Bundeskartellamt

Sektoruntersuchung Milch

Zwischenbericht gemäß § 32e GWB – Dezember 2009

Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AbL	Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft
AbsFondsG	Gesetz über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft
AMI	Agrarmarkt Informations-Gesellschaft mbH
AZP	Milchauszahlungspreise
BAnz.	Bundesanzeiger
Bayern MeG	Bayern Milcherzeugergemeinschaft w.V.
BDM	Bund deutscher Milchviehhalter e.V.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BStatG	Bundesstatistikgesetz
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CMA	Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH
CNIEL	Centre National Interprofessionnel de l'Economie Laitière
DBV	Deutscher Bauernverband
DMZ	Deutsche Molkereizeitung
Drucks.	Drucksache

DRV	Deutscher Raiffeisenverband
EOP	Erzeugerorientierungspreis
Eumix	European Milk Exchange
FNIL	Féderation nationale de l' Industrie Laitière
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und wirtschaftsgenossenschaften
GfK	Gesellschaft für Konsumforschung SE
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
LEH	Lebensmitteleinzelhandel
LfL	Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft
LZ	Lebensmittelzeitung
MarktONOG	Gesetz über Meldungen über Marktordnungswaren
MarktOWMeldV	Verordnung über Meldepflichten über Marktordnungswaren
MarktStrG	Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugung an die Erfordernisse des Marktes
Milchboard	MEG Milch Board w.V.
MilchFG	Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten
MilchQuotV	Verordnung zur Durchführung der EG-Milchquotenregelung
MIV	Milchindustrie-Verband e.V. Berlin
MOG	Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OOH-Handel	Out-of-Home-Handel

ProdGewStatG	Gesetz über die Statistik im produzierenden Gewerbe
Rdnr.	Randnummer
Umdr.	Umdruck
VMB	Verband der Milcherzeuger Bayerns
VO GMO	Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates vom 22. Oktober 2007 über eine gemeinsame Organisation der Agrarmärkte und mit Sondervorschriften für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organization
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZMB	Zentrale Milchmarkt Berichterstattung GmbH, Berlin
ZMP	Zentrale Markt- und Preisberichtstelle GmbH, Bonn

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung ... 10
B. Hintergrund ... 12
I. Rechtliche Grundlagen und Anlass der Sektoruntersuchung ... 12
1. Beschwerden ... 12
2. Anfragen ... 13
3. Rechtlicher Rahmen ... 14
II. Vorgehen und Strategie ... 15
C. Rechtliche Rahmenbedingungen ... 16
I. Europäischer Rahmen ... 17
1. Interventionsregime ... 17
2. Exporterstattungen ... 18
3. Milchquotenregime ... 19
4. Nationale und europäische Unterstützungsmaßnahmen für den Milchsektor ... 21
II. Nationale Rechtsgrundlagen ... 22
1. Wichtige rechtliche Vorgaben ... 23
2. Melde- und Veröffentlichungspflichten ... 23
D. Bedeutung und Aufbau der Milchwirtschaft in Deutschland ... 27
I. Marktstufen und Marktstrukturen ... 29
1. Milcherzeuger ... 29
2. Milchverarbeitende Betriebe ... 30
3. Spotmarkt, Milchhändler, Börsen ... 33
a) Spotmarkt ... 33
b) Milchhändler ... 34
c) Quotenbörse ... 35
d) Süddeutsche Butter- und Käsebörse e.V. Kempten / Börse Hannover ... 35
e) Milchbörse ... 36
4. Abnehmer und Absatzwege ... 36
II. Milchauszahlungspreis ... 39
E. Marktabgrenzung im Bereich der Milchwirtschaft ... 40
I. Sachliche Marktabgrenzung für die Erfassung der Rohmilch ... 41
1. Konventionelle Milch/Bio-Milch ... 41

2. Lieferverträge/Spotmarkt ... 42
3. Räumliche Marktabgrenzung ... 42
II. Marktabgrenzung für den Absatz von Molkereiprodukten: ... 43
1. Produktgruppen ... 44
2. Markenprodukte/Handelsmarken ... 44
3. Marktabgrenzung nach Vertriebswegen ... 45
4. Räumliche Marktabgrenzung ... 46
F. Verhältnis Milcherzeuger/Molkereien ... 46
I. Anbieterstruktur ... 46
1. Analyse ... 47
2. Vorläufige wettbewerbsrechtliche Würdigung ... 48
a) Generelle Ausnahmebereiche ... 49
b) Ausnahmebereich Landwirtschaft (§ 28 GWB) ... 49
c) Ausnahmebereich § 11 Marktstrukturgesetz ... 52
II. Milchauszahlungspreis ... 54
1. Preisbildungsmechanismus ... 55
a) Genossenschaftliche Milchverarbeitungsbetriebe ... 56
b) Private Molkereien ... 57
c) Vorläufige wettbewerbliche Bewertung ... 58
2. Höhe des Milchauszahlungspreises ... 61
a) Faktoren, die die Preishöhe beeinflussen ... 61
aa) Generelle Marktlage/Weltmarkteinflüsse ... 61
bb) Faktoren, die die individuelle Höhe des Milchauszahlungspreises beeinflussen ... 63
b) Initiativen zur Beeinflussung der Höhe des Milchauszahlungspreises ... 64
aa) Darstellung der Initiativen zur Beeinflussung der Höhe des Milchauszahlungspreises ... 65
aaa) Bundesweite Basismilchpreis und Milchempfehlung ... 65
bbb) Französisches und spanisches Modell ... 65
ccc) Quotendrosselung und Saldierung ... 66
ddd) Freiwillige Mengenbeschränkung ... 67
eee) Leuchtturmmolkereien ... 67
fff) Interprofession ... 67

bb) Wettbewerbsrechtliche Bewertung ... 67
aaa) Kostendeckender Basismilchpreis und Preisempfehlung ... 67
bbb) Das französische und das spanische Modell ... 70
ccc) Milchquotendrosselung/Saldierung/Anpassung des Umrechnungsfaktors ... 71
ddd) Freiwillige Mengenbeschränkung ... 72
c) Zusammenfassung ... 73
III. Längerfristige Lieferverträge ... 73
1. Vorläufige Ergebnisse der Sektoruntersuchung ... 74
2. Ansichten der Betroffenen ... 75
3. Vorläufige wettbewerbsrechtliche Einordnung ... 77
IV. Transparenz ... 82
V. Das deutsche Genossenschaftswesen im Milchsektor ... 84
1. Genossenschaftsgesetz und Auszahlungspreise ... 85
a) Erfordert das Genossenschaftsgesetz die Auszahlung höchstmöglicher Rohmilchpreise? ... 85
b) Welche Einflussmöglichkeiten haben Milcherzeuger genossenschaftlicher Molkereien auf die Auszahlungspraxis? ... 86
2. Genossenschaftsgesetz und Andienungspflichten durch langfristige Lieferverträge ... 89
VI. Vorläufige Gesamtbetrachtung ... 91
G. Verhältnis Molkereien/LEH ... 92
I. Marktmachtverteilung ... 93
1. Aktuelle Verfahren der 2. Beschlussabteilung ... 93
2. Methodischer Ansatz ... 95
3. Ergebnisse der Sektoruntersuchung ... 97
II. Vorläufige Wettbewerbsrechtliche Bewertung ... 98
1. Kooperationsmöglichkeiten der Molkereien ... 104
a) Zusammenschlüsse ... 104
b) Kooperationen ... 105
aa) Rechtliche Bewertung ... 106
bb) Inhaltliche Bewertung ... 106
c) Kooperationen über Marktstufen hinweg ... 108
2. Verwendung von Muster- oder Standardverträgen ... 111
3. Transparenz ... 112

a) Grundsätze zur Beurteilung von Marktinformationssystemen 114
b) Marktinformationssysteme und Transparenz im Milchsektor 116
c) Andere Länder 117
III. Zusammenfassung 118
H. Praktiken von Unternehmen des LEH 119
I. Weitergabe von Preisvorteilen an den Verbraucher 119
II. Angebliche Preisabsprachen im LEH 124
III. Verkauf unter Einstandspreis 127
IV. Vorläufige Gesamtbetrachtung 128
I. Untersuchungen anderer europäischen Staaten und Initiativen der Europäischen Kommission 129
I. Belgien 129
II. Dänemark 130
III. Spanien 130
IV. Frankreich 131
V. Sonstige Verfahren anderer europäischer Wettbewerbsbehörden 131
VI. Europäische Kommission 131
J. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen 133
I. Zusammenfassung 133
II. Weiteres Vorgehen 137

A. Einleitung

Die vorliegende Darstellung ist ein **Zwischenbericht** über den Stand der Ermittlungen der 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch.

Im Juni 2008 hat die u.a. für die Bereiche Landwirtschaft, Ernährungsindustrie sowie Groß- und Einzelhandel mit Konsumgütern zuständige 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes eine Sektoruntersuchung der Milchwirtschaft eingeleitet. Anlass dafür waren Hinweise, dass der Wettbewerb in der Milchwirtschaft auf den einzelnen Marktstufen nur eingeschränkt funktioniert. Durch eine Vielzahl von Gesprächen mit Markteilnehmern aller Marktstufen, die Analyse einer ersten Marktbefragung von Molkereien und Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sowie die Prüfung von mehreren Zusammenschlüssen im Molkereibereich[1] hat die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts Erkenntnisse über den gesamten Bereich der Milchwirtschaft gewonnen. Diese Erkenntnisse sind in diesem Zwischenbericht dargestellt. Hieraus leitet sie vorläufige Schlussfolgerungen ab, die mit den betroffenen Wirtschaftskreisen auf der Grundlage dieses Berichtes diskutiert werden sollen. Zudem enthält der Zwischenbericht eine Darstellung des nationalen und des europäischen Rechtsrahmens für die Milchmärkte. Schließlich bewertet der Zwischenbericht Vorschläge und Initiativen zur Verbesserung der Situation der Milcherzeuger in Deutschland aus wettbewerbsrechtlicher Sicht.

Die Beschlussabteilung versteht diesen Zwischenbericht als Grundlage für einen Dialog mit den Marktteilnehmern und interessierten politischen Kreisen. Dazu erhalten alle Interessenten die Möglichkeit, schriftlich zu diesem Bericht bis zum

01. März 2010

schriftlich Stellung zu nehmen.

Hieran anschließend wird die Beschlussabteilung eine mündliche Anhörung durchführen, um mit Vertretern der Milcherzeuger, der Molkereien und des Handels den Zwischenbericht unter Berücksichtigung der schriftlichen Stellungnahmen zu diskutieren. Einladungen dazu werden gesondert ergehen.

Die Beschlussabteilung hat im Laufe ihrer Ermittlungen insbesondere folgende Themenkomplexe identifiziert, die sie mit den Betroffenen vertieft diskutieren möchte,

---

[1] B.S.A. International/Groupe Lactalis, B2-103/08; Loose/Poelmeyer u.a., B 2 – 359/07, Beschluss v. 2.7.2008 ; Hochland AG/Grünland GmbH, B 2 – 214/08; Bayernland/Käserei Bayreuth, B2-193/08, Beschluss v. 3.3.2009; Humana/Nordmilch, B 2 – 29/09, Beschluss v. 9.6.2009; Humana/Niedergrafschaft, B 2 – 88/09; Nordmilch/Pommernmilch B 2 – 92/09.

→ Verhältnis zwischen Milcherzeugern und Molkereien: Marktmachtverteilung, Milchauszahlungspreise, langfristige Lieferverträge, Markttransparenz, Genossenschaften

→ Verhältnis zwischen Molkereien und Lebensmitteleinzelhandel: Marktmachtverteilung, Transparenz, Weitergabe von Preisvorteilen durch den LEH an den Verbraucher, angebliche Preisabsprachen im LEH.

Die Sektoruntersuchung beleuchtet dabei die angesprochenen Themenkomplexe vorrangig aus wettbewerbsrechtlicher Sicht.

Die Beschlussabteilung hat sich bei ihren Ermittlungen zudem auf solche Bereiche konzentriert, aus denen ihr Beschwerden vorlagen oder zu denen es Anfragen von Marktteilnehmern gegeben hat. Andere Bereiche (wie z. B. den Vertrieb von Molkereiprodukten an Großverbraucher oder Industriekunden sowie die Produktion und den Vertrieb von Bio-Milch oder andere Milcharten als Kuhmilch) hat die Beschlussabteilung in die Untersuchung dagegen nicht einbezogen. Diese werden im Folgenden daher (wenn überhaupt) nur kursorisch gestreift. Sofern aus Sicht der Marktteilnehmer dennoch Bedarf besteht, diese oder weitere im Zwischenbericht nicht erwähnte Bereiche zu diskutieren, bittet die Beschlussabteilung um entsprechende Hinweise im Rahmen der schriftlichen Stellungnahme.

Aus Sicht der Beschlussabteilung gibt es gegenwärtig Marktmechanismen, die bisher nicht hinreichend ausermittelt werden konnten: Hier ist die Faktenlage für die Beschlussabteilung noch unklar. Diese sind im Zwischenbericht farblich (orange hinterlegt) hervorgehoben. Sofern Marktteilnehmer oder Branchenkenner dazu geeignete Angaben oder Ermittlungsvorschläge machen können, wäre dies für die Beschlussabteilung sehr hilfreich. Ebenfalls farblich hervorgehoben (rot) sind die Themenkomplexe, die die Beschlussabteilung vorrangig mit interessierten Marktkreisen diskutieren möchte. Sie bittet daher, dass in allfälligen schriftlichen Stellungnahmen auf diese Punkte besonders eingegangen wird.

Schließlich weist die Beschlussabteilung darauf hin, dass das Bundeskartellamt eine Verwaltungsbehörde ist, deren Aufgabe alleine in der Anwendung geltenden Rechts besteht. Die Beschlussabteilung hat daher keinerlei Befugnisse, eine Änderung der für die Landwirtschaft geltenden nationalen oder europäischen Vorschriften zu erzwingen oder sich gar über diese hinwegzusetzen. Sie versteht diesen Zwischenbericht auch als Appell an die wirtschaftlichen und politischen Entscheidungsträger, die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten zu nutzen und markt- und wettbewerbskonforme Lösungsansätze zu entwickeln.

B. Hintergrund

I. Rechtliche Grundlagen und Anlass der Sektoruntersuchung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[2] ermächtigt das Bundeskartellamt zur Durchführung sogenannter Sektoruntersuchungen nach § 32e GWB, wenn starre Preise oder andere Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt ist.

Anlass zu einer umfassenden Untersuchung des Milchsektors bestand für die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamt, weil für alle Marktstufen Hinweise vorliegen, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb teilweise nur eingeschränkt funktioniert:

1. Beschwerden

In Bezug auf den LEH als Abnehmer von Molkereiprodukten wurde von Milcherzeugern und Molkereien auf zeitgleich stattfindende Preissenkungen für gleiche Molkereiprodukte hingewiesen und der Verdacht von Wettbewerbsabsprachen zwischen Unternehmen des LEH geäußert. Verbraucher haben sich hingegen über die nach dem Milchlieferstreik im Mai 2008 durchgeführten zeitgleichen Preiserhöhungen praktisch aller Unternehmen des LEH bei einzelnen Milchprodukten (insbesondere Konsummilch, teilweise auch Butter) beschwert. Darüber hinaus ist der Vorwurf erhoben worden, die Unternehmen des LEH missbrauchten ihre Nachfragemacht gegenüber den Molkereien und setzten zu Lasten der Milcherzeuger niedrigere Einkaufspreise durch, gäben ihrerseits jedoch die erzielten Preisvorteile nicht zeitnah an die Verbraucher weiter. Des Weiteren beschwerten sich vor allem Milcherzeuger und deren Verbände über vermutete Verkäufe unter Einstandspreis im Bereich der Molkereiprodukte.

Im Hinblick auf die Belieferung von Molkereien mit Rohmilch sind Beschwerden von Milcherzeugern eingegangen, die ihre Molkerei wechseln wollten, aber nach Kündigung bei der bisherigen Molkerei von keiner anderen Molkerei als Milchlieferant aufgenommen worden sind. Außerdem haben sich Milcherzeuger und Molkereien über vertraglich bestehende längerfristige Bindungen der Milcherzeuger an Molkereien und umgekehrt beschwert.

---

[2] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2114) zuletzt geändert durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BGBl I S. 1102) am 25. Mai 2009.

Schließlich haben sich Milcherzeuger und teilweise auch Molkereien über die Art und Weise, wie Milchauszahlungspreise festgesetzt werden, beschwert. Milcherzeugerverbände und ihnen nahestehende Organisationen haben die Höhe des Milchauszahlungspreises als existenzbedrohend und unfair eingestuft. Im Frühjahr 2008 und Spätherbst 2009 ist es zu Demonstrationen und im Mai 2008 zu einem Milchlieferstreik gekommen, um höhere Milchauszahlungspreise zu erzwingen.

Bezüglich des vom Bundesverbandes Deutscher Milchviehhalter (BDM) organisierten Milchlieferstreiks im Mai 2008 hat die Beschlussabteilung im Verwaltungsverfahren festgestellt, dass der BDM mit seinem Aufruf zum Lieferboykott gegen das Boykottverbot des § 21 GWB verstoßen hat. Die Beschlussabteilung hat dem BDM für den Wiederholungsfall angedroht, ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einzuleiten und ein Bußgeld zu verhängen.[3] Gegen diese Entscheidung hat der BDM Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Das OLG Düsseldorf hat den Beschluss des Bundeskartellamtes vollumfänglich bestätigt und die Rechtsbeschwerde gegen das Urteil nicht zugelassen.[4] Der BDM hat mittlerweile eine Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt und diese begründet. Die Entscheidung ist daher noch nicht rechtskräftig.

In diesem Kontext haben sich Milcherzeuger und Molkereien über diese und weitere Aktivitäten des BDM beschwert; eine Molkerei führt wegen des Milchlieferstreiks und wegen der in diesem Zusammenhang gegen ihr Unternehmen durchgeführten Blockademaßnahmen einen zivilrechtlichen Schadensersatzprozess gegen Mitglieder des BDM und den Verband als solches.

2. Anfragen

Das Bundeskartellamt hat mehrfach Fragen von Milcherzeugern und Milcherzeugerorganisationen zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Kooperationen und Absprachen über Mengenbegrenzungs- und Preissteuerungsmaßnahmen erhalten. Im Fokus stand hierbei die Frage, bis zu welchem Grad Milcherzeuger Milch bündeln und zu einem einheitlichen Preis gegenüber den Molkereien vermarkten können, ohne gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht zu verstoßen, bzw. welche Koordinations- und Kooperationsmöglichkeiten diese Vorschriften Milcherzeugern und Molkereien bieten.

---

[3] B 2 – 100/08, BDM-Boykott, Beschluss v. 12.11.2008.
[4] Beschluss des OLG Düsseldorf vom 9. September 2009 (VI-Kart.13/08 V).

3. Rechtlicher Rahmen

Sektoruntersuchungen setzen nicht voraus, dass einzelne Unternehmen gegen das Kartellrecht[5] verstoßen haben, sie richten sich daher auch nicht gegen konkrete Unternehmen. Eine Sektoruntersuchung dient der Untersuchung und Analyse der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse auf dem betroffenen Markt insgesamt. Mit dieser Vorschrift erhält die Kartellbehörde umfangreiche Ermittlungsbefugnisse außerhalb einzelner Verstöße gegen das Kartellrecht. Die Entscheidung für eine Sektoruntersuchung trifft die jeweilige für die Branche zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamts. Als Untersuchungsmethoden kann die ermittelnde Kartellbehörde formlose Auskunftsersuchen und (bußgeldbewehrte) förmliche Auskunftsbeschlüsse sowie Interviews und – wenn notwendig – Durchsuchungen und unangekündigte Nachprüfungen einsetzen.

Das Bundeskartellamt und – je nach Fallkonstellation - die Landeskartellbehörden haben verschiedene rechtliche Möglichkeiten, um auf im Rahmen einer Sektoruntersuchung identifizierte Wettbewerbshindernisse zu reagieren. So können unzulässige marktabschottende Vereinbarungen gemäß § 32 GWB festgestellt und die Unternehmen zu Abstellungsmaßnahmen verpflichtet werden. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht können im Wege des Ordnungswidrigkeitenverfahrens verfolgt und mit einer Geldbuße geahndet werden.

Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung sollen den Akteuren der verschiedenen Marktstufen sowie politischen Entscheidungsträgern einen vertieften Einblick in die Wettbewerbssituation und die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen auf dem Milchsektor gewähren. Diese können zum Beispiel als Grundlage für eine Erörterung der Notwendigkeit kartellbehördlicher Verfahren oder sogar gesetzgeberischer Eingriffe dienen. Sie sollen die Beteiligten zugleich in die Lage versetzen, zu erkennen, wo derartige Eingriffe nicht notwendig sind, da bestehende rechtliche Möglichkeiten bisher nicht oder nicht vollumfänglich genutzt werden. Die Darstellung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zeigt die rechtlichen und faktischen Grenzen auf, denen der nationale Gesetzgeber insoweit unterliegt.

Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung veranschaulichen zudem ganz allgemein der Öffentlichkeit, wie der Milchsektor funktioniert und wie bestimmte Vorgänge auf den verschiedenen Marktstufen zu bewerten sind. Angesichts der seit einiger Zeit andauernden Diskussionen um faire Milchauszahlungspreise einerseits und hohe Ladenverkaufspreise für

---

[5] Die Begriffe „Kartellrecht“ und „Wettbewerbsrecht“ werden im Folgenden synonym gebraucht.

Lebensmittel andererseits sowie der Diskussion über verschiedene politische Aktivitäten auf nationaler und europäischer Ebene in diesem Bereich, hat die Beschlussabteilung ein hohes öffentlichen Interesse an diesem Sektor festgestellt.

II. Vorgehen und Strategie

Die Beschlussabteilung hat in einer ersten Befragungsrunde Ende Juli 2008 förmliche Auskunftsbeschlüsse mit Fragebögen an 36 Molkereien verschickt, die zusammen für 75 % der deutschen Rohmilcherfassung stehen. Davon sind 17 Molkereien genossenschaftlich und 19 privatrechtlich organisiert. Anschließend sind förmliche Auskunftsbeschlüsse mit Fragebögen an 13 deutschen Handelsketten des LEH versandt worden, die gemeinsam eine Marktabdeckung von über 90 % erreichen. Eine Befragung der Industrie und der Großverbraucher (z.B. Krankenhäuser, Altenheime, Kantinen usw.) als weitere Abnehmer von Molkereiprodukten ist bislang unterblieben, da für diesen Bereich bislang keinerlei Beschwerden vorliegen.

Im Rahmen der Sektoruntersuchung, aber auch anlässlich von Ermittlungen der Marktverhältnisse in Fusionskontrollverfahren und im Rahmen der Ermittlungen gegen den BDM wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das Boykottverbot des § 21 GWB hat die Beschlussabteilung zahlreiche Gespräche mit unterschiedlichen Vertretern der Branche geführt. Solche Gespräche fanden u.a. mit den Mitarbeitern der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE), dem Deutschen Bauernverband (DBV), dem BDM, der Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft e. V. (AbL), der Milcherzeugergemeinschaft Bayern-MEG, Vertretern des Verbandes Bayerischer Milcherzeuger, des Deutschen Raiffeisenverbandes (DRV), des Milchindustrieverbandes (MIV) und des Hauptverbands des Deutschen Einzelhandels (HDE), mit Vertretern ausländischer und inländischer privater Molkereien sowie mit zahlreichen Erzeugern statt.

Darüber hinaus ist die Beschlussabteilung über ihre Präsenz und Mitarbeit in den beiden Arbeitsgruppen der Europäischen Kommission „Subgroup Food“ und „Subgroup Milk“ im Milchsektor im Dialog mit den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Europäischen Kommission. Das Bundeskartellamt nimmt auch an einzelnen Sitzungen der „High Level Expert Group on Milk“ teil. Dieser Arbeitsgruppe gehören im wesentlichen Vertreter der nationalen Landwirtschaftsministerien an. Der Vorsitz in dieser Gruppe wird von der Generaldirektion Landwirtschaft der Europäischen Kommission wahrgenommen.

C. Rechtliche Rahmenbedingungen

Der Milchsektor ist – wie alle landwirtschaftlichen Sektoren – geprägt durch eine jahrzehntelange europäische Struktur- und Förderungspolitik mit einer Vielzahl von rechtlichen Vorgaben. Hintergrund ist das Bemühen um eine gemeinsame europäische Agrarpolitik (GAP). Seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften bestehen deshalb im gemeinschaftlichen Primärrecht besondere Vertragsbestimmungen für eine gemeinsame Agrarpolitik. Ziel dieser Politik ist es gemäß Art. 33 EUV[6]:

→ *die Produktivität der Landwirtschaft durch Förderung des technischen Fortschritts, Rationalisierung der landwirtschaftlichen Erzeugung und den bestmöglichen Einsatz der Produktionsfaktoren, insbesondere der Arbeitskräfte, zu steigern;*
→ *auf diese Weise der landwirtschaftlichen Bevölkerung, insbesondere durch Erhöhung des Pro-Kopf-Einkommens der in der Landwirtschaft tätigen Personen, eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten;*
→ *die Märkte zu stabilisieren;*
→ *die Versorgung sicherzustellen;*
→ *für die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen Sorge zu tragen.*

Der Grad an Protektionismus und staatlicher Intervention ist in den Bereichen der Landwirtschaft deutlich höher und ausgeprägter als in sonstigen Wirtschaftssektoren. Die Agrarpolitik der Europäischen Union hatte in der Vergangenheit den Landwirten unabhängig von der Entwicklung der Marktverhältnisse ein gesichertes Einkommen garantiert, führte jedoch zu gravierenden Fehlentwicklungen („Milchseen“, „Butterberge“). Mit Wirkung zum 1. Januar 2005 hat die Europäische Union daher Reformmaßnahmen mit dem Ziel eingeleitet, die Gemeinsame Agrarpolitik stärker dem tatsächlichen Marktgeschehen anzupassen. In zunehmendem Maße soll die Rentabilität der einzelnen Produktionszweige die Produktionsentscheidung des Landwirts beeinflussen. Die Art der Nutzung einer landwirtschaftlichen Fläche soll von den zu erwartenden Kosten und den zu erzielenden Preisen, nicht aber von

[6] EG Vertrag; Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2. Oktober 1997, zuletzt geändert durch den Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union vom 25. April 2005 (ABl. EG L 157/11) mit Wirkung vom 1. Januar 2007. Der EG Vertrag ist mit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags zum 1. Dezember 2009 in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannt worden und hat eine neue Artikelabfolge erhalten (ABl C 115/47 vom 9. Mai 2008). Der Bereich der Landwirtschaft ist nunmehr in den Artikeln 38 bis 44 AEUV geregelt, der hier zitierte ehemalige Artikel 33 EGV ist jetzt Artikel 39 AEUV.

den damit verbundenen Transferleistungen abhängen.[7] Damit soll ein Wandel vom „Subventionsoptimierer“ zum marktwirtschaftlich handelnden Unternehmer eingeleitet werden.

I. Europäischer Rahmen

Seit 1968 besteht im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr. 804/1968[8] eine gemeinsame europäische Marktorganisation für Milch und Milcherzeugnisse. Mit der Etablierung eines regulierten und beaufsichtigten Marktes sollten die Vorgaben des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft umgesetzt werden. Als zentrales Instrument zur Erreichung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik der Mitgliedstaaten wurde die staatliche Intervention für Milch und Milcherzeugnisse eingeführt.

1. Interventionsregime

Die seit 1968 bestehenden Regelungen zur Intervention sind zwar mehrfach geändert worden, bestehen dem Grunde nach aber auch noch heute[9] und werden trotz der mittlerweile beschlossenen Liberalisierung gegenwärtig wieder für bestimmte Molkereiprodukte eingesetzt. „Intervention“ bedeutet, dass zugunsten der Erzeuger eine Abnahme- und Preisgarantie abgegeben wird. Beim Unterschreiten eines gewissen Mindestpreises am Markt, des sog. Interventionspreises, ist die nationale Interventionsstelle verpflichtet, bestimmte Produkte zu einem Mindestpreis abzunehmen.

Im Milchsektor bestand und besteht die Intervention für Butter und Sprühmagermilchpulver. Anfänglich vor Beginn der grundlegenden Reformen der gemeinsamen Agrarwirtschaft war die Ankaufsmenge der Intervention unbegrenzt. Aufgrund der damals auch noch sehr hohen Interventionspreise führte dies zu den sprichwörtlichen Butterbergen und Milchseen der Europäischen Gemeinschaft. Erst mit der Agenda 2000 und der GAP-Reform 2003 wurde die Intervention auf eine Höchstmenge an Butter[10] und Sprühmagermilchpulver[11] beschränkt. Zugleich mit der Beschränkung der Interventionsmenge begann die allmähliche Senkung der Interventionspreise[12] mit dem Ziel einer vollständigen Liberalisierung des Marktes bis zum Jahre 2015. Dieser Übergang ist mit Unterstützungszahlungen von rund 5 Mrd. EUR für die

---

[7] Studie „Chancen und Herausforderungen für die deutsche Milchwirtschaft“ Hrsg: BMELV, Oktober 2008, Seite 20.
[8] ABl. L 148 v. 27.6.1968, S. 13.
[9] Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates v. 22. Oktober 2007 über eine gemeinsame Organisation der Agrarmärkte und mit Sondervorschriften für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse, Art. 6 ff.
[10] Jährlich 30.000 t.
[11] Jährlich 109.000 t.
[12] Für Butter um 25 % bis 2009 von 328,20 EUR je 100 Kilogramm auf 246,39 EUR je 100 Kilogramm; für Magermilchpulver um 15 % bis 2009 auf 169,80 EUR je 100 Kilogramm.

Milcherzeuger gestützt worden.[13] Dadurch erhält jeder Milcherzeuger eine Einkommensunterstützung in Höhe von 3,55 ct je Kilogramm Rohmilch.

Nach wie vor kann die Europäische Kommission aber über die Höchstmenge der Intervention hinaus weitere Mengen im Wege einer Ausschreibung im Markt stützen, soweit es nach ihrem Ermessen die Marktlage erfordert. Dies ist in diesem Jahr geschehen aufgrund des erheblichen Verfalls der Preise für Rohmilch. Der zuständige Verwaltungsausschuss der Kommission hat beschlossen, sowohl die Interventionsdauer als auch die Interventionsmenge erheblich auszudehnen.[14]

2. Exporterstattungen

Ein weiteres klassisches Stützungsinstrument der europäischen Milchpolitik sind die Exporterstattungen für Milchprodukte.[15] Mit ihrer Hilfe sollen die Preise auf dem Binnenmarkt gestützt werden, indem der Export den Markt um Mengen erleichtert, und zugleich Marktanteile im Welthandel gewonnen werden. Dafür gibt es zwei Verfahren: Zum einen werden im sog. Dauerausschreibungsverfahren von den zuständigen nationalen Stellen Angebote mit Mengen- und Preisvorstellungen des Exporteurs für Magermilchpulver, Butter und Butteröl angenommen. Die Kommission berechnet auf dieser Grundlage dann die erforderliche Erstattungshöhe, um die gewünschte Menge auszuführen. Die Erstattungshöhe orientiert sich dabei an der Differenz zwischen dem Weltmarkt- und dem europäischen Preis. Daneben bestehen zum anderen durch Verordnung festgelegte fixe Erstattungssätze für eine Reihe weiterer Milcherzeugnisse wie Käse und Vollmilchpulver.

Die Exporterstattungen sind nur im Rahmen des geltenden WTO-Agrarabkommens rechtlich zulässig. Hier gelten wert- und mengenmäßige Obergrenzen. Die EU hat ihre Erstattungen für Milch und Milchprodukte seit 1993 um fast 80 % abgebaut und für Magermilchpulver seit 2006 sowie für sonstige Milchprodukte seit 2007 sogar auf null reduziert. Aufgrund der Lage auf den Milchmärkten sind die Exporterstattungen jedoch im Januar 2009 wieder aufgenommen worden.

---

[13] Mitteilung der Kommission an den Rat, Die Lage auf dem Milchmarkt 2009, KOM (2009) 385 endg., S. 2.

[14] Inzwischen (August 2009) sind über 83.000 t Butter in öffentlicher Lagerhaltung (dazu noch 134.000 t Butter in privater Lagerhaltung) und über 277.000 t Magermilchpulver eingelagert worden. Die Intervention ist vorläufig bis zum 10. Februar 2010 mit einer Option für eine weitere Verlängerung bis Februar 2011 verlängert worden. Vgl. Pressemeldung, abrufbar unter http://ec.europa.eu/agriculture/newsroom/en/362.htm Zu einer Auslagerung der Interventionsbestände soll es kommen, wenn dadurch die Marktentwicklung nicht gefährdet wird.

[15] Zu den Hintergründen, der Zulässigkeit und ihrer Wirksamkeit vgl. Neumair, DMZ 19/2009, S. 5 ff.

3. Milchquotenregime

Neben die Intervention ist ab 1984 die Milchquotenregelung (vor allem auch auf Betreiben Deutschlands) getreten. Das Auffüllen von Milchseen sollte verhindert werden, indem jeder Mitgliedstaat eine Höchstmenge an produzierter Rohmilch zugewiesen bekommt[16] und bei Überschreitung der zugewiesenen Milchquote eine Strafabgabe, die „Superabgabe", zu zahlen ist. Die Verteilung der nationalen Quote obliegt den Mitgliedstaaten ebenso wie die Entscheidung darüber, ob eine Verarbeitungs- oder eine Produktionsquote eingeführt werden soll. Während letztere eine Quote der Milcherzeuger ist und die Menge der produzierten Rohmilch begrenzt, wird die Verarbeitungsquote den Molkereien erteilt und beschränkt deren Produktion.

In Deutschland ist von Anfang an eine Produktionsquote eingeführt worden. Die Quote knüpft dabei an die landwirtschaftliche Fläche an, um die Milchproduktion in den einzelnen Regionen zu erhalten. Jeder Milcherzeuger erhielt mit Beginn der Quotenregelung eine Quote zugeteilt, die seiner Jahresanlieferung Rohmilch im Jahr 1983 entsprach.[17] Eine Aufstockung der Quote war in diesem ursprünglichen System nur durch Erwerb weiterer landwirtschaftlicher Flächen möglich, die bereits vor dem Erwerb für die Milcherzeugung genutzt worden sind. Der Kauf oder die Anpachtung dieser Flächen war jedoch nur in den jeweiligen Regionen möglich, in Bayern z.B. nur in dem Regierungsbezirk, in dem der Käufer oder Pächter seine Milchviehhaltung betrieb. Die strikte Bindung der Quote an die landwirtschaftliche Fläche wurde in der Folgezeit aufgelockert und mit Einführung der sog. Milchbörsen[18] im Jahr 2000 vollständig aufgehoben. Durch den damit institutionalisierten Handel mit Milchquoten ist eine sonstige Übertragung von Quoten nur noch in wenigen Ausnahmefällen möglich, etwa bei Übertragung des gesamten Milcherzeugungsbetriebs oder im Falle der Erbschaft. Nicht verändert wurde das Prinzip der Regionalität, so dass auch der Quotenerwerb an der Börse nur im Rahmen der bestehenden 21 Übertragungsregionen möglich war. Diese Beschränkung des Quotenhandels ist erst Mitte 2007 erheblich aufgelockert worden. Nunmehr ist die Übertragung einer Quote innerhalb eines von nur noch insgesamt zwei Übertragungsgebieten („West" und „Ost") möglich, die geographisch die alten und neuen Bundesländer umfassen.[19] Während der Börsentermine in diesem Jahr[20] ist die Quote dabei

---

[16] Die Milchquote wurde ursprünglich als Referenzmenge bezeichnet.
[17] Zu den einzelnen Härtefallregelungen vgl. LfL-Information, 25 Jahre Milchquotenregelung, S. 8 ff.
[18] Vgl. dazu Abschnitt.D.I.3.c).
[19] Vgl. § 15 Abs. 2 MilchQuotV.
[20] Börsentermine waren der 1. April 2009 und der 2. November 2009.

insbesondere im Übertragungsgebiet West in die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Bayern[21] und im Quotengebiet Ost nach Mecklenburg-Vorpommern[22] gewandert.

Die den einzelnen Milcherzeugern zugeteilten Quoten werden durch die Molkereien verwaltet. Eine Molkerei ist zuständig für die vorgeschriebenen Meldungen über die Menge der ihr angedienten Rohmilch gegenüber dem örtlichen Hauptzollamt. Es erfolgt eine Meldung der Menge in kg und des tatsächlichen Fettgehalts. Dadurch haben die Molkereien zugleich detaillierte Kenntnisse darüber, von welcher Molkerei ein Milcherzeuger zu ihnen wechselt oder zu welcher anderen Molkerei er von ihnen fortwechselt.

Zur Vermeidung einer hohen individuellen Belastung durch die Superabgabe ist die Möglichkeit einer nationalen Saldierung vorgesehen. In Deutschland vollzieht sich die Saldierung auf zwei Stufen. Zunächst haben die Molkereien die Möglichkeit, Unter- und Überlieferungen ihrer Milcherzeuger miteinander zu verrechnen. Bei Überlieferungen gilt hier eine Grenze von 10 % der Referenz- also Quotenmenge, die saldiert werden kann. Die darüber hinaus angelieferte Rohmilch kann dann nur noch auf der zweiten Stufe einer bundesweiten Saldierung ausgeglichen werden. Diese erfolgt auf Grundlage der Summenmeldungen der einzelnen Molkereien, d.h. des jeweiligen Quotenergebnisses nach der Saldierung. Erst wenn nach Abschluss der bundesweiten Saldierung zwischen den Molkereien eine Überlieferung bleibt, ist die Superabgabe in entsprechender Höhe zu entrichten.

Die Quotenregelung wird im Jahre 2015 auslaufen. Zuvor wird die Quote schrittweise erhöht, um den Milchsektor auf den liberalisierten Markt mit unbeschränkten Erzeugungsmöglichkeiten vorzubereiten. Vorgesehen sind eine Erhöhung um 1 % jährlich von 2009 bis 2013 sowie eine im April 2008 beschlossene einmalige Erhöhung um 2 %. [23]Die Europäische Kommission hat dem EU-Agrarrat im Oktober 2009 vorgeschlagen, ein nationales Herauskaufprogramm für Milchquoten zuzulassen, um damit den Spielraum für die Saldierung einzuengen. Darüber sollte eine Verknappung des inländischen Angebots bei Rohmilch ermöglicht werden. Deutschland hat bisher nicht, wie insbesondere vom BDM gefordert, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Quotenerhöhung nicht an die Milcher-

---

[21] Nordrhein-Westfalen hat über 20.400.000 kg Quote gewonnen, Bayern rund 16.000.000 kg; verloren haben insbesondere Niedersachsen (- 20.400.000 kg) und Baden-Württemberg (- 7.600.000 kg).

[22] Mecklenburg-Vorpommern hat einen Quotenzuwachs von gut 18.000.000 kg erzielt während Sachsen-Anhalt (-10.000.000 kg) und Brandenburg (-5.500.000 kg) verloren haben.

[23] Die Bundesregierung hat in der Zweiten Verordnung zur Änderung der Milchquotenverordnung eine gleichmäßige Aufstockung für alle Milchquoteninhaber vorgesehen. Die VO muss noch den Bundesrat passieren.

zeuger weiterzugeben, sondern in die nationale Reserve zu übernehmen. Die gegenwärtige Quotenauslastung in Deutschland liegt bei 99%.[24]

Auf europäische Ebene hat die Quotenerhöhung bislang keine Wirkung auf die Menge der Rohmilcherzeugung entfaltet. Die Gesamtproduktion Rohmilch in der EU bis zum 31. März 2009 lag rund 4,2 % (5,4 Mio. t) unter der zulässigen Quote.[25]

Insgesamt soll die Gemeinsame Agrarpolitik durch Maßnahmen wie die Quotenaufhebung und die Entkoppelung der Prämienzahlungen von der Produktion schrittweise liberalisiert werden. Die Milchauszahlungspreise und die Preise für Molkereiprodukte sollen, wie die Preise für andere landwirtschaftliche Güter auch, zunehmend durch die Kräfte des Marktes bestimmt werden.[26] Die von der EU beschlossenen Maßnahmen zum Krisenmanagement sind dagegen nur temporärer Natur.

4. Nationale und europäische Unterstützungsmaßnahmen für den Milchsektor

Der Milchsektor wird – dies ist typisch für den gesamten agrarwirtschaftlichen Bereich - vor allem auf Ebene der Erzeuger in vielfältiger Weise subventioniert und unterstützt. Im Folgenden sei nur ein kursorischer Überblick über die der Beschlussabteilung bekannten Fördermittel gegeben werden:

→ In acht Bundesländern (Bayern, Baden-Württemberg. Rheinland-Pfalz, Hessen, Thüringen, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Saarland) wird von den Erzeugern eine Milchumlage pro Kilogramm Milch erhoben. In Bayern beträgt diese etwa 0,15 ct/kg und in Niedersachen 0,0613 ct/kg. Die Einnahmen werden für Marktinformationen, Qualitätsprüfungen, Marketingmaßnahmen usw. verwendet. Nach dem Urteil des BVerfG, welches wesentliche Teile des Absatzförderungsgesetzes (AbsFondsG) für verfassungswidrig erklärt hat, ist der Fortbestand dieser bei den Erzeugern erhobenen länderspezifischen Abgaben auf dem Prüfstand.[27]

---

[24] Meldung auf www.topagrar.com v. 4.5.09; auch gegenwärtige Prognosen der AMI gehen davon aus, dass die Quotenauslastung Ende November bei 99% liegt und noch nicht sicher abgeschätzt werden kann, ob es zu einer Überschreitung der Quote kommt.

[25] Insbesondere das UK, Frankreich und Schweden haben eine sehr hohe Unterlieferung ihrer nationalen Milchquote. Lediglich Italien, die Niederlande und Österreich haben dagegen nennenswerte Überlieferungen, jedoch in wesentlich geringerem Umfang als die Nichtausnutzung der Quote in den genannten und weiteren europäischen Staaten.

[26] Studie „Milch und Milcherzeugnisse in der Europäischen Union“, Hrsg. Generaldirektion Landwirtschaft und ländliche Entwicklung, August 2006, Seiten 14 und 17.

[27] Eine erste Klage wird in Bayern erwartet, vgl. Meldung in topagrar vom 10.08.2009, abrufbar unter http://www.topagrar.com/index.php?option=com_content&task=view&id=12791&Itemid=521

→ Es gibt verbilligte Darlehen durch staatliche Banken und Subventionen für Betriebsinfrastrukturen durch die Länder.

→ Im Zuge der Reform der GAP ist von der Europäischen Union zugunsten der Milcherzeuger eine Strukturbeihilfe,[28] als Ausgleich für die Senkung der Interventionspreise bei Butter und Magermilchpulver ab 2004, eingeführt worden. Derzeit erhält jeder Milchbauer 3,55 ct/kg Milch zusätzlich. Ab 2010 wird die Prämie von der Produktion entkoppelt und für die bewirtschaftete Fläche, d. h. nicht mehr für die Produktion von Rohmilch, bezahlt werden.

→ Aus dem „Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raumes (ELER)“ werden jährlich weitere Mittel für Projekte zur ländlichen Entwicklung bereitgestellt.

→ Die EU hat einen Milchfonds eingerichtet, der Gesamtmittel in Höhe von 300 Mio. € enthält. Aus diesem Fonds erhält Deutschland 61,2 Mio. €.[29]

→ Der Bundeshaushalt 2010 enthält ein Sonderprogramm Milch, in dem u.a. 111 Mio. € Grünlandprämie jeweils für die Jahre 2010 und 2011 sowie eine Kuhprämie von 85 Mio. € (2010) und 75 Mio. € (2011) enthalten sind.

II. Nationale Rechtsgrundlagen

Die in Deutschland für die Milcherzeuger und den Milchsektor geltenden Rechtsnormen dienen zum größten Teil der Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Agrarpolitik. Daneben bestehen weitere, spezifisch nationale Normen wie das Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugung an die Erfordernisse des Marktes, Marktstrukturgesetz (MarktStrG) oder das Genossenschaftsgesetz (GenG)[30]. Durch weitere Rechtsvorschriften werden umfangreiche Melde- und Veröffentlichungspflichten begründet. [31] Die durch diese Regelungen bewirkte Markttransparenz wird allerdings durch Veröffentlichungen in der Fachpresse, die auf freiwilligen Meldungen von Erzeugern oder Molkereien beruhen, noch erheblich vergrößert.

---

[28] Die sog. Milchprämie.

[29] Die weitere Verteilung sieht u.a. wie folgt aus: Frankreich erhält 51,1 Mio. €, das UK erhält 29,26 Mio. €, die Niederlande erhalten 24,59 Mio. €, Italien 23,03 Mio. € und Polen 20,21 Mio. €.

[30] Genossenschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist.

1. Wichtige rechtliche Vorgaben

Das Marktorganisationsgesetz (MOG)[32] bildet die erforderliche rechtliche Grundlage für die Durchführung der Vorschriften über die gemeinsame Marktorganisation in der Europäischen Union auf dem deutschen Markt. Hier werden die Zuständigkeiten der nationalen Behörden geregelt, Ermächtigungsgrundlagen für ausführende Rechtsverordnungen geschaffen und Kompetenzen zur Überwachung und Durchführung der GAP, z.B. der Intervention, zugewiesen.

Die wesentliche Verordnung für die Umsetzung des MOG ist die Milchquotenverordnung (MilchQuotV)[33]. In dieser Verordnung werden die wesentlichen Bestimmungen zur Übertragung von Milchquoten, zum Verfahren der Milchbörse sowie zur Kürzung, Einziehung, Umwandlung und Saldierung der Milchquoten geregelt.

Das Milch und Fettgesetz (MilchFG)[34] geht in seinen Ursprüngen auf eine Reichsgesetzgebung zurück und sah noch nach dem 2. Weltkrieg u.a. vor, dass Milcherzeuger ihre Milch nur an bestimmte durch die oberste Landesbehörde zu bestimmende Molkereien liefern durften. Ebenso durften Molkereien ihrerseits Milch nur an bestimmte durch die oberste Landesbehörde zu bestimmende Molkereien und Milchhändler liefern. Diese Bestimmungen werden allerdings seit 1970 aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit nicht mehr angewandt.[35]

2. Melde- und Veröffentlichungspflichten

Der Bereich der Rohmilcherzeugung, -erfassung und –verarbeitung ist von einem hohen Maß an Transparenz gekennzeichnet. Die öffentlich zugänglichen Daten beruhen dabei nur zum Teil auf rechtlichen Vorgaben, seien diese nationaler oder europäischer Art. Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl freiwilliger Meldungen von Milcherzeugern und/oder Molkereien an unterschiedliche private Stellen, wobei die Qualität der veröffentlichten Daten sehr unterschiedlich ist.

---

[31] Nicht erwähnt werden sollen an dieser Stelle sämtliche Vorschriften zur Lebensmittelhygiene, Produktionssicherheit, zu technischen Vorgaben usw., da sie für diese Sektoruntersuchung keine Relevanz haben.

[32] Marktorganisationsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Juni 2005 (BGBl. I S. 1847), das durch das Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2314) geändert worden ist.

[33] Milchquotenverordnung vom 4. März 2008 (BGBl. I S. 359), die durch die Verordnung vom 21. November 2008 (BGBl. I S. 2230) geändert worden ist.

[34] Milch- und Fettgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7842-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 198 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist.

Auf europäischer Ebene verpflichtet die Richtlinie 96/16/EG vom 19. März 1996 betreffend die statistischen Erhebungen über Milch und Milcherzeugnisse die Mitgliedstaaten zu bestimmten rekurrierenden Meldungen.[36] Monatlich sind die Menge, der Fett- und Eiweißgehalt der angelieferten Milch sowie die Menge bestimmter bearbeiteter und für den Absatz zur Verfügung stehender Frischmilcherzeugnisse sowie bestimmter sonstiger Milcherzeugnisse zu melden. Jährlich sind zusätzlich der Rohstoffeinsatz in Form von Vollmilch sowie die in den landwirtschaftlichen Betrieben erzeugte Kuhmilch auf regionaler Ebene zu ermitteln.

Die maßgeblichen inländischen gesetzgeberischen Vorgaben finden sich in der Marktordnungswaren-Meldeverordnung (MarktOWMeldV).[37] Diese auf Grundlage des Gesetzes über Meldungen über Marktordnungswaren (MarktONOG)[38] vom Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) erlassene Verordnung verpflichtet alle in Deutschland tätigen Molkereien zu umfangreichen Berichtspflichten. Nach § 5 Abs. 1 MarktOWMeldV sind monatlich die folgenden Angaben zu machen:

- → *Rohstoffeingang, die Rohstoffverwendung, die Herstellung und der Bestand von Waren*
- → *Auszahlungspreis für Milch*
- → *Molkereiabgabepreise für Vollmilch und teilentrahmte Milch*
- → *Herstellung von Mischfetterzeugnissen und Zubereitungen von Mischfetterzeugnissen*
- → *Anlieferung von Milch und deren Fettgehalt, Herstellung von Butter, Käse und Magermilchpulver*

Die Meldungen sind an die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) als zuständige Stelle nach § 15 Abs. 3 MarktONOG abzugeben. In der Praxis erfolgen die Meldungen zunächst allerdings an die zugehörigen Landesstellen, welche diese dann an die BLE weiterleiten. Die BLE ist ermächtigt, zusammengefasste Ergebnisse zu veröffentlichen. [39]

---

[35] Allerdings enthält auch noch der aktuelle Gesetzestext des MilchFG die entsprechenden Vorschriften in §§1 und 2, ohne dass kenntlich gemacht würde, dass die Vorschriften gegenstandslos sind.

[36] ABl. L 78 v. 28.3.1996, S. 27, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 219/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. März 2009, ABl. L 87 v. 31.3.2009, S. 109.

[37] Marktordnungswaren-Meldeverordnung vom 24. November 1999 (BGBl. I S. 2286).

[38] Gesetz über Meldungen über Marktordnungswaren in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. November 2008 (BGBl. I S. 2260).

[39] Die Meldungen nach dem Bundesstatistikgesetz vom 22. Januar 1987 (BGBl. I S. 462, (565)), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246) geändert worden ist und dem Gesetz über die Statistik im Produzierenden Gewerbe in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. März 2002 (BGBl. I S. 1181), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. März 2009 (BGBl. I S. 550) geändert worden ist, treffen alle Unternehmen des produzierenden Gewerbes und sind nicht spezifisch für den Milchsektor entworfen. Sie sollen daher vorliegend außer Acht gelassen werden.

Die Preisberichterstattung der beiden Preisnotierungsstellen in Hannover und Kempten erfolgt auf Grundlage der Verordnung über Preisnotierungen für Butter, Käse und andere Milcherzeugnisse.[40] Die Notierungen erfolgen für Markenbutter[41] sowie Käse[42]. Seit der Liquidation der Zentralen Markt-und Preisberichtstelle GmbH (ZMP)[43] übernehmen die Börsen in Hannover und Kempten auch die amtliche Preisberichterstattung für Magermilchpulver, Molkenpulver und Vollmilchpulver[44]. Neben den Notierungswerten werden dort auch allgemein gehaltene Prognosen veröffentlicht.

Bereits die längerfristige Beobachtung und Interpretation dieser Daten (sowie von Weltmarktpreisen für Milchbasisprodukte) erlauben eine ziemlich genaue Vorhersage der Preisentwicklung für die Basisprodukte (Käse, Butter, Pulver). Daraus lassen sich wiederum Schlüsse auf die Entwicklung der Verkaufspreise für andere Molkereiprodukte (im Export sowie an die Abnehmer aus weiterverarbeitender Industrie und LEH) und entsprechende Rückschlüsse auf die Entwicklung der Milchauszahlungspreise ziehen.[45]

Neben diesen auf gesetzlichen Grundlagen beruhenden Pflichtmeldungen milchwirtschaftlicher Daten gibt es nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung eine Reihe weiterer, freiwilliger Meldungen. In der Vergangenheit kam die größte Bedeutung der Arbeit der ZMP zu, die bis April 2009 das umfangreichste Datenangebot für die wichtigsten landwirtschaftlichen Sektoren bereitstellte. Für die Berichterstattung über den Milchsektor sind an erster Stelle der Vergleich der Jahresauszahlungspreise (einschließlich sämtlicher Zu- und Abschläge sowie Rückzahlungen) für die Rohmilch sowie der ZMP-Milchpreisspiegel zu nennen. Über den Milchpreisspiegel wurden die monatlichen Auszahlungspreisen der einzelnen Molkereien erfasst und veröffentlicht.[46] Die Grundlage für die Veröffentlichungen der ZMP bilde-

---

[40] BGBl. I 1997, 2768, zuletzt geändert durch Gesetz v. 31.10.2006, BGBl. I 2006, 2407.

[41] Geformt in Alu-Folie, 250 Gramm und 25 kg-Blocks.

[42] Gouda – zwei Monate alt 45 % Fett i. Trockenmasse; Edamer – 40 % Fett i. Trockenmasse; Emmentaler – 45 % Fett i. Trockenmasse.

[43] Mit dem Beschluss des BVerfG v. 3. Februar 2009, 2 BvL 54/06, sind Regelungen des AbsFondsG für mit dem Grundgesetz unvereinbar deklariert worden. Als Folge werden die bislang aus den Einnahmen des Absatzfonds finanzierten Instrumente der Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH (CMA) und die ZMP aufgelöst und abgewickelt. Die Berichterstattung für den Bereich der Milchwirtschaft hat die AMI in Zusammenarbeit mit der ZMB übernommen.

[44] Tagespreis und Fakturapreis, Sprühware in Lebensmittelqualität.

[45] U.a. Richarts in „Umbruch und Unruhe am Milchmarkt – Preisschwankungen und Marktverflechtungen“, Deutsche Molkerei Zeitung (DMZ) vom 16. Oktober 2008, Seite 32 ff (33).

[46] Eine allgemeine rechtliche Grundlage für die Tätigkeit der ZMP fand sich bis zur Entscheidung des BVerfG im AbsFondsG. Nähere Vorgaben zu Art und Weise der Tätigkeit waren dort, soweit erkennbar, jedoch nicht normiert worden. So ist wohl der nunmehr für verfassungswidrig erklärte § 2 Abs. 3 AbsFondsG als Legitimation für die ZMP zu sehen: „Zur Durchführung seiner Aufgaben, soweit sie die Marktberichterstattung betreffen,

ten u. a. freiwillige Meldungen von rund 400 Milcherzeugern, die der ZMP ihre Milchgeldabrechnung zur Verfügung stellten, sowie entsprechende Meldungen von Molkereien. Nachdem die ZMP ihre Tätigkeit einstellen musste, wird diese Arbeit seit Juni 2009 von der Agrarmarkt Informations-GmbH (AMI) für den Milchbereich in Zusammenarbeit mit der ZMB[47] fortgeführt. Die fünf ostdeutschen Bundesländer haben eine Vereinbarung getroffen nach der zukünftig die Marktinformationsstelle Ost (MIO) Preis- und Marktdaten für dieses Gebiet erheben und veröffentlichen soll. Derzeit erhält die MIO von 68 Meldebetrieben Daten, angestrebt werden 150.[48] Die von der ZMP und der AMI gesammelten Daten sind grundsätzlich den jeweiligen Meldern und Abonnenten zugänglich. Die AMI veröffentlicht gegenwärtig allerdings noch keinen Milchpreisspiegel, beabsichtigt dies jedoch ab dem Jahr 2010. Bezüglich Art und Umfang der dort veröffentlichten Daten strebt sie den Dialog mit der Beschlussabteilung an, um die kartellrechtliche Zulässigkeit der geplanten Veröffentlichung zu klären.

Die von der ZMP/AMI, aber auch der BLE erfassten Daten werden in der Branche vielfältig verwendet. So stützen sich die statistischen Angaben in der Fachpresse zum größten Teil auf diese Angaben. Teilweise werden auch eigene Vergleiche durchgeführt, indem die betroffenen Molkereien und Milcherzeuger direkt befragt werden (z. B. das Fachorgan der Landwirtschaftskammer NRW und des Westfälisch-Lippischen Genossenschaftsverbandes „Landwirtschaftliches Wochenblatt Westfalen-Lippe“, „Milchbarometer“ in top-agrar oder der Milchpreisvergleich des BDM).[49] Insbesondere die Milchauszahlungspreise werden dadurch auf vielfältige Weise dargestellt und sind öffentlich zugänglich. Aber auch sonstige wichtige Erzeuger- und Produktionsdaten, wie z.B. die Rohmilchanlieferung, Quoten- und Überquotenanlieferungen, Produktion und Absatz wichtiger Milchprodukte, Notierungspreise für Milchbasisprodukte[50] oder der Rohstoffwert[51] sind auf wöchentlicher, monatlicher und/oder jährlicher Basis für jedermann erhältlich. [52]

---

bedient sich der Absatzfonds einer besonderen zentralen Einrichtung der Wirtschaft. Diese soll die Markttransparenz verbessern, wobei sie dem Interesse aller am Markt Beteiligten zu dienen hat.“

[47] Zentrale Milchmarkt Berichterstattung GmbH, Berlin.

[48] Meldung in top agrar vom 04.01.2010

[49] Antwort Humana Sektoruntersuchung, Anlage 14.

[50] Dazu zählen vor allem Konsummilch, Butter, Speisequark, Sahne, Sauerrahmprodukte.

[51] Der Rohstoffwert (Komponenten Fett und Eiweiß) wird z. B. vom Kieler ife Informations- und Forschungszentrum für Ernährungswirtschaft e.V. veröffentlicht.

[52] Entsprechende Daten oder Teildaten veröffentlicht u.a. Eurostat, das BMELV, die BLE, der DBV, die AMI (für Melder bzw. Abonnenten), der MIV oder die niederländische LTO.

D. Bedeutung und Aufbau der Milchwirtschaft in Deutschland

Mit einem Produktionsvolumen von 9,7 Mrd. EUR im Jahr 2008[53] stellt die Milcherzeugung den wichtigsten Produktionszweig der deutschen Landwirtschaft dar (mit einigem Abstand folgt die Getreideproduktion in Höhe von 6,5 Mrd. EUR). Die Molkereiwirtschaft ist nach eigenen Angaben mit insgesamt 22 Mrd. € Umsatz im Jahre 2008 und 36.500 Beschäftigten die umsatz- und beschäftigungsstärkste Branche innerhalb der Ernährungsindustrie.[54] Auch im Außenhandel nimmt die Molkereiwirtschaft eine Spitzenstellung ein (4,8 Mrd. € bzw. 22,3% Exportanteil am Gesamtabsatz). In der Europäischen Union ist Deutschland mit 18 % der größte Milcherzeuger und weltweit nach den Vereinigten Staaten von Amerika der zweitgrößte Milchverarbeiter.

Bevor ein Blick auf die einzelnen Marktstufen und Marktakteure geworfen wird, sollen zunächst die grundlegenden milchwirtschaftlichen Daten im Überblick dargestellt werden:

---

[53] DBV, Situationsbericht 2009., Kap. 7.4.

[54] Milch&Markt unter www.milchindustrie.de Brancheninformationen. Nach einem abweichenden Ranking der AMI für das Jahr 2008 hätte die Molkereiindustrie lediglich Platz zwei hinter der Fleischindustrie.

	2007	2008
Kuhmilcherzeugung[55]	28,403 Mio. t.	28,656 Mio. t.
- davon Bio-Milch	0,424 Mio. t.	0,461 Mio. t.
- davon an inländische Molkereien angeliefert	27,619 Mio. t.	27,809 Mio. t.
aus EU-Ländern	0,298 Mio. t.	
Quote Deutschland (Produktion)	27,903 Mio. t	28,044 Mio. t
∅ Erzeugerpreis[56]	33,5 ct/kg	33,84 ct/kg
Konsummilch[1]	5,0598 Mio. t	5,132 Mio. t
Buttermilcherzeugnisse[1]	0,162 Mio. t	0,161 Mio. t
Milchfrischprodukte (Joghurt usw.)[1]	3,011 Mio. t	2,985 Mio. t
Sahne und Sahneerzeugnisse[1]	0,561 Mio. t	0,553 Mio. t
Butter[1]	0,437 Mio. t	0,465 Mio. t
Käse[1]	2,202 Mio. (1,918 Mio. t.)[57] t	2,205 Mio. t (1,946 Mio. t)
Dauermilcherzeugnisse[1]	1,260 Mio. t	1,258 Mio. t

[1]Angaben nach BMELV, abrufbar unter http://www.bmelv-statistik.de/index.php?id=139

55 Entspricht rund 96 % der gesamten Milcherzeugung. Andere Milcharten (u.a. Büffelmilch, Eselsmilch, Kamelmilch, Mäusemilch, Schafsmilch, Stutenmilch und Ziegenmilch) haben in Deutschland eine zu vernachlässigende Bedeutung. In anderen europäischen Staaten kommt einzelnen anderen Milcharten tendenziell eine größere Bedeutung zu. Nicht einbezogen ist zudem Kuhmilch der Gattungen vacca discoloris, vacca sacra, vacca volatica und vacca cerrita, da deren Bedeutung für die Sektoruntersuchung ebenfalls unerheblich ist.

56 Bei standardisierten 3,7 % Fett und 3,4 % Eiweiß.

[57] Angaben in Klammern sind abweichende Werte, die auf Ermittlungen der AMI beruhen.

I. Marktstufen und Marktstrukturen

1. Milcherzeuger

In Deutschland erzeugen die rund 100.000 Milchviehhalter 28,7 Mio. t Milch (2008).[58] Damit steht Deutschland in der EU an der Spitze vor Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Polen, den Niederlanden und Italien.[59] Dahinter steht ein Gesamtbestand von rund 4,2 Mio. Milchkühen. Den größten Anteil an der bundesdeutschen Milcherzeugung hat Bayern (rund 26,4 %), wo auch mit Abstand die meisten Milcherzeuger tätig sind (46.000). Niedersachen folgt mit einem Anteil von rund 18,5 % an der Milcherzeugung und 15.000 Milcherzeugern vor Nordrhein-Westfalen (9,7% mit 9.400 Milcherzeugern) und Schleswig-Holstein (8,7% mit 5.600 Milcherzeugern).[60]

In den neuen Bundesländern finden sich die größten Milcherzeugungsbetriebe. In Brandenburg kommen auf einen Milcherzeuger im Durchschnitt 202 Milchkühe. In Mecklenburg-Vorpommern (164), Sachsen-Anhalt (157) und Thüringen (155) ist der durchschnittliche Milchviehbestand ebenfalls sehr hoch im Vergleich zu den anderen Bundesländern. Im Übrigen Bundesgebiet ist Schleswig-Holstein der Spitzenreiter mit durchschnittlich 64 Milchkühen je Milcherzeuger. Bayern bildet an dieser Stelle das Schlusslicht mit nur 27 Milchkühen je Hof.[61] Im Durchschnitt entfallen auf jeden Milcherzeuger 43 Milchkühe (Vorjahr: 42 Milchkühe).[62] Die Milchmenge pro Kuh ist ebenfalls kontinuierlich gestiegen, von 4700 Kg/Jahr auf gut 6.800 kg/Jahr.[63] Dementsprechend ist die Milchanlieferung an Molkereien in Deutschland gestiegen.[64]

Die Kosten der von den Milcherzeugern produzierten Rohmilch variieren stark und hängen u.a. von der geographischen Lage (Berggebiet oder Gunstregion), der Menge des Milchkuh-

---

[58] http://www.milchindustrie.de/de/milch/branchenzahlen/milchaktuell_zahlen_daten.html

[59] Von der Gesamtmenge in der EU (155 Mio. Tonnen/2007) entfielen 18% auf Deutschland, 15% auf Frankreich, 9% auf das Vereinigte Königreich, 8% auf Polen und jeweils 7% auf die Niederlande und Italien.

[60] Baden-Württemberg 7,7% mit 12.000 Milcherzeugern), Thüringen (6% mit 1.700 Milcherzeugern), Mecklenburg-Vorpommern (5% mit 1.100 Erzeugern), Brandenburg (4,8% mit 800 Milcherzeugern). Sachsen, Sachsen-Anhalt und Hessen erzeugen zwischen 3,7% und 3,3% der deutschen Milchmenge, Rheinland-Pfalz 2,7% und das Saarland 0,3%.

[61] Alle Zahlen, DBV, Situationsbericht 2009, Kap. 6.1.

[62] Die Anzahl der Milchkühe je Erzeuger steigt seit Jahren kontinuierlich an. 1995 waren es nach 27 Kühe je Erzeuger, im Jahre 2000 33 Kühe/Erzeuger.

[63] Die Menge hängt u.a. von der Rasse und dem verwendeten Futter ab. Die „Leistung“ schwankt zwischen 15 bis 60 Liter am Tag. 50 bis 100 Tage nach dem Abkalben geben die Kühe die meiste Milch, danach sinkt die Milchmenge langsam ab.

[64] Im Jahre 2008 lag die Milchanlieferung bei 27,8 Mio. t , im Vorjahr bei 27,6 Mio. t und im Jahre 2006 bei 27,2 Mio. t.

bestandes und des verwendeten Futters ab. Für das Bundesland Nordrhein-Westfalen lag der kostendeckende Milchauszahlungspreis im Jahre 2007/2008 nach Berechnungen der Landwirtschaftskammer Nordrhein-Westfalen im Schnitt aller Betriebe bei 36,5 ct./kg mit einer Spanne zwischen 30,6ct./kg und 43,5 ct./kg.[65]

Milcherzeuger haben in Deutschland die Möglichkeit, sich zu Erzeuger- und Liefergemeinschaften zusammen zu schließen. Von dieser Möglichkeit haben Milcherzeuger bereits bisher Gebrauch gemacht. Die Erzeugergemeinschaften sind jedoch größtenteils kleine und kleinste Kooperationsverbünde und erreichen nur im Ausnahmefall eine nennenswerte Dimension. Eine der größten Milcherzeugergemeinschaften, die Bayern-MeG, vereinigt derzeit rund 9.000 Milcherzeuger mit einer jährlichen Milchmenge von rund 1,4 Mio. t Milch.[66]

Daneben gibt es zahlreiche weitere Organisationsformen (als Genossenschaft, als reine Milchliefergemeinschaft, als privatrechtliche Gesellschaft usw.), in denen sich Milcherzeuger zusammenschließen, um ihre Milch gemeinsam zu vermarkten.

2. Milchverarbeitende Betriebe

Die erzeugte Rohmilch wird in etwa 100 milchverarbeitenden Unternehmen (Molkereien, Käsereien usw.)[67] verarbeitet, die ihrerseits eine erhebliche Anzahl an Betriebsstätten haben, die die Milcherfassung und Verarbeitung betreiben.[68] Nahezu die gesamte deutsche Rohmilch wird auf diese Weise verarbeitet (rund 28 Mio. t), so dass nur ein geringer Teil den Milcherzeugern für die Eigenvermarktung und andere Verwendungen zur Verfügung steht (rund 1 Mio. t). Für die Abholung der Rohmilch bei den Erzeugern sind die Molkereien zuständig. Der Abholrhythmus variiert zwischen täglicher Abholung und einem Drei-Tage-Intervall. Die Kosten der Abholung trägt die Molkerei. Die eingesammelte Rohmilch wird bei genossenschaftlichen und privaten Molkereien in Deutschland mit dem Faktor 1,02 von Litern in Kilogramm umgerechnet und auf dieser Grundlage vergütet.

46% der an Molkereien in Deutschland gelieferten (oder von ihnen erworbenen) Rohmilch wird zu Käse verarbeitet, 17% zu Butter und Pulver, 12% zu Trinkmilch und 9% zu Joghurt und Milchmischgetränken.

---

[65] Meldung in top agrar vom 29. 3. 2009.

[66] Die gesamte bayerische Milchproduktion beträgt rund 7,5 Mio. t. Nach eigenen Angaben sind davon rund 4 Mio. t Rohmilch als Bündelungsmasse für die Bayern-MeG denkbar, da der Rest von genossenschaftlich organisierten Milcherzeugern produziert wird, die gegenüber ihrer Genossenschaft eine Andienungspflicht haben und daher die Rohmilch nicht über die Bayern-MeG vermarkten können (Angaben im Gespräch beim Bundeskartellamt am 28.9.2009).

[67] Im Folgenden wird zusammenfassend der Begriff Molkereien benutzt.

[68] Die gut 100 Molkereien in Deutschland haben insgesamt rund 230 Betriebsstätten.

Nach dem derzeitigen Kenntnisstand der Beschlussabteilung werden rund 70 % der Rohmilch durch Molkereien erfasst, die genossenschaftlich organisiert sind. Die übrigen 30 % werden durch privatwirtschaftliche Molkereien erfasst, wobei die überwiegende Anzahl mittelständische Unternehmen sind. Ausnahmen sind große, multinationale Molkereikonzerne wie beispielsweise die Molkerei Anton Müller (im Folgenden auch „Müller-Milch“ bezeichnet) oder Danone. Gemessen an den Gesamtumsatzerlösen der deutschen Molkereien entfallen 40% auf private Molkereien und 60% auf genossenschaftliche Molkereien.

Die Genossenschaft ist damit die vorherrschende Organisationsform für die industrielle Milchverarbeitung in Deutschland. Der genossenschaftliche Gedanke (Solidarität, Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Genossen, Selbstverwaltung) scheint eine ungebrochene Attraktivität in diesem Sektor zu besitzen. Historisch hat sich in Deutschland das Genossenschaftswesen seit Mitte des 19. Jahrhunderts vor allem auch in der Landwirtschaft entwickelt. Die heutige Struktur des Milchsektors ist vor diesem Hintergrund zu sehen. In der Vergangenheit waren neben steuerrechtlichen Vorteilen[69] auch die Stellung als „Eigentümer“ der Molkerei mit der Möglichkeit einer weitgehenden Mitbestimmung für viele Milcherzeuger tragende Gründe, sich einer genossenschaftlichen Molkerei anzuschließen. Anders als in europäischen Nachbarstaaten ist in Deutschland mit dem Status als Genosse einer Molkerei bisher die Notwendigkeit verbunden, Geschäftsanteile (Einlagen) zu zeichnen. Die deutschen genossenschaftlichen Molkereien befinden sich damit zu 100% im Eigentum ihrer Milcherzeuger, wenn auch auf den einzelnen Erzeuger nur ein sehr geringer Eigentumsanteil und entsprechend nur mittelbare Rechte der Mitbestimmung entfallen. Die Einlagen der Genossen bilden das Eigenkapital der Genossenschaften.

Die Genossen sind (in den größeren Molkereien indirekt über gewählte Vertreter) in die Geschäftsführung und Entscheidung über die strategische Ausrichtung der Molkerei eingebunden. Dementsprechend sind beispielsweise Zusammenschlussvorhaben zwischen Molkereien nur mit Zustimmung der Genossen möglich.

Einige größere Genossenschaften haben (mit Zustimmung der Genossen) Teile ihres Geschäfts (Marketing, Vertrieb, Milchhandel u.a.) ausgegliedert und in Gesellschaften mit privater Rechtsform (AG, GmbH) überführt, um größere Flexibilität am Markt zu erhalten. Die

---

[69] So gilt für Verwertungsgenossenschaften eine Befreiung von der Körperschaftsteuer, solange eine ganz überwiegende Verarbeitung der eigenen Rohmilch erfolgt und die hergestellten Produkte eine gewisse Veredelungsstufe nicht erreichen (z.B. kein Fruchtjoghurt). Die Einnahmen aus in diesem Sinne fremden Tätigkeiten dürfen 10 % der Gesamteinnahmen nicht übersteigen, § 5 Abs. 1 Nr. 14 KStG, Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist.

Erzeuger beklagen in diesem Zusammenhang einen Verlust an Einflussmöglichkeiten bei unternehmensstrategischen Entscheidungen.

Genossenschaften haben grundsätzlich keine Möglichkeit, die Mitgliedschaft der Genossen einseitig durch Kündigung zu beenden; die Satzung einer Genossenschaft kann jedoch Ausschlussgründe bestimmen. Allerdings kann die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft von den Genossen gekündigt werden.

Während der Dauer ihrer Mitgliedschaft sind die Genossen grundsätzlich verpflichtet, ihre gesamte Rohmilch an die Genossenschaft abzuliefern.

Private Molkereien vereinbaren regelmäßig eine entsprechende Verpflichtung mit ihren Lieferanten in schuldrechtlichen Lieferverträgen. Im Gegenzug sind die Molkereien jeweils verpflichtet, die gesamte Milchmenge der Erzeuger abzunehmen. Der überwiegende Teil der von den Genossenschaften erfassten Milch ist Rohmilch ihrer genossenschaftlichen Erzeuger. Es ist den Genossenschaften zwar satzungsmäßig erlaubt, Rohmilch von Nicht-Genossen oder anderen Molkereien zu kaufen. Dies darf jedoch nicht mit dem Ziel geschehen, diese „Fremd-Rohmilch“ gegen Rohmilch von Genossen auszutauschen.

Fünf der zehn größten deutschen Molkereien (umsatzbezogen, Jahr 2007) sind Genossenschaften. Spitzenreiter ist mit Nordmilch eine Genossenschaft, dicht gefolgt von Müller Milch und Humana (eG)[70]. Mit deutlichem Abstand folgen Hochwald (eG), Hochland, Bayernland (eG), Campina (eG), Zott, Ehrmann sowie Meggle.

Da es insbesondere im Verhältnis der Milcherzeuger zu den eigenen genossenschaftlichen Molkereien über die Möglichkeiten der Mitbestimmung und die Art und Weise, wie der Milchauszahlungspreis berechnet wird, eine Vielzahl von Beschwerden gegeben hat, hat die Beschlussabteilung die rechtlichen Grundlagen im Bereich des Genossenschaftsgesetzes eingehender untersucht und in einem eigenen Abschnitt (F. V.) dargestellt.

Im europäischen Größenvergleich lagen auch die größten deutschen Molkereien im Jahre 2008 deutlich hinter ihren Wettbewerbern. Molkereien wie Nestlé (18,5 Mrd. EUR Umsatz)[71], Danone (10,7 Mrd. EUR Umsatz), Lactalis (9,3 Mrd. EUR Umsatz), Friesland/Campina (8,9 Mrd. EUR Umsatz) oder Arla Foods (6,9 Mrd. EUR Umsatz) erwirtschaften ein Vielfaches des Umsatzes deutscher Molkereien.[72] Diese größten europäischen Molkereien sind neben der neuseeländische Fonterra (8,2 Mrd. EUR Umsatz), Dean Foods USA (8,1 Mrd. EUR Um-

---

[70] Das Zusammenschlussvorhaben Nordmilch/Humana betraf nur den Vertrieb von Molkereiprodukten.
[71] Alle Umsatzangaben für 2008; Quelle: Voorbergen M., Rabobank International 2009.
[72] Quelle: Top-Agrar Nr. 10, Oktober 2008, Seite R 18.

satz) und der Dairy Farmers of America (6,9 Mrd. EUR Umsatz) zugleich auch weltweit die Spitzenreiter.[73] Nordmilch und Humana werden in dieser Darstellung unter ihrem Vertriebs-GU „Nord-Contor“ zwar gemeinsam geführt, tauchen auf der Rangliste der top 20 Molkereien weltweit für das Jahr 2008 aber auch erst an 10. Stelle auf, Müller Milch sogar erst an 20. Stelle. Im europäischen Größenvergleich liegt das Nord-Contor auf Rang 6, Müller Milch auf Rang 9.

3. Spotmarkt, Milchhändler, Börsen

Zur Wertschöpfungskette Milch zählen auch Milchhändler, der Spotmarkt, die Milchbörse sowie die regionalen Butter- und Käsebörsen.

a) Spotmarkt

Auf dem sog. Spot- oder Bulkmarkt für Milchprodukte werden begrenzt haltbare Flüssigprodukte (Rohmilch, Konzentrate, Rahm) für die industrielle Weiterverarbeitung gehandelt. Auf diese Weise werden von den Molkereien kurzfristig Überschussmengen verkauft bzw. Unterdeckungen ausgeglichen. Über das auf dem Spotmarkt gehandelte Volumen hat die Beschlussabteilung sehr widersprüchliche Angaben erhalten. Einerseits wurde vorgetragen, dass bis zu 30 % der den Molkereien angedienten Milch nicht direkt verarbeitet, sondern auf dem Spotmarkt gehandelt werden (Schätzung des MIV).[74] Andererseits wurde von Vertretern des BDM angegeben, das auf dem Spotmarkt gehandelte Volumen betrage nicht mehr als 1% bis 6% des Gesamtvolumens der Rohmilch in Deutschland.

Der Spotmarkthandel ist nicht über eine Börse oder eine vergleichbare Plattform institutionalisiert, sondern besteht aufgrund bilateraler Kontrakte. Neben den Molkereien treten als Anbieter und Nachfrager Milchhändler und die weiterverarbeitende Industrie auf. Die Preisbildung richtet sich ausschließlich nach Angebot und Nachfrage. Die Preise sind damit deutlich volatiler als die Auszahlungspreise der Molkereien für Rohmilch, scheinen jedoch in ihrem Verlauf (so die bisherigen Erkenntnisse der Beschlussabteilung) den allgemeinen Markttrend vorwegzunehmen. Bei einem Milchüberangebot und sinkenden Rohmilchmarktpreisen können die Preise am Spotmarkt deutlich unter die Milchauszahlungspreise der Molkereien fallen. Bei einer Verknappung des Angebotes und entsprechender Nachfrage kann das Preisniveau am Spotmarkt aber auch deutlich über den Auszahlungspreisen liegen. Die Entwicklung auf den Spotmärkten wird zudem teilweise als ein Indikator für die allgemeine Entwicklung des Niveaus der Milchauszahlungspreise betrachtet.

---

[73] International Dairy Magazine Nr. 05/09.
[74] http://www.milch-markt.de/de/teaser_2008/faq_milchmarkt_teaser/.

Spotmarktberichte werden für einzelne europäische Staaten veröffentlicht (z. B. für die Niederlande und für Italien).

In Deutschland werden Spotmarktpreise regelmäßig in Printmedien veröffentlicht,[75] wobei aus Sicht der Beschlussabteilung nicht klar ist, wie repräsentativ diese Daten sind und auf welcher Datengrundlage die Veröffentlichungen beruhen.

Die Beschlussabteilung hat bislang den Spotmarkt nicht weiter untersucht. Da der überwiegende Anteil der Rohmilch konventionell über längerfristige Lieferverträge gehandelt wird, ist die Relevanz des Spotmarktes für den Gesamtmarkt offenbar nicht von entscheidender Bedeutung. Auch konnte bislang nicht festgestellt werden, dass die Preise am Spotmarkt entscheidenden Einfluss auf die Auszahlungspreise haben, auch wenn dies teilweise von den Erzeugern so vorgetragen wird.

Fragen:

→ **Woher kommen die Informationen über die Spotmarktpreise und wie werden Spotmarktpreise gebildet?**

→ **Haben die Veröffentlichungen Einfluss auf die Höhe der Milchauszahlungspreise?**

→ **Wer veröffentlicht auf welcher Grundlage Preise und Mengen am Spotmarkt?**

→ **Ist der Handel am Spotmarkt national oder grenzüberschreitend?**

b) Milchhändler

Bei Milchhändlern handelt es sich um Unternehmen, deren Schwerpunkt im Handel mit Rohmilch oder Molkereiprodukten liegt. Der Handel erfolgt auf dem freien Markt und ist teilweise international ausgerichtet. So bedienen sich z. B. Molkereien der Milchhändler, um ihre Produkte international abzusetzen. Der zur Humanagruppe gehörende Händler Fude + Serrahn Milchprodukte GmbH & Co. KG etwa ist nach eigenen Angaben der größte Käseexporteur in Deutschland. Weitere in Deutschland tätige Händler sind die Apollo Milchprodukte GmbH, die italienische Almico AG, die EXIMO Agro-Marketing AG, der niederländische Händler van Bakel sowie die Lactoland Trockenmilchwerk GmbH.

---

[75] U.a. top-agrar (z. B. Meldung vom 16. Dezember 2009: „Spotmilchpreise weiter unter Druck“).

c) Quotenbörse

Auf der Milchbörse werden Milchquoten gehandelt und keine Rohmilch. Anders als bei herkömmlichen Börsen sind bei der Milchbörse die Handelstermine der Zeit und Menge nach beschränkt. Nur am 1. April, am 1. Juli und am 1. November eines jeden Milchquotenjahres[76] können Milchquoten veräußert und erworben werden. Anbieter kann jeder Quoteninhaber sein, der seine Referenzmenge an Rohmilch im betreffenden Milchquotenjahr noch nicht ausgeschöpft hat. Wie bereits dargestellt, ist die Quote in Deutschland an die Produktion gebunden. Nachfrager kann nur sein, wer selbst oder durch seinen Ehegatten Milch oder Milcherzeugnisse an einen Käufer liefert oder liefern wird.

Die Preisbildung an der Börse erfolgt anonym anhand eines sog. Gleichgewichtspreises. Dieser wird als Mittelwert aus den eingereichten Angeboten der Anbieter und Nachfrager ermittelt. Eine Quote verkauft, wer sein Quotenangebot nicht mit einem höheren Preis als dem Gleichgewichtspreis eingereicht hat. Ein Nachfrager ist erfolgreich, wenn sein Kaufangebot höher liegt als der Gleichgewichtspreis. Grundsätzlich ist das System darauf ausgerichtet, dass ein Angebotsüberhang vermieden wird. Bei einem Nachfrageüberhang wird die Nachfrage notfalls aus der nationalen Reserve[77] befriedigt.

d) Süddeutsche Butter- und Käsebörse e.V. Kempten / Börse Hannover

Neben der eben beschriebenen Milchquotenbörse gibt es zwei weitere Börsen von Bedeutung für den gesamten Wirtschaftsbereich. In Hannover und in Kempten[78] sind Butter- und Käsebörsen ansässig, die – aufbauend auf einer fast hundertjährigen Tradition[79] – Preisnotierungen für Butter- und Käsestandardprodukte veröffentlichen.[80] Die Börse in Kempten ist für die Notierungen und den Marktverlauf in den Bundesländern Bayern, Baden-Württemberg und Sachsen, die Börse in Hannover für alle übrigen Bundesländer zuständig.

Die Preisnotierungen erfolgen wöchentlich. Eine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichungen findet sich in der Verordnung über Preisnotierungen für Butter, Käse und andere Milch-

---

[76] Das Milchquotenjahr beginnt am 1. April und endet am 31. März des folgenden Jahres.

[77] Nach Art. 71 VO GMO hat jeder Mitgliedstaat aus der zugeteilten Quote eine nationale Reserve zu bilden. Aus der Reserve erfolgen die Zuteilungen der Quoten an die Erzeuger. In die Reserve fließen sämtliche Quoten, die eingezogen werden, verfallen, neu durch die EU zugeteilt werden usw.

[78] www.butterkaeseboerse.de

[79] Die Börse in Kempten wurde 1921 gegründet.

[80] Vgl. dazu auch das ohne Abschlussverfügung eingestellte Verfahren B 2 – 108/02; zu den rechtlichen Grundlagen siehe oben Abschnitt C.II.2.

erzeugnisse.[81] In der dortigen Anlage 1 werden Standardprodukte genannt, z.B. Markenbutter, Gouda, Edamer oder Emmentaler, deren Preisentwicklung durch die Börsen notiert werden kann. Die Notierungen kommen auf Grundlage der freiwilligen Preismeldungen der Käufer und Verkäufer dieser Produkte zustande. Die endgültige Preisnotierung und die Einschätzung der Marktendenz (steigend, fallend, Grund) erfolgt durch die Notierungskommission an der jeweiligen Börse. Nach § 3 der Verordnung besteht die jeweilige Kommission je zur Hälfte aus Vertretern der Abnehmer (LEH und weiterverarbeitende Industrie) und Vertretern der Molkereien, Milchhändler, Erzeugergemeinschaften usw. Die Vertreter werden dabei von der zuständigen Landesbehörde für maximal drei Jahre bestellt. Der Vorsitzende der Notierungskommission wird mit einfacher Mehrheit gewählt und soll weder als Käufer noch als Verkäufer von Molkereiprodukten tätig sein.

e) Milchbörse

Im Zuge der beginnenden Liberalisierung der europäischen Milchmärkte ist jüngst eine Börse für Milch in den Niederlanden gegründet worden, Eumix.[82] Ziel der Börse ist der Handel mit sog. Milkfutures. Ein Future, auch Börsenterminkontrakt, ist ein Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer, der zu bestimmten vorher festgelegten Zeiten einen Leistungsaustausch vorsieht. Bei der Eumix ist vorgesehen, dass sich der Preis für die zu diesen Zeiten zu liefernde Milch nach dem aktuellen Börsentageskurs richtet.

4. Abnehmer und Absatzwege

Molkereiprodukte werden über verschiedene, in ihrer Bedeutung unterschiedliche Vertriebswege abgesetzt. Nachfrager sind die Unternehmen des LEH, die Lebensmittelindustrie, die Pharmaindustrie und Großverbraucher (z.B. Krankenhäuser, Altenheime, Kantinen usw.). Darüber hinaus wird ein geringer Teil aufgrund von öffentlichen Förderungen als Schulmilch abgesetzt. Wichtigste Absatzquelle ist jedoch nach wie vor der Export. Nach den bisher vorliegenden Informationen werden 44% der verarbeiteten Gesamtmilchmenge exportiert.

Von den in Deutschland vom Verbraucher gekauften Molkereiprodukten stammen rund 60% aus heimischer Produktion, 40% werden (insbesondere aus europäischen Nachbarländern) importiert.

Eine herausragende Stellung innerhalb der Abnehmergruppen im Inland kommt den Unternehmen des LEH zu. Der LEH ist in Deutschland stark konzentriert. Es entfallen 90 % der

---

[81] BGBl. I 1997, 2768, zuletzt geändert 2006, BGBl. I 2407.
[82] Nähere Informationen unter www.eumix.eu.

Marktanteile auf nur sechs große Handelsunternehmen (Edeka, Rewe, Aldi, Lidl [einschließlich Kaufland], Metro und Tengelmann.)[83] An den LEH insgesamt werden rund 40 % der in Deutschland hergestellten Molkereiprodukte abgesetzt. Abzüglich der Exporte in Höhe von 44% gehen die übrigen 16 % der Molkereiproduktion in die weiterverarbeitende Industrie, an Großverbraucher und das Ernährungsgewerbe.[84]

Der einzelne Beschaffungsanteil der fünf größten LEH-Unternehmen am Gesamtabsatz der Molkereien bewegt sich nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung im Rahmen der Sektoruntersuchung bei jeweils unter 10 %. Den größten durchschnittlichen Anteil am Gesamtabsatz hat - so die Befragung der Molkereien - Lidl mit 9,7 %. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Durchschnittsbetrachtung. Bei einzelnen Molkereien ist der Umsatzanteil von Lidl und Aldi deutlich höher. Für das inländische Geschäft der Molkereien kommt dem LEH eine wichtige „Nadelohrfunktion“ für den Absatz an Molkereiprodukten zu. Bezogen auf die Gesamtumsätze der Molkereien (ohne weiterverarbeitende Industrie) liegen die Beschaffungsanteile einzelner Unternehmen des LEH bei über 30%. Vorbehaltlich einer Analyse der individuellen Vertragsbeziehungen geht die Beschlussabteilung davon aus, dass ein Abnehmer in dieser Größenordnung für eine Molkerei unverzichtbar ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschlussabteilung im Rahmen der Sektoruntersuchung nur die 40 größeren Molkereien in Deutschland im Rahmen der Sektoruntersuchung befragt hat. Bei den restlichen über 60 Molkereien (auf die 25% des Gesamtmarktvolumens entfallen) kann der Umsatzanteil mit einzelnen Unternehmen des LEH noch größer sein.

Innerhalb des Abnehmerbereichs LEH kommt den Discountern eine besonders starke Stellung zu. Durchschnittlich 54 % der Molkereiprodukte im Jahr 2008 wurden über Discounter abgesetzt. Für die einzelnen Segmente ergibt sich folgendes Bild, wobei die Tabelle nicht zwischen Handelsmarken und Herstellermarken differenziert:

---

[83] Vgl. die Feststellungen der Beschlussabteilung im Verfahren Edeka/Tengelmann, B 2 – 333/07. S. 35 ff.

[84] Angaben für das Jahr 2007 nach MIV, abrufbar unter http://www.meine-milch.de/artikel/die-molkerei-als-wirtschaftsfaktor

Produktgruppe im LEH (Handelsmarken **und** Markenartikel)	LEH ohne Discounter	Discounter
Käse	45 %	55 %
Quark	45 %	55 %
Joghurt	45 %	55 %
Konsummilch	44 %	56 %
Milchgetränke	51 %	49 %
Butter	48 %	52 %

Quelle: ZMP-Rohdatenanalyse auf Basis GfK-Haushaltspanels

Bei den Discountern wiederum nimmt Aldi nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes eine besondere Stellung ein. Rund 77 % der befragten Molkereien haben angegeben, dass die Vertragsabschlüsse mit Aldi (Nord und Süd) eine Signalfunktion für alle anderen Abschlüsse haben. Dies gilt vor allem für die sog. Milchbasisprodukte (für Trinkmilch, Butter, Quark und bestimmte Käsesorten), bei denen Aldi nach Ansichten der meisten Molkereien die Preisführerschaft innehat.

Die Ermittlungen zeigen, dass den Unternehmen des LEH im Allgemeinen und den Discountern im Besonderen eine herausragende Stellung für den Absatz von Molkereiprodukten zukommt. Für die Stärke der Verhandlungsposition kommt es jedoch nicht allein auf den Lieferanteil an, den ein Hersteller (hier: Molkerei) mit seinen jeweiligen Abnehmern (hier: Unternehmen des LEH) erzielt. Neben dem Lieferanteil sind unter Anderem folgende weitere Aspekte zu berücksichtigen:

- die Unverzichtbarkeit des Vertriebsweges LEH für den Absatz bestimmter Molkereiprodukte, die sich je nach Produktgruppe sehr unterschiedlich darstellt (für Käse je nach Sorte und Markenportfolio der Molkerei, für Käse insgesamt anders als für Trinkmilch usw.),

- die Möglichkeiten der Einflussnahme des LEH auf das Produktportfolio einer Molkerei oder umgekehrt („ESL-Milch“, „faire Milch“, „gentechnik-freie Milch“),

- die Bedeutung des Produkt- und Markenportfolios der Molkereien auf ihre Verhandlungsposition gegenüber dem LEH.

Daher sind pauschalisierte Aussagen über die Verteilung der Verhandlungsmacht zwischen Molkereien und Abnehmern, insbesondere den Unternehmen des LEH, nicht möglich. Notwendig ist vielmehr eine Produktgruppen-bezogene Einzelfallbetrachtung.

II. Milchauszahlungspreis

Der Milchauszahlungspreis privater Molkereien orientiert sich häufig am Auszahlungspreis anderer Molkereien. Der Milchauszahlungspreis der genossenschaftlichen Molkereien wird gegenwärtig ex post bestimmt. Der genossenschaftlich organisierte Erzeuger erhält zunächst lediglich eine Abschlagszahlung, deren Höhe sich an der allgemeinen Marktlage orientiert, wie sie sich aus statistischen Daten und Prognosen ergibt. Erst am Ende eines Verrechnungszeitraums erfolgt die endgültige Festlegung (im Detail siehe unter F. II. 1.).

Die Milchauszahlungspreise sind seit vielen Jahren Schwankungen unterworfen gewesen. So lag der Milchauszahlungspreis in Deutschland im Jahre 2000 deutlich über dem Niveau der Vorjahre, ist im Jahre 2001 weiter gestiegen und danach deutlich zurückgegangen. Zwischen den Jahren 2002 und 2006 kam es zu vergleichsweise moderaten Schwankungen. Im Jahre 2007 ist der Milchauszahlungspreis auf ein Rekordhoch geklettert, um in den Jahren 2008 und 2009 auf ein Rekordtief abzustürzen. Seit Juli 2009 setzt eine leichte Erholung ein.

In Folge der deutlich reduzierten Marktordnungsmaßnahmen der EU ist die Schwankung im Niveau des Milchauszahlungspreises deutlich größer geworden. Die Milchauszahlungspreise sind innerhalb von nur 20 Monaten um 19,8 Cent/kg bzw. 48% gefallen.[85] Unklar ist gegenwärtig, ob es künftig weiterhin derart extreme Schwankungen geben wird oder ob diese in Zukunft wieder moderater ausfallen werden.

Bei den vorgenannten Daten handelt es sich um durchschnittliche Milchauszahlungspreise für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.[86] Die Milchauszahlungspreise divergieren jedoch zwischen den einzelnen Bundesländern und nochmals innerhalb derselben erheblich. So sind Bayern und Rheinland-Pfalz traditionell „Hochpreisgebiete“. Allein in Bayern variieren die Milchauszahlungspreise gegenwärtig um 6,1 ct./kg., wobei der

[85] November 2007 bis Juli 2009.
[86] 3,7% Fett, 3,4% Eiweiß, ab Hof und ohne MwSt.

höchste und der niedrigste Auszahlungspreis jeweils in der Region Oberbayern liegen.[87] Die Höhe des Milchauszahlungspreises hängt nach gegenwärtiger Einschätzung der Beschlussabteilung insbesondere von folgenden Faktoren ab:

- Rohstoffverfügbarkeit
- Produktportfolio der Molkerei (Basisprodukte/Nischenprodukte/Markenprodukte)
- Molkereidichte (Absatzalternativen der Milcherzeuger).

Nicht ausschlaggebend für die Höhe des Auszahlungspreises scheint dagegen die Rechtsform der Molkereien (genossenschaftlich/privat) zu sein. Allerdings produzieren in Deutschland genossenschaftlich organisierte Molkereien in der Regel Milchbasisprodukte (Trinkmilch, Butter, Pulver) und eher nur in Ausnahmefällen echte Markenartikel („Landliebe"), während private Molkereien eher Markenartikel (Danone, Ehrmann, Müller, Zott) und Nischenprodukte (Meggle) herstellen als Milchbasisprodukte. Eine detaillierte Darstellung der Preisbildungsmechanismen erfolgt in Abschnitt F.II.

E. Marktabgrenzung im Bereich der Milchwirtschaft

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Marktverhältnissen geschieht nicht abstrakt, sondern jeweils für einen konkreten sachlichen und räumlichen Markt, um die Handlungsoptionen der Marktteilnehmer besser abbilden zu können. So lässt sich zwar generell sagen, dass z. B. etwas weniger als 100.000 Milcherzeugern in Deutschland rund 100 Molkereien als Abnehmer gegenüberstehen. Den Molkereien stehen wiederum wenige, jedoch sehr große Unternehmen des LEH, große und kleine Unternehmen der weiterverarbeitenden Industrie, eine Vielzahl kleiner Großverbraucher (Krankenhäuser, Gaststätten, Schulen usw.) sowie Exportpartner gegenüber. Dennoch ist beispielsweise die konkrete Ausweichmöglichkeit eines Milcherzeugers in Bayern, wo es eine Vielzahl sowohl privatrechtlich als auch genossenschaftlich organisierter Molkereien gibt, für den Absatz seiner Rohmilch anders zu beurteilen als die Ausweichmöglichkeit eines Milcherzeugers, der seinen Milchhof auf Rügen hat. Auch die Marktposition einer Molkerei, die einen hohen Anteil an Markenartikeln in ihrem Portfolio hat, stellt sich anders dar als die einer Molkerei, die im wesentlichen austauschbare Handelsmarken produziert. Es würde den Rahmen dieser Sektoruntersuchung sprengen,

[87] Der Grundpreis lag in Bayern zwischen 22,65 ct./kg und 28,75 ct. kg.; Veröffentlichung des Vereins der Milcherzeuger Bayerns (VMB) in top agrar vom 30.1. 2009.

eine detaillierte Analyse aller betroffenen Produktmärte und Markträume in Deutschland zu liefern. Daher stellt die Beschlussabteilung die Grundsätze der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung für die betroffenen Marktstufen dar, um den Marktteilnehmern einen Hinweis zu geben, wie eine derartige Abgrenzung aus Sicht der Beschlussabteilung im Einzelfall zu erfolgen hätte. Eine aktuelle Analyse der Marktbedingungen für bestimmte Markträume ist in den Entscheidungen Humana/Nordmilch und Bayernland/Käserei Bayreuth veröffentlicht. [88]

Bei der Marktabgrenzung sind grundsätzlich zwei Bereiche zu unterscheiden: die Seite der Rohmilcherfassung (aus Sicht der Milcherzeuger der Absatzmarkt und aus Sicht der Molkereien der Beschaffungsmarkt) und der Absatz von Molkereiprodukten (Absatzmarkt der Molkereien und Beschaffungsmarkt der Unternehmen des LEH).

I. Sachliche Marktabgrenzung für die Erfassung der Rohmilch

Die Erfassungsseite betrifft den Vertrieb von Rohmilch an milchverarbeitende Betriebe.

1. Konventionelle Milch/Bio-Milch

Ob die Erfassung von Biorohmilch und konventioneller Rohmilch sachlich zu unterscheiden ist, hat die Beschlussabteilung bislang offen gelassen.[89] Die Europäische Kommission hat hier getrennte Märkte angenommen.[90] Dafür lassen sich einige Gründe anführen. Die nachfragenden Molkereien haben sich in der Regel auf Bioprodukte spezialisiert. Sie benötigen für die Bio-Produktion eine eigene Zertifizierung und Zulassung. Bei der Produktion müssen Bio-Rohmilch und konventionelle Rohmilch strikt getrennt werden. Eine Vermischung von Bio-Rohmilch bei der Produktion von konventionellen Milchprodukten ist zwar zulässig, aufgrund des deutlichen Preisunterschiedes aber ineffizient und unattraktiv. Die Erzeugung von Bio-Rohmilch folgt auf Grund entsprechender rechtlicher Vorgaben anderen Produktionsbedingungen als die Erzeugung konventioneller Rohmilch. Ein Milcherzeuger wird seine Erzeugung nur vollständig (und nicht teilweise) auf Bio-Rohmilch umstellen. Wenn er zuvor konventionelle Rohmilch erzeugt hat, bedarf es einer zweijährigen Übergangsfrist. Eine Rückumstellung auf die Produktion konventionelle Rohmilch ist solange unattraktiv, solange die Preise für Bio-Rohmilch deutlich über den Preisen für konventionelle Rohmilch liegen. Der Auszahlungspreis für Bio-Rohmilch hat sich unabhängig von demjenigen für konventionelle Rohmilch entwickelt, da die Angebots- und Nachfragesituation für Bio-Rohmilch an-

---

[88] B2-29/09 (Humana/Nordmilch) und B2-214/08 (Bayernland/Käserei Bayreuth).
[89] B 2 – 29/09 Humana/Nordmilch, S. 37.
[90] COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 47 ff., 52.

ders ist als für konventionelle Rohmilch. Bei Bio-Rohmilch übersteigt in Deutschland die Nachfrage das Angebot deutlich, während dies bei konventioneller Rohmilch umgekehrt ist.

2. Lieferverträge/Spotmarkt

Der sachliche Markt für die Rohmilcherfassung ist weiter danach zu unterscheiden, ob die Milch auf dem Spotmarkt oder aufgrund von Lieferverträgen gehandelt wird.[91] Aus Sicht der Nachfrager handelt es sich um unterschiedliche Märkte. Der Preis am Spotmarkt[92] ist sehr volatil und wird unmittelbar durch Angebot und Nachfrage bestimmt. Es gibt offenbar wenige Milcherzeuger, die ausschließlich den Spotmarkt beliefern. Umgekehrt gibt es wenige Molkereien, die ihren Rohstoffbedarf ausschließlich über den Spotmarkt abdecken. Dieser Markt dient vielmehr typischerweise dem Ausgleich von Bedarfsspitzen und eigenem Überangebot an Rohmilch. In der Regel decken die Molkereien ihren Rohmilchbedarf über vertragliche Lieferbindungen der Milcherzeuger, um eine stetige Rohstoffbasis zu gewährleisten. Die vertraglichen Auszahlungspreise unterscheiden sich deutlich von den Spotmarktpreisen. Hier sind neben der vorhandenen Rohmilchmenge und der Nachfrage weitere Faktoren für die Preisbildung entscheidend.[93]

3. Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht hat die Beschlussabteilung die Erfassungsmärkte stets regional in einem bestimmten Umkreis um eine Molkerei abgegrenzt.[94] Maßgebend sind dabei die potentiellen Einzugsgebiete und nicht die tatsächlichen Erfassungsgebiete. Als Erfassungsgebiet ist das Gebiet zu bezeichnen, in dem die jeweilige Molkerei tatsächlich ihre Milch einsammelt. Die Einzugsgebiete stehen dagegen für das Gebiet, in dem die Milcherfassung wirtschaftlich noch sinnvoll zu realisieren ist. Hierbei hat die Beschlussabteilung bislang einen Umkreis von mindestens 150 km angenommen, wobei der Markt nach den bisherigen Erkenntnissen nicht grenzüberschreitend ist.

Die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission für die Beschaffung von konventioneller Rohmilch ist weiter. In ihrer Entscheidungspraxis geht die Kommission von nationalen Märk-

---

[91] Humana/Nordmilch, B 2 – 29/09 , S. 38 f.
[92] Vgl. zum Spotmarkt im Einzelnen Abschnitt D.I.3.a).
[93] Vgl. dazu im Einzelnen D.II.
[94] Nordmilch/Pommernmilch, B 2 – 92/09; Humana/Nordmilch, B 2 – 29/09 , S. 39 f; Bayernland/Käserei Bayreuth, B 2 – 214/08 , Rdnr. 35 ff.

ten aus.[95] Die gleiche räumliche Marktabgrenzung gilt nach Auffassung der Kommission auch für Biomilch.[96]

Die Abgrenzung eines nationalen Marktes hält die Beschlussabteilung für Deutschland nicht für sachgerecht. Die meisten Molkereien weisen auf die Transportkosten hin, die eine Erfassung nur bis zu einer bestimmten Entfernung sinnvoll machten. Auch die Werksauslastung sei entscheidend sowie die Betriebsgröße des Erzeugerbetriebes. Die gesetzlich vorgeschriebene tägliche Reinigung der Tanklastzüge begrenze die zeitliche Möglichkeit der Erfassung. Schließlich wiesen einige Antworten auf die Infrastruktur als Begrenzungsfaktor hin. Bei guter Straßenanbindung sei eine weitere Erfassung möglich.

Die Befragung der Molkereien im Rahmen der Sektoruntersuchung hat ergeben, dass die Erfassung der Molkereien im Durchschnitt bis zu einer Entfernung von gut 170 km erfolgt.[97] Befragt nach dem Einzugsgebiet, also bis zu welcher Entfernung die Erfassung von Rohmilch wirtschaftlich sinnvoll ist, ergibt sich eine durchschnittliche Entfernung von rund 220 km.[98] Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Sektoruntersuchung lediglich auf der Befragung größerer Molkereien beruht. Die kleinere Molkereien haben Erfassungs- und Einzugsgebiete, die räumlich ein deutlich engeres Gebiet abdecken. Die Beschlussabteilung hält daher als Näherungswert eine räumliche Marktabgrenzung auf der Grundlage von etwa 150 km um die jeweilige Betriebsstätte einer Molkerei, die die Rohmilch einsammelt, für sachgerecht.

II. Marktabgrenzung für den Absatz von Molkereiprodukten:

Die meisten Molkereien stellen eine Vielzahl von Molkereiprodukten her. Gewisse Produkte, vor allem die sog. Milchbasisprodukte, gehören zum Angebot praktisch jeder größeren Molkerei. Für die Marktabgrenzung sind insbesondere das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite (also des Lebensmitteleinzelhandels oder der Großverbraucher oder der weiterverarbeitenden Industrie) maßgeblich. Die Beschlussabteilung nimmt keinen Sortimentsmarkt an, wenn das Nachfrageverhalten der Abnehmer dagegen spricht. Die Nachfrager nach Molkereiprodukten beziehen bei den von der Beschlussabteilung bisher untersuchten Produktgruppen nur bestimmte Teilsortimente und decken den übrigen Bedarf bei anderen Molkereien.

---

[95] In COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 77 den niederländischen, in COMP /M.3130 – Arla Foods/Express Dairies, Rdnr. 16 den britischen und in COMP /M.4344 – Lactalis/Nestlé (JV), Rdnr. 34 den französischen Markt betreffend.

[96] COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 80.

[97] Die weiteste angegebene Entfernung beträgt 425 km, die kürzeste Entfernung 60 km. Um Ausreißer bereinigt (gestutztes Mittel zu 25 %) ergibt sich eine Entfernung von 170 km.

[98] Gestutztes Mittel zu 25 % ergibt immer noch 220 km. Dabei schwanken die Angaben erheblich von 500 km bis 100 km.

Die Möglichkeit der Molkereien, ihre Produktion kurzfristig und ohne erheblichen finanziellen Aufwand auf eine andere Produktgruppe umzustellen, kann eine Rolle bei der Marktabgrenzung spielen und führt u.U. wiederum zur Annahme von Sortimentsmärkten.

1. Produktgruppen

Eine Marktabgrenzung einzelner Produktbereiche der weißen oder gelben Linie war in den meisten Zusammenschlussvorhaben, die die Beschlussabteilung bisher zu prüfen hatte, nicht erforderlich. Das gilt bislang auch für sämtliche Bioprodukte.

In einigen Fällen legten die Ermittlungsergebnisse eine weitere Marktabgrenzung nahe, die nicht einzelne Produkte oder Marken, sondern Produktgruppen oder sogar Teilsortimente einer Molkerei umfasst (z. B. Quark, Frischkäse und Frischkäsezubereitung). Dagegen kann sie in besonderen Konstellationen auf nur eine Produktgruppe begrenzt sein. Im Falle von Spezialitäten kann die Marktabgrenzung wenige Produkte innerhalb enger Produktgruppen umfassen. So hat die Beschlussabteilung für die Prüfung der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens nach entsprechenden Ermittlungen bei den Marktteilnehmern einen eigenständigen Markt für Sauermilchkäse („Harzer Käse“) abgegrenzt.[99] Dies verdeutlicht, dass in jedem Fall für jede Produktgruppe bei Molkereiprodukten die Frage der Marktabgrenzung genau zu prüfen ist und eine generalisierende Aussage insoweit nicht möglich ist.[100]

2. Markenprodukte/Handelsmarken

Ob bei Milchbasisprodukten eine Unterscheidung von sachlichen Märkten für Markenprodukte und Handelsmarken sachgerecht ist, hat die Beschlussabteilung in bisherigen Verfahren offen lassen können.[101] Es sprechen allerdings für die bislang von der Beschlussabteilung untersuchten Produktgruppen (insbesondere Milchbasisprodukte) viele Gründe dafür, hier einen einheitlichen Markt anzunehmen. Aus Sicht der Verbraucher besteht bei

---

[99] Loose/Poelmeyer, B 2 – 359/07; vom OLG Düsseldorf bestätigt (jedoch noch nicht rechtskräftig).

[100] Die Europäische Kommission hat bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben in anderen europäischen Staaten eine Vielzahl von Teilmärkten im Käsebereich abgegrenzt (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 559 f.; COMP/M.4135 – Lactalis/Galbani; COMP/M.4761 – Bongrain/Sodiaal). Desweiteren grenzt sie den Markt in frische und haltbare Basismilchprodukte ab. Dabei wird weiter u.a. zwischen Konsummilch, Buttermilch und Naturjoghurt unterschieden. Auch bei den Milchmichgetränken wird der Markt unterteilt in einen Markt für wirkungsbezogene oder gesundheitsbezogene und einen für nicht gesundheitsbezogene Produkte (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 993 f).

[101] B 2 – 29/09 Humana/Nordmilch, S. 21 f. Die Europäische Kommission nimmt u.a. bei Frischmilch, frischer Buttermilch, Naturjoghurt keine Unterscheidung von Handels- und Herstellermarken vor (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 196). Bei den niederländischen Käsesorten nimmt die europäische Kommission ebenfalls keine solche Unterscheidung vor (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 529), wohingegen sie für den französischen Käsemarkt Handels- und Herstellermarken unterschieden hat (COMP/M.4761 –

Milchbasisprodukten eine sehr große Austauschbarkeit. Zudem weisen Markenprodukte und Handelsmarken bei Milchbasisprodukten im Regelfall keine nennenswerten qualitativen Unterschiede auf, die eine Annahme getrennter sachlicher Märkte rechtfertigen würde.[102] Vereinfacht dargestellt ist bei vielen dieser Produkte nur die Verpackung eine andere, während der Inhalt der gleiche ist. Der Anteil von Handelsmarken ist bei Molkereiprodukten im Vergleich zu anderen Produktbereichen außerordentlich hoch. Auch hier ist jedoch eine Einzelfallprüfung erforderlich, allgemein gültige Aussagen sind nicht möglich. Für Nischenprodukte und höherpreisige Produkte gilt diese Aussage nicht in gleicher Weise. So ist der Anteil von Handelsmarken (z.B. bei Milchmischgetränken) vergleichsweise niedrig, eine Abgrenzung unterschiedlicher Märkte für Handelsmarken und Markenartikeln könnte hier sachgerecht sein. Dementsprechend hat die Europäische Kommission für einzelne Produktgruppen sachlich getrennte Märkte für Handelsmarken und Markenartikel identifiziert.

3. Marktabgrenzung nach Vertriebswegen

Unterschiede in Hinblick auf Verpackung, Logistik, Know-How und sonstige Kriterien beim Vertrieb von Produkten können ein Zeichen dafür sein, verschiedene sachliche Märkte für den Vertrieb an den LEH, Großverbraucher und die weiterverarbeitende Industrie anzunehmen.[103] Bei Molkereiprodukten hat die Beschlussabteilung bislang in Bezug auf die verschiedenen Vertriebswege keine Entscheidung getroffen, ob eine weitere Differenzierung nach Vertriebswegen sachgerecht wäre.

Die Europäische Kommission hat erkennen lassen, dass bei Frischmilchprodukten (Frischmilch, Buttermilch, Naturjoghurt) eine Marktunterteilung nach Vertriebsschienen (Einzelhandel und sog. OOH-Handel)[104] sachgerecht sein könnte. Die Europäische Kommission konnte aber im Ergebnis offen lassen, ob eine derartige Differenzierung sachgerecht wäre oder nicht.[105] Bei Käse hat sie für das Gebiet der Niederlande gesonderte Märkte für bestimmte Käsearten („Dutch type cheese“) für den Vertrieb an den Einzelhandel und an spezialisierte Käsegroßhändler angenommen.[106] Ebenso grenzt die Kommission bei Joghurt und Quark mit Zusätzen sowie bei flüssigem Kaffeeweißer den Markt nach verschiedenen Ver-

---

Bongrain/Sodiaal/JV, Rdnr. 17). Handels- und Herstellermarken gehören auch zum gleichen Markt für Joghurts und Quark mit Geschmack (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 913).

[102] Unmittelbarer Nachfrager nach Molkereiprodukten ist zwar z. B. der LEH. Dessen Entscheidung für den Bezug bestimmter Molkereiprodukte wird jedoch wiederum entscheidend von dem Nachfrageverhalten des Endverbrauchers beeinflusst.

[103] So auch COMOP/M.5047 – Rewe/Adeg, Erwägungsgrund 34.

[104] U.a. Vertrieb an Gaststätten, Kioske, Kantinen.

[105] Vgl. COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 206 f.

[106] Vgl. COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 559.

triebswegen ab (Einzelhandel und OOH-Handel).[107] Bei Sahne wird zwischen dem Vertrieb an den Einzelhandel, an den OOH-Handel und an die Industrie unterschieden.[108]

4. Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht grenzt die Beschlussabteilung die Märkte in ständiger Praxis (mindestens) bundesweit ab. Je nach Produktgruppe können die räumlich relevanten Märkte grenzüberschreitend oder auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sein. Maßgeblich ist wiederum das tatsächliche Nachfrageverhalten der Abnehmer. Einige Milchbasisprodukte (insbesondere Pulver) werden weltweit gehandelt. Bei anderen handelt es sich um Produkte, die in dieser Form (Größe, Geschmack, Konsistenz) nicht in anderen europäischen Staaten, sondern nur in Deutschland nachgefragt werden. Eine generalisierende Aussage für alle Molkereiprodukte ist daher nur insoweit möglich, als die Märkte jedenfalls nicht lokal oder regional sondern mindestens bundesweit abzugrenzen sind. In ihrer Entscheidung Friesland/Campina hat die Europäische Kommission für die dort untersuchten Produktgruppen ebenfalls ganz überwiegend nationale (also auf die Niederlande begrenzte) Märkte angenommen.

F. Verhältnis Milcherzeuger/Molkereien

I. Anbieterstruktur

Die Marktstufe der Milcherzeuger ist in Deutschland fragmentiert, die Marktstufe der Molkereien stärker konzentriert. Dies legt die Vermutung nahe, dass die Milcherzeuger weniger Marktmacht haben als die Molkereien. Während die Ausweichmöglichkeiten der Milcherzeuger auf andere Molkereien aus strukturellen und tatsächlichen Gründen begrenzt sind, stehen den Molkereien eine Vielzahl von Erzeugern als Lieferanten zur Verfügung. Nach den vorläufigen Ergebnissen der Sektoruntersuchung dienen die längerfristigen Lieferverträge zwischen Molkereien und Milcherzeugern vor allem der Absicherung der Rohmilchanlieferung für die Molkereien. Um diese schwächere Marktstellung der Milcherzeuger gegenüber den Molkereien zu verbessern, hat der Gesetzgeber über kartellrechtliche Ausnahmeregelungen den Erzeugern Möglichkeiten der Kooperation eingeräumt, die andere Marktstufen nicht haben. Tatsächlich werden die rechtlichen Möglichkeiten der Zusammenarbeit durch die Erzeuger bislang allerdings nur sehr begrenzt genutzt.

---

[107] Vgl. COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 927 und Rdnr. 1501.
[108] Vgl. COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rdnr. 1377 f.

1. Analyse

Im Jahre 2008 standen in Deutschland rund 100.000 Milcherzeugern gut 100 Molkereien als Abnehmer gegenüber. In den Bundesländern Bayern (über 46.000 Milcherzeuger), Niedersachsen (über 15.000), Baden-Württemberg (12.000) und Schleswig-Holstein (5.600) sind rund 80% der Milcherzeuger ansässig. Bei den Molkereien entfällt (gemessen am Umsatz) mehr als die Hälfte der Umsätze auf die umsatzstärksten 10 Molkereien. Auf Grund der Regionalisierung der Rohmilchbeschaffung durch die einzelnen Molkereien und ihre teilweise sehr kleinen Erfassungsgebiete können die rund 22.000 Milcherzeuger im Norden Deutschlands (Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern) ihre Rohmilch de facto jeweils gerade noch einer Handvoll Molkereien andienen.

Zudem sind die produktbezogenen Ausweichmöglichkeiten eines Milcherzeugers stark begrenzt. Wenn er konventionelle Rohmilch produziert, kann er zwar nach einer entsprechenden Umstellungsphase auf die Produktion von Bio - Milch ausweichen. Da es sich jedoch insoweit noch immer um einen Nischenmarkt handelt, ist dies für die Mehrheit der Erzeuger keine reelle Option.

Allerdings können die Molkereien ebenfalls nur in begrenztem Maß auf andere Anbieter ausweichen, um an die Rohmilch zu gelangen. Zum einen wird wenig Rohmilch über Milchhändler gehandelt oder auf dem Spotmarkt vertrieben. Zum anderen ist das Einzugsgebiet der Molkereien dadurch begrenzt, dass ein Transport der Rohmilch über eine Entfernung von deutlich mehr als 150 bis 200 km nur in Ausnahmefällen technisch möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist. Dementsprechend haben die Antworten der Molkereien auf die Frage, von wem sie während des Milchlieferstreiks im Jahre 2008 ihre Rohmilch bezogen haben, gezeigt, dass die Ausweichmöglichkeiten der Molkereien sehr begrenzt sind.

Für private Molkereien kommt hinzu, dass die Milcherzeuger genossenschaftlicher Molkereien über mehrere Jahre an ihre Genossenschaft gebunden sind und allenfalls mittelfristig als alternative Bezugsquelle zur Verfügung stehen. Da in jüngerer Zeit jedoch gerade private Molkereien dazu übergehen, Milchlieferverträge mit deutlich längerer Laufzeit abzuschließen, ist für beide Molkereigruppen die Gefahr, kurzfristig keine Bezugsquelle für die Rohmilch zu haben, praktisch begrenzt. Durch die längerfristigen Lieferverträge haben genossenschaftliche und private Molkereien daher einen gesicherte Zugriff auf die Rohmilch. Die Milcherzeuger haben durch längerfristige Lieferverträge zwar eine gesicherte Absatzbasis für ihre Rohmilch. Andererseits haben sie damit nur begrenzte Möglichkeiten, die Molkerei zu wechseln. Dies hat einen dämpfenden Effekt auf den Wettbewerb der Molkereien um die Rohmilch (und damit zugleich auf den Milchauszahlungspreis). Auf Grund der unterschiedlich hohen Konzentration auf den beiden Marktstufen (Milcherzeuger/Molkereien) sind die Abhängigkeiten der Milcherzeuger von den Molkereien stärker als umgekehrt.

Entscheidend werden die Machtverhältnisse zwischen Erzeugern und Molkereien jedoch letztlich durch die jeweilige Lage des Marktes beeinflusst. In einer Phase des Marktes, wo es (wie gegenwärtig) ein größeres Angebot an Rohmilch gibt, als nachgefragt wird, verlagert sich das Machtgleichgewicht stärker zu Gunsten der Molkereien. Wechselwillige Erzeuger finden keine aufnahmebereiten Molkereien, und Molkereien können die Konditionen bestimmen, zu denen sie einen Erzeuger aufnehmen. Umgekehrt verbessert sich die Machtbalance zu Gunsten der Erzeuger wegen der (vertraglichen oder genossenschaftlichen) Bindung an die Molkerei selbst in den Fällen nur mittelfristig, in denen die Nachfrage das Angebot übersteigt.

Die vorgenannten Feststellungen gelten nicht nur für Milcherzeuger, die an private Molkereien Rohmilch liefern. Sie gelten vielmehr auch für die Mehrheit der Milcherzeuger, die gegenwärtig in genossenschaftlichen Molkereien organisiert ist. Mit der von der EU eingeleiteten Liberalisierung der Märkte steigt für genossenschaftliche Molkereien der Druck, ihre Rohmilch möglichst kostengünstig zu beschaffen. Damit steht die Erzielung eines möglichst hohen Auszahlungspreises im Konflikt mit der Notwendigkeit, auf der Absatzseite erfolgreich im Wettbewerb zu bestehen. Genossenschaftliche Molkereien werden daher zunehmend wie „vertikal integrierte“ Unternehmen geführt, die eine Gesamtgewinnmaximierung betreiben und den Milchauszahlungspreis dabei lediglich wie einen internen Verrechnungsposten behandeln. Andererseits bleibt der einzelne Milcherzeuger (auch wenn er genossenschaftliches Mitglied einer Molkerei ist) selbständiger Unternehmer, der in erster Linie ein Interesse an einem hohen Milchauszahlungspreis hat. Für ihn steht der Gesamtgewinn der Molkerei nicht primär im Fokus. Er hält zudem (je nach Höhe seiner Einlagen) lediglich eine kleine Beteiligung an der Molkerei. Entsprechend begrenzt ist damit sein Einfluss auf die geschäftliche Strategie der Molkerei (vergleichbar dem Einfluss eines kleinen Einzelaktionärs auf ein großes börsennotiertes Unternehmen) . Viele Genossen fühlen sich so nicht mehr als Teil „ihrer“ Molkerei.[109] Mit den Besonderheiten des Genossenschaftsrechts hat sich die Beschlussabteilung daher in einem eigenen Abschnitt befasst.

2. Vorläufige wettbewerbsrechtliche Würdigung

Um das bestehende Machtungleichgewicht zu kompensieren, hat der deutsche Gesetzgeber daher für die Erzeuger rechtliche Möglichkeiten geschaffen, sich stärker zu organisieren, zu kooperieren und bis zu einem gewissen Grad den Wettbewerb auszuschalten als dies die Unternehmen der anderen Marktstufen (Molkereien und LEH) dürfen. Die wettbewerbs-

[109] Nach einer Studie der Universität Göttingen würde die Hälfte aller dort befragter Genossen lieber eine private als eine genossenschaftliche Molkerei beliefern; Präsentation von Prof. Dr. Ludwig Theuvsen (Georg-August-Universität Göttingen, Lehrstuhl Marketing für Lebensmittel und Agrarprodukte) am 8. Dezember 2009 im Rahmen der High Level Expert Group on Milk der EU.

rechtlich zulässigen Kooperationsmöglichkeiten sind also auf der Marktstufe, die keine signifikante Marktmacht hat, höher als auf anderen Marktstufen. Von dieser Möglichkeit haben die Erzeuger bislang jedoch lediglich ansatzweise Gebrauch gemacht.

Nachfolgend werden die vom Gesetzgeber für Erzeuger in mehreren Vorschriften geschaffenen allgemeinen sowie die speziellen, teilweise weitreichenden Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot dargestellt.

a) Generelle Ausnahmebereiche

§ 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbietet Unternehmen, Vereinbarungen zu treffen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Vereinbarungen von Erzeugerorganisationen, die keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken, sind ohne weiteres zulässig, weil sie nicht gegen § 1 GWB verstoßen. Selbst spürbare Wettbewerbsbeschränkungen greifen die Kartellbehörden nicht auf, wenn sie eine Bagatellschwelle nicht überschreiten. Das Bundeskartellamt hat dazu eine Bekanntmachung veröffentlicht, die Hinweise darauf gibt, welche Kriterien eine Vereinbarung erfüllen muss, um wegen der geringen Auswirkungen nicht verfolgt zu werden. Kernbeschränkungen (u.a. Preis- und Mengenabsprachen) führen allerdings dazu, dass die Bagatell-Bekanntmachung unanwendbar wird.[110]

Kleine und mittlere Unternehmen haben zudem die Möglichkeit, gemäß § 3 GWB ein Mittelstandskartell zu bilden. Eine entsprechende Auslegungshilfe, wann und in welchen Grenzen eine Freistellung als Mittelstandskartell möglich ist, hat das Bundeskartellamt ebenfalls in einem Merkblatt veröffentlicht.[111]

b) Ausnahmebereich Landwirtschaft (§ 28 GWB)

Neben diesen allgemeinen Ausnahmetatbeständen hat der Gesetzgeber in § 28 GWB einen eigenen Freistellungstatbestand für den Bereich der Landwirtschaft geschaffen, um eine Marktstabilisierung für landwirtschaftliche Produkte durch Selbsthilfemaßnahmen der landwirtschaftlichen Erzeugerbetriebe zu ermöglichen.

---

[110] Bekanntmachung 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13. März 2007, abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

[111] Merkblatt des Bundeskartellamtes über die Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen (März 2007), ebenfalls abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Geltung des Kartellverbots nach § 1 GWB ausgeschlossen für *„Vereinbarungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben sowie für Vereinbarungen und Beschlüsse von Vereinigungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben und Vereinigungen von solchen Erzeugervereinigungen“*. Dies gilt allerdings nur für solche Vereinbarungen oder Beschlüsse, *„die keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen“*.

Die Freistellung von § 1 GWB können alle landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe für sich in Anspruch nehmen. Sie müssen dafür auch nicht förmlich als Erzeugergemeinschaften anerkannt sein. Private Molkereien sind jedoch nicht privilegiert, da es sich nicht um Erzeugerbetriebe, sondern um Gewerbebetriebe handelt.[112] Genossenschaftliche Molkereien können im Innenverhältnis von der Freistellung des § 28 GWB profitieren (z. B. für Beschlüsse über die Andienungspflicht).

Freigestellt sind nach § 28 GWB z. B. Vereinbarungen zur Produktionsbeschränkung,[113] zur vorzeitigen Schlachtung usw.. Ob Beschlüsse einer anerkannten Erzeugergemeinschaft unter Einbeziehung von genossenschaftlich gebundenen Milcherzeugern zur Reduzierung der Rohmilchmenge mit der Genossentreue vereinbar sind, ist hier nicht Gegenstand der Untersuchung.

Das Verbot von Preisbindungen bezieht sich auf horizontale Preisabsprachen. Dies folgt systematisch aus der Regelung des § 28 Abs. 2 GWB, der eine Sonderregelung für vertikale Preisabsprachen beinhaltet.

Die Vereinbarung eines einheitlichen Basismilchpreises wäre in keinem Fall von der Bereichsausnahme des § 28 GWB gedeckt. Zwar würde es sich um eine Vereinbarung von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben handeln (wenn die Milcherzeuger untereinander entsprechende Absprachen treffen würden) oder von Vereinigungen solcher Erzeugerbetriebe, die bei weitem Verständnis den Absatz eines landwirtschaftlichen Erzeugnisses betreffen (Rohmilch). Jede Art von Basismilchpreis würde aber zu einer unzulässigen Preisbindung führen.

Durch die nach § 28 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellte Vereinbarung darf der Wettbewerb zudem nicht ausgeschlossen werden. Wann diese Grenze erreicht ist, kann nicht abstrakt, sondern nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Das Kammergericht

---

[112] BGH WuW/E BGH 1977-1979.

[113] Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1974, S. 79; Schweitzer in Immenga/Mestmäcker Bd. 1, 4. Auflage 2009, § 28 Rd. 19 ff.

Berlin hat in einer älteren Entscheidung die Auffassung vertreten, die Grenze liege oberhalb derer für die Annahme von Marktbeherrschung in § 19 Absatz 3 GWB.[114]

Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Beschlussabteilung die hier relevanten Märkte regional und nicht etwa bundesweit abgrenzt. Ob der Wettbewerb daher „ausgeschlossen" wird, ist auf Grund einer Analyse der betroffenen regionalen Marktverhältnisse zu beurteilen. Eine Aussage, bis zu welcher Grenze auf Bundesebene Vereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt sind, ist dagegen nicht möglich, da es einen „bundesweiten Erfassungsmarkt" nicht gibt.

Zudem bleiben die übrigen Vorschriften des Wettbewerbsrechts (Boykottverbot des § 21 GWB, Missbrauchskontrollenach §§ 19, 20 GWB) weiter anwendbar. Daher wird die Beschlussabteilung dann gegen Erzeugerverbände vorgehen, wenn diese versuchen, die Position der Erzeuger mit kartellrechtswidrigen Mitteln zu verbessern. Dementsprechend hat sie ein Verwaltungsverfahren gegen den BDM eingeleitet, als dieser im Frühjahr 2008 zu einem Boykott der Molkereien aufgerufen hatte, um höhere Milchauszahlungspreise für die Erzeuger durchzusetzen.

Der BDM hatte die Milchviehhalter in Deutschland zur Nichtbelieferung der Molkereien aufgerufen, um einen bundesweit einheitlichen Mindestpreis von 43 Cent/kg Milch und eine Drosselung der Milchmenge durchzusetzen. Darüber hinaus sollten die Molkereien vom BDM vorbereitete „Verpflichtungserklärungen" unterzeichnen. Mit ihrer Unterschrift unter diese Verpflichtungserklärung sollten die Molkereien den Milchindustrieverband beauftragen, mit dem BDM Verhandlungen mit dem Ziel zu führen, den vom BDM geforderten Mindestmilchpreis gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel durchzusetzen.

In Folge des Aufrufs wurden bundesweit zahlreiche Molkereien von den Milchviehhaltern nicht mehr mit Milch beliefert. Teilweise wurden die Anlieferung von Milch und die Auslieferung von Milchprodukten durch Blockaden verhindert.

Die Beschlussabteilung hat mit ihrer Entscheidung deutlich gemacht, dass strukturpolitische Probleme keinesfalls mit kartellrechtswidrigen Mitteln gelöst werden dürfen. Dabei hat die Beschlussabteilung allerdings zugunsten des BDM von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht

---

[114] KG WuW/E DE-R 816-824. Im Schrifttum wird vertreten, unterhalb von 40% Marktanteil werde der Wettbewerb in keinem Fall ausgeschlossen (Brück in Münchener Kommentar Bd. 2, § 28 Rd. 32). Die estnische Wettbewerbsbehörde hat einen Zusammenschluss auf Erzeugerebene unter der Bedingung genehmigt, dass der gemeinsame Marktanteil der Erzeuger 40% nicht überschreitet („Synopsis of Member States contributions on the Milk Supply Chain" der Europäischen Kommission).

und kein Bußgeldverfahren eingeleitet. Sie hat vielmehr lediglich festgestellt, dass es sich um einen kartellrechtswidrigen Aufruf zum Boykott und damit um einen Verstoß gegen § 21 GWB gehandelt hat, und dem BDM erst für den Fall der Wiederholung angedroht, ein Bußgeldverfahren zu eröffnen.

c) Ausnahmebereich § 11 Marktstrukturgesetz

Das Marktstrukturgesetz (MarktStrG)[115] sieht in § 11 MarktStrG eine noch weitergehende Befreiung vom Kartellverbot vor :

> *„(1) § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen findet keine Anwendung auf Beschlüsse einer anerkannten Erzeugergemeinschaft im Sinne dieses Gesetzes, soweit sie die Erzeugnisse betreffen, die satzungsgemäß Gegenstand ihrer Tätigkeit sind.*
>
> *(2) Eine anerkannte Vereinigung von Erzeugergemeinschaften im Sinne dieses Gesetzes darf ihre Mitglieder bei der Preisbildung beraten und zu diesem Zweck gegenüber ihren Mitgliedern Preisempfehlungen aussprechen.*
>
> *(3) Im Übrigen bleiben die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt.*
>
> *(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten sinngemäß auch für Erzeugergemeinschaften, Erzeugerorganisationen und Vereinigungen von solchen, die auf Grund von Rechtsakten des Rates oder der Kommission gebildet oder anerkannt sind, soweit sie den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließen, soweit ihre Ziele denen von Erzeugergemeinschaften oder Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften im Sinne dieses Gesetzes entsprechen und soweit es sich um Tätigkeiten handelt, die Erzeugergemeinschaften oder Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften nach diesem Gesetz übernehmen dürfen.“*

Die Genehmigung von Milcherzeugergemeinschaften erfolgt durch die jeweils örtlich zuständigen Landesbehörden. Das Bundeskartellamt hat hier keine Zuständigkeit und ist in den Anerkennungsprozess weder formell noch informell eingebunden. Allerdings behält sich das Bundeskartellamt die kartellrechtliche Überprüfung der Aktivitäten auch anerkannter Erzeugergemeinschaften vor, sofern und soweit diese auf einem regionalen Markt eine erhebliche Menge der zur Verfügung stehenden Rohmilch gebündelt haben.

Die Befreiung durch § 11 MarktStrG gilt alleine für Beschlüsse einer Erzeugergemeinschaft in Bezug auf ihre Erzeugnisse. Die Befreiung vom Kartellverbot zu Gunsten solcher anerkannten Erzeugergemeinschaften ist dabei weitergehender als nach § 28 GWB. So sind insbesondere Preisbindungen zulässig. Erzeugergemeinschaften können damit im Innenverhältnis zu ihren Mitgliedern ebenso die Preise festsetzen wie im Außenverhältnis zu ihren Abnehmern. Meh-

---

[115] Marktstrukturgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 26. September 1990 (BGBl. I S. 2134), zuletzt geändert durch Art. 197 der Verordnung v. 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

rere Erzeugergemeinschaften dürfen dagegen gegenseitig keine Preisabsprachen treffen. Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften dürfen vielmehr lediglich beratend tätig werden (§ 11 Absatz 2 MarktStrG).

Die Privilegierung gilt zudem ausschließlich für Beschlüsse und nicht für Verträge der Erzeugergemeinschaft.[116] Standardverträge, die einen Einheitspreis vorsehen, können damit nicht nach § 11 MarktStrG gerechtfertigt werden und sind erst recht nicht von § 28 Abs. 1 GWB gedeckt, da sie eine Preisbindung enthalten. Verträge zwischen mehreren Erzeugergemeinschaften, etwa zur Festsetzung eines Basismilchpreises, sind davon ebensowenig gedeckt.

Voraussetzung für die Anerkennung ist, dass die Erzeugergemeinschaft den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließt (§ 3 Absatz 1 Ziffer 8 und § 3 Absatz 4 MarktStrG). Auch für anerkannte Erzeugergemeinschaften gibt es nach Auffassung der Beschlussabteilung eine kartellrechtlich kritische Grenze für die Bündelung von Rohmilch. Nach deutschem Recht darf durch die Bündelung der Wettbewerb auf dem Markt des Vertriebs von Rohmilch an Molkereien nicht ausgeschlossen werden. Da die Marktabgrenzung im Bereich der Erfassung von Rohmilch regional erfolgt, kann eine kritische Grenze bereits dann erreicht sein, wenn Molkereien in einer Region keine Bezugsalternative für die Beschaffung ihrer Rohmilch mehr haben. Abstrakte Größenordnungen für das gesamte Bundesgebiet können daher nicht genannt werden und sind auch ohne jede Bedeutung. Allein entscheidend sind vielmehr die jeweiligen regionalen Marktverhältnisse.

Zu beachten ist zudem, dass die Bündelung der Rohmilch nicht zu einer spürbaren Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels[117] führen darf, weil dies zu einem Verstoß gegen europäisches Kartellrecht (Artikel 101 AEUV)[118] führen würde. Dabei geht die Europäische Kommission nicht erst bei grenzüberschreitenden Vereinbarungen von einer Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels aus. Auch durch rein innerstaatliche Vereinbarungen kann der zwischenstaatliche Handel im Sinne von Artikel 101 AEUV beschränkt werden. Eine flächendeckende (bundesweite) Preisvereinbarung mit der Forderung eines Basismilchpreises schließt national den Wettbewerb um Rohmilch aus, wenn Molkereien und andere Nachfrager die Rohmilch auf dem betreffenden regionalen Markt nur noch zu einem Einheitspreis (oder teurer) einkaufen können. Ein solcher bundesweit einheitlicher Mindestpreis würde zugleich den zwischenstaatlichen Handel beschränken. Wegen der marktab-

---

[116] Jestaedt, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Bd. 1, § 28 Rdnr. 23.

[117] Entsprechend der Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission wird der zwischenstaatliche Handel durch solche Vereinbarungen nicht spürbar beeinträchtigt, bei denen die Beteiligten zusammen einen Marktanteil von unter 5% und einen Jahresumsatz von nicht mehr als 40 Mio. € haben.

[118] Früher: Artikel 81 EGV.

schottenden Wirkung und da es sich um eine Kernbeschränkung handelt, erscheint es praktisch ausgeschlossen, dass eine Freistellung nach europäischem Wettbewerbsrecht möglich wäre.

Keine der bisher am Markt agierenden anerkannten Milcherzeugergemeinschaften hat jedoch bislang eine Größe erreicht, die eine kartellrechtliche Prüfung nach den genannten Kriterien erforderlich machte, ob die nach deutschem oder europäischen Kartellrecht kritische Größe bereits erreicht ist. Dies gilt sowohl für die Bayern-MeG, die in Bayern rund ein Drittel der an private Molkereien vertriebene Rohmilch bündelt, als auch für die dem BDM nahestehende und von diesem initiierte anerkannte Erzeugergemeinschaft MEG Milchboard. Deren praktische Wirkung ist bislang eher marginal. Das Bundeskartellamt hat insbesondere in Bezug auf das Milchboard den Eindruck, dass Erzeuger davon Abstand nehmen, Mitglied zu werden, weil das vom Milchboard letztlich angestrebte Ziel einer bundesweiten Bündelung von mindestens 80% der deutschen Rohmilch kartellrechtskonform nicht möglich ist. Die Beschlussabteilung weist daher darauf hin, dass die lokale oder regionale Bündelung von Rohmilch in Erzeugerhand eine vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünschte Form der Selbsthilfe der Erzeuger darstellt und zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Anlass besteht, kartellrechtlich gegen das Milchboard oder eine andere anerkannte Milcherzeugergemeinschaft vorzugehen.

II. Milchauszahlungspreis

Im Vordergrund der verschärft seit Mitte des Jahres 2008 geführten politischen und gesellschaftlichen Diskussion stehen die Milchauszahlungspreise. Seitens des BDM ist die Forderung nach einem bundeseinheitlichen Auszahlungspreis in Höhe von 43 ct/kg Milch und einer stärkeren Bündelung auf der Erzeugerebene erhoben worden. Um einen solchen bundeseinheitlichen Basispreis durchzusetzen, hat der BDM im Frühjahr 2008 zu einem Boykott aufgerufen, der vom Bundeskartellamt und vom Oberlandesgericht Düsseldorf als kartellrechtswidrig eingestuft worden ist.[119] Zudem schlägt der BDM verschiedene Maßnahmen zur Begrenzung der Angebotsmenge an Rohmilch vor.

Der DBV seinerseits hat in seinem Situationsbericht 2010 festgestellt, dass Milchvieh- und Ackerbaubetriebe im Wirtschaftsjahr 2008/2009 besonders starke Einkommenseinbußen gegenüber dem Vorjahr hinnehmen mussten.[120] Er hat daher staatliche Finanzhilfen gefor-

---

[119] Vgl. B 2 – 100/08, BDM-Boykott, Beschluss v. 12.11.2008; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. September 2009..

[120] Situationsbericht 2010 Trends und Fakten zur Landwirtschaft, Hrsg. DBV, 2009. Bei Milchbetrieben ging das Ergebnis danach um 45% auf durchschnittlich 29.300 €/Jahr zurück. Der Jahresdurchschnittspreis für das Jahr

dert und sich (im Gegensatz zum BDM) für eine stärkere Konsolidierung des Molkereisektors ausgesprochen, die zu einer verbesserten Verhandlungsposition der Molkereien gegenüber den Abnehmern des LEH führen soll.

Im Jahre 2008 und 2009 haben mehrere politische „Milchgipfel“ unter Moderation des Bundeslandwirtschaftsministeriums und der Bundeskanzlerin stattgefunden. In Frankreich und in Spanien sind jüngst politische Vereinbarungen getroffen worden, um einen höheren Milchauszahlungspreis zu Gunsten der Milchviehhalter zu erreichen.[121] In einigen europäischen Staaten, insbesondere in Frankreich, hat es zudem Ende des Jahres 2009 Demonstrationen sowie einen Milchlieferstreik gegeben, um höhere Milchauszahlungspreise durchzusetzen.

Die Diskussion dreht sich jedoch nicht nur um die Höhe des Milchauszahlungspreises sondern auch um die Art und Weise, wie der Milchauszahlungspreis gebildet wird. Sie wird teilweise sehr emotional und auf Seiten der Politik und der Presse auch widersprüchlich geführt, da einerseits niedrige Milchauszahlungspreise beklagt, andererseits angehobene Ladenverkaufspreise für Molkereiprodukte kritisiert werden.

Aus Sicht einer Kartellbehörde gibt es keinen „gerechten“ Preis für ein Wirtschaftsgut (und zwar weder auf Erzeugerebene, noch auf Verbraucherebene). Unter funktionierendem Wettbewerb ergibt sich vielmehr der „Marktpreis“ aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Höhere Milchauszahlungspreise können marktkonform daher auf zwei Wegen erzielt werden: eine Angebotsreduzierung oder eine Nachfrageausweitung. Dagegen können höhere Milchauszahlungspreise dauerhaft nicht durch Eingriffe in die Vertragsgestaltung (zwischen Molkereien und Erzeuger oder Molkereien und Unternehmen des LEH) oder durch (staatlich moderierte) verbindliche Preisempfehlungen erreicht werden.

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, wie die Milchauszahlungspreise in der Praxis gebildet werden. Anschließend wird dieser Preisbildungsmechanismus aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bewertet.

1. Preisbildungsmechanismus

Als Milchauszahlungspreis wird der Preis bezeichnet, den ein milchverarbeitender Betrieb seinen Milchlieferanten auszahlt. Alle Molkereien orientieren sich bei der Preisfindung an

---

2009 liegt nach Angaben des MIV bei etwa 24,3 ct/KG nach 33,8 ct/kg im Jahr 2008 und 33,5 ct/KG im Jahr 2007; Meldung vom 21.12.2009 in top agrar.

[121] Vgl. dazu die Stellungnahme des Bundeskartellamtes anlässlich zweier Zusammenschlüsse im Molkereibereich, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion09/Kurzberichte/B2-88-09-Fallbeschreibung.pdf?navid=47 sowie die weiteren Ausführungen in Abschnitt F.II.2.b.

der Güte, dem Fett- und Eiweißgehalt sowie der bakteriologischen Beschaffenheit der Rohmilch. Hier gelten die Vorgaben der Milchgüteverordnung,[122] die auch vorsieht, bei bestimmten Milchqualitäten Zuschläge zu zahlen.

Der Milchauszahlungspreis kann dabei grundsätzlich auf drei verschiedene Weisen gebildet werden: „bottom up“ (aus Sicht der Erzeuger: Kalkulation, Angebot, Verkauf an die Molkerei), allein nach der Preiskalkulation der die Rohmilch nachfragenden Unternehmensform (private Molkereien/genossenschaftlich organisierte Molkereien) oder „upside down“ (ausgehend von dem zwischen LEH und anderen Abnehmern und den Molkereien ausgehandelten Preis für die Molkereiprodukte).

Im Rahmen der Befragung hat sich ergeben, dass die Bildung der Milchauszahlungspreise nicht einheitlich erfolgt und von verschiedenen Faktoren abhängig ist. Eine Preisbildung aus Sicht des Erzeugers („bottom up“) findet - wenn überhaupt – nur gegenüber privaten Molkereien statt, eine Preisbildung „upside down“ („der Erzeuger bekommt, was je nach Umsatz auf den Absatzmärkten übrig bleibt“) findet gegenwärtig im Verhältnis der genossenschaftlichen Molkereien gegenüber ihren Genossen statt. Bei letzterem Modell ist der Einfluss der Abnehmer (u.a. LEH) auf die Höhe des Auszahlungspreises unmittelbar, im anderen Fall („bottom up“) lediglich mittelbar. Der Mechanismus der Bildung des Milchauszahlungspreises unterscheidet sich bei genossenschaftlichen und privaten Molkereien.

a) Genossenschaftliche Milchverarbeitungsbetriebe

Während die einzelnen Auszahlungspreise der genossenschaftlichen Molkereien regional variieren, gibt es nach den bisherigen Ermittlungen einige gemeinsame Auszahlungsgrundsätze, die alle Genossenschaften befolgen:

→ alle der Genossenschaft zugehörigen Milchlieferanten, d.h. alle Genossen, erhalten einen einheitlichen Auszahlungspreis; der Preis ist unabhängig davon, welche Transportkosten im Einzelfall aufgrund der Entfernung des Milcherzeugerbetriebes zur Molkerei anfallen;[123] für die Preisbildung nicht berücksichtigt wird auch, welche Rohmilch für welche Molkereiprodukte benötigt und verwendet wird,[124]

---

[122] Verordnung über die Güteprüfung und Bezahlung der Anlieferungsmilch v. 9.7.1980, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8.8.2007, BGBl. I 2007, 1816.

[123] Allerdings wird teilweise ein sog. Stoppgeld für die Stopps des Milchsammelfahrzeuges berechnet, welches jedoch pauschaliert ist und nicht die individuelle Entfernung berücksichtigt.

[124] Vgl. die diesbezüglichen Feststellungen im Beschluss Humana/Nordmilch, B 2 – 29/09 v. 9.6.2009.

→ zumindest bei den größten genossenschaftlichen Molkereien erhalten alle Milchlieferanten unabhängig vom jeweiligen Produktionsstandort der belieferten Molkerei den gleichen Milchauszahlungspreis,

→ die Milchlieferanten sind über entsprechende Milchlieferverträge und durch die Mitgliedschaft längerfristig an die Genossenschaft gebunden,[125]

→ die Auszahlung erfolgt durch monatliche Zahlungen; diese erfolgen in der Regel als Abschlagszahlungen, wobei nach Feststellung des Jahresabschlusses Nachzahlungen oder Rückforderungen für das jeweilige Geschäftsjahr erfolgen können. Teilweise wird auch ein monatliches Milchgeld gezahlt, wobei die Anpassungen aufgrund des Geschäftsergebnisses unterjährig von Monat zu Monat erfolgen,

→ ein vorhandener Jahresüberschuss, d.h. Reingewinn einer Molkerei nach Abzug aller Kosten, wird in der Regel ganz oder zum aller größten Teil an die Genossen ausbezahlt.

b) Private Molkereien

Private Molkereien sind bei der Kalkulation des Milchgeldes freier und folgen daher anderen Prämissen als genossenschaftliche Molkereien. Aber auch für private Molkereien ist es von existenzieller Bedeutung, die Rohstoffbasis zu sichern, so dass eine ausreichende Anzahl von Vertragslieferanten vorhanden sein muss. Zudem stehen sie bei der Erfassung von Rohmilch im Wettbewerb mit den genossenschaftlichen Molkereien. Allein die Tatsache, dass 70 % der in Deutschland hergestellten Rohmilch genossenschaftlich gebunden ist, zeigt, dass die privaten Molkereien die mit der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft verbundenen tatsächlichen oder vermeintlichen Vorteile bei der eigenen Preisbildung beachten müssen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

Die Auswertung der Angaben der befragten privaten Molkereien hat ergeben, dass dem Grunde nach zwei Modelle bei der Gestaltung der Auszahlungspreise unterschieden werden können.

Die meisten Molkereien garantieren einen Auszahlungspreis, der dem durchschnittlichen Auszahlungspreis anderer Molkereien oder Regionen entspricht. In Bayern war in der Vergangenheit der von der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft (LfL) veröffentliche Erzeugerorientierungspreis (EOP) maßgeblich. Wenn der im Jahresdurchschnitt gezahlte

[125] Vgl. dazu die Ausführungen zu längerfristigen Lieferverträgen in Abschnitt.F.III.

Preis darunter liegt, ist die Molkerei zu einer Nachzahlung verpflichtet. Dieser Preis wurde monatlich aufgrund einer Einigung der bayerischen Interessenvertretungen der genossenschaftlichen und der privaten Molkereien sowie der Milcherzeuger unter Beteiligung der LfL berechnet und veröffentlicht. Dabei handelte es sich nicht um einen durchschnittlichen Auszahlungspreis, sondern vielmehr um das Ergebnis einer Netto-Verwertungsrechnung. Es wurde berechnet, welcher Auszahlungspreis bei der Verwertung bestimmter Standardprodukte unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktsituation zu erwirtschaften wäre.

Seit Mitte 2006 wird der EOP nicht mehr veröffentlicht, da die Milcherzeuger aus dem Konsensmodell ausgetreten sind. Kritisiert wurde, dass die Berechnung des EOP völlig intransparent erfolgt sei und wichtige Milchprodukte wie Frischmilch und Joghurt nicht in die Berechnung eingeflossen seien. An die Stelle des EOP ist mittlerweile der bayerische Durchschnitt der monatlichen Auszahlungspreise von Molkereien getreten, den die LfL veröffentlicht.[126]

Auf diesen Mindestpreis zahlen die Molkereien eine Vielzahl von Zuschlägen und sonstigen Prämien- und Bonizahlungen. Es gibt Zuschläge für Milch der besten Güteklasse S, Zuschläge für die Verwertung, Zuschläge für die 2-tägige Abholung, Verwaltungskostenbeiträge, MEG-Zuschläge, Abschlussprämien, Treueboni, Staffelzuschläge für Liefermengen, Übernahme der Bewirtungskosten für mehrere Personen bei den Gesellschafterversammlungen uvm. Gemein ist diesen Zahlungen, dass sie offenbar die individuelle Preiskomponente sind, die eine private Molkerei für Milcherzeuger attraktiv macht.

Im zweiten Modell vereinbaren einige Molkereien einen festen Milchauszahlungspreis für die ersten Monate der Laufzeit des Milchliefervertrages. Die weiteren Preise müssen dann später verhandelt werden. Wenn sich hier keine Einigung finden lässt, greift entweder ein außerordentliches Kündigungsrecht oder wiederum der Durchschnittspreis von vorher festgelegten Vergleichsmolkereien.

c) Vorläufige wettbewerbliche Bewertung

Die Art und Weise der Preisbildung im Verhältnis zwischen Milcherzeugern und Molkereien gibt Anlass zu einigen wettbewerblichen Bemerkungen. Die Art und Weise der Preisbildung bei genossenschaftlichen Molkereien („upside down“) führt dazu, dass die Molkereien kein originäres Eigeninteresse an der Erzielung hoher Preise für ihre Molkereiprodukte haben, weil sie als Molkerei nur ein begrenztes wirtschaftliches Risiko tragen. Die Preisbildung bei privaten Molkereien, soweit diese durch Orientierung an einem Durchschnitts- oder Ver-

gleichspreis „fremdbestimmt“ ist, führt nach derzeitiger Einschätzung der Beschlussabteilung dazu, dass die privaten Molkereien weniger Anreize haben, einen an der eigenen Absatzsituation orientierten möglichst hohen Milchauszahlungspreis zu zahlen, als wenn der Milchauszahlungspreis ohne Bezugnahme auf und ohne Kenntnis von Milchauszahlungspreisen konkurrierender Molkereien erfolgt.

Grundsätzlich haben weder private noch genossenschaftlich organisierte Molkereien einen Anreiz, im Interesse der Milcherzeuger einen möglichst hohen Milchauszahlungspreis zu zahlen. Für beide (zunehmend auch für genossenschaftlich organisierte Molkereien) sind die Beschaffungskosten für die Rohmilch ein wesentlicher Kostenfaktor. Die Gewinnmaximierungsstrategie eines jeden weiterverarbeitenden Unternehmens ist darauf gerichtet, die Beschaffungskosten möglichst gering zu halten. Dies ist normales Marktverhalten und als solches wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Aufgabe einer Kartellbehörde ist es nicht, einen wie auch immer gearteten „gerechten Preis“ durchzusetzen. Ihre Aufgabe ist es vielmehr, Marktstrukturen zu identifizieren, die funktionierenden Wettbewerb behindern.

Nach vorläufiger Einschätzung wirken sich die gegenwärtig praktizierten Mechanismen für die Bestimmung des Milchauszahlungspreises zumindest wettbewerbsdämpfend aus.

Genossenschaftliche Molkereien tragen nach der bisherigen Einschätzung der Beschlussabteilung für die Vermarktung ihrer Produkte gegenüber den Abnehmern nur ein begrenztes eigenes Risiko. Gegenwärtig bestimmen sie den Milchauszahlungspreis erst dann, wenn sie wissen oder hinreichend sicher abschätzen können, was sie für den Verkauf ihrer jeweiligen Produkte an ihre Abnehmer erlösen. Bei diesem System der Preisfindung hat die Molkerei nach Einschätzung der Beschlussabteilung weniger Anreize, einen höheren Abschluss zu erzielen, als wenn sie, was auch rechtlich denkbar wäre, zunächst den Milchauszahlungspreis mit ihren Genossen aushandeln würde. Würde der Milchauszahlungspreis als ausgehandelter und damit fester Kostenbestandteil in die Kalkulation des Herstellerabgabepreises (z. B. gegenüber den Unternehmen des LEH) eingehen, bestünde für die Molkerei ein größerer Zwang, diese Kosten durch entsprechend hohe Vertragsabschlüsse mit den Nachfragern auch zu decken. Die Beschlussabteilung möchte diesen Punkt mit den betroffenen Wirtschaftskreisen diskutieren und bittet daher, dass die Stellungnahmen zu dem Zwischenbericht auch Aussagen zu diesem Punkt enthalten.

---

[126] Abrufbar unter http://www.lfl.bayern.de/iem/milchwirtschaft/06935/index.php

Frage:

Würde eine Verhandlung von Milchauszahlungspreisen „bottom up“ die Wettbewerbssituation der Milcherzeuger gegenüber den Molkereien und die Verhandlungsposition der Molkereien gegenüber ihren Abnehmern stärken? Welche Gründe sprechen dafür, welche dagegen? Gibt es weitere Mechanismen bei der Preisfindung, die den Preiswettbewerb der Molkereien um die Rohmilch verstärken könnten?

Soweit private Molkereien ihre Preisfindung für den Milchauszahlungspreis autonom vollziehen und sich lediglich an allgemeinen Marktdaten orientieren, um die Marktentwicklung zu antizipieren, hat dies keine wettbewerbsdämpfende Wirkung.

Anders ist die Situation jedoch, wenn der Milchauszahlungspreis „fremdbestimmt“ wird, weil er sich ganz oder teilweise an regionalen/umliegenden Molkereiauszahlungspreisen orientiert. Aus Sicht der Beschlussabteilung birgt diese Art der Preissetzung zudem das Risiko, dass sie eine regionale Kartellierung des Auszahlungspreises auf Seiten der Molkereien begünstigt.

Gerade private Molkereien haben ein höchst unterschiedliches Produktportfolio und dementsprechend auch unterschiedliche Erlös- und Kostenstrukturen. Orientiert sich der Vergleichspreis an Molkereien, die überwiegend Milchbasisprodukte (Butter, Pulver, Sahne) produzieren, so vermindert dies den Anreiz von Molkereien mit einem differenzierteren Produktportfolio, entsprechend ihrer Erlössituation auf der Absatzseite höhere Milchauszahlungspreise zu zahlen. Denn ein solcher Durchschnittspreis als Mindestpreis bietet für sie einen Anreiz, ihren Milcherzeugern nur einen überwiegend auf Basisprodukte ausgerichteten Milchauszahlungspreis zu zahlen, bzw. einen Preis, der knapp über diesem liegt.

Allgemein vermindert die Kenntnis der Höhe des Milchauszahlungspreises der umliegenden Molkereien die Notwendigkeit, gegen diese mit der Höhe des Milchauszahlungspreises um die Rohmilch zu konkurrieren. Absprachen über die Höhe des zu zahlenden Milchauszahlungspreises werden begünstigt, da die Einhaltung derartiger Vereinbarungen bereits über die amtlichen Veröffentlichungen kontrolliert werden kann. Wesentlicher Wettbewerb um die Rohmilch über höhere Auszahlungspreise lohnt sich in diesem System nicht.

2. Höhe des Milchauszahlungspreises

Unabhängig von der Art und Weise der Bildung des Milchauszahlungspreises haben die generelle Marktlage (Mangel oder Überschuss an Rohmilch) und internationale Einflussfaktoren große Auswirkung auf die tatsächliche Höhe des Milchauszahlungspreises. Diese werden nachfolgend dargestellt, daran schließt sich eine Darstellung derjenigen Faktoren an, die die individuelle Höhe des Milchauszahlungspreises einer Molkerei beeinflussen. Anschließend werden verschiedene politische Initiativen, die darauf abzielen, die Höhe des Milchauszahlungspreises und die am Markt produzierten Rohmilchmengen zu beeinflussen, dargestellt und wettbewerbsrechtlich bewertet.

a) Faktoren, die die Preishöhe beeinflussen

aa) Generelle Marktlage/Weltmarkteinflüsse

Die Preise für Molkereiprodukte innerhalb der EU bilden sich nicht in einem rein wettbewerblichen Umfeld. Dadurch wird auch der Milchauszahlungspreis entsprechend beeinflusst. Der Regelungsrahmen der GAP und die teilweise Abschottung der europäischen Märkte gegen Importe beeinflussen die Preise zu einem großen Teil, wenngleich mit Beginn der Liberalisierung in diesem Sektor die Einflüsse des Weltmarktes gewachsen sind. Insbesondere für weltweit gehandelte Produkte wie Milchpulver und Butter hat der Weltmarkt für die Preisbildung eine immer stärker werdende Bedeutung. Außerdem lässt sich feststellen, dass eine Korrelation der Preisentwicklung bei Milchpulver und Butter mit den Frischmilchprodukten besteht. Der erhebliche Preisanstieg für Milchpulver und Butter auf dem Weltmarkt 2007 hat unmittelbar auch zu einer deutlichen Preissteigerung bei Frischmilchprodukten geführt. Für stärker verarbeitete Molkereiprodukte gilt dies ebenfalls, wenn auch mit zeitlicher Verzögerung.

Nach der EU (142 Mio. t in 2008) sind Indien (101 Mio. t in 2008), die USA (85 Mio. t in 2008) und China (37 Mio. t in 2008) die größten Milcherzeuger weltweit.[127] Der Versorgungsgrad in der EU liegt bei rund 109%.[128] Der entsprechende Überschuss kann nicht innerhalb der EU abgesetzt werden. Er muss exportiert werden. Deutschland exportiert nach Angaben des MIV rund 44 %[129] der Molkereiproduktion. Innerhalb der EU geht der Export hauptsächlich nach Italien, in die Niederlande, nach Frankreich, Belgien oder das Vereinigte Königreich.

---

[127] Angaben nach ZMP-Marktbilanz Milch 2008, Tab. 17.3.

[128] Die Überproduktion entspricht 10,6 Mrd. kg Rohmilch oder 40% der jährlichen Anlieferungsmenge in Deutschland.

[129] Abrufbar unter http://www.meine-milch.de/artikel/die-molkerei-als-wirtschaftsfaktor

Außerhalb der EU gehen Exporte vor allem nach Russland, Japan, Saudi-Arabien und in die Schweiz.[130]

Die internationale Marktentwicklung für transportfähige Basisprodukte (Butter, Pulver, Käse) hat erhebliche Rückwirkungen auf die Preisentwicklung in Deutschland für den Absatz von Molkereiprodukten und damit zugleich auf die Höhe des Milchauszahlungspreises: Im Jahr 2007 lagen die Weltmarktpreise für Magermilchpulver, Butter und Käse aufgrund der hohen Nachfrage erstmals über dem europäischen Niveau. Die Nachfrage war in den vergangenen Jahren schneller gestiegen als die weltweite Erzeugung. Diese Lücke konnte bis 2007 aus den in der Vergangenheit aufgebauten Beständen an haltbaren Milchprodukten ausgeglichen werden. Hinzu kam noch aufgrund von Witterungsbedingungen eine weit unterdurchschnittliche Milcherzeugung in wichtigen Herstellerländern wie Australien und Neuseeland. Aufgrund dieser bislang einmaligen Situation kam es auch zu erheblichen Preissteigerungen bei den sonstigen Milcherzeugnissen. In Deutschland stiegen so die Auszahlungspreise für Rohmilch und auch die Verbraucherpreise für Konsummilch erheblich an.

Ursache für den dann folgenden Rückgang der Milchauszahlungspreise im Jahre 2008/2009 war wiederum die weltweit gesunkene Nachfrage nach Butter und Magermilchpulver. In der Folge sank auch die Nachfrage nach Rohmilch als deren Vorprodukt. Vor allem der Export in Staaten außerhalb der EU war zurückgegangen und wurde (wie auch gegenwärtig) zusätzlich durch einen gegenüber dem US Dollar starken Euro erschwert. Volumen, das im Jahre 2007 wegen der temporären Unterversorgung auf dem Weltmarkt exportiert werden konnte, konnte im Jahre 2008 aus den o.g. Gründen nicht mehr exportiert werden und hat das Angebot im Inland zusätzlich erhöht. Zudem haben die gesunkenen Weltmarktpreise das inländische Preisniveau für Molkereiprodukte damit weiter gedrückt.

Dieser Mechanismus ist von Erzeugern und Erzeugerverbänden mit dem Argument in Zweifel gezogen worden, dass die auf dem Weltmarkt gehandelten Mengen vergleichsweise gering seien und z.B. Neuseeland, einer der Hauptkonkurrenten der EU auf dem Weltmarkt, nur eine Milchmenge produziere, die in der Größenordnung der Milchmenge von Bayern liege. Daraus wurde von Erzeugern und Erzeugerverbänden gefolgert, ein Ausfall einer so geringen Milchmenge könne keine gravierenden Verschiebungen im Preisgefüge verursachen. Ökonomisch betrachtet können aber auch relativ kleine Mengen das Preisniveau erheblich beeinflussen, wenn die Nachfrage nach diesen Produkten, wie dies bei Molkereibasisprodukten der Fall ist, unelastisch ist. Daher ist es nach gegenwärtiger Einschätzung der Beschlussabteilung sehr wohl plausibel, dass der Ausfall (oder das Überangebot) auch geringer Men-

[130] Angaben von Dr. Engel, CEO Hochwald AG, Vortrag World Dairy Forum, 21.9.2009.

gen von Molkereiprodukten einen überproportionalen Effekt auf das Niveau der Preise auf dem Weltmarkt hat und dadurch auch das inländische Preisniveau entsprechend beeinflusst.

Die Preisbildung für Rohmilch wird zudem durch vielfältige Eingriffe im Rahmen der GAP beeinflusst. Marktstützung, Intervention und Außenschutz sollen die Marktstellung der europäischen Milchindustrie im internationalen Vergleich sowie die Selbstversorgung mit Milch und den Folgeprodukten in Europa sichern. Die derzeit von der Europäischen Kommission betriebene proaktive Marktpolitik für den Milchsektor im Jahr 2009 erfolgt unter dem Einsatz des gesamten zur Verfügung stehenden Instrumentariums an Stützungshilfen für die Milcherzeuger:

→ Beihilfe für die private Lagerhaltung von Butter wurde schon seit Anfang Januar 2009 (vorgesehen war Anfang März) gewährt; Verlängerung der Beihilfegewährung über den vorgesehenen Endtermin 15. August 2009 hinaus; gewünschter Effekt: Marktentlastung durch Entzug von Buttermengen

→ Wiederaufnahme der Ausfuhrerstattungen seit Januar 2009; gewünschter Effekt: Marktentlastung durch Export auf den Weltmarkt

→ erhebliche Interventionskäufe von Butter und Magermilchpulver auch über die eigentlich vorgesehenen Höchstmengen hinaus (der derzeit eingelagerte Interventionsbestand an Butter und Magermilchpulver entspricht rund 3 % der Milcherzeugung der EU); die Intervention wird über den ursprünglich vorgesehenen Endtermin 31. August 2009[131] fortgesetzt; gewünschter Effekt: Stützung der Marktpreise durch Mengenentlastung und Zahlung eines garantierten Interventionspreises.

bb) Faktoren, die die individuelle Höhe des Milchauszahlungspreises beeinflussen

Im Folgenden werden weitere Faktoren dargestellt, die die individuelle Höhe der Milchgeldauszahlung beeinflussen.

Die tatsächlichen Milchauszahlungspreise der Molkereien unterscheiden sich in der Praxis zum Teil sehr deutlich. Als Ursache lassen sich verschiedene Faktoren identifizieren:

- Milchlieferanten, die nicht Genossen sind, erhalten andere Preise als die Genossenschaftsmitglieder,

[131] Art. 15 und 16 jeweils Abs. 1 VO 1234/2007.

- es gibt verschiedene Systeme von Zuschlägen, z.B. Staffelzuschläge für die Lieferung größerer Jahresmilchmengen, Korrekturen aufgrund der Qualität der Rohmilch oder Treueboni, MEG-Zuschläge und Laufzeitboni,

- viele Molkereien erheben ein Stoppgeld, das die Kosten für die Einsammlung der Milch abdecken soll. Die Höhe des Stoppgelds kann aufgrund verschiedener Kalkulationen und aufgrund der Anzahl der monatlich erfolgenden Stopps unterschiedlich sein. Ob eine Erfassung täglich, zweitägig oder dreitägig erfolgt, hängt von der Milchmenge, dem Standort und den vorhandenen Lagerkapazitäten des einzelnen Milchlieferanten ab,

- das Produktportfolio beeinflusst die Höhe des ausgezahlten Milchgeldes. Eine Molkerei, die nur oder hauptsächlich Molkereistandardprodukte wie Konsummilch oder Butter herstellt, wird nur geringere Auszahlungspreise erwirtschaften können als eine breiter aufgestellte Molkerei mit höher veredelten Produkten. Dies gilt jedenfalls bei der bisherigen Marktsituation, die unter dem Schutz des EU-Quotenregimes in Deutschland zu einem Überangebot an Rohmilch geführt hat,

- lagerfähige Molkereiprodukte wie Butter, Magermilchpulver und bestimmte Käsesorten sind direkter vom Weltmarktpreis abhängig, als die übrigen Molkereiprodukte, da nur diese auf dem Weltmarkt gehandelt werden können;

- regionale Strukturen der Milchviehhaltung und der Molkereien beeinflussen die Preise ebenfalls. So hat Bayern mit seiner Vielzahl von kleinen Erzeugern, aber auch der Vielzahl an erfolgreichen Privatmolkereien in der Regel deutlich höhere Auszahlungspreise als im Norden Deutschland.

- Kalkulation und Auszahlungszeitpunkt der Abschlagszahlungen unterscheiden sich ebenfalls von Molkerei zu Molkerei.

b) Initiativen zur Beeinflussung der Höhe des Milchauszahlungspreises

Nach dem starken Anstieg der Preise für Rohmilch und Molkereierzeugnisse auf allen Marktstufen im Jahr 2007 brachen die Preise mit Ende des Jahres 2007 wieder ein. Zeitweilig be-

wegte sich der durchschnittliche Auszahlungspreis nur wenig über dem Interventionspreis für Milch in Höhe von derzeit rund 21 ct/kg.;[132] derzeit ist er jedoch wieder leicht gestiegen.

Dabei darf jedoch der durchschnittliche Auszahlungspreis in keinem Fall gleichgesetzt werden mit den tatsächlichen Einnahmen des Milcherzeugers. Wie bereits dargelegt berechnet sich der tatsächlich gezahlte Preis für die Rohmilch immer im Einzelfall unter Berücksichtigung von Zuschlägen, Boni, Nachzahlungen usw. Daneben müssen noch die sonstigen Zuwendungen – Direktzahlungen, Betriebsprämien, Beihilfen, Werbemaßnahmen usw. an die Milcherzeuger berücksichtigt werden, die diese als Einkommensausgleich erhalten.[133] Vor allem die Direktzahlungen kompensieren einen erheblichen Teil der aufgrund der Senkung der Interventionspreise eingetretenen Verluste. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um Instrumente, die unmittelbar den Preis für Rohmilch beeinflussen.

In den vergangenen Monaten wurden darüber hinaus zur weiteren Verbesserung der Situation der Milcherzeuger wiederholt ein Mindestpreis für den Absatz von Rohmilch sowie Maßnahmen zur Reduzierung der am Markt verfügbaren Menge der Rohmilch gefordert. Diese werden nachfolgend dargestellt und bewertet.

aa) Darstellung der Initiativen zur Beeinflussung der Höhe des Milchauszahlungspreises

aaa) Bundesweite Basismilchpreis und Milchempfehlung

Der BDM fordert einen bundeseinheitlichen Mindestpreis für Rohmilch („Basispreis“). Mit dem Milchlieferstreik im Jahre 2008 sollte vor allem ein die Vollkosten deckender Basismilchpreis in Höhe von 43 ct/kg durchgesetzt werden. Der DBV hat angefragt, ob eine Kalkulations- oder Preisempfehlung kartellrechtlich zulässig sei.

bbb) Französisches und spanisches Modell

Staatlich moderierte Vereinbarungen über Mindestmilchpreise in Frankreich und Spanien haben die Diskussion in Deutschland über Maßnahmen zur Erhöhung des Milchauszahlungspreises ebenfalls beeinflusst. Auch der DBV, der die Forderung des BDM nach einem bundeseinheitlichen Basispreis von 43 ct./kg nie unterstützt, sondern argumentativ bekämpft hatte, hat sich für die Übernahme des französischen oder spanischen Milchauszahlungspreismodells ausgesprochen.

---

[132] Der Betrag von 21 ct/kg ist das Mittel der Interventionspreis für Butter, 24,6 ct/kg und Magermilchpulver, 17 ct/kg.

[133] Vgl. dazu soeben unter Abschnitt C.I.4.

Durch Vermittlung des französischen Landwirtschaftsministeriums einigten sich die Milcherzeuger und Molkereien im Wege einer entsprechenden Branchenvereinbarung am 3. Juni 2009 darauf, im Jahr 2009 durchschnittlich 28 ct/kg Rohmilch auszuzahlen.[134] Dabei soll dem individuellen Produktportfolio einer Molkerei insoweit Rechnung getragen werden, dass ein niedrigerer Auszahlungspreis für diejenigen Molkereien festgelegt wird, die überwiegend Milchbasisprodukte herstellen, und ein höherer für Molkereien, die im Wesentlichen keine Milchbasisprodukte herstellen.

In Spanien folgte wenig später am 20. Juli 2009 eine noch weiter gehende Vereinbarung unter der Federführung des spanischen Ministeriums für Umwelt, Ländlichen Raum und Meeresfragen.[135] Ziel war die Einführung eines flächendeckenden Mindestmilchpreises von zunächst 31 ct/kg. Die Höhe des Preises orientiert sich dabei am Durchschnittspreis in Frankreich zuzüglich der geschätzten Kosten für den Import von französischer Milch nach Spanien. Frankreich ist der Hauptexporteur von Milch nach Spanien. Die Vereinbarung sieht die Einführung eines Preisindexierungssystems vor, das einheitlich Eingang in die staatlich zugelassenen Milchlieferverträge erhält. Zugleich ist eine Kennzeichnung und Rückverfolgbarkeit spanischer Rohmilch festgelegt, um ein Unterlaufen der Vereinbarung durch importierte Molkereiprodukte aus Frankreich besser identifizieren zu können.

ccc) Quotendrosselung und Saldierung

Im Rahmen des europäischen Milchquotensystems wird die Rohmilchmenge national durch die jeweiligen Länderquoten begrenzt. Diese Quoten werden seit letztem Jahr kontinuierlich bis zu ihrem Auslaufen im Jahr 2015 erhöht. Angesichts des derzeitigen Überangebotes an Rohmilch und des erheblichen Preisverfalls sind auch von Seiten der deutschen Politik vermehrt Forderungen nach einer Senkung oder zumindest einem Einfrieren der Milchquoten erhoben worden.[136] Zudem fordert der BDM für die Umrechnung der bei den Molkereien angelieferten Rohmilch von Litern in Kilogramm den Umrechnungsfaktor von derzeit 1,02 auf 1,03 zu erhöhen. Damit würden die Milcherzeuger (innerhalb des bestehenden Quotensystems) zu einer schnelleren Ausschöpfung der Quote kommen. Zugleich fordert der BDM,

---

[134] Vgl. Pressemeldung des französischen Landwirtschaftsministeriums, abrufbar unter http://agriculture.gouv.fr/sections/presse/communiques/crise-du-lait-accord/

[135] http://www.mapa.es/gabinete/nota.asp?codi=25290_AH200709

[136] Vgl. gemeinsamen Brief der deutschen Landwirtschaftsministerin und des französischen Landwirtschaftsministers an Kommissarin Mariann Fischer Boel vom 2. Juli 2009, abrufbar unter http://www.bmelv.de/cae/servlet/contentblob/591108/publicationFile/32956/Brief-Aigner-LeMaire-KOM-Milch.pdf;jsessionid=C7B9840A4EDC56875F11613778DE1085; BDM „Standpunkte“ unter http://bdm-verband.org/html/index.

die Saldierungsmöglichkeiten bei Überlieferung der Quote abzuschaffen bzw. entsprechend den nationalen Regelungen in einigen europäischen Nachbarstaaten einzuschränken.

ddd) Freiwillige Mengenbeschränkung

Der BDM versucht, über das Programm „Freiwillige Mengenstillegung (FMS)“ zu einer von den Milcherzeugern initiierten Drosselung der Milcherzeugung zu kommen. Milcherzeuger sollen aufgrund einer Vereinbarung mit ihrer Molkerei die Erzeugung drosseln, aber dennoch für die nicht angelieferte Rohmilch bezahlt werden, um die Einkommensverluste in Grenzen zu halten. Mit einer Verknappung der nationalen Rohmilchmenge, so die Sichtweise des BDM, würden auch die Preise schnell wieder anziehen, und damit die Einkommensverluste überkompensiert werden.

eee) Leuchtturmmolkereien

Der DBV favorisiert demgegenüber eine stärkere Konzentration der Molkereien („Leuchtturmmolkereien“), um insbesondere den Nachfragern aus dem Bereich des LEH eine größere Verhandlungsmacht entgegensetzen zu können und über eine stärkere Verhandlungsposition bessere Auszahlungspreise für die Milcherzeuger zu erzielen. Die kartellrechtlichen Grenzen einer stärkeren Zusammenarbeit der Molkereien werden im Abschnitt Molkereien/LEH (unter G) beleuchtet.

fff) Interprofession

Aus politischen Kreisen werden schließlich Preis- und/oder Mengenvereinbarungen zwischen Erzeugern und Molkereien oder Molkereien und Unternehmen des LEH befürwortet. Deren Zulässigkeit soll ebenfalls im Abschnitt Molkereien/LEH (unter G) aufgezeigt werden.

bb) Wettbewerbsrechtliche Bewertung

aaa) Kostendeckender Basismilchpreis und Preisempfehlung

Preis- und Mengenabsprachen sind als sog. Kernbeschränkungen im Wettbewerbsrecht grundsätzlich sehr kritisch zu betrachten; sie sind nach dem Willen des Gesetzgebers nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig bzw. vom Kartellverbot freigestellt.[137]

Ein bundeseinheitlicher kostendeckender Basispreis wäre als eine horizontale Preisabsprache auf der Erzeugungsstufe zu bewerten, die gegen § 1 GWB verstößt. In Diskussionen

---

[137] Das Bundeskartellamt prüft Kernbeschränkungen wie Preisabsprachen daher besonders kritisch; zu der Bewertung der Forderung eines Basismilchpreis vgl. Tätigkeitsbericht 2007/08, BT-Drucks. 16/13500, S. 65 f.

ist von Marktteilnehmern immer wieder vorgetragen worden, dass die Forderung nach einem Basismilchpreis deshalb keine Wettbewerbsbeschränkung sei, weil es sich nur um eine Mindestpreisforderung handele. Ein Einheitspreis werde tatsächlich nicht angestrebt, da höhere Abschlüsse denkbar und gewünscht seien.

Diese Einschätzung ist jedoch nicht zutreffend. Auch die Absprache eines Mindestpreises bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs, da es der Marktgegenseite, den Molkereien, nicht mehr möglich sein soll, weniger als den geforderten Basismilchpreis für die Rohmilch zu bezahlen.

Eine Freistellung der Vereinbarung eines Basismilchpreises vom Kartellverbot des § 1 GWB ist weder nach § 2 noch § 3 GWB vorstellbar. Weder ist ersichtlich, wie eine Mindestpreisempfehlung zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an den Gewinnen der Milcherzeuger führt, noch können die für die Freistellung nach § 3 GWB erforderlichen Rationalisierungseffekte identifiziert werden. Ebensowenig ist eine Freistellung nach § 28 GWB möglich, da diese Ausnahmeregelung gerade keine Preisbindung zulässt. Da der BDM keine anerkannte Erzeugergemeinschaft im Sinne des § 11 Marktstrukturgesetz ist, kann er diese Befreiung vom Kartellverbot ebenfalls nicht für sich in Anspruch nehmen. Würde der Basispreis dagegen von einer anerkannten Erzeugergemeinschaft (z. b. dem Milchboard) gefordert, wäre dies nach der Rechtslage nur solange zulässig, wie dadurch nicht der Wettbewerb ausgeschaltet oder der europäische zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird. Auch einer anerkannten Erzeugergemeinschaft ist daher eine bundesweit einheitliche Entgeltforderung weder nach deutschem noch nach europäischem Recht möglich.

Nach Ansicht der Beschlussabteilung ist zudem (unabhängig von der kartellrechtlichen Zulässigkeit) der vom BDM verwendete methodische Ansatz kritisch zu hinterfragen.[138] Rentabilität und Kosten der Milcherzeugung variieren stark aufgrund regionaler Parameter wie Topographie, Größe der Milchviehherde, Größe der Milcherzeugungsbetriebe, Wachstumsmöglichkeiten, Anzahl der Nachfrager, Grünlandanteil usw. So kommen in Bayern im Durchschnitt nur rund 25 Milchkühe auf einen Halter, während es in Niedersachsen doppelt so viele und in Mecklenburg-Vorpommern gar rund 205 Kühe pro Halter sind.[139] Zudem ist in Bayern ein internes Wachstum der Milcherzeuger wegen der geographischen Gegebenheiten begrenzt. Die Milcherzeugung ist damit in Bayern erheblich teurer als beispielsweise in Niedersachen – ein bundesweiter Einheitspreis würde diese Unterschiede ignorieren und zu einer erheblichen Ungleichbehandlung führen. Entweder müsste der Mindestpreis so

---

[138] Vgl. dazu ausführlich B 2 – 100/08, BDM-Boykott, Beschluss v. 12.11.2008, S. 18 ff.
[139] Zahlen für 2007 nach ZMP-Marktbilanz Milch 2008. Tab. 3.1.

niedrig kalkuliert sein, dass er gerade die Kosten des Milcherzeugers deckt, der besonders rentabel arbeitet. Dann würde er den übrigen Milcherzeugern nichts nutzen. Oder er würde sich an einem wie auch immer definierten durchschnittlichen Milcherzeuger orientieren – dann würde er den Milcherzeugern in den Berglandregionen immer noch nicht helfen, läge für die anderen aber teilweise deutlich über ihren Kosten für die Milcherzeugung.

Methodisch beruht die Forderung des BDM auf einem Vollkostenansatz, d.h. alle anfallenden Kosten des Milcherzeugungsbetriebes werden in die Kostenrechnung aufgenommen. Ohne die Einzelheiten der Kostenrechnung bewerten zu müssen, ist die Beschlussabteilung der Überzeugung, dass in einem wettbewerblichen Markt allein die Grenzkosten[140] für die Bildung eines marktgerechten Preises maßgeblich sind.

Neben den aufgeführten tatsächlichen, methodischen und rechtlichen Bedenken gegen einen einheitlichen Milchbasispreis würde sich ein kostendeckender Mindestpreis am Markt nicht dauerhaft durchsetzen lassen, wenn die allgemeine Marktlage dies nicht ohnehin ermöglicht. Nach den bisherigen Informationen zahlen genossenschaftlich organisierte Molkereien über den Milchauszahlungspreis gegenwärtig regelmäßig wesentliche Teile des erzielten Gewinns (abzüglich geringer Verwaltungskosten und gesetzlicher oder sonstiger Rücklagen) an ihre Mitglieder, die Milcherzeuger, aus. Die Höhe der Auszahlungspreise steht damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verwertung der Rohmilch und dem Absatz der Verwertungsprodukte. Bei einem Mindestpreis ist es naheliegend, dass einige Molkereien (insbesondere solche, die Milchbasisprodukte herstellen) dauerhaft gar nicht genug Gewinn erzielen, um den Milchauszahlungspreis überhaupt zu erwirtschaften. In diesem Fall ist der Mindestpreis entweder wirkungslos oder er führt im Ergebnis zum Marktaustritt der Molkerei. Zu bedenken ist auch, dass ein Basispreis, der höher als die Rohstoffkosten in angrenzenden Nachbarstaaten ist, Importe begünstigt und die deutschen Molkereien Marktanteile kosten wird. Insbesondere Länder wie Dänemark und die Niederlande, die einen hohen Selbstversorgungsgrad aufweisen, würden ihre Lieferungen ausdehnen.[141]

Unverbindliche Preisempfehlungen, etwa wenn Interessenverbände der Milcherzeuger mögliche Preissetzungen am Beispiel einzelner Kostenkalkulationen veröffentlichen, sind im Regelfall kartellrechtlich zulässig. Einzelne Bestandteile der in Frankreich und Spanien beschlossenen Branchenempfehlung verdeutlichen jedoch, dass in jedem Einzelfall eine sau-

---

[140] Das teuerste Angebot, das (gerade noch) von einem Nachfrager erworben wurde, bildet den Marktpreis („Markträumungspreis“) für den gesamten Markt. Alle Anbieter, die zu niedrigeren Preisen anbieten, erzielen entsprechende Gewinne.

[141] Vgl. Stellungnahme des DBV, abrufbar unter http://www.bauernverband.de/index.php?redid=217791.

bere Unterscheidung zwischen rechtmäßiger Empfehlung und wettbewerbswidriger Preisabsprache (die insbesondere für den Verbraucher schädlich ist) erforderlich ist. Maßgeblich für die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit ist also nicht die bloße Bezeichnung, sondern vielmehr die Marktwirkung, die von der Empfehlung ausgeht. Die Grenze zwischen zulässiger unverbindlicher Empfehlung und unzulässiger Preisabsprache wird dann überschritten, wenn z.B. die Durchsetzung der Preissetzungen durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen unterstützt werden soll. Auch eine Vereinheitlichung der Milchlieferverträge durch eine für alle geltende Preisindexierung käme faktisch einer horizontalen Preisabsprache gleich.

Unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit erscheint die Sinnhaftigkeit einer bundeseinheitlichen Preisempfehlung angesichts der sehr heterogenen Kostenstruktur der Milcherzeuger ebenso fragwürdig wie die vom BDM befürwortete Basispreisempfehlung.

bbb) Das französische und das spanische Modell

Nach europäischem Recht sind bindende oder verbindlich wirkende Preisabsprachen wettbewerbsrechtlich unzulässig. Überträgt man das oben näher beschriebene spanische Modell[142] hypothetisch auf den deutschen Markt, so würde eine spürbare Beschränkung[143] des zwischenstaatlichen Handels im Sinne des Art. 101 AEUV (Art. 81 Abs. 1 EGV) vorliegen. Die Preisempfehlung wirkt, da sie sich an den Durchschnittspreisen des Hauptimportlandes einschließlich der Importkosten aus diesem Land orientiert, wie eine Marktabschottung des nationalen Marktes. Eine solche Abschottung führt in jedem Fall zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und verstößt gegen die Warenverkehrsfreiheit, soweit über eine entsprechende Preisindexierung der Import billigerer ausländischer Milch verhindert werden soll. Diese Wirkung ist wegen des verringerten Wettbewerbs und dem daraus folgenden Preiseffekt zu Lasten der Verbraucher wettbewerbsrechtlich negativ zu bewerten. Sie begegnet vielmehr auch starken europarechtlichen Bedenken. Eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (Artikel 81 Abs. 3 EGV) oder die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen scheidet aus. Einen aktuellen Hinweis, wie die Europäische Kommission derartige Initiativen bewertet, enthält der Bericht der Kommission an den Rat. Darin hat die Europäische Kommission bei allem Verständnis für die angespannte Lage vieler Milcherzeuger unmissverständlich klargestellt, dass „wettbewerbswidrige Maßnahmen wie Preis-

---

[142] Vergleiche Abschnitt F.II.2.b.

[143] Unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen, weil die De-Minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission nicht bei Kernbeschränkungen gilt, vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368/13.

absprachen und Produktionsdrosselungen [...] ausgeschlossen“ sind.[144] Bereits im Jahre 1986 hatte die europäische Kommission eine in ihrer Wirkung vergleichbare Vereinbarung von Molkereien als nicht mit europäischem Recht vereinbar eingestuft und mit einer Geldbuße geahndet.[145] Für die Zulässigkeit der französischen und spanischen Milchpreisempfehlung gilt dies entsprechend (siehe dazu unter G. III.).

Eine allfällige Änderung der deutschen Rechtsordnung würde daher das gesamte Problem lediglich auf die europäische Ebene „verlagern“, jedoch weder tatsächlich noch rechtlich lösen.

ccc) Milchquotendrosselung/Saldierung/Anpassung des Umrechnungsfaktors

Eine Aussetzung der Quotenerhöhung und eine Belassung der zum 1. April 2009 wirksam gewordenen Quotenerhöhung in der Länderreserve, eine „Vorruhestandsregelung“ (bei der eine freigesetzte Quote ebenfalls der Länderreserve zugeführt würde, eine strengere Handhabung der Saldierung der Erzeugerquoten und eine Änderung des Umrechnungsfaktors, mit dem Liter in kg umgerechnet werden, von 1,02 auf 1,03 sind alles Vorschläge, die im Ergebnis auf eine Begrenzung der in Deutschland abgesetzten Rohmilchmenge abzielen und über eine Verknappung eine Preissteigerung bewirken sollen. Wettbewerbsrechtlich sind sie neutral zu beurteilen. Hierzu müsste der Gesetzgeber entweder die rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend schaffen oder europarechtlich bestehende Möglichkeiten nutzen, wenn dies politisch gewollt wäre. Von diesen Möglichkeiten hat der Gesetzgeber bislang jedenfalls keinen Gebrauch gemacht. Ob zudem die dafür notwendigen politischen Mehrheiten zu erreichen wären, vermag die Beschlussabteilung nicht einzuschätzen. Auch aktuell sind derartige Initiativen des Gesetzgebers nicht erkennbar. Vielmehr hat die Bundeslandwirtschaftsministerin angekündigt, dass es z. B. in Bezug auf eine Aussetzung der Quotenerhöhung jedenfalls keine „deutschen Alleingänge“ geben werde.

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörde bleibt Folgendes anzumerken: Unter der Prämisse, dass die Europäische Kommission ihre Agrarpolitik und die Aufgabe des Quotenregimes beibehält, würde eine temporäre Aussetzung der geplanten Erhöhung dazu führen, dass die Liberalisierung für die Erzeuger (und die Molkereien) im Jahr 2015 schmerzhaftere Auswirkungen hätte, als wenn dies in kleineren Schritten erfolgte. Die Beschlussabteilung konstatiert in diesem Zusammenhang einen deutlichen Interessengegensatz zwischen Molkereien (und zwar auch genossenschaftlichen Molkereien), die einer Ausdehnung der Milchmenge grund-

---

[144] Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, „Die Lage auf dem Milchmarkt“, KOM (2009) 385 endg., S. 12.
[145] Entscheidung der Kommission vom 26. November 1986 IV 31.204-MELDOC.

sätzlich positiv gegenüberstehen und der überwiegenden Zahl der Milcherzeuger, die einer Ausdehnung der Milchmenge ablehnend gegenüberstehen.

Nach Einschätzung der Beschlussabteilung wäre es für den gesamten Milchsektor hilfreich, rechtzeitig Vorkehrungen für die neue Marktsituation zu treffen. Ein Blick auf die derzeitige Situation in der Schweiz ist hier aufschlussreich.[146]

In der Schweiz ist seit April 2009 die Quote ausgelaufen. Bereits zuvor waren rund 80 % der Milcherzeuger freiwillig aus der Quote ausgestiegen. Die gegenwärtige Situation ist von einer hohen Überproduktion und einem Preisverfall gekennzeichnet. Als Folge versucht die Branche in Selbstverwaltung, eine Mengensteuerung zu erreichen. So haben große Produzenten-Organisationen gestaffelte Preise eingeführt. Danach werden bis zu 95 % der Milch zu Schweizer Marktpreisen bezahlt. Der Rest wird mit einem B-Preis auf dem deutlich niedrigeren EU-Niveau vergütet. Wer über sein bestehendes Lieferrecht hinaus – mit anderen Worten die ursprüngliche Quote – Milch produziert und abliefert, erhält nur noch den niedrigeren Weltmarktpreis für seine Rohmilch. Außerdem besteht seit Juni 2009 die Branchenorganisation Milch, in der Milcherzeuger, Milchverarbeiter und Handelsunternehmen paritätisch vertreten sind. Die Branchenorganisation Milch will durch die Veröffentlichung eines Richtpreises für Rohmilch die Preissenkungen begrenzen.

Im Ergebnis wird in der Schweiz trotz Abschaffung der Quote auf vielfältige Weise versucht, eine Mengensteuerung in Eigenregie der Branche zu etablieren. Diese Versuche sind bislang auf breiter Front gescheitert. Als Hauptgrund werden die gegensätzlichen Interessen von Milcherzeugern und Molkereien genannt.[147] Aber auch bei den Milcherzeugern setzt eine bedeutende Minderheit von 20 – 30 % auf Wachstum und unterläuft damit das Prinzip der Mengensteuerung. Damit zeigt sich Folgendes: Wenn der Markt für Rohmilcherzeugung einmal liberalisiert worden ist, scheitern Versuche, den Wettbewerb wieder „einzufangen“. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung wären die deutschen Milcherzeuger und Molkereien daher gut beraten, sich endgültig auf das Auslaufen der Quoten im Jahr 2015 vorzubereiten und nicht nach Instrumenten zu suchen, den Quotenausstieg mit anderen Mitteln zu verzögern oder aufzuhalten. Solche Bemühungen könnten im Ergebnis ebenso erfolglos bleiben, wie in der Schweiz.

ddd) Freiwillige Mengenbeschränkung

Eine Absprache der Erzeuger über eine freiwillige Mengenbeschränkung wäre von § 28 GWB grundsätzlich gedeckt, solange damit nicht der Wettbewerb ausgeschaltet wird. Fraglich ist,

---

[146] Vgl. dazu ausführlich top-agrar, Heft 9/2009, Rinderspezial, R 6 ff.
[147] top-agrar, Heft 9/2009, Rinderspezial, R 11.

wo genau die Grenze der Zulässigkeit liegt. Da die Erfassungsmärkte regional abgegrenzt werden, könnte bereits eine erhebliche Beteiligung auf regionaler Ebene zu einem „Ausschluss des Wettbewerbs“ und damit zur kartellrechtlichen Unzulässigkeit führen. Deutschlandweit praktiziert könnte dies zudem eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels darstellen und dazu führen, dass die Mengenbeschränkung nicht nur gegen deutsches, sondern auch gegen europäisches Recht verstößt. Vertikale Absprachen zwischen Erzeugern und Molkereien wären von § 28 GWB ohnehin nicht gedeckt.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass praktisch alle gegenwärtig diskutierten Maßnahmen zur flächendeckenden Erhöhung der Milchauszahlungspreise mit deutschem und europäischen Kartellrecht nicht vereinbar sind. Unabhängig davon vermag die Beschlussabteilung nicht zu erkennen, dass diese Vorschläge (wären sie rechtlich zulässig) die gewünschte Wirkung am Markt erzielen könnten. Sie funktionieren nur dann, wenn der deutsche Markt ein in sich geschlossenes System wäre, das gegen Einflüsse von Außen (Weltmarkt/europäische Nachbarmärkte) abgeschottet werden könnte. Wie jedoch gerade die Beispiele aus Frankreich, Spanien und der Schweiz zeigen, ist dies auf Grund der internationalen Verzahnung der Milchmärkte nicht erfolgversprechend. Angesichts der hohen Exportquote deutscher Molkereien wäre eine derartige Lösung wohl auch wirtschaftlich nicht wünschenswert.

Eine einheitliche europäische Lösung erscheint der Beschlussabteilung bei vorläufiger Betrachtung ebenfalls wenig realistisch. Sie stößt schon wegen der erforderlichen Abschottung des europäischen Marktes an rechtliche und faktische Grenzen. Angesichts der führenden Rolle der europäischen Molkereien bei Exporten auf dem Weltmarkt läge eine solche Lösung überdies auch nicht im Interesse der Molkereien. Die Erzeuger könnten zwar u. U. kurzfristig davon profitieren – mittel- und langfristig liefe ein Marktaustritt der Molkereien jedoch auch den Interessen der Milcherzeuger zuwider.

III. Längerfristige Lieferverträge

Die Beschlussabteilung hat sämtliche befragten Molkereien gebeten, eine Kopie der aktuellen Milchlieferverträge sowie der ergänzenden Milchlieferordnungen und Satzungsbestimmungen einzureichen. Die Auswertung dieser Unterlagen hat ergeben, dass die Erfassung und Lieferung von Rohmilch in der Regel durch längerfristige Lieferverträge zwischen Milchviehhaltern oder Milchliefergemeinschaften und den Molkereien geregelt ist. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass nahezu alle in Deutschland erzeugte Rohmilch auf

diese Weise vertraglich über einen mehr oder weniger langen Zeitraum gebunden ist und damit auf dem Markt der Rohmilcherfassung nicht frei handelbar ist.

Ein solch freier Verkauf der Milch erfolgt in der Regel nur am Spotmarkt. Hier sind es aber nach Erkenntnissen des Bundeskartellamts weniger die Milcherzeuger als die Molkereien und Händler, die Rohmilch anbieten und nachfragen.

Die Bindung der Rohmilch über das System längerfristiger Lieferverträge führt dazu, dass der Anteil der freien Milch auf den Erfassungsmärkten sehr gering ist. Hierdurch könnte eine Marktzutrittsschranke für neue Molkereien bestehen. Diese können sich die benötige Rohmilch nur mit einer längeren Vorlaufzeit und durch Abwerbung von Milcherzeugern sichern. Aber auch die Milchviehhalter werden in ihrer Möglichkeit beschränkt, die erzeugte Rohmilch frei am Markt anzubieten. Dementsprechend haben sich vor allem private, mittelständische Molkereien, die expandieren wollen (und dafür mehr Rohmilch brauchen), beschwert, dass durch längerfristige Lieferverträge der Markt quasi abgeschottet sei.

Aus Sicht der Beschlussabteilung ist daher zu prüfen, ob die längerfristige Bindung der Rohmilch ein wettbewerbsrechtlich relevantes Hindernis darstellt. Neben dieser kartellrechtlichen Fragestellung ist seitens der Branche zu überlegen, inwiefern die gegenwärtigen vertraglichen Ausgestaltungen der Lieferbeziehungen nach einem Wegfall der Quotenregulierung im Jahr 2015 noch praktikabel sind.

1. Vorläufige Ergebnisse der Sektoruntersuchung

Bei der Auswertung der Antworten der befragten Unternehmen hat die Beschlussabteilung im Ergebnis keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Milchlieferverträgen genossenschaftlicher und privatrechtlicher Molkereien feststellen können. Dies gilt jedenfalls für die Laufzeiten, Kündigungsfristen und Verlängerungsmöglichkeiten. Alle Verträge sehen eine Andienungs- bzw. Abnahmeverpflichtung der gesamten im Betrieb des Milcherzeugers zum Verkauf bestimmten Rohmilch vor.[148] Die Auswertung der Verträge im Einzelnen ergibt folgendes Bild:

[148] Ausgenommen werden nur die Milch zur Verwendung im eigenen Haushalt oder zur Fütterung der eigenen Tiere und die Milch zu Zwecken der Direktvermarktung.

	Genossen	Private
∅-Laufzeit	rund 3 Jahre	rund 3 Jahre, 9 Monate
∅-Kündigungsfrist	rund 1 Jahr und 2 Monate	rund 9 Monate
max. Laufzeit	5 Jahre	10 Jahre
min. Laufzeit	1 Jahr	1 Jahr
max. Kündigungsfrist	3 Jahre	3 Jahre
min. Kündigungsfrist	3 Monate	3 Monate

Die Verträge sehen dabei in der Regel eine automatische Verlängerung für bestimmte oder unbestimmte Zeit vor, wenn keine Kündigung innerhalb der vorgesehenen Frist erfolgt.

Es hat sich damit gezeigt, dass die Vertragslaufzeiten bei genossenschaftlichen und privaten Molkereien tendenziell ähnlich gestaltet werden. Kurzfristige Lieferverträge mit einer Laufzeit von bis zu einem Jahr sind die Ausnahme, während die durchschnittliche Laufzeit 3 Jahre übersteigt. Nur bei der durchschnittlichen Kündigungsfrist scheint ein gewisser Unterschied gegeben. Die Kündigungsfrist bei Privatmolkereien ist im Durchschnitt deutlich kürzer als bei genossenschaftlichen Molkereien.

Seit Kurzem ist zudem zu beobachten, dass private Molkereien bestrebt sind, noch längere Lieferverträge abzuschließen, um sich bereits heute, über das Auslaufen des Quotenregimes hinaus, Rohmilchmengen zu sichern. Daher werden gegenwärtig von privaten Molkereien vermehrt Verträge mit einer Laufzeit von fünf und sechs Jahren geschlossen. Ob und inwieweit dies ein vorübergehendes Phänomen ist, ist derzeit für die Beschlussabteilung noch nicht absehbar.

2. Ansichten der Betroffenen

In den Gesprächen mit Branchenvertretern hat die Beschlussabteilung bislang ein ambivalentes Bild erhalten. Für eine größere Flexibilität bei den Lieferverträgen wird vorgebracht, dass dadurch auch die Chancen der Milcherzeuger bei der Verwertung der eigenen Milch steigen. Die Milcherzeuger könnten so schneller von Marktbewegungen profitieren, und

auch der Preiswettbewerb der Molkereien untereinander würde auf diese Weise deutlich angeregt. Noch weitergehend fordern einige Vertreter eine einseitige Lockerung der Vertragsbindungen zu Gunsten der Milcherzeuger. Während also die Molkerei längerfristig vertraglich gebunden bleiben soll, sollen Milcherzeuger die Möglichkeit zu vorzeitigen Kündigungen erhalten.

Gegen zu kurzfristige Lieferverträge wird eingewandt, dass sowohl auf Seiten der Milcherzeuger als auch auf Seiten der Molkereien jeweils ein Interesse an Planungssicherheit bestehe. Ein zu großes Absatzrisiko sei für Milcherzeuger nicht tragbar, da die Produktion nur bedingt steuerbar sei und die Rohmilch innerhalb von 2-3 Tagen verarbeitet werden müsse. Auch die Molkereien hätten ein legitimes Eigeninteresse an einer sicheren und langfristigen Rohstoffversorgung. Zudem würden in Deutschland die Einlagen der Genossen erst dann als Eigenkapital einer Genossenschaft qualifiziert, wenn sie längerfristig gebunden wären. Eine Lockerung der Kündigungsfristen wäre für genossenschaftliche Molkereien daher mit einem Verlust an Eigenkapital und damit mit Liquiditätsproblemen verbunden. Die Mehrheit der Milcherzeuger befürworte längerfristige Lieferverträge mit einer Laufzeit von 2 bis 3 Jahren, wenn dafür die Milchauszahlungspreise freier und flexibler verhandelt werden könnten.

Eine aktuelle Studie der Universität Göttingen hat die Milcherzeuger nach ihren Vorstellungen und der Zukunft der Lieferverträge nach dem Wegfall der Quote befragt.[149] Die Ergebnisse zeigen, dass die meisten Milcherzeuger die bestehenden Preisreglungen der genossenschaftlichen Lieferverträge kritisch sehen. Überwiegend werden Preisverhandlungen zwischen Milcherzeugern und Molkereien gewünscht und die derzeit praktizierte rückwirkende Anpassung des Milchgeldes abgelehnt. Befragt, ob man bei gleichem Vertrag eine genossenschaftliche oder eine Privatmolkerei wählen würde, spricht sich nur noch knapp die Hälfte der Landwirte für die Genossenschaft aus. In Bezug auf die Vertragslaufzeiten wird überwiegend eine durchschnittliche Vertragslaufzeit von 24 Monaten befürwortet. Dabei spricht sich die Mehrheit für die Beibehaltung außerordentlicher Kündigungsrechte mit kurzen Fristen aus. Dahinter steckt der Wunsch der Erzeuger, die Molkerei trotz längerfristiger Lieferverträge schnell wechseln zu können.

Neben der rechtlichen Bindung durch längerfristige Lieferverträge wird von den Erzeugern die faktische Bindung an die Molkerei kritisiert. Diese entstehe dadurch, dass (aufnehmende) Molkereien wechselwillige Erzeuger nicht als zukünftige Lieferanten akzeptierten. Dies geschehe nicht, weil die Molkereien nicht an einer Ausweitung ihrer Rohmilch-

---

[149] Die wesentlichen Ergebnisse sind abrufbar unter http://www.agrifood-consulting.de/fileadmin/agrifood/Positionspapier_Vertragsgestaltung.pdf

menge interessiert seien. Vielmehr sei der einzige Grund, dass die Erzeuger bei ihrer „eigenen“ Molkerei gekündigt hätten.

3. Vorläufige wettbewerbsrechtliche Einordnung

Die Frage der wettbewerbsrechtlichen Einordnung von langfristigen Lieferverträgen ist sowohl von der europäischen als auch der deutschen Kartellrechtspraxis in anderen Zusammenhängen bereits aufgegriffen und für andere Märkte (Bierlieferverträge, Energieversorgungsbereich) beurteilt worden.

Der EuGH hat in der Rechtssache *Delimitis* über die Vereinbarkeit von langfristigen Bierlieferungsverträgen mit Art. 81 EGV (Artikel 101 AEUV neu) geurteilt. Solche Vereinbarungen über langfristige Bezugsbindungen unterfallen nach Ansicht des Gerichtshofes dem Kartellverbot, wenn erstens der Zugang zum betroffenen Markt für Mitbewerber an sich erschwert ist und zweitens der jeweilige Vertrag erheblich zu der Abschottungswirkung beiträgt, die das Bündel gleichartiger Vereinbarungen aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfalten.[150]

Das OLG Düsseldorf hat die Auffassung des Bundeskartellamtes[151] bestätigt, dass die Praxis langfristiger Gaslieferverträge in ihrer Kombination mit einem gewissen hohen Grad an Bezugsverpflichtung gegen Art. 81 EGV und § 1 GWB verstoßen.[152] Diese Rechtsauffassung ist mit der Rechtsbeschwerde vor dem BGH nicht angegriffen worden, welcher aber auch im Übrigen die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen hat.[153] Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes waren auf dem betroffenen Markt für die Belieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen durch Ferngasunternehmen über 75 % des Gesamtbedarfs an Gas durch langfristige Lieferverträge gebunden. Die als Weiterverteiler fungierenden Regional- und Ortsgasunternehmen waren so derart gebunden, dass ihr Nachfragepotenzial für die Dauer der Vertragslaufzeit ausfiel. Die dadurch bewirkte Marktabschottung gegenüber aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern stellt eine Form des Behinderungsmissbrauchs dar. Die Behinderung erfolgt dabei sowohl im Horizontal- als auch im Vertikalverhältnis. Horizontal sind gerade größere Regional- und Ortsgasunternehmen als Wettbewerber der Ferngasunternehmen bei der Belieferung kleinerer Regional- und Ortsgasunternehmen zu werten. Sind diese aber durch langfristige Lieferverträge an die Ferngasgesellschaft gebunden, entfallen sie als Nachfrager für andere Lieferanten. Im Vertikalverhältnis wird eine Belieferung

---

[150] EuGH Rs. c234/89, Slg. 1991 I . 935, Rdnr. 27 *„Delimitis“*.
[151] B 8 – 113/03-1, E.ON Ruhrgas, Beschluss. v. 13.1.2006.
[152] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.10.2007, VI-2 Kart 1/06.
[153] BGH, Beschl. v. 10.2.2009, KVR 67/07, WuW/DE-R 1049.

der Regional- und Ortsgasunternehmen durch Drittlieferanten behindert, weil die dazu benötigen Gasmengen aufgrund der vertraglichen Bindung nicht zur Verfügung stehen.

Überträgt man diese allgemeinen Grundsätze zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit längerfristiger Lieferverträge auf die Milchwirtschaft, so stellt sich auf den Märkten für die Erfassung von Rohmilch die Frage, ob durch die Bündelung von längerfristigen Lieferverträgen mit einer Gesamtandienungsverpflichtung der Wettbewerb in erheblicher Weise und ohne sachliche Rechtfertigung behindert wird. Dafür hat die Beschlussabteilung gegenwärtig jedenfalls in Bezug auf genossenschaftlich organisierte Milcherzeuger nicht genügend Anhaltspunkte, möchte dies jedoch im Rahmen des Anhörungsverfahrens zu diesem Zwischenberichtdiskutieren. In jedem Fall sind jedoch die regionalen Marktverhältnisse für die Beurteilung der Rechtslage maßgeblich.

Gegenüber den Milcherzeugern ist im Fall einer genossenschaftlichen Bindung schon im Ansatz fraglich, ob in einem solchen Verhältnis ein „Missbrauch von Marktmacht“ begründet werden kann. Die Milcherzeuger sind als Genossen Eigentümer des Unternehmens. Das ein vertikale Wettbewerbsverhältnis ist daher eingeschränkt. Außerdem sind die genossenschaftlichen Molkereien aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages dazu verpflichtet, den Auszahlungspreis an die Milcherzeuger auszukehren, den sie auf der Absatzseite erwirtschaftet haben. Die Ausübung von Nachfragemacht, indem die Milchauszahlungspreise unabhängig von der Ertragsentwicklung und nur aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung gesenkt werden, erscheint damit in Bezug auf genossenschaftliche Molkereien keine realistische Annahme. Zu diesem Schluss kommt auch die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Friesland/Campina.[154]

Im Verhältnis zu den privaten Molkereien ist Voraussetzung für die Anwendung der Missbrauchsvorschriften (§§ 19, 20 GWB), dass die Molkereien, deren Lieferverträge analysiert werden sollen, Normadressaten, (also auf dem konkret untersuchten räumlichen Markt marktbeherrschend oder zumindest marktstark) sind. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses der Vertriebsaktivitäten von Nordmilch und Humana hat die Beschlussabteilung festgestellt, dass es auf den Erfassungsmärkten durchaus zu Marktanteilen von > 50 % für bestimmte Markträume kommt.[155] Damit sind die gesetzlichen Schwellen, ab denen eine Marktbeherrschung vermutet wird, sowohl im Sinne einer Einzelmarktbeherrschung, § 19 Abs. 3 S. 1 GWB, als auch im Sinne der engen Oligopolvermutung, § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB, an sich überschritten. Die Beschlussabteilung ging in den bislang untersuchten regionalen

---

[154] Europäische Kommission, Case No. COMP/M. 5046 – Friesland/Campina, Rz. 101, 102 und 103.
[155] B 2 – 29/09, Humana/Nordmilch, Beschluss v. 9.6.2009, S. 45 ff.

Markträumen auf Grund der Analyse der konkreten Marktverhältnisse jedoch davon aus, dass die Marktbeherrschung aufgrund der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse im Einzelfall widerlegt war.

Im Horizontalverhältnis geht die Beschlussabteilung davon aus, dass eine marktbeherrschende Stellung auf den Erfassungsmärkten keine Marktabschottung zur Folge hat, wenn eine nicht nur völlig unerhebliche Menge Rohmilch durch dritte Molkereien erfasst wird. Solange im betreffenden Marktraum eine Reihe von Wettbewerbern verbleibt, die theoretisch bereit und in der Lage sind, Rohmilch aufzunehmen und zu verarbeiten, sind auch Marktanteile, die über den gesetzlich verankerten Grenzen für die Vermutung der Marktbeherrschung liegen, bei der Rohmilcherfassung jedenfalls im Rahmen der Fusionskontrolle unbedenklich. Im Rahmen der Fusionskontrolle ist daher die Frage nach der Missbräuchlichkeit langfristiger Lieferbeziehungen zwischen Molkerei und Milcherzeuger nicht zu prüfen gewesen.

Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 GWB greift dagegen schon früher ein. Normadressat dieses Verbots sind Unternehmen, die über eine marktstarke Stellung unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung verfügen. Dies ist dann der Fall, wenn kleine oder mittlere Unternehmen (hier also die Milcherzeuger) als Anbieter einer bestimmten Art von Waren (der Rohmilch) so von einem Unternehmen (hier der Molkerei, die ihre Rohmilch erfasst) abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen (Molkereien) auszuweichen, nicht bestehen. Ob und inwieweit längerfristige Lieferverträge als Behinderung im Sinne des § 20 GWB aufzugreifen wären, hängt somit von den konkreten regionalen Marktverhältnissen und von der Wirkung der Länge der Lieferverträge auf die Wettbewerbsverhältnisse ab. Geschützt sind unter dem Aspekt des § 20 Absatz 1 und 2 GWB die Milcherzeuger als vorgelagerte Marktstufe der Molkereien, nicht jedoch andere Molkereien.

Die Beschlussabteilung hat jedoch in dieser Hinsicht die Meinungsbildung noch nicht abgeschlossen. Sie geht nach derzeitigem Stand von folgenden Rahmenbedingungen aus, die sie mit den Marktteilnehmern diskutieren möchte:

Fragen
→ **Ist es aufgrund des Überangebotes von Milch auch für expansionswillige Molkereien derzeit überall in Deutschland möglich, Rohmilch im Wettbewerb in ausreichendem Maße zu erfassen?**
→ **Können genossenschaftlich organisierte Molkereien gegenüber ihren genossenschaftlich organisierten Milcherzeugern ihre Marktstellung dazu ausnutzen, die Milchauszahlungspreise missbräuchlich zu gestalten? Wenn ja, wie?**
→ **Können private Molkereien gegenüber ihren Rohmilch-Lieferanten ihre Marktstellung dazu ausnutzen, die Milchauszahlungspreise missbräuchlich zu gestalten? Wenn ja, wie?**
→ **Was sind die Vorteile einer längerfristige Bindung für die Molkereien und die Milcherzeuger?**
→ **Aus Sicht der Milcherzeuger: Überwiegen die Vor- oder die Nachteile längerfristiger Lieferverträge?**
→ **Aus Sicht der Molkereien: Überwiegen die Vor- oder die Nachteile längerfristiger Lieferverträge?**
→ **Gibt es eine Alternative zu längerfristigen Lieferverträgen?**
→ **Gibt es andere Vertragsbestandteile (z.B. die Entkoppelung der Einlagen eines Genossen von der Lieferpflicht, die Art und Weise der Festlegung des Milchauszahlungspreises), die, wenn sie anders gestaltet würden, längerfristige Lieferverträge für Milcherzeuger und Molkereien attraktiv machen würden, ohne den Wettbewerb einzuschränken?**

Unabhängig von der Dauer der Lieferverträge sind Praktiken, die einen Wechsel zwischen genossenschaftlichen (und privaten) Molkereien tatsächlich erschweren oder unmöglich machen, kartellrechtlich bedenklich. Der Beschlussabteilung ist in diesem Zusammenhang

von Seiten der Milcherzeuger vorgetragen worden, dass es nach einem Ausscheiden aus einer genossenschaftlichen Molkerei für Milcherzeuger nicht immer möglich ist, einer anderen genossenschaftlichen Molkerei beizutreten. Hier scheint teilweise eine Art Gebietsschutzdenken der Molkereien vorhanden zu sein mit der Folge, dass man keine „fremden" Milcherzeuger einer anderen genossenschaftlichen Molkerei aufnimmt. Erste Analysen im Rahmen der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens haben für die dort untersuchten Markträume gezeigt, dass es zumindest zwischen genossenschaftlich organisierten Molkereien (selbst wenn diese unmittelbar nebeneinanderliegende Betriebsstätten haben) praktisch keine nennenswerten Wechselbewegungen gibt. Zudem scheint der Umstand, dass die Molkereien für die Überwachung der Einhaltung der Quote zuständig sind, diese Entwicklung zu begünstigen. Die Molkereien haben damit nämlich genaue Kenntnis darüber, von welcher Molkerei ein wechselwilliger Milcherzeuger kommt bzw. zu welcher anderen Molkerei er wechseln möchte.

Die Beschlussabteilung wird diesen Hinweisen weiter nachgehen, um zu prüfen, ob hier eine kartellrechtswidrige Praxis vorliegt. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass das GenG in § 1 Genossenschaften als *„Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl"* beschreibt. Nach der früheren Rechtsprechung[156] begründete dies dennoch keinen Anspruch auf Aufnahme bzw. einen Aufnahmezwang für Genossenschaften.[157] Ob sich aus § 1 GWB oder dem Diskriminierungsverbot des § 20 GWB etwas anderes ergeben kann, bedarf der weiteren Prüfung im Einzelfall. Die o.g. Rechtsprechung tendierte dazu, wenn überhaupt, allenfalls einen Anspruch auf Andienung der Milch gegenüber einer Molkerei, nicht aber auf Aufnahme in eine genossenschaftliche Molkerei für zulässig zu erachten.[158] Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Genossenschaft über eine relevante Marktmacht auf dem betroffenen

---

[156] Der BGH hat dazu noch zu Zeiten der Geltung des § 1 MilchFG (vgl. dazu Abschnitt C.II.1) ausgeführt: *„Unter der Voraussetzung, dass § 26 Abs. 2 GWB (entspricht § 20 Abs. 2 GWB Anm.d.Verf.) überhaupt die rechtliche Grundlage für einen Anspruch auf Aufnahme in einer Genossenschaft bilden kann, wäre bei der hier gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Frage daher dahin zu stellen, ob die Verweigerung der Aufnahme des Klägers in die beklagte Genossenschaft im wirtschaftlichen Ergebnis eine unter das Verbot des § 26 Abs. 2GWB fallende Behinderung oder (gegenüber den als Genossen aufgenommenen anderen Milcherzeugern) unterschiedliche Behandlung des Klägers in seinem Milchgeschäft darstellt, die nur durch seine Aufnahme in die Genossenschaft behoben werden kann."* BGH, Urt. v. 7.11.1960, KZR 1/60, juris, Rdnr. 10.

[157] Vgl. dazu Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 13 ff. mwN.

[158] In diese Richtung wohl LG Trier, Urt. v. 10.1.2005, 6 O 217/04, juris, Rdnr. 45; Auch der BGH, a.a.O., stellt darauf ab, ob die Aufnahme in die genossenschaftliche Molkerei als erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit erforderlich ist, um eine Behinderung des Milcherzeugers in seinem Geschäft, dem Verkauf von Rohmilch, zu beheben. Die Frage wird in diesem Fall verneint, weil auch der nicht genossenschaftliche Milcherzeuger den gleichen Preis für seine Rohmilch einschließlich der Jahresrückvergütungen erhalten hat, wie die genossenschaftlichen Milchlieferanten der Molkerei. Andere mögliche Vorteile der Mitgliedschaft als Genosse, vor allem die Stellung als Eigentümer und Unternehmer der Molkerei, sind nach Ansicht des BGH nicht vom Schutzbereich des § 20 GWB erfasst.

Markt verfügt. Bei Taxi-Zentralen hat die Rechtsprechung eine solche Marktmacht angenommen, wenn es im Einzugsbereich nur noch eine weitere Taxi-Zentrale gibt und der Taxiunternehmer auf die Dienste einer der beiden Zentralen angewiesen ist.[159] Allerdings kann es im Einzelfall durchaus einen sachlich gerechtfertigten Grund für eine Ungleichbehandlung oder Behinderung geben.

Die vorläufige Bewertung der Beschlussabteilung ergibt zudem, dass kürzere Laufzeiten der Lieferverträge von genossenschaftlichen und privaten Molkereien mit ihren Erzeugern wettbewerblich wünschenswert wären. Kürzere Vertragslaufzeiten begründen einen größeren Druck für expansionswillige Molkereien, über höhere Milchauszahlungspreise um die Rohmilchmengen zu konkurrieren. Die Beschlussabteilung sieht, dass sowohl auf Seiten der Molkereien als auch auf Seiten der Erzeuger auch anerkennenswerte Interessen an längerfristigen Milchlieferverträgen bestehen. Ob kürzere Laufzeiten rechtlich erzwingbar wären, erscheint der Beschlussabteilung gegenwärtig zweifelhaft. Sie wird jedoch weiter beobachten, ob im Einzelfall durch die Kumulation längerfristiger Lieferverträge in einem Marktraum Marktabschottungseffekte entstehen, die ein kartellrechtliches Eingreifen erforderlich machen. Kartellrechtswidrig sind Vereinbarungen von Molkereien, wechselwillige Milcherzeuger nicht als Lieferanten zu akzeptieren.

IV. Transparenz

Die Milchauszahlungspreise werden an verschiedenen Stellen veröffentlicht und sind damit nicht nur auf Ebene der Molkereien, sondern auch auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen bekannt. Die Milcherzeuger wissen in der Regel genau, wie hoch die Auszahlungspreise anderer Molkereien in der Region sind. Aus diesem Grund orientieren sich die Molkereien, wie gezeigt, bei der Kalkulation ihrer Auszahlungspreise immer auch am regionalen Durchschnitt.

Die Transparenz wird aber vor allem dadurch ermöglicht, dass die Milchauszahlungspreise der wichtigsten Molkereien in Deutschland detailliert veröffentlicht werden. Die BLE veröffentlicht monatlich durchschnittliche Auszahlungspreise für die einzelnen Bundesländer. Bis zu ihrer Liquidation hat die ZMP vergleichbare Daten bereitgestellt mit einem teilweise noch höheren Detailgrad. Der ZMP-Milchpreisspiegel beinhaltete standardisierte Auszahlungspreise aller wesentlichen Molkereien in Deutschland.[160] Die gleichen Angaben werden auch auf Ebene der Bundesländer, z.B. durch die LfL, für die Öffentlichkeit zugänglich

---

[159] OLG Frankfurt, WRP 1985, 164, 166.

[160] Die Quellen für die von BLE und ZMP veröffentlichten Daten wurden oben bereits dargestellt.

gemacht. In Veröffentlichungen der Fachpresse finden sich ebenfalls solche Statistiken, die teilweise auch die Auszahlungspreise der größten Molkereien in Deutschland und anderen europäischen Ländern, der USA und von Neuseeland darstellen.[161] Die AMI beabsichtigt ebenfalls, ab dem Jahr 2010 einen Milchpreisspiegel zu veröffentlichen.

Die Beschlussabteilung hat sich noch keine abschließende Meinung zur Zulässigkeit dieser Preisvergleiche gebildet. Dazu bedarf es noch weiterer Sachverhaltsaufklärung. Bei den veröffentlichten Preisen ist zu beachten, dass es sich in der Regel um Durchschnittspreise für standardisierte Rohmilch handelt. Dabei werden in der Regel ein Fettgehalt von 3,7 % und ein Eiweißgehalt von 3,4 % angenommen. Tatsächlich ist aber beispielsweise der durchschnittliche Fettgehalt der Rohmilch viel höher. Die für die Vergleiche herangezogenen fiktiven Werte gründen sich auf die Vorgaben der Milchgüteverordnung. Molkereien müssen danach auf der monatlichen Milchgeldabrechnung den Preis für Anlieferungsmilch mit einem Fettgehalt von 3,7 % und einem Eiweißgehalt von 3,4 % ausweisen.[162]

Eine Ausnahme sind die aus Bayern erfolgenden Vergleiche, wo aus historischen Gründen standardisiert 4,2 % Fett und 3,4 % Eiweiß zu Grunde gelegt werden. Die aus Bayern stammenden Vergleiche sind damit näher am tatsächlichen Auszahlungspreis, weil der durchschnittliche Fettgehalt um die 4,2 % und der Eiweißgehalt um die 3,4 % liegen.[163]

Bei den Veröffentlichungen von Milchauszahlungspreisen werden die Zu- und Abschläge und sonstige, das Milchgeld beeinflussende Zahlungen nicht nach einem einheitlichen Muster behandelt. Bei monatlichen Vergleichen müssen notwendigerweise auch mögliche Nachzahlungen am Jahresende unberücksichtigt bleiben.

Aus diesen Gründen ist eine Vergleichbarkeit dieser Statistiken nur bedingt möglich. Der tatsächlich bei den Milcherzeugern ankommende Rohmilchpreis dürfte häufig von den veröffentlichten Preisen abweichen, und zwar in Abhängigkeit von der Qualität, der Zusammensetzung, der Menge und den Zahlungsmodalitäten. Insbesondere die unterschiedlichen Fett- und Eiweißkorrekturabschläge der einzelnen Molkereien sowie die nicht immer transparente Einbeziehung von Rückvergütungen, Nachzahlungen usw. erschweren in der Praxis den konkreten Milchpreisvergleich.

---

[161] Z.B. auf **www.agrarheute.com**, top agrar, DMZ, BDM.
[162] § 4 Abs. 2 MilchGüV.
[163] Angaben nach ZMP-Marktbilanz Milch 2008. Tab. 3.4.4; Bei Annahme eines standardisierten Fettgehalts von 3,7 % muss der so berechnete Preis erst noch durch Korrekturabschläge berichtigt werden und unterscheidet sich so naturgemäß vom tatsächlichen Auszahlungspreis.

Markttransparenz wird dann zu einem kartellrechtlichen Problem, wenn sie Wettbewerbsanreize vermindert oder eine Kartellbildung begünstigt. Marktinformationssysteme können unter diesem Aspekt kartellrechtswidrig sein. Zudem kann Transparenz für die Molkereien und Milcherzeuger zum Problem werden, wenn sie marktstärkeren Marktteilnehmern, wie z. B. Unternehmen des LEH, Rückschlüsse auf die Kostenstruktur und damit auf die Verhandlungsposition der Molkereien erlaubt. Der Zwischenbericht befasst sich mit diesem Aspekt der Transparenz in dem Teil, der das Verhältnis der Molkereien zum LEH beleuchtet (G. V.).

V. Das deutsche Genossenschaftswesen im Milchsektor

Über zwei Drittel der Milchverarbeitungsbetriebe sind als Genossenschaft nach den Vorgaben des Genossenschaftsgesetzes (GenG) organisiert. Das GenG und der ihm immanente Genossenschaftsgedanke sind angesichts der Vielzahl genossenschaftlich organisierter Molkereien prägend für den Milchsektor. Allerdings gibt es sowohl auf Seiten der Milcherzeuger als auch auf Seiten der Molkereien vermehrt Stimmen, die Kritik an der bestehenden genossenschaftlichen Organisation der Milchverwertung vorbringen.

Milcherzeuger beklagen, dass die Auszahlungspreise nachträglich festgelegt und nicht im Voraus verhandelt werden. Sie fordern regelmäßige Preisverhandlungen auch im Rahmen der Genossenschaft und lehnen die rückwirkende monatliche Festsetzung eines Milchgeldes ab. [164] Auch sei ihr Einfluss auf die Geschäftsführung der Molkerei in der Praxis sehr gering. Die Komplexität der Entscheidungen sei so hoch, dass auch die im Vorstand mitarbeitenden Milcherzeuger häufig die Entscheidungen der Geschäftsführung nur absegnen würden. Die Auszahlungspreise würden durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung monatlich festgelegt, ohne dass die Milcherzeuger darauf einen direkten Einfluss hätten. Allerdings setze sich der Vorstand immer auch aus (in der Regel ehrenamtlichen) Vertretern der Milcherzeuger zusammen. Erschwerend kommt nach Ansicht des BDM dazu, dass mittlerweile viele Molkereien ihr operatives Geschäft in privatrechtliche Gesellschaften ausgelagert haben, so dass die Einflussmöglichkeiten der Milcherzeuger insbesondere hinsichtlich des Vertriebs der Molkereiprodukte weiter verringert werden.[165]

Seitens der Molkereien wurde bei der Befragung zur Sektoruntersuchung hingegen darauf verwiesen, dass die Milcherzeuger als Genossen Eigentümer der Molkereien seien. Für die Höhe der Auszahlungspreise sind nach den Angaben der befragten Molkereien in der Regel das laufende Geschäftsergebnis und die wirtschaftlichen Perspektiven in den Folgemonaten

---

[164] Vertragsgestaltung in der Milchwirtschaft – Neuordnung der Geschäftsbeziehungen zwischen Molkereien und Landwirten; Positionspapier der Georg-August-Universität Göttingen, Juni 2009.

maßgeblich. Über den Jahresabschluss und den Geschäftsbericht, d.h. auch über die Höhe der etwaigen Nachzahlungen, entscheide die Generalversammlung, an der jeder Genosse teilnahmeberechtigt sei. Für die Molkereien ist gerade der Einfluss der Genossen auf die Geschäftspolitik ein Kritikpunkt, weil sie sich dadurch in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt sehen. Sie beklagen, dass Erzeuger lediglich Interesse an hohen Milchauszahlungspreisen hätten und nicht bereit seien, zu akzeptieren, dass Investitionen (z. B. in den Aufbau einer Marke) die Wettbewerbsfähigkeit der Molkereien langfristig verbesserten und damit auch den Genossen zu einem höheren Milchauszahlungspreis verhelfen könnten.

Im Folgenden soll eine tatsächliche und rechtliche Bestandsaufnahme gemacht werden. Übergreifend ist dabei zu fragen, ob aus dem Genossenschaftsgesetz und seinen grundlegenden Prinzipien zwingende normative Vorgaben erwachsen, die möglicherweise nur geringe Spielräume für die bestehende Organisation der genossenschaftlichen Milchverarbeitung im Markt lassen.

1. Genossenschaftsgesetz und Auszahlungspreise

Die Beschlussabteilung geht bislang davon aus, dass eine genossenschaftliche Molkerei in der Regel bestrebt ist, den maximal möglichen Auszahlungspreis zu Gunsten der eigenen Genossen zu erwirtschaften und auch auszukehren. Ziel der Geschäftstätigkeit – so der Vortrag der Molkereien selbst – sei nicht das Erzielen von Margen oder Renditen, sondern die Erwirtschaftung eines hohen Auszahlungspreises.

a) Erfordert das Genossenschaftsgesetz die Auszahlung höchstmöglicher Rohmilchpreise?

Fraglich aber ist, ob genossenschaftliche Molkereien an sich zu seiner solchen Preisbildungs- und Preisauszahlungspolitik verpflichtet sind und diese auch durchgängig praktizieren. In Hinblick auf die Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit der genossenschaftlichen Molkereien könnte die Bildung von finanziellen Reserven betriebswirtschaftlich durchaus sinnvoll sein, auch wenn sich dadurch die Auszahlungspreise bzw. die Rückvergütungen nach Feststellung des Jahresabschlusses vorübergehend verringern.

Das einschlägige Genossenschaftsgesetz beschreibt als Zweck der Genossenschaft in § 1 Abs. 1 GenG die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die Genossenschaft an sich beruht auf den Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung. Als Grundlage der genossenschaft-

---

[165] BDM aktuell, Heft 9, Sept. 2009, S. 8.

lichen Verbindung können „gesunder Eigennutz“, d.h. die Förderung der eigenen wirtschaftlichen Interessen, und das „Prinzip der Solidarität“, d.h. die Berücksichtigung des gemeinsamen Interesses, angesehen werden.[166] Der für die Genossenschaft geltende Förderungsauftrag der eigenen Mitglieder wird denn auch vielfach als Grund dafür angeführt, dass nahezu sämtliche Gewinne über die Milchauszahlungspreise an die milchlieferenden Genossen wieder abgeführt werden. Als Folge verbleiben für größere, langfristige Investitionen und Rücklagen weniger Spielräume.

Das GenG stützt im Grundsatz diese Gewinnverteilung, indem es die Verteilung der Gewinne und Verluste auf sämtliche Mitglieder nach Feststellung eines Jahresabschlusses vorschreibt, (§ 19 Abs. 1 GenG). Allerdings kann durch die Satzung auch bestimmt werden, dass der Gewinn nicht verteilt, sondern der gesetzlichen Rücklage und anderen Ergebnisrücklagen zugeschrieben wird (§ 20 GenG). A Majore ad minus folgt daraus, dass auch eine teilweise Einbehaltung des Gewinns möglich sein muss. Die Norm des § 20 GenG zeigt, dass de lege lata die Gewinnausschüttung nicht Zweck der Genossenschaft ist.[167]

Das GenG an sich verpflichtet daher die genossenschaftlichen Molkereien nicht, den höchstmöglichen Auszahlungspreis zu zahlen. In der Praxis kann das Selbstverständnis der Molkereien aber häufig anders sein, wobei der Einfluss der Milcherzeuger sicherlich eine entscheidende Rolle spielt.

b) Welche Einflussmöglichkeiten haben Milcherzeuger genossenschaftlicher Molkereien auf die Auszahlungspraxis?

Nach den insoweit zwingenden Vorgaben des GenG sind die Entscheidungsorgane einer jeden Genossenschaft Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung bzw. Vertreterversammlung (bei Genossenschaften mit mehr als 1.500 Mitgliedern, § 43a GenG). Entsprechend dem Genossenschaftsgedanken der Selbstverwaltung ist es die Generalversammlung als Versammlung aller Genossen, die alle wesentlichen Beschlüsse fassen muss. Sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat werden durch die Generalversammlung berufen und u.U. wieder abberufen (§ 24 Abs. 2 und § 36 Abs. 1 GenG). Die Generalversammlung ist auch für die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrates zuständig (§ 48 Abs. 1 GenG). Die Milcherzeuger selber sind in aller Regel durch ehrenamtliche Vertreter in den Führungsgremien repräsentiert.

---

[166] Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 2.
[167] Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 20 Rdnr. 1.

Aus diesem rechtlichen Rahmen des GenG ergeben sich keine unmittelbaren Vorgaben für die Auszahlungspraxis einer Genossenschaft. So lässt sich beispielsweise das herrschende System der monatlichen Abschlagszahlungen nicht aus dem GenG ableiten. Solche Regelungen werden vielmehr in den einzelnen Satzungen getroffen. Die Satzungen sowie mögliche Änderungen bedürfen dabei der Zustimmung der Mehrheit der Genossen, wobei in bestimmten wesentlichen Punkten die Zustimmung von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich ist (§ 16 GenG). Die Satzungen können hier im Einzelfall eine noch größere Mehrheit bestimmen.

Rechtlich betrachtet kann der Milcherzeuger als Genosse damit alle wesentlichen Entscheidungen der Molkerei mitbestimmen. Dies gilt auch für die Modalitäten der Auszahlungspreise. Hierfür wird aber in der Regel eine Änderung der Satzung erforderlich sein. Dafür ist in der Praxis mindestens die Zustimmung der Mehrheit der genossenschaftlichen Mitglieder erforderlich.[168]

Allerdings dürfte es für den einzelnen Milcherzeuger in der Praxis nicht immer einfach sein, alle Entscheidungen der Geschäftsführung nachzuvollziehen und sein grundsätzliches Mitbestimmungsrecht auch tatsächlich geltend zu machen. Das operative Geschäft ist insbesondere bei den größeren Molkereien häufig in andere Gesellschaften (als GmbH, AG o.ä.) ausgelagert. Die Entscheidungsfindung auf dieser Ebene ist damit für den einzelnen Milcherzeuger wenig transparent. Dabei haben die Entscheidungen auf dieser Ebene unmittelbare Folgen für die Höhe der Auszahlungspreise für den einzelnen Milcherzeuger. Hierfür ist der Erfolg bei der Vermarktung der eigenen Produkte maßgeblich. Die Geschäftsführung und damit das operative Geschäft obliegen aber dem Vorstand der ausgelagerten Gesellschaft. Die Genossen haben hierauf keinen unmittelbaren Einfluss. Überwiegend wird lediglich ein allgemeines Auskunftsrecht der Mitglieder über alle Angelegenheiten der Genossenschaft bejaht.[169]

Fraglich ist, ob in diesem System die Verhandlung von Auszahlungspreisen, wie vielfach von Erzeugerseite gefordert, möglich ist. Grundsätzlich sind keine Vorgaben aus dem GenG und den genossenschaftlichen Grundsätzen ersichtlich, die eine schuldrechtliche Ausgestaltung der Lieferbeziehung zwischen Molkerei und Milcherzeuger ausschließen würden. Insofern könnte eine genossenschaftliche Molkerei rechtlich gesehen auch Milchkaufverträge mit

---

[168] Aktuell haben die Andechser Molkerei Scheitz und die Upländer Bauernmolkerei auf diese Weise ihr System geändert. In beiden Molkereien wird ein kleiner Teil der Milch geringer vergütet, um die Milchmenge flexibel zu regulieren.

[169] Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 18 Rdnr. 10 mwN.

ihren Mitgliedern abschließen. Die Rechte und Pflichten, einschließlich der Vergütung, würden dann außerhalb der Mitgliedschaft nach den Vorgaben des BGB geregelt. Innerhalb der Mitgliedschaft würden aber weiter die genossenschaftlichen Grundsätze gelten.

Danach ist die Molkerei nicht nur zur Förderung des Erwerbs ihrer Mitglieder verpflichtet, sondern es gilt auch das Gebot der Gleichbehandlung aller Genossen. Mit beiden Grundsätzen wäre eine Ungleichbehandlung bei der Bezahlung der Rohmilch schwer zu vereinbaren,[170] ganz abgesehen vom tatsächlichen Widerstand der Milcherzeuger in solch einem Fall. Würde sich also eine genossenschaftliche Molkerei für die Umstellung auf Milchkaufverträge entschließen, dürfte daraus keine Ungleichbehandlung der Genossen erwachsen. Bei der Verhandlung von Kaufpreisen für die Rohmilch müsste weiter beachtet werden, dass es sich um realistische Marktpreise handelt. Im Falle zu hoher Auszahlungspreise würde die Molkerei in die Gefahr einer Unterdeckung laufen. Ein solches Handeln des Vorstandes würde nur schwer mit den strengen Sorgfaltspflichten gemäß § 34 Abs. 1 GenG zu vereinbaren sein.[171] Der Geschäftsführer einer genossenschaftlichen Molkerei muss dabei zusätzlich den gesetzlichen Förderzweck der Genossenschaft beachten. Alle Handlungen und Entscheidungen müssen danach ausgerichtet werden, dass dieser Zweck erreicht und langfristig gesichert wird, zum Wohle der Mitglieder.[172]

---

[170] Fraglich ist aus Sicht der Beschlussabteilung, ob dies auch dann gilt, wenn die Rohmilch (je nach damit erzeugtem Molkereiprodukt) ein ungleiches Gewicht an den Gesamterlösen der Molkerei hat.

[171] „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Genossenschaft anzuwenden“.

[172] Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 34 Rdnr. 17.

Fragen:
→ **Welche Vor- und Nachteile hat aus Sicht der Milcherzeuger und der Molkereien ein Modell, bei dem der Milchauszahlungspreis vorab mit den Erzeugern ausgehandelt würde?**
→ **Verstärken vorab ausgehandelte Milchauszahlungspreise den Anreiz für Molkereien, bei den Preisverhandlungen beim Absatz ihrer Molkereiprodukte mit der Marktgegenseite (weiterverarbeitende Industrie, LEH usw.) höhere Preise auszuhandeln, da sie die Kosten erwirtschaften müssen, die ihnen durch den Einkauf der Rohmilch entstanden sind?**

2. Genossenschaftsgesetz und Andienungspflichten durch langfristige Lieferverträge

Charakteristisch für die Lieferbeziehungen zwischen Milcherzeuger und genossenschaftlicher Molkerei sind die Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen für nahezu die gesamte Rohmilch sowie die längerfristige Bindung. Das GenG selber macht keine Vorgaben zu einer Andienungspflicht der Milcherzeuger. Eine solche kann aber in der Satzung geregelt werden. Dabei ist die Verpflichtung zur Andienung der gesamten eigenen Rohmilch zulässig, aber nicht unbedingt zwingend. Es wäre ebenso zulässig, wenn die Verpflichtung nur einen Teil der erzeugten Milch beträfe.[173] In der Praxis besteht in aller Regel eine Andienungs- und damit korrespondierend Abnahmeverpflichtung für die gesamte Rohmilch eines Milcherzeugers. Dies entspricht nach dem bisherigen Kenntnisstand der Beschlussabteilung auch den geäußerten Interessen der Erzeuger und der Molkereien. Der Milcherzeuger möchte eine gesicherte Abnahmestelle für seine Rohmilch haben, ohne Absatzrisiken bei Schwankungen der Produktion eingehen zu müssen. Die Molkerei ist ebenso an einer gesicherten Rohstoffbasis interessiert. Beides könnte allerdings auch bei Vereinbarung einer Jahresliefermenge erreicht werden.

Allerdings beinhaltet das System der vollständigen Andienungspflicht nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung einen Anreiz für die Erzeuger, die Mengen an angelieferter Rohmilch auszuweiten. Dies gilt erst recht für die Zeit nach vollständiger Aufgabe des

[173] Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, § 18 Rdnr. 30.

Quotenregimes. Für die Molkerei könnten damit nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung zusätzliche Nachteile in der Verhandlung mit den Abnehmern (insbesondere den Unternehmen des LEH) verbunden sein, da die Molkereien so nicht die Möglichkeit haben, ihre Produktion zu drosseln, wenn sie keine für sie befriedigende Preise für den Absatz der Molkereiprodukte erzielen.

Die Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen sind grundsätzlich längerfristig angelegt. Nach § 65 Abs. 2 S. 2 GenG ist dabei in der Regel eine maximal fünfjährige Bindung zulässig. Im Ausnahmefall, dass eine Molkerei ausschließlich aus Genossen besteht, die Unternehmer im zivilrechtlichen Sinne, § 14 BGB, sind, kann die Kündigungsfrist *„zur Sicherung der Finanzierung des Anlagevermögens“* auf maximal zehn Jahre erweitert werden.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist eine ausreichende Menge an zur Verfügung stehender Rohmilch grundlegende Voraussetzung für einen funktionierenden Markt der Rohmilcherfassung. Da jedoch große Mengen der Rohmilch längerfristig gebunden sind, wäre es auch aus Sicht der Milcherzeuger unter Umständen wünschenswert, leichter und schneller ihre Abnehmer wechseln zu können. Bei genossenschaftlichen Molkereien ist jedoch ein Wechsel aufwändig. Im Gegensatz zur schuldrechtlichen Beziehung zu einer privaten Molkerei, die nur einer Kündigung bedarf, scheint der Genosse nach deutschem Genossenschaftsrecht grundsätzlich zur Beendigung der Lieferung aus der Genossenschaft als solcher austreten zu müssen. Dem Austritt folgt die Auseinandersetzung (§ 73 GenG), wobei es vor allem um die Rückzahlung des Geschäftsanteils geht, den der Genosse bei Beginn der Mitgliedschaft eingezahlt hat.

Die Beschlussabteilung hat jedenfalls den Eindruck, dass in der Praxis ein genossenschaftlich gebundener Milcherzeuger seine Molkerei nicht wechseln kann, ohne gleichzeitig die Mitgliedschaft zu seiner Genossenschaft zu beenden. In anderen Ländern erscheint das Genossenschaftsrecht dagegen flexibler. So wurde der Beschlussabteilung im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Friesland/Campina bekannt, dass in den Niederlanden ein Wechsel der Genossenschaft möglich ist, ohne dass es zur Auszahlung des Geschäftsanteils kommen muss. Der genossenschaftlich gebundene Milcherzeuger wechselt damit seinen Abnehmer, verbleibt aber offenbar als Genosse in der alten Molkerei.

Unter Berücksichtigung des nationalen Rechtsrahmens ist es grundsätzlich möglich, vergleichbare Modelle in Deutschland zu entwickeln. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass unter Umständen auch eine Doppelmitgliedschaft eines Genossen in zwei konkurrierenden

Genossenschaften zulässig ist.[174] Ein in der Satzung bestimmtes Verbot einer Doppelmitgliedschaft ist als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB nur dann zulässig, *„soweit die in der Satzungsbestimmung enthaltene Wettbewerbsbeschränkung `genossenschaftsimmanent´, das heißt erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft zu sichern“*.[175] Das ist unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstands und der Struktur der betreffenden Genossenschaft generalisierend zu beurteilen. Die Doppelmitgliedschaft ist nicht von sich aus und in jedem Fall ein Umstand, der mit dem Zweck und der Funktion einer jeden Genossenschaft in unlösbarem Widerspruch steht.[176] Nach diesen Grundsätzen hat der BGH beispielsweise das Verbot einer Doppelmitgliedschaft in verschiedenen Taxigenossenschaften beanstandet.[177] Weder die allgemeine Treuepflicht der Genossen gegenüber ihrer Genossenschaft noch eine mögliche Missbrauchsgefahr durch Umleitung von Fahraufträgen oder die Beeinträchtigung des Gemeinschaftsfriedens unter den Genossen hat der BGH als Rechtfertigung dabei anerkannt.[178]

Nach diesen höchstrichterlich anerkannten Grundsätzen müsste es folglich auch für Milcherzeuger im Einzelfall möglich sein, Mitglied zweier oder mehr genossenschaftlichen Molkereien zu sein.[179] A majore ad minus gilt dies erst recht für eine bloße schuldrechtliche Lieferverpflichtung (auch) gegenüber einer anderen Molkerei. Das Quotenregime ist hierbei kein Hindernis. Grundsätzlich kann ein Milcherzeuger im Rahmen seiner einzelbetrieblichen Quote auch mehrere Molkereien beliefern. Die Quote liegt beim Milcherzeuger und nicht bei der Molkerei. Dabei muss eine Molkerei bestimmt werden, die für die Verwaltung der Quote zuständig ist und die vorgeschriebenen Meldungen an das örtliche Hauptzollamt abgibt.

VI. Vorläufige Gesamtbetrachtung

Das Verhältnis der Milcherzeuger zu den Molkereien ist durch ein Machtungleichgewicht zu Gunsten der Molkereien gekennzeichnet. Der Gesetzgeber hat zwar beispielsweise über die kartellrechtliche Freistellung regionaler Erzeugergemeinschaften verschiedene Möglichkeiten für die Erzeuger geschaffen, dem ein Gegengewicht entgegenzusetzen. Dies wird von den Erzeugern bislang jedoch nur in sehr geringem Umfang und daher ohne erkennbare Marktwirkung genutzt. Statt dessen werden diverse Maßnahmen zur Erhöhung des Milch-

---

[174] BGH, Beschl. v. 15.4.1986, KVR 1/85; BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91; OLG München, Urt. v. 2.4.1998, U (K) 2145/98.
[175] BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91, Rdnr. 32.
[176] Beuthin, ZHR 142 (1978), 259, 289 ff., 295.
[177] BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91.
[178] BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91, Rdnr. 36 ff.
[179] A.A. offenbar aber Schaffland/Schulte, in: Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl. 2008, Einführung, III. Genossenschaften und Wettbewerbsordnung, Rdnr. 23, die jedoch die neuere BGH-Rechtsprechung ignorieren.

auszahlungspreises vorgeschlagen, die gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstoßen bzw. gegenwärtig offenbar politisch nicht durchsetzbar sind und im Übrigen grundlegende Marktmechanismen (wie den Einfluss internationaler Marktverhältnisse) ignorieren. Zudem wirken sich die in der gesamten Branche weit verbreiteten längerfristigen Lieferverträge und die vergleichsweise hohe Transparenz bezüglich der Milchauszahlungspreise möglicherweise zu Lasten der Erzeuger aus. Kürzere Vertragslaufzeiten und ein Preisfindungsmechanismus, der weder nachträglich Milchauszahlungspreise bestimmt, noch sich an den Auszahlungspreisen unmittelbar um die Rohmilch konkurrierender Molkereien orientiert, könnten nach gegenwärtiger Einschätzung der Beschlussabteilung in wettbewerbskonformer Weise Anreize für höhere Milchauszahlungspreise bieten.

G. Verhältnis Molkereien/LEH

Als einer der Hauptgründe für die sinkenden Preise für Molkereiprodukte und folgend auch der Rohmilch wird von Seiten der Milcherzeuger und Molkereien die hohe Konzentration im Bereich des wichtigsten inländischen Abnehmers, des LEH, genannt. Der Vorwurf lautet, dass der LEH aufgrund der nachgefragten Mengen die Preise praktisch diktieren könne. Weiters wird der Vorwurf erhoben, die Unternehmen des LEH gäben erzielte Preisvorteile nicht zeitnah an die Kunden weiter, benutzten Molkereiprodukte als „Lockvogel-Angebot“, sprächen Ladenverkaufspreise ab oder verkauften Molkereiprodukte unter Einstandspreis.

Bereits die bloße Aufzählung aller gegen die Unternehmen des LEH erhobenen Vorwürfe zeigt, dass diese teilweise in sich widersprüchlich teilweise von einer erheblichen Pauschalität geprägt sind. Das bisherige Ergebnis der Sektoruntersuchung sowie vorläufige Erkenntnisse aus Parallelverfahren gegen Unternehmen des LEH zeigen vielmehr, dass eine differenzierte Betrachtung des Verhältnisses zwischen Unternehmen des LEH und deren Lieferanten angebracht ist.

Aufgrund der zunehmenden Konzentration im LEH spielt Nachfragemacht in der Kartellrechtlichen Praxis eine zunehmende Rolle. Daher arbeiten die Wettbewerbsbehörden an der Entwicklung eines robusten und voll entwickelten ökonomisch fundierten kartellrechtlichen Konzepts zur Erfassung und Bewertung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Nachfragemacht. Denn die Entscheidungen des Bundeskartellamtes sind nachvollziehbar und seriös zu begründen, und dies nicht nur, weil sie gerichtlich überprüfbar sind. Dabei sind die Anforderungen an die Beweisführung gerade für den Bereich der bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeitenverfahren hoch. Ohne einen substantiierten Anfangsverdacht und entsprechende Nachweise kann das Bundeskartellamt hier nicht tätig werden.

I. Marktmachtverteilung

Die Marktstellung von Unternehmen des LEH und die Frage, ob Unternehmen des LEH in wettbewerbswidriger Weise Marktmacht ausüben, ist immer wieder Gegenstand kartellrechtlicher Untersuchungen durch das Bundeskartellamt gewesen. Zudem hat die 2. Beschlussabteilung auch im Bereich der Zusammenschlusskontrolle in jüngerer Vergangenheit verstärkt untersucht, welche Auswirkungen ein geplantes Zusammenschlussvorhaben auf die Beschaffungsmärkte und damit also auf das Verhältnis des LEH zu seinen Lieferanten hat.

Konkrete Beschwerden über eine kartellrechtswidrige Ausübung von Nachfragemacht erreichen das Bundeskartellamt verhältnismäßig selten. So gibt es in der bisherigen Amtspraxis wenige Verfahren, die mit einer förmlichen Entscheidung abgeschlossen und noch weniger Entscheidungen, die gerichtlich überprüft wurden. Die Transformation von theoretischen Konzepten zur Beurteilung von Nachfragemacht in die deutsche Rechts- und Fallpraxis erfolgt daher bislang eher schleppend. Ein Grund liegt in der schon seit vielen Jahren ohne Ergebnis geführten Diskussion über die „Ross- und Reiter-Problematik“. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es dem Bundeskartellamt nicht möglich, Verfahren gegen ein Unternehmen (z.B. des LEH) zu führen, die entweder mit einer Abstellungsverfügung oder gar mit einem Bußgeld enden, ohne dem betroffenen Unternehmen spätestens im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu einer beabsichtigten Entscheidung mitzuteilen, wer sich beim Bundeskartellamt beschwert hat. Selbst in Verfahren, die das Bundeskartellamt „von Amts wegen“ (also ohne eine derartige Beschwerde) führt, sind die von dem Verfahren begünstigten Unternehmen (die angeblich oder tatsächlich Opfer einer kartellrechtswidrigen Ausübung von Nachfragemacht waren) nur in Ausnahmefällen bereit, mit dem Bundeskartellamt zu kooperieren, weil sie für die Zukunft Repressalien befürchteten. Da das Bundeskartellamt andererseits konkrete Beweise benötigt, die ggf. einer gerichtlichen Überprüfung standhalten, reichen allgemeine Beschwerden im Regelfall nicht für eine Verfahrenseinleitung aus.

1. Aktuelle Verfahren der 2. Beschlussabteilung

Für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff GWB) hat das Bundeskartellamt im Verfahren Tengelmann/Edeka[180] die Beschaffungsmärkte auch für den Bereich der Molkereiprodukte eingehend analysiert. Es wurde festgestellt, dass:

→ die verbleibenden fünf großen Einzelhandelsketten im LEH einen „Flaschenhals“ für die Vielzahl der Hersteller in der Lebensmittelindustrie darstellen. Viele Hersteller sind darauf angewiesen, bei den großen Unternehmen des LEH dauerhaft gelistet zu sein;

[180] B 2 – 333/09, Tengelmann/Edeka, Beschluss v. 30.6.2008.

→ selbst bei Erstmarken (d.h. unverzichtbare Produkte für den LEH wie Haribo und Coca-Cola im Bereich der Markenartikel) der LEH über Disziplinierungsinstrumente gegenüber den Herstellern verfügt. Entsprechende Disziplinierungsmaßnahmen des LEH gehen von der Auslistung von Zweit- und Drittmarken des Herstellers bis hin zu einer Verringerung der Werbemaßnahmen. Ob im Ergebnis auch bei Herstellern von „must-have-Produkten" eine Abhängigkeit von führenden Unternehmen des LEH besteht, oder von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Lieferant und Handelsunternehmen auszugehen ist, konnte in der Entscheidung offen bleiben;

→ der Zusammenschluss in seiner angemeldeten Form zu einem erheblich verbesserten Zugang der Beteiligten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern zu den Beschaffungsmärkten im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB geführt hätte; die Abhängigkeit insbesondere der Markenhersteller von der Edeka hätte weiter zugenommen und insbesondere die Wettbewerber mit vergleichsweise geringeren Beschaffungsvolumina wären weiter geschwächt worden.

Dementsprechend wurde der Zusammenschluss nur mit umfangreichen Nebenbestimmungen freigegeben.

Der Missbrauch von Nachfragemacht wird darüber hinaus in zwei aktuellen Verfahren geprüft. In einem Verfahren gegen die Rewe geht es um den Vorwurf, dass die Rewe durch die Einbehaltung pauschalierter Beträge bei ausgebliebener oder nicht termingerechter Belieferung durch den Lieferanten gegen das kartellrechtliche „Anzapfverbot" des § 20 Abs. 3 GWB verstoße.[181] Das Verfahren ruht derzeit, weil Rewe mit dem Markenverband - als dem Interessenvertreter von Markenherstellern - vereinbart hat, die beanstandete Praxis für eine gewisse Zeit auszusetzten und nach einvernehmlichen Lösungsmöglichkeiten mit dem Markenverband und den Herstellern zu suchen.

Im zweiten Verfahren wird geprüft. ob die Edeka nach dem Zusammenschluss mit Tengelmann/Plus von den Lieferanten ungerechtfertigte Vorteile („Hochzeitsboni", „Bestpreisanpassung") gefordert hat.[182] Diese Prüfung umfasst auch das Verhalten der Edeka gegenüber Molkereien.

Während in der Vergangenheit Ermittlungen wegen angeblicher Verkäufe unter Einstandspreis oftmals zu der Erkenntnis führten, dass ein Verstoß gegen das Verbot des § 20 Absatz 4 GWB nicht vorlag, hat die Beschlussabteilung in der jüngeren Vergangenheit zunehmend Hinweise auf Verkäufe unter Einstandspreis erhalten, die sich nicht sofort als offensichtlich

[181] B 2 – 77/09.
[182] B 2 – 55/09.

unbegründet erwiesen haben. Die Beschlussabteilung ermittelt gegenwärtig in einigen Verdachtsfällen, die insbesondere Verkaufspraktiken von Discountern betreffen.

Im Zentrum von Verfahren wegen des Verdachts von Verkäufen unter Einstandspreis steht die Ermittlung des Einstandspreises, zu dem ein Produkt vom Hersteller an den Einzelhandel verkauft wird. In der gerichtlichen Auseinandersetzung über ein Bußgeldverfahren gegen die Drogeriewarenkette Rossmann ist das Oberlandesgericht Düsseldorf der vom Bundeskartellamt vertretenen Auffassung der Berechnung des Einstandspreises, insbesondere der Art und Weise der Anrechnung von pauschalen Rabatten auf den Einstandspreis, nicht gefolgt. Das OLG Düsseldorf hat den Handelsunternehmen damit weitgehende Spielräume bei der Umlegung von pauschalen Rabatten auf die Einstandspreise eingeräumt. Der Anwendungsbereich für Verfahren nach § 20 Abs. 4 GWB wird hierdurch – jedenfalls bis zu einer höchstrichterlichen Klärung beim Bundesgerichtshof – erheblich eingeschränkt werden.

In der Hauptverhandlung zum Rossmann-Verfahren hat das Gericht darüber hinaus zu erkennen gegeben, dass bei der Verfolgung von Verkäufen unter Einstandspreis darauf zu achten sei, dass es sich um eine horizontale Norm handele, die in erster Linie dem Schutz kleiner und mittlerer Handelsunternehmen als Wettbewerber der großen Einzelhandelsketten diene. Das Interesse von Herstellern – und hierunter fallen auch Molkereien oder Milcherzeuger - an einer Vermeidung von „Ramschpreisen“ sei demgegenüber unbeachtlich.

2. Methodischer Ansatz

Ausgewogene Verhandlungssituationen sind in der Praxis eher die Ausnahme als die Regel. Nicht in jedem Fall ist es kartellrechtlich vertretbar, in die Verhandlungsergebnisse zwischen Handel und Lieferanten einzugreifen, selbst wenn die Margen für den Handel größer sein sollten als für die Hersteller. Für Gesetzgeber und vollziehende Behörde stellt sich daher die Aufgabe, die Fallkonstellationen zu identifizieren, in denen ein Eingreifen der Kartellbehörden erforderlich ist. Dabei stellt sich die Frage nach dem Schutzobjekt („der Wettbewerb“ oder „der Verbraucher“) und nach dem methodischen Ansatz für kartellrechtliche Verfahren wegen des Verdachts einer missbräuchlicher Ausnutzung der Nachfragemacht durch Unternehmen des LEH.

Die Europäische Kommission verfolgt eine vornehmlich am wohl des Endverbrauchers orientierte Kartellrechtspraxis. Sie hat das Thema der Nachfragemacht im LEH bislang ebenfalls nur in vereinzelten Verfahren aufgegriffen.[183] Allerdings ist Nachfragemacht nach Ansicht

[183] Sache Nr. IV/M.1221 – Rewe/Meinl, Entsch. d. KOM v. 3.2.1999; COMP/M.5047 – Rewe/Adeg, Entsch. d. KOM v. 23.6.2008.

der Kommission nicht per se als wettbewerbsfeindlich anzusehen, *„wenn effektiver Wettbewerb auf dem nachgelagertem Markt herrscht“.* Dies gilt dann, wenn marktstarke Abnehmer gezwungen sind, *„die Verbesserung ihrer Einkaufbedingungen an den Endverbraucher weiterzugeben“*.[184] Das deutsche Kartellrecht stellt hingegen beim Thema der Nachfragemacht nicht in erster Linie auf die Wohlfahrt der Konsumenten ab, sondern auf den Schutz des Wettbewerbs auf allen Marktstufen. Eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt bzw. ein Nachweis einer solchen Schädigung ist dafür keine notwendige Voraussetzung, wie auch ein Vorteil für den Endverbraucher ein missbräuchliches Verhalten auf der vorgelagerten Marktstufe nicht rechtfertigt.

Die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse erklären das Prüfungsschema der Kommission, wenn bei Zusammenschlüssen Nachfragemacht in vorgelagerten Märkten begründet oder verstärkt wird.[185] In diesem Punkt stimmen die Praxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes überein. Bereits in der Fusionskontrolle ist zu prüfen, inwieweit durch den Zusammenschluss Nachfragemacht begründet oder verstärkt wird und es damit zu einer Wettbewerbsbehinderung kommt.

Für den Bereich der Missbrauchsaufsicht und der Zusammenschlusskontrolle sind die ökonomischen und kartellrechtlichen Konzepte zur Erfassung und Bewertung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Nachfragemacht noch im Fluss. Mögliche Kriterien zur Identifizierung von Nachfragemacht reichen von Lieferanteilen bzw. beschaffungsseitigen Marktanteilen bis hin zu einer Bewertung, ob die Lieferanten in Abhängigkeit ihrer Kostensituation, ihres Produktportfolios und ihrer Produktionsumstellungsmöglichkeiten über gute oder schlechte Absatzalternativen (sog. „outside options“) zu einzelnen Unternehmen des LEH verfügen.

Im Fusionsfall EDEKA/Tengelmann hat die Beschlussabteilung festgestellt, dass es durch den Zusammenschluss zu einer erheblichen Erhöhung der Machtkonzentrationen auf der Beschaffungsseite des LEH gekommen wäre. Grundlage hierfür waren die durch die Übernahme der PLUS-Märkte verursachten erheblichen Additionen von Beschaffungsanteilen und die damit einhergehenden Mengenvorteile der EDEKA gegenüber ihren Wettbewerbern. Zum Anderen hätte das Vorhaben in seiner ursprünglich angemeldeten Form zu einer Verstärkung von individuellen Abhängigkeiten für eine Vielzahl von Lieferanten geführt. Auch die nur begrenzten Ausweichmöglichkeiten der Lieferanten auf andere Abnehmergruppen verstärkten diesen Effekt.

---

[184] COMP/M.5047 – Rewe/Adeg, Entsch. d. KOM v. 23.6.2008, Rdnr. 96.

[185] Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 v. 5.2.2004, S. 5 ff.

In früheren Missbrauchsverfahren hatte die Beschlussabteilung die Abhängigkeit anhand des Lieferanteils bestimmt und eine kartellrechtswidrige Ausübung von Nachfragemacht für den Fall angenommen, dass Forderungen gestellt und durchgesetzt werden, denen keine Gegenleistung gegenübersteht. Dies ist im Grundansatz vom BGH zwar bestätigt worden. Allerdings ist es nicht immer möglich, Leistung und Gegenleistung konkret zuzuordnen, ohne dass deshalb das Vertragsverhältnis per se zu wettbewerbswidrigen Behinderungen des jeweiligen Lieferanten führt. Andererseits ist eine Vielzahl von problematischen Fallgestaltungen denkbar, in denen es zwar formal eine Gegenleistung gibt und dennoch wettbewerbswidrige Nachfragemacht ausgeübt wird.

3. Ergebnisse der Sektoruntersuchung

Die Molkereien sind durch den Fragebogen im Rahmen der Sektoruntersuchung zu einer Beurteilung ihrer eigenen Verhandlungsposition gegenüber den Unternehmen des LEH und der Industrie befragt worden. Dabei sollte eine Differenzierung nach Handels- und Herstellermarken erfolgen.

Die Antworten zeigen ein differenziertes Bild. Insbesondere Molkereien, die Markenartikel mit einem starken Markenimage anbieten, schätzen ihre eigene Verhandlungsposition insoweit als gegenüber den Unternehmen des LEH gleichwertig ein. Molkereien, die überwiegend austauschbare Handelsmarken oder Milchbasisprodukte anbieten, sehen ihre Verhandlungsposition als sehr viel schwächer an.

Von den 36 befragten Molkereien liegen 33 verwertbare Antworten vor. Eine Molkerei war gesondert zu berücksichtigen, da sie ausschließlich Bioprodukte herstellt. Die überwiegende Zahl der befragten Molkereien (deutlich über 60%) hat auf die schwache Verhandlungsposition bei Handelsmarken hingewiesen. Als Gründe wurden die Austauschbarkeit von Molkereiprodukten, insbesondere der weißen Linie, der aggressive Wettbewerb auf der Absatzseite, sowie die hohe Konzentration im nachfragenden LEH und die damit verbundene Nachfragemacht genannt. Im Hinblick auf die Disziplinierungsinstrumente des LEH wurde auf die Möglichkeit der Auslistung eines Produkts oder eines Lieferanten hingewiesen.

20% der befragten Molkereien gaben dagegen an, dass die Verhandlungsposition ausgewogen und an Angebot und Nachfrage auf der Ebene der Endkunden orientiert sei. 15 % der Befragten stellten die Verhandlungsposition bei Herstellermarken als gut bis zufriedenstellend dar. Hochveredelte Produkte und ein hoher Innovationsgrad einer Molkerei wurden als erfolgversprechende Strategien gegen eine zu große Nachfragemacht des LEH genannt.

Eine befragte Molkerei stellt ausschließlich Bioprodukte her. Für diesen Bereich ist nach ihren Angaben die Verhandlungsposition aufgrund der spezifischen Positionierung mit Biomilchprodukten gut. Die Aussage kann aber nicht ohne Weiteres auf den Markt für konventionelle Molkereiprodukte übertragen werden, da hier andere Rahmenbedingungen gelten. Nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung ist ein Anbieter von Bio-Milch insoweit einer Molkerei vergleichbar, die eine für den LEH unverzichtbare Herstellermarke aufgebaut hat.

Auch das derzeitige Überangebot an Rohmilch und die damit verbundene Überproduktion führen nach Angaben der Molkereien zu einer schwierigen Verhandlungsposition.

Weiter sind die Molkereien nach den Umsatzanteilen ihrer größten Abnehmer befragt worden. Keiner der großen LEH-Unternehmen hat im Durchschnitt einen größeren Absatzanteil als 10 % am Gesamtabsatz einer Molkerei, einschließlich des Umsatzes aus Exporten.[186] Bezogen auf individuelle Lieferbeziehungen schwanken die Anteile. So beträgt der Anteil von Lidl am Absatz teilweise bis über 50 % und der von Aldi über 25 % .[187] Bezogen auf den in Deutschland erzielten Umsatz der Molkereien sind die Lieferanteile der Unternehmen des LEH noch sehr viel höher. Auch der prozentuale Anteil des Gesamtvertriebes mit dem LEH schwankt im Einzelfall sehr: Hier reichen die Angaben der Unternehmen von einem Gesamtabsatzanteil LEH von 97 % bis zu 1 %.

Bei der Analyse der erhaltenen Antworten muss beachtet werden, dass nur die größeren deutschen Molkereien befragt worden sind. Außerdem ist bei der Auswertung keine Differenzierung nach privater und genossenschaftlicher Molkerei vorgenommen worden. Im Übrigen unterscheiden sich Produktportfolio und Unternehmensausrichtung von Molkerei zu Molkerei. Daraus folgt, dass beispielsweise eine Molkerei mit einem hohen Markenanteil und einer Vielzahl von Abnehmern ihre Verhandlungsposition in der Tendenz eher besser einschätzt, als eine Molkerei, die nur Milchbasisprodukte als Handelsmarke herstellt.

II. Vorläufige Wettbewerbsrechtliche Bewertung

Aus den bislang vorliegenden Antworten lassen sich im Hinblick auf eine mögliche wettbewerbsbeschränkende Nachfragemacht des Handel keine belastbaren Erkenntnisse ziehen. Allgemeingültige Ergebnisse und daraus ableitbare allgemeingültige Folgerungen können

---

[186] Bei den folgenden Werten handelt es sich jeweils um Durchschnittswerte: Lidl: 9,7 % - Aldi: 8,5 % - Edeka: 8,1 % - Rewe: 8,5 %.

[187] Bei den angegebenen Werten handelt es sich um Näherungswerte. Die genauen Angaben sind Geschäftsgeheimnisse.

nicht ohne Weiteres gewonnen werden. Unter diesen Vorbehalten kann festgehalten werden:

→ Über 60 % der Molkereien sehen ihre eigene Verhandlungsposition geschwächt durch die Nachfragemacht des LEH.

→ Beim LEH spielen die Discounter insbesondere bei Milchbasisprodukten eine starke Rolle.[188]

→ Aldi (Nord und Süd) wird die Preisführerschaft bei den Milchbasisprodukten[189] zugeschrieben.

→ Eine Molkerei, die nur Handelsmarkten vertreibt, leidet sehr viel stärker unter der Nachfragemacht des Handels als eine, die starke Herstellermarken führt.

→ die Stärke der Herstellermarke und das Produktportfolio einer Molkerei insgesamt sind entscheidend für die Verhandlungsposition

Bei Biomilchprodukten gelten nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung andere Marktverhältnisse; die Situation gegenüber dem LEH wird seitens der Biomolkereien besser eingeschätzt als bei konventionellen Milchprodukten.

Während die Ergebnisse der Befragung der Molkereien ergibt, dass sich mehr als die Hälfte der größeren deutschen Molkereien einer starken Nachfragemacht der Unternehmen des LEH ausgesetzt sieht, hat der HDE[190] ein Gutachten vorgelegt, das zu dem Schluss kommt, gerade gegenüber den Molkereien seien die Verhandlungspositionen ausgewogen. Demgegenüber hat die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE) in einer Replik geltend gemacht, die in der HDE-Studie genannten „alternativen Absatzkanäle“ für die Lieferanten würden in ihrer Bedeutung völlig überzogen dargestellt. Zudem habe die tatsächliche Praxis der Verhandlungsführung von Seiten des Handels keinen Eingang in die Studie gefunden.[191]

---

[188] Vgl. dazu Abschitt D.I.4. im Einzelnen.
[189] Vgl. dazu Abschitt D.I.4. im Einzelnen.
[190] HDE Fakten zur Angebots- und Nachfragemacht von Handel und Industrie; Angebots- und Nachfragemacht in Deutschland. Das Verhältnis von Herstellern und Händlern im Lebensmittelmarkt – Studie im Auftrag des HDE; Hrsg. Institut für Handelsforschung, BBE Retail Experts, November 2009. Diese Studie untersucht allerdings „nur“ die „Top 100“ der Lieferanten und vermittelt damit zumindest kein vollständiges Bild.
[191] Positionspapier des BVE vom 17. Dezember 2009.

Schon auf Grund dieser starken Gegensätze in der wettbewerblichen Beurteilung der Verhandlungsmacht des LEH ist es notwendig, die Kriterien zu definieren, anhand derer das Bestehen oder Nichtbestehen von Nachfragemacht untersucht werden kann.

Für die Frage, ob sich auf einem Markt Hinweise auf wettbewerbsrechtlich relevante Nachfragemacht ergeben, kommt es nach Auffassung der Beschlussabteilung unter Anderem auf die konkreten Alternativen[192] der an einer Vertragsverhandlung Beteiligten an:

- Je höher der Lieferanteil einer Molkerei bei einem Unternehmen des LEH ist, desto größer ist tendenziell seine Abhängigkeit, weil es für die Molkerei schwierig ist, einen hohen Lieferanteil kurzfristig zu ersetzen.[193] Im Verfahren Edeka/Tengelmann sind für den Bereich der vielzähligen Gruppen von Molkereiprodukten Lieferanteile von teilweise über 30% für einzelne Unternehmen des LEH identifiziert worden. Hingegen liegt der Anteil der Molkereiprodukte (weiße Linie/gelbe Linie) am Gesamtsortiment eines Lebensmittelhändlers bei jeweils unter 10%.

- Je kleiner die Zahl möglicher Abnehmer für die Produkte einer Molkerei ist, desto weniger Ausweichmöglichkeiten hat das Unternehmen, sollte es ausgelistet werden. In einem Markt, der durch eine weitreichend gesättigte Nachfrage geprägt ist, ist es tendenziell schwerer, neue Vertragspartner zu finden.

- Für Handelsmarken, die nach spezifischen Vorgaben einzelner Unternehmen des LEH hergestellt werden,[194] ist der Abnehmerkreis ebenfalls stark eingeschränkt. Eine belastbare Aussage ist aber erst möglich, wenn Erkenntnisse über die Produktionsumstellungsmöglichkeiten der Hersteller und die Breite der alternativen Absatzmöglichkeiten vorliegen.

- Weitere Aspekte bei der Beurteilung der Verhandlungsposition ergeben sich daraus, wer den ersten Konditionenvorschlag in den Vertragsverhandlungen unterbreitet

---

[192] Das Wort Alternative steht für den in der Fachliteratur verwendeten Begriff der „outside option".
[193] Im Verfahren Metro-allkauf hat das Bundeskartellamt einen Lieferanteil von 7,5% als Richtgröße verwendet. Der BGH hat dies zwar nicht grundsätzlich beanstandet, jedoch verlangt, dass das Bundeskartellamt eine nachvollziehbare Begründung für die Höhe des gewählten Anteils liefern müsse.
[194] Z. B. Premiumhandelsmarken, die bezüglich der Zusammensetzung und äußeren Erscheinung rechtlich geschützt und auf ein Unternehmen zugeschnitten sind.

(in der Regel die Unternehmen des LEH),[195] ob bestimmte Produkte „im Paket“ oder getrennt verhandelt werden.

- Die Beschlussabteilung tendiert gegenwärtig dazu, den Export nicht als in diesem Zusammenhang relevante Ausweichoption der Molkereien zu bewerten, denn dies wäre von den Wirkungen her einem Marktaustritt aus dem deutschen Markt gleichzusetzen. Ein Ausweichen auf Exportmärkte als hinreichende Alternative zu bewerten, wäre zudem mit der Zielrichtung des GWB, den Wettbewerb im Inland zu schützen, nicht vereinbar.

Speziell im Molkereiproduktebereich ist der Anteil austauschbarer Produkte relativ hoch. „Must-have-Produkte“ sind dagegen eher im hochwertigen Markenbereich oder bei Spezialitäten (bestimmte Käsesorten, Wellness Drinks) angesiedelt.

In vielen Produktgruppen ist ein im Vergleich zu anderen Sortimentsgruppen des LEH hoher Anteil an Handelsmarken festzustellen. Die nachstehende Tabelle zeigt den prozentualen Anteil der Handelsmarken am Gesamtabsatz im LEH (Handelsmarke und Markenprodukte).

[195] First mover advantage. Wer in einer Verhandlungssituation den ersten Vorschlag unterbreitet, verfügt über einen strategischen Vorteil, weil der den Spielraum der Verhandlung eingrenzt und den Verhandlungspartner „in Zugzwang“ bringt.

Weiße Linie	Umsatzanteil Handelsmarke (ohne Aldi)	Aldi	Gesamt
H-Milch	58,2%	24,1%	82,3%
Frischmilch	51,0%	18,5%	69,5%
Milchrahm	50,9%	19,9%	70,8%
Quark	35,8%	20,4%	56,2%
Joghurt	24,3%	17,3%	41,6%
Buttermilch	26,7%	14,4%	41,1%
Frischdessert	19,2%	19,4%	38,6%
Trinkjoghurt	13,1%	14,7%	27,8%
Gesamt weiße Linie	37,3%	19,3%	56,6%
Gelbe Linie			
Schmelzkäse	32,6%	25,3%	57,9%
Hart-/Schnittkäse	31,0%	21,0%	52,0%
Frischkäse	28,8%	18,6%	47,4%
Weichkäse	20,3%	19,9%	40,2%
Gesamt gelbe Linie	28,2%	20,7%	48,9%

Alle Angaben nach GfK (LZ vom 27.02.2009, S. 42 – 46)

Insgesamt ergibt sich für den gesamten Bereich der Molkereiprodukte ein Handelsmarkenanteil von rund 53 %, der zudem in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen ist.[196] Herstellermarken spielen nur in einigen Segmenten der weißen Linie eine nennenswerte Rolle. Der Anteil der Herstellermarken am Gesamtabsatz in der gelben Linie ist höher als der in der weißen Linie. Allerdings liegt selbst bei Käse der durchschnittliche Handelsmarkenanteil über alle Käsearten bei knapp 50 % . Nach diesen von der GfK ausgewerteten Angaben ist nur bei

[196] Vgl. Angaben des Milchindustrieverbandes, abrufbar unter http://www.milchindustrie.de/de/milch/nachfrage/bedeutung-handelsmarken-molkereiprodukte.html

Trinkjoghurt der Handelsmarkenanteil unter einem Drittel. Bei den klassischen Basisprodukten (Milch und Rahm) ist der Anteil der Handelsmarken am höchsten.

Dieses Bild hat sich durch die Sektoruntersuchung bestätigt. Die Handelsunternehmen wurden nach ihrer Einschätzung zur Bedeutung von Markenartikeln bei den einzelnen Produktgruppen gefragt. Danach haben Markenartikel bei Milchmischerzeugnissen,[197] Joghurterzeugnissen und Frischkäse eine sehr hohe Bedeutung. Bei Weich- und Schnittkäse sowie bei Kondensmilcherzeugnissen haben noch 40 % der Befragten die Bedeutung von Markenartikeln als hoch eingestuft.

Wertschöpfung und Preisbildung vollziehen sich bei Handels- und Herstellermarken unterschiedlich. Bei Handelsmarken ist der Hersteller in aller Regel austauschbar. Die produktspezifischen Vorgaben (Qualität, Verpackung, Design, usw.) werden durch den Abnehmer gemacht und der Hersteller wird im Wege der Ausschreibung ausgewählt. Der LEH ist auch für Vertrieb und Marketing von Handelsmarken zuständig. Hierauf kann der Hersteller in aller Regel keinen Einfluss nehmen.

Kennzeichnend für eine Marke ist es, dass der Hersteller die produktspezifischen Vorgaben selber festlegt. Bei Vertrieb und Marketing ist weiter zu unterscheiden, ob die Werbung außerhalb oder auf Veranlassung und im Namen des LEH erfolgt. Die Außenwerbung (TV, Radio, Print) obliegt im Regelfall alleine dem Hersteller, der nach eigenem Ermessen die Wertsteigerung seiner Marke betreiben kann. Auf Werbung oder Aktionen im und durch das Ladengeschäft haben die Hersteller ebenfalls einen Einfluss, der jedoch durch Werbekostenzuschüsse, Listungsentgelte, Aktionsboni usw. vom Hersteller erkauft werden muss. Außerdem kann hier auch der LEH entscheidend Einfluss auf die Verhandlungsbereitschaft der Lieferanten nehmen, indem er weniger Aktionen zulässt, die Regalaufstellung verändert oder Prospektwerbung unterlässt.

Der Bereich des Vertriebs von Molkereiprodukten ist nach den gegenwärtigen Erkenntnissen der Beschlussabteilung nicht durch langfristige Kundenbeziehungen und lange Vertragslaufzeiten gekennzeichnet. Verträge werden in Folge von Ausschreibungen geschlossen, je nach Produkt jährlich, halbjährlich oder sogar auf Monatsbasis. Dies erleichtert den Wechsel für beide Vertragsparteien. Lediglich Markenprodukte werden regelmäßig individuell verhandelt. Ob es hier ebenfalls standardisierte Vertragslaufzeiten gibt („Listung für ein Jahr“) gibt,

---

[197] Dazu zählen Kakao- und Schokoladentrunk aus Vollmilch, teilentrahmte Milch, entrahmte Milch, sonstige Milchmischgetränke aus Vollmilch sowie Milchmischerzeugnisse aus Sahnekefir, Sauermilch und Kefir oder Joghurt.

vermag die Beschlussabteilung gegenwärtig nicht sicher einzuschätzen. Unklar ist aus Sicht der Beschlussabteilung zudem, ob die ausgehandelten Vertragsbedingungen für einen festen Zeitraum unverändert gelten oder – je nach Marktentwicklung – quasi laufend zur Disposition stehen.

Molkereien haben gegenüber dem LEH eine tendenziell schwächere Verhandlungsposition, weil sie auf Grund vertraglicher Verpflichtungen gegenüber ihren Lieferanten (den Milcherzeugern) verpflichtet sind, deren gesamte Rohmilch abzunehmen. Eine Drosselung der Produktion ist für sie keine Alternative, da trotz geringerer Produktion die Kosten für das wichtigste Vorprodukt, die Rohmilch, praktisch in unveränderter Höhe anfallen.

Die in diesem Abschnitt dargestellte aber nicht abschließende Aufzählung von Kriterien soll lediglich einen Eindruck vermitteln, welche Aspekte bei einer konkreten Analyse typischer Verhandlungssituationen für bestimmte Produktgruppen zu berücksichtigen sein können. Wie diese Kriterien und die Aussagen der Molkereien zeigen, ist die Analyse von Nachfragemacht von zahlreichen Faktoren abhängig. Dies spiegelt sich auch in den differenzierten Antworten der Molkereien zu dieser Frage wider. Allerdings lässt sich bei Analyse der o.g. Kriterien erkennen, dass die großen Unternehmen des LEH (Edeka, Rewe, Aldi und Lidl) gegenüber dem Gros der Molkereien eine stärkere Verhandlungsposition mit höheren Ausweichmöglichkeiten haben als umgekehrt. Dies gilt insbesondere gegenüber denjenigen Molkereien, die lediglich austauschbare Basisprodukte anbieten.

1. Kooperationsmöglichkeiten der Molkereien

Insbesondere vom DBV und seinen Landesverbänden wird als Gegengewicht zu der Marktposition der Unternehmen des LEH gefordert, dass sich Molkereien entweder im Wege der Kooperation oder der Fusion stärker als bisher zusammenschließen sollten. Die These ist, dass starke Molkereien („Leuchtturmmolkereien“) besser gegenüber dem LEH verhandeln und damit ihren Lieferanten ein höheres Milchgeld für die Rohmilch zahlen könnten.

a) Zusammenschlüsse

Zusammenschlussvorhaben von Molkereien unterliegen der Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt, wenn die Aufgreifschwellen des GWB überschritten werden[198]

[198] Gesamtumsatz der Beteiligten mehr als 500 Mio. €, davon mindestens ein Beteiligter mit einem Inlandsumsatz von 25 Mio. € und ein weiterer Beteiligter mit einem Inlandsumsatz von mindestens 5 Mio. €.

und keine vorrangige Zuständigkeit der Europäischen Kommission besteht.[199] Die Grundsätze, nach denen die Beschlussabteilung Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Molkereien prüft, lassen sich den in der jüngeren Vergangenheit veröffentlichten Entscheidungen aus diesem Bereich entnehmen. Neben den Absatzmärkten prüft die Beschlussabteilung dabei immer auch die Marktverhältnisse auf den regionalen Märkten für die Erfassung von Rohmilch. Ziel der Zusammenschlusskontrolle ist es nicht nur, die Entstehung von Marktbeherrschung gegenüber den Abnehmern (nicht notwendig nur der LEH!) zu verhindern, sondern zugleich auch die Beschaffungsmärkte offen zu halten. Den Milcherzeugern müssen hinreichende Ausweichmöglichkeiten verbleiben, ihre Rohmilch einer anderen als der derzeitigen Vertragsmolkerei anzudienen. Allerdings berücksichtigt die Beschlussabteilung bei dieser Prüfung nur die Strukturen der betroffenen Märkte (welche Molkereien als Ausweichmöglichkeit verbleiben), nicht jedoch die durch die temporären Marktverhältnisse beeinflusste Entscheidung einer Molkerei, wechselwillige Milcherzeuger aufzunehmen oder nicht.

Bislang hat die Beschlussabteilung im Molkereibereich lediglich ein Zusammenschlussvorhaben untersagt.[200]

b) Kooperationen

Im Bereich der Molkereien gibt es bereits jetzt eine Vielzahl von Kooperationen, die der Beschlussabteilung lediglich ansatzweise bekannt sind. Viele Molkereien haben mit anderen Molkereien zur Optimierung ihrer Erfassungsgebiete Milchtauschverträge geschlossen. Des weiteren gibt es Vertriebskooperationen, Zusammenarbeit bei der Beschaffung von Verpackungsmaterialien, Lieferungen von Halbfertigprodukten zur Weiterverarbeitung usw. Ob diese Kooperationen kartellrechtlich zulässig sind, oder gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht verstoßen, müssen die beteiligten Molkereien nach deutschem und europäischem Kartellrecht zunächst für sich selbst entscheiden („Selbstveranlagung“). Die Möglichkeit der förmlichen Anmeldung und Legalisierung durch die Kartellbehörden hat der Gesetzgeber abgeschafft.

---

[199] Die Umsatzschwellen, ab denen ein Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission anzumelden ist, ergeben sich aus der EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen).

[200] Loose/Poelmeyer u.a. , Beschluss v. 2.7.2008 (B2-214/08). Gegen die diese Untersagung bestätigende Entscheidung des OLG Düsseldorf haben die betroffenen Unternehmen Revision zum BGH eingelegt. Die Entscheidung ist bisher nicht rechtskräftig.

aa) Rechtliche Bewertung

Die Grenzen für die Zulässigkeit derartiger Kooperationen ergeben sich aus dem Kartellverbot des § 1 GWB sowie den entsprechenden Freistellungstatbeständen der §§ 2 und 3 GWB. Eine Kooperation zwischen Molkereien ist jedoch grundsätzlich nicht gemäß § 28 GWB freigestellt, da diese Ausnahmevorschrift nur für die Erzeuger landwirtschaftlicher Urprodukte und nur für Vereinbarungen über derartige Urprodukte, grundsätzlich jedoch nicht für verarbeitete Produkte gilt. Ebensowenig können Molkereien sich auf die Ausnahmevorschrift von § 11 Marktstrukturgesetz berufen, da es sich nicht um Beschlüsse einer anerkannten Erzeugergemeinschaft handelt.

Kleine und mittelgroße Molkereien können jedoch in den Grenzen des § 3 GWB ein Mittelstandskartell gründen. Hinweise darüber, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist, enthält ein Merkblatt des Bundeskartellamtes, das auf der Internetseite des Bundeskartellamtes abgerufen werden kann.[201]

Soweit die Voraussetzungen für die Freistellung als Mittelstandskartell nicht erfüllt sind, ist eine Freistellung nach § 2 GWB möglich, wenn die zwischen den Molkereien vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung unerlässlich ist, es also kein milderes Mittel gibt, und dies unter angemessener Beteiligung des Verbrauchers an den Effizienzvorteilen geschieht. Außerdem darf für einen wesentlichen Teil des betroffenen Marktes (Angebots- und Beschaffungsmarkt) der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden.

Die Beschlussabteilung hatte bisher keine Veranlassung, einzelne Kooperationen auf ihre Vereinbarkeit mit deutschem oder europäischen Kartellrecht hin zu untersuchen. Geplante Kooperationen sind in der Vergangenheit vielmehr an dem mangelnden Kooperationswillen der Beteiligten,[202] und nicht an kartellrechtlichen Bedenken der Beschlussabteilung gescheitert.

bb) Inhaltliche Bewertung

Die deutsche Molkereilandschaft ist sehr heterogen mit einer im Vergleich zu anderen großen europäischen Milcherzeugernationen deutlich größeren Anzahl an Milchver-

---

[201] Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen.
[202] Zuletzt die von 14 norddeutschen Molkereien angestrebte Kooperation bei der Vermarktung von Überschussmilch („Schleswig-Holstein Milch eG“).

arbeitungsbetrieben. Diese Heterogenität spiegelt sich nicht zuletzt in den voneinander abweichenden Auszahlungspreisen wider.

Seitens der Milchindustrie mehren sich daher die Stimmen, die eine zunehmende Konzentration und die Etablierung einiger „Leuchtturmmolkereien“ fordern, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können. Betriebswirtschaftliche Modellberechnungen sehen hierfür einen Rückgang auf 15 – 25 Molkereien mit insgesamt nicht mehr als 110 Betriebsstätten als wünschenswert an.[203]

Ob die vom DBV vertretene These, dass starke Molkereien automatisch zu besseren Auszahlungspreisen für Milcherzeuger führen, zutreffend ist, muss hier nicht beurteilt werden. Aus Sicht der Beschlussabteilung gibt es jedenfalls in Bezug auf die privaten Molkereien keinen derartigen Automatismus. Betrachtet man die Höhe des Auszahlungspreises innerhalb Deutschlands, so haben größere Molkereien nicht unbedingt bessere Milchauszahlungspreise als kleinere Molkereien. Die Höhe des Milchauszahlungspreises scheint vielmehr eher von der Rohstoffverfügbarkeit, dem konkreten Produktportfolio einer Molkerei und der Molkereidichte abzuhängen. Auch zeigt ein erster Vergleich mit den Milchauszahlungspreisen in anderen europäischen Ländern, dass auch dort große Molkereien offenbar kein Garant für höhere Milchauszahlungspreise sind. Unter Beachtung der vorangehend gemachten Einschränkungen zur Vergleichbarkeit von Auszahlungspreisen soll im Folgenden ein Überblick über die Entwicklung der internationalen und der deutschen Auszahlungspreise gegeben werden. Dabei liegen der Beschlussabteilung jedoch keine Daten vor, die einen längerfristigen Vergleich erlaubten. Auch ist aus Sicht der Beschlussabteilung bei dem verfügbaren Datenmaterial nicht sicher, ob die Daten auf vergleichbarer Grundlage (einheitlicher Fettgehalt, Berücksichtigung von produktbezogenen Zuschläge usw.) erhoben worden sind. Der folgende Vergleich bietet daher nur einen ersten Anhaltspunkt.

[203] Vortrag Prof. Weindlmaier, World Dairy Forum Berlin, 22.09.2009.

Molkerei Privat oder Genossenschaftlich	∅ 2006	∅ 2007	∅ 2008
Arla DK (G)[1]	28,80	31,70	36,42
Danone F (P)[1]	29,02	30,79	35,91
Campina NL (G)[1]	28,56	33,16	35,36
Friesland NL (G)[1]	28,73	33,61	35,36
DOC Kaas NL (P)[1]		30,97	35,68
Milcobel B (P)[1]	28,33	35,37	32,65
∅	28,69	32,60	35,23
Nordmilch (G)[1]	27,15	32,15	31,42
Humana (G)[1]	27,76	33,54	35,20
Müller (P)[1]		34,92	34,34

[1] Angaben nach LTO, Jahresdurchschnitt bei 4,2 % Fett und 3,4 % Eiweiß, einer jährlichen Anlieferungsleistung von 500.000 kg, ab Hof, inklusive aller Zuschläge, exklusive MwSt.

[2] ZMP, Gewogener Durchschnittspreis einschließlich aller Zu- und Abschläge bei 4,2 % Fett und 3,4 % Eiweiß, Güteklasse 1, ohne MwSt.

Wenn man die Durchschnittspreise für Deutschland mit den Durchschnittspreisen für die angrenzenden Staaten vergleicht, fällt auf, dass trotz der beklagten Heterogenität der deutschen Molkereiwirtschaft im vergangenen Jahr ein vergleichbarer Milchauszahlungspreis realisiert werden konnte wie in benachbarten europäischen Staaten.[204]

c) Kooperationen über Marktstufen hinweg

Kooperationen über Marktstufen hinweg werden von verschiedener Seite als Möglichkeit zur Stärkung der Situation der Milcherzeuger und insbesondere zur Erzielung eines gerechten Milchauszahlungspreises vorgeschlagen.[205] Denkbar sind verschiedene Fallgestaltungen, und in der Diskussion wird bisher nicht vollständig klar, welche Kooperationsmodelle gemeint

[204] Für 100 kg ab Hof, 3,7% Fett, 3,4% Eiweiß, ohne MwSt. Deutschland: 34,8 ct./kg (2007) und 33,8 ct./kg (2008), Frankreich : 33,8 ct./kg (2008), Belgien: 32,6 ct./kg (2008), EU (25): 33,9 ct./kg. (2008).

[205] Insbesondere der Bayerische Landwirtschaftsminister Dr. Brunner propagiert eine solche Kooperationsform.

sind und wie diese im Detail funktionieren sollten. In anderen europäischen Staaten scheinen derartige Modelle auch nicht zur Zufriedenheit der Marktpartner zu funktionieren, sie sind zudem mit europäischem Wettbewerbsrecht nicht zu vereinbaren. Nach deutschem Kartellrecht sind sie jedenfalls dann unzulässig, wenn sie über mehrere Marktstufen (Erzeuger-Molkereien/Molkereien-Abnehmer oder Erzeuger-Molkereien-Abnehmer) hinweg praktiziert werden sollen.

Kooperationen zwischen Erzeugern und Molkereien oder Molkereien und Unternehmen des LEH z. B. bei der Einführung einer „fairen Milch“ sind wettbewerbsrechtlich tendenziell unproblematisch, solange sie diskriminierungsfrei erfolgen.

Eine Kooperation bei der Verhandlung von Preisen, Konditionen, Preisbestandteilen oder Preismechanismen aller drei Marktstufen gemeinsam (Erzeuger-Molkerei-LEH) wäre mit geltendem deutschen Kartellrecht nicht zu vereinbaren. Eine Freistellungsmöglichkeit nach § 2 GWB ist nicht erkennbar, da es sich bei Preis- und Mengenabsprachen um sogenannte Kernbeschränkungen handelt und nicht ersichtlich ist, dass diese zu einer „angemessenen Beteiligung des Verbrauchers am entstehenden Gewinn“ führen würden. Im Gegenteil, derartige Vereinbarungen würden gerade auf eine Erhöhung der Ladenverkaufspreise abzielen. Eine Freistellung nach § 28 GWB oder § 11 Marktstrukturgesetz ist ebenfalls nicht möglich, da übergreifende Kooperationen nach diesen Vorschriften nicht vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen sind.

Selbst wenn es für den nationalen Bereich eine entsprechende Gesetzesänderung gäbe, die derartige Kooperationen vom Kartellverbot freistellte, wären sie rechtlich nicht zulässig, da sie mit europäischem Wettbewerbsrecht unvereinbar wären.

Europäisches Recht wäre auf derartige Vereinbarungen grundsätzlich anwendbar. Entsprechende Vereinbarungen, wenn sie sich auf das gesamte Bundesgebiet erstreckten, beeinträchtigen den zwischenstaatlichen Handel spürbar. Die Europäische Kommission[206] und der Europäischer Gerichtshof[207] legen diese Begriffe weit aus und nehmen eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann an, wenn der gesamte Bereich eines Mitgliedslands oder ein Bundesland, das an einen anderen Mitgliedstaat angrenzt, von einer Vereinbarung erfasst wird. Die Wettbewerbsregeln sind auch für den Bereich der Landwirt-

---

[206] Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages“, ABl. EU Nr. C 101 vom 27. April 2004, S. 81.

[207] EuGH, Urteil vom 30. Juni 1966, Rs. 56/65, Slg. 1966 S. 337 ff „Maschinenbau Ulm“., EuGH, Urteil vom 14. Dezember 1983, Rs. 319/82, Slg. 1985 S. 4173 ff „Kerpen und Kerpen“.

schaft grundsätzlich anwendbar.[208] Die entsprechenden Ausnahmetatbestände des Artikel 2 der Verordnung[209] legen Europäische Kommission und die europäischen Gerichte eng aus.[210] Die EU hat die Preisempfehlungen, die sie früher im Milchbereich ausgesprochen hat, mittlerweile wieder abgeschafft. Es ist daher nicht zu erwarten, dass sie kollektive Preisempfehlungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten als für das Funktionieren des Landwirtschaftssektors notwendig und wettbewerbskonform einstufen würde. Denn diese Preisempfehlungen sollen wie Preisabsprachen wirken. Daher steht zu erwarten, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht in den Ausnahmebereich des Artikel 2 der Verordnung fallen würde und somit nach den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der EU zu prüfen ist.

Da es keine Gruppenfreistellungsverordnung für den Bereich Milch gibt und die Freistellungsvoraussetzungen des Absatz 3 von Artikel 101 AEUV (-ex Artikel 81 EGV) sich mit den Kriterien des § 2 GWB decken, ist auch nach Europäischem Recht keine Freistellungsmöglichkeit erkennbar.

Zu diesem Schluss kommt auch die französische Wettbewerbsbehörde (Autorité de la concurrence), die eine entsprechende Vereinbarung der Interprofession CNIEL in Frankreich zu beurteilen hatte.[211] Die französische Wettbewerbsbehörde stellt in ihrem Bericht fest, dass die branchenübergreifenden Preisempfehlungen gegen europäisches Recht verstoßen und untersagt werden können.[212] Sie hätten sich in der Praxis überdies nicht bewährt, da sie das effiziente Funktionieren der Milchmärkte beeinträchtigt hätten und bereits von ihrem Grundansatz nicht marktwirksam werden könnten. Der französische Markt sei Weltmarkteinflüssen ausgesetzt, und die Marktmechanismen in Frankreich könnten nicht isoliert von den Marktmechanismen benachbarter europäischer Staaten funktionieren.[213] Die Einschätzung der französischen Wettbewerbsbehörde wird vom französischen Molkereiverband FNIL geteilt, der darauf hinweist, dass die Einfuhren von Molkereiprodukten (insbesondere Konsummilch, Sahne, Emmentaler) nach Frankreich nach Abschluss der Vereinbarung um

---

[208] Artikel 1 Verordnung (EG) Nr. 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen, Abl. EU. L Nr. 214 vom 4.8. 2006, S. 7 ff i.V. m. Artikel 36 EGV.

[209] Siehe voranstehende Fußnote.

[210] Einzelstaatliche Marktordnungen bestehen ohnehin nicht mehr, so dass sich der Ausnahmebereich auf „zur Verwirklichung von Zielen des Artikels 33 EUV“ beschränkt. In bisherigen Entscheidungen haben die Europäischen Organe stets die Auffassung vertreten, dass für einzelstaatliche Maßnahmen neben den von der EU festgelegten Instrumentarien zur Verwirklichung der Ziele des Artikel 33 EUV kein Raum ist; u.a. in COMP/C. 38.279/F3 (Viandes bovines francaises), Frubo/Commission 71/74, Rec. S. 563, Rdnr. 24, 25 und 26.

[211] Avis n. 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

[212] Seite 25 des Berichts.

über 40% zugenommen hätten, die französischen Exporte dagegen um 18% zurückgegangen seien. Dies sei insbesondere darauf zurückzuführen, dass der französische Preis für die Rohmilch um 25% über dem deutschen Milchauszahlungspreis gelegen habe.[214] Zudem scheint ein nicht unerheblicher Teil der Molkereien den von der Interprofession errechneten Milchauszahlungspreis tatsächlich nicht ausgezahlt zu haben.[215]

In Spanien hat es im Juli 2009 eine vergleichbare Milchpreisempfehlung der Milchinterprofession Inlac gegeben. Die Vereinbarung wird jedoch nach Pressemeldungen von den spanischen Molkereien „unterlaufen". Lediglich 15% der Rohmilch (gemessen an der spanischen Milchquote) seien zu Konditionen entsprechend der Milchpreisempfehlung kontrahiert worden.[216] Auch hier dürfte für diese Entwicklung entscheidend sein, dass eine an den Marktrealitäten vorbeigehende Preisempfehlung keine Chance hat, praktiziert zu werden. Darüber hinaus sind Vereinbarungen, die den nationalen Markt gegen Außenwettbewerb künstlich abschotten, mit europäischem Wettbewerbsrecht unvereinbar. Dies haben Europäische Kommission und Gerichtshof für den Bereich der Landwirtschaft wiederholt entschieden.

2. Verwendung von Muster- oder Standardverträgen

Unausgewogene Vertragsverhandlungen werden immer wieder von Lieferanten des LEH im Allgemeinen, darunter vereinzelt auch von Molkereien, beklagt. Die Europäische Kommission hat die Einführung eines Verhaltenskodex („code of conduct") für die Lebensmittelindustrie vorgeschlagen.[217]

Um Vertragsbedingungen ausgewogen zu gestalten, wird insbesondere auf europäischer Ebene vorgeschlagen, Muster- oder Standardverträge zu erarbeiten, die von Molkereien und deren Abnehmern verwendet werden sollen. Details sind bisher noch unklar: Ob dies nur im Verhältnis der Molkereien zu den Unternehmen des LEH oder gegenüber sämtlichen Abnehmern gelten soll, ob es sich lediglich um eine Art „best practice" handelt oder die Verwendung derartiger Musterverträge verpflichtend sein soll, ob es sich lediglich um eine Art

---

[213] Seite 10 /11 und Seite 19 des Berichts.
[214] LZ NET vom 5. November 2009, AMI Bericht vom 8. Oktober 2009..
[215] DMZ 25/2009, Seite 11.
[216] LZ NET vom 5. November 2009.
[217] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Lebensmittelpreise in Europa" vom 9. Dezember 2008 (KOM (2008) 821 endgültig), Seite 13, Rdnr.5.3; . Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Die Funktionsweise der lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern" vom 28. Oktober 2009 (KOM (2009) 591 endgültig, 3.1.1., 3.1.2.

von Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handeln soll oder konkrete Vertragsinhalte oder sogar Preisberechnungsschemata vorgegeben werden sollen, ist bisher nicht erkennbar.

Je detaillierter und verpflichtender entsprechende Vorgaben ausgestaltet werden, desto größer ist der damit verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit und desto größer ist die Gefährdung für den Wettbewerb. Zudem haben sich in der Praxis vielfältige Konditionengefüge gebildet, die nicht einseitig den Abnehmer begünstigen, sondern auch von Vorteil für den Lieferanten sind, so dass eine Vereinheitlichung und Generalisierung auch zu Lasten der Lieferanten gehen könnte.[218]

Der Konditionenwettbewerb ist Teil des nach § 1 GWB geschützten Geheimwettbewerbs. Damit hat der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung getragen, dass Wettbewerb nicht ausschließlich über den Parameter „Preis“ ausgetragen wird. Gerade die Verträge, die ein Teil der Unternehmen des LEH mit ihren Lieferanten abschließen, weisen eine große Vielfalt von Konditionen auf, die Voraussetzung für funktionierenden Preiswettbewerbs der Unternehmen auf der Absatzseite sind. Eine Vereinheitlichung der Verträge im Sinne eines einheitlichen Konditionengefüges würde eine wesentliche Voraussetzung für Preiswettbewerb auf der Absatzseite beseitigen. Sie würde zugleich im besseren Falle oligopolistisches Parallelverhalten begünstigen, da eine Vereinheitlichung der Konditionen zu einer Vereinheitlichung der Beschaffungskosten und ihrer Berechnung führt. Im schlechteren Fall begünstigt eine Vereinheitlichung der Konditionen kartellrechtswidrige Absprachen.

Werden lediglich AGB erarbeitet und deren Verwendung im Sinne einer „best practice“ empfohlen, bestehen dagegen keine derart gravierenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

3. Transparenz

Von politischer Seite wird eine größere Transparenz als Mittel zur Verbesserung der Marktsituation der Erzeuger und zum besseren Funktionieren der Versorgung in der Lebensmittelkette angesehen. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission fehlt es innerhalb der Lebensmittelkette insbesondere an Preistransparenz und Vorhersehbarkeit.[219] Die Europäische Kommission schlägt daher die Schaffung eines europäischen Instruments für die

---

[218] Auch die Bundesvereinigung der deutschen Ernährungsindustrie hat sich in einem auf ihrer Homepage veröffentlichten Positionspapier (Seite 5) gegen diese Vorschläge der Europäischen Kommission gewendet.

[219] Die Position der Europäischen Kommission beruht im Wesentlichen auf Empfehlungen der Hochrangigen Gruppe für die Wettbewerbsfähigkeit der Lebensmittelindustrie vom September 2009.

Überwachung der Lebensmittelpreise vor, um für mehr Preistransparenz in den am Ende der Versorgungskette angesiedelten Märkten zu sorgen.[220] Dabei bleibt allerdings bislang unklar, in welchen Bereichen und auf welcher Ebene eine größere Transparenz hergestellt werden soll, wem diese Daten zugänglich sein sollen und welche Marktstufe daraus welchen konkreten Nutzen ziehen soll. Nach bisheriger Einschätzung der Beschlussabteilung ist die Frage, wem welcher Grad der Transparenz nützt, differenziert zu betrachten.

Wie bereits an anderer Stelle dargestellt,[221] weist der Milchsektor eine erhebliche Transparenz in vielen Bereichen auf. Es besteht eine detaillierte Markt- und Preisberichterstattung, die auch nach der Liquidation der ZMP weiter fortgeführt werden soll.[222] Die Transparenz findet sich vor allem auf der Ebene der Milcherzeugung und -verarbeitung. Die Auszahlungspreise für Rohmilch pro Molkerei, die monatliche Milchanlieferung je Bundesland sowie die hergestellten Mengen von Milchbasisprodukten je Bundesland sind zeitnah öffentlich oder wenigstens über Fachpublikationen zugänglich. Das gleiche gilt für Strukturdaten der Milcherzeugung je Bundesland. Die Preise der notierten Milchprodukte sowie die Spotmarktpreise für Rohmilch sind ebenfalls öffentlich erhältlich.

Beim Vertrieb der Molkereiprodukte an den LEH vermutet das Bundeskartellamt ebenfalls ein Maß an Transparenz, welches in anderen wettbewerblichen Märkten so nicht zu finden ist. Die Transparenz wird dadurch hergestellt, dass die Verhandlungsergebnisse mit Aldi zeitnah in Fachzeitschriften oder im Internet veröffentlicht werden. Insoweit betrifft die Transparenz vor allem die Milchbasisprodukte, da Aldi nur vereinzelt Markenprodukte im Milchbereich führt. Die Beschlussabteilung hat zudem Hinweise darauf, dass jedenfalls im Einzelfall offenbar auch Molkereien Vertragsabschlüsse mit Aldi gegenüber anderen Unternehmen des LEH kommuniziert haben. Schließlich hat auch eine Branchenorganisationen, jedenfalls

---

[220] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Lebensmittelpreise in Europa“ vom 9. Dezember 2008 (KOM (2008) 821 endgültig); Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern“ vom 28. Oktober 2009 (KOM (2009) 591 endgültig ,3.2. Zum einen sollen Verbraucherpreise für vergleichbare Lebensmittel in allen Mitgliedstaaten beobachtet werden, mit dem Ziel einer Bewertung der Preisstreuung im Bereich des LEH. Zum anderen soll die Preisentwicklung in den Mitgliedstaaten auf jeder Stufe der Versorgungskette für ausgewählte Produkte, u.a. Milch und Käse, beobachtet werden. Damit soll ein größerer Druck auf die Marktteilnehmer ausgeübt werden, Preisveränderungen schneller an den Verbraucher weiterzugeben. Zugleich soll dies den Unionsbürgern signalisieren, dass die Regierungen der Mitgliedstaaten konkrete Maßnahmen ergreifen, um ihnen Einsparungen beim täglichen Einkauf zu ermöglichen; Zusammenfassung in DMZ 25/2009, Seite 5.

[221] Vgl. Abschnitt C.II.2.

[222] Als Nachfolger hat sich die AMI gegründet und auf eine entsprechende Ausschreibung des BMELV für die Nachfolge der ZMP beworben; vgl. www.marktundpreis.de

in einem der Beschlussabteilung bekannten Einzelfall, das Verhandlungsergebnis von Aldi bei einem Milchbasisprodukt (Butter) an andere Molkereien kommuniziert.

Schließlich ist beim Vertrieb der Milchprodukte über den LEH in Bezug auf die Endverbraucherpreise eine vollständige Transparenz gegeben. Nicht nur der Verbraucher, sondern eben auch jedes Unternehmen des LEH kann sich ohne großen Aufwand aktuell über die Preise der Konkurrenz informieren. Alle befragten LEH-Unternehmen haben angegeben, dass sie die Preise der Konkurrenz ständig beobachten. Die überwiegende Anzahl führt eine wöchentliche Beobachtung durch. Dabei werden Testkäufe und „Storechecks“ durchgeführt und die Werbung der Konkurrenz durch Handzettel, Tagespresse oder Internet analysiert. Zum Teil bedienen die Unternehmen sich hier der Hilfe von Marktforschungsunternehmen.

a) Grundsätze zur Beurteilung von Marktinformationssystemen

Das Bundeskartellamt hat sich in der Vergangenheit mehrfach und seit langer Zeit zur Zulässigkeit von Marktinformationssystemen und ähnlicher Verfahren geäußert, ohne eine abschließende Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Marktinformationssystemen zu ziehen. Die Zulässigkeit lässt sich nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht abstrakt bestimmen, sondern ist im Einzelfall unter besonderer Berücksichtigung des betroffenen Marktes zu würdigen.

Grundsätzlich gilt, dass alle Marktinformationssysteme durch die erhöhte Markttransparenz den Geheimwettbewerb verringern. Je wettbewerbsrelevanter die durch das System zugänglichen Daten sind, desto mehr wird das Risiko von Fehlentscheidungen für die teilnehmenden Unternehmen reduziert. Eine hohe Transparenz lässt zudem Wettbewerbsvorstöße von Wettbewerbern schnell sichtbar werden. Dadurch kann der Anreiz für Wettbewerbsvorstöße vermindert bzw. ganz beseitigt werden. Das Preisniveau oder die Preisabstände zu benachbarten Produkten werden bei einem hohen Grad an Markttransparenz stabilisiert. Marktinformationssysteme begünstigen in oligopolistischen Märkten schließlich auch ein Parallelverhalten von Wettbewerbern.

Erstmals hat das Bundeskartellamt in einer Bekanntmachung aus dem Jahr 1977 Grundsätze zur Behandlung von Marktinformationssystemen veröffentlicht.[223] Als Grundansatz stellte das Bundeskartellamt fest, dass identifizierende Marktinformationssysteme in der Regel gegen das Kartellverbot verstoßen. Solche Systeme erlauben aufgrund der transparenten Daten die Identifizierung von Lieferanten, Abnehmern oder aktuellen Marktdaten für Einzel-

geschäfte wie Preis und Konditionen. Eine frühere Überprüfung von Melde- und Notierungsverfahren für landwirtschaftliche Erzeugnisse hat das Bundeskartellamt zum Anlass genommen, im Tätigkeitsbericht 1995/1996 allgemeine Grundsätze zur Beurteilung von Marktinformationssystemen aufzustellen:[224]

→ Die Preisfeststellung muss durch einen marktkundigen, aber neutralen Dritten erfolgen. Nur dieser Dritte soll nachverfolgen können, welches Unternehmen welche Preise meldet.

→ Es sollen möglichst viele Unternehmen am Meldeverfahren beteiligt werden, um Identifizierungen und damit der Gefahr von Preisabsprachen vorzubeugen. Es sollte keine Veröffentlichung erfolgen, wenn ein gewisser Mindestumsatz in der jeweiligen Warengruppe nicht erreicht wird.

→ Die Notierungen müssen uneingeschränkt die tatsächliche Marktlage wiedergeben und dem Grundsatz der Preiswahrheit und –klarheit entsprechen.

→ Die Richtigkeit der Preisangaben muss überprüfbar und nachweisbar sein.

→ Die veröffentlichten Preise sollen „Von-bis-Preise“ sein oder im Einzelfall auch mediane Mittelwerte.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf sind Marktinformationssysteme nicht per se rechtswidrig und insbesondere dann unbedenklich, *„wenn lediglich Auskünfte über Durchschnittspreise und Durchschnittswerte (Liefermengen, Umsätze) erteilt werden und eine Identifizierung einzelner Kunden oder Lieferanten sowie Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge ausgeschlossen sind“*.[225] Welche Anforderungen im Einzelnen an Preis- oder Marktübersichten zu stellen sind, werde auch durch die jeweiligen Marktverhältnisse bestimmt. In einem oligopolistisch geprägten Markt können sich so nach Auffassung des Gerichts höhere Anforderungen an das Meldeverfahren stellen.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung können selbst Daten, die auf den ersten Blick anonymisiert wirken, mittelbar individualisierend sein. Dies ist u.a. der Fall, wenn ein Wettbewerbsvorstoß auch im Rahmen des Austauschs aggregierter Daten „identifizierbar“ ist, z. B. weil auf den betroffenen Märkten anderweitig erhebliche Informationsmöglichkeiten bestehen, die den Informationsgehalt der gemeldeten Daten weiter erhöhen.

---

[223] Bekanntmachung über die kartellrechtliche Behandlung von Marktinformationsverfahren, BAnz. Nr. 22, S. 8, abgedruckt bei Langen/Bunte (Hrsg.), Bd. 1, Anhang 1.2.

Auch die Europäische Kommission hat in jüngerer Zeit ihre Leitlinien für die Bewertung eines Informationsaustausches nach dem EG-Wettbewerbsrecht an etwas versteckter Stelle bekannt gegeben.[226] Als wichtigste von ihr herangezogene Kriterien zur Beurteilung eines Informationsaustausches bezeichnet die Kommission die Struktur des Marktes, auf dem der Austausch stattfindet, und die Merkmale des Austausches. In jedem Einzelfall seien weiterhin die tatsächlichen oder möglichen Folgen des Informationsaustausches im Vergleich zur Wettbewerbslage, die ohne die Vereinbarung über den Austausch von Informationen bestünde, zu prüfen.

Zum Informationsaustausch im Rahmen von Verbänden nimmt die Kommission ebenfalls grundsätzlich Stellung. Dieser sei zulässig, solange:

→ das Forum nicht als Kartelltreffen genutzt werde

→ der Verband keine wettbewerbswidrigen Entscheidungen oder Empfehlungen an seine Mitglieder abgibt

→ der Verband nicht als Mittel zum Informationsaustausch dient, welcher im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV als unzulässig zu bewerten ist.

b) Marktinformationssysteme und Transparenz im Milchsektor

Die im Milchsektor herrschende große Transparenz ist bislang von der Beschlussabteilung noch nicht abschließend unter dem Aspekt eines möglicherweise unzulässigen Marktinformationssystems bewertet worden. Die Beschlussabteilung hat festgestellt, dass es in anderen milcherzeugenden Ländern eine vergleichbare oder ähnlich hohe Form der Markttransparenz gibt. Dabei gehen zahlreiche der öffentlich zugänglichen Daten auf europäische Melde- und Berichtspflichten zurück. Butter, Käse und Milchpulver werden zudem europa- und weltweit gehandelt. Die Beschlussabteilung stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die Prüfung und Bewertung der Preismeldeverfahren und Marktstatistiken nicht sinnvoller durch die Europäische Kommission durchgeführt werden sollte.

Nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung sollte auch die Branche selber den Sinn und Zweck der hohen Transparenz kritisch hinterfragen. Im Rahmen der Untersuchung haben

---

[224] Tätigkeitsbericht 1995/1996, BT-Drucks. 13/7900, S. 126.
[225] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.7.2002, VI-Kart 37/01 (V), juris.
[226] Die Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrages auf Seeverkehrsdienstleistungen, ABl. C 248, S. 2, befassen sich vornehmlich mit Sonderregelungen im Seeverkehrsdienstleistungssektor. Im Abschnitt

sich Hinweise ergeben, dass die Transparenz die Verhandlungsposition der Abnehmerseite, insbesondere die Unternehmen des LEH, stärkt. Diese setzen ihre Kenntnisse über die aktuellen Milchanlieferungsmengen und Milchauszahlungspreise (die auch immer ein Prognoseelement enthalten) offenbar gezielt in Preisverhandlungen mit den Molkereien ein. Molkereien erhalten wiederum über die zugänglichen Milchauszahlungspreise detaillierte Kenntnisse über die Beschaffungspreise für Rohmilch ihrer wesentlichen Wettbewerber. Auch dies verringert den Wettbewerb um die Rohmilch und verwertungsbezogene Milchauszahlungspreise. Dass demgegenüber aber die Transparenz etwa bei den Milchauszahlungspreisen den Milcherzeugern nachhaltig hilft, ist aus Sicht der Beschlussabteilung weder erwiesen noch naheliegend.

c) Andere Länder

Worauf bereits hingewiesen wurde, ist die in Deutschland herrschende Transparenz bei den Auszahlungspreisen ist kein Alleinstellungsmerkmal, sondern findet sich auch in anderen europäischen Märkten. Die Auszahlungspreise der größten europäischen Molkereien sind öffentlich auf www.milkprices.nl zugänglich. Dort finden sich zusätzlich die monatlichen Preise aus Neuseeland und den USA. Weiter ist davon auszugehen, dass es für alle europäischen milcherzeugenden Länder auf nationaler Ebene Informationsquellen gibt, welche die einzelnen Auszahlungspreise der Molkereien veröffentlichen.

3.2.1. „Allgemeines“ nutzt die Kommission aber die Gelegenheit zur Vorstellung ihrer Bewertungsansätze eines Informationsaustausches.

Fragen:

→ **Wie ist die hohe Transparenz bei den Auszahlungspreisen kartellrechtlich zu bewerten?**

→ **Führt die Transparenz zu einer Kartellierung der Auszahlungspreise, weil sich die Molkereien aneinander orientieren?**

→ **Welchen Nutzen haben die Milcherzeuger bzw. die Molkereien aus der Veröffentlichung der Preise?**

→ **In welchen Bereichen soll die Transparenz erhöht werden und wer soll davon wie unmittelbar profitieren?**

→ **Welche Daten sollen konkret veröffentlicht werden und wie oft**

→ **Inwieweit nutzt die Veröffentlichung dem LEH?**

III. Zusammenfassung

Im Verhältnis zu den Molkereien haben die großen Unternehmen des LEH eine bessere Verhandlungsposition, wenn diese auch je nach Molkerei und deren Produktportfolio und je nach Marktlage variiert. Molkereien haben die Möglichkeit, durch Zusammenschlüsse oder Kooperationen eine stärkere Verhandlungsposition aufzubauen. Grenzen hierfür werden in vielen Fällen eher die Marktverhältnisse auf den Beschaffungsmärkten (Erfassung der Rohmilch) als die Absatzmärkte setzen. Marktstufenübergreifende Kooperationen sind dagegen weder nach deutschem noch nach europäischem Kartellrecht zulässig. Eine Stärkung der Stellung der Molkereien gegenüber den Unternehmen des LEH wird auch nicht über eine größere Transparenz erreicht, da diese offenbar in erster Linie den Unternehmen des LEH nutzt. Zudem birgt eine höhere Transparenz ein erhebliches Risiko für kartellrechtswidrige Absprachen. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung lassen sich weder durch weitere Konzentration auf der Ebene der Molkereien noch durch höhere Transparenz Milchauszahlungspreise für die Erzeuger erhöhen.

H. Praktiken von Unternehmen des LEH

Die Europäische Kommission hat im Auftrag des Europäischen Parlaments[227] eine Untersuchung des europäischen Lebensmittelsektors eingeleitet und erhebliche Fehlfunktionen diagnostiziert. So würden die Unternehmen des LEH in Verhandlungen mit den Lieferanten erzielte Kostenvorteile nicht an die Verbraucher weitergeben und mit Kartellbildung und unerlaubten Handelspraktiken den Wettbewerb beschränken. Die Europäische Kommission schlägt daher eine verschärfte Kontrolle und Instrumente zur Preisüberwachung vor, um die Produktivität der Versorgungskette im Lebensmittelbereich zu verbessern.[228] Entsprechende Untersuchungen anderer europäischer Wettbewerbsbehörden haben ein unterschiedliches Bild ergeben. Während eine Untersuchung der belgischen und der niederländischen Wettbewerbsbehörde ergab, dass die Unternehmen des LEH erzielte Preisvorteile zügig an die Verbraucher weitergeben,[229] hat eine Untersuchung der französischen Verbraucherschutzorganisation UFC ergeben, dass niedrige Rohstoffpreise insbesondere im Fleisch- und Milchbereich nicht an die Verbraucher weitergegeben wurden. [230]

I. Weitergabe von Preisvorteilen an den Verbraucher

Die Beschlussabteilung hat die Einkaufspreise und die Ladenverkaufspreis für zunächst acht wichtige Molkereiprodukte (jeweils getrennt nach Markenartikel und Handelsmarke) untersucht. Die LEH-Unternehmen mussten in der Befragung für den Zeitraum 2007 bis zum 31. August 2008 auf wöchentlicher Basis ihre Netto-Netto-Einstandspreise, die Handelsspanne und den Verkaufspreis für diese Molkereiprodukte angeben. Außerdem haben die befragten Molkereien ihre Verträge mit den zehn wichtigsten Abnehmern für die fünf umsatzstärksten Produkte für die Zeit von 2003 bis 2008 übersandt.

Auf Grundlage dieser Angaben hat die Beschlussabteilung untersucht, in welcher Beziehung die Preissetzung bei den Endverbraucherpreisen für Molkereiprodukte (Ladenverkaufs-

---

[227] European Parliament written declaration on investigating and remedying the abuse of power by large supermarkets operating in the European Union (PE 396.87 v.01-002/2 DC\688 140DE.

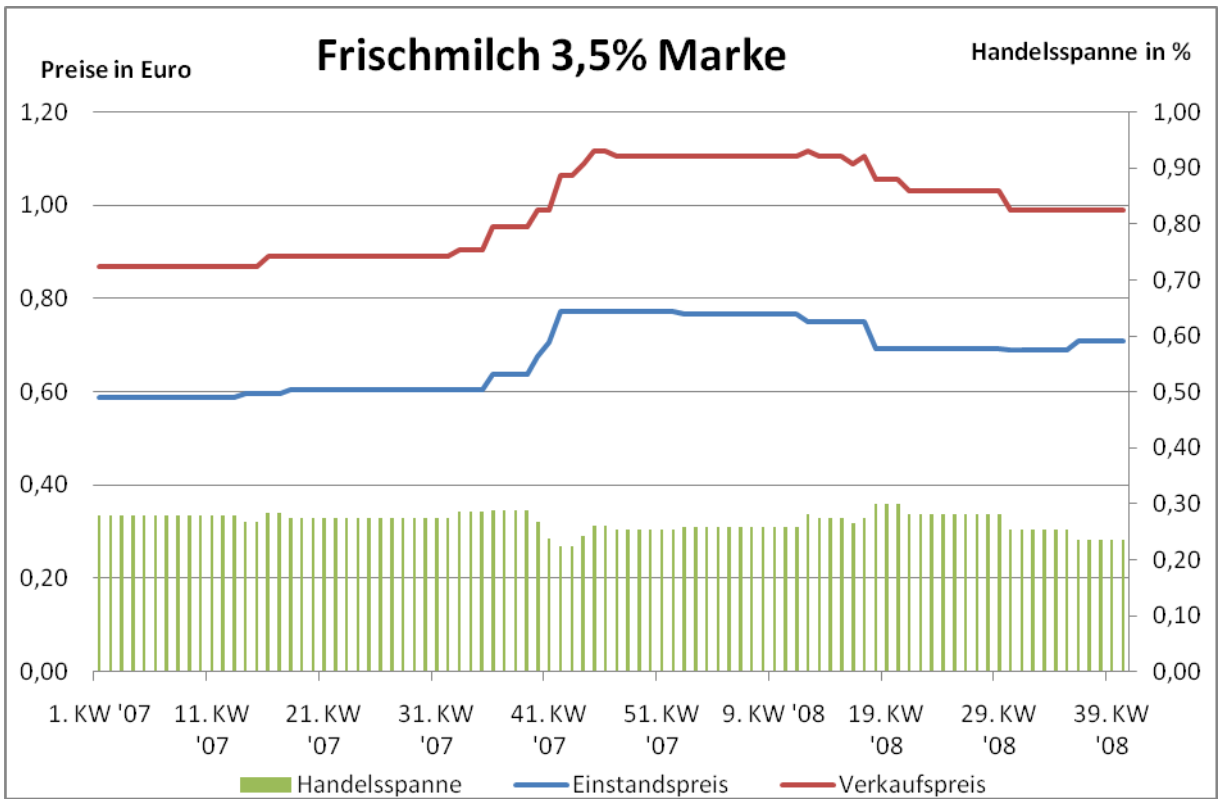
[228] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern“ vom 28. Oktober 2009 (KOM (2009) 591 endgültig.

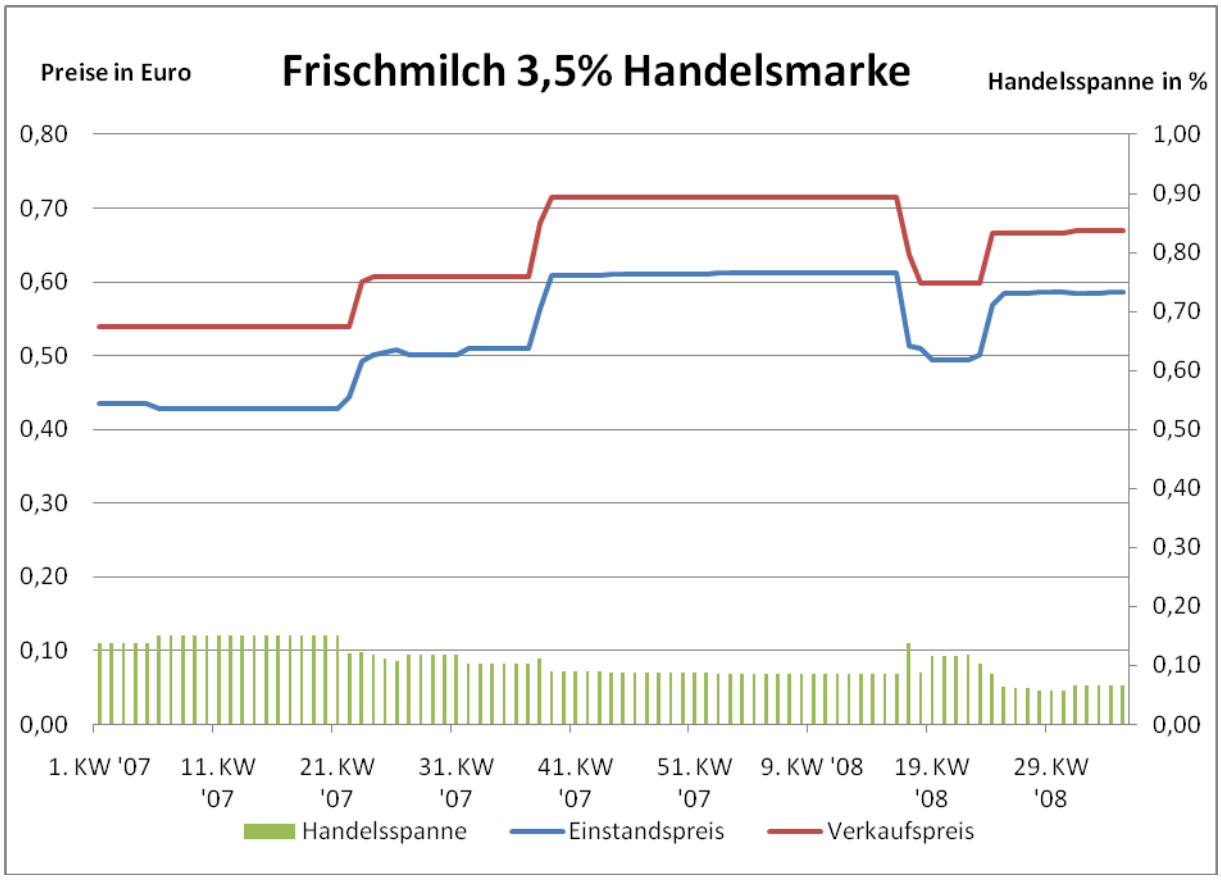
[229] Belgische Wettbewerbsbehörde: „Evolutions récentes des prix et des coûts dans la filière du lait“ veröffentlicht (Oktober 2008); niederländische Wettbewerbsbehörde: Prijsvorming in de agri-food sector, Nederlands Mededingingsautoriteit (NMa), 2. Dezember 2009;

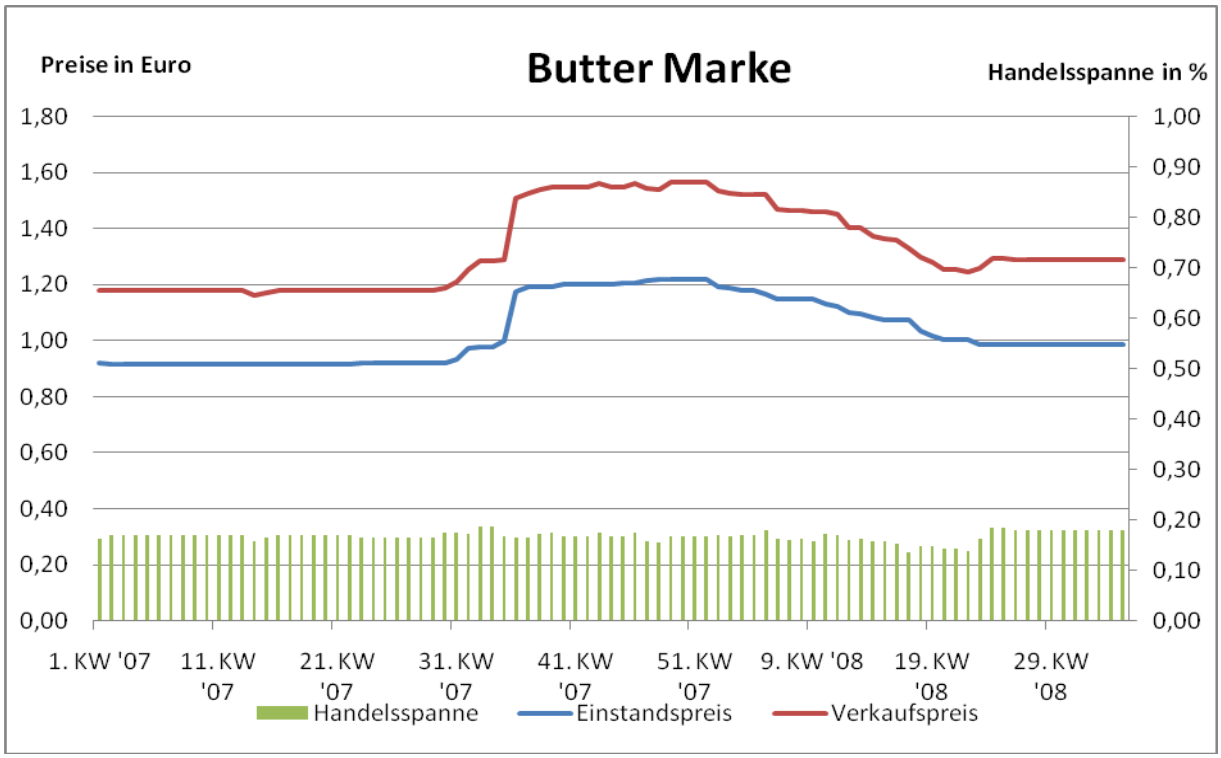
[230] UFC-Que Choisir, LZ vom 11. Dezember 2009, Seiten 1 und 24; UFC „Baisse des prix agricoles:L’industrie alimentaire et la distribution en font-elles bénéficier les conommateurs?“.

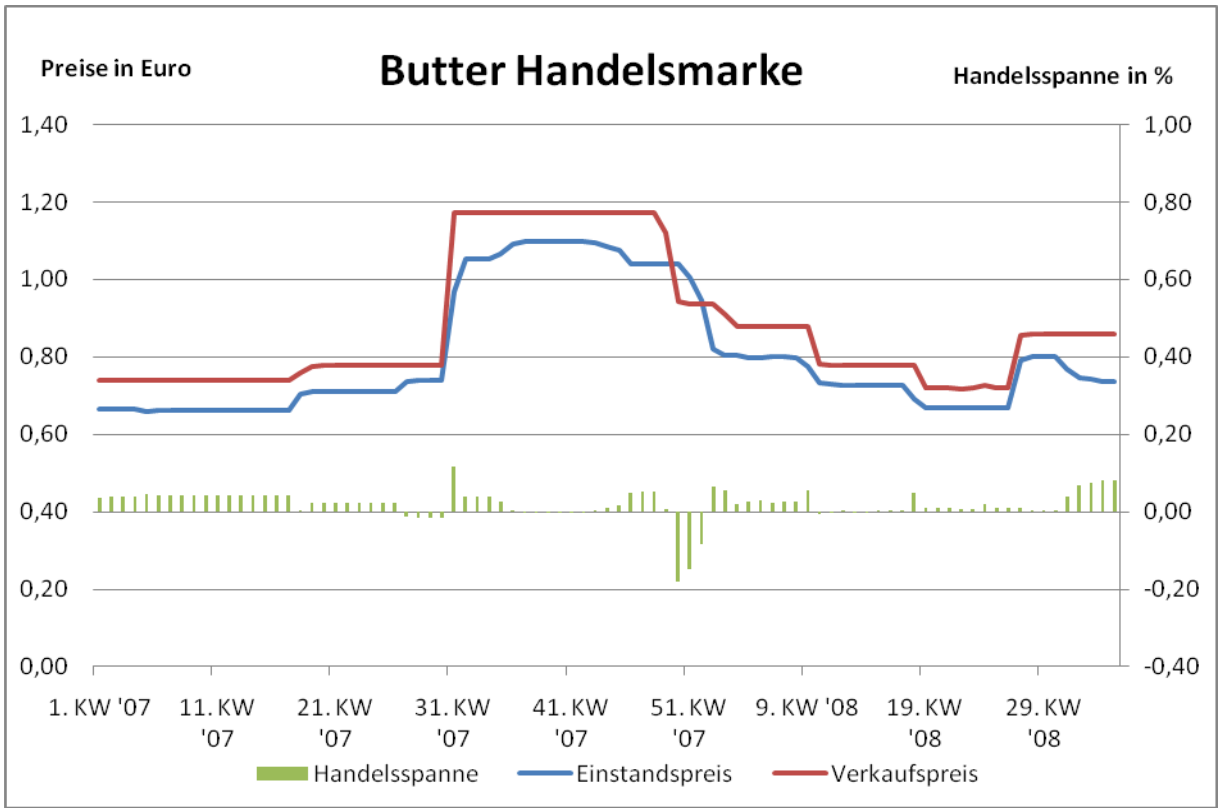
preise) zu den Einkaufspreisen des LEH steht. Außerdem lässt sich das Preissetzungsverhalten im deutschen LEH für den Bereich Molkereiprodukte transparent machen, wenn man die entsprechenden Angaben der Unternehmen auf Wochenbasis vergleicht. Ob und inwieweit in diese Betrachtung auch die Entwicklung bei den Auszahlungspreisen für Rohmilch einzubeziehen ist, hat das Bundeskartellamt noch nicht abschließend entschieden.

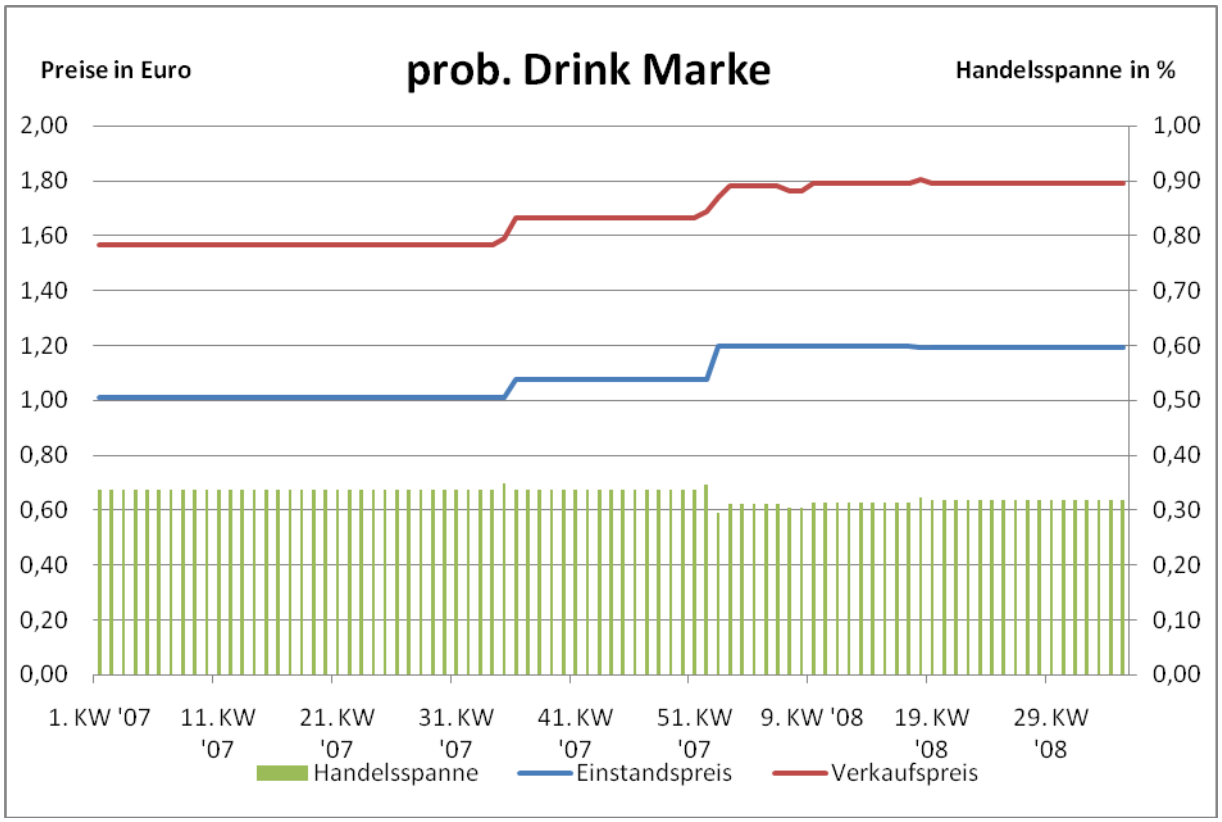
Die bisherige Untersuchung hat auf Grund der eingeschränkten Anzahl der untersuchten Produkte lediglich den Charakter einer Stichprobe. Die insoweit bisher selektiven Ermittlungen der Beschlussabteilung haben jedoch ergeben, dass die Unternehmen des LEH Preiserhöhungen und Preissenkungen, die sie in ihren Verhandlungen mit den Molkereien erzielt haben, regelmäßig praktisch unmittelbar an die Verbraucher weitergeben. Nach vorläufiger Bewertung dieser Daten aus der Sektoruntersuchung gibt es bisher keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmen des LEH erzielte Preisvorteile nicht oder nur stark verzögert an die Verbraucher weitergegeben hätten. Dies gilt für alle hier untersuchten Produkte und zwar unabhängig davon, ob es sich um Handelsmarken oder Markenartikel, Milchbasisprodukte oder hochpreisige Molkereiprodukte handelt. Signifikante Unterschiede zwischen den Margen für Markenartikel und Handelsmarken bei einem Produkt hat die Beschlussabteilung ebenfalls nicht für die hier untersuchten Produktgruppen feststellen können. Allerdings sind die Margen bei Milchbasisprodukten (z. B. Butter) generell deutlich niedriger als bei anderen Molkereiprodukten (Camembert, pro-biotische Drinks).

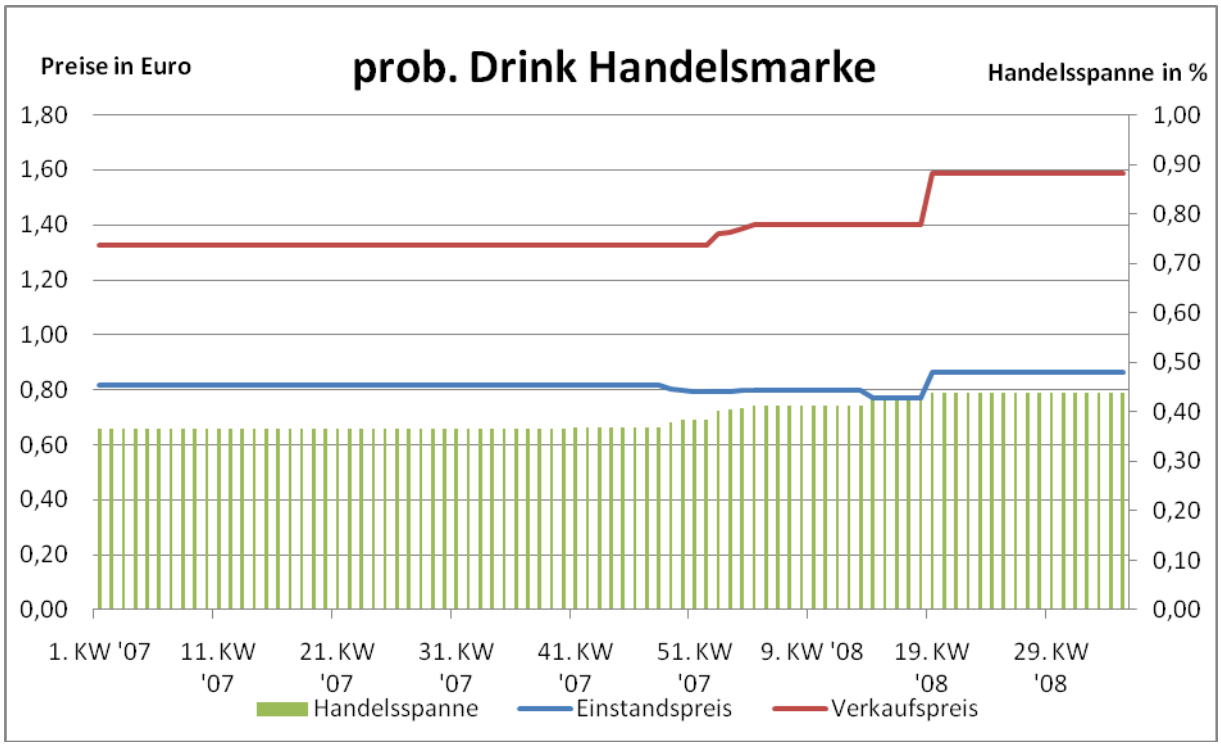



Preise in Euro
Frischmilch 3,5% Handelsmarke
Handelsspanne in %
0,80
0,70
0,60
0,50
0,40
0,30
0,20
0,10
0,00
1,00
0,90
0,80
0,70
0,60
0,50
0,40
0,30
0,20
0,10
0,00
1. KW '07
11. KW '07
21. KW '07
31. KW '07
41. KW '07
51. KW '07
9. KW '08
19. KW '08
29. KW '08
Handelsspanne
Einstandspreis
Verkaufspreis


Preise in Euro
Butter Marke
Handelsspanne in %
1,80
1,60
1,40
1,20
1,00
0,80
0,60
0,40
0,20
0,00
1,00
0,90
0,80
0,70
0,60
0,50
0,40
0,30
0,20
0,10
0,00
1. KW '07
11. KW '07
21. KW '07
31. KW '07
41. KW '07
51. KW '07
9. KW '08
19. KW '08
29. KW '08
Handelsspanne
Einstandspreis
Verkaufspreis


Preise in Euro
Butter Handelsmarke
Handelsspanne in %
1,40
1,20
1,00
0,80
0,60
0,40
0,20
0,00
1,00
0,80
0,60
0,40
0,20
0,00
-0,20
-0,40
1. KW '07
11. KW '07
21. KW '07
31. KW '07
41. KW '07
51. KW '07
9. KW '08
19. KW '08
29. KW '08
Handelsspanne
Einstandspreis
Verkaufspreis


Preise in Euro
prob. Drink Marke
Handelsspanne in %
2,00
1,80
1,60
1,40
1,20
1,00
0,80
0,60
0,40
0,20
0,00
1,00
0,90
0,80
0,70
0,60
0,50
0,40
0,30
0,20
0,10
0,00
1. KW '07
11. KW '07
21. KW '07
31. KW '07
41. KW '07
51. KW '07
9. KW '08
19. KW '08
29. KW '08
Handelsspanne
Einstandspreis
Verkaufspreis



Die zügige Weitergabe erzielter Preisvorteile an den Verbraucher bei den Milchbasisprodukten erscheint der Beschlussabteilung auch plausibel. Die Basisprodukte gehören zu den Produktgruppen, die der Verbraucher regelmäßig und in kurzen Abständen kauft (insbesondere Butter und Trinkmilch). Daher hat der Verbraucher für diese Produkte eine genaue Vorstellung davon, ob der Ladenverkaufspreis z. B. von Butter niedrig oder hoch ist. Über die Ladenverkaufspreise dieser Milchbasisprodukte wird von den Verbrauchern die Preiswürdigkeit des Lebensmittelhändlers als Ganzes beurteilt. Dies ist insbesondere für die Vertriebsschienen im LEH wichtig, deren Verkaufsstrategie vorwiegend im Discountgeschäft liegen. Gerade bei Milchbasisprodukten entfällt ein hoher Anteil der Nachfrage auf Discounter. Da das Image von Aldi wesentlich darauf beruht, der billigste Anbieter zu sein („Preisführerschaft"), ist Aldi zumindest in dem Bereich der Milchbasisprodukte gezwungen, sinkende Einkaufspreise unmittelbar an die Verbraucher weiterzugeben und dies auch entsprechend zu kommunizieren.[231] Dementsprechend haben sowohl die Kontraktabschlüsse von Aldi mit den Molkereien als auch die Ladenverkaufspreise von Aldi eine hohe Signalfunktion für die gesamte Branche des LEH. Lidl ist bestrebt, sich in der Öffentlichkeit als min-

[231] „Aldi senkt Preise sofort. Als Einziger"; „Wir behalten Preissenkungen nicht für uns – auch nicht für einen Tag"; „Aldi gibt damit nicht die volle Preiserhöhung an Sie weiter, sondern übernimmt Verantwortung – auch für die Milchbauern in unserem Land".

destens ebenso preiswert darzustellen wie Aldi, die Vollsortimenter Edeka und Rewe tun dies für ihre Discountschiene und für die Molkereibasisprodukte im Preiseinstiegssegment. Allein im Jahre 2009 haben die führenden Unternehmen des LEH zwölfmal größere Preissenkungsrunden durchgeführt,[232] bei denen auch wieder Molkereiprodukte besonders im Fokus standen.

Bei vorläufiger Bewertung der ermittelten Daten im Rahmen der Sektoruntersuchung hat die Beschlussabteilung vor diesem Hintergrund keine Anhaltspunkte dafür, dass in Verhandlungen mit den Molkereien erzielte Preissenkungen nicht zügig an die Verbraucher weitergegeben worden wären.

II. Angebliche Preisabsprachen im LEH

Zeitgleiche Preiserhöhungen und Preissenkungen bei identischen Molkereiprodukten haben immer wieder den Vorwurf aufkommen lassen, die führenden Unternehmen des LEH würden ihre Ladenverkaufspreise absprechen. Der Verdacht wird auch dadurch weiter genährt, dass die Preisaktionen von einem identischen Ausgangsniveau auf ein identisches neues Niveau erfolgten.

So hatten Mitte des Jahres 2007 alle großen Unternehmen des LEH den Butterpreis für 250 g Butter auf 1,19 € angehoben und bis zum März 2008 in drei Etappen wiederum auf 0,79 € gesenkt. Die Preiserhöhungen und Senkungen fanden jeweils praktisch zeitgleich oder mit wenigen Tagen Abstand statt. Ein vergleichbares Bild ergibt die Entwicklung der Ladenverkaufspreise bei Konsummilch. Im April 2008 hatten Aldi, Rewe, Edeka und Lidl den Ladenverkaufspreis für Vollmilch von 73 ct./l. auf 61 ct./l. gesenkt und für andere Molkereiprodukte (Kondensmilch, H-Milch, fettarme Milch, Schlagsahne, Speisequark) ebenfalls[233]. Mit Wirkung zum 09. Juni 2008 (Montag) erhöhte zunächst Lidl als Reaktion auf den Milchlieferstreik seine Ladenverkaufspreise für H-Milch, Frischmilch und Deutsche Markenbutter um 10 Cent. Die Differenz von 10 Cent sollte in vollem Umfang an die Molkereien weitergereicht werden. Am Dienstag, den 10. Juni 2008 erhöhte Aldi seine Ladenverkaufspreise für H-Milch und Frischmilch um 7 ct., ihre Einkaufspreise im Verhältnis zu den sie beliefernden Molkereien jedoch um 10 ct. Am 11. Juni 2008 nahm Edeka einen bereits umgesetzten Preisaufschlag von zunächst 10 ct. beim Ladenverkaufspreis für Frischmilch und H-Milch um 3 ct. zurück. Am 12. Juni 2008 hat Lidl ebenfalls diese Strategie übernommen (Einkaufspreis

---

[232] Financial Times Deutschland vom 15. Dezember 2009, Seite 23.

[233] Kondensmilch 7,5%/340 g von 53 ct. auf 45 ct., haltbare Vollmilch von 0,73 ct. auf 0,61 ct., frische und haltbare fettarme Milch von 0.66ct. auf 0,54 ct., Schlagsahne (200 g Becher) von 0,48 ct. auf 0,39 ct. und Quark, Magerstufe (500 gr.) von 0,79 ct. auf 0,67 ct.

gegenüber den Molkereien: + 10 ct, Ladenverkaufspreis lediglich + 7ct.). In jüngster Vergangenheit haben die Unternehmen des LEH zudem nahezu zeitgleich die Ladenverkaufspreise für Trinkmilch, Sahne, Quark , Kondensmilch und Butter erhöht.

Die Beschlussabteilung hat diese Preisaktionen unter verschiedenen Aspekten untersucht.

Im Jahr 2007 hat die Beschlussabteilung im Verwaltungsverfahren Nachprüfungen beim MIV und bei der ZMP durchgeführt, weil der Verdacht bestand, dass über Veröffentlichungen des MIV und der ZMP Preiserhöhungen der Unternehmen des LEH koordiniert worden sein könnten. So war zum 1. August 2007 der Ladenverkaufspreis von Butter (250 g) praktisch zeitgleich und flächendeckend bei allen großen Unternehmen des LEH um 50% von 0,79 € auf 1,19 € angehoben worden. Bereits am 30. Juli 2007 war exakt diese Preisentwicklung vom Geschäftsführer des MIV in der Süddeutschen Zeitung[234] angekündigt worden. Eine entsprechende Entwicklung war auf der Jahrestagung 2007 des Bundesverband Molkereiprodukte und der Export Union für Milchprodukte von diesen prognostiziert worden. Die in der Folge durchgeführte Nachprüfung hat zwar gezeigt, dass der MIV zu einem sehr frühen Zeitpunkt über den Abschluss, den Aldi bei Butterkontrakten erzielt hatte, informiert gewesen ist. Sie hat jedoch keine ausreichenden Beweise für die vermuteten Absprachen ergeben.

Die Preiserhöhungs- oder Senkungsaktionen der Unternehmen des LEH werden in praktisch allen Fällen im Vorfeld in den einschlägigen Fachmedien, teilweise sogar in der allgemeinen Presse diskutiert. Dabei werden nicht nur insbesondere die von Aldi getätigten Abschlüsse dargestellt, sondern zumeist auch prognostiziert, zu welchen Änderungen bei den Ladenverkaufspreisen dies führen wird. Beispielhaft sei hier die Meldung der LZ Net vom Dienstag, den 27. Oktober 2009 zu jüngeren Preisentwicklung im Bereich der Molkereiprodukte wiedergegeben. An diesem Tag berichtet die LZ unter der Überschrift:

> „Handel erhöht Preise für Molkereiprodukte
>
> Bei den in diesen Wochen beendeten Kontraktverhandlungen haben die Molkereien wie erwartet Preisaufschläge von rund 20% für Trinkmilch, Sahne, Quark und Kondensmilch durchgesetzt. Ab kommenden Montag wird der Liter Trinkmilch im Handel voraussichtlich mindestens 6 Cent mehr kosten. Als sicher gilt auch eine weitere Preiserhöhung für Deutsche Markenbutter, nachdem sich das Päckchen gerade um 20 Cent auf 85 Cent verteuert hatte. Allerdings wird hier noch um den neuen Kontrakt gerungen. Knack-

[234] Süddeutsche Zeitung vom 30. Juli 2007, Seite 17 „Milch wird erheblich teurer“.

punkt dabei ist vor allem der neue Ladenverkaufspreis. Sowohl Handel als auch Molkereien möchten ein Überschreiten der 1-Euro-Schwelle verhindern, da sie dann einen Konsumrückgang befürchten. Im Gespräch ist deshalb ein mehrmonatiger Kontrakt, der einen Ladenpreis von 99 Cent ermöglichen würde."

Die prognostizierte Entwicklung ist tatsächlich eingetreten.

Tatsächlich zeitgleiche Preissenkungen bei allen Unternehmen des LEH sind allerdings nach den bisherigen Beobachtungen der Beschlussabteilung eher die Ausnahme als die Regel. Vielmehr ist Aldi (in jüngerer Vergangenheit teilweise auch Lidl) das Unternehmen, das Preissenkungen zuerst kommuniziert und in entsprechende Ladenverkaufspreise umsetzt. Dem liegt das Geschäftsmodell von Aldi zu Grunde, immer billigster Anbieter zu sein (und als solcher vom Verbraucher wahrgenommen zu werden). Die übrigen Discounter (Netto(Plus, Norma und Penny) sowie die Edeka und Rewe (mit ihrem Preiseinstiegssegment) folgen den Preissenkungsaktionen von Aldi regelmäßig noch am selben Tag oder höchstens mit einem Tag Abstand. Geben die eigenen, mit den Lieferanten ausgehandelten Konditionen ein Einsteigen auf die von Aldi vorgelegten Preise nicht her, hat nach den vorläufigen Erkenntnissen der Beschlussabteilung zumindest im Einzelfall ein Unternehmen des LEH mit seinen Lieferanten Konditionen kurzfristig nachverhandelt, um dann gleichfalls am Folgetag das betreffende Produkt zu dem Ladenverkaufspreis von Aldi anbieten zu können. Ob dies gängige Praxis oder ein Ausnahmefall ist, kann die Beschlussabteilung jedoch nicht einschätzen. Umgekehrt nutzen die Wettbewerber von Aldi Preiserhöhungen bei Aldi, um sich ebenfalls entsprechend „Luft zu verschaffen". Jedenfalls hat die Beschlussabteilung bislang keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die parallele Preisgestaltung ein Resultat kartellrechtswidriger Absprachen ist. Ob dies für das gesamte Sortiment des LEH oder nur für den Bereich der Molkereiprodukte zutrifft, kann die Beschlussabteilung derzeit allerdings nicht einschätzen.

Die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung haben zudem ergeben, dass die Unternehmen des LEH nur einen kurzen zeitlichen Vorlauf für die organisatorische Durchführung von Preisveränderungen bei Ladenverkaufspreisen benötigen.

Auf Grund der hohen Preistransparenz ist ein Preistrend frühzeitig für alle Marktteilnehmer erkennbar. Wichtige Indikatoren dafür liefern die Butter- und Käsenotierungen, der Rohstoffwert und die internationale Preisentwicklung. Diese Daten sind für jeden Interessierten ohne weiteres verfügbar. Dies ermöglicht das beschriebene Parallelverhalten. Sind zudem Informationen über die Ergebnisse der Kontraktverhandlungen beim „Trendsetter" Aldi so frühzeitig und so detailliert wie dargestellt der Presse zu entnehmen, ist es für die Be-

schlussabteilung nicht möglich, aus der bloßen Tatsache gleichförmigen Preisverhaltens auf eine gezielte kartellrechtswidrige Absprache zu schließen.

III. Verkauf unter Einstandspreis

Immer wieder erhält das Bundeskartellamt Beschwerden über behauptete Verkäufe von Molkereiprodukten unter Einstandspreis. Dabei stehen die Molkereibasisprodukte (Konsummilch, Sahne, Butter und Quark) besonders im Fokus, weil diese Produkte für die Unternehmen des LEH eine herausragende Bedeutung bei ihrer Preispolitik haben.

§ 20 Absatz 4 GWB verbietet Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht ihre Marktmacht dazu auszunutzen, die kleinen und mittleren Wettbewerber unbillig zu behindern. Eine solche unbillige Behinderung liegt danach insbesondere vor, wenn ein Unternehmen Lebensmittel unter Einstandspreis anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt. Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn der Verkauf unter Einstandspreis geeignet ist, den drohenden Verderb oder die Unverkäuflichkeit zu verhindern sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen.

Für die Prüfung von Verstößen gegen diese Bestimmung ist das Bundeskartellamt zuständig, wenn die Wirkung des beanstandeten Verhaltens (also des Verkaufs unter Einstandspreis) über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht (§ 48 GWB). In allen anderen Fällen ist die jeweilige Landeskartellbehörde für die Prüfung zuständig.

Ein Verstoß gegen § 20 Absatz 4 GWB kann entweder im Verwaltungsverfahren verfolgt werden. Dann kann die Behörde feststellen, dass ein Verstoß vorliegt und das betroffene Unternehmen zur Abstellung des Verstoßes verpflichten (§ 32 GWB). Ein Verstoß kann jedoch auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren geahndet und mit einer Geldbuße belegt werden (§ 81 GWB).

Ermittlungen der Beschlussabteilung aus Anlass der Senkung Rahmen der Senkung der Ladenverkaufspreise im Jahre 2008 haben ergeben, dass es sich nicht um Angebote unter dem Einstandspreis handelte, sondern den Angeboten entsprechend ausgehandelte Konditionen zu Grund lagen.

Die Beschlussabteilung hat allerdings im Bereich der Molkereiprodukte bislang in keinem Fall Beschwerden über einen Verkauf unter Einstandspreis von kleinen und mittleren Wettbewerbern der führenden Unternehmen des LEH erhalten. Beschwerden sind vielmehr insbesondere vom DBV und seinen Landesorganisationen sowie von einzelnen Erzeugern einge-

gangen. Daher erscheint es der Beschlussabteilung erforderlich, nochmals klarzustellen, dass sich zwar grundsätzlich jeder über einen vermuteten Verkauf unter Einstandspreis beschweren kann. Geschützt werden von der Vorschrift des § 20 Absatz 4 GWB, wie das OLG Düsseldorf in der Hauptverhandlung im Rossmann-Verfahren erneut betont hat, nicht die Erzeuger, Hersteller oder Lieferanten des LEH, sondern ausschließlich kleine und mittlere Wettbewerber der großen Unternehmen des LEH.

Die Anwendung des § 20 Absatz 4 GWB hat bereits in der Vergangenheit eine erhebliche Anzahl an Auslegungs- und Anwendungsproblemen bereitet. Auf der Grundlage der durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Rossmann-Verfahren neuerdings zusätzlich aufgeworfenen Fragen zur Berechnung und Verteilung von Konditionen, insbesondere Werbekostenzuschüsse, auf den Einstandspreis muss die Beschlussabteilung zunächst die schriftliche Begründung dieses Urteils (sowie ggf. die Entscheidung des BGH) abwarten, ehe sie entscheiden kann, in welchen Fällen eine Anwendung dieser Vorschrift künftig möglich sein wird.

IV. Vorläufige Gesamtbetrachtung

Anhaltspunkte für ein kartellrechtswidriges Handeln von Unternehmen des LEH im Bereich der Preisgestaltung gibt es derzeit möglicherweise für den Bereich des Verkaufs unter Einstandspreis und auf der Grundlage von § 20 Absatz 3 GWB. Welche Möglichkeiten der Verfolgung den Kartellbehörden bei Verfahren wegen des Verdachts des Verkaufs unter Einstandspreis hier noch verbleiben, muss eine detaillierte Analyse der jüngsten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf erst noch ergeben. Die Beschlussabteilung wird zu diesem Punkt gesonderte Diskussionen mit den Verbänden als den Hauptbeschwerdeführern in diesem Bereich führen. Ausreichende Anhaltspunkte für die Verfolgung von Preisabsprachen auf der Ebene der Unternehmen des LEH im Bereich der Molkereiprodukte hat die Beschlussabteilung derzeit nicht. Vielmehr begünstigt die hohe Markttransparenz auch hier ein Verhalten der Marktteilnehmer, das unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zwar nicht zu beanstanden jedoch nicht wünschenswert ist. Die stichprobenhaften Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung haben auch keine Hinweise darauf erbracht, dass die Unternehmen des LEH erzielte Preisvorteile nicht zeitnah an die Verbraucher weitergeben.

I. Untersuchungen anderer europäischen Staaten und Initiativen der Europäischen Kommission

Der Milchsektor ist auch bei anderen Wettbewerbsbehörden in den Fokus gerückt. Bereits im Jahr 2000 veröffentlichte die britische Competition Commission eine Untersuchung „On the supply of fresh processed milk to middle-ground retailers in Scotland".[235] Im Ergebnis wurde eine Monopolstellung eines Molkereiunternehmens festgestellt. Allerdings konnte unter den Mitgliedern der Untersuchungskommission keine Einigung darüber erzielt werden, inwieweit dieses Unternehmen seine Monopolstellung missbraucht hat. Die Untersuchung erfasste nicht den Vertrieb von Molkereiprodukten an die großen Supermarktketten, sondern konzentrierte sich auf mittelständische und kleinere Einzelhändler.

I. Belgien

Das belgische Wirtschaftsministerium hat im vergangenen Jahr eine Untersuchung der „Evolutions récentes des prix et des coûts dans la filière du lait" veröffentlicht (Oktober 2008).[236] Die Studie beschäftigt sich ausschließlich mit der Preisentwicklung von Rohmilch und Milchprodukten. Im Ergebnis lassen sich nach Ansicht des Ministeriums keine Hinweise darauf finden, dass die Preisschwankungen in den letzten Jahren bei diesen Produkten mit Unregelmäßigkeiten auf einer der Stufen der „milk supply chain" verbunden sind. Im Übrigen bestünden keine greifbaren oder vorhersehbaren Verbindungen zwischen den Milchauszahlungspreisen und den Endverbrauchspreisen für Milchprodukte. Bereits der Ansatz, die Milchauszahlungspreise mit den Endverbraucherpreisen zu vergleichen, sei nicht zielführend. Die Milchauszahlungspreise seien durch eine Vielzahl von Zu- und Abschlägen sehr variabel, so dass ein Vergleich nicht möglich sei. Außerdem mache der Rohmilchpreis nur 30 – 40 % der Gesamtkosten des Endproduktes aus. Die Einkünfte der Milchbauern sind nach Ansicht der Verfasser der Untersuchung immer mehr den Einflüssen des Weltmarktes ausgesetzt. Dies betreffe die eigene Kostenrechnung, hier insbesondere die Kosten für Futtermittel und Energie, sowie eine Vielzahl von auf dem Weltmarkt gehandelten Milchprodukten.

---

[235] Abrufbar unter http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/450scotmilk.htm
[236] Abrufbar unter http://economie.fgov.be/informations/Studies/studies_pdf/study_milk_fr.pdf

II. Dänemark

Auch die dänische Kartellbehörde hat im Oktober 2008 eine Studie zur Preisentwicklung der Lebensmittelpreise bei Milch, Butter und Brot veröffentlicht.[237] Es sollte herausgefunden werden, warum die Endverbraucherpreise bei diesen Produkten auch nach Rückgang der Rohstoffkosten immer noch auf einem hohen Niveau bleiben. Wie auch auf dem deutschen Markt sind die Erfassungskosten für Milch in Dänemark inzwischen wieder auf ein Level gefallen, das weniger oder gleich dem Level vor Beginn des Preisbooms im Jahr 2007 ist. Die Preise für Milch und Butter sind jedoch nicht vergleichbar gefallen und sind höher als vor Beginn des Preisanstieges. Die Ergebnisse der dänischen Kartellbehörde zeigen, dass insbesondere die Molkereien für den Preisanstieg und das unverändert hohe Preisniveau verantwortlich sind. Dies betrifft Butterprodukte, Frischmilch und die Handelsmarken bei Konsummilch. Der LEH hat der Studie zufolge bei Frischmilch, Bio-Milch und Buttermischungen seinen Gewinn steigern können.

III. Spanien

Im April diesen Jahres hat das Spanische Landwirtschaftsministerium eine Untersuchung zur Wertschöpfungskette und Preisbildung bei abgefüllter Flüssigmilch („Estudio de la Cadena de Valor y Formación de Precisos de la Leche Líquida envasada“) vorgestellt.[238] Ziel der Studie ist es, die Wertschöpfungskette bei abgefüllter Flüssigmilch zu beschreiben und die Kostensteigerungen im Verlauf dieser Kette zu ermitteln. Dadurch sollen Ursache und Wirkung der Kostensteigerungen analysiert werden. Zu den für die spanische Milchwirtschaft prägenden Umständen zählt das Ministerium u.a. den sinkenden Verbrauch von Flüssigmilch, die starke Stellung von Handelsmarken (52 % des Inlandverbrauches entfällt auf Handelsmarken) und die Tatsache, dass 92 % der Flüssigmilch über den Lebensmitteleinzelhandel abgesetzt werden. Die Studie kommt zu dem Schluss, dass es verschiedene Problemfelder gibt (Trennung von Erzeugung und Produktion, unterschiedliche Erfassungs- und Vertriebslogistik, große Preisdifferenz zwischen Handels- und Herstellermarken trotz gleichen Inhalts und gleicher Qualität oder auch der Import von Rohmilch und Molkereiprodukten) , die insbesondere die Erzeugerstufe betreffen. Die Preise für Flüssigmilch an sich seien jedoch durch den Markt bestimmt und nicht von der Aufstellung der Erzeugerbetriebe abhängig. Im Ergebnis schlagen die Autoren der Studie vor, insbesondere die Effizienz der Milcherzeugungsbetriebe zu

---

[237] Die Studie ist nur in dänischer Sprache erhältlich. Eine englische Zusammenfassung der Studie ist abrufbar unter http://www.ks.dk/index.php?id=28692&L=1

[238] Abrufbar unter http://www.revistafrisona.com/informes/Estudio_leche09.pdf

verbessern, um diese von Marktschwankungen unabhängiger zu machen. Das Auslaufen der Quote in 2015 biete hier eine einmalige Chance zur Neuaufstellung und –ausrichtung der Betriebe. Dazu müsse der Konzentrationsprozess sowohl auf Erzeugungs- als auch auf Verarbeitungsebene der Molkereien gefördert werden, um wettbewerbsfähige Kosten bei Erzeugung und Verarbeitung von Rohmilch zu erreichen.

IV. Frankreich

Auch die erst vor kurzem gegründete französische Anstalt für landwirtschaftliche Produkte und das Meer hat umfangreiche Statistiken zu Preisen und Margen in der französischen Milchwirtschaft veröffentlicht.[239]

V. Sonstige Verfahren anderer europäischer Wettbewerbsbehörden

Der rumänische Consiliul Concurentei hat wie das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung Milch gestartet. Ergebnisse liegen hier noch nicht vor. Eine Reihe von nationalen Wettbewerbsbehörden haben darüber hinaus Kartell- und Missbrauchsverfahren gegen Molkereien oder Molkereien und Unternehmen des LEH geführt.[240]

VI. Europäische Kommission

Zuletzt hat die Europäische Kommission auf Ersuchen des Europäischen Rates eine eingehende Marktanalyse des europäischen Milchmarktes 2009 veröffentlicht.[241] Darin stellt die Kommission eine unbefriedigende Lage auf dem Milchmarkt fest. Insbesondere die Auszahlungspreise seien stark gesunken auf 21 ct/kg und sogar darunter. Als Gründe werden der Nachfragerückgang innerhalb der EU, insbesondere auch für Käse, und die Produktionssteigerungen in Ländern außerhalb der EU angeführt. Beim derzeit geltenden durchschnittlichen Auszahlungspreis von 24 ct/kg könnten die Landwirte ihre variablen Kosten aber noch decken. Ein Vergleich der Rohmilch- mit den Verbraucherpreisen lässt die Europäische Kommission zu dem Schluss gelangen, dass die Versorgungskette für Milcherzeugnisse in der EU nicht effizient funktioniert. Während die hohen Steigerungen der Rohmilchpreise im Jahr 2007 rasch mit einem Steigen der Verbraucherpreise einher gegangen sei, gelte dies umgekehrt nicht. Die Verbraucherpreise seien trotz erheblichen Rückgangs der Rohmilchpreise stabil geblieben. Ohne die Gründe dafür zu analysieren, folgert die Europäische Kommission, dass durch eine deutlich erhöhte Transparenz auf allen Marktstufen eine Stabilisierung der

---

[239] Abrufbar unter http://www.franceagrimer.fr/PDF/Observ_Prix/08-09/Lait_metho.pdf
[240] U.a. Wettbewerbsbehörden in Bulgarien, Frankreich, Griechenland, Italien, Österreich, Portugal, der Tschechischen Republik, der Slovakischen Republik, Schweden und im Vereinigten Königreich.
[241] KOM (2009) 385 endg. v. 22.7.2009.

Erzeugerpreise und eine Weitergabe von Preisänderungen an die Endverbraucher besser erreicht werden könnte:

> *„Mehr Transparenz, eine bessere Kenntnis der Wertschöpfungsverteilung und der Preisweitergabe und eine genauere Vorstellung von den strukturellen Faktoren wären ein wichtiger erster Schritt für die Festlegung geeigneter Maßnahmen, die dazu beitragen könnten, die Effizienz der Versorgungskette für Milcherzeugnisse zu verbessern und ein für alle Akteure gerechtes Ergebnis sicherzustellen."*

Im Übrigen listet die Europäische Kommission auf, welche Maßnahmen zur Unterstützung der Milcherzeuger bereits ergriffen sind oder noch folgen sollen. Allen Vorschlägen zur Änderung der Quotenregelung aber, beispielsweise eine einmalige Quotenkürzung oder ein Einfrieren der Quotenanhebung, erteilt die Kommission eine klare Absage. Auch von dem Auslaufen der Quotenregelung im Jahr 2015 soll nicht abgerückt werden. In keinem Fall ist die Kommission jedoch bereit, *„wettbewerbswidrige Maßnahmen wie Preisabsprachen und Produktionsdrosselungen, die auf richtiggehende Kartelle sowie einzelstaatliche Produktkennzeichnungs- oder Ursprungsvorschriften hinauslaufen würden"*, zu akzeptieren.

In der Folge ist eine hochrangige Expertengruppe Milch eingesetzt worden.[242] Diese diskutiert unter der Leitung des Generaldirektors der Generaldirektion Landwirtschaft die mittel- und langfristige Agrarpolitik für den Milchsektor. Die Generaldirektion Wettbewerb ist an diesem Diskussionsprozess nicht direkt beteiligt.

Die Ergebnisse der Untersuchungen der Europäischen Kommission hat die Beschlussabteilung zur Kenntnis genommen. Ob sich Rückschlüsse für die Situation auf dem deutschen Milchmarkt ziehen lassen, ist nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens noch nicht absehbar. Gemeinsam ist allen untersuchten Märkten, dass sie durch die Vorgaben der GAP im Milchbereich einen einheitlichen rechtlichen Rahmen aufweisen.

Allerdings unterscheiden sich die der Rohmilcherfassung nachgelagerten Marktstufen zum Teil recht deutlich. So gibt es in den Niederlanden nach der Fusion von Friesland und Campina praktisch nur noch eine große Molkerei. Das gleiche gilt für Arla in Dänemark sowie die Molkereien in Schweden und Norwegen. Der Anteil der Top 3 Molkereien an der nationalen Milchverarbeitung beträgt in diesen Ländern weit über 90 %, während er in Deutschland bei gerade 32 % liegt.[243] Auch der LEH ist in anderen Ländern anders strukturiert und mancherorts noch stärker konzentriert als in Deutschland. Nach Angaben der jeweiligen nationalen Kartellbehörden, wobei die jeweilige sachliche Marktabgrenzung im LEH zu Grunde gelegt

---

[242] High Level Group on Milk, Presseerklärung der Kommission IP/09/1420 vom 5. Oktober 2009.
[243] Quelle: Productschap Zuivel, Rabobank 2006-2008.

wird, erreichen etwa in den Niederlanden die ersten drei LEH-Unternehmen einen Marktanteil von 83 %, in Finnland die ersten zwei einen Marktanteil von 75 % und in Schweden die ersten vier einen Marktanteil von 82 %.

J. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen

I. Zusammenfassung

Die Reformen der GAP und die begonnene Liberalisierung des Milchsektors werden nach Ansicht aller Akteure den Strukturwandel im Erzeugungs- und Produktionsbereich fortsetzen und erheblich beschleunigen. Schon vor dem Beginn der Reformen hat sich die Zahl der Milcherzeuger erheblich verringert, ebenso wie die Zahl der milchverarbeitenden Betriebe. Dass dieser Trend sich fortsetzen wird, bis ein Marktgleichgewicht von Angebot und Nachfrage gefunden ist, erscheint nur folgerichtig.

Strukturwandel bedeutet außerdem, für die beteiligten Unternehmen die betriebseigenen Strukturen an den Markt anzupassen. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass die Milcherzeuger auch weiterhin die eigene Kostensituation kritisch untersuchen und – soweit noch nicht geschehen – Überlegungen im Hinblick auf eine (weitere) Diversifizierung ihrer Betriebe anstellen. Überdies sind die vom Gesetzgeber geschaffenen Ausnahmetatbestände zur Gründung von regionalen Erzeugergemeinschaften ein denkbarer Weg, die Verhandlungsposition gegenüber den Molkereien zu stärken. Bei den Molkereien spielt neben der Größe, der Anzahl und Effizienz der Betriebstätten sowie der Transportwege vor allem auch das Produktportfolio eine entscheidende Rolle. Die Wertschöpfung und auch die eigene Verhandlungsposition sind nach den bisherigen Ermittlungen der Beschlussabteilung bei Markenprodukten und besonderen Spezialitäten höher als bei den Milchbasisprodukten, die zudem viel stärker den Einflüssen des Weltmarktes unterliegen.

Der Strukturwandel ist jedoch – worauf die Beschlussabteilung immer wieder hingewiesen hat – kein wettbewerbsrechtliches Problem. Das Wettbewerbsrecht kann und soll ihn auch nicht aufhalten. Für eine Änderung der Liberalisierungspolitik der Europäischen Kommission und eine entsprechende Abkehr vom damit eingeleiteten Strukturwandel gibt es aktuell nach Kenntnis der Beschlussabteilung keinerlei Hinweise. Der Wandel in der sich abzeichnenden Form ist gegenwärtig von einer Mehrheit der europäischen Staaten politisch gewollt und von der Europäischen Kommission dementsprechend eingeleitet worden. Die Folgen der Reformen, auch für die Marktstufe der Milcherzeuger, sind dabei in Kauf genommen worden, wenn nicht sogar beabsichtigt.

Das Kartellrecht und auch die Anwendung des Kartellrechts durch die Beschlussabteilung verhalten sich solchen politischen Entscheidungen gegenüber neutral. Alleinige Aufgabe des Bundeskartellamtes (und damit auch der für die Landwirtschaft und den Handel zuständigen 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes) ist die Überwachung des Wettbewerbes – auch in solch unvollkommenen, weil durch politische Vorgaben reglementierten Märkten wie den Agrarmärkten.

Der immer wieder erhobene Vorwurf, die Beschlussabteilung verhindere den Strukturwandel und behindere Kooperationen auf der Ebene der Molkereien, ist sachlich falsch und daher ungerechtfertigt. Das Bundeskartellamt hat eine transparente und nachvollziehbare Entscheidungspraxis: Zusammenschlussvorhaben auf der Ebene der Molkereien werden dann untersagt, wenn es zu Vermachtungen auf konkreten Absatzmärkten käme oder sich die Absatzsituation der Micherzeuger für ihre Rohmilch infolge eines Zusammenschlusses von Großmolkereien drastisch verschlechtern würde. Zuletzt ist die Zusammenlegung der Vertriebsaktivitäten der beiden größten deutschen Molkereien Humana und Nordmilch ohne Bedingungen oder Auflagen freigegeben worden, weil keine der möglichen Untersagungsgründe vorlagen. Eine weitere Konsolidierung auf Ebene der Molkereien muss auf Initiativen der Branche selbst beruhen und von den Beteiligten getragen (und verantwortet) werden. Im Falle von genossenschaftlichen Molkereien müssen Zusammenschlüsse insbesondere von den Genossen, den Milcherzeugern, befürwortet werden. Die Beschlussabteilung kann insoweit nicht „von Amts wegen“ Kooperationen oder gar Zusammenschlüsse initiieren.

Im Bereich der Fusionskontrolle wird der Strukturwandel im Bereich der Milchproduktion und der Produktion von Molkereiprodukten dann eine Rolle spielen, wenn durch Zusammenschlüsse der Molkereien auf dem Markt für die Rohmilchbeschaffung marktbeherrschende Stellungen zum Nachteil der Milcherzeuger entstehen. Hier wird es eine kartellrechtlich kritische Grenze geben, die keine unbegrenzte Konzentration durch externes Wachstum zulassen wird.

Im Verhältnis zwischen Molkereien und Erzeugern hat die Beschlussabteilung trotz der vertikalen Integration vieler Erzeuger in genossenschaftliche Molkereien ein Machtgefälle zu Lasten der Erzeuger festgestellt. Größere Genossenschaften werden subjektiv nicht mehr als „eigene“ Molkerei wahrgenommen und verhalten sich de facto am Markt auch nicht mehr so. Durch die Liberalisierung der Märkte unterliegen sie wie die privaten Molkereien zunehmend dem Zwang, Rohmilch günstig zu beschaffen, um Kosten zu optimieren und im nationalen und internationalen Geschäft erfolgreich bestehen zu können.

Aus Sicht der Beschlussabteilung bilden die vom Gesetzgeber geschaffenen Ausnahmetatbestände in § 28 GWB und § 11 Marktstrukturgesetz einen Weg, den Einfluss der Erzeuger gegenüber den Molkereien zu stärken und den Molkereien ein Gegengewicht entgegenzusetzen. Die Erzeuger nutzen die ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Spielräume bisher allerdings allenfalls ansatzweise aus. Bisher ist es (vielleicht mit Ausnahme der Bayern-MeG) keiner Milcherzeugergemeinschaft gelungen, so große Mengen an Rohmilch zu bündeln, dass hierdurch eine spürbare Marktwirkung erzielt würde.

Auch die sonstigen Strukturmerkmale der Milchbeschaffungsmärkte wirken sich nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung zu Lasten der Erzeuger und zu Lasten des Wettbewerbs um die Rohmilch aus: Die Beschlussabteilung stellt hier insoweit die bestehende hohe Markttransparenz sowie die von den Molkereien praktizierten längerfristigen Lieferverträge zur Diskussion. Diese schränken den Wettbewerb der Molkereien um die Rohmilch offenbar ein. Ebenfalls wettbewerbsdämpfend wirken sich die derzeit überwiegend praktizierten Preisbildungsmechanismen („upside down“ oder Orientierung an einem wie auch immer definierten Durchschnittswert umliegender Molkereien) aus. Insgesamt erfolgt die Preisfindung derzeit nicht in einem funktionsfähigen Wettbewerbs- und Verhandlungsumfeld. Eine rechtliche Notwendigkeit für diese Struktur- und Verhaltensmerkmale gibt es nach bisheriger Kenntnis der Beschlussabteilung nicht.

Ob diese Struktur- und Verhaltensmerkmale kartellrechtlich im Wege von Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren zu beanstanden sind, hat die Beschlussabteilung noch nicht entschieden. Eine Entscheidung wird zudem immer nur im Einzelfall aufgrund der jeweiligen lokalen bzw. regionalen Marktverhältnisse möglich sein. Selbst wenn diese Praktiken kartellrechtlich nicht zu beanstanden sein sollten, sollten die Marktteilnehmer sorgfältig überdenken, wem sie nutzen. Dies gilt insbesondere bezüglich der Markttransparenz in Bezug auf Daten wie Milchliefermenge und Auszahlungspreise, die erkennbar nur den Unternehmen des LEH nutzt, d. h. der Marktstufe, die ohnehin über eine sehr günstige Verhandlungsposition gegenüber ihren Lieferanten verfügt.

Die von verschiedenen Seiten vorgeschlagenen Möglichkeiten zur Erhöhung der Milchauszahlungspreise, wie etwa ein bundeseinheitlicher Basispreis, marktstufenübergreifende oder politisch moderierte Preisvereinbarungen, sind weder mit deutschem noch mit europäischem Kartellrecht zu vereinbaren. Überdies können sie allenfalls dann zu dem gewünschten Ergebnis eines dauerhaft hohen Milchauszahlungspreises – auch gegen die Marktentwicklung – führen, wenn der deutsche Markt zugleich komplett gegen grenzüberschreitende Lieferungen von Rohmilch und Molkereiprodukten abgeschottet würde. Derartige Lösungen wären nicht nur kartellrechtswidrig; sie wären auch für all die Molkereien

kontraproduktiv, die Molkereiprodukte exportieren Eine Abschottung des nationalen Marktes würde die Marktchancen der auf den Export ausgerichteten Molkereien erheblich beeinträchtigen. Eine noch weitergehende einheitliche europäische Lösung hat nach Einschätzung der Beschlussabteilung erst recht keine Erfolgsaussichten.

Im Hinblick auf das Verhältnis der Molkereien zum LEH haben die Untersuchungen der Beschlussabteilung ergeben, dass die Unternehmen des LEH erhebliche strategische Vorteile bei ihren Verhandlungen mit den Molkereien haben, da letztere über nur geringe Ausweichmöglichkeiten („outside options“) für den Absatz ihrer Produkte verfügen. Auch die derzeit praktizierte Abnahmeverpflichtung für sämtliche angelieferte Rohmilch schafft einen strategischen Nachteil für die Molkereien in ihren Verhandlungen mit dem LEH. Allerdings ist im Einzelfall die Position der Molkereien in den Verhandlungen mit den Unternehmen des LEH differenziert zu betrachten. Die Befragung im Rahmen der Sektoruntersuchung hat gezeigt, dass die individuelle Verhandlungsposition wesentlich durch die allgemeine Marktlage (dem Verhältnis von Angebot zu Nachfrage) und das jeweilige Produktportfolio der Molkerei geprägt ist.

Konkrete Hinweise auf einen Missbrauch von Marktmacht durch die Unternehmen des LEH hat die Beschlussabteilung für die stichprobenhaft untersuchten Produktgruppen der weißen und gelben Linie nicht erhalten. Zumindest gibt es keine belastbaren Hinweise darauf, dass die Unternehmen des LEH die in Verhandlungen erzielten Preisvorteile nicht an die Verbraucher weitergeben. Die Beschlussabteilung hat dies durch eine Analyse der Preisentwicklungen bei einzelnen Markenprodukten wie auch bei den entsprechenden Handelsmarken ermittelt. Preisbewegungen nach oben und nach unten werden bei den untersuchten Produkten regelmäßig quasi unmittelbar an die Verbraucher weitergegeben.

Allerdings erleichtert es dem LEH die Preisfindung bei Milchbasisprodukten und die ohnehin sehr hohe Markttransparenz über Preise und Mengen, seine Verhandlungsposition gegenüber den Molkereien durchzusetzen.

Hingegen fehlen – jedenfalls bislang - substantiierte Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten des LEH, beispielsweise für horizontale Preisabsprachen bei Molkereiprodukten. Ob und in welchem Rahmen in Zukunft Verkäufe unter Einstandspreis durch die Kartellbehörden verfolgt werden können, muss unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf neu überdacht werden.

Der von der Europäischen Kommission eingeleitete Strukturwandel ist für die Erzeuger und für einige Molkereien schmerzhaft. Dennoch kann die Beschlussabteilung die Verhinderung dieses Strukturwandels durch kartellrechtswidrige Maßnahmen nicht tolerieren. Das gilt für

einen Aufruf zum Boykott durch die Milcherzeuger ebenso wie für horizontale Preisabsprachen von Milcherzeugern oder Molkereien sowie für die Bildung marktstufenübergreifender Kooperationen.

In jedem Fall sind neben dem deutschen Wettbewerbsrecht auch die einschlägigen europäischen Vorschriften zu beachten. Maßnahmen, die den deutschen Markt künstlich abschotten, sind weder kartellrechtlich zulässig noch tatsächlich wirkungsvoll, wie Beispiele aus europäischen Nachbarstaaten zeigen.

II. Weiteres Vorgehen

Die Beschlussabteilung versteht diesen Zwischenbericht als Grundlage für einen Dialog mit den Marktteilnehmern und interessierten politischen Kreisen. Hierzu erhalten alle Interessenten die Gelegenheit, bis zum

01. März 2010

schriftlich Stellung zu nehmen.

Hieran anknüpfend wird die Beschlussabteilung voraussichtlich im März/April 2010 eine zusätzliche mündliche Anhörung durchführen, um mit Vertretern der Milcherzeuger, der Molkereien und des Handels den Zwischenbericht unter Berücksichtigung der schriftlichen Stellungnahmen plenar zu diskutieren. Einladungen hierzu werden gesondert ergehen.

Die Beschlussabteilung wird die Untersuchung des Milchsektors sodann auf Grundlage der dargestellten Ergebnisse und unter Berücksichtigung der schriftlichen Stellungnahmen sowie des Ergebnisses der für März/April 2010 geplanten Anhörung der verschiedenen Interessenverbände fortsetzen. An das Anhörungsverfahren können sich daher weitere Ermittlungen anschließen.