Diskussion über deren Zulässigkeit ausgelöst. Die Entscheidung nach § 32c GWB schafft hier

⁹⁰ Siehe dazu Stellungnahme Tank & Rast, S 8 f.

insofern Rechtsklarheit und –sicherheit. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass vorliegend über eine grundsätzliche Neukonzeption der Vergabe unter Ablösung eines jahrzehntelang geübten Vergabemodells zu entscheiden ist. Die Beschlussabteilung beabsichtigt nicht, künftige Detailänderungen erneut im Rahmen eines aufwändigen Verfahrens nach § 32c GWB zu behandeln.

Soweit die Beschlussabteilung die Breite und Tiefe ihrer Prüfung beschränkt hat, erschienen die hiervon betroffenen Aspekte wirtschaftlich und normativ nicht in einem Maße bedeutsam, dass ihre Behandlung als vom öffentlichen Interesse hätte geboten erscheinen lassen. Nach den generell positiven Befunden zu den Eckpfeilern des Systems konnte die Beschlussabteilung auch von einer Fortführung des Verfahrens im Hinblick auf eine mögliche Untersagung nach § 32 GWB absehen.

Teil 3. Gebühren

...

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismitteln angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Dr. Carsten Becker

Dr. Charlotte Zapfe

Sandro Gleave

Es wird darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung – dem Tenor nach – im Bundesanzeiger (§ 62 Satz 2 GWB) sowie – im Volltext – im Internet unter www.bundeskartellamt.de veröffentlicht wird. Sie werden deshalb gebeten, der Beschlussabteilung **innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt dieses Beschlusses** mitzuteilen, ob die Entscheidung Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie die von Ihnen gewünschten Löschungen.