**Kontakt:**

**Bundeskartellamt**
**Referat G 2**
**Kaiser-Friedrich-Str. 16**
**53113 Bonn**

**www.bundeskartellamt.de**
**info@bundeskartellamt.bund.de**

BundesKartellamt

# Die Wettbewerbsaufsicht des Bundeskartellamtes
## Schwerpunkte 2007/2008

# Die Wettbewerbsaufsicht des Bundeskartellamtes
# Schwerpunkte 2007/2008

**Liebe Leserin, lieber Leser,**

Ludwig Erhard, von 1949 bis 1963 Wirtschaftsminister und späterer Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland, hat das Wettbewerbsrecht als Grundgesetz unserer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung bezeichnet. Das Wettbewerbssystem baut auf Werten auf, die für unsere Gesellschaft elementar sind. Hierzu gehören Freiheit, Eigenverantwortung und Eigeninitiative. Wettbewerbsdruck und Wahlfreiheit der Verbraucher begrenzen die Macht von Unternehmen und führen zu günstigen Preisen, qualitativen Verbesserungen, einer breiten Angebotsauswahl und innovativen Produkten. Das Fehlen eines funktionierenden Leistungswettbewerbs – sei es in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen oder einem Missbrauch von Marktmacht – führt zu unerwünschten Folgen auch für die Verbraucher, indem Preise einseitig erhöht werden oder nötige Investitionen in Produktverbesserungen vernachlässigt werden.

Aufgabe des Bundeskartellamtes, das im Jahr 2008 sein 50-jähriges Bestehen gefeiert hat, ist es, den Wettbewerb zu schützen und das „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB) durchzusetzen. Seit seinem Umzug im Jahr 1999 arbeiten insgesamt 320 Mitarbeiter von Bonn aus an diesem Ziel. Das Bundeskartellamt kooperiert dabei erfolgreich mit den Landeskartellbehörden, auf europäischer Ebene mit der Europäischen Kommission sowie den Kartellbehörden der Mitgliedsstaaten und auf internationaler Ebene mit anderen nationalen Kartellbehörden.

Die vorliegende Broschüre soll Ihnen einen Überblick über die Tätigkeit des Bundeskartellamtes in den Jahren 2007/2008 geben. Als Kurzfassung des alle zwei Jahre erscheinenden Tätigkeitsberichts kann die Broschüre die vielfältige Tätigkeit des Amtes nicht in aller Breite und Tiefe darstellen, sondern muss sich auf einzelne herausragende Entwicklungen und Fälle beschränken. Die Langfassung des rund 200 Seiten umfassenden Tätigkeitsberichts ist im Internet unter www.bundeskartellamt.de abrufbar oder kann direkt beim Bundeskartellamt bestellt werden.

Wolfgang Kartte, Bundeskartellamtspräsident von 1976 bis 1992, hat einmal gesagt: „Wettbewerb hat keine Lobby“. Die Aktivitäten des Bundeskartellamtes zum Schutz des Wettbewerbs sind nur dann erfolgreich, wenn die Öffentlichkeit von der Bedeutung des Wettbewerbsprinzips überzeugt ist und die Ar-

beit des Kartellamtes unterstützt. Diese Broschüre soll daher zu einer eingehenderen Beschäftigung mit Wettbewerbsfragen anregen und – gerade in den Zeiten eines zurückweichenden Vertrauens in die Wirkkraft des Wettbewerbs und der weltweiten Finanzmarktkrise – die wettbewerbsrechtliche und -politische Diskussion über den Kreis der Wettbewerbsexperten hinaus fördern. Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre!

Andreas Mundt

Präsident des Bundeskartellamtes

# Inhalt

Seite

1. Wettbewerbsentwicklungen in Deutschland . . . . . 7
   a) Schutz des Wettbewerbs als Aufgabe des Bundeskartellamtes . . . . . 7
   b) Die aktuelle wettbewerbspolitische Lage . . . . . 7
   c) Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens: Die Preismissbrauchsnovelle . . . . . 8
2. Schutz wettbewerblicher Strukturen durch vorbeugende Fusionskontrolle . . 9
   a) Bedeutung und Anwendungsbereich der Fusionskontrolle . . . . . 9
   b) Die wichtigsten Fälle . . . . . 12
3. Im Fokus: Kartellbekämpfung . . . . . 17
   a) Bußgeldverfahren gegen Kartellsünder . . . . . 17
   b) Wichtige Bußgeldverfahren . . . . . 20
   c) Kartellrechtswidrige Marktinformationssysteme . . . . . 22
   d) Marktabschottung durch Rabattverträge von Medienagenturen . . . . . 23
   e) Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga in der Spielzeit 2009/2010 . . 24
4. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen . . . . . 26
   a) Energiemärkte . . . . . 26
   b) Lebensmittel . . . . . 29
5. Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden . . . . 32
   a) Fünf Jahre European Competition Network . . . . . 32
   b) Missbrauchsaufsicht . . . . . 33
   c) Weißbuch der Europäischen Kommission zu privaten Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts . . . . . 34
   d) Auslaufende Gruppenfreistellungsverordnungen . . . . . 35
6. Internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden . . . . . 37
   a) Internationale Kooperationen . . . . . 37
   b) Bilaterale Beziehungen und internationale Beratung . . . . . 39
   c) Internationale Veranstaltungen des Bundeskartellamtes . . . . . 39
7. Die Entwicklung des Vergaberechts und des Vergaberechtsschutzes . . . . . 41
   a) Modernisierung des deutschen Vergaberechts . . . . . 41
   b) Vergaberecht, gesetzliche Krankenkassen und Arzneimittelrabattverträge . . . . . 42
   c) Entwicklungen im europäischen Vergaberecht . . . . . 42
   d) Entscheidungspraxis der Vergabekammern . . . . . 43

# 1. Wettbewerbsentwicklungen in Deutschland

## a) Schutz des Wettbewerbs als Aufgabe des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt hat die Aufgabe, den Wettbewerb und damit eine Grundlage unserer freiheitlichen, sozialen Marktwirtschaft zu schützen. Bei funktionierendem Wettbewerb profitieren Verbraucher von größtmöglicher Wahlfreiheit und Produktvielfalt, so dass sie ihre Bedürfnisse befriedigen können. Unternehmen können ihre Produkte zu optimalen Bedingungen anbieten und stets verbessern. Funktionierender Wettbewerb sichert und fördert somit Freiheit und Wohlstand.

Das Bundeskartellamt schützt den Wettbewerb mit folgenden kartellrechtlichen Mitteln:

- Bekämpfung von Kartellen (Kartellverbot in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Artikel 81 des EG-Vertrages*),
- Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§§ 19 und 20 GWB, Artikel 82 EG-Vertrag*),
- Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB) sowie dem
- Rechtsschutz für Bieter in bestimmten Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes (§§ 97 ff. GWB).

Flankiert werden diese kartellrechtlichen Instrumente des Wettbewerbsschutzes durch die sog. „competition advocacy“: Das Bundeskartellamt fördert den Wettbewerbsgedanken durch Stellungnahmen zu ordnungs- und wettbewerbspolitisch relevanten Fragen. So hat es sich zum Beispiel in der Diskussion um die Einführung gesetzlicher Mindestlöhne engagiert und auch während der Finanzkrise bei Politik und Gesetzgeber angemahnt, bei den staatlichen Rettungsmaßnahmen wettbewerblich-marktwirtschaftliche Grundsätze einzuhalten.

## b) Die aktuelle wettbewerbspolitische Lage

Das Vertrauen in die freiheits- und wohlfahrtsfördernde Kraft des Wettbewerbsprinzips geht in vielen Teilen der Gesellschaft zurück. Politik und Gesetzgeber stellen das Wettbewerbsprinzip mitunter hinter tatsächliche und manchmal auch vermeintlich übergeordnete Sachzwänge zurück. Dies zeigt sich zum Beispiel daran, dass das System eines freien und unverfälschten

---

* Artikel 81 und 82 EG-Vertrag wurden durch Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Dezember 2009 durch Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ersetzt. In dieser Broschüre wird daher die 2007/2008 geltende alte Fassung der Artikel 81 bzw. 82 EG-Vertrag zitiert.

Wettbewerbs aus dem EU-Reformvertrag herausgenommen und zu einer Protokollnotiz des Reformvertrags herabgestuft wurde. Wettbewerblich problematisch sind auch die eingeführten Branchenmindestlöhne. Dies gilt insbesondere für den Mindestlohn für Briefdienstleister, da hierdurch den Wettbewerbern der Deutsche Post AG, deren wettbewerblicher Vorteil in den niedrigeren Lohnkosten lag, angesichts der Personalintensität der Tätigkeit der entscheidende Wettbewerbsparameter genommen wurde. In diversen Branchen (z.B. Sport, Milchwirtschaft) wird gefordert, Sonderinteressen zu berücksichtigen und die Anwendung des Wettbewerbsrechts entsprechend zu modifizieren und abzuschwächen. In wesentlichen Bereichen des Gesundheitssektors ist die Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts sogar gesetzlich geregelt. Auch in der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise sind staatliche Eingriffe in die Märkte zu Lasten des Wettbewerbsprinzips erfolgt. In diesen schwierigen Zeiten ist eine sorgfältige Wettbewerbsaufsicht durch die Wettbewerbsbehörden daher wichtiger denn je. Auch auf der ordnungspolitischen Ebene ist es wichtig, dass staatliche Interventionen auf das Unerlässliche beschränkt bleiben und nur andauern, solange die Krise besteht. Denn direkte staatliche Eingriffe bergen immer die Gefahr, dass die Haftung für unternehmerische Entscheidungen und andere wesentliche Anreize für verantwortungsvolles Wirtschaften außer Kraft gesetzt werden. Für weitere Änderungen des Kartellrechts – über befristete Regelungen zur Finanzmarktstabilisierung hinaus - besteht weder Bedarf noch Anlass. Denn der Staat kann die marktgestaltende Rolle von Freiheit und Wettbewerb nicht übernehmen. Wettbewerbliche Märkte hingegen steigern die Produktivität, setzten Innovationsanreize und fördern das Wirtschaftswachstum.

### c) Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens: Die Preismissbrauchsnovelle

Nach der umfassenden 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 gab es seit 2007 einige kleinere, dafür aber wirkungsvolle Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens. Die kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht wurde mit der sog. Preismissbrauchsnovelle weiterentwickelt. Durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ vom 22. Dezember 2007 ist die kartellbehördliche Preismissbrauchsaufsicht im Bereich der Strom- und Gasversorgungswirtschaft sowie des Lebensmitteleinzelhandels verschärft worden (siehe S. 26 ff. und S. 29 f.).

Das Bundeskartellamt hat diese Änderungen auch organisatorisch nachvollzogen und eine Abteilung eingerichtet, die sich seit Anfang 2008 speziell mit der Missbrauchsaufsicht und Kartellverfolgung im Bereich der Energiewirtschaft befasst.

# 2. Schutz wettbewerblicher Strukturen durch vorbeugende Fusionskontrolle

## a) Bedeutung und Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat nur wenige oder überhaupt keine Wettbewerber. Die Kunden haben daher wenig oder keine Möglichkeit, auf andere Anbieter mit billigeren oder besseren Produkten auszuweichen. Gleiches gilt, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend sind (sog. Oligopol). Um zu verhindern, dass ein Markt von einem oder mehreren Unternehmen beherrscht wird, prüft das Bundeskartellamt vorab, ob durch einen geplanten Unternehmenszusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

Das GWB schreibt die Fusionskontrolle allerdings nur für wirtschaftlich bedeutende Unternehmenszusammenschlüsse vor. Hierfür müssen bestimmte Umsatzschwellen erreicht werden. Im Jahr 2007 wurden insgesamt 2 242 Zusammenschlüsse zur Fusionskontrolle angemeldet. Damit wurde der bisherige Höchststand erreicht, ehe die Zahl der Anmeldungen im Jahr 2008 auf 1 675 Anmeldungen zurückging, vgl. Abbildung 1.

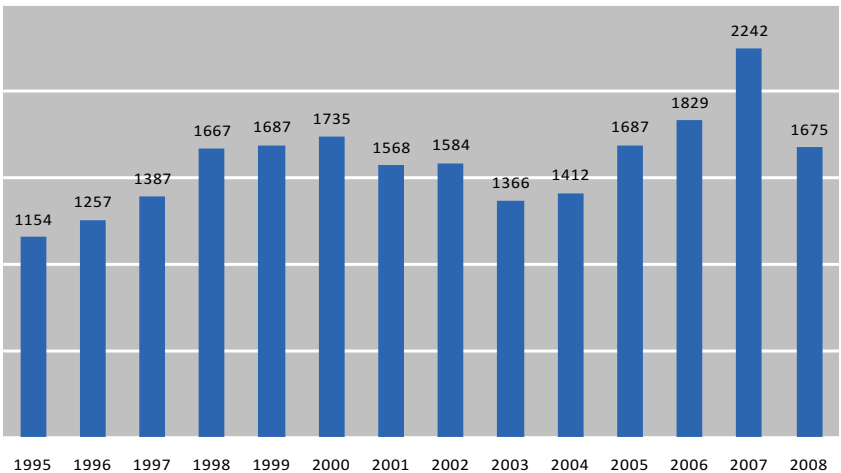


*Abbildung 1: Angemeldete Zusammenschlüsse 1995 bis 2008*

Für das Jahr 2009 zeichnet sich ein weiterer Rückgang ab. Neben der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise ist dies auf die Einführung einer weiteren Inlandsumsatzschwelle zurückzuführen, die im März 2009 in Kraft getreten ist. Es ist davon auszugehen, dass durch diese zusätzliche Inlandsumsatzschwelle insbesondere die Zahl der anmeldepflichtigen Auslandszusammenschlüsse merklich sinken wird. Der Schutz vor der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Unternehmen bleibt aber weiterhin gewährleistet, da durch die neue Regelung nur wettbewerblich wenig problematische Fusionen von der Anmeldepflicht entbunden werden.

## Entscheidungen im Hauptprüfverfahren

Der weit überwiegende Teil der angemeldeten Zusammenschlüsse kann innerhalb eines Monats im Vorprüfverfahren mit einer Freigabe abgeschlossen werden. Nur wenn eine Fusion wettbewerbliche Bedenken aufwirft, wird das Hauptprüfverfahren eingeleitet, das mit einer förmlichen Entscheidung (Verfügung) abgeschlossen wird.

Ergibt die Prüfung im Hauptprüfverfahren, dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, muss das Zusammenschlussvorhaben untersagt werden. Können die wettbewerblichen Bedenken durch z.B. die Veräußerung von Tochterunternehmen oder vergleichbare Zusagen ausgeräumt werden, kann die Fusion unter einer entsprechenden Auflage freigegeben werden. Führt der Unternehmenszusammenschluss hingegen nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung, wird die Fusion freigegeben.

Einen Überblick über die Entscheidungen im Hauptprüfverfahren in den Jahren 2007 und 2008 gibt die folgende Abbildung 2.

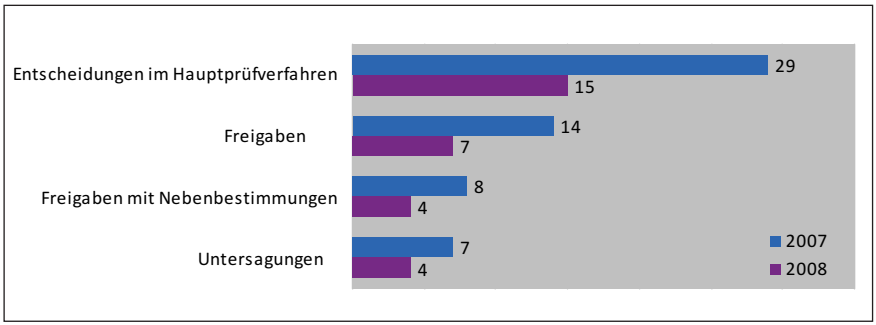


*Abbildung 2: Entscheidungen im Hauptprüfverfahren 2007/2008*

Folgende Zusammenschlussvorhaben sind 2007/2008 untersagt worden:

- Sulzer / Kelmix / Werfo
  Markt für Zweikomponentenkartuschen für medizinische Anwendungen und für Industrieanwendungen
  (Erledigungserklärung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf; Verfahren beendet)
- RWE Energy / SaarFerngas
  Gas- und Strommärkte
  (Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig)
- Phonak / Resound
  Herstellung und Vertrieb von Hörgeräten über den Hörgeräte-Akustikhandel
  (Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig)
- LBK / Mariahilf
  Krankenhausmarkt
  (Beschwerde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Urteil rechtskräftig)
- Cargotech / CVS Ferrari
  Markt für Reach Stacker (Greifstapler zur Abfertigung großer Container) und Markt für Straddle Carrier (Portalhubstapler zum Transport von Containern)
  (Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig)
- Faber / BAG / AML
  Asphaltmischgut
  (Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf nach Zurückweisung durch den Bundesgerichtshof (Bagatellmarkt); Urteil rechtskräftig)
- LRP / Lotto Rheinland-Pfalz
  Lotteriemarkt
  (Beschluss vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben; Entscheidung rechtskräftig)
- A-TEC Industries AG / Norddeutsche Affinerie AG
  Herstellung und Vertrieb sauerstofffreier Kupferstranggussformate
  (Beschwerde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Entscheidung rechtskräftig)
- Loose / Poelmeyer u.a.
  Sauermilchkäse
  (Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig)

- Intermedia / H&B
  Leser- und Anzeigenmarkt für Kosmetik-Fachzeitschriften
  (Untersagung bestandskräftig)
- Assa Abloy / SimonsVoss AG
  Elektronische und mechatronische Schließzylinder
  (Beschwerde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen)

Sämtliche förmliche Verfügungen im Hauptprüfverfahren sind unter der Internet-Adresse www.bundeskartellamt.de abrufbar. Über ausgewählte Fusionskontrollverfahren, die in der Vorprüfphase abgeschlossen wurden, informieren darüber hinaus die an gleicher Stelle veröffentlichten Fallberichte.

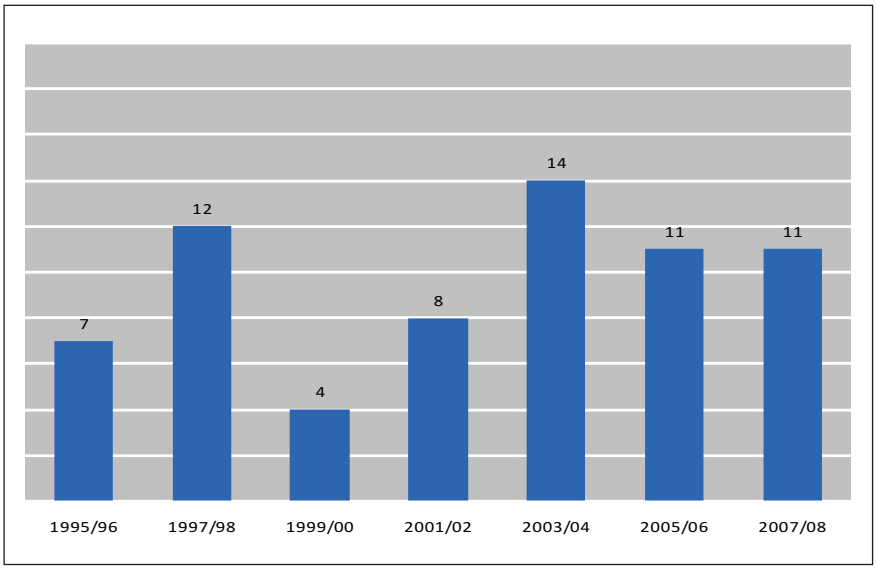


*Abbildung 3: Zahl der Untersagungen (nach Berichtszeiträumen)*

## b) Die wichtigsten Fälle

### Energie: E.ON/Stadtwerke Eschwege

Im November 2008 hat der Bundesgerichtshof die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2003 im Fall E.ON/Stadtwerke Eschwege bestätigt. Das Bundeskartellamt hatte untersagt, dass sich der E.ON-Konzern zu 33 % an den Stadtwerken Eschwege beteiligt. E.ON und RWE sind auf den bundesweiten Strommärkten, auf denen Stadtwerke und große Industrie-

kunden ihren Strom beschaffen, gemeinsam marktbeherrschend und bilden ein sog. marktbeherrschendes Duopol. Darüber hinaus haben beide Unternehmen die langjährige Geschäftsstrategie verfolgt, schrittweise Beteiligungen an Stadtwerken und sonstigen Stromversorgern zu erwerben, um den Absatz des von ihnen erzeugten Stroms an diese Versorgungsunternehmen langfristig abzusichern und die betroffenen Strommärkte gegen Wettbewerber abzuschotten.

Diese höchstrichterliche Bestätigung hat Bedeutung für künftige Verfahren der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht, in denen das Stromduopol von E.ON und RWE eine Rolle spielt.

## Kraftstoffsektor I: Shell/Hanseatic Petrol

Das Bundeskartellamt hat im März 2008 erstmals auch im Kraftstoffsektor eine gemeinsame Marktbeherrschung festgestellt. Anlass war der Fusionsfall Shell/Hanseatic Petrol: Der Mineralölkonzern Shell plante, sechs Tankstellen der mittelständischen Hanseatic Petrol Vertriebs GmbH in Ostdeutschland zu erwerben. In seiner Marktuntersuchung fand das Bundeskartellamt heraus, dass Shell gemeinsam mit den anderen integrierten Mineralölgesellschaften BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso und Total beim Absatz von Otto- und Dieselkraftstoff über Straßentankstellen marktbeherrschend ist.

Dies lässt zunächst der Marktanteil der Oligopolisten vermuten: Auf die fünf marktbeherrschenden Unternehmen entfallen 73% des deutschen Kraftstoffabsatzes. Auch andere Merkmale lassen darauf schließen, dass zwischen den marktbeherrschenden Unternehmen kein Wettbewerb herrscht: Die Tankstellenmärkte sind sehr transparent. Ähnlich wie die Stromversorger sind auch die Mineralölgesellschaften miteinander verflochten. Sie besitzen gemeinschaftlich Raffinerien, Pipelines und Tanklager. Aufgrund der ähnlichen Unternehmensstrukturen und -abläufe kann jedes Tankstellenunternehmen die Entscheidungen der anderen Oligopolisten und deren Auswirkungen auf den Unternehmenserfolg gut abschätzen. Schließlich sind die Oligopolisten voneinander abhängig, da sie miteinander Kraftstoffe tauschen, um Kraftstofftransporte über lange Strecken zu vermeiden: Weicht ein Unternehmen vom einheitlichen Verhalten ab, ist es für die anderen Oligopol-Mitglieder leicht, dieses dafür wirtschaftlich abzustrafen.

Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss Shell/Hanseatic Petrol jedoch nicht untersagt. Tankstellenmärkte sind regionale Märkte, da die Verbraucher meist zwischen Arbeitsort und Wohnort tanken. Die Wettbewerbsbedingungen auf den regionalen Tankstellenmärkten hätten sich nach dem Zusammenschluss nicht verschlechtert. Durch den Zusammenschluss hätte Shell auf den regionalen Tankstellenmärkten seine Marktanteile nur um deutlich weniger als

einen Prozentpunkt vergrößert. Auch konnte keine Strategie der gemeinsam marktbeherrschenden Tankstellengesellschaften festgestellt werden, andere Tankstellen zu kaufen, um die Absatzmärkte abzuschotten – wie es auf den bundesweiten Strommärkten bei den Energieversorgern E.ON und RWE der Fall war. Andernfalls hätte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagt.

### Kraftstoffsektor II: Total/OMV

Untersagt wurde dagegen im Frühjahr 2009 der Erwerb von 59 Tankstellen der OMV Deutschland GmbH in Sachsen und Thüringen durch die Total Deutschland GmbH. Dieses Vorhaben hätte die gemeinsame marktbeherrschende Stellung verstärkt, die die beteiligte Total mit den vier anderen oben genannten Mineralölgesellschaften innehat. Von dem Vorhaben waren insbesondere die Regionalmärkte Chemnitz, Dresden, Erfurt und Leipzig betroffen. Die gemeinsamen Marktanteile der marktbeherrschenden Unternehmen erreichten vor dem Zusammenschluss bis zu 72 % bei Ottokraftstoffen und bis zu 80% bei Dieselkraftstoff. Durch den Zusammenschluss wären sie je nach Marktgebiet auf bis zu 76% bis 81% bei Ottokraftstoffen bzw. auf 83% bis 88% bei Dieselkraftstoff gestiegen. Auf einzelnen Märkten betrugen die Marktanteilszuwächse mehr als 10%. Hätte Total das ostdeutsche Tankstellennetz von OMV übernommen, wäre mit OMV zudem einer der stärksten Wettbewerber des marktbeherrschenden Oligopols ausgeschaltet worden.

### Gemeinsame Marktbeherrschung im Zuckermarkt: Nordzucker/Danisco

Der Zusammenschluss zwischen Nordzucker und Danisco konnte unter der Bedingung, Unternehmensteile zu veräußern, freigegeben werden. Die deutsche Nordzucker AG („Nordzucker“) hatte geplant, die Zuckersparte des dänischen Unternehmens Danisco zu übernehmen. Betroffen war der deutsche Markt für Verarbeitungszucker für die Lebensmittelindustrie, auf dem Nordzucker und Südzucker gemeinsam marktbeherrschend sind (Duopol).

Mit dem Erwerb von Danisco wäre auch Daniscos deutscher Standort – die Zuckerfabrik Anklam – Nordzucker zugefallen. Die Duopolisten Nordzucker und Südzucker hätten ihre Marktanteile dadurch deutlich erhöht. Der Zusammenschluss konnte daher nur unter der Bedingung freigegeben werden, dass ein geeigneter unabhängiger Erwerber die Zuckerfabrik in Anklam in Mecklenburg-Vorpommern übernimmt.

## Lebensmitteleinzelhandel: EDEKA/Tengelmann

Im Sommer 2008 wurde ein von EDEKA und Tengelmann gemeinsam kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen vom Bundeskartellamt geprüft und nur unter Bedingungen freigegeben. Die Unternehmen beabsichtigten, ihre Discountketten Netto Marken-Discount und Plus zusammenzufassen und dann unter dem Namen ‚Netto Marken-Discount' weiter zu führen. Durch das Vorhaben haben sich beide Unternehmen auch beim Supermarktgeschäft – also EDEKA und Kaiser´s Tengelmann – zusammengeschlossen.

Um eine Untersagung zu vermeiden, haben EDEKA und Tengelmann Zusagen angeboten: Vor Vollzug des Zusammenschlusses sollten knapp 400 Standorte veräußert werden, um einen Marktanteilszuwachs in den betroffenen Regionalmärkten zu unterbinden, in denen der Zusammenschluss wettbewerbliche Bedenken aufwarf.

Der Zusammenschluss betrifft den deutschen Markt für den Lebensmitteleinzelhandel. Durch den Zusammenschluss fusionieren die Nummer 1 und die Nummer 5 im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. EDEKA übernimmt nicht nur einen nach seinem Vertriebskonzept engen Wettbewerber, sondern kann damit auch ihre regionale und bundesweite Marktabdeckung deutlich ausbauen. Wie kaum ein anderes Handelsunternehmen ist EDEKA in der Lage, verschiedene Kundengruppen abzudecken, wobei die Stärke des Unternehmens insbesondere im Bereich der Markenprodukte liegt. Mit dem Wegfall von Tengelmann verbleiben als nennenswerte Wettbewerber lediglich REWE und – mit Einschränkungen – die Schwarz-Gruppe (Kaufland, Lidl). Der bestehende Preiswettbewerb würde nicht ausreichen, um den Marktführer EDEKA wirkungsvoll in seine Schranken zu weisen.

Durch den ursprünglich geplanten Zusammenschluss hätte EDEKA zudem die Warenbeschaffung noch weiter bündeln können, die Abhängigkeiten der Lieferanten hätten sich noch weiter verschärft. Dies wiederum hätte EDEKA auf den Absatzmärkten weiter gestärkt. Daher war eine ebenfalls beabsichtigte Einkaufskooperation zwischen EDEKA und Kaiser´s Tengelmann kartellrechtlich bedenklich. Durch die angebotene Veräußerung von Standorten und die weiterhin getrennte Beschaffung für die Kaiser´s Märkte wächst jedoch das von EDEKA beschaffte Warenvolumen nur gering.

## Kabelfernsehen: Kabel Deutschland/Orion

Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch eine Fusion freigegeben werden, obwohl eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Hierzu müssen die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass unmittelbar

durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen eintreten und dass diese die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (sog. Abwägungsklausel).

Das Bundeskartellamt hat die Abwägungsklausel angewendet, als die Kabel Deutschland GmbH (KDG) Teilnetze der Orion-Gruppe erwerben wollte. Die KDG ist der größte Betreiber von Breitbandkabelnetzen in Deutschland. Zwar führte der Zusammenschluss zu einer Verschlechterung der Marktstrukturen auf den betroffenen Märkten im Bereich der Kabelfernsehübertragung, und zwar auf dem Einspeisemarkt, dem Endkundenmarkt und dem Signallieferungsmarkt. Der Zusammenschluss war jedoch freizugeben, da die Beteiligten nachgewiesen haben, dass der Zusammenschluss verbesserte Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Breitbandanschlüsse (Internet) und für schmalbandige Anschlüsse (Telefonie) herbeigeführt hat. Auf beiden Märkten ist die Deutsche Telekom AG (DTAG) marktbeherrschend.

Als Verbesserungswirkungen können nur solche Umstände berücksichtigt werden, die sich auf die Marktstruktur auswirken. Sie müssen durch den Zusammenschluss möglich werden und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und aufgrund des Zusammenschlusses eintreten. Alle diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt. Durch die Zusammenführung der Kabelnetze der Orion-Gruppe und der KDG war die KDG in der Lage, über 800 000 Haushalten erstmals Internet und Telefonie über das Breitbandkabel anzubieten. Zwei Netzebenen, nämlich die Netzebene des regionalen Kabelverteilnetzes und die sog. letzte Meile konnten zusammengeführt werden, so dass Anschlussprodukte besser abgesetzt werden konnten. Damit wurde ein struktureller Nachteil der Wettbewerber gegenüber der DTAG beseitigt. Schließlich waren die Verbesserungen (Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs) und die Bedeutung der festgestellten Verschlechterungen auf den Kabelmärkten gegeneinander abzuwägen. Im Ergebnis überwogen die Verbesserungswirkungen, insbesondere weil ihre strukturelle Bedeutung für die Wettbewerbsintensität auf den betroffenen Märkten gegenüber den Verschlechterungen auf den Kabelmärkten wettbewerblich höher zu bewerten war.

## 3. Im Fokus: Kartellbekämpfung

Kartelle sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen über wettbewerbsrelevante Parameter, wie z.B. Preise oder Liefergebiete. Sie sind in hohem Maße sozialschädlich, weil sie gezielt den Wettbewerb ausschalten. Der Gesetzgeber hat Kartelle im GWB daher grundsätzlich verboten. Auch das europäische Wettbewerbsrecht verbietet Kartelle in Artikel 81 des EG-Vertrages. Ein Kartell kann unter gewissen Umständen ausnahmsweise erlaubt, d.h. vom allgemeinen Kartellverbot freigestellt sein.[1] Hauptvoraussetzung für eine solche Freistellung ist, dass das Kartell mit Vorteilen verbunden ist, die ohne das Kartell nicht einträten. Gleichzeitig müssen die Verbraucher an den entstehenden Vorteilen angemessen beteiligt sein (§ 2 GWB, Artikel 81 Absatz 3 EG).

### a) Bußgeldverfahren gegen Kartellsünder

Die Bekämpfung von Verstößen gegen das Kartellverbot ist ein wichtiger Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes. In besonderem Maße gilt dies für die Verfolgung von sog. Hardcore-Kartellen, also Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen. Solche Hardcore-Kartelle stellen einen schweren Verstoß gegen das Kartellverbot dar, der mit hohen Bußgeldern geahndet werden kann, die bis zu 10 % des Gesamtumsatzes eines betroffenen Unternehmens reichen können. Das Bundeskartellamt verfolgt aufgedeckte Hardcore-Kartelle regelmäßig in Bußgeldverfahren. Hardcore-Kartelle sind nicht freistellungsfähig.

Das Bundeskartellamt hat sich für die Kartellverfolgung in den letzten Jahren gut gerüstet:

- Bereits im Jahr 2000 hatte das Bundeskartellamt eine Kronzeugenregelung für reuige Kartellanten, die sog. Bonusregelung, eingeführt. Danach können Kartellteilnehmer vollständig oder teilweise vom Bußgeld befreit werden, wenn sie wesentlich zur Aufdeckung eines Kartells beitragen und ihr kartellrechtswidriges Verhalten beenden. Hierdurch wird die Aufdeckung von Kartellen erleichtert. Im März 2006 wurde diese Bonusregelung überarbeitet und mit den entsprechenden Regelungen der übrigen europäischen Wettbewerbsbehörden harmonisiert.[2]

- Im September 2006 hat das Bundeskartellamt auf der Grundlage der novellierten Bußgeldregelungen nach der 7. GWB-Novelle 2005 Bußgeldleitlinien erlassen und damit seine Praxis bei der Bußgeldfestsetzung konkre-

1 Einen Beispielsfall finden Sie unter e).
2 Vgl. hierzu auch S. 35 f.

tisiert. Die Anwendung der neuen Vorschriften und der Bußgeldleitlinien hat gezeigt, dass Beweisschwierigkeiten, die sich aus dem vorher geltenden, sehr komplexen Bußgeldrahmen ergaben, beseitigt sind und die Unternehmen tendenziell höhere Bußgelder als bisher zu erwarten haben.

Der Erfolg spiegelt sich in den Zahlen wider:

- 2007 wurden beim Bundeskartellamt 41 Anträge auf Inanspruchnahme der Bonusregelung (Bonusanträge) in zwölf unterschiedlichen Kartellverfahren durch 33 Unternehmen gestellt.
- 2008 waren es 39 Anträge in 25 Fällen, die von 37 unterschiedlichen Unternehmen gestellt wurden.

Hieran zeigt sich, dass die Bonusregelung von zentraler Bedeutung für eine effektive Kartellbekämpfung geworden ist (siehe Abbildung 4).

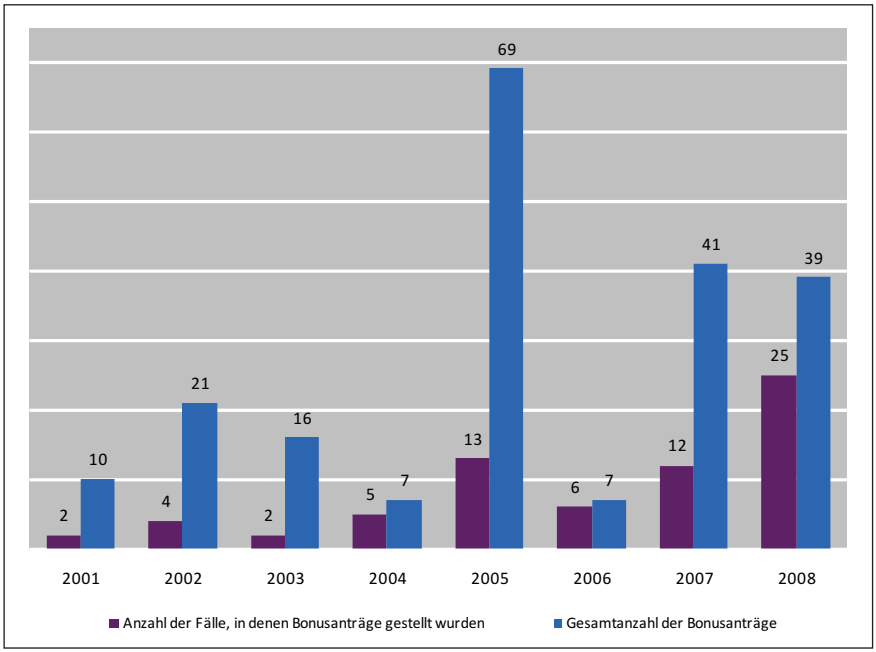


*Abbildung 4: Beim Bundeskartellamt gestellte Bonusanträge 2001 bis 2008*

Der Erfolg dieser Bonusregelung machte im Bundeskartellamt auch Veränderungen in personeller und struktureller Hinsicht erforderlich, die die Schlagkraft des Bundeskartellamtes in der Kartellbekämpfung nochmals erhöht haben.

- 2002 wurde die Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK) eingerichtet. Sie ist zentraler Ansprechpartner für alle, die die Bonusregelung in Anspruch nehmen wollen. Außerdem unterstützt die SKK die Beschlussabteilungen bei der Aufdeckung und Verfolgung verbotener Kartellabsprachen.

- 2005 wurde die 11. Beschlussabteilung eingerichtet, die – anders als die übrigen Beschlussabteilungen – branchenunabhängig ausschließlich für die Verfolgung von Hardcore-Kartellen zuständig ist. Die Schaffung einer derartigen Kartellabteilung hat ermöglicht, dass die Kartellverfolgung spezialisiert und die Expertise gebündelt werden konnte. Ende 2008 wurde mit der 12. Beschlussabteilung eine weitere Spezialabteilung geschaffen, die sich ausschließlich mit der Verfolgung von Hardcore-Kartellen befasst.

Auf diese Weise ist es gelungen, zahlreiche Kartelle aufzudecken, zu beenden und zu ahnden. Die vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder bewegen sich dementsprechend weiterhin auf hohem Niveau: 2007 wurden rund 434,8 Mio. Euro (davon 433 Mio. Euro gegen Unternehmen) und 2008 rund 313,7 Mio. Euro (davon 311 Mio. Euro gegen Unternehmen) an Bußgeldern verhängt, vgl. hierzu auch Abbildung 5.

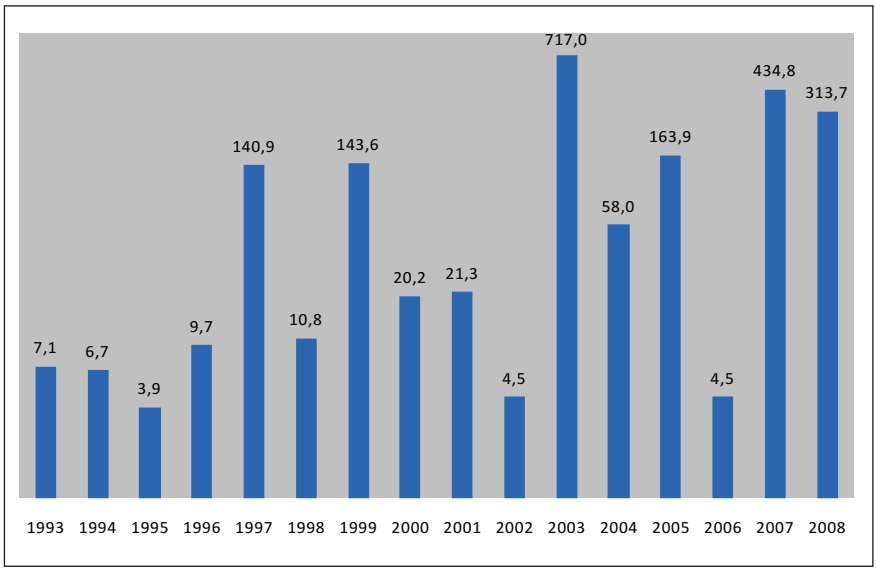


*Abbildung 5: Vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder (Gesamtsumme in Euro pro Jahr)*

## b) Wichtige Bußgeldverfahren:

Das Bundeskartellamt hat in zahlreichen Bußgeldverfahren Hardcore-Kartelle verfolgt. Die wichtigsten Kartellfälle mögen die geschilderte Entwicklung beispielhaft belegen. So sind in den Jahren 2007/2008 u.a. folgende Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen verfolgt worden:

### Dekorpapier

Nach einer Durchsuchung im November 2007 wurden bereits Ende Januar 2008 Bußgelder i. H. v. 62 Mio. Euro gegen drei Hersteller von Dekorpapier sowie gegen fünf Einzelpersonen verhängt. Den Unternehmen und Personen konnte eine Beteiligung an Preis- und Kapazitätsstilllegungsvereinbarungen im Zeitraum von mindestens 2005 bis 2007 nachgewiesen werden. Die Bußgelder sind rechtskräftig.

### Markendrogerieartikel

Das Bundeskartellamt hat außerdem im Jahre 2008 gegen sieben Markenhersteller von Drogerieartikeln sowie deren Vertriebsleiter Bußgelder i. H. v. insgesamt rund 37 Mio. Euro wegen abgestimmter Preiserhöhungen (18 Mio. Euro) sowie wegen des gegenseitigen Informationsaustauschs über den Stand der Jahresgespräche mit Einzelhändlern (19 Mio. Euro) verhängt. Die Unternehmen hatten zum Jahreswechsel 2005/2006 eine Anhebung der Listenpreise um etwa 5 % für Handgeschirrspülmittel, für Duschgel sowie für Zahncreme abgestimmt. Die betroffenen Marken liegen jeweils auf einem vergleichbaren Preisniveau und stehen deshalb besonders im Wettbewerb zueinander. Um die Preiserhöhungen beim Handel besser durchsetzen zu können, wurden sie mit einer Erhöhung der empfohlenen Endverkaufspreise verbunden. Dem Einzelhandel sollte so die Möglichkeit eröffnet werden, die Preiserhöhungen an den Endverbraucher weiterzugeben. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

### Quotenabsprachen in der Transportbetonbranche

Wegen Quotenabsprachen in der Transportbetonbranche hatte das Bundeskartellamt bereits 2005/2006 Bußgeldverfahren gegen insgesamt 92 Unternehmen im Raum München, Nürnberg/Fürth, Leipzig, Halle, sowie in der Region entlang der Bundesautobahn A 4 in Thüringen, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster, Rendsburg sowie in mehreren Markträumen des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern geführt. Die letzten dieser Bußgeldverfahren wurden 2007/2008 mit Bußgeldbescheiden abgeschlossen, in denen Geldbußen in einer Gesamthöhe von rund 4,1 Mio. Euro gegen 23 Unternehmen und

eine Einzelperson verhängt wurden. Damit beträgt die Gesamtsumme der in diesem Verfahren verhängten Geldbußen rund 12,7 Mio. Euro. Über die Einsprüche von zehn Unternehmen und der Einzelperson hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Frühjahr 2009 entschieden und dabei Bußgelder gegen neun Unternehmen und die Einzelperson in einer Gesamthöhe von rund 900.000 Euro verhängt. Drei Unternehmen haben Rechtsbeschwerde eingelegt.

## Flüssiggas

Eines der umfangreichsten Kartellverfahren hat das Bundeskartellamt gegen Unternehmen der Flüssiggasbranche geführt, das 2007/2008 mit hohen Bußgeldern abgeschlossen werden konnte. Wegen sog. Kundenschutzabsprachen verhängte das Bundeskartellamt Ende 2007 gegen sieben Unternehmen der Flüssiggasbranche und deren Geschäftsführer Bußgelder i. H. v. rund 208 Mio. Euro: Die Unternehmen hatten seit mindestens 1997 vereinbart, sich gegenseitig keine Kunden abzuwerben. Wechselwilligen Kunden wurde auf Nachfrage kein Preis oder nur ein überhöhter „Abschreckungspreis“ genannt. Abgesichert wurde die Kartellabsprache im Tankgasgeschäft durch ein System von „Wettbewerbsmeldungen“. Hierdurch erreichten die Unternehmen ein Preisniveau, das weit über dem kleinerer, sog. freier Anbieter lag. Die Bußgeldbescheide sind bislang nur teilweise rechtskräftig; gegen eine Reihe von Bußgeldbescheiden haben die betroffenen Unternehmen Einspruch erhoben.

## Auftausalz

Im Juni 2007 erhielt das Bundeskartellamt durch einen Bonusantrag Kenntnis von Absprachen zwischen Anbietern von Auftausalz in Süddeutschland. Hersteller von Auftausalz hatten in Baden-Württemberg und Teilen Bayerns seit Mitte der 1990er Jahre bei der Beschaffung von Auftausalz durch die öffentliche Hand ein Kundenschutz- und Gebietskartell vereinbart und durchgeführt. Zudem wurden Preise abgestimmt und sensible Marktinformationen ausgetauscht. Die wichtigsten Kunden für Auftausalz sind mit mehr als 80 % des Gesamtabsatzes die Autobahnmeistereien, Straßenbauämter sowie Landratsämter und Gemeindeverwaltungen. Daneben wird Auftausalz auch an gewerbliche und private Abnehmer vertrieben. Im August 2007 durchsuchten das Bundeskartellamt und die Staatsanwaltschaft München die beteiligten Unternehmen und mehrere Wohnungen. Im November 2008 wurde gegen eines der betroffenen Unternehmen eine Geldbuße i. H. v. 15,6 Mio. Euro verhängt. Diese Entscheidung ist rechtskräftig; die von der Staatsanwaltschaft München parallel geführten strafrechtlichen Verfahren wegen eines möglichen Submissionsbetruges gegen betroffene Einzelpersonen sind noch nicht abgeschlossen. Im Zuge der Ermittlungen hatten sich Hinweise auf ähnliche Absprachen in

nördlichen Bundesländern ergeben. Im Oktober 2007 wurden daher von Bundeskartellamt und der Staatsanwaltschaft München mehrere Standorte eines weiteren Auftausalzherstellers durchsucht. Dieses Verfahren dauert noch an.

### c) Kartellrechtswidrige Marktinformationssysteme

#### Markendrogerieartikel

Auch der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen Wettbewerbern kann den Wettbewerb beschränken und gegen das Kartellverbot verstoßen. Einen solchen Verstoß hat das Bundeskartellamt in dem bereits geschilderten Verfahren „Markendrogerieartikel“ festgestellt.

Das Bußgeldverfahren gegen die Hersteller von Markendrogerieartikeln betraf nicht nur abgestimmte Preiserhöhungen, sondern auch den gegenseitigen Informationsaustausch über den Stand der Jahresgespräche mit den Unternehmen des Einzelhandels. Die Markenartikelhersteller haben sich gemeinsam mit weiteren Unternehmen der Branche über mehrere Jahre an einem regelmäßigen Austausch von Informationen über die Verhandlungen mit Einzelhändlern beteiligt. Auf Sitzungen des Arbeitskreises „Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR) des Markenverbandes e.V. wurden Informationen über

- die zusätzlichen Rabattforderungen des Einzelhandels in den Jahresgesprächen oder in unterjährigen Verhandlungen,
- die darauf erfolgten zusätzlichen Rabattangebote der Lieferanten,
- den aktuellen Stand der Verhandlungen sowie
- die bevorstehende oder erfolgte Verständigung über bestimmte zusätzliche Rabatte

ausgetauscht.

Dieser Informationsaustausch der Markenartikelhersteller über den Stand der Jahresgespräche mit dem Handel hat den Geheimwettbewerb in Bezug auf einen wesentlichen Preisbestandteil beschränkt. Das widerspricht dem Grundsatz der Autonomie des Marktverhaltens und verstößt gegen deutsches und europäisches Kartellrecht. Die Information, in welchem Umfang Wettbewerber den zusätzlichen Rabattforderungen des Einzelhandels nachgeben, ist für jeden Marktteilnehmer für die Bestimmung der eigenen Verhandlungsstrategie im Wettbewerb von großem Interesse. Durch den Informationsaustausch entstand zumindest die Gefahr der Koordinierung des Marktverhaltens unter den Markenartikelherstellern.

Einige der hierzu verhängten Bußgeldbescheide sind rechtskräftig. Gegen den Bonusantragsteller wurde keine Geldbuße verhängt. Das Verfahren gegen wei-

tere Mitglieder des KWR ist noch nicht abgeschlossen. Der Arbeitskreis „KWR“ des Markenverbandes ist inzwischen aufgelöst worden.

### Parfümerie- und Kosmetikartikel

Ein weiterer Fall, in dem der Wettbewerb durch ein Informationssystem beschränkt wurde, betraf den Markt für hochwertige Parfümerie- und Kosmetikartikel:

Bußgelder i. H. v. rund 10 Mio. Euro verhängte das Bundeskartellamt gegen neun Hersteller hochwertiger Parfümerie- und Kosmetikartikel sowie gegen 13 Einzelpersonen. Seit mindestens 1995 tauschten sich die Betroffenen über etliche unternehmensinterne Informationen aus, wie z.B. Preisanhebungen, Umsatzzahlen, Werbeausgaben, Retouren und geplante Neueinführungen. Die Bußgeldbescheide sind zum Teil rechtskräftig, teilweise wurde Einspruch erhoben.

## d) Marktabschottung durch Rabattverträge von Medienagenturen

Hohe Bußgelder hat das Bundeskartellamt auch in einem Verfahren gegen zwei große Unternehmen verhängt, die Werbezeiten im Fernsehen vermarktet haben. Dem Bundeskartellamt ist es hier gelungen, Praktiken dieser TV-Werbezeitenvermarkter aufzudecken, die den Fernsehwerbemarkt für kleine, marktschwächere Fernsehsender abgeschottet haben. Das Bundeskartellamt hat gegen die TV-Werbezeitenvermarkter der Sender der RTL-Gruppe und der Sender von Pro7Sat.1 Geldbußen i.H.v. insgesamt 216 Mio. Euro verhängt.

Die Unternehmen hatten mit Media-Agenturen bzw. mit der werbetreibenden Industrie Rabattverträge über die Ausstrahlung von Fernsehwerbespots abgeschlossen. Den Media-Agenturen wurden erhebliche Rabatt- und sonstige Rückvergütungen gewährt, wenn diese bestimmte hohe Anteile ihres Werbebudgets bei der jeweiligen Sendergruppe platzierten. Die Media-Agenturen hatten aufgrund dieser Rabatte einen starken wirtschaftlichen Anreiz, ihr Budget bei den beiden großen Vermarktern und nicht bei kleineren Sendern zu platzieren. Hinzu kam, dass die Rabatte rückwirkend für das gesamte Budget gewährt wurden und nicht nur für den Teil, der über den Rabattschwellen liegt. Hierdurch wurde eine Sogwirkung entfaltet, die den Fernsehwerbemarkt für die kleineren, marktschwächeren Sender abgeschottet und den Marktzugang insgesamt erschwert hatte. Die Rabattverträge haben als sog. Vertikalvereinbarungen gegen deutsches (§ 1 GWB) und europäisches (Artikel 81 EG-Vertrag) Kartellrecht verstoßen. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig. Beide Sendergruppen haben mittlerweile neue Rabattsysteme eingeführt.

### e) Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga in der Spielzeit 2009/2010

Kartelle können nicht nur in einem Bußgeldverfahren geahndet werden. Insbesondere bei Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb von Hardcore-Kartellen besteht auch die Möglichkeit, in einem Verwaltungsverfahren zu prüfen, ob Vereinbarungen von Unternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen. Im Sommer 2008 hat das Bundeskartellamt beispielsweise geprüft, ob die zentrale Vermarktung der TV-Übertragungsrechte der Fußball-Bundesliga gegen das Kartellverbot verstößt. Denn durch die zentrale Vermarktung können Fernsehsender keine Rechte an einzelnen Spielen bzw. an Spielen eines einzelnen Vereins erwerben (Einzelvermarktung).

Die Deutsche Fußball Liga (DFL) hatte ein konkretes Konzept zur zentralen Vermarktung aller Spiele ihrer Vereine vorgelegt. Das Bundeskartellamt hielt dieses Konzept für ein Kartell.

Das Bundeskartellamt hat vor allem geprüft, ob das vorgelegte Modell vom Kartellverbot freigestellt werden kann.[3] Das vorgelegte Zentralvermarktungskonzept der DFL war aber nach Einschätzung des Bundeskartellamtes nicht freistellungsfähig. Einer der wesentlichen Vorteile der Zentralvermarktung ist die gebündelte Highlight-Berichterstattung über die Spieltage der Fußball-Bundesliga. Die Zentralvermarktung bereichert die Produktvielfalt, indem sie den Fernsehzuschauern die Möglichkeit eröffnet, sich in einem überschaubaren Zeitrahmen einen Überblick über die einzelnen Spielergebnisse zu verschaffen. Außerdem bietet die zeitnahe Highlight-Berichterstattung im Free-TV den Fernsehzuschauern eine allgemein verfügbare Wahlmöglichkeit und verhindert, dass die Fernsehsender, die von der DFL live-Übertragungsrechte erwerben und die entsprechenden Fußballspiele im Pay-TV ausstrahlen, die Preise für die entsprechenden Fernsehabonnements zu Lasten der Zuschauer überhöhen können.

Das von der DFL vorgelegte Ausschreibungsmodell hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu geführt, dass die Möglichkeiten einer zeitnahen Highlight-Berichterstattung begrenzt worden wären. Dies hätte sich zu Lasten der Fernsehzuschauer ausgewirkt: Fernsehsender, die Pakete von Senderechten erworben hätten, hätten die Abonnementspreise für Fußballübertragungen gegenüber den Fernsehzuschauern überhöhen können.

Das Bundeskartellamt hatte der DFL seine kartellrechtliche Einschätzung mitgeteilt und erläutert, weswegen das vorgelegte Konzept nicht mit dem Kartellrecht vereinbar ist. Der DFL stand es jederzeit frei, alternative Vermark-

3 Zu den Freistellungsvoraussetzungen siehe S. 17.

tungskonzepte zu erarbeiten, die den Freistellungsvoraussetzungen genügt hätten. Das vorgelegte Zentralvermarktungskonzept wurde nicht umgesetzt. Die von der DFL eingelegte Beschwerde gegen das Vorgehen des Bundeskartellamtes hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen. Die Ende 2008 durchgeführte Vergabe der TV-Übertragungsrechte durch die DFL berücksichtigte die Empfehlungen des Bundeskartellamtes, so dass ein weiteres Einschreiten nicht erforderlich war.

# 4. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

In Deutschland ist das Wirtschaftsleben nach dem Prinzip geordnet, dass sich jeder in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich frei entfalten und seine unternehmerischen Pläne verwirklichen kann. Wenn ein Unternehmen jedoch eine derart überragende Marktstellung innehat, dass es keinem wesentlichen Wettbewerb mehr ausgesetzt ist, sein Verhalten also nicht mehr durch den verbleibenden Wettbewerb in Schach gehalten werden kann, dann stellt das Kartellrecht besondere Regeln auf: Solche marktbeherrschenden Unternehmen dürfen ihre Marktstellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Marktbeherrschend können Unternehmen z.B. aus eigener Kraft durch Wachstum werden oder aus historischen Gründen sein (Energieversorgung, Telekommunikationsbranche). Marktbeherrschung ist also nicht verboten. Verboten ist allerdings deren Missbrauch, zum Beispiel wenn überhöhte Preise gefordert werden oder wenn andere, konkurrierende Unternehmen behindert werden. Daher ist eine besondere Verhaltenskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen erforderlich, damit diese ihre Markmacht nicht missbrauchen.

Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht dient dem Schutz des Wettbewerbs und zielt nicht primär auf Verbraucherschutz ab. Das Bundeskartellamt geht hierbei in erster Linie gegen Wettbewerbsverstöße vor, um nachhaltige wettbewerbliche Strukturen zu erhalten. Davon profitieren letztlich alle Marktakteure einschließlich der privaten Endverbraucher, indem sie optimal wirtschaften können.

## a) Energiemärkte

Das Bundeskartellamt hat 2007/2008 in der Missbrauchsaufsicht einen Schwerpunkt auf die Energiemärkte gelegt. Dies ist vor allem im Zuge der sog. Preismissbrauchsnovelle[4] geschehen, mit der der Gesetzgeber auch die Vorschriften im GWB für den Energiebereich verschärft hat.

Für die Energiewirtschaft wurde § 29 GWB neu eingeführt, der befristet bis 2012 gilt. Diese Vorschrift erleichtert es den Kartellbehörden, missbräuchlich überhöhte Preise in den Strom- und Gasmärkten zu verfolgen. Unter anderem wurde die Beweislast für überhöhte Preise in gewissem Umfang den betroffenen Unternehmen auferlegt.

4 Vgl. S. 8.

## Haushaltskundenversorgung mit Gas

Die neu geschaffene 10. Beschlussabteilung hat mit der verschärften Preismissbrauchsaufsicht speziell die Haushaltskundenversorgung mit Heizgas untersucht. In den Jahren 2007 und 2008 wurden erheblich gestiegene Gaspreise und zum Teil erhebliche Preisabstände zwischen einzelnen Versorgern beobachtet. Es kam hinzu, dass die Verbraucher ihre Gasversorger – anders als im Strombereich – bislang noch nicht flächendeckend wechseln können.

2008 hat das Bundeskartellamt gegen 35 Gasversorger eine großangelegte Untersuchung eingeleitet. Auch die Landeskartellbehörden haben in ihrem Bereich entsprechende Verfahren begonnen. Nur der kleinere Teil der Gasversorger fällt in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Die Gasversorger standen im Verdacht, auf den jeweils betroffenen Märkten für die Belieferung von Haushaltskunden mit Heizgas in den Jahren 2007 und 2008 missbräuchlich überhöhte Preise gefordert zu haben. Die Verfahren für das Jahr 2008 waren auf den neuen § 29 GWB gestützt, der erstmals für diesen Zeitraum angewandt werden durfte. Die Verfahren für 2007 fußten auf dem allgemeinen Missbrauchsverbot (§ 19 GWB).

Bei der Prüfung der Gaspreise wurde untersucht, ob sie erheblich von denjenigen vergleichbarer Unternehmen abweichen. Nur dann wären sie missbräuchlich gewesen. Maßstab für die Erheblichkeit war die regional unterschiedliche Wechselquote der Verbraucher, und damit die Wettbewerbsintensität auf den jeweiligen Gasmärkten. Auf diese Weise konnte die Missbrauchsaufsicht in Gebieten mit ausgeprägter Wettbewerbsintensität (wie z.B. Berlin oder Hamburg) entsprechend zurückgenommen werden. Dies bedeutet, dass in wettbewerbsintensiveren Märkten höhere Hürden gelten, um Preise als missbräuchlich einzustufen. Ergänzend hat das Bundeskartellamt darauf geachtet, dass in solchen Fällen Zusagen gemacht wurden, die geeignet sind, den örtlichen Wettbewerb zu beleben (z.B. Zugang zu einer detaillierten Gasnetzkarte, so dass neue Anbieter leichter Kunden gewinnen können).

Viele Unternehmen haben ihre hohen Gaspreise in den Verfahren des Bundeskartellamtes damit zu rechtfertigen versucht, dass andernfalls ihre Kosten nicht mehr gedeckt würden. Das Bundeskartellamt hat dies berücksichtigt, soweit alle Rationalisierungsreserven ausgeschöpft worden waren. Denn aus Gründen der Verhältnismäßigkeit konnten die Versorger nicht dazu gezwungen werden, ihre Leistungen zu nicht mehr kostendeckenden Preisen anzubieten.

Das Bundeskartellamt hat die Verfahren bis Ende 2008 erfolgreich abgeschlossen. Bei 30 Unternehmen hielt das Bundeskartellamt die Preise für missbräuchlich überhöht. Die Unternehmen haben gegenüber dem Bundeskartellamt finanziell wirksame Zusagen zugunsten der jeweiligen Kunden im Um-

fang von knapp 130 Mio. Euro abgegeben (Preissenkungen, verschobene Preiserhöhungen). Zusätzlich wurden die Verbraucher um rund 230 Mio. Euro entlastet, da die Gasversorger auf die Weitergabe von gestiegenen Gasbezugskosten verzichtet haben. Die Gasversorger durften die Preissenkungen nicht im Rahmen späterer Preismaßnahmen im Jahr 2009 kompensieren. Die Rückerstattungen an die Kunden sind zwischenzeitlich erfolgt bzw. erfolgen teilweise noch und werden vom Kartellamt überprüft. Nach derzeitigem Stand kann zudem festgestellt werden, dass alle Unternehmen die Gutschriften an die Kunden nicht wieder über spätere Preiserhöhungen „hereingeholt“ haben und auch nicht „hereinholen“ werden.

## Strommärkte I: Stromerzeugung, Stromgroßhandel

Im Stromsektor bildet die Erzeugungs- und Großhandelsebene den Schwerpunkt der Aktivitäten des Bundeskartellamtes. Die dominierende Stellung von RWE und E.ON auf der Erzeugungsebene und ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung auf den bundesweiten Strommärkten, auf denen Stadtwerke, Stromhändler und große Industriekunden ihren Strom beschaffen,[5] ist nach wie vor eine große Hürde für einen funktionierenden Wettbewerb. Hinzu kommt, dass ausländische Stromproduzenten nur unzureichenden Marktzutritt haben, so dass auch der Stromgroßhandel bislang hauptsächlich von den etablierten nationalen Erzeugern, allen voran RWE und E.ON, dominiert wird. Das Bundeskartellamt analysiert daher die Erzeugungsstufe und auch den nationalen Stromgroßhandel in einer sog. allgemeinen Sektoruntersuchung.

In der Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel untersucht das Bundeskartellamt die Mechanismen für die Preisbildung auf den Stromgroßhandelsmärkten und die Situation des deutschen Stromimports und -exports. Geprüft wird außerdem, ob es Hinweise dafür gibt, dass Stromerzeuger Kapazitäten missbräuchlich zurückhalten und dadurch die Strompreise in die Höhe treiben. Diese Untersuchung ist ergebnisoffen und richtet sich nicht gegen einzelne Unternehmen. Sollten sich aber Anhaltspunkte für Verstöße einzelner Marktteilnehmer gegen das Wettbewerbsrecht ergeben, kann das Bundeskartellamt kartellrechtliche Verfahren einleiten.

## Strommärkte II: Stromversorgung von Haushaltskunden

Auf den Märkten für die Grundversorgung der Haushalts- und Kleingewerbekunden (sog. Standardlastprofilkunden) mit Strom sind die etablierten Ver-

5 Vgl. S. 12 f.

sorger – häufig Stadtwerke – regelmäßig marktbeherrschend. Ein Einschreiten hält das Bundeskartellamt in diesem Segment jedoch aus folgenden Gründen nicht für zielführend:

Zum einen können die Verbraucher – anders als die Gaskunden – selbst aktiv werden und ihren Anbieter wechseln, wenn sie mit dem bisherigen Stromlieferanten unzufrieden sind. Leider nutzen die Kunden ihre Möglichkeiten bislang noch viel zu wenig, so dass die Wechselquoten noch immer sehr gering sind. Da sich konkurrierende Stromanbieter an den Preisen des jeweiligen örtlichen Grundversorgers orientieren, kann ein kartellrechtliches Eingreifen den Wettbewerb sogar behindern statt fördern. Denn neue Wettbewerber haben bei einem hohen Preisniveau einen höheren Anreiz, als Anbieter tätig zu werden. Sie haben dann die Möglichkeit, die hohen Preise des etablierten Anbieters zu unterbieten, gewinnen wechselbereite Kunden und können sich auf diese Weise im Markt halten. Muss der marktbeherrschende Anbieter seine Preise auf behördliche Anordnung senken, verlieren die neuen Anbieter ihren Wettbewerbsvorteil.

Zum anderen ist der Spielraum für Preissenkungen und Eingriffe des Bundeskartellamtes begrenzt: Die Stromkosten setzen sich zu ca. 41 % aus Steuern und staatlichen Abgaben und zu ca. 31 % aus Netzkosten (die von der Bundesnetzagentur vorgegeben werden) zusammen. 72 % der Kosten sind somit staatlich veranlasst bzw. reguliert. Weitere 4 % der Stromkosten entfallen auf die Messung und Abrechnung, so dass lediglich ein Anteil am Strompreis von nur 24 % von den Unternehmen beeinflussbar ist (sog. Marge). Nur diesen Teil der Haushaltsstromkosten könnten die Kartellbehörden überprüfen. Das Bundeskartellamt konzentriert sich im Strombereich daher auf die dem Haushaltsstrom vorgelagerte Erzeugerebene, um für mehr Wettbewerb auf den Energiemärkten zu sorgen.

## b) Lebensmittel

### Lebensmittelverkäufe unter Einstandspreis

Die Preismissbrauchsnovelle vom 22. Dezember 2007 hat auch Änderungen für die Missbrauchsaufsicht über den Lebensmittelhandel mit sich gebracht.[6]

Lebensmittelhändlern, die gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern über eine überlegene Marktstellung verfügen, ist es grundsätzlich verboten, Waren unter dem Einstandspreis zu verkaufen. Das heißt, die Unternehmen dürfen Waren nicht günstiger verkaufen als sie sie eingekauft haben. Diese

6 Siehe S. 8.

Vorschrift dient dem Schutz wettbewerblicher Strukturen. Denn Verkäufe unter Einstandspreis können dazu führen, dass kleinere Wettbewerber vom Markt verdrängt und die Marktstrukturen nachhaltig geschädigt werden.

Unter das Verbot fielen bis zum Dezember 2007 nur Unter-Einstandspreis-Angebote, die auf Dauer und „nicht nur gelegentlich“ angelegt waren. Kurzfristige Werbeaktionen wie Einführungspreise bei Geschäftseröffnung oder sporadische Sonder- oder Lockvogelangebote waren also erlaubt. Dies ist nach der Gesetzesänderung im Jahr 2007 nun anders: Auch ganz kurzfristige Unter-Einstandspreis-Verkäufe von Lebensmitteln sind verboten. Ausnahmen sind nur sehr begrenzt möglich,[7] etwa wenn Waren zu verderben drohen, bei einer erwarteten Insolvenz oder bei einer Schließung des Geschäfts.

Seitdem die neue Vorschrift in Kraft getreten ist, hatte sich das Bundeskartellamt mit zahlreichen Eingaben auseinanderzusetzen, die Handelsunternehmen einen Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis vorwarfen. Betroffen waren insbesondere Milchprodukte, Getränke und Fleischwaren. Das Bundeskartellamt konnte aber bei den meisten Beschwerden keine Hinweise finden, die ein Verfahren gerechtfertigt hätten. Zumeist konnten die beschuldigten Unternehmen mit Rechnungen belegen, dass die Einstandspreise unterhalb der Angebotspreise lagen. In einigen Fällen dauern die Ermittlungen jedoch noch an.

## Milchboykott

Im November 2008 hatte der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter e.V. (BDM) im Rahmen der „Milchpreisoffensive 2008“ die Milchviehhalter zum Boykott der Molkereien aufgerufen. Nach dem GWB ist es Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verboten, andere Unternehmen zu Liefer- oder Bezugssperren zu veranlassen. Der BDM hat daher mit seinem Aufruf gegen dieses sog. Boykottverbot des § 21 Absatz 1 GWB verstoßen.

Der BDM hatte die Milchviehhalter in Deutschland aufgerufen, Molkereien nicht zu beliefern und vor ausgewählten Molkereien zu demonstrieren. Hierdurch und mit anderen Maßnahmen wollte der BDM einen bundesweit einheitlichen Mindestpreis von 43 Cent/kg für Milch durchsetzen und die Molkereien zwingen, die Milchmenge zu drosseln, um das Angebot zu verknappen und den Preis in die Höhe zu treiben. In Folge des Aufrufs haben Milchviehhalter bundesweit zahlreiche Molkereien nicht mehr mit Milch beliefert. Teilweise konnten Milch und Milchprodukte aufgrund der Blockaden nicht an-

7 Näheres ist geregelt in § 20 Abs. 4 Satz 3 GWB.

und ausgeliefert werden. Das hat zu wirtschaftlichen Nachteilen der Molkereien geführt.

Der BDM konnte den Boykottaufruf nicht durch Gründe rechtfertigen, die das Kartellrecht anerkennt. Ein bundesweiter Einheitspreis hätte zu einem Kartell über alle Marktstufen (Milchviehhalter, Molkereien und Handel) geführt. Dadurch wäre der Wettbewerb ausgeschaltet worden. Für die Verbraucher hätte sich dies in höheren Preisen ausgewirkt.

In diesem Fall hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass der Boykottaufruf gegen das GWB verstoßen hat. Sollte der BDM in vergleichbarer Weise zukünftig erneut gegen das Kartellrecht verstoßen, hat er mit einem Bußgeldverfahren zu rechnen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt.

# 5. Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden

## a) Fünf Jahre European Competition Network

Die europäischen Wettbewerbsbehörden sind seit nunmehr fünf Jahren im „European Competition Network“ (ECN) zusammengeschlossen.

Dieses Netzwerk ermöglicht es der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden, ihr Handeln bei der Kartellverfolgung und der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zu koordinieren. Über das ECN kann ein Fall, der mehrere Mitgliedstaaten – gegebenenfalls unterschiedlich stark – betrifft, der für die Prüfung am besten geeigneten Behörde zugeordnet werden. Außerdem findet ein umfassender Informationsaustausch statt und die Wettbewerbsbehörden unterstützen sich bei Durchsuchungen. Im Zeitraum 2007/2008 führte das Bundeskartellamt beispielsweise schriftliche und mündliche Zeugenvernehmungen für die tschechische und für die niederländische Wettbewerbsbehörde durch. Auch versandte das Bundeskartellamt Auskunftsersuchen an Unternehmen im Auftrag von anderen nationalen Wettbewerbsbehörden.

In den Jahren 2007 und 2008 wurden insgesamt 205 Fälle zwischen den ECN-Wettbewerbsbehörden koordiniert. Probleme bei der Fallverteilung zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt tauchten kaum auf. Einen Fall gab das Bundeskartellamt an die Europäische Kommission ab, einen Fall die Europäische Kommission an das Bundeskartellamt, in einem weiteren Fall entschieden sich Bundeskartellamt und Kommission vorläufig für ein paralleles Vorgehen. Das Bundeskartellamt stimmte sich darüber hinaus in einer Reihe von Verfahren eng mit anderen ECN-Wettbewerbsbehörden ab. Zahlreiche Kontakte innerhalb des ECN fanden auch auf informeller Ebene statt. Besonders häufig waren dabei Befragungen nach der Entscheidungspraxis bzw. der Rechtsauffassung anderer Wettbewerbsbehörden. In den Jahren 2007 und 2008 sind über 130 solcher Anfragen beim Bundeskartellamt eingegangen.

Im April 2009 hat die Europäische Kommission einen Bericht vorgelegt, der es der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, über etwaigen Verbesserungsbedarf der zugrundeliegenden gemeinschaftsrechtlichen Kartellverfahrensverordnung (Verordnung (EG) 1/2003) zu diskutieren.

Vor dem Hintergrund der Kooperationsmöglichkeiten der EU-Wettbewerbsbehörden hat auch die gemeinsame Kartellbekämpfung auf europäischer Ebene eine steigende Bedeutung erlangt. Hier sind die Wettbewerbsbehörden be-

strebt, die Kartellbekämpfung durch möglichst einheitliche Regelungen effektiver zu gestalten. So hat eine Arbeitsgruppe innerhalb des ECN ein Modell für ein Kronzeugen-Programm (englisch: „Leniency-Programme“) entwickelt, in dem sich die Wettbewerbsbehörden auf einen einheitlichen Standard für die Behandlung von Bonusanträgen geeinigt haben.[8] Die Behörden haben sich zudem in dem Programm verpflichtet, ihre Vorschriften an das Modell-Programm anzupassen bzw. – soweit sie noch kein eigenes Programm haben – ein solches nach dessen Vorbild zu erlassen. Sowohl das neue Leniency-Programm der Europäischen Kommission als auch die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes bauen auf dem ECN Modell-Leniency-Programm auf.

### b) Missbrauchsaufsicht

In den Jahren 2007 und 2008 setzte sich die wettbewerbspolitische Diskussion um die kartellrechtliche Beurteilung missbräuchlicher Behinderungsstrategien marktbeherrschender Unternehmen fort. Hier hatte die Europäische Kommission im Jahr 2005 ein Diskussionspapier zur Anwendung des Missbrauchsverbots in Artikel 82 EG-Vertrag veröffentlicht. Ursprünglich sollte das Diskussionspapier in Leitlinien zur Auslegung des europäischen Missbrauchsverbotes münden, nach denen sich sowohl die Unternehmen als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden hätten richten sollen. Angesichts der kontroversen Diskussion zu den Kommissionsvorschlägen im ECN wurde zuletzt anstelle der Leitlinien jedoch lediglich eine Bekanntmachung veröffentlicht, in der die Kommission ihre Prioritäten bei der Durchsetzung des Missbrauchsverbotes erläutert, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie einen Missbrauchsfall aufgreifen und Maßnahmen gegen den missbräuchlich handelnden Marktbeherrscher ergreifen würde (Prioritätenpapier).[9] Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass das Prioritätenpapier die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte weder mit Blick auf deren Ermessensausübung noch mit Blick auf die Ziele und die Auslegung von Artikel 82 EG bindet.

Das Bundeskartellamt begreift das Prioritätenpapier gleichwohl als einen bedeutenden Diskussionsbeitrag in der fortdauernden Debatte um die „richtige“ Auslegung von Artikel 82 EG-Vertrag und unterstützt grundsätzlich die Bemühungen der Europäischen Kommission um eine schlüssige Anwendung von Artikel 82 EG-Vertrag. Dennoch sieht das Bundeskartellamt einzelne Punkte kritisch. Dies betrifft insbesondere den Ansatz, die Missbrauchsaufsicht sehr

8 Zur Kronzeugenregelung, der sog. Bonusregelung, siehe auch S. 17 f.

9 „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“, abrufbar im Internet unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html.

stark auf den Verbraucherschutz auszurichten, also jeweils umfassend die positiven und negativen Auswirkungen eines Wettbewerbsverhaltens auf die Verbraucher zu ermitteln. Dieser Ansatz stellt deutlich höhere Anforderungen an den Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens als dies nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erforderlich ist. Nach dem Verständnis des Bundeskartellamtes sowie in der europäischen Rechtsprechung steht der Schutz des Wettbewerbs im Vordergrund, ohne dass in jedem Einzelfall nachteilige Auswirkung auf die Verbraucher nachgewiesen werden müssten.

### c) Weißbuch der Europäischen Kommission zu privaten Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts

Die Europäische Kommission hat am 3. April 2008 ein Weißbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des europäischen Kartellrechts vorgelegt. Es enthält Vorschläge, um Kartellrechtsverstöße im Wege privater Schadensersatzklagen besser verfolgen zu können. Die Europäische Kommission geht bei ihrem Vorhaben davon aus, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten unzureichend ist.[10]

Dies gilt für Deutschland allerdings nicht. Hier konnte bereits mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 eine deutliche Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen erzielt werden. In den zurückliegenden Jahren ist in Deutschland eine spürbare Zunahme privater Klageaktivitäten zu verzeichnen. Die durch Kartellverstöße Geschädigten gehen in zunehmendem Maß gegen solche Unternehmen vor und setzen ihre Rechte auf dem Zivilrechtsweg durch. Das belegen Erhebungen des Bundeskartellamtes. Zwischen 2004 und 2007 sind insgesamt 1 057 Kartellzivilverfahren geführt worden. 301 Fälle davon waren Kartellschadensersatzklagen. Weitergehende gesetzgeberische Maßnahmen auf europäischer Ebene sind somit nicht erforderlich.

Private Schadensersatzklagen im Rahmen von Kartellzivilverfahren spielen für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts eine flankierende Rolle, sie können aber die Kartellbekämpfung durch die Wettbewerbsbehörden nicht ersetzen. Das Ziel des Weißbuches, den durch den Kartellrechtsverstoß verursachten individuellen Schaden des Einzelnen wieder gutzumachen, ist zwar grundsätzlich richtig. Die Europäische Kommission fordert in einem Weißbuch allerdings eine tiefgreifende Umgestaltung des Kartellzivilverfahrens und damit der bewährten nationalen Zivilrechtsordnungen. Das Bundeskartellamt hält einige Vorschläge für unvereinbar mit wesentlichen Grundgedanken der deut-

10 Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 2. April 2008, KOM (2008) 165 endg., S. 2.

schen Rechtsordnung: Eine anonyme Verbandsklage, wie sie die Europäische Kommission vorschlägt, nimmt dem einzelnen Geschädigten die Möglichkeit, über seinen Schadensersatzanspruch selbst zu verfügen. Das ist ein Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie. Der im Weißbuch vorgeschlagene Ausforschungsbeweis („discovery“) birgt ein hohes Missbrauchspotential, unter anderem zur Ausspähung von Geschäftsgeheimnissen. In Deutschland ist daher mit gutem Grund ein Ausforschungsbeweis aus dem Zivilverfahren ausgeschlossen. Ein weiterer wichtiger Einwand gegen die Vorschläge der Europäischen Kommission ist, dass die geplanten Rechtsänderungen ganz erheblich der Effektivität der Kartellverfolgung durch die Wettbewerbsbehörden schaden. Ein Unternehmen wird es sich gründlich überlegen, ob es sich als Kronzeuge zur Aufdeckung eines Kartells, an dem es beteiligt ist, bei den Wettbewerbsbehörden meldet und einen Bonusantrag stellt. Denn ein Bonusantrag dürfte sich kaum rechnen, wenn das Unternehmen gleichzeitig zivilrechtliche Schadensersatzansprüche riskiert, die an die Höhe des erlassenen Bußgeldes reichen und es sogar übersteigen können.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, das Bundesministerium der Justiz, das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und das Bundeskartellamt haben sich daher aus prinzipiellen Erwägungen in einer gemeinsamen Stellungnahme gegen die geplanten Sonderregelungen für das nationale Schadensersatzrecht ausgesprochen. Auch aus den Reihen des Europäischen Parlaments wird der Ansatz der Europäischen Kommission kritisch gesehen. Die Diskussion darüber, ob und wie die Vorschläge der Europäischen Kommission umgesetzt und in eine Richtlinie zur Umsetzung durch die Parlamente der Mitgliedstaaten gegossen werden sollen, ist noch nicht abgeschlossen.

### d) Auslaufende Gruppenfreistellungsverordnungen

Das Bundeskartellamt war auch mit der Überarbeitung einer Reihe sog. Gruppenfreistellungsverordnungen befasst. Diese Art von EU-Verordnungen stellt Gruppen von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vom Kartellverbot frei, weil man davon ausgehen kann, dass ihr Nutzen die mit einer Wettbewerbsbeschränkung einhergehenden Nachteile im Ergebnis überwiegt. Sie konkretisieren damit die Freistellungsvoraussetzungen, die das deutsche sowie das europäische Kartellverbot in identischer Form vorsehen.

Von besonderer Bedeutung ist die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen,[11] die im Mai 2010 ausläuft. Mit vertikalen Vereinbarun-

11 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

gen sind insbesondere Vertriebs- oder Bezugsvereinbarungen gemeint, die zwischen nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen werden (z.B. zwischen einem Hersteller und seinen Vertriebshändlern). Die Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung sowie der dazugehörigen Leitlinien der Europäischen Kommission zu vertikalen Vereinbarungen ist Gegenstand der ECN-Arbeitsgruppe „Vertical Restraints“.

Auch eine Reihe weiterer Gruppenfreistellungsverordnungen laufen aus. Hierzu zählen unter anderem die Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen im Versicherungssektor und die Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor. Auch hier ist das Bundeskartellamt gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in die Beratungen auf europäischer Ebene eingebunden.

# 6. Internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden

## a) Internationale Kooperationen

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden wird mit der zunehmenden Internationalisierung der Märkte immer wichtiger. Neben der bilateralen Zusammenarbeit bestehen einige herausragende multilaterale Foren und Netzwerke, in denen Wettbewerbsbehörden Fragen der Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips diskutieren und Erfahrungen austauschen. Zu nennen sind hier insbesondere das International Competition Network (ICN), die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) und die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

### Zusammenarbeit im International Competition Network (ICN)

Das International Competition Network (ICN) ist ein informelles Netzwerk von Wettbewerbsbehörden. Es wurde im Jahr 2001 von 14 Wettbewerbsbehörden (darunter das Bundeskartellamt) gegründet und ist seitdem kontinuierlich auf inzwischen 107 Mitgliedsbehörden angewachsen. Die Zusammenarbeit der Mitgliedsbehörden im ICN erfolgt projektbezogen in Arbeitsgruppen, die sich insbesondere den zentralen Säulen der Wettbewerbsaufsicht (Kartellverfolgung, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle) widmen. Daneben gibt es auch Arbeitsgruppen zu Querschnittsthemen wie der Werbung für das Wettbewerbsprinzip („competition advocacy“) oder der Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung. Unterstützung bei der Projektarbeit leisten sog. Non-Governmental Advisors (NGAs; dies sind Experten des Kartellrechts und der Wettbewerbsökonomie außerhalb von Wettbewerbsbehörden, wie Hochschullehrer und Rechtsanwälte). Die Ergebnisse der Arbeitsgruppen werden auf der jährlich stattfindenden ICN-Konferenz[12] diskutiert und zur Verabschiedung gestellt; sie sind im Internet abrufbar unter: www.internationalcompetitionnetwork.org.

Das Bundeskartellamt engagiert sich in allen Arbeitsgruppen des ICN. Zusammen mit der US-amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) leitet es die Arbeitsgruppe zu Fragen der Missbrauchsaufsicht. Diese Arbeitsgruppe hatte sich zunächst mit den Zielen befasst, die die Mitgliedsbehörden in der Missbrauchsaufsicht verfolgen. Darauf aufbauend wurden Empfehlungen zu den Prüfkriterien für Marktbeherrschung erarbeitet. Thema der letzten Jahre war

12 2007 fand die ICN-Jahreskonferenz in Moskau/Russische Föderation statt, 2008 in Kyoto/Japan.

vor allem die Behördenpraxis bei der Behandlung von bestimmten potentiell missbräuchlichen Verhaltensweisen.[13]

Die Arbeitsgruppe Kartelle[14] hat sich unter anderem mit Fragen der Festsetzung von Bußgeldern befasst und daneben die Arbeit an einem Handbuch zur Kartellverfolgung (ICN Anti-Cartel Enforcement Manual) fortgesetzt.[15]

Die Arbeitsgruppe Fusionskontrolle[16] hat sich unter anderem mit den Aufgreifkriterien befasst, die für die Einleitung eines Fusionskontrollverfahrens gelten. Außerdem wurden bestimmte Fragen der materiellen Fusionskontrolle thematisiert, die in Empfehlungen zu Grundsätzen der Fusionskontrolle, der Bedeutung von Marktanteilen in der Fusionskontrolle, sowie der Bedeutung von Marktzutrittsschranken mündeten.

## Zusammenarbeit in der OECD

Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wirken außerdem regelmäßig an den Tagungen des Wettbewerbsausschusses der OECD und dessen Arbeitsgruppen „Wettbewerb und Regulierung“ sowie „Internationale Zusammenarbeit“ mit. Diese Tagungen, die seit 1967 drei Mal im Jahr stattfinden, behandeln Fragen der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbsökonomie. Seit 2001 findet im Zusammenhang mit einer dieser jährlichen OECD-Sitzungen das „Global Forum on Competition“ statt. Diese Konferenz führt die OECD-Mitglieder mit Nichtmitgliedern – insbesondere Entwicklungs- und Transformationsländer – zum Dialog über globale Wettbewerbsfragen zusammen.

Bei den Diskussionsrunden der OECD-Tagungen, die durch schriftliche Beiträge des OECD-Sekretariats wie der Mitgliedstaaten vorbereitet wurden, lag in den vergangenen zwei Jahren der Schwerpunkt auf grundsätzlichen Fragen der Arbeit von Kartellbehörden, beispielsweise der Vermittlung von komplexen ökonomischen Theorien in Gerichtsverfahren oder den Schnittstellen von Wettbewerb und Verbraucherschutz. Weitere Diskussionsrunden betrafen wettbewerbliche Einzelaspekte (z. B. die Berücksichtigung von Minderheitsbeteiligungen und Verflechtungen in der Wettbewerbsaufsicht) sowie sektorspezifische Fragestellungen (z. B. Mineralölwirtschaft).

13 Hierzu fand 2009 in Washington, D.C./USA ein Workshop statt.
14 2007 Workshop in San Salvador/El Salvador und 2008 Workshop in Lissabon/Portugal.
15 Das sukzessive erarbeitete Handbuch umfasst inzwischen die Kapitel Verfahrenseinleitung, Verfahrensführung, Vernehmung, Durchsuchungen, Bonusregelung und Zugriff auf elektronische Daten.
16 2007 Workshop in Dublin/Irland und 2008 Workshop in Brünn/Tschechische Republik.

### Zusammenarbeit in der UNCTAD

Die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) unterstützt die Entwicklungsländer bei ihrer Integration in das Welthandelssystem und setzt sich entsprechend auch mit wettbewerbsrechtlichen und -politischen Fragestellungen auseinander. Das Bundeskartellamt wirkt regelmäßig an der jährlich ausgerichteten UNCTAD-Konferenz der Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy mit.

## b) Bilaterale Beziehungen und internationale Beratung

Mit den Partnerbehörden der multilateralen Kooperationen in OECD, ICN und UNCTAD pflegt das Bundeskartellamt auch engen bilateralen Kontakt. Gemeinsame Sitzungen und Beratungen zu aktuellen Wettbewerbsfragen fanden mit einer Reihe von Partnerbehörden aus Europa, aber auch darüber hinaus, statt.

Das Bundeskartellamt engagiert sich zudem seit vielen Jahren in der internationalen technischen Beratung, die dem Aufbau wettbewerbsrechtlicher Ordnungen dient. Dies sind insbesondere Projekte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), der Gesellschaft für Internationale Weiterbildung und Entwicklung (InWEnt) sowie der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ). In den vergangenen Jahren entsandte das Bundeskartellamt im Rahmen von Förderprojekten Langzeit- und Kurzzeitexperten nach Polen, Mazedonien, Kroatien, Rumänien, Jordanien und Marokko. Auch Serbien wird bei dem Aufbau einer Wettbewerbsbehörde unterstützt. Die OECD und die Technical Assistance Information Exchange Unit (TAIEX) der Europäischen Union führten in mittel- und osteuropäischen Staaten eine Reihe von Fachveranstaltungen durch, an denen sich das Bundeskartellamt ebenfalls beteiligte.

## c) Internationale Veranstaltungen des Bundeskartellamtes

Mit einem Festakt wurde am 15. Januar 2008 in Bonn das 50-jährige Jubiläum des GWB und des Bundeskartellamtes begangen. Am 1. Januar 1958 war das GWB nach langjährigen Diskussionen und Auseinandersetzungen in Kraft getreten und das Bundeskartellamt nahm seine Arbeit auf. Mehr als 500 Teil-

nehmer aus dem In- und Ausland wohnten der Feierstunde zum Jubiläum bei und blickten auf ein halbes Jahrhundert unserer Wettbewerbsordnung in Deutschland zurück.

Alle zwei Jahre richtet das Bundeskartellamt seine Internationale Kartellkonferenz aus. 2007 fand sie als Doppelkonferenz zusammen mit dem Europäischen Wettbewerbstag in München statt. Thema war der „Wettbewerb als Garant einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“. Die in elektronischer Form vorliegenden Redebeiträge sind abrufbar unter: www.ecd-ikk-2007.de. Zu den Teilnehmern der Konferenz gehörten neben Vertretern zahlreicher Wettbewerbsbehörden auch hochrangige Vertreter aus Politik, Wissenschaft, Rechtsprechung, Anwaltschaft, Wirtschaft, Angehörige von Regulierungsbehörden, Industrie- und Verbraucherschutzverbänden sowie Wettbewerbsexperten der OECD, UNCTAD, WTO und der Weltbank.

# 7. Die Entwicklung des Vergaberechts und des Vergaberechtsschutzes

Das Bundeskartellamt ist seit Januar 1999 für die Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes zuständig. Diese Möglichkeit des Rechtsschutzes in Vergabeverfahren hat der Gesetzgeber in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben seinerzeit für Vergabeverfahren eingeführt, die von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Nachprüfungen durch das Bundeskartellamt sind daher nur für Vergabeverfahren ab bestimmten Auftragswerten möglich.

Die drei beim Bundeskartellamt eingerichteten Vergabekammern des Bundes überprüfen auf Antrag, ob öffentliche Auftraggeber des Bundes ihre gesetzlich festgelegten Verpflichtungen zu wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren eingehalten haben. Öffentliche Aufträge müssen grundsätzlich im Wettbewerb und in transparenten Verfahren vergeben werden. Auftragnehmer müssen gewisse Anforderungen hinsichtlich ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfüllen. Andere oder weitergehende Anforderungen an die Bieter dürfen nur gestellt werden, soweit dies durch Bundes- oder Landesgesetze vorgesehen ist. Den Zuschlag erhält grundsätzlich der Bieter, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Geregelt sind die Vorschriften für die Durchführung der Vergabeverfahren und den Vergaberechtsschutz im Vierten Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB) sowie in der auf diesen Vorschriften basierenden Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und den Verdingungsordnungen.

## a) Modernisierung des deutschen Vergaberechts

Die Entwicklung in Deutschland war in den letzten Jahren geprägt von dem Bemühen, das Vergaberecht zu entbürokratisieren und zu modernisieren. Gleichzeitig waren die vergaberechtlichen EU-Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG sowie die dazugehörigen Richtlinien zum Vergaberechtsschutz in das deutsche Vergaberecht umzusetzen (siehe unter c). Ein erster Schritt hierzu ist das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, mit dem der Gesetzgeber die §§ 97 ff. GWB stellenweise überarbeitet hat. Ergänzend wurde 2008 begonnen, die sog. Verdingungsordnungen zu reformieren, die die Vorschriften konkretisieren, die bei der Durchführung von Vergabeverfahren zu beachten sind.

### b) Vergaberecht, gesetzliche Krankenkassen und Arzneimittelrabattverträge

Ein weiterer zentraler Aspekt für die Entwicklung des Vergaberechts und die Arbeit der Vergabekammern waren Änderungen im Sozialrecht, mit denen wichtige offene Fragen zum Vergaberechtsschutz bei der Ausschreibung von Verträgen für Arznei- und Hilfsmittel durch die gesetzlichen Krankenkassen geklärt worden sind. In der Rechtspraxis war zunächst umstritten, ob gesetzliche Krankenkassen das Vergaberecht anzuwenden haben, wenn sie Rabattverträge über die Lieferung von Arzneimitteln bzw. Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln mit den Erbringern solcher Leistungen abschließen wollen. Dementsprechend waren die Vergabekammern des Bundes wie auch der Bundesländer seit Anfang 2007 schwerpunktmäßig mit der vergaberechtlichen Überprüfung der Anbahnung solcher (Rabatt-)Verträge über Arznei- bzw. Hilfsmittel zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern befasst. Insbesondere war in diesen Nachprüfungsverfahren klärungsbedürftig, ob gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber und die erwähnten Verträge öffentliche Aufträge im Sinne sog. Rahmenvereinbarungen sind. Gegenstand der Nachprüfungsverfahren war auch die Frage, ob für die vergaberechtliche Nachprüfung die Vergabekammern als spezielle vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen oder wegen des sozialrechtlichen Hintergrundes der Arznei-/Hilfsmittelverträge die Sozialgerichtsbarkeit zuständig sind.

Der Gesetzgeber hat letztlich per Gesetz im Dezember 2008 die prinzipielle Anwendung des Vergaberechts auf die Beschaffung der (Rabatt-)Verträge und die Zuständigkeit der Vergabekammern durch eine Ergänzung der relevanten sozialrechtlichen Vorschrift, des § 69 Sozialgesetzbuch, V. Buch (SGB V), klargestellt. Auch der Europäische Gerichtshof hat im Juni 2009 entschieden, dass gesetzliche Krankenkassen bei der Beschaffung von Arznei- oder Hilfsmitteln für die Versicherten grundsätzlich das Vergaberecht anzuwenden haben.

### c) Entwicklungen im europäischen Vergaberecht

Die vergaberechtliche Entwicklung auf Ebene der Europäischen Union war 2007/2008 geprägt von der Reform der Richtlinien für den Vergaberechtsschutz. Mit den Arbeiten hierzu war bereits im Jahr 2006 begonnen worden. Die Richtlinien enthalten Vorgaben für die Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten, um innerhalb der Europäischen Union gleiche Voraussetzungen („level playing field“) für den Vergaberechtsschutz zu schaffen, was nach Umsetzung der Vorgänger-Richtlinien in den Mitgliedstaaten nicht vollends gelungen war. Ob dies mit den nunmehr reformierten Richtlinien künftig möglich sein wird, bleibt abzuwarten. Denn den Mitgliedstaaten stehen bei der Umsetzung in nationales Recht in vielen Teilen Alternativen zur Verfügung, um nationalstaat-

liche Besonderheiten der einzelnen Nachprüfungsverfahren oder Sanktionsmechanismen berücksichtigen zu können. In Deutschland wurden die Inhalte der Rechtsmittelrichtlinie bereits mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 umgesetzt.

Neben der Reform der vergaberechtlichen Rechtsmittelrichtlinien wurden außerdem die Vorgaben für das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge vervollkommnet. Im August 2009 ist die Richtlinie zur Vergabe von Verteidigungs- und Sicherheitsaufträgen in Kraft getreten, worin erstmals in der Europäischen Union spezielle Regeln für öffentliche Beschaffungen von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern sowie Dienst- und Bauleistungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich geschaffen worden sind. Der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich steht im Artikel 296 des EG-Vertrages grundsätzlich unter dem Vorbehalt nationaler Regelungen. Die Richtlinie erleichtert es den Mitgliedstaaten aber nunmehr, in diesem für die nationale Sicherheit sensiblen Bereich das europäische Vergaberecht anzuwenden und Aufträge im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich verstärkt europaweit auszuschreiben.

## d) Entscheidungspraxis der Vergabekammern

In den Jahren 2007/2008 haben die Vergabekammern des Bundes mit insgesamt 386 eingegangenen Nachprüfungsanträgen einen neuen Rekord zu vermelden. Dies ist seit Einrichtung der Vergabekammern im Jahr 1999 der bislang höchste Stand:

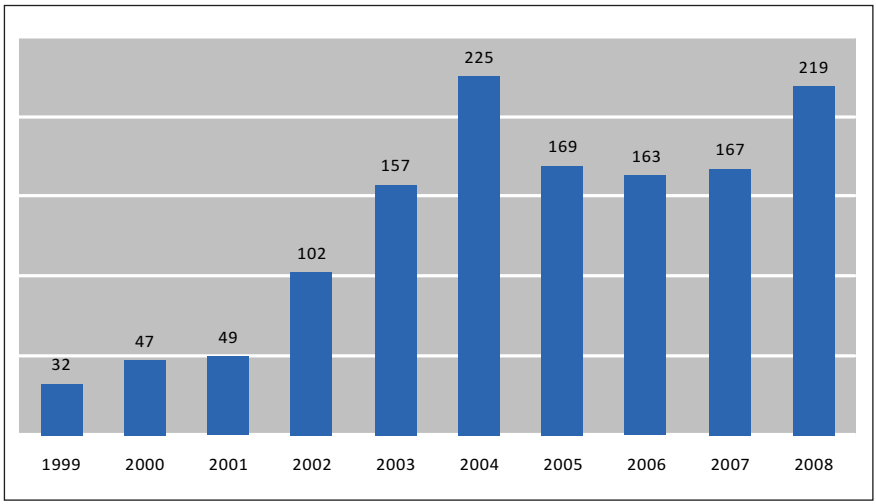


*Abbildung 6: Bei den Vergabekammern des Bundes eingegangene Nachprüfungsanträge*

Zurückzuführen ist diese deutliche Steigerung auf einen erheblichen Anteil an Nachprüfungsanträgen, die sich gegen gesetzliche Krankenkassen wegen verschiedener vergaberechtlicher Fragen zu den Arznei- bzw. Hilfsmittelverträgen richteten. Ende des Jahres 2008 ist allein die 3. Vergabekammer des Bundes mit 13 Nachprüfungsverfahren dieser Art befasst worden, die durch Verweisungen von Vergabekammern aus sechs unterschiedlichen Bundesländern die Entscheidungszuständigkeit auf Bundesebene ausgelöst haben. Zu Beginn des Jahres 2009 hat sich darüber hinaus noch einmal die Verweisung von 13 solcher Fälle von der Vergabekammer Düsseldorf ergeben, so dass auch künftig mit einer gegenüber früheren Jahren gestiegenen Fallzahl zu rechnen ist. Die Vielzahl der zur gleichen Zeit anhängigen Verfahren hat daher insbesondere im Jahr 2008 zu einer überdurchschnittlich häufigen Verlängerung der gesetzlichen Entscheidungsfrist von fünf Wochen geführt (im Jahr 2008 bei insgesamt 82 Fällen gegenüber 31 Fällen im Jahr 2007).

Die Vergabekammern haben in den Nachprüfungsverfahren jeweils entschieden, ob die die Nachprüfung beantragenden Bieter in ihren Rechten verletzt worden sind. In diesen Fällen haben sie geeignete Maßnahmen getroffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen.

Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer ist die Beschwerde beim zuständigen Gericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Vergabesenat) möglich. Von der Beschwerdemöglichkeit haben die in den Nachprüfungsverfahren unterlegenen Beteiligten 2007/2008 bei einer Reihe von Entscheidungen Gebrauch gemacht (bis zum Abschluss dieses Zeitraums insgesamt rund 50 Beschwerden). Die Entscheidungen der Vergabekammern wurden dabei teilweise bestätigt (insgesamt zehn) und teilweise aufgehoben (insgesamt acht), teilweise wurden die Beschwerden auch zurückgenommen bzw. für erledigt erklärt (insgesamt 13). Der Ausgang der insoweit verbleibenden Verfahren war zum Abschluss des Berichtszeitraums noch offen.

Dezember 2009

Bundeskartellamt
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn

Druck und Gestaltung:
Warlich Druck Ahrweiler GmbH
www.warlichdruck.de

Fotos:
Bundeskartellamt

Der ausführliche Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 ist als Bundestags-Drucksache im Volltext über das Internet abrufbar: www.bundeskartellamt.de