

## **Unterrichtung**

**durch die Bundesregierung**

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**

**und**

**Stellungnahme der Bundesregierung**

### Inhaltsverzeichnis

Seite

**Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht  
des Bundeskartellamtes 2005/2006**

<b>I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik</b> .....	II
<b>II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis</b> .....	V
<b>III. Europäische Wettbewerbspolitik</b> .....	IX
<b>IV. Internationale Wettbewerbspolitik</b> .....	XI

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit  
in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und  
Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**

Erster Abschnitt Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage .....	7
Zweiter Abschnitt Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftszweigen .....	67
Dritter Abschnitt Tätigkeitsbericht der Vergabekammern .....	185
Vierter Abschnitt Geschäftsübersicht .....	223

## Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2005/2006

### I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik

Die deutsche Wirtschaft erlebt seit Beginn des Jahres 2006 einen kraftvollen und nachhaltigen Aufschwung. Die guten Standortbedingungen in Deutschland kommen mehr und mehr zum Tragen. Die deutsche Wirtschaft hat ihre Wettbewerbsfähigkeit deutlich verbessert. Die von der Bundesregierung in Genshagen beschlossene Kombination eines schnell wirkenden Wachstums- und Impulsprogramms mit strukturellen Reformen und einer Konsolidierung des Staatshaushaltes zur Verbesserung der langfristigen Wachstumsgrundlagen erweist sich als richtig.

Die Herausforderungen für die deutsche Wirtschaft im einheitlichen europäischen Binnenmarkt und im weltweiten Wettbewerb werden jedoch zunehmend größer. Durch die EU-Osterweiterung sowie die dynamische Wirtschaftsentwicklung in Asien sind starke Wettbewerber wie China und Indien, aber auch die unmittelbaren osteuropäischen Nachbarländer hinzugekommen. Der Standort Deutschland konkurriert mit attraktiven Standorten in Europa und weltweit. Um sich weiterhin erfolgreich behaupten zu können, sind eine hohe Anpassungsfähigkeit und permanente Anstrengungen zur Erhaltung und Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit erforderlich. Die Bundesregierung wird weitere Schritte zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für eine günstige wirtschaftliche Entwicklung unternehmen. Auf ihrer wirtschaftspolitischen Reformagenda stehen als wichtige Maßnahmen insbesondere die Unternehmens- und Erbschaftssteuerreform, die Senkung der Lohnzusatzkosten, die Neuregelung des Niedriglohnssektors, die Zukunftssicherung der Pflegeversicherung sowie die Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen.

Auch auf europäischer Ebene tritt die Bundesregierung im Sinne der Lissabon-Strategie für strukturelle Reformen zur Erreichung eines nachhaltig hohen Wirtschaftswachstums in ganz Europa ein. Im Rahmen ihrer EU-Ratspräsidentschaft legt sie Schwerpunkte insbesondere auf die Stärkung der Innovationskräfte, die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie, die nachhaltige Sicherung der Energieversorgung sowie auf den Bürokratieabbau. Sie unterstützt die Bemühungen der Kommission, den Europäischen Binnenmarkt weiterzuentwickeln und den innereuropäischen Wettbewerb zu intensivieren. Hierdurch verbessern sich die grundlegenden Voraussetzungen für stabile wirtschaftliche Entwicklungen in allen Mitgliedstaaten und für eine hohe Kohärenz in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion.

Die Bundesregierung ist davon überzeugt, dass Unternehmen, die sich im Europäischen Binnenmarkt erfolgreich gegen die Konkurrenz durchgesetzt haben, in aller Regel

bestens für den internationalen Wettbewerb gerüstet sind. Sie setzt daher – auch im Rahmen ihrer G8-Präsidentschaft – nicht auf Protektion und außenwirtschaftlichen Schutz, sondern auf Wettbewerb in offenen Märkten und eine freizügige Handelspolitik. Wettbewerb ist dabei niemals Selbstzweck. Funktionierender Wettbewerb sorgt national und international für effizienten Ressourceneinsatz und ein dauerhaft niedriges Preisniveau. Er zwingt zu permanenter Innovation und Investition und bewirkt Wohlstand sowie ein breites Güter- und Dienstleistungsangebot für den Verbraucher. Die Aufgabe des Staates ist es, durch ein wirksames Wettbewerbsrecht den Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen und die Freiheit für alle Marktteilnehmer zu erhalten.

Die Bundesregierung ist sich bewusst, dass Wettbewerb mit seinen positiven Auswirkungen auf Wachstum, Innovation und Beschäftigung in einer Sozialen Marktwirtschaft in einer wechselseitigen Beziehung zu sozialen und umweltpolitischen Zielen steht. Effizienz und ökonomischer Erfolg sind eng mit sozialer Sicherheit und ökologischer Verantwortung verbunden. Nur eine gesunde, offene und leistungsfähige Wirtschaft ist in der Lage, denen zu helfen, die auf Solidarität und Hilfe angewiesen sind. Wirtschaftlicher Erfolg liefert die finanzielle Basis für Umweltschutz und soziale Sicherung. In einer modernen Sozialen Marktwirtschaft hat der Staat die Freiheit, Eigenverantwortung und das solidarische Handeln in der Gesellschaft zu ermöglichen, zu fördern und dauerhaft zu erhalten. Werden die Wohlstandsgrundlagen für alle Menschen in Deutschland langfristig gesichert, wird auch das Vertrauen in die Soziale Marktwirtschaft gestärkt.

Wettbewerbspolitisches Schwerpunktthema im Berichtszeitraum war der Abschluss der Neuordnung des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des Energieregulierungsrechts. Im Vordergrund stand dabei die Sammlung praktischer Erfahrungen mit den in den Jahren 2005/2006 eingeführten materiell- und verfahrensrechtlichen Neuregelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG). Dabei haben sich nach Ansicht der Bundesregierung die neuen Vorschriften, einschließlich der Neuorganisation und Kompetenzerweiterung der Bundesnetzagentur, bewährt. Leitbild der Bundesregierung für die Kompetenzverteilung auf dynamischen Märkten ist, die sektorspezifische Regulierung der Netzindustrien, die vor allem einen diskriminierungsfreien Netzzugang für Wettbewerber gewährleisten soll, auf das notwendige Minimum zu begrenzen und wettbewerbliehen Fehlentwicklungen auf nicht regulierten Märkten mit den flexiblen Regeln des GWB zu begegnen. Auf diese Weise sollen Wettbewerbsverzerrungen durch

übermäßige dirigistische Markteingriffe verhindert und Investitionsanreize sowie unternehmerisches Engagement so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.

Die Bundesregierung begrüßt die im vergangenen Jahr erfolgte Neustrukturierung des Bundeskartellamtes. Die neue Organisation zielt darauf ab, den Dezernatszuschnitt und die Klarheit der Zuständigkeiten zu optimieren und die Einrichtung einer weiteren Beschlussabteilung zur Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten vorzubereiten. Damit kommt die stärkere Fokussierung der Tätigkeit des Bundeskartellamtes auf Preis-, Gebiets- und Quotenkartelle (sog. Hardcore-Kartelle) auch organisatorisch zum Ausdruck. Die Bundesregierung befürwortet die konsequente Ahndung von Hardcore-Kartellen durch das Bundeskartellamt und die angestoßene Diskussion über die Erleichterung privater Schadensersatzklagen bei Verstößen gegen kartellrechtliche Vorschriften. Denn die kombinierte Anwendung beider Instrumente, behördliche und private Verfolgung kartellrechtlicher Verstöße, kommt letztlich dem Verbraucher zugute. Daneben plant das Bundeskartellamt, eine ökonomische Grundsatzvereinbarung einzurichten. Die Bundesregierung begrüßt diesen Schritt ausdrücklich, da er dazu beitragen wird, ökonomische Überlegungen noch besser in die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes einfließen zu lassen.

Stärker als früher standen im Berichtszeitraum Wettbewerbsprobleme in den nicht regulierten Bereichen der Netzindustrien (z. B. Energie, Telekommunikation) sowie in wettbewerblichen Sonderbereichen (z. B. Gesundheitssektor) im Fokus der Arbeit des Bundeskartellamtes. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die adäquate Berücksichtigung der spezifischen Umstände der einzelnen Bereiche bei der Entscheidungsfindung zwar hohe Anforderungen an die Rechtsanwender stellt, aber auf der Grundlage des geltenden Rechts gewährleistet ist. Sie sieht deshalb hier keinen Bedarf für grundlegende Änderungen des GWB und vertraut insoweit der Kompetenz der Kartellbehörden und Gerichte. Dies gilt auch für den Energiebereich, in dem das Bundeskartellamt sowohl in der Fusionskontrolle als auch im Bereich der Missbrauchsaufsicht mit einer großen Zahl von Fällen befasst war. Im Energiesektor hat das Bundeskartellamt die Vorschriften der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht konsequent angewandt. Dabei sind Defizite bei der Missbrauchsbekämpfung erkennbar geworden, die zeitlich befristet mit der geplanten neuen Vorschrift des § 29 GWB beseitigt werden sollen (siehe dazu im Einzelnen I.1.b.).

Auch das europäische Wettbewerbsrecht war im Berichtszeitraum durch Konsolidierung von Rechtssetzung/Rechtsanwendung und verstärkte Aktivitäten im Bereich der Netzwirtschaften gekennzeichnet. In den Bereichen Energiewirtschaft, Privatkundengeschäft der Banken und Unternehmensversicherungen hat die Europäische Kommission erstmals auf der Grundlage des Artikel 17 der VO 1/2003 Sektoruntersuchungen durchgeführt, die sich voraussichtlich sowohl auf das Wettbewerbs- als auch auf das Regulierungsrecht auswirken werden. Die

Bundesregierung begrüßt die Untersuchungen der Europäischen Kommission, da deren Ergebnisse wertvolle Hinweise für die Diskussion über die geeigneten Maßnahmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen geliefert haben (siehe dazu im Einzelnen III.1.).

Auf weiterhin hohem Niveau hat sich die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN) und im International Competition Network (ICN) entwickelt. Wettbewerbsbeschränkungen sind heute zunehmend grenzüberschreitend. Aus diesem Grund bezwecken beide Organisationen, der fortschreitenden Binnenmarktintegration und anhaltenden Globalisierung der Märkte mit multilateralem Erfahrungsaustausch und zunehmender Kooperation der Wettbewerbsbehörden zu begegnen, und dabei auch gemeinsame Maßstäbe für die Beurteilung wettbewerbswidrigen Verhaltens zu erarbeiten. Des Weiteren erleichtern sie die grenzüberschreitenden Ermittlungen und die Durchsetzung von kartellbehördlichen Entscheidungen.

## **1. Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts**

### **a. Ergebnisse des Vermittlungsausschusses zur 7. GWB-Novelle**

Der vom Deutschen Bundestag am 11. März 2005 beschlossene Text der 7. GWB-Novelle wurde durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses noch in folgenden wesentlichen Punkten geändert. Für die in § 3 geregelten Mittelstandskartelle wurde für gewisse Fallkonstellationen in dessen 2. Absatz ein Anspruch von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen auf eine Entscheidung nach § 32c etabliert. Dieser Anspruch ist zeitlich bis 30. Juni 2009 befristet. § 20 Abs. 3 erfuhr eine Erweiterung im Anwendungsbereich, da nunmehr bereits das Auffordern zur Gewährung von Vorteilen als diskriminierend anzusehen ist. Die in § 23 vorgesehene europafreundliche Anwendung des GWB und die in § 31 des Regierungsentwurfs enthaltene Vorschrift zu verlagswirtschaftlichen Kooperationen wurden gestrichen. In Kraft getreten sind die Gesetzesänderungen der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005.

### **b. Geplante Änderung des GWB**

Auf den den Energienetzen vor- und nachgelagerten Energiemärkten hat sich seit der mehr als acht Jahre zurückliegenden rechtlichen Marktöffnung ein funktionierender Wettbewerb bisher nicht in ausreichendem Ausmaß entwickelt. Die Energiepreise sind auf ein Niveau gestiegen, das mit der Entwicklung der Kosten allein nicht mehr begründbar erscheint und die Wettbewerbsfähigkeit industrieller Abnehmer sowie die Endverbraucher erheblich belastet. Um die wettbewerbliche Funktionsfähigkeit der Energiemärkte zu stärken, hat die Bundesregierung am 25. April 2007 den „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ beschlossen. Der Regierungsentwurf zum GWB bildet zusammen mit der

Kraftwerks-Netzanschluss-Verordnung und der Anreizregulierungsverordnung ein Maßnahmenpaket, das dem Wettbewerb im Energiebereich die dringend erforderlichen Impulse geben und gleichzeitig die Position der Verbraucher stärken soll (siehe dazu im Einzelnen I.2.).

Bis in der Energiewirtschaft wirksamer Wettbewerb auch durch neue Anbieter hergestellt ist, soll die Kartellrechts-Novelle kurzfristig und bis 2012 befristet die Preismissbrauchsaufsicht in den Energiemärkten intensivieren. Deshalb verbietet die neue Missbrauchsvorschrift des § 29 marktbeherrschenden Anbietern von Gas oder Strom, Entgelte oder Geschäftsbedingungen zu verlangen, die ohne sachlichen Grund ungünstiger sind als die von Vergleichsunternehmen. Ebenso ist es ihnen untersagt, Preise zu verlangen, die in unangemessener Weise ihre Kosten überschreiten. Für die Kartellbehörden wird es leichter, einen Missbrauch festzustellen. Denn in Zweifelsfällen trägt das Energieversorgungsunternehmen die Beweislast dafür, dass das zum Vergleich herangezogene Unternehmen nicht vergleichbar ist oder die höheren Preise sachlich gerechtfertigt sind. Auch ein hoher Preis-Kosten-Abstand kann den Missbrauchsvorwurf rechtfertigen. Die Frage, ob eine große Gewinnmarge unangemessen ist, wird in Anwendung anerkannter ökonomischer Grundsätze beurteilt. Insgesamt ist die befristete Regelung so gestaltet, dass sie weder zur Vereinheitlichung von Preisen auf hohem Niveau führt noch alte oder neue Anbieter, die Wettbewerbspreise (und keine marktmachtbedingten Preise) verlangen wollen, vom Markteintritt oder von Investitionen abhält. Die Missbrauchsverfügungen sind, wie auch bereits nach geltendem Recht alle anderen Verfügungen im Kartellrecht, sofort vollziehbar.

Für den Lebensmittelhandel erweitert die Kartellrechts-Novelle das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen auch auf – bisher zulässige – nur gelegentliche Verkäufe. Untereinstandspreisverkäufe bleiben allerdings weiterhin erlaubt, wenn sie wegen drohenden Verderbs oder Unverkäuflichkeit der Ware oder in vergleichbar schwerwiegenden Fällen sachlich gerechtfertigt sind (siehe dazu im Einzelnen II.4.b.).

## 2. Energiewirtschaftsgesetz

Parallel zur Befassung des Vermittlungsausschusses mit der 7. GWB-Novelle wurde auch zum neuen Energiewirtschaftsgesetz ein von Bundestag und Bundesrat bestätigtes Vermittlungsergebnis erzielt. Dieses enthielt unter anderem zwei wesentliche verfahrensrechtliche Änderungen des Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestages. Zum einen wurde die besondere Missbrauchsaufsicht der Regulierungsbehörde durch eine Genehmigungspflicht von Netzentgelten nach § 23a EnWG ergänzt. Zum anderen wurden, nach kartellrechtlichem Vorbild, neben der Bundesnetzagentur Landesregulierungsbehörden eingerichtet, die für die in § 54 Abs. 2 EnWG genannten Aufgaben gegenüber kleineren Netzbetreibern, soweit deren Netzgebiet auf ein Bundesland beschränkt ist, zuständig sind. Insgesamt sechs Bundesländer haben inzwi-

schen diese Aufgaben im Wege der Organleihe auf die Bundesnetzagentur übertragen.

Das neue Energiewirtschaftsgesetz ist am 13. Juli 2005 und die auf seiner Grundlage erlassenen und bereits parallel zum Gesetzgebungsverfahren beratenen Netzzugangs- und Netzentgeltverordnungen sind am 29. Juli 2005 in Kraft getreten. Für einige neue Regelungen des Gesetzes wurden Übergangsfristen vorgesehen. Die Genehmigungsverfahren für Netzentgelte haben, wie gesetzlich vorgegeben, im Strombereich im November 2005 und im Gasbereich im Februar 2006 begonnen. Der 2005 neu geschaffene Ordnungsrahmen wird nunmehr in 2007 seine volle Wirksamkeit entfalten.

Der neue Ordnungsrahmen ist zwischenzeitlich durch die im November 2006 in Kraft getretenen Niederspannungs- und Niederdruckanschlussverordnungen (NAV und NDAV) nach § 18 Abs. 3 EnWG sowie die Strom- und Gasgrundversorgungsverordnungen (StromGKV und GasGKV) nach § 39 Abs. 2 EnWG ergänzt worden. Diese Rechtsverordnungen haben zugleich die Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) und für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) aus dem Jahre 1979 abgelöst. Ihr Ziel war nicht nur eine systematische Anpassung dieser früheren allgemeinen Geschäftsbedingungen an den neuen Ordnungsrahmen. Sie haben zugleich die Rahmenbedingungen für einen Wechsel des Strom- oder Gaslieferanten weiter verbessert und die Rechte der Verbraucher wesentlich gestärkt.

Um den Netzanschluss neuer Kraftwerke zu erleichtern, hat die Bundesregierung am 25. April 2007 die Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (Kraftwerks-Netzanschluss-Verordnung – KraftNAV) nach § 17 Abs. 3 EnWG beschlossen und dem Bundesrat zur Zustimmung zugeleitet. Die Rechtsverordnung sieht unter anderem im Falle von Netzengpässen eine befristete Privilegierung des Netzzugangs bestimmter neuer Kraftwerke vor.

Die in einem ersten Schritt vorgesehene Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG soll nach dem neuen Energiewirtschaftsgesetz im zweiten Schritt durch eine Anreizregulierung nach § 21a EnWG abgelöst werden. Die Bundesnetzagentur hat den in § 112a EnWG vorgesehenen Bericht zur Einführung einer Anreizregulierung zum 1. Juli 2006 vorgelegt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Anschluss den Entwurf einer Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze erarbeitet und hierzu im April 2007 die Ressortabstimmung eingeleitet.

Es ist das Ziel der Bundesregierung, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Förderung von Wettbewerb auf den Energiemärkten zu verbessern und auszubauen. Die Bundesregierung wird zum 1. Juli 2007 einen Bericht über die Ergebnisse und Erfahrungen mit der Regulierung vorlegen (Evaluierungsbericht, § 112 Energiewirtschaftsgesetz), aus dem sich auch die Notwendigkeit von weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen ergeben kann.

### 3. Liberalisierung/Regulierung in einzelnen Bereichen

#### a. Telekommunikation

Das neue TKG, mit dem der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste in nationales Recht umgesetzt wird, ist am 24. Februar 2007 in Kraft getreten. Das TKG enthält nunmehr ausdrückliche Vorgaben für die Regulierung neuer Märkte, um Innovationen und Investitionen zu fördern und Planungssicherheit für investierende Unternehmen zu schaffen. Außerdem enthält die Novellierung Vorgaben für Preisansagen und -anzeigen und stärkt die Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur. Dies soll zu mehr Transparenz für die Verbraucher führen und den Missbrauch von Mehrwertdiensternummern bekämpfen. Der Vorwurf der Europäischen Kommission, die Vorgaben für die Regulierung neuer Märkte würden einzelnen Unternehmen pauschale Regulierungsferien gewähren, trifft nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu. Vielmehr sieht sie im neuen § 9a TKG einen ausgewogenen Ausgleich zwischen der notwendigen Stärkung des Wettbewerbs und den Anliegen investitionswilliger Unternehmen.

#### b. Post

Die Bundesregierung begrüßt die vom Bundeskartellamt im Postbereich geführten Verfahren, die darauf zielen, die Märkte offen zu halten und wettbewerbliche Strukturen zu erhalten.

Die Bundesregierung erachtet den Prozess einer schrittweisen Marktöffnung für den zurückliegenden Berichtszeitraum weiterhin als sachdienlich und sieht die gestiegene Wettbewerbsintensität im gesamten lizenzpflichtigen Bereich als positiv an. Nach § 51 Postgesetz läuft die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG für Briefsendungen unter 50 Gramm zum 31. Dezember 2007 aus. Eine vollständige Öffnung der Postmärkte in allen europäischen Mitgliedstaaten ermöglicht es, vorhandene Wachstums- und Beschäftigungspotenziale auszuschöpfen.

Auf europäischer Ebene ist es Ziel der Bundesregierung, im Rahmen der EU-Ratspräsidentschaft und darüber hinaus die Verhandlungen über die vollständige Postmarktliberalisierung ab dem Jahr 2009 entsprechend dem Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission möglichst weit voranzubringen.

#### c. Schienenverkehr

Aus Sicht der Bundesregierung bedarf es trotz aller Liberalisierungsfortschritte im Eisenbahnbereich weiterer Anstrengungen, ehe von wirksamem Wettbewerb in den betroffenen Märkten gesprochen werden kann. Sie teilt insoweit die Auffassung der Monopolkommission, die am 24. April 2007 auf der Grundlage des AEG ihr erstes Gutachten zum Stand des Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturleistungen vorgelegt hat.

Um einen diskriminierungsfreien Zugang zur Schieneninfrastruktur für alle Wettbewerber sicherzustellen, übertrug das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften der Bundesnetzagentur die Aufgabe der Regulierung auch im Eisenbahnbereich. Die Bundesnetzagentur hat diese Tätigkeit Anfang 2006 aufgenommen. Dabei tauschen die Regulierungsbehörde, die Eisenbahnaufsichtsbehörden und die Kartellbehörden die zur jeweiligen Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen aus.

Die Bundesregierung wird bei der möglichen Teilprivatisierung der DB AG ihr besonderes Augenmerk darauf richten, durch geeignete Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren darauf hinzuwirken, dass die Vorgaben der Regulierung – soweit im Hinblick auf das Ziel einer wirksamen Wettbewerbsöffnung erforderlich – präzisiert und die Kompetenzen der Bundesnetzagentur zu denen der Aufsichtsbehörden abgegrenzt werden. Darüber hinaus sollte die Regulierung der Schieneninfrastruktur an die anderer Netzbereiche angenähert werden.

### II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis

Im Berichtszeitraum stand die Verfolgung von volkswirtschaftlich besonders schädlichen Hardcore-Kartellen erneut im Fokus der Tätigkeit des Bundeskartellamts. Nach außen zeigte sich dieser Schwerpunkt auch in der Umwandlung der 11. Beschlussabteilung in eine reine Kartellabteilung, der Revision der alten Bonusregelung aus dem Jahr 2000 sowie der erstmaligen Veröffentlichung von Bußgeldleitlinien im September 2006. In der Fusionskontrolle waren weiterhin steigende Fallzahlen bei allerdings ungefähr gleich bleibender Anzahl der Hauptprüfverfahren zu registrieren. Ein Schwerpunkt der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt lag während des Berichtszeitraums in den netzgebundenen Wirtschaftsbereichen (Energiewirtschaft, Verkehr) bzw. Sonderbereichen wie dem Gesundheitswesen. Die Bundesregierung hält die konsequente Anwendung der Fusionskontrolle auch in diesen Bereichen für wichtig, um die Spielräume, die sich durch die Marktöffnung für den Wettbewerb ergeben, zu erhalten. Die Missbrauchsaufsicht wurde unter anderem durch Verfahren gegen die Energiewirtschaft geprägt, wie z. B. das Einschreiten des Bundeskartellamtes gegen langfristige Gaslieferverträge. Die Bundesregierung begrüßt die gute Zusammenarbeit zwischen dem Bundeskartellamt und dem Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN), die auch der zunehmenden Integration des europäischen Binnenmarktes Rechnung trägt. Die Kooperation mit den anderen Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission hat sich mittlerweile gut eingespielt, und die Fallverteilung und -bearbeitung innerhalb des Netzwerks funktioniert weitgehend reibungslos.

#### 1. Ökonomisierung des Kartellrechts

Die neueren wettbewerbstheoretischen Ansätze besonders im amerikanischen Recht beeinflussen auf deutscher und europäischer Ebene die Weiterentwicklung adäquater Kriterien für die Anwendung des Wettbewerbsrechts. Unter dem Stichwort der „Ökonomisierung des Kartell-

rechts“ oder „more economic approach“ wird die Einbeziehung neuer wirtschaftswissenschaftlicher Ansätze diskutiert. Gefordert wird, Konsumenteninteressen und Effizienzvorteile stärker zu berücksichtigen und die tatsächlichen Effekte wettbewerblichen Verhaltens näher zu betrachten, insbesondere durch den verstärkten Einsatz von modernen quantitativen Analysen. Von wachsender Bedeutung sind auch die dynamischen und innovations-spezifischen Effekte des Wettbewerbs.

Schwerpunkt der derzeitigen Diskussion auf europäischer Ebene ist die Frage, welche Auswirkungen eine verstärkte ökonomische Analyse auf die Beurteilung von Missbrauchsfällen hat. Die Europäische Kommission hat unter Berücksichtigung neuerer ökonomischer Erkenntnisse dazu ein Diskussionspapier zur Anwendung von Artikel 82 EG vorgestellt. Die präsentierten Ansätze unterliegen noch einem intensiven Entwicklungsprozess. So lässt sich der neueren Rechtsprechung der europäischen Gerichte entnehmen, dass dem einzelfallorientierten Auswirkungsansatz aus Gründen der Justiziabilität Grenzen gezogen sind. Auch wenn das europäische Recht den nationalen Missbrauchsvorschriften eine weitgehende Autonomie belässt, sind erhebliche Rückwirkungen auch auf das deutsche Wettbewerbsrecht zu erwarten. Die größten Auswirkungen einer wirtschaftlichen Neubewertung im Zuge der „Ökonomisierung des Kartellrechts“ dürften sich in der Fusionskontrolle zeigen. Mit Blick auf die aktuelle Entwicklung der deutschen Fusionskontrollpraxis ist festzustellen, dass moderne ökonomische Erkenntnisse bereits auf dem Boden des geltenden Rechts einbezogen werden können. Das Bundeskartellamt integriert in seiner aktuellen Rechtsanwendungspraxis in den traditionellen Marktbeherrschungstest sowohl neueste spieltheoretische Erkenntnisse zur Beurteilung kollektiver Wettbewerbsverzerrungen als auch dynamische Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses.

Aus Sicht der Bundesregierung darf die Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse nicht zu einer Konterkarierung grundlegender wettbewerbspolitischer Leitlinien führen. So sollte das wesentliche und anerkannte Ziel des Wettbewerbsrechts, die langfristigen Konsumenteninteressen zu fördern, indem ein dynamischer Wettbewerbsprozess strukturell abgesichert wird, nicht in Anpassung an wettbewerbstheoretische Analysemethoden in Frage gestellt werden. Dementsprechend kann es bei der „Ökonomisierung des Kartellrechts“ nicht um eine Ablösung der in Jahrzehnten entwickelten und bewährten Kartellrechtspraxis in Deutschland gehen. Die Ergänzung der bisherigen Praxis um verfeinerte wirtschaftliche Analysen kann zwar gerade in Einzelfällen die auf herkömmliche Kriterien gestützte Bewertung verbessern. Ein gänzlicher Verzicht auf traditionelle Methoden würde jedoch die Gefahr begründen, dass wettbewerbliche Sachverhalte nicht in ihrer gesamten Komplexität erfasst werden könnten. Ziel einer „Ökonomisierung des Kartellrechts“ muss es daher sein, die ökonomischen Erkenntnisse für die wettbewerbsrechtliche Analyse nutzbar zu machen, die den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen effektiv dienen. Dabei sind allerdings auch die durch praktische Notwendigkeiten gesetzten Grenzen, wie Verfahrensfris-

ten und die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsbehörden, zu berücksichtigen.

## 2. Kartellverbot

Die Bundesregierung befürwortet die konsequente Ahndung von Hardcore-Kartellen durch die Kartellbehörden, denn sie hilft, die volks- und gesamtwirtschaftlichen Schäden solcher Wettbewerbsverstöße zu begrenzen. Die Bundesregierung erwartet, dass die durchgeführten organisatorischen Änderungen im Bundeskartellamt, die überarbeitete Bonusregelung sowie die neuen Bußgeldleitlinien dazu beitragen werden, dass solche besonders unerwünschten Verhaltensweisen zukünftig noch effektiver bekämpft werden können. Sie begrüßt in diesem Zusammenhang auch die neue Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes sowie das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen. Das Merkblatt erläutert, wann die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Kooperationsabreden als gering eingeschätzt, das Bundeskartellamt regelmäßig ein Verhalten nicht aufgreifen und kein Verfahren einleiten wird. Diese Dokumente geben den primär betroffenen kleinen und mittleren Unternehmen mehr Rechtssicherheit bei der Einschätzung, ob ihre Kooperation auf kartellrechtliche Bedenken trifft oder nicht. Auch Entscheidungen der Kartellbehörden nach § 32c GWB können die Rechtssicherheit erhöhen. Unternehmen wird dabei zugesichert, dass die Kartellbehörde bei einem bestimmten Sachverhalt keinen Anlass sieht, tätig zu werden. Mittelständische Unternehmen i. S. d. § 3 Abs. 2 GWB haben bis 30. Juni 2009 bei einem erheblichen rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse sogar einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c GWB. Die Bundesregierung würde vor diesem Hintergrund eine Verbreiterung der bislang sehr schmalen Rechtsanwendungspraxis zu § 32c GWB begrüßen.

## 3. Fusionskontrolle

Die Zahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist im Berichtszeitraum angestiegen, ohne dass sich die Anzahl der Hauptprüfverfahren gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum wesentlich geändert hätte. Die Anzahl der Fälle, die eine eingehende wettbewerbliche Untersuchung erforderlich machen, hat sich daher nicht erhöht. Das Bundeskartellamt benennt für die gestiegenen Fallzahlen, die vor allem auch die allgemein gesteigerten Übernahmeaktivitäten im Gefolge des weltweiten wirtschaftlichen Aufschwungs widerspiegeln dürften, keine sektorspezifischen Erklärungsansätze. Im Hinblick auf die weiterhin verfolgte Strategie der Energiekonzerne, ihre Position in den Absatzmärkten durch Beteiligungen an Weiterverteilern und Stadtwerken zu sichern, dürfte die konsequente Anwendungen der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt nach wie vor einer weiteren Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse entgegen gewirkt haben. Dies sollte bei einer zukünftigen Diskussion über eine Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an die entsprechenden europäischen Regelungen (siehe dazu III. 2.), die Minderheitsbeteiligungen nicht erfassen, nicht außer Acht gelassen werden.

### a. Bagatellmarktklausel

Mit der 7. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB klargestellt, dass der räumliche Markt – unabhängig vom Geltungsbereich des GWB – nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten abzugrenzen ist. Es ist umstritten, ob diese Marktdefinition auch für die Auslegung der so genannten Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB) gilt. Die Bundesregierung hält eine einheitliche Definition des räumlich relevanten Marktes für das gesamte GWB für sachgerecht. Sie begrüßt, dass diese Frage durch ein vom Bundeskartellamt gegen eine Entscheidung des OLG Düsseldorf angestrebtes Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem BGH höchstrichterlich geklärt wird. Unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens spricht ihrer Ansicht nach vieles dafür, dass die geltenden Fusionskontrollvorschriften auch Fälle mit nur geringen Inlandsauswirkungen erfassen. Dieser Gesichtspunkt wird mittelfristig bei einer Überarbeitung der deutschen Fusionskontrollvorschriften auch unter dem Gesichtspunkt der Entbürokratisierung eine Rolle spielen. Es wird zu prüfen sein, ob die Fusionskontrolle mittels geänderter oder erweiterter Aufgriffsschwellen noch stärker auf für den deutschen Markt wirtschaftlich bedeutende Sachverhalte fokussiert werden kann. Diese Frage stellt sich insbesondere auch vor dem Hintergrund steigender Anmeldungen bei gleich bleibender Zahl der Hauptprüfverfahren.

### b. Entscheidung Springer/ProSiebenSat1

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt die geplante Übernahme von Anteilen an der ProSiebenSat.1 Media AG (ProSiebenSat1) durch die Axel Springer AG (Springer) untersagt. Mittlerweile wurde ProSiebenSat1 mehrheitlich von einem aus den Finanzinvestoren KKR und Permira bestehenden Konsortium erworben, das auch mehrheitlich an der europäischen Sendergruppe SBS beteiligt ist. Dieser Vorgang belegt, dass die deutschen Medienmärkte für ausländische Investoren offen sind. Eine Beschneidung dieser Investitionsfreiheit könnte aus Sicht der Bundesregierung vor allem die starken Marktpositionen deutscher Medienunternehmen auf ausländischen Märkten mittel- bis langfristig schädigen.

Der Fall Springer/ProSiebenSat1 hat eine Reihe von Fragen zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung aufgeworfen, die auch Gegenstand eines anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahrens beim Bundesgerichtshof sind. Ihre höchstrichterliche Klärung ist jedoch vom Bestehen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses der Parteien abhängig, das vom OLG Düsseldorf in der Vorinstanz verneint wurde. Unabhängig von dem konkreten Verfahren ist die Bundesregierung der Auffassung, dass insbesondere im Medienbereich – u. a. wegen der immer noch weiter wachsenden Bedeutung des Internets – die Marktabgrenzung einer ständigen Überprüfung und Anpassung an die aktuellen Marktentwicklungen und Verbrauchergewohnheiten unterzogen werden sollte.

Im Fall Springer/ProSiebenSat1 spielte auch die Frage eine Rolle, wie Effizienzvorteile bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlussvorha-

bens zu berücksichtigen sind. Aus Sicht der Bundesregierung sollte das Bestreben auch marktmächtiger Unternehmen, effizienter als ihre Wettbewerber zu werden, nicht pauschal als negativer Faktor bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen zum Tragen kommen. Eine solche Konsequenz ist nach Auffassung der Bundesregierung auch bei einer eher marktstrukturorientierten Fusionskontrolle nicht zwingend. Zwar sind Effizienzvorteile im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle keine umfassend zu prüfenden Rechtfertigungsgründe. Das hindert es nach Auffassung der Bundesregierung jedoch nicht, insbesondere bei wettbewerblich problematischen Grenzfällen die konkreten Marktauswirkungen von Effizienzvorteilen zu untersuchen und bei der Entscheidung über eine Untersagung oder Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die in der Öffentlichkeit an der Entscheidung der KEK (Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich) zur vorherrschenden Meinungsmacht im Fall Springer/ProSiebenSat1 geübten Kritik weist die Bundesregierung darauf hin, dass Entscheidungen der KEK sowie die gesetzliche Ausgestaltung der Beurteilung von Meinungsmacht in den Zuständigkeitsbereich der Länder fallen.

### c. Krankenhausfusionen

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum mehr als 40 Zusammenschlüsse in diesem Bereich geprüft. Betroffen waren sowohl Übernahmen von Krankenhäusern in öffentlicher oder gemeinnütziger Trägerschaft durch private Krankenhausbetreiber, als auch Zusammenschlüsse zwischen öffentlichen Häusern. Bei ständig steigender Anzahl von kontrollpflichtigen Krankenhausfusionen wurde die weit überwiegende Anzahl von Zusammenschlüssen schon in der ersten Phase freigegeben. Das Bundeskartellamt hat nur drei Fusionen wegen des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt, zwei Fälle wurden mit Nebenbestimmungen freigegeben. Diese Bilanz zeigt aus Sicht der Bundesregierung, dass gesundheitspolitisch gewollte Entwicklungen im Krankenhausbereich durchaus in Einklang mit den Regeln und Zielen der Fusionskontrolle gebracht werden können.

Mit der BGH-Entscheidung im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (DB Regio/üstra vom 7. Februar 2006 KVR 5/05) ist grundsätzlich geklärt, dass die Fusionskontrollvorschriften des GWB auch in einem bereichsspezifisch hoch regulierten Markt Anwendung finden. Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 11. April 2007 im Beschwerdeverfahren im Fall des vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlusses der Krankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld mit der Rhön-Klinikum AG auch für den Bereich der Krankenhäuser in diesem Sinne entschieden und die weiteren Einwendungen gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes zurückgewiesen. Gegen den Beschluss ist Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt worden. Der BGH wird über die Frage der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Krankenhäuser hinaus auch ma-

terielle Fragen wie die der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung zu klären haben. Die Bundesregierung begrüßt, dass durch diese anstehende höchstrichterliche Klärung Rechts- und Planungssicherheit für weitere Zusammenschlüsse bzw. Konsolidierungen im Krankenhausbereich geschaffen wird. Die Bundesregierung ist in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass sich das System, unbestimmte Rechtsbegriffe (z. B. Marktabgrenzung, Marktbeherrschung) im GWB zu verwenden, bewährt hat. Auch im Gesundheitswesen ist das der richtige Weg, um eine realitätsnahe Rechtsanwendung zu gewährleisten und den Entwicklungen des jeweiligen Bereichs bestmöglich Rechnung zu tragen. Die Bundesregierung begrüßt dabei, dass das Bundeskartellamt seine Feststellungen zur räumlichen Marktabgrenzung bei den Entscheidungen über Krankenhausfusionen in besonders hohem Maße empirisch abgesichert hat.

#### **d. Ministererlaubnis-Verfahren Rhön/Bad Neustadt**

Der Landkreis Rhön-Grabfeld hatte im Januar 2006 beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie für den vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss mit dem Rhön-Klinikum einen Antrag auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB gestellt. Nach Auffassung des Landkreises hätte der Zusammenschluss nur geringe wettbewerblich nachteilige Auswirkungen, die von den damit verbundenen Gemeinwohlvorteilen – ortsnahe Versorgung mit Krankenhausleistungen auf hohem Niveau, Entlastung öffentlicher Haushalte, Senkung von Krankenhauskosten, Erhalt von Arbeitsplätzen – deutlich überwogen würden. Die beantragte Erlaubnis konnte nicht erteilt werden, da die gemäß § 42 GWB erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlagen. Die vom Gesetz geforderte Unerlässlichkeit des Zusammenschlusses zur Erreichung der angeführten Gemeinwohlvorteile war nicht gegeben. Ein alternativer Erwerber, dessen Eignung zur Gemeinwohlerzielung nicht in Frage stand, hatte noch im Ministererlaubnisverfahren ein verbindliches Angebot abgegeben. Darüber hinaus hatte eine hilfsweise vorgenommene Abwägung zu dem Ergebnis geführt, dass das Gewicht der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen nicht durch das Ausmaß der gesamtwirtschaftlichen Vorteile aufgewogen oder durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt würde. Die Beschwerde beim OLG Düsseldorf gegen die Entscheidung wurde später zurückgenommen, so dass die Entscheidung rechtskräftig ist.

### **4. Missbrauchsaufsicht**

#### **a. Energiesektor**

Der Schwerpunkt der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung hat sich deutlich verschoben, nachdem die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des 2005 in Kraft getretenen neuen Energiewirtschaftsgesetzes ihre Regulierungstätigkeit auf dem Gebiet des Netzzugangs und der Netzentgelte aufgenommen hat. Er liegt nunmehr in den nicht regulierten Beschaffungs-, Erzeugungs- und Ab-

satzmärkten. Ungeachtet dessen arbeiten Kartellbehörden und Regulierungsbehörden, insbesondere Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, im Gesamtbereich der wettbewerbs- und regulierungsrechtlichen Aufsicht über die Märkte der leitungsgebundenen Energieversorgung auch jenseits der gesetzlich vorgesehenen Stellungnahme- und Einvernehmensregeln eng zusammen. Die Bundesregierung begrüßt diese Entwicklung. Sie geht davon aus, dass dadurch die Rechtsanwendung in beiden Bereichen, die komplementär zum Ziel einer Energieversorgung unter möglichst wettbewerblichen Bedingungen beitragen, optimiert wird.

Das Bundeskartellamt hat wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Berichtszeitraum unter anderem Verfahren gegen langfristige Gaslieferverträge mit Weiterverteilern, gegen die Berücksichtigung bestimmter Kostenelemente auf der Grundlage des CO<sub>2</sub>-Emissionshandels bei der Strompreisbildung und – in enger Zusammenarbeit mit den Landeskartellbehörden – gegen die Gaspreisgestaltung für Haushalts- und Kleingewerbekunden geführt. Die Bundesregierung begrüßt die konsequente Anwendung der geltenden Missbrauchsvorschriften des § 19 GWB und des Artikel 82 EG. Die Erfahrungen aus diesen Fällen belegen nach Auffassung der Bundesregierung allerdings die Notwendigkeit, bis zu einer grundsätzlichen Verbesserung der Wettbewerbssituation auf den Energiemärkten das kartellrechtliche Instrumentarium zeitlich befristet zu schärfen (siehe dazu im Einzelnen I.1.b.). Die Bundesregierung geht auch im Hinblick auf die von der Energiewirtschaft gegenüber dem Gesetzentwurf zu § 29 GWB geäußerte Kritik davon aus, dass sich das Bundeskartellamt in den laufenden Missbrauchsverfahren mit den Besonderheiten der Energiewirtschaft umfänglich auseinandergesetzt hat und dass die Kartellbehörden bei der zukünftigen Rechtsanwendung an dieser Praxis festhalten werden. Aus Sicht der Bundesregierung wird zu beachten sein, dass eine wettbewerbliche Belebung des Haushalts- und Kleingewerbekundenmarkts, die sich bei der Elektrizitätsversorgung infolge bundesweiter Angebote abzuzeichnen beginnt, wegen der dann gegebenen Wahlmöglichkeiten der Verbraucher zu einer räumlich weiteren Marktabgrenzung in der Rechtsanwendungspraxis führen könnte. Dadurch würden marktbeherrschende Stellungen lokaler und regionaler Energieversorger und damit der Ansatzpunkt für ein Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht möglicherweise in absehbarer Zeit entfallen.

#### **b. Lebensmittelhandel**

Der hohe Konzentrationsgrad im Handel hat auch im Berichtszeitraum nicht abgenommen, sondern sich in einigen Sparten weiter erhöht. Wie auch durch Untersuchungen der Monopolkommission bestätigt, ist dabei der Lebensmittelhandel durch einen besonders hohen Wettbewerbsdruck gekennzeichnet. In diesem Bereich geht auf die Dauer von dem von Niedrigpreisstrategien geprägten Konkurrenzkampf der Handelsunternehmen auch eine Gefahr für die Qualität von Lebensmitteln aus. Um ein Signal für einen hohen Sicherheitsstandard bei Lebensmitteln zu setzen und Niedrigpreisstrategien entgegen zu



wirken, sieht der von der Bundesregierung am 25. April dieses Jahres beschlossene Gesetzesentwurf (siehe I.1.b.) vor, im Lebensmittelhandel Verkäufe unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Damit sollen kleine und mittlere Betriebe, die den Niedrigpreisstrategien marktmächtiger Handelsunternehmen nicht gewachsen sind, vor Verdrängung geschützt und die breite Versorgung vor allem im ländlichen Raum auf Dauer gewährleistet werden. Im Übrigen hat sich nach Auffassung der Bundesregierung die geltende Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB in Verbindung mit den vom Bundeskartellamt erarbeiteten Auslegungsgrundsätzen, entgegen der von Kritikern geäußerten Erwartung, in der Vergangenheit bewährt. Das jüngst vom Bundeskartellamt abgeschlossene Verfahren im Einzelhandel mit Drogeriewaren ist ein Beleg dafür. Durch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis konnte die Rechtsposition mittelständischer Einzelhandelsunternehmen gestärkt werden.

## 5. Verfahrensrecht

Der aktuelle Regierungsentwurf zum GWB sieht vor, dass künftig alle Missbrauchsverfügungen der Wettbewerbsbehörden sofort vollziehbar sind; der bislang bestehende automatische Suspensiveffekt entfällt. Die Änderung stellt den Gleichklang der Beschwerdemöglichkeiten nach deutschem und europäischem Recht her. Wettbewerbsverstöße können so effizienter und schneller abgestellt werden. Gleichzeitig wird der Rechtsschutz für die betroffenen Unternehmen aber nicht verkürzt, da die Möglichkeit besteht, einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen und die Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auch mit der Rechtsbeschwerde vor dem BGH anzugreifen.

## III. Europäische Wettbewerbspolitik

Die europäische Wettbewerbspolitik befand sich im Berichtszeitraum nach wesentlichen Neuerungen in einer Phase der Konsolidierung. Gleichzeitig hat die Europäische Kommission eine Reihe neuer Projekte zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung auf den Weg gebracht. Die praktischen Erfahrungen mit der neuen Kartellverfahrensordnung 1/2003 sowie der novellierten Fusionskontrollverordnung, die beide 2004 in Kraft getreten sind, wurden weiter vertieft. Zudem hat die Europäische Kommission ihre Leitlinien zur Bußgeldbemessung überarbeitet und ihre Kronzeugenregelung in Kartellsachen neu gefasst. Zur Anwendung von Artikel 82 EG sowie der privaten Rechtsdurchsetzung bei Verstößen gegen europäisches Wettbewerbsrecht hat die Europäische Kommission ein Diskussionspapier bzw. Grünbuch vorgelegt, die als Grundlage für weitere Diskussionen dienen sollen. Ferner wurde das Sekundärrecht im Bereich Schiff- und Luftfahrt weiter gestrafft.

### 1. Artikel 81/82 EG

Die Bundesregierung begrüßt die Änderung der Gruppenfreistellungsverordnung für Tarifkonsultationen im Personenluftverkehr und die Aufhebung der Gruppenfreistellungsverordnung für Linienschiffahrtstkonferenzen. In

beiden Bereichen hat die Europäische Kommission in einem intensiven Konsultationsprozess mit den Mitgliedstaaten und der beteiligten Industrie festgestellt, dass die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG für Preisabsprachen insgesamt nicht mehr erfüllt werden. Mit der Abwendung von speziellen Ausnahmen hin zu allgemein gültigen Wettbewerbsregeln hat die Europäische Kommission ihre bisherige Linie fortgesetzt, das bestehende Sekundärrecht weiter zu vereinfachen und klarer zu gestalten. Ebenso wie die Europäische Kommission geht die Bundesregierung davon aus, dass insbesondere die Verbraucher in der Zukunft von den veränderten Rahmenbedingungen profitieren werden. Im Bereich der Seeschifffahrt unterstützt die Bundesregierung die Absicht der Europäischen Kommission, für die Unternehmen im Seeverkehrssektor Leitlinien zu möglichen Kooperationen der Marktbeteiligten zu entwickeln, die den Wettbewerb weniger beschränken und im Einklang mit den allgemein gültigen Wettbewerbsregeln stehen. Den Unternehmen soll dadurch nach Auslaufen der Gruppenfreistellung Rechtssicherheit gegeben werden.

Das durch die Kartellverfahrensverordnung 1/2003 etablierte Netzwerk der europäischen Kartellbehörden ECN hat sich weiter bewährt und trägt durch seine Arbeitsgruppen dazu bei, das europäische Wettbewerbsrecht weiter zu entwickeln. Die Kooperation und der damit einhergehende Informationsaustausch zwischen den Behörden gewährleisten eine kohärente Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts und – trotz fehlender verbindlicher Kriterien – die praktische Fallverteilung zwischen den Behörden. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle erfolgt diese unproblematisch bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium.

Im Bereich des europäischen Kartellverbots hat die Europäische Kommission im Dezember 2005 ein Grünbuch zur privaten Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vorgelegt, das die aus ihrer Sicht bestehenden Haupthindernisse für ein effizienteres System von Schadensersatzklagen benennt. Zu jedem Hindernis werden mögliche Handlungsoptionen zur Diskussion gestellt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat in seiner gemeinsam mit dem Bundeskartellamt abgegebenen Stellungnahme die Vorlage des Grünbuchs und die hierdurch angestoßene Diskussion begrüßt. Dabei hat es ebenfalls darauf hingewiesen, dass es für Deutschland nach dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle für eine wirksame Durchsetzung von privaten Schadensersatzansprüchen keinen weiteren Handlungsbedarf sieht. An den Diskussionen zum inzwischen angekündigten Weißbuch der Europäischen Kommission wird sich die Bundesregierung weiterhin intensiv beteiligen und ihren Standpunkt zu den einzelnen Sachfragen deutlich machen.

Zum gleichen Zeitpunkt hat die Europäische Kommission ein Diskussionspapier zur Anwendung von Artikel 82 EG veröffentlicht. Darin fordert sie u. a., den tatsächlichen Auswirkungen missbräuchlichen Verhaltens und der Berücksichtigung von Effizienzen bei der Beurteilung solcher Verhaltensweisen stärkeres Gewicht beizumessen.

Auch an der Konsultation hierzu hat sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gemeinsam mit dem Bundeskartellamt beteiligt. In der gemeinsamen Stellungnahme wird der Entschluss der Europäischen Kommission begrüßt, Auslegungsgrundsätze für die Missbrauchsaufsicht des Art. 82 EG zu entwickeln. Die Stellungnahme betont aber, dass die von der Europäischen Kommission vorgesehene vertiefte wirtschaftliche Analyse der Sachverhalte die Bedeutung der gleichrangigen Aspekte der Rechtssicherheit und Praktikabilität der Rechtsanwendung wahren und die Auswirkungen auf die von der Europäischen Kommission in ihrem Grünbuch propagierten private Kartellrechtsdurchsetzung berücksichtigen müsse. Sämtliche Gesichtspunkte müssten zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dies verdeutlicht auch die jüngste europäische Rechtsprechung: In seiner Entscheidung in der Rs. T-340/03 – France Télécom (Wanadoo) hat das EuG klargestellt, dass Art. 82 EG auch solche Verhaltensweisen erfasst, die den Verbraucher nur mittelbar durch einen Eingriff in wirksame Wettbewerbsstrukturen schädigen. Und in der Rs. C-95/04 P – British Airways erklärte der EuGH, dass das Abstellen auf die tatsächlichen Auswirkungen einer wettbewerblich relevanten Handlung nur eine mögliche Vorgehensweise bei der Anwendung der Missbrauchsvorschrift darstelle. Ausreichend sei hierbei der Nachweis der typischen Missbräuchlichkeit einer bestimmten Maßnahme. Die tatsächlichen Nachteile für die Wettbewerber oder Verbraucher müssten hingegen nicht spezifiziert und nachgewiesen werden. Auch die durch diese Urteile zusätzlich angefachte Diskussion im Bereich der europäischen Missbrauchsaufsicht wird die Bundesregierung weiter aufmerksam verfolgen und ihre Auffassung einbringen.

Am 10. Januar 2007 hat die EG-Kommission auf der Grundlage von Artikel 17 der Kartellverfahrensverordnung 1/2003 ihren Abschlussbericht über die Untersuchung des Energiesektors veröffentlicht. In ihrem Bericht kommt die Kommission zu dem Schluss, dass ineffiziente und teure Erdgas- und Elektrizitätsmärkte für Verbraucher und Unternehmen gleichermaßen von Nachteil sind. Besondere Probleme bereiten die ihrer Auffassung nach hohe Marktkonzentration und die vertikale Integration von Versorgung, Erzeugung und Transport, durch die ein diskriminierungsfreier Zugang nicht möglich sei und die zur Folge habe, dass zu wenig in die Infrastruktur investiert werde. Ferner bestehe die Gefahr, dass die etablierten Betreiber den Markt untereinander aufteilten. Aufbauend auf den Ergebnissen der Untersuchungen hat die Kommission insbesondere die eigentumsrechtliche Entflechtung der Energieversorgungsunternehmen von ihren Netzen vorgeschlagen. Der Rat der Energieminister und der Europäische Rat haben sich unter dem deutschen Vorsitz zu einer wirksamen Entflechtung bekannt und sich dafür ausgesprochen, unabhängig organisierte Strukturen für den Netzbetrieb und die Unabhängigkeit von Entscheidungen über Investitionen in die Netze zu gewährleisten. Die Bundesregierung setzt sich dafür ein, dass alle Optionen – und damit nicht nur die eigentumsrechtliche Entflechtung – offen diskutiert und gründlich geprüft

werden. Keine Möglichkeit darf von vornherein ausgeschlossen werden. Die Kommission ist aufgerufen, unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Ausgangslagen in den einzelnen Mitgliedstaaten entsprechende Maßnahmen zu prüfen und Vorschläge zu erarbeiten.

Am 31. Januar 2007 hat die Kommission den Abschlussbericht für die Branchenuntersuchung im Bereich des Privatkundengeschäfts der Banken vorgelegt. Der Bericht umfasst einerseits das Geschäft mit Dienstleistungen gegenüber Bankkunden, die mit der Kontoführung verbunden sind, und andererseits das Geschäft mit Karten und Kartenzahlungssystemen. Wettbewerbsrechtliche Bedenken äußert die Kommission u. a. hinsichtlich der Bereiche Zahlungssysteme einschließlich Kartenzahlungssysteme, Kreditauskunftssysteme, Zusammenarbeit zwischen Banken (insbesondere von Genossenschaftsbanken untereinander und von Sparkassen untereinander sowie deren Regionalprinzip) sowie der Festlegung von Preisen und Geschäftsstrategien. Die Bundesregierung begrüßt grundsätzlich, dass die Europäische Kommission mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im Privatkundengeschäft der Banken untersucht. Bei ihren weiteren Verfahrensschritten sollte die Europäische Kommission aber die besondere und bewährte Bedeutung des deutschen Drei-Säulen-Modells berücksichtigen.

In ihrem Zwischenbericht über Unternehmensversicherungen vom 24. Januar 2007 hat die Kommission Indizien für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen u. a. durch lange Vertragslaufzeiten, Meistbegünstigungsklauseln im Rückversicherungsgeschäft sowie mangelnde Transparenz der Vergütung von Versicherungsvermittlern gefunden. Eine abschließende wettbewerbliche Bewertung des Versicherungssektors erwartet die Bundesregierung jedoch erst mit der für September 2007 vorgesehenen Vorlage des Endberichtes durch die Kommission.

## 2. Fusionskontrolle

Durch die am 1. Mai 2004 in Kraft getretene neue europäische Fusionskontrollverordnung wurde u. a. ein neues Untersuchungskriterium eingeführt. Der bisher geltende Maßstab der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung wird durch das Kriterium der „erheblichen Behinderung effektiven Wettbewerbs“ abgelöst (sog. SIEC-Test). Diese Änderung hat nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu der zuvor teilweise befürchteten Rechtsunsicherheit geführt. Die bisherigen Entscheidungen der Europäischen Kommission zeigen – jedenfalls hinsichtlich der Entscheidungsergebnisse – keine gravierenden Unterschiede in der Rechtsanwendung zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt. Lediglich in einer besonderen Fallkonstellation hat die Europäische Kommission bislang eine Behinderung des Wettbewerbs ohne Vorliegen von Marktbeherrschung angenommen (Entscheidung vom 26. April 2007, T-Mobile Austria/tele.ring, Fall-Nr. COMP/M.3916).

Im Vorfeld der 7. GWB-Novelle hatte das damalige Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine Diskussion

über die Frage angestoßen, ob das neue europäische Untersagungskriterium auch in das deutsche Recht eingeführt werden sollte. Die Diskussion mit Vertretern der Wirtschaft sowie der Fachöffentlichkeit hatte jedoch zu dem Ergebnis geführt, dass eine Übernahme angesichts fehlender praktischer Erfahrungen verfrüht sei und zunächst die weiteren Entwicklungen in der europäischen Rechtsanwendung abgewartet werden sollten. Trotz der grundsätzlich positiven Erfahrungen mit der Handhabung des SIEC-Kriteriums durch die Europäische Kommission vertritt die Bundesregierung diese Haltung weiterhin. Es gibt bislang noch zu wenige Entscheidungen, insbesondere auch der europäischen Gerichte, als dass eine eindeutige Tendenz auszumachen wäre. Abgesehen davon besteht nach Auffassung der Bundesregierung kein aktueller Bedarf dafür, die deutsche Fusionskontrolle an europäisches Recht anzugleichen. Auf längere Sicht wird allerdings zu prüfen sein, ob eine Angleichung sachdienlich wäre. Dabei sollte sich diese Prüfung nicht isoliert auf eine Übernahme des SIEC-Kriteriums, sondern auf die Fusionskontrolle insgesamt beziehen.

Die Bundesregierung teilt die Bewertung des Bundeskartellamts, dass der von der Europäischen Kommission vorgelegte Leitlinienentwurf zur Beurteilung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse in weiten Teilen zu theoretisch gehalten ist und den Bedürfnissen der Praxis insofern nicht gerecht wird. Bei den meisten Fusionen – jedenfalls solchen, die wettbewerbliche Probleme aufwerfen – handelt es sich nicht um reine vertikale oder konglomerate Fusionen. Für die Beurteilung in der Praxis problematischer Zusammenschlüsse, die horizontale und nicht-horizontale Elemente vereinen, trägt der Entwurf in seiner aktuellen Fassung vom 13. Februar 2007 nicht zur Rechtssicherheit bei. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Europäische Kommission die von den Mitgliedstaaten bislang geübte Kritik berücksichtigen und den Leitlinienentwurf auch unter Beachtung der Ergebnisse der Online-Konsultation interessierter Kreise noch einmal umfassend überarbeiten wird.

Die Bundesregierung lehnt – wie das Bundeskartellamt – Pläne der Europäischen Kommission, die auf eine Aufweichung der durch die Zwei-Drittel-Regelung (Art. 1 Abs. 3 VO 139/2004) gesetzten Aufgreifschwelle der europäischen Fusionskontrolle abzielen, ab. Die Zwei-Drittel-Regelung ist Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips und hat sich als Abgrenzungskriterium für Fälle mit überwiegend nationalem Bezug bewährt. Während die Zuständigkeit der Europäischen Kommission im Bereich der Fusionskontrolle seit 1989 laufend erweitert wurde, wurde dies nicht durch entsprechende erweiterte nationale Zuständigkeiten kompensiert. Eine weitere Zuständigkeitsverlagerung zugunsten der Europäischen Kommission würde der nationalen Fusionskontrolle weitere Substanz nehmen. Abgesehen davon zielen die Überlegungen der Europäischen Kommission offenbar insbesondere auf netzgebundene Märkte. Die darin liegende Sektoralisierung der Fusionskontrolle wurde bislang sowohl von der Bundesregierung als auch von der Europäischen Kommission abgelehnt. Die Bundesregierung hält an dieser Position fest.

Die Bundesregierung begrüßt ebenso wie das Bundeskartellamt den Versuch der Europäischen Kommission, die Wirksamkeit von Nebenbestimmungen einer ex-post-Bewertung zu unterziehen, um Erkenntnisse über typische Problemfelder bei der Ausarbeitung und Umsetzung von Nebenbestimmungen zu identifizieren. Fusionskontrollrechtliche Entscheidungen müssen sich der Frage stellen, ob sie ihr Ziel, Wettbewerb zu erhalten, in der Praxis erreichen bzw. wie zielgenau die der Entscheidung zugrunde gelegten Prognosen waren. Vor diesem Hintergrund können nachträgliche Auswertungen der Wirksamkeit von Zusagen bzw. allgemein der wirtschaftlichen Folgen einer Fusion wertvolle Hinweise und Erfahrungswerte für die Rechtsanwendung liefern.

Die Bundesregierung regt deshalb an, dass auch das Bundeskartellamt ähnliche Untersuchungen durchführt und ausgewählte Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle – nicht notwendigerweise auf den Bereich von Nebenbestimmungen beschränkt – einer ex-post-Analyse unterzieht.

#### IV. Internationale Wettbewerbspolitik

Die fortschreitende Internationalisierung der Märkte und der internationale Wettbewerb eröffnen, insbesondere für ein exportstarkes Land wie Deutschland, große Chancen. Unternehmen können die Chancen der Globalisierung jedoch nur dann optimal nutzen, wenn funktionierende Spielregeln zum Schutz des Wettbewerbs und eine intensive Zusammenarbeit zwischen den staatlichen Wettbewerbsbehörden auf internationaler Ebene für ein „level playing field“ sorgen. Viele Wettbewerbsprobleme können nicht mehr von einer Wettbewerbsbehörde allein behandelt werden. Die Bundesregierung begrüßt deshalb, dass die internationale Kooperation und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden als Konsequenz dieser Entwicklungen im Berichtszeitraum noch weiter zugenommen hat. Gleichzeitig ist es notwendig, auch die Kommunikation zwischen den Regierungen im Bereich der Wettbewerbspolitik zu intensivieren. Fairer globaler Wettbewerb erfordert auf längere Sicht verbindliche wettbewerbliche Mindeststandards als Grundlage einer internationalen Wettbewerbsordnung. Die Bundesregierung setzt sich für die Entwicklung und Anerkennung solcher Mindeststandards durch die Staatengemeinschaft ein.

Bei der internationalen Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden nimmt das International Competition Network (ICN) eine herausragende Rolle ein. Der Ansatz des ICN, ein Forum für die freiwillige Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu schaffen und bestimmte Themen in Arbeitsgruppen projektbezogen zu diskutieren, ohne verbindliche Vorgaben zu verabschieden, hat sich nach Ansicht der Bundesregierung für den Bereich der praktischen Rechtsanwendung bewährt. Im Berichtszeitraum hatte dabei der Präsident des Bundeskartellamtes den Vorsitz in der das ICN führenden „Steering Group“ inne. An der erfolgreichen weltweiten Verbreitung funktionsfähiger Wettbewerbsregeln durch das ICN hatte das Bundeskartellamt auch durch die Leitung der Arbeits-

gruppen „Marktbeherrschung“ und „Missbrauch“ („Unilateral Conduct“) einen bedeutenden Anteil.

Während die internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden namentlich im ICN große Fortschritte erzielen konnte, hat der Versuch der Mitgliedstaaten der WTO, einen Konsens hinsichtlich wettbewerblicher Mindeststandards zu erreichen, im Jahr 2003 einen deutlichen Rückschlag erlitten. Bei der Welthandelskonferenz in Cancún kamen die Regierungen überein, das Thema „Handel und Wettbewerb“ zunächst nicht weiterzuverfolgen. Die Bundesregierung bedauert dies. Der erfolgreiche Abschluss der WTO-Verhandlungen der Doha-Entwicklungsrunde, der alle Verhandlungsbereiche einschließt, ist daher auch ein besonderes Anliegen der deutschen EU- und G8-Präsidentschaft. Die Bundesregierung unterstützt darüber hinaus die Aufnahme von Verhandlungen über regionale und bilaterale Freihandelsabkommen mit wachstumsstarken Schwellenländern im asiatischen Raum. Ferner setzt sie sich für eine Verbesserung der transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und den USA ein.

Weitere Foren einer internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik sind insbesondere die OECD und die UNCTAD. Die Bundesregierung hat in den Wettbewerbsausschüssen dieser Organisationen gemeinsam mit dem Bundeskartellamt auch im Berichtszeitraum intensiv mitgearbeitet. Der Wettbewerbsausschuss der OECD bzw. seine Arbeitsgruppen haben auch

in den vergangenen zwei Jahren eine Fülle von Themen mit hohem wissenschaftlichen Anspruch und großem Gewinn für die Praxis diskutiert. Unter den behandelten Fragen, die das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht dargestellt hat, ist besonders das Thema „Private Kartellrechtsverfolgung“ hervorzuheben. Die Bundesregierung hat bei der entsprechenden Diskussion die Möglichkeiten privater Schadensersatzklagen vorgestellt, die in Deutschland als einem der ersten Länder bereits im Rahmen der 7. GWB-Novelle eingeführt worden sind.

Die Bundesregierung begrüßt die Entscheidung des US Supreme Courts sowie die nachfolgende Entscheidung des District of Columbia Circuit Court of Appeals vom 29. Juni 2005, mit der einer extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Schadensersatzrechts für außerhalb der USA verursachten Schäden Einhalt geboten wurde. Die Bundesregierung hatte sich an diesem Verfahren gemeinsam mit dem Bundeskartellamt mit mehreren amicus curiae-Briefen intensiv beteiligt und – zusammen mit vielen anderen Regierungen – nachdrücklich für eine Einschränkung der Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte in diesem Fall plädiert. Im Berichtszeitraum wurden zudem die Verhandlungen zum Deutsch-Amerikanischen Rechtshilfevertrag abgeschlossen. Die Bundesregierung ist davon überzeugt, dass durch diesen Vertrag die gegenseitige Rechtshilfe deutlich vereinfacht und beschleunigt wird. Der Vertrag findet auch auf Kartellordnungswidrigkeiten Anwendung. Der Vertrag wird derzeit ratifiziert.

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006  
sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Erster Abschnitt</b>	
<b>Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage</b> .....	7
<b>1. Zur wettbewerbspolitischen Lage</b> .....	7
<b>2. Siebte GWB-Novelle – Erste Erfahrungen aus der Praxis</b> .....	10
<b>3. Fusionskontrolle</b> .....	13
3.1 Statistische Übersicht .....	13
3.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren .....	14
3.3 Anwendungsbereich der Fusionskontrolle .....	17
3.4 Bagatellmarktklausel .....	18
3.5 Zusammenschlusstatbestand .....	18
3.6 Räumliche Marktabgrenzung .....	19
3.7 Konglomerate Fusionen .....	19
3.8 Bedingungen und Auflagen .....	19
3.9 Abwägungsklausel .....	20
3.10 Vollzugsverbot .....	20
3.11 Entflechtungsverfahren .....	21
3.12 Falschangaben in der Anmeldung, verspätete Auskunft auf Ersuchen des Bundeskartellamtes .....	22
3.13 Ministererlaubnis .....	22
<b>4. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen</b> .....	22
4.1 Behinderungsmisbrauch, Preismisbrauch .....	22
4.2 Boykott .....	24
4.3 Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr .....	24
4.3.1 Telekommunikation .....	24
4.3.2 Post .....	27
4.3.3 Energiewirtschaft .....	27
4.3.4 Verkehr .....	32
<b>5. Kartellverbot und Kooperation</b> .....	32
5.1 Kartelle .....	32
5.2 Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – sonstige Kooperationen ..	36

	Seite
5.3 Mittelstandskooperationen .....	37
5.4 Einkaufskooperationen .....	38
5.5 Konditionenempfehlungen/-kartelle .....	38
<b>6. Vertikalvereinbarungen .....</b>	<b>39</b>
<b>7. Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht ...</b>	<b>40</b>
7.1 Verfahrensrecht .....	40
7.1.1 Verwaltungsverfahren .....	40
7.1.2 Bußgeldverfahren .....	41
7.2 Prozessrecht .....	43
7.2.1 Verwaltungsverfahren .....	43
7.2.2 Bußgeldverfahren .....	45
<b>8. Europäisches Wettbewerbsrecht .....</b>	<b>46</b>
8.1 European Competition Authorities (ECA) .....	46
8.2. Anwendung der Artikel 81, 82 EG .....	47
8.2.1 Netzwerk der Europäischen Kartellbehörden (ECN) .....	47
8.2.2 Verordnungen, Mitteilungen, Richtlinien .....	48
8.2.3 Anwendung der Artikel 81, 82 EG durch die Europäische Kommission, das Gericht Erster Instanz und den Europäischen Gerichtshof .....	51
8.2.4 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission .....	56
8.3 Fusionskontrolle .....	57
<b>9. Internationale Zusammenarbeit .....</b>	<b>60</b>
<b>Zweiter Abschnitt</b>	
<b>Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen .....</b>	<b>67</b>
Landwirtschaft (01) .....	67
Forstwirtschaft (02) .....	68
Ernährungsgewerbe (15) .....	69
Textilgewerbe (17) .....	75
Bekleidungs-gewerbe (18) .....	75
Papiergewerbe (21) .....	76
Verlags-gewerbe (22) .....	79
Mineralölverarbeitung, Flüssiggas (23) .....	84
Chemische Industrie (24) .....	84
Kunststoff-erzeugnisse (25) .....	90
Verarbeitung von Steinen und Erden, Glas-gewerbe (26) .....	91
Metallerzeugung und -bearbeitung (27) .....	96

	Seite
Herstellung von Metallerzeugnissen (28) .....	98
Maschinenbau (29) .....	99
Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und -einrichtungen (30) .....	104
Herstellung von Geräten der Elektrizitätserzeugung und -verteilung (31) .....	105
Rundfunk und Nachrichtentechnik (32) .....	106
Medizin-, Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik (33) .....	112
Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen (34) .....	114
Sonstiger Fahrzeugbau (35) .....	117
Energieversorgung (40) .....	121
Wasserwirtschaft (41) .....	134
Kraftfahrzeughandel, Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen, Tankstellen (50) .....	134
Handelsvermittlung und Großhandel (51) .....	135
Einzelhandel (52) .....	137
Landverkehr (60) .....	142
Schifffahrt (61) .....	145
Luftverkehr (62) .....	146
Hilfs- und Nebentätigkeiten für den Verkehr, Verkehrsvermittlung (63) ...	148
Nachrichtenübermittlung (64) .....	152
Kreditgewerbe (65) .....	158
Versicherungen (66) .....	160
Immobilien (70) .....	162
Datenverarbeitung und Datenbanken (72) .....	163
Gesundheits- und Sozialwesen (85) .....	164
Abwasser- und Abfallbeseitigung und sonstige Entsorgung (90) .....	171
Kultur, Sport, Unterhaltung (92) .....	177
<b>Dritter Abschnitt</b>	
<b>Tätigkeitsbericht der Vergabekammern</b> .....	185
<b>Teil I: Rechtliche Rahmenbedingungen</b> .....	185
<b>1. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht</b> .....	185
<b>2. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht</b> .....	185

	Seite
<b>Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern</b> .....	186
<b>1.    Verfahrensrecht</b> .....	187
1.1   Anwendungsbereich der Vergabenachprüfung .....	187
1.2   Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages .....	189
1.3   Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers .....	191
1.4   Antragsbefugnis, Interesse am Auftrag, Schaden .....	192
1.5   Rügeobliegenheit .....	193
1.6   Keine Frist für Nachprüfungsantrag .....	196
1.7   Feststellungsinteresse .....	196
1.8   Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern ...	197
<b>2.    Materielles Recht</b> .....	197
2.1   Transparenzgebot .....	197
2.2   Leistungsbeschreibung .....	199
2.3   Teilnehmer am Wettbewerb .....	203
2.4   Zwingender Angebotsausschluss .....	204
2.5   Aufklärungsverhandlung .....	210
2.6   Eignungskriterien .....	210
2.6.1   Anforderungen an Eignungskriterien .....	210
2.6.2   Eignungsnachweis .....	211
2.6.3   Eignungsprüfung .....	211
2.6.4   Zwingender Angebotsausschluss bei fehlenden Eignungs- nachweisen .....	212
2.6.5   Unzuverlässigkeit bei Verwendung zugespielter Informationen ...	214
2.7   Geltendmachung von Geschäftsgeheimnissen; Verwertbarkeit des Vortrags zu Nebenangeboten .....	214
2.8   Wertung in der 4. Wertungsstufe .....	215
2.9   Dokumentation .....	217
2.10   Behandlung von Wettbewerbsvorsprüngen im Vergabeverfahren ...	217
2.11   Ungewöhnlich niedriges Angebot .....	219
2.12   Architektenwettbewerb, Grundsatz der Anonymität .....	220
2.13   Anordnungsbefugnisse der Vergabekammer .....	221
<b>Vierter Abschnitt</b>	
<b>Geschäftsübersicht</b> .....	223
<b>Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle</b> .....	223
<b>1.    Angemeldete sowie angezeigte vollzogene Zusammenschlüsse</b>	223
1.1   Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2006 .....	223



	Seite
1.2 Beim Bundeskartellamt nach § 23 GWB a. F. (1973 bis 1998) bzw. § 39 (1999 bis 2004) angezeigte vollzogene Zusammenschlüsse 1973 bis 2004 .....	224
<b>2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse und Entscheidungen 2005 und 2006 .....</b>	<b>225</b>
<b>3. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Größenklassen 2005 und 2006 .....</b>	<b>226</b>
3.1 Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen .....	226
3.2 Umsatz des erworbenen Unternehmens .....	226
3.3 Umsatz des erwerbenden Unternehmens .....	227
<b>4. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes .....</b>	<b>228</b>
<b>5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation .....</b>	<b>228</b>
<b>6. Angemeldete Zusammenschlüsse nach geografischer Gliederung .....</b>	<b>229</b>
6.1 Erworbene Unternehmen in geografischer Gliederung .....	229
6.2 Erwerber in geografischer Gliederung .....	229
<b>Teil II: Übersichten zu weiteren Verfahren .....</b>	<b>230</b>
<b>1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren .....</b>	<b>230</b>
1.1 Beim Bundeskartellamt .....	230
1.2 Bei den Landeskartellbehörden .....	232
<b>2. Anerkannte und geänderte Wettbewerbsregeln .....</b>	<b>234</b>
<b>Ausländische Besucher im Bundeskartellamt .....</b>	<b>235</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>236</b>
<b>Paragrafennachweis .....</b>	<b>243</b>
<b>Verzeichnis der Tätigkeitsberichte .....</b>	<b>259</b>
<b>Organisationsplan des Bundeskartellamtes .....</b>	<b>260</b>

## Hinweis:

Paragrafenangaben ohne Zusatz beziehen sich auf die gültige Fassung des GWB. Bezieht sich eine Paragrafenangabe auf das GWB in der Fassung vor der 7. GWB-Novelle, ist dies durch den Zusatz GWB a. F. gekennzeichnet. Paragrafenangaben, die sich auf den Entwurf des GWB im Rahmen der „Preismissbrauchsnovelle“ beziehen, sind mit GWB-E gekennzeichnet.



## Erster Abschnitt

### Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage

#### 1. Zur wettbewerbspolitischen Lage

##### Wirtschaftliches Wettbewerbsprinzip und soziale Gerechtigkeit

Meldungen über die hohe Arbeitslosigkeit, über Rekordgewinne von Unternehmen bei gleichzeitigem Abbau tausender Arbeitsplätze oder gleichzeitiger Erhöhung von Preisen wie z. B. im Strom- und Gasbereich bilden oftmals den Hintergrund für den Vorwurf, das Wettbewerbsprinzip sei unsozial und nütze nur dem Stärkeren. Auch wenn die genannten Phänomene durchaus Anlass zu einer kritischen Betrachtung einzelner wirtschaftlicher Vorgänge geben, sollten sie nicht das Wettbewerbssystem als wirtschaftliches Ordnungsprinzip in Frage stellen.

Wettbewerb ist ein Leistungsprinzip. Sicherlich kann wirtschaftlicher Leistungswettbewerb erheblichen Einfluss auf das – soziale – Schicksal des Einzelnen haben. Die Gesellschaft muss sich deshalb die Frage stellen, in welcher Form diejenigen am Wirtschaftsleben teilnehmen können, die nicht zu den Leistungsstarken zählen. Diese Frage muss aber in jeder Gesellschaft gelöst werden, und zwar unabhängig vom bestehenden wirtschaftlichen Ordnungssystem. Und das ist der entscheidende Punkt: Wettbewerb ist ein Ordnungsprinzip, dem man die Eigenschaft sozial oder unsozial nicht unmittelbar zuordnen kann.

Das wettbewerbliche Wirtschaftssystem baut auf Werten auf, die für unsere Gesellschaft elementar sind. Dieses sind Werte wie Freiheit, Eigenverantwortung und Eigeninitiative. Das wettbewerbliche Wirtschaftssystem spornt den Einzelnen an. Es fordert Ausbildungsbereitschaft, setzt auf Ideenreichtum und Leistungswillen und verlangt Mut zur Selbständigkeit und Risikobereitschaft. Dies sind Werte, ohne die eine Gesellschaft nicht auskommt.

Das wettbewerbliche Wirtschaftssystem regt zudem zum effizienten Einsatz der Ressourcen an, denn die sich im Wettbewerb frei bildenden Preise zeigen den Knappheitsgrad der Güter an. Der Wettbewerb mit seinen Lenkungs- und Anreizwirkungen steht letztlich für das effizienteste Wirtschaftssystem. Und dies kommt auch den Verbrauchern zugute, denn im Wettbewerbssystem besitzen sie Wahlfreiheit; sie können sich nach ihren Präferenzen für Produkte oder Leistungen entscheiden. Wettbewerbsdruck und Wahlfreiheit der Verbraucher begrenzen die Macht von Unternehmen und führen zu günstigeren Preisen, qualitativen Verbesserungen, einer breiteren Angebotsauswahl und neuen Produkten. Das Fehlen eines unverfälschten, funktionierenden und fairen Leistungswettbewerbs – in Form von Preisabsprachen, Marktauf-

teilungen oder einem Missbrauch von Marktmacht – führt dagegen zu unerwünschten Folgen auch für die Verbraucher. Sie geraten in Abhängigkeit von Unternehmen. Und diese besitzen wiederum, da ihre Marktmacht nicht durch einen funktionierenden Wettbewerb kontrolliert wird, die Möglichkeit zu Preiserhöhungen – eine Möglichkeit, von der, wie die Praxis gerade im Energiebereich zeigt, i. d. R. auch Gebrauch gemacht wird.

Das Wettbewerbsprinzip darf trotz seiner positiven Auswirkungen nicht verabsolutiert werden. Ebenso wichtig wie die Leistungsgerechtigkeit, an der sich das Wettbewerbsprinzip mit seiner „Entlohnung nach Leistung“ orientiert, ist die soziale Gerechtigkeit. Neben die Werte Freiheit, Selbstverantwortung und Eigeninitiative, die unverzichtbar sind, muss der Wert der Solidarität treten. Menschen, die im Leistungswettbewerb nicht oder nicht ausreichend bestehen können, müssen entsprechende Unterstützung erfahren.

Es darf aber nicht der Fehler gemacht werden, die beiden Prinzipien „wirtschaftlicher Wettbewerb“ und „soziale Gerechtigkeit“ in einen Gegensatz zu bringen und gegeneinander auszuspielen. Beide Grundsätze sind für unser Gesellschaftssystem elementar und fließen im Prinzip der sozialen Marktwirtschaft zusammen. Die marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung muss von einem sozialen Ausgleich flankiert werden, der an der Bedürftigkeit des Einzelnen ansetzt.

Für diesen sozialen Ausgleich bildet wiederum das Wettbewerbsprinzip die beste Grundlage. Denn als effizientestes Wirtschaftssystem wirkt es sich positiv auf die Höhe des gesamten Volkseinkommens, d. h. auf die Gesamtwohlfahrt einer Gesellschaft aus. Damit bietet es den erforderlichen Spielraum, öffentliche Güter bereitzustellen und einen sozial erwünschten Ausgleich zu gewährleisten. Falsch wäre es dagegen, wenn der Staat direkt in den Marktmechanismus eingreifen würde, um soziale Gerechtigkeit vermeintlich von vornherein herzustellen. Dazu ist der Staat letztlich nicht in der Lage, da er nicht über die Maßstäbe verfügt, um gerechte oder soziale Preise zu bestimmen. Zudem ziehen staatliche Interventionen in den Marktmechanismus eine Vielzahl von Folgeproblemen nach sich. Da die Märkte komplex miteinander verflochten sind, verzerrt ein punktuelles Eingreifen in die Marktmechanismen auch den Wettbewerb auf anderen Märkten. Die Funktionen des Wettbewerbs werden geschwächt oder außer Kraft gesetzt und die Gesamtwohlfahrt der Gesellschaft sinkt. Die Ziele der Maximierung der Gesamtwohlfahrt und der sozialen Gerechtigkeit müssen instrumental voneinander getrennt sein.

### Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle

Am 1. Juli 2005 ist die 7. GWB-Novelle in Kraft getreten. Die Novelle erfolgte vor dem Hintergrund der umfassenden Änderungen des Europäischen Rechts durch die Verordnung (EG) 1/2003 vom 16. Dezember 2002 (VO Nr. 1/03) (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 62 ff., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 47 ff.), die Angleichungen des GWB an das Europäische Recht erforderten. Die wesentlichen Änderungen der Novelle betrafen die Anpassung an das geänderte europäische Verfahrensrecht durch Schaffung einheitlicher Regelungen für horizontale und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und den Übergang vom Anmelde- und Genehmigungsverfahren zum Legalausnahmeprinzip, eine Angleichung der Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden an den Standard der VO Nr. 1/03 einschließlich einer Änderung im Bußgeldzumessungsrecht sowie eine Stärkung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 12 ff.). Das Bundeskartellamt hat in der Praxis die Neuerungen zügig vollzogen und in mehreren Fällen von seinen neuen Befugnissen Gebrauch gemacht (S. 11 f.). Im März 2007 hat das Bundeskartellamt eine neue Bagatellbekanntmachung sowie ein Merkblatt für kleine und mittlere Unternehmen veröffentlicht, um Unternehmen die kartellrechtliche Beurteilung von Vereinbarungen zu erleichtern (S. 10). Durch die Novelle aufgeworfene Fragen zur Bagatellmarktklausel im Bereich der Fusionskontrolle sehen bereits einer gerichtlichen Klärung durch den Bundesgerichtshof entgegen (S. 12, 18).

### Änderung des deutschen Kartellrechts – „Preismissbrauchsnovelle“

Die Bundesregierung beabsichtigt, das zuletzt mit der 7. GWB-Novelle umfassend reformierte GWB erneut durch ein Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels zu ändern. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat Ende 2006 einen Referentenentwurf vorgelegt, der in drei Punkten Änderungen des GWB vorsieht. Zum Einen soll das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis verschärft werden. Bereits im Koalitionsvertrag „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“ vom 11. Dezember 2005, S. 112, war angekündigt worden, das Kartellrecht zu novellieren, um dem ruinösen Preiswettbewerb, der insbesondere im Einzelhandel kleine und mittlere Unternehmen belastet, Einhalt zu gebieten. Weiterhin ist eine Sondernorm für die Preismissbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft geplant. Hintergrund dieser Änderung sind die unzureichenden Wettbewerbsverhältnisse im Strom- und Gasbereich, die nicht zuletzt zu starken Preissteigerungen geführt haben. Schließlich ist beabsichtigt, die Bußgeldregelung in § 81 neu bekannt zu machen.

Um die Preismissbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft zu erleichtern, schlägt der Referentenentwurf die Einführung eines – bis Ende 2012 befristet geltenden – § 29 GWB-E vor. Die geplante Norm sieht fünf wesentliche Elemente vor: Eine Erweiterung des Vergleichsmarkt-

konzepts, die Möglichkeit des gesonderten Aufgreifens von Entgeltbestandteilen im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht, die Erhöhung der Beweispflichten der Unternehmen, den Verzicht auf den – von der Rechtsprechung geforderten – Erheblichkeitszuschlag bei der Feststellung eines missbräuchlichen Preises sowie die ausdrückliche Normierung der Möglichkeit einer kostenbasierten Preiskontrolle zur Feststellung eines Missbrauchs. Ergänzend zu diesen Änderungen soll § 64 Abs. 1 Nr. 1 ersatzlos entfallen, so dass künftig alle Missbrauchsverfügungen der Kartellbehörden sofort vollziehbar sind. Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme die Vorschläge ausdrücklich begrüßt. Mit den Änderungen sind keine umwälzenden Neuerungen verbunden. Das kartellrechtliche Missbrauchsinstrumentarium wird jedoch effizienter ausgestaltet. Dadurch kann die Abstellung missbräuchlicher Preisgestaltungen in der volkswirtschaftlich besonders wichtigen und wettbewerblich besonders problematischen Energiewirtschaft schneller durchgesetzt werden.

Hinsichtlich des Verkaufs unter Einstandspreis von Lebensmitteln sieht der Referentenentwurf eine Verschärfung des § 20 Abs. 4 Satz 2 für den Lebensmitteleinzelhandel vor. Demnach soll künftig auch ein gelegentlicher Verkauf unter Einstandspreis verboten sein. Eine sachliche Rechtfertigung dafür wäre nur noch in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich. Ausweislich des Entwurfs zur Gesetzesbegründung ist beabsichtigt, dadurch kleinere und mittlere Einzelhandelsunternehmen vor dem Preisdruck der großen Einzelhandelsunternehmen zu schützen. Zudem soll die Produktqualität erhöht werden. Das Bundeskartellamt hat die vorgeschlagene Regelung in seiner Stellungnahme kritisch beurteilt. Die Erfahrungen in der Praxis mit § 20 Abs. 4 Satz 2 zeigen, dass die Vorschrift in ihrer jetzigen Fassung ausreicht, um wirksam gegen Verdrängungspraktiken marktstarker Unternehmen vorgehen zu können. Eine Verschärfung der Vorschrift ist nicht erforderlich. Sie würde vielmehr den fairen Leistungswettbewerb unter Umständen sogar zu Lasten der Verbraucher einschränken oder wäre angesichts der zu erwartenden Vielzahl von Beschwerdefällen im Hinblick auf die knappen Ressourcen des Bundeskartellamtes kaum umzusetzen.

Schließlich soll mit dem neuen Gesetz die Bußgeldvorschrift des § 81 neu bekannt gemacht werden. Der Referentenentwurf sieht auch einige inhaltliche Änderungen vor, die klarstellenden Charakter haben.

Zum Redaktionsschluss des Tätigkeitsberichts war das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen.

### Diskussion der Anwendungspraxis zu Artikel 82 EG

Innerhalb des Netzwerkes der Europäischen Kartellbehörden (ECN) wird derzeit eine Neuausrichtung der Anwendungspraxis zu Artikel 82 EG diskutiert. Die Europäische Kommission beabsichtigt, Leitlinien zu Artikel 82 EG zu erlassen. Hintergrund der Diskussion sind Bestrebungen, die Missbrauchskontrolle stärker an Verbrau-

cherinteressen auszurichten und Effizienzen stärker zu berücksichtigen. Die Europäische Kommission befürwortet mit einem „more economic approach“ ein größeres Gewicht tatsächlicher Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens im Markt und eine stärkere Berücksichtigung von Effizienzen bei der wettbewerblichen Beurteilung missbräuchlichen Verhaltens. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist es wichtig, dass die Handhabbarkeit der Missbrauchsregeln für die Kartelldurchsetzung sowie die Vorhersehbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen im Dienste der Rechtssicherheit für Unternehmen gewahrt bleibt. Es befürwortet daher einen „likely-effects-based approach“, nach dem der Nachweis tatsächlicher Effekte nicht erforderlich ist, sondern ein Nachweis der wahrscheinlichen Effekte des missbräuchlichen Verhaltens im Markt genügt (S. 48 f.).

#### **Missbrauchsaufsicht und Kartellbekämpfung durch das Bundeskartellamt und durch eine stärkere Vernetzung auf europäischer und internationaler Ebene**

Der Missbrauchsaufsicht und der Kartellbekämpfung durch das Bundeskartellamt kamen auch in diesem Berichtszeitraum eine große Bedeutung zu. Das Bundeskartellamt hat verschiedene Maßnahmen und Schritte unternommen, um die Kartellverfolgung weiter zu intensivieren.

Zur Beschleunigung der Kartellverfahren hat das Bundeskartellamt im Juni 2005 die 11. Beschlussabteilung, die bis dahin für die Missbrauchsaufsicht im Strombereich zuständig war, in eine reine Kartellabteilung umgewandelt. In ihr werden nunmehr branchenübergreifend Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit § 1 und Artikel 81 EG verfolgt. Die im Jahr 2002 gegründete Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK), die die Beschlussabteilungen des Amtes durch den Einsatz spezialisierter und sachlicher Ressourcen bei der Aufdeckung von Kartellabsprachen unterstützt (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 44 f.), hat ihre Arbeit intensiv und erfolgreich fortgeführt.

Im März 2006 hat das Bundeskartellamt die im April 2000 eingeführte Bonusregelung überarbeitet und schlagkräftiger gemacht. Die Bonusregelung ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen einen vollständigen oder teilweisen Erlass der Geldbußen für Kartellbeteiligte (S. 35). Sie hat sich als ein sehr wirksames Instrument bei der Kartellbekämpfung erwiesen. So war der Berichtszeitraum von einem deutlichen Anstieg von Bonusanträgen gekennzeichnet. Insgesamt gingen beim Bundeskartellamt 76 Anträge ein, die 19 verschiedene Verfahren betrafen. Zudem hat das Bundeskartellamt auf der Grundlage von § 81 Abs. 7 erstmals im September 2006 Bußgeldleitlinien veröffentlicht, die konkretisieren, wie das Bundeskartellamt zukünftig die neuen Bußgeldvorschriften des GWB anwenden wird. Das Bundeskartellamt orientiert sich in seinen Leitlinien an der Praxis des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission, die ebenfalls neue Bußgeldleitlinien erlassen hat (S. 49 f.).

Die Kartellverfahren des Bundeskartellamtes betrafen eine Vielzahl von Branchen. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum zehn Durchsuchungen bei insgesamt 79 Unternehmen und in sechs Privatwohnungen durchgeführt. Im Berichtszeitraum verhängte das Bundeskartellamt Geldbußen in Höhe von insgesamt 168,4 Mio. Euro (S. 32).

Vor dem Hintergrund der Kooperationsmöglichkeiten im ECN hat die gemeinsame Kartellbekämpfung auf europäischer Ebene eine steigende Bedeutung erhalten. Hier sind die ECN-Wettbewerbsbehörden insbesondere bestrebt, durch möglichst einheitliche Regelungen die Kartellbekämpfung zu harmonisieren. So wurde innerhalb des ECN ein Modell-Bonus-Programm (engl. Leniency-Programme) entwickelt, in dem sich die ECN-Wettbewerbsbehörden auf einen einheitlichen Standard für die Behandlung von Bonus-Anträgen – wie die Voraussetzungen für Geldbußenerlass und Geldbußenminderung, weitere Bedingungen und Verfahren – geeinigt haben. Die Wettbewerbsbehörden 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 (S. 50). Sowohl das neue Leniency-Programm der Europäischen Kommission (S. 50) als auch die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes bauen auf dem ECN Modell-Leniency-Programm auf.

Die Fälle geleisteter Amtshilfe nach der VO Nr. 1/03 belegen zudem die effektive und erfolgreiche Zusammenarbeit im ECN (S. 47). So führte z. B. das Bundeskartellamt für die italienische Wettbewerbsbehörde eine Durchsuchung und für die Europäische Kommission eine Nachprüfung durch und nahm für die italienische Wettbewerbsbehörde eine schriftliche Zeugenvernehmung vor. Zudem unterstützte das Bundeskartellamt die Europäische Kommission bei zehn Nachprüfungen.

Auch auf internationaler Ebene steigt das Ausmaß an Kooperation und Koordinierung stetig. Ein Beispiel für diese internationale Zusammenarbeit ist das International Competition Network (ICN), in dem inzwischen 99 Wettbewerbsbehörden aus 86 Jurisdiktionen Mitglied sind (S. 61 f.).

#### **Fusionskontrolle**

Nachdem bereits im Jahr 2004 ein leichter Anstieg der Fusionsanmeldungen gegenüber der sehr niedrigen Anmeldezahl aus dem Jahr 2003 (1 366 Anmeldungen) zu verzeichnen war, liegt die Zahl der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben mit 1 687 im Jahr 2005 und 1 829 im Jahr 2006 ganz deutlich über den Zahlen seit dem Jahr 2001. Im Jahr 2006 wurde sogar der bisherige Höchststand aus dem Börsenboom-Jahr 2000 (1 735 Anmeldungen) übertroffen. Die Fusionsaktivitäten der Unternehmen stellen regelmäßig – wenn auch mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung – ein Abbild der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung dar. Die Bedeutung der Fusionskontrolle spiegelt sich im Berichtszeitraum in den

Zahlen von elf Zusammenschlussvorhaben, die das Bundeskartellamt untersagt hat, und von zehn Zusammenschlussvorhaben, die nur unter Nebenbestimmungen freigegeben werden konnten, wider.

### Umstrukturierung im Bundeskartellamt

Zum 1. September 2006 hat das Bundeskartellamt eine interne Umstrukturierung vorgenommen. Die Zuständigkeit für die Fusionskontrolle und die Missbrauchsaufsicht wurde auf neun statt bislang zehn Beschlussabteilungen verteilt. In diesem Zusammenhang wurden die Zuständigkeiten dieser zehn Beschlussabteilungen teilweise neu geregelt. Ziel dieser Neustrukturierung ist, den Dezernatszuschnitt zu optimieren, um Branchenentwicklungen Rechnung zu tragen und Unklarheiten bei bestehenden Zuständigkeiten zu verringern. Die Neustrukturierung ist zudem der Versuch, den aufgrund der Personaleinsparungen im öffentlichen Dienst erfolgten Personalabbau mit den gewachsenen Aufgaben des Bundeskartellamtes in Einklang zu bringen. Es ist beabsichtigt, die 10. Beschlussabteilung zu einem späteren Zeitpunkt – neben der bereits jetzt spezialisierten 11. Beschlussabteilung – als zweite Abteilung zur Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten auszubauen. Mit dem Ziel der späteren Einrichtung eines ökonomischen Grundsatzreferates hatte das Bundeskartellamt im Jahr 2005 das ehemalige Referat E/G 3 (Deutsches und Europäisches Kartellrecht) aufgelöst und die Aufgaben auf das Referat G 1 (Deutsches und Europäisches Kartellrecht – vormals E/G1, Harmonisierung der Kartellrechtspraxis) und die Sonderkommission Kartellbekämpfung übertragen.

### 2. Siebte GWB-Novelle – Erste Erfahrungen aus der Praxis

Die 7. GWB-Novelle ist zum 1. Juli 2005 in Kraft getreten (BGBl. I S. 1954). Anlass der Novelle war die erforderliche Angleichung des GWB an das europäische Recht, nachdem dieses durch die VO Nr. 1/03 umfassende Änderungen erfahren hatte (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 62 ff., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 47 ff.). Die Novelle des GWB betraf im Wesentlichen drei Punkte: Die Anpassung an das veränderte europäische Verfahrensrecht durch Schaffung einheitlicher Regelungen für horizontale und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Abschaffung des Anmeldeverfahrens, eine Anpassung der Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden an den Standard der VO Nr. 1/03 einschließlich eines Paradigmenwechsels im Bußgeldzumesungsrecht sowie eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

Die Pläne der Bundesregierung zur Änderung des presse-spezifischen Kartellrechts sowie zur Einführung einer „Norm zur europafreundlichen Auslegung“, die während des Gesetzgebungsverfahrens heftig umstritten waren, sind nicht verwirklicht worden. Das Bundeskartellamt hatte diese Pläne kritisch beurteilt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 12. ff.).

### Horizontale und vertikale Vereinbarungen

Einen Systemwechsel brachte die Angleichung der Verfahrensvorschriften hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen an das europäische Recht mit sich. Nunmehr gilt das Prinzip der Legal Ausnahme: Die Unternehmen müssen selbst Vereinbarungen auf ihre Vereinbarkeit mit Kartellrecht prüfen (sog. Selbsteinschätzung). Zudem wurde die gesetzliche Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen aufgehoben. Im Ergebnis entsprechen § 1 und § 2 dem Artikel 81 Abs. 1 und 3 EG. Die §§ 4 bis 18 GWB a. F. und damit die Freistellungstatbestände und die Regelungen für vertikale Vereinbarungen wurden aufgehoben. Für Vereinbarungen, die nach dem bisher geltenden Anmelde- und Genehmigungssystem behandelt wurden, gilt die Übergangsregelung des § 131.

Anwendungsschwierigkeiten haben sich in der Praxis aus der Neuregelung bislang nicht ergeben. Auch vor der 7. GWB-Novelle hat das Bundeskartellamt europäisches Recht angewendet oder jedenfalls berücksichtigt. Die häufig diskutierte Frage, welche Beurteilungsspielräume für Unternehmen im Rahmen der Selbsteinschätzung gelten, ist noch nicht entscheidungserheblich geworden. Mit der Aufgabe des Anmeldeverfahrens ist jedoch ein Transparenzverlust bezüglich der Vereinbarungen zwischen Unternehmen eingetreten. Dessen Folgen können der Natur der Sache nach erst zu einem späteren Zeitpunkt beurteilt werden. Die Möglichkeit, eine gewisse Rechtssicherheit für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zu erlangen, ergibt sich nur noch aus § 32c, auf dessen Grundlage das Bundeskartellamt mitteilen kann, dass kein Anlass zum Tätigwerden für die Behörde besteht. § 3 Abs. 2 eröffnet für Mittelstandskartelle unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf eine entsprechende Entscheidung der Kartellbehörde. § 3 Abs. 2 hat jedoch bislang nur in einem Fall, der die Zusammenarbeit von Hintermauerziegel-Herstellern betraf, praktische Bedeutung erlangt (S. 92 f.).

Um Unternehmen die kartellrechtliche Einschätzung von Vereinbarungen zu erleichtern, hat das Bundeskartellamt im März 2007 eine neue Bagatellbekanntmachung sowie ein Merkblatt für kleine und mittlere Unternehmen (KMU-Merkblatt) veröffentlicht. In der Bagatellbekanntmachung, die an die Stelle der gleichnamigen Bekanntmachung aus dem Jahre 1980 tritt, erläutert das Bundeskartellamt, wie es sein Aufgreifermessens ausübt, d. h. welche Vereinbarungen es als so geringfügig wettbewerbsbeschränkend ansieht, dass es von einem behördlichen Eingreifen i. d. R. absieht. Von entscheidender Bedeutung sind hier bestimmte Marktanteilsschwellen, die nicht überschritten werden dürfen. Diese betragen – sofern der Markt nicht durch parallele Netze von Vereinbarungen geprägt ist – bei Vereinbarungen zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern 10 % bzw. bei anderen Vereinbarungen 15 %. Dies gilt jedoch nur, wenn die Vereinbarungen nicht bestimmte sog. „Kernbeschränkungen“ enthalten (z. B. eine Absprache von Preisen gegenüber Dritten). Die Schwellen entsprechen de-

nen, die die Europäische Kommission in ihrer De-Minimis-Bekanntmachung aufgestellt hat. Das KMU-Merkblatt gibt Unternehmen insbesondere Hinweise zur Beurteilung von Mittelstandskooperationen nach § 3. Diese Vorschrift eröffnet kleinen und mittleren Unternehmen neben der allgemeinen Freistellungsnorm des § 2 eine weitere Freistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot nach § 1. Die Regelung des § 3 kommt aufgrund des Vorrangs von Artikel 81 EG jedoch nur dann zum Tragen, wenn eine Vereinbarung den zwischenstaatlichen Handel in der Europäischen Union nicht berührt. Das KMU-Merkblatt legt deshalb zunächst die Grundsätze dar, nach denen beurteilt werden kann, ob eine Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt. Des Weiteren erläutert das Merkblatt die Tatbestandsmerkmale von § 3, nämlich die „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“, das (Nicht-)Vorliegen einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung und die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen. Einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c (Feststellung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht) sieht das Bundeskartellamt als gegeben an, wenn es sich um völlig neuartige Kooperationsformen handelt, die noch nicht Gegenstand der kartellamtlichen Praxis waren, wenn die kartellrechtliche Bewertung der Vereinbarung Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen hat („Musterfall“) oder wenn erhebliche Investitionen im Zusammenhang mit der Kooperation getätigt werden sollen. Sowohl im KMU-Merkblatt als auch in der Bagatellbekanntmachung trifft das Bundeskartellamt Aussagen zur Behandlung von Einkaufskooperationen. Bei Einkaufskooperationen ist nach Ansicht des Bundeskartellamtes – unabhängig von der Größe der an ihr beteiligten Unternehmen – eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 wahrscheinlich, sofern die Einkaufskooperation einen Marktanteil von weniger als 15 % auf den betroffenen Einkaufs- bzw. Verkaufsmärkten hält. Damit nähert sich das Bundeskartellamt der Praxis der Europäischen Kommission an.

Auch die Streichung des Empfehlungsverbots (§§ 22, 23 GWB a. F.) diene der Angleichung an das europäische Recht. Der Gesetzgeber bezweckte damit grundsätzlich keine Absenkung des kartellrechtlichen Schutzniveaus. Empfehlungen werden nun nach § 1 und Artikel 81 Abs. 1 EG beurteilt. Dementsprechend können in Einzelfällen Empfehlungen als Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen angesehen werden. Insbesondere Verbandsbeschlüsse zu Konditionenempfehlungen dürften damit regelmäßig erfasst sein. Ein Anmeldeerfordernis besteht nicht mehr. Im Berichtszeitraum wurden Empfehlungen des Deutschen Reisebüro- und Reiseveranstalter-Verbands sowie die in der „Berliner Vereinbarung“ enthaltenen „Deutschen Kartoffelgeschäftsbedingungen“ geprüft (S. 38 f.). Wesentlichen Raum der Prüfung nahm jeweils die Frage ein, ob eine Freistellung nach § 2 in Betracht kommt. Dazu war insbesondere von Bedeutung, inwieweit in angemessener Weise Vorteile an die Verbraucher weiter gegeben wurden. Verfahren wegen verbotener Preisempfehlungen (in einem Fall

in Verbindung mit Druckausübung und Boykottverbot) wurden auch gegen den Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik und die Deutsche Gesellschaft der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgen geführt. In beiden Fällen konnte das Verfahren nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens eingestellt werden (S. 37, 169).

#### **Befugnisse nach §§ 32 bis 32e, § 34**

Dem Bundeskartellamt wurden durch die 7. GWB-Novelle in §§ 32 bis 32e und § 34 zum Teil neue Befugnisse eingeräumt. Hervorzuheben sind die Möglichkeit zur positiven Tenorierung von Verfügungen (§ 32 Abs. 2), die Regelung zu Verpflichtungszusagen (§ 32b) und die Möglichkeit festzustellen, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c).

Von der Möglichkeit, im Tenor einer Verfügung nicht nur die Abstellung zu verlangen, sondern konkrete Maßnahmen zur Abstellung eines Gesetzesverstößes vorzugeben, hat das Bundeskartellamt in mehreren Entscheidungen Gebrauch gemacht. So wurde in dem Verfahren wegen langfristiger Gaslieferverträge den Energieunternehmen ein Rahmen für eine kartellrechtskonforme Vereinbarung vorgegeben. Dies war erforderlich, da die Marktabschottung durch eine bloße Abstellungsverfügung nicht wirksam hätte beseitigt werden können (S. 30, 131). Auch im Missbrauchsverfahren gegen das Unternehmen Soda-Club wurden konkrete Maßnahmen aufgegeben (S. 89 f.). Dem Unternehmen Xella wurde in einem nach § 1 geprüften Fall aufgegeben, seine Beteiligung am Unternehmen Nord-KS aufzugeben (S. 91 f.).

Auch wenn die positive Tenorierung für die Beschlussabteilungen eine neue Herausforderung bedeutet, hat sich die Möglichkeit dazu als hilfreich erwiesen, um mit einer Entscheidung wettbewerbskonforme Lösungen zu erreichen. Die Gerichte, die im Eilrechtsschutz über diese Fälle zu entscheiden hatten, haben gegen die jeweilige positive Tenorierung keine grundsätzlichen Einwände geltend gemacht. Sowohl im Fall Soda-Club als auch im Fall Xella hat das Beschwerdegericht wegen der Folgeschwere der positiven Maßnahme die aufschiebende Wirkung der Beschwerden angeordnet. In den jeweiligen Hauptsache-Verfahren sind noch keine Entscheidungen ergangen.

Das Bundeskartellamt erhält mit § 32b – wie die Europäische Kommission mit Artikel 9 VO Nr. 1/03 – die Befugnis, Verpflichtungszusagen für verbindlich zu erklären. Einige Verfahren wegen langfristiger Gaslieferverträge konnten mit einer Verpflichtungszusagen-Entscheidung nach § 32b abgeschlossen werden (S. 30, 131).

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt in einem Fall die Befugnis des § 32c genutzt (S. 92). Auf diese Entscheidung hatten die Antragsteller einen Anspruch nach § 3 Abs. 2. Von der Möglichkeit, aus eigener Initiative eine Entscheidung nach § 32c zu treffen, hat das Bundeskartellamt noch keinen Gebrauch gemacht.

### Fusionskontrolle

Im Gegensatz zu den erheblichen Änderungen, welche die 7. GWB-Novelle für das Kartellrecht mit sich gebracht hat, hat sich der Gesetzgeber im Bereich Fusionskontrolle auf einige wenige Änderungen beschränkt.

Der neu in das Gesetz eingefügte § 19 Abs. 2 Satz 3, demzufolge der räumlich relevante Markt i. S. d. Gesetzes weiter sein kann als der Geltungsbereich des Gesetzes, hat die Frage aufgeworfen, ob bei der Berechnung des Marktvolumens auch dann ausschließlich die im Inland erzielten Umsatzerlöse berücksichtigt werden dürfen, wenn der ökonomisch relevante Markt größer ist als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes kommt es für die Umsatzberechnung im Rahmen der Bagatellmarktklausel alleine auf den ökonomisch relevanten Markt an. Dafür sprechen nicht nur der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 19 Abs. 2 Satz 3, sondern auch der Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 5. Oktober 2004 (WuW DE-R 1355 ff. – Staubsaugerbeutelmarkt). In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass der räumlich relevante Markt i. S. d. Zusammenschlusskontrolle alleine nach ökonomischen Gesichtspunkten abzugrenzen und nicht notwendigerweise auf den Geltungsbereich des Gesetzes beschränkt ist. Dieser Gesetzesauslegung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Verfahren E.I. du Pont/Pedex jedoch widersprochen (S. 90 f.). In dem am 22. Dezember 2006 verkündeten Beschluss hat das Gericht zwar ausdrücklich anerkannt, dass der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 3 für die vom Bundeskartellamt vertretene Auffassung spricht. Es hat diesem Umstand aber ebenso wie dem rechtssystematischen Einwand, dass die Bagatellmarktklausel, anders als § 39 Abs. 3 Nr. 4, gerade keine ausdrückliche Beschränkung auf das Inland vorsieht, keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen. Das Gericht ist vielmehr der Auffassung, dass der Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel, wirtschaftlich unbedeutende Märkte von der deutschen Fusionskontrolle auszuschließen, leer laufen würde, wenn die ökonomische Marktabgrenzung auch auf diese Vorschrift Anwendung fände. Dass diese Rechtsansicht zu einer gespaltenen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes führen könne, sei hinzunehmen. In dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren Sulzer/Mixpac hat das Oberlandesgericht Düsseldorf diese Ansicht noch einmal bekräftigt (S. 99). Gegen beide Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat das Bundeskartellamt zur Klärung dieser grundsätzlichen Frage Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Eine weitere Frage betrifft den in der Praxis nicht seltenen Fall, dass ein Zusammenschluss ohne vorherige Anmeldung vollzogen worden ist. Nach § 39 Abs. 1 sind zwar Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden. Die Unternehmen dürfen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben worden ist, nicht vor Ablauf der gesetzlichen Fristen vollziehen oder am Vollzug mitwirken. Rechtsge-

schäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam. Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist aber, ob ein unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht vollzogener Zusammenschluss noch anmeldefähig und -pflichtig ist. Das Bundeskartellamt ist bislang davon ausgegangen, dass die Anmeldepflicht auch in diesen Fällen fortbesteht (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 25). Rechtlich offen ist, ob diese Praxis fortgeführt werden kann. Denn mit der 7. GWB-Novelle ist § 41 Abs. 3 in der Weise geändert worden, dass ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 erfüllt, grundsätzlich aufzulösen ist. Wie sich den Gesetzesmaterialien entnehmen lässt, geht der Gesetzgeber davon aus, dass vollzogene Zusammenschlüsse nur noch im Verfahren nach § 41 Abs. 3 geprüft werden können. Nachträgliche Anmeldungen wären dann nicht mehr möglich (S. 21).

### Neufassung des § 81 und Einfügung des § 82a

Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht wurde durch die 7. GWB-Novelle wesentlich verändert. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage ist es dem Bundeskartellamt gemäß § 81 Abs. 1 nunmehr möglich, auch Verstöße gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag mit einem Bußgeld zu sanktionieren. Die bedeutsamste Neuerung ist die Erhöhung des Bußgeldrahmens in § 81 Abs. 4. Der bis zur Reform geltende Bußgeldrahmen von bis zum Dreifachen des Mehrerlöses wurde durch eine der europäischen Regelung in Artikel 23 VO Nr. 1/03 entsprechende Höchst- bzw. Kappungsgrenze von 10 % des Gesamtumsatzes ersetzt. Neu ist auch die Regelung des § 81 Abs. 7. Die Norm ermächtigt das Bundeskartellamt, allgemeine Grundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bußgeldbemessung festzulegen. Von dieser Möglichkeit hat das Bundeskartellamt mit Erlass seiner Bußgeldleitlinien am 15. September 2006 Gebrauch gemacht (S. 35 f.). Ebenfalls neu in das Gesetz eingeführt wurde die Regelung des § 81 Abs. 5. Ein Bußgeld hat nach § 17 Abs. 4 OWiG sowohl ahndende als auch abschöpfende Funktion. Nach der Neuregelung des § 81 Abs. 5 steht es im Ermessen des Bundeskartellamtes, inwieweit das Bußgeld neben der Ahndung auch der Abschöpfung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils dient. Erstmals im GWB enthalten ist eine Zinspflicht. § 81 Abs. 6 bestimmt, dass im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen ab einem Zeitpunkt von zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides zu verzinsen sind. Ergänzt wurde das GWB um die Vorschrift des § 82a. § 82a Abs. 1 gestattet es einem Vertreter des Bundeskartellamtes, im gerichtlichen Bußgeldverfahren Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten. Neu geregelt wurde ebenfalls, dass in Fällen, in denen das Bundeskartellamt als Verwaltungsbehörde des Vorverfahrens tätig war, die Vollstreckung der im gerichtlichen Bußgeldverfahren erkannten Geldbuße durch das Bundeskartellamt erfolgt. Damit wird die Situation derjenigen gleichgestellt, in der bereits der durch das Bundeskartellamt erlassene Bußgeldbescheid bestandskräftig wird (§ 90 OWiG i. V. m. § 92



OWiG). Außerdem regelt § 82a Abs. 2 Satz 2, dass Geldbußen, bei denen das Bundeskartellamt als Verwaltungsbehörde des Vorverfahrens tätig war, ab Juli 2009 (§ 131 Abs. 5 Satz 2) der Bundeskasse zufließen.

Die neuen Bußgeldvorschriften des GWB gelten primär für Taten nach Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005. Solche Taten wurden bislang noch nicht bestraft. Für Taten, die vor dem 1. Juli 2005 begangen wurden, werden die Bußgeldleitlinien im Rahmen des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 OWiG) angewendet. Danach ist auf Taten, die während der Geltung des GWB in der Fassung der 6. Novelle beendet wurden und beim Inkrafttreten der Novelle noch nicht mit einem Bußgeld geahndet worden sind, das mildeste Gesetz anzuwenden. Dies bedeutet, dass für jede Tat konkret die Geldbuße nach den Regelungen der 6. GWB-Novelle mit der Geldbuße verglichen wird, die unter Anwendung der Bußgeldleitlinien festzusetzen wäre. Nur die mildeste Regelung wird dann angewendet. Bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips hat sich herauskristallisiert, dass die neuen Bußgeldzumessungsvorschriften mit den Bußgeldleitlinien zu tendenziell höheren Bußgeldern führen als die bisherigen Vorschriften.

### Private Kartellrechtsdurchsetzung

Die private Kartellrechtsdurchsetzung hat in Deutschland insbesondere in Missbrauchsfällen eine gefestigte Tradition. Im Berichtszeitraum wurde vom Bundeskartellamt mit deutlich über 500 registrierten Kartellzivilsachen, die zumindest auch auf Normen des GWB gestützt waren, wie in den vergangenen Jahren eine lebhaft private Kartellrechtsdurchsetzung beobachtet. Mit der Novelle wurden durch die Änderungen in § 33 insbesondere Schadensersatzklagen vereinfacht, die bislang nicht den Schwerpunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ausmachten. Als Musterfall für die Möglichkeiten und Grenzen privater Kartellschadensersatzklagen gilt die Klage der belgischen Gesellschaft Cartel Damages Claims (CDC) vor dem Landgericht Düsseldorf gegen die am Zementkartell beteiligten Unternehmen. Über die Klage ist im Berichtszeitraum noch nicht entschieden worden.

### Sonstige Änderungen

Die Streichung der Sondernormen für die früheren Ausnahmebereiche Kredit- und Versicherungswirtschaft, Sport und Urheberrechtsverwertungsgesellschaften haben keine praktischen Probleme aufgeworfen. Die Anwendung europäischen Rechts nach § 22 (der Artikel 3 VO Nr. 1/03 entspricht) ist tägliche Praxis des Bundeskartellamtes. Von praktischer Bedeutung war die Neufassung der Regeln zur aufschiebenden Wirkung (§ 64 Abs. 1). Im Verfahren Soda-Club haben die Verfügungsadressaten den Eilrechtsschutz angestrengt und über zwei Instanzen ausgeschöpft (S. 89 f.). Dabei hat der Bundesgerichtshof entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes ange-

nommen, dass die Beschwerde gegen Missbrauchsverfügungen auch insofern aufschiebende Wirkung hat, als die Verfügung auf Artikel 82 EG gestützt ist. Als Folge dieses Urteils hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine Streichung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 vorgeschlagen, um einen Gleichlauf von deutscher und europäischer Rechtslage herzustellen (S. 8, 31, 43).

## 3. Fusionskontrolle

### Anmeldeformular

Seit dem 1. August 2006 stellt das Bundeskartellamt auf seinen Internetseiten ein Formular zum Download bereit, dessen Zweck es ist, den Unternehmen die Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben zu erleichtern ([www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter\\_deutsch/061005\\_AmeldeformularFusionskontrolle.xls](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter_deutsch/061005_AmeldeformularFusionskontrolle.xls)). Das Formular dient der Abfrage sog. Pflichtangaben, d. h. solcher Angaben, die erforderlich sind, damit die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens vollständig ist. Über die Pflichtangaben hinaus können die Unternehmen anhand des Formulars in übersichtlicher Weise weitere Angaben machen, die für die wettbewerbliche Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt regelmäßig erforderlich sind. Liegen diese freiwilligen Angaben dem Bundeskartellamt schon mit der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens vor, ermöglicht dies im Regelfall eine zügige Prüfung des Vorhabens und einen raschen Abschluss des Verfahrens. Ziel ist, mit dem neuen Formular den Interessen der Unternehmen nach einer möglichst raschen Entscheidung Rechnung zu tragen. Die Nutzung des Formulars durch die Unternehmen ist freiwillig. Sie wird jedoch dazu beitragen, dass weniger Rückfragen an die Unternehmen gerichtet werden müssen und so die Bearbeitungszeit von Anmeldungen weiter reduziert werden kann.

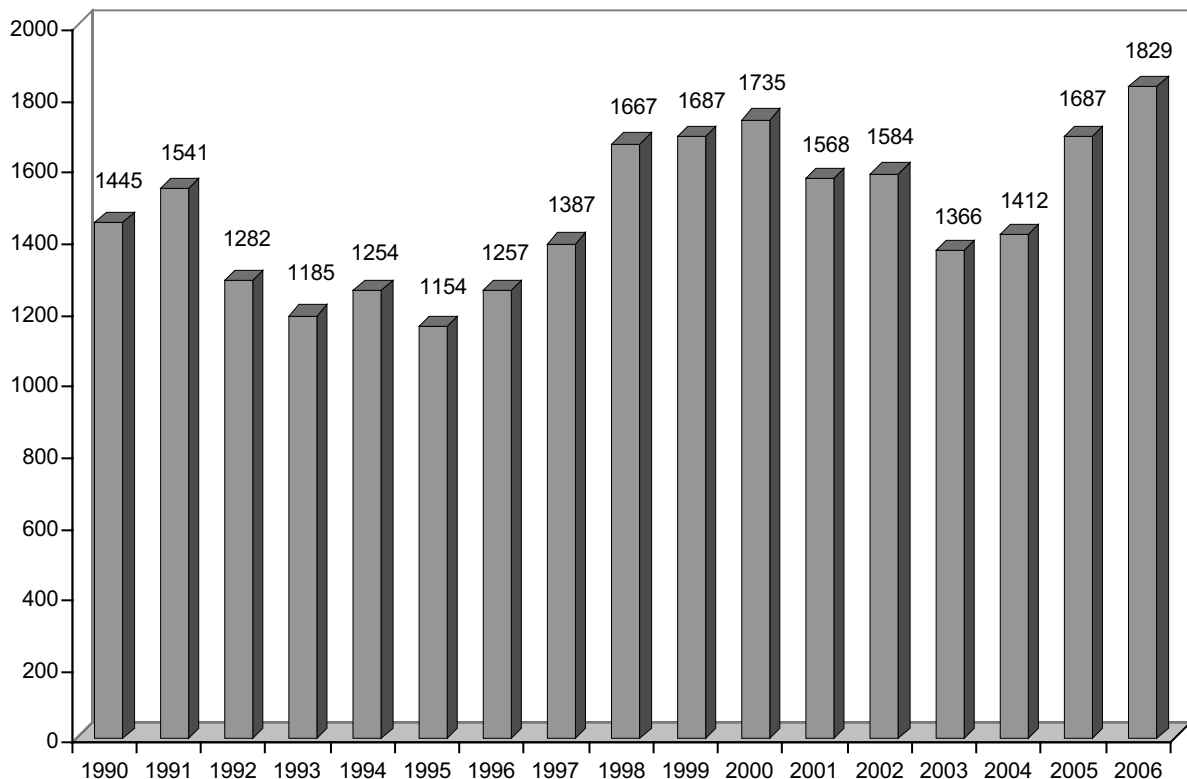
### 3.1 Statistische Übersicht

Im Berichtszeitraum sind 3 516 Zusammenschlüsse angemeldet worden. Gegenüber dem Berichtszeitraum 2003/2004 ist ein Anstieg der Anmeldungen um 738 zu verzeichnen.

	2005	2006	Gesamt
Anmeldungen	1 687	1 829	3 516
Davon nicht kontrollpflichtig	10	91	101
Davon Rücknahmen vor Abschluss des Verfahrens	40	44	84

Der bisherige Höchststand, der im Börsenboom-Jahr 2000 mit 1 735 Anmeldungen erreicht wurde, ist damit im Jahr 2006 noch übertroffen worden.

### Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2006



## 3.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren

### Freigaben

Leitet das Bundeskartellamt vor Ablauf der Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung das Hauptprüfverfahren ein, muss es das Verfahren durch eine förmliche Verfügung abschließen (§ 40 Abs. 2 Satz 1). Wird die Verfügung den anmeldenden Unternehmen nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der Anmeldung zugestellt, gilt der Zusammenschluss als freigegeben (§ 40 Abs. 2 Satz 2).

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum insgesamt 64 förmliche Verfügungen im Hauptprüfverfahren erlassen (zum Vergleich: Berichtszeitraum 2003/2004: 59). Von diesen Hauptprüfverfahren sind 43 durch eine Freigabe (2003/2004 36 Fälle), zehn durch eine Freigabe mit Nebenbestimmungen (2003/2004 neun Fälle) und elf durch eine Untersagung (2003/2004 14 Fälle) abgeschlossen worden. In zehn Fällen endete die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens mit einer Rücknahme der Anmeldung (2003/2004 25 Fälle). Sämtliche förmliche Verfügungen sind unter der Internet-Adresse [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) abrufbar.

### Freigabe unter Nebenbestimmungen

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

### Untersagungen

Wegen Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wurden im Berichtszeitraum insgesamt elf Zusammenschlüsse untersagt. Dabei wurden zum ersten Mal seit Einführung der nationalen Fusionskontrolle auch Zusammenschlüsse zwischen Betreibern von Krankenhäusern untersagt (S. 164 ff.).

Seit Beginn der Fusionskontrolltätigkeit des Bundeskartellamtes im Jahr 1973 sind somit insgesamt 164 Zusammenschlüsse untersagt worden. Hiervon sind 109 Entscheidungen bestandskräftig geworden. In acht Fällen sind noch Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren anhängig. In 47 Fällen ist die Untersagung endgültig aufgehoben oder für erledigt erklärt worden.

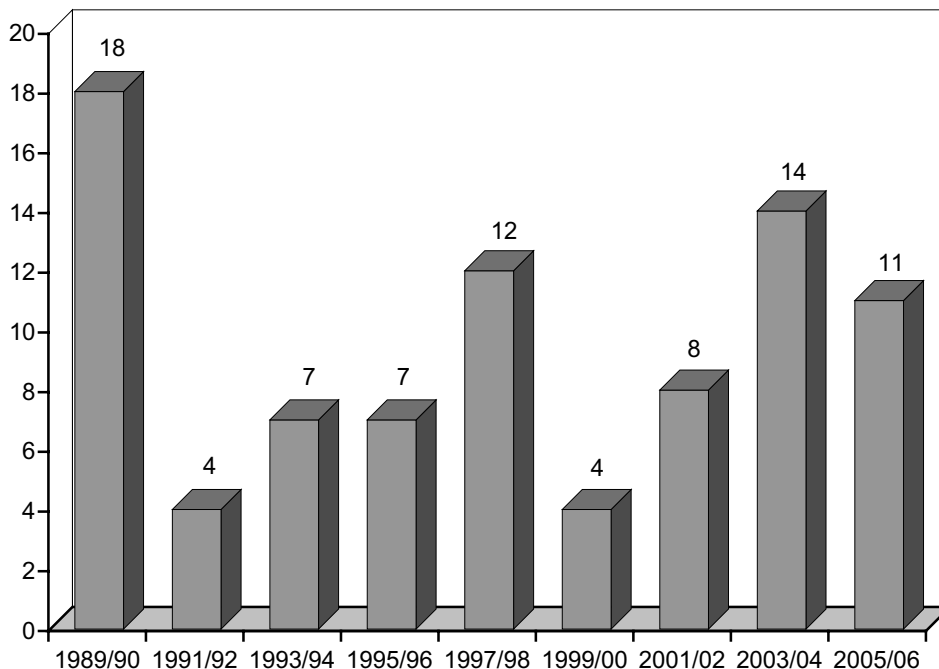
<b>Zusammenschluss (Kurzbezeichnung)</b>	<b>Entscheidungsgründe</b>
S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem-Zell)	Entflechtungsverfahren; Verstärkung marktbeherrschender Stellungen des Mittelrhein-Verlages auf den regionalen Anzeigenmärkten des Landkreises Cochem-Zell und des Raumes Mayen (S. 79 f.). Die Untersagung ist bestandskräftig.
Rhön-Klinikum/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Rhön auf den regionalen Märkten für Akutkrankenhäuser Bad Neustadt/Bad Kissingen und Meiningen (S. 17, 164 f.). Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen; Rechtsbeschwerde ist zugelassen.
Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Rhön auf dem Krankenhausmarkt im Großraum Frankfurt/Oder (S. 17, 164). Untersagung ist nach Rücknahme der Beschwerde bestandskräftig.
Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel	Entflechtungsverfahren; Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Volksfreund-Druckerei auf dem regionalen Anzeigenmarkt, dem Gesamtverbreitungsgebiet des Trierischen Volksfreunds. Absicherung der marktbeherrschenden Stellung der Volksfreund-Druckerei auf dem relevanten Lesermarkt (S. 80 f.). Die Untersagung ist bestandskräftig.
RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerke Elisenhütte GmbH	Faktische Alleinstellung der RUAG auf dem deutschen Markt für Kleinkalibermunition (Munition für Hand- und Faustfeuerwaffen) für behördliche und militärische Abnehmergruppen (S. 44, 103). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Beschwerde rechtskräftig als unzulässig verworfen.
MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von Bauer und Axel Springer auf dem Pressegrasso-Markt (Marktstufe Verlage/Pressegrasso) für das Gebiet Hamburg sowie Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Axel Springer auf den Lesermärkten für Straßenverkaufszeitungen und für regionale Abonnement-Tageszeitungen im Großraum Hamburg sowie auf dem Anzeigenmarkt in Hamburg (S. 83). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagung rechtskräftig aufgehoben.
Axel Springer/ProSiebenSat1 Media	Verstärkung des Duopols von Springer/ProSiebenSat.1 und Bertelsmann auf dem deutschen Fernsehwerbemarkt. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Springer auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen (S. 19, 177 ff.). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Rechtsbeschwerde ist vor dem Bundesgerichtshof anhängig.
Süddeutscher Verlag/„Südost-Kurier“	Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen des Süddeutschen Verlags auf dem sublokalen Anzeigenmarkt (Gesamtbelegung des Südost-Kuriers) sowie dem lokalen Anzeigenmarkt (Stadt München) und dem regionalen Anzeigenmarkt (Stadtregion München). Absicherung der marktbeherrschenden Stellung des Süddeutschen Verlags auf den relevanten Lesermärkten (S. 81). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.
DuPont/Pedex	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung auf dem europaweiten Markt für Filamente für Oral Care-Anwendungen (S. 90 f.). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss aufgehoben. Rechtsbeschwerde ist vor dem Bundesgerichtshof anhängig.
Coherent/Excel Technology	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem weltweiten Markt für CO <sub>2</sub> -Laser (S. 111 f.). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.
Universitätsklinikum Greifswald/ Kreiskrankenhaus Wolgast	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Universitätsklinikums Greifswald auf dem regionalen Markt für Akutkrankenhäuser Greifswald (S. 17, 166 f.). Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf wurde eingelegt.

**Vorfeldfälle**

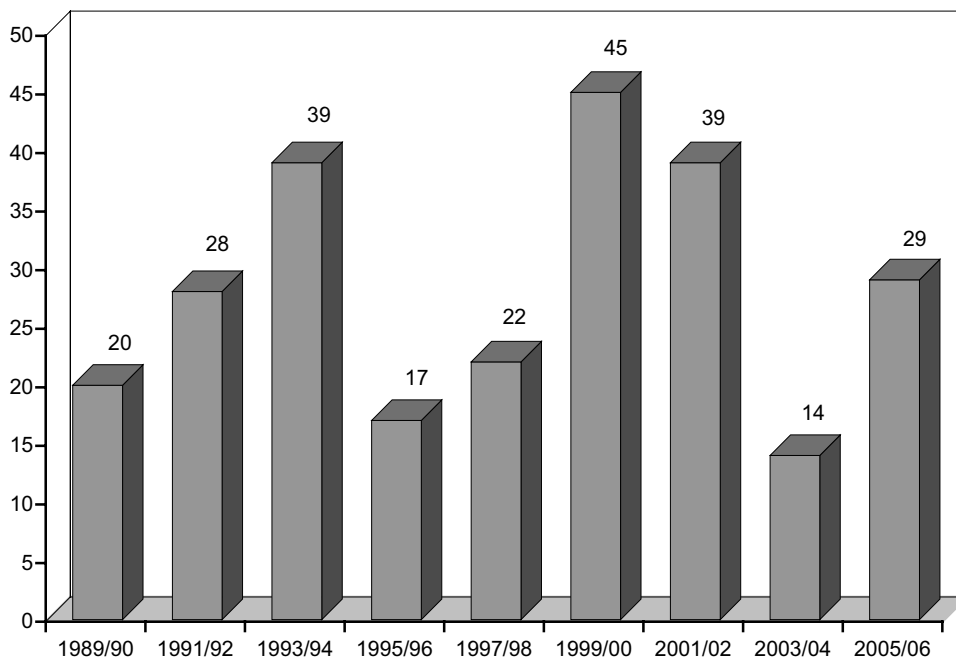
Als Vorfeldfälle werden solche Fälle bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamts entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder aber in der 1. Phase oder im Hauptprüfverfahren zurückgezogen wor-

den sind. Die Zahl der relevanten Fälle lag im Berichtszeitraum bei 29. Die besondere Bedeutung der Rücknahme einer Anmeldung im Vorfeld der (Untersagungs-) Entscheidung liegt darin, dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auch ohne abschließende Verfügung verhindert werden kann.

**Zahl der Untersagungen nach Berichtszeiträumen**



**Zahl der Vorfeldfälle nach Berichtszeiträumen**



### 3.3 Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

#### Krankenhäuser

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in mehreren Fällen ausführlich seine Praxis begründet, nach der die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle auch auf Vorhaben im Krankenhausbereich Anwendung finden (Beschlüsse vom 10. März 2005, Rhön/Kreis Krankenhaus Bad Neustadt, vom 23. März 2005, Rhön Klinikum/Eisenhüttenstadt, und vom 11. Dezember 2006, Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast; S. 164 f., 166 f.). Der Anwendungsbereich des GWB ist eröffnet, da zwischen den Krankenhausträgern Wettbewerb besteht und die Leistungsbeziehungen der Krankenhäuser zu den Patienten wettbewerblich und zivilrechtlich, nicht aber hoheitlich ausgestaltet sind. Die Patienten sind unmittelbare Nachfrager der Krankenhausdienstleistungen, da sie selbst darüber entscheiden, ob und in welches Krankenhaus sie sich begeben. Auch in den Fällen, in denen eine Einweisung durch einen Arzt erforderlich ist, hat der Patient ein Wahlrecht zwischen den Krankenhäusern. Erfolgt keine Einweisung in das Wunschkrankenhaus, kann sich der Patient darüber hinaus gleichwohl in diesem behandeln lassen, ohne dass die Leistungspflicht der Krankenkasse entfiere. Diese kann dem Patienten allenfalls entstandene Mehrleistungen in Rechnung stellen, was aber faktisch nicht erfolgt. Auch § 69 SGB V steht der Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nicht entgegen. Nach § 69 SGB V sind zwar die Verträge zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern, soweit sie die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern regeln, als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Die Vorschrift betrifft jedoch nicht die Beziehungen zwischen Krankenhäusern und ihren Patienten und schafft insoweit keine kartellrechtlichen Freiräume. Die Anwendung des GWB ist auch nicht wegen fehlender wettbewerblicher Verhaltensspielräume der Krankenhausträger ausgeschlossen. Deren Verhalten ist zwar entscheidend geprägt von den Vorgaben des öffentlichen Rechts. Die Krankenhausträger stehen aber in Hinblick auf Qualität und Innovation im Wettbewerb um Patienten miteinander. Zudem haben die Krankenhausträger erhebliche wettbewerbliche Spielräume trotz der Vorgaben der staatlichen Krankenhausplanung.

In den Fällen Rhön/Bad Neustadt sowie Greifswald/Wolgast wurden gegen die Untersagungsentscheidungen des Bundeskartellamtes Beschwerden beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Im Fall Rhön/Bad Neustadt wurde die Beschwerde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen. Das Gericht hat die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle auf Fusionen zwischen Krankenhäusern bestätigt. Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen. Die vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragte Ministererlaubnis wurde durch den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie abgelehnt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat der Landkreis zwischenzeitlich zurückgenommen (S. 166). Der Fall Greifswald/Wolgast ist noch beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig (S. 167).

#### Krankenkassen

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum zwei Zusammenschlüsse von Gesetzlichen Krankenkassen freigegeben (S. 169 f.). Am 1. April 2007 ist das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG, „Gesundheitsreform“) in Kraft getreten. § 171a SGB V (neu) regelt, dass sich Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, Ersatzkassen und See-Krankenkassen über Kassenartengrenzen hinweg freiwillig zusammenschließen können. Die Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V (neu) stellt klar, dass – auch kassenartenübergreifende – Zusammenschlüsse zwischen Krankenkassen dem Fusionskontrollrecht des GWB unterliegen (Bundestagsdrucksache 16/3100 vom 24. Oktober 2006) (S. 169 f.).

Das Bundeskartellamt hat im Zusammenhang mit der Prüfung der Anmeldepflichtigkeit der Vorhaben festgestellt, dass Krankenversicherungsbeiträge Umsätze i. S. d. § 35 sind. Dies ergibt sich daraus, dass zwar einerseits eine Pflicht zur Krankenversicherung besteht, andererseits die Versicherungspflichtigen seit 1996 aber weitgehend frei wählen können, ob sie sich bei einer gesetzlichen Krankenkasse mit einem niedrigeren Beitrag versichern lassen. Insofern besteht ein Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen um ihre Mitglieder, der den Krankenversicherungsbeiträgen materiell Preischarakter verleiht.

#### Übergang einer Trägerschaft kraft Landesgesetz

Das Bundeskartellamt hatte zu prüfen, ob der durch Landesgesetz bewirkte Übergang der Trägerschaft eines Krankenhauses auf eine andere Gebietskörperschaft, die ebenfalls Träger von Krankenhäusern ist, der Zusammenschlusskontrolle des GWB unterliegt (S. 168). Dies ist insbesondere nach dem Wortlaut, der Systematik des GWB und dem Sinn und Zweck des § 37 Abs. 1 zu bejahen. So erfasst bereits der Wortlaut z. B. des Zusammenschlusstatbestandes des Erwerbs der Kontrolle über ein anderes Unternehmen, hier eines Krankenhauses, ohne weiteres den Zusammenschluss von Unternehmen aufgrund von Umstrukturierungen durch ein (Landes-)Gesetz. Gestützt wird dieses Ergebnis durch die Klarstellung des § 130 Abs. 1 Satz 1, nach dem die unternehmerische Tätigkeit des Staates Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Regelungen ist.

#### Öffentlicher Personennahverkehr

Im vorangegangenen Berichtszeitraum hatte das Bundeskartellamt im Fall DB Regio/üstra entschieden, dass die Vorschriften der Fusionskontrolle Anwendung auf Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen finden, welche Dienstleistungen im Schienenpersonennahverkehr sowie im Öffentlichen Personennahverkehr erbringen (S. 143, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 148 f.). Diese Auffassung haben das Oberlandesgericht Düsseldorf sowie der Bundesgerichtshof inzwischen bestätigt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2004, VI-Kart 1/04 (V); BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006,

KVR 5/05, DB Regio/üstra). Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung fest, dass die Unternehmen gewerbliche Leistungen erbringen. Unerheblich ist insoweit die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den nach Landesrecht zuständigen Genehmigungsbehörden und den Verkehrsunternehmen sowie die nähere Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen. Auch § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG und § 12 Abs. 7 Satz 1 AEG schließen die Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen nach ihrem Wortlaut und Zweck nicht aus. Nach diesen Vorschriften sind u. a. Kooperationen von Verkehrsunternehmen bzw. Eisenbahnverkehrsunternehmen vom Kartellverbot des § 1 freigestellt. Einen Ausschluss der Zusammenschlusskontrolle des GWB sehen die genannten Vorschriften des PBefG und des AEG aber gerade nicht vor.

### 3.4 Bagatellmarktklausel

Der Anwendungsbereich der Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2) ist durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung deutlich eingeschränkt worden.

Die mit der 7. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügte Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 3 stellt klar, dass der räumlich relevante Markt größer sein kann als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Konsequenz dieser Gesetzesänderung im Hinblick auf die Auslegung der Bagatellmarktklausel ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes, dass bei der Berechnung des Marktvolumens auch ausländische Umsätze mit einzubeziehen sind, sofern der ökonomisch abzugrenzende Markt größer sein sollte als das Inland. Diese Rechtsansicht wird jedoch nicht vom Oberlandesgericht Düsseldorf geteilt. In dem Fall E.I. du Pont/Pedex hat das Gericht entschieden, dass Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel, wirtschaftlich unbedeutende Märkte von der Fusionskontrolle auszuschließen, es gebieten, nur auf das inländische Marktvolumen abzustellen. In dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren Sulzer/Mixpac hat das Oberlandesgericht Düsseldorf diese Ansicht noch einmal bekräftigt. Gegen beide Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt (S. 90, 99).

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 11. Juli 2006 im Verfahren Deutsche Bahn/KVS Saarlouis (S. 143, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 149) in Fortführung seiner „Raiffeisen“-Rechtsprechung (BGH WuW/E 3037-Raiffeisen) entschieden, dass die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel auch dann nicht erfüllt sind, wenn ein Zusammenschlussvorhaben mehrere räumlich nebeneinander liegende Märkte betrifft, auf denen insgesamt im letzten Kalenderjahr mindestens 15 Mio. Euro umgesetzt worden sind, auch wenn die Umsatzschwelle auf keinem Einzelmarkt überschritten ist. Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel sei es, Vorhaben, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, von der Fusionskontrolle auszunehmen. Wirke sich ein Zusammenschlussvorhaben auf mehrere kleinere Märkte aus, stehe eine an Sinn und Zweck der Vorschrift ausgerichtete

Auslegung ihrer Anwendbarkeit entgegen. Eine Addition von Umsätzen sei darüber hinaus dann geboten, wenn die Beteiligten sowohl auf einem Bagatellmarkt als auch auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, der kein Bagatellmarkt ist, tätig sind, sofern die Wettbewerbsbedingungen auf dem Bagatellmarkt unmittelbar darüber entscheiden, welche Wettbewerber rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, ihre Waren oder Dienstleistungen auch auf dem anderen Markt anzubieten.

### 3.5 Zusammenschlusstatbestand

#### Vermögenserwerb

Der Zusammenschlusstatbestand des Vermögenserwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 1) hat durch Rechtsprechung und Verwaltungspraxis weiter an Kontur gewonnen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes betreffend den Erwerb der Lizenz für die Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ durch die Gruner + Jahr AG & Co. KG (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 98) aufgehoben. Nach Ansicht des Gerichts begründen die Lizenzverträge keinen Vermögenserwerb. Der Vermögenserwerb setze den Übergang des Vollrechts voraus. Der Erwerb von bloßen Verwertungs- und Nutzungsrechten genüge nicht. Das Oberlandesgericht meint, die Lizenz zur Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe der „National Geographic“ stelle auch keinen wesentlichen Vermögensteil i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 2a dar. Der Abschluss eines Lizenzvertrags erfülle nur dann die Voraussetzungen des Kontrollerwerbs, wenn die lizenzierten Rechte tragende Grundlage der Stellung des Lizenznehmers auf dem relevanten Markt seien und der Vertrag dem Lizenznehmer die Möglichkeit eröffne, in diese Marktstellung einzutreten. Im zu entscheidenden Fall sei diese Voraussetzung jedoch nicht erfüllt, weil die Lizenzgeberin von ihrem Recht, eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ herauszugeben, bislang keinen Gebrauch gemacht habe. Dieser Auffassung hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes handelt es sich um bloßes internes Wachstum, wenn mit der Lizenz keine bereits vorhandene Marktstellung verbunden ist (S. 82 f.).

Der Erwerb bebauter oder unbebauter Immobilien ist in materieller Hinsicht im Regelfall unproblematisch. Dies ist darauf zurückzuführen, dass dieser Markt zur Zeit noch stark fragmentiert ist. Das Bundeskartellamt ist deshalb der Auffassung, dass Erwerbe von Immobilien, welche einen Umsatz von 5 Mio. Euro nicht überschreiten, nicht den Zusammenschlusstatbestand des Vermögenserwerbs erfüllen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes stellen solche Transaktionen – gemessen am Gesamtmarktvolumen – keine für die Marktversorgung relevante Größe dar. Weitere Voraussetzungen ist allerdings, dass der Erwerber in einem Umkreis von 20 km um die erworbene Immobilie keine Umsätze aus Verkauf, Verpachtung oder Vermietung erzielt hat, die 30 Mio. Euro überschreiten (S. 162 f.).

Zu ähnlichen Schlussfolgerungen ist das Bundeskartellamt im Hinblick auf Akquisitionen gekommen, welche Kreditportfolios betreffen. Solche Kredittransaktionen erfüllen regelmäßig nicht den Zusammenschlusstatbestand des Vermögenserwerbs (S. 159 f.).

### **Anteilerwerb**

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zur Finanzierung von Schiffen erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 b und Satz 3, wenn mindestens zwei Unternehmen Anteile von mehr als 25 % erwerben. Weil bei diesen Vorhaben jedoch die Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht und die Auswirkungen auf den Wettbewerb vernachlässigbar sind, begnügt sich das Bundeskartellamt mit einer Sammelanmeldung für die in einem Kalenderjahr vorgesehenen Gründungen von entsprechenden Fonds (S. 145).

### **Wettbewerbblich erheblicher Einfluss**

Nicht bestätigt hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Ansicht des Bundeskartellamtes, der Erwerb einer Beteiligung von 9,015 % an der Bonner Zeitungsdruckerei durch DuMont Schauberg vermittele der Erwerberin aufgrund der wirtschaftlichen und wettbewerbblichen Interessenlage einen wettbewerbblich erheblichen Einfluss (S. 81 f., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 95). Das Gericht hat vielmehr entschieden, dass beim Erwerb von Unternehmensanteilen von weniger als 25 % der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerbblich erheblichen Einflusses nur dann erfüllt wird, wenn nach der Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, dass der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum lässt. Der Anteilerwerb müsse in jedem Fall mit Zusatzrechten (sog. Plus-Faktoren) verbunden sein, die trotz der geringen Anteilshöhe die Beteiligung als eine solche erscheinen lasse, die mit einem Anteilerwerb von 25 % und mehr als gleichwertig anzusehen ist. Da diese Voraussetzungen im zu entscheidenden Fall nicht erfüllt seien, wurde die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes aufgehoben.

### **3.6 Räumliche Marktabgrenzung**

#### **Sanacorp/Anzag**

Die Frage der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes stand im Mittelpunkt einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. September 2006. Darin bestätigte das Gericht die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen den beiden Pharmagroßhändlern Sanacorp und Anzag durch das Bundeskartellamt (S. 87 f., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 21, 106). Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf sind die Märkte in räumlicher Hinsicht regional um die einzelne Niederlassung der Erwerberin abzugrenzen. Maßgebend sei das Versorgungsgebiet, d. h. diejenigen Bereiche, welche die Sanacorp von den betreffenden Niederlassungen aus unter Beachtung der von den Apothekern nachgefragten Lieferfrequenz unter vernünftigen kaufmännischen Erwä-

gungen beliefern könne. Auf dieser Grundlage wurden die drei Regionalmärkte Stralsund, Ulm und Tuttlingen mit einem Radius von etwa 140 km bzw. 150 km (Stralsund und Ulm) bzw. in Nord-Süd-Richtung über 210 km und in West-Ost-Richtung über 300 km (Tuttlingen) abgegrenzt. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf entstehen materiell auf den genannten regionalen Märkten durch den Zusammenschluss jeweils marktbeherrschende Stellungen.

#### **Melitta/Schultink**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 14. Juni 2006 – nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – die Untersagung des Zusammenschlusses der Unternehmen Melitta/Schultink (S. 78, Tätigkeitsbericht 2003/2004 S. 21, 93) bestätigt. In der zwischenzeitlich rechtskräftig gewordenen Entscheidung bestätigt das Oberlandesgericht, dass der ökonomisch relevante Markt Westeuropa umfasse, mithin nicht auf das Inland beschränkt sei.

### **3.7 Konglomerate Fusionen**

Entscheidungen zu konglomeraten Zusammenschlüssen bewegen sich in einem Grenzbereich der Fusionskontrolle, der hohe Anforderungen an die wettbewerbbliche Analyse stellt. Im Unterschied zu horizontalen Fusionen fällt bei konglomeraten Fusionen kein aktueller Wettbewerber weg. Daher entfalten konglomerate Fusionen nur unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerbbsschädliche Wirkungen. Das Bundeskartellamt hat zu diesem aktuellen Thema ein Diskussionspapier mit dem Titel: „Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Bestandsaufnahme und Ausblick“ veröffentlicht ([http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830\\_AK\\_Kartellrecht.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf)). Das Diskussionspapier, das Gegenstand der Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht im Jahr 2006 war, setzt sich mit Theorie und Praxis zu konglomeraten Fusionen in den USA, in der Europäischen Union und in Deutschland auseinander und schließt mit Vorschlägen zur künftigen Beurteilung dieser Kategorie von Fusionen.

Auf ein breites Echo in der Fachöffentlichkeit ist die Untersagung des beabsichtigten Zusammenschlusses zwischen der Axel Springer AG und der ProSiebenSat.1 Media AG gestoßen. Der Zusammenschluss hätte auf drei bundesweit abgegrenzten Märkten, nämlich dem Fernsehwerbemarkt, dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie dem Anzeigenmarkt für Zeitungen die marktbeherrschende Stellung verstärkt. Ein wesentliches Begründungselement in der Entscheidung des Bundeskartellamtes waren die sog. „cross-medialen Effekte“ (S. 177 ff.).

### **3.8 Bedingungen und Auflagen**

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum zehn Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen freigegeben. Die Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigungen infolge des Zusammenschlusses und die zu er-

wartenden Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Auflagen machten dabei in erhöhtem Maße Bedingungen als Nebenbestimmungen erforderlich. So erfolgte die Freigabe des Zusammenschlussvorhaben Remondis/RWE Umwelt u. a. unter der aufschiebenden Bedingung, dass Remondis seine Beteiligungen und Rechte im Zusammenhang mit Anteilen an Interseroh sowie Verflechtungen mit dieser aufgabe. Damit wurde die Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols verhindert (S. 171). Auch ein anderes Vorhaben der Remondis GmbH & Co. KG, der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Schweriner Abfallentsorgungs- und Straßenreinigungsgesellschaft mbH (SAS), ist vom Bundeskartellamt unter einer aufschiebenden Bedingung freigegeben worden (S. 175). Das Bundeskartellamt hat aus anderen Zusammenschlussverfahren die Erfahrung gewonnen, dass die Umsetzung von Veräußerungsaufgaben betreffend den Markt der Sammlung und des Transports von Restabfällen auf praktische Schwierigkeiten stößt. Eine aufschiebende Bedingung, die bewirkt, dass die Freigabewirkung nicht vor der geforderten Veräußerung eintritt, stellt demgegenüber sicher, dass es nicht zu wettbewerblichen Problemen bis zum Zeitpunkt einer möglicherweise sehr späten Umsetzung der Nebenbestimmung kommt. Ferner beugt eine aufschiebende Bedingung einem späteren aufwändigen und komplizierten Entflechtungsverfahren vor, falls sich eine Auflage als nicht umsetzbar erweist. Jedenfalls für den Markt der Sammlung und des Transports von Restabfällen ist daher eine aufschiebende Bedingung in der Regel die geeignetere Form der Nebenbestimmung. Des Weiteren erfolgte auch die Freigabeentscheidung im Fall H & R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz unter der aufschiebenden Bedingung der Veräußerung von Unternehmensteilen (S. 86). Das Zusammenschlussvorhaben Smiths Group/MedVest Holdings (Medex) wurde unter der auflösenden Bedingung freigegeben, dass Vermögenswerte eines Geschäftsbereichs innerhalb eines bestimmten Zeitraums an einen unabhängigen Erwerber veräußert würden. Hierdurch konnte die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem entsprechenden Markt abgewendet werden (S. 112). Nur unter Nebenbestimmungen freigegeben wurden darüber hinaus die Zusammenschlussvorhaben Asklepius/LBK Hamburg (S. 167) sowie Universitätsklinik Hamburg Eppendorf/Altonaer Kinderkrankenhaus (S. 167).

### 3.9 Abwägungsklausel

Nach § 36 Abs. 1 ist ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Das Bundeskartellamt hatte nach Anwendung dieser sog. Abwägungsklausel im Dezember 2004 den Zusammenschluss von SES Global Europe und DPC Digital Playout Center GmbH freigegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 161 ff.). Das Bundeskartellamt war zu dem Ergebnis gekom-

men, dass die Zusammenschlussbeteiligten nachgewiesen haben, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenmarkt für Pay-TV eintreten werden. Diese Verbesserungen würden die Nachteile der Entstehung bzw. der Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen auf dem Transponder- bzw. Plattform-Markt überwiegen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt (Beschluss vom 18. Oktober 2006, VI Kart 2/05 (V)). Das Gericht erklärte jedoch, dass wettbewerbliche Verbesserungen nicht nur dann berücksichtigt und in die erforderliche Abwägung eingestellt werden können, wenn dieser Markt von einem Unternehmen beherrscht wird. Es wies ferner darauf hin, dass die eindeutige Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Abwägungsklausel bei den Unternehmen liegt, die sich darauf berufen. Dies gelte auch für die Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserungen. Soweit die Unternehmen allerdings nur schlüssige und plausible Angaben und Einschätzungen vorlegen könnten, genaue Fakten aber nur von der Kartellbehörde ermittelt werden könnten, müsse diese die geeigneten und notwendigen Ermittlungen anstellen. Die Entscheidung ist rechtskräftig (S. 106 f.).

### 3.10 Vollzugsverbot

Zusammenschlüsse sind vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 Abs. 1). Zudem dürfen Unternehmen vor Ablauf der Fristen des Fusionskontrollverfahrens (§ 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2) einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben worden ist, nicht vollziehen oder am Zusammenschluss mitwirken (§ 41 Abs. 1 Satz 1). Nach Freigabe des Zusammenschlusses haben die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dessen Vollzug unverzüglich anzuzeigen (§ 39 Abs. 6). Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot und die Anzeigepflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 4). Auf Antrag kann das Bundeskartellamt Befreiungen vom Vollzugsverbot erteilen, wenn die Unternehmen hierfür wichtige Gründe geltend machen (§ 41 Abs. 2 Satz 2).

Im Berichtszeitraum leitete das Bundeskartellamt in mehreren Fällen Bußgeldverfahren wegen Verdachts des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ein und verhängte in vier Fällen ein Bußgeld. Im Fall SW Verlag/Wochenspiegel stellte das Bundeskartellamt einen vorsätzlichen Verstoß gegen das Vollzugsverbot fest und verhängte Bußgelder i. H. v. insgesamt 300 000 Euro gegen die persönlich Betroffenen und das Unternehmen. Im vorgenannten Fall stellte sich insbesondere die Frage der Verjährung. Das Bundeskartellamt kam zu dem Ergebnis, dass kein Fall der Verjährung vorlag, da es sich bei dem Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handelt. Solange das unter Verstoß gegen das GWB zusammengeschlossene Unternehmen tatsächlich am Markt auftritt, ist der Angriff auf das geschützte Rechtsgut, der Schutz wettbewerblicher Marktstrukturen, nicht abgeschlossen, so dass die Ordnungswidrigkeit zwar vollendet, aber nicht beendet ist und die Verjährungsfrist noch nicht zu laufen be-



ginnt. Das Vollzugsverbot schützt nicht ausschließlich die formale Prüfungskompetenz des Bundeskartellamtes. Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber nicht die Verletzung der Anmeldepflicht, sondern den Verstoß gegen das Vollzugsverbot sanktioniert. Die Betroffenen und die Nebenbetroffene haben ihren Einspruch gegen die Bußgeldbescheide zurückgenommen, nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht hat, dass es der Argumentation des Bundeskartellamtes folgt (S. 79 f.).

Das Bundeskartellamt befreite in dem Fall FIMAG/ROBA die beteiligten Unternehmen unter Auflagen vom Vollzugsverbot. Die FIMAG, die Holding-Gesellschaft des Strabag-Konzerns, beabsichtigte, die bis zur Insolvenz der Walter Bau AG von dieser gehaltenen Beteiligungen an der Ed. Züblin AG zu erwerben. Dieses bei der Europäischen Kommission angemeldete Vorhaben war am 14. Oktober 2005 teilweise freigegeben und teilweise zur Prüfung an das Bundeskartellamt verwiesen worden. Die Befreiung vom Vollzugsverbot war geeignet, schweren Schaden für die Ed. Züblin AG abzuwenden, die sich wegen des Insolvenzverfahrens betreffend ihre damalige Muttergesellschaft Walter Bau in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Die Abwägung zwischen dem Individualinteresse am Vollzug des gesamten, rechtlich und wirtschaftlich schwer zu trennenden Zusammenschlussvorhabens und dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Vollzugsverbots ergab, dass das öffentliche Interesse ausnahmsweise zurückstehen konnte (S. 94 f.).

Zur Klärung des Verdachts eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot hat das Bundeskartellamt eine Durchsuchung in den Geschäftsräumen eines Unternehmens durchgeführt. Rechtsgrundlage hierfür war eine richterliche Anordnung, die sich auf § 59 Abs. 4 stützte. Da sich der Verdacht nicht bestätigt hat, wurde das Verfahren eingestellt.

### 3.11 Entflechtungsverfahren

Durch die 7. GWB-Novelle ist der Wortlaut des § 41 Abs. 3 Satz 1 geändert worden. Der Gesetzesbegründung zufolge sollen künftig alle vollzogenen Zusammenschlüsse, die die Untersagungsvoraussetzungen erfüllen, im Verfahren nach § 41 Abs. 3 geprüft werden. Das Bundeskartellamt prüft zur Zeit, ob es im Lichte dieser Gesetzesänderung seine bisherige Auffassung, Zusammenschlüsse seien auch nach ihrem Vollzug noch anmeldefähig und anmeldepflichtig (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 25), noch aufrechterhalten kann (S. 12). Rechtlich noch ungeklärt ist ferner, ob der Auflösung eine bestandskräftige Untersagungsentscheidung vorausgehen muss oder ob die Auflösung auch ohne vorherige Untersagung angeordnet werden kann.

Das Bundeskartellamt führte im Berichtszeitraum mehrere Entflechtungsverfahren durch. Im Fall Deutag/Norddeutsche Mischwerke leitete das Bundeskartellamt das Entflechtungsverfahren ein, weil die Parteien das im Verfahren Werhahn/Norddeutsche Mischwerke angemeldete und mit zahlreichen Nebenbestimmungen freigegebene

Vorhaben (S. 94) nicht wie angemeldet vollzogen hatten. Angemeldet worden war das Vorhaben der Wilh. Werhahn KG, von der Dr. Schmidt AG und Co. Holding KG sämtliche Anteile an den Norddeutschen Mischwerken GmbH & Co. KG sowie der Preusse Bauholding GmbH & Co. KG zu erwerben. Es stellte sich jedoch heraus, dass stattdessen die DEUTAG GmbH & Co. KG, ein Gemeinschaftsunternehmen von Werhahn und der Strabag AG, sämtliche Geschäftsanteile an den o. g. Unternehmen erworben hatte. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass der vollzogene Zusammenschluss dazu führte, dass Deutag nunmehr deutschlandweit vertreten war. Deutag werde der mit Abstand führende Asphaltmischgutanbieter; es sei auf mehreren Regionalmärkten die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. Zusätzlich sei Deutag durch den Erwerb von Preusse auch im Straßen- und Tiefbau präsent. Das Bundeskartellamt erließ nach Einleitung des Entflechtungsverfahrens eine einstweilige Anordnung gemäß § 60 Nr. 1, mit der Strabag untersagt wurde, Handlungen vorzunehmen, die einen wettbewerblichen Einfluss auf die Norddeutschen Mischwerke sowie auf die Preusse Bauholding begründen könnten. Strabag wurde zudem vorläufig untersagt, Stimmrechte und unternehmerischen Einfluss in Bezug auf die beiden Gesellschaften auszuüben. Des Weiteren wurde angeordnet, eine eventuelle Eingliederung von Betrieben oder Beteiligungen der Unternehmen in verbundene Unternehmen der Deutag rückgängig zu machen und weitere Übertragungen von Vermögenswerten auf die Deutag oder auf Konzerngesellschaften der Strabag zu unterlassen. Nachdem die betroffenen Anteile von der Deutag auf eine 100%ige Werhahngesellschaft übertragen worden waren, konnte das Entflechtungsverfahren eingestellt werden.

In einem gegen die beiden schweizerischen Unternehmen Sulzer und Mixpac von Amts wegen eingeleiteten Verfahren hat das Bundeskartellamt den von den beteiligten Unternehmen vollzogenen Zusammenschluss untersagt und gleichzeitig die Auflösung des Zusammenschlusses angeordnet. Dem vorausgegangen war ein Hauptprüfverfahren, in dessen Verlauf das Bundeskartellamt den beteiligten Unternehmen seine Absicht mitgeteilt hatte, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen. Zu einer abschließenden Entscheidung war es jedoch nicht gekommen, da die Unternehmen die Anmeldung zurückgenommen haben. Diesen Schritt haben die Unternehmen damit begründet, dass der Zusammenschluss aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Bagatellmarktklausel im Fall E.I. du Pont/Pedex – gegen die das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt hat (S. 90) – nicht kontrollpflichtig sei. Dem Antrag der Unternehmen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf stattgegeben. Das Bundeskartellamt hat gegen diese Entscheidung Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt (S. 99).

Im Nachgang zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall DPAG/trans-o-flex (BGH, KVR 26/03, Beschluss vom 21. Dezember 2004; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 163 f.) leitete das Bundeskartellamt ein Entflechtungs-

verfahren ein, da die DPAG bereits eine Beteiligung in Höhe von 24,8 % an der trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH erworben hatte. Das Verfahren konnte eingestellt werden, nachdem die Geschäftsanteile an der trans-o-flex im Frühjahr 2005 nach Prüfung durch das Bundeskartellamt von Investmentfonds erworben worden waren und festgestellt worden war, dass die DPAG nach dem Vollzug des Vorhabens keinerlei wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die trans-o-flex mehr ausüben konnte (S. 156). In einem weiteren Verfahren stellte das Bundeskartellamt nach Prüfung des Falles im Entflechtungsverfahren fest, dass das Vorhaben nicht anmeldepflichtig war, da die Schwellenwerte nicht erreicht wurden.

### **3.12 Falschangaben in der Anmeldung, verspätete Auskunft auf Ersuchen des Bundeskartellamtes**

Im Berichtszeitraum verhängte das Bundeskartellamt erstmals ein Bußgeld wegen vorsätzlicher Falschangaben in einer Fusionsanmeldung gegen ein Unternehmen. Dieses hatte in der Anmeldung falsche Angaben zu Marktvolumina, Marktanteilen und der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt gemacht, wie sich aus den Ermittlungen sowie einer Bewertung ergab, die dem Unternehmen bereits vor Anmeldung des Vorhabens vorlag. Das Bußgeld betrug 250 000 Euro, Grundlage für die Bußgeldzumessung war im vorliegenden Fall der Bußgeldrahmen des GWB in der Fassung vor der 7. Novelle, da die Ordnungswidrigkeit im Jahr 2004 begangen wurde. Das GWB a. F. sah einen Bußgeldrahmen bis zu 500 000 Euro vor. Ab dem 1. Juli 2005 können in solchen Fällen Bußgelder i. H. v. bis zu 1 Mio. Euro verhängt werden. Das Unternehmen hat gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt. Das Bundeskartellamt hat das gegen die Verfahrensbevollmächtigten des Unternehmens eingeleitete Bußgeldverfahren eingestellt, da den Verfahrensbevollmächtigten eine vorsätzliche Beteiligung an der Kartellordnungswidrigkeit nicht nachgewiesen werden konnte.

Wegen einer zumindest fahrlässig nicht rechtzeitig gewährten Auskunft auf einen Auskunftsbescheid verhängte das Bundeskartellamt eine Geldbuße gegen ein Unternehmen. Dieses hatte vollständige Auskünfte über seine wirtschaftlichen Verhältnisse, die für das Zusammenschlussvorhaben eines Zulieferers im Bereich Federkerne (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 115) wichtig waren, erst nach Zwangsgeldandrohung erteilt. Das Unternehmen hat den gegen den Bußgeldbescheid eingelegten Einspruch in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgenommen.

### **3.13 Ministererlaubnis**

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kann nach § 42 unter bestimmten Voraussetzungen eine Erlaubnis für einen vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung durch gesamtwirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein

überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Anträge auf Ministererlaubnis sind seit Einführung der Fusionskontrolle in Deutschland im Jahr 1973 äußerst selten gestellt worden (bis 2004 19 Anträge; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 25).

Im Januar 2006 hat der Landrat des Kreises Rhön-Grabfeld einen Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis gestellt, mit dem er die Genehmigung des vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlussvorhabens der Rhön-Klinikum AG mit den Krankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld anstrebte. Damit hat sich die Anzahl der Anträge auf Erteilung der Ministererlaubnis auf insgesamt 20 erhöht. Die Monopolkommission sprach sich in ihrem Sondergutachten im April 2006 gegen die Erteilung der beantragten Ministererlaubnis aus. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie lehnte den Antrag im Mai 2006 ab. Die dagegen zunächst eingelegte Beschwerde hat der Landkreis zurückgenommen (S. 17, 165 f.).

## **4. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen**

### **4.1 Behinderungsmissbrauch, Preismissbrauch**

Auf die Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Bereich der leitungsgebundenen Energien geht das Kapitel 4.3.3 näher ein. Weitere Missbrauchsverfahren führte das Bundeskartellamt im Bereich Telekommunikation (Kap. 4.3.1).

#### **Behinderungsmissbrauch**

Das Bundeskartellamt hat der Soda-Club GmbH wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 und Artikel 82 EG untersagt, die Wettbewerber auf dem Markt der Befüllung von Zylindern mit CO<sub>2</sub> zur Verwendung in Besprudelungsgeräten zu behindern. Besprudelungsgeräte mit CO<sub>2</sub>-Zylinder dienen Endverbrauchern dazu, Leitungswasser mit Kohlensäure zu versetzen. Der Markt für die Befüllung der Zylinder von Besprudelungsgeräten funktionierte seit vielen Jahren auf Basis eines Tauschsystems: Der Endverbraucher tauschte die entleerten Zylinder gleich welchen Herstellers an einer Tauschstation (zumeist Unternehmen des Einzelhandels) gegen einen befüllten Zylinder und bezahlte die Wiederbefüllung. Die Soda-Club GmbH hatte jedoch ihre Zylinder in einem „Mietsystem“ an die Endverbraucher vertrieben und besondere Rahmenbedingungen für die Befüllung der Zylinder gesetzt. Zunächst wurden Vertriebshändler exklusiv an Soda-Club gebunden. Sie mussten sich verpflichten, leere Zylinder nur noch durch Soda-Club befüllen zu lassen. Dadurch wurde ein erheblicher Teil der umlaufenden Zylinder dem Wettbewerb um die Befüllung entzogen. Sodann wurden freie Händler und Abfüllunternehmen an der Befüllung von Soda-Club-Zylindern gehindert, indem ein Verstoß gegen das angebliche Eigentumsrecht der Soda-Club GmbH an den Soda-Club-Zylindern verfolgt wurde. Um dies zu vermeiden, mussten freie Händler für den vom Endverbraucher entgegengenommenen Soda-Club-Zylinder einen befüllten Zylinder

der eines anderen Herstellers ihres Tauschpools herausgeben. Soda-Club nahm die bei den freien Händlern und Abfüllunternehmen auflaufenden Soda-Club-Zylinder jedoch nicht von diesen zurück und bürdete ihnen dadurch erhebliche Lager- und Stilllegungskosten auf. Diese wären für die freien Händler nur vermeidbar gewesen, wenn sie diejenigen Endverbraucher, die einen Soda-Club-Zylinder zur Befüllung brachten, abgewiesen hätten. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Soda-Club wäre ein solches Verhalten aber einer Geschäftsaufgabe gleichgekommen. Zusätzlich entzog Soda-Club dem Tauschpool Zylinder der Wettbewerber, indem die an Soda-Club gebundenen Händler Zylinder der Wettbewerber entgegennehmen durften, dafür aber befüllte Soda-Club-Zylinder herauszugeben hatten. Der Kaufzylinder der Wettbewerber wurde dadurch in einen exklusiv von Soda-Club zu befüllenden „Mietzylinder“ umgewandelt. Diese Praxis hat das Bundeskartellamt im Februar 2006 nach § 32 i. V. m. § 19 und Artikel 82 EG untersagt. Soda-Club ist auf dem Befüllungsmarkt für CO<sub>2</sub>-Zylinder marktbeherrschend. Soda-Club hat diese marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem es durch die beschriebene Praxis andere Abfüllunternehmen auf dem Markt für die Befüllung von CO<sub>2</sub>-Zylindern mittels des angeblichen Eigentumsrechts und durch die Exklusivvereinbarungen mit den Händlern behindert, potenzielle Wettbewerber von einem Markteintritt abgeschreckt hat und diese marktverschließenden Effekte durch eine konsequente Ausdehnung des Bestands an exklusiv von Soda-Club zu befüllenden Zylindern auf dem Markt stetig verstärkt hat. In seiner Entscheidung verfügte das Bundeskartellamt, dass die ungebundenen Händler die Soda-Club-Zylinder befüllen dürfen und Endverbraucher ihre Soda-Club-Zylinder auch bei den konkurrierenden Abfüllunternehmen tauschen bzw. wiederbefüllen lassen dürfen. Außerdem gab es Soda-Club auf, durch eine Banderole auf den Soda-Club-Zylindern auf die Möglichkeit einer Befüllung durch ein anderes Abfüllunternehmen hinzuweisen. Gegen die sofort vollziehbare Entscheidung des Bundeskartellamtes hat sich Soda-Club mit einem Eilantrag an das Oberlandesgericht Düsseldorf gewandt, das die Entscheidung des Bundeskartellamtes im einstweiligen Verfahren in allen wesentlichen Punkten bestätigte. Lediglich die Verpflichtung, durch Banderolen auf den eigenen Zylindern auf die Zulässigkeit der Befüllung durch Wettbewerber hinzuweisen, hielt das Oberlandesgericht für unverhältnismäßig. Auf die Rechtsbeschwerde von Soda-Club hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 17. August 2006 (KVR 11/06) den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde festgestellt (S. 89 f.).

Die Entscheidung gegen den Deutschen Lotto- und Totoblock und die Lottogesellschaften der Bundesländer wegen ihres Verhaltens gegenüber den sog. gewerblichen Spielvermittlern wurde auch auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gestützt. Die Lottogesellschaften sind gemeinsam auf dem Nachfragemarkt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung

marktbeherrschend. Die Weigerung der Lottogesellschaften, bundeslandübergreifende Spielverträge zu akzeptieren, die über terrestrische Vermittlungsstellen gewerblicher Spielvermittler akquiriert worden sind, verstößt gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, weil die Lottogesellschaften damit die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigert haben, obwohl sie aufgrund ihrer besonderen Machtstellung und mangels sachlicher Rechtfertigung für eine Weigerung kontrahierungspflichtig sind. Die Lottogesellschaften sind zur Aufnahme der Geschäftsbeziehungen verpflichtet, weil sie als einzige Nachfrager nach den Leistungen der gewerblichen Spielvermittler auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung den Zugang zu diesem Markt kontrollieren und einzelnen Unternehmen den Marktzugang versperren können. Die Lottogesellschaften und der DLTB haben gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Den außerdem im Eilverfahren gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 im Wesentlichen zurückgewiesen. Gegen die Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, den eigenen Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, haben die Lottogesellschaften Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt. Wegen ihrer – nach der Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf – fortgesetzten Praxis, ihren Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, hat das Bundeskartellamt gegen die meisten Lottogesellschaften mit Beschluss vom 30. Oktober 2006 eine Zwangsgeldandrohung i. H. v. 1 Mio. Euro ausgesprochen, die sich jedoch erledigte, da die Lottogesellschaften entweder ihren Internetvertrieb beendeten oder für Spielerinteressenten aus dem gesamten Bundesgebiet öffneten (S. 180 f.).

Das Verbot der unbilligen Behinderung von Wettbewerbern in Form des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 2) wurde im Berichtszeitraum durch die Verfahren gegen Schlecker und Rossmann durchgesetzt (S. 140 f.).

Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen die Praktiker Baumärkte GmbH wurde auf das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 gestützt. Die in einem dualen Vertriebssystem als Franchisegeberin fungierende Praktiker Baumärkte GmbH hat einzelne Franchisenehmer, die mit Praktiker-Regiebaumärkten in Wettbewerb stehen, unbillig behindert, soweit sie diesen Franchisenehmern eine 100%ige Bezugspflicht auferlegt und gleichzeitig die erzielten Einkaufsvorteile, welche bei Lieferungen für Franchisenehmer anfielen, nicht an die jeweiligen Franchisenehmer weitergeleitet hat. Weiterhin wurde die Praktiker Baumärkte GmbH dazu verpflichtet, von ihren Franchisenehmern für die Belieferung mit Waren des systemtypischen Sortiments keine Bezugspreise zu fordern, die über den Verkaufs- bzw. Werbepreisen von konkurrierenden Praktiker-Regiebaumärkten liegen (S. 141).

Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes bestehen Verdachtsmomente, dass durch die staatlichen Forstdienstleistungen der Tatbestand der unbilligen Behinderung in der Form des Preisdumpings erfüllt sein könnte (§ 20 Abs. 4), wenn staatliche Forstdienstleistungen zu nicht kostendeckenden Preisen angeboten werden und dadurch der Markteintritt privater Forstdienstleister erschwert wird (S. 69).

Wegen Zuwiderhandlung gegen die auf das Behinderungsverbot gestützte Untersagungsverfügung vom Juli 2002 gegen Unternehmen der Fuchs-Gruppe (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 125 f.) hat das Bundeskartellamt ein Bußgeld in Höhe von 250 000 Euro gegen die TEUTO Gewürzvertrieb GmbH, die Vertriebstochter der Fuchs Gewürze GmbH & Co., verhängt. Anders als in den Fällen, die dem Untersagungsverfahren aus dem Jahre 2002 zugrunde lagen, wurde die Exklusivität zugunsten der Fuchs-Produkte bei den belieferten Händlern nicht mehr schriftlich, sondern entweder mündlich oder durch entsprechend gestaltete Regelungen der Lieferabkommen faktisch durchgesetzt. Den Händlern wurden finanzielle Anreize zur Eingehung der exklusiven Bindung gegeben (S. 70).

### Preismissbrauch

Das Bundeskartellamt überprüft, ob die nationalen Interbankenentgelte, die bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen mit VISA und MasterCard-Kreditkarten in Deutschland von der Bank des Händlers an die Bank des Karteninhabers zu entrichten sind, gegen kartellrechtliche Vorschriften des deutschen oder europäischen Rechts verstoßen. Dabei wird neben einem möglichen Kartellverstoß auch im Hinblick auf den möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ermittelt (S. 159).

Ein weiteres Verfahren wegen Preishöhenmissbrauchs wurde im Bereich der Wasserwirtschaft geführt, das gegen Zusagen abgeschlossen werden konnte (S. 134).

### 4.2 Boykott

Das Verfahren gegen den Deutschen Lotto- und Totoblock und die Lottogesellschaften der Bundesländer betrifft insbesondere auch eine Boykottvereinbarung zu Lasten gewerblicher Spielvermittler. Die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Lottogesellschaften, Spielumsätze, die aus einer stationären Vermittlung gewerblicher Spielvermittler stammen, nicht anzunehmen, ist nach deutschem Recht als verbotener Boykottauftrag zu werten und verstößt nach Auffassung des Bundeskartellamtes u. a. gegen § 21. Die Lottogesellschaften und der DLTB haben gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Den außerdem im Eilverfahren gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 im Wesentlichen zurückgewiesen (S. 180 f.).

Die Aufforderung des ärztlichen Berufsverbandes Deutsche Gesellschaft der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC) und seines Unterverbandes, der Vereinigung der Deutschen Ästhetisch-Plastischen Chirurgen (VDÄPC), an ihre Mitglieder (d. h. freiberuflich und im Krankenhaus tätige Ärzte für plastische/ästhetische Chirurgie), die Zusammenarbeit und die Geschäftsbeziehungen mit Discountanbietern abzubrechen, wertete das Bundeskartellamt ebenfalls als verbotenen Boykottauftrag i. S. d. § 21 Abs. 1. Da die Verbände das beanstandete Verhalten abstellten und ihr Verhalten gegenüber den Mitgliedern korrigierten, konnte das Verfahren eingestellt werden (S. 37, 169).

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

#### 4.3.1 Telekommunikation

##### Neues Telekommunikationsgesetz

Am 24. Februar 2007 ist das novellierte Telekommunikationsgesetz (TKG) in seinen wesentlichen Teilen in Kraft getreten (BGBl. I S. 106). Die neue Bundesregierung hatte bereits in ihrem Koalitionsvertrag vom November 2005 festgelegt, eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes vorzunehmen. Ziel der Änderung ist es, Investitionen in entstehende neue Märkte für einen gewissen Zeitraum von Regulierungseingriffen freizustellen, um für den Investor die notwendige Planungssicherheit herzustellen und somit den Auf- und Ausbau moderner und breitbandiger Telekommunikationsnetze zu fördern (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005 „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, S. 18).

Kern des Gesetzes aus wettbewerblicher Sicht ist die Regelung zur Behandlung „neuer Märkte“ (§§ 3 Nr. 12b, 9a TKG). § 9a TKG sieht vor, dass „neue Märkte“ grundsätzlich nicht der Regulierung unterliegen, es sei denn, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) sind insbesondere das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen zu berücksichtigen. § 3 Nr. 12b TKG definiert einen „neuen Markt“ als Markt für Dienste und Produkte, die sich von den bislang vorhandenen Diensten und Produkten hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise (Massenfähigkeit), des Preises oder der Qualität aus Sicht eines verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen.

Das Einvernehmensrecht des Bundeskartellamtes (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 28) ist im Zuge der TKG-Novellierung auf § 9a TKG erweitert worden, um divergierende Marktabgrenzungen nach TKG und GWB zu vermeiden, § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG.

In seinen Stellungnahmen zu dem Gesetzentwurf sowie zu dem von der Bundesnetzagentur im Vorfeld der geplanten Gesetzesänderung im Frühjahr 2006 durchgeführten Konsultationsprozess hat das Bundeskartellamt u. a. auf die Notwendigkeit hingewiesen, neue Märkte nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts, d. h. insbesondere nach dem Bedarfsmarktkonzept, abzugrenzen, um zu verhindern, dass regulierungspolitische Vorstellungen in die Marktdefinition hineingetragen werden. Weiterhin hat das Bundeskartellamt angeregt, die Frage der Regulierungsbedürftigkeit daran auszurichten, in welcher Entwicklungsphase sich der Markt befindet. Danach würde ein „neuer Markt“ nicht zwangsläufig bereits durch die technische Weiterentwicklung von Produkten oder Dienstleistungen begründet. Vielmehr ist ein „neuer Markt“, der ggf. von der Regulierung ausgenommen werden könnte, ein Markt für Dienste oder Produkte, die aus Nachfragersicht mit bereits bestehenden Diensten oder Produkten nicht austauschbar sind und für die aus Anbietersicht eine Angebotsumstellungsflexibilität nicht besteht, und der sich in einer so frühen Marktphase befindet, dass Aussagen über die Beständigkeit der Wettbewerbsbedingungen und Abschottungstendenzen nicht möglich sind. Zudem hatte das Bundeskartellamt kritisiert, dass in § 42 Abs. 4 TKG eine umfassende allgemeine Missbrauchsaufsicht in das Regulierungsrecht eingeführt wird. Dies führt zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht, das bereits eine Missbrauchsaufsicht vorsieht.

Inwieweit §§ 3 Nr. 12b, 9a TKG zu Friktionen mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht führen und wie sich diese in der Praxis im Einzelfall auswirken werden, ist abzuwarten. Soweit ein Markt nach § 9a TKG nicht dem sektorspezifischen Regulierungsrecht unterliegt, würde eine Zugangsgewährung nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts erfolgen müssen, soweit die Marktphase die Feststellung der Marktbeherrschung zulässt, § 19 und Artikel 82 EG (S. 154).

Die Europäische Kommission hat am 26. Februar 2007 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein beschleunigtes Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, da sie in den neuen Regelungen eine europarechtswidrige Einführung von „Regulierungsferien“ für das VDSL-Netz der DTAG sieht.

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

Die Europäische Kommission hatte sich bei der Festlegung der Richtlinien des geltenden Rechtsrahmens im Jahr 2002 (s. zum europäischen Rechtsrahmen Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 32 ff.) dazu verpflichtet, die Anwendung dieser Richtlinien regelmäßig zu überprüfen, um sie ggf. an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG L 108 vom 24. April 2002, Artikel 25). Ende Juni 2006 hat die Europäische Kommission – nach der Durchführung eines „Call for Input“

im Frühjahr 2006 – Vorschläge für die Reformierung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste und für eine Überarbeitung der Märkteempfehlung (Mitteilung der Kommission SEC [2006] 334; Arbeitsdokumente SEC [2006] 816,817 und 837 der Kommissionsdienststelle) vorgelegt. Hinsichtlich der Reformierung des Rechtsrahmens hat die Europäische Kommission u. a. vorgeschlagen, das Konsultationsverfahren für Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, zu vereinfachen. Zudem beabsichtigt sie, ihr bislang auf die Marktdefinition und Marktanalyse beschränktes Veto-Recht auf die Regulierungsmaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden auszudehnen. Hinsichtlich der Überarbeitung der Märkteempfehlung beabsichtigt die Europäische Kommission, die Anzahl der als vorab regulierungsbedürftig eingestuften Märkte von derzeit 18 auf elf zu reduzieren. Hiervon betroffen ist insbesondere der Endkundenbereich. In diesem Bereich ist nur noch ein Endnutzermarkt – in dem zwei bislang separat definierte Märkte (Markt für den Zugang von Privatkunden/Geschäftskunden zum Festnetz) zusammengefasst werden sollen – für die Regulierung vorgesehen. Die anderen, zur Zeit noch in der Märkteempfehlung enthaltenen Endkundenmärkte würden damit zukünftig allein dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegen.

Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Stellungnahme zu den Vorschlägen der Europäischen Kommission gegen eine Ausweitung des Veto-Rechts auf die von den nationalen Regulierungsbehörden vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen ausgesprochen. Die geplante Änderung verletzt nach der Auffassung des Bundeskartellamtes das Subsidiaritätsprinzip. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Telekommunikationsmärkte nach wie vor national abzugrenzen sind. Zudem ist das derzeitige, in der Rahmenrichtlinie verankerte Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission und der anderen Regulierungsbehörden bei von einer Regulierungsbehörde vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen ausreichend. Des Weiteren ist aus Sicht des Bundeskartellamtes die dezentrale Anwendung unterschiedlicher Regulierungsinstrumente erforderlich, um den noch relativ jungen europäischen Rechtsrahmen durch ein System der „best practices“ weiterzuentwickeln. Diese Argumente sprechen erst recht gegen die Gründung einer Europäischen Regulierungsbehörde. Die Europäische Kommission hatte dies als mögliche Option im Rahmen der Diskussion um eine Änderung des Regulierungsrahmens eingebracht, jedoch aufgrund der zu erwartenden politischen Widerstände selbst wieder verworfen. Das Bundeskartellamt begrüßt hingegen die geplante Vereinfachung des Marktanalyseverfahrens. Diese sieht vor, dass für Märkte, die im Rahmen der vorherigen Notifizierung als wettbewerblich eingestuft wurden und bei denen sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich geändert haben, und für Märkte, bei denen es im Vergleich zu den vorherigen notifizierten Maßnahmen nur geringfügige Änderungen gibt, ein „Standard-Notifizierungsformular“ eingeführt wird. Bezüglich der geplanten Überarbeitung der Märkteempfehlung hat das Bundeskartellamt u. a. darauf hingewiesen, dass eine Übereinstimmung zwischen

Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht bei Fragen der Marktdefinition unabdingbar ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es mittel- bis langfristiges Ziel ist, die in der Märkteempfehlung für eine ex-ante Regulierung in Frage kommenden Märkte nach Wegfall der Regulierungsbedürftigkeit wieder dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterstellen. Des Weiteren hat das Bundeskartellamt deutlich gemacht, dass die Ausführungen der Europäischen Kommission zu „neuen“ Märkten (Leitlinien der Kommission, ABl. C 165 vom 11. Juli 2002, Rz. 32) dringend ergänzt werden sollten, um eine Basis für eine adäquate Regulierung zu schaffen. So ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei „neuen“ Märkten die Interpretation von beträchtlicher Marktmacht – und damit die Frage, ob ein Unternehmen einer Vorab-Regulierung unterliegen sollte – auch davon abhängig, ob bereits in der Entstehungsphase des Marktes Abschottungstendenzen durch das führende Unternehmen bestehen.

### Marktanalyse- und Konsultationsverfahren

Die von der BNetzA durchgeführten Marktanalyseverfahren für die Endkunden- und Vorleistungsmärkte sind bis auf die Märkte 13 und 14 „Abschluss-Segment bzw. Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen“, Markt 15 „Zugang und Verbindungsaufbau in Mobiltelefonnetzen“ und Markt 17 „Auslands-Roaming in Mobiltelefonnetzen“ abgeschlossen. Die BNetzA hatte der Europäischen Kommission für die Märkte 13 und 14 einen Entwurf einer Entscheidung vorgelegt; diese hatte der BNetzA mitgeteilt, dass sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Entscheidungsentwurfs mit dem Gemeinschaftsrecht habe, und die „Phase II“ der Prüfung eröffnet. Die BNetzA hat nach Durchführung weiterer Ermittlungen den ursprünglichen Entscheidungsentwurf zurückgezogen. Die Marktanalyse für Markt Nr. 15 ist veröffentlicht, bislang allerdings noch nicht bei der Europäischen Kommission notifiziert. Für Markt 17 liegt bislang noch keine Marktanalyse vor; allerdings erscheint auch fraglich, ob diese nach Inkrafttreten der derzeit auf europäischer Ebene diskutierten Roaming-Verordnung, die die Regulierung sowohl der Vorleistungs- als auch der Endkundenpreise für internationales Roaming vorsieht, weiterhin erforderlich ist. Das Bundeskartellamt hat in den bisher abgeschlossenen Marktanalyseverfahren sein Einvernehmen erteilt. Dieses bezieht sich auf die Marktabgrenzung und die Feststellung zur beträchtlichen Marktmacht für Regulierungszwecke (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 27). Im Einzelfall hat sich das Bundeskartellamt eine abweichende Einschätzung (z. B. im Hinblick auf das Bestehen von Marktbeherrschung) für die Zwecke des allgemeinen Wettbewerbsrechts vorbehalten. Bei Markt 9 („Anrufzustellung in einzelnen Festnetzen“) hat die Europäische Kommission im Mai 2005 das erste Mal von ihrem Veto-Recht Gebrauch gemacht: Die Europäische Kommission teilte die Auffassung der BNetzA nicht, dass eine 100%ige Marktmacht der alternativen Teilnehmer-netzbetreiber im Markt für die Anrufzustellung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten aufgrund der entsprechenden Nachfragemacht der Deutschen Telekom AG (DTAG) keine beträchtliche Marktmacht im

Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG begründe. Nach der Veto-Entscheidung der Europäischen Kommission hat die BNetzA am 29. August 2005 eine modifizierte Marktanalyse bei der Kommission notifiziert, nach der insgesamt 54 alternative Teilnehmernetzbetreiber auf ihren jeweiligen netzbezogenen Terminierungsmärkten über beträchtliche Marktmacht verfügen und daher nunmehr der Regulierung unterliegen. Das Bundeskartellamt hat zu der modifizierten Marktanalyse am 17. August 2005 im Hinblick auf das Veto der Europäischen Kommission sein Einvernehmen zwar nicht verweigert, jedoch darauf hingewiesen, dass es weiterhin Zweifel am Bestehen von beträchtlicher Marktmacht der alternativen Teilnehmer-netzbetreiber auf ihren jeweiligen netzbezogenen Terminierungsmärkten hat.

Bei Markt 16 „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ hat die BNetzA im Dezember 2005 das Vorliegen von Marktmacht auf bestimmten Mobilfunkmärkten festgestellt und erstmals Regulierungsverfügungen auf den Märkten für Terminierungsleistungen im Mobilfunk erlassen. Jedes einzelne Mobilfunknetz in Deutschland stellt für den Bereich Terminierungsdienstleistungen einen eigenständigen sachlichen Markt dar, dessen Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG verfügt. Das Bundeskartellamt hat zu dieser Feststellung sein Einvernehmen erteilt. Die BNetzA erließ im August 2006 Regulierungsverfügungen gegen die vier Netzbetreiber T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O2, nach denen die Netzbetreiber verpflichtet werden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und Kollokation zu gewähren. In diesem Zusammenhang hatte das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme kritisiert, dass die Bundesnetzagentur ohne Marktanalyse der Endkundenmärkte davon ausging, dass die Netzbetreiber auf den Endkundenmärkten nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Zudem wurde nicht geprüft, ob möglicherweise eine oligopolistische Marktbeherrschung vorliegt. Im Rahmen der Genehmigung der Zusammenschaltungsentgelte hat das Bundeskartellamt die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Vergleichsmarktbetrachtung akzeptiert (S. 156 f.).

### Missbrauchsverfahren

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2006 in enger Abstimmung mit der BNetzA ein Verfahren gegen die DTAG, die United Internet AG und die AOL Deutschland GmbH & Co. KG geführt, wobei es sich im Hinblick auf das von der BNetzA geführte Missbrauchsverfahren im Wesentlichen auf Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. § 1 und Artikel 81 EG konzentriert hat. Hintergrund ist die Einführung eines als „DSL Net Rental“ bezeichneten Modells durch die DTAG. Das Bundeskartellamt kam zu dem vorläufigen Ergebnis, dass das Modell „DSL Net Rental“ gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstößt. Die BNetzA stellte im Mai 2006 in dem von ihr geführten Verfahren fest, dass die Entgelte für „DSL Net Rental“ missbräuchlich sind. Da die BNetzA mit ihrer Entscheidung das Produkt „DSL Net Rental“ insgesamt bestands-

kräftig – nach Rücknahme der Beschwerde durch die DTAG – untersagt hat, hat das Bundeskartellamt sein Verfahren eingestellt (S. 152 f.).

### 4.3.2 Post

#### Liberalisierung der Postmärkte

Im Berichtszeitraum ist ein weiterer Schritt zur sukzessiven wettbewerblichen Öffnung der Postmärkte in Deutschland erfolgt. Seit dem 1. Januar 2006 ist der Umfang der gesetzlichen Exklusivlizenz für Briefdienstleistungen, über die die Deutsche Post AG (DPAG) verfügt, weiter reduziert worden. Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 Postgesetz (PostG) ist der Exklusivbereich nun beschränkt auf „Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 Gramm und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt“. Zuvor umfasste die Exklusivlizenz Briefsendungen mit einem Gewicht bis 100 Gramm und einem Einzelpreis bis zum Dreifachen des Standardentgelts. Die Exklusivlizenz der DPAG läuft zum 31. Dezember 2007 aus, so dass ab dem 1. Januar 2008 die Postmärkte in Deutschland umfassend dem Wettbewerb geöffnet sind. Auf europäischer Ebene wird die Leistungserbringung in Postmärkten durch die Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997 geregelt. Die Richtlinie hat die schrittweise Verkleinerung der zulässigen reservierten Bereiche der etablierten Postverwaltungen (Exklusivlizenz) vorgegeben und zielt weiterhin auf eine vollständige Marktöffnung in Europa im Jahr 2009, ohne jedoch diesen letzten Schritt verbindlich zu regeln. Im Jahr 2006 hat die Europäische Kommission den Entwurf einer Richtlinie vorgelegt, durch die alle Mitgliedstaaten darauf verpflichtet werden sollen, spätestens zum 1. Januar 2009 alle reservierten Bereiche abzuschaffen und ihre Postmärkte umfassend für den Wettbewerb zu öffnen (KOM (2006) 594 endg.).

Wie die Bundesnetzagentur (BNetzA) in ihren regelmäßigen Erhebungen zum Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen festgestellt hat (zuletzt: Neunte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, April 2006), belief sich das Volumen dieses Marktes in Deutschland auf ca. 10,2 Mrd. Euro im Jahr 2005, gegenüber 10 Mrd. Euro im Jahr zuvor. Nach den Feststellungen der BNetzA vergrößerte sich der Wettbewerbsbereich von 3,4 Mrd. Euro im Jahr 2004 (reservierter Bereich: 6,6 Mrd. Euro) auf 4,2 Mrd. Euro im Jahr 2005 (reservierter Bereich: 6,0 Mrd. Euro). Aufgrund der weiteren Verkleinerung des Monopolbereichs zum 1. Januar 2006 geht die BNetzA von einer Vergrößerung des Wettbewerbsbereichs auf 5 Mrd. Euro im Jahr 2006 aus. Die Ausweitung des dem Wettbewerb grundsätzlich zugänglichen Bereichs sagt noch nichts über die tatsächliche Wettbewerbsentwicklung aus. Nach den Ermittlungen der BNetzA erreichte die DPAG im gesamten lizenzpflichtigen Bereich (Monopolbereich und Wettbewerbsbereich) im Jahr 2005 einen Marktanteil von ca. 93,1 %, in dem für den Wettbewerb geöffneten Bereich belief sich ihr Marktanteil immerhin auf ca. 83,2 %. Die Marktstellungen selbst der größeren unter den Wett-

bewerbern sind nach wie vor vergleichsweise schwach. In dem in der Vergangenheit sehr fragmentierten Feld der Wettbewerber der DPAG zeichnen sich insbesondere zwei deutschlandweit maßgebliche Wettbewerber-Gruppen, die inländische Tochter der niederländischen TNT N.V. und die PIN Group AG, ab (S. 155).

Die Erhöhung des Marktvolumens, das prinzipiell im Wettbewerb steht, ergibt sich z. T. aus der wettbewerblichen Öffnung des Marktes für Konsolidierungsdienstleistungen. Der Begriff des Konsolidierers bezeichnet Unternehmen, die Briefsendungen von verschiedenen Versendern einsammeln, diese Briefmengen zusammenführen, sortieren und in das Briefbeförderungsnetz der DPAG einspeisen. Erhebliche Bedeutung für die Ausweitung der Konsolidierungsdienstleistungen kommt der Entscheidung des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2005 im Missbrauchsverfahren gegen die DPAG zur Gewährung von Teilleistungszugang zu (S. 156, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 164 f.). Das Volumen der Konsolidierungsleistungen lag allein für das erste Halbjahr 2006 zwischen 30 und 40 Mio. Euro, und damit höher als das Leistungsvolumen im gesamten Jahr 2005. Dies ist immer noch ein nur geringer Teil des theoretischen Marktpotenzials für Konsolidierungsleistungen.

#### Beteiligung an Verfahren der BNetzA

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum regelmäßig entsprechend § 48 PostG zu beabsichtigten Regulierungsentscheidungen der BNetzA Stellung genommen, u. a. zur Erbringung von Teilleistungen und zur Price-Cap-Regulierung. Die BNetzA war mit den Zugangsbedingungen zu Teilleistungen der DPAG befasst, wie sie auch von Konsolidierern in Anspruch genommen werden. Die BNetzA hat erklärt, dass sie an ihrer Rechtsauffassung festhält, dass § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG die Konsolidierung innerhalb des Bereichs der Exklusivlizenz der DPAG nicht zulasse. Sie geht aber bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über den Beschluss des Bundeskartellamtes im Teilleistungsverfahren davon aus, dass die DPAG wenigstens vorläufig grundsätzlich Teilleistungszugang auch innerhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz zu gewähren hat. Das Bundeskartellamt begrüßt dies ausdrücklich (S. 157). Die BNetzA war im Jahr 2005 und im Jahr 2006 auch mit der Genehmigung von Entgelten der DPAG im Rahmen des sog. Price-Cap-Verfahrens befasst. Das Bundeskartellamt hält seine Kritik an den zugrundeliegenden Grundsätzen der Genehmigung der BNetzA aufrecht (S. 157); Tätigkeitsbericht, 2001/2002, S. 210; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 170), es hatte jedoch keinen Anlass, das gesetzlich geforderte Einvernehmen hinsichtlich der Marktabgrenzung und der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DPAG zu verweigern.

### 4.3.3 Energiewirtschaft

Auf den deutschen Energiemärkten ist es im Berichtszeitraum zu keiner spürbaren Verbesserung der Wettbewerbssituation gekommen. Das Bundeskartellamt hat daher sowohl im Strom- als auch im Gasbereich seine strikte

Untersagungslinie bei Beteiligungen von marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilern fortgesetzt (S. 124 ff., 129 ff., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 128 ff., 136). Zudem hat das Bundeskartellamt wie im letzten Berichtszeitraum eine Reihe von Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 und Artikel 81 EG sowie wegen Preismisbräuchen nach § 19 und Artikel 82 EG geführt.

Mit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes am 13. Juli 2005 wurden der Bundesnetzagentur (BNetzA) und den Regulierungsbehörden der Länder die Aufgaben der Regulierung der Strom- und Gasnetze, insbesondere die Regulierung des Netzzugangs und der Netzentgelte, übertragen. Bundeskartellamt und BNetzA arbeiten seitdem in enger Kooperation an einer Verbesserung der wettbewerblichen Situation auf den Strom- und Gasmärkten. Für das Entstehen von mehr Wettbewerb auf den Energiemärkten sind sowohl ein funktionierender Durchleitungswettbewerb auf der Netzebene, als auch eine effiziente Missbrauchsaufsicht in den vor- und nachgelagerten Märkten und eine konsequente Strukturaufsicht im Rahmen der Fusionskontrolle notwendig. Ohne diesen „ganzheitlichen Ansatz“ wird ein zufriedenstellender Wettbewerb auf den Energiemärkten nicht entstehen können.

#### **Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und Zusammenarbeit des Bundeskartellamtes mit der BNetzA**

Am 13. Juli 2005 ist das novellierte Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) in Kraft getreten (BGBl. I S. 1970). Mit ihm wurden der BNetzA und den Regulierungsbehörden der Länder umfangreiche Aufgaben insbesondere im Bereich der Regulierung des Zugangs zu den Strom- und Gasnetzen, der Netzentgeltregulierung einschließlich der Entwicklung einer Anreizregulierung, des informativischen, organisatorischen, buchhalterischen und rechtlichen Unbundlings des Netzes von den vor- und nachgelagerten Produktionsstufen sowie der Missbrauchsaufsicht im Netzbereich übertragen. In Ausfüllung des EnWG wurden Ende Juli 2005 die Stromnetzentgeltverordnung (BGBl. I S. 2225), die Stromnetzzugangsverordnung (BGBl. I S. 2243), die Gasnetzentgeltverordnung (BGBl. I S. 2197) und die Gasnetzzugangsverordnung (BGBl. I S. 2210) erlassen. Das Bundeskartellamt hatte im Gesetzgebungsprozess ausführliche Stellungnahmen zum Gesetz und den Verordnungen abgegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 30 f.). Im November 2006 sind die Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung und die Ersatzversorgung im Energiebereich (BGBl. I S. 2391) sowie die Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck (BGBl. I S. 2477) in Kraft getreten. Im Frühjahr 2007 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die Ressortabstimmung zur Anreizregulierungsverordnung eingeleitet.

Im Bereich der netzbezogenen Missbrauchsaufsicht ist die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes nach nationalem Recht gemäß § 111 EnWG entfallen. Das Bundeskartellamt ist im Strom- und Gasbereich weiterhin zuständig für die Missbrauchsaufsicht nach dem GWB in den den

Netzen vor- und nachgelagerten Märkten (z. B. Strom- und Gashandel, Erzeugungs- und Beschaffungsmärkte, Vertrieb von Strom und Gas), für die Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 EG (auch im Netzbereich) sowie für die Fusionskontrolle und für Kartellverfahren nach § 1 und Artikel 81 EG.

Um bei der sektorspezifischen Regulierung nach dem EnWG und der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht nach dem GWB einheitliche Beurteilungsmaßstäbe zu wahren, sieht das EnWG die Mitwirkung des Bundeskartellamtes an Entscheidungen der BNetzA vor (§ 58 Abs. 1 EnWG). Über den Begriff des „verbundenen Unternehmens“ und der damit einhergehenden Bestimmung des Verpflichteten im Rahmen der Entflechtung (§§ 6 bis 9, 10 EnWG), über die Ausnahme überregionaler Gasfernleitungsnetze von der kostenorientierten Entgeltbildung (§ 24 Satz 5 Nr. 5 i. V. m. § 3 Abs. 2 und 3 Gasnetzentgeltverordnung), über die befristete Ausnahme großer Infrastrukturmaßnahmen von der Regulierung (§ 28 a Abs. 3 Satz 1 EnWG), über Ausnahmen von der Gewährung des Zugangs zu Gasversorgungsnetzen aufgrund unbedingter Zahlungsverpflichtungen (§ 25 Satz 2 EnWG) sowie über die Frage, ob neue grenzüberschreitende Verbindungsleitungen von den wettbewerbsorientierten Bestimmungen der EU-Stromhandelsverordnung ausgenommen werden sollen (§ 56 EnWG i. V. m. Artikel 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung über grenzüberschreitenden Stromhandel (EG) Nr. 1228/2003) ist das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt herzustellen. Ein Einvernehmensrecht besitzt das Bundeskartellamt auch bei der Erstellung des Berichtes der BNetzA an die Europäische Kommission über Marktbeherrschung, Verdrängungspraktiken und wettbewerbsfeindliches Verhalten im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung gemäß § 63 Abs. 5 EnWG. Dem Bundeskartellamt ist zudem bei allen Entscheidungen der BNetzA im Bereich der Netzregulierung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die BNetzA besitzt ein Stellungnahmerecht zu Entscheidungen des Bundeskartellamtes nach §§ 19, 20 und 40 Abs. 2 sowie Artikel 82 EG (§ 58 Abs. 2 EnWG).

Die Zusammenarbeit zwischen Bundeskartellamt und BNetzA verlief im Berichtszeitraum sehr konstruktiv. Das Bundeskartellamt hat seine Beteiligungsrechte in Verfahren der Bundesnetzagentur intensiv wahrgenommen. Ein unter wettbewerblichen Gesichtspunkten besonders wichtiges Verfahren war das Verfahren der BNetzA bezüglich der Kooperationsvereinbarung der Gaswirtschaft zur Umsetzung des Gasnetzzugangsmodells nach dem EnWG. Diesem Verfahren lagen Beschwerden des Bundesverbandes neuer Energieanbieter und der Nuon Deutschland GmbH zugrunde, die sich gegen das sog. Einzelbuchungsmodell sowie gegen die Anzahl von 19 Marktgebieten richteten. Das Bundeskartellamt hatte in seiner Stellungnahme verschiedene gravierende Bedenken gegen das Einzelbuchungsmodell dargelegt (S. 133). Die BNetzA erklärte das Einzelbuchungsmodell für nicht anwendbar, da dieses einem diskriminierungsfreien, effizienten und massegeschäftstauglichen Netzzugang nicht gerecht wird. Daneben wurden im Berichtszeitraum die Berichte gemäß § 63 Abs. 5 EnWG im



Einvernehmen zwischen Bundeskartellamt und BNetzA erstellt und der Europäischen Kommission übersandt.

### Wettbewerbliche Lage im Strom- und Gasbereich

Die wettbewerbliche Lage im Strom- und Gasbereich ist – wenn auch auf unterschiedlichem Niveau – weiterhin unbefriedigend. Auch wenn die Marktöffnung auf den Strommärkten weiter vorangeschritten ist als auf den Gasmärkten, ist doch festzustellen, dass der nach dem Beginn der Liberalisierung im Jahr 1998 zu beobachtende Zuwachs an Wettbewerb im Strombereich wieder nahezu zum Erliegen gekommen ist. Die nach der Liberalisierung neu in den Markt eingetretenen unabhängigen Stromhändler sind fast völlig wieder aus dem Markt ausgetreten. Die Versorgungsunternehmen konzentrieren sich im Wesentlichen auf ihre angestammten Netz- und Versorgungsgebiete. Vorstöße in das Gebiet eines Wettbewerbers mit dem Ziel, dort Kunden zu gewinnen, finden so gut wie nicht statt. Die Stromgroßhandels- und Endkundenmärkte sind seit dem Jahr 2000 durch stetig steigende Preise gekennzeichnet. Dieser Trend hat sich im Berichtszeitraum fortgesetzt. Das Preisniveau für Strom ist im Berichtszeitraum auch steuer- und abgabenbereinigt stark angestiegen und hat sich dem Niveau vor der Liberalisierung angenähert.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum bei der Frage der Marktabgrenzung im Strombereich der gestiegenen Bedeutung des Stromhandels, einer veränderten Nachfragestruktur und einer strukturell anderen Aufstellung der Nachfrager Rechnung getragen. Das Bundeskartellamt unterscheidet zunächst drei Stufen im Strombereich, und zwar die Erzeugerstufe, die Distributionsstufe und die Endkundenstufe. Auf der Erzeugerstufe befinden sich die großen Verbundunternehmen mit ihren Erzeugerkapazitäten sowie unabhängige Stromerzeuger, aber auch Stadtwerke mit ihren jeweiligen Kraftwerken. Auf der Distributionsstufe wird der erzeugte Strom weiterverteilt bzw. gehandelt, bevor er an die Endkunden geliefert wird. Während das Bundeskartellamt – wie bisher – auf der Endkundenstufe die Märkte für die Belieferung von leistungsgemessenen und nicht leistungsgemessenen Endkunden unterscheidet, hat es auf der Distributionsstufe an der klassischen Marktabgrenzung in Weiterverteiler- und Handelsgeschäft nicht mehr festgehalten. Da Strom nicht speicherbar ist, dem Import in Deutschland keine besondere Rolle zukommt und der im Inland nachgefragte Strom zu jedem Zeitpunkt mit dem erzeugten und importierten Strom übereinstimmen muss, kommt der Erzeugerstufe für die Beurteilung der Distributionsstufe eine gesteigerte Bedeutung zu. Daher reicht es aus, die wettbewerblich relevanten Verhältnisse auf der Erzeugerstufe zu kennen, um ebensolche Verhältnisse auf nachgelagerten Märkten in der Distributionsstufe beurteilen zu können. Hilfsweise könnte man – neben den jeweiligen Endkundenmärkten – einen Markt für den erstmaligen Absatz von Strom an Unternehmen der Distributionsstufe unterscheiden, dessen Marktvolumen identisch mit den Anteilen der Marktteilnehmer auf der Erzeugerstufe vermindert um deren Direktabsatzmengen an Endkunden ist. Diese an die Distributionsstufe gelieferten Strommengen gelangen dann, neben den bereits direkt an Endkunden gelie-

ferten Absätzen, auf verschiedenen Wegen zum Endkunden, ohne dass den agierenden Unternehmen auf diesen Wegen eine besondere wettbewerbliche Bedeutung zukommt. Sie sind auf Grund fehlender Erzeugerkapazitäten und der Nichtspeicherbarkeit von Strom immer abhängig von den Unternehmen der Erzeugerstufe (S. 122).

Die wettbewerbliche Situation in allen Stromversorgungsbereichen wird ganz maßgeblich von den Verhältnissen bei der inländischen Stromerzeugung bestimmt. Auf den bundesweiten Strommärkten besteht nach Einschätzung des Bundeskartellamtes nach wie vor ein wettbewerbsloses Duopol aus RWE und E.ON (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 162 f.). E.ON und RWE halten einen überragenden Anteil an der erzeugten Nettostrommenge. Ein Binnenwettbewerb zwischen E.ON und RWE ist aufgrund der geringen Marktteilsabstände, vergleichbarer Ressourcen und eines ähnlich guten Zugangs zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten nicht festzustellen. Ein den Binnenwettbewerb verhinderndes Parallelverhalten beider Unternehmen wird zusätzlich durch die Homogenität des Produktes Strom, sein geringes Investitionspotential und seine Preistransparenz begünstigt. Preisvorstöße eines Unternehmens sind nicht zu erwarten. Der Verhaltensspielraum von E.ON und RWE wird auch nicht durch die übrigen Marktteilnehmer wie z. B. Vattenfall und EnBW wirksam begrenzt. Auch wenn Vattenfall und EnBW über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen, werden die Wettbewerbsmöglichkeiten gegenüber dem Duopol durch eine Reihe von Verbindungen, z. B. über Gemeinschaftskraftwerke und gemeinsamen Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken, gedämpft. Die übrigen Marktanteile sind zersplittert. Zudem sind Marktzutritte von neuen Unternehmen auf der Erzeugungsstufe aus infrastrukturellen sowie genehmigungsrechtlichen Gründen nur begrenzt möglich und zu erwarten. Hinzu kommt die Errichtung strategischer Marktzutrittsschranken durch E.ON und RWE durch hohe Netzanschlusspreise oder Angebote von E.ON und RWE an potenzielle Wettbewerber von Beteiligungen an eigenen Erzeugungskapazitäten statt des Aufbaus neuer Kapazitäten (S. 127).

Die wettbewerbliche Lage auf den Gasmärkten hat sich im Berichtszeitraum nicht wesentlich verbessert (Nationaler Berichtsbeitrag zum EU-Benchmarkbericht 2006, Bericht der BNetzA gemäß § 63 Abs. 5 EnWG, S. 19). Trotz der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen mit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) am 13. Juli 2005 hält das Bundeskartellamt an der bisherigen, netzbezogenen Marktabgrenzung im Gasbereich fest (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 38, 163). Das Bundeskartellamt sieht aufgrund der noch immer bestehenden Defizite bei der Durchleitung von Gas durch fremde Netze bislang keine Veranlassung, von seiner bisherigen Einschätzung abzurücken. Erste Gerichtsentscheidungen nach dem Inkrafttreten des neuen Regulierungsrahmens haben diese Auffassung bestätigt (S. 129 f.). Das zum 1. Oktober 2006 eingeführte Gasnetzzugangsmodell erscheint in seiner Ausgestaltung mit dem – inzwischen von der BNetzA verworfenen – optionalen Einzelbuchungsmodell und den 19 Marktgebieten nicht geeignet, den Durchleitungswettbewerb im Gasbereich maßgeblich zu verbessern. Nicht zuletzt aufgrund der hohen Konzentra-

tion auf der Importstufe, auf der allein E.ON Ruhrgas einen Anteil von 60 % hält, ist die Liquidität auf dem deutschen Gasmarkt sehr gering. Ein weiterer Grund für die mangelnde Liquidität sind die langfristigen Gaslieferverträge, gegen die das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum vorgegangen ist (S. 131). Endverbraucher haben weiterhin i. d. R. – abesehen von in jüngster Zeit aufgetretenen Ausnahmen – nicht die Möglichkeit, ihren Anbieter frei zu wählen.

### **Verfahren des Bundeskartellamtes im Strom- und Gasbereich**

Das Bundeskartellamt ging im Berichtszeitraum aufgrund massiver Beschwerden von Verbänden der energieintensiven Industrie dem Verdacht nach, dass die Unternehmen RWE und E.ON die Einführung des CO<sub>2</sub>-Zertifikatehandels dazu nutzen, um die Industriestrompreise künstlich in die Höhe zu treiben und mit anderen Versorgern jährlich Windfall-Profits in Milliardenhöhe zu generieren. Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen des Verfahrens am 30. März 2006 eine Anhörung mit den beteiligten Wirtschaftsverbänden, Institutionen und Behörden durchgeführt. Im Dezember 2006 hat das Bundeskartellamt der RWE seine vorläufige Beurteilung mitgeteilt, dass die Forderung von Industriepreisen im Jahr 2005 insoweit missbräuchlich war, als in den Preisen mehr als 25 % des im Preis anteilig enthaltenen CO<sub>2</sub>-Zertifikatswerts überwältigt wurden. Das Bundeskartellamt ist dabei von der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis ausgegangen, dass Opportunitätskosten im Prinzip in die betriebsinterne Kalkulation einfließen. Gleichwohl hat die vorläufige kartellrechtliche Prüfung ergeben, dass die durchgesetzten Strompreise, bezogen auf den CO<sub>2</sub>-Zertifikatehandel, in erheblichem Maß als missbräuchlich zu bezeichnen sind. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weichen die von RWE geforderten Preise von solchen ab, die sich bei wirksamen Wettbewerb gebildet hätten. Zudem handelt es sich bei den unentgeltlich zugeteilten CO<sub>2</sub>-Zertifikaten nur in geringem Umfang tatsächlich um echte Opportunitätskosten. Aus sachlichen Gründen hat das Bundeskartellamt zunächst die Preisgestaltung von RWE untersucht, das Verfahren gegen E.ON wird unmittelbar weitergeführt (S. 128 f.).

Das Bundeskartellamt hatte bereits im letzten Berichtszeitraum gegen 15 Unternehmen der Ferngasebene Verfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingeleitet (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 138). Die Verfahren richteten sich gegen die Praxis langfristiger Gaslieferverträge, die die Ferngasunternehmen mit den Weiterverteilern abgeschlossen haben und aufgrund ihrer Kombination von langfristiger Lieferbindung und hoher Vertriebsbedarfsdeckung die Märkte für neue Marktteilnehmer auf Dauer verschließen. Nachdem eine Konsenslösung im Herbst 2005 an dem Widerstand von E.ON-Ruhrgas gescheitert war, hat das Bundeskartellamt im Januar 2006 gegenüber E.ON-Ruhrgas eine Untersagungsverfügung erlassen und festgestellt, dass diese Verträge gegen § 1 und Artikel 81, 82 EG verstoßen. E.ON Ruhrgas wurde aufgegeben, diesen Verstoß spätestens mit Ablauf des Gaswirtschaftsjahres 2005/2006 abzustellen. Die Verfügung sieht zudem

u. a. – für einen Zeitraum von vier Jahren – vor, dass Verträge eine Laufzeit von vier Jahren nicht überschreiten dürfen, wenn sie über 50 % bis 80 % des gesamten Bedarfs decken. Bei einer Bedarfsdeckung über 80 % ist eine maximale Laufzeit von bis zu zwei Jahren vorgesehen. Diese Verfügung hat Mustercharakter für die gesamte Branche. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Eilverfahren die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung rechtskräftig bestätigt. Das Hauptsacheverfahren ist noch anhängig. Vier der Verfahren gegen die anderen Ferngasunternehmen konnten eingestellt werden, nachdem diese im Rahmen von Verpflichtungszusagen nach § 32b ihren Vertragsbestand kartellrechtskonform angepasst und sich verpflichtet hatten, auch bei der künftigen Vertragsgestaltung nur kartellrechtskonforme Verträge abzuschließen. Die Verfahren gegen die übrigen Ferngasunternehmen werden – soweit sie nicht nach Zusagen der Unternehmen eingestellt werden können – fortgeführt (S. 131).

Wie im letzten Berichtszeitraum (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 139 f.) hat das Bundeskartellamt gegen sieben Gasversorgungsunternehmen Verfahren wegen des Verdachts des Preishöhenmissbrauchs geführt. Die Verfahren konnten eingestellt werden, nachdem die Unternehmen zugesagt hatten, ihre Gasnetze im Rahmen einer Beistellungslösung schon im Frühjahr 2006 und damit vor der Einführung eines Gasnetz Zugangsmodells nach dem EnWG für Dritte zu öffnen (S. 131 f.). Im Zusammenhang mit den vom Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden geführten Preismissbrauchsverfahren haben die Kartellbehörden die Gaspreise von 739 Gasversorgern in ganz Deutschland erhoben, um so eine bessere Grundlage für die Missbrauchsaufsicht zu schaffen. Im Januar 2007 hat das Bundeskartellamt erstmals auf seiner Internetseite einen bundesweiten Gaspreisvergleich für Haushaltskunden veröffentlicht ([www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

Das Bundeskartellamt hat die in seine Zuständigkeit fallenden Energieversorgungsunternehmen darauf hingewiesen, dass es in der verbreiteten Praxis der Unternehmen, Verbrauchern, die die Zahlungen ihrer Rechnungen unter Berufung auf § 315 BGB gekürzt haben, mit der Einstellung der Versorgung zu drohen oder diese tatsächlich einzustellen, einen Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sieht. Ein dementsprechend geführtes Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen ein Energieversorgungsunternehmen konnte eingestellt werden, nachdem dieses ausgeschlossen hatte, dass es in Zukunft zu vergleichbaren Verstößen kommen kann (S. 132 f.).

### **Vorschläge für eine Verbesserung der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB im Energiebereich**

Vor dem Hintergrund der unbefriedigenden Wettbewerbssituation auf den Strom- und Gasmärkten wurden im Berichtszeitraum von verschiedenen Seiten Maßnahmen mit dem Ziel diskutiert, die Wettbewerbsverhältnisse zu verbessern. Die Diskussionsbeiträge umfassten Vorschläge wie das eigentumsrechtliche Unbundling des Netzbetriebs von den vor- und nachgelagerten Produktionsstufen und die horizontale Entflechtung der Stomerzeugungskapazitäten.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Herbst 2006 einen Vorschlag zur Stärkung und Erleichterung der Missbrauchsaufsicht im Energiebereich vorgelegt. Dieser sieht die Einführung einer bis Ende 2012 befristeten Sondernorm für die Energiewirtschaft im GWB (§ 29 GWB-E) vor. Wesentliche Elemente sind die Erweiterung des Vergleichsmarktkonzepts, die Möglichkeit des gesonderten Aufgreifens von Entgeltbestandteilen im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht, die Erhöhung der Beweispflichten der Unternehmen, der Verzicht auf den – von der Rechtsprechung geforderten – Erheblichkeitszuschlag bei der Feststellung eines missbräuchlichen Preises sowie die ausdrückliche Normierung der Möglichkeit einer kostenbasierten Preiskontrolle zur Feststellung eines Missbrauchs. Ergänzend zu diesen Änderungen soll § 64 Abs. 1 Nr. 1 ersatzlos entfallen, sodass künftig alle Missbrauchsverfügungen der Kartellbehörden sofort vollziehbar sind. Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme die effizientere Ausgestaltung des kartellrechtlichen Instrumentariums begrüßt (S. 8). Zum Redaktionsschluss des Tätigkeitsberichts war das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen.

#### **Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission im Strom- und Gasbereich und europäische Initiativen zur Verbesserung der Wettbewerbssituation**

Die Europäische Kommission hat die unbefriedigende Wettbewerbssituation auf den Strom- und Gasmärkten und die mangelhafte Durchsetzung eines europäischen Binnenmarktes im Strom- und Gasbereich zum Anlass genommen, eine Sektoruntersuchung auf den Strom- und Gasmärkten in Europa durchzuführen. Diese wurde am 13. Juni 2005 eingeleitet. Im Frühjahr 2006 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Zwischenbericht, dem der Endbericht am 10. Januar 2007 folgte ([http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/energy/](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/)). Zeitgleich hat die Europäische Kommission ein umfangreiches Energie und Klimapaket vorgelegt. Die Dokumente enthalten u. a. Optionen für (Regulierungs-)Maßnahmen zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes; konkrete Schritte hat die Europäische Kommission für das Jahr 2007 angekündigt.

Als wesentliche Markthindernisse für mehr Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten identifiziert die Europäische Kommission in ihrem Endbericht zur Sektoruntersuchung die hohe Marktkonzentration und die vertikale Integration von Versorgung, Erzeugung und Infrastruktur, die einen diskriminierungsfreien Zugang verhindert und zur Folge hat, dass zu wenig in die Infrastruktur investiert wird. Ferner besteht aus Sicht der Europäischen Kommission die Gefahr, dass die etablierten Betreiber den Markt unter sich aufteilen. Zudem kritisiert die Kommission eine fehlende europäische Marktintegration, mangelnde Markttransparenz und unzureichende Preisfindungsmechanismen.

Die Europäische Kommission stellt für den Strombereich fest, dass die Stromgroßhandelsmärkte weitgehend national ausgerichtet sind und die Marktkonzentration insgesamt hoch ist. Dies gelte auch für die Märkte für Re-

gelenergie. Die starke vertikale Integration der Stromversorgungsunternehmen lasse Anreize vermissen, Strom auf Sekundärmärkten zu handeln. Dies reduziere die Liquidität auf den Märkten, was zu Markteintrittsbarrieren für neue Anbieter führe. In einigen Ländern entfalten nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission zudem Langfristverträge eine marktschließende Wirkung. In Hinblick auf die Marktintegration der Strommärkte stellt die Europäische Kommission einen Mangel an Grenzkuppelstellen sowie unzureichende Netzkapazitäten auf der Transitebene fest. Vorhandene Netzkapazitäten würden aufgrund eines nicht ausreichend effizienten Kapazitätsmanagements nur unzureichend genutzt. Im Hinblick auf den Zugang zu Grenzkuppelstellen, zu Netz- und zu Erzeugungskapazitäten sowie zu dem Regelenenergiemarkt stellt die Europäische Kommission einen Mangel an Markttransparenz fest, der neuen Wettbewerbern den Markteintritt erschwert.

Auf den Gasmärkten herrscht nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission insbesondere auf der Importstufe, auf der nur einige wenige Unternehmen Zugang zu den Gasressourcen haben, ein hohes Maß an Marktkonzentration. Die vertikale Integration nehme den Unternehmen Anreize, Gas auf Sekundärmärkten zu handeln. Der Mangel an liquiden Gasmengen werde durch Weiterverwendungsklauseln auf der Importebene weiter verstärkt. Das hohe Maß an vertikaler Integration verhindere zudem Anreize, Netzkapazitäten auszubauen und vorhandene Kapazitäten effizient zu nutzen. Der Markt für den Speicherzugang werde zusätzlich durch langfristige Vertragsbindungen für neue Wettbewerber verschlossen. Die Netzzugangsproblematik spiegele sich auch international wider. Ein Mangel an internationalen Netzkapazitäten, die langfristige Ausbuchung der vorhandenen Kapazitäten bis über das Jahr 2020 hinaus und eine ineffiziente Kapazitätsnutzung verhindere eine Marktintegration und führe zu einem geringen Ausmaß an internationalem Handel. Die Tatsache, dass das europäische Gasnetz durch eine Vielzahl von Marktgebieten mit unterschiedlichen Ausgleichsenergieregimen stark zersplittert sei, erhöhe zusätzlich die Markteintrittsbarrieren. Die Europäische Kommission stellt einen Mangel an Transparenz hinsichtlich der Kapazitäts- und Speichernutzung fest. Die freie Preisbildung auf dem Gasmarkt werde durch die Gas-/Ölpreiskopplung beeinträchtigt. Zwar sieht die Europäische Kommission LNG-Märkte als ein mögliches zukünftiges Substitut zu herkömmlichen Gastransporten in der Zukunft, stellt aber gleichzeitig fest, dass diese Märkte bereits eine hohe Durchdringung der etablierten Anbieter aufweisen.

Die Europäische Kommission sieht damit die vertikale Integration der Energieversorgungsunternehmen als ein bedeutendes Markthindernis, das viele der identifizierten Problembereiche berührt. Sie präferiert daher u. a. – gegenüber dem auch diskutierten Modell eines unabhängigen Netzbetreibers – ein eigentumsrechtliches Unbundling der Netzebene von den vor- und nachgelagerten Ebenen der Erzeugung und des Vertriebs, um mehr Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten zu schaffen. Ein weiterer Vorschlag der Europäischen Kommission ist die Einsetzung eines europäischen Netzregulierers bzw. zu-

mindest eines starken Netzwerkes unabhängiger nationaler Regulierungsbehörden.

Vor dem Hintergrund der Sektoruntersuchung hat die Europäische Kommission im Frühjahr und im Herbst 2006 mehrere Nachprüfungen bei zahlreichen Unternehmen in verschiedenen Ländern durchgeführt. Von diesen Nachprüfungen waren auch die vier großen Verbundunternehmen E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW in Deutschland betroffen. Das Bundeskartellamt hat die Europäische Kommission bei der Durchführung der Nachprüfungen unterstützt.

#### 4.3.4 Verkehr

##### Eisenbahnverkehr

Im April 2005 ist mit der 3. Novelle des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG, BGBl. I S. 1138) die durch europäisches Recht vorgegebene Neuordnung des Regulierungsrahmens für den Eisenbahnsektor in deutsches Recht umgesetzt worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 32). Damit ist die Bundesnetzagentur (BNetzA) seit dem 1. Januar 2006 sektorspezifische Regulierungsbehörde im Eisenbahnbereich, zuständig insbesondere für die Sicherstellung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB bleiben von der sektorspezifischen Regulierung – wie schon im alten Rechtsrahmen – unberührt (§ 14b Abs. 2 AEG).

Die Vorschriften der sektorspezifischen Regulierung des Eisenbahnwesens finden sich vor allem in den §§ 14 bis 14 f AEG, die das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, Trassennutzungsverträge, sowie die Vorabprüfung und die nachträgliche Prüfung von Maßnahmen von Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die BNetzA regeln. Detailliertere Vorschriften insbesondere zur Regelung des Zugangs zu Schienennetzen und den Grundsätzen der Bestimmung von Entgelten für Schienenwege enthält die zum 1. August 2005 in Kraft getretene novellierte Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV, BGBl. I S. 1566). Der sektorspezifischen Regulierung sind alle öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ungeachtet ihrer Marktstellung, unterworfen.

Die BNetzA hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum nach § 14b Abs. 2 Satz 3 AEG über mehrere beabsichtigte Regulierungsentscheidungen informiert. Die Entscheidungen betrafen Regelwerke der Deutsche Bahn AG (DBAG) und ihrer Konzernunternehmen, die der BNetzA zur Prüfung vorlagen, insbesondere Neufassungen der Nutzungsbedingungen für Personenbahnhöfe, der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen sowie der Schienennetzbenutzungsbedingungen. Die BNetzA beabsichtigte in den Entscheidungsentwürfen, einzelnen beanstandeten Klauseln und bestimmten Nutzungsbedingungen in ihrer Gesamtheit zu widersprechen. Aus kartellrechtlicher Sicht von besonderem Interesse ist die – vorläufige – Beurteilung des Kategoriepreissystems, das das DBAG-Konzernunternehmen DB Station & Service AG für die Nutzung von Personenbahnhöfen vorsieht. Die BNetzA stellte fest, dass gegen eine gewisse Schematisierung der Entgeltfestsetzung, nach der Bahnhöfe auf der Basis bestimmter Merkmale in vorgegebene

Preiskategorien eingeordnet werden, keine grundsätzlichen Einwände bestehen. Dabei müsse jedoch die Nichtdiskriminierung gewahrt sein, die nach erster Einschätzung der BNetzA im vorliegenden Fall möglicherweise verletzt wird. Sie sah jedoch von einem Widerspruch im Verfahren der Vorabprüfung ab und kündigte an, das Stationspreissystem einer eingehenderen nachträglichen Analyse zu unterziehen.

## 5. Kartellverbot und Kooperation

### 5.1 Kartelle

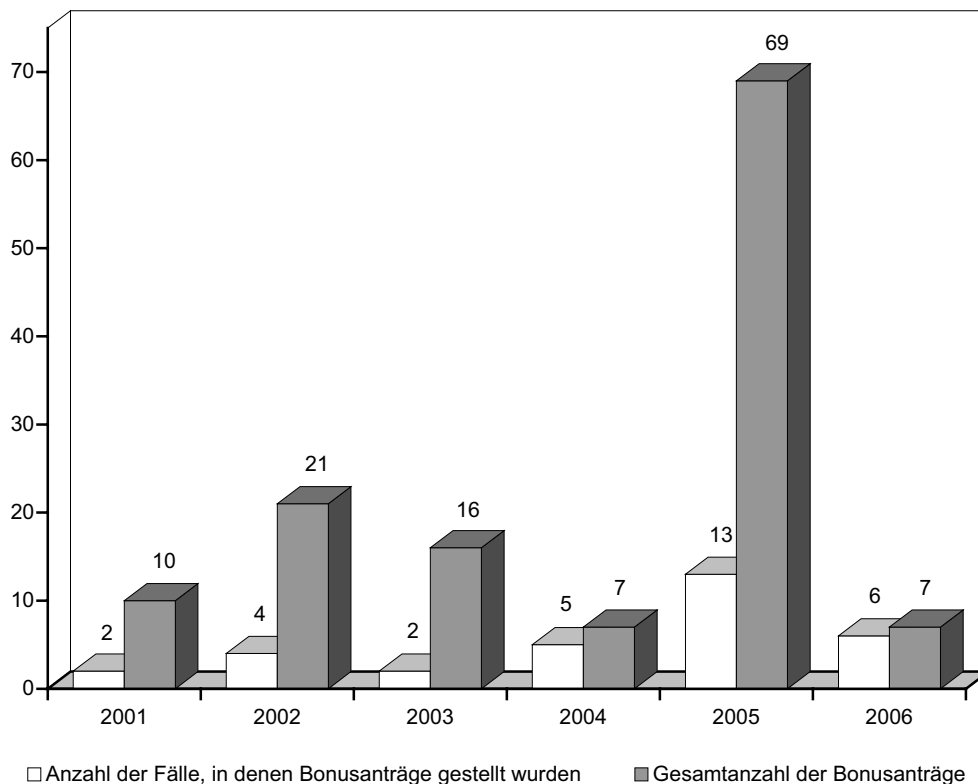
#### Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes

Auch in diesem Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt der Verfolgung von Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen besonderes Gewicht beigemessen. Das Bundeskartellamt hat die Kartellverfolgung weiter intensiviert. Um die Kartellverfahren weiter zu beschleunigen, hat das Bundeskartellamt im Juni 2005 die 11. Beschlussabteilung, die bis dahin für die Missbrauchsaufsicht im Strombereich zuständig war, in eine reine Kartellabteilung umgewandelt. In ihr werden nunmehr branchenübergreifend Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit § 1 und Artikel 81 EG verfolgt. Die im Jahr 2002 gegründete Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK), die die zuständigen Beschlussabteilungen des Amtes durch den Einsatz spezialisierter und sachlicher Ressourcen bei der Aufdeckung von Kartellabsprachen unterstützt (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 44 f.), hat ihre Arbeit erfolgreich fortgeführt. Zudem hat das Bundeskartellamt im März 2006 seine Bonusregelung aus dem Jahr 2000 (Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 43 f.) überarbeitet und noch schlagkräftiger gemacht (S. 35, BAnz. 2006, S. 1663, zum ECN-Modell-Leniency-Programm s. S. 50, zum neuen Leniency-Programm der Europäischen Kommission s. S. 50). Daneben hat das Bundeskartellamt auf der Grundlage von § 81 Abs. 7 erstmals im September 2006 Bußgeldleitlinien veröffentlicht (S. 35 f., BAnz. 2006, S. 6499, zu den Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission s. S. 49 f.).

Das Bundeskartellamt hat eine Reihe von Kartellabsprachen aufgedeckt und Bußgeldverfahren geführt. Die Verfahren richten sich sowohl gegen die an solchen Absprachen unmittelbar Beteiligten als auch gegen die Aufsichtspflichtigen in den Unternehmen. In mehreren Fällen wurden gegen die Unternehmen Bußgelder verhängt. Insgesamt erreichten die Bußgelder im Jahr 2005 eine Höhe von 163,9 Mio. Euro (davon 160,7 Mio. Euro gegen Unternehmen); im Jahr 2006 lagen sie bei 4,5 Mio. Euro, davon ergingen 3,4 Mio. Euro gegen Unternehmen.

Eine deutlich gestiegene Zahl von Anträgen nach der Bonusregelung prägte den Berichtszeitraum. Insgesamt hat das Bundeskartellamt 76 solcher Anträge entgegengenommen; diese betrafen 19 verschiedene Verfahren. Im Jahr 2005 waren 51 persönlich Betroffene und 18 Unternehmen Antragssteller in insgesamt 13 Verfahren. Im Jahr 2006 gingen zwei Anträge von persönlich Betroffenen und vier Unternehmensanträge – verteilt auf sechs Verfahren – ein, daneben ein Antrag für alle betroffenen Mitarbeiter und Organe eines Unternehmens.

### Beim Bundeskartellamt gestellte Bonusanträge 2001 bis 2006



Im Rahmen der Verfolgung von Hard-Core-Kartellabsprachen hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum zehn Durchsuchungen bei insgesamt 79 Unternehmen und in sechs Privatwohnungen durchgeführt. Davon entfielen sechs Durchsuchungen auf das Jahr 2005 (51 Unternehmen und zwei Privatwohnungen) und vier auf das Jahr 2006 (28 Unternehmen und vier Privatwohnungen).

Im Einzelnen waren im Berichtszeitraum folgende Bußgeldverfahren von Bedeutung:

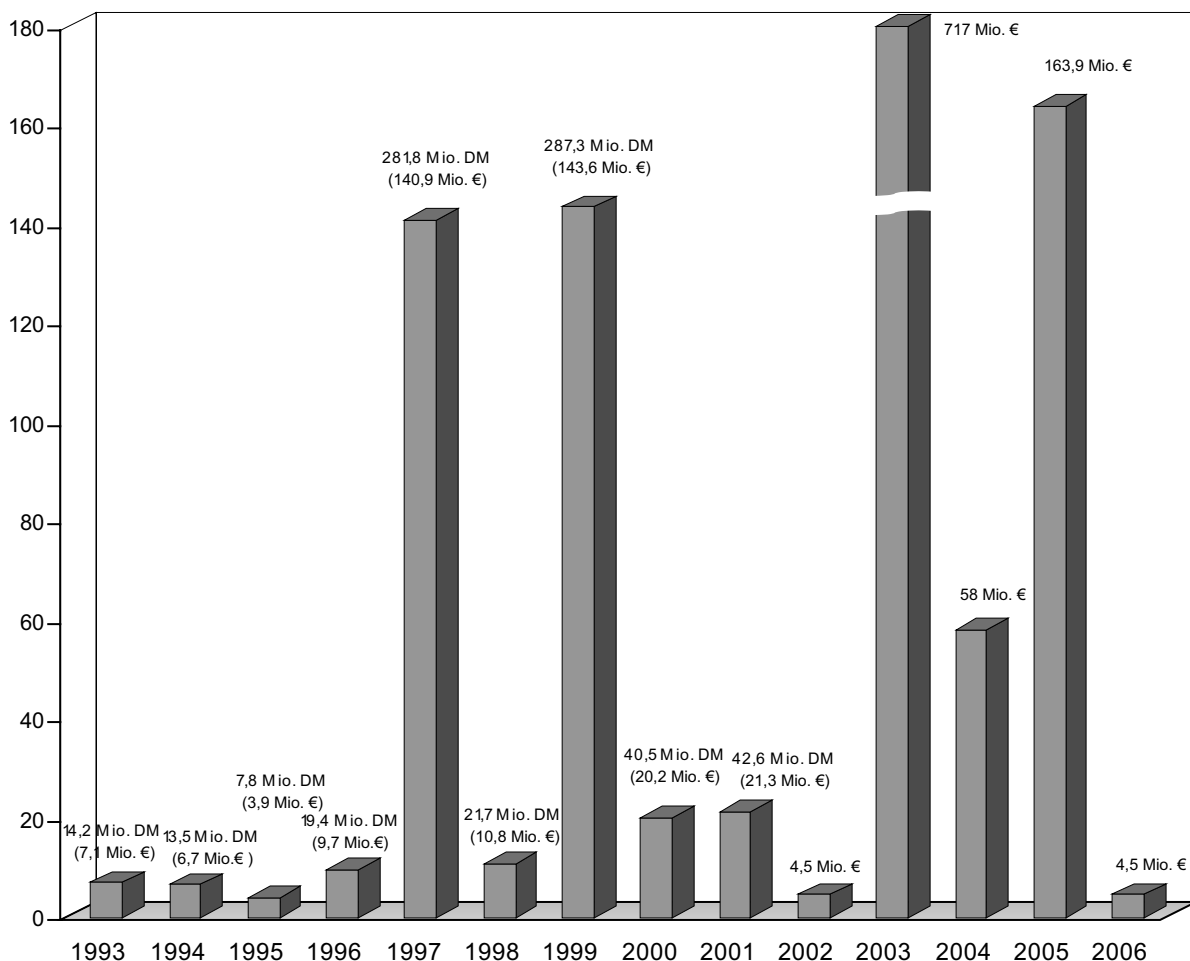
- Im September 2005 wurden gegen sieben öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen und persönlich betroffene Vorstandsmitglieder dieser Unternehmen Bußgelder in Höhe von über 20 Mio. Euro verhängt (S. 160), nachdem bereits im März desselben Jahres zehn privatrechtliche Versicherungsunternehmen und deren betroffene Vorstandsmitglieder mit Bußgeldern in Höhe von ca. 130 Mio. Euro bebußt worden waren (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 172). Die geahndeten Kartellrechtsverstöße betrafen vor allem den Bereich der industriellen Sachversicherung (insbesondere Feuer-, Feuer-Betriebsunterbrechungs-, EC- und All-Risk-Versicherung und die Technische Versicherung), die Gebäude-Monopol-Versicherung sowie die Sachversicherung im Krankenhausbereich. Zwei der Bescheide sind rechtskräftig.
- Wegen Preisabsprachen betreffend Umzugsleistungen für US-amerikanische Soldaten im Rahmen des Stationierungsprogramms der US-amerikanischen Militärbehörden in Deutschland hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum gegen sechs mittelständische Speditionsunternehmen Bußgelder in Höhe von rund 1,8 Mio. Euro verhängt. Bei der Bemessung des Bußgeldes hat das Bundeskartellamt für drei der betroffenen Unternehmen bußgeldmindernd die Bonusregelung angewandt. Parallel dazu hatten amerikanische Kartellbehörden Ermittlungsverfahren gegen die in den USA tätigen Generalunternehmer geführt und Bußgelder in Höhe von mehr als 10 Mio. Dollar verhängt. Drei der Bescheide des Bundeskartellamtes sind rechtskräftig, gegen die übrigen Bescheide wurde Einspruch eingelegt (S. 149).
- Im Kartellverfahren gegen Zementhersteller (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 110) sind die Ermittlungen zur Überprüfung der Mehrerlösberechnung, die Grundlage der im Jahre 2003 verhängten Bußgelder war, nach Auswertung einer zweiten Durchsuchung bei den betroffenen Unternehmen im Frühjahr 2004 abgeschlossen worden. Gründe für eine Reduzierung der verhängten Geldbußen ergaben sich dabei, auch unter Berücksichtigung der Novellierung des GWB, nicht. Das Verfahren ist im August 2006 an die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf abgegeben worden (S. 93).

- Im Kartellverfahren gegen Transportbetonhersteller wegen Quotensprachen in den Markträumen München, Nürnberg, Leipzig/Halle, Thüringen entlang der Bundesautobahn A4, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster sowie in zahlreichen Regionalmärkten Mecklenburg-Vorpommerns (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 109) sind gegen 35 Unternehmen Bußgelder in Höhe von 8,68 Mio. Euro rechtskräftig verhängt worden. Die übrigen Verfahren gegen weitere rund 40, zumeist mittelständische Unternehmen sind noch nicht abgeschlossen (S. 93).
- Im September 2006 hat das Bundeskartellamt – nach Durchsuchungen in den Jahren 2003 und 2004 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 106) – gegen vier Unternehmen des Pharmagroßhandels und gegen sieben persönlich Verantwortliche Bußgelder wegen kartellrechtswidriger Absprachen in Höhe von insgesamt rund 2,6 Mio. Euro verhängt. Gegenstand der Kar-

tellabsprache war ein Quotenkartell zur Rückführung der Marktanteile auf den Stand vor Einsetzen einer Rabattschlacht Anfang 2003. Da für die Bußgeldbemessung das zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes geltende Gesetz anzuwenden war und ein kartellbedingter Mehrerlös letztlich nicht mit der notwendigen Sicherheit festgestellt werden konnte, fielen die Bußgelder vergleichsweise milde aus. Sämtliche (Neben-)Betroffene haben Rechtsmittel eingelegt (S. 88).

- Im Mai 2005 hat das Bundeskartellamt wegen des Verdachts von Kundenschutzabsprachen im Tank- und Flaschengasgeschäft zwölf Objekte von Unternehmen der Flüssiggasbranche durchsucht. Gegen acht betroffene Unternehmen und ihre Geschäftsführer wurden Beschuldigungsschreiben versandt, in denen diesen der vorsätzliche Verstoß gegen deutsches und europäisches Kartellrecht vorgeworfen wird (S. 84).

Vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder, 1993 bis 2006



### Neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt hat am 15. März 2006 eine neue Bonusregelung veröffentlicht, die die bisherige Regelung aus dem Jahr 2000 ersetzt (BAnz. 2006, S. 1663). Die Neuregelung geht mit Reformbestrebungen einer Vielzahl von Wettbewerbsbehörden einher, die ihren Ausdruck im ECN-Modell-Leniency-Programm vom September 2006 gefunden haben (S. 50). Ungeachtet der Tatsache, dass die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes zeitlich vor dem ECN-Modell-Leniency-Programm veröffentlicht wurde, ist sie doch maßgeblich von dem Konsultationsprozess zum ECN-Modell-Leniency-Programm in der ECN-Arbeitsgruppe „Leniency“ bestimmt. Auch die Europäische Kommission hat ihre neue Bonusregelung vom Dezember 2006 unter Berücksichtigung des ECN-Modell-Leniency-Programms geschaffen (S. 50).

Die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes geht insoweit über ihre Vorgängerregelung hinaus, als sie dem ersten Antragsteller, der sich an das Bundeskartellamt wendet, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, automatisch einen Bußgelderlass gewährt. Voraussetzung ist, dass er Informationen und Beweismittel vorlegt, die das Bundeskartellamt in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Darüber hinaus wird einem Antragsteller i. d. R. ein Bußgelderlass gewährt, wenn er sich als erster an das Bundeskartellamt wendet und Informationen und Beweismittel vorlegt, die das Bundeskartellamt in die Lage versetzen, die Tat nachzuweisen. Das kommt u. a. dann in Betracht, wenn das Bundeskartellamt bereits eine Durchsuchung durchgeführt hat, ein automatischer Bußgelderlass also nicht mehr möglich ist. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schließt die Bonusregelung einen Bußgelderlass für den alleinigen Anführer des Kartells und denjenigen Kartellbeteiligten, der andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat, aus. Wer die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt, aber gleichwohl Informationen und Beweismittel vorlegt, die wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen, dem kann das Bundeskartellamt noch eine Bußgeldminderung bis zu 50 % gewähren; bei der Ermessensentscheidung sind vor allem der Aufklärungsnutzen und die Reihenfolge der Anträge zu berücksichtigen.

Ausführlich geregelt sind in der neuen Bonusregelung die Kooperationspflichten (insbesondere Beendigung der Teilnahme am Kartell, Übermittlung aller zugänglichen Informationen und Beweismittel, vertrauliche Behandlung der Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt, Benennung der beteiligten Beschäftigten und Hinwirken auf ihre Kooperation) sowie das Verfahren. Die neue Bonusregelung übernimmt das vom U.S. Department of Justice praktizierte Markersystem, wonach ein Antragsteller durch wenige Angaben über Art und Dauer des Kartellverstoßes, Identität der Beteiligten, die sachlich und räumlich betroffenen Märkte sowie Anträge bei anderen Wettbewerbsbehörden einen Marker setzen kann, der seinen Rang sichert. Voraussetzung ist, dass er innerhalb einer vom Bundeskartellamt gesetzten Frist von höchstens

acht Wochen einen vollständigen Antrag ausarbeitet. Marker und Antrag können zum Schutz vor der Discovery des U.S. amerikanischen Zivilverfahrensrechts mündlich gestellt werden. Der Antragsteller erhält eine bedingte Zusicherung des Bußgelderlasses. Die endgültige Entscheidung über Bußgelderlass und -minderung fällt erst im Bußgeldbescheid. Anträge Dritter auf Akteneinsicht oder Auskunftserteilung nach §§ 406 e, 475 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG in die Antragsunterlagen und übermittelten Beweismittel wird das Bundeskartellamt im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens grundsätzlich versagen. Die neue Bonusregelung entspricht im Wesentlichen dem ECN-Modell-Leniency-Programm; eine relevante Abweichung gibt es nur insofern, als die Bonusregelung auch den alleinigen Anführer vom Geldbußen-erlass ausschließt (S. 50).

### Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes

§ 81 Abs. 7 ermächtigt das Bundeskartellamt, allgemeine Grundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bußgeldbemessung festzulegen. Von dieser Möglichkeit hat das Bundeskartellamt mit Erlass seiner Bußgeldleitlinien am 15. September 2006 Gebrauch gemacht (BAnz. 2006, S. 6499). Die Bußgeldleitlinien konkretisieren, wie das Bundeskartellamt die neuen Bußgeldvorschriften des GWB (S. 9, 13) in Zukunft anwenden wird. Das Bundeskartellamt orientiert sich in seinen Leitlinien an der Praxis des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission. Insbesondere wurden auch die im Juni 2006 neu veröffentlichten Bußgeldrichtlinien der Europäischen Kommission berücksichtigt (S. 49 f.). Mit der Neuregelung des GWB sind Unterschiede der möglichen Höchstgrenze eines Bußgeldes im deutschen und europäischen Kartellrecht weggefallen.

Die Leitlinien erfassen neben horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowie einseitigem wettbewerbswidrigem Verhalten (Missbrauch, Behinderung, Boykott, etc.) auch Verstöße im Bereich der Fusionskontrolle. Ausgangspunkt für die Bemessung des Bußgeldes ist der sog. Grundbetrag. Der Grundbetrag kann bis zu 30 % des Umsatzes betragen, den die Unternehmen mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt haben, die mit dem Kartellrechtsverstoß in Zusammenhang stehen. Die genaue Höhe des Grundbetrags bemisst sich dabei nach der Schwere und Dauer des Verstoßes. In einem zweiten Schritt wird der Endbetrag ermittelt. Das geschieht, indem der Grundbetrag unter Berücksichtigung erschwerender und mildernder Umstände – nach oben oder unten – modifiziert wird. Möglich ist auch der Erlass bzw. die Reduktion der Geldbuße, wenn das an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen zugleich Antragsteller eines Bonusantrages ist.

Bei Preis-, Quoten-, Gebietskartellen und Kundenabsprachen sowie ähnlich schwerwiegenden horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen liegt der Grundbetrag i. d. R. im oberen Bereich des höchst möglichen Grundbetrages. Zum Zwecke der Abschreckung kann der Grundbetrag um bis zu 100 % erhöht werden. § 81 Abs. 4 Satz 2 bestimmt, dass die Geldbuße gegen ein Unternehmen 10 %

seines Gesamtumsatzes nicht übersteigen darf. Entsprechend der langjährigen Praxis von Europäischer Kommission und Europäischem Gerichtshof berücksichtigt das Bundeskartellamt bei der Berechnung der Höchstgrenze von 10 % des Gesamtumsatzes eines Unternehmens die Umsätze von miteinander verbundenen Unternehmen. Grundlage dafür ist sowohl die Zurechnungsnorm des § 36 Abs. 2 als auch die vom Gesetzgeber vorgegebene europarechtskonforme Auslegung. Der Wille des Gesetzgebers war es, das deutsche Kartellbußgeldregime dem europäischen anzugleichen.

### Gerichtliche Bußgeldentscheidungen

In seinem Beschluss vom 31. Januar 2005 (VI-Kart 51/01 OWi „Transportbeton in C“) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf eine justizbedingte, nicht gerechtfertigte Verfahrensverzögerung von 18 Monaten als Milderungsgrund bei der Bußgeldzumessung angesehen. Bei der Bestimmung der gebotenen Reaktion auf eine solche Verfahrensverzögerung sind die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes sowie das Ausmaß der mit dem Andauern der mit dem schwebenden Verfahren verbundenen Belastung des Beschuldigten zu berücksichtigen.

In seinem Beschluss vom 25. April 2005 (KRB 22/04) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass in Fällen, in denen ein kartellbedingter Mehrerlös entstanden ist, der Bußgeldrichter zu bestimmen hat, welcher Anteil des Bußgeldes Ahndungs- und welcher Abschöpfungszwecken dient. Dabei sind die auf den Abschöpfungsteil entfallenden Steuern nur zu berücksichtigen, soweit das Besteuerungsverfahren bereits abgeschlossen ist.

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 28. Juni 2005 (KRB 2/05 – „Berliner Transportbeton I“) festgestellt, dass bei Kartellen – hier: Quotenabsprachen – nach ökonomischen Grundsätzen regelmäßig eine Kartellrendite entsteht. Eine hohe Wahrscheinlichkeit spreche deshalb dafür, dass ein Kartell gebildet und erhalten werde, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringe (sog. Mehrerlös). Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert werde und je flächendeckender es angelegt sei, desto höhere Anforderungen seien an die Darlegungen des Tatrichters zu stellen, wenn er einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen wolle. Lasse sich die Entstehung eines kartellbedingten Mehrerlöses nicht nachweisen, könne die Höhe des Mehrerlöses geschätzt werden.

### 5.2 Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – sonstige Kooperationen

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

Das Bundeskartellamt hat die Pläne der Fernsehsendergruppen Pro7Sat.1 und RTL geprüft, ihre über Satellit

ausgestrahlten werbefinanzierten Programme (RTL, Vox, Sat.1, Pro7 und weitere) künftig zu verschlüsseln. Die Freischaltung der Programme beider Gruppen sollte in dem Modell nur gemeinsam und gegen ein wiederkehrendes Entgelt erfolgen, an dem die Sendergruppen beteiligt worden wären (sog. Projekt „Dolphin“ bzw. später Projekt „entavio“). Geplant war ursprünglich ein Gemeinschaftsunternehmen der beiden Sendergruppen. Nachdem das Bundeskartellamt hiergegen Bedenken geäußert hatte, gaben die Sendergruppen diesen Plan zwar auf, traten dann jedoch in Verhandlungen mit dem Satellitenbetreiber SES Astra über formal getrennte schuldrechtliche Verträge zur Realisierung eines in Kernpunkten identischen Modells ein. RTL schloss entsprechende Verträge auch ab. Die Ausgestaltung der Verträge bzw. Entwürfe, die wirtschaftlichen Bedingungen und die Vorgeschichte ließen auf eine horizontale Koordinierung zwischen Pro7Sat.1 und RTL schließen. Das Bundeskartellamt sah das verfolgte Geschäftsmodell – koordinierte Einführung der Verschlüsselung mit gemeinsamer Freischaltung, Entgelterhebung bei den Zuschauern und Beteiligung der Sendergruppen an den Entgelten – als kartellrechtlich problematisch an und stellte eine Abmahnung in Aussicht. Pro7Sat.1 erklärte daraufhin, von dem Projekt Abstand genommen zu haben (S. 107 f.).

In seiner Entscheidung gegen den Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) und die Lottogesellschaften der Bundesländer wegen ihres Verhaltens gegenüber den sog. gewerblichen Spielvermittlern hat das Bundeskartellamt auch die Vereinbarung der Lottogesellschaften im sog. Blockvertrag untersagt, nur in ihrem jeweiligen Heimat-Bundesland tätig zu werden, da diese als eine Marktaufteilung zu bewerten ist, die gegen das deutsche und europäische Kartellverbot verstößt. Das Bundeskartellamt hat den Lottogesellschaften in seinem Beschluss vom 23. August 2006 daher u. a. untersagt, ihren Internetvertrieb auf Spielteilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der Lottogesellschaften haben. Die Lottogesellschaften und der DLTB haben gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Diesen Antrag hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 im Wesentlichen zurückgewiesen. Gegen die Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, den eigenen Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, haben die Lottogesellschaften Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt. Wegen ihrer – nach der Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht – fortgesetzten Praxis, ihren Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, hat das Bundeskartellamt gegen die meisten Lottogesellschaften mit Beschluss vom 30. Oktober 2006 ein Zwangsgeld i. H. v. 1 Mio. Euro angedroht (S. 180 ff.).

Die kartellrechtliche Überprüfung der Mitversicherungsgemeinschaft „Versicherungsstelle“ zur gemeinschaftlichen Versicherung der Vermögensschadenhaftpflichtrisiken für im In- und Ausland tätige Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, vereidigte Buchprüfer



und Buchprüfungsgesellschaften durch mehrere Versicherer hat nach derzeitigem Ermittlungsstand ergeben, dass – abgesehen von dem Wettbewerb im Hinblick auf die Versicherbarkeit der großen Risiken international tätiger Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (sog. „Big 5“/„Big 4“) im Inland, der durch die Versicherungsstelle nicht beschränkt wird, – ein Verstoß gegen § 1 und Artikel 81 EG zu bejahen ist. Die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 bzw. Artikel 81 Abs. 3 EG und der Versicherungs-GVO Nr. 358/03 waren für die übrigen Deckungssummenbereiche der Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen für Wirtschaftsprüfer-Berufsträger/vereidigte Buchprüfer (unter Ausschluss der „Big 5“/„Big 4“) nicht erfüllt. Die Versicherungsstelle hat dem Bundeskartellamt Verpflichtungszusagen nach § 32b vorgeschlagen, die nach Ansicht des Bundeskartellamtes jedoch nicht genügen, um den festgestellten Kartellrechtsverstoß zu beseitigen. Das Bundeskartellamt hat daher der Versicherungsstelle und ihren Mitgliedern mitgeteilt, dass sie beabsichtigt, die Tätigkeit nach § 32 zu untersagen (S. 160 f.).

Schließlich sah das Bundeskartellamt in den Beschlüssen des ärztlichen Berufsverbandes Deutsche Gesellschaft der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC) und seines Unterverbandes, der Vereinigung der Deutschen Ästhetisch-Plastischen Chirurgen (VDÄPC), die es ihren Mitgliedern (d. h. freiberuflichen und im Krankenhaus tätigen Ärzten für plastische und ästhetische Chirurgie) nicht erlaubten, mit „Anzeigen Discountpreise anzubieten“, eine Einschränkung der freien Preisbildung und rügte daher einen Kartellverstoß i. S. d. § 1. Die bei Zuwiderhandlung gegen die Verbandsbeschlüsse und bei Zusammenarbeit mit „Discountanbietern“ von den Verbänden ausgesprochenen Abmahnungen sowie ihre Androhung, Mitglieder bei Zuwiderhandlung aus dem Verband auszuschließen, wertete das Bundeskartellamt als Verstoß gegen das Druckausübungsverbot des § 21 Abs. 2. Das Verfahren konnte eingestellt werden, nachdem die Verbände die beanstandeten Beschlüsse sowie die Abmahnungen zurückgenommen und auch gegenüber ihren Mitgliedern klargestellt hatten, dass sie in ihrer Preisfindung durch den Verband nicht behindert werden sollen (S. 169).

Im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung des kooperativen Gemeinschaftsunternehmens Nord-KS GmbH & Co. KG (Nord-KS) wurde neben der Beschränkung des Wettbewerbsverhältnisses der beteiligten Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens untereinander auch die Beschränkung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und seinen auf demselben Markt tätigen Gesellschaftern untersucht. Hierbei spielte auch die Beschränkung des Geheimwettbewerbs in diesem Verhältnis eine besondere Rolle (S. 91 f.).

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern ist im Berichtszeitraum insbesondere in zwei Verfahren von Bedeutung gewesen. Zum einen werden die spartenbezogenen Meldebögen des Verband-Informationssystems UNIWAGNIS in der Versicherungsbranche überprüft (S. 160). Zum anderen wird im Rahmen eines Ordnungswidrigkeiten-

verfahrens wegen des Verdachts eines unzulässigen Marktinformationssystems mehrerer Hersteller-/Vertriebsunternehmen von Luxusparfümerie- und -kosmetikartikeln ermittelt (S. 85).

### 5.3 Mittelstandskooperationen

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Mittelstandskooperationen ist wegen der vom europäischen Recht abweichenden Sonderregel des § 3 die Frage der vorrangigen Anwendbarkeit des europäischen Rechts und damit die Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel für Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen von besonderer Bedeutung. Zu dieser Frage hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf in der Rechtssache Vetra/Danzer (VI – 2 Kart 12/04 (V)) geäußert (S. 96). Der zu beurteilende Fall betraf eine Vereinbarung, die das Gebiet der Kooperation – die sich faktisch nur auf einen Teil der Bundesrepublik Deutschland erstreckte – ausdrücklich auf das deutsche Hoheitsgebiet beschränkte. Die Mitglieder der Kooperation exportierten aber tatsächlich in nicht unerheblichem Umfang in den benachbarten Mitgliedstaat (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 39, 113). Nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist durch die räumliche Begrenzung einer Kooperation auf das Gebiet eines Mitgliedstaates nicht ausgeschlossen, dass die realisierten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mittelbar auf den zwischenstaatlichen Handel mit anderen Mitgliedstaaten ausstrahlen können. Solche mittelbaren Auswirkungen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf insbesondere darin gesehen, dass die Kooperationsgüter tatsächlich grenzüberschreitend handelbar sind und von einem Kooperationsmitglied auch ein nicht unerheblicher grenzüberschreitender Handel stattfand. Das Oberlandesgericht Düsseldorf sah die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels jedoch nicht als erwiesen an und lehnte die Anwendung des europäischen Rechts deshalb im Ergebnis ab. Die Ausführungen des Gerichts zur Zwischenstaatlichkeit erfolgten unter ausdrücklichem Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung der „Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags“ (ABl. Nr. C 101 vom 27. April 2004, S. 81 ff.) für nationale Gerichte.

Das Kriterium der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist vom Bundeskartellamt in der Entscheidung in Sachen „Mein Ziegelhaus GmbH & Co. KG“ näher konkretisiert worden (S. 92 f.). An diesem ebenfalls auf einen Teil des deutschen Hoheitsgebiets beschränkten Kooperationsvorhaben waren mehrere mittelständische Hersteller von Hintermauerziegeln mit einem gemeinschaftsweiten Umsatz mit Vertragswaren von insgesamt über 50 Mio. Euro beteiligt, die über einen Marktanteil auf dem räumlich und sachlich relevanten Markt i. H. v. zusammen ca. 10 % verfügten und Auslandsumsätze i. H. v. insgesamt ca. 11 Mio. Euro erzielten. Im Hinblick auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels war eine vertiefte Einzelfallprüfung geboten, denn die sog. negative Spürbarkeitsvermutung, mit der die Europäische Kommission anhand

bestimmter umsatz- und marktanteilsbezogener Kriterien feststellt, dass eine Vereinbarung im Regelfall keine spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfaltet, war nicht erfüllt. Es lag auch keines der Kriterien vor, die die von der Europäischen Kommission postulierte positive Spürbarkeitsvermutung ausgelöst hätten, derzufolge eine Vereinbarung regelmäßig als spürbar wettbewerbsbeschränkend anzusehen ist. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes ist die Spürbarkeit bei einer Vereinbarung mittelständischer Baustoffunternehmen, die räumlich und mengenmäßig jedenfalls weniger als die Hälfte des Gebietes der Bundesrepublik betrifft, i. d. R. zu verneinen, wenn die Beteiligten einen Marktanteil von weniger als 10 % auf dem betroffenen Markt haben und im Ausland eine nur unbedeutende Marktstellung aufweisen. Im zu entscheidenden Fall gab es im Übrigen keine Anzeichen für eine Marktabschottung.

#### 5.4 Einkaufskooperationen

Nach der 7. GWB-Novelle unterfallen auch Einkaufsgemeinschaften, also Vereinbarungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zur gemeinsamen Nachfrage, der Selbsteinschätzung der Unternehmen. Für den in der Vergangenheit nicht untypischen Fall der Einkaufsgemeinschaft von kleineren und mittleren Unternehmen eröffnet § 3 die Möglichkeit, durch eine Entscheidung des Bundeskartellamtes nach § 32c eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen (S. 10 f.). In dem nach § 32c abgeschlossenen Verfahren wegen einer Kooperation von Hintermauerziegel-Herstellern war auch der gemeinsame Einkauf beabsichtigt (S. 92 f.). Für Einkaufsgemeinschaften mit grenzüberschreitenden Wirkungen, auf die das europäische Recht anzuwenden ist, gibt es keinen Sonderstatbestand für Mittelstandskooperationen.

Differenzen zwischen deutscher und europäischer Praxis gibt es auch bei Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand. Die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte haben wiederholt eine reine Nachfragefähigkeit der öffentlichen Hand zu beurteilen gehabt. Im Fall Fenin entschied der Europäische Gerichtshof, dass ein spanischer Verband von Medizintechnik-Abnehmern aus dem Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens keine unternehmerische Tätigkeit ausübe. Da die Nachfrage nicht im Zusammenhang mit dem Absatz von Waren oder Dienstleistungen erfolge, liege kein unternehmerisches Handeln vor; das Kartellrecht sei daher nicht anwendbar (S. 52, 85). Das Bundeskartellamt sah bislang noch keinen Anlass, von seiner bisherigen Auffassung abzurücken, nach der die Bündelung der Nachfragemacht der öffentlichen Hand in Einkaufsgemeinschaften auch ohne Absatzaktivität als unternehmerisches Handeln zu qualifizieren ist, wettbewerbliche Probleme aufwerfen kann und dem Kartellrecht unterfällt.

Im Lebensmittelhandel wurden mehrere Einkaufskooperationen geprüft. Die Beteiligung des Lebensmitteleinzelhändlers Edeka an der Einkaufskooperation ALIDIS/Agenor wurde vom Bundeskartellamt nicht beanstandet. Es war nicht zuletzt wegen des starken Wettbewerbsdrucks im Lebensmitteleinzelhandel davon auszugehen, dass aus

der Kooperation entstehende Vorteile in angemessener Weise an die Verbraucher weitergegeben werden (S. 137). Auch die Zusammenarbeit der Unternehmen Rewe und Dohle im Einkauf und in der Logistik wurde vom Bundeskartellamt nicht untersagt (S. 138).

#### 5.5 Konditionenempfehlungen/-kartelle

Vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 waren Konditionenempfehlungen vom Empfehlungsverbot freigestellt, wenn sie bei der Kartellbehörde angemeldet wurden (§ 22 Abs. 3 und 4 GWB a. F.). Konditionenkartelle (§ 2 Abs. 2 GWB a. F.) konnten vom Kartellverbot freigestellt werden, soweit die Regelungen sich nicht auf Preise oder Preisbestandteile bezogen und das Kartell nach § 9 GWB a. F. bei der Kartellbehörde angemeldet wurde.

Seit dem 1. Mai 2004 hat das Bundeskartellamt nicht mehr auf einer Anmeldung von Konditionenkartellen und -empfehlungen bestanden, da das seither nach der VO Nr. 1/03 zwingend anzuwendende europäische Kartellrecht eine solche Anmeldung nicht kennt. Soweit allerdings die Anmelder ihrerseits auf einer Anmeldung bestanden, wurde weiterhin das noch geltende nationale Verfahren durchgeführt. Vor diesem Hintergrund wurden im Berichtszeitraum keine Konditionenkartelle und nur noch drei Konditionenempfehlungen angemeldet. Damit erhöhte sich die Anzahl der insgesamt angemeldeten Empfehlungen auf 373.

Nachdem mit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zugleich das Empfehlungsverbot des § 22 GWB a. F. entfallen und der Anwendungsbereich des § 1 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt worden ist, beurteilt sich die Zulässigkeit von Konditionenkartellen und -empfehlungen nunmehr einheitlich nach §§ 1 und 2. Dabei unterfallen Empfehlungen dem Verbot des § 1, wenn sie Bestandteil von Vereinbarungen zwischen Unternehmen sind, auf einem Beschluss einer Unternehmensvereinigung beruhen oder ein abgestimmtes Verhalten bewirken. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes unterfallen – in Anlehnung an das europäische Kartellrecht – Verbandsempfehlungen regelmäßig dem Verbot des § 1. Hiervon sind Konditionenkartelle und -empfehlungen unter den Voraussetzungen des § 2 freigestellt. Dazu gehört insbesondere, dass die Verbraucher an den entstehenden Vorteilen angemessen beteiligt werden. Die Beteiligung ist angemessen, wenn die Konditionen inhaltlich nicht zu sehr zu Gunsten der Verwender und zu Lasten ihrer Vertragspartner ausgestaltet sind. Dies entspricht der antizipierten Missbrauchsaufsicht nach § 2 Abs. 2 i. V. m. § 12 GWB a. F. bzw. nach § 22 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 6 GWB a. F.

Im Berichtszeitraum waren je zwei Konditionenempfehlungen und Konditionenkartelle nach §§ 1 und 2 zu beurteilen.

Der Deutsche Reisebüro- und Reiseveranstalter Verband (DRV) hatte noch vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle eine Empfehlung „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Reiseverträge“ angemeldet (Tätigkeitsbericht 2003/2004,

S. 40). Darin war u. a. eine Preisanpassungsklausel enthalten, die für den Reiseveranstalter die Möglichkeit von Preiserhöhungen bei Kostensteigerungen vorsah, aber keine Preissenkungen bei Kostensenkungen. Dagegen hatte das Bundeskartellamt nach der alten wie der neuen Rechtslage erhebliche Bedenken: Die Klausel unterfiel dem – erweiterten – § 1, erfüllte aber nicht die Freistellungsvoraussetzungen von § 2, weil insoweit eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn fehlte. Gleiches galt für eine weitere AGB-rechtlich nicht zulässige Klausel. Ähnlich wie die AGB-rechtliche Unzulässigkeit einer Klausel nach der alten Rechtslage ein Indiz für ihre kartellrechtliche Missbräuchlichkeit war, wurde die AGB-rechtliche Unzulässigkeit nach der neuen Rechtslage als Indiz für die mangelnde Angemessenheit der Beteiligung der Verbraucher am Gewinn verstanden. Nachdem der DRV die Preisanpassungsklausel wie auch die weitere AGB-rechtlich unzulässige Klausel aus den empfohlenen Konditionen beseitigt hatte, bestanden keine kartellrechtlichen Einwände mehr.

Das Bundeskartellamt überprüfte die in der „Berliner Vereinbarung“ enthaltenen „Deutschen Kartoffelgeschäftsbedingungen“. Es bewertete sie insgesamt, d. h. auch soweit die darin enthaltenen Bedingungen Handelsbräuchen entsprechen, als Empfehlung, ohne dagegen kartellrechtliche Einwände zu erheben.

Das Konditionenkartell Betonschalungen wurde vom Förderverein Betonschalungen (FBS) im November 2004, d. h. noch nach der alten Rechtslage, angemeldet (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 41). Es sollte für die Mitglieder des FBS, die fünf größten deutschen Hersteller von Betonschalungen, die Konditionen für die Vermietung von Betonschalungen und für damit zusammenhängende Dienst- und Werkleistungen vereinheitlichen. Im Februar 2005, d. h. ebenfalls noch nach der alten Rechtslage, erhob das Bundeskartellamt gegen das Konditionenkartell Betonschalungen Widerspruch, wogegen der FBS Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf einlegte. Während des Gerichtsverfahrens trat die 7. GWB-Novelle in Kraft. Dies erforderte eine erneute Überprüfung des Konditionenkartells Betonschalungen durch das Bundeskartellamt. Dabei waren Änderungen sowohl der Rechts- als auch der Sachlage zu berücksichtigen: In rechtlicher Hinsicht setzt § 2 Abs. 1 – in Abweichung von § 2 Abs. 2 GWB a. F. – nicht mehr voraus, dass die kartellierten Konditionen nur Nebenleistungen, nicht aber Hauptleistungen zum Gegenstand haben. In tatsächlicher Hinsicht hatte der FBS die kartellierten Konditionen so geändert, dass die vom Bundeskartellamt in seinem Widerspruch erhobenen Bedenken weitgehend ausgeräumt waren. Eine Klausel, nach der das Angebot von Betonschalungen unabhängig von einem späteren Auftrag entgeltpflichtig war, hätte die Anzahl der Angebote, die wirtschaftlich sinnvoll hätten eingeholt werden können, und damit den Wettbewerb unter den Anbietern von Betonschalungen beschränkt. Sie wurde vom FBS auf Betreiben des Bundeskartellamts aufgehoben. Daraufhin teilte das Bundeskartellamt dem FBS mit, dass auf der Grundlage der geänderten Sach- und Rechtslage nach vorliegender Erkenntnis kein Anlass zu einem Einschrei-

ten gegen das Konditionenkartell in seiner zuletzt geänderten Fassung besteht. Der FBS beendete das Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht Düsseldorf mit einer Rücknahme seiner Beschwerde gegen den auf anderer sachlicher und rechtlicher Grundlage ergangenen Widerspruch.

Die „Einheitsbedingungen der deutschen Textilwirtschaft“ waren nach altem Recht als Konditionenkartell angemeldet und vom Kartellverbot freigestellt worden. Diese Freistellung besteht nach § 131 Abs. 1 Satz 1 noch bis Ende 2007. Das Bundeskartellamt teilte den Beteiligten auf Anfrage mit, dass auch danach die Einheitsbedingungen und insbesondere die darin enthaltenen Skonto-Regelungen nach § 2 Abs. 1 freigestellt seien: Ein Skonto ist eine Vergütung für eine vorzeitige Bezahlung und damit kein Preisbestandteil, der nach wie vor nicht in Konditionenkartellen und -empfehlungen enthalten sein darf.

## 6. Vertikalvereinbarungen

Nach der 7. GWB-Novelle unterliegen Vertikalvereinbarungen § 1, die Regelungen für vertikale Vereinbarungen (§§ 14 bis 18 GWB a. F.) wurden aufgehoben. Die klassische Unterscheidung des deutschen Rechts zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen besteht damit nicht fort. Nach der erfolgten Harmonisierung mit dem europäischen Kartellrecht gilt auch im deutschen Recht für vertikale Vereinbarungen das Legalausnahmeprinzip (S. 10).

Im Berichtszeitraum erhielt das Bundeskartellamt mehrere Beschwerden hinsichtlich verbotener Verhaltensweisen im Bereich vertikaler Vertriebsvereinbarungen. Gegenstand waren insbesondere Drohungen mit Liefer sperren oder anderweitige Behinderungspraktiken gegenüber Händlern, die Produkte zu günstigen Preisen im Internet verkaufen und sich nicht an entsprechende Preisvorgaben der Hersteller hielten (S. 76). Teilweise wurden den Händlern auch bestimmte Umsatzhöchstgrenzen für den Internethandel vorgegeben, die nicht überschritten werden durften. So hatte ein Schulranzenhersteller – im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems – in seinen Händlerverträgen vorgesehen, dass maximal ein Drittel des Umsatzes aus dem Verkauf über das Internet stammen durfte. Das Bundeskartellamt erkannte in diesem Fall zwar an, dass bei den betroffenen Produkten (Schulranzen) nachvollziehbare Anhaltspunkte für einen Beratungsbedarf vor Ort bestünden. Es hielt daher eine wettbewerbsbeschränkende Klausel für vertretbar, die den Internetvertrieb an die Existenz eines Ladengeschäfts koppelte. Hinsichtlich einer mengenmäßigen Begrenzung der Internetumsätze sah es jedoch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 bzw. des Artikel 81 Abs. 3 EG nicht als erfüllt an. Nach einer Anpassung der Händlerverträge und einem Verzicht auf eine mengenmäßige Beschränkung des Internethandels stellte das Bundeskartellamt das Verfahren ein (S. 75).

Im Kraftfahrzeugbereich galt das besondere Augenmerk des Bundeskartellamts der Ermöglichung des Mehrmarkenvertriebs bzw. der Mehrmarkenreparatur in den Verträgen zwischen Herstellern und Händlern bzw. Werkstätten (S. 134).

## 7. Verfahrens- und Prozessrecht

### 7.1 Verfahrensrecht

#### 7.1.1 Verwaltungsverfahren

##### Amtsermittlung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich im Berichtszeitraum mehrfach zur Frage der Ermittlung des Marktvolumens und der Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt geäußert. Im Verfahren „Melitta“ (Beschluss vom 14. Juni 2006, VI-Kart 9/00 [V]) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf festgestellt, die Ermittlung des Marktes bei den Anbietern gebe einen verlässlichen Überblick zum Marktvolumen. Dem Bundeskartellamt sei es zudem möglich, für nicht direkt ansprechbare Anbieter Schätzungen und Plausibilitätserwägungen vorzunehmen. Das angenommene Marktvolumen wurde im Verfahren auch nicht durch die von den Beschwerdeführern vorgelegte Verbraucherbefragung eines bekannten Marktforschungsinstituts entkräftet, da die im Gutachten ausgeführte Hochrechnung des Marktvolumens aus Verbraucherangaben mit größeren Unsicherheiten behaftet sei (S. 78). Im Verfahren „Soda-Club“ (Beschluss vom 12. April 2006, VI-Kart 5/06 [V]) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf festgestellt, dass pauschale Behauptungen und Mutmaßungen der Beschwerdeführer zum Marktvolumen die Ergebnisse einer vom Bundeskartellamt durchgeführten Befragung der Marktteilnehmer nicht entkräften können. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat es in einem weiteren Verfahren als zulässig angesehen, dass das Bundeskartellamt für die Frage der Marktabgrenzung dann auf die eigene allgemeine Lebenserfahrungen seiner Mitarbeiter zurückgreift, wenn diese selbst zum betroffenen Nachfragerkreis gehören. Gleiches nahm der Senat auch für sich in Anspruch (Beschluss vom 15. Juni 2005, WuW/E DE-R 1501 „G+J/RBA“).

In Bezug auf die Amtsermittlung im Beschwerdeverfahren hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass das Beschwerdegericht nur dann Feststellungen der Kartellbehörde überprüfen muss, wenn die Feststellungen im Beschwerdeverfahren angegriffen worden sind. Aus dem Untersuchungsgrundsatz folge keine grundsätzliche Verpflichtung zur Amtsermittlung des Beschwerdegerichts (Beschluss vom 28. Juni 2005, WuW/E DE-R 1520 „Arealnetz“).

##### Rechtliches Gehör

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in der Entscheidung „E.ON“ (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757) die Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren präzisiert. Die Behörde habe rechtliches Gehör sowohl zu den entscheidungserheblichen Tatsachen als auch bezüglich der vorläufigen rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts zu gewähren. Allerdings sei es nicht geboten, den Betroffenen zu den konkreten Maßnahmen anzuhören, die für die Abstellung des beanstandeten Verstoßes erwogen werden.

##### Bindung an Gemeinschaftsgrundrechte

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Verfügung des Bundeskartellamtes im Verfahren „E.ON“ (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757) auch am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte überprüft. Das Gericht hat damit den Grundsatz bestätigt, dass nationale Behörden beim Erlass von Rechtsakten auf der Grundlage von sekundärem Gemeinschaftsrecht an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind.

##### Auskunftsbeschlüsse

Das Oberlandesgericht Düsseldorf befasste sich darüber hinaus im Eilverfahren „Xella“ (Beschluss vom 6. Juni 2006, VI-Kart 6/06, nicht veröffentlicht) mit Voraussetzungen und Umfang der Auskunftspflicht. Das Gericht entschied, dass den Kartellbehörden beim Einsatz von Auskunftsbefehlen ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Dabei müssen auch erhebliche Belastungen hingenommen werden, solange keine weniger belastenden Mittel zur Verfügung stehen. Das Ermittlungskonzept der Kartellbehörde sei nicht schon dann rechtswidrig, wenn die Rechtsauffassung der Behörde nicht geteilt werde, sondern nur, wenn dieser jegliche Plausibilität fehle. Erstmals wurde auch über die Erstreckung des § 59 Abs. 1 Nr. 2 auf Auskünfte zu verbundenen Unternehmen durch die 7. GWB-Novelle entschieden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf befand, dass die Norm grundsätzlich zu Fragen über den gesamten Konzernverbund nach § 36 Abs. 2 ermächtigt. Sofern die Auskunftserteilung tatsächlich nicht möglich ist, ist dies eine Frage der Erfüllbarkeit der Auskunftspflicht, die aber nicht die Rechtmäßigkeit der Fragestellung berührt.

##### Vorbeugende Untersagungsanordnung

Die Kartellbehörde kann nach § 32 auch ein künftig drohendes Verhalten untersagen (vorbeugende Untersagungsanordnung), wenn die Gefahr der Umgehung einer Kartellamtsverfügung besteht. Im Verfahren „E.ON“ (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757) hatte die Kartellbehörde vorbeugend gestaffelte Gasbezugsverträge (sog. Stapelverträge) untersagt, mittels derer die von der Kartellbehörde gesetzten mengenmäßigen und zeitlichen Grenzen überschritten würden. Die Untersagungsanordnung hatte sich auf Verträge erstreckt, die aneinander unmittelbar anschließende Vertragslaufzeiten aufwiesen oder auf solche in zeitlicher Hinsicht identischen oder sich überschneidenden Verträge, deren Mengen in Teillöse aufgespalten waren, wobei die Einzelverträge auch mit unterschiedlichen Konzernunternehmen geschlossen worden sein könnten (S. 131). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese vorbeugende Untersagungsanordnung des Bundeskartellamtes bestätigt, da eine Staffelung von Verträgen in der dargestellten Art bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise in den Wirkungen der Vereinbarung einer gegen Artikel 81 EG verstoßenden Gesamtbedarfsdeckung mit langer Laufzeit gleichstehe (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757).

### Musterverfahren/Vertrauensschutz

Im selben Verfahren hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt, dass der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung nicht bedeute, dass das Bundeskartellamt gegen alle Unternehmen, die in gleicher oder ähnlicher Weise gegen das GWB verstoßen, gleichzeitig vorgehen müsse. Das Bundeskartellamt könne daher im Rahmen eines Musterverfahrens zunächst gegen einen von mehreren Störern vorgehen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat zudem entschieden, dass die Untätigkeit der Europäischen Kommission keinen Vertrauensschutz gegenüber einem Tätigwerden des Bundeskartellamtes erzeugen kann.

### Verpflichtung zur Produktbeschriftung

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu „Soda-Club“ (Beschluss vom 12. April 2006, VI-Kart 5/06 [V]) ist das Oberlandesgericht Düsseldorf der Verfügung des Bundeskartellamtes entgegengetreten, den Marktbeherrscher zu verpflichten, die Beschriftung seiner Produkte unter Anpassung an die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes neu zu gestalten und mit Aufschriften zu versehen, die ausdrücklich darauf hinweisen, dass das bislang verhinderte Verhalten rechtmäßig sei (S. 89 f.). Diese Verpflichtung hielt das Oberlandesgericht Düsseldorf nach vorläufiger Prüfung für unverhältnismäßig, zumindest solange die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamtes im Rechtsbeschwerdeverfahren noch nicht abgeschlossen war.

### Beiladung

Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht Düsseldorf haben sich im Berichtszeitraum in mehreren Entscheidungen mit Fragen der Beiladung gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 befasst. Dabei wurde insbesondere die Reichweite des kartellbehördlichen Ermessens bei der Auswahl beiladungswilliger Unternehmen weiter konkretisiert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf war in den Entscheidungen über die Beiladung der pepcom GmbH (Beschlüsse vom 21. September 2005, WuW/E DE-R 1607 und VI-Kart 9/05 [V]) und im Verfahren „Springer/ProSiebenSat1“ (Beschluss vom 21. Dezember 2005, WuW/E DE-R 1705, nicht rechtskräftig) davon ausgegangen, dass die Kartellbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung, welche in ihren wirtschaftlichen Belangen erheblich betroffenen Unternehmen beigeladen werden, dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie eine maßgebende Bedeutung beimessen dürfe. Bei Vorliegen mehrerer Beiladungsanträge, die die gleichen wirtschaftlichen Interessen berührten, könne die Kartellbehörde ein Unternehmen auswählen und die Beiladungsanträge der übrigen Unternehmen mit gleichgelagerter Interessenberührung zurückweisen. Der Bundesgerichtshof bestätigte auf Rechtsbeschwerden der pepcom GmbH hin diese ständige Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (Beschlüsse vom 7. November 2006, KVR 37/05 und KVR 38/05), bejahte aber zugleich die Möglichkeit der Drittschwerde in Fusionskontrollverfahren für Unternehmen,

die allein aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht beigeladen wurden.

Zudem hat der Bundesgerichtshof im Berichtszeitraum in mehreren Verfahren seine Rechtsprechung zu subjektiven Rechten fortgeführt. Der Bundesgerichtshof stellte zunächst klar, dass eine Freigabeentscheidung einen Wettbewerber in seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigen mag. Dies umfasse allerdings nicht automatisch auch eine Verletzung in seinen eigenen Rechten (Beschluss vom 22. Februar 2005, WuW/E DE-R 1544 „Zeiss/Leica“). Eine solche – nur in seltenen Fällen bestehende – Verletzung müsse der Wettbewerber darüber hinaus geltend machen (Beschluss vom 28. Juni 2005, KVZ 34/04 „Ampère“). In Bezug auf den durch die 7. Kartellrechtsnovelle eingefügten § 65 Abs. 3 Satz 4 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass sich aus § 36 Abs. 1 keine subjektiven Rechte i. S. d. § 65 Abs. 3 Satz 4 herleiten lassen. Offen ließ der Bundesgerichtshof, inwieweit solche subjektiven Rechte aus Grundrechten hergeleitet werden können, da die Beschwerdeführerin im Streitfall keine Grundrechtsverletzung dargetan hatte (Beschluss vom 7. Februar 2006, KVZ 40/105 „Eurovia“).

In einem anderen Verfahren hat der Bundesgerichtshof eine notwendige Beiladung wegen der Beeinträchtigung in einem kommunalen Selbstverwaltungsrecht i. S. d. Artikel 28 Abs. 2 GG abgelehnt. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung gebe den Kommunen keine Sonderstellung gegenüber anderen Adressaten kartellrechtlicher Verbote, solange sich die Kommunen privatrechtlicher Mittel bedienen. Insoweit fehle es an der Beeinträchtigung in eigenen Rechten (Beschluss vom 28. Juni 2005, WuW/E DE-R 1520 „Arealnetz“). In dieser Sache wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

### Geltungszeitraum einer Freigabeentscheidung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat zur Frage Stellung genommen, ab welchem Zeitpunkt sich die Freigabeentscheidung für ein bisher noch nicht verwirklichtes Vorhaben durch Zeitablauf verbraucht. Das Gericht entschied – unter Bezug auf eine Entscheidung des Kammergerichts (Beschluss vom 21. Juli 1995, WuW/E OLG 5495 „Vorratsanmeldung“) –, der Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens liege der Prognosezeitraum des Bundeskartellamtes zugrunde. Dies gelte nur dann nicht, wenn sich die der Verfügung zugrunde gelegten Rahmenbedingungen insbesondere im Hinblick auf die Struktur der von der Fusion betroffenen Märkte während dieser Zeitspanne entscheidend geändert hätten (Beschluss vom 6. September 2006, VI – Kart 13/05 [V] „Porsche“).

### 7.1.2 Bußgeldverfahren

#### Beschlagnahmeanordnung wegen Gefahr im Verzug

Mit Beschluss vom 12. Oktober 2006 hat das Landgericht Bonn (37 Qs 41/06) die Spruchpraxis des Amtsgerichts Bonn bestätigt, nach der sich ein Anruf beim Ermittlungsrichter am Tag der Durchsuchung dann erübrigt, wenn aufgrund der Vielzahl und Komplexität der aufgefundenen Unterlagen eine telefonische Beschlagnahmeanord-

nung nicht zu erlangen ist. Auch wurde die Mitnahme von Originalen anstelle der Anfertigung von Kopien als milderer aber nicht gleich geeignetes Mittel für zulässig erachtet. Die Verhältnismäßigkeit von Durchsuchung und Beschlagnahme im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren ergebe sich schon aus der Höhe des angedrohten Bußgeldes.

### **Beschlagnahme von Verbindungsdaten**

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Urteil vom 2. März 2006 (2 BvR 2099/04) klargestellt, dass gespeicherte „Verbindungsdaten“ weiterhin der einfachen Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO unterliegen. Hintergrund der Entscheidung ist Artikel 10 des Grundgesetzes (Fernmeldegeheimnis). Ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2005 (2 BvR 308/04 – Beschlagnahme eines Mobiltelefons zum Zwecke des Auslesens der SIM-Karte) hatte Unsicherheit über die Reichweite der Vorschrift aufkommen lassen. Nunmehr hat das Bundesverfassungsgericht aber klargestellt, dass die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Empfängers gespeicherten Verbindungsdaten nicht mehr den privilegierten Schutz des Artikel 10 Grundgesetz genießen, sondern nur durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 GG) und ggf. durch die Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 GG) geschützt werden. Eingriffe unterliegen daher nicht den strengen Voraussetzungen der §§ 100 g, 100 StPO, sondern richten sich nach §§ 94 ff. StPO. Damit ist der Zugriff auf E-Mails und Telefonlisten etc. durch das Bundeskartellamt weiter möglich.

### **Beschlagnahme von Datenträgern in Rechtsanwaltskanzleien**

Ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 12. April 2005 (2 BvR 1027/02) betraf die Beschlagnahme von Datenträgern in Anwaltskanzleien. Hier hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass die Strafprozessordnung die Sicherstellung und Beschlagnahme sowohl von Datenträgern als auch von hierauf gespeicherten Daten gestatte. Der Zugriff auf für das Verfahren bedeutungslose Informationen müsse aber im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden. Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen sei ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten.

### **Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen**

Mit Beschluss vom 29. September 2005 (37 Qs 27/05) hat das Landgericht Bonn die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen aufgrund des § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO auf die Fälle beschränkt, in denen ein Verteidigungsverhältnis bereits besteht, ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist und der Betroffene hiervon Kenntnis hat. Anwaltskorrespondenz im Rahmen allgemeiner Beratung sei hingegen nicht beschlagnahmefrei. Bei im Gewahr-

sam eines Syndikusanwaltes aufgefundenen Unterlagen bestehe nur dann Beschlagnahmefreiheit, wenn er mit typischen anwaltlichen Aufgaben befasst sei, mithin nicht, wenn Unterlagen betroffen seien, die er nur für sein Unternehmen erstellt habe. Einen weitergehenden Schutz von Anwaltskorrespondenz aufgrund des europäischen Legal-Privilege-Grundsatzes hat das Landgericht Bonn im Ergebnis verneint, wobei offengelassen wurde, ob die Kammer überhaupt berufen gewesen wäre, europäische Verfahrensgrundsätze anzuwenden.

Das Amtsgericht Bonn hat mit Beschluss vom 20. Dezember 2006 (51 GS 15733/06) präzisiert, welche von einem Anwalt erstellten Verteidigungsunterlagen nach §§ 148 Abs. 1, 97, 53 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG vom Bundeskartellamt nicht beschlagnahmt werden dürfen. In dem entschiedenen Fall waren bei einer Durchsuchung wegen des Verdachts einer Kartellordnungswidrigkeit beim persönlich Betroffenen Daten vorläufig sichergestellt worden, die von seinem Verteidiger in einem Strafverfahren wegen des Vorwurfs der Bestechung erstellt worden waren. Das Amtsgericht ordnete auf den Antrag des Bundeskartellamtes die Beschlagnahme der Daten an, weil sie nicht im Rahmen eines bestehenden Verteidigungsverhältnisses erstellt worden waren. Die Abwägung des Gerichts zwischen dem Recht auf freie Verteidigung mit dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse ergab, dass ein Verteidigungsverhältnis in anderer – zudem nicht kartellrechtlicher – Sache nicht zur Beschlagnahmefreiheit der Unterlagen in dem fraglichen Verfahren führt, sondern Verteidigungsunterlagen nur im Rahmen desjenigen Ermittlungsverfahrens beschlagnahmefrei sind, für das sie erstellt worden sind. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde eingelegt.

### **Umfang der bei einem Ersuchen nach Artikel 22 Abs. 1 VO Nr. 1/03 zu übermittelnden Unterlagen**

Das Landgericht Duisburg hat am 22. August 2006 die Beschwerde gegen eine Durchsuchungsanordnung des Amtsgerichts Duisburg-Ruhrort als unbegründet abgewiesen, die das Bundeskartellamt auf ein Ersuchen der italienischen Wettbewerbsbehörde nach Artikel 22 Abs. 1 VO Nr. 1/03 hin beantragt hatte. Das Landgericht Duisburg stellt in seinem Beschluss (34 Qs 114/06) ausdrücklich fest, dass die Angaben und Unterlagen, die die italienische Wettbewerbsbehörde an das Bundeskartellamt übermittelt hatte, ausreichend waren, um dem Amtsgericht eine eigenverantwortliche Entscheidung über den Erlass der Durchsuchungsanordnung zu ermöglichen. Es handelt sich, soweit ersichtlich, um die erste letztinstanzliche Entscheidung zu diesem Thema im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden (ECN). Das Landgericht macht darüber hinaus deutlich, dass das Amtsgericht nicht verpflichtet war, bereits im Durchsuchungsbeschluss alle Beweisergebnisse umfassend offen zu legen und zu würdigen.

### **Akteneinsicht vor Abschluss der Ermittlungen**

Das Landgericht Bonn hat in einem Beschluss vom 9. Oktober 2006 (37 Qs 26/06) bestätigt, dass das Bun-

deskartellamt die Akteneinsicht unter Hinweis auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks gemäß § 147 Abs. 2 StPO verweigern darf, wenn noch bestimmte Untersuchungsmaßnahmen vorbereitet werden, insbesondere solche, die nur durch Wahrung eines Überraschungsmoments erfolgreich sein können. Werde die Akteneinsicht danach zu Recht verweigert, führe dies nicht zur Rechtswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung. Denn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Akteneinsicht bei Untersuchungshaft und dergleichen Arrest sei auf Durchsuchungen, die ihrer Natur nach keine andauernden Grundrechtseingriffe darstellten, nicht übertragbar.

### Verjährung

In der Kartellbußgeldsache „Lanio/Weiss/SW-Verlag“ ist der vom Bundeskartellamt erlassene Bußgeldbescheid vom 8. Juni 2005 rechtskräftig geworden (S. 80). Die Betroffenen hatten die aufgrund einer rechtskräftigen Untersagung vorgenommene Entflechtung aus dem Jahre 1989 im Jahre 1995 wieder rückgängig gemacht und hierdurch erneut gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Als das Bundeskartellamt im Jahre 2004 von dem Vorgang Kenntnis erlangte und ein Bußgeld erließ, beriefen sich die Betroffenen auf Verjährung des Verstoßes. Das Bundeskartellamt hat klargestellt, dass der Verstoß gegen das Vollzugsverbot ein Dauerdelikt darstelle, dessen Verjährung frühestens mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustands einsetzen kann. Nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Rechtsgespräch im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 29. November 2006 zu erkennen gab, dass es die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes in Bezug auf die noch nicht eingetretene Verjährung teile, haben die Betroffenen ihren Einspruch gegen den Bußgeldbescheid zurückgenommen.

### Verlängerung der Verjährungsfrist

Durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 wurde die Verjährung für bestimmte Kartellordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 8 GWB (BGBl. I, S. 235) – § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB in der Fassung vom 20. Februar 1990 entspricht nunmehr § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB – von drei auf fünf Jahre verlängert. In seinem Beschluss vom 22. Februar 2005 (KRB 28/04) hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Verlängerung der Verjährung auch solche Taten erfasst, die vor Inkrafttreten des die Verlängerung der Verjährung anordnenden Gesetzes begangen wurden und die zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren.

### Wirkung der Verjährungsunterbrechung

Der Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 28. Juni 2005 (KRB 2/05 – „Berliner Transportbeton I“) stellt klar, dass die Unterbrechung der Verjährung gegen wenigstens ein Organ i. S. d. § 30 Abs. 1 OWiG dazu führt, dass auch die an sich verjährt Handlungen anderer Organe für die Bemessung des Bußgeldes gegen das dahinter stehende Unternehmen herangezogen werden können, soweit die Handlungen sämtlicher Organe – hier im Hin-

blick auf die Umsetzung einer einheitlichen Kartellab-sprache – aufgrund einer Bewertungseinheit zu einer einheitlichen prozessualen Tat zusammengefasst sind.

## 7.2 Prozessrecht

### 7.2.1 Verwaltungsverfahren

#### Eilverfahren

Der Bundesgerichtshof ist der Rechtsprechung des ersten und zweiten Kartellsenates des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschlüsse vom 12. April 2006, VI-Kart 5/06 [V] „Soda-Club“ und vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757 „E.ON“) entgegengetreten und hat im Verfahren „Soda-Club“ (Beschluss vom 17. August 2006, KVR 11/06) entschieden, dass die Beschwerde gegen Verfügungen in der Missbrauchsaufsicht auch insoweit aufschiebende Wirkung hat, als die Verfügung auf Artikel 82 EG gestützt wird (S. 89 f.). Beide Senate des Oberlandesgerichts Düsseldorf waren davon ausgegangen, dass der Wortlaut und die Gesetzessystematik des § 64 Abs. 1 eine aufschiebende Wirkung der Beschwerde ausschließen. Bei der fehlenden Nennung des Artikel 82 EG in § 64 Abs. 1 Nr. 1 handle es sich um bereitetes Schweigen des Gesetzgebers, durch das ein Gleichlauf der Rechtswirkungen bei der Anwendung europäischen Rechts in Verfahren der Europäischen Kommission und nationaler Behörden sichergestellt werden solle. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof entschieden, in Ansehung der Gesetzesbegründung sei eine Erweiterung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 im Wege einer Analogie geboten. Um dem Effektivitätsgrundsatz bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch die deutschen Kartellbehörden gerecht zu werden, verwies der Bundesgerichtshof auf die Möglichkeit der Anordnung des Sofortvollzugs. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der Gesetzgeber diesen Aspekt in der nächsten Novelle aufgreifen und den Wortlaut des § 64 Abs. 1 Nr. 1 ausdrücklich auf Artikel 82 EG ausdehnen wird (S. 13).

#### Anfechtbarkeit von Freigaben in der Ersten Phase

Der Bundesgerichtshof hat im Verfahren „Ampère“ (Beschluss vom 28. Juni 2005, KVZ 34/04) die ständige Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf bestätigt, wonach eine Beschwerde dann unstatthaft ist, wenn sie sich gegen einen Zusammenschluss wendet, in dessen Vorprüfverfahren die in § 40 Abs. 1 Satz 1 vorgesehene Monatsfrist abgelaufen ist, ohne dass das Bundeskartellamt eine Mitteilung über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens gemacht hat (Beschlüsse vom 30. Juni 2004, WuW/E DE-R 1293 „tv kofler“ und VI-Kart 4/04 [V] sowie Beschluss vom 7. Oktober 2004, Kart 3/04 [V] „Ampère“). Die Beschwerde richte sich in diesem Fall gegen eine gerichtlich nicht anfechtbare Entscheidung, die die Wirkungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 vorwegnehme. Der Bundesgerichtshof ließ offen, ob und wie in einem solchen Fall ausnahmsweise eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden könne, falls der seltene Fall eintreten sollte, dass ein Dritter in einem subjektiven öffentlichen Recht berührt ist.

### Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen

Der Bundesgerichtshof hat im Verfahren „DB Regio/üstra“ (Beschluss vom 7. Februar 2006, WuW/E DE-R 1681) wie schon das Oberlandesgericht Düsseldorf in der vorangegangenen Entscheidung (Beschluss vom 22. Dezember 2004, VI – Kart 1/04 [V]) eine isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen i. S. d. § 40 Abs. 3 Satz 1 für den Fall zugelassen, dass die beschwerdeführende Partei geltend macht, dass die Untersagungsvoraussetzungen nicht vorliegen und der angemeldete Zusammenschluss deshalb ohne Einschränkungen freigegeben werden muss.

Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf hat noch einmal bestätigt, dass Nebenbestimmungen grundsätzlich selbstständig anfechtbar sind, sofern sie eine materielle Beschwerde entfalten (Beschluss vom 20. Juni 2006, WuW/E DE-R 1757 „E.ON“). Allerdings fehle es im Falle einer Befristung und eines Widerrufsvorbehaltes der Verfügung an der materiellen Beschwerde, da beides für die Betroffenen günstig sei.

### Erledigung

Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht Düsseldorf haben erneut Ausführungen zur Frage gemacht, wie die Beteiligten auch dann die Rechtmäßigkeit einer Untersagung klären können, wenn der Veräußerer nicht den Ausgang des Rechtsstreits abwarten möchte. Der Bundesgerichtshof ist im Verfahren „Call-Option“ (Beschluss vom 31. Mai 2006, WRP 2006, 1030) der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 17. November 2004, WuW/E DE-R 1435) entgegengetreten, das von einer Erledigung des Verfahrens ausgegangen war, wenn der Veräußerer an einen Dritten verkauft und der ursprüngliche Erwerber das Recht erhält, die Beteiligung bei Obsiegen im Beschwerdeverfahren nunmehr direkt von diesem Dritten zu erwerben. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf habe sich das Verfahren schon deshalb erledigt, weil ein Dritter neu in den Erwerbsvorgang einbezogen worden war, der am ursprünglichen Fusionsvorhaben nicht beteiligt gewesen war. Der Bundesgerichtshof hat dagegen entschieden, dass eine Erledigung in diesem Fall dann nicht vorliegt, wenn die Beteiligten immer noch dasselbe Endziel verfolgen. Der Bundesgerichtshof knüpfte damit an seine Entscheidung im Fall „Sanacorp“ an (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 46). In diesem Verfahren hatte das Gericht eine Erledigung für die Konstellation verneint, dass der Veräußerer an einen Dritten unter Vorbehalt einer Call-Option verkauft, um diese bei einem Obsiegen im Beschwerdeverfahren geltend zu machen und die Beteiligung dann doch noch an den Käufer weiterzureichen (Beschluss vom 13. Juli 2004, GRUR 2004, 1048, 1049).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einem weiteren Verfahren eine Erledigung verneint, in dem vom ursprünglichen Zusammenschlussvorhaben nur unwesentlich abgewichen worden sei, da die Beteiligten einen unbedenklichen Zwischenschritt zur Entlastung des Verkäufers eingefügt hätten. Es liege deshalb kein seinem Wesen nach andersartiges Zusammenschlussvorhaben vor

(Beschluss vom 2. November 2005, WuW/DE-R 1625 „Rethmann/GFA Köthen“). Das Oberlandesgericht Düsseldorf war in dem genannten Verfahren, wie schon im Verfahren „Call-Option“ (Beschluss vom 17. November 2004, WuW/E DE-R 1435), davon ausgegangen, eine Erledigung sei dann anzunehmen, wenn durch die Zwischenschritte nunmehr Dritte neu in den Erwerbsvorgang einbezogen werden, die an dem ursprünglichen Fusionsvorhaben nicht beteiligt waren. Hiergegen wandte sich der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 31. Mai 2006 (WuW/E DE-R 1783 „Call Option“). Das Gericht verneinte auch in dieser Konstellation eine Erledigung, wenn der neu in das Verfahren einbezogene Dritte gerade in Kenntnis des Umstandes gehandelt hatte, dass die Übertragung der Anteile an ihn und die bedingte Zurückübertragung nur eine Zwischenlösung für das ursprüngliche, ihn nicht betreffende Zusammenschlussvorhaben darstellte und wenn die Frage nach dem dauerhaften Verbleib der Anteile vom Ausgang des bereits laufenden Beschwerdeverfahrens abhing.

In einem weiteren Verfahren hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf dazu geäußert, wann eine Erledigung der Untersagungsverfügung eintritt, weil eine angefochtene Verfügung keine rechtlichen Wirkungen mehr entfaltet. Dies sei bei einem Zusammenschlussvorhaben dann der Fall, wenn durch die Untersagung seitens des Bundeskartellamtes die aufschiebende Bedingung eines Kaufvertrages nicht mehr eintreten könne und das Zusammenschlussvorhaben im Hinblick hierauf von den Beteiligten nicht mehr weiterverfolgt wird. Das Oberlandesgericht stellte ebenfalls klar, dass ein nach neuen Verhandlungen geschlossener Kaufvertrag zwischen den Beteiligten ein neues Vorhaben darstellen würde, das einer erneuten Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt bedürfe (Beschluss vom 3. Januar 2006, WuW/E DE-R 1654 „RUAG/MEN“).

In einem anderen Verfahren hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf mit der Frage der Erledigung nach Ausübung eines vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts des Verkäufers beschäftigt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf ging von einer Erledigung der angefochtenen Verfügung in der Hauptsache aus und lehnte eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde im Hilfsantrag mangels Feststellungsinteresses ab. Ein schutzwürdiges Interesse lasse sich insbesondere nicht aus dem Gesichtspunkt einer Wiederholungsgefahr ableiten. Dies sei nur dann anzuerkennen, wenn sich die Wiederholung der Rechtsbehandlung so konkret abzeichne, dass das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben zumindest die Schwelle der Anmeldefähigkeit erreiche (Beschluss vom 22. Dezember 2005, VI – Kart 8/05 [V] „Rhön-Klinikum“).

Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Falle einer Erledigung war Gegenstand einer intensiven Auseinandersetzung in einem weiteren Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 29. September, VI – Kart 7/06 [V] „Springer/ProSiebenSat.1“). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat hier zunächst festgestellt, dass auf das Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung des



Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 19 Abs. 4 GG verzichtet werden könne. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Erster Instanz begründe keine Entbehrlichkeit des Fortsetzungsfeststellungsinteresses bei Aufgabe der Fusion, da der bundesdeutsche Gesetzgeber in § 71 Abs. 2 Satz 2 eine vom europäischen Verfahrensrecht abweichende spezifische Regelung getroffen habe. Ferner bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf seine Rechtsprechung aus der vorzitierten Entscheidung (Beschluss vom 22. Dezember 2005, VI – Kart 8/05 [V] „Rhön-Klinikum“), wonach ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr nur anzuerkennen ist, wenn sich die Wiederholung der Rechtshandlung so konkret abzeichnet, dass das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben zumindest die Schwelle der Anmeldefähigkeit erreicht, sowie seine Rechtsprechung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen der Klärung einer unklaren Rechtslage. Das Gericht stellte darüber hinaus klar, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht im Hinblick auf den möglichen Erlass einer Abstellungsverfügung nach § 32 begründet ist, wenn das Bundeskartellamt allein über die Normadressateneigenschaft eines Unternehmens, nicht aber über die Frage des Missbrauchs vorentschieden hat. Gegen die Entscheidung wurde Rechtsbeschwerde eingelegt.

Ein anderes Verfahren (Beschluss vom 6. September 2006, VI – Kart 13/05 [V] „Porsche“) betraf die Frage, ob bei einem Nichtweiterbetreiben des Verfahrens ein erledigendes Ereignis eingetreten ist. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist Voraussetzung für eine endgültige Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens, dass die Beteiligten nach Erlass der kartellbehördlichen Verfügung von der Verwirklichung des angemeldeten Vorhabens durch eine verbindliche Erklärung Abstand genommen haben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf knüpfte damit an eine Entscheidung des Kammergerichts (Beschluss vom 9. November 1994, WuW/E OLG 5364 „HaGE Kiel“) an. Es reiche nicht aus, wenn die Beteiligten das Verfahren nicht aktiv weiter betreiben. Denn dies lasse allenfalls auf eine vorübergehende Abstandnahme nicht aber auf eine endgültige Aufgabe des Vorhabens schließen.

### **Drittbeschwerde**

Der Bundesgerichtshof hat die Möglichkeit der Drittbeschwerde in Fusionskontrollfällen auf von dem Fusionsvorhaben unmittelbar und individuell betroffene Dritte erweitert, die die Voraussetzungen für eine Beiladung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 erfüllen, deren Antrag auf Beiladung aber vom Bundeskartellamt allein aus Gründen der Verfahrensökonomie abgelehnt worden ist. Ein Beschwerderecht solcher Unternehmen gegen die Freigabe von Zusammenschlüssen ist nach zwei Beschlüssen vom 7. November 2006 in Rechtsbeschwerdeverfahren der pepcom GmbH (KVR 37/05 und KVR 38/05) klarstellend gegenüber dem Gesetzeswortlaut anzunehmen. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof aus, dass das Beschwerderecht nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar davon abhängig zu sein scheine, dass der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren beigeladen gewesen sei. Es sei

mit dem Gleichheitssatz jedoch nur schwer zu vereinbaren, wenn der Rechtsschutz im Einzelfall davon abhinge, ob der beantragten Beiladung im Verwaltungsverfahren Gründe der Verfahrensökonomie entgegenstünden.

### **Akteneinsicht**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einem Verfahren den Antrag beteiligter Unternehmen auf Offenlegung exakter Marktanteile, bei denen das Bundeskartellamt wegen der Einstufung als Geschäftsgeheimnisse der Akteneinsicht nicht zugestimmt hatte, in den Gründen des abschließenden Beschlusses abgelehnt (Beschluss vom 29. September 2006, VI – Kart 40/01 [V] „Sanacorp/ANZAG“). Zuvor hat das Gericht jedoch in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegeben, dass der Senat in Kenntnis der exakten Marktanteile bestätigen könne, dass das Bundeskartellamt die Rundung wie angegeben vorgenommen habe und detailliert ausgeführt, dass die Befürchtung einer Rundung zum Nachteil der fusionswilligen Unternehmen und einer Überzeichnung von deren Marktstellung nicht gerechtfertigt sei. Auf diese Ausführungen nahm das Oberlandesgericht Düsseldorf im Beschluss Bezug, wobei es in dem Verfahren aber nach seiner Auffassung auf die exakte Marktanteilshöhe nicht ankam und es diese seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt hat.

### **7.2.2 Bußgeldverfahren**

#### **Verwertbarkeit der Aussagen von Bonusantragsstellern**

In seinem Urteil vom 27. März 2006 nahm das Oberlandesgericht Düsseldorf (VI-Kart 3/05 OWi „Papiergroßhandel“) u. a. zur Verwertbarkeit von Aussagen derjenigen Zeugen Stellung, die das Bundeskartellamt in Anwendung seiner Kronzeugenregelung vernommen hat. Nach Ansicht des Oberlandesgerichtes Düsseldorf ist die Inaussichtstellung eines Strafnachlasses keine unzulässige Vernehmungsmethode i. S. v. § 136a Abs. 1 StPO. Die Kronzeugenregelung stellt dem zu Vernehmenden nämlich keinen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil in Aussicht. Die in der Bonusregelung vorgesehene Bußgeldminderung hält sich im Rahmen der von § 17 Abs. 3 OWiG vorgesehenen Zumessungserwägungen. Danach sind Grundlage für die Zumessung der Geldbuße neben den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters vor allem die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Zu den besonderen Umständen in der Person des Täters, die für die Bemessung der Bußgeldhöhe eine Rolle spielen, gehört dessen Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts. An diesen Milderungsgrund knüpft die Bonusregelung des Bundeskartellamtes an.

#### **Entscheidung ohne mündliche Verhandlung**

In seinem Beschluss vom 7. Februar 2006 (KRB 2/05) hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass eine Entscheidung gemäß § 79 Abs. 5 OWiG auch dann ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss ergehen kann, wenn

die Vorinstanz durch Urteil entschieden hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den § 76 Abs. 5 i. V. m. § 69, die eine mündliche Verhandlung in Verwaltungssachen vorsehen. Hinsichtlich der Rechtsbeschwerde hat der Gesetzgeber in § 84 nämlich ausdrücklich auf § 79 OWiG Bezug genommen.

## 8. Europäisches Wettbewerbsrecht

### 8.1 European Competition Authorities (ECA)

Die Arbeit im Forum „European Competition Authorities“ (ECA), dem die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums sowie die Europäische Kommission und die EFTA Überwachungsbehörde angehören, wurde im Berichtszeitraum fortgesetzt. Es fanden zwei Treffen der Behördenleiter im April 2005 in London und im Mai 2006 in Nizza statt. In London wurden insbesondere die Arbeiten der Arbeitsgruppen „Finanzdienstleistungen“, „Luftverkehr“ und „Mehrfachnotifizierte Zusammenschlüsse“ diskutiert. In Nizza standen die Themen „Sanktionen in der Wettbewerbspolitik“ und „Weitere Konvergenz zwischen den Wettbewerbsbehörden“ auf der Tagesordnung. Die Arbeitsgruppen „Finanzdienstleistungen“ sowie „Luftverkehr“ stellten ihre Arbeitsergebnisse vor. Die Arbeit der Arbeitsgruppe „Finanzdienstleistungen“ ist abgeschlossen. Das Mandat der Arbeitsgruppe „Luftverkehr“ wurde um ein Jahr verlängert. Neu gegründet wurde im Jahr 2006 die ECA-Arbeitsgruppe „Sanktionen“.

#### ECA-Arbeitsgruppe „Finanzdienstleistungen“

Die seit Mai 2004 bestehende Arbeitsgruppe „Finanzdienstleistungen“, an der ursprünglich nur die Länder Irland, Schweden, Vereinigtes Königreich und Niederlande beteiligt waren, präsentierte auf dem Treffen der Behördenleiter in London im April 2005 ihre vergleichende Studie zum Retail Banking. Es wurde beschlossen, die Arbeitsgruppe mit dem Ziel fortzuführen, gemeinsame Wettbewerbsprobleme im Bereich Finanzdienstleistungen aufzudecken und Empfehlungen zur Verbesserung des Wettbewerbs in diesem Bereich zu entwickeln. Die Arbeitsgruppe wurde durch die Beteiligung der Länder Frankreich, Dänemark und Deutschland erweitert und untersuchte durch Befragung der nationalen Wettbewerbsbehörden im Bereich des Retail Banking die Aspekte Zugang zu payment systems, Konsumentenmobilität und Wechselkosten und SEPA (Single European Payments Area; die Schaffung eines einheitlichen europaweiten (oder zumindest euro-weiten) Zahlungsverkehrsraums).

Die Arbeitsgruppe tagte unter Federführung der niederländischen Wettbewerbsbehörde sieben Mal im Berichtszeitraum. Die Auswertung der Antworten auf die Fragebögen wurde in einem schriftlichen Bericht zusammengefasst, der von den Vertretern von 20 Wettbewerbsbehörden bei einem Treffen in Den Haag verabschiedet wurde. Der Bericht „Competition Issues in Retail Banking and Payments Systems in the EU“ ist auf der Internetseite des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/>

ECA\_FINAL\_REPORT\_PUBLIC\_VERSION1.pdf veröffentlicht. Die darin enthaltenen Empfehlungen wurden auf dem Treffen der Behördenleiter im Mai 2006 in Nizza diskutiert. Auf die Anregung der ECA-Arbeitsgruppe wurde die ECN Task Force SEPA ins Leben gerufen (S. 47).

#### ECA-Arbeitsgruppe „Luftverkehr“

Die Arbeit der Arbeitsgruppe „Luftverkehr“ wurde unter der Federführung des Bundeskartellamtes fortgeführt. Es fanden im Berichtszeitraum acht Treffen statt, bei denen die Teilnehmerzahl mit durchschnittlich 19 teilnehmenden Behörden und 24 Vertretern konstant hoch geblieben ist. Die Arbeitsgruppe erstellte im Berichtszeitraum die Arbeitspapiere „Loyalty Programmes in Civil Aviation“ sowie „Code-sharing agreements in scheduled passenger air transport – The European Competition Authorities perspective“ (veröffentlicht in: European Competition Journal, Bd. 1 [2005], S. 375 ff., bzw. Bd. 2 [2006], S. 263, sowie auf der Internetseite des Bundeskartellamtes unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)). Zudem wurde der „Progress Report of the ECA working group on slot trading“ verabschiedet ([www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/Final\\_Slots\\_Progress\\_Report\\_public.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/Final_Slots_Progress_Report_public.pdf)). Der Report wurde auch der Generaldirektion Transport übermittelt. Diese arbeitet an einer Studie zur Slotvergabe, die auf eine Änderung der VO (EG) Nr. 95/93, derzeit gültig in ihrer letzten Fassung aus dem Jahr 2004 (VO (EG) Nr. 793/2004), abzielt. Ziel der neuen Verordnung zur Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen ist die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von kleineren Fluggesellschaften gegenüber alteingesessenen Fluggesellschaften, die auf attraktiven Flughäfen „Großvaterrechte“ besitzen. Für das kommende und letzte Jahr der Arbeitsgruppe ist die Erstellung eines Arbeitspapiers zu Wettbewerbsfragen an Flughäfen geplant.

#### ECA-Arbeitsgruppe „Sanktionen“

Am 20. Oktober 2006 hat in Paris das erste Treffen der ECA-Arbeitsgruppe „Sanktionen“ stattgefunden. Die Sitzung fand auf Einladung des Conseil de la Concurrence statt, der die Arbeitsgruppe zusammen mit der italienischen Wettbewerbsbehörde leitet. Ziel der Arbeitsgruppe ist es, u. a. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Sanktionsregime sowie die Gründe für die Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten zu ermitteln. Anders als bei der ECN-Arbeitsgruppe „Sanktionen“ (S. 48) stehen dabei Einzelheiten der Zumessung von Sanktionen unter Einbeziehung der Fallpraxis im Vordergrund. Erste Ergebnisse sollen beim Treffen der Behördenleiter im Frühjahr 2007 in Form eines Berichts präsentiert werden.

#### Forensic IT-Arbeitsgruppen

Seit 2003 arbeiten die europäischen Wettbewerbsbehörden (Europäische Kommission, EFTA Überwachungsbehörde und die nationalen Wettbewerbsbehörden der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie der Schweiz) intensiv bei der Sicherstellung und Auswertung von elektronischen Daten für Kartellverfahren zusammen, ohne dabei

förmlich als ECA-Arbeitsgruppe zu firmieren. Im Berichtszeitraum fanden das dritte und das vierte European Forensic IT-Meeting in Rom (2005) und in Helsinki (2006) statt, die jeweils durch zwei Workshops der beiden Arbeitsgruppen (Juristen und IT-Experten einiger nationaler Wettbewerbsbehörden, der Europäischen Kommission und der EFTA Überwachungsbehörde) vorbereitet worden waren. Themen der beiden Treffen waren u. a. die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden bei der Aus- und Fortbildung der IT-Experten, die Einrichtung einer gemeinsamen IT-Plattform für den Austausch von Dokumenten, die Erstellung von Übersichten über die juristischen und technischen Rahmenbedingungen, die Entwicklung von gemeinsamen Good Practices, die Erarbeitung von Formblättern für die Durchführung von Durchsuchungen im Auftrag einer anderen Wettbewerbsbehörde und für den Austausch der dabei ermittelten elektronischen Daten. Die Zusammenarbeit soll 2007 mit den fünften Forensic IT-Meeting in Budapest fortgesetzt werden.

## **8.2 Anwendung der Artikel 81, 82 EG**

### **8.2.1 Netzwerk der europäischen Kartellbehörden (ECN)**

Nachdem das Netzwerk der europäischen Kartellbehörden (European Competition Network, ECN) am 1. Mai 2004 seine Arbeit aufgenommen hat (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 47 ff.), konnten in diesem Berichtszeitraum Praxiserfahrungen über zwei volle Jahre gesammelt werden. Auf den Internetseiten der Europäischen Kommission sind wesentliche Informationen über das ECN abrufbar ([http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html)).

#### **Zusammenarbeit im ECN**

In den Jahren 2005 und 2006 wurden im gemeinsamen Intranet der europäischen Kartellbehörden insgesamt 369 Fälle eingestellt, davon 37 vom Bundeskartellamt.

Rund ein Dutzend mal war das Bundeskartellamt an Erörterungen beteiligt, welches die bestgeeignete Behörde zur Bearbeitung eines Falles ist. In diesen Beratungen kann auf informellem Wege zumeist schon frühzeitig geklärt werden, wie die weitere Arbeitsverteilung aussehen soll. Eine Fall-Umverteilung liegt nur dann vor, wenn einer abgebenden Behörde eine Beschwerde vorliegt bzw. wenn die abgebende Behörde bereits Ermittlungshandlungen eingeleitet hat und die später tätige Behörde noch kein eigens Verfahren führt. Dies kam im Berichtszeitraum dreimal vor; zwei Fälle des Bundeskartellamtes wurden an die Europäische Kommission abgegeben, ein Fall der Europäischen Kommission an das Bundeskartellamt. Zwei Verfahren führt das Bundeskartellamt derzeit parallel zu anderen Wettbewerbsbehörden. Daneben gibt es eine Reihe von Verfahren, in denen sich das Bundeskartellamt eng mit anderen ECN-Wettbewerbsbehörden abstimmt, die ähnlich gelagerte Fälle verfolgen.

Im Ergebnis bleibt die Zahl der Fälle, deren Verteilung unter den Wettbewerbsbehörden geklärt werden muss,

hinter den ursprünglichen Erwartungen zurück. Dies gilt auch für die Anzahl paralleler Verfahren verschiedener Wettbewerbsbehörden. Insgesamt ist zu beobachten, dass Fallverteilungsdiskussionen typischerweise in einem sehr frühen Verfahrensstadium erfolgen.

Zahlreiche Kontakte innerhalb des ECN finden auf informeller Ebene statt. Besonders häufig sind dabei Anfragen nach der Fallpraxis bzw. der Rechtsauffassung anderer Wettbewerbsbehörden.

Neben mehreren Übersendungen von Schriftstücken im Rahmen von Artikel 12 Abs. 1 VO Nr. 1/03 gab es verschiedene Fälle geleisteter Amtshilfe nach Artikel 22 VO Nr. 1/03. Im Berichtszeitraum führte das Bundeskartellamt eine Durchsuchung für die italienische Wettbewerbsbehörde und eine Nachprüfung für die Europäische Kommission sowie – wiederum für die italienische Wettbewerbsbehörde – eine schriftliche Zeugenvernehmung durch.

#### **ECN-Arbeitsgruppen**

Innerhalb des Berichtszeitraums trafen sich die sog. ECN-Sektorarbeitsgruppen „Banking and Insurance“, „Environment“, „Energy“, „Railway Transport“, „Telecommunication“, „Media“, „Professional Services“, „Securities“ und „Pharmaceuticals“.

Zu den aktivsten ECN-Sektorarbeitsgruppen gehörten die Arbeitsgruppe „Banking and Insurance“ und die Arbeitsgruppe „Energy“.

Zwischen den Mitgliedstaaten bestand im Bankenbereich erhöhter Informations- und Abstimmungsbedarf, weil derzeit bei Wettbewerbsbehörden mehrerer Mitgliedstaaten Verfahren gegen VISA und MasterCard geführt werden oder anstehen, in denen geprüft wird, ob Interbankentgelte, die bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen mit MasterCard und VISA-Kreditkarten von der Bank des Händlers an die Bank des Karteninhabers abzuführen sind, zu Beschränkungen des Wettbewerbs führen und deshalb einen Verstoß gegen Artikel 81 und 82 EG darstellen (S. 159). Auf den Treffen der Arbeitsgruppe „Banking and Insurance“ wurden außerdem die Ergebnisse der Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission zu den Bereichen „Payment Cards“, „Retail Banking – Current Accounts and Related Services“ und „Business Insurance“ vorgestellt und diskutiert, bevor die öffentliche Konsultationsphase begann. Der Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung im Bereich Retail-Banking ist am 31. Januar 2007 erschienen und unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/financial\\_services/](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/) abrufbar. Auf Anregung der ECA-Arbeitsgruppe „Financial Services“ (S. 46) wurde aus Mitgliedern der ECN-Arbeitsgruppe „Banking“ eine Task Force unter gemeinsamem Vorsitz der Europäischen Kommission und der italienischen Wettbewerbsbehörde gegründet, die sich besonders mit den kartellrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Etablierung des einheitlichen europäischen Zahlungsverkehrsraums (SEPA) befasst.

Die ECN-Sektorarbeitsgruppe „Energy“ hat sich im Berichtszeitraum hauptsächlich mit der Mitte 2005 von der Europäischen Kommission eingeleiteten Sektoruntersuchung auf den Strom- und Gasmärkten beschäftigt. Das Ziel der Sektoruntersuchung besteht darin, bestehende Wettbewerbshemmnisse auf den europäischen Strom- und Gasmärkten zu identifizieren und Handlungsmöglichkeiten für die Beseitigung aufzuzeigen. In dem am 10. Januar 2007 vorgestellten Endbericht identifiziert die Europäische Kommission die hohe Marktkonzentration, die vertikale Integration der Energieversorgungsunternehmen, die fehlende Marktintegration auf europäischer Ebene, mangelnde Markttransparenz und die vorhandenen Preissetzungsmechanismen als wesentliche Hindernisse für die Entstehung von mehr Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten. Neben der Einleitung von Verfahren nach Artikel 81 und Artikel 82 EG zur Beseitigung bestehender Marktbarrieren präferiert die Europäische Kommission u. a. das eigentumsrechtliche Unbundling des Netzbetriebes als zielführende Politikmaßnahme (S. 31). Neben der Sektoruntersuchung wurden in der ECN-Sektorarbeitsgruppe „Energy“ auch konkrete nationale Verfahren diskutiert, z. B. das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen die langfristigen Lieferverträge im Gasbereich (S. 131).

Weiterhin tagten im Berichtszeitraum die ECN-Arbeitsgruppen zu „Article 82“, „Leniency“, „IT, Information & Communication“, „Sanctions & ne bis in idem“, „Competition Chief Economists“ und „Cooperation Issues“. Die ECN-Arbeitsgruppe „Leniency“ hat zunächst die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Leniency-Programme in Europa aufbereitet und in einem weiteren Arbeitsschritt ein „Modell-Leniency-Programm“ entworfen (S. 50).

Die Arbeitsgruppe „Transitional Issues“ wurde Anfang 2006 in „Cooperation Issues“ umbenannt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die behandelten Themen nicht auf Fragen des Übergangs zur VO Nr. 1/03 beschränkt sind. Vielmehr sollen unter der Überschrift „Cooperation Issues“ all diejenigen Angelegenheiten erörtert werden, die die Modalitäten der Zusammenarbeit unter den ECN-Behörden betreffen. Auch sollen in diesem Forum wichtige Rechtsfragen diskutiert werden, die sich in der täglichen Arbeit der Wettbewerbsbehörden stellen. Unter dem Vorsitz der ungarischen Wettbewerbsbehörde und des Bundeskartellamtes entwarf die Arbeitsgruppe Diskussionspapiere und „best practices“ für die Kooperation unter den ECN-Wettbewerbsbehörden. Gegenwärtig befasst sie sich mit Fragen der Durchführung von (gemeinsamen) Sektoruntersuchungen, der Amtshilfe für und durch andere Wettbewerbsbehörden nach Artikel 22 VO Nr. 1/03 sowie der Ausarbeitung von Regeln für die Arbeit des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen.

Die ECN-Arbeitsgruppe „Competition Chief Economists“ (CCE) wurde am 30. September 2005 gegründet. Die Arbeitsgruppe dient als Diskussionsplattform zur Entwicklung ökonomischer Instrumente in der Wettbewerbspraxis. Bei Treffen der Arbeitsgruppe wurden u. a.

Fälle zu den Bereichen Preishöhenmissbrauch, Ausbeutungsmissbrauch und Fusionskontrolle diskutiert. Die Arbeitsgruppe beschäftigt sich weiterhin mit der Anwendung ökonomischer Methoden im Wettbewerbsrecht und der Evaluation der Wettbewerbspraxis.

## 8.2.2 Verordnungen, Mitteilungen, Richtlinien

### Neuausrichtung der Anwendungspraxis zu Artikel 82 EG?

Im Rahmen der ECN-Arbeitsgruppe bzgl. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die Ende des Jahres 2004 eingesetzt wurde (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 52), kam es im ersten Halbjahr des Jahres 2005 zu einem intensiven Austausch der ECN-Wettbewerbsbehörden über Erfahrungen mit Entscheidungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht. In den Sitzungen zu den Themen Kampfpreise, Lieferverweigerungen und Preisschere, Koppelung/Bündelung/Rabatte, Preishöhenmissbrauch sowie Diskriminierung wurden nationale Anwendungspraktiken verglichen und Vorzüge und Nachteile einer mehr oder weniger intensiven Ökonomisierung kartellrechtlicher Entscheidungen diskutiert. Die Europäische Kommission legte im Juli 2005 den Entwurf eines „Guidance Papers“ für den Behinderungsmissbrauch vor, in dem sie ihre Position zur Anwendung von Artikel 82 EG darlegte. Sie befürwortet mit einem „more economic approach“ ein größeres Gewicht tatsächlicher Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens im Markt und eine stärkere Berücksichtigung von Effizienzen bei der wettbewerblichen Beurteilung missbräuchlichen Verhaltens. Zugleich wurde ein Bericht der vom Chefökonom der Europäischen Kommission eingesetzten Beratergruppe „European Advisory Group on Competition Policy“ (EAGCP) fertiggestellt, in dem ein „more economic approach“ als notwendig erachtet wird. Nach weiteren Diskussionen innerhalb der Arbeitsgruppe im September 2005 legte die Europäische Kommission im Dezember 2005 ein Diskussionspapier zur öffentlichen Konsultation vor (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>).

In der Diskussion sowie in der gemeinsamen Stellungnahme (abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/publikationen/Diskussionsbeitraege/Stellungnahmen/Art.82EG.php>) haben das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie den Ansatz der Europäischen Kommission grundsätzlich unterstützt, jedoch betont, dass die Handhabbarkeit der Missbrauchsregeln für die Kartellrechtsdurchsetzung sowie die Vorhersehbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen im Dienste der Rechtssicherheit für Unternehmen gewahrt bleiben müsse. Außerdem darf die private Kartellrechtsdurchsetzung nicht durch überhöhte Nachweis- und Beweisforderungen geschwächt werden, die private Kläger ohne besondere Ermittlungsbefugnisse nur schwer erfüllen können. Dies gilt insbesondere für sog. stand-alone Klagen, die unabhängig von einem kartellbehördlichen Verfahren erhoben werden und daher nicht von der Präjudizwirkung der kartellbehördlichen Entscheidung

profitieren können. Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben deshalb unter Hinweis auf die Rechtsprechung europäischer Gerichte einen „likely-effects-based-approach“ befürwortet, nach dem der Nachweis tatsächlicher Effekte nicht erforderlich ist, sondern ein Nachweis der wahrscheinlichen Effekte des missbräuchlichen Verhaltens im Markt genügt. Ein entsprechender Nachweis kann insbesondere durch Vermutungsregelungen, die nach fundierter wirtschaftstheoretischer und empirischer Analyse bzw. Erfahrung gerechtfertigt sind, erleichtert werden. Der Nachweis tatsächlicher Effekte im Markt würde hingegen auch den Nachweis der Kausalität zwischen dem angeblich missbräuchlichen Verhalten und seinen Auswirkungen auf den Markt erfordern, der wegen des zeitlichen Abstands zwischen dem ausgeübten Verhalten und seiner Anreizwirkung auf die unternehmerischen Entscheidungen tatsächlicher und potenzieller Wettbewerber sehr aufwendig und zeitintensiv ist. Das Bundeskartellamt hat in der Diskussion betont, dass der Schutz des Wettbewerbs effektiver durch ein frühes Einschreiten der Kartellbehörden sichergestellt wird.

Darüber hinaus halten das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die generelle Zulassung einer Effizienzeinrede nicht für sachgerecht, weil der EG-Vertrag in Artikel 82 keine solche allgemeine Rechtfertigungsmöglichkeit vorsieht. Eine zusätzliche, über die auch im deutschen Recht übliche Interessenabwägung hinausgehende Bewertung und Abwägung der konkreten Auswirkung wettbewerbsfördernder Aspekte im Einzelfall würde zudem materiellrechtlich den Nachweis missbräuchlichen Verhaltens erschweren.

Weiterhin haben das Bundeskartellamt und Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie auf die Schwächen des von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen „As-efficient-competitor-Tests“ zur Unterscheidung von missbräuchlichem und nicht missbräuchlichem Verhalten hingewiesen. Der Test ist sehr komplex und aufwendig, da er eine Analyse der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens erfordert. Er vernachlässigt, dass bei hohen Marktzutrittsschranken auch von im Vergleich zum Marktbeherrscher weniger effizienten Wettbewerbern ein Wettbewerbsdruck ausgehen kann, den es sich zu schützen lohnt; insbesondere dann, wenn die Aussicht besteht, dass der Wettbewerber ebenso effizient oder effizienter als das marktbeherrschende Unternehmen werden könnte. Das Bundeskartellamt hat sich daher dafür ausgesprochen, den „As-efficient-competitor-Test“ nicht bindend für die Analyse preisbezogenen Missbrauchs vorzugeben.

Schließlich haben sich das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gegen die Verengung des Schutzzwecks des Artikel 82 EG auf den Verbraucherschutz ausgesprochen, die sich in den Äußerungen der Europäischen Kommission angedeutet hat. Nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte dient Artikel 82 EG dem Schutz des (Rest-)Wettbewerbs (EuGH, Urt. v. 13. Februar 1979, RS 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rn 91, 123; Urt. v. 9. November 1983, RS 322/81 – Michelin/Europäischen Kommis-

sion („Michelin I“), Slg. 1983, 3461, Rn 70). Auch wenn der Schutz des Wettbewerbs letztlich weitergehenden Zielvorstellungen dient (Verbraucherschutz, effiziente Faktorallokation oder auch Freiheit im Wettbewerb), ist in der Einzelfallanalyse nur auf den Wettbewerbsschutz an sich abzustellen, da dieser die Erreichung der genannten Ziele gewährleistet und einzelfallbezogene Aussagen zur weitergehenden Zielerreichung notwendigerweise unsicher bleiben müssen. In seiner Entscheidung vom 30. Januar 2007 hat das Gericht Erster Instanz unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 21. Februar 1973, Rs. 6/72 – Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215, Rn. 26) klar gestellt, dass Artikel 82 EG nicht nur auf Verhaltensweisen abzielt, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in eine wirksame Wettbewerbsstruktur Schaden zufügen (Rs. T-340/03 – France Télécom SA, vormals Wanadoo Interactive SA).

Die Europäische Kommission hat ihre Absicht bekräftigt, auf der Basis der Erkenntnisse des Konsultationsprozesses einen Entwurf für Leitlinien für die Anwendung von Artikel 82 EG zu erstellen. Das Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass derartige Leitlinien keine Bindungswirkung für Gerichte und nationale Kartellbehörden haben können. Angesichts der eher geringen Fallpraxis und Rechtsprechung ist es aus Sicht des Bundeskartellamtes auch fraglich, ob die Festbeschreibung fester Leitlinien derzeit sinnvoll ist.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in Sachen British Airways/Kommission (Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P) die Positionen des Bundeskartellamtes weitgehend bestätigt (S. 53).

### **Neue Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission**

Am 28. Juni 2006 hat die Europäische Kommission neue Bußgeldleitlinien veröffentlicht (ABl. Nr. C 210 vom 1. September 2006, S. 2). Sie ersetzen die Vorgängerregelung aus dem Jahr 1998. Erklärtes Ziel der Europäischen Kommission ist es, die Abschreckungswirkung von Geldbußen zu erhöhen. Anders als nach der alten Regelung besteht nach der neuen Regelung bei der Bußgeldberechnung ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem betroffenen Wirtschaftszweig. Die Geldbußen bestimmen sich in Abhängigkeit des Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens in dem von der Zuwiderhandlung tangierten Wirtschaftszweig. Nach den Bußgeldleitlinien kann die Europäische Kommission als Ausgangsbetrag einen Betrag von bis zu 30 % des tatbezogenen Umsatzes zugrunde legen. Dieser Betrag wird mit der Zahl der Jahre der Beteiligung an der Zuwiderhandlung multipliziert. Unabhängig von der Dauer der Zuwiderhandlung – und in Addition zum Grundbetrag – sehen die neuen Leitlinien eine „Eintrittsgebühr“ in Höhe von 15 % bis 25 % des einschlägigen Jahresumsatzes vor. Besondere Betonung findet zudem die härtere Bebußung von Wiederholungstätern. In Anlehnung an ihre eigene jüngere Praxis legt die Europäische Kommission nun auch in den Leitlinien fest, dass die Geldbuße in Fällen, in denen die Unternehmen erneut eine gleichartige oder

ähnliche Zuwiderhandlung begehen, um bis zu 100 % erhöht werden kann. Dabei berücksichtigt die Europäische Kommission auch die in den Mitgliedstaaten wegen kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen erlassenen Bußgelder.

### ECN „Modell-Leniency-Programm“

Auf dem Treffen der Behördenleiter am 29. September 2006 ist das ECN „Modell-Leniency-Programm“ ([http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model\\_leniency\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_de.pdf)) verabschiedet worden. In dem Modell-Programm haben sich die ECN-Wettbewerbsbehörden auf einen einheitlichen Standard für die Behandlung von Leniency-Anträgen – wie die Voraussetzungen für Geldbußenerlass und Geldbußenminderung, weitere Bedingungen und Verfahren – geeinigt. Um die Stellung von Anträgen in grenzüberschreitenden Fällen, für deren Behandlung die Europäische Kommission die besonders gut geeignete Behörde ist, zu erleichtern, wurde zudem ein System von Pro-Forma Anträgen eingeführt, das es dem Antragsteller ermöglicht, bei allen nationalen Wettbewerbsbehörden lediglich einen Kurzantrag zu stellen, wenn er bei der Europäischen Kommission einen vollständigen Antrag einreicht. Die Wettbewerbsbehörden haben sich in dem Programm verpflichtet, alles zu tun, um ihre Programme an das Modell-Programm anzupassen bzw., soweit sie noch kein eigenes Programm haben, ein solches nach dessen Vorbild zu erlassen. Nach Ablauf von zwei Jahren soll überprüft werden, inwieweit die Harmonisierungsbestrebungen erfolgreich waren. Bis zum Schluss der Verhandlungen gab es keine einheitliche Haltung zu der Frage, ob der alleinige Kartellanführer ebenso wie der Erzwinger vom Geldbußenerlass ausgeschlossen werden sollen. Auf Initiative Deutschlands und Griechenlands wurde in Fußnote 4 deshalb der Vorbehalt aufgenommen, dass in diesen beiden Staaten alleinige Kartellanführer vom Geldbußenerlass ausgeschlossen sind.

Das Modell-Programm unterscheidet zwischen Geldbußenerlass und Geldbußenminderung. Ein Geldbußenerlass ist nach dem Modell-Programm möglich, wenn ein Unternehmen entweder als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, die die Wettbewerbsbehörde in der Lage versetzen, eine zielgerichtete Nachprüfung/Durchsuchung durchzuführen (Bußgelderlass nach Typ 1 A), oder – sofern die Wettbewerbsbehörde bereits über ausreichende Informationen für den Erlass einer Nachprüfungsentscheidung/den Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses verfügt bzw. bereits eine Nachprüfung/Durchsuchung durchgeführt hat – ausreichende Information und Beweismittel für den Nachweis eines Kartellverstoßes vorlegt (Bußgelderlass nach Typ 1 B). Unternehmen, die andere Unternehmen zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen haben, sind von einem Geldbußenerlass ausgeschlossen (zum Vorbehalt Deutschlands und Griechenlands s. o.). Unternehmen, die für einen Geldbußenerlass nicht in Frage kommen, können noch eine Geldbußenminderung bis zu 50 % der sonst zu verhängenden Geldbuße erhalten, wenn sie Informationen und Beweismittel vorlegen, die einen erheblichen Mehrwert darstellen. Darüber hinaus müssen Leniency-Antragsteller weitere Bedingungen erfüllen: Dazu gehören die Verpflichtung zur Beendigung der Kartellteil-

nahme und die Verpflichtung zur vollständigen und andauernden Kooperation sowohl nach Antragstellung als auch – in gewissem Umfang – vor Antragstellung.

Im Hinblick auf das Verfahren sieht das Modell-Programm die Möglichkeit zur vertraulichen Kontaktaufnahme, ein Markersystem für Anträge auf Geldbußenerlass (allerdings nach Ermessen der Wettbewerbsbehörde), die Möglichkeit von Pro-Forma-Anträgen für Anträge auf Geldbußenerlass nach Typ 1 A sowie die Möglichkeit mündlicher Anträge vor.

Das Modell-Programm entspricht im Wesentlichen der neuen Bonusregelung des Bundeskartellamtes. Eine relevante Abweichung gibt es nur insofern, als die Bonusregelung auch den alleinigen Anführer vom Geldbußenerlass ausschließt (S. 35).

### Neues Leniency-Programm der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission hat am 7. Dezember 2006 die geänderte Fassung der Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen beschlossen (ABl. Nr. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17). Ziel der neuen Mitteilung ist es, den Unternehmen, die sich der Europäischen Kommission offenbaren, mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten. Grundlage für die Änderung ist das ECN „Modell-Leniency Programm“, auf dessen Basis auch die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes (S. 35) aufbaut. Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission und die Bonusregelung des Bundeskartellamtes gleichen sich daher im Wesentlichen. Die bedeutendste Abweichung liegt darin, dass nach der deutschen Regelung neben dem Erzwinger auch der alleinige Kartellanführer vom Geldbußenerlass ausgenommen ist. Die Leniency-Mitteilung der Europäischen Kommission schließt nur den Erzwinger aus.

### Grünbuch der Europäischen Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts

Die Europäische Kommission möchte eine stärkere Beteiligung von Privatpersonen bei der Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln erreichen. Nach Erörterungen im ECN legte sie im Dezember 2005 ein Grünbuch mit dem Titel „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbs“ vor. Dieses wird ergänzt durch ein sog. Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, in welchem die von der Europäischen Kommission im Grünbuch vorgeschlagenen Handlungsoptionen in vertiefter Form dargestellt werden.

Das Bundeskartellamt hat das Thema der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht im Jahr 2005 behandelt. Das Diskussionspapier des Bundeskartellamtes zu der Tagung ist auf der Internetseite des Bundeskartellamtes unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05\\_Proftag.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf) abrufbar. Zudem hat das Bundeskartellamt gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission abgegeben, die

sich eingehend mit den Vorschlägen der Europäischen Kommission auseinandersetzt und auch die Frage der Notwendigkeit einer Harmonisierung auf europäischer Ebene beleuchtet. Im Zentrum der Kritik steht – neben Bedenken bezüglich der Kompetenz der Europäischen Kommission (Subsidiarität) – die Sorge vor einer verkürzt als „Amerikanisierung“ des Zivilprozesses beschreibbaren Entwicklung. Abgelehnt werden insbesondere die Einführung eines Anspruchs auf Mehrfachschaftensersatz („punitive damages“) sowie die Einführung eines an die amerikanische „discovery“ (Ausforschungsbeweis) angelehnten Prozessinstituts. Im Hinblick auf die Einführung möglicher neuer kollektiver Klagemöglichkeiten auf nationaler Ebene sollten nach Ansicht des Bundeskartellamtes und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zunächst die Erfahrungen mit den bereits bestehenden Bündelungsformen (etwa nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz) abgewartet werden. Für einen Rechtssetzungsakt der Gemeinschaft wird derzeit kein Anlass gesehen, zumal der Gesetzgeber in Deutschland mit der 7. GWB-Novelle die Voraussetzungen für Schadensersatzklagen bei Kartellrechtsverstößen deutlich verbessert hat. Eine Harmonisierung des Kartellschadensersatzrechts auf europäischer Ebene würde zudem die Gefahr bergen, die Kohärenz des allgemeinen Deliktsrechts in den Mitgliedstaaten nachhaltig zu beeinträchtigen. Die Europäische Kommission hat Ende 2006 eine weitere Studie ausgeschrieben, die eine ökonomische und soziale Folgenabschätzung einer Forcierung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen zum Gegenstand hat. Ein Weißbuch mit konkreten Handlungsvorschlägen ist für Anfang 2008 angekündigt. Es ist damit zu rechnen, dass dieses Weißbuch eine intensive öffentliche Debatte auslösen wird.

### Luftverkehr

Die Europäische Kommission hat mit der VO Nr. 1459/06 (ABl. Nr. L 272 vom 28. September 2006, S. 3) die Gruppenfreistellungsverordnung für Tarifkonsultationen der International Air Transport Association (IATA) im Personenluftverkehr (VO Nr. 1617/93, ABl. Nr. L 155 vom 26. Juni 1993, S. 18) geändert. Die VO Nr. 1617/93 ermöglichte bislang im Rahmen von Tarifkonsultationen u. a. Preisabsprachen für Tickets, die auf andere Fluggesellschaften umbuchbar waren bzw. bei denen mehr als eine Fluggesellschaft genutzt wird (Interlining Tarife). Mit der Änderung der Verordnung werden die Tarifkonferenzen für Strecken innerhalb der Europäischen Union ab dem 1. Januar 2007 nicht mehr vom Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken freigestellt sein. Für Strecken zwischen der Europäischen Union und den USA bzw. Australien gilt die Freistellung bis zum 30. Juni 2007, für Strecken zwischen der Europäischen Union und den übrigen Nicht-EU-Staaten bis zum 31. Oktober 2007 fort. Fluggesellschaften, die derzeit von der Gruppenfreistellung für Strecken zwischen EU- und Nicht-EU-Staaten profitieren, wurden jedoch verpflichtet, der Europäischen Kommission Daten über das Interlining vorzulegen, damit diese eine Freistellung über diesen Zeitraum hinaus prüfen kann. Die neue Verordnung wird auch die Gruppenfreistellung für die IATA-Konferenzen zur Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen und für

Flugpläne beenden, weil ihre explizite Freistellung im System der Legalausnahme überflüssig geworden ist.

### Seeschifffahrt

Die Europäische Kommission hat die Gruppenfreistellungsverordnung für Seeschifffahrtskonsortien (VO Nr. 823/2000, ABl. Nr. L 100 vom 20. April 2000, S. 24) durch die VO Nr. 611/05 (ABl. Nr. L 101 vom 20. April 2005, S. 10) bis April 2010 verlängert. Der Beratende Ausschuss hatte dieser Verlängerung nur unter dem Vorbehalt der Änderung der Gruppenfreistellungsverordnung für Linienschifffahrtskonferenzen (VO Nr. 4056/86, ABl. Nr. L 378 vom 31. Dezember 1986, S. 4) zugestimmt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 51). Nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Seeschifffahrtskonsortien können Schifffahrtsunternehmen Konsortialvereinbarungen für den Seetransport von Fracht von oder nach einem oder mehreren EU-Häfen abschließen. Sie gilt automatisch für Seeschifffahrtskonsortien mit einem Marktanteil von unter 30 % bzw. 35 %, wenn sie außerhalb einer sog. Linienskonferenz tätig sind. Demnach sind alle Vereinbarungen – mit Ausnahme von Preisfestsetzungen –, deren Ziel der gemeinsame Betrieb von Seeschifffahrtsdiensten ist, vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen i. S. d. Artikel 81 EG ausgenommen, sofern sie die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen. Eine der Grundvoraussetzungen ist ein wirksamer Preiswettbewerb innerhalb des Konsortiums. Nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung können vertrauliche Einzelvereinbarungen als Indikator für einen solchen Wettbewerb betrachtet werden. Konsortien, die die Marktanteilsgrenzen überschreiten, sind nicht notwendigerweise unrechtmäßig, müssen aber im Einzelfall auf ihre Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln geprüft werden.

Die Gruppenfreistellung für Linienschifffahrtskonferenzen (VO Nr. 4056/86, ABl. Nr. L 378 vom 31. Dezember 1986, S. 4) wurde durch die VO Nr. 1419/06 (ABl. Nr. 269 vom 28. September 2006, S. 1) aufgehoben. Nach der bisherigen Gruppenfreistellungsverordnung durften Seefrachtunternehmen Preise und Transportkapazitäten absprechen. Die Aufhebung soll im Oktober 2008 in Kraft treten. Aufgrund der besonderen Marktstruktur beabsichtigt die Europäische Kommission, für die Seeschifffahrt noch vor Oktober 2008 Leitlinien für die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages zu erlassen. Darüber hinaus weitet die neue Verordnung den Anwendungsbereich der VO Nr. 1/03 auch auf Kabotage- und Trampdienste aus.

### 8.2.3 Anwendung der Artikel 81, 82 EG durch die Europäische Kommission, das Gericht Erster Instanz und den Europäischen Gerichtshof

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

### Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Der Europäische Gerichtshof bestätigte die Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und die Praxis der Europäischen Kommission zum Unternehmensbegriff im Gesundheitswesen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 71). Im Fall Fenin (Rs. C-205/03 P, Urteil vom 11. Juli 2006) entschied der Europäische Gerichtshof, dass ein spanischer Verband von Medizintechnik-Abnehmern aus dem Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens keine unternehmerische Tätigkeit ausübe. Dafür fehle es am wirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung der erworbenen Güter. Eine unternehmerische Tätigkeit sei gekennzeichnet durch das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen am Markt. Kartellrecht sei demnach auf einen solchen Fall der Nachfrage durch die öffentliche Hand nicht anwendbar. Das Gericht Erster Instanz hat diesen Ansatz in Bezug auf die Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol) bestätigt (Urteil vom 12. Dezember 2006, T – 155/04 „SELEX Sistemi Integrati“). Das Bundeskartellamt hat demgegenüber bislang keinen Anlass gesehen, von seiner höchstrichterlich bestätigten Auffassung abzugehen, nach der es im deutschen Recht bei der Frage der unternehmerischen Tätigkeit auf einen Absatzmarkt nicht ankommt. Schon die Nachfragetätigkeit von Hoheitsträgern stellt demnach ein ggf. kartellrechtlich relevantes Verhalten im geschäftlichen Verkehr dar.

Der Europäische Gerichtshof verneinte die Anwendbarkeit von Artikel 81 und 82 EG auf die frühere italienische Rechtsanwaltsgebührenordnung, an deren Entstehung eine berufsständische Vertretung der Rechtsanwälte mitgewirkt hatte (Verbundene Rs. C-94/04 und C-204/04, Urteil vom 5. Dezember 2006 – Cipolla/Macrinò). Wenn die Letztentscheidungsbefugnis bei staatlichen Stellen liege, verstoße eine Festsetzung von Höchst- und Mindestpreisen nicht gegen das Wettbewerbsrecht. Allerdings beanstandete der Europäische Gerichtshof in diesem Fall einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG). Ob es für diesen Verstoß eine hinreichende Rechtfertigung gibt, ist durch die italienischen Gerichte zu entscheiden.

### Parallelhandel/Vertriebsrecht

Das Gericht Erster Instanz hat im Fall GlaxoSmithKline Services/Europäische Kommission (Rs. T-168/01, Urteil vom 27. Juli 2006) die Entscheidung der Europäischen Kommission teilweise aufgehoben, mit der dem britischen Arzneimittelhersteller GlaxoSmithKline (GSK) das von ihm in Spanien praktizierte System der Preisspaltung („dual pricing“) untersagt wurde. Nach den allgemeinen Verkaufsbedingungen hatte GSK von spanischen Arzneimittelgroßhändlern für pharmazeutische Produkte, die zum regulierten Preis in Spanien in Verkehr gebracht wurden, einen niedrigeren Preis verlangt, als für dieselben Produkte, wenn sie ins Ausland exportiert wurden. Das Gericht Erster Instanz hat die Entscheidung der Europäischen Kommission insoweit bestätigt, als sie feststellt, dass das System der Preisspaltung eine Einschränkung des Wettbewerbs i. S. v. Artikel 81 Abs. 1 EG

darstellt. Zwar könne nicht vermutet werden, dass die Wettbewerbsbeschränkung von der Vereinbarung bezweckt sei, da der Parallelhandel angesichts der umfangreichen staatlichen Preisregulierung nicht zu geringeren Preisen für Endverbraucher führen muss. Die Vereinbarung bewirkte jedoch eine Wettbewerbsbeschränkung zum Nachteil der Verbraucher (Patienten und Krankenversicherungssysteme), da sie eine Beteiligung spanischer Großhändler am intra-brand-Wettbewerb auf den importierenden Märkten verhindern und damit den Druck verringern würden, dem die Stückpreise ohne diese Klausel ausgesetzt wären. Das Gericht Erster Instanz hat die Untersagungsentscheidung jedoch aufgehoben, da die Europäische Kommission die Argumentation von GSK im Hinblick auf die erste Freistellungsvoraussetzung des Artikel 81 Abs. 3 EG nicht angemessen widerlegt hat. GSK hatte unter Vorlage von Studien vorgetragen, dass der Parallelhandel Gewinne der Hersteller mindere, so dass Ausgaben für Forschung und Entwicklung reduziert und der Innovationswettbewerb geschwächt würde. Das Preisspaltungssystem ermögliche es GSK, zusätzliche Gewinne in Forschung und Entwicklung zu investieren und einen Beitrag zum Innovationswettbewerb des Pharmasektors zu erbringen. Die Europäische Kommission hat gegen die Entscheidung Rechtsmittel eingelegt. Das Bundeskartellamt hatte sich in einem Brief an die Europäische Kommission für die Einlegung des Rechtsmittels ausgesprochen, da die in Artikel 2 Satz 2 VO Nr. 1/03 vorgesehene Beweislastverteilung durch das Urteil weitgehend verändert wird.

Die Europäische Kommission warf in ihrer Entscheidung vom 5. Oktober 2005 (COMP/36.623, 36.820, 37.275) Automobiles Peugeot SA und der Peugeot Nederland N.V. vor, sie hätten in den Jahren 1997 bis 2003 Lieferungen von Neufahrzeugen in andere Mitgliedstaaten gezielt und systematisch behindert. Der Konzern hatte die Vergütung der niederländischen Peugeot-Händler vom finalen Bestimmungsort der verkauften Fahrzeuge abhängig gemacht. Verkäufe an ausländische Verbraucher und Vertriebshändler wurden u. a. durch die Verweigerung entsprechender Erfolgsprämien schlechter gestellt. Die Europäische Kommission betrachtete die getroffenen Maßnahmen als ein diskriminierendes Bonussystem und eine gezielte Druckausübung zur Beschränkung der Exportverkäufe und des markeninternen Wettbewerbs und wertete sie als Verstoß gegen Artikel 81 Abs. 1 EG.

In einem ähnlichen Fall bestätigte der Europäische Gerichtshof die Entscheidung der Europäischen Kommission (Urteil vom 6. April 2006; Rs. C-551/03) und führte aus, dass das restriktive Bonussystem der Opel Nederland für den Einzelhandelsverkauf einen Verstoß gegen Artikel 81 Abs. 1 EG begründet. Die Opel Nederland ist zwar nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben generell befugt, ihren Vertragshändlern die Lieferung von Fahrzeugen an Wiederverkäufer, die dem Opel-Vertriebsnetz nicht angehören, zu verbieten. Jedoch kann sie ihnen nicht untersagen, diese Waren an Endverbraucher oder andere Vertragshändler desselben Vertriebsnetzes zu liefern. Eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt sich damit nach Auffassung des Europäischen Gerichts-



hofs nicht nur bei direkten Exportverboten, sondern auch bei indirekten Maßnahmen wie der Beschränkung der Prämien-gewährung im Rahmen eines Bonussystems für Vertragshändler allein auf Inlandsverkäufe.

In der Rechtssache DaimlerChrysler entwickelte das Gericht Erster Instanz die europäische Rechtsprechung zur Qualifizierung der Tätigkeit von Handelsvertretern im System des Artikel 81 Abs. 1 EG fort (Urteil vom 15. September 2005, Rs. T-325/01). Es hob ein Bußgeld, das die Europäische Kommission auf der Grundlage von Artikel 81 Abs. 1 EG gegen DaimlerChrysler wegen bestimmter Anweisungen an seine deutschen Handelsvertreter verhängt hatte, auf, weil die Handelsvertreter und DaimlerChrysler in Bezug auf den Automobilvertrieb eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies leitete das Gericht Erster Instanz aus einer detaillierten Analyse der vertraglichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen DaimlerChrysler und den Handelsvertretern ab. Nach der Vertragsgestaltung trug DaimlerChrysler als Hersteller das wirtschaftliche Risiko; bei den Vertragshändlern verblieb bezogen auf einzelne Verkäufe kein signifikantes eigenes Risiko. Unter diesen Umständen betrachtete das Gericht die Anweisungen an die Handelsvertreter nicht als Vereinbarung zwischen Unternehmen i. S. d. Artikel 81 Abs. 1 EG.

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

In der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 15. Juni 2005 in der Sache AstraZeneca (COMP/37.507) hat die Europäische Kommission den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Artikel 82 EG durch das Pharmaunternehmen AstraZeneca festgestellt und dem Unternehmen eine Geldbuße auferlegt. AstraZeneca hat seine marktbeherrschende Stellung bei dem Magengeschwürmedikament Losec missbräuchlich ausgenutzt, indem es durch Angabe irreführender Informationen verlängerten Patentschutz erwirkt und durch den Missbrauch der Regeln zur Marktzulassung Markteintritte von Generikaherstellern verhindert und hinausgezögert hat.

In der Sache Prokent/Tomra (Entscheidung vom 29. März 2006, COMP/38.113) hat die Europäische Kommission den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch das norwegische Unternehmen Tomra auf dem Markt für Leergutrücknahmeautomaten festgestellt und ein Bußgeld verhängt. Mit der Entscheidung wurden Vereinbarungen geahndet, die Tomra zum Exklusivlieferanten machten sowie individuelle Abnahmemengen oder rückwirkende individuelle Rabattsysteme vorsahen, die erst ab so großen Mengen griffen, dass die Abnehmer i. d. R. vollständig oder annähernd vollständig auf Tomra-Automaten festgelegt waren. Mit diesen Praktiken verfolgte Tomra eine Verdrängungsstrategie. Dieses Ziel der Zutrittsbeschränkung oder ernsthaften Behinderung wurde auch erreicht. Das Bundeskartellamt hat die Entscheidung der Europäischen Kommission im Ergebnis unterstützt, kritisierte jedoch insbesondere die fünfjährige Verfahrensdauer mit umfangreichen, zusätzlichen Untersuchungen

zu den tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarungen, die einen effektiven Schutz des (tatsächlichen) Wettbewerbs in Frage stellt. Die beteiligten Unternehmen haben gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission u. a. mit der Begründung Rechtsmittel eingelegt, die Europäische Kommission habe Fehler bei der Beurteilung begangen, ob die Vereinbarungen geeignet seien, den Wettbewerb auszuschließen, und ob diese Vereinbarungen tatsächlich den Wettbewerb ausgeschlossen haben.

Der Europäische Gerichtshof hat in Sachen British Airways/Kommission (Rs. C-95/04 P, Urteil vom 15. März 2007) die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 73) vollumfänglich bestätigt. Der Gerichtshof führte aus, dass Prämien und Rabatte, die bei Erreichen eines individuell definierten (Umsatz-)Ziels auf die gesamten erzielten Umsätze und nicht nur auf die nach Erreichen der individuell definierten Vorgabe getätigten Umsätze gewährt werden (sog. retroaktive Rabatte), eine Ausschlusswirkung („exclusionary effect“) haben können, insbesondere wenn der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens deutlich höher ist als der seiner Wettbewerber. Für die Feststellung der Ausschlusswirkung ist es ausreichend, wenn die möglichen Auswirkungen des praktizierten Verhaltens geprüft werden. Der Gerichtshof ließ die allgemeinen, abstrakten Ausführungen des Gerichts Erster Instanz zur Wirkungsweise der Prämienregelung von British Airways genügen. Die Beweisanforderungen sind sehr gering. Der Nachweis der Verdrängungswirkung durch das Gericht Erster Instanz wurde vom Europäischen Gerichtshof bereits deshalb als hinreichend quantifiziert angesehen, weil es auf ein hypothetisches Rechenbeispiel der Europäischen Kommission verwiesen hatte. Ein Schaden der Verbraucher muss durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht eintreten. Da Artikel 82 EG sich auch auf Verhaltensweisen bezieht, die den Verbraucher durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs i. S. d. Artikel 3 Abs. 1 lit. g EG einen Schaden zufügen, ist es ausreichend, die beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb nachzuweisen. Die vom Gericht Erster Instanz verneinte objektive wirtschaftliche Rechtfertigung der behindernden Praktiken wurde vom Europäischen Gerichtshof nicht überprüft, da dies dem Tatsachengericht vorbehalten sei. Weiterhin bestätigte der Gerichtshof, dass das Prämiensystem von British Airways zu einer Diskriminierung der Prämienempfänger (Handelspartner, in diesem Fall Reisevermittler) geführt habe, weil die Prämien für einen absolut gleich hohen Umsatz unterschiedlich waren, je nach dem ob ein Handelspartner seine individuell definierte Vorgabe erreicht hat oder nicht. Wenn das diskriminierende Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nach den gesamten Umständen des Einzelfalls auf eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern gerichtet sei, könne nicht zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren und konkreten Verschlechterung der Wettbewerbsstellung der Handelspartner für den Nachweis der Missbräuchlichkeit des Verhaltens verlangt werden.

## Sport

In der Rechtssache Piau (Urteil vom 26. Januar 2005, Rs. T-193/02) prüfte das Gericht Erster Instanz die Zulässigkeit der durch die Statuten des internationalen Fußballverbandes FIFA festgelegten Zulassungsbeschränkungen für professionelle Spielervermittler anhand von Artikel 81 und 82 EG. Das Gericht Erster Instanz stellte insoweit fest, dass eine signifikante Anzahl von Mitgliedern der FIFA den Fußballsport nicht als bloßen Amateursport, sondern auch als wirtschaftliche Tätigkeit betreibt, die FIFA daher eine Unternehmensvereinigung darstellt und die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags folglich auf deren Statuten anwendbar sind. Das Gericht Erster Instanz hielt – insoweit entgegen der streitgegenständlichen Kommissionsentscheidung – die FIFA gemeinsam mit ihren Mitgliedern für marktbeherrschend auf dem Markt für Spielervermittlerkonzessionen; einen Missbrauch der Marktmacht i. S. d. Artikel 82 EG konnte es in den Statuten angesichts der bejahten Freistellungsfähigkeit der Zulässigkeitsbeschränkung gemäß Artikel 81 Abs. 3 EG aber nicht erkennen.

In dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juli 2006 in der Sache Meca-Medina (Rs. C-519/04) befasste sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage, ob bestimmte Regeln zur Dopingbekämpfung gegen gemeinschaftliches Wettbewerbsrecht und die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Der Europäische Gerichtshof entschied, dass die Regeln unabhängig von ihrer Eigenschaft als Regeln aus dem Sportbereich hinsichtlich möglicher wettbewerbseinschränkender Wirkung geprüft werden müssen. Sie fallen danach grundsätzlich unter das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht, jedoch verstoßen die konkreten Regeln zur Dopingbekämpfung nicht gegen Artikel 81 Abs. 1 EG. Der Europäische Gerichtshof stützte sich vor allem auf die Wouters Entscheidung (Urteil vom 19. Februar 2002, Rs. C-309/99). Danach sind bei der Anwendung von Artikel 81 Abs. 1 EG der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Weiter ist zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind. Eine gewisse Beschränkung der Handlungsfreiheit der Sportler ist mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden und dient gerade dazu, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten. Da sich die mit dem streitgegenständlichen Regelwerk auferlegten Beschränkungen auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzen, verneinte der Europäische Gerichtshof eine Verletzung von Artikel 81 Abs. 1 EG.

In ihrer ersten Entscheidung zur Annahme von Verpflichtungszusagen gemäß Artikel 9 Abs. 1 VO Nr. 1/03 erklärte die Europäische Kommission am 19. Januar 2005 Zusagen des Ligaverbandes e.V., dessen Mitglieder die Vereine der ersten und zweiten Fußballbundesliga sind

und der über die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) die Spiele der Bundesligen veranstaltet, bezüglich der zentralen Vermarktung der Medienrechte an Spielen der ersten und zweiten Bundesliga für verbindlich (COMP/37.214, Tätigkeitsbericht 2003/2004 S. 58). Weiterhin erklärte die Europäische Kommission am 22. März 2006 der Sache nach ähnliche Verpflichtungszusagen des englischen Ligaverbandes FAPL, der die Spiele der Premier League veranstaltet, gemäß Artikel 9 Abs. 1 VO Nr. 1/03 für bindend (COMP/38.173). Die von der Europäischen Kommission in den beiden Entscheidungen grundsätzlich anerkannten Effizienzgewinne durch die zentrale Vermarktung von Übertragungsrechten wurden vom Bundeskartellamt angezweifelt. In den Beratenden Ausschüssen zu den genannten Verfahren hat das Bundeskartellamt ein negatives Votum abgegeben und neben der grundsätzlichen Kritik an der zentralen Vermarktung die Zusagen für nicht ausreichend befunden.

## Zivilrechtliche Durchsetzbarkeit

In der Rechtssache Vincenzo Manfredi u. a. (Urteil vom 13. Juni 2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04) hat der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung bestätigt, dass sich aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Artikel 81 EG jedermann auf diese Bestimmung berufen kann, um die Nichtigkeit einer nach Artikel 81 EG verbotenen Vereinbarung geltend zu machen und Schadenersatz zu verlangen, wenn ein kausaler Zusammenhang zwischen dem ihm entstandenen Schaden und der verbotenen Vereinbarung besteht. Schließlich hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass es den Mitgliedsstaaten obliegt, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Ausgestaltung der Rechtbehelfe sowie die Verjährungsfrist festzulegen. Dabei dürfen diese Verfahren nach dem Äquivalenzgrundsatz nicht weniger günstiger ausgestaltet sein als vergleichbare innerstaatliche Verfahren. Nach dem Effektivitätsgrundsatz darf außerdem die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden. Des Weiteren muss der Geschädigte, neben dem Vermögensschaden auch entgangenen Gewinn und die Zahlung von Zinsen verlangen können.

## Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Artikel 81 Abs. 1 EG

In der Rechtssache O2 (Germany) GmbH & Co. KG (Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. T-328/00) hat das Gericht Erster Instanz die von der Europäischen Kommission in Bezug auf die von den Telekommunikationsunternehmen O2 und T-Mobile vereinbarten Roamingbestimmungen gewährte Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EG insoweit für nichtig erklärt, als die Freistellung ohne vorherige Feststellung des wettbewerbswidrigen Charakters dieser Bestimmungen nach Artikel 81 Abs. 1 EG erfolgt ist. O2 und T-Mobile hatten im Februar 2002 ihren Rahmenvertrag über die gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen und Inlandsroaming für Mobilfunkkommunikation der dritten Generation (3G) angemeldet und die Erteilung eines Negativattests gemäß Artikel 81

Abs. 1 EG beantragt. Die Europäische Kommission erklärte hinsichtlich des Inlandsroamings jedoch die Wettbewerbsregeln für anwendbar und erteilte diesbezüglich eine Freistellung gemäß Artikel 81 Abs. 3 EG. Hiergegen hatte O2 Klage erhoben und beantragt, die Freistellungsentscheidung für nichtig zu erklären. Das Gericht Erster Instanz gab der Klage mit der Begründung statt, dass es für die Entscheidung, soweit sie die Anwendung des Artikel 81 Abs. 1 EG (Artikel 53 Abs. 1 EWR-Abkommen) betrifft, an maßgeblichen Untersuchungen fehle. Nach Ansicht des Gerichts hätte die Europäische Kommission die Wettbewerbssituation, die auf dem Markt ohne die Vereinbarung bestehen würde, eingehender prüfen müssen. Insoweit habe sie gegen ihre Verpflichtung zur objektiven Untersuchung verstoßen. Insoweit betont das Gericht Erster Instanz, dass zur Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt im Hinblick auf Artikel 81 Abs. 1 EG der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang, in den sich die Vereinbarung einfügt, ihr Zweck, ihre Wirkungen und die Beeinträchtigungen des Handels zu prüfen sind und dass diese Untersuchungsmethode allgemein bei Vereinbarungen anzuwenden ist. Die Europäische Kommission hätte nach Ansicht des Gerichts Erster Instanz die Frage vertiefen müssen, ob O2 ohne die Vereinbarung auf dem 3G-Markt aktiv gewesen wäre. Auch sei die Beurteilung der Europäischen Kommission, dass Inlandsroaming den Wettbewerb generell beschränke, zu allgemein, da sie sich nicht auf konkrete, der Vereinbarung immanente und in der Entscheidung angeführte Gegebenheiten stützt. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung des Preisgestaltungsmechanismus sei nicht ausreichend nachgewiesen. Schließlich beanstandete das Gericht Erster Instanz, dass die Europäische Kommission den besonderen Rahmen, der auf den Merkmalen des sich herausbildenden Marktes der 3G-Mobilfunkkommunikation beruht, nicht berücksichtigt hat. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Roaming-Vereinbarung den Wettbewerb nicht beschränkt, sondern es vielmehr kleinen Betreibern ermöglicht, in den Wettbewerb mit den maßgeblichen Akteuren einzutreten. In Anbetracht der spezifischen Merkmale dieses Marktes hätte die Stellung von O2 im Wettbewerb auf dem 3G-Markt ohne die Vereinbarung möglicherweise nicht gesichert werden können und wäre sogar gefährdet gewesen.

### Fragen des Bußgeldverfahrens

In dem Verfahren Dansk Rørindustri u. a. (Urteil vom 28. Juni 2005, verbundene Rs. C-189/92P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P) nahm der Europäische Gerichtshof zur Rechtsnatur der Bußgeldleitlinien Stellung. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes handelt es sich bei den Leitlinien nicht um Rechtsnormen, die die Verwaltung in jedem Fall zu beachten hat. Sie stellen jedoch Verhaltensnormen dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthalten und von denen die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann. Das gelte erst recht für Verhaltensnormen, die – wie die Bußgeldleitlinien – Außenwirkung entfalten. Insbesondere

fallen sie unter den Begriff des „Rechts“ i. S. v. Artikel 7 Abs. 1 EMRK. Eine veränderte Methode für die Bußgeldberechnung, die sich verschärfend auf die Höhe der Geldbußen auswirkt, ist deshalb am Rückwirkungsverbot zu messen. Dieses Verbot sah der Europäische Gerichtshof indes nicht als verletzt an. Zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung war nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs vorhersehbar, dass die Europäische Kommission das Niveau der Geldbußen erhöhen könnte, da die von der VO Nr. 17/62 (nunmehr VO Nr. 1/03) gezogene Grenze durch die damalige Praxis nicht ausgeschöpft wurde. Der Europäische Gerichtshof hat ebenfalls klargestellt, dass die Kappungsgrenze von 10 % des Gesamtumsatzes in Artikel 15 Abs. 2 VO Nr. 17/62 (nunmehr Artikel 23 Abs. 2 VO Nr. 1/03) sich lediglich auf den Endbetrag bezieht. Die Europäische Kommission ist nicht daran gehindert, bei den verschiedenen Berechnungsschritten zu einem Zwischenbetrag zu gelangen, der oberhalb der Kappungsgrenze liege. Zweck der Kappungsgrenze von 10 % sei es, zu verhindern, dass die Geldbuße außer Verhältnis zur Größe des Unternehmens stehe. Dieser Zweck wird nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs durch Zwischenbeträge, die die Obergrenze überschreiten, nicht beeinträchtigt. Insoweit kommt es allein auf den Endbetrag an.

In der Rechtssache SGL Carbon u. a. (Urteil vom 29. Juni 2006, Rs. C-308/04P) hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass der Grundsatz *ne bis in idem* nicht für Sachverhalte gilt, in denen die Rechtsordnungen und die Wettbewerbsbehörden von Drittstaaten im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeit Bußgeldentscheidungen treffen. Auch kein anderer Rechtsgrundsatz verpflichtet die Europäische Kommission, in Drittstaaten – also außerhalb der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft – verhängte Sanktionen zu berücksichtigen. Für die Ausübung der Befugnisse der mit dem Schutz des freien Wettbewerbs betrauten Behörden gelten in jeder Jurisdiktion unterschiedliche Anforderungen. Teilweise dient die Anwendung auch speziellen Zwecken und Zielsetzungen. Zudem gibt es unterschiedliche Rechtsfolgen im Bereich des Verwaltungs-, Straf- oder Zivilrechts. Deshalb ist nicht auszuschließen, dass aufgrund des speziellen Charakters des auf Gemeinschaftsebene geschützten Rechtsguts des freien Wettbewerbs Beurteilungen, die die Europäische Kommission aufgrund ihrer einschlägigen Befugnisse vornimmt, erheblich von den Beurteilungen durch die Behörden von Drittstaaten abweichen. Unter diesen Umständen besteht schon keine Basis für eine Anrechnung.

In der Rechtssache Sumitomo Chemical hat das Gericht Erster Instanz (Urteil vom 6. Oktober 2005, verb. Rs. T-22/02 und T-23/02) die Voraussetzungen präzisiert, unter denen ein berechtigtes Interesse der Europäischen Kommission besteht, eine bereits verjährte Zuwiderhandlung festzustellen. Die entsprechende gesetzliche Befugnis befindet sich in Artikel 7 Abs. 1 Satz 4 VO Nr. 1/03. Nach Ansicht des Gerichts Erster Instanz ist ein solches Interesse dann zu bejahen, wenn ein vorbildliches Verhalten der Unternehmen gefördert oder wegen der besonderen Schwere des fraglichen Verstoßes das Unternehmen

von einem Rückfall abgehalten werden soll. Zu bejahen sein kann das besondere Interesse aber auch, um die Befassung nationaler Zivilgerichte durch Verletzte zu ermöglichen, die nicht die Befugnisse zur Erlangung von Beweisen auf Gemeinschaftsebene wie die Europäische Kommission haben und daher nicht unbedingt in der Lage sind, im Fall eines weite Teile der Erde umfassenden Verstoßes, den die verantwortlichen Unternehmen bestreiten, die erforderlichen Beweise zu erbringen. In diesem Zusammenhang ist auch die Vorschrift des § 33 Abs. 4 zu nennen, der die Vorgehensweise entsprechender Feststellungen nationaler Kartellbehörden oder der Europäischen Kommission statuiert.

Nach Artikel 23 Abs. 2 VO Nr. 1/03 hat die Europäische Kommission bei der Bestimmung der Kappungsgrenze grundsätzlich auf das ihrer Bußgeldentscheidung vorangegangene Geschäftsjahr abzustellen. Das Gericht Erster Instanz hat in der Rechtssache Britannia (Urteil vom 29. November 2005, Rs. T-33/02), den Begriff „letztes Geschäftsjahr“ insoweit präzisiert, als es sich dabei um ein Geschäftsjahr handeln muss, bei dem es sich um ein abgeschlossenes Jahr normaler wirtschaftlicher Tätigkeit handelt. Dieses muss sich über einen Zeitraum von zwölf Monaten erstrecken. Übt ein Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Erlass der Entscheidung keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, kann der Umsatz in diesem Zeitraum keinen Anhaltspunkt für die Größe des Unternehmens liefern und ist nicht als Grundlage für die Bestimmung der genannten Obergrenze heranzuziehen. In einem solchen Fall muss die Europäische Kommission zumindest dann, wenn es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass ein Unternehmen seine Geschäftstätigkeit eingestellt oder seinen Umsatz verfälscht hat, um sich einer schweren Geldbuße zu entziehen, die Höchstgrenze der Geldbuße nach dem letzten Umsatz festsetzen, den das Unternehmen in einem abgeschlossenen Jahr wirtschaftlicher Tätigkeit erzielt hat.

In der Rechtssache Degussa (Urteil vom 5. April 2006, Rs. T-279/02) hat das Gericht Erster Instanz festgestellt, dass die Vorschrift des Artikel 15 Abs. 2 VO Nr. 17/62 (nunmehr Artikel 23 Abs. 2 VO Nr. 1/03) hinreichend bestimmt ist. Das gilt selbst dann, wenn man als Maßstab die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Artikel 7 EMRK zugrunde legt. Danach ist es für die Erfüllung der Bestimmtheitsanforderungen nicht erforderlich, dass die Vorschriften, aufgrund derer die Sanktionen verhängt werden, so genau formuliert sind, dass die möglichen Folgen eines Verstoßes gegen ein Unternehmen mit absoluter Gewissheit vorhersehbar sind. Das Gericht Erster Instanz betont, dass die Norm zudem eine Obergrenze der Geldbußen anhand des Umsatzes der betreffenden Unternehmen, d. h. anhand eines objektiven Kriteriums, vorsieht. Für die mögliche Geldbuße besteht danach eine bezifferbare und absolute Obergrenze, die es jedem betroffenen Unternehmen ermöglicht, den Höchstbetrag der möglichen Geldbuße im Voraus zu bestimmen. Außerdem ist die Europäische Kommission nach dieser Bestimmung verpflichtet, bei der Festsetzung der Geldbußen in jedem Einzelfall „neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zu-

derhandlung zu berücksichtigen“. Auch wenn der Europäischen Kommission danach ein Ermessen bei der Verhängung des Bußgeldes zukomme, habe der Verordnungsgeber gleichwohl Kriterien und Grenzen festgelegt, die die Europäische Kommission bei der Ausübung ihrer Befugnis im Bereich der Geldbußen zu beachten hat.

In ihrer Entscheidung „Methacrylate“ vom 31. Mai 2006 (COMP/F/38.645) hat die Europäische Kommission die Voraussetzungen für den erschwerenden Umstand der Wiederholungstäterschaft näher definiert. Eine erneute gleichartige Zuwiderhandlung ist danach gegeben, wenn ein Unternehmen, an das bereits zuvor eine Entscheidung der Europäischen Kommission gerichtet wurde, später für eine weitere Zuwiderhandlung desselben Typs haftbar gemacht wird. Das gilt auch dann, wenn die Zuwiderhandlung in einem anderen Sektor oder in Verbindung mit einem anderen Produkt begangen wurde. Nicht erforderlich ist zudem, dass eine Verbindung zwischen dem von den früheren Entscheidungen und den an der aktuellen Zuwiderhandlung beteiligten Personen besteht. In zeitlicher Hinsicht berücksichtigt die Europäische Kommission lange Zeiträume. Berücksichtigungsfähig sind ihrer Entscheidung nach auch Verstöße, die mehr als 30 Jahre zurückliegen.

Die Europäische Kommission hat in ihrem Verfahren „Stahlträger“ (COMP/F/38.907) vom 8. November 2006 die – parallele – Haftung einer nach der Zuwiderhandlung gegründeten Obergesellschaft für die alte Obergesellschaft für den Fall angenommen, dass die neue Obergesellschaft die bis dato von der früheren Obergesellschaft wahrgenommene industrielle und wirtschaftliche Tätigkeit übernommen hat. Diese Haftung gilt ungeachtet der Tatsache, dass die ursprüngliche Gesellschaft noch besteht. Die Europäische Kommission begründet dies mit der andernfalls bestehenden Umgehungsmöglichkeit. Diese bestünde, wenn es Unternehmen möglich wäre, durch die Übertragung der umstrittenen Tätigkeiten auf eine andere Gesellschaft innerhalb derselben Gruppe zu vermeiden, für von ihnen begangene Verstöße haftbar gemacht zu werden.

Schließlich hat es die Europäische Kommission in dem Verfahren „Butadienkautschuk“ (COMP/C.38.638) abgelehnt, institutionalisierte Anstrengungen eines Unternehmens, Kartellverstöße zu verhindern (Compliance Programm), als mildernden Umstand bei der Bußgeldbemessung zu berücksichtigen. Begründet wird dies damit, dass der Verstoß gerade die Ineffizienz des Compliance Programms beweise.

#### **8.2.4 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission**

Der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen ist im Berichtszeitraum in 31 Sitzungen zusammengekommen und hat zu 36 Einzelfällen Stellungnahmen zu Entscheidungsentwürfen der Europäischen Kommission abgegeben. In weiteren sechs Sitzungen hat der Beratende Ausschuss über europäische Gesetzgebungsvorhaben beraten. Dies betraf die Gruppenfreistellungsverordnung für Konsortien in der Seeschifffahrt (VO Nr. 823/

2000, S. 51), die Revision der Verordnung über Linienkonferenzen in der Seeschifffahrt (VO Nr. 4056/86, S. 51) und die Revision der VO Nr. 1617/93 im Bereich des Passagierluftverkehrs (S. 51). Darüber hinaus gab es weitere Beratende Ausschüsse zu den Sektoruntersuchungen der Europäischen Kommission sowie zu der Bekanntmachung über den Zugang zu Verfahrensakten. Zu Fragen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hat ein Expertentreffen stattgefunden (S. 50). Mitarbeiter des Bundeskartellamtes haben im Berichtszeitraum an 21 Anhörungen in Einzelfällen teilgenommen.

Mitglieder der nationalen Wettbewerbsbehörden sowie der Europäischen Kommission haben sich in den verschiedenen Sektorarbeitsgruppen des Netzwerkes der Europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) mit spezifischen Wettbewerbsproblemen und Erfahrungen der betroffenen Wirtschaftsbereiche befasst. Weiterhin hat es regelmäßige Treffen der ECN-Plenary-Arbeitsgruppe sowie ihrer Unter-Arbeitsgruppen gegeben, in denen rechtliche und praktische Aspekte der Netzwerkzusammenarbeit erarbeitet wurden (S. 47 f.).

Das Bundeskartellamt unterstützte die Europäische Kommission im Jahr 2005 bei fünf Nachprüfungen in 18 Unternehmen sowie im Jahr 2006 bei fünf Nachprüfungen in 42 Unternehmen. In drei Fällen richteten sich die Ermittlungen gegen Strom- bzw. Gasversorgungsunternehmen. Umfangreiche Ermittlungen betrafen auch den Bereich der Cargo-Fluggesellschaften, bei denen im Rahmen einer Nachprüfung zehn Unternehmen an 16 Standorten in Deutschland durchsucht wurden.

### 8.3 Fusionskontrolle

#### **Entwurf der Europäischen Kommission für eine „Konsolidierte jurisdiktionelle Mitteilung“**

Die Europäische Kommission hat im Jahr 2006 den Entwurf einer „Konsolidierten jurisdiktionellen Mitteilung“ vorgelegt (<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn.pdf>). Damit werden die Mitteilungen der Europäischen Kommission aus dem Jahr 1998 über den Begriff des „Zusammenschlusses“ (ABl. Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 5), den Begriff des „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens“ (a. a. O., S. 1), den Begriff der „beteiligten Unternehmen“ (a. a. O., S. 14) sowie über die „Umsatzberechnung“ (a. a. O., S. 25) in einer einzigen Mitteilung zusammengefasst und an die aktuelle Rechtslage und Verwaltungspraxis angepasst. Die Diskussionen im Beratenden Ausschuss haben eine weitgehende Zustimmung zu dem Entwurf gezeigt. Es ist mit einem alsbaldigen Abschluss der Beratungen zu rechnen.

#### **Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zur Beurteilung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse**

Die Europäische Kommission hat den Mitgliedstaaten Ende 2006 einen ersten Entwurf der Leitlinien zur Beurteilung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse vorgelegt. Der Entwurf stellt die Ergänzung zu den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung horizontaler

Zusammenschlüsse aus dem Jahr 2004 dar (ABl. Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5; Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 54), indem er die Besonderheiten bei der wettbewerblichen Beurteilung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse thematisiert.

Nach Ansicht der Europäischen Kommission unterscheiden sich die wettbewerblichen Effekte von horizontalen Zusammenschlüssen auf der einen und vertikalen/konglomeraten Zusammenschlüssen auf der anderen Seite grundlegend. Während bei horizontalen Zusammenschlüssen ein Wettbewerber wegfalle, seien bei vertikalen Zusammenschlüssen nur vor- oder nachgelagerte Märkte, bei konglomeraten Zusammenschlüssen im Regelfall allenfalls benachbarte Märkte betroffen. Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass vertikale und – erst recht – konglomerate Fusionen im Regelfall weniger wettbewerbsschädlich sind als horizontale Fusionen.

Entsprechend ihrer bisherigen Praxis will die Europäische Kommission bei der wettbewerblichen Prüfung vor allem auf die nicht-koordinierten und die koordinierten Effekte abstellen, die sich aus nicht-horizontalen Zusammenschlüssen ergeben können. Nicht-koordinierte Effekte träten hauptsächlich dann auf, wenn der Zusammenschluss zu Verdrängung/Marktabschottung („foreclosure“) führe. Von koordinierten Effekten wird dann gesprochen, wenn das Wesen des Wettbewerbs auf dem Markt sich insoweit ändert, dass eine Koordination zwischen Unternehmen, die vorher keinen Anreiz hatten, sich zu koordinieren, wahrscheinlicher wird, oder wenn die Koordination, welche auch bisher schon stattgefunden hat, für die Unternehmen einfacher, stabiler oder effektiver wird.

Die Europäische Kommission schlägt die Einführung von Schwellen für die Unbedenklichkeit nicht-horizontaler Zusammenschlüsse vor: Werde durch einen Zusammenschluss auf keinem betroffenen Markt ein Marktanteil von 30 % erreicht und übersteige der Konzentrationsgrad (HHI) nicht den Wert von 2.000, sei davon auszugehen, dass der Zusammenschluss wettbewerblich nicht bedenklich sei. Von diesem Grundsatz soll es wiederum eine Reihe von Ausnahmen geben. So will die Europäische Kommission z. B. dann ein Vorhaben intensiv prüfen, wenn es signifikante Überkreuzbeteiligungen zwischen den Marktteilnehmern oder gar Hinweise auf ein koordiniertes Verhalten im Markt gibt.

Bei vertikalen Fusionen können nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht-koordinierte Effekte insbesondere in Form der Marktabschottung auftreten. Diese Marktabschottung könne auf vorgelagerten oder auf nachgelagerten Märkten auftreten. Die wettbewerbliche Prüfung soll dreistufig erfolgen. Geprüft werden soll (1.) die Fähigkeit zur Marktabschottung, (2.) der Anreiz zur Marktabschottung und (3.) die wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die Annahme koordinierter Effekte liege nahe, wenn es (1.) relativ leicht sei, eine Einigung über die Koordinierung zu erzielen, (2.) die Möglichkeit bestehe, die Einhaltung der Koordinierung zu überwachen, (3.) es – für den Fall der Abweichung – Sanktionsmöglichkeiten gebe und (4.) Außenstehende keine Möglichkeit hätten, die Koordinierung aufzuwei-

chen. Durch erfolgreiche Verdrängung von Wettbewerbern steige die Wahrscheinlichkeit, eine Einigung zu erzielen. Ein vertikaler Zusammenschluss könne auch zu erhöhter Markttransparenz führen, wodurch die Überwachung erleichtert werde. Die Sanktionsmöglichkeiten könnten steigen, wenn ein Unternehmen auf der vor- oder nachgelagerten Stufe ein wichtiger Kunde oder Lieferant seiner Wettbewerber auf der entsprechenden anderen Stufe ist.

Konglomerate Fusionen sind nach Ansicht der Europäischen Kommission im Regelfall wettbewerbslich unbedenklich. Gleichwohl könne es auch hier Situationen geben, in denen der Zusammenschluss eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs zur Folge habe. Ebenso wie bei vertikalen Fusionen will sie die Prüfung nicht-koordinierter Effekte vor allem auf den Gesichtspunkt der Marktabschottung beschränken. Die Kombination von Produkten in benachbarten Märkten könne unter gewissen Voraussetzungen einem Unternehmen die Möglichkeit und den Anreiz geben, die auf einem Markt bestehende Marktmacht durch Knebelung („tying“) oder Bündelung („bundling“) auf einen anderen Markt zu übertragen.

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes ist zwar zu begrüßen, dass der Entwurf den aktuellen Stand der ökonomischen Lehre reflektiert. Die Darstellung ist jedoch eher abstrakt und lehrbuchhaft, was die Verständlichkeit des Textes und die Anwendung der Leitlinien in der Praxis erschweren dürfte. Fraglich ist, ob die Prämisse der Europäischen Kommission, die verschiedenen Arten von Fusionen (horizontal, vertikal, konglomerat) ließen sich eindeutig voneinander unterscheiden, der Realität entspricht. In vielen Fällen ist es in erster Linie eine Frage der Marktabgrenzung, ob es sich um einen horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Zusammenschluss handelt. Da die Europäische Fusionskontrollverordnung (VO Nr. 139/04) nicht danach unterscheidet, um welche Art von Zusammenschluss es sich handelt, ist zu fragen, ob die vorgeschlagene Trennung und die sich daraus ergebende unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist. Zu hinterfragen ist auch, ob die vorgeschlagene Marktanteilsschwelle mit dem Erwägungsgrund Nr. 32 der VO Nr. 139/04 vereinbar ist, demzufolge Marktanteile bis 25 % unbedenklich sind. Zu kritisieren ist schließlich, dass in dem Entwurf nur darauf abgestellt wird, ob bestehende Marktmacht auf einen anderen Markt übertragen wird. Nur unzureichend behandelt wird dagegen die Situation, dass die auf einem Markt bestehende Marktmacht infolge der Fusion verstärkt wird.

#### **Studie der Europäischen Kommission zu Nebenbestimmungen**

Die Europäische Kommission hat eine Untersuchung über Nebenbestimmungen in der Fusionskontrolle vorgelegt. ([http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies\\_reports/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf)). Ziel der sog. „Merger Remedies Study“ ist, typische Probleme bei der Ausarbeitung und der Umsetzung von Nebenbestimmungen zu identifizieren. Zu diesem Zweck hat die Europäische Kommission 96 Nebenbestimmungen untersucht, die im

Zeitraum von 1996 bis 2000 verfügt worden sind. Die Studie deckt verschiedene zentrale Problemfelder auf. Dazu gehört insbesondere der richtige Zuschnitt des zu veräußernden Gegenstandes, zumal hiervon im Regelfall auch die Überlebensfähigkeit des Veräußerungsobjekts abhängt. Des Weiteren müsse durch Sicherungsmaßnahmen der Gefahr begegnet werden, dass der Veräußerungsgegenstand an Wettbewerbsfähigkeit verliere, bevor es zu einer Übertragung komme. Ein weiteres Problem seien Zustimmungserfordernisse Dritter zur Übertragung von Beteiligungen oder Vermögenswerten. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission haben nur 57 % der Nebenbestimmungen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt. Bei 24 % der Maßnahmen sei es zu unlösbaren Umsetzungsproblemen gekommen.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist uneingeschränkt positiv zu bewerten, dass die Europäische Kommission den Versuch unternommen hat, eine umfangreiche Analyse von Nebenbestimmungen durchzuführen. Die Identifizierung typischer Umsetzungsprobleme dürfte dazu beitragen, dass ähnliche Probleme künftig von vornherein vermieden werden. Dem Anspruch, eine nachvollziehbare Bewertung der Wirksamkeit von Nebenbestimmungen vorzunehmen, ist die Studie jedoch nur unzureichend gerecht geworden. Die Europäische Kommission weist selbst darauf hin, dass die angewandte Methodik, d. h. die Durchführung von Interviews mit den zuständigen case-teams, den beteiligten Unternehmen und den Erwerberrn anstelle einer ex-post-Marktanalyse, weitergehende Schlussfolgerungen über die Wirksamkeit der Nebenbestimmungen nicht zulässt.

#### **Studie zur Zwei-Drittel-Klausel in der Fusionskontrollverordnung**

Auf der Grundlage statistischer Angaben der Mitgliedstaaten hat die Europäische Kommission einen Bericht über das Funktionieren der Zwei-Drittel-Klausel in Artikel 1 Abs. 2 und 3, jeweils letzter Halbsatz VO Nr. 139/04 vorgelegt. Dem Bericht zufolge hat es im Zeitraum vom 2001 bis 2005 insgesamt 83 Zusammenschlüsse gegeben, die zwar die umsatzbezogenen Schwellenwerte des Artikel 1 Abs. 2 oder Abs. 3 VO Nr. 139/04 erfüllt haben, die jedoch ausschließlich aufgrund der Zwei-Drittel-Klausel in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gefallen sind. Die weit überwiegende Mehrzahl dieser Fälle sei auf die fünf größten Mitgliedstaaten entfallen.

Die Europäische Kommission hat darüber hinaus festgestellt, dass die nationalen Kartellbehörden insgesamt in nur fünf Fällen (rund 6 %) grenzüberschreitende Märkte identifiziert haben; in allen anderen Fällen seien die nationalen Kartellbehörden von nationalen oder Regionalmärkten ausgegangen. Die Europäische Kommission erkennt zwar einerseits in dem Bericht an, dass die Zwei-Drittel-Klausel ein rechtliches Instrument sei, um Fälle mit einem ganz überwiegenden nationalen Bezug der Zuständigkeit der nationalen Behörden zuzuweisen. Andererseits sieht sie aber die Gefahr, dass hierdurch Zusammenschlussvorhaben mit einem zumindest potenziell

grenzüberschreitenden Effekt ihrer eigenen Prüfständigkeit entzogen werden, obwohl sie für die Prüfung solcher Fallkonstellationen die am besten geeignete Behörde sei. Dies gelte vor allem für Märkte, die auf Gemeinschaftsebene bereits liberalisiert worden sind, wie z. B. den Energiesektor.

Ein eigenes Kapitel widmet die Europäische Kommission der Fusion von Börsen. Auch hier handele es sich um Zusammenschlüsse mit „signifikanten grenzüberschreitenden Effekten“, für deren Prüfung sie selbst die am besten geeignete Behörde sei. Wie die Europäische Kommission einräumt, liegt der Kern des Problems bei den Börsenfusionen allerdings nicht bei der Zwei-Drittel-Klausel, sondern bei der Tatsache, dass die Umsätze der Börsen auf der Grundlage von Gebühreneinnahmen berechnet werden. Die Gebühreneinnahmen der europäischen Börsen seien noch so niedrig, dass die nationalen Kartellbehörden auch ohne die Zwei-Drittel-Klausel zuständig gewesen seien. Die Europäische Kommission schlägt vor, ihr die ausschließliche Zuständigkeit für die Prüfung von Börsenfusionen einzuräumen. Erreicht werden soll dies durch eine Änderung des für die Umsatzberechnung maßgeblichen Artikel 5 Abs. 3 VO Nr. 139/04. Demnach soll künftig der Umsatz von Börsen anhand des Wertes der gehandelten Wertpapiere berechnet werden. Die Folge der Gesetzesänderung wäre, dass künftig alle (grenzüberschreitenden) Börsenfusionen in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen würden.

Die zwischenzeitlich erfolgten Beratungen des Berichts, zuletzt auf Ebene der Generaldirektoren für Wettbewerb, haben deutlich gemacht, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten den Vorschlägen der Europäischen Kommission kritisch gegenüber steht. Das Bundeskartellamt lehnt eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen ebenfalls ab. Die Untersuchung der Europäischen Kommission hat gezeigt, dass die Mehrzahl der Fälle, die in den vergangenen Jahren unter die Zwei-Drittel-Klausel gefallen sind, einen nationalen Schwerpunkt gehabt haben. Es entspricht dem im Gemeinschaftsrecht verankerten Grundsatz der Subsidiarität, dass für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben mit eindeutig nationalem Schwerpunkt die betreffenden Mitgliedstaaten zuständig sind. Außerdem ist das Bundeskartellamt der Auffassung, dass es noch verfrüht ist, in eine Diskussion über punktuelle Änderungen der VO Nr. 139/04 einzutreten. Da die VO Nr. 139/04 erst im Mai 2004 in Kraft getreten ist, sollten zunächst Erfahrungen mit dem geänderten europäischen Rechtsrahmen gemacht und ausgewertet werden; dies gilt insbesondere für das neue Regime der Fallverweisung nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 VO Nr. 139/04. Im Übrigen sollten die Beratungen in eine Diskussion über eine Neujustierung der Fallverteilung zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten eingebettet werden.

#### **„Working Arrangements“ für den Beratenden Ausschuss Fusionskontrolle**

Eine Initiative der ECA-Mitgliedsstaaten aufgreifend, die insbesondere auf eine Verbesserung der Informations-

möglichkeiten des Beratenden Ausschusses abzielte, hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für sog. „Working Arrangements“ vorgelegt.

Bevor die Europäische Kommission eine Entscheidung in einem Fusionskontrollverfahren mit vertiefter Prüfung (zweite Phase) erlässt, muss sie den sog. Beratenden Ausschuss konsultieren. Dieser setzt sich aus Vertretern der Wettbewerbsbehörden aller Mitgliedstaaten zusammen. Die „Working arrangements“ enthalten im Wesentlichen Verfahrensregeln zu Ablauf, Vor- und Nachbereitung von Sitzungen des Beratenden Ausschusses, insbesondere zur Übermittlung von fallrelevanten Unterlagen sowie zur Rolle des nationalen Berichterstatters (sog. Rapporteur). In den „Working Arrangements“ ist klargestellt, dass sie die Europäische Kommission in keiner Weise binden sollen. Hierdurch soll vermieden werden, dass Verfahrensrügen auf eine Verletzung von Vorschriften der „Working Arrangements“ gestützt werden. Die „Working Arrangements“ sind – nach zwischenzeitlich erfolgter Annahme durch den Beratenden Ausschuss – seit Mitte 2006 in Kraft.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes sind die „Working Arrangements“ ausdrücklich zu begrüßen, unterstreichen sie doch die Bereitschaft und den Willen der Europäischen Kommission zur intensiven und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Beratenden Ausschuss. Da sie keine bindende Wirkung entfalten, bleibt zu hoffen, dass die Europäische Kommission die Bereitschaft zeigen wird, diese Regelungen auch einzuhalten.

#### **Verweisungen nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 VO Nr. 139/04**

Seit dem Inkrafttreten der VO Nr. 139/04 am 1. Mai 2004 können auch die Unternehmen selbst bei der Europäischen Kommission einen Antrag auf Fallverweisung stellen. Gemäß Artikel 4 Abs. 4 VO Nr. 139/04 können die Unternehmen die Verweisung eines an sich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallenden Zusammenschlussvorhabens an die Kartellbehörde eines Mitgliedstaates beantragen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt innerhalb des Mitgliedstaates, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen könnte. Artikel 4 Abs. 5 VO Nr. 139/04 sieht vor, dass die Unternehmen die Verweisung eines Falles an die Europäische Kommission beantragen können, sofern dieser Zusammenschluss ansonsten nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten zu prüfen wäre (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 52. f.).

Im Berichtszeitraum wurden bei der Europäischen Kommission 27 Anträge gemäß Artikel 4 Abs. 4 VO Nr. 139/04 auf Verweisung an nationale Wettbewerbsbehörden gestellt. Davon wurden bisher 24 – nach Zustimmung durch die jeweils betroffenen Mitgliedstaaten – von der Europäischen Kommission antragsgemäß an die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten verwiesen. Zwei Anträge wurden zurückgenommen. Sieben Fälle wurden an das Bundeskartellamt verwiesen, da jeweils Märkte im Inland betroffen waren, welche alle Merkmale eines ge-

sonderten Marktes aufwiesen. Es handelte sich dabei um folgende Fälle: BC Partners/Kabelnetz NRW (ish), Apollo/BC Partners/Iesy-Ish, Schwarz Gruppe/MEG, Sulo/Cleanaway, RWE Energy/SaarFerngas, Metro/Wal Mart, Veronis Suhler Stevenson/Landesbank Berlin/Berlin Online.

Des Weiteren wurden 66 Anträge gemäß Artikel 4 Abs. 5 VO Nr. 139/04 auf Verweisung eines Zusammenschlusses ohne gemeinschaftsweite Bedeutung an die Europäische Kommission gestellt. Hiervon waren 63 Vorhaben gemäß §§ 35 ff. beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig. Das Bundeskartellamt hat in allen diesen Fällen der Verweisung an die Kommission zugestimmt. Insgesamt wurden 63 von den 66 Zusammenschlüssen an die Kommission verwiesen. Davon wurden anschließend 61 Zusammenschlüsse bei der Kommission angemeldet und bereits für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt, zwei Vorhaben wurden in der Zweiten Phase eingestellt, drei Vorhaben werden zur Zeit noch geprüft.

#### Verweisungen nach Artikel 9 VO Nr. 139/04

Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission acht (von 13 beantragten) Fälle gemäß Artikel 9 VO Nr. 139/04 ganz oder teilweise zur Entscheidung an nationale Wettbewerbsbehörden verwiesen. Drei der Anträge wurden von Deutschland gestellt. Die Fälle Strabag/Dywidag und Fimag/Züblin wurden jeweils antragsgemäß teilweise verwiesen. In beiden Fällen war zu erwarten, dass der Wettbewerb auf Märkten beeinträchtigt würde, die alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufwiesen und keinen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes darstellten. Im dritten Fall wurde die Anmeldung von den beteiligten Unternehmen zurückgenommen, bevor die Europäische Kommission über die Verweisung entschieden hatte.

#### Verweisungen nach Artikel 22 VO Nr. 139/04

Im Berichtszeitraum haben die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten acht Verweisungsanträge nach Artikel 22 VO Nr. 139/04 gestellt. Davon hat die Europäische Kommission in sechs Fällen der beantragten Verweisung zugestimmt. An vier dieser Verfahren war Deutschland beteiligt. In den Fällen Ami/Eurotecnica, Dow/Total und Orica/Dyno hat sich Deutschland dem Verweisungsantrag eines anderen Mitgliedstaates angeschlossen, im Fall Glatfelter/Crompton hat Deutschland den Antrag selbst gestellt. In zwei Fällen hat die Europäische Kommission eine Verweisung abgelehnt. Im Fall Gas Natural/Endesa geschah dies mit der Begründung, dass Portugal (Antragsteller) nicht nachgewiesen habe, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in seinem Hoheitsgebiet erheblich zu beeinträchtigen drohe. Spanien, in dessen Märkten die wesentlichen wettbewerblichen Auswirkungen zu erwarten waren, hatte sich dem Verweisungsantrag nicht angeschlossen. Der Verweisungsantrag Zyperns im Verfahren Coca Cola Hellenic Bottling/Lanitis Brothers wurde von der Europäischen Kommission mit der Begründung abgelehnt, dass die geografischen Märkte national abzugrenzen seien. Da darüber hinaus auch keine

Hinweise dafür vorlägen, dass das Zusammenschlussvorhaben in anderen Mitgliedstaaten Anlass zu erheblichen wettbewerblichen Bedenken gebe, bestehe für eine Verweisung an die Europäische Kommission keine Veranlassung.

#### 9. Internationale Zusammenarbeit

Wie schon in den Jahren zuvor hat sich auch im Berichtszeitraum der Trend fortgesetzt, dass das Ausmaß internationaler Kooperation und Koordinierung in der Wettbewerbspolitik stetig zunimmt. Diese positive Entwicklung der internationalen Zusammenarbeit ist eine Folge der Globalisierung, da mit der weltweiten Marktöffnung die Gefahr einer Zunahme grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen steigt. Dass diese Gefahr durchaus real ist, zeigen internationale Kartellfälle wie das weltumspannende Vitaminkartell, das Graphitelektrodenkartell oder das Arbeitsspeicherkartell. Die Wettbewerbsbehörden haben hieraus die richtigen Konsequenzen gezogen und Kooperation und Koordination weltweit in bislang nicht gekanntem Maße verstärkt. So wurde die wettbewerbspolitische Zusammenarbeit in den internationalen Organisationen wie der Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), dem International Competition Network (ICN) und der United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) weiter intensiviert. Lediglich im Rahmen der World Trade Organisation (WTO) wurde das Thema Wettbewerbsrecht seit dem Scheitern der WTO-Ministerkonferenz im September 2003 in Cancún nicht wieder aufgegriffen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 77).

#### OECD

Der Wettbewerbsausschuss der OECD und seine drei Arbeitsgruppen „Wettbewerb und Regulierung“, „Internationale Zusammenarbeit“ und „Handel und Wettbewerb“ tagen jeweils dreimal jährlich. Aufgrund des Scheiterns der WTO-Verhandlungen zum Thema Wettbewerbsrecht ist jedoch seit Beginn 2006 die Arbeit in der Arbeitsgruppe „Handel und Wettbewerb“ auf Antrag der USA nicht weitergeführt worden. Denn diese Arbeitsgruppe war insbesondere eingerichtet worden, um den Verhandlungsprozess in der WTO von Seiten der OECD zu beobachten. Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben im Berichtszeitraum regelmäßig an den OECD-Sitzungen teilgenommen und durch zahlreiche Beiträge mitgewirkt. Der Großteil der Arbeitsergebnisse (Hintergrundpapiere und Beiträge der Länder sowie Zusammenfassung der Diskussion) ist unter [www.oecd.org](http://www.oecd.org) im Internet abrufbar.

Eines der wichtigsten Arbeitsergebnisse des Wettbewerbsausschusses war die Verabschiedung der „Best Practices for the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations“ im Oktober 2005. Der Austausch von vertraulichen Daten zwischen den Wettbewerbsbehörden ist aufgrund der steigenden Zahl internationaler Kartellfälle ein immer aktuelleres Thema. Diese „Best Practices“ erleichtern nunmehr die internationale Zusammenarbeit, indem sie Leitlinien



für den formellen Informationsaustausch in internationalen Kartelluntersuchungen bieten.

Darüber hinaus hat sich der Wettbewerbsausschuss in Roundtablediskussionen, bei denen ein abgegrenztes Thema jeweils auf der Grundlage eines Hintergrundpapiers des Sekretariats sowie der schriftlichen Beiträge der Mitgliedstaaten behandelt wird, mit einer Fülle von Fragen zum Wettbewerbsrecht auseinandergesetzt. Zunehmend wurden in die Debatten auch externe Experten einbezogen, die die Diskussionsgegenstände aus der Sicht der Wissenschaft, Richterschaft oder der Anwaltschaft beleuchten. Folgende Themen wurden vertieft behandelt:

- In dem Bereich Kartellverfolgung ging es vor allem um die Möglichkeiten Privater, Schadensersatz für einen Kartellrechtsverstoß zu verlangen. Hierbei standen prozessuale Fragen wie die Grundlagen der Beweisführung in Zivilverfahren im Vordergrund. Darüber hinaus wurden in gemeinsamen Sitzungen mit Staatsanwälten aus den unterschiedlichen Nationen die Möglichkeiten und Probleme der Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Kartellvergehen erörtert. Dieser Austausch mit Staatsanwälten soll im nächsten Jahr im Rahmen einer Sitzung weiter intensiviert werden.
- Dem Thema der Kontrolle wettbewerbswidriger einseitiger Verhaltensweisen wurde eine bedeutende Rolle zugemessen: Roundtables fanden hier zum Leistungswettbewerb („Competition on the Merits“), Sanktionen in Missbrauchsverfahren sowie zum Verkauf unter Einstandspreis statt. Dabei standen auch die Ansätze und Rahmenbedingungen im deutschen Wettbewerbsrecht im Fokus der Diskussion.
- Im Bereich Fusionskontrolle beschäftigte sich die OECD mit der Auflagenpraxis in internationalen Fusionsfällen sowie mit Beweisstandards und Ermittlungstechniken.
- Übergreifende, grundsätzliche Themen wurden in den Roundtables zu Wettbewerb und Innovation sowie Wettbewerb in Ausschreibungsmärkten aufgegriffen.
- Sektorspezifische Themen waren beispielsweise das Verhältnis zwischen Umweltschutz und Wettbewerbspolitik sowie die Wettbewerbsbeziehungen in Kreditkartensystemen.
- Einige Diskussionen betrafen auch die Strukturmerkmale weitgehend regulierter Bereiche wie das Eisenbahn- und das Krankenhauswesen. Vornehmlich ging es dabei um die Frage, wie auf diesen Märkten durch bestimmte Strukturmerkmale Wettbewerb behindert wird und wie Anreize zu mehr Wettbewerb geschaffen werden können.

Im Berichtszeitraum hat die OECD überdies einige Mitgliedstaaten zu einer Selbsteinschätzung aufgefordert. Grundlage dieser Selbsteinschätzungen sind die OECD-Berichte zu Wettbewerbsrecht und -politik in einem Land. Im Jahr 2004 war Deutschland Gegenstand der OECD-Prüfung im Bereich der Regulierungsreform. Eine Selbst-

einschätzung folgte für den Energiemarkt und das Apothekenwesen in Deutschland.

Als Teil des sog. „Outreach“ Programms wurde 2001 das „Global Forum on Competition“ eingerichtet. Bei diesem geht es darum, auch Nichtmitgliedstaaten der OECD – insbesondere die Entwicklungs- und Transformationsländer – in das Gespräch über globale Wettbewerbsfragen mit einzubeziehen. Das „Global Forum on Competition“ findet jeweils einmal jährlich statt, im Berichtszeitraum im Februar 2005 und im Februar 2006. Beide Foren waren von den Entwicklungsländern außerordentlich gut besucht. So haben allein an dem „Global Forum“ im Februar 2006 mehr als 270 Wettbewerbsexperten aus 62 Ländern teilgenommen. Von diesen 62 Ländern waren 35 Nichtmitglieder der OECD. Teil des Outreach Programms ist es darüber hinaus, Nichtmitgliedstaaten einen Beobachterstatus zu gewähren. Über den für zwei Jahre eingeräumten Beobachterstatus wurde 2005 neu entschieden. Den Beobachterstatus genießen derzeit neun Staaten: Brasilien, Indonesien, Israel, Litauen, Rumänien, Russische Föderation, Slowenien, Südafrika und Taiwan.

Im Rahmen des Outreach-Programms der OECD fanden eine Vielzahl von Seminaren und Workshops statt (insbesondere für osteuropäische und asiatische Wettbewerbsbehörden), an denen Mitarbeiter des Bundeskartellamtes als Experten und Dozenten teilnahmen.

#### **International Competition Network (ICN)**

Ebenfalls hervorragend entwickelt hat sich in den letzten Jahren die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im International Competition Network (ICN). Besondere Kennzeichen des ICN sind zum einen, dass die einzelnen Wettbewerbsbehörden Mitglieder sind und nicht die jeweiligen Staaten, und zum anderen seine unkonventionelle Arbeitsweise. Das ICN verfolgt einen vollkommen neuen Ansatz internationaler Wettbewerbspolitik, der ausschließlich auf einem freiwilligen multilateralen Vorgehen beruht. Das bedeutet, dass alle erzielten Arbeitsergebnisse für die beteiligten Wettbewerbsbehörden unverbindlich sind. Die Anwendung und Durchsetzung basiert im Wesentlichen auf zwei Anpassungsmechanismen: (1.) kognitive Konvergenz durch einen permanenten Austausch und (2.) Anreiz, durch den Vergleich mit anderen Wettbewerbsbehörden den Arbeitsergebnissen zu entsprechen, sog. „peer pressure“.

Dass diese Vorgehensweise des ICN erfolgreich ist, zeigen nicht zuletzt die stetig steigenden Mitgliederzahlen. Als das ICN im Herbst 2001 gegründet wurde, umfasste es 14 Wettbewerbsbehörden. Mittlerweile zählt es 99 Wettbewerbsbehörden aus 86 Jurisdiktionen zu seinen Mitgliedern ([www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)). Der unkonventionellen Arbeitsweise des ICN entspricht auch seine sehr stark projektbezogene Organisationsstruktur. Das Leitungsgremium des ICN steht unter der Führung einer sog. Lenkungsgruppe („Steering Group“), die alle zwei Jahre neu gewählt wird. In den Jahren 2005/2006 hatte der damalige Präsident des Bundeskartellamtes, Dr. Ulf Böge, den Vorsitz in diesem Leitungsgremium.

Die inhaltliche Arbeit wird in Arbeitsgruppen geleistet. Diese Arbeitsgruppen organisieren sich in Eigenregie und lösen sich nach Abschluss einzelner Projekte auf oder bearbeiten neue Fragen. Aktuell bestehen vier Arbeitsgruppen zu den Themen Fusionskontrolle, Kartelle, Fragen der Implementierung von Wettbewerbspolitik und Missbrauchskontrolle. Die 2005 eingesetzte Arbeitsgruppe „Telekommunikation“ wurde nach der erfolgreichen Erarbeitung eines Reports und einer „Best-practice-Liste“ aufgelöst. Sämtliche Dokumente der Arbeitsgruppe sind unter [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org) abrufbar.

Das Bundeskartellamt ist in allen Arbeitsgruppen als Mitglied aktiv und leitet darüber hinaus gemeinsam mit der US-amerikanischen Federal Trade Commission die Arbeitsgruppe zur Missbrauchskontrolle sowie zusammen mit der russischen Wettbewerbsbehörde FAS die Unterarbeitsgruppe Marktbeherrschung.

Im Berichtszeitraum fanden zwei ICN-Jahreskonferenzen statt, im Juni 2005 in Bonn und im Mai 2006 in Kapstadt/Südafrika. Die vom Bundeskartellamt organisierte ICN-Konferenz in Bonn, die zusammen mit der Internationalen Kartellkonferenz stattfand, war mit mehr als 400 Teilnehmern von mehr als 80 Wettbewerbsbehörden aus mehr als 75 Nationen und Vertretern internationaler Organisationen eine der größten Konferenzen der internationalen Wettbewerbspolitik überhaupt.

Die Arbeitsergebnisse der einzelnen Arbeitsgruppen, die in den jeweiligen Jahreskonferenzen vorgestellt, diskutiert und verabschiedet werden, seien hier nur ausschnittsartig dargestellt. Sämtliche Arbeitsergebnisse sind unter [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org) im Internet abrufbar.

– Die Kartellarbeitsgruppe arbeitet an einem Handbuch zu Ermittlungstechniken (Enforcement Techniques Manual), das mittlerweile drei Kapitel umfasst. Die Kapitel befassen sich mit den Themen Durchsuchungen in Kartellverfahren, Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten im Rahmen von Durchsuchungen sowie Implementierung einer effizienten Bonusregelung in ein Wettbewerbsregime. Derzeit in Arbeit ist ein Kapitel zu der Entwicklung von Strategien der Fallbearbeitung und der Ermittlung in Kartellverfahren. Daneben gibt es einige Berichte zu den allgemeinen, rechtlichen Rahmenbedingungen der Kartellverfolgung, z. B. einen Bericht über das Zusammenspiel der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung, der im Jahr 2005 unter der Leitung des Bundeskartellamtes erstellt wurde. Besonders hilfreich sind auch die sog. „Cartel Templates“, die einen schnellen Überblick über die verschiedenen kartellrechtlichen Bestimmungen und Prinzipien in dem jeweiligen Land geben. Schließlich wird jährlich ein ICN Kartell-Workshop veranstaltet. Dieser fand 2005 in Seoul/Korea mit ca. 100 Teilnehmern aus 35 Nationen und 2006 in Den Haag/Niederlande mit mehr als 150 Teilnehmern aus 48 Nationen statt.

– Die Arbeitsgruppe Telekommunikation hat im Berichtszeitraum einen umfangreichen Bericht und Best-Practice-Empfehlungen erarbeitet. Der Bericht beschreibt nicht nur das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Regulierung, sondern gibt auch Hinweise, wie typische Wettbewerbshindernisse mit Mitteln des Wettbewerbsrechts und der sektorspezifischen Regulierung verringert werden können. Aus Praxissicht wird dies mit einer Sammlung neuerer Kartellrechtsentscheidungen und Länderstudien von Jamaika, Südafrika, Taiwan und Türkei gezeigt. Die Best-Practice-Empfehlungen zielen auf mehr Wettbewerb, fortschreitende Liberalisierung, Abbau von Marktzutrittsschranken und eine entsprechend wachsende Rolle der Wettbewerbsbehörden im Telekommunikationssektor ab.

– Im Berichtszeitraum war für die Arbeitsgruppe, die sich mit der Implementierung von Wettbewerbspolitik befasst, ein wichtiges Thema die Verankerung des Wettbewerbsgedankens in der Gesellschaft durch Öffentlichkeitsarbeit. Hierzu wurden einige Berichte erarbeitet, die insbesondere Transformations- und Entwicklungsländern eine Hilfestellung bieten sollen, wenn es darum geht, Verbraucher und Unternehmen, aber auch die Gerichte zu informieren und zu unterrichten. Weiterhin wurde auf der Grundlage von umfangreichen Studien über den Erfolg von technischen Hilfsprogrammen ein Partnerschafts- und ein Konsultationsprogramm entwickelt. Bei dem Partnerschaftsprogramm geht es darum, dass eine erfahrene Wettbewerbsbehörde für eine weniger erfahrene Wettbewerbsbehörde Ansprechpartner ist und sie bei der Entwicklung eines Wettbewerbregimes unterstützt. In 2005 war das Bundeskartellamt Partner der mongolischen Wettbewerbsbehörde.

– Die Arbeitsgruppe Fusionskontrolle hat sich in den Jahren 2005/2006 hauptsächlich der Implementierung der ICN-Verfahrensempfehlungen für die Fusionskontrolle gewidmet. Diese Empfehlungen haben sich in den letzten Jahren zum – wenngleich sehr ehrgeizigen – de facto Standard für die Fusionskontrolle entwickelt. Schon über 33 Jurisdiktionen haben ihre Gesetze oder Behördenpraxis geändert, wodurch die Konformität ihres Fusionskontrollregimes mit den ICN-Empfehlungen erhöht wurde.

Zudem hat die Arbeitsgruppe im Juni 2005 ihre Studie zu Auflagen und Bedingungen in der Fusionskontrolle sowie das Handbuch Ermittlungstechniken vorgestellt. Nach mehrjährigen Vorarbeiten wurden im Mai 2006 die ICN-Auslegungsgrundsätze für die Fusionskontrolle verabschiedet. Diese Dokumente belegen die zunehmende Konvergenz der materiellen Prüfung von Fusionen.

– Im Mai 2006 hat das ICN auf der Konferenz in Kapstadt die Arbeitsgruppe Unilateral Conduct (Missbrauch/Einseitige Verhaltensweisen) gegründet. Im Vergleich zu Kartellbekämpfung und Fusionskontrolle bestehen in der Missbrauchsaufsicht international relativ große Unterschiede sowohl in den Grundüberzeugungen als auch in der Praxis der Wettbewerbsbehörden.

den. Das Thema genießt besondere Relevanz für Entwicklungs- und Transformationsländer, ist aber auch für Industriestaaten aufgrund der Reformbemühungen der Europäischen Kommission und den USA bezüglich ihrer Missbrauchskontrolle von aktueller Bedeutung. Im ersten Jahr ihrer Tätigkeit wird die Arbeitsgruppe die Themen Ziele der Missbrauchsaufsicht, Prüfung von Marktbeherrschung und staatlich veranlasste Monopole bearbeiten. Das Bundeskartellamt hat mit der US Federal Trade Commission den Vorsitz der Arbeitsgruppe inne und leitet gemeinsam mit dem Russischen Federal Antimonopoly Service die Unterarbeitsgruppe Marktbeherrschung/Staatsmonopole. Das Projekt Staatsmonopole wird von der türkischen Wettbewerbsbehörde geleitet. 37 Staaten und 87 sog. NGAs sind Mitglied der Arbeitsgruppe Unilateral Conduct, ein neuer Rekordwert für das ICN.

## UNCTAD

Die UNCTAD widmet sich den spezifischen Problemen der Transformations- und Entwicklungsländer im Welt-handelssystem. In diesem Zusammenhang setzt sie sich auch mit wettbewerbsrechtlichen und -politischen Themen auseinander. Das wichtigste Arbeitsergebnis der UNCTAD ist das sog. „UN Set of Principles and Rules on Competition“. Dieses wird alle fünf Jahre auf einer Konferenz einer Revision unterzogen und so fortlaufend aktualisiert. Die fünfte Revisionskonferenz fand im November 2005 in Antalya/Türkei statt. Neben der Revision des „UN Set“ wurden weitere wichtige Themen erörtert wie internationale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung regionaler Abkommen, die ökonomische Analyse in der Wettbewerbspraxis sowie die Rolle der Rechtsprechung. Bei allen Themen standen die besonderen Interessen und Fragestellungen der Entwicklungs- und Transformationsländer im Vordergrund.

Im November 2006 fand ein weiteres „Ad hoc Meeting“ der sog. „Intergovernmental Group of Experts on Competition and Policy“ in Genf statt, welches die UNCTAD einmal jährlich organisiert. Hier wurde das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsbehörden und sektorspezifischen Regulierungsbehörden diskutiert sowie Fragen des Verhältnisses von Wettbewerbsrecht und Beihilfen, die internationale Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Hard-Core-Kartellen und die Zusammenarbeit und Streitbeilegungsmechanismen in Wettbewerbsfragen innerhalb regionaler Freihandelsabkommen. Auf einem „Ad hoc Meeting“ im Jahr 2004 hatte man sich darauf verständigt, dass die UNCTAD jährlich ein bis zwei Länder einer sog. „Peer Review“ unterzieht. Entsprechend wurden auf der Revisionskonferenz in Antalya, Jamaika und Kenia sowie auf dem Ad hoc Meeting im November 2006 Tunesien einer Peer Review unterzogen. An den Konferenzen und Treffen der UNCTAD war das Bundeskartellamt gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vertreten und hat regelmäßig Beiträge für die Sitzungen eingereicht.

## Internationale Rechtshilfe

Wie bereits im letzten Tätigkeitsbericht 2003/2004 (S. 77 f.) berichtet wurde, ist mit Inkrafttreten der VO Nr. 1/03 zum 1. Mai 2004 und der damit einhergehenden Einrichtung des European Competition Network (ECN) eine gravierende Rechtsänderung eingetreten. Wesentliche Teile der kartellrechtlichen Rechtshilfeverfahren innerhalb der Europäischen Union werden seither im Rahmen des ECN abgewickelt.

Außerhalb des Rahmens der VO Nr. 1/03 hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum mehrere informelle Voranfragen zu einer möglichen Leistung von Rechtshilfe gestellt und erhalten. Aus diesen Anfragen resultierten im Berichtszeitraum jedoch keine Rechtshilfeverfahren. Gründe hierfür waren u. a. fehlende Befugnisse der ausländischen Wettbewerbsbehörde sowie verfahrensökonomische Erwägungen, da Rechtshilfeverfahren in der praktischen Durchführung erheblichen Aufwand verursachen.

Mit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle im Juli 2005 bietet darüber hinaus § 50b eine Rechtsgrundlage für die Zusammenarbeit des Bundeskartellamtes mit ausländischen Wettbewerbsbehörden und regelt dabei sowohl den Austausch von Informationen als auch deren Verwendung als Beweismittel. Er stellt insbesondere eine Befugnisnorm i. S. d. § 30 VwVfG und des § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB dar, die die unbefugte Offenbarung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen durch Amtsträger verbieten bzw. unter Strafe stellen. § 50b betrifft die Zusammenarbeit des Bundeskartellamtes mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in Fällen, die über den Regelungsbereich von Artikel 12 VO Nr. 1/03 hinausgehen. Hierbei regelt § 50b jedoch lediglich den Informationsaustausch mit anderen Wettbewerbsbehörden. Andere Formen der Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, etwa die Zustellung und Vollstreckung von Entscheidungen oder die Durchführung von Ermittlungen, richten sich weiterhin nach den allgemeinen Regeln für Rechtshilfeverfahren. § 50b ändert auch die Rechtslage für die Übermittlung von vertraulichen Angaben aus Fusionskontrollverfahren grundsätzlich nicht. Die Übermittlung solcher Informationen bedarf weiterhin der Zustimmung des Unternehmens, das diese Angaben vorgelegt hat.

Auf der Grundlage des § 50b darf das Bundeskartellamt anderen Behörden tatsächliche und rechtliche Umstände mitteilen und entsprechende Dokumente und Daten – einschließlich vertraulicher Informationen – übermitteln. § 50b schreibt keine besondere Art und Weise der Informationsgewinnung durch das Bundeskartellamt vor. Es kann sich demnach um Informationen oder Unterlagen aus den verschiedensten Quellen oder Verfahrensarten handeln. I. d. R. wird es sich um Informationen und Unterlagen handeln, die dem Bundeskartellamt zum Zeitpunkt der Anfrage bereits vorliegen. Allerdings ist auch denkbar, dass aufgrund eines Rechtshilfeersuchens Ermittlungsmaßnahmen für eine fremde Wettbewerbsbehörde vorgenommen und anschließend Informationen nach § 50b übermittelt werden.

Ziel der Vorschrift ist die Vereinfachung und Beschleunigung der Übermittlung vertraulicher Informationen an ausländische Wettbewerbsbehörden. Vor Inkrafttreten der VO Nr. 1/03 und § 50b konnte dies nur auf Basis anderer Normen geschehen, die ein aufwändiges Verfahren vorsahen. Nach § 50b ist weder eine ministerielle Entscheidung über die Bewilligung der Informationsübermittlung noch eine Prüfung nach Normen außerhalb des GWB vorgesehen.

§ 50b verpflichtet das Bundeskartellamt nicht zur Übermittlung von Informationen an die ausländische Wettbewerbsbehörde. Das Bundeskartellamt wird bei seiner Ermessensentscheidung insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Rechtshilfegewährung sowie die Empfehlungen des OECD Competition Committee in Betracht ziehen.

Im Fall „Empagran“ (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 78) hat Deutschland in dem weitergehenden Verfahren eine weitere Stellungnahme, einen sog. Amicus-curiae-Brief, abgegeben. An dieser Stellungnahme hat das Bundeskartellamt inhaltlich mitgewirkt. Hintergrund waren Sammelklagen von Empagran und anderen Unternehmen, die Ersatz der Schäden verlangten, die ihnen durch ein weltweites Vitaminkartell entstanden waren. Die Besonderheit lag darin, dass von den Klägern Schäden geltend gemacht wurden, die nicht in den USA verursacht worden sind, sondern z. B. in Australien, Ecuador und Panama. Das United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit hatte der Klage zunächst stattgegeben. Der Supreme Court hatte diese Entscheidung unter Hinweis auf die *effects doctrine* aufgehoben und zurückverwiesen. Amerikanisches Recht könne nur dann Anwendung finden, „[where the foreign injury was] inextricably bound up with domestic restraints of trade’ and the plaintiff was injured ... by reason of an alleged restraint of our domestic trade.“ Die Kläger stützten ihre Klagen daraufhin im Wesentlichen darauf, dass es aufgrund des Vitaminkartells auch zu einer Preissteigerung auf dem amerikanischen Markt gekommen sei, auch wenn die amerikanischen Unternehmen nicht an den Absprachen beteiligt gewesen seien. Schäden seien den Klägern dadurch entstanden, dass sie infolgedessen auch keine Möglichkeit hatten, auf den amerikanischen Markt auszuweichen, um dort zu günstigeren Preisen einzukaufen. Das United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit hat diesen Zusammenhang jedoch als nicht ausreichend für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach amerikanischem Antitrustrecht betrachtet. Denn zwischen den Vitaminpreisen auf dem amerikanischen Markt und den den Klägern entstandenen Schäden bestehe kein direkter Kausalzusammenhang (*proximate causation*), der erforderlich sei, um U.S. amerikanisches Kartellrecht auf Fälle anzuwenden, in denen der Kartellrechtsverstoß außerhalb der USA begangen wurde. Damit hat sich das Gericht auch den Ausführungen der deutschen Stellungnahme angeschlossen. Begrüßenswert ist, dass hierdurch einer ausufernden Anwendung des amerikanischen Antitrustrechtes entgegengesteuert wurde.

Schließlich konnten die Verhandlungen zum Deutsch-Amerikanischen Rechtshilfevertrag im August 2005 zum Abschluss gebracht und der Vertrag im April 2006 unterzeichnet werden. Die Bundesregierung hat den Rechtshilfevertrag im Dezember 2006 in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Durch den Vertrag soll die gegenseitige Rechtshilfe vereinfacht und beschleunigt werden. In Bezug auf Kartellverfahren wird dies erreicht, indem der Vertrag spezielle Regelungen für die Rechtshilfe in Kartellverfahren trifft. Der Vertrag findet nicht nur auf Strafsachen, sondern auch auf Kartellordnungswidrigkeiten Anwendung. Das Bundeskartellamt ist nach dem Vertrag befugt, um Rechtshilfe zu ersuchen oder die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe anzuordnen oder solche Ersuchen zu erledigen. Wie in § 50b ist somit eine ministerielle Entscheidung nicht vorgesehen. Artikel 16 des Rechtshilfevertrages statuiert besondere Regelungen für den Datenschutz in Kartellverfahren. Ein wichtiger Anwendungsbereich des Artikel 16 ist, dass die US-Wettbewerbsbehörden die erhaltenen Informationen ohne vorherige Zustimmung des Bundeskartellamtes nicht für private Schadensersatzprozesse weitergeben oder offenbaren können.

#### Notifizierungen

Auf der Grundlage der OECD-Ratsempfehlung von 1995 unterrichten sich die OECD-Mitgliedsländer gegenseitig über Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkungen auf den internationalen Handel. Im Berichtszeitraum wurden in 50 Fällen, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt war, gegenseitige Unterrichtungen nach den OECD-Empfehlungen vorgenommen. Weiterhin informierten sich die Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union gegenseitig über angemeldete Fusionsvorhaben mit grenzüberschreitender Wirkung gemäß dem Beschluss der Konferenz der European Competition Authorities (ECA) vom 20. April 2001 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 46 f.). Im Jahre 2005 gab es 230 und im Jahr 2006 276 ECA-Notifizierungen. Davon entfielen jeweils 61 auf Deutschland. Das Bundeskartellamt hat also im Berichtszeitraum insgesamt 122 ECA-Notifizierungen veranlasst.

#### Bilaterale Beziehungen und Besucher

Im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit pflegt das Bundeskartellamt seine bilateralen Beziehungen zu ausländischen Wettbewerbsbehörden. Dazu gehört zunächst die Bearbeitung einer Vielzahl schriftlicher oder elektronisch übermittelter Anfragen von Partnerbehörden aus der ganzen Welt, aber auch gegenseitige Besuche. Infolge der verstärkten Internationalisierung des Wettbewerbsrechts haben diese bilateralen Kontakten in den letzten Jahren stetig zugenommen.

Das Bundeskartellamt betreut sowohl einzelne Besucher als auch Expertengruppen. Es organisiert Informationsveranstaltungen, Kurzseminare zu allgemeinen und speziellen wettbewerbsrechtlichen Fragen oder ermöglicht Studienaufenthalte mit einer mehrmonatigen Dauer. Im Rahmen von längeren Studienaufenthalten sind praxisbe-

zogene Einsätze in den Abteilungen und Vergabekammern des Bundeskartellamtes möglich. Den Besuchern werden Gespräche mit der Monopolkommission, der Bundesnetzagentur und den Kartellsenaten beim Oberlandesgericht Düsseldorf und dem Bundesgerichtshof vermittelt.

Während des Berichtszeitraums besuchten insgesamt 458 ausländische Besucher das Bundeskartellamt, um vor allem über praktische Fragen der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu diskutieren, Grundkenntnisse über das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht zu erlangen und Einblicke in die Fallpraxis des Bundeskartellamtes zu gewinnen. Dabei konnte ein zunehmendes Interesse der asiatischen Länder, vor allem China und Korea, an Informations- bzw. Studienaufenthalten im Bundeskartellamt festgestellt werden.

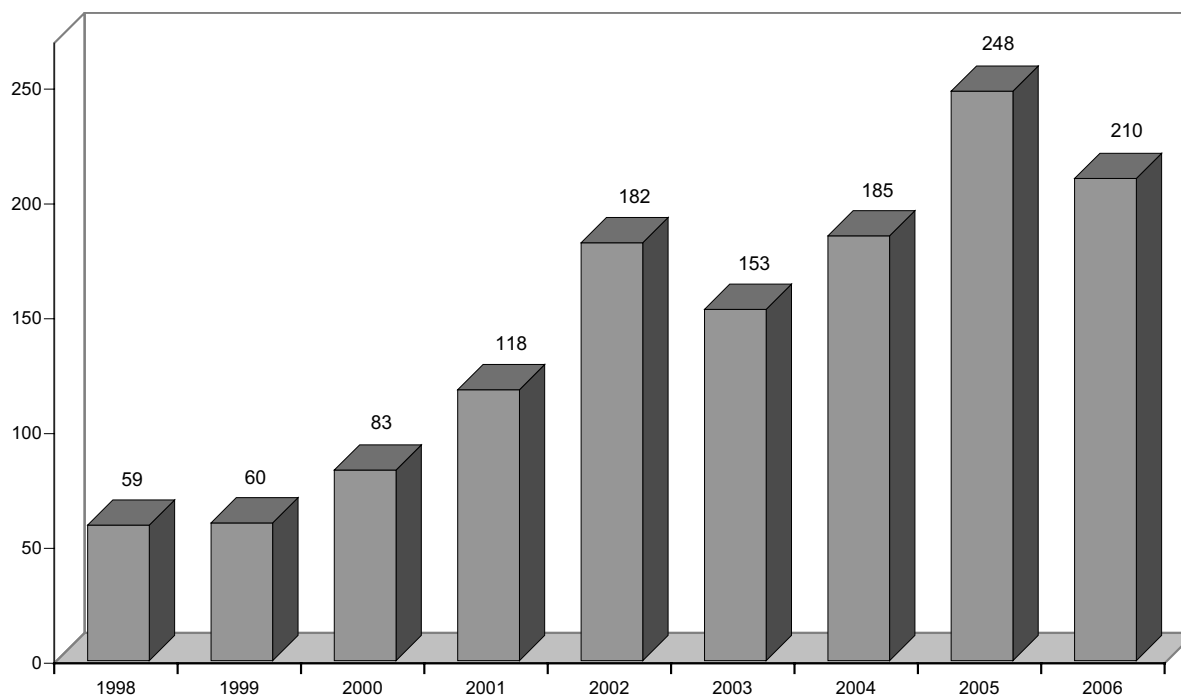
So besuchte der neue Vorsitzende der Koreanischen Fair Trade Commission, Prof. Dr. Ohseung-Kwon, das Bundeskartellamt zu einem Meinungsaustausch. Auch verschiedene Leiter europäischer Wettbewerbsbehörden kamen zu einem Austausch und zur Vertiefung der bilateralen Beziehungen nach Bonn. Peter Freeman, Chairman der britischen Competition Commission, besuchte das Bundeskartellamt und vereinbarte u. a. einen regelmäßigen Personalaustausch mit dem Bundeskartellamt, wie er schon mit dem britischen Office for Fair Trading (OFT) praktiziert wird. Weiterhin hielt sich der Präsident der Tschechischen Wettbewerbsbehörde, Martin Pecina, sowie eine Delegation der Schweizer Wettbewerbskommission unter Leitung ihres Präsidenten Prof. Walter Stoffel im Bundeskartellamt auf.

Zeichen der engen und vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen der Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel und dem Bundeskartellamt in Bonn war der Besuch der für Wettbewerbsfragen zuständigen EU-Kommissarin Neelie Kroes am 7. Juli 2006 im Bundeskartellamt. Sowohl Frau Kroes als auch der Präsident des Bundeskartellamtes unterstrichen bei dieser Gelegenheit vor dem Hintergrund der Globalisierung die große Bedeutung des Netzwerkes der europäischen Wettbewerbsbehörden.

### Internationale Beratung

Das Bundeskartellamt engagierte sich auf dem Gebiet der wettbewerbsrechtlichen Beratung im Ausland und entsandte im Jahr 2005 insgesamt 15 und im Jahr 2006 18 Kurzzeitexperten im Rahmen verschiedener gemeinschaftlicher bzw. internationaler Programme. Kurzzeitexperten wurden nach Bulgarien, Lettland, Mazedonien und Polen im Rahmen von Twinning Projekten der Europäischen Kommission entsandt. Diese Programme unterstützen die Beitrittsländer beim Aufbau effektiver Verwaltungsstrukturen, bei der Übernahme, Umsetzung und Durchsetzung des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*acquis communautaire*) und ermöglichen ihnen einen Wissens- und Erfahrungsaustausch zwischen EU-Mitglieds- und Beitrittsländern. Eine Mitarbeiterin des Bundeskartellamtes war als Langzeitexpertin vor Ort bei dem Twinning-Projekt in Mazedonien im Einsatz; ehemalige Mitarbeiter des Bundeskartellamtes waren Langzeitexperten bei Twinning-Projekten in Polen und Lettland. Die von der Europäischen Union finanzierten Twinning-Projekte wurden von der Deutsche Gesellschaft für technische

**Ausländische Besucher im Bundeskartellamt 1998 bis 2006**



Zusammenarbeit (GTZ) als verantwortlicher Projektmanager durchgeführt.

Die Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH (InWEnt) und die UNCTAD hatten das Bundeskartellamt gebeten, für Seminare und Workshops Experten in Vietnam und Ägypten zur Verfügung zu stellen. In und für osteuropäische Staaten führten die OECD und die Technical Assistance Information Exchange Unit (TAIEX) der Europäischen Union eine Reihe von Fachveranstaltungen durch. Das Bundeskartellamt war daran in Ungarn, Kroatien, Russland und Österreich beteiligt. Darüber hinaus nahmen Angehörige des Bundeskartellamtes an Seminaren des Euro-Med-Programms, MOFCOM und CARDS in Kroatien, China und Deutschland teil.

### **Bilateraler Personalaustausch**

Zur Verbesserung der Kontakte zwischen den europäischen Wettbewerbsbehörden (ECA), insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit im ECN, wurde eine Initiative für einen europaweiten wechselseitigen Einsatz von Mitarbeitern ins Leben gerufen. Einen solchen regelmäßigen wechselseitigen Einsatz praktiziert das Bundeskartellamt seit 1995 mit dem OFT, seit 2004 mit der Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) aus dem französischen Wirtschafts- und Finanzministerium sowie seit 2006 auch mit der UK Competition Commission. Im Berichtszeitraum hielten sich Angehörige aus allen drei Wettbewerbsbehörden jeweils für einen zweiwöchigen Studienaufenthalt im Bundeskartellamt auf.

Im Gegenzug konnten drei Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen des Bundeskartellamtes während eines zweiwöchigen Studienaufenthalts Erfahrungen über die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts bei der DGCCRF in Paris, beim OFT und bei der UK Competition Commission in London sammeln.

Im Rahmen des von der Europäischen Kommission angebotenen Austauschs von Angehörigen der Wettbewerbsbehörden zur Verbesserung der Zusammenarbeit innerhalb ECN hatten zwei Mitarbeiter des Bundeskartellamtes die Gelegenheit, an einem vierwöchigen Praktikum innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb teilzunehmen. Schließlich fand ein zweiwöchiger Studienaufenthalt eines Mitarbeiters des Bundeskartellamtes beim US Department of Justice statt.

### **Zweiter Deutsch-Französischer Wettbewerbstag in Bonn**

Der 2. Deutsch-Französische Wettbewerbstag wurde am 22. September 2006 im Bundeskartellamt in Bonn gemeinsam vom Conseil de la Concurrence, der Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) und dem Bundeskartellamt veranstaltet. Thema der gemeinsamen Tagung war: „Wettbewerbschutz oder Mittelstandsschutz? – Verbotene Verhaltensweisen unterhalb der Marktherrschaft“. Unter den über 120 Teilnehmern des Wettbewerbstages waren Mitglieder der französischen und

deutschen Kartellbehörden sowie deutsche und französische Unternehmensvertreter, Rechtsanwälte, Hochschullehrer, Richter, Vertreter der Europäischen Kommission und der Schweizer Wettbewerbskommission. An den Paneldiskussionen nahmen Vertreter der jeweiligen Wettbewerbsbehörden sowie französische und deutsche Wettbewerbsexperten teil. In Kurzbeiträgen stellten sie die jeweilige Rechtslage und Rechtsprechung vor, erläuterten Zweck der einschlägigen Vorschriften, Eingriffsschwellen sowie die entsprechende Fallpraxis in Frankreich und in Deutschland.

Ein zentrales Thema des 2. deutsch-französischen Wettbewerbstages war das Verbot des „Verkaufs unter Einstandskosten“. Die Diskussion offenbarte gegenläufige politische Entwicklungen in Deutschland und Frankreich. Während in Deutschland derzeit über eine Verschärfung des Verbotes nachgedacht wird, vollzieht sich in Frankreich der umgekehrte Trend. Die aktuelle Entwicklung und Diskussion des sehr restriktiven Verbots von Unterstandspreisverkäufen in Frankreich bestätigte die kritische Haltung des Bundeskartellamtes zu einer Verschärfung des Verbots des „Verkaufs unter Einstandspreis“ in Deutschland im Rahmen einer bevorstehenden GWB-Änderung (S. 8).

### **Internationale Kartellkonferenz 2005/ICN Annual Conference 2005**

Das Bundeskartellamt hat vom 5. bis 8. Juni 2005 die XII. Internationale Kartellkonferenz sowie die 4. ICN Jahreskonferenz in Bonn ausgerichtet. Veranstaltungsort war das Internationale Kongresszentrum Bundeshaus Bonn, der ehemalige Plenarsaal des Deutschen Bundestages. Die Konferenz war mit mehr als 400 Teilnehmern von mehr als 80 Wettbewerbsbehörden eine der größten Konferenzen der internationalen Wettbewerbspolitik überhaupt. Zu den Teilnehmern gehörten auch Politiker, Wissenschaftler, Kartellrichter, Kartellanwälte, Unternehmer und Vertreter von Regulierungsbehörden, Industrieverbänden und Verbraucherschutzverbänden sowie Wettbewerbsexperten der WTO, der Weltbank, der UNCTAD, der OECD.

Thema der XII. Internationalen Kartellkonferenz war „Das Wettbewerbsprinzip als Leitlinie für Gesetzgebung und staatliches Handeln. Die Verantwortung der Politik – Die Rolle der Wettbewerbsbehörden“. Aus den Vorträgen und der Paneldiskussion wurde deutlich, dass das Wettbewerbsprinzip nicht nur Richtschnur für unternehmerisches, sondern auch und gerade für staatliches Handeln sein sollte, da der Staat selbst durch Gesetze oder Verwaltungshandeln Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen begründen kann. Die Dokumentation der Konferenz ist auf der Internetseite des Bundeskartellamtes veröffentlicht.

In der 4. ICN Jahreskonferenz wurden die zahlreichen ICN Arbeitsergebnisse – Berichte, Handbücher und Empfehlungen – der ICN Arbeitsgruppen Kartelle, Fusionskontrolle, Telekommunikation und Implementierung der Wettbewerbspolitik vorgestellt und diskutiert. Die Arbeitsergebnisse können auf der ICN-Webseite abgerufen werden ([www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)).

## Zweiter Abschnitt

### Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen

#### Landwirtschaft (01)

##### A. Erzeugung

##### Saatgutvermehrung

Der Bundesverband deutscher Pflanzenzüchter (BDP) hat dem Bundeskartellamt einen zwischen dem BDP und dem Bundesverband Deutscher Saatguterzeuger (BDS) geschlossenen sog. „Vermehrungsvertrag Kartoffeln“ zur kartellrechtlichen Prüfung vorgelegt. Dieser Vertrag enthält eine Rahmenvereinbarung zwischen den Verbänden, die anschließend durch individuelle Vereinbarungen zwischen den einzelnen Züchtern und Vermehrern auszufüllen ist, wobei die im Rahmenvertrag getroffenen Regelungen als Muster zur Anwendung empfohlen werden.

Die Züchter entwickeln neues Saatgut (= Basissaatgut), das sie in kleinen Mengen an speziell auf die Saatgutvermehrung spezialisierte und dafür besonders qualifizierte Landwirte veräußern, die es auf der Grundlage individueller Verträge mit den Züchtern zu sog. Z-Saatgut vermehren. Das so entstandene Z-Saatgut wird anschließend i. d. R. von den Züchtern zurück erworben und dann an die Landwirte zur Aussaat verkauft. Der Mustervertrag enthält u. a. Preisklauseln, die die Vergütung des Züchters und des Vermehrs regeln. Danach soll der Vermehrer für das Z-Saatgut pro Mengeneinheit nicht weniger als 70 % des durchschnittlichen Nettoverkaufspreises für die Inlandsverkäufe des Züchters an die Landwirte erhalten. Umgekehrt soll die Vergütung des Züchters beim Verkauf des Basissaatguts an den Vermehrer pro Mengeneinheit 110 % des Züchterverkaufspreises für Z-Pflanzgut der jeweiligen Sorte betragen.

Der vereinbarte Mustervertrag und seine Empfehlung dienen der Koordinierung des Marktverhaltens der Mitglieder der beteiligten Verbände auf dem Markt für das Vermehren von Saatgut; sie stehen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen Vereinbarungen zwischen Unternehmen gleich und sind vom Verbot des § 1 und des Artikel 81 Abs. 1 EG erfasst.

Die Bedenken des Bundeskartellamtes richten sich gegen die Preisklauseln des Mustervertrages, die als Mindestpreisfestsetzungen ihrem Wesen nach Kernbeschränkungen auf dem betroffenen Markt für die Vermehrung von Saatkartoffeln sind und tendenziell eine relative Vereinheitlichung zumindest des Saatgutpreisniveaus zur Folge haben. In der Konsequenz bleibt bei flächendeckender Anwendung des Mustervertrages kaum mehr Raum für Preisverhandlungen zwischen Züchter und Vermehrer. Die Preisklauseln sind auch nicht nach § 2 bzw. Artikel 81 Abs. 3 EG freigestellt. Sie sollen nach Einlassung der Beteiligten dazu dienen, das wirtschaftliche Risiko, das sich im Wesentlichen aus der zeitlichen Differenz zwischen

der Lieferung von Basissaatgut, der Vermehrung, dem Rückkauf durch den Züchter und der Bezahlung ergibt, zu verringern. Zwischen der Lieferung von Basissaatgut und der Vergütung beim Rückkauf durch den Züchter kann mehr als ein Jahr vergehen. Dieses Problem eines strukturellen finanziellen Risikos wird jedoch durch die Vereinbarung eines Mindestentgeltes nicht gelöst. Sachgerecht wären etwa Abschlagszahlungen oder die Umstellung der Fälligkeiten von Kaufpreiszahlungen auf andere Referenzzeitpunkte, die die Liquiditätsbelastung abmildern. Mit den zur Prüfung vorgelegten Mindestpreisklauseln tritt aber weder ein wirtschaftlicher noch ein technischer Fortschritt ein, der sich verbotsbefreiend auswirken könnte. Auch ist nicht erkennbar, auf welche Weise ein Effizienzgewinn entstehen könnte, der an die Verbraucher weitergegeben wird. Denn die Maßnahmen zielen ausschließlich darauf ab, das finanzielle Risiko der Beteiligten durch eine relative Mindestpreisregelung aufzufangen, die sich zugunsten der Beteiligten auswirken soll und nicht geeignet ist, den Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zu beteiligen. Ein wirtschaftlicher Nutzen, der die Beteiligten in die Lage versetzen könnte, Waren oder Dienstleistungen zu einem niedrigeren Preis oder in einer besseren Qualität anzubieten und damit dem Verbraucher zugute käme, ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht gegeben.

Auch nach der EG-Gruppenfreistellungsverordnung, deren Heranziehung mit Blick auf die den Vermehrungsverträgen zwischen Züchtern und Verwendern jeweils zu Grunde liegenden (Saatgut-)Lizenzvereinbarungen hier in Betracht kommt, sind Kernbeschränkungen wie die Preis- und Entgeltklauseln des Mustervertrages weder vom Verbot des Artikel 81 EG noch, gemäß § 2 Abs. 2, von dem des § 1 befreit. Preisempfehlungen dürfen sich nicht wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Das Bundeskartellamt sieht in der Verbandsempfehlung zum Mustervertrag, die auf den Wunsch der Mitglieder zustande gekommen ist, eine starke Sogwirkung zur Anwendung des Mustervertrages und damit zur Herausbildung eines zumindest relativen Mindestpreises für Züchter- und Vermehrerentgelte.

Die Beteiligten machen auch eine analoge Anwendung des § 10 a Abs. 4 Sortenschutzgesetz geltend, wonach bei der Bestimmung des sog. Nachbuentgeltes den Vereinbarungen zwischen Inhabern des Sortenschutzes und Landwirten entsprechende vom Kartellverbot freigestellte Vereinbarungen zwischen deren berufsständischen Vereinigungen zugrunde gelegt werden können. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes kommt jedoch die analoge Anwendung einer nach der Praxis der Europäischen Kommission auch im Agrarbereich grundsätzlich eng

auszulegenden Ausnahme vom Kartellverbot prinzipiell nicht in Betracht.

Materiell würde die Übertragung der genannten sortenschutzgesetzlichen Regelung für die Nachbauvergütung auf die Vergütung für vermehrtes bzw. Basissaatgut den gesamten Saatgutmarkt für Kartoffeln einer flächendeckenden Kernbeschränkung unterwerfen. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

## B. Landhandel

Der andauernde Konzentrationsprozess betraf im Berichtszeitraum wieder in erster Linie den genossenschaftlich organisierten Landhandel. Eine Straffung der genossenschaftlichen Strukturen erfolgte u. a. dadurch, dass Hauptgenossenschaften in ihrem Tätigkeitsgebiet belegene Primärgenossenschaften erwarben. So hat die Raiffeisenhauptgenossenschaft Nord (HaGe Nord) mit dem Erwerb der team agrarhandel das Agrarhandelsgeschäft der in ihrem Tätigkeitsgebiet belegenen Primärgenossenschaft team AG übernommen und damit die Kontrolle über die im Bereich des Saatgutvertriebs tätige NSP Norddeutsche Saat- und Pflanzgut AG erworben. Der Erwerb wurde zwar wegen der Erfüllung eines Zusammenschlusstatbestandes i. S. d. § 37 Abs. 1 angemeldet, der ständigen Praxis des Bundeskartellamtes folgend jedoch nicht materiell geprüft. Maßgeblich dafür ist der Umstand, dass die Marktstellung der Hauptgenossenschaften und die der in ihrem Kerngebiet belegenen Primärgenossenschaften aufgrund der bestehenden Verflechtungen und besonderen Beziehungen i. S. v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bereits vor dem Zusammenschluss materiell zusammengefasst wurden. Im Zuge dieser Eingliederung in die HaGe Nord erhielten die bisherigen Gesellschafter der team agrarhandel, die dänische DLG Dansk Landbrugs Grovvarereselskab sowie die team AG, Minderheitsbeteiligungen an der HaGe Nord. Im Sommer 2006 trennte sich die nunmehr zur HaGe Nord gehörende NSP Norddeutsche Saat- und Pflanzgut AG von drei Einzelhandelsstandorten in den räumlich nicht zu ihrem Kerngebiet gehörenden Bundesländern Sachsen-Anhalt und Sachsen. Der sächsische Standort wurde an die im Süden und Südosten Deutschlands im Landhandel führende Hauptgenossenschaft BayWa veräußert. Die Standorte Weißenfels und Aschersleben in Sachsen-Anhalt wurden von der Agravis Raiffeisen AG übernommen. Letztere war im Juli 2004 aus dem Zusammenschluss der Raiffeisencentralgenossenschaft Münster mit der Raiffeisenhauptgenossenschaft Nord entstanden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 83). Der Tätigkeitsschwerpunkt der Agravis liegt in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und im angrenzenden Sachsen-Anhalt. Beide von der Agravis übernommenen Standorte produzieren als Vermehrerorganisationen vorwiegend Getreidesaatgut. Die Auswirkungen dieser Zusammenschlüsse auf den Wettbewerb in den betroffenen Landhandelsmärkten wurden im Hauptprüfverfahren untersucht. Beide Zusammenschlüsse wurden freigegeben, nachdem die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder gemeinschaftlichen marktbeherrschenden Stellung in den hier betroffenen räumlichen Märkten für den Vertrieb von Betriebs-

mitteln an Landwirte bzw. für die Erfassung von Feldfrüchten trotz der mittlerweile auch für die Landhandelsmärkte in den Neuen Bundesländern kennzeichnenden hohen Konzentration ausgeschlossen werden konnten.

Ebenfalls im Berichtszeitraum erhielt das überwiegend in den Neuen Bundesländern tätige und im Bundesland Brandenburg führende private Landhandelsunternehmen, die Märka Märkische Kraftfutter GmbH, einen neuen Eigentümer. Die Mehrheit der Anteile an Märka erwarb die Unternehmensgruppe Sauter, zu der u. a. der Biodieselhersteller Verbio zählt. Der Zusammenschluss ließ aufgrund der räumlich komplementären Ausrichtung von Sauter und Märka keine wettbewerblichen Probleme erwarten und wurde freigegeben.

## Forstwirtschaft (02)

### 1. Holzvermarktung

Im laufenden Verfahren nach §§ 1, 32 ff. gegen die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Thüringen und Baden-Württemberg wegen der flächendeckend praktizierten „waldbesitzartübergreifend“ gebündelten Vermarktung von Rundholz (Rohholz) aus privatem, körperschaftlichem (i.w. kommunalem) und staatlichem Waldbesitz unter Regie der Landesforstverwaltungen/-betriebe (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 81) strebt das Bundeskartellamt eine Beendigung des Verfahrens nach § 32 b an. Die Länder haben sich inzwischen im Grundsatz bereit erklärt, entsprechende Verpflichtungszusagen nach § 32 b Abs. 1 Satz 1 abzugeben, nach denen sie sich künftig bei der Beteiligung an waldbesitzartübergreifenden Holzvermarktungsk Kooperationen an die vom Bundeskartellamt in einem sog. „Konkretisierungspapier“ definierten Voraussetzungen halten werden. Diese Voraussetzungen beschränken zum einen die generelle waldbesitzartübergreifende Bündelung des Holzangebots durch die schon für sich alleine vergleichsweise überragend marktstarken staatlichen Großanbieter durch die Festlegung von Höchstwerten für die kooperierenden privaten und kommunalen Forstbetriebsflächen. Zum anderen soll die waldbesitzartübergreifende Angebotsbündelung im Einzelfall dann nicht beanstandet werden, wenn das Volumen des konkreten Bedarfs durch einen einzelnen Anbieter nicht gedeckt werden kann und der betreffende Nachfrager die kooperative Belieferung ausdrücklich wünscht. Auch für diese Fallkonstellation sollen pauschale Schwellenwerte, die sich alternativ auf die nachgefragte Liefermenge oder die einzelbetriebliche Verarbeitungskapazität des Abnehmers beziehen, die Anwendung der Regel erleichtern. Beide Einschränkungen des staatlichen Kooperationspielraums dienen dazu, die kartellförmige Angebotsbündelung durch die Landesforstverwaltungen/-betriebe wieder stärker auf ihren eigentlichen, auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten anzuerkennenden Zweck zurückzuführen, sog. „Holzverkaufshilfe“ im Prinzip nur dort zu leisten, wo auf sie mangels hinreichender Marktfähigkeit des zersplitterten, nicht organisierten privaten und kommunalen Kleinstwaldbesitzes zur Mobilisierung des Rohstoffs Holz für den



Markt noch nicht ohne weiteres verzichtet werden kann. Darüber hinaus werden sich die Verpflichtungszusagen der Länder auf bestimmte flankierende Maßnahmen zur aktiven Förderung der Fähigkeit privater und kommunaler Waldbesitzer beziehen, ihr Holz individuell oder über eigenständige Kooperationen, also unabhängig von den Landesforstverwaltungen/-betrieben, zu vermarkten. Nach Abgabe der Verpflichtungszusagen wird das Bundeskartellamt im Rahmen verfahrensbeendender Verfügungen die Zusagen für verbindlich erklären. Verstöße hiergegen eröffnen unmittelbar die Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern.

Um die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten des § 32 b außer gegenüber den vier o. g. Bundesländern möglichst gleichzeitig auch gegenüber weiteren Bundesländern zu eröffnen, in denen gleichfalls das Holzangebot waldbesitzartübergreifend von den Forstverwaltungen gebündelt wird, gegen die aber bisher aus Gründen der Verfahrensökonomie noch keine förmlichen Verfahren eingeleitet wurden, soll dies umgehend nachgeholt werden.

## 2. Forstdienstleistungen

Private Forstdienstleister haben beim Bundeskartellamt Beschwerde gegen die Praxis der Bundesländer Brandenburg und Rheinland-Pfalz mit dem Vorwurf erhoben, die Entgelte für die Erbringung staatlicher Forstdienstleistungen seien nicht kostendeckend und behinderten die Tätigkeit der weit überwiegend mittelständischen privaten Anbieter. Der Begriff der Forstdienstleistungen umfasst ein breites Spektrum von Tätigkeiten der Betreuung von Waldflächen; hierzu zählen die sog. forstwirtschaftliche Einrichtung (Bestandserfassung), der Revierdienst, die Planung, Durchführung und Überwachung der forstlichen Arbeiten sowie die Holzvermarktung. Die entsprechenden Regelungen hierzu finden sich in den einschlägigen Landesforst- oder -waldgesetzen. In den meisten Ländern haben die privaten oder kommunalen Waldbesitzer eine Wahlmöglichkeit, private Dienstleister oder staatliche Forstdienststellen mit der Wahrnehmung der Aufgaben zu betrauen. Die Entgeltgestaltung beruht aber nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes i. d. R. nicht auf einer kostendeckenden Kalkulation und begünstigt somit die Auftragsvergabe an das staatliche Forstamt. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes ergeben sich starke Verdachtsmomente, dass der Tatbestand der unbilligen Behinderung in der Form nicht kostendeckender Entgelte erfüllt ist und insoweit Verstöße gegen das Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 1 vorliegen. Der Verdacht wird durch die Praxis der staatlichen Förderung in einer Reihe von Bundesländern gestützt. Statt durch direkte Zahlungen wird die politisch gewollte Subventionierung der Waldbesitzer über nicht kostendeckende Preise für die o. g. Forstdienstleistungen indirekt bewirkt, teilweise werden die staatlichen Leistungen kostenfrei erbracht. Der Markteintritt privater Forstdienstleister wird dadurch erheblich erschwert. Die Bundesländer berufen sich zur Rechtfertigung auf die hoheitliche Aufgabe zur Förderung des nichtstaatlichen Waldes nach dem jeweiligen Landeswald- bzw. -forstgesetz. Mit ihren Dienstleistungen nehmen sie jedoch auf privatrechtlicher Grundlage am allge-

meinen Wirtschaftsverkehr teil und unterliegen somit dem Kartellrecht (§ 130 Abs. 1 Satz 1).

Die hoheitliche Förderungsaufgabe selbst unterliegt nicht dem Kartellrecht und wird vom Bundeskartellamt auch in der Sache nicht in Frage gestellt. Ihre Durchführung und die damit verbundenen Wirkungen bedürfen jedoch der Korrektur. Ein System, in dem die staatliche Förderung nur erhält, wer die Forstdienstleistungen auch beim Staat bestellt, bewirkt in der Folge erhebliche und nicht gerechtfertigte Marktverzerrungen zu Lasten des privaten Angebotssektors. Im Zuge der Gespräche des Bundeskartellamtes mit den Ländern hat nun als erstes Bundesland Nordrhein-Westfalen eine grundlegende Umstellung seiner Dienstleistungs- und Förderpraxis im Forstsektor eingeleitet. Hier soll die Förderung des privaten Waldbesitzes zum einen auf bestimmte Fallkonstellationen eingeschränkt werden und zum anderen künftig direkt in Form von Wertgutscheinen oder von direkten Zahlungen erfolgen. Gleichzeitig werden die Forstdienstleistungsentgelte auf ein kostendeckendes Niveau angehoben. Damit ist der nichtstaatliche Waldbesitzer künftig in der Lage, unabhängig von der staatlichen Förderung die von ihm beauftragten Forstdienstleistungen im Wettbewerb nachzufragen und zu vergeben. Die direkte Förderung stärkt somit die Notwendigkeit zu kostendeckender Kalkulation der staatlichen Entgelte, führt zu mehr Transparenz und fördert die Marktneutralität der Entgeltpraxis.

Das Bundesland Brandenburg bestreitet dagegen bereits den Tatbestand nicht kostendeckender Entgelte. Die diesbezügliche Prüfung durch das Bundeskartellamt ist noch nicht abgeschlossen.

## Ernährungsgewerbe (15)

### 1. Fleisch und Fleischverarbeitung

Im Berichtszeitraum hat sich der Konzentrationsprozess bei den Schlacht- und Fleischverarbeitungsunternehmen fortgesetzt. Die Sovion-Gruppe, ein Unternehmen des südniederländischen Bauernverbandes, hat die überwiegend in Süddeutschland tätige Südfleisch übernommen (COMP/M.3968) und damit ihre Marktstellung bei der Schlachtung von Schweinen und Rindern und dem Verkauf von Frischfleisch, Fleisch- und Convenience-Produkten in Deutschland weiter ausgebaut. Europaweit ist Sovion nunmehr der größte Fleischkonzern vor dem dänischen Konzern Danish Crown. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission war Sovion, zu der in Deutschland mit Moxsel und NFZ vor dem Zusammenschluss bereits die führenden Schlacht- und Zerlegebetriebe gehörten, auch nach der Übernahme der Südfleisch sowohl auf den Erfassungsmärkten für Rinder und Schweine als auch auf den Absatzmärkten effektivem Wettbewerb aus dem Inland sowie aus dem benachbarten Ausland ausgesetzt. Der Zusammenschluss wurde entsprechend ohne Auflagen freigegeben.

Im Sommer 2006 erwarb Sovion über das Tochterunternehmen Vion das wesentliche Betriebsvermögen des im Insolvenzverfahren befindlichen Unternehmens Artland Convenience GmbH und deren Tochtergesellschaft

KEBA. Artland ist überwiegend auf dem Markt für Convenience-Produkte tätig. Dazu zählen vollständig oder teilweise vorbereitete Gerichte oder Nahrungsmittel, die schnell und leicht zubereitet werden können. Der gemeinsame Marktanteil beider Unternehmen beträgt im Inland weniger als 20 %. Hohe Marktanteile erreichen die Zusammenschlussbeteiligten jedoch auf dem Markt für den Verkauf von Rindfleisch an Supermärkte. Die Europäische Kommission hatte im Jahr 2005 den gemeinsamen Marktanteil von Sovion und Südfleisch noch mit über 50 % auf einem unterstellten deutschen Markt angenommen (COMP/M.3968), letztlich jedoch starke Anhaltspunkte für eine Internationalisierung des Einkaufs der Supermärkte und daraus resultierend für europaweite Märkte gesehen, auf denen die Marktanteile der Beteiligten im einstelligen Bereich lägen. Eine abschließende Feststellung über die genaue Ausdehnung des Marktes für den Verkauf von Rindfleisch an Supermärkte war letztlich nicht erforderlich, weil die Marktanteile der Sovion in Deutschland in der Folge des Zusammenschlusses mit Südfleisch deutlich abgeschmolzen waren und weil der Markt angesichts des angekündigten Marktzutritts von Tönnies weiter in Bewegung bleibt. Tönnies wird im Jahr 2007 in Rheda-Wiedenbrück den größten deutschen Rinderschlachthof eröffnen. Das Bundeskartellamt hat deshalb den Zusammenschluss von Sovion mit Artland und KEBA freigegeben.

Der Tendenz zu größeren Unternehmenseinheiten durch Konzentration innerhalb der Branche folgte auch die heristo aktiengesellschaft durch Zukauf der Paulsen-Gruppe sowie der Steakmeister AG. Zu den großen Unternehmen der Branche vorgerückt ist auch die ausschließlich in der Fleischverarbeitung tätige Zur-Mühlen-Gruppe, u. a. durch den Mehrheitserwerb an der Könecke Fleischwarenfabrik. Dieser Zusammenschluss unterlag mangels Erreichens der Umsatzschwellen des § 35 nicht der Fusionskontrolle.

## 2. Gewürze

Im Mai 2006 hat das Bundeskartellamt einen Bußgeldbescheid in Höhe von 250 000 Euro gegen die TEUTO Gewürzvertrieb GmbH, die inländische Vertriebstochter der Fuchs Gewürze GmbH & Co., wegen der Zuwiderhandlung gegen eine auf das Behinderungsverbot gestützte Untersagungsverfügung des Amtes vom Juli 2002 erlassen (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 125 ff.). Mit dieser Untersagungsverfügung war den Unternehmen der Fuchs-Gruppe untersagt worden, beim Abschluss von Verträgen mit Lebensmitteleinzelhändlern zur Belieferung mit haushaltsüblich abgepackten Trockengewürzen und -kräutern durch die Verwendung von Exklusivitätsklauseln oder sonstigen vertraglichen Regelungen, die zu einer faktischen Exklusivität führen, in Verbindung mit Einmalzahlungen (sog. Werbekostenzuschüsse) die Wettbewerberin Hartkorn Gewürzmühle GmbH aus ihren bestehenden oder sich anbahnenden Lieferbeziehungen mit Lebensmitteleinzelhändlern zu verdrängen. Der Fuchs-Konzern ist weltweit der zweitgrößte Hersteller von Trockengewürzen nach dem Unternehmen McCormick & Co. In Deutschland beziffert Fuchs seit Jahren den eigen-

nen Marktanteil mit ca. 75 % und ist damit mit weitem Abstand der führende und angesichts des weiten Abstands zu den übrigen Anbietern mit Marktanteilen im unteren einstelligen Bereich auch der den Markt für Trockengewürze beherrschende Anbieter. Zu den Gewürzmarken der Fuchs-Gruppe gehören u. a. die Marken Fuchs, Ostmann, Ubena und Wagner. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes kam es nach Erlass der Untersagungsverfügung in den Jahren 2002 und 2003 zu mindestens fünf Verstößen von Außendienstmitarbeitern der TEUTO gegen das in der Verfügung ausgesprochene Verbot. Dabei wurde – anders als in den Fällen, die dem im Jahr 2002 abgeschlossenen Untersagungsverfahren zugrunde lagen – die Exklusivität zugunsten der Fuchs-Produkte bei den belieferten Händlern, die in Listungsverhandlungen mit Hartkorn standen, nicht mehr schriftlich, sondern entweder mündlich oder durch entsprechend gestaltete Regelungen der Lieferabkommen faktisch durchgesetzt. Zu den Exklusivität bewirkenden Vertragsbestimmungen zählte die feste Laufzeit der Belieferungsverträge von mindestens drei Jahren ohne vorgesehene Kündigungsmöglichkeit. Angesichts der im Einzelhandel begrenzten Stellfläche für Gewürzregale konnte TEUTO davon ausgehen, dass mit der Einlistung der eigenen Marken Hartkorn bis zum Ablauf der eigenen Belieferungsabkommen bei den derart gebundenen Händlern keine Absatzmöglichkeit mehr besaß. Zu der exklusiven Bindung an Fuchs erklärten sich die Händler in den aufgegriffenen Fällen bereit, weil TEUTO ihnen finanzielle Anreize anbot, die sehr lukrativ waren und deutlich über den von Hartkorn angebotenen lagen. Die Sogwirkung dieser Angebote war umso größer, als die Fuchs-Gruppe angesichts ihres großen Markenportfolios und der Bekanntheit ihrer Marken bereits einen deutlichen Wettbewerbsvorsprung vor dem Wettbewerber Hartkorn hatte. Zwar handelte es sich um Zahlungen, die sich aus mehreren Positionen zusammensetzten und zum Teil auch ratierlich an die Händler geleistet wurden. Das Bundeskartellamt sah für die Wertung als Einmalzahlung jedoch nicht die Auszahlungsmodalität, sondern die Tatsache als maßgeblich an, dass die den Händlern gebotenen finanziellen Anreize der Höhe nach begrenzt und damit die angebotene Summe für die Exklusivität für diese auch berechenbar war. Die Verstöße wurden aufgrund einer schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung des damaligen bei TEUTO für den Vertrieb verantwortlichen Geschäftsführers ermöglicht. Der Bußgeldbescheid ist noch nicht rechtskräftig.

Die Fuchs-Gruppe hat ihre Stellung auf dem Markt für haushaltsüblich abgepackte Trockengewürze in Deutschland durch den Zukauf kleinerer Wettbewerber kontinuierlich ausgebaut. So hat sie nach der Übernahme der ostdeutschen Gera Gewürze GmbH im Berichtszeitraum die Wichartz Gewürze GmbH mit der Marke Würzkönig von VAN HEES übernommen. Diese Zusammenschlüsse unterlagen ebenso wenig der Fusionskontrolle wie der Mehrheitserwerb an der Theodor Kattus GmbH, mit dem das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit nunmehr auch auf den Bereich der ethnischen Lebensmittel ausdehnt. Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle fanden bislang keine Anwendung, weil bei keinem der ge-

nannten Erwerbsvorgänge die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwelle von 500 Mio. Euro des § 35 Abs. 1 Nr. 1 erreichten.

### 3. Alkoholhaltige Getränke

Auf dem im internationalen Vergleich immer noch stark zersplitterten deutschen Biermarkt hält der in den letzten Jahren zu beobachtende Konsolidierungsprozess weiter an. Die Welle von Aufkäufen durch die großen deutschen und ausländischen Brauereien hat den deutschen Biermarkt bereits stark verändert. So beliefern inzwischen zehn Bierkonzerne fast drei Viertel des inländischen Marktes. Der August Oetker Konzern strebt nach der Integration von Brau & Brunnen in die Radeberger Gruppe weitere Aufkäufe an. Angesichts des massiven Werbeauftritts und des immer stärkeren Vordringens der mit erheblichen finanziellen Mitteln ausgestatteten Marktführer in die Distributionslogistik des Getränkegroßhandels haben auch die größeren Mittelständler unter den ca. 1 200 deutschen Brauereien zunehmend Schwierigkeiten, sich auf dem Markt zu behaupten. Die regionalen und freien Brauereien versuchen daher verstärkt mit Spezialitäten und Heimatbieren Nischen zu besetzen. Gleichwohl stellten sich die im Berichtszeitraum angemeldeten Übernahmen kleinerer Brauereien immer noch als ein normaler Strukturwandel unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Eingriffsschwellen dar.

So hat die Warsteiner Brauerei den Düsseldorfer Altbierbrauer Frankenheim erworben und die Brau Holding International (BHI) über die Kulmbacher Brauerei, an der die BHI die Anteilmehrheit hält, die Würzburger Hofbräu AG. Die Brau Holding International (BHI), ein Gemeinschaftsunternehmen der Schörghuber Stiftung und Heineken International, erwarb die Privatbrauerei Schmucker, deren Kerngebiet das Rhein-Main-Neckar-Dreieck zwischen Darmstadt, Aschaffenburg und Heidelberg umfasst.

Die Radeberger Gruppe beteiligte sich mehrheitlich an der sächsischen Freiberger Brauhaus AG. In deren Kernabsatzgebieten Sachsen und Sachsen-Anhalt wurden dadurch keine marktbeherrschenden Stellungen begründet oder verstärkt. Allerdings erreicht Radeberger auf dem (Teil-)Markt des Absatzes über den Einzelhandel im Raum Berlin-Brandenburg, der nicht zum Kernabsatzgebiet von Freiberger gehört, Marktanteile von über 40 %, die indes durch den Zukauf von Freiberger nur geringfügig verstärkt wurden. Im Übrigen gewährleistet die Präsenz großer Mitbewerber wie Inbev (früher: Interbrew), Carlsberg/Holsten-Gruppe und Krombacher auch in diesem Gebiet noch hinreichenden Wettbewerb. Ein weiteres externes Wachstum von Radeberger wäre hier allerdings kritisch zu beurteilen.

Nachdem Henkell & Söhne (Dr. Oetker-Gruppe) bereits im vorhergehenden Berichtszeitraum von der Racke GmbH und der Kupferberg GmbH die Weinbrandmarke „Scharlachberg“, die Likörmarke „Meisterlikör“ und die Sektmarke „Kupferberg“ übernommen hatte (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 86), erwarb sie jetzt von Racke die Rum-Marken „Der Gute Pott Gold“, „Holborn“ sowie die

Weinbrand-Marke „Stern-Marke“, was jedoch auf den betroffenen – bundesweit abzugrenzenden – Märkten für die Herstellung und den Vertrieb von Rum/Rumverschnitt und Weinbrand/Cognac nicht zu marktbeherrschenden Stellungen führte. Weiterhin wurden zwei Auslands-Zusammenschlüsse mit Inlandsauswirkung geprüft und freigegeben, bei denen sich eine Bank (Caisse Régionale de Crédit Agricole) und ein Investmentunternehmen (ABN AMRO Capital) auf den jeweiligen Märkten für die Herstellung und den Vertrieb von verschiedenen Spirituosen engagierten.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Erwerb des Whisky-Geschäfts unter den Marken „Glen Grant“, „Old Smuggler“ und „Braemar“ von Pernod Ricard durch Campari freigegeben. Mit dieser Transaktion erfüllte Pernod Ricard eine gegenüber der Europäischen Kommission im Zusammenschlussverfahren Pernod Ricard/Allied Domecq abgegebene Zusage. Gegen den Erwerb bestanden unabhängig davon, ob der betroffene sachliche Markt weit (für Whisky insgesamt) oder eng (nur für Scotch Whisky) abzugrenzen ist, wegen der geringen strukturellen Auswirkungen keine wettbewerblichen Bedenken.

Die Ende 2005 aufgenommene kartellrechtliche Prüfung des in seiner ursprünglichen Form im Jahre 1999 gegründeten kooperativen Gemeinschaftsunternehmens MaxXium, in dem die international tätigen Markenspirituosenhersteller Highland Distillers, Jim Beam, Rémy Cointreau und Vin & Spirit den Vertrieb von Teilen ihres Markenportfolios zusammengelegt haben, ist noch nicht abgeschlossen. Anlass für die erneute Prüfung war die Einbeziehung von den Gesellschaftern zwischenzeitlich akquirierter zusätzlicher Marken in den gemeinschaftlichen Vertrieb über MaxXium.

### 4. Alkoholfreie Getränke

Die Investmentunternehmen Blackstone Group und Lion Capital Partner haben im Berichtszeitraum den europäischen Getränkebereich der Cadbury Schweppes plc. übernommen, einschließlich des von der Apollinaris & Schweppes GmbH betriebenen deutschen Getränkegeschäfts. The Coca Cola Company (TCCC) übernahm anschließend von Black Lion Beverages, einem Gemeinschaftsunternehmen von Blackstone und Lion Capital, aus dem Cadbury Schweppes-Komplex das Geschäft mit den beiden Wassermarken Apollinaris und Heppinger (sog. „Apollinaris-Geschäft“), was auf dem Markt für abgefüllte Wässer nur zu unbedenklichen Marktanteilszuwächsen führte.

Das sog. „Schweppes-Geschäft“ in Deutschland wurde, nachdem das Bundeskartellamt gegen seine Übernahme durch die auf dem betroffenen Markt für kohlenensäurehaltige Erfrischungsgetränke sehr marktstarke TCCC wettbewerbliche Bedenken erhoben hatte, in einer parallelen Transaktion indirekt von der Krombacher Brauerei GmbH & Co. KG erworben. Das Schweppes-Geschäft beinhaltet die Lizenzen zum Gebrauch der Marken „Schweppes“, „Rose’s“ und „Dr. Pepper“. Da Krombacher nicht über geeignete Abfüllanlagen für die zu über-

nehmenden Getränke verfügt, haben Krombacher und die Apollinaris & Schweppes GmbH ferner eine Lohnabfüllungsvereinbarung geschlossen, wonach die Apollinaris & Schweppes GmbH künftig die Getränke für Krombacher an ihrem Standort in Bad Neuenahr produzieren, abfüllen und verpacken wird. Das für die Herstellung erforderliche Konzentrat wird Krombacher von der an den genannten Transaktionen nicht beteiligten englischen Schweppes-Gesellschaft auf Grundlage eines Konzentratlieferungsvertrages beziehen. Unter der Marke Schweppes beinhaltet das übernommene Getränkeportfolio im Wesentlichen die Sorten „Indian Tonic Water“, „Original Bitter Lemon“, „American Ginger Ale“, „Bitter Orange“, „Citrus Summer“ und „Soda Water“. Bei der Marke „Dr. Pepper“ handelt es sich um ein kohlenensäure- und koffeinhaltiges Cola-Kirsch-Getränk. Unter der Marke „Rose`s“ werden in Deutschland „Rose`s Lime Juice“, „Rose`s Lemon Squash“ und „Rose`s Cranberry Mixer“ vertrieben. Hierbei handelt es sich durchweg um Fruchtsäfte, die zum Herstellen von Cocktails und anderen Mixgetränken verwendet werden.

Die Pepsi Co Inc. (Pepsi) hat sämtliche Anteile an der Punica Getränke GmbH erworben. Punica ist Hersteller und Vertreiber nichtalkoholischer Fruchtnektare, Fruchtsaftgetränke und Mixgetränke aus Tee und Fruchtsaft. Der Großteil des Geschäfts von Punica liegt im Bereich der nicht-kohlenensäurehaltigen Fruchtsaftgetränke. Das Vorhaben war wettbewerbsmäßig unbedenklich und wurde freigegeben.

## 5. Zucker

Das Vorhaben der Pfeifer & Langen KG, sämtliche Anteile an der Zuckerfabrik Jülich AG zu erwerben, wurde vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren freigegeben. Auf den von dem Zusammenschluss betroffenen Märkten für Haushaltszucker einerseits und für Industriezucker andererseits wird zwar die Pfeifer & Langen KG auf dem räumlich relevanten Regionalmarkt im Westen Deutschlands Marktführer vor seinen bundesweit größeren Konkurrenten Südzucker AG und Nordzucker AG. Im Ergebnis bestanden aber keine wettbewerbsmäßigen Bedenken gegen das Vorhaben, da die genannten finanzstarken Wettbewerber jeweils mit hohen Marktanteilen präsent sind und darüber hinaus eine erhebliche wettbewerbsmäßige Stellung auch auf anderen, sachlich und räumlich benachbarten Märkten haben. Ein weiterer wesentlicher Faktor für die Prognoseentscheidung war der geänderte Rechtsrahmen der EG-Zuckermarktverordnung und seine erwarteten Auswirkungen auf die regulierten Zuckermärkte. Die am 1. Juli 2006 in Kraft getretene VO (EG) Nr. 318/2006 über die Gemeinsame Marktorganisation für Zucker (Abl. 2006 Nr. L 58, S. 1) wird erhebliche Auswirkungen auf die europäischen Zuckermärkte und damit auch auf das hier betroffene Gebiet haben. Die intendierte Strukturbereinigung und schrittweise Liberalisierung der europäischen Zuckermärkte wird, mit einer progressiven Absenkung des bislang durch die Marktordnung gesicherten Preisniveaus für Zuckerfabriken und Zuckerrübenbauern, kombiniert mit Schließungsprämien für Zuckerfabriken, zu einer Reduzierung der europäischen Zuckerpro-

duktion und gleichzeitig zu einer Konzentration auf die produktivsten Zuckeranbauregionen Europas führen. Aufgrund internationaler Abkommen und der Forderungen des WTO-Panels für Zucker werden weitere Importe in den Binnenmarkt für Wettbewerbsdruck sorgen. Wenn gleich auf Grundlage der Ermittlungen noch ein inländischer Regionalmarkt mit einem Radius von etwa 220 km um die Zuckerproduktionsstandorte anzunehmen war, konnte somit erwartet werden, dass aktuelle Marktstellungen, und damit auch die rechnerisch zu verzeichnende Oligopolstruktur (Pfeifer & Langen mit Südzucker und Nordzucker), nicht stabil bleiben werden. Im Ergebnis war daher weder eine gemeinschaftliche noch eine einzelmarktbeherrschende Stellung der Pfeifer & Langen KG als Folge des Zusammenschlusses zu befürchten.

## 6. Süßstoffe und Zuckeraustauschstoffe

Die Begründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Inno Sweet GmbH, einer indirekten Tochtergesellschaft der Nordzucker AG, und der chinesischen Hebei Baoshuo Co., Ltd. ist vom Bundeskartellamt freigegeben worden. Sachlich betroffen war das Geschäft mit Zuckeraustauschstoffen. Die genaue Marktabgrenzung konnte sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht offen gelassen werden, da auch bei engster Marktabgrenzung und individueller Betrachtung des relevanten speziellen Zuckeraustauschstoffes der gemeinsame Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens wettbewerbsmäßig unbedenklich blieb.

Ebenfalls in der ersten Prüfungsphase wurde das Vorhaben der US-amerikanischen NutraSweet freigegeben, wesentliche Vermögensteile der Holland Sweetener Company (Niederlande) zu erwerben. Nach eigenen Angaben befand sich die Holland Sweetener Company bereits in Auflösung. Das Vorhaben bestand im Wesentlichen in der Übertragung verschiedener immaterieller Vermögensgegenstände, wie insbesondere gewerblicher Schutzrechte. Obgleich nach Vollzug des Vorhabens, rein rechnerisch, bei dem Süßstoff Aspartam europaweit und weltweit Marktanteile erreicht werden, die weit über der gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutung liegen, ergaben die Ermittlungen, dass es nicht sachgerecht gewesen wäre, die im Jahr 2005 erreichten Marktanteile der Holland Sweetener Company voll der NutraSweet zuzurechnen. Vielmehr waren bei der Prognoseentscheidung ganz erhebliche Abschmelzeffekte zu berücksichtigen. Geografisch sind jedenfalls größere als nationale Märkte anzunehmen, große Süßstoffabnehmer kaufen sogar weltweit ein. Sachlich konnte weiterhin offen gelassen werden, ob einzelne Süßstoffe, wie etwa Aspartam, als eigenständige Produktmärkte zu definieren sind oder zusammenfassend mehrere Süßstoffe den relevanten Markt begründen.

## 7. Fruchtzubereitungen

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt im Produktbereich Fruchtzubereitungen zwei bereits in den Anmeldungen miteinander verknüpfte Zusammenschlüsse freigegeben: Mit dem ersten Zusammenschluss erwarb die zum Südzucker-Konzern gehörende österreichische

AGRANA Zucker GmbH (AGRANA) im Wege des Anteilserwerbs die Deutsch-Schweizerische Früchteverarbeitung GmbH (DSF) mit deren Betriebsstätten in Konstanz und Nauen, um unmittelbar darauf die Betriebsstätte Nauen als wesentlichen Vermögensteil an die Rudolf Wild GmbH & Co. KG (Wild) weiter zu veräußern. Damit stellten sich die beiden Zusammenschlüsse als ein zweistufiges Vorhaben dar, als dessen Ergebnis die beiden Betriebsstätten der DSF auf AGRANA und Wild aufgeteilt wurden. DSF, AGRANA und Wild sind insbesondere in der Herstellung und im Vertrieb von Fruchtzubereitungen tätig, die für Milchprodukte und Backwaren verwendet werden. Hintergrund der beiden faktisch parallelen Erwerbsvorgänge ist folgender: Bereits im Jahr 2003 hatte AGRANA den Erwerb der französischen Financière Atys S.A. (Atys) angemeldet. Dieses Vorhaben war vom Bundeskartellamt untersagt worden. Atys hatte daraufhin zunächst ihre deutsche Tochter Atys DSF, auf die fast ihr gesamter inländischer Marktanteil entfiel, an einen Dritten veräußert, und war sodann nach erneuter Anmeldung mit Zustimmung des Bundeskartellamtes von AGRANA erworben worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 85 f.). Dass AGRANA nach der Übernahme des ausländischen Teils der Atys-Gruppe nun auch den vormals deutschen Teil der Atys – die DSF – erwerben konnte, stand nicht im Widerspruch dazu, dass das Bundeskartellamt AGRANA untersagt hatte, die Atys einschließlich ihrer deutschen Tochter Atys DSF zu erwerben. Das damalige Vorhaben unterschied sich von dem nun zu beurteilenden Vorhaben im wirtschaftlichen Ergebnis insoweit wesentlich, als von der DSF nun lediglich die Betriebsstätte in Konstanz an AGRANA, hingegen die Betriebsstätte in Nauen an Wild ging. Angesichts dessen war nicht mehr zu befürchten, dass, wie vom Bundeskartellamt bei dem ursprünglich von AGRANA beabsichtigten Erwerb der Atys einschließlich der gesamten DSF angenommen, ein marktbeherrschendes Duopol von AGRANA und dem Marktführer Zentis entstehen würde. Zentis bleibt nunmehr mit noch größerem Abstand zu AGRANA-Atys, einschließlich der DSF-Betriebsstätte Konstanz, in der führenden Position. Nach Marktanteilen fast gleichauf mit AGRANA-Atys liegt jetzt Wild. Angesichts dieser Marktstruktur mit der verstärkten Marktanteilssymmetrie zwischen Zentis und AGRANA-Atys einerseits und der sowohl marktanteilmäßig als auch synergetisch gestärkten Verfolgerposition von Wild andererseits sowie weiterer wettbewerbsfördernder unternehmensbezogener Merkmale erwies sich die rechnerisch nach wie vor erfüllte Vermutung nach § 19 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 für ein aus Zentis und AGRANA bestehendes enges Oligopol als widerlegt.

Nach Abschluss der Fusionskontrollverfahren erklärten Südzucker-AGRANA und das Bundeskartellamt übereinstimmend das beim Bundesgerichtshof anhängige Rechtsbeschwerdeverfahren für erledigt; dieses hatte sich gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf gerichtet, mit der die Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes im ersten Kontrollverfahren AGRANA/Atys infolge der nachfolgenden

Transaktionen als unzulässig verworfen worden war (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 86).

## 8. Schokolade und Kakaomasse

Die Cargill Inc. (USA) hat Vermögenswerte der zur Krüger GmbH & Co KG gehörenden Schierstedter Schokoladenfabrik GmbH & Co KG erworben, die zur Herstellung von industrieller Schokolade und Kakaomasse dienen. Hinsichtlich industrieller Schokolade konnte offen gelassen werden, ob der Bereich in weitere selbstständige Produktmärkte zu unterteilen ist. Räumlich wurde ein europäischer Markt definiert. Die addierten Marktanteile ergaben keinen Grund zu wettbewerblicher Besorgnis. Für den Markt für Kakaomasse musste nicht entschieden werden, ob der ökonomisch relevante Markt sogar größer als europaweit ist, da durch das angemeldete Vorhaben auch auf dem engeren und problematischeren EWR-weiten Markt wettbewerbliche Bedenken nicht bestanden. Anhaltspunkte für einen weltweiten Bezug ergaben sich aber aus den Ermittlungen. Trotz nicht unerheblicher addierter Marktanteile für Cargill auf dem freien Kakaomassemarkt wurde das Vorhaben freigegeben. Viele Wettbewerber sind vertikal integriert und stellen Kakaomasse und deren Folgeprodukte wie Kakaobutter, Kakaopulver und Schokolade selbst her. Nur rund ein Drittel der im Markt benötigten Kakaomasse wird frei gehandelt. Sowohl die Frage der Einzelmarktbeherrschung als auch die eines wettbewerbslosen Duopols von Cargill mit dem Wettbewerber ADM wurden geprüft, waren aber wegen der existierenden Überkapazitäten im Markt sowie aufgrund des Preisverfalles und der starken Stellung der Nachfrager, die selbst Kakaomasse herstellen oder in Lohnfertigung herstellen lassen könnten, zu verneinen.

## 9. Kakaobutterersatzfette

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der Holding-Gesellschaften Melker Schörling AB (MSAB) und United International Enterprises (UIE) freigegeben, mittels eines Gemeinschaftsunternehmens die gemeinsame Kontrolle über die schwedische Karlshamns AB (Karlshamns) und die dänische Aarhus United A/S (Aarhus) zu erwerben. Sowohl Karlshamns als auch Aarhus sind in der Herstellung und dem Vertrieb verschiedener Fette und Öle tätig. Das Zusammenschlussvorhaben führte im Ergebnis dazu, dass Karlshamns und Aarhus ihre Tätigkeit im Bereich Fette und Öle zusammen legen. Das Vorhaben wurde freigegeben, weil von ihm auf keinem der betroffenen Märkte die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu befürchten waren. Betroffen war insbesondere der Markt, der in sachlicher Hinsicht die Herstellung und den Vertrieb von Kakaobutter und Kakaobutterersatzfetten umfasst. Offen bleiben konnte, ob diesem Markt auch sonstige Fette zur Herstellung von Schokoladenprodukten angehören. In räumlicher Hinsicht ist dieser Markt europaweit abzugrenzen. Auf dem betroffenen Markt waren die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten weit entfernt von der Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 1. Zudem wurde festgestellt, dass starker tat-

sächlicher Wettbewerb insbesondere durch Loders & Croklaan und Fuji Oil sowie erheblicher potenzieller Wettbewerb insbesondere durch Anbieter aus Malaysia und Indonesien besteht. Darüber hinaus unterliegt das wettbewerbliche Verhalten der Zusammenschlussbeteiligten der Kontrolle durch eine starke Marktgegenseite, zu der Unternehmen wie Nestlé und Kraftfoods gehören. Auch auf den Märkten für die Herstellung und den Vertrieb von raffiniertem und von unraffiniertem Keimöl bestanden unabhängig von der genauen räumlichen Marktabgrenzung angesichts der schwachen Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten mit gemeinsamen Marktanteilen von jeweils unter 5 % und der starken Marktstellung von Anbietern wie ADM, Bunge und Cargill keine wettbewerblichen Bedenken. Auch auf den übrigen von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten für industrielle Margarine und für MilCHFettalternativen bestanden bei allen denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen keinerlei wettbewerbliche Bedenken.

## 10. Süßwaren

Der Zusammenschluss zwischen der italienischen Perfetti Van Melle S.p.A. (Perfetti) und der spanischen Chupa Chups S.p.A. (Chupa Chups) wurde vom Bundeskartellamt freigegeben. Zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und der Implex, einem im Vertrieb von Fisherman's Friends-Produkten tätigen Vertriebsunternehmen von Lofthouse of Fleetwoods, bestand bereits ein drittelparitästisches Gemeinschaftsunternehmen zum Vertrieb von Süßwaren. Im Ergebnis bewirkte der Zusammenschluss, dass zwei der drei Mütter, die bereits ihren Vertrieb zusammengelegt hatten, nun auch ihre Herstellung zusammenlegten. Insoweit bestand keine Besorgnis, der Zusammenschluss werde eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

Die WM Wrigley Jr. Company (USA) hat im Berichtszeitraum einen Teil des Süßwarengeschäftes der Kraft Foods Inc. (USA) erworben. Wie in der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes konnte auch hier die genaue Abgrenzung des relevanten Marktes offengelassen werden. In sachlicher Hinsicht wurden die Auswirkungen des Vorhabens mit Blick auf das Produktsegment, in dem die Beteiligten am stärksten vertreten sind, auf einem möglichen engen Markt für Pfefferminz- und Hustenbonbons untersucht. Dabei wurde auch geprüft, welche Auswirkungen auf einem möglicherweise über das Inland hinausgehenden geografischen Markt durch den Zusammenschluss zu erwarten waren. Unter allen denkbaren Marktabgrenzungen war das Vorhaben wettbewerblich nicht bedenklich.

Die August Storck KG hat einzelne Bonbon-Marken einschließlich der Rezepturen, Produktkenntnisse und Internet Domaines von der Ragolds Süßwaren GmbH & Co. KG erworben. Der Tätigkeitsschwerpunkt beider Unternehmen liegt geografisch in Deutschland. Unabhängig davon, ob man den Bonbonmarkt insgesamt oder engere Produktmärkte, hier wiederum Pfefferminz- und Hustenbonbons einerseits und Fruchtbons andererseits, be-

trachtete, lagen die addierten Marktanteile der Beteiligten deutlich unterhalb der gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungsschwelle.

## 11. Fischverarbeitung

Das Vorhaben der international im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Fisch- und Meeresfruchtprodukten tätigen Icelandic Group plc., alle Anteile an der Pickenpack-Husmann & Hahn Seafood GmbH von der FAB-GmbH zu erwerben, wurde freigegeben. Der Zusammenschluss betraf die Märkte für die Herstellung und den Vertrieb von tiefgefrorenen Fisch- und Meeresfruchtprodukten, die über die im einzelnen zu differenzierenden Vertriebskanäle Lebensmitteleinzelhandel, weiterverarbeitende Industrie und Großverbraucher abgesetzt werden. Tiefgefrorene Produkte begründen allein schon aufgrund ihrer Herstellung, Lagerung und Haltbarkeit und damit ihrer Vertriebsmöglichkeiten gegenüber frischen und nur gekühlten Produkten einen getrennten Produktmarkt. Inwieweit größere als nationale räumliche Märkte anzunehmen sind und ob sogar einzelne tiefgefrorene Fisch- und Meeresfruchtprodukte noch weiter in kleinere eigenständige Produktmärkte zu unterteilen sind, konnte in der Entscheidung offen gelassen werden. Selbst dort, wo es zu den stärksten Marktanteilsadditionen kam, auf dem möglichen nationalen Markt für tiefgefrorene Naturfilets im Bereich Lebensmitteleinzelhandel, beziehungsweise Großhandel, bestanden keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Vorhaben.

Die Nadler Feinkost GmbH, ein Konzernunternehmen des Nahrungsmittelkonzerns UNIQ plc. (Großbritannien), hat von der Lysell KG den Geschäftsbereich der Räucherseelachsproduktion, von der Neuen Ostsee-Fisch GmbH die Räucherseelachs-Kundenbeziehungen und, für begrenzte Zeit unter der Marke und nach Vorgaben der Rügen Feinkost, für diese die Lohnfertigung von Räucherseelachsprodukten übernommen. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben, dass, selbst wenn der hier betroffene Bereich Seelachs, der sog. „falsche“ Lachs, nicht als Teil eines größeren Produktmarktes für Fischfeinkost und Räucherfischspezialitäten gesehen würde, wettbewerbliche Bedenken nicht bestanden. Der Absatz bei den geräucherten Seelachsprodukten sinkt als Folge des Verbrauchswachstums und einbrechender Preise bei echtem Räucherlachs und Handelsmarken spielen im Bereich Fischfeinkost eine zunehmend wichtigere Rolle. Diese beiden Aspekte bilden, neben der Existenz wesentlicher Wettbewerber, wie zum Beispiel Beeck/Homann, Schwartauer Werke (Norda, Lysell), Leegina/Neue Ostsee-Fisch (DG Bank), Krone und Popp-Wernsing, ein ausreichendes wettbewerbliches Korrektiv für den Verhaltensspielraum des führenden Fischfeinkostanbieters Nadler.

## 12. Enzyme

Die Danisco A/S (Dänemark) hat die Kontrolle über die Genencor Inc. (USA) erworben. Danisco ist im Bereich Entwicklung und Herstellung von Lebensmitteln, Futtermitteln, Süßstoffen, Zucker, aber auch von Enzymen,

Emulgatoren, Stabilisatoren, Aromen und weiteren Inhaltsstoffe für die Industrie, insbesondere für die Lebensmittelindustrie und den pharmazeutischen Bedarf, tätig. Genencor hat als breit aufgestelltes Unternehmen der Biotechnologie eine weltweit starke Stellung im Bereich Enzyme hinter dem Marktführer Novozymes. Trotz des Gewichts der Unternehmen auf den betroffenen Märkten in ganz Europa und darüber hinaus fand die europäische Fusionskontrolle keine Anwendung, da Genencors Umsätze die Schwellenwerte der VO Nr. 139/04 nicht erreichten. Hinsichtlich der deutschen Fusionskontrolle machten die Unternehmen für die meisten der betroffenen Produktmärkte, trotz deren auch von ihnen vertretenen mindestens europaweiter, wenn nicht weltweiter Abgrenzung, die ihrer Ansicht nach nur auf das Inland zu beziehende Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 geltend. Demgegenüber legte das Bundeskartellamt in Orientierung an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 5. Oktober 2004 im Fall „Staubsaugerbeutelmarkt“ die ökonomisch sachgerechte räumliche Marktabgrenzung erstmals auch der Anwendung der Bagatellmarktklausel zugrunde, mit der Folge, dass deren Schwellenwerte durchweg überschritten wurden und damit die materielle Kontrolle eröffnet war. In sachlicher Hinsicht lag der Schwerpunkt des Falles auf dem Markt für Futtermittelenzyme. Wie in einer vorausgegangenen Entscheidung der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2003 (COMP/M. 2972) festgestellt, bestand bei Futtermittelenzymen bereits ein enges Oligopol zwischen den aufgrund verschiedener Verflechtungen zusammenhängenden Gruppen DSM/BASF einerseits und Roche/Novozymes andererseits. Der Zusammenschluss DSM/Roche war von der Europäischen Kommission nur unter der Auflage freigegeben worden, dass DSM sein Futtermittelenzymgeschäft verkauft. Nach den Feststellungen der Kommission stellte sich der Markt so dar, dass DSM/Roche/Novozymes in Europa ca. 35 % der Anteile auf dem auch hier besonders interessierenden Produktmarkt für stärkespaltende „NSP“- Futtermittelenzyme auf sich vereinigten und Danisco/Genencor einschließlich des Wettbewerbers Adisseo ca. 45 %. Dieses Marktbild fand sich nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes im Wesentlichen bestätigt. Zu berücksichtigen war allerdings, dass Genencor selbst auf einer vorgelagerten Marktstufe tätig ist, ihre Produkte also nur über Danisco und andere unabhängige Unternehmen auf den Markt bringt. Der – neben dem Duopol einzige – Wettbewerber Adisseo (ehem. Aventis) befand sich, trotz seiner nicht unerheblichen Marktstellung nach Marktanteilen, in einer gewissen Abhängigkeit von Genencor, die für Adisseo die Futtermittelenzyme in Lohnfertigung herstellt. Diese Verflechtungen hatten die Europäische Kommission sogar dazu veranlasst, aus wettbewerblicher Sicht Danisco, Genencor und Adisseo als eine wirtschaftliche Einheit zu bewerten. Adisseo, auf der gleichen Marktstufe tätig wie Danisco, hätte in Folge des Zusammenschlusses Genencor/Danisco fürchten müssen, dass nunmehr wettbewerblich relevante Daten an den unmittelbaren Wettbewerber Danisco gelangen. Durch Abänderung verschiedener zivilrechtlicher Vereinbarungen und die Sicherstellung, dass auch nach dem Zusammenschluss Danisco keinen Zugang zu wett-

bwerblich sensiblen Daten von Adisseo erlangt, konnte noch vor der Freigabe des Vorhabens eine weitestgehende Unabhängigkeit von Adisseo und damit eine Stabilisierung von deren wettbewerblicher Stellung erreicht werden. Die Marktermittlungen ergaben, dass in dem verbleibenden rechnerischen Oligopol unter Berücksichtigung der wettbewerblich aktiven Außenseiterstellung von Adisseo genügend Wettbewerb herrscht, so dass der angemeldete Zusammenschluss vom Bundeskartellamt freigegeben wurde.

### **Textilgewerbe (17)**

Die Daun & Cie. AG hat im Berichtszeitraum im Rahmen von Insolvenzverfahren zwei Zukäufe getätigt. Zum einen handelt es sich dabei um die IBENA Textilwerke Beckmann GmbH, die in den Bereichen Haus- und Heimtextilien und technische Textilien tätig ist, und zum anderen um die Tuchfabrik Becker GmbH, die hauptsächlich Textilien für die Bekleidungsindustrie herstellt. Beide Zusammenschlussvorhaben wurden wegen geringer wettbewerblicher Auswirkungen auf den betroffenen Märkten freigegeben.

Das Bundeskartellamt hat eine Klausel in den Vertriebsbedingungen der Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG (Sternjakob) beanstandet. Nach dieser Klausel war den Vertriebspartnern ein Vertrieb von Sternjakob Schulranzen der Marke „Scout“ und Schulrucksäcken der Marke „4You“ über das Internet nur unter der Bedingung gestattet, dass die im Internet-Handel erzielten Umsätze nicht mehr als die Hälfte der im stationären Handel erzielten Umsätze ausmachen. Die Vertriebspartner durften somit nicht mehr als ein Drittel ihrer Gesamtumsätze im Internet erzielen. Das Bundeskartellamt bewertete diese Beschränkung als nicht freigestellten bzw. nicht sachlich gerechtfertigten Verstoß gegen Artikel 81 Abs. 1 EG sowie gegen §§ 1 und 20 Abs. 2. Sternjakob hob die fragliche Klausel in den Vertriebsbedingungen auf.

### **Bekleidungsindustrie (18)**

Die Bekleidungsindustrie in Deutschland steht weiterhin bei der Inlandsfertigung unter enormem Kostendruck und sieht sich dabei immer stärkerer Importkonkurrenz aus Billiglohnländern, insbesondere aus China, ausgesetzt. Lediglich Designer- und Luxusbekleidung wird noch aus dem europäischen Raum bezogen. Bis auf Versace und Burberry konnten alle Luxusunternehmen ihre Umsätze steigern. Auffallend im Berichtszeitraum war das starke Engagement von Private Equity Fondsgesellschaften in der (Luxus-)Bekleidungsindustrie. Nahezu alle angemeldeten Zusammenschlussvorhaben beinhalteten den Erwerb von Bekleidungsherstellern durch Fondsgesellschaften, die häufig zahlreiche weitere, zum Teil sehr diversifizierte Beteiligungen mit komplexen Strukturen aufwiesen.

So erwarben die Quadriga Capital Gruppe 44 % und die APEF 5 Funds 46 % an dem Herrenoberhemden-Spezialisten Eterna Mode AG, die Triton Managers beteiligten sich an der Basler Holding GmbH und die Steadfast

Capital Fonds erwarben eine Mehrheitsbeteiligung an der Heinrich Peine GmbH & Co. KG (Herrenoberbekleidung). Aus dem Bereich für hochwertige Pret-à-Porter Damenoberbekleidung ist die Übernahme von Piazza Sempione durch L Capital 2 zu erwähnen sowie der Verkauf der Jil Sander AG seitens der Prada Holding an die Change Capital Partners.

Berkshire Hathaway (Fruit of the Loom) beteiligte sich an der Russell Corporation (Sportbekleidung, Sportschuhe), und die Tower Brooks Investors übernahmen die Mehrheit der Anteile an der Odlo Sports Group (Funktionsunterwäsche).

In der Bekleidungsindustrie waren häufig faktische oder sogar ausdrückliche Preisbindungen seitens der Hersteller, insbesondere im Zusammenhang mit dem Internet-Handel, festzustellen. Gerade im Bereich Sport/Freizeitbekleidung/Outdoor, wo ein ausgeprägtes Markenbewusstsein, z. B. für die Ware eines bestimmten Rucksack-Herstellers oder für bestimmte Marken-Sportschuhe, herrscht, mussten die Hersteller in einer ganzen Reihe von Fällen darauf hingewiesen werden, dass vertikale Preisbindungen einen Verstoß gegen § 1 darstellen und auch die Drohung mit Lieferstopps bei Nichteinhaltung von Preisempfehlungen ein Verfahren nach § 21 Abs. 2 wegen verbotener Druckausübung nach sich ziehen kann.

Im Schuhbereich war vor allem Deichmann im Berichtszeitraum aktiv. Deichmann hat im Marktsegment Herrenschuhe die Markenrechte von Gallus und im Marktsegment Kinder- und Jugendschuhe die Markenrechte Elefanten erworben. Beide Unternehmen befanden sich zum Zeitpunkt des Erwerbs in Liquidation. Wettbewerblieh waren beide Vorhaben unbedenklich.

## Papiergewerbe (21)

### 1. Papierherstellung

Die internationale Konzentration auf den Papiermärkten hat sich nach einem Rückgang in den Vorjahren im Berichtszeitraum wieder etwas verstärkt, wobei es keinen Schwerpunkt bei bestimmten Erzeugnissen gab.

Das Vorhaben des Kartonherstellers Korsnäs, den Wettbewerber AD Cartonboard zu übernehmen, wurde von der Europäischen Kommission in der ersten Phase freigegeben (COMP/M. 4057). Bei der Prüfung wurde der EWRweite Markt für Karton aus Frischfasern zur Verpackung von Flüssigkeiten (sog. LBP-Karton) betrachtet, der sich von Karton zur Verpackung anderer Produkte in den Eigenschaften sowie in den Vertriebs- und Kundenstrukturen unterscheidet. Mit dem Zusammenschluss der nach StoraEnso auf dem Markt als Nummer 2 und 3 rangierenden Beteiligten entstand eine duopolartige Situation. Der Wegfall des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten ließ nach Ansicht der Europäischen Kommission aufgrund der eher komplementären als überlappenden Produktpaletten keine Preiserhöhung bei LPB-Karton als nicht-koordinierte Wirkung erwarten. Auch koordinierte Wirkungen zwischen StoraEnso und den Beteiligten wurden angesichts der fehlenden Symmetrie der Unternehmen verneint.

Ende 2004 hatte die Europäische Kommission das Vorhaben von Sonoco und Ahlstrom gegen Verpflichtungszusagen freigegeben, ihr jeweiliges europäisches Geschäft für Papierhülsen-Karton und Papierhülsen in die Sonoco Alcore S.a.r.l. als neugegründetes Gemeinschaftsunternehmen einzubringen. Das Bundeskartellamt hat 2006 die Übernahme der von Ahlstrom an Sonoco Alcore gehaltenen Anteile durch Sonoco freigegeben. Die Folge des geplanten Zusammenschlusses war der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle. Es kam zu keinen Marktanteilsadditionen, weil die Marktanteile von Sonoco-Alcore schon zuvor Sonoco zuzurechnen waren (§ 36 Abs. 2 Satz 2). Wettbewerblieh war zudem zu berücksichtigen, dass die bislang bestehenden Verbindungen zwischen Sonoco und Ahlstrom wieder gelöst werden.

Vom Bundeskartellamt freigegeben wurde ebenfalls das Vorhaben des japanischen Papier- und Zellstoffherstellers OJI, das Unternehmen Ilford zu übernehmen, das als reines Beschichtungsunternehmen insbesondere polyethylenbeschichtetes Fotopapier für Tintenstrahl-drucker produziert. Der geplante Zusammenschluss führte zu Überschneidungen im Bereich der Inkjetpapiere, die zum Ausdruck auf Tintenstrahl-druckern eingesetzt werden. Nach Produktaufbau, Herstellung, Verwendungszweck und Preis sind in sachlicher Hinsicht die matt-gestrichenen von den glänzenden Inkjetpapieren, auch als Foto-Inkjetpapiere bezeichnet, zu unterscheiden. Ob der Bereich der glänzenden Inkjet-Papiere weiter zwischen gussgestrichenen und PE-beschichteten Foto-Inkjetpapieren zu unterteilen ist, konnte ebenso wie die genaue räumliche Marktabgrenzung offen bleiben. Auch bei engster Markt-betrachtung war angesichts von Marktanteilen unter der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung bei einem nur geringen Marktanteilzuwachs nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu der Entstehung oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Zudem sind große, international tätige Wettbewerber mit freien Kapazitäten auf dem wachsenden Markt tätig. Zwar produziert und vertreibt OJI mit PE-beschichteten Basispapieren auch ein Vorprodukt für Inkjet-Papiere, dies ließ aber keine Marktschließungseffekte erwarten, weil OJI darauf angewiesen bleibt, Basispapiere an Dritte zu veräußern, und zahlreiche Wettbewerber Basispapiere selbst herstellen.

Die Übernahme des insolventen britischen Spezialpapierherstellers JR Crompton durch den amerikanischen Wettbewerber Glatfelter wurde wegen der grenzüberschreitenden Bedeutung vom Bundeskartellamt nach Artikel 22 VO Nr. 139/04 an die Europäische Kommission verwiesen. JR Crompton verfügte über drei Werke, die Simpson Clough Papierfabrik, die Papierfabrik Devon Valley sowie die Papierfabrik Lydney. Glatfelter meldete beim Bundeskartellamt die geplante Übernahme der Simpson Clough Papierfabrik, einer Schrägsieb-Papiermaschine der Papierfabrik Devon Valley, des Geschäftsbereichs Wursthüllen sowie aller Verträge, Lieferbeziehungen, Rahmenverträge und Aufträge zwischen JR Crompton und anderen Unternehmen an, die ganz oder zum Teil mit der Herstellung, der Lieferung oder dem Verkauf von



Gütern in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in irgendeiner Beziehung stehen. Die Papierfabrik Lydney war zuvor von Glatfelter ohne Anmeldung übernommen worden. Das Bundeskartellamt betrachtete den jetzt angemeldeten und den seinerzeit bereits vollzogenen Erwerb als einheitliches wirtschaftliches Vorhaben von Glatfelter, die alleinige Kontrolle über wesentliche Teile von JR Crompton im Wege der Vermögensübernahme zu erwerben, weil der Vertrag zum geplanten Kauf von Simpson Clough und der bereits durchgeführte Vertrag zum Erwerb der Papierfabrik Lydney zwischen den gleichen Vertragsparteien am gleichen Tag geschlossen worden waren. Nach vorläufiger Prüfung gelangte das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass mit dem Erwerb der Vermögenswerte von JR Crompton eine marktbeherrschende Stellung von Glatfelter auf den beiden zumindest europaweiten Märkten für Teebeutel- und für Overlaypapiere entstehen oder verstärkt würde, die wirksamen Wettbewerb auf diesen Märkten erheblich behindern und den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen würde. Selbst bei weitester sachlicher Marktabgrenzung, nämlich der Betrachtung eines Marktes für Teebeutel- und Spezialpapier für Kaffee- und Espresso- und Espresso- pads, würde der Zusammenschluss zwischen Glatfelter und Crompton den weltweit führenden Anbieter Glatfelter mit der Nummer 2 des Marktes zusammenführen. Die Beteiligten hätten nach dem Zusammenschluss monopolartig hohe addierte Marktanteile mit einem sehr großen Vorsprung vor den nachfolgenden Wettbewerbern erreicht. Zusätzlich hätte sich die Auswahlmöglichkeit für die Abnehmer in Europa von bislang drei Herstellern auf zwei verringert. Glatfelter würde zudem über wesentlich mehr Produktionskapazitäten als alle Wettbewerber und über einen hervorragenden Zugang zum Beschaffungsmarkt für den Rohstoff Abaca verfügen. Auf dem Markt der Standard-Overlaypapiere hätte der Zusammenschluss die weltweit führenden Unternehmen mit überragend hohen Marktanteilen und einem sehr hohen Vorsprung vor den Wettbewerbern zusammen geführt, so dass auch auf diesem Markt eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in Deutschland und im EWR zu erwarten gewesen wäre. Dem Verweisungsantrag hat sich das Vereinigte Königreich angeschlossen. Die Europäische Kommission übernahm das Verfahren mit Entscheidung vom 15. Mai 2006. Kurz danach nahmen die Beteiligten Abstand von dem angemeldeten Vorhaben, so dass sich die weitere Prüfung der Europäischen Kommission auf den bereits vollzogenen Erwerb der Papierfabrik Lydney konzentrierte. Die Prüfung in der ersten Phase ergab wettbewerbliche Bedenken, weshalb die Europäische Kommission das Vorhaben vertieft in der zweiten Phase untersuchte. Hier bestätigten sich die ursprünglichen Bedenken nicht, so dass das Vorhaben freigegeben wurde. Als sachlich relevante Märkte betrachtete die Europäische Kommission die weltweiten Märkte für nassgelegtes Fasermaterial zur Tee- und Kaffeefiltration sowie für nassgelegtes Fasermaterial zur Verwendung in Batterien. Trotz hoher addierter Marktanteile der Beteiligten bei den Tee- und Kaffeefiltermaterialien von über 60 % bei einem starken Zuwachs von über 20 % sah die Europäische Kommission keine Gefahr einer erheblichen Wettbe-

werbsbehinderung. Die Ermittlungen ergaben, dass die aktuellen und potenziellen Wettbewerber mit ihren freien Kapazitäten und ihrem Know-how die Beteiligten wirksam davon abhalten können, einseitig den Wettbewerb auf dem Markt zu beeinflussen. Zudem erwartete die Europäische Kommission, dass die Abnehmer in Zukunft auch auf alternative Materialien ausweichen können, wodurch weitere Kapazitäten frei werden. Auf dem Markt für Fasermaterial zur Batterieherstellung erzielten die Beteiligten mit Marktanteilen von unter 15 % nur eine nachgeordnete Marktposition. Zudem wurden geringe Marktzutrittschranken und eine hohe Konzentration der Nachfrager festgestellt.

Das Verfahren gegen verschiedene Papier- und Kartonaugerhersteller wegen des Verdachts der Abstimmung beim Einkauf von Altpapier (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 92) sowie das Verfahren gegen Hersteller von Papptellern wegen des Verdachts auf wettbewerbswidrige Preis- und Kundenschutzabsprachen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 92) wurden im Berichtszeitraum fortgeführt.

## 2. Papierverarbeitung

Im Berichtszeitraum hat der Verpackungsmittelkonzern Jefferson Smurfit seine führende Stellung weiter ausgebaut und den Wettbewerber Kappa übernommen. Das Vorhaben wurde von der Europäische Kommission gegen Verpflichtungszusagen freigegeben (COMP/M. 3935). Die Kommission untersuchte insgesamt elf Märkte und stellte wettbewerbliche Bedenken auf folgenden Märkten fest: Bei Wellpappe-Kartonboxen würde Jefferson Smurfit mit dem Zusammenschluss als engster Wettbewerber von Kappa in Dänemark den Markt verlassen und ein Duopol der Beteiligten und SCA begründen. In Schweden würde die Zahl der Anbieter von vier auf drei sinken und die Stellung der Beteiligten bedeutend gestärkt. In beiden Ländern gab es zudem beträchtliche Marktzutrittschranken. Im Bereich der stabilen Kartonboxen führt der Zusammenschluss zu hohen addierten Marktanteilen der Beteiligten im EWR mit Marktanteilen von über 40 % in Belgien, Frankreich, den Niederlanden und Schweden. Bei Grafikkarton stellte die Europäische Kommission im EWR fest, dass die Beteiligten mit hohen addierten Marktanteilen Marktführer mit großem Abstand vor den nachfolgenden Wettbewerbern würden. Auf dem Markt für Unterteilungen aus stabilem Karton erreichen die Beteiligten als die beiden führenden Unternehmen im Vereinigten Königreich sowie in Irland nach dem Zusammenschluss hohe addierte Marktanteile mit großem Abstand vor den wenigen verbleibenden Wettbewerbern. Um die Wettbewerbsbedenken zu beseitigen, verpflichteten sich die Beteiligten zum Verkauf verschiedener Fabriken.

Im Bereich Grafikkarton hatten die Beteiligten im Zusammenschlussverfahren Jefferson Smurfit/Kappa der Europäischen Kommission zugesagt, die niederländischen Werke in Hoogezand und Sappemeer zu veräußern. Der Erwerb durch die Private Equity-Gesellschaft Hollander – van der Hoeven Beheer wurde beim Bundeskartellamt angemeldet und im Vorprüfverfahren freigegeben.

Im Berichtszeitraum wurde die Untersagung des Bundeskartellamts aus dem Jahr 2000 im Zusammenschlussverfahren Melitta Bentz/Schultink, das den westeuropäischen Markt für Staubsaugerbeutel betraf, rechtskräftig. Das Bundeskartellamt hatte Anfang 2000 das Vorhaben des Melitta-Konzerns und der belgischen Schultink-Gruppe untersagt, ihr jeweiliges europäisches Staubsaugerbeutelgeschäft in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenzulegen (Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 94). Nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf die Entscheidung am 30. April 2003 (Kart 9/00) aufgehoben hatte, hob der Bundesgerichtshof auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes den Beschluss des Oberlandesgerichts am 5. Oktober 2004 auf und verwies die Sache zur Neuverhandlung an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurück (KVR 14/03) (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 21, 93). Das Bundeskartellamt hat daraufhin im Auftrag des Oberlandesgerichts den europäischen Markt für Staubsaugerbeutel erneut umfassend untersucht und europaweit 40 Unternehmen als Staubsaugerbeutelhersteller in zehn verschiedenen Ländern befragt. Die erneuten Ermittlungen bestätigten, dass das Gemeinschaftsunternehmen nach dem geplanten Zusammenschluss jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Staubsaugerbeutel in Europa erlangen würde. Durch den Zusammenschluss würden sich die Nummer 1 und die Nummer 2 in Europa zusammenschließen, die in den vorangegangenen fünf Jahren über nahezu konstant hohe addierte Marktanteile in Europa, einen sehr großen Abstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern, eine überragende Stellung bei den innovativen Vliesbeuteln sowie über einen hervorragenden Zugang zum Beschaffungs- und zum Absatzmarkt und eine überlegene Finanzkraft verfügten. Die Zusammenschlussbeteiligten hatten insbesondere durch eine Verbraucherbefragung eines Marktforschungsinstituts und durch wettbewerbsökonomische Gutachten vergeblich versucht, das Ergebnis der intensiven Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu erschüttern. Das Oberlandesgericht Düsseldorf folgte der Ansicht der Beteiligten nicht, sondern bestätigte die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes, das die Umsatz- und Absatzmengen der Unternehmen durch Befragung der Anbieter ermittelt hatte und sich in Fällen, in denen sich eine direkte Abfrage von Marktdaten im Ausland als nicht möglich erwies oder eine Antwort verweigert wurde, mit einer aufwändigen Ausschöpfung aller sekundären Erkenntnisquellen mit Schätzungen und Einschätzungen Dritter über die Marktposition dieser Anbieter beholfen hatte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf betonte, dass die bei der Befragung der Hersteller gewonnenen Erkenntnisse einen verlässlichen Überblick über das Marktvolumen und die Marktanteile der einzelnen Unternehmen geben. Demgegenüber wies das Oberlandesgericht Düsseldorf den Versuch der Beteiligten, das Marktvolumen über eine Verbraucherumfrage hochrechnen zu lassen, als ungeeignet zurück. Die Hochrechnung sei teilweise anhand sachfremder Parameter vorgenommen worden, zudem sei der Verbraucher kaum in der Lage, seinen Verbrauch an Staubsaugerbeuteln zuverlässig zu schätzen. Hinzu komme, dass geringe Fehler durch die Hochrechnung zu drastischen Verzerrungen führen würden. Insbesondere

blieb ungeklärt, von welchen nicht vom Bundeskartellamt befragten Unternehmen die enorme Differenzmenge zu der vom Bundeskartellamt bei den Herstellern ermittelten Absatzmenge stammen sollte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagung des Bundeskartellamtes nunmehr bestätigt. Das Urteil ist rechtskräftig.

### 3. Papiergroßhandel

Nachdem das Papiergroßhandelsunternehmen G. Schneider & Söhne GmbH & Co. KG im Jahr 2004 den insolventen Wettbewerber Classen übernommen hatte (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 93), hat sich das Unternehmen weiter verstärkt und mit den bisherigen Anteilseignern die gemeinsame Kontrolle über das Feinpapiergroßhandelsunternehmen Römerturm erworben. Wie im Verfahren SchneiderSöhne/Classen hat das Bundeskartellamt einerseits zwischen dem Lager- und dem Streckengeschäft, andererseits zwischen dem Druckereipapier und dem Büropapier unterschieden. Bei Druckereipapier vom Lager brauchte nicht untersucht zu werden, ob die im Verfahren SchneiderSöhne/Classen ermittelten Oligopole auf den vier Regionalmärkten Hamburg, Essen, Darmstadt und Nürnberg nach wie vor existieren, weil sie durch den Zusammenschluss mit Römerturm nicht verstärkt wurden. Das Vorhaben führte nur zu marginalen Marktanteilsadditionen von unter 0,5 %. Zudem verfügte Römerturm als auf die hochwertigen und teuren Feinpapiere spezialisiertes Handelsunternehmen über eine grundlegend andere Unternehmensstruktur als die Oligopolmitglieder, die als klassische Papiergroßhandelsunternehmen im Lagergeschäft ein Vollsortiment anbieten und von zahlreichen Regionallagern aus mit eigenen Fahrzeugen ausliefern. Gleiches gilt für den bundesweiten Markt für das Streckengeschäft mit Druckereipapier, auf dem sich Römerturm als kleinster Außenseiter bereits vor dem Zusammenschluss nur in begrenztem Wettbewerb zu den übrigen Papiergroßhandelsunternehmen befand. Auch beim Lagergeschäft mit Büropapier ergaben sich keine Bedenken auf den einzelnen Regionalmärkten. Dies gilt insbesondere auch für den Regionalmarkt Stuttgart, auf dem die Beteiligten rechnerisch die Einzelmarktbeherrschungsvermutung mit nur geringem Zuwachs erfüllen, weil hier der Durchschnittspreis von SchneiderSöhne deutlich zurückgegangen war und Antalis mit einem preisaggressiven Auftreten den Umsatz und Absatz deutlich steigern können. Auf dem Regionalmarkt München wurde die rechnerisch erfüllte Oligopolvermutung des § 19 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 widerlegt, weil der Durchschnittspreis trotz steigenden Absatzes gesunken war und mit Deutsche Papier ein starker Außenwettbewerber existierte und Antalis den Umsatz hat deutlich steigern können. Auch beim Einkauf von Feinpapier ergaben sich keine Bedenken, so dass das Vorhaben im Vorprüfverfahren freigegeben wurde.

Die G. Schneider & Söhne GmbH & Co. KG wurde mittlerweile durch den finnischen Papierkonzern Stora Enso übernommen. Das Vorhaben wurde von der Europäischen Kommission in der ersten Phase freigegeben (COMP/M. 3822), weil es im Papiergroßhandel überwiegend keine bzw. nur geringe horizontale Überschneidungen

gab und zahlreiche Wettbewerber in den einzelnen Ländern tätig sind. Zudem ließen auch die vertikalen Beziehungen zwischen den Beteiligten keine Wettbewerbsbedenken erwarten. Die Papiergroßhandelsunternehmen beziehen ihr Papier von verschiedenen Herstellern, und da die Beteiligten nur einen geringen Marktanteil bei der Herstellung der verschiedenen Papiersorten erzielen, bleibt ein bedeutender Teil der Nachfrage offen für den Wettbewerb.

Im Kartellverfahren wegen des Verdachts verbotener Preisabsprachen von Papiergroßhandelsunternehmen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 94) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf über erste Einsprüche gegen die vom Bundeskartellamt erlassenen Bußgeldbescheide entschieden. Das Bundeskartellamt hatte im Jahr 2004 gegen zwölf Unternehmen und 46 persönlich Verantwortliche des Papiergroßhandels Bußgelder i. H. v. insgesamt 57,6 Mio. Euro verhängt, von denen 1,7 Mio. Euro rechtskräftig geworden waren. Im Mittelpunkt des Pilotverfahrens des Oberlandesgerichts Düsseldorf standen die Einsprüche von zwei Unternehmen eines Konzerns und elf ihrer Angestellten, gegen die das Bundeskartellamt wegen der Teilnahme an insgesamt zehn ermittelten regionalen Papiergroßhandelskartellen Bußgelder in Höhe von zusammen rund 14,8 Mio. Euro bzw. 0,7 Mio. Euro verhängt hatte. Nach 19 Verhandlungstagen sah das Oberlandesgericht es als erwiesen an, dass führende Unternehmen des Papiergroßhandels von 1995 bis April 2000, dem Zeitpunkt der vom Bundeskartellamt veranlassten Durchsuchungsaktion, die Mindestverkaufspreise für bestimmte Papiersorten in verschiedenen Bundesländern regional abgesprochen hatten. Das Gericht setzte gegen die beiden Unternehmen Geldbußen i. H. v. rund 6,1 Mio. Euro und gegen die Personen rund 0,6 Mio. Euro fest. Die Urteile gegen die Unternehmen und gegen sechs der letztlich zehn persönlich Verantwortlichen (ein Verfahren wurde wegen Verhandlungsunfähigkeit eingestellt) sind noch nicht rechtskräftig; Rechtsbeschwerden wurden sowohl von der Staatsanwaltschaft als auch von den Betroffenen eingelegt. Sie sind noch beim Bundesgerichtshof anhängig. Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied darüber hinaus über Einsprüche von 26 persönlich Verantwortlichen aus anderen in das Papiergroßhandelsverfahren involvierten Unternehmen. Das Bundeskartellamt hatte gegen sie Bußgelder i. H. v. insgesamt rund 1,7 Mio. Euro verhängt. Von den 26 Verfahren wurden 24 im schriftlichen Verfahren und zwei in mündlicher Verhandlung entschieden. Das Oberlandesgericht setzte gegen 25 Verantwortliche Geldbußen i. H. v. 0,85 Mio. Euro fest (in einem Fall wurde der Einspruch im Laufe des Gerichtsverfahrens zurückgezogen). Zwei der Verfahren sind noch nicht rechtskräftig; die Rechtsbeschwerden sind beim Bundesgerichtshof anhängig.

## Verlagsgewerbe (22)

### 1. Tageszeitungen/Anzeigenblätter

Im Berichtszeitraum hat sich der Konzentrationsprozess bei den Tageszeitungsverlagen fortgesetzt. Der Rückgang des Anzeigengeschäfts konnte gestoppt werden und auch

das Ergebnis der größeren Tageszeitungsverlage, die besonders vom Rückgang betroffen waren, hat sich wieder verbessert. Insoweit verfügen die Zeitungsverlage offensichtlich wieder über ausreichende Mittel, um größere Beteiligungen an anderen Medienunternehmen zu erwerben.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb von 50 % der Anteile plus eine Stimme an der Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH (DuV) durch die M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co. KG (MDS) freigegeben. Veräußerer ist die Deutsche Druck- und Verlagsgesellschaft mbH (DDVG), die nach dem Zusammenschluss weiterhin mit 40 % der Anteile an der DuV beteiligt bleibt. Die restlichen Anteile werden von der Karl-Gerold-Stiftung gehalten. Der Erwerb erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 (Kontrollerwerb) sowie des § 37 Abs. 1 Nr. 3 a (Anteils-erwerb). DuV verlegt die Abonnement-Tageszeitung „Frankfurter Rundschau“, die als Deutschlandausgabe, Hessenausgabe, einer Stadtausgabe Frankfurt sowie drei Regionalausgaben erscheint, und hält u. a. eine mitkontrollierende Beteiligung an der Verlag Blitz-Tip GmbH & Co. KG die im Großraum Frankfurt zwei Anzeigenblätter heraus gibt. Entsprechend waren von dem Zusammenschlussvorhaben einerseits der Lesermarkt für überregionale Abonnement-Tageszeitungen sowie andererseits der Lesermarkt für regionale/lokale Abonnement-Tageszeitungen und Anzeigenmärkte im Großraum Frankfurt betroffen. Der Zusammenschluss führt auf keinem der betroffenen Märkte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Da MDS keine überregionale Abonnement-Tageszeitung herausgibt und im Großraum Frankfurt verlegerisch nicht tätig ist, kommt es auf keinem betroffenen Markt zu Überschneidungen oder Angrenzungen von Verlagszeugnissen von DuV und MDS bzw. DDVG und MDS. Auch unter Ressourcensichtspunkten führt der Zusammenschluss nicht zu wettbewerblich nachteiligen Veränderungen der Marktstruktur. Das Vorhaben wurde daher im Vorprüfverfahren freigegeben.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb von drei Ausgaben des Anzeigenblattes „Wochenspiegel“ durch den SW-Verlag GmbH & Co. KG für Lokalinformationen (SW-Verlag) vom S-W Lokalanzeiger-Wochenspiegel Verlag GmbH & Co. KG (S-W Lokalanzeiger-Wochenspiegel) untersagt. Der Zusammenschluss geht auf das Jahr 1996 zurück. Seinerzeit hatte der SW-Verlag die Verlags- und Titelnutzungsrechte der Ausgaben Mayen, Cochem und Zell des Anzeigenblattes „Wochenspiegel“ von der S-W Lokalanzeiger-Wochenspiegel erworben. Das Bundeskartellamt hat davon Kenntnis erlangt und ein Fusionskontrollverfahren eingeleitet. Ursprünglich sind diese drei Ausgaben aufgrund einer rechtskräftigen Untersagung im Jahre 1988 und einer anschließenden freiwilligen Entflechtung im Jahre 1989 vom SW-Verlag auf die S-W Lokalanzeiger-Wochenspiegel übertragen worden. Der Rückerwerb durch den SW-Verlag, der die freiwillige Entflechtung aus dem Jahr 1989 insofern wieder rückgängig gemacht hat, ist beim Bundeskartellamt nicht angemeldet worden. Die Anteile am SW-Verlag werden je-

weils zu 50 % von der WM-Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, die Holding der Weiss-Gruppe, und von der Verlag für Anzeigenblätter GmbH, die zur Mittelrhein-Verlag GmbH (Mittelrhein-Verlag) gehört, gehalten. Kerngeschäft der Weiss-Gruppe ist der Offset-Druck. In den Druckereien der Gruppe werden insbesondere Anzeigenblätter, Zeitungen, Prospekte und Zeitschriften gedruckt. Der Mittelrhein-Verlag gibt im nördlichen Rheinland-Pfalz die Abonnement-Tageszeitung „Rhein-Zeitung“ heraus. Vor dem Zusammenschluss hatte der Mittelrhein-Verlag mit der „Rhein-Zeitung“ auf den betroffenen Anzeigenmärkten im Landkreis Cochem-Zell und im Raum Mayen den mit weitem Abstand größten Marktanteil mit jeweils deutlich über 50 %. Die Wettbewerber hatten jeweils einen Marktanteil, der um ein Vielfaches geringer war. Schon aufgrund der absoluten Höhe des Marktanteils, des hohen Abstands zu den anderen Wettbewerbern sowie der starken Stellung in benachbarten Märkten (Lesermärkte) verfügte der Mittelrhein-Verlag im Landkreis Cochem-Zell sowie im Raum Mayen bereits vor dem Zusammenschluss über eine überragende Marktstellung im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. Der Zusammenschluss hat gemäß § 36 Abs. 1 zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen des Mittelrhein-Verlages auf den regionalen Anzeigenmärkten des Landkreises Cochem-Zell und des Raumes Mayen geführt, da der Mittelrhein-Verlag über den SW-Verlag in den genannten Regionen die entsprechenden Ausgaben des „Wochenspiegel“ herausgibt und so an die frühere Marktstellung des S-W Lokalanzeigers anknüpfen und sich diese zunutze machen konnte. Insgesamt hat der Rückerwerb die Wettbewerbsstrukturen auf den betroffenen Anzeigenmärkten weiter verschlechtert. Der wettbewerbliche Verhaltensspielraum des Mittelrhein-Verlages mit der „Rhein-Zeitung“ hat sich noch vergrößert, seine dominierende Marktstellung hat sich verfestigt. Hinzu kommt, dass der Mittelrhein-Verlag und die Weiss-Gruppe auch auf den benachbarten Anzeigenmärkten – teilweise sogar in Gemeinschaftsunternehmen (TW Wochenspiegel GmbH & Co. KG) – tätig sind. Insofern hat durch den Zusammenschluss die bereits bestehende Verflechtung beider Unternehmensgruppen weiter zugenommen. Die Chancen, dass durch Marktzutritte dritter Unternehmen der Wettbewerb belebt wird, sind dadurch weiter verringert worden. Der untersagte Zusammenschluss wurde mittlerweile freiwillig aufgelöst, indem die Ausgaben Mayen, Cochem und Zell des Anzeigenblattes „Wochenspiegel“ alleine von der Weiss-Gruppe herausgegeben werden.

Wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot hat das Bundeskartellamt, parallel zu dem Verwaltungsverfahren, ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die persönlich Betroffenen und gegen das Unternehmen eingeleitet. Das Verfahren wurde mit einer Geldbuße von insgesamt 300 000 Euro abgeschlossen. Betroffene und Nebenbetroffene haben gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt, und diesen insbesondere mit der Einrede der Verjährung begründet. In der mündlichen Verhandlung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf deutlich gemacht, dass es der Argumentation des Bundeskartellamtes folgt,

dass es sich beim Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handelt, bei dem die Verjährung erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes beginnt. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck der Bestimmungen der Fusionskontrolle, die verhindern sollen, dass auch nur zeitweise Marktstrukturen entstehen, die mit § 36 Abs. 1 unvereinbar sind. Solange das kartellrechtswidrig zusammengeschlossene Unternehmen tatsächlich am Markt auftritt und wettbewerblich tätig wird, ist daher auch der Angriff auf das vom Vollzugsverbot geschützte Rechtsgut noch nicht abgeschlossen. Der Tatbestand der Norm beschreibt ein Unrecht, das gerade durch seine zeitliche Erstreckung gekennzeichnet ist und über die Dauer des Verstoßes im Wesentlichen unvermindert anhält – und damit ein Dauerdelikt. Betroffene und Nebenbetroffene haben daraufhin in der mündlichen Verhandlung ihren Einspruch zurückgezogen.

Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss zwischen der zum Holzbrinck-Konzern gehörenden Volksfreund-Druckerei Nikolaus Koch GmbH (Volksfreund-Druckerei) und der TW Wochenspiegel GmbH & Co. KG (TW Wochenspiegel) untersagt. Der Zusammenschluss geht auf das Jahr 1996 zurück. Seinerzeit hatte die Volksfreund-Druckerei, die die Abonnement-Tageszeitung „Trierischer Volksfreund“ im westlichen Rheinland-Pfalz herausgibt, 24,9 % der Anteile am TW Wochenspiegel und damit die Mitkontrolle nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB i. d. F. v. 20. Februar 1990 (§ 37 Abs. 1 Nr. 2) erworben. Die TW Wochenspiegel gibt ein Anzeigenblatt heraus, dessen Verbreitungsgebiet mit dem des „Trierischer Volksfreund“ vergleichbar ist. Das Bundeskartellamt hat von diesem Erwerb im Rahmen eines anderen Verfahrens Kenntnis erlangt und ein Fusionskontrollverfahren eingeleitet. Gesellschafter des TW Wochenspiegel sind neben der Volksfreund-Druckerei die WM-Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, die Holding der Weiss-Gruppe, mit 37,5 % der Anteile und mit 37,6 % die Verlag für Anzeigenblätter GmbH, die zur Mittelrhein-Verlag GmbH (Mittelrhein-Verlag) gehört. Bereits vor dem Zusammenschluss erreichte die Volksfreund-Druckerei mit dem „Trierischer Volksfreund“ auf dem regionalen Anzeigenmarkt, der durch die Gesamtbelegung des „Trierischer Volksfreund“ in seinem Verbreitungsgebiet definiert wird, einen Marktanteil von weit über 90 %. Zusammen mit dem Abstand zu ihren Wettbewerbern und ihrer starken Stellung auf benachbarten Märkten (Lesermarkt) verfügte sie als Alleinzeitung damit über eine überragende Marktstellung i. S. v. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB i. d. F. v. 20. Februar 1990 (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Der Zusammenschluss hat zur Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung der Volksfreund-Druckerei auf dem regionalen Anzeigenmarkt geführt. Der überragende Marktanteil von deutlich über 90 % und der Abstand zu den Wettbewerbern sind nochmals gestiegen. Damit hat sich der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der Volksfreund-Druckerei weiter vergrößert, seine dominierende Marktstellung hat sich verfestigt. Die Chancen für mehr Wettbewerb durch Marktzutritte dritter Unternehmen sind noch mehr verringert worden. Dadurch wurde auch die marktbeherrschende Stellung der Volksfreund-Druckerei

auf dem relevanten Lesermarkt weiter abgesichert. Der Zusammenschluss erfüllt damit die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 (§ 24 Abs. 1 GWB i. d. F. v. 20. Februar 1990). Mittlerweile ist der Zusammenschluss freiwillig aufgelöst worden, indem die Volksfreund-Druckerei als Gesellschafter aus der TW Wochenspiegel ausgeschieden ist.

Das Bundeskartellamt hat den geplanten Erwerb sämtlicher Anteile an der Lokalzeitung GmbH durch die Süddeutscher Verlag GmbH untersagt. Die Lokalzeitung GmbH gibt ausschließlich das Anzeigenblatt „Südost-Kurier“ im Südosten von München heraus. Ursprünglich sollten 60 % der Anteile erworben werden. Erst nach Abmahnung dieses Vorhabens wurde dem Bundeskartellamt mitgeteilt, dass die Süddeutscher Verlag GmbH beabsichtigt, sämtliche Anteile an der Lokalzeitung zu erwerben. Von dem Zusammenschluss waren verschiedene lokale und regionale Anzeigenmärkte im Raum München betroffen. Dies ist zunächst der sublokale Anzeigenmarkt – definiert durch die Gesamtbelegung des „Südost-Kurier“ – im Südosten von München. Darüber hinaus waren der lokale Anzeigenmarkt Stadt München sowie der regionale Anzeigenmarkt Stadtregion München (Stadt/Landkreis München einschließlich der sieben angrenzenden Landkreise) und der Anzeigenmarkt Großraum München betroffen. Das Zusammenschlussvorhaben hätte zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Süddeutscher Verlag GmbH auf dem sublokalen Anzeigenmarkt geführt. Dort hätte sich durch den Erwerb der Marktanteil der Süddeutscher Verlag GmbH, die dort bereits mit dem Anzeigenblatt „Münchner Wochenblatt“ aktiv war, auf rund 60 % erhöht. Hinzu kamen ihre weitaus überlegenen Ressourcen. In der Stadt München sowie der Stadtregion München, wo die Süddeutscher Verlag GmbH bereits vor dem Zusammenschluss marktbeherrschende Stellungen vor allem mit der „Süddeutschen Zeitung“ inne hat, wäre es zwar durch das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteilsaddition gekommen. Eine Verstärkung wäre aber gleichwohl als gegeben anzusehen gewesen, weil mit dem Erwerb diese marktbeherrschenden Stellungen gesichert und gefestigt worden wären. So hätte die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Süddeutscher Verlag GmbH im Gesamtverbreitungsgebiet des „Südost-Kurier“ dazu geführt, dass der Verlag sein Wettbewerbspotenzial auf die Stadt und das Umland hätte konzentrieren können und die Wettbewerber dort von einem aggressiven Wettbewerb abgeschreckt worden wären. Die Auswirkungen auf das Anzeigengeschäft hätten darüber hinaus Rückwirkungen auf den Lesermarkt gehabt und hätten dort ebenfalls die marktdominierende Stellung der „Süddeutschen Zeitung“ verbessert. Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes wurde von der Süddeutscher Verlag GmbH Beschwerde eingelegt. Der angefochtene Beschluss beruht auf Marktermittlungen aus dem Jahr 2005. Nach der Untersagung des Zusammenschlussvorhabens am 26. Januar 2006 sind Veränderungen auf den betroffenen Märkten eingetreten, aufgrund derer das Bundeskartellamt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine aktuelle Marktermittlung durchgeführt hat. Dies hat jedoch letztlich zu keiner anderen

fusionsrechtlichen Bewertung des Zusammenschlussvorhabens geführt. Zwar ist die Süddeutscher Verlag GmbH vor dem Zusammenschluss auf dem sublokalen Markt im ersten Halbjahr 2006 nicht mehr vertreten, da das „Münchner Wochenblatt“ eingestellt wurde. Sie ist jedoch mit dem „Münchner Samstagsblatt Südost“ potenzieller Wettbewerber, der finanziell und verlegerisch in der Lage ist, die Ausgaben/das Verbreitungsgebiet dieses Samstagsblattes so anzupassen, dass er in den Wettbewerb um Anzeigenkunden mit dem „Südost-Kurier“ treten kann. Nach wie vor hat die Süddeutscher Verlag GmbH in den Märkten Stadt München sowie Stadtregion München jeweils bereits vor dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung inne. Der geplante Erwerb erfüllt demnach nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch auf Grundlage der aktuellen Marktermittlung die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 8. September 2004, mit dem der Einstieg der M. DuMont Schauberg (MDS) bei der Bonner Zeitungsdruckerei untersagt worden war (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 95) mit Beschluss vom 6. Juli 2005 (VI – Kart 26/04 [V]) aufgehoben. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens hat das Oberlandesgericht Düsseldorf das Vorliegen des Zusammenschlusstatbestandes des § 37 Abs. 1 Nr. 4 verneint, da es zu dem Ergebnis gelangte, dass die MDS durch den Anteilserwerb weder mittelbar noch unmittelbar die Möglichkeit eines wettbewerblieh erheblichen Einflusses auf die Bonner Zeitungsdruckerei erhält. Das Oberlandesgericht Düsseldorf unterschied bei seiner wettbewerblieh Beurteilung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Umständen, die einen wettbewerblieh erheblichen Einfluss begründen könnten. MDS habe keine rechtlichen (Gesellschaftsvertrag) Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftspolitik und das Marktverhalten der Bonner Zeitungsdruckerei, da die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung keinen wettbewerblieh erheblichen Einfluss vermittele. Die Gesellschafterversammlung sei mit den aktuellen, das operative Geschäft der Bonner Zeitungsdruckerei betreffenden Entscheidungen nicht befasst, da die wesentlichen Geschäfte – einschließlich der Entscheidung über die Auskunftsverweigerung gemäß § 51a Abs. 2 GmbHG – auf einen Beirat übertragen wurden, in dem MDS nicht vertreten sei. MDS sei zudem ausdrücklich durch die im Beschwerdeverfahren durchgeführte Änderung im Gesellschaftsvertrag von der Vertretung im Beirat ausgeschlossen. MDS habe auch keine tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftspolitik und das Marktverhalten der Bonner Zeitungsdruckerei. Das Oberlandesgericht Düsseldorf erkannte insofern zwar an, dass das vom Bundeskartellamt aufgezeigte Gesamtgeflecht zwischen den Zusammenschlussbeteiligten auf Einflussmöglichkeiten hindeute. Diese Vermutung des Bundeskartellamtes sei jedoch nicht durch hinreichend konkrete Tatsachen belegt. Das Bundeskartellamt hat gegen die Entscheidung keine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Die Unternehmen haben daraufhin den Zusammenschluss vollzogen. Im November 2005 haben die Un-

ternehmen dem Bundeskartellamt mitgeteilt, dass MDS beabsichtige, ihre Beteiligung an der Bonner Zeitungsdruckerei von 9,015 % auf 18,03 % zu erhöhen. Das Bundeskartellamt hat vor dem Hintergrund der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf den Unternehmen mitgeteilt, dass kein Anlass zum Tätigwerden nach § 35 ff. bestehe. Gleichzeitig wurde aber darauf hingewiesen, dass jede Änderung der zwischen den Beteiligten bestehenden Verträge, insbesondere jede Änderung des Gesellschaftsvertrages oder die Einräumung von Informations- oder Einflussmöglichkeiten einen Zusammenschluss i. S. d. § 37 Abs. 1 darstellen kann und daher einer erneuten Beurteilung bedarf.

Die Georg von Holtzbrink GmbH & Co. KG (Holtzbrink) hat ihre Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf im Zusammenschlussverfahren Holtzbrink/G+J Berliner Verlag GmbH zurückgenommen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 96 f.). Die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes ist damit rechtskräftig.

## 2. Zeitschriften

Das Bundeskartellamt hatte im letzten Berichtszeitraum den Erwerb der Lizenz für die Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ durch die Gruner + Jahr AG & Co. KG (Gruner + Jahr) untersagt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 98 f.). Die beteiligten Unternehmen hatten Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt, worauf das Oberlandesgericht Düsseldorf die Untersagungsverfügung aufgehoben hat. Der Bundesgerichtshof hat die dagegen eingelegte Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes zurückgewiesen und entschieden, dass der Lizenzvertrag nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Der Bundesgerichtshof hat, wie schon das Oberlandesgericht, in dem Abschluss des Lizenzvertrages keinen Zusammenschluss nach § 37 gesehen, da das Gesetz nur das externe Wachstum von Unternehmen der Fusionskontrolle unterwerfe. Internes Wachstum nehme es hin, auch wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Ein Lizenzvertrag, mit dem Nutzungsrechte an einer Marke oder an Urheberrechten eingeräumt werden, sei nur dann dem externen Wachstum zuzurechnen, wenn damit eine bereits bestehende Marktposition übernommen werde, wenn also der Lizenznehmer mit Hilfe der Lizenz an die Stelle des Lizenzgebers in dessen Marktstellung einrücke. Entsprechend stelle der Erwerb der Lizenz für die Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ keinen Zusammenschluss dar, da mit den eingeräumten Rechten an der Zeitschrift keine bereits vorhandene Marktstellung verbunden gewesen sei, in die Gruner + Jahr hätte einrücken können. Nicht ausreichend sei die mit der Lizenz erworbene Möglichkeit, eine solche Marktstellung zu erlangen. Werde mit einer Lizenz ein zuvor nicht realisiertes Marktpotenzial erschlossen, handele es sich um einen Vorgang internen Wachstums, der keinen Zusammenschlusstatbestand erfülle.

Das ebenfalls untersagte Vorhaben der Gruner + Jahr, alle Anteile und damit die alleinige Kontrolle an dem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen G+J/RBA GmbH & Co. KG (G+J/RBA) von der RBA Germany GmbH zu übernehmen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 99), ist vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt worden. Gruner + Jahr hat gegen diese Entscheidung Rechtsbeschwerde eingelegt, die der Bundesgerichtshof zurückgewiesen hat. Für die Entscheidung spielte eine zentrale Rolle, wie der sachliche Markt, auf dem Gruner + Jahr mit den Zeitschriften „GEO“ und „National Geographic“ tätig ist, abzugrenzen ist. Der Bundesgerichtshof ist dabei in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt und dem Oberlandesgericht Düsseldorf von dem Lesermarkt für populäre Wissensmagazine ausgegangen, zu dem die von Gruner + Jahr herausgegebenen Zeitschriften „GEO“, „P.M.“ und „National Geographic“ sowie die Zeitschriften „Spektrum der Wissenschaft“, „Bild der Wissenschaft“ und „Natur und Kosmos“ zu rechnen sind. Bei „National Geographic“ handele es sich um eine sog. „Special-Interest“-Zeitschrift, die sich durch ihre auf das Leserinteresse an (fremden) Landschaften und Kulturen gerichteten Reise- und Exkursionsberichte und durch besonders aufwendige Fotostrecken auszeichne. Wesentlich für den Kauf einer solchen Zeitschrift sei i. d. R. der jeweilige thematische Bild- und Textschwerpunkt; es sei deshalb anerkannt, dass innerhalb des Marktes der Publikumszeitschriften solche Titel eigene Teilmärkte bildeten. Für die Abgrenzung des sachlichen Marktes seien die Grundsätze des Bedarfsmarktkonzeptes maßgeblich. Danach komme es darauf an, welche Produkte bei der Kaufentscheidung als zur Befriedigung gleichartiger Bedürfnisse geeignet in Betracht gezogen würden. Dieses Konzept bedürfe aber eines Korrektivs. Es müsse berücksichtigt werden, dass Unternehmen, die bislang kein austauschbares Produkt anböten, in der Lage seien, ihr Angebot bei Vorliegen günstiger Marktbedingungen kurzfristig zu ergänzen. Eine solche Angebotsumstellungsflexibilität setze allerdings voraus, dass die Umstellung kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand möglich sei. Die großen Tages- und Wochenzeitungen, von denen immer wieder Pilotprojekte für neue Wissensmagazine gestartet würden, müssten insofern außer Betracht bleiben, weil die Umstellung der Zeitungsverlage auf neue Wissensmagazine einen erheblichen Investitionsaufwand erfordere. Die wettbewerblichen Impulse, die von solchen Projekten ausgingen, seien deshalb nicht bei der Markttabgrenzung heranzuziehen, sondern erst bei der Beantwortung der Frage, ob Gruner + Jahr eine überragende Marktstellung inne habe. Auf dem danach allein relevanten Lesermarkt für populäre Wissensmagazine habe Gruner + Jahr eine marktbeherrschende Stellung. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf habe der Marktanteil der von ihr (mit-)herausgegebenen Titel im Jahre 2003 bei etwa 75 % gelegen. Diesem hohen Marktanteil sei nicht nur wegen seiner absoluten Größe, sondern auch deswegen besondere Bedeutung beizumessen, weil der Abstand zu den Wettbewerbern beträchtlich sei. Diese Marktstellung von Gruner + Jahr werde durch die latente Neigung großer Zeitungsverlage, ihre Ressourcen im Bereich des Wissenschaftsjournalismus zu nutzen, um neue

Wissensmagazine auf den Markt zu bringen, nicht in entscheidender Weise relativiert. Diese Vorstöße betreffen vor allem die Wissensmagazine, die sich durch ein breites Spektrum populärwissenschaftlicher Beiträge aus den Bereichen Naturwissenschaft und Technik auszeichnen. Die beiden Titel „GEO“ und „National Geographic“, mit denen Gruner + Jahr bereits einen Marktanteil von nahezu 50 % erreichte, nähmen demgegenüber mit ihren aufwendig bebilderten Reise- und Exkursionsberichten eine Sonderstellung unter den Wissensmagazinen ein, die durch den potenziellen Wettbewerb, der von weiteren Wissensmagazinen ausgehen könnte, nicht gefährdet werde. Der beabsichtigte Vollerwerb des Gemeinschaftsunternehmens führt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zu einer Verstärkung der Stellung von Gruner + Jahr in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Gruner + Jahr würden hierdurch Verhaltensspielräume eröffnet, die sie aufgrund der teilweise gegenläufigen Interessenlage bislang nicht habe nutzen können.

### 3. Pressevertrieb

Das Bundeskartellamt hat den Hamburger Pressegrossisten Presse Vertrieb Nord (PVN) und Buch und Presse-Großvertrieb Hamburg (Buch und Presse) die Übertragung von Logistikfunktionen, die im Rahmen des Pressegroßhandels anfallen, auf das Gemeinschaftsunternehmen Medien Spezial Vertrieb (MSV) untersagt. Pressegrossisten nehmen von den Verlagen Presseobjekte, die für den Einzelverkauf bestimmt sind, entgegen, stellen sie für jeden Einzelhändler zusammen und verpacken sie (Kommissionierung), verteilen sie auf den Presse-Einzelhandel (Auslieferung) und holen die nicht verkauften Exemplare von den Einzelhandel-Verkaufsstellen zurück (Remission). Die Unternehmen planen die Presse-Logistikfunktionen Kommissionierung, Auslieferung und Remission auf das zu einem anderen Zweck Ende der 80er Jahre gegründete, paritätisch beherrschte, Gemeinschaftsunternehmen MSV zu übertragen. Das Bundeskartellamt bejahte den Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs eines Vermögens zu einem wesentlichen Teil und kam bei der materiellen Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Vergemeinschaftung der Logistik-Funktionen durch das Tochterunternehmen des Bauer-Verlages PVN und das Tochterunternehmen der Axel Springer AG (AS) zu einer Verschlechterung der Marktstruktur auf dem Markt für Presse-Grosso in Hamburg und darüber hinaus zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der AS auf den Lesermärkten für regionale Abonnement-Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen im Großraum Hamburg sowie auf dem Anzeigenmarkt in Hamburg führen würde. Auf dem Markt für Presse-Grosso in Hamburg würden durch den Zusammenschluss die Logistikleistungen, die bislang von PVN und Buch und Presse im Wettbewerb erbracht wurden, auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen und dadurch dem Wettbewerb entzogen. Die Wahlmöglichkeit der Verlage, ihre Presseobjekte durch den einen oder anderen Grossisten in Hamburg zu vertreiben, würden bezüglich der Logistik-Leistungen entfallen. Auf den betroffenen Lesermärkten und dem Anzeigenmarkt verfügt AS mit den Objekten Bild-Zei-

tung Hamburg, Die Welt Hamburg und Hamburger Abendblatt über eine marktbeherrschende Stellung. Einziger Wettbewerber der Bild-Zeitung auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen ist die – zum Verfahren beigegebene – Hamburger Morgenpost. Auf dem Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen ist AS praktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt. Der regionale Anzeigenmarkt für Zeitungen wird ebenfalls von AS beherrscht. Die Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellungen ergäbe sich daraus, dass AS über den mit ihr verbundenen Pressegrossisten Buch und Presse an Informationen ihres Wettbewerbers Hamburger Morgenpost gelangen könnte. Aus den Daten, die der Kommissionierung, der Auslieferung einschließlich Nachlieferung und der Remission zugrunde liegen, könnten alle Vertriebsdaten für alle Objekte und für jeden einzelnen belieferten Einzelhändler detailliert nachvollzogen werden. AS könnte dadurch wettbewerbsfördernde Informationen über Objekte ihrer Wettbewerber erlangen. Durch die Kenntnis der Verkaufsdaten erhalte AS die Möglichkeit, in den Presse-Verkaufsstellen, in denen beispielsweise die Hamburger Morgenpost über eine starke Position verfügt, gezielt wettbewerbsfördernde Maßnahmen – wie z. B. Platzierung der AS-Objekte in Kassennähe – zu ergreifen. Über entsprechende Kenntnisse und damit Möglichkeiten verfügen die Wettbewerber, namentlich die Hamburger Morgenpost, nicht. Sie könnten daher auch keine entsprechende Verkaufsförderungsmaßnahmen ergreifen. Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung auf den Lesermärkten strahlt wirtschaftlich auch auf die Stellung auf dem Hamburger Anzeigenmarkt aus und hilft, diese zu festigen. Denn der Grad der beherrschenden Stellung auf den Lesermärkten wirkt sich fördernd auf die Nachfrage nach Anzeigen aus. Hohe Umsätze auf dem Anzeigenmarkt wiederum ermöglichen höhere Investitionen in den redaktionellen Teil der Zeitungen. Gegen die Untersagung haben MSV, PVN, Buch und Presse sowie die AS Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingeleitet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes mit Beschluss vom 28. Juni 2006 aufgehoben. Da es bereits an einem Zusammenschlusstatbestand fehle, lägen die Untersagungsvoraussetzungen nicht vor. Insbesondere handele es sich nicht um den Erwerb eines Vermögens zu einem wesentlichen Teil. Das Oberlandesgericht Düsseldorf ließ dabei die Frage offen, ob es sich beim Geschäftsbereich Logistik um einen wesentlichen Vermögensteil handele, denn eine Übertragung auf MSV sei nicht beabsichtigt. MSV würde keine geldwerten Vermögensgegenstände zu Eigentum erwerben. Ferner liege auch kein Kontrollerwerb oder ein Zusammenschluss bereits zusammengeschlossener Unternehmen vor. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Die Entscheidung ist rechtskräftig. Das Bundeskartellamt hat PVN und Buch und Presse mitgeteilt, dass jegliche weitergehende Übertragung von Ressourcen oder Personal auf MSV oder die Einräumung der Nutzung von Kommissionierungsstraßen nicht mehr von dem Beschluss des Oberlandesgerichtes Düsseldorf umfasst wären und beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssten. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass sich das Bundeskartellamt bei einer Zusam-

menarbeit zwischen PVN und Buch und Presse die Einleitung eines Verfahrens wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot vorbehält.

#### 4. Buchhandel

Im Berichtszeitraum hat sich im Buchhandel eine schon in der Vergangenheit zu beobachtende Konzentrationsbewegung fortgesetzt. Begünstigt durch das Gesetz über die Preisbindung bei Büchern (BuchPrG), das Preiswettbewerb auf der Handelsstufe für einen großen Teil des Sortiments ausschließt, waren insbesondere größere Buchhandelsketten wie die zur Douglas Holding AG gehörende Thalia und die Verlagsgruppe Weltbild GmbH (Weltbild) in der Lage, kleinere Buchhandelsketten zu erwerben. In vielen Fällen wurde damit eine durch das BuchPrG begünstigte Fehlallokation von Ressourcen korrigiert. In jedem Einzelfall hat das Bundeskartellamt geprüft, ob durch das Vorhaben marktbeherrschende Stellungen auf den jeweils betroffenen regionalen Märkten für den Bucheinzelhandel entstehen oder verstärkt werden.

So hat das Bundeskartellamt den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle der Beteiligungsgesellschaft Gustav Weiland Nachf. GmbH & Co. KG (Weiland) durch das von Weltbild und der Heinrich Hugendubel GmbH & Co. KG (Hugendubel) kontrollierte Gemeinschaftsunternehmen DBH Buchhandels GmbH & Co. KG (DBH) unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass die Buchhandlung von Weiland in Hannover an einen unabhängigen Dritten veräußert wird. In dieser Entscheidung hat sich das Bundeskartellamt erstmals in einem Hauptprüfverfahren mit den Buchhandelsmärkten befasst. Ohne eine abschließende Definition des sachlichen Marktes vorzunehmen, wurde in seiner engsten Form ein eigenständiger sachlicher Markt für den Sortimentsbuchhandel in Betracht gezogen. In diesen Markt sind diejenigen Fachbuchhandlungen einzubeziehen, die zumindest auch ein mit Sortimentsbuchhandlungen vergleichbares Sortiment aus anderen Warengruppen anbieten (Sortimentsbuchhandel). Als weitester sachlicher Markt aus Nachfragesicht wurde ein Markt für den Bucheinzelhandel angenommen, der bis auf den direkten Vertrieb durch die Verlage und die Antiquariate alle besonderen Buchhandelsformen und Vertriebslinien einschließt. Zu diesen neben dem Sortimentsbuchhandel einzubeziehenden Buchhandelsformen gehören Weltbild Plus und Fachbuchhandlungen sowie die weiteren Vertriebslinien Warenhäuser, Internet/Versand, sonstige Verkaufsstellen (Supermärkte, Tankstellen, Discounter) und Buchclubs (Bucheinzelhandel). In räumlicher Hinsicht wurde ein regionaler Markt zugrunde gelegt, wobei die genaue Marktabgrenzung auf der Basis der Herkunft der Kunden der Buchhandlungen bestimmt wurde. Das Zusammenschlussvorhaben hätte ohne aufschiebend bedingte Veräußerung der Buchhandlung von Weiland in Hannover zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem regionalen Markt für den Bucheinzelhandel bzw. den Sortimentsbuchhandel in Hannover geführt. Im Rahmen der wettbewerblichen Prüfung lag wegen des durch das BuchPrG ausgeschlossenen Preiswettbewerbs der Schwerpunkt auf der Analyse des Qualitätswettbewerbs.

Im Buchhandel bleibt dieser z. B. in Form von Breite und Tiefe des Sortiments im Laden und auf Lager, Buchpräsentation, Beratung, Bestellmöglichkeiten, Autorenlesungen und Signierstunden der Autoren möglich. Als Restwettbewerb ist er nicht nur möglich, sondern nach dem Leitbild des GWB auch besonders schützenswert. Von entscheidender Bedeutung für die wettbewerbliche Würdigung des Vorhabens war das besonders enge räumliche und sachliche Wettbewerbsverhältnis zwischen der zu Hugendubel gehörenden Buchhandlung Schmorl & von Seefeld (Schmorl) und der Buchhandelsfiliale von Weiland in Hannover. Neben ihrer Marktstellung als führendes und drittgrößtes Unternehmen auf dem relevanten Markt wurde insbesondere die räumliche Nähe der Filialen, sie sind in Innenstadtlage nur wenige einhundert Meter voneinander entfernt, sowie starke Parallelen bei Breite und Tiefe des Sortiments und sonstigen Qualitätsmerkmalen wie Autorenlesungen und Sitzgelegenheiten/Cafeteria berücksichtigt. Durch den Zusammenschluss wäre dieser Wettbewerb ausgeschlossen worden.

#### Mineralölverarbeitung, Flüssiggas (23)

Im Mai 2005 hat das Bundeskartellamt zwölf Objekte von Unternehmen der Flüssiggasbranche untersucht. Die Auswertung der sichergestellten Dokumente hat den Verdacht von langjährigen Kundenschutzabsprachen im Tank- und Flaschengasgeschäft erhärtet. Daher wurde in diesem Bußgeldverfahren acht betroffenen Unternehmen und deren Geschäftsführern der Vorwurf, vorsätzlich gegen das deutsche und europäische Kartellverbot verstoßen zu haben (§ 1, Artikel 81 Abs. 1 EG), in Beschuldigungsschreiben dargelegt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

#### Chemische Industrie (24)

##### A. Industrie

##### 1. Arzneimittel

Im Berichtszeitraum hat sich die Tendenz zur weiteren Konzentration unter den Pharmaherstellern fortgesetzt. Zielgesellschaften waren insbesondere Generikahersteller und Biotechnologie-Unternehmen. Die Europäische Kommission hat eine Reihe von Zusammenschlüssen zwischen Pharmaherstellern, an denen auch deutsche Unternehmen beteiligt waren, geprüft. So wurden die Übernahme von Aventis durch die französische Sanofi Synthelabo (COMP/M.3354) und die Übernahme des Generika-Herstellers Hexal durch die schweizerische Novartis (COMP/M.3751) unter Auflagen freigegeben, wobei die Auflagen jeweils die Veräußerung der Rechte an einzelnen Arzneimitteln für einzelne Länder vorsahen und Märkte in Deutschland nur am Rande betrafen. Gleiches gilt für die Übernahme des Geschäftsbereichs mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (OTC-Geschäft) der Schweizer Roche durch Bayer (COMP/M.3544). Weitere Zusammenschlüsse, die unter die europäische Fusionskontrolle fielen und an denen deutsche Unternehmen beteiligt waren, wurden ohne Auflagen freigegeben. Dies betrifft die Fusion zwischen Bayer und



Schering (COMP/M.4198) sowie die Fälle Merck/Serono (COMP/M.4423), Nycomed/Altana (COMP/M.4418) so wie UCB/Schwarz Pharma (COMP/M.4402).

Vom Bundeskartellamt wurden im Berichtszeitraum über 40 Zusammenschlüsse zwischen Pharmaherstellern geprüft. Sie konnten alle im Vorprüfverfahren ohne Bedingungen oder Auflagen freigegeben werden, da nicht zu erwarten war, dass sie zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würden. Die meisten der geprüften Zusammenschlüsse betrafen nur einzelne Arzneimittel und führten nicht zu Marktanteilsadditionen. Eine nähere Prüfung war erforderlich für den Erwerb des US-amerikanischen Unternehmens Inamed durch die ebenfalls US-amerikanische Allergan, Inc. Allergan verfügt über eine sehr starke Stellung auf dem Markt für Botulinumtoxin, das zur Behandlung bestimmter Krankheiten wie Lidkrämpfe, spastischer Nackenversteifung u. a., aber auch zur Faltenglättung in der oberen Gesichtshälfte verwendet wird. Inamed ist ein Hersteller sog. Dermal Fillers, die zur Faltenunterspritzung insbesondere in der unteren Gesichtshälfte verwendet werden. Auch auf entsprechende Hinweise eines Wettbewerbers hat das Bundeskartellamt geprüft, ob die Möglichkeit, Botulinumtoxin und Dermal Fillers im Paket abzugeben, die Marktstellung von Allergan auf dem Botulinumtoxin-Markt verstärken kann. Dies wurde verneint, da Botulinumtoxin als Arzneimittel über Apotheken vertrieben werden muss, während Dermal Fillers als Medizinprodukte direkt an Ärzte oder Schönheitskliniken vertrieben werden können. Auch war die Stellung von Inamed auf dem Markt für Dermal Fillers nicht überragend, und die Prüfung hatte ergeben, dass die Koppelung beider Produkte durch den Zusammenschluss nicht wesentlich erleichtert wird. Daher wurde der Zusammenschluss im Vorprüfverfahren freigegeben.

Gründe für die Konzentration unter Pharmaherstellern sind vor allem das Bedürfnis der forschenden Arzneimittelhersteller, eine ausreichende Palette an patentgeschützten Produkten anbieten zu können, Sortimentsabrundungen und das Bestreben nach räumlicher Expansion, allerdings auch verstärkte regulatorische Eingriffe zu Lasten der Generikahersteller. Eine weitere Marktkonzentration ist insbesondere zwischen Generikaherstellern zu erwarten, wenn die 16 Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen) wie geplant ihre Nachfragemacht bündeln. Die AOKen haben eine Liste von 89 wichtigen Wirkstoffen aufgestellt und die Pharmahersteller aufgefordert, Rabattangebote abzugeben. Geplant ist, drei Hersteller für jeden Wirkstoff auszuwählen und für jeweils ein Jahr bevorzugt Produkte der drei ausgewählten Hersteller zu beziehen. Die AOKen erwarten durch diesen gemeinsamen Bezug von Arzneimitteln erhebliche Einsparungen. Bei allem Verständnis für die Ziele der Begrenzung der Arzneimittelkosten und der finanziellen Konsolidierung der gesetzlichen Krankenkassen sieht das Bundeskartellamt diese Bündelung der Nachfragemacht außerordentlich kritisch. Zu befürchten ist, dass insbesondere kleinere Hersteller mit engem Sortiment mittelfristig zum

Marktaustritt gezwungen werden, wenn sie nicht zu den drei ausgewählten Herstellern gehören. Dies würde zu einer weiteren Konzentration auf den Pharmamärkten und mittelfristig zu einem erneuten Ansteigen der Arzneimittelpreise führen. Bei unterstellter Anwendbarkeit des Kartellrechts wäre die Bildung eines solchen Einkaufskartells wegen der starken Marktstellung der AOKen nicht zulässig. Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission sind Einkaufskartelle regelmäßig nur bis zu einem Nachfrageanteil von 15 % zulässig; die AOKen vereinigen aber rund 40 % der Nachfrage auf sich. Gleichwohl hat das Bundeskartellamt wegen des Verhaltens der AOKen kein Verfahren eingeleitet. Zum einen kann das Bundeskartellamt das nationale Wettbewerbsrecht nicht anwenden, da durch § 69 SGB V die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und ihren Leistungserbringern vom Kartellrecht ausgenommen wurden. Die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts ist auf den vorliegenden Sachverhalt zweifelhaft, nachdem die europäischen Gerichte in verschiedenen Fällen die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen verneint haben (S. 170).

Das Bundeskartellamt hat daher diesen Fall zum Anlass genommen, im Rahmen der Beratungen über den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) („Gesundheitsreform“, Bundestags-Drucks. 16/3100 vom 24. Oktober 2006) erneut auf eine Streichung des § 69 SGB V hinzuwirken, der die Krankenkassen vom Kartellrecht befreit und sie darüber hinaus auch vom Verbot unlauteren Wettbewerbs nach dem UWG freistellt. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes ist im Internet abrufbar unter [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoeerungen/029-034/still\\_engel/Bundeskartellamt.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoeerungen/029-034/still_engel/Bundeskartellamt.pdf), Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 0129(131).

Das am 1. April 2007 in Kraft getretene Gesetz sieht nunmehr in § 69 SGB V (neu) eine entsprechende Geltung der §§ 19 bis 21 für bestimmte Verträge vor. Ob damit eine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes begründet wird oder eine Verletzung der §§ 19 bis 21 nur gerichtlich vor den Sozialgerichten geltend gemacht werden kann, wird im noch ausstehenden Nachfolgerechtssetzungsverfahren geklärt werden.

## 2. Duftstoffe und Körperpflegemittel

Das Bundeskartellamt hat im September 2005 acht Unternehmen des selektiven Vertriebs von Parfümerie- und Kosmetikartikeln und die Wohnung einer Privatperson durchsucht, weil diese im Verdacht standen, ein unzulässiges Marktinformationssystem zu betreiben. Die sichergestellten Dokumente haben den Verdacht erhärtet, dass in wettbewerbsbeschränkender Form seit vielen Jahren Umsatzdaten und weitere Informationen über Marktstrategien und Marktparameter ausgetauscht wurden. Der Kreis der verdächtigen Unternehmen ist gewachsen, die Zahl der betroffenen Personen ist vergleichsweise groß. Die Ermittlungen dauern an.

### 3. Katalysatoren

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Süd-Chemie AG (Süd-Chemie) durch die Beteiligungsgesellschaft One Equity Partners Europe GmbH (OEP) freigegeben. Süd-Chemie ist in der Herstellung und im Vertrieb von Adsorbentien und chemischen Katalysatoren tätig. OEP ist mittelbar eine Tochtergesellschaft der Finanzholding JPMorgan Chase & Co. (USA) (JPMP). Eine Beteiligungsgesellschaft von JPMP hält 100 % der Anteile an der PQ Corporation, die ihrerseits mit 50 % an der Zeolyst International beteiligt ist. Diese beiden US-amerikanischen Unternehmen stellen ebenfalls chemische Katalysatoren sowie synthetische, als Katalysatoren einsetzbare Zeolithe her. Hier kommt es auch zu Überschneidungen mit Produkten der Süd-Chemie. Chemische Katalysatoren lassen sich nach ihren Haupteinsatzgebieten zusammenfassen in Katalysatoren für Raffinerien, Umwelt, Food-Chemie, Bulk-Chemie und für Brennstoffzellen, die jeweils als eigenständige sachlich relevante Märkte angesehen werden können. Der räumliche Markt für diese Katalysatoren umfasst mindestens den EWR. Die Produktpalette der Beteiligten überschneidet sich vor allem im Bereich der Katalysatoren für Raffinerien und der katalytisch wirkenden synthetischen Zeolithe, die vor allem für die Abgasreinigung eingesetzt werden. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes haben ergeben, dass die Beteiligten im Bereich der Raffineriekatalysatoren unterschiedliche Schwerpunkte abdecken und in Wettbewerb mit bedeutenden Anbietern wie Grace, Albemarle und Engelhard Corp. stehen. Ferner stellen auch die großen Mineralölgesellschaften diese Katalysatoren her. Auf dem Markt der synthetisch hergestellten Zeolithe im EWR halten die Beteiligten zusammen einen Marktanteil von unter 30 %. Auf dem noch enger abgegrenzten Markt der synthetisch hergestellten Zeolithe für die Abgasreinigung von Verbrennungsmotoren hielten die Beteiligten nach dem Zusammenschluss ebenfalls nur einen Anteil von unter 30 %. Hauptwettbewerber sind auch hier die Engelhard Corp., die inzwischen von BASF übernommen wurde, sowie Umicor, OM/Degussa und Johnson Matthey.

### 4. Industrielle Sprengstoffe

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben der H & R WASAG AG, die Mehrheit der Geschäftsanteile der Sprengstoffwerk Gnaschwitz GmbH (SWG) zu erwerben, mit Nebenbestimmungen freigegeben. SWG stellt industriellen Sprengstoff und Sprengschnüre her. Daneben baut SWG Anlagen für die Fertigung von Sprengstoffen und bietet Pumpfahrzeuge für spezifische Anwendungsfälle in Steinbrüchen, untertägigen Bergbaubetrieben und für bergmännische Tunnelausgrabungen an. Das Zusammenschlussvorhaben betraf den Markt für industrielle Sprengstoffe, die auf dem Grundstoff Ammoniumnitrat basieren und nach ihrer sonstigen chemischen Beschaffenheit hauptsächlich in die drei Gruppen ANFO (Ammonium Nitrate Fuel Oil), Dynamit und Emulsionsprengstoff eingeteilt werden. Da nach überwiegender Meinung der befragten Marktteilnehmer Produkte der drei Sprengstoffgruppen für viele Einsatzzwecke unter-

einander austauschbar sind, wurden die drei Sprengstoffgruppen als Segmente eines einheitlichen sachlich relevanten Marktes angesehen. Aus der Befragung der Marktteilnehmer ergab sich weiter, dass entgegen dem Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten ein europaweiter Markt für den Bezug von Sprengstoff nicht existiert. Die europaweite Vereinheitlichung des Zulassungsrechts für Sprengstoffe hat zwar eine rechtliche Voraussetzung für den europaweiten Handel geschaffen, dies bedeutet jedoch nicht, dass zugleich auch ökonomisch ein europaweiter Markt für Sprengstoffe besteht. Nach den Äußerungen der Nachfrager können Sprengstoffe ausländischer Anbieter nur mittelbar über im Inland ansässige Händler bezogen werden, da die ausländischen Hersteller in Deutschland über kein eigenes Vertriebsnetz und insbesondere nicht über die zur Bedienung der regionalen Nachfrage notwendigen Sprengstofflager verfügen. Da die sprengstoffverbrauchenden Unternehmen auf die Belieferung von den in ihren jeweiligen Regionen tätigen und über Lager verfügenden Sprengstoffanbietern angewiesen sind, war für die räumliche Marktgrenzung generell von Regionalmärkten auszugehen. Bei der Definition des räumlichen Marktes wurde auf die notwendigen kurzfristigen Lieferzeiten und die Standorte der Abnehmerbetriebe, die durch die geologischen Vorkommen der verschiedenen Gesteinsarten festgelegt waren, abgestellt. Die Regionalmärkte ließen sich daher im Umkreis üblicher Lieferdistanzen um die jeweiligen Abbauregionen abgrenzen. Dabei wurden die Abbauregionen bzw. Kundenstandorte als Ausgangspunkt gewählt und die lieferfähigen Produktionsstandorte und Lager dazu in Beziehung gesetzt. Im gesamten Bundesgebiet waren außer den Zusammenschlussbeteiligten nur noch die Orica Germany GmbH, die vor wenigen Jahren das Sprengstoffgeschäft der Dynamit Nobel AG übernommen hatte, und die Sprewa Sprengmittel GmbH, an der die zur H & R WASAG-Gruppe gehörende Westspreng GmbH und Orica jeweils als Minderheitsgesellschafter beteiligt waren, als für den Markt produzierende Hersteller von industriellen Sprengstoffen tätig. Daneben gab es noch eine Reihe von selbständigen Händlern. Aufgrund dieser Angebotsstruktur war zu erwarten, dass es nach dem Zusammenschluss in einigen Regionalmärkten in Süd- und Ostdeutschland, in denen sich die Aktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten überschneiden und daneben vor allem Orica mit Niederlassungen tätig war, zur Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols der Zusammenschlussbeteiligten und der Orica kommen würde. In diesen Regionalmärkten wäre nach dem Ergebnis der Ermittlungen weder eine hinreichende Gewähr für Binnenwettbewerb der Duopolisten gegeben noch wäre das Duopol dort jeweils einem hinreichendem Außenwettbewerb ausgesetzt gewesen. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken, die sich als Folge dieser Überschneidungen ergaben, boten die Zusammenschlussbeteiligten Zusagen an, die in Form von aufschiebenden Bedingungen als Nebenbestimmungen zur Freigabeentscheidung aufgenommen wurden. Die Nebenbestimmungen beinhalteten die Verpflichtung, insgesamt drei Sprengstofflager in Sachsen und Südhessen an einen geeigneten Erwerber zu veräußern, einen exklusiven Händlervertrag mit einem

Händler in Bayern zu kündigen und die Verflechtung der Westspreng mit Sprewa durch Veräußerung der Minderheitsbeteiligung zu beenden.

## 5. Weichmacherprodukte

Drei großen chemischen Unternehmen wird vorgeworfen, in der Zeit von 1983 bis Mitte 2002 – mit einer Unterbrechung in den Jahren 1992/93 – für Benzyl-Buthyl-Phthalat (BBP), ein Weichmacherprodukt, sowohl die Marktanteile der einzelnen Unternehmen als auch die jeweiligen Preise bei den wichtigsten Kunden in der Europäischen Gemeinschaft abgesprochen zu haben. Hinsichtlich sonstiger Kunden erfolgten Gebietsabsprachen. Diese Absprachen erfassten nahezu das gesamte BBP-Geschäft in der EU und damit auch in Deutschland. Die Absprachen wurden unterstützt durch den Austausch wettbewerblich sensibler Informationen. Das Bußgeldverfahren wurde durch einen Bonusantrag eines beteiligten Unternehmens nach der seinerzeit gültigen Bekanntmachung Nr. 68/2000 über Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbußen (Bonusregelung) ausgelöst. Entsprechende Verfahren werden von den Wettbewerbsbehörden in Belgien und Ungarn geführt. Das Bundeskartellamt hat an die persönlich Betroffenen und die Nebenbetroffenen Beschuldigungsschreiben gerichtet. Dazu sind schriftliche Stellungnahmen eingegangen, deren Auswertung noch nicht abgeschlossen ist.

## B. Handel

### 1. Großhandel mit pharmazeutischen Erzeugnissen

Im Jahr 2001 hatte das Bundeskartellamt den von der Sanacorp e.G. Pharmazeutische Großhandlung (Sanacorp) beabsichtigten Erwerb der Aktienmehrheit an der Andreae-Noris Zahn AG (Anzag) wegen der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf den drei Regionalmärkten Stralsund, Tuttlingen und Ulm untersagt (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 144). Die Untersagungsverfügung wurde nunmehr rechtskräftig. Auf die Beschwerde von Sanacorp hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Untersagungsentscheidung zunächst aufgehoben. Aufgrund der hiergegen gerichteten Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes hatte der Bundesgerichtshof Mitte 2004 die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 106). In dem erneuten Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf beauftragte das Gericht das Bundeskartellamt mit umfangreichen Ermittlungen, die eine erneute Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes betrafen und ferner die flächendeckende Befragung von fast 1 000 Apotheken sowie aller in den drei betroffenen Regionen tätigen Pharmagroßhändler umfasste. Im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt legte das Gericht die Versorgungsgebiete der Niederlassungen von Sanacorp zugrunde. Diese wurden definiert als diejenigen Regionen, die Sanacorp von der betreffenden Niederlassung aus unter Beachtung der von den Apotheken nachgefragten täglichen Lieferhäufigkeit und Lieferfrequenz unter vernünftigen kauf-

männischen Erwägungen beliefern kann. Die meisten Apotheker erwarteten von ihrem Großhändler bis zu drei Auslieferungen pro Tag. Unter Berücksichtigung der für die Auftragsbearbeitung und Kommissionierung der Ware sowie für Kundenstopps benötigten Zeit errechnete das Gericht eine reine Fahrzeit von 2 Stunden 14 Minuten. Auf dieser Basis wurden mit Hilfe eines Routenplaners die Versorgungsgebiete ermittelt. Dabei bestand jedoch Einigkeit darüber, dass die so ermittelten Versorgungsgebiete keine genau abgegrenzten Märkte, aber dennoch den Ausgangspunkt der Prüfung bilden sollten. In den drei relevanten Versorgungsgebieten sei, so das Gericht, die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. Ausgangspunkt für die Frage, ob ein Unternehmen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung besitzt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2), sei, so der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht, der Marktanteil. Bei diesem Kriterium handelt es sich – zumal wenn ein hoher Marktanteil über mehrere Jahre unangefochten besteht – um ein besonders aussagekräftiges und bedeutsames Indiz, aus dem sich eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls dann ableiten lasse, wenn nicht andere Kriterien festgestellt werden könnten, aus denen sich ergibt, dass das zusammengesessene Unternehmen trotz des hohen Marktanteils nicht über einen überragenden, nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf konstatierte zunächst die hohen addierten Marktanteile in den drei Versorgungsgebieten (rund 55 % in Stralsund und Tuttlingen, 45 % in Ulm) und stellte fest, dass dieser addierte Marktanteil den Marktanteil des jeweils größten Wettbewerbers weit übertrifft (Stralsund: um 20 %, Tuttlingen: 35 %, Ulm: 15 %). Bereits der hohe Marktanteil und der große Marktanteilsabstand zu den Wettbewerbern legten, so das Gericht, die Prognose nahe, dass Sanacorp durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Position auf den drei Regionalmärkten erlangen würde. Dies gelte erst recht, wenn man nicht die Gesamtumsätze, sondern die im für die Pharmagroßhändler besonders wichtigen Erstlieferantengeschäft getätigten Umsätze zugrunde lege; hier lagen die Marktanteile und die Marktanteilsabstände zum nachfolgenden Wettbewerber noch höher. Die Erhebung der historischen Marktanteile bei einem Marktforschungsunternehmen hatte ergeben, dass die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten im Großen und Ganzen stabil geblieben sind. Das Oberlandesgericht Düsseldorf schloss daraus, dass die Zusammenschlussbeteiligten seit Jahren über unangefochten hohe Marktanteile verfügen, was in besonderem Maße auf die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung hinweise. Der Hinweis der Zusammenschlussbeteiligten auf die kontinuierlich stattfindenden Kundenwanderungen wies das Gericht zurück, da sich die wanderungsbedingt eintretenden Umsatzverluste und Umsatzgewinne praktisch saldierten. Die durch einen unangefochten hohen Marktanteil gekennzeichnete starke Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten werde zusätzlich dadurch gesteigert, dass Sanacorp nach der Fusion sowohl bundesweit als auch auf den drei zur Beurteilung stehenden Regionalmärkten über das mit Abstand dichteste Niederlassungsnetz verfügen würde. Dies er-

mögliche Sanacorp eine Optimierung des Niederlasungsnetzes nach dem Zusammenschluss. Einerseits könne das zusammengeschlossene Unternehmen die Lieferfrequenz und Lieferhäufigkeit verbessern; andererseits könne es durch die Schließung der nicht mehr benötigten Standorte seine Kostenstruktur verbessern und hierdurch neue Verhaltensspielräume im Rabattwettbewerb erschließen. Weitere Kriterien spielen nach der Einschätzung des Gerichts dagegen im vorliegenden Fall keine entscheidende Rolle. Dies betrifft die genossenschaftliche Struktur von Sanacorp, das Sanacorp-Einkaufsmodell „meine apotheke“ und auch die erheblich größere Finanzkraft, über die die Wettbewerber Gehe und Phoenix verfügen. Diese verbessere zwar die Stellung der beiden finanzkräftigen Wettbewerber im Rabattwettbewerb, habe indes zu keiner signifikanten Marktanteilsverschiebung geführt. Schließlich stellte das Gericht fest, dass die überragende Marktstellung von Sanacorp weder durch einen Substitutionswettbewerb (Direktvertrieb von Arzneimitteln durch die Hersteller, Versandhandel, Substitutionswettbewerb durch Drogeriemärkte als Anbieter frei verkäuflicher Arzneimittel, Reimporte) noch durch eine Bündelung der Nachfragemacht durch die Apotheker hinreichend beschränkt werde.

Im November 2003 und im Juli 2004 hatte das Bundeskartellamt mehrere Unternehmen des pharmazeutischen Großhandels wegen des Verdachts kartellrechtswidriger Absprachen durchsucht (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 106). Gegen die vier größten bundesweit tätigen Pharmagroßhändler und deren Verantwortliche wurden im August 2006 Bußgelder i.H.v. insgesamt 2,6 Mio. Euro verhängt. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um die Andreae-Noris Zahn AG (Anzag), die Sanacorp Pharmahandel AG (Sanacorp), die Phoenix Pharmahandel AG & Co. KG (Phoenix) und die Gehe Pharma Handel GmbH (Gehe). Der Pharmagroßhandelsmarkt zeichnet sich durch jahrelang stabile Marktanteile aus. Anfang 2003 hatte Anzag die sog. „Vorwärtsstrategie“ eingeleitet, um ihren Marktanteil auszubauen. Hierzu erhöhte Anzag die an die Apotheker gewährten Rabatte. Es kam zu einem Preiskampf zwischen den Großhändlern. Nach einem Wechsel im Vorstand entschloss sich Anzag Mitte 2003, den in der Branche als „Rabattschlacht“ bezeichneten Preiskampf zu beenden. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes vereinbarte Anzag mit Gehe, Phoenix und Sanacorp, die von Anzag im Zuge der „Vorwärtsstrategie“ gewonnenen Marktanteile wieder zurück zu gewähren. Auf regionaler Basis wurden daher sog. „Saldenlisten“ ausgetauscht. In diesen wurde aufgeführt, wie viele Apotheken mit welchem durchschnittlichen Monatsbezug in der betroffenen Region von Anzag zu dem jeweiligen Wettbewerber gewechselt waren und umgekehrt. Die Differenz sollte in der Weise ausgeglichen werden, dass Anzag Apotheken mit einem entsprechenden Einkaufsvolumen zurückführt. Hierzu sollten den Apothekern z. B. ungünstigere Einkaufskonditionen angeboten werden, um diese zu veranlassen, zu dem jeweiligen Absprachepartner zu wechseln. Auf diese Weise sollte die „Marktruhe“ wieder hergestellt, der Rabattwettbewerb beendet und die Marktanteile auf den Stand vor

der Zeit der „Vorwärtsstrategie“ zurückgeführt werden. Die Absprachen wurden vom Bundeskartellamt als Quotenkartell an der Grenze zu einem Preiskartell qualifiziert, da mit ihnen bezweckt wurde, den Rabatt- und Skontowettbewerb zwischen den Großhändlern zu beschränken. Da ein kartellbedingter Mehrerlös i. S. d. § 81 Abs. 2 Satz 1, zweiter Teilsatz GWB a. F. mit der im Ordnungswidrigkeitenverfahren notwendigen Sicherheit nicht festgestellt werden konnte, und § 81 zum Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft war, wurde ein Bußgeld auf der Grundlage des Regelbußgeldrahmens des § 81 GWB a. F. verhängt. Die Betroffenen und die Nebenbetroffenen haben gegen die Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt.

## 2. Laborchemikalien

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb aller Anteile an der KMF Laborchemie Handels GmbH (KMF) durch die VWR International GmbH (VWR) freigegeben. VWR gehörte bis 2004 der Merck KGaA, dem bedeutendsten inländischen Anbieter von Laborchemikalien. Anfang 2004 wurde VWR jedoch an das Private Equity-Unternehmen CD & R veräußert. KMF ist wie VWR im Handel mit Laborchemikalien tätig. Auf diesem – auf das Inland begrenzten – Markt halten nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes die Zusammenschlussbeteiligten nach dem Zusammenschluss einen gemeinsamen Anteil zwischen 25 % und 35 %. VWR kann mit dem Erwerb von KMF ihre bereits führende Marktstellung als Händler von Laborchemikalien weiter ausbauen. Auf einem eigenständigen Handelsmarkt für Laborchemikalien wäre damit auch die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu erwarten gewesen. Die Ermittlungen haben jedoch ergeben, dass die Hersteller der Laborchemikalien inzwischen in großem Umfang Abnehmer unter Umgehung des Handels auch direkt beliefern und insoweit auch den Verhaltensspielraum des Handels deutlich begrenzen können. Ein in Verbindung mit dem Verkauf von VWR zwischen VWR und Merck geschlossener Vertrag, der VWR das exklusive Vertriebsrecht für Merck-Chemikalien in Deutschland und anderen europäischen Staaten einräumt, wird noch auf seine Vereinbarkeit mit deutschem und europäischem Kartellrecht geprüft.

## 3. Druckfarben

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des Geschäftsbereichs Verpackungsdruckfarben der SICPA Holding SA, zu der im Inland die SICPA Druckfarben GmbH sowie drei Colour-Center zählen, durch die Siegwirk Druckfarben AG freigegeben. Der Markt für Druckfarben umfasst räumlich die gesamte Europäische Union und gliedert sich aus Sicht der Nachfrager sachlich zumindest in die beiden Teilmärkte für Druckfarben für Print-Medien einerseits und für Verpackungen andererseits. Daneben kommt zusätzlich eine Unterteilung in flüssige und pastöse Druckfarben in Betracht. Zu Überschneidungen führt der Zusammenschluss insbesondere im Bereich der flüssigen Druckfarben für Verpackungen. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben, dass die Siegwirk

Druckfarben nach dem Zusammenschluss auf dem inländischen Markt für flüssige Druckfarben zwar zum führenden Anbieter werden, jedoch nur einen Marktanteil von unter einem Drittel halten und nur knapp vor dem zweitstärksten Anbieter Sun Chemical liegen. Auf dem EU-weiten Markt für flüssige Druckfarben bleibt Sun Chemical Marktführer. Die Beteiligten halten hier nur einen Marktanteil von unter 20 %. Legt man einen größeren sachlichen Markt für flüssige und pastöse Druckfarben für Verpackungen zugrunde, bleibt Sun Chemical im Inland und in der Europäischen Union sogar mit einem erheblichen Marktanteilsvorsprung auch nach dem Zusammenschluss der führende Anbieter. Die Entstehung oligopolistischer Marktbeherrschung ließ der Zusammenschluss angesichts der stark asymmetrischen Marktstellung und der relativ niedrigen Marktzutrittschranken auf keinem der oben abgegrenzten Märkte erwarten.

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

Das Bundeskartellamt hat der Soda-Club GmbH untersagt, Wettbewerber daran zu hindern, Soda-Club-Mietzylinder für Trinkwasserbesprudelungsgeräte wieder zu befüllen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 105). Soda-Club ist seit 1994 auf dem deutschen Markt für Trinkwasserbesprudelungsgeräte tätig, konnte jedoch erst 1998 durch Übernahme des Unternehmens SodaStream eine relevante Position im Markt aufbauen. Mit einem Marktanteil von über 70 % ist Soda-Club marktbeherrschendes Abfüllunternehmen für CO<sub>2</sub>-Zylinder. Mit Trinkwasserbesprudelungsgeräten kann Leitungswasser mit Kohlensäure versetzt werden. Das zum Betrieb des Gerätes erforderliche CO<sub>2</sub> wird in Zylinder abgefüllt, die regelmäßig wiederbefüllt werden. Neben Soda-Club bietet nur noch der Wettbewerber ds-produkte Besprudelungsgeräte an. Der größte Teil des Umsatzes wird auf dem Sekundärmarkt, dem Markt der Befüllung der Zylinder, erzielt. Die Wiederbefüllung der Zylinder erfolgte seit vielen Jahren auf Basis eines Tauschsystems. Dabei werden die vom Verbraucher beim Kauf des Gerätes oder zusätzlich erworbenen Zylinder bei einer Tauschstation (i. d. R. Unternehmen des Einzelhandels) in leerem Zustand gegen einen befüllten Zylinder getauscht. Bezahlt wird nur die Wiederbefüllung mit CO<sub>2</sub>. Ursprünglich nahmen alle Einzelhändler und Abfüllunternehmen die im Markt umlaufenden Zylinder zurück, tauschten und befüllten diese. Dadurch konnte sich auf dem Markt der Befüllung dieser Zylinder ein unverfälschter Leistungswettbewerb im Rahmen eines Tauschpools entfalten. Eine Teilnahme an dem vorhandenen Tauschpool hat Soda-Club nach eigenen Angaben bereits seit ihrem Markteintritt abgelehnt und den Vertrieb der Zylinder als „Mietsystem“ aufgebaut. Zunächst hat Soda-Club andere Abfüllunternehmen an der Befüllung ihrer Zylinder gehindert, in dem sie diesen einen Verstoß gegen Markenrecht vorgeworfen hat, wenn sie Soda-Club-Zylinder befüllten. Damit scheiterte Soda-Club vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Urteile vom 31. Oktober 2000 und vom 22. Januar 2002) ebenso wie vor dem Bundesgerichtshof (Urteil vom 24. Juni 2004). Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass Soda-Club dennoch ihre Marktposition

in missbräuchlicher Weise weiter ausgebaut hat. Die Soda-Club-Zylinder werden nunmehr weitgehend als sog. „Mietzylinder“ vertrieben. Dabei geht es Soda-Club aber nicht um das Eigentum an sich. Ansprüche aus einem angeblichen Eigentumsrecht an dem Zylinder werden vielmehr zweckentfremdet, um den verbliebenen Restwettbewerb um die Befüllung weiter zurückzudrängen. Vertriebshändler werden exklusiv an Soda-Club gebunden und verpflichtet, leere Zylinder nur noch durch Soda-Club befüllen zu lassen. Eine Befüllung durch andere Abfüllunternehmen wird als Verstoß gegen das angebliche Eigentumsrecht von Soda-Club verfolgt. Bei den entstehenden Rechtsstreitigkeiten setzt Soda-Club ihre im Vergleich zu den meisten anderen Abfüllunternehmen weit überlegene Marktmacht und Finanzkraft ein. Dies wirkt sich besonders schwerwiegend aus, da angesichts ihrer marktbeherrschenden Stellung zahlreiche leere Soda-Club-Zylinder nicht bei gebundenen Soda-Club-Vertriebshändlern, sondern bei freien Händlern und Abfüllunternehmen abgegeben werden. Damit wird ein erheblicher Teil der umlaufenden Zylinder dem Wettbewerb um die Befüllung entzogen. Darüber hinaus bürdet Soda-Club den freien Händlern und Abfüllunternehmen Lager- und Stilllegungskosten auf, da Soda-Club ihre eigenen Zylinder nicht von diesen Unternehmen zurücknimmt. Diese Kosten ließen sich nur vermeiden, wenn sich die freien Händler weigerten, Soda-Club-Zylinder abzufüllen. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Soda-Club würde dies jedoch für die Händler eine weitgehende Aufgabe dieses Geschäfts bedeuten. Die Marktverstopfung mit Soda-Club-Zylindern wird dadurch verschärft, dass Soda-Club dem freien Tauschpool Kaufzylinder ihrer Wettbewerber entzieht, indem die Soda-Club-Vertriebshändler leere Zylinder der Wettbewerber zwar entgegen nehmen, aber diese durch befüllte Soda-Club-Zylinder ersetzen. Der Kaufzylinder des Wettbewerbers wird somit im Markt durch einen exklusiv von Soda-Club zu befüllenden „Mietzylinder“ ersetzt. Dadurch wird der Bestand an Zylindern, die angeblich im Eigentum von Soda-Club stehen, in marktverstopfender Weise immer weiter ausgedehnt und der Marktzugang für Abfüllunternehmen zunehmend behindert. Potenzielle Wettbewerber werden von einem Markteintritt abgeschreckt; der Verbraucher wird in der freien Wahl des besten Angebots an CO<sub>2</sub>-Zylindern beschränkt. Diese Ausgestaltung des „Mietsystems“ und der Ausschluss anderer Abfüllunternehmen von der Befüllung unter Berufung auf das Eigentumsrecht an diesen „Mietzylindern“ durch Soda-Club ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes sachlich nicht gerechtfertigt. Das „Mietsystem“ von Soda-Club ist nicht mit Vorteilen für den Verbraucher verbunden, beeinträchtigt aber den Wettbewerb auf dem Befüllungsmarkt erheblich. Auch mit Sicherheitserwägungen kann Soda-Club die ausschließliche Vermietung ihrer Zylinder nicht rechtfertigen. Durch die notwendige Umetikettierung bei der Abfüllung ist nach außen hin klargestellt, wer für die Wiederbefüllung die Verantwortung trägt. Das Bundeskartellamt hat daher festgestellt, dass das von Soda-Club praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der von ihr als sog. Mietzylinder in den Verkehr gebrachten CO<sub>2</sub>-Zylinder für Trink-

wasserbesprudelungsgeräte gegen § 19 und Artikel 82 EG verstößt. Soda-Club hat gegen den Beschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und beantragt, festzustellen, dass die Beschwerde gegen Artikel 82 EG aufschiebende Wirkung hat. Hilfsweise wurde beantragt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen. Mit Beschluss vom 12. April 2006 (VI – Kart 5/06 (V)) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf den Feststellungsantrag zurückgewiesen und ausgeführt, dass nach dem Wortlaut des § 64 Abs. 1 und der Gesetzessystematik zu schließen sei, dass eine Beschwerde gegen Artikel 82 EG keine aufschiebende Wirkung hat. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat auch den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung in allen wesentlichen Punkten zurückgewiesen. Insbesondere führte es aus, dass Soda-Club ihre formale Rechtsposition und das von ihr erstellte juristische Regelgerüst des Mietmodells missbräuchlich dazu nutze, Wettbewerber an der Wiederbefüllung ihrer Zylinder zu hindern und so den freien Wettbewerb zu verfälschen. Dieser Missbrauch des Eigentumsrechts sei nicht vom Eigentumsrecht des Artikel 14 Abs. 1 GG gedeckt. Auch das Bestreben, eine angemessene Systemmarke sicherzustellen, könne den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht rechtfertigen. Als nicht auskömmlich empfundene Preise bei einem der Produkte des Marktbeherrschers (Besprudelungsgeräte) rechtfertigten keine Wettbewerbsbeschränkungen auf einem anderen Markt, dem Markt der Befüllung der Zylinder. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hielt lediglich die Verpflichtung bereits vor Rechtskraft der Verfügung, durch Banderolen auf den eigenen Zylindern auf die Zulässigkeit der Befüllung durch Wettbewerber hinzuweisen, für unverhältnismäßig. Auf die Rechtsbeschwerde von Soda-Club hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 17. August 2006 (KVR 11/06) den Beschluss des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 12. April 2006 aufgehoben und festgestellt, dass die Beschwerde der Betroffenen aufschiebende Wirkung hat.

### **Kunststoffzeugnisse (25)**

Die von E.I. du Pont des Nemours and Company (USA) (DuPont), geplante Übernahme von Pedex & Co. GmbH (Pedex), einem Hersteller industrieller Monofilamente, wurde untersagt, da DuPont nach dem Zusammenschluss mit Pedex seine marktbeherrschende Stellung auf dem europaweiten Markt für Zahnbürstenfilamente verstärkt hätte. Ausgehend von den unterschiedlichen Verwendungen und Eigenschaften industrieller Monofilamente (u. a. für die Herstellung von Zahnbürsten und anderen Zahnpflegeprodukten (sog. Oral Care Sektor), Haarbürsten, Haushalts- und Reinigungsbürsten, Pinseln zum Malen sowie für industrielle Anwendungen) war bei der Marktabgrenzung nach verschiedenen Nachfragergruppen zu differenzieren. In räumlicher Hinsicht war der ökonomisch relevante Markt europaweit abzugrenzen. Der Zusammenschluss hätte zu einer Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung von DuPont auf dem europaweiten Markt für Zahnbürstenfilamente geführt, da DuPont allein schon über einen Marktanteil von mehr als 50 % verfügt und das Zielge-

schäft von Pedex auf dem Markt für Zahnbürstenfilamente, insbesondere im Segment der höherwertigen Zahnbürstenfilamente, ebenfalls eine beachtliche Marktstellung innehat. Zudem ist DuPont als vertikal integrierter Chemiekonzern auch der weltweit größte Produzent des für die Herstellung von Zahnbürstenfilamenten wesentlichen Vorprodukts PA 6.12. Die starke Marktstellung von DuPont bei dem Vorprodukt PA 6.12 wäre durch den Erwerb von Pedex als PA 6.12 verarbeitendes Unternehmen weiter verstärkt worden. Hinzu kommt die gegenüber allen Wettbewerbern auf dem Markt weitaus überlegene Finanzkraft des weltweit tätigen Chemiekonzerns DuPont. Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten unterlag das Zusammenschlussvorhaben hingegen nicht der Zusammenschlusskontrolle, weil das Volumen des Marktes für Zahnbürstenfilamente in Deutschland weniger als 15 Mio. Euro betrage, so dass die sog. Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 erfüllt sei. Die Zusammenschlussbeteiligten vertraten die Rechtsauffassung, es sei im Rahmen der Bagatellmarktklausel ungeachtet eines ökonomisch relevanten europaweiten Marktes allein auf das Inlandsmarktvolumen abzustellen. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes ist für die Auslegung der Bagatellmarktklausel hingegen vom jeweiligen ökonomisch relevanten Markt auszugehen. Es sieht sich damit in Einklang mit der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH WuW/E DE-R 1355 – Staubsaugerbeutel) sowie der mit der 7. GWB-Novelle neu in das Gesetz eingefügten Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 3 (S. 12). Danach kann der räumlich relevante Markt weiter sein als der Geltungsbereich des GWB (ökonomischer Marktbegriff). Das Bundeskartellamt stützte seine Rechtsauffassung auch auf den Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 3, der vom „räumlich relevanten Markt im Sinne dieses Gesetzes“ spricht. Diese Formulierung stellt klar, dass diese Vorschrift im gesamten Anwendungsbereich des GWB und damit auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel gelten soll. Für diese Auslegung spricht auch das systematische Argument, dass das GWB an anderer Stelle ausdrücklich geregelt hat, wenn für den räumlich relevanten Markt eine Begrenzung auf das Inland erfolgen soll: So hat der Gesetzgeber in § 39 Abs. 3 Nr. 4 ausdrücklich bestimmt, dass nur die Marktanteile in der Bundesrepublik Deutschland anzugeben sind. Eine solche Klarstellung fehlt aber in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. Auf die Beschwerde der Zusammenschlussbeteiligten hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Entscheidung vom 22. Dezember 2006 die Untersagung des Bundeskartellamtes jedoch aufgehoben, weil auch nach der Rechtsauffassung des Gerichts im Rahmen der Bagatellmarktklausel ungeachtet eines ökonomisch relevanten europaweiten Marktes allein auf das Inlandsmarktvolumen abzustellen sei. Das Gericht stützte seine Entscheidung insbesondere auf die Wertung, dass nach dem Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel wirtschaftlich unbedeutende Märkte von der deutschen Fusionskontrolle ausgenommen werden sollten. Dieser Zweck liefe leer, wenn man die ökonomische Marktabgrenzung auf die Bagatellmarktklausel anwendete und auch solche Fälle von der Fusionskontrolle erfassen wollte, in denen nur europa- oder sogar weltweit ein Umsatz von mindestens 15 Mio. Euro be-

steht. Dass Zusammenschlüsse der deutschen Fusionskontrolle unterfallen, bei denen wesentliche oder sogar fast sämtliche Umsätze außerhalb Deutschlands getätigt werden, sei schwerlich vom Gesetzgeber gewollt. Die Bagatellmarktklausel sei als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Ordnungsentscheidung des deutschen Gesetzgebers für den deutschen Markt und nicht für außerhalb Deutschlands liegende Märkte. Das Bundeskartellamt hat zur Klärung der Grundsatzfrage gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des europäischen Polyesterarngeschäfts der INVISTA Resins & Fibers GmbH durch die Performance Fibers Holdings, Inc., freigegeben. Der Zusammenschluss führte auf keinem betroffenen Markt zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Der erworbene Geschäftsbereich von Invista umfasste die Produktion und den Vertrieb von Polyesterarnen, die zur Gruppe der Chemiefasern gehören. Für die Produktmarktabgrenzung war zwischen Polyesterarnen für verschiedene Anwendungsbereiche, wie z. B. für Nähfäden, Reifencord, Sicherheitsgurte, Breitgewebe, Gummiverstärkte Produkte sowie andere industrielle Anwendungen zu unterscheiden, weil sowohl die durchschnittlichen Preise und Produkteigenschaften als auch die jeweiligen Kundengruppen in den verschiedenen Anwendungsbereichen wesentlich variieren. Der räumlich relevante Markt für Chemiefasern umfasst nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes sowie der Europäischen Kommission zumindest das Gebiet der Europäischen Union. Die Ermittlungen haben ergeben, dass Performance Fibers zwar durch den Zusammenschluss auf den Märkten für Polyesterarn in den Anwendungsbereichen Reifencord, Breitgewebe sowie Gummiverstärkung Marktanteile von rund 30 % bis 40 % erreichen und europaweit die Marktführerschaft übernehmen würde. Performance Fibers wäre jedoch auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens erheblichem Wettbewerb von europäischen und außereuropäischen Herstellern ausgesetzt, weil die Wettbewerbsintensität auf den Märkten der Polyesterarn bereits gegenwärtig hoch ist und voraussichtlich weiter zunehmen wird. So ist der wichtigste europäische Wettbewerber, Diolen Industrial Fibers BV, bis auf den Anwendungsbereich Nähfäden auf allen Märkten stark vertreten. Rein rechnerisch war zwar nach dem Zusammenschluss wegen der europaweiten Marktanteile der führenden Anbieter auf den Märkten der Polyesterarn für Reifencord, Breitgewebe und Gummiverstärkung die Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 erfüllt. Die Vermutung war jedoch als widerlegt anzusehen, da die befragten Marktteilnehmer eine gegenwärtig hohe Wettbewerbsintensität angaben und gerade für die Zukunft von einem noch stark zunehmenden Außenwettbewerb ausgegangen werden konnte. Der Wettbewerb durch Einfuhren, insbesondere aus Asien, ist nach dem Ergebnis der Marktbefragung bedeutend und wird – vor allem wegen des weiter voranschreitenden Kapazitätsausbaus in der Volksrepublik China – voraussichtlich weiter stark zunehmen. Die Qualität von in Asien produzierten Polyesterarnen schließt rasch zu den euro-

päischen Standards auf. In vielen Anwendungsbereichen ist der Preis des Garns der entscheidende Parameter für die Kundenbeziehungen, was insbesondere den Absatz der preisgünstigen asiatischen Anbieter begünstigt. Zudem besteht in mehreren der Produktmärkte für Polyesterarn Wettbewerb von Anbietern anderer Chemiefasergarne, weil i. d. R. keine bedeutenden technischen Hindernisse für die Verarbeiter bestehen, zwischen verschiedenen Chemiefasergarnarten zu wechseln, so dass zumindest eine Randsubstitution der Polyesterarn durch andere Chemiefasergarne möglich ist. Für die Endabnehmer vieler aus Polyesterarn hergestellten Produkte besteht sogar in großem Umfang eine funktionelle Austauschbarkeit mit Produkten, die aus anderen Chemiefasergarnen hergestellt werden. Im Anwendungsbereich Nähfäden hatte der Invista-Geschäftsbereich zwar europaweit einen sehr hohen Marktanteil, doch kam es hier nicht zu Marktanteilsadditionen, da Performance Fibers auf diesem Markt in Europa nicht tätig ist. Das europaweite Marktvolumen der Polyesterarn für Nähfäden ist seit Jahren rückläufig, da sich die Textilproduktion immer mehr nach Asien verlagert hat und sich dieser Trend weiter fortsetzen dürfte. Auch der Invista-Geschäftsbereich als der einzig verbliebene größere Hersteller in Europa hat auf dem europäischen Markt der Polyesterarn für Nähfäden seit dem Jahre 2000 massiv an Absatz und Umsatz verloren und konnte seinen Marktanteil nur durch erhebliche Preiszugeständnisse gegenüber den asiatischen Anbietern verteidigen. Da Performance Fibers auf diesem Markt nur über unbedeutende Aktivitäten in den USA verfügt, führte der Zusammenschluss auch nicht wegen einer etwaigen Beseitigung potenziellen Wettbewerbs zu einer Verstärkung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem europäischen Markt der Polyesterarn für Nähfäden. Auch unter Portfolioge Gesichtspunkten führte das Zusammenschlussvorhaben nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Performance Fibers auf den relevanten Märkten für Polyesterarn, da es sich bei den Nachfragern in den verschiedenen Anwendungsbereichen für Polyesterarn um unterschiedlich spezialisierte Kundengruppen handelt, die Polyesterarn jeweils nur für ihren speziellen Anwendungsbereich beziehen. Trotz hoher Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten auf einigen Teilmärkten hat das Bundeskartellamt wegen der hohen Wettbewerbsintensität, insbesondere wegen des weiter steigenden Importwettbewerbs, das Zusammenschlussvorhaben freigegeben.

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

### **1. Wandbaustoffe**

Die kartellrechtliche Prüfung der Nord-KS GmbH + Co. KG, (Nord-KS), hat ergeben, dass deren Tätigkeit gegen § 1 und Artikel 81 EG verstößt. Zur Beseitigung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung hat das Bundeskartellamt der Gesellschafterin Xella Deutschland GmbH nach § 32 aufgegeben, innerhalb einer bestimmten Frist aus der Nord-KS auszuscheiden, und ihr mit sofortiger Wirkung untersagt, an den Sitzungen des Beirats der Ge-

sellschaft teilzunehmen. Die Nord-KS betreibt fünf Kalksandsteinwerke in Norddeutschland. Zwei ihrer vier Gesellschafter, die zum Haniel-Konzern gehörende Xella Deutschland GmbH und die mittelständische Hansa-Gruppe (Hansa) betätigen sich auf demselben sachlichen und räumlichen Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen. Xella (Haniel) ist auf dem betroffenen Regionalmarkt und weltweit einer der führenden Anbieter von Kalksandstein sowie von Mauerwerksbaustoffen für das aufgehende Hintermauerwerk, zu denen neben Kalksandstein die Substitutionsprodukte Porenbeton und Mauerziegel gehören. Die Hansa betreibt in Norddeutschland ein kombiniertes Kalksandstein- und Porenbetonwerk. Für eine Vielzahl von geschäftspolitischen Entscheidungen wie z. B. die Verabschiedung des jährlichen Investitions- und Finanzplans ist nach dem Gesellschaftsvertrag die Zustimmung des Beirats erforderlich, in dem (entsprechend ihrer Beteiligungshöhe) die Xella Deutschland GmbH über 17,5 % der Stimmen und die Hansa über 32,6 % der Stimmen verfügen. Aus den Protokollen der Beiratssitzungen wird ersichtlich, dass im Beirat auch die Preis- und Rabattpolitik der Nord-KS erörtert wird. Mit ihrer Beteiligung in Höhe von 17,5 % kann die Xella Deutschland GmbH zwar keine Beschlüsse des Beirats verhindern, doch verschafft ihr schon die bloße Repräsentanz in diesem Gremium die Möglichkeit, vorab Kenntnis von allen unternehmensstrategischen Entscheidungen ihres Wettbewerbers zu erlangen und an diesen mitzuwirken. Die Kooperation der Xella Deutschland GmbH und der Hansa in der Nord-KS bewirkt eine zweifache Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 und Artikel 81 EG. Zum einen handelt es sich bei der Nord-KS um ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen, das zu einer Koordinierung des Marktverhaltens und somit zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den weiterhin auf dem Markt tätigen Gesellschaftern führt. Die umfassenden Informationsmöglichkeiten, die den Gesellschaftern der Nord-KS insbesondere durch die Entsendung von Vertretern in den Beirat vermittelt werden, beschränken darüber hinaus den Geheimwettbewerb zwischen der Nord-KS und ihren Gesellschaftern Xella Deutschland GmbH und Hansa. Ein vorstoßender Preiswettbewerb der Nord-KS gegenüber der Xella Deutschland GmbH und der Hansa ist nicht zu erwarten, wenn diese beiden Unternehmen im Beirat der Nord-KS die Preisstrategie ihres Wettbewerbers mit erörtern. Durch die Stellung als Gesellschafter kann der Marktführer Xella Deutschland GmbH einen wichtigen regionalen Konkurrenten wettbewerbsneutralisieren und dadurch seine Marktposition festigen. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes steht der Anwendung von § 1 und Artikel 81 EG auf die Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens und dem Gemeinschaftsunternehmen das Konzentrationsprivileg nicht entgegen, wenn es zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Gesellschaftern einen beschränkbar wettbewerbslichen Verhaltensspielraum gibt. Diese Voraussetzung liegt hier vor. Die Nord-KS hat ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit nicht aufgegeben; die beiden Minderheitsgesellschafter Xella-Deutschland GmbH und Hansa sind nicht befugt, der Geschäftsführung der Nord-

KS Weisungen hinsichtlich ihres wettbewerbslichen Verhaltens zu erteilen. Das Bundeskartellamt hat darauf verzichtet, die Durchführung des Gesellschaftsvertrags der in ihrem Kern mittelständisch geprägten Nord-KS zu untersagen, weil sich deren Marktaustritt letztlich zugunsten des Marktführers Xella Deutschland GmbH ausgewirkt hätte. Das verfügte Ausscheiden der Xella Deutschland GmbH aus der Nord-KS eröffnet dagegen die Chance, dass diese in Wettbewerb zur marktstarken Xella Deutschland tritt. Der nach § 32 verfügte Rückzug der Xella Deutschland GmbH aus der Nord-KS ist somit eine die beteiligten Unternehmen weniger belastende Maßnahme, die zu einem wettbewerbslich besseren Ergebnis führt. Die Xella Deutschland GmbH hat den Antrag gestellt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes anzuordnen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diesem Antrag stattgegeben, soweit die Xella Deutschland GmbH verpflichtet worden ist, innerhalb der genannten Frist aus der Nord-KS auszuschneiden. Im Übrigen ist der Antrag zurückgewiesen worden. Eine Entscheidung über die Beschwerde im Hauptsacheverfahren liegt noch nicht vor.

Sechs kleine und mittlere Hersteller von Hintermauerziegeln, die die Gründung eines Mittelstandskartells beabsichtigten, haben eine Entscheidung nach § 3 Abs. 2 i. V. m. § 32 c (kein Anlass zum Tätigwerden) beantragt. Vertragswaren der Kooperation sind Hintermauerziegel, die zusammen mit Porenbetonsteinen, Kalksandsteinen, Bimssteinen und Betonsteinen nach der Praxis des Bundeskartellamtes zum Markt für Mauerwerkstoffe für das aufgehende Hintermauerwerk gehören. Das Vertragsgebiet besteht aus den Bundesländern Baden-Württemberg, Saarland, Rheinland-Pfalz sowie Teilen von Hessen und Bayern. Der gemeinschaftsweite Umsatz mit Vertragswaren betrug insgesamt über 50 Mio. Euro. Im Kartellgebiet erreichen die beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von ca. 10 %. Von dem Kartell sollen neben dem gemeinsamen Einkauf von Rohstoffen und dem gemeinsamen Marketing insbesondere Rationalisierungsmaßnahmen im Bereich des Vertriebs sowie der Forschung und Entwicklung übernommen werden. Auf den vorliegenden Fall war europäisches Recht nicht anwendbar. Das beabsichtigte Kooperationsvorhaben beeinträchtigt zwar den zwischenstaatlichen Handel, da die fraglichen Waren tatsächlich grenzüberschreitend gehandelt werden und von den beteiligten Unternehmen Produktionsstätten im europäischen Ausland betrieben und Auslandsumsätze erzielt werden. Die Kartellvereinbarung beeinträchtigt den zwischenstaatlichen Handel jedoch nicht spürbar. Da im vorliegenden Fall weder die positive noch die negative Vermutungsregelung der „Leitlinien zur Zwischenstaatlichkeit“ (Rn 52, 53) der Europäischen Kommission griff, war für die Feststellung der Spürbarkeit eine Einzelfallprüfung geboten. Das Bundeskartellamt kam zu dem Ergebnis, dass bei einer Vereinbarung mittelständischer Baustoffunternehmen, die räumlich und mengenmäßig jedenfalls weniger als die Hälfte des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland betrifft, i. d. R. die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung zu verneinen ist, wenn die Beteiligten einen Marktanteil von weniger



als 10 % auf dem betroffenen Markt haben und im Ausland eine nur unbedeutende Marktstellung aufweisen. Im Übrigen lagen auch keine Anhaltspunkte für eine Marktabschottung vor. Da es sich bei dem Kartellvertrag um eine Vereinbarung handelt, die die Freistellungsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 erfüllt, hat das Bundeskartellamt Ende 2005 nach § 32 c beschlossen, dass vorbehaltlich neuer Erkenntnisse im Hinblick auf den Kartellvertrag kein Anlass besteht, tätig zu werden.

## 2. Zement

Im Kartellverfahren gegen Zementhersteller (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 110) sind die Ermittlungen zur Überprüfung der Mehrerlösberechnung, die Grundlage der im Jahre 2003 verhängten Bußgelder war, abgeschlossen worden. Nach Auswertung der in einer zweiten Durchsuchung bei den betroffenen Unternehmen im Frühjahr 2004 beschlagnahmten Unterlagen konnte mit der erforderlichen Gewissheit festgestellt werden, dass die flächendeckenden Quotenabsprachen und die Absprachen zur Verhinderung von Importwettbewerb auf allen betroffenen Regionalmärkten für Grauzement zu Preisen geführt haben, die über denjenigen lagen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen ergeben hätten. Gründe für eine Reduzierung der verhängten Geldbußen ergaben sich dabei nicht. Ohne Auswirkung blieb auch die zum 1. Juli 2005 in Kraft getretene Änderung des Bußgeldrahmens für Verstöße gegen § 1, wonach nunmehr die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen 10 % seines im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen darf (§ 81 Abs. 4 Satz 2). Im Rahmen der sog. Günstigkeitskontrolle nach § 4 Abs. 3 OWiG war für jede Nebenbetroffene die konkrete Berechnung der Geldbußen nach neuem Recht durchzuführen, um die so errechnete Bußgeldsumme mit der im Bußgeldbescheid verhängten Geldbuße vergleichen zu können. Im Ergebnis war die in den Bußgeldbescheiden erfolgte Festsetzung der Geldbußen nach altem Recht in allen Fällen milder als eine Festsetzung nach neuem Recht. Die Günstigerprüfung erfolgte dabei anhand der vom Bundeskartellamt gem. § 81 Abs. 7 erlassenen Bußgeldleitlinien (S. 35 f.). Das Verfahren ist im August 2006 an die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf abgegeben worden (§ 69 Abs. 3 OWiG). Das Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens nach Erlass der Bußgeldbescheide im Jahr 2003 war zuvor eingestellt worden.

Die HeidelbergCement AG hatte sich im letzten Berichtszeitraum durch den Erwerb mehrerer Werke zum bundesweit führenden Anbieter von Zement entwickelt. Durch diese Zusammenschlüsse hatte die HeidelbergCement AG ihre Aktivitäten insbesondere in Westfalen verstärkt, also außerhalb ihres süddeutschen Kernbetätigungsgebiets. Im Jahr 2005 hat die HeidelbergCement AG durch den Erwerb des Teutonia Zementwerks in Hannover ihr Tätigkeitsgebiet bis in den norddeutschen Raum ausgedehnt. Das im Hauptprüfverfahren untersuchte Zusammenschlussvorhaben wurde nicht untersagt. Im Zementmarkt wurde die Marktbeherrschungsvermutung nicht

erreicht. Mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsrechtliche Bedenken im Markt für Transportbeton konnten durch Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen ausgeräumt werden. Im Ergebnis führt der Zusammenschluss damit zwar zu Marktanteilsadditionen im Markt für die Herstellung und Vertrieb von Zement, gleichzeitig jedoch zur Entflechtung im Markt für Transportbeton. Immerhin gehen rund ca. 50 % der Zementproduktion in den Transportbetonbereich. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde eingelegt.

## 3. Transportbeton

Die Transportbetonindustrie sieht sich – wie in den vorhergehenden Jahren – mit den Problemen von Überkapazitäten und sinkenden Erlösen konfrontiert. Auch im Berichtszeitraum wurden weitere Gemeinschaftsunternehmen der bedeutenden Marktteilnehmer aufgelöst. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt rund 30 Zusammenschlüsse in der Branche geprüft und freigegeben. Die Anmeldungen erfolgten ganz überwiegend von großen Unternehmen dieser Branche, die auch Zement herstellen. In vielen Fällen wurden mittelständische Unternehmen übernommen oder deren Werke angekauft oder angepachtet. Es wurden aber auch Gemeinschaftsunternehmen aufgelöst oder neu strukturiert. Die Heidelberger-Cement AG hat z. B. ihre Transportbetonstandorte in den neuen Bundesländern im Wesentlichen an die Schwenk-Gruppe veräußert. Ursache ist zum einen der starke Wettbewerb mit sinkenden Erlösen, verbunden mit dem Problem der Überkapazitäten in der gesamten Bundesrepublik, zum anderen ungelöste Nachfolgeprobleme. Eine bundesweite Strukturkrise ist allerdings nicht erkennbar. Zwar hat sich die Produktion von 1996 bis 2004 von 64 600 m<sup>3</sup> auf 44 200 m<sup>3</sup>, also um rund 32 %, verringert. Gleichzeitig ist jedoch die Anzahl der Transportbetonwerke von 2 620 im Jahr 1996 auf 1 946 im Jahr 2004 zurückgegangen, also um rund 26 %. Damit ist eine gewisse Parallelität zwischen Umsatzrückgang und Kapazitätsabbau erkennbar. Der Nachweis einer nachhaltigen Störung des Auslastungsgrades liegt damit nicht vor. In den räumlich relevanten regionalen Märkten kann es jedoch erhebliche Abweichungen von dieser bundesweiten Durchschnittsbetrachtung geben. So hatte die Landeskartellbehörde in Sachsen ein Strukturkrisenkartell im Raum Dresden bis 2005 befristet genehmigt. Diese Genehmigung wurde jedoch nicht verlängert.

Im Kartellverfahren gegen Transportbetonhersteller wegen Quotensprachen in den Markträumen München, Nürnberg, Leipzig/Halle, Thüringen entlang der Bundesautobahn A 4, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster sowie in zahlreichen Regionalmärkten Mecklenburg-Vorpommerns (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 109) sind gegen 35 Unternehmen Bußgelder in Höhe von 8,68 Mio. Euro rechtskräftig verhängt worden. Die übrigen Verfahren gegen weitere rund 40, zumeist mittelständische Unternehmen, sind noch nicht abgeschlossen.

Das Verfahren gegen elf im Raum Dresden tätige Transportbetonhersteller (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 109) konnte im Jahr 2005 rechtskräftig abgeschlossen werden.

Dort hatten zumindest in den Jahren 1996 bis Mitte 1999 verbotenen Mengenabsprachen stattgefunden. Dabei wurden Angebote und ausgeführte Aufträge, die eine bestimmte Menge an Transportbeton überschritten, von den teilnehmenden Kartellmitgliedern an die koordinierende Stelle gemeldet. Dort erfolgte ein Ausgleich von Über- und Unterlieferungen.

Im Kartellverfahren Transportbeton Berlin (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 109) hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 28. Juni 2005 festgestellt, dass Marktmechanismen in einem Quotenkartell keine Wirkung entfalten, da die beteiligten Unternehmen der Notwendigkeit entthoben sind, sich im Wettbewerb am Markt zur Erlangung von Aufträge durchzusetzen. Dadurch würde der Preiswettbewerb weitgehend außer Kraft gesetzt und es liege nach der Lebenserfahrung nahe, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher seien als im Wettbewerb. Damit wurde der Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Mai 2004 aufgehoben, der keine wettbewerbswirksamen Marktauswirkungen des Berliner Transportbetonkartells festgestellt hatte. Ansonsten ist die Feststellung des Oberlandesgerichts Düsseldorf rechtskräftig geworden, dass fast sämtliche Anbieter im Berliner Transportbetonmarkt über einen Zeitraum von knapp vier Jahren ein Quotenkartell praktizierten, dessen Einhaltung sie bei mehrmaligen Treffen im Jahr überwachten. Die mündliche Verhandlung hinsichtlich der Bestimmung der Höhe des entstandenen Mehrerlöses wurde vom Oberlandesgericht auf die Monate Februar und März 2007 terminiert.

Der Bundesgerichtshof hat im Verfahren gegen Hersteller von Transportbeton im Raum Niederbayern (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 109 f.) durch Beschluss vom 25. April 2005 die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Oktober 2003 teilweise aufgehoben und an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes hat das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht ausreichend geprüft, ob sich der Geschäftsführer der Betroffenen einer Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 130 Abs. 1 OWiG schuldig gemacht hat. Der Bundesgerichtshof kritisiert das Oberlandesgericht weiterhin wegen der fehlenden Offenlegung, ob es einen Abschöpfungsanteil angenommen hat. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat daraufhin am 5. April 2005 entschieden, dass der Geschäftsführer der Betroffenen fahrlässig erforderliche Aufsichtspflichtmaßnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstößen unterlassen hat und gegen diesen eine Geldbuße festgesetzt. Einen ausreichenden Anlass für regelmäßige Erkundigungen etc. sieht das Gericht bereits vor dem Hintergrund der objektiv bestehenden erhöhten Kartellanfälligkeit der Transportbetonindustrie. Hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs gegen die Nebenbetroffenen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf einen Günstigkeitsvergleich durchgeführt. Der Bußgeldrahmen wurde durch die 7. GWB-Novelle auf eine Mio. Euro erhöht. Allerdings wurde der umsatzbezogene Bußgeldrahmen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 auf 10 % des Umsatzes begrenzt. Dieser gilt jedoch nicht für den Regelbußrahmen. Hält man an dem Regelbußgeld-

rahmen fest, führt der Günstigkeitsvergleich nach neuem Recht im konkreten Fall zu keinem anderen Ergebnis.

#### 4. Mörtel

Im Mai 2006 hatte das Bundeskartellamt zehn Unternehmen der Mörtelbranche wegen des Verdachts bundesweiter wettbewerbswidriger Absprachen über Preise und andere Konditionen der Aufstellkosten für Silos durchsucht. Seit Anfang des Jahres erheben die im gleichen Verband organisierten Baustoffhersteller eine neue einheitliche Pauschale in Höhe von je ca. 100 Euro für das Aufstellen ihrer Silos, in denen Werkmörtel (Mauermörtel, Putzmörtel und Estrichmörtel) auf Baustellen geliefert wird. Diese Kosten werden vom Handel weitergegeben und fallen bei den Endabnehmern (Bauunternehmen, Bauhandwerkern) zusätzlich zu den Produktkosten an. Bei der Auswertung der sichergestellten Unterlagen hat sich der Verdacht ergeben, dass zwei weitere Mörtelhersteller und auch der Baustoffhandel an den vorgenannten Absprachen beteiligt waren. Das Bundeskartellamt hat daher im Januar 2007 auch diese Unternehmen durchsucht. Die Ermittlungen sind noch nicht abgeschlossen.

#### 5. Asphaltmischgut

Auf dem Markt für Asphaltmischgut gab es im Berichtszeitraum zwei wesentliche Konzentrationschritte. Zunächst erwarb die Werhahn-Gruppe, der führende Anbieter in Deutschland, die Norddeutsche Mischwerke GmbH & Co. KG der Dr. Schmidt-Gruppe, bislang bundesweit der zweitgrößte Anbieter von Asphaltmischgut. Anschließend erwarb die österreichische Bauholding Strabag SE, deren Tochterunternehmen Strabag AG der führende Straßenbauer in Deutschland ist, aus der Insolvenzmasse der Walter Bau AG mit dem Bauunternehmen Ed. Züblin AG auch dessen Baustofftochter Roba GmbH, bislang einer der wichtigen überregional tätigen Anbieter. Im Ergebnis hat dieses Zusammenschlussvorhaben aber dazu geführt, dass sich die Strabag AG von ihrer Beteiligung an der Deutag GmbH & Co. KG, einem Gemeinschaftsunternehmen zwischen der Werhahn-Gruppe (51 %) und der Strabag AG (49 %), in dem ein Großteil der Asphaltaktivitäten der Werhahn-Gruppe gebündelt ist, getrennt hat, um Probleme beim Erwerb der Asphaltmischgutaktivitäten der Roba und anderer Erwerbsobjekte zu vermeiden.

Der Erwerb der Norddeutschen Mischwerke durch die Werhahn-Gruppe wurde vom Bundeskartellamt unter rund 40 Auflagen freigegeben. Die Freigabe des Vorhabens war möglich, weil die beiden Unternehmensgruppen unterschiedliche geografische Schwerpunkte hatten. Bei Asphaltmischgut handelt es sich um relativ kleinräumige Märkte (Umkreis von 25 km um die betroffenen Werke), weil die Transportkosten erheblich sind und sich das i. d. R. heiß eingebaute Asphaltmischgut nur in kurzen Zeiträumen transportieren lässt. Durch Veräußerungsaufgaben in den Randgebieten der Tätigkeitsbereiche beider Unternehmen und auf den Regionalmärkten, auf denen beide Unternehmen tätig waren, konnte daher verhindert werden, dass durch den Erwerb bestehende marktbeherrschende Stellungen verstärkt worden wären bzw. bei einer

geringeren Zahl von Regionalmärkten marktbeherrschende Stellungen begründet worden wären. Die Freigabe unter Auflagen wurde durch die Beigeladene Eurovia GmbH aus dem französischen Vinci-Konzern vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf – auch mit einem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und auf Wiederherstellung des Vollzugsverbots nach § 65 Abs. 3 Satz 4 – angegriffen. Der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (VI Kart 15/05) im Oktober 2005 als unzulässig verworfen, weil die Antragstellerin nicht dargelegt hatte, dass sie durch die Entscheidung nicht nur in eigenen wirtschaftlichen und wettbewerblichen Interessen berührt, sondern auch in ihren Rechten verletzt wurde. Der Bundesgerichtshof wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Eurovia GmbH im Februar 2006 zurück (KVZ 40/05). In der Hauptsache ist das Verfahren noch anhängig. Nachdem das Vorhaben zunächst anders als angemeldet vollzogen worden war – statt der Wilh. Werhahn AG hatte die Deutag GmbH & Co KG, ein Gemeinschaftsunternehmen von Werhahn und der Strabag AG, sämtliche Anteile erworben – hatte das Bundeskartellamt ein Entflechtungsverfahren eingeleitet. In einer einstweiligen Anordnung nach § 60 Nr. 1 untersagte das Bundeskartellamt der Strabag u. a., Handlungen vorzunehmen, die einen wettbewerblich erheblichen Einfluss begründen könnten (S. 21). Nachdem die betroffenen Anteile von der Deutag auf eine 100%ige Werhahn-Gesellschaft übertragen worden waren, konnte das Entflechtungsverfahren eingestellt werden. Die Auflagen der Freigabeentscheidung sind in der Zwischenzeit vollständig umgesetzt worden. Allerdings musste eine Auflage (Veräußerung Asphaltmischwerk Pforzheim) durch eine ebenso geeignete Veräußerungsaufgabe (Veräußerung Asphaltmischwerk Maulbronn) ersetzt werden, weil die Werhahn-Gruppe entgegen ihren Angaben im Fusionskontrollverfahren nicht in der Lage war, die Umsetzung zu gewährleisten. Insgesamt hat die Auflagenumsetzung dazu geführt, dass einige Wettbewerber der Werhahn-Gruppe in verschiedene Regionalmärkte eintreten konnten, z. B. Mibau (HeidelbergCement AG) in Mecklenburg-Vorpommern, Trapp (Volker-Wessels-Gruppe) und Arkil-Gruppe in Berlin, die örtlichen Bauunternehmen Heim in Ulm und Heinrich im Raum Pforzheim. Andere Wettbewerber konnten ihre Präsenz in bestimmten Regionen verstärken, z. B. Wegener in Berlin, Magdeburg und Kassel, Papenburg in Leipzig/Halle, Eurovia in Leipzig/Halle und im Raum Bielefeld sowie Bunte im Emsland. Außerdem konnten im Rahmen der Auflagenumsetzung verschiedene Verflechtungen von Wettbewerbern mit der Werhahn-Gruppe aufgelöst werden, z. B. Verflechtungen mit OHM (Kemna, Strabag, Eurovia) in Berlin, Lanwehr Baustoffproduktion in Berlin und Asphaltmischwerke Thüringen (Kirchner-Gruppe) in Thüringen. Nach dem Ausscheiden der Strabag AG aus der Deutag wurde sie auch als unabhängiger Erwerber für verschiedene Asphaltmischwerke und Beteiligungen akzeptiert, soweit sich diese in ausreichendem Abstand zum Marktgebiet der Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe (BAM) befanden, über die Strabag und Werhahn weiterhin verflochten sind.

Der Erwerb der Asphaltmischgutaktivitäten der Ed. Züblin AG, die in ihrer Tochtergesellschaft Roba GmbH gebündelt sind, durch die Strabag-Gruppe wurde auf Antrag von der Europäischen Kommission an das Bundeskartellamt verwiesen. Dieser Erwerb war Teil des insgesamt bei der Europäischen Kommission angemeldeten Zusammenschlussvorhabens zwischen der Strabag-Gruppe und Züblin (COMP/M.3864). Soweit das Zusammenschlussvorhaben verschiedene Märkte im Bereich Hoch- und Tiefbau betraf, wurde es von der Europäischen Kommission geprüft und in der ersten Phase freigegeben. Das Bundeskartellamt erteilte im Oktober 2005 eine Freistellung vom Vollzugsverbot unter verschiedenen Auflagen, die gewährleisten sollten, dass Strabag und Züblin in der Zwischenzeit keinen Einfluss auf die Baustofftochter Roba nehmen konnten. Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurde zu diesem Zweck außerdem ein Treuhänder bestellt. Das Zusammenschlussvorhaben wurde freigegeben, nachdem Strabag nach längeren Verhandlungen angeboten hatte, sich aus der Deutag GmbH & Co. KG, dem Gemeinschaftsunternehmen zwischen der Werhahn-Gruppe und der Strabag, komplett zurückzuziehen, weitere Gemeinschaftsunternehmen mit der Werhahn-Gruppe im Raum Chemnitz aufzulösen und verschiedene Asphaltmischwerke im Raum München und Chemnitz an unabhängige Erwerber zu veräußern. Ohne die Auflagen hätte das Zusammenschlussvorhaben zur Begründung bzw. Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen des wettbewerbslosen Duopols Strabag/Werhahn auf den Regionalmärkten Berlin und München, sowie des wettbewerbslosen Oligopols Strabag/Werhahn/MBG Baustoff-Gesellschaft mbH auf dem Regionalmarkt Chemnitz geführt. Insbesondere im Hinblick auf die gewichtigen strukturellen Verbindungen zwischen den Oligopolmitgliedern auf den relativ transparenten Märkten für das homogene Massengut Asphaltmischgut war das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis gekommen, dass trotz der asymmetrischen Marktanteile und Ressourcen der Oligopolmitglieder kein Binnenwettbewerb zu erwarten war. Zu einem ähnlichen Ergebnis war das Bundeskartellamt im Hinblick auf den Regionalmarkt Hamburg bereits im Teilverweisungsfall Strabag/Dywidag (COMP/M.3754) gekommen. Daraufhin hatte Strabag das Zusammenschlussvorhaben zunächst insoweit zurückgenommen. Nach der Auflösung der gewichtigsten Verflechtungen ist zu erwarten, dass es zwischen Strabag und Werhahn in den Märkten Berlin und Chemnitz zu wesentlichem Binnenwettbewerb kommen wird. Im Raum München, in dem die Verflechtung zwischen Strabag und Werhahn über die Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe (BAM) erhalten bleibt, hat Strabag angeboten, das einzige Werk der Roba an einen unabhängigen Erwerber zu veräußern, so dass es auf diesem Markt durch den Zusammenschluss zu keinen Verschlechterungen kommt.

Schließlich diente ein weiteres Zusammenschlussvorhaben der Strabag-Gruppe dazu, den Ausstieg des Unternehmens aus der oben erwähnten Deutag GmbH & Co. KG umzusetzen. Als Gegenleistung für ihren Anteil an der Deutag erhielt Strabag neben einem Geldbetrag auch

verschiedene Asphaltmischwerke und Beteiligungen an Asphaltmischgesellschaften mit Tätigkeiten in den Gebieten Hamburg, Chemnitz/Zwickau, Halle/Leipzig, Dresden, Stegelitz, Neustrelitz und Neubrandenburg. Dieses Vorhaben wurde ebenfalls unter den zuvor genannten Entflechtungsaufgaben freigegeben.

## 6. Betonfertigteile

Das Bundeskartellamt hatte der Anmeldung eines Mittelstandskartells für den Vertrieb von Betonfertigteilen widersprochen, weil die Vereinbarung geeignet war, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu berühren, eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 81 Abs. 1 EG darstellte und die Freistellungsvoraussetzungen des Artikel 81 Abs. 3 EG nicht erfüllte (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 113). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Untersagungsbeschluss aufgehoben, weil die streitige Vereinbarung keine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bewirke. Wie das Bundeskartellamt sah das Oberlandesgericht Düsseldorf die Kooperation als geeignet zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels an. Die gemeinsame Festlegung von Verkaufspreisen würde voraussichtlich Auswirkungen auf Lieferungen der Kooperationsmitglieder in die Niederlande haben. Dies könne auch nicht durch eine Beschränkung der Zusammenarbeit auf inländische Lieferungen ausgeschlossen werden. Gleichwohl betreffe die Vereinbarung nach ihrem Wortlaut nur innerstaatliche Sachverhalte. Solche Vereinbarungen gehörten nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zum zwischenstaatlichen Handel gerade nicht zu der Kategorie von Vereinbarungen, die ihrem Wesen nach geeignet seien, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Entsprechend würden auch die quantitativen Vermutungsregeln der Leitlinien keine Anwendung finden, da diese sich nur auf „ihrem Wesen nach“ zur Beeinträchtigung geeignete Vereinbarungen beziehe. Da das Bundeskartellamt keine Tatsachen ermittelt habe, die eine spürbare Beeinträchtigung auf andere Weise belegen würde, müsse zugunsten der Unternehmen davon ausgegangen werden, dass der zwischenstaatliche Handel nicht berührt sei.

## 7. Herstellung und Verarbeitung von Glas

Im Februar 2005 hatte das Bundeskartellamt gemeinsam mit der Europäischen Kommission sieben Unternehmen der Floatglasindustrie wegen des Verdachts europaweiter wettbewerbswidriger Absprachen über Preise und andere Konditionen im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Floatglas durchsucht. Es bestand der Verdacht, dass sich die führenden Unternehmen der europäischen Floatglasindustrie seit mehreren Jahren hinsichtlich der Aufteilung ihrer Kunden unter Verstoß gegen § 1 abgestimmt haben. Das Bundeskartellamt hatte das Verfahren eingeleitet, weil es Anhaltspunkte dafür gab, dass die Unternehmen einzelne Abnehmer unbillig behinderten und damit gegen § 20 verstießen. Diese Behinderung bzw. Diskriminierung erfolgte dadurch, dass die Unternehmen die Belieferung eines Abnehmers dann ablehnten, wenn dieser bereits Kunde eines anderen Anbieters

war. Zudem gab es Behinderungen im Rahmen von Lieferkonditionen und Preisfestsetzungen. Die Anbieter von Floatglas versuchten über ihr Vorgehen auch die Zutritte neuer Anbieter zum Markt zu verhindern. Nach Auswertung der sichergestellten Unterlagen leitete die Europäische Kommission im Dezember 2005 ein Verfahren auch wegen der durch das Bundeskartellamt gesondert geprüften Vorgänge nach Artikel 81 EG i. v. m. Artikel 11 Abs. 6 VO Nr. 1/03 gegen die Unternehmen ein. Die Ermittlungen der Europäischen Kommission sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Das Bundeskartellamt wird nach Abschluss dieses Verfahrens entscheiden, ob das von ihm zunächst eingeleitete Verfahren fortgeführt wird.

## Metallerzeugung und -bearbeitung (27)

### 1. Gusseiserne Abflussrohre

Wegen des Verdachts von Preis- und Rabattabsprachen sowie Vereinbarungen zur Erlangung eines Gütezeichens, die allein darauf gerichtet sind, Wettbewerber vom Markt fernzuhalten, hat das Bundeskartellamt Bußgeldverfahren gegen zwei Hersteller von gusseisernen Abflussrohrsystemen eingeleitet. Aufgrund der aus der Durchsuchung im Mai 2004 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 114) gewonnenen Beweise wird den Unternehmen die Anwendung einheitlicher Bruttopreislisten und Rabattstaffeln gegenüber dem Sanitärfachgroßhandel sowie die Absprache regelmäßiger Erhöhungen dieser Bruttopreise vorgeworfen. Es besteht der Verdacht, dass Absprachen über Höchst- und individuelle Rabatte für einzelne Sanitärfachgroßhändler getroffen wurden. Darüber hinaus besteht der Verdacht, dass die Beschuldigten als einzige Mitglieder der Gütezeichengemeinschaft besondere Güte- und Prüfbestimmungen zur Erlangung des Gütezeichens vereinbart haben, die für eine bestimmungsgemäße Verwendung der Produkte nicht erforderlich sind und nur von den Kartellbeteiligten eingehalten werden können, um so Wettbewerber zu behindern.

### 2. Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Stahl

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Esser Werke GmbH & Co. KG durch die Putzmeister AG im Hauptprüfverfahren freigegeben. Der Zusammenschluss führte weder auf dem Markt für Autobetonpumpen noch auf dem vorgelagerten Markt für innengehärtete Zwei-Lagen-Betonförderrohre zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Autobetonpumpen sind nach Preis, Einsatzbereich und Rohrsystem nicht mit Stationärpumpen austauschbar und bilden daher einen separaten Markt. Innerhalb der Betonförderrohre bilden innengehärtete Zwei-Lagen-Rohre einen eigenständigen Markt, da sie aufgrund ihres günstigen Preis-Verschleiß-Verhältnisses aus Sicht der Abnehmer zumindest in Deutschland und in Teilen des EWR wirtschaftlich nicht mit anderen Stahlrohren austauschbar sind. In räumlicher Hinsicht ist das Bundeskartellamt von jeweils maximal EWR-weiten Märkten ausgegangen, hat aber eine Beschränkung auf das Inland insbesondere bei den Pumpen

nicht ausgeschlossen. Im Sinne einer „worst-case-Betrachtung“ ist auf den deutschen Markt abgestellt worden, der zugleich als Referenzmarkt betrachtet wurde, so dass die genaue räumliche Marktabgrenzung offen bleiben konnte. Esser hat – als Erfinder der innengehärteten Zwei-Lagen-Rohre – am deutschland- und europaweiten Markt für diese Rohre eine überragende Marktstellung mit rund 80 % bis 90 % Marktanteil. Putzmeister hält am nachgelagerten Autobetonpumpenmarkt in Deutschland 45 % bis 55 % Marktanteil, im EWR 50 % bis 60 %. Von etwa vergleichbarer Umsatzgröße ist der Hauptwettbewerber auf dem Autobetonpumpenmarkt, die Schwing GmbH. Durch den Vertikalzusammenschluss waren keine Marktverschließungseffekte zu erwarten. Bisher haben sowohl Putzmeister als auch die beigeladene Schwing ihren weltweiten Bedarf an innengehärteten Zwei-Lagen-Rohren beide vollständig von Esser bezogen. Zentrale Frage im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbssituation war daher, ob die Beigeladene Schwing im Prognosezeitraum auf einen alternativen Hersteller von innen-gelagerten Zwei-Lagen-Rohren von gleichwertiger Qualität zurückgreifen kann. Dies hat das Bundeskartellamt zumindest mit Blick auf das US-amerikanische Unternehmen Construction Forms bejaht. Der europaweit abzugrenzende Markt für innengehärtete Zwei-Lagen-Rohre ist nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes mit größter Wahrscheinlichkeit ein Bagatellmarkt. Im Rahmen einer vorsorglich vorgenommenen Prüfung hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass auf diesem Markt die Änderung der Marktposition der schon bisher eng mit Putzmeister verbundenen Esser durch den Zusammenschluss nicht so wesentlich ist, dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die Folge gewesen wäre. Gegen die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes hat die Schwing Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

### 3. Herstellung von Blei

Die Eco-Bat Technologies Ltd. (Eco-Bat) (Großbritannien) hat die Anmeldung des Vorhabens, Vermögenswerte der Metaleurop S. A. (Metaleurop) (Frankreich) zu erwerben, im Hauptprüfverfahren zurückgenommen. Eco-Bat wird von der Quexco Inc. (Quexco) (USA) kontrolliert. Quexco ist der weltweit führende Bleiproduzent mit Aktivitäten in den USA, Südafrika, Australien und Europa. In Europa ist das Unternehmen in Österreich, Großbritannien, Italien, Frankreich und Deutschland tätig; in Deutschland mit den Unternehmen BSB Recycling GmbH, Muldenhütten, Recycling und Umwelttechnik GmbH und Berzelius Stolberg GmbH. Eco-Bat setzt für seine Bleiproduktion überwiegend Vormaterial aus recyceltem Abfallblei ein, vornehmlich solches aus gebrauchten Starterbatterien, das in einem Schmelzprozess veredelt wird. Dabei werden die in der Batterie befindlichen metallischen Bestandteile Bleisulfat (sog. Paste) und Gitter (sog. Metallics) in eigenen Batteriebrecheranlagen aussortiert, zerkleinert und vom Kunststoff in den Gehäusen getrennt. Anschließend werden die metallischen Vorprodukte in die Bleihütten, deren größte sich in Deutschland befinden, verbracht und dort zu neuem Blei

verarbeitet. Das Zielgeschäft umfasste nach einer Änderung der Anmeldung im Verfahren eine Batteriebrechanlage und ein Unternehmen, das insbesondere beim Batteriebrechen anfallendes Polypropylen verwertet. Das Vorhaben betraf sachlich einen Markt für Blei, den Markt für Altbatterien und den Markt für die aus der Aufbereitung von Altbatterien gewonnenen Stoffe Paste und Metallics. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen des Bundeskartellamtes ist Blei einem Gesamtmarkt zuzuordnen: Blei ist ein homogenes Produkt, das in verschiedenen Sorten mit unterschiedlichen Reinheitsgraden und Legierungsbestandteilen hergestellt werden kann. Es lässt sich in den heutigen Bleischmelzprozessen sowohl aus Konzentraten (Bleierzen) als auch durch das Recyclen von Altbatterien gewinnen. Blei kann in allen von den Abnehmern gewünschten Reinheitsgraden und Legierungen hergestellt werden. Die Bezeichnungen Primärblei (Primärhütte) und Sekundärblei (Sekundärhütte) richten sich danach, ob das Blei überwiegend aus den Abfallstoffen (vornehmlich Altbatterien) oder überwiegend aus Konzentraten hergestellt wird. Allerdings setzen auch sog. Primärhütten in ihrer Produktion neben Konzentraten einen gewissen Anteil von Abfallstoffen zu. Sog. Sekundärhütten können auch alle Verunreinigungen aus dem Blei entfernen und somit Feinblei herstellen. Der Einsatz von Konzentraten oder Altstoffen richtet sich für die Bleihütten in erster Linie nach der Verfügbarkeit der Vorprodukte und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Dabei sind Abfallstoffe i. d. R. preiswerter zu erhalten als Konzentrate, die importiert werden müssen. Im Hinblick darauf, dass die Stellung der Beteiligten auf den Märkten für Altbatterien und für Paste und Metallics wettbewerblich unbedenklich war, hat das Bundeskartellamt die räumliche Abgrenzung dieser Märkte offen gelassen. Bedenken betrafen hingegen den Gesamtmarkt für Blei, der mindestens europaweit abzugrenzen war. Das Vorhaben hätte hier zwar zu keinen Marktanteilsadditionen geführt, da Eco-Bat von Metaleurop nur eine Brecheranlage in Frankreich, nicht aber die Bleischmelzhütte in Nordenham in Deutschland übernehmen wollte. Das Zielgeschäft erzeugt aber Paste und Metallics, das Vormaterial für die Erzeugung von Blei in den sog. Sekundärbleihütten. Dieses Vormaterial diente der Versorgung der bei Metaleurop verbleibenden Bleihütte in Nordenham, einem ebenfalls marktstarken Anbieter von Blei. Eco-Bat war in den letzten drei Jahren vor dem Zusammenschluss auf dem Bleimarkt in Europa mit Abstand Marktführer. Der Marktanteil von Eco-Bat auf diesem Markt hätte nach dem Zusammenschluss im Falle eines Ausscheidens von Metaleurop aus dem Markt die Schwelle für die Vermutung der Marktbeherrschung deutlich überschritten. Es war daher zu befürchten, dass nach dem Zusammenschluss Metaleurop Bleihütte in Nordenham sich nicht mehr wie bisher aus dem Konzern mit Vormaterial versorgen könnte und hierdurch in ihrem Bestand gefährdet wäre, denn Nordenham sah keine hinreichenden Möglichkeiten, auf andere Bezugsquellen auszuweichen. Durch den Ausfall eines wesentlichen Wettbewerbers bei gleichzeitiger eigener entsprechender Steigerung des Angebots durch Zugriff auf das bisher von Metaleurop konzernintern genutzte Vormaterial hätte Eco-Bat entweder eine marktbe-

herrschende Stellung in Europa erlangen oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken können. Daneben war fraglich, ob überhaupt ein prüffähiges „Vorhaben“ i. S. d. GWB vorlag. Parallel zu dem Zusammenschlussverfahren wurde in Frankreich das Konkursverfahren über das gesamte Vermögen von Metaleurop durchgeführt. Nach den vom Bundeskartellamt bei den zuständigen Gremien in Frankreich eingeholten Auskünften war ungewiss, ob Eco-Bat den Zuschlag für das Zielvermögen, das Eco-Bat im Rahmen des Konkursverfahren erwerben wollte, erhalten konnte.

## Herstellung von Metallerzeugnissen (28)

### 1. Lebensmitteldosen und Aerosoldosen

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Anteile an der USC Europe N.V. (Niederländische Antillen) (USC), – Hersteller von Lebensmitteldosen und Aerosoldosen aus Weißblech – durch den Finanzinvestor Doughty Hanson & Co. Limited, (Großbritannien) (DHC) freigegeben. Zu DHC gehört bereits die Impress Gruppe, zweitgrößter Hersteller von Lebensmittel- und Aerosoldosen aus Weißblech in Europa. Trotz der nicht unerheblichen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten. Vom Zusammenschluss war der Markt für Weißblech-Lebensmitteldosen inklusive Deckel und Böden betroffen. Dieser Markt ist räumlich auf das Gebiet Deutschlands und angrenzender Länder zu begrenzen. Dosen werden i. d. R. aufgrund relativ hoher Transportkosten und der Gefahr von Transportschäden nicht weiter als 500 km transportiert. Deckel erlauben zwar weitere Transportwege, werden aber meist zusammen mit den Dosen verkauft. Weiterhin war der Markt für Aerosoldosen betroffen, wobei Dosen aus Weißblech und Aluminium für die große Mehrheit der möglichen Anwendungen austauschbar und somit einem Markt zuzurechnen sind. Der Markt für Aerosoldosen war aufgrund höherer realisierter Transportentfernungen europaweit abzugrenzen. Beide betroffene Märkte weisen eine oligopolistische Struktur auf. Mit deutlichem Vorsprung war bisher das Unternehmen Crown Holdings, Inc. (Crown), Marktführer auf beiden Märkten, ohne diese allein zu beherrschen. Auf dem Markt für Lebensmitteldosen werden die Beteiligten durch den Zusammenschluss zum bisherigen Marktführer Crown regional aufschließen. Bei einer europaweiten Betrachtung wäre Crown aber weiterhin führend. Im Bereich Aerosoldosen werden die Beteiligten Impress/USC die Marktführerschaft übernehmen, ohne jedoch den Markt allein zu beherrschen. Crown als weiterer Hersteller von Aerosoldosen aus Weißblech bleibt ein gleichwertiger Wettbewerber. Auch Boxal als Teil der Exal-Gruppe ist ein wichtiger Wettbewerber, der Aerosoldosen aus Aluminium und Weißblech anbietet, u. a. die innovative Lösung „Newcan“. Bei diesen oligopolistischen Marktstrukturen war des Weiteren zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss bei zwei oder mehreren Unternehmen eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde. Bei Lebensmitteldosen war die Marktstruktur vor dem Zusammenschluss von vier An-

bietern mit Marktanteilen im zweistelligen Bereich und einigen kleineren Wettbewerbern geprägt. Auf Crown und Impress/USC gemeinsam entfallen mehr als zwei Drittel des Marktes, mit deutlichem Abstand zum nächsten Wettbewerber. Die kleineren Anbieter sind regional eng begrenzt tätig und können nur in ihrem direkten Umfeld relativ hohe Anteile erreichen. Bei Aerosoldosen führen ebenfalls Crown und Impress/USC, doch gibt es hier mehr alternative Anbieter. Die Ermittlungen ergaben keine Hinweise für ein koordiniertes Verhalten der größten Marktteilnehmer vor dem Zusammenschluss. Nach dem Zusammenschluss ist auf beiden Märkten rechnerisch die Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 erfüllt. Es gab jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich das Wettbewerbsverhalten von Crown und Impress/USC verändern und bedingt durch den Zusammenschluss ein wettbewerbsloses Duopol entstehen würde. Weder bei Lebensmitteldosen noch bei Aerosoldosen sind Marktzutrittsschranken ersichtlich, die über das normale Maß hinausgehen. Kleinere Wettbewerber gewinnen zunehmend Marktanteile. Eine Koordination wäre über eine Markt-/Kundenaufteilung denkbar. Dagegen sprach jedoch die Struktur der Nachfrageseite. Der größte Teil des Umsatzes wird auf beiden Märkten mit nachfragestarken Kunden getätigt. Diese kaufen im Allgemeinen europaweit ein, stehen mit allen Lieferanten im Kontakt und sind insgesamt gut informiert. Diese großen Kunden führen teilweise Qualifizierungsverfahren durch und können somit schnell Volumina zwischen den qualifizierten Lieferanten wechseln, zu denen nicht nur die Oligopolmitglieder, sondern auch die kleineren Anbieter gehören. Diese Kunden führen meist auch Ausschreibungsverfahren mit anschließenden Verhandlungen durch und vergeben mindestens Jahres(rahmen)verträge. Dies erhöht für die Dosenhersteller den Anreiz zu wettbewerblichem Verhalten. Die Aufdeckung von Verstößen gegen die Markt-/Kundenaufteilung wäre durch den Kundenkontakt leicht möglich. Vergeltung wäre denkbar, aber in der gegenwärtigen Situation schwierig. Nach der Vergeltungsphase (Preiskrieg) könnten reduzierte Preise aufgrund der gut informierten und nachfragestarken Kunden nicht wieder auf das koordinierte Niveau angehoben werden. Auch ein Versuch der gezielten Verdrängung kleinerer Anbieter ist nicht erfolversprechend, da die Verluste durch eine Kampfpreisstrategie im Nachhinein nicht durch überhöhte Preise kompensiert werden könnten. Die Nachfrager bemühen sich zudem im Rahmen einer Multi-Sourcing-Strategie um eine ausreichende Anzahl von Lieferanten. Gegen einen erweiterten Preissetzungsspielraum bei Lebensmitteldosen spricht auch der deutliche Substitutionsdruck durch andere Verpackungen wie Tetrapack oder Alubeutel, die bereits jetzt von einigen großen Nachfragern genutzt werden. Bei Aerosoldosen kommt zu den nachfragestarken Kunden – bedingt durch den Wettbewerb der Aluminiumdosenhersteller – eine heterogenere Anbieterstruktur hinzu. In einer Gesamtschau wurde festgestellt, dass die Marktverhältnisse einem stillschweigend koordinierten Verhalten nicht zuträglich sind. Der Umstand allein, dass sich das Oligopol durch den Zusammenschluss weiter verengt und symmetrischer wird, war nicht geeignet, eine

Verhaltensänderung der Marktteilnehmer hin zur Koordination hinreichend zu begründen.

## 2. Werkzeuge

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Mixpac-Unternehmensgruppe (Schweiz) durch die Sulzer AG (Schweiz) untersagt und die Auflösung des vollzogenen Zusammenschlusses angeordnet. Der Erwerb war ursprünglich im Hauptprüfverfahren geprüft worden. Nachdem das Oberlandesgericht Düsseldorf die Untersagung des Bundeskartellamtes bezüglich der Übernahme des Vermögens der Pedex & Co. GmbH durch DuPont aufgehoben hatte, weil seiner Auffassung nach für die Berechnung der Marktvolumina im Rahmen der Bagatellmarktklausel nur auf die inländischen Umsätze abzustellen ist (S. 12, 90 f.), wurde die Anmeldung von den Zusammenschlussbeteiligten Sulzer und Mixpac zurückgenommen und der Vollzug des Vorhabens angezeigt. Das Bundeskartellamt hatte den Zusammenschlussbeteiligten unmittelbar vorher seine materiellen Bedenken mitgeteilt. Mixpac ist Hersteller von Zweikomponentenkartuschen, Mischaufsätzen und Austraggeräten. Die Produkte kommen vor allem im Dental- sowie im Industrie- und Baubereich zum Einsatz. Sie dienen der Aufbewahrung und dem Austragen von Massen und Klebstoffen, die nach dem Vermischen und Austragen durch Luftkontakt aushärten. Wegen Unterschieden in der Anbieter- und Nachfragerstruktur wie auch der patentrechtlichen Situation lag die Abgrenzung von zwei verschiedenen sachlich relevanten Märkten, dem Markt für Medizin- und Dentalanwendungen und dem Markt für Industrie- und Bauanwendungen, nahe. Die Zusammenfassung zu einem Gesamtmarkt war ebenso möglich gewesen und hätte zu einer gleichlaufenden wettbewerblichen Beurteilung geführt. Beide Märkte waren räumlich mindestens europaweit abzugrenzen. Mixpac bietet seine Produkte auf beiden betroffenen Märkten an. Sulzer bietet die Produkte bislang fast ausschließlich für Industrie- und Bauanwendungen an. Auf dem Markt für Medizin- und Dentalanwendungen besitzt Mixpac nahezu eine Alleinstellung. Sulzer ist auf diesem Markt aufgrund ernsthafter Versuche des Marktzutritts und des vorhandenen technischen Know-hows einer der wenigen ernsthaften potenziellen Wettbewerber. Der Wegfall dieses potenziellen Wettbewerbers führt zu einer Verschlechterung der Marktverhältnisse und erhöht die Marktzutrittsschranken. Der Zusammenschluss führt deshalb zu einer Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung Mixpacs. Auf dem Industriemarkt lässt der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehen. Die Zusammenschlussbeteiligten verfügen dort über gemeinsame Marktanteile von mehr als 50 % bei nur zwei Wettbewerbern, deren Marktanteile jeweils erheblich unter dem der Zusammenschlussbeteiligten liegen. Auf beiden Untersagungsmärkten wird die Schwelle des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bezogen auf das Inland unterschritten, bezogen auf die ökonomisch relevanten europaweiten Märkte wird sie jedoch auf beiden Märkten überschritten. Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass bezüglich der Schwellen der Bagatellmarktklausel auf den ökonomisch relevanten

Markt abzustellen ist (S. 12). Damit ist im vorliegenden Fall die Bagatellmarktklausel aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht anwendbar; das Vorhaben unterliegt der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB. Gegen die anderslautende Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall DuPont – Pedex ist das Bundeskartellamt in die Rechtsbeschwerde gegangen (S. 12, 90 f.). Die Auflösungsanordnung des Bundeskartellamtes enthält die Verpflichtung, den Zusammenschluss rückgängig zu machen oder alternativ die erworbenen Unternehmen durch einen Treuhänder an einen wettbewerblich unbedenklichen Dritten zu veräußern. Dem Antrag der Unternehmen, die aufschiebende Wirkung der Verfügung gemäß § 65 Abs. 3 wiederherzustellen, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf stattgegeben, weil seiner Auffassung nach ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen. Begründet wurde dies zum einen mit der Rechtsprechung in Sachen DuPont – Pedex, zum anderen damit, dass in diesem Fall die Zusammenfassung sachlich benachbarter Märkte bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel nicht gerechtfertigt sei. Das Bundeskartellamt ist in diesem Verfahren ebenfalls in die Rechtsbeschwerde gegangen.

## Maschinenbau (29)

### 1. Industrial Boilers and Plants

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des Geschäftsbereichs „Industrial Boilers and Plants“ (IBP) der Alstom Power Conversion GmbH durch die Von Roll Inova GmbH freigegeben. Von Roll Inova ist Konzernunternehmen der österreichischen Austrian Energy and Environment AG. Von dem Zusammenschlussvorhaben waren zahlreiche Einzelmärkte betroffen, darunter Märkte für Wasserrohrkessel für Gas- und Dampfkraftwerke, für Dampfkraftwerke sowie für die Planung und Errichtung von Müllverbrennungsanlagen und von Biomasseverbrennungsanlagen sowie für deren Komponenten. Wegen erheblicher Überschneidungen der Aktivitäten von IBP und Von Roll Inova sind die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für die Planung und Errichtung von Müllverbrennungsanlagen und für deren Komponenten eingehend geprüft worden. Die übrigen sachlich betroffenen Märkte waren wettbewerblich unbedenklich. Die Zusammenschlussbeteiligten bieten beide Müllverbrennungsanlagen und deren zentrale Komponenten, den Kessel und den Rost, an. Müllverbrennungsanlagen werden von den Auftraggebern, das sind kommunale Nachfrager, private Entsorgungsunternehmen und Energieversorgungsunternehmen, sowohl als Komplettleistung schlüsselfertig nachgefragt als auch komponentenweise, wobei Kessel und Rost i. d. R. als einheitliche Komponente „Feuerung“ bei demselben Anbieter nachgefragt werden. Der schlüsselfertige Bau beinhaltet umfangreichere Planungs- und Koordinierungsleistungen und ein höheres Haftungsrisiko des Auftragnehmers und stellt andere Anforderungen an die Referenzlage als das Komponentenangebot. Es spricht deshalb viel für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte für den Bau schlüsselfertiger Anlagen und für die Komponentenlieferung. Letztlich konnte die genaue sachliche Marktabgrenzung in diesem Verfah-

ren offen gelassen werden, denn auch die engstmöglichen Abgrenzungen hätten nicht zu wettbewerblich anderen Ergebnissen geführt. Die räumliche Marktabgrenzung konnte im Ergebnis ebenfalls offen gelassen werden, wenn es auch Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse regional unterschiedlich sind. So haben die maßgeblichen Wettbewerber innerhalb Europas erkennbare Tätigkeitsschwerpunkte. Kooperationen einzelner Hersteller führen zu regionalen Marktaufteilungen und nicht alle Hersteller bieten ihre Leistungen in allen europäischen Ländern an. Andererseits sind weder technische oder wirtschaftliche noch sprachliche Marktzutrittsschranken erkennbar. Auch waren keine ausgeprägten Präferenzen der Nachfrager für nationale Bieter festzustellen. Auf einem europaweit abgegrenzten Markt hätten die Zusammenschlussbeteiligten nach einer Marktstudie in den letzten fünf Jahren einen gemeinsamen Marktanteil von knapp 30 % erreicht, gefolgt von den Unternehmen CNIM (Frankreich) und Martin GmbH, die als Kooperation agieren, mit knapp 25 %, Lentjes GmbH mit ca. 18 %, Fisia Babcock Environment GmbH mit ca. 14 % und Babcock Wilcox Volund (Dänemark) mit knapp 10 %. Diese Marktstruktur gab vor dem Hintergrund eines von Ausschreibungen geprägten Marktes keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken. Für Deutschland war für die Zusammenschlussbeteiligten dagegen, ebenfalls berechnet für die letzten fünf Jahre, ein gemeinsamer Marktanteil von 55 % bis 65 % ermittelt worden, gefolgt von Lentjes mit 20 % bis 25 %, Fisia Babcock mit 10 % bis 15 % und Martin mit 5 % bis 10 %. Ähnliche Marktanteilsverteilungen ergaben sich auf den Märkten für Kessel und Roste für Müllverbrennungsanlagen. Trotz der erheblichen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten lagen die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlusses auf der Grundlage eines nationalen Marktes nicht vor. Eine Analyse aller Ausschreibungen der letzten fünf Jahre sowohl für Komponenten als auch für schlüsselfertige Anlagen ergab, dass in diesem Zeitraum insgesamt neun verschiedene Unternehmen als glaubwürdige Bieter in wechselnden Konstellationen an Ausschreibungen beteiligt waren. Diese Zahl reduziert sich durch den Zusammenschluss auf acht. Bezogen auf einzelne Ausschreibungen wären, auch wenn die Zusammenschlussbeteiligten als Einheit betrachtet werden, im Durchschnitt bei allen Ausschreibungen mindestens drei ernsthafte Bieter vertreten gewesen, ebenfalls in wechselnder Zusammensetzung aus dem Gesamtanbieterfeld. Vor dem Hintergrund fehlender technologischer Vorsprünge der Zusammenschlussbeteiligten und einem bei allen Wettbewerbern vorhandenen technischen Wissen und einer ausreichenden Referenzlage sowie mindestens ausgewogener Finanzkraft einiger Wettbewerber war nicht ersichtlich, wie auf diesem Markt zusammenschlussbedingte und wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume entstehen können. Hinzu kommt, dass die Nachfrager von Müllverbrennungsanlagen i. d. R. über erhebliches eigenes technisches Wissen, Marktkenntnisse und Ausschreibungserfahrung verfügen, oder sich solches durch die Beauftragung fachkundiger Ingenieurbüros beschaffen

können, und so einen hinreichenden Nachfragedruck erzeugen können.

## 2. Turbinen

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Anteile an der VA Tech Hydro GmbH (Österreich) und weiterer wesentlicher Vermögensteile der Siemens AG durch die Andritz AG (Österreich) freigegeben. Die Siemens AG hatte sich gegenüber der Europäischen Kommission in dem Zusammenschlusskontrollverfahren Siemens/VA Tech (COMP/M.3635) verpflichtet, die VA Tech Hydro mit ihrem zentralen Unternehmensgegenstand „Produkte und Dienstleistungen für die Errichtung von Wasserkraftwerken“ an einen Dritten zu veräußern, um die von der Europäischen Kommission für den EWR-weiten Markt der Ausrüstung für Wasserkraftwerke geäußerten Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben zu beseitigen. VA Tech Hydro ist der im EWR führende Anbieter für Ausrüstungen von Wasserkraftwerken. Die Andritz AG war vor Vollzug des Zusammenschlusses mit der VA Tech Hydro nur in sehr geringem Umfang auf diesem Markt tätig. Erst durch den Zusammenschluss mit VA Tech Hydro wird die Andritz AG zu einem Systemanbieter, da Andritz bis dahin keine Generatoren oder schlüsselfertige Anlagen im Bereich der Wasserkraftwerke anbieten konnte. Hauptwettbewerber von VA Tech Hydro und Andritz ist das Gemeinschaftsunternehmen Voith Siemens Hydro Power Generation. Nachdem die Europäische Kommission dem Antrag von Siemens auf Zustimmung zu der Veräußerung der VA Tech Hydro an die Andritz AG entsprochen hatte, konnte das Vorhaben auch vom Bundeskartellamt freigegeben werden.

## 3. Kälte- und lufttechnische Erzeugnisse

In verschiedenen Bereichen des Maschinenbaus waren im Berichtszeitraum immer wieder US-amerikanische Unternehmen an Zusammenschlüssen beteiligt. Das Bundeskartellamt hat einige Fälle geprüft, in denen die in Europa marktführenden Anbieter ihre Absatzbasis in außereuropäischen Märkten durch Zukäufe von US-amerikanischen Unternehmen gestärkt haben. So hat beispielsweise die Alfa Laval AB (Schweden) den Geschäftsbereich „Entwicklung und Herstellung von Wärmetauschern der Marke Tranter“ der Dover Corporation (USA) erworben. Wärmetauscher sind Geräte, in denen Wärme von einem Medium (z. B. einer Flüssigkeit) auf ein anderes Medium (z. B. eine andere Flüssigkeit oder ein Gas) übertragen wird, so dass das eine Medium erwärmt und das andere abgekühlt wird. Wärmetauscher werden zum Wärmen oder Kühlen, zur Kondensation, Verdampfung oder zur Kristallisation in verschiedensten industriellen Einsatzbereichen verwendet. Das Zusammenschlussvorhaben betraf den Bereich der Plattenwärmetauscher, die insbesondere aufgrund ihrer im Vergleich zu anderen Wärmetauschern geringeren Druck- und Temperaturfestigkeit, ihrer spezifischen Anwendungsbereiche und des vergleichsweise geringen Preises einem eigenen sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind. Zwar hat das Bundeskartellamt für bestimmte Anwendungsbereiche eine



zunehmende Substitution von sog. Rohrbündelwärmetauschern durch Plattenwärmetauscher festgestellt; diese begrenzten einseitigen Substitutionsbeziehungen reichten jedoch nicht aus, um von einem einheitlichen sachlich relevanten Markt auszugehen. Auch eine tiefergehende Segmentierung des Marktes für Plattenwärmetauscher wäre nicht sachgerecht gewesen. Der Marktanteil von Alfa Laval liegt EU-weit erheblich über der Marktbeherrschungsvermutung. Wesentlicher Wettbewerber ist die deutsche GEA Group AG. Unabhängig von der Frage, ob Alfa Laval auf dem EU-weiten Markt für Plattenwärmetauscher schon vor dem Zusammenschluss über eine überragende Marktstellung verfügte, ließ sich eine Verstärkung der Marktstellung von Alfa Laval durch den Zusammenschluss nicht hinreichend sicher prognostizieren. GEA verfügt – wie Alfa Laval – über ein umfassendes Produktportfolio bei Plattenwärmetauschern und ist in Deutschland als dem umsatzstärksten Teilmarkt innerhalb der EU gleichauf mit Alfa Laval. Das Bundeskartellamt sah daher Grund zu der Annahme, dass GEA nicht nur in Deutschland, sondern auch in der EU über das Wettbewerbspotenzial verfügt, die Marktstellung von Alfa Laval zu relativieren. Entscheidend für die Freigabeentscheidung war aber, dass der Zusammenschluss zu keinen fusionsrechtlich erheblichen Ressourcenverstärkungen in Europa geführt hat. Die Marke Tranter ist sowohl in der EU insgesamt als auch in Deutschland weitgehend unbekannt. Der übernommene Geschäftsbereich verfügt auch nicht über Produkte, Technologien oder Vertriebssysteme, die das Produktangebot von Alfa Laval zu Lasten der Wettbewerber in Europa signifikant verstärken. Die unternehmensstrategische Ausrichtung des Tranter-Geschäftsbereichs richtete sich vor dem Zusammenschluss primär auf den außereuropäischen Bereich. Hierauf richtete sich dementsprechend auch das Interesse von Alfa Laval an dem Zusammenschluss. Der Vortrag der beigeladenen APV Thermotech (Invensys-Gruppe), die Marktstellung von Alfa Laval werde durch den Zusammenschluss wesentlich gestärkt, da er deren Zugang zum Beschaffungsmarkt für Industrietitan wesentlich verbessere, hat sich nicht bestätigt. Industrietitan ist ein Halbfertigprodukt, das bei der Produktion solcher Plattenwärmetauscher eingesetzt wird, die in petrochemischen Anlagen, in Meerwasserenergieanlagen oder im Schiffbau eingesetzt werden und daher eine gute Korrosions- und Erosionsbeständigkeit aufweisen müssen. Die durch die derzeitige Verknappung von Industrietitan bei steigender Nachfrage bestehende Abhängigkeit der Hersteller von Wärmetauschern von den Titanproduzenten trifft alle Nachfrager gleichermaßen. Alfa Laval verfügt weder über Ausschließlichkeitsverträge oder sonstige Vorteile in der Beschaffung. Zudem ist die Bezugsmenge des Tranter-Geschäftsbereichs so gering, dass Alfa Laval auch nach dem Zusammenschluss nicht in der Lage ist, die Absatzpolitik der Anbieter von Industrietitan zu seinen Gunsten und zu Lasten der Wettbewerber zu beeinflussen.

#### 4. Wasserbehandlung

Im Bereich der Wasserbehandlung ist es in den letzten Jahren verstärkt zu Zusammenschlüssen gekommen. Da-

bei sind auch große Unternehmen wie die Siemens AG durch den Erwerb von US Filters von der Veolia Environment, S. A., und die General Electric Company durch Erwerb der Ionics, INC (USA) und der Zenon Environmental Inc. (Kanada) in den Wasserbehandlungsbereich, der als ein wichtiger Zukunftsmarkt eingestuft wird, eingestiegen. Die Veolia Environment S. A. hat trotz der Trennung von US Filters ihr Engagement in diesem Bereich durch den Erwerb des wesentlichen Vermögens der Berkefeld-Filter Anlagenbau und den Erwerb sämtlicher Anteile an der WABAG Wassertechnik GmbH sowie der VA Tech WABAG France SAS (Frankreich) verstärkt. Die Bilfinger Berger AG hat mit dem Kauf sämtlicher Anteile an der Geiger International GmbH & Co Technology AG ein weiteres Unternehmen im Bereich Wasserbehandlungsanlagen hinzuerworben. Bilfinger Berger war bereits zuvor mit ihrem Tochterunternehmen Passavant Roedinger in diesem Bereich tätig. Schließlich hat die Landeskreditbank Baden-Württemberg zunächst eine Minderheitsbeteiligung mit Kontrollrechten an der Stulz Wasser- und Prozesstechnik GmbH und später über diese die gemeinsame Kontrolle an der Ondeo Industrial Solutions GmbH erworben. Betroffen waren in allen Fällen die Märkte für Wasseraufbereitungsanlagen für die Industrie und für Kommunen und die Märkte für Abwasserbehandlung ebenfalls jeweils für die Industrie und für Kommunen. Eine weitergehende Abgrenzung eigenständiger Märkte je nach dem eingesetzten chemischen und/oder physikalischen Verfahren, wie z. B. UV-Behandlung, Ozon-Behandlung, Chlorierung u. ä. hält das Bundeskartellamt nicht für sachgerecht, da diese Verfahren regelmäßig nicht getrennt angeboten, sondern – je nach Anwendungsbereich – hintereinander eingesetzt werden. In räumlicher Hinsicht konnte das Bundeskartellamt in allen Fällen offen lassen, ob es sich um nationale oder EWR-weite Märkte handelt. Alle angemeldeten Vorhaben konnten freigegeben werden. Wesentliche Wettbewerber sind u. a. die Wedeco Water Technology, Pentair, Suez Degrémont, Christ, ITT, Fisia Babcock und die österreichische BWT-Gruppe. Auf der Marktgegenseite stehen mit den Kommunen, Wasserverbänden und industriellen Großunternehmen starke Nachfrager.

#### 5. Werkzeugmaschinen

Die Nordson Corporation (USA) hat ihr Vorhaben aufgegeben, sämtliche Anteile an der hhs Leimauftrags Systeme GmbH zu erwerben, nachdem das Bundeskartellamt den Zusammenschlussbeteiligten mitgeteilt hatte, dass es beabsichtige, das Vorhaben zu untersagen. Durch den Zusammenschluss wäre es zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Nordson bei Heißleimauftragungssystemen gekommen. Nordson ist ein international tätiger Hersteller von Systemen, mit denen Kleb- und Dichtstoffe sowie Beschichtungen auf unterschiedliche Verbrauchs- und Industrieprodukte während des Fertigungsprozesses aufgetragen werden. hhs fertigt Leimauftragungssysteme für Heißleim und Kaltleim. Das Bundeskartellamt hat weder einen Gesamtmarkt für sämtliche Verbindungs- und Versiegelungstechnologien, einschließlich Klebeband, Heftklammern, Umreifungen usw., noch

einen Gesamtmarkt für Leimauftragssysteme als relevanten Markt zugrunde gelegt. Das Bundeskartellamt geht vielmehr von getrennten Märkten für Heißleimsysteme und Kaltleimsysteme aus. Maßgeblich für diese Marktabgrenzung war, dass die Herstellung von Heißleimsystemen technologisch aufwändiger und erheblich teurer als die Herstellung von Kaltleimsystemen ist und dass die Wahl des jeweiligen Leimsystems stark von den Eigenschaften der zu verbindenden Stoffe abhängt. In räumlicher Hinsicht geht das Bundeskartellamt von nationalen Märkten aus. Die Marktanteile von Nordson liegen auf dem deutschen Markt für Heißleimsysteme über mehrere Jahre hinweg konstant sehr deutlich über der Vermutungsschwelle für die Annahme der Einzelmarktbeherrschung des § 19 Abs. 3 Satz 1. Der Marktanteilsabstand zu den folgenden Wettbewerbern ist sehr hoch. Die übrigen Wettbewerber, die ganz überwiegend kleine und mittelständische Unternehmen sind, bieten wenigstens teilweise keine kompletten Leimauftragssysteme, sondern lediglich Komponenten wie beispielsweise Schläuche, Düsen und Ventile an. Nordson verfügt demgegenüber über eine überragende Finanzkraft, die das Unternehmen in der Vergangenheit bereits erfolgreich eingesetzt hatte, um über Rabatte Wettbewerber zu verdrängen. Nordson ist auch Technologieführer im Bereich Heißleimsysteme und verfügt über eine große Anzahl von wichtigen Patenten in diesem Bereich. Zudem verfügt Nordson im Gegensatz zu den anderen Marktteilnehmern über ein sehr gutes Vertriebsnetz und damit über einen besonders gut ausgeprägten Zugang zum Absatzmarkt. Die bestehende marktbeherrschende Stellung von Nordson wäre durch den Erwerb von hhs verstärkt worden. Mit der Übernahme des sechstgrößten Marktteilnehmers hätten sich die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite weiter verschlechtert. Außerdem hätte Nordson mit hhs den Marktführer im Bereich der Kaltleimsysteme erworben, dessen Marktanteil dort bei rund einem Drittel liegt. Dies hätte Nordson die Möglichkeit eröffnet, über Komplettangebote weitere Kunden zu erschließen, ihre Marktstellung auf dem Markt für Heißleimsysteme auszubauen und ihre ohnehin marktbeherrschende Stellung weiter zu verstärken.

## 6. Armaturen

Die Parker Hannifin Corporation (USA) hat im Berichtszeitraum mehrere Unternehmen erworben, die im Bereich der Kältetechnik tätig sind. Mit der M.G. Herl Armaturenfabrik hat Parker Hannifin den führenden Anbieter von handbetriebenen Armaturen für die Kältetechnik erworben. Parker Hannifin ist in diesem Bereich nicht tätig, sondern fertigt für den Bereich der Kältetechnik automatische Armaturen, die neben den Komponenten Ventil, Kugelhahn und Regler eine elektronische Steuerungseinheit haben. Automatische Armaturen und handbetriebene Armaturen bilden wegen ihrer unterschiedlichen Funktion innerhalb einer Kälteanlage, dem unterschiedlichen Fertigungs-Know-how und dem unterschiedlichen Preisniveau jeweils sachlich eigenständige Märkte. Da sich die Existenz eines „integrierten Systemmarktes“ neben dem Vertrieb von Einzelarmaturen nicht bestätigt hat und mit

Danfoss A/S (Dänemark) und der AWP Armaturen GmbH weitere bedeutende Wettbewerber existieren, wird die marktführende Stellung von Herl durch den Zusammenschluss nicht wesentlich verstärkt. Bei automatischen Ventilen gehört Parker Hannifin im EWR nicht zu den führenden Anbietern. Das Zusammenschlussvorhaben wurde daher freigegeben.

Im Bereich der stationären Komponenten für die Kälte- und Klimatechnologie hat Parker Hannifin darüber hinaus einen wesentlichen Vermögensteil der Kenmore International Group (Norwegen) sowie sämtliche Anteile an der Acal Controls Ltd. (Großbritannien) und der Acal New York, Inc. (USA) sowie einen wesentlichen Vermögensteil der Acal GmbH und der Acal S.A.S. (Frankreich) erworben. Danfoss ist im EWR sowohl bei Kälte- und Klimakomponenten insgesamt als auch bei den Kälte- und Klimaarmaturen Marktführer. Parker Hannifin hat dagegen in diesem Bereich keine bedeutende Marktstellung im EWR und in Deutschland. Die Zusammenschlussvorhaben konnten daher freigegeben werden.

## 7. Maschinen und Anlagen zur Geflügelverarbeitung

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Anteile an der Systemate Group B.V. durch die Meyn Holding B. V. im Hauptprüfverfahren freigegeben. Beide Unternehmen haben ihren Sitz in den Niederlanden und sind im Wesentlichen im Bereich der Produktion und des Vertriebs von Maschinen und Anlagen zur Geflügelverarbeitung tätig. Die Prozesskette von Geflügelschlachtbetrieben umfasst die Hauptverarbeitungsschritte Geflügeleingang, Schlachten und Rupfen, Ausweiden, Kühlen, Zerteilen und Entbeinen. Jeder dieser Arbeitsschritte – zusammenfassend als primäre Geflügelverarbeitung bezeichnet – erfordert eine oder mehrere spezielle Maschinen, die vom Hersteller oder Anwender zu Subsystemen und darüber hinaus zu kompletten Geflügelverarbeitungsanlagen kombiniert werden können. Die anschließende Weiterverarbeitung des Geflügelrohflisches zu einem Fertigprodukt übernehmen i. d. R. spezialisierte Nahrungsmittelhersteller, die teilweise über eigene Schlachtbetriebe verfügen. Maschinen und Anlagen zur primären Geflügelverarbeitung einerseits und solche zur Weiterverarbeitung von Geflügelrohfleisch zu einem Fertigprodukt andererseits stellen schon mangels technischer Austauschbarkeit jeweils eigenständige sachlich relevante Märkte dar. Die Annahme eines Gesamtmarktes für Geflügelverarbeitungsanlagen liegt ebenfalls aufgrund der geringen gegenseitigen Produktionsumstellungsflexibilität zwischen Primär- und Weiterverarbeitungsanlagen fern. Schließlich kommt auch nicht der Sortimentsgedanke zum Tragen, denn die Hersteller von Maschinen und Anlagen zur Geflügelverarbeitung sind nur ausnahmsweise sowohl im Bereich der Primärverarbeitung als auch im Bereich der Weiterverarbeitung tätig, so beispielsweise das Zielunternehmen Systemate. Meyn hat sich hingegen aus dem Markt für Weiterverarbeitungsanlagen vollständig zurückgezogen und konzentriert sich auf den Markt für Primärverarbeitungsanlagen. Eine tiefergehende Segmentierung des sachlich relevanten Mark-

tes für Maschinen und Anlagen zur primären Geflügelverarbeitung, etwa nach einzelnen Arbeitsschritten, ist insbesondere in Anbetracht der umfassenden, i. d. R. alle Arbeitsschritte abdeckenden Sortimente der Anbieter nicht sachgerecht. In räumlicher Hinsicht ist der relevante Markt für Maschinen und Anlagen zur primären Geflügelverarbeitung mindestens EU-weit abzugrenzen. In der EU lag der gemeinsame Marktanteil von Meyn und Systemate im Betrachtungszeitraum unterhalb der Vermutungsschwelle für eine Einzelmarktbeherrschung des § 19 Abs. 3 Satz 1. Marktführer mit großem Marktanteilsvorsprung vor den Zusammenschlussbeteiligten war der niederländische Wettbewerber Stork N.V. Die rechnerisch für Stork und die Zusammenschlussbeteiligten erfüllte Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 wurde vom Bundeskartellamt als widerlegt angesehen, da auch nach dem Zusammenschluss wesentlicher Wettbewerb zwischen Stork und Meyn/Systemate zu erwarten war. Dies galt gleichermaßen bei Betrachtung des Weltmarktes für Primärverarbeitungsanlagen.

## **8. Maschinen für Textilien, Bekleidungs- und Ledergewerbe**

Die Saurer AG (Schweiz) hat durch verschiedene Zukäufe im Geschäftsbereich Textilmaschinen ihr Geschäft resistenter gegen Geschäftszyklen gemacht. Mit dem Erwerb der Kontrolle über die AUTEFA automation GmbH, dem Erwerb sämtlicher Anteile an der Hogra Holding AG und der Heberlein Fasertechnologie AG (Schweiz), dem Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils der Temco Textilmaschinenkomponenten GmbH & Co. KG und dem Erwerb der Kontrolle über die ATPG Textile Products Group GmbH sowie eines wesentlichen Vermögensteils der Day International Group Inc. (USA) hat Saurer in die Bereiche Komponenten für Textilmaschinen sowie für Faservorbereitung und Faserproduktion investiert. Bei diesen Komponenten handelt es sich um Verschleißteile, die regelmäßig in ganz erheblich kürzeren Abständen ersetzt werden müssen, als dies bei Textilmaschinen und Maschinen zur Faservorbereitung der Fall ist. Für den gesamten Bereich der Textilmaschinen einschließlich der Komponenten für Textilmaschinen sowie für die Faservorbereitung und die Faserproduktion geht das Bundeskartellamt von Weltmärkten aus. Die wesentlichen Wettbewerber von Saurer kommen mittlerweile aus dem außereuropäischen Bereich, insbesondere aus China, Japan und Indien. Alle Zusammenschlussvorhaben konnten freigegeben werden.

## **9. Herstellung von Waffen und Munition**

Einer der Schwerpunkte in der fusionsrechtlichen Prüfung im Bereich der Rüstungsindustrie ist die Frage der räumlichen Marktabgrenzung. Hier geht das Bundeskartellamt nach ständiger Entscheidungspraxis und in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission von nationalen Märkten in denjenigen Mitgliedsstaaten aus, die über einen oder mehrere nationale Anbieter verfügen. Hierfür ist u. a. maßgebend, dass die Regierungen in aller Regel heimische Hersteller bevorzugen, um die nationale

Industrie zu fördern und die militärische Unabhängigkeit zu erhalten. Überdies sind nationale Hersteller aufgrund eines langfristigen, engen Kontakts zu den öffentlichen Beschaffungsstellen i. d. R. besser in der Lage, die nationalen Ausschreibungskriterien wie technische Vorgaben und Eignungsnachweise zu erfüllen. Auch sinkende Rüstungsbudgets und zunehmende Rationalisierungen führen derzeit (noch) nicht zu einer räumlich weiteren Marktabgrenzung. Diese Grundsätze sind im Verfahren RUAG/MEN wieder bestätigt worden. Das Bundeskartellamt hat den beabsichtigten Erwerb aller Anteile an der MEN Metallwerk Elisenhütte GmbH durch die RUAG Deutschland GmbH untersagt. Das Zusammenschlussvorhaben hätte zu einer faktischen Alleinstellung der RUAG auf dem deutschen Markt für Kleinkalibermunition (Munition für Hand- und Faustfeuerwaffen) für behördliche und militärische Abnehmergruppen geführt. Bei der RUAG Deutschland GmbH handelt es sich um ein Unternehmen der RUAG-Gruppe, einem schweizerischen Konzern mit weltumspannenden Aktivitäten im Rüstungsbereich. Mit der deutschen Dynamit Nobel und der schwedischen Norma Precision AB hatte der RUAG-Konzern in den vergangenen Jahren bereits zwei bedeutende europäische Anbieter von Kleinkalibermunition erworben. MEN gehört zum MAN-Konzern. In Deutschland beliefern RUAG und MEN sowohl behördliche Nachfrager (z. B. Landespolizei, Bundespolizei, Justiz, Bundeskriminalamt, Verfassungsschutz, Bundeszoll) als auch die Bundeswehr mit kleinkalibriger Pistolen- und Gewehrmunition bis 12,7 mm. Wegen der sehr weitreichenden Gemeinsamkeiten im Hinblick auf die nachgefragten Munitionstypen, das vergleichbare Entwicklungs- und Fertigungs-Know-how und die Auftragsvergabe und Vertragsgestaltung war von einem einheitlichen Markt für behördliche und militärische Abnehmergruppen auszugehen. Jagd- und Sportwaffenmunition hingegen gehört einem separaten Markt an. Räumlich war von einem auf Deutschland begrenzten Markt auszugehen. Nach den in Deutschland geltenden technischen Richtlinien für die Funktionsweise von behördlicher und militärischer Munition sind nahezu ausschließlich Produktangebote der Zusammenschlussbeteiligten für einen Einsatz durch Behörden und Bundeswehr zertifiziert. Teilweise sind die entsprechenden Produkte durch Patente vor Wettbewerb geschützt. Auch die historisch gewachsene enge Entwicklungskooperation und die hohe Bedeutung einer Vor-Ort-Betreuung hat zu einer engen Hersteller-Nachfrager-Bindung geführt, die den deutschen Markt gegenüber ausländischen Anbietern weitestgehend abschottet. Durch den Zusammenschluss hätten sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem ohnehin schon hochkonzentrierten Markt weiter verschlechtert. Die RUAG hätte nach dem Zusammenschluss über die nach den technischen Richtlinien vollzertifizierte und teilweise patentierte Produktpalette der MEN verfügt. Aufgrund der entsprechenden Entwicklungsvorsprünge und des überragenden Zugangs zu den Absatzmärkten wäre sie in der Lage gewesen, Wettbewerb noch wirkungsvoller als vor dem Zusammenschluss abzuwehren und damit eine allein marktbeherrschende Stellung zu begründen und abzusichern. Der Untersagungsbeschluss ist rechtskräftig. Das Oberlandesgericht

Düsseldorf hat die von den Zusammenschlussbeteiligten gegen den Untersagungsbeschluss eingelegte Beschwerde als unzulässig verworfen. Nach Auffassung des Gerichts hatte sich die angefochtene Untersagungsverfügung zwischenzeitlich erledigt. Die im Beteiligungsvertrag geregelte aufschiebende Bedingung der fusionsrechtlichen Freigabe sei durch die Untersagungsverfügung nicht eingetreten und könne nach dem Wortlaut der vertraglichen Regelung auch nicht mehr eintreten. Zudem habe der Veräußerer explizit verkündet, das Zusammenschlussvorhaben nicht mehr weiter zu verfolgen.

## 10. Kompressoren

Das Bundeskartellamt hat im Februar 2007 den mittelbaren Erwerb sämtlicher Anteile an der ABAC Aria Compressa S. p. A. (Italien) durch die Atlas Copco AB (Schweden) in der Hauptprüfphase freigegeben. Die Freigabe erfolgte unter der auflösenden Bedingung, dass Atlas Copco einen Teil des deutschen Kompressorgeschäfts der ABAC an ein von Atlas Copco unabhängiges Unternehmen veräußert. Der Zusammenschluss betraf die Märkte für stationäre Kompressoren und damit zusammenhängende Dienstleistungen einschließlich des Ersatzteilvertriebs. Dabei ist zunächst zwischen ölgeschmierten/öleingespritzten Kompressoren einerseits und ölfreien Kompressoren andererseits zu unterscheiden. Im Bereich der ölgeschmierten/öleingespritzten Kompressoren hat das Bundeskartellamt eigenständige Märkte für ölgeschmierte Kolbenkompressoren und für öleingespritzte Schraubenkompressoren abgegrenzt. Im Bereich der öleingespritzten Schraubenkompressoren wurde darüber hinaus nach der Motorleistung des Kompressors differenziert (bis 22 kW, 22 bis 90 kW, mehr als 90 kW). Die Frage, ob der Markt für ölgeschmierte Kolbenkompressoren näher nach dem Druck zu unterteilen ist (bis/ab 10 bar), konnte ebenso wie die genaue Marktabgrenzung im Bereich der ölfreien Kompressoren offen bleiben. In räumlicher Hinsicht ging das Bundeskartellamt von eigenständigen deutschen Märkten für Kompressoren aus. Dies lässt sich vor allem auf relativ hohe Transportkosten, den hohen Vor-Ort-Servicebedarf der Abnehmer und von Land zu Land unterschiedliche Präferenzen der Abnehmer hinsichtlich der Kompressortechnologie und der Ausstattung zurückführen. Der Zusammenschluss führte auf den deutschen Märkten für ölfreie Kompressoren, für ölgeschmierte Kolbenkompressoren und für öleingespritzte Schraubenkompressoren mit einer Leistung bis 22 kW sowie auf dem Markt für Dienstleistungen und Ersatzteile für Kompressoren jeweils zu keinen Marktanteilsadditionen. Auf den deutschen Märkten für öleingespritzte Schraubenkompressoren mit mittlerer und höherer Leistung hätte der Zusammenschluss hingegen eine marktbeherrschende Stellung von Atlas Copco begründet. Atlas Copco hätte vor dem Hintergrund der von ihr verfolgten Mehrmarkenstrategie mit ABACs Tochtergesellschaft ALUP Kompressoren GmbH einen weiteren Kompressorhersteller mit gut eingeführter Marke, einer inländischen Produktionsstätte und einer gut ausgebauten inländischen Vertriebsorganisation hinzugewonnen und auf diese Weise in Deutschland eine überragende Markt-

stellung erlangt. Die verbleibenden Wettbewerber sind zumeist weit weniger finanzkräftig als Atlas Copco und nicht in der Lage, den wettbewerblichen Verhaltensspielraum von Atlas Copco wirksam zu begrenzen. Die auflösende Bedingung beruht auf einer Zusage von Atlas Copco und ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes geeignet, das Atlas Copco zuwachsende Wettbewerbspotenzial auf ein fusionskontrollrechtlich unbedenkliches Maß zu reduzieren. Die auflösende Bedingung sieht die Veräußerung der deutschen Vertriebsorganisation von ALUP einschließlich einer auf fünf Jahre befristeten Lizenz zur Herstellung und dem Vertrieb von öleingespritzten Schraubenkompressoren mittlerer und höherer Leistung in Deutschland unter der Marke ALUP vor. Ferner kann der Erwerber auf Wunsch zusätzlich die Produktionsstätte von ALUP in Köngen erwerben, anderenfalls muss er in Deutschland bereits über mindestens eine Produktionsstätte zur Herstellung von Kompressoren verfügen. Die Umsetzung der Veräußerungsverpflichtung und ihrer Nebenbestimmungen wird von einem Sicherheitstreuhänder sowie gegebenenfalls von einem Veräußerungstreuhänder begleitet und überwacht.

## Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und -einrichtungen (30)

Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben der KLA-Tencor Corporation (USA) (KLA-Tencor), ihre 100%ige Tochtergesellschaft South Acquisition Corporation mit der ADE Corporation (USA) (ADE) zu verschmelzen, im Hauptprüfverfahren freigegeben. Sowohl KLA-Tencor als auch ADE sind Hersteller von Metrologie- und Fehlerprüfgeräten, die in der Wafer- und Halbleiterfertigung zum Einsatz kommen. Sie dienen dazu, die Qualität der herzustellenden Produkte (Wafer, Halbleiterrohlinge, Chips) bzw. deren Fertigungsprozess zu überwachen. Mithilfe von Fehlerprüfgeräten werden Wafer auf Defekte (z. B. Partikel, Kratzer, kristalline Defekte) hin untersucht. Metrologiegeräte werden zur Messung verschiedener Eigenschaften von Wafern bzw. von auf Wafern aufgetragenen Beschichtungen und Halbleiterstrukturen verwendet. In sachlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt sechs Produktmärkte identifiziert. Die dem Bedarfsmarkt konzept folgende Marktabgrenzung trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass die einzelnen Gerätetypen sich erheblich in ihren Anwendungs- und Einsatzbereichen unterscheiden und jeweils einen hohen Spezialisierungsgrad aufweisen. Eine hinreichende Produktionsumstellungsflexibilität zwischen den Gerätetypen, die zu einer weiteren Marktabgrenzung geführt hätte, konnte nicht festgestellt werden. Im Bereich der Fehlerprüfgeräte hat das Bundeskartellamt als eigenständigen Produktmarkt den Markt für Fehlerprüfgeräte für die Qualifizierung von Wafern sowie die Qualifizierung und Überwachung von (in der Halbleiterproduktion eingesetzten) Fertigungsgeräten identifiziert. Dem Markt waren sowohl Fehlerprüfgeräte für die Prüfung sog. ungemusterter Wafer (d. h. Wafer, auf denen ggf. Beschichtungen, aber noch keine Halbleiterstrukturen aufgebracht worden sind) als auch bestimmte Fehlerprüfgeräte für die Prüfung gemusterter Wafer zuzurechnen. Ausgehend von den beiden wesentli-

chen Nachfragergruppen für Fehlerprüfgeräte für ungemusterte Wafer, den Wafer- und Halbleiterherstellern, wurde festgestellt, dass der mit diesen Geräten abgedeckte Anwendungsbedarf bereits in erheblichem Umfang von bestimmten Fehlerprüfgeräten für gemusterte Instrumente abgedeckt werden kann und sich die Substitutionsbeziehungen im Zuge der Fortentwicklung der Halbleiterfertigung (insbesondere der Verarbeitung von Wafern mit immer größerem Durchmesser) weiter verstärken werden. Im Bereich der Metrologiegeräte wurden die Märkte für Rohwafer-/Geometrie-Metrologiegeräte, für Thin-Film-Metrologiegeräte, für Oberflächen-Metrologiegeräte, für Overlay-Metrologiegeräte und für Critical-Dimension(CD)-Metrologiegeräte als sachlich relevante Märkte der Prüfung zugrunde gelegt. Mithilfe der Rohwafer-/Geometrie-Metrologiegeräte werden die geometrischen Eigenschaften (Ebenheit, Dicke, Form) und Oberflächenbeschaffenheit von Rohwafern gemessen. Thin-Film-Metrologiegeräte dienen der Messung der Schichtdicke sowie ggf. der Zusammensetzung, der Prüfung auf Gleichförmigkeit und weiterer Eigenschaften von Beschichtungen, die auf einen Wafer aufgetragen werden. Oberflächen-Metrologiegeräte messen die Oberflächenparameter eines Halbleiterbauelements. Overlay-Metrologiegeräte überprüfen die Ausrichtung verschiedener (nacheinander auf einen Wafer aufgebracht) Strukturebenen eines Halbleiterbauelements zueinander und prüfen, ob diese sich im Rahmen der zulässigen Abweichungen bewegt. CD-Metrologiegeräte schließlich untersuchen die Abmessungen von Linienbreiten und -abständen der Halbleiterstrukturen. In die relevanten Produktmärkte waren jeweils die von den Geräteherstellern erbrachten Supportleistungen (insbesondere Service, Wartung, Lieferung und Einbau von Ersatzteilen) einzubeziehen, da diese Leistungen i. d. R. von dem jeweiligen Hersteller bezogen werden. In räumlicher Hinsicht war von weltweiten Märkten auszugehen. Wettbewerbsmäßig problematisch war vor allem der Markt für Fehlerprüfgeräte, auf dem KLA-Tencor schon vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil von 40 % bis 60 % erzielte; ADE erzielte hier einen Marktanteil von 0,5 % bis 1,5 %. Trotz des erheblichen Marktanteils von KLA-Tencor ging das Bundeskartellamt nicht davon aus, dass KLA-Tencor bereits vor dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung innehatte. KLA-Tencor ist auf dem Markt dem Wettbewerb von deutlich ressourcenstärkeren Unternehmen (Hitachi, Topcon/Toshiba, Applied Materials) ausgesetzt. Zudem sind die aktuellen Marktanteile auf dem konkreten Markt nur beschränkt geeignet, etwas über die zukünftigen Marktchancen des jeweiligen Geräteherstellers auszusagen. Denn die Hersteller der Fehlerprüfgeräte unterliegen einem hohen Innovationsdruck. Dieser rührt vor allem daher, dass sich durch die Einführung immer kleinerer Prozessgrößen auf dem nachgelagerten Markt (Halbleiterproduktion) die qualitativen Anforderungen an die Fehlerprüfgeräte (etwa an die Messempfindlichkeit und -genauigkeit) laufend erhöhen. Die sehr teuren Geräte werden zudem i. d. R. nur ersetzt, wenn neue Geräte Qualitäts- oder Kostenvorteile mit sich bringen bzw. aufgrund neuer Technologieanforderungen erforderlich werden. Die eingeschränkte Bedeutung von

Marktanteilen für künftige Marktpositionen ergibt sich auch daraus, dass Nachfrager der Geräte oft Jahre im Voraus die qualitativen Anforderungen an künftige Geräte spezifizieren und damit an einen oder mehrere Hersteller von Fehlerprüfgeräten herantreten, die dann in ständigem Austausch mit dem jeweiligen Nachfrager die Geräte entwickeln. Die Nachfrager haben dadurch einen wesentlichen Einfluss auf die Angebotstruktur und die Marktpositionen der einzelnen Gerätehersteller. Zudem werden von Nachfragern auch dual-sourcing-Strategien verfolgt. Bedingungen, die den Zutritt weiterer Anbieter von Fehlerprüfgeräten verhindern, waren nicht ersichtlich; tatsächliche Markteintritte belegen dies. Aufgrund des geringen – ggf. durch Abschmelzeffekte weiter geschmälernten – Marktanteilszuwachses durch den Zusammenschluss mit ADE war auch nicht die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu befürchten. Auf den übrigen untersuchten Märkten erreichten ADE bzw. KLA-Tencor zum Teil ebenfalls Marktanteile oberhalb der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung (auf den Märkten für Rohwafer-/Geometrie-Metrologiegeräte bzw. für Overlay-Metrologiegeräte), ohne dass es durch den Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen gekommen wäre. Hier war ebenfalls keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss anzunehmen, da auch für diese Märkte die o. g. Wettbewerbsbedingungen gelten, die dazu führen, dass derzeitige Marktanteile einzelner Anbieter in Bezug auf künftige Marktchancen nur beschränkt aussagekräftig sind.

### **Herstellung von Geräten der Elektrizitäts- erzeugung und -verteilung (31)**

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Anteile an der Dutch Space B. V. (Niederlande) durch die zur EADS-Gruppe gehörende EADS Space Transportation N. V. (Niederlande) freigegeben. Das Zielunternehmen Dutch Space stellt verschiedene Satelliten-Subsysteme her. EADS ist Hauptauftragnehmer für Satelliten-Projekte und produziert auch Satelliten-Subsysteme. Zu Überschneidungen kam es im Wesentlichen bei drei verschiedenen Satelliten-Subsystemen. Im Hinblick auf die sachliche Marktabgrenzung orientierte sich das Bundeskartellamt u. a. an der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, die sich in früheren Verfahren (zuletzt in der Entscheidung COMP/M.3680 – Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio vom 28. April 2005) mit den Märkten für Satellitenhauptaufträge und Satelliten-Subsysteme beschäftigt hatte. Dabei wurde zwischen kommerziellen, institutionellen und militärischen Satelliten unterschieden. Kommerzielle Satelliten dienen z. B. der Telekommunikation und werden i. d. R. von Unternehmen in Auftrag gegeben. Institutionelle Satelliten werden für Aufgaben wie Forschung, Erdbeobachtung und sonstige wissenschaftliche Missionen eingesetzt und von Raumfahrtbehörden wie der europäischen ESA, der NASA oder nationalen Raumfahrtbehörden in Auftrag gegeben. Militärische Satelliten dienen (rein) militärischen Zwecken. Auftraggeber hier sind die Armeen einzelner Länder oder die NATO. Jedenfalls für

Satelliten-Hauptaufträge stellten diese drei Bereiche nach den Feststellungen der Europäischen Kommission jeweils eigenständige sachliche Märkte dar, da sich die Satelliten im Hinblick auf den Anwendungsbereich, die Nachfrager und mindestens teilweise auch die verwendete Technik unterscheiden. Satelliten bestehen aus einer sog. Plattform, die Stabilität und Temperatur regelt und den Satelliten in seiner Umlaufbahn hält, und der sog. Nutzlast, die die jeweils spezifische Aufgabe des Satelliten erfüllt, z. B. die Übertragung von Telekommunikationsdaten oder die Messung bestimmter Werte. Plattform und Nutzlast bestehen ihrerseits jeweils aus Subsystemen und Ausrüstungen. Da die unterschiedlichen Satelliten-Subsysteme jeweils unterschiedliche Aufgaben erfüllen, bilden sie jeweils eigenständige sachliche Märkte. Ob auch die Märkte für Satelliten-Subsysteme nach kommerziellen, institutionellen und militärischen Satelliten unterschieden werden müssen, muss jeweils im Einzelfall entschieden werden. Subsysteme, insbesondere für die Satelliten-Plattform, können für alle drei Arten von Satelliten gleich oder ähnlich sein, in einer Reihe von Fällen unterscheiden sie sich jedoch auch. Im vorliegenden Fall waren vom Zusammenschluss drei Satelliten-Subsysteme betroffen, nämlich Solargeneratoren, Integration von missionsspezifischen Instrumenten sowie Positions- und Orbit-Kontrollsysteme. Für Solargeneratoren und Integration missionsspezifischer Instrumente lagen Anhaltspunkte dafür vor, dass jedenfalls Subsysteme für institutionelle Satelliten – bei denen die Zusammenschlussbeteiligten ganz überwiegend tätig sind – eigenständige sachliche Märkte darstellen. So unterscheiden sich z. B. die Solargeneratoren für institutionelle Satelliten durch Größe und Bauart von Solargeneratoren für kommerzielle und militärische Satelliten. Letztlich konnte die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen werden. Räumlich waren alle Märkte auf Europa beschränkt. Wesentlicher Grund hierfür war, dass die ESA, der Hauptauftraggeber für institutionelle Satelliten in Europa, aufgrund politischer Vorgaben verpflichtet ist, vorrangig bei Unternehmen aus den ESA-Mitgliedsstaaten zu beschaffen und dies in der Praxis auch tut. Geprüft wurde in erster Linie der Markt für Solargeneratoren für Satelliten. Die Märkte für Integration missionsspezifischer Instrumente sowie für Positions- und Orbit-Kontrollsysteme waren nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes Bagatellmärkte (§ 35 Abs. 2 Nr. 2), und zwar auch im relevanten ökonomischen Markt Europa. Auf dem Markt für Solargeneratoren für Satelliten war Dutch Space bereits vor dem Zusammenschluss Marktführer mit einem deutlich über der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung liegenden Marktanteil. EADS war vor dem Zusammenschluss einer von nur insgesamt drei Wettbewerbern von Dutch Space; die beiden anderen Wettbewerber sind Alcatel und das amerikanische Unternehmen Emcore. Dennoch kam das Bundeskartellamt zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Der wichtigste Grund hierfür war die sehr starke Nachfragemacht der ESA, die der einzige Auftraggeber für institutionelle Satelliten in Europa ist. Die beteiligten Unternehmen hatten als Begründung hierfür v. a. angeführt, dass

die ESA aufgrund des sog. „Juste Retour“-Prinzips zu einer proportionalen geografischen Streuung ihrer Aufträge an Unternehmen aus den die ESA finanzierenden Ländern verpflichtet ist. Diese industriepolitische Verpflichtung belegte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes jedoch gerade nicht ein strategisches Einkaufsverhalten der ESA, das zur Relativierung von Marktmacht auf der Anbieterseite geeignet wäre. Das „Juste Retour“-Prinzip ist allerdings nicht die einzige bestimmende Größe für das Beschaffungsverhalten der ESA. So ist die ESA zur kosteneffizienten Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet und verfügt auch aus zahlreichen Vergabeverfahren über eine gute Kenntnis der Kostenstrukturen bei allen Bestandteilen von Satelliten einschließlich Solargeneratoren. Sie würde deshalb voraussichtlich erkennen, wenn die Anbieter von Solargeneratoren – nach dem Zusammenschluss im wesentlichen EADS und Alcatel – versuchen würden, höhere Preise durchzusetzen, und sie hätte auch Möglichkeiten, auf ein solches Verhalten zu reagieren. Es existieren nämlich mehrere potenzielle Wettbewerber, die mit relativ geringem finanziellen und sonstigen Aufwand in der Lage wären, in den Markt für Solargeneratoren für Satelliten einzutreten. Es war auch nicht zu erwarten, dass die Einbindung des bisher nicht vertikal integrierten Subsystem-Lieferanten Dutch Space in die auch als Satelliten-Hauptauftragnehmer aktive EADS-Gruppe zu Wettbewerbsproblemen führt. Zwar werden die Subaufträge für Satelliten-Solargeneratoren jeweils vom Hauptauftragnehmer für das Satellitenprojekt ausgeschrieben. Die ESA ist jedoch auch in die Wahl des Subauftragnehmers stark involviert und übernimmt in den Fällen, in denen sich der Hauptauftragnehmer auch auf den Subauftrag bewirbt, die Herrschaft über das Vergabeverfahren dergestalt, dass der Hauptauftragnehmer von der Bewertung der Angebote ausgeschlossen wird. EADS hat somit nicht die Möglichkeit, sich bei eigenen Satelliten-Hauptaufträgen quasi automatisch auch die Subaufträge für Solargeneratoren zu verschaffen. In der bisherigen Vergabepaxis zeigte sich vielmehr eine Tendenz, dass der jeweilige Hauptauftragnehmer überwiegend nicht den Subauftrag für Solargeneratoren erhielt.

## Rundfunk- und Nachrichtentechnik (32)

### 1. Rundfunkübertragung über Satellit

Das Bundeskartellamt hatte im vorangegangenen Berichtszeitraum den Erwerb sämtlicher Anteile an der DPC Digital Playout Center GmbH (DPC) durch die SES Global Europe S.A. (SES) von der Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 161 ff.). Der Zusammenschluss führte zwar zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von SES auf dem Markt für die Bereitstellung von Satelliten-Transponderkapazität für die Übertragung von Rundfunksignalen an Endkunden und zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von DPC auf dem Markt für digitale technische Dienstleistungen für Pay-TV (digitale Plattform), jeweils in Deutschland bzw. maximal im deutschsprachigen Raum. Die Beteiligten hatten jedoch nachgewiesen, dass es durch den Zusammenschluss mit der Schaffung eines

neutralen Betreibers der digitalen Premiere-Plattform zu Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem von Premiere (der Veräußererin von DPC) beherrschten Endkundenmarkt für Pay-TV kommen wird und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Die Entscheidung war mit einer Drittbeschwerde des beigeladenen Wettbewerbers von SES, der Eutelsat Services und Beteiligungs GmbH, angefochten worden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Beschwerde am 18. Oktober 2006 zurückgewiesen, die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte zunächst die sachliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes hinsichtlich der Differenzierung zwischen Satelliten-Transponderkapazitäten für die Rundfunkübertragung an Haushalte („direct to home“ = DTH) und an Kabelkopfstationen („direct to cable“ = DTC). Auch die räumliche (von der europäischen Praxis abweichende) Marktabgrenzung sowie die Feststellungen zur Marktbeherrschung und deren Verstärkung wurden vom Oberlandesgericht Düsseldorf geteilt. Im Rahmen der Abwägungsklausel bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf zwar die Abgrenzung eines eigenen Pay-TV-Marktes, prüfte jedoch nicht eine etwaige Marktbeherrschung von Premiere auf diesem Markt. Zwar wies das Oberlandesgericht Düsseldorf darauf hin, dass eine Marktbeherrschung auf dem Verbesserungsmarkt für die Anwendung der Abwägungsklausel nicht erforderlich sei, jedoch sei diese bedeutsam im Rahmen der Prüfung des Überwiegens der Verbesserungswirkungen. In diesem Zusammenhang tauchte die Frage der Marktbeherrschung allerdings nicht mehr auf. Da Premiere jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung über einen Marktanteil von deutlich über 90 % verfügte, dürfte die Marktbeherrschung nicht zweifelhaft gewesen sein. Bedeutsam für die Annahme von Verbesserungswirkungen war vor allem die Frage, ob DPC durch den Zusammenschluss mit SES zu einem neutralen, von der bisherigen Anteilseignerin Premiere unabhängigen Plattformanbieter wird, obwohl im Rahmen der Gewährung des Zugangs zu den von Premiere ausgegebenen Smartcards notwendigerweise einige vertragliche Regelungen zwischen DPC und Premiere getroffen werden mussten, die sich in begrenztem Umfang auch auf die Vereinbarungen zwischen DPC und deren Kunden auswirken. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hielt in diesem Zusammenhang in erster Linie die Frage, ob das mit Premiere vereinbarte Preissystem von DPC, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, für potenzielle Kunden derart unattraktiv ist, dass schon allein deshalb kein Marktzutritt auf dem Markt für Pay-TV zu erwarten ist, für maßgeblich. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte daher das Bundeskartellamt mit Auflagenbeschluss vom 22. Februar 2006 – an sich entgegen der für die Abwägungsklausel üblichen Beweislastverteilung – gebeten, die von DPC zu benennenden Unternehmen, mit denen über einen Zugang zur Pay-TV-Plattform verhandelt wurde, zu ihrer Einschätzung des Preissystems zu befragen. Die entsprechenden Ermittlungen ergaben, dass insgesamt 30 % der Befragten die DPC-Preise angemessen

fanden und mit einem Vertragsabschluss in naher Zukunft rechneten. Vor diesem Hintergrund stufte das Oberlandesgericht das Preissystem von DPC, zu dem auch eine unter bestimmten restriktiven Voraussetzungen zu gewährende Umsatzbeteiligung von Premiere gehört, nicht als prohibitiv ein. Damit bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf, dass der Zusammenschluss zur Entstehung eines von Premiere unabhängigen Anbieters der technischen Plattform für Pay-TV führt und dass dadurch eine erhebliche Marktzutrittsschranke auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt entfällt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf teilte auch die Einschätzung des Bundeskartellamtes, dass der Zusammenschluss kausal für diese Verbesserungswirkung ist. Insbesondere stelle der Zusammenschluss gegenüber den im TKG vorgesehenen zwingenden Vorschriften über den Zugang zu einer digitalen Plattform einen deutlichen Vorteil dar, so dass die bezweckte Öffnung der Premiere-Plattform nicht ohnehin kraft Gesetzes eintreten würde. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte dabei auch seine Rechtsprechung, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Bundeskartellamtes (im vorliegenden Fall also Dezember 2004) abzustellen ist. Die Beschwerdeführerin hatte versucht, verschiedene später eingetretene Entwicklungen als Beleg dafür anzuführen, dass Verbesserungswirkungen auf dem Pay-TV-Markt auch ohne den Zusammenschluss eingetreten wären. Dazu zählten insbesondere das Verhalten von Arena (einer Tochter des Kabelnetz-Betreibers Unity Media, die seit Dezember 2005 Inhaberin der Pay-TV-Rechte für die Fußball-Bundesliga ist), die sich entschied, ein Satelliten-Pay-TV-Angebot nicht über die Plattform von DPC, sondern zunächst über eine existierende österreichische Plattform zu realisieren, sowie die Absicht von SES, eine weitere technische Plattform für die Ausstrahlung von grundverschlüsseltem Free-TV zu gründen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf war der Auffassung, dass diese Entwicklungen zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht absehbar waren und deshalb nicht berücksichtigt werden konnten. Schließlich bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf auch, dass die zu erwartende Verbesserungswirkung auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt die gleichzeitig eintretenden Nachteile der Marktbeherrschung auf anderen Märkten sowohl quantitativ als auch qualitativ überwiegen und dass das Bundeskartellamt die Verbesserungswirkungen nicht überschätzt hat. Hierbei hielt es das Oberlandesgericht Düsseldorf für maßgeblich, dass es sich bei den Verstärkungswirkungen nur um geringfügige Absicherungen handelte, die gegenüber der Dekonzentrationswirkung des Zusammenschlusses auf dem Pay-TV-Markt eher unbedeutend seien.

## 2. Grundverschlüsselung im Satelliten-TV

Im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens hat sich das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum mit dem Vorhaben der beiden großen privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat.1 und des Satellitenbetreibers SES Astra befasst, die bisher unverschlüsselt über Satellit ausgestrahlten werbefinanzierten Fernsehprogramme der beiden Sendergruppen (RTL, Vox, Sat.1, ProSieben und

weitere) auf diesem Übertragungsweg künftig nur noch verschlüsselt auszustrahlen (sog. Grundverschlüsselung). Die Freischaltung sollte nur gegen ein monatlich wiederkehrendes Entgelt und nur für solche Empfangsgeräte (Set-Top-Boxen) erfolgen, die bestimmten technischen Anforderungen genügen. Ein Teil des von SES Astra bei den Endkunden erhobenen Entgelts sollte an die beiden Sendergruppen fließen. RTL hatte entsprechende Verträge mit SES Astra bereits abgeschlossen, ProSiebenSat.1 befand sich in Verhandlungen. Nachdem das Bundeskartellamt in Gesprächen das Vorhaben als verbotene Kartellabsprache zwischen RTL und ProSiebenSat.1 bewertet und eine Abmahnung des Geschäftsmodells angekündigt hatte, erklärte ProSiebenSat.1 gegenüber dem Bundeskartellamt, das konkrete Vorhaben aufzugeben zu haben. Mit dieser Aufgabe war der Koordinierungsverdacht entfallen, so dass das Kartellverwaltungsverfahren nicht weitergeführt wird, solange das Geschäftsmodell nicht wieder aufgegriffen wird. Fortgeführt wird hingegen ein zweites Teilverfahren gegen SES Astra, dessen Gegenstand der Verdacht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch das Aufstellen und die Durchsetzung von Spezifikationen für Set-Top-Boxen ist.

Das Grundverschlüsselungs-Vorhaben wies bereits eine Vorgeschichte auf. Ursprünglich hatten RTL und ProSiebenSat.1 geplant, für die Durchführung der Grundverschlüsselung und entgeltlichen Freischaltung ein Gemeinschaftsunternehmen zu errichten. Nachdem das Bundeskartellamt hiergegen Bedenken geäußert hatte, verfolgten die beiden Sendergruppen diese Planungen nicht mehr weiter. Nach Beschwerden aus dem Markt stellte das Bundeskartellamt jedoch fest, dass RTL und ProSiebenSat.1 nunmehr mit SES Astra über schuldrechtliche Verträge zur Einführung der Grundverschlüsselung auf der Basis eines entgeltlichen Geschäftsmodells verhandelten. Diese wurden im Laufe des Verfahrens noch mehrfach in diversen Einzelheiten verändert, ohne dass die Beteiligten jedoch die Kernelemente modifizierten, die zur Bewertung des Vorhabens als Kartellabsprache zwischen den beiden Sendergruppen führten.

Die Regelungen in den Verträgen zwischen RTL und SES Astra sowie den Vertragsentwürfen zwischen ProSiebenSat.1 und SES Astra stellten nach Auffassung des Bundeskartellamtes in ihrer Gesamtheit – obwohl formal einzelne vertikale Vereinbarungen mit SES Astra – eine horizontale Koordinierung zwischen den beiden Sendergruppen über die (gleichzeitige) Überführung ihrer Sender in die verschlüsselte Ausstrahlung über Satellit, die gemeinsame Freischaltung gegen wiederkehrende Entgelte, die Beteiligung der Sender an den Endkunden-Entgelten sowie über das konkrete Entgeltmodell dar. Dies ergab sich aus verschiedenen Einzelbestimmungen und Bezugnahmen in den Verträgen der beiden Sendergruppen mit SES Astra, die bereits deutlich zeigten, dass diese nicht jeweils isoliert mit SES Astra über ein Konzept verhandelt hatten, das von SES Astra stammte, sondern dass ein gemeinsames Projekt der Sendergruppen vorlag. Dies ergab sich ferner daraus, dass – auch nach dem eigenen Vortrag der Parteien – das in den Verträgen vorgesehene Modell wirtschaftlich nicht tragfähig gewesen wäre,

wenn es nicht von beiden Sendergruppen möglichst zeitgleich umgesetzt worden wäre. Nicht außer Acht lassen konnte das Bundeskartellamt schließlich die oben erwähnte Entstehungsgeschichte der Vereinbarungen.

Die Vereinbarungen hätten eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt, dem Markt für die Vermarktungsrechte für grundverschlüsseltes Fernsehen und dem Endkundenmarkt für grundverschlüsseltes Fernsehen bewirkt und bezweckt (§ 1, Artikel 81 Abs. 1 EG). Insbesondere hätten RTL und ProSiebenSat.1 durch die koordinierte Einführung der Grundverschlüsselung im Verhältnis zu individuellen Verschlüsselungsstrategien im Wettbewerb das Risiko relativer Reichweitenverluste zueinander beseitigen können. Denn würde nur eine Sendergruppe die Verschlüsselung mit einem Freischaltentgelt einführen, so müsste sie einen erheblichen Einbruch bei den Zuschauern und Werbeeinnahmen befürchten. Mit dem Vorhaben hätten sich die Sendergruppen zudem parallel eine neue Erlösquelle erschließen können, die verbleibende absolute Reichweitenverluste auf dem Fernsehwerbemarkt zumindest teilweise und symmetrisch kompensiert hätte. Auf dem Markt für die Vermarktungsrechte für grundverschlüsseltes Fernsehen hätten sich die Vereinbarungen als Preis- und Konditionenkartell der bisher einzigen beiden Anbieter ausgewirkt. Auf dem Endkundenmarkt für grundverschlüsseltes Fernsehen schließlich wären als Folge der Vereinbarungen die Entstehung eines Monopols im Satellitenbereich bei SES Astra sowie eine Preisbindungswirkung zu erwarten gewesen, wobei zusätzlich der Substitutionswettbewerb zwischen dem entgeltlich angebotenen grundverschlüsselten Fernsehen und klassischem „Pay-TV“ eingeschränkt worden wäre.

Eine kartellrechtliche Freistellung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (§ 2, Artikel 81 Abs. 3 EG) kam nicht in Betracht. Für wesentliche Teile der Vereinbarungen, die als integrale Bestandteile der gesamten Verträge angesehen werden mussten, schied eine Freistellung bereits im Ansatz aus, denn es handelte sich bei ihnen um nicht freistellbare Kernbeschränkungen. Im Übrigen waren die Freistellungsvoraussetzungen auch nicht dargelegt worden und auch sonst nicht ersichtlich. Die meisten der von den Beteiligten benannten Effekte der Vereinbarungen stellten entweder bereits keine Effizienzvorteile dar oder würden nicht wie behauptet eintreten. Das hätte insbesondere für die vorgetragene Förderung der Digitalisierung gegolten, aber sehr weitgehend auch für die anderen behaupteten Vorteile. Unter Digitalisierung ist dabei die Ausstattung der Haushalte mit solchen Endgeräten (Set-Top-Boxen) zu verstehen, die zum Empfang digitaler Fernsehsignale geeignet sind. Im Satellitenbereich findet diese Digitalisierung bereits gegenwärtig mit hoher Geschwindigkeit statt. Dass die Vereinbarungen sie beschleunigt hätten, konnten die Parteien nicht nachvollziehbar darlegen. Kurz- und mittelfristig wäre sogar eher eine Verlangsamung zu erwarten gewesen. Das Vorhaben zielte vielmehr auf die Durchsetzung einer den Interessen von RTL und ProSiebenSat.1 entsprechenden Endgeräteausstattung in den Haushalten ab, um die Digitalisierung auf das koordinierte entgeltliche Geschäftsmodell



dell der beiden Sendergruppen auszurichten. Es hätte zwar zu einer stärkeren Verbreitung adressierbarer Set-Top-Boxen (d. h. solcher, die für entgeltliche Dienste geeignet sind) in den Endkunden-Haushalten geführt, worin insbesondere die Absenkung einer Marktzutrittschranke für die Anbieter entgeltlicher Mediendienste hätte liegen können. Dies hätte allerdings nur insoweit gegolten, wie die Rahmenbedingungen des Zugangs zur Set-Top-Box diesen Effekt nicht konterkariert hätten. Vor diesem Hintergrund und unter Einbeziehung auch der negativen Wirkungen adressierbarer Set-Top-Boxen für die Endkundenhaushalte in die Betrachtung erschien es bereits zweifelhaft, ob in der Endgeräteverbreitung in der Bilanz ein Effizienzgewinn gelegen hätte. Jedenfalls aber fehlte es an der Unerlässlichkeit der Vereinbarungen, insbesondere ihrer entgeltlichen Elemente, für die Erzielung dieses Effektes. Der Vortrag der Beteiligten zu der Frage, warum andere, weniger wettbewerbsbeschränkend wirkende Geschäftsmodelle ausschieden, blieb unschlüssig. Die Weitergabe der geltend gemachten Effizienzvorteile an die Verbraucher war ebenfalls nicht dargelegt. Eine Ausschaltung des Wettbewerbs auf den oben bezeichneten drei Märkten war als Folge der Vereinbarungen hingegen sehr wahrscheinlich.

### 3. Breitbandkabelnetze

Das Bundeskartellamt hatte in den letzten zwei Jahren eine Reihe von Zusammenschlüssen von Breitbandkabelnetzbetreibern zu beurteilen und einige grundsätzliche Entscheidungen getroffen. Zunächst hatte die Kabel Deutschland GmbH (KDG) ihre Absicht angemeldet, die nordrhein-westfälische Regionalgesellschaft Ish, die hessische Regionalgesellschaft Iesy sowie die Kabel Baden-Württemberg (KBW) zu erwerben. Das Bundeskartellamt hatte alle drei Vorhaben abgemahnt, die Anmeldungen waren daraufhin zurückgenommen worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 158 ff.). Im Anschluss daran wurde für die Regionalgesellschaft Ish ein neues Bieterverfahren eingeleitet, an dem sich die hessische Iesy und die Investmentgesellschaft BC Partners, die in Deutschland mit dem Kabelnetzbetreiber TeleColumbus tätig ist, beteiligt haben. Beide Zusammenschlussvorhaben sind nach Verweisung durch die Europäische Kommission an das Bundeskartellamt von diesem parallel geprüft worden. Das Bundeskartellamt hat beide Zusammenschlüsse im Hauptprüfverfahren freigegeben. Der Zusammenschluss Ish/Iesy ist inzwischen vollzogen worden. Das Unternehmen firmiert nunmehr unter „Unity Media“. Der Anteilseigner von Iesy (Apollo) hat Unity Media zunächst allein kontrolliert. Im Oktober 2005 haben Apollo und BC Partners den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Unity Media unter Einbringung von TeleColumbus in diese Gesellschaft angemeldet. Das Bundeskartellamt hat diesen Zusammenschluss mit Verweis auf die Entscheidung in Sachen Ish/BC Partners im Vorprüfverfahren freigegeben. Dasselbe gilt für den im zweiten Halbjahr 2006 angemeldeten Erwerb der in Baden-Württemberg gelegenen TeleColumbus-Netze durch die Regionalgesellschaft KBW.

Daneben wurden im Berichtszeitraum im Bereich der Breitbandkabelnetze noch der Erwerb der KDG (bis da-

hin im Portfolio eines Konsortiums aus Apax, Goldman Sachs und Providence) durch Providence allein und der Erwerb der KBW (bis dahin unter der Kontrolle von Blackstone) durch EQT angemeldet. Auch die beiden letztgenannten Transaktionen konnten im Vorprüfverfahren freigegeben werden.

Mit den beiden Projekten Iesy/Ish und BC Partner/Ish hat das Bundeskartellamt zwei wesentliche Zusammenschluss-Konstellationen im Bereich der Breitbandkabelnetze überprüft. Iesy und Ish – sog. Regionalgesellschaften – waren aus den ehemaligen Breitbandkabelnetzaktivitäten der Deutschen Telekom in Hessen bzw. NRW entstanden. Sie betreiben insbesondere die regionalen und örtlichen Verteilnetze (sog. Netzebene 3, NE 3), zum Teil auch hausinterne Verteilnetze (sog. Netzebene 4, NE 4). TeleColumbus betrieb weit überwiegend nur Netze der NE 4, dies aber in größerem Umfang. Das Bundeskartellamt kam in seiner Bewertung zu dem Schluss, dass durch beide Zusammenschlüsse die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten war.

Betroffen von den Zusammenschlüssen waren drei Märkte: Der Einspeisemarkt, der Endkundenmarkt und die Signallieferungsmärkte. Auf den Einspeisemärkten sind die Regionalgesellschaften und in geringem Umfang solche NE 4-Betreiber, die eigene NE 3-Abschnitte mit einer Kabelkopfstation aufgebaut haben (integrierte NE 3/NE 4-Betreiber), tätig. Marktgegenseite sind die Programmveranstalter, die für die Einspeisung an NE 3-Betreiber zahlen und Bedarf an maximaler Reichweite haben. Deswegen begrenzt das Bundeskartellamt in unveränderter Praxis diese Märkte auf die Einspeisung in Breitbandkabelnetze und bezieht nach wie vor weder die Anmietung von Satelliten-Transpondern noch die DVB-T-Übertragungswege in den Markt ein. Auch VDSL kann nicht einbezogen werden, da hierin auch nur ein zusätzlicher, komplementärer Übertragungsweg liegt, der auch hinsichtlich der Reichweite aus der Sicht der Programmanbieter nicht austauschbar sein wird. Teil des Marktes sind i. d. R. jedoch die technischen Leistungen für digitales Fernsehen, die sog. digitale Plattform, wenn der Kabelnetzbetreiber diese Leistung selbst anbietet. Räumlich bildet jedes Netz einer Regionalgesellschaft einen eigenen Markt. Die Regionalgesellschaften sind damit jeweils als Netzmonopolisten marktbeherrschend. Eine etwaige – bei Ish und Iesy anders als bei der KDG immerhin partiell feststellbare – Gegenmacht kann nach Ansicht des Bundeskartellamtes ein Netzmonopol nicht ausräumen. Genauso wenig ist für die Marktbeherrschung eine Verhaltensregulierung berücksichtigungsfähig. Bei den Endkundenmärkten geht das Bundeskartellamt unter Modifizierung der in der Liberty-Entscheidung (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 196 ff.) vorgenommenen Bewertung jetzt davon aus, dass nicht der einzelne Haushalt, sondern der Eigentümer bzw. die Wohnungsbaugesellschaft als Verbrauchsdipient die Marktgegenseite darstellt. Diese haben die Auswahlmöglichkeit zwischen dem Eigenbetrieb einer Kabelkopfstation, dem Betrieb einer Gemeinschaftssatellitenanlage und der Beauftragung eines Kabelnetztreibers durch Vergabe eines Gestattungs-

vertrages. Das Bundeskartellamt bezieht die Alternativen als Eigenrealisierung zwar nicht in den Markt ein, berücksichtigt diese aber als eine Form des Substitutionswettbewerbs. Räumlich bedeutet dies, dass nicht mehr jedes Netz einen Markt bildet, sondern regionale Märkte anzunehmen sind, die von den Netzgrenzen der Regionalgesellschaften bestimmt werden. Auf dieser Grundlage ist eine Marktbeherrschung der Regionalgesellschaften auf den Endkundenmärkten jedenfalls nicht mehr als Monopol anzunehmen, bei dem jeder Restwettbewerb zu schützen ist. Auf den Signallieferungsmärkten beliefern im Wesentlichen nur die Regionalgesellschaften die reinen NE 4-Betreiber, die sich dann neben der Regionalgesellschaft und anderen (integrierten) Netzbetreibern an dem Wettbewerb um Gestattungsverträge beteiligen. Es handelt bei den Signallieferungsmärkten um einen zusätzlichen Zugang zu den Absatzmärkten, nämlich den Endkundenmärkten, der in den 80er Jahren künstlich durch Trennung der NE 4 von der NE 3 geschaffen wurde. Räumlich handelt es sich um eine Vielzahl von lokalen Märkten mit einem Umkreis von vielleicht 10 km. Fraglich war, ob diese Märkte in den jeweiligen Netzgebieten nach der Raiffeisen-Entscheidung des Bundesgerichtshofes solange zusammengezählt werden können, bis die 15-Mio.-Euro-Grenze überschritten wird, oder jeweils Bagatellmärkte angenommen werden müssen. Das Bundeskartellamt konnte diese Frage in den entschiedenen Fällen letztlich offen lassen. Die Regionalgesellschaften haben bei Zusammenfassung ihrer Tätigkeiten in ihren Netzgebieten jeweils deutlich über 90 % Marktanteil. Es gibt eine gewisse Einschränkung der Marktmacht durch die Möglichkeit der Eigenrealisierung im Wege des Aufbaus einer eigenen Kabelkopfstation, mit der sich der Kabelnetzbetreiber von der Regionalgesellschaft unabhängig macht und in Infrastrukturwettbewerb tritt. Hierfür ist eine kritische Masse erforderlich, die für das Angebot auch von Internetdiensten recht hoch ist.

Durch den Zusammenschluss Iesy/Ish kam es – wie regelmäßig bei Zusammenschlüssen zwischen Regionalgesellschaften – auf dem Einspeisemarkt zwar zum Wegfall von potenziellem Wettbewerb zwischen den Beteiligten im Hinblick auf den Infrastruktur- und Durchleitungswettbewerb sowie zu einer nicht unerheblichen Reichweitausdehnung mit entsprechender Übertragung der bestehenden Verhaltensspielräume von Ish auf das Netz von Iesy. Gleichzeitig hatte das Bundeskartellamt jedoch das Verhältnis der Regionalgesellschaften zur KDG zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass in erheblichem Umfang Digitalisierungswettbewerb zwischen den Netzen hinsichtlich Netzausbaustrategie, Geschäftsmodell und Digitalstrategie stattfindet. Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die KDG in dieser Hinsicht eine spezielle Rolle einnahm, da insbesondere die für die Digitalisierung strategisch hoch bedeutsame digitale Plattform der KDG/MSG von den übrigen Regionalgesellschaften aufgrund von langfristigen Verträgen bezogen werden musste. Eine eigene Digitalstrategie der übrigen Regionalgesellschaften war nur begrenzt möglich. Der Zusammenschluss schuf durch die Verbesserung der Möglichkeiten zur Lösung von der KDG-Plattform

strukturelle Voraussetzungen für einen Wettbewerb gegenüber der KDG, so dass die Verstärkungswirkungen – auch im Hinblick auf die festgestellte partielle Gegenmacht der Programmveranstalter – zumindest neutralisiert wurden. Auf dem Endkundenmarkt hat das Bundeskartellamt ebenfalls keine Verstärkungswirkung durch den zu prüfenden Zusammenschluss festgestellt. Dabei ging das Bundeskartellamt von dem Ausschreibungswettbewerb bei den Gestattungsverträgen als dem wesentlichen Wettbewerbsgeschehen auf dem Endkundenmarkt aus. Dieser findet in den von dem Zusammenschluss betroffenen Regionen in erheblichem Umfang statt. Ähnlich wie bei den Verkehrsmärkten schließt das Bundeskartellamt eine Verstärkungswirkung aus, wenn der Zusammenschluss die Möglichkeit der Eigenrealisierung durch Aufbau einer Kabelkopfstation oder Betrieb einer Gemeinschaftssatellitenanlage nicht beeinträchtigt und der Ausschreibungswettbewerb in hinreichendem Umfang bestehen bleibt. Durch den Zusammenschluss Iesy/Ish wurde nur der potenzielle Wettbewerb zwischen den beiden Unternehmen beseitigt, der bestehende Ausschreibungswettbewerb blieb völlig unangetastet. Eine Verstärkung der Marktbeherrschung auf dem Signallieferungsmarkt war ebenfalls zu verneinen. Entscheidend dafür war, dass durch den Zusammenschluss die Möglichkeit des Infrastrukturwettbewerbs nicht beeinträchtigt wurde. Bei einem Zusammenschluss zwischen den Regionalgesellschaften fällt nur potenzieller Wettbewerb weg, dessen Aktualisierung von dem Bau einer Stichleitung eines NE 4-Betreibers zur jeweils anderen Regionalgesellschaft abhängt, was nur in Grenzregionen überhaupt denkbar ist. Dieses stellt keine Einschränkung des Infrastrukturwettbewerbs durch den Bau eigener Kabelkopfstationen dar.

Auch der Zusammenschluss TeleColumbus/Ish wurde freigegeben. Auf dem Einspeisemarkt stellt die Zusammenführung der NE 3 mit der von ihr historisch getrennten NE 4 an sich eine klassische vertikale Integration dar, in dem die Signallieferung zum Endkunden gesellschaftsrechtlich abgesichert wird. Gegenüber den Programmanbietern stellt dieses jedoch noch keine Absicherung der Reichweite der Regionalgesellschaft dar, da der Gestattungsvertrag hiermit nicht abgesichert wird und nach Ablauf anderweitig vergeben werden kann. Unter diesen Umständen konnte das Bundeskartellamt eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Ish auf dem Einspeisemarkt nicht feststellen. Wichtig dabei war, dass es sich um die vertikale Integration eines reinen NE 4-Betreibers handelte, wohingegen bei einem integrierten NE 3/NE 4-Betreiber der bestehende horizontale Infrastrukturwettbewerb beschränkt worden wäre. Den Programmanbietern würde dann eine – wenn auch begrenzte – Einspeisealternative genommen. Der Zusammenschluss einer Regionalgesellschaft mit einem integrierten NE 3/NE 4-Betreiber wäre hingegen nach diesen Kriterien nach wie vor schon im Hinblick auf die Einspeisemärkte nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der Abwägungsklausel im Hinblick auf breitbandige Internetdienste und Telefonie freigabefähig. Unter einem „reinen“ NE 4-Betreiber im Gegensatz zu einem integrierten NE 3/NE 4-Betreiber versteht das Bundeskartellamt dabei einen Kabelnetzb-

treiber, der weitgehend keine eigenen Kabelkopfstationen betreibt und dessen Netzstruktur den Aufbau solcher Kopfstationen auch weitgehend nicht erlaubt, weil die hierfür kritische Masse nicht erreicht wird. Das Bundeskartellamt orientiert sich dabei für die kritische Masse an Produkten, mit denen an dem Digitalisierungswettbewerb sowie am Triple Play teilgenommen werden kann, also die kritische Masse, die das Angebot auch von breitbandigem Internet und Telefonie pro Kabelkopfstation wirtschaftlich erfordert. Auch auf dem Endkundenmarkt kam es nicht zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss. Bei einer Integration von NE 3 und NE 4 wie der vorliegenden fällt zwar ein Wettbewerber um die Gestattungsverträge weg. „Hinreichender“ Wettbewerb bleibt aber bestehen, wenn weiterhin integrierte NE 3/NE 4-Betreiber, die auf allen Wertschöpfungsebenen tätig sind, existieren. Ein reiner NE 4-Betreiber ist lediglich ein Wiederverkäufer der Regionalgesellschaften und steht mit der NE 3 nicht im Inhalte- und Qualitätswettbewerb. Wie auf dem Einspeisemarkt kommt es daher auf die Einordnung als reiner NE 4-Betreiber an. Auch auf dem Signallieferungsmarkt konnte das Bundeskartellamt eine Verstärkung der Marktbeherrschung von Ish durch den Zusammenschluss nicht feststellen. Bei der Integration der NE 4 ist grundsätzlich der Zugang zu den Absatzmärkten als Strukturmerkmal betroffen. Hauptabsatzweg ist aber die Ausschreibung der Gestattungsverträge. Die Signallieferung ist ein künstlich geschaffener Umweg. Der Hauptabsatzweg wird durch die Integration eines reinen NE 4-Betreibers wie im Fall TeleColumbus/Ish nicht berührt. Anders wäre der Fall auch mit Bezug auf den Signallieferungsmarkt hingegen zu beurteilen gewesen, wenn ein bereits selbst integrierter NE 3/NE 4-Betreiber betroffen gewesen wäre oder der NE 4-Betreiber nach seiner Netzstruktur das Potenzial besessen hätte, eigene Kabelkopfstationen zu errichten und dieses auch wahrscheinlich ist. Denn diese Möglichkeit ist die einzige Begrenzung der Verhaltensspielräume auf den Signallieferungsmärkten und betrifft den Infrastrukturwettbewerb über den Hauptabsatzweg der Gestattungsverträge.

Die Beschlüsse sind noch nicht bestandskräftig. Die von Premiere zunächst gegen die Freigabe Iesy/Ish eingelegte Beschwerde ist zwar zurückgenommen worden. Im Rahmen beider Verwaltungsverfahren ist es jedoch zu Streitigkeiten um die Ablehnung der Beiladung des Kabelnetzbetreibers pepcom gekommen. Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen dieser Streitigkeiten zwar die Ablehnung der Beiladung aus verfahrensökonomischen Gründen bestätigt, dem Unternehmen jedoch aus Gründen der Gleichbehandlung ein Beschwerderecht außerhalb der Beiladung zugestanden. Von diesem Beschwerderecht hat pepcom Gebrauch gemacht.

#### 4. Laserprodukte

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Zusammenschluss der beiden US-amerikanischen Unternehmen Coherent und Excel Technology untersagt. Das Vorhaben war von den Beteiligten bereits zuvor angemeldet worden, die erste Anmeldung wurde jedoch wieder zu-

rückgenommen. Das Vorhaben ist ferner vom US-amerikanischen Department of Justice geprüft worden und wurde dort freigegeben. Die Vorschriften des GWB fanden gemäß § 130 Abs. 2 Anwendung, weil sowohl Coherent als auch Excel in Deutschland – dem weitaus größten Lasermarkt in Europa – mit Niederlassungen vertreten sind und erhebliche inländische Umsatzerlöse erzielen. Die Zusammenschlussbeteiligten stellen eine breite Palette unterschiedlicher Laser-Produkte her. Laser und Lasersysteme werden für eine Vielzahl von industriellen oder wissenschaftlichen Zwecken eingesetzt. Zu horizontalen Überschneidungen kam es nur bei CO<sub>2</sub>-Lasern und bei sog. Ultra-Fast-Lasern. Während die Überschneidungen im Bereich Ultra-Fast-Laser wettbewerblich unproblematisch waren, hätte der Zusammenschluss im Bereich CO<sub>2</sub>-Laser zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Im Laufe des Verfahrens hatten die Beteiligten einen Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 gestellt. Diesen Antrag hatten die Beteiligten u. a. mit der besonderen Unternehmensstruktur von Excel begründet, deren acht Tochterunternehmen unabhängig voneinander operierende Unternehmen mit eigenem Management, eigener Infrastruktur und Geschäftseinheiten seien. Da das Bundeskartellamt wettbewerbliche Probleme vor allem im Hinblick auf den (mittelbaren) Erwerb der Excel-Tochtergesellschaft Synrad durch Coherent sehen würde und dieses Unternehmen auch nach Vollzug der Transaktion bis zum Abschluss des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens problemlos getrennt gehalten werden könnte, sei das Entflechtungsrisiko für das Bundeskartellamt gering. Das Bundeskartellamt hatte bezüglich dieses Gesichtspunktes darauf hingewiesen, dass nach seiner Auffassung ein Entflechtungsrisiko nur dann gering sei, wenn die Beteiligten – unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Untersagungsvoraussetzungen bestandskräftig bejaht würden – eine Veräußerungszusage bezüglich Synrad anbieten. Abschließend entschieden wurde über diesen Antrag nicht, weil er von den Beteiligten wieder zurückgenommen wurde.

Im Bereich CO<sub>2</sub>-Laser hat das Bundeskartellamt einen einseitigen, einheitlichen Markt für geschlossene CO<sub>2</sub>-Laser bis 600 W abgegrenzt. Diese Laser werden nachgefragt von Herstellern von Lasersystemen, die wiederum meist zur Materialbearbeitung eingesetzt werden, z. B. zum Schneiden, Gravieren oder Markieren unterschiedlicher Materialien. Die geschlossenen CO<sub>2</sub>-Laser bis 600 W unterscheiden sich hinsichtlich Anwendungen, Handhabung und Preisen deutlich von CO<sub>2</sub>-Lasern mit anderer Leistung, anderer Bauart oder gar Lasern, die nicht mit CO<sub>2</sub> arbeiten. In räumlicher Hinsicht war von weltweiten Märkten auszugehen. Nach dem Zusammenschluss wären die Beteiligten mit Marktanteilen deutlich über 50 % marktbeherrschend gewesen. Der Marktanteilsabstand zu den nächstgrößten Wettbewerbern wäre sehr hoch gewesen. Die durch den hohen gemeinsamen Marktanteil indizierte Marktbeherrschung konnte nicht durch andere Faktoren relativiert werden. Der Wettbewerbsdruck, der von anderen Laser-Technologien ausging, war gering, schon allein weil die Überschneidungen

hinsichtlich der Anwendungsbereiche aus technischen Gründen klein waren bzw. weil sehr große Qualitätsunterschiede bestanden. Ebenso gering war der Wettbewerbsdruck durch vertikal integrierte Hersteller von Lasersystemen, der sich nur indirekt über den nachgelagerten Bereich der Lasersysteme auswirkte. Dies hing u. a. damit zusammen, dass die Lasersysteme der integrierten Anbieter – auch bei einem (hypothetischen) Preisanstieg nach der Fusion – allenfalls für einen Teil der Abnehmer von Lasersystemen als Alternative zu den Systemen mit Laserquellen der Beteiligten in Betracht gekommen wären. Hinzu kam, dass die Beteiligten auch bei diesen Anwendungen wegen des vergleichsweise niedrigen Kostenanteils der Laserquelle am Gesamtsystem in der Lage gewesen wären, Marktmacht etwa in Form von Preiserhöhungen in nicht unerheblichem Maße auszuüben. Schließlich hatten die Ermittlungen ergeben, dass die Größenvorteile der Beteiligten und die damit verbundenen Kostenvorteile die durch fehlende Preisaufschläge möglichen Preisvorteile der integrierten Anbieter bei der internen Beschaffung kompensieren. Alternative Technologien, die nicht auf Lasern basieren, z. B. mechanische Verfahren der Materialbearbeitung oder Tintendruckverfahren zum Markieren, stellten vielfach keine angemessene Alternative dar und/oder bewirkten ebenfalls nur indirekten Wettbewerbsdruck über die nachgelagerten Märkte. Ferner waren die Markteintrittsbarrieren in finanzieller, insbesondere aber in zeitlicher Hinsicht hoch, so dass innerhalb des Prognosezeitraumes nicht mit Markteintritten in einem Umfang zu rechnen war, der den Verhaltensspielraum der Beteiligten in hinreichendem Ausmaß kontrolliert hätte. Auch die Tatsache, dass sich die Laser der Beteiligten in gewissen technischen Eigenschaften unterschieden, relativierte die Auswirkungen des Zusammenschlusses nicht in hinreichendem Maße. Diese Eigenschaften waren für den überwiegenden Teil der Nachfrager nur von geringer Bedeutung. Zudem wären auch bei alternativ denkbaren Marktabgrenzungen die Marktanteile der Beteiligten und die wettbewerblichen Probleme nicht wesentlich geringer gewesen.

Im Laufe des Verfahrens haben die Beteiligten insgesamt drei Vorschläge für Nebenbestimmungen unterbreitet. Zwei dieser Vorschläge wurden als nicht geeignet abgelehnt, weil sie die Untersagungsvoraussetzungen nicht beseitigt und/oder eine laufende Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt erfordert hätten. Ein weiterer Vorschlag für Nebenbestimmungen wurde von den Beteiligten weder substantiiert vorgetragen, noch mit einer hinreichenden Fristverlängerung verbunden. Gegen den Beschluss haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt.

## **Medizin-, Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik (33)**

### **1. Medizintechnik**

Die Medizintechnik ist nach wie vor ein wachstumsstarker Wirtschaftszweig, der durch ein hohes Innovationspotenzial geprägt ist. Immer wieder etablieren sich Spezialanbieter am Markt, die neue Diagnose- und Therapieverfahren entwickeln und vertreiben. Zahlreiche

dieser Unternehmen bzw. deren Technologien waren im Berichtszeitraum Ziel von Unternehmenskäufen durch umsatzstarke Medizintechnikanbieter oder durch internationale Investmentgesellschaften. Aufgrund des zumeist intensiven Innovations- und Qualitätswettbewerbs waren diese Zusammenschlüsse im Regelfall fusionsrechtlich unbedenklich.

Fusionsrechtliche Bedenken gab es hingegen bei Zusammenschlüssen, die zu einem hohen Konzentrationsgrad auf etablierten und technisch weitgehend ausgereiften Märkten geführt hätten. So begegnete der Erwerb sämtlicher Anteile an der US-amerikanischen Medex-Gruppe durch die Smiths Group Corporation (Großbritannien) wettbewerblichen Bedenken, die nur durch die Veräußerung eines Geschäftsbereiches ausgeräumt werden konnten. Das Vorhaben betraf den Markt für Sets für die invasive Blutdruckmessung (sog. „Monitoring-Sets“). Invasive Blutdruckmessung wird sowohl in der Intensivmedizin als auch bei operativen Eingriffen angewandt. Dabei wird ein Katheter oder eine Nadel in eine Arterie des Patienten eingeführt und der Blutdruck von einem elektronischen Sensor in ein elektrisches Signal umgewandelt. Dieses Signal wird auf einem Monitor abgebildet und der Blutdruck kontinuierlich und in Echtzeit angezeigt. Der Markt für Monitoring-Sets ist räumlich national abzugrenzen. So unterscheiden sich die Beschaffungsprozesse von Land zu Land. Während in Ländern wie Frankreich oder Italien häufig öffentliche Ausschreibungen durchgeführt werden, werden in Deutschland im Regelfall Einzelverträge im Rahmen einer freihändigen Auftragsvergabe abgeschlossen. Die inländischen Kunden kaufen fast nicht im Ausland. Sie machen hier Risiken hinsichtlich der Bestandsverwaltung und der Produkthaftung geltend. Im Regelfall ist eine lokale Vertriebsniederlassung und eine intensive Vor-Ort-Betreuung Voraussetzung für einen Marktzutritt und eine erfolgreiche Marktbearbeitung. Die Vor-Ort-Betreuung umfasst das Spektrum von der Produkt- und Handhabungsschulung bis hin zur Bestandsverwaltung. Diese länderspezifisch ausgerichtete Marktbearbeitung korrespondiert mit einer unterschiedlichen Marktpräsenz der Anbieter je nach EU-Mitgliedstaat. Der Zusammenschluss hätte in Deutschland zur Entstehung einer beherrschenden Stellung von Smiths geführt. Der gemeinsame Marktanteil hätte weit über der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 gelegen, verbunden mit ganz erheblichen Marktanteilsabständen zu den nachfolgenden Wettbewerbern. Darüber hinaus bestehen auf dem relevanten Markt aufgrund der Notwendigkeit, ein enges nationales Vertriebs- und Servicenetz aufbauen zu müssen, und aufgrund technischer Hürden (Kompatibilität des Monitoring-Sets mit der kundenseitig vorhandenen Überwachungstechnik) erhebliche Marktzutrittsschranken für dritte Anbieter. Schließlich beliefern die Beteiligten Wettbewerber mit Komponenten für Sets. Der Zusammenschluss hätte hier zu Abschottungswirkungen führen können. Das Vorhaben konnte letztlich freigegeben werden, da Smiths sich verpflichtet hatte, ihr weltweites Geschäft „Invasive Blutdruckmessung“ an einen Dritten zu veräußern. Diese als auflösende Bedingung gestaltete Neben-

bestimmung wurde innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten unter Mithilfe eines Sicherungstreuhänders erfüllt. Erwerber war das dänische Medizintechnikunternehmen Codan.

Die im Bereich Osteosynthese (Produkte zur operativen Behandlung von Knochenschädigungen) marktführende Synthes, Incorporation (USA) (Synthes) hat im Berichtszeitraum damit begonnen, ihre vertraglich abgesicherte Kooperation mit der Stiftung Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthese (AO-Stiftung) zu modifizieren. In diesem Zusammenhang hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Patenten und Markenrechten von einer Tochtergesellschaft der AO-Stiftung durch Synthes freigegeben. Der zeitgleich geprüfte Kooperationsvertrag zwischen der AO-Stiftung und Synthes, durch den Synthes nach Ansicht des Bundeskartellamtes die Kontrolle über die Geschäftstätigkeit der AO-Stiftung im Bereich Osteosynthese erlangt hätte, wurde von den Beteiligten vorerst ausgesetzt, nachdem das Bundeskartellamt signalisiert hatte, diesen Erwerb zu untersagen. Synthes ist Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe von Medizintechnikern, die Produkte zur operativen Behandlung von Knochenschädigungen herstellen und vertreiben. Die hierfür relevanten Patente und Markenrechte gehören bislang einer Tochtergesellschaft der AO-Stiftung und sind an Synthes lizenziert. Diese Konstellation stammt aus der Zeit, bevor Synthes die Unternehmen Stratec und Mathys (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 121) übernommen hat. Damals hatten die drei Unternehmen ihr Know-how im Bereich der Entwicklung von Osteosyntheseprodukten bei der AO-Stiftung gepoolt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hat Synthes in Deutschland eine marktbeherrschende Stellung auf den Markt für Implantate (insbesondere Platten, Schrauben, Nägel) und Instrumente für Traumabehandlungen. Die betroffenen Medizinprodukte werden in Krankenhäusern zur operativen Behandlung von Knochenbrüchen benötigt. Zudem verfügen Synthes und die AO-Stiftung gemeinsam über eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Technologiemarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung. Diese Marktstellungen werden durch die eigentumsrechtliche Übertragung der Patente und Markenrechte auf Synthes nicht mehr wesentlich verstärkt, weil Synthes aufgrund der Besonderheiten des Lizenzvertrages bereits Mitkontrolle über diese Schutzrechte hatte und es für den Medizintechnikhersteller keine Notwendigkeit gab, auf etwaige abweichende eigenständige Interessenlagen der AO-Stiftung Rücksicht zu nehmen. Der zeitgleich von den beiden Beteiligten verfolgte Kooperationsvertrag hätte dahingegen die Marktstellungen von Synthes auf den betroffenen Märkten verstärkt. Die AO-Stiftung erfüllt schon heute eine wichtige Funktion für die Marktstellung der Synthes. Die Bedeutung liegt vor allem darin, dass die AO-Stiftung für Osteosyntheseprodukte ein Produktzertifizierungssystem durchführt (sog. AO-Technische Kommission – AOTK-System), das ein bei den nachfragenden Ärzten bekanntes und anerkanntes Gütesiegel vergibt. Dieses System wird nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes bereits jetzt (fast) ausnahmslos von Synthes genutzt und bietet dem Unter-

nehmen ein Forum für den Austausch von Know-how mit forschenden und meinungsführenden Ärzten und der AO-Stiftung. Im Rahmen von Schulungen zu den Methoden der Osteosynthese arbeitet die AO-Stiftung in den praktischen Übungen (nahezu) nur mit den zertifizierten Produkten. Mit dem Vertrag wäre die bestehende enge Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten noch weiter abgesichert worden. Er hätte eine Öffnung der Leistungen der Stiftung an Dritte, insbesondere Wettbewerber der Synthes, dauerhaft ausgeschlossen. Ungeachtet der Tatsache, dass die beteiligten Unternehmen den Abschluss des Kooperationsvertrags ausgesetzt haben, wird das Bundeskartellamt die bestehende Kooperation auch nach der Übertragung der Vermögenswerte im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen nationales oder europäisches Kartellrecht prüfen. Die Zusammenschlussbeteiligten hatten im Fusionskontrollverfahren vorgetragen, dass der Kooperationsvertrag nicht endgültig aufgegeben werde, sondern sein Abschluss – in ggf. modifizierter Form – weiterverfolgt werde.

## 2. Online-Messgeräte

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des Geschäfts von Danfoss Analytical A/S (Dänemark) (Danfoss) durch die Danaher Corporation (USA) (Danaher) freigegeben. Der Zusammenschluss betraf Online-Analysatoren für Trink-, Ab- und Prozesswasser. Solche Online-Messgeräte prüfen kontinuierlich und lückenlos verschiedene Parameter direkt am Wasserzu- und -abfluss bzw. im Wasser und ermöglichen damit, Veränderungen der Wasserqualität zeitnah zu erkennen und schnell darauf zu reagieren. Hiervon zu unterscheiden sind Labor-Messgeräte, die der Untersuchung von gezogenen Wasserproben im Labor dienen und ein breiteres Spektrum von Analysen und genauere Messungen ermöglichen als Online-Analysatoren, allerdings weniger schnell Ergebnisse zeigen. Für die Messung durch Online-Analysatoren können unterschiedliche Messmethoden zum Einsatz kommen, im Wesentlichen die photometrische und die elektro-chemische Methode. In früheren Verfahren war das Bundeskartellamt von unterschiedlichen Märkten für diese beiden Messmethoden ausgegangen, da jede Methode nur für bestimmte Parameter geeignet war. Die Ermittlungen im Rahmen dieses Verfahrens hatten jedoch gezeigt, dass für einen großen Teil der zu prüfenden Parameter aufgrund neuerer technischer Entwicklungen mittlerweile beide Messmethoden eingesetzt werden können. Lediglich drei wichtige Parameter können weiterhin jeweils nur mit einer der beiden Messmethoden analysiert werden. Zudem besteht eine hohe Produktionsumstellungsflexibilität. Aus diesen Gründen hat das Bundeskartellamt nunmehr einen einheitlichen sachlichen Markt für Online-Analysatoren mit photometrischer und elektro-chemischer Messmethode abgegrenzt. Zu diesem Markt gehört auch die Wartung der Geräte, die fast ausschließlich von den Herstellern wahrgenommen wird. Der räumlich relevante Markt war national abzugrenzen, da Online-Analysatoren sehr wartungsintensiv sind und die Kunden entsprechend schnelle Reaktionszeiten beim Service erwarten. Unterschiedliche Vorschriften im Bereich der Wasseranalyse sprachen

ebenfalls gegen einen größeren räumlichen Markt. Der addierte Marktanteil von Danaher und Danfoss für Online-Analysatoren in Deutschland lag deutlich unterhalb der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung. Zudem erzielte das Unternehmen Endress+Hauser einen höheren Marktanteil als die Zusammenschlussbeteiligten, und es waren zahlreiche weitere Wettbewerber auf dem relevanten Markt vertreten. Die Entstehung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung konnte damit ausgeschlossen werden. Obwohl Danaher und Endress+Hauser bereits vor dem Zusammenschluss die Oligopolvermutung gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 erfüllten, zeigten die Ermittlungsergebnisse, dass zwischen diesen Unternehmen weder bereits vor dem Zusammenschluss ein wettbewerbsloses Oligopol bestand noch durch den Zusammenschluss ein solches entstehen würde. Danaher und Endress+Hauser haben jeweils unterschiedliche Schwerpunkte hinsichtlich der verwendeten Messmethoden. Während Danaher überwiegend mit photometrischen Methoden arbeitet, stellt Endress+Hauser schwerpunktmäßig elektro-chemische Analysatoren her. Diese beiden Messmethoden stellten, wie oben dargelegt, früher getrennte sachliche Märkte dar, auf denen Danaher und Endress+Hauser jeweils Marktanteile von über 50 % hielten. Durch technologische Entwicklungen innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Zusammenschluss sind diese Märkte erst zusammengewachsen, so dass die dadurch neu entstandene Oligopolsituation auf Marktdynamik und Entwicklung und gerade nicht auf einem verfestigten wettbewerbslosen Zustand beruhte. Die Marktanteile waren auch keineswegs stabil. Gerade Danaher hatte in erheblichem Umfang Marktanteile verloren, mehrere Wettbewerber dagegen deutlich an Marktanteilen gewonnen. Nicht nur die beiden Marktführer Endress+Hauser und Danaher, sondern auch weitere Unternehmen hatten zudem in den Jahren vor dem Zusammenschluss Produktinnovationen auf den Markt gebracht, was die hohe Innovationsgeschwindigkeit bei Online-Analysatoren belegte.

### 3. Gaswarngeräte

Durch den Erwerb der First Technology plc. (Großbritannien) ist die Honeywell International Inc. (USA) weltweit zum führenden Gaswarngerätehersteller aufgestiegen. Honeywell produziert und vertreibt neben Flugtriebwerken und Flugzeugausrüstung u. a. auch Gaswarngeräte und Sensoren. Das Kerngeschäft von First Technology bilden tragbare Gaswarngeräte und das Erstausrüstergeschäft bei Gassensoren. Obwohl der Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen und einer weiteren vertikalen Integration von First Technologies führte, wurde das Vorhaben vom Bundeskartellamt freigegeben. Gaswarngeräte überwachen die Einhaltung einer bestimmten Konzentration von giftigen oder brennbaren Gasen und warnen bei Austreten dieser Gase vor der Vergiftungs-, Erstickungs- oder Explosionsgefahr. Wesentlicher Bestandteil eines Gaswarngerätes ist der Gasdetektor. Ein Gasdetektor kann mit einer zentralen Kontrolleinheit verbunden sein. Überwiegend ist der Gasdetektor jedoch ein in sich abgeschlossenes Instrument und wird dann als Gassensor bezeichnet. Das Bundeskartellamt hat im Be-

reich der Produktion von Gassensoren für die Gasgerätehersteller die genaue Marktabgrenzung offen gelassen. Im Bereich der Gaswarngeräte hat es keinen einheitlichen Markt für Gaswarngeräte abgegrenzt. Tragbare Gaswarngeräte bilden einen eigenständigen Markt. Im Bereich der stationären Gaswarngeräte sind wegen der jeweiligen unterschiedlichen Einsatzbedingungen und dem unterschiedlichen Nachfrageverhalten jeweils eigenständige Märkte für stationäre Gaswarngeräte für die Halbleiterindustrie, die Petrochemie, die allgemeine Industrie und den häuslichen Bereich abgegrenzt worden. Der räumlich relevante Markt ist bei tragbaren Gaswarngeräten, bei stationären Gaswarngeräten für die allgemeine Industrie und für den häuslichen Bereich jeweils national, bei stationären Gaswarngeräten für die Halbleiterindustrie und die Petrochemie jeweils der Weltmarkt. Auf den verschiedenen betroffenen Märkten im Bereich der Gaswarngeräte kam es wegen der moderaten Marktanteilszuwächse und der starken Stellung der jeweiligen Wettbewerber, insbesondere der Unternehmen Dräger Safty AG & Co. KGaA, MSA Auer GmbH, RKI Analytical Instruments GmbH und New Cosmos Electric Co. Ltd. durch den Zusammenschluss nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten. Bei den Nachfragern dieser Geräte handelt es sich zudem zumeist um große international tätige Unternehmen wie z. B. Air Liquide, Siemens, Samsung, Bosch oder Infineon, die bei der Beschaffung eine „Zwei-Hersteller-Strategie“ verfolgen. Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben hatten Wettbewerber von Honeywell insbesondere deshalb geäußert, weil First Technology als Gassensorhersteller vertikal in einen Gaswarngerätehersteller integriert wird. Die vertikale Integration von First Technology wird jedoch nicht erst durch den Zusammenschluss mit Honeywell begründet. Sie ist vielmehr bereits zuvor durch die Übernahme des Gaswarngeräteherstellers BW Technologies, der nicht der Zusammenschlusskontrolle unterlag, erfolgt und wird durch den Zusammenschluss mit Honeywell nicht qualitativ verbessert. Im Bereich der Gassensoren hat Honeywell eine starke Marktstellung. In diesem Bereich ist der Marktanteilszuwachs durch die Übernahme von First Technologies jedoch gering. Zudem existiert neben einer Vielzahl kleiner Wettbewerber mit dem britischen Unternehmen Alphasense ein zweiter starker Wettbewerber. Bei Gassensoren herrscht außerdem Preiswettbewerb, der zu einem erheblichen Preisverfall über die letzten Jahre geführt hat. Da der Zusammenschluss auf keinem relevanten Markt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten ließ, konnte das Vorhaben freigegeben werden.

### Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen (34)

#### 1. Personenkraftwagen

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von 25,1 % durch die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG an der Volkswagen AG freigegeben. Dieses Vorhaben wurde in zwei Schritten durchgeführt. Im Herbst 2005 hat Porsche 19 % der Stammaktien und damit bereits einen

wettbewerblich erheblichen Einfluss i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 4 auf Volkswagen erworben. Mehrere Faktoren ließen erwarten, dass Porsche bei einer Beteiligung von 19 % am Volkswagen-Stammkapital zumindest einen Einfluss erlangt, der einem Minderheitsaktionär mit einer Beteiligung von 25 % zukommt. Porsche sichert die bestehende Zusammenarbeit mit Volkswagen in wichtigen Bereichen (z. B. beim Bau von Sportwagen und sportlichen Geländewagen) durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung ab. Porsche ist daher ein Aktionär, auf den VW schon aus Eigeninteresse Rücksicht nehmen wird. Hinzu kommen personelle Verflechtungen der Familien Porsche und Piech mit dem VW Konzern. Die weitere Erhöhung der Beteiligung von Porsche an VW im Jahr 2006 von 19 % auf 25,1 % der Stammaktien stellte einen neuen Zusammenschlusstatbestand dar (Anteilerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3b) und war deshalb erneut anmeldepflichtig. Wettbewerbliche Bedenken gegen die beiden Zusammenschlussvorhaben bestanden nicht. Die Vorhaben führten nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Geschäftstätigkeiten von Porsche und Volkswagen überschneiden sich nur in den Bereichen Sport- und Geländewagen. Bei einer auf diese Fahrzeugtypen bezogenen engen Marktabgrenzung liegt der gemeinsame Marktanteil bereits auf dem deutschen Markt deutlich unter der Schwelle der Einzelmarktbeherrschung von einem Drittel. Dies gilt auch für Sportwagen und Geländewagen der höheren Preisklasse. Auf dem Gesamtmarkt für Personenkraftwagen ist Volkswagen zwar mit den Konzernmarken der führende Hersteller in Deutschland. Porsche hat auf einem Gesamtmarkt jedoch nur geringfügige Marktanteile. Auch sprachen die Wettbewerbsintensität des Automobilmarktes, der durch potente Konkurrenten und anspruchsvolle Nachfrager geprägt ist, gegen wettbewerblich bedenkliche Auswirkungen der Beteiligung von Porsche an Volkswagen.

## 2. Nutzfahrzeuge

Den Bereich Nutzfahrzeuge betrafen im Jahr 2006 zwei größere Zusammenschlussvorhaben. Das Vorhaben der MAN AG, die Kontrolle über den schwedischen Nutzfahrzeughersteller Scania zu übernehmen, hatte gemeinschaftsweite Bedeutung. Es wurde von der Europäischen Kommission ohne Auflagen freigegeben. Die Volkswagen AG, der größte Minderheitsgesellschafter von Scania, erwarb noch während der Prüfung des Vorhabens MAN/Scania eine Minderheitsbeteiligung an der MAN AG. Dieses Vorhaben wurde vom Bundeskartellamt freigegeben. Die Geschäftstätigkeiten von Volkswagen und MAN überschneiden sich jedoch in Europa und Deutschland nicht. MAN produziert und vertreibt in Europa mittelschwere und schwere Lastkraftwagen und Busse, Volkswagen hingegen leichte Nutzfahrzeuge. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung war deshalb nicht zu befürchten.

## 3. Automobilzulieferer

Bei den Automobilzulieferern gab es in den Jahren 2005 und 2006 eine Reihe von Zusammenschlüssen, die auf ei-

nigen Märkten zu einer Verengung auf wenige Anbieter führten. Daneben beteiligten sich auch einige Investmentfonds und Beteiligungsgesellschaften an Unternehmen der Zuliefererbranche. Zum Teil waren die Zusammenschlüsse auf die schwierige wirtschaftliche Situation der Branche zurückzuführen, die auch eine Folge der Absatzprobleme der Automobilhersteller ist, die den Kostendruck an die Zulieferer weitergeben. Ein Teil dieser Fusionen mit Auswirkungen im Inland fiel in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, einige Zusammenschlussvorhaben hatten gemeinschaftsweite Bedeutung und wurden von der Europäischen Kommission geprüft. Das Bundeskartellamt hat mit einer Ausnahme alle angemeldeten Vorhaben im Vorprüfverfahren freigegeben.

## 4. Trägersysteme für Pkw und Wohnmobile

Das Bundeskartellamt hat im Hauptprüfverfahren das Vorhaben der Thule AB (Schweden), sämtliche Anteile an der Omnistor NV (Belgien) zu erwerben, freigegeben. Thule stellt u. a. Fahrradträger, Dachboxen und Dachgrundträger für Pkw her, während Omnistor als Hersteller von Markisen, Fahrradträgern und Gepäckboxen für Wohnmobile tätig ist. Trotz der zum Teil hohen Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf einzelnen Produktmärkten, die sich sowohl bei Annahme nationaler als auch bei Abgrenzung europaweiter räumlicher Märkte ergeben, waren keine Verstärkungswirkungen zu erwarten, die eine Untersagung gerechtfertigt hätten. Entscheidend hierfür war, dass Thule und Omnistor auf unterschiedlichen Produktmärkten aktiv sind, so dass keine Marktanteilsadditionen erfolgten. Denn Trägersysteme für Pkw sind von solchen für Wohnmobile strikt zu trennen. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf Grundträger, die lediglich bei Pkw, nicht jedoch bei Wohnmobilen eingesetzt werden. Die Trennung beider Bereiche trifft vielmehr auch für Transportboxen und Fahrradträger zu. Neben technischen Unterschieden, die Ausdruck abweichender Anforderungen der Nachfrager sind, bilden die getrennten Vertriebswege den Hauptgrund für die Abgrenzung der beiden Bereiche. So werden die Pkw-Trägersysteme zum einen über die Großhändler und Einkaufskooperationen des Autoteilehandels vertrieben, die ihrerseits Kfz-Werkstätten und Autoteilehändler beliefern, zum anderen erfolgt ihr Vertrieb über die Automobilhersteller, die die Produkte unter eigener Marke als Zubehör anbieten und sich hierfür ihres Händler- und Servicenetzes bedienen. Weitere Abnehmer sind Bau- und Supermärkte. Wohnmobilyzubehör wird dagegen über Wohnmobil- und Wohnwagenhersteller sowie auf Camping- und Caravaning-Artikel spezialisierte Großhändler vertrieben. Die Einzelhandelsstufe bilden Wohnmobilhändler. Sowohl wegen der technischen Unterschiede als auch wegen der strikten Trennung der Vertriebswege wäre es für einen Hersteller von Gepäckboxen und Fahrradträgern für Wohnmobile mit großen Schwierigkeiten verbunden, solche Trägersysteme auch für Pkw anzubieten. Omnistor kann insofern nicht als potenzieller Wettbewerber Thules angesehen werden, durch dessen Erwerb die Marktstellung Thules gestärkt würde. Ebenso wenig erschließt sich Thule einen bedeutenden neuen Vertriebsweg für Pkw-Zubehör, da

die Vertriebspartner von Omnistor auf Wohnmobilyzubehör spezialisiert sind. Umgekehrt sind die Thule-Vertriebskanäle für den Absatz von Omnistor-Produkten bedeutungslos. Die Marktposition Omnistors erfährt auch keine nennenswerte Stärkung durch einen Zuwachs an Know-how bei Befestigungssystemen für Fahrradträger, denn die besonderen Kenntnisse, über die Thule hier bezüglich komfortabler An- und Abbaumöglichkeiten verfügt, sind für den Wohnmobilybereich irrelevant, weil dort lediglich fest an der Rückwand des Fahrzeugs verschraubte Träger nachgefragt werden. Denkbare Synergieeffekte bei der Materialbeschaffung haben ein so geringes Gewicht, dass die Marktposition der beteiligten Unternehmen hierdurch nicht beeinflusst wird. Der für Omnistor mit dem Zusammenschluss möglicherweise verbundene Zuwachs an Finanzkraft erlaubt im vorliegenden Fall zudem keine erfolgversprechende Verdrängungsstrategie gegenüber den Wettbewerbern Omnistors.

Zwei weitere Zusammenschlussvorhaben der Thule AB wurden von der Europäischen Kommission geprüft, nachdem Thule Verweisungsanträge gemäß Artikel 4 Abs. 5 VO Nr. 139/04 gestellt hatte. Beide Vorhaben hatten keine gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. v. Artikel 1 VO Nr. 139/04. Es bestand jedoch eine Anmeldepflicht in mehr als drei Mitgliedstaaten, darunter in Deutschland. Der Erwerb der niederländischen Chaas Holdings BV sowie der US-amerikanischen Unternehmen Advanced Accessory Systems LLC und Valley Industries Inc. (COMP/M. 4129) betraf ebenfalls Dachträgersysteme und Fahrradträger für Pkw sowie Anhänger und Abschleppstangen. Angesichts sehr hoher Marktanteile von Thule im europäischen Wirtschaftsraum im Ganzen und einigen Mitgliedstaaten im Besonderen konnte die Europäische Kommission eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung von Thule bei Dachträgern und Fahrradträgern nicht ausschließen. Das Vorhaben wurde jedoch freigegeben, weil das Zielunternehmen Valley vor allem in Nordamerika tätig ist und in Europa nur minimale Umsätze erzielte. Die Gefahr, dass Thule seine Marktmacht bei Trägersystemen auf andere Märkte für Automobilzubehör wie Anhänger und Abschleppstangen übertragen kann, schätzte die Europäische Kommission als gering ein. Trägersysteme, Anhänger und Abschleppstangen werden vom Endverbraucher in den meisten Fällen nicht zusammen nachgefragt. Technische Änderungen, um die Kompatibilität mit den Produkten anderer Hersteller zu beseitigen, würden Abweichungen von europäischen Normen und internationalen Standards bedeuten und wären mit dem Risiko des Umsatzverlustes für Thule verbunden.

## 5. Schneeketten

Bei einem weiteren Zusammenschlussvorhaben der Thule AB hatte die Europäische Kommission ein Verfahren nach Artikel 6 Abs. 1 lit. c VO Nr. 139/04 eingeleitet. Der beabsichtigte Erwerb der Schneeketten Beteiligungs AG (Österreich) betraf die Märkte für Schneeketten für Personenkraftwagen und schwere Lastkraftwagen. Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung hatte die Europäische Kommission starke Indizien für nationale Märkte, wie

unterschiedliche nationale Vorschriften, erhebliche Preisunterschiede und unterschiedliches Konsumverhalten der Nachfrager, gefunden. Weiter unterscheiden sich die Marktanteile der Wettbewerber in den einzelnen Ländern erheblich, da die Kunden ein starkes Markenbewusstsein und eine starke Markenbindung haben. In Deutschland kommen Thule und die Schneeketten Beteiligungs AG insbesondere bei Schneeketten für Lastkraftwagen auf einen relativ hohen gemeinsamen Marktanteil. Die Prüfung der Europäischen Kommission hat ergeben, dass durch den Zusammenschluss auf den Märkten für Schneeketten für schwere Lastkraftwagen marktbeherrschende Stellungen in Österreich, Frankreich und Italien entstehen oder verstärkt würden. Gleiches würde für die Märkte für Schneeketten für Personenkraftwagen in Österreich und Frankreich gelten. Die Europäische Kommission beabsichtigt daher, den Zusammenschluss zu untersagen. Die Unternehmen haben das Vorhaben daraufhin aufgegeben.

## 6. Steckrelais für Kraftfahrzeuge

Der Erwerb des Geschäftsbereichs Kfz-Steckrelais der Robert Bosch GmbH durch Tyco International Limited (Bermuda) wurde vom Bundeskartellamt freigegeben. Tyco ist ein weltweit tätiger Hersteller von Elektronik-, Sicherheits- und Medizinprodukten. Der Zusammenschluss betraf den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Steckrelais für den Einsatz in Personenkraftwagen und Kleintransportern. Steckrelais gehören zu den elektromechanischen Relais, die stromverbrauchende Geräte ein- oder ausschalten. Sie dienen der Steuerung von ganz unterschiedlichen Funktionen in Kraftfahrzeugen wie Scheinwerfer, Heizungs- und Kühlgebläse, Fensterheber, Schiebedach, Scheibenwischer, Zündung, Innenraumbeleuchtung, ABS, Servolenkung und Kraftstoffpumpe. Relais für Automobile gibt es in der Ausführung als Steckrelais oder als Leiterplattenrelais. Beim Steckrelais ist die Schaltung auf die anzusteuernde Einheit oder in einem räumlich abgetrennten Schaltkasten mechanisch auf- oder eingesteckt. Bei einem Leiterplattenrelais sind Schaltungen und Platinen in eine größere Baugruppe eingelötet. Aus der Sicht der nachfragenden Automobilhersteller sind Steckrelais durch Leiterplattenrelais aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nur begrenzt austauschbar. Die Steckrelais sind entweder für 12 V (Pkw und Kleintransporter) oder 24 V (LKW und Busse) Bordnetzspannung ausgerichtet. Ein Austausch zwischen beiden Relaisarten ist aus Nachfragersicht nicht möglich. Allerdings besteht auf Seiten der Hersteller ein sehr hohes Maß an Produktionsumstellungsflexibilität. Die Hersteller produzieren überwiegend Relais für die verschiedenen Spannungsebenen. Die Abgrenzung eines Gesamtmarktes Steckrelais für Kraftfahrzeuge hätte jedoch zu keiner anderen wettbewerblichen Bewertung geführt. Die Ermittlungen ergaben weiter, dass, wie bei einer Reihe von anderen Automobilkomponenten, auch bei Steckrelais eine Unterscheidung zwischen Vertrieb an die Erstausrüster – Hersteller von Fahrzeugen (OEM Original Equipment Manufacturer) und Originalersatzteilen (OES Original Equipment Supplier) – und Vertrieb an den unabhängigen Teilehandel (IAM Independent Aftermarket) nahe liegt.



Das Zusammenschlussvorhaben wirkte sich nur auf den OEM/OES-Bereich aus, da Tyco und der Geschäftsbereich Kfz-Steckrelais nur dort tätig sind. Der räumlich relevante Markt geht aus ökonomischer Perspektive über das Inland hinaus und ist zumindest europaweit. Die Einkaufsstrategie der Nachfrager ist nicht auf das Inland beschränkt, sondern international ausgerichtet. Die Transportkosten spielen eine untergeordnete Rolle. Es gibt keine Handelsschranken und die Anschlüsse von Steckrelais sind weltweit standardisiert. Tyco ist auf dem Weltmarkt und in Europa Marktführer mit einem Marktanteil von 25 % bis 35 %. Durch den Zusammenschluss mit dem Geschäftsbereich Kfz-Steckrelais von Bosch erhöht sich der Marktanteil um 0 % bis 10 %. Die wichtigsten Wettbewerber sind die japanischen Unternehmen Denso und Omron sowie das deutsche Unternehmen Hella und die englische Pressac Group, deren Kfz-Steckrelaisgeschäft im Herbst 2006 von der kanadischen Magna Gruppe übernommen wurde. Weiter sind auf diesem Markt Unternehmen aus Taiwan und China tätig, in Europa mit zunehmender Tendenz. Durch den Zusammenschluss von Tyco und dem Geschäftsbereich Kfz-Steckrelais von Bosch kam es trotz der hohen Marktanteile nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern geht ausreichender Wettbewerbsdruck aus. Die Nachfragemacht und das Nachfrageverhalten der Automobilhersteller beschränken gleichfalls die Verhaltensspielräume der Relaishersteller.

## 7. Autorückspiegel

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb des operativen Geschäfts der Engelmann-Gruppe durch die Schefenacker AG freigegeben. Schefenacker ist ein weltweit tätiger Automobilzulieferer für die Komponenten Fahrzeugleuchten, Rückspiegel und Audio-Sound-Systeme. Die Engelmann-Gruppe produziert Rückspiegel, Tankklappen-Module sowie Türgriffsysteme. Der Zusammenschluss betraf insbesondere die Märkte für Außenrückspiegel und Innenrückspiegel für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge. Innen- und Außenspiegel sind getrennte Märkte. Zwar sind Hersteller und Abnehmer weitgehend identisch. Die Spiegel unterscheiden sich jedoch in der Funktionalität, der Produktion und dem Preis deutlich. Die Automobilhersteller schreiben Innen- und Außenspiegel getrennt aus und beziehen sie häufig von unterschiedlichen Herstellern. Das Vorhaben wirkte sich nur auf den Vertrieb an Erstausrüster aus. Schefenacker und Engelmann beliefern fast ausschließlich Automobilhersteller. Räumlich handelte es sich um jeweils europäische Märkte. Die Transportkosten innerhalb Europas sind gering und es gibt signifikante grenzüberschreitende Verkäufe. Aus dem außereuropäischen Ausland beziehen die Automobilhersteller in Europa Autorückspiegel bisher nur in Ausnahmefällen. Maßgeblich dafür sind logistische Gründe und die Transportkosten. Die Märkte für Kfz-Innenspiegel und für Kfz-Außenspiegel sind schon seit längerer Zeit enge oligopolistische Märkte mit wenigen Anbietern. Engelmann war in Europa der kleinste Wettbewerber. Durch den Zusammenschluss verengen

sich die beiden Oligopole auf im Wesentlichen noch drei Wettbewerber. Bei Innenspiegeln erreicht Schefenacker zusammen mit Engelmann einen Marktanteil von 10 % bis 20 %. Marktführer ist Magna Donnelly (Kanada), der dritte Wettbewerber ist Gentex (USA). Bei Außenspiegeln gibt es durch den Zusammenschluss drei etwa gleich starke Wettbewerber: Schefenacker, Magna Donnelly und Ficoso (Spanien). Der Zusammenschluss führte nicht zu einer Einzelmarktbeherrschung von Schefenacker. Auf beiden Märkten sind jeweils zumindest zwei der drei Wettbewerber Magna Donnelly, Ficoso und Gentex tätig, die Produktionsstätten in der ganzen Welt haben. Ferner war die Oligopolvermutung auf beiden Spiegelmärkten erfüllt. Es handelte sich jedoch nicht um wettbewerbslose Oligopole. Dies zeigen Veränderungen der Marktanteile zwischen 2001 und 2005. Vor allem sind die Hersteller der Kfz-Spiegel mit der Nachfragemacht und dem strategischen Einkaufsverhalten der Automobilhersteller konfrontiert, die keinen unkontrollierten Verhaltensspielraum des Oligopols zulassen. Die Entwicklung der Spiegel für eine neue Fahrzeugserie erfolgt nach den Vorgaben und in Zusammenarbeit mit dem Automobilhersteller. Die Aufträge für Kfz-Spiegel werden zwar für eine Fahrzeugserie i. d. R. nur an einen Spiegelhersteller vergeben und der Lieferant wird während der Laufzeit einer Serie eher selten gewechselt. Jedoch finden regelmäßig Kosten- und Preisprüfungen statt, zum Teil auch neue Ausschreibungen.

## Sonstiger Fahrzeugbau (35)

### A. Industrie

#### 1. Luftfahrzeuge

Im Berichtszeitraum wurden 19 Zusammenschlussvorhaben im Bereich Luft- und Raumfahrzeuge geprüft. Alle wurden im Vorprüfverfahren freigegeben. Ein Konzentrationsprozess innerhalb eines bestimmten Bereichs der Luft- und Raumfahrtindustrie war nicht auszumachen. Auf den militärischen Sektor entfielen nur wenige angemeldete Zusammenschlussvorhaben. Ein Vorhaben betraf die Gründung des Joint-Venture-Unternehmens AGS Industries GmbH, das gemeinsam durch sechs Rüstungsgüterhersteller kontrolliert wird. Diese beabsichtigen, für die NATO ein modernes System zur Überwachung von Gebieten aus der Luft zu entwickeln (AGS = Alliance Ground Surveillance). Die Gesellschafter werden die einzelnen Komponenten entsprechend ihrem Know-how und ihrer Produktpalette beisteuern, u. a. eine bemannte Plattform, unbemannte Luftfahrzeuge sowie mobile und festinstallierte Bodenstationen. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens TCAR Industries GmbH zur Entwicklung des zugehörigen Radarsystems wurde in einem gesonderten Verfahren freigegeben.

Die meisten Fusionsfälle im Luftfahrtbereich betrafen zivile Anwendungen. Die betroffenen Produktmärkte waren sehr breit gefächert. Sie reichten von Wartungs- und Reparaturdienstleistungen über Flugzeugkomponenten bis zu Flugsimulatoren. Es waren kaum horizontale Überschneidungen bei den Zusammenschlussbeteiligten zu verzeichnen. Überwiegend handelte es sich um vertikale

oder konglomerate Zusammenschlüsse. So hat beispielsweise die Saab Gruppe, ein Hersteller von kompletten Flugzeugsegmenten, eine Beteiligung an einem Hersteller für kleinere Komponenten, die wiederum in größere Flugzeugteile integriert werden, erworben. Im Bereich Training hat Rockwell Collins Inc. alle Vermögensgegenstände der Evans & Sutherland Computer Corporation (E&S) erworben, die zur Herstellung von Flugsimulatoren dienen. Es handelte sich dabei um ein Sichtsystem, einen essentiellen Bestandteil des Simulators. Das Sichtsystem besteht aus einem extrem leistungsfähigen Rechner, Software und dem Anzeigesystem (Projektion der Flugszenarien) und ist technisch anspruchsvoll. E&S war neben dem kanadischen Unternehmen CAE, dem Marktführer bei zivilen Simulatoren, der einzige Anbieter von Sichtsystemen für zivile Anwendungen. Durch den Zusammenschluss konnte auch Rockwell Collins Inc. eine vertikale Integration vollziehen.

Trotz horizontaler Überschneidungen und teilweise erheblicher gemeinsamer Anteile auf den Märkten für Fenstersysteme für Flugzeuge wurde im Berichtszeitraum der Erwerb des amerikanischen Herstellers Sierracin Corporation durch die ebenfalls US-amerikanische PPG Industries im Vorprüfverfahren freigegeben. Die US-amerikanische FTC hatte den Zusammenschluss bereits zuvor freigegeben. Der Zusammenschluss betraf den Markt für Fenstersysteme für die zivile und militärische Luftfahrt. Die Anmelder vertraten die Auffassung, dass nach der Art des verwendeten Materials zwischen verschiedenen Fenstersystemen zu unterscheiden und somit jeweils ein Markt für Fenstersysteme aus Glas, Plastik bzw. Verbundstoffen abzugrenzen sei. Die Befragung der nachfragenden Flugzeughersteller ließ jedoch erkennen, dass diese Unterscheidung allenfalls für bestimmte Anwendungen in Betracht kommt. Grundsätzlich gilt indes, dass verschiedene Fenstersysteme unabhängig vom verwendeten Material miteinander konkurrieren. Sachgerecht erschien deshalb eine anwendungsbezogene Abgrenzung. Hinsichtlich sowohl des Herstellungsprozesses, der technologischen Herausforderung und der Anbieter- und Nachfragerstruktur als auch vor allem der Preisgestaltung unterscheiden sich bspw. Cockpit- und Kabinenfenster im Passagierbereich gänzlich voneinander. Die Kosten eines Cockpitfensters sind ca. 150 mal höher als die eines Kabinenfensters. Im Übrigen ist der Markt aufzuteilen in die Absatzbereiche OEM (original equipment manufacturer) und „after market“ (Ersatzteilversorgung). Während in ersterem ausschließlich die Hersteller von Flugzeugen als Nachfrager auftreten, sind dies in letzterem v. a. Fluglinien, Händler, Reparaturdienste und sonstige Unternehmen. Im Gegensatz zu der oft mehrere Jahrzehnte währenden Lebensdauer eines Flugzeuges müssen z. B. Cockpitscheiben alle 5 bis 6 Jahre ausgetauscht werden. Weiterhin war zwischen militärischen und zivilen Abnehmern zu unterscheiden. Im sicherheitsrelevanten Bereich werden – soweit vorhanden – nationale bzw. europäische Anbieter bevorzugt. Darüber hinaus gelten für viele Projekte sehr spezielle Anforderungen (Panzerglas, besonders geformte Hauben für Jets, extrem leichtes Material etc.) bei kleineren Stückzahlen, die in vielen Fällen auch

von kleinen, spezialisierten Anbietern bedient werden können. Eine weitere Segmentierung des zivilen Bereichs war nicht erforderlich. Auch wenn die Nachfragemacht in der kommerziellen Luftfahrt (Boeing und Airbus) ausgeprägter ist als bei der Herstellung von Regionalflugzeugen oder kleineren Maschinen für die allgemeine Luftfahrt, sind die Marktverhältnisse durchaus vergleichbar. Der räumlich relevante Markt ist weltweit, weshalb die im vorliegenden Fall nur für das Inland erfüllte Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht durchgriff. Lieferanten stellen ihre Produkte zentral her und verkaufen sie weltweit. OEMs genauso wie Kunden im after market sondieren den Markt weltweit, unabhängig davon, wo der Lieferant seinen Sitz hat. Außer von den Zusammenschlussbeteiligten werden Fenstersysteme für die Luftfahrt (Marktvolumen von ca. 400 bis 500 Mio. Euro) nur noch von zwei bis drei weiteren, größeren Mitbewerbern angeboten. Die erwerbende PBG hat auf dem Gesamtmarkt (nach eigenen Angaben) 35 % bis 45 % Marktanteil und würde mit Sierracin 10 % bis 20 % dazu erwerben. Bei den genannten weiteren Unterteilungen des Marktes ergaben sich teilweise noch höhere Marktanteile. Die Marktermittlung hat jedoch ergeben, dass im vorliegenden Fall trotz der hohen Marktanteile nicht auf eine marktbeherrschende Stellung im Sinne eines unkontrollierten Verhaltensspielraums der Zusammenschlussbeteiligten geschlossen werden kann. Die verbleibenden Wettbewerber sind allesamt in der Lage, die gesamte Produktpalette zu bedienen. Vor allem im militärischen Bereich sowie in anderen Einzelfällen stoßen weitere (potenzielle) Wettbewerber hinzu. Gerade die beiden großen Wettbewerber Saint Gobain Sully und GKN sind Teil global operierender Glas produzierender Konzerne, deren finanzielle Möglichkeiten dauerhaften Wettbewerb sicherstellen. Verkäufe aus vergangenen Aufträgen sind kein Zeichen für dauerhaft stabile Marktmacht, da der Markt von offenen Ausschreibungen für langfristige Verträge geprägt ist. Gerade die hohen Umsatzzahlen PPGs sind auf stetige Verkaufszahlen aus Langfristverträgen mit Boeing zurückzuführen, die teilweise noch aus den 80er Jahren stammen. Seit 2003 ist aber auch Boeing, dem Vorbild anderer Hersteller, darunter Airbus, folgend, dazu übergegangen, zusätzliche Lieferanten zu zertifizieren, so dass PPG auch in diesem Stammgeschäft Konkurrenz erwächst. Eine Analyse der 17 Ausschreibungen für Cockpitfenster in der zivilen Luftfahrt innerhalb der vergangenen fünf Jahre hat gezeigt, dass die wesentlichen Wettbewerber in den meisten Fällen miteinander konkurrierten. Auch wenn PPG eine Vielzahl von Ausschreibungen gewinnen konnte, steht dem eine entsprechende Zahl von Mit- oder Alleinvergaben an die Wettbewerber gegenüber. Die Marktzutrittsschranken sind nicht allzu hoch. Gerade im Kunststoffbereich kann eine technologische Innovation im Verbund mit der Unterstützung durch einen OEM schnell dazu führen, dass sich ein neuer Lieferant für ein Projekt qualifiziert. Die Nachfragemacht der OEM ist groß. Vor allem im volumenstarken Bereich der kommerziellen Luftfahrt (Boeing, Airbus) ist diese offensichtlich. OEM haben in der Vergangenheit bereits Unternehmen subventioniert, um eine zweite oder dritte Lieferquelle zu etablieren. Aber auch die Hersteller von

kleineren Flugzeugtypen erhoben keine Bedenken gegen den Zusammenschluss. Sie verwiesen darauf, dass es immer die Möglichkeit gebe, auf einen anderen Hersteller auszuweichen. Im Rahmen der Ermittlungen wurde von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen, dass der Trend in der Flugzeugindustrie aufgrund der steigenden Treibstoffkosten hin zu einer stetig wichtiger werdenden Einsparung von Gewicht geht. Somit gewinnen technologische Innovationen im Kunststoffbereich zusätzlich an Bedeutung. In diesem Bereich ist PPG unbedeutend. Die Marktstärke des Unternehmens beruht bislang vor allem auf der Glastechnologie. Beachtung fand nicht zuletzt auch der Aspekt, dass das Vorhaben im Inland – trotz Erfüllung der Umsatzschwellenwerte des § 35 Abs. 1 – nur geringe Auswirkungen hat. Einem weltweiten Gesamtmarktvolumen von ca. 500 Mio. Euro standen nur ca. 12 Mio. Euro in Deutschland gegenüber, von denen wiederum lediglich weniger als 3 Mio. Euro von den Zusammenschlussbeteiligten erzielt wurden.

## 2. Schienenbefestigungssysteme und Bahnschwellen

Die Vossloh AG (Vossloh) hatte das Vorhaben angemeldet, den Geschäftsbereich Pfeleiderer track systems (Pfeleiderer) von der Pfeleiderer AG zu erwerben. Vossloh ist ein diversifizierter Konzern, der eine Vielzahl von Produkten für den Bereich des schienengebundenen Verkehrs anbietet, darunter auch Schienenbefestigungssysteme. Pfeleiderer stellt Betonschwellen für Bahnen sowohl für den Fern- als auch für den Nahverkehr her. Das Zusammenschlussvorhaben betraf Märkte zweier komplementärer Produkte, und zwar Schienenbefestigungssysteme und Bahnschwellen. Schienenbefestigungssysteme dienen der Verbindung von Schienen mit den Bahnschwellen. Das Vossloh-System ist durch den Einsatz einer Spannklemme gekennzeichnet und wird seit etwa 1950 in deutschen Fern- und Nahverkehrsnetzen nahezu ausschließlich eingebaut. Schwellen dienen als Teil des Bahnoberbaus der Lagerung und Spurhaltung der Schienen, welche mit Hilfe des Befestigungsmaterials auf den Schwellen verankert werden. Bei den Schwellen unterscheidet man weiterhin nach der Bauart in Gleis- und Weichenschwellen und nach der Oberbauart zwischen Schwellen für den Schotteroberbau und Schwellen der festen Fahrbahn. Schwellen werden regelmäßig mit dem im Schwellenwerk vorinstallierten Schienenbefestigungssystem an die Baustelle geliefert. Der Endpreis einer Schwelle setzt sich immer aus dem Schwellenpreis und dem Preis für das Befestigungssystem zusammen. Die Schwellenwerke sind die unmittelbaren Nachfrager von Schienenbefestigungen. Der Zusammenschluss betraf folgende sachlich relevante Märkte: Den Markt für Gleischwellen aus Beton für den Schotteroberbau, den Markt für Weichenschwellen aus Beton, den Markt der festen Fahrbahn und den Markt für Schienenbefestigungssysteme auf Spannklemmenbasis. Schienenbefestigungssysteme auf Spannklemmenbasis sind nicht austauschbar mit Schienenbefestigungssystemen auf Clipbasis, wie sie z. B. in England eingesetzt werden. Nach wie vor wird im Regelfall in einem nationalen Bahnnetz nur ein Schienen-

befestigungssystem verwendet. Auf dem Markt für Schienenbefestigungssysteme auf Spannklemmenbasis konnte die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden, wenn auch vieles für eine Begrenzung auf einen nationalen Markt spricht. Auf dem deutschen Markt für Schienenbefestigungssysteme verfügt Vossloh über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 2. Der Marktanteil liegt bei mehr als 90 %. Dieser Marktanteil ist seit Jahrzehnten konstant. Vossloh verfügt auf dieser Grundlage über hervorragenden Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten. Auf den Beschaffungsmärkten für Komponenten von Schienenbefestigungssystemen entfallen mehr als 60 % aller inländischen Zuliefererumsätze auf Vossloh, europaweit mehr als 45 %, womit Vossloh für die Zulieferer ein unverzichtbarer Nachfrager ist. Zahlreiche Zulieferer sind außerdem mit einer exklusiven Lieferbeziehung an Vossloh gebunden, häufig über Lizenzen für Vossloh-Produkte. Auf dem Absatzmarkt hat die jahrzehntelange Lieferbeziehung zur deutschen Staatsbahn dazu beigetragen, dass Vossloh eng in die Fortentwicklung der Schienenbefestigungssysteme eingebunden war und ein auf Vossloh-Produkte zugeschnittenes Regelwerk entstanden ist. Auch zu den Schwellenwerken als unmittelbaren Abnehmern bestehen langjährige und intensive Lieferbeziehungen, die sich z. B. in gemeinsamer Forschung und Entwicklung niedergeschlagen haben. Die Marktstellung ist durch hohe Marktzutrittsschranken, bestehend aus technischen Zulassungsverfahren und Lieferantenqualifizierungsverfahren, einer umfassenden Absicherung der Marktstellung Vosslohs durch Patente und durch geringen potenziellen Wettbewerb aus dem Ausland dauerhaft abgesichert. Die Nachfragerstellung der Deutsche Bahn AG (DBAG) ist ebenfalls nicht geeignet, die Marktstellung Vosslohs hinreichend zu relativieren. DBAG hat aus Wirtschaftlichkeitsgründen keine ernsthaften dauerhaften Bezugsalternativen zu Vossloh. Sie ist andererseits für Vossloh zwar ein wichtiger, aber kein unverzichtbarer Nachfrager. Da die meisten europäischen Länder ausschließlich die patentierte W 14-Befestigung von Vossloh einsetzen, hätte Vossloh mit einem Marktanteil von mehr als 70 % auch auf einem europäischen Markt für Schienenbefestigungssysteme auf Spannklemmenbasis eine marktbeherrschende Stellung inne. Der Zusammenschluss hätte Vosslohs marktbeherrschende Stellung im Inland verstärkt. Dabei sind die Anforderungen an das Ausmaß der Verstärkungswirkung in Fällen bestehender Einzelmarktbeherrschung gering. Die unmittelbare unternehmerische Verbindung des dominierenden Systemherstellers für Schienenbefestigungen mit dem marktführenden inländischen Schwellenhersteller ließ in mehrfacher Hinsicht Verstärkungen durch positive Synergieeffekte erwarten. Sie hätte u. a. eine unmittelbare und enge Zusammenarbeit bei der technischen Fortentwicklung von Schienenbefestigungssystemen ermöglicht. Keiner der wenigen Systemwettbewerber in Europa, welche auch die einzigen potenziellen Wettbewerber für den deutschen Markt sind, verfügt über einen vergleichbaren unmittelbaren Zugang zum Schwellenmarkt. Weiterhin hätte eine Einheit Vossloh/Pfeleiderer aus Schwelle und Befestigung ein Paket schnüren können, so dass Schwelle und Befestigung

nur noch komplett und nicht mehr separat bezogen werden könnten. Der Erwerb des Schwellengeschäftes hätte für Vossloh außerdem eine signifikante Absicherung des Vertriebsweges gebracht. Zugleich hätten sich dadurch die Marktzutrittschranken für potenzielle Wettbewerber erhöht. Der Zusammenschluss hätte Vossloh nicht zuletzt ermöglicht, seine Marktstellung auf den Befestigungsmärkten weltweit auszubauen. Pfeleiderer ist im Bereich der Betonschwellen, sei es Schottergleis, sei es feste Fahrbahn, unangefochtener Marktführer im internationalen Technologieexport auf diesen Märkten und wäre deshalb ein hervorragender Türöffner für die ergänzenden Produkte von Vossloh, nämlich Befestigungssysteme und Weichen. Vossloh hätte nach dem Zusammenschluss als einziger der weltweit tätigen Hersteller von Befestigungssystemen und Weichen das Komplettprodukt anbieten können. Auf den Betonschwellenmärkten hätte der Zusammenschluss ebenfalls zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen geführt. Anders als bei den Schienenbefestigungssystemen waren die räumlich relevanten Märkte für Betonschwellen enger abzugrenzen. Bei Gleisschwellen aus Beton handelt es sich um ein homogenes Produkt mit hohem Transportkostenanteil. Betonschwellenwerke, die mehr als 200 km voneinander entfernt sind, können keinen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Aufgrund der vorhandenen Standortverteilungen der insgesamt vier am Markt tätigen Schwellenhersteller waren die räumlich relevanten Märkte Ostdeutschland, Nordwestdeutschland und Süddeutschland abzugrenzen. Der Markt für Weichenschwellen war dagegen bundesweit abzugrenzen, weil diese aufgrund des höheren Wertes wirtschaftlich über weitere Strecken transportiert werden. Der Markt für Schwellen der festen Fahrbahn hatte in dem relevanten Jahr ein Marktvolumen von unter 15 Mio. Euro und war demzufolge ein Bagatellmarkt i. S. v. § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. Auf den Märkten für Gleisschwellen aus Beton werden erheblich höhere Umsätze erzielt. Bundesweit sind dort nur die vier Unternehmen DW Schwellen, Moll, Durtrack und Pfeleiderer tätig. Diese weisen jeweils deutliche regionale Schwerpunkte auf, nur in Ostdeutschland besteht nahezu eine Gleichverteilung der Marktanteile. Pfeleiderer ist auf dem süddeutschen Markt mit Anteilen von deutlich über 50 % Marktführer. Auf dem bundesweiten Markt für Weichenschwellen wird der Markt ebenfalls durch Pfeleiderer mit Marktanteilen von mehr als zwei Drittel dominiert. Auf beiden Märkten ist Pfeleiderer mit diesen Marktanteilen auch marktbeherrschend. Das Preisniveau des süddeutschen Gleisschwellenmarktes lag bereits über dem der anderen Regionalmärkte. Marktzutritte waren mangels geeigneter Standorte und wegen vorhandener Überkapazitäten am Markt nicht zu erwarten. Auf dem Markt für Weichenschwellen verfügt Pfeleiderer als einziger Anbieter über mehrere, regional verteilte Standorte und hat somit gegenüber den übrigen Anbietern erhebliche Transportkostenvorteile. Diese Marktstellungen wären durch den Zusammenschluss verstärkt worden. Der Zusammenschluss hätte Pfeleiderer in die Lage versetzt, Wettbewerber nachhaltig in bezug auf ihre Wirtschaftlichkeit zu schwächen und möglicherweise vom Markt zu verdrängen. Damit wären die wettbewerblichen Verhaltensspiel-

räume gegenüber den Nachfragern gewachsen. Bei Gleisschwellen handelt es sich um ein homogenes Massengut, dessen Produktionskosten bei den inländischen Schwellenherstellern weitgehend vergleichbar sind. Bei den inländischen Schwellenwerken besteht kaum noch Raum für Preissenkungen, um damit um Aufträge der DBAG zu konkurrieren. Schwellen werden jedoch immer als Komplettprodukt, also einschließlich der vorinstallierten Befestigung nachgefragt und angeboten. Der Preis setzt sich zusammen aus dem Schwellenpreis und dem Preis der Befestigungssysteme. Ihre Anteile am Gesamtpreis stehen etwa im Verhältnis 3 zu 1. Vor dem Zusammenschluss waren die Preise für die Befestigungssysteme für Gleisschwellen für alle Wettbewerber gleich, jedenfalls hinsichtlich des Angebotes gegenüber der DBAG. Nach dem Zusammenschluss hätte für Vossloh der Anreiz bestanden, Pfeleiderer für Befestigungssysteme für Gleisschwellen bessere Konditionen einzuräumen als den übrigen Schwellenherstellern, wenn dadurch strategische Vorteile erreicht werden können. Bei Werken/Lägern, die relativ dicht beieinander liegen, hätten geringe Preissenkungen zugunsten von Pfeleiderer dieser die Abgabe eines günstigeren Angebotes ermöglicht. Je günstiger die Bezugsmöglichkeiten für Befestigungssysteme für Pfeleiderer sind, desto höher ist das sich daraus ergebende Verdrängungspotenzial. Gerade auf dem süddeutschen Markt könnten Pfeleiderer/Vossloh eine solche Strategie erfolversprechend verfolgen. Bei der gegebenen räumlichen Verteilung der Werke/Läger reichen auf der Basis der aktuellen Rahmenvertragspreise mit der DBAG bereits geringe Preisreduzierungen aus, um erhebliche Marktanteile z. B. vom Wettbewerber Durtrack zu gewinnen. Eine wettbewerbliche Kontrolle durch drohende Marktzutritte wäre nicht zu erwarten, denn die Wettbewerber können genau absehen, dass Pfeleiderer mit Preissenkungen deren Marktaktivitäten unterbinden kann. Jegliche Investitionen für einen Marktzutritt wären daher aus Sicht der Wettbewerber von vornherein nicht lohnend und würden unterbleiben. Der Marktbeherrschung stünde auch die nominell starke Nachfragerstellung der DBAG nicht entgegen. Die DBAG hätte keine Möglichkeiten, auf andere Lieferanten auszuweichen und damit Druck auf Pfeleiderer auszuüben und so deren Verhaltensspielräume zu begrenzen. Der Einkauf der DBAG hat einen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Er muss zuverlässig den Bedarf der Baustellen in einer Region abdecken und muss die benötigten Schwellen aus Transportkostengründen regional beschaffen. Die DBAG muss als Unternehmen des Bundes dabei außerdem das Zuweisungs- und Vergaberecht beachten. Dieses verlangt, den Zuschlag für das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Es wird der DBAG durch das Vergaberecht weder ermöglicht noch geboten, ein strategisches Einkaufsverhalten zu entwickeln und Verdrängungsstrategien einzelner Marktteilnehmer durch Beauftragung teurerer Wettbewerber gegenzusteuern. Bei einem Produkt wie der Gleisbetonschwelle geht es um ein eindeutig beschriebenes Produkt, welches die Einbeziehung „verschiedener quantitativer und qualitativer Umstände“ bei der Vergabe nicht hergibt: die Angebote der am Markt aktiven Anbieter unterscheiden sich einzig im Preis. Deshalb ist der günstigste Preis auch immer das

wirtschaftlichste Angebot. Die übrigen Nachfrager des ÖPNV nach Gleisschwellen sind erst recht nicht in der Lage, in irgendeiner Form Druck auf Pfeleiderer auszuüben. Ihnen gegenüber bestehen bereits jetzt wettbewerblich nicht kontrollierte Verhaltensspielräume Pfeleiderers, die durch die Koppelung der Produkte Schwelle/Befestigung zum Nachteil der Wettbewerber weiter ausgebaut und abgesichert werden könnten. Auf dem Markt für Weichenschwellen wäre die marktbeherrschende Stellung von Pfeleiderer ebenfalls durch den Zusammenschluss verstärkt worden. Die Verdrängungs- und Absicherungsmechanismen, welche Pfeleiderer nach dem Zusammenschluss zur Verfügung gestanden hätten, sind im Wesentlichen dieselben, die bei den Gleisschwellen zum Einsatz kommen können. Aufgrund des wesentlich höheren Kostenanteils der Befestigung am Gesamtprodukt Schwelle einschließlich Befestigung von ca. 50 % wären jedoch, bei weitgehend auskonkurrierten Schwellenpreisen, die Preissetzungsspielräume des Unternehmensverbundes Pfeleiderer/Vossloh nach dem Zusammenschluss noch höher gewesen und damit einhergehend die Verdrängungsmöglichkeiten ausgeprägter. Die Zusammenschlussbeteiligten hatten zur Abwendung einer Untersagung vorgeschlagen, den Zusammenschluss zu modifizieren. Vossloh hätte danach zunächst nur das Auslandsgeschäft von Pfeleiderer erworben. Das Inlandsgeschäft wäre von einer großen Bank erworben worden. Aufgrund der angestrebten Regelungen über den Verkauf des Inlandsgeschäftes hätte jedoch letztlich das wirtschaftliche Risiko des Erwerbs des Inlandsgeschäftes von Pfeleiderer durch die Bank bei Vossloh gelegen, so dass von einer Treuhändergestaltung auszugehen war, die als Umgehungsversuch zu bewerten war. Die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens ist unmittelbar vor der Untersagung zurückgenommen worden. Pfeleiderer track systems ist kurz danach vollständig von der AXA Investment Managers Private Equity Europe S.A. (Frankreich) erworben worden. Bei diesem Erwerb bestanden keinerlei Beziehungen zwischen Vossloh und Axa. Das wirtschaftliche Risiko lag allein bei Axa. Verstärkungswirkungen waren nicht ersichtlich, so dass dieses Zusammenschlussvorhaben freigegeben wurde.

## B. Handel

### Lokomotiven

Das Vorhaben der Mitsui & Co. Ltd. (Japan), die Siemens Dispolok GmbH von der Siemens AG zu erwerben, wurde vom Bundeskartellamt freigegeben. Mitsui ist ein weltweit tätiger, diversifizierter Konzern, der in einer Vielzahl von Branchen tätig ist (u. a. Eisen und Stahl, Maschinenbau, Chemie, Energie, Elektronik, Telekommunikation, Transportlogistik). Dispolok verleast Lokomotiven an Bahnbetreiber in Deutschland und in einigen anderen europäischen Ländern. Das Vorhaben betraf den Markt für das Leasing von Lokomotiven auf dem europäischen Kontinent. Dieser noch relativ junge Markt ist aufgrund der mit dem Leasing im Vergleich zum Vollerwerb durch Kauf verbundenen Beschaffungskostenvorteile für die Eisenbahnbetreiber durch eine anhaltend expansive Entwicklung gekennzeichnet. Letztlich konnte offen ge-

lassen werden, ob der Vollerwerb von Lokomotiven als eine andere Variante der Bereitstellung von Lokomotiven in den Markt einzubeziehen ist. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung haben die Ermittlungen ergeben, dass der europäische Wirtschaftsraum der relevante Markt ist, jedoch ohne Großbritannien und möglicherweise auch ohne Spanien und Portugal wegen zum Teil anderer technischer Bedingungen (Tunnelbreite, Spurweite der Schienen). In Großbritannien sind zudem v. a. die Wettbewerbsbedingungen unterschiedlich, da dort die Liberalisierung des Schienenverkehrs am weitesten vorangeschritten ist. Unternehmen aus Kontinentaleuropa sind so gut wie gar nicht in Großbritannien tätig. Mitsui erreicht durch den Erwerb von Dispolok in Kontinentaleuropa einen Marktanteil von 25 % bis 35 % und schließt damit zum bisherigen Marktführer Angel Trains auf, einem Tochterunternehmen der Royal Bank of Scotland. Drittgrößter Wettbewerber ist CB Rail, ein Tochterunternehmen von Babcock & Brown und der Halifax Bank of Scotland, mit einem Marktanteil von 5 % bis 10 %. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Wettbewerber mit finanzkräftigen Muttergesellschaftern wie Hersteller von Lokomotiven (Vossloh, Alstom, Bombardier), Banken und Bahnbetreiber. Angesichts dieser ausreichenden Drittwettbewerb gewährleistenden Marktstruktur sowie der expansiven Marktentwicklung war die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von Mitsui ebenso wenig zu befürchten wie die Entstehung eines wettbewerbslosen Duopols von Mitsui-Dispolok und Angel Trains.

## Energieversorgung (40)

### A. Allgemein

Auf den deutschen Energiemärkten ist es im Berichtszeitraum zu keiner spürbaren Verbesserung der Wettbewerbssituation gekommen. Im Gas- und Elektrizitätssektor hat das Bundeskartellamt deshalb im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach § 36 seine strikte Untersagungslinie bei Beteiligungen von marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilern fortgesetzt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 128 ff., 136). So wurden im Berichtszeitraum eine Reihe von Vorhaben dieser Art abgemahnt, vor einer Abmahnung von den Unternehmen aufgegeben oder bereits nach Vorgesprächen im Vorfeld einer Anmeldung fallengelassen. Zugleich ist das Bundeskartellamt wie im vorigen Berichtszeitraum verstärkt gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen nach § 1 und Artikel 81 EG (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 137 f.) sowie gegen Preismissbräuche nach § 19 und Artikel 82 EG (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 131 ff., 139 f.) vorgegangen. Mitte 2005 ist allerdings insofern eine Zäsur erfolgt, als die Bundesnetzagentur (BNetzA) die Regulierung der Gas- und Elektrizitätsnetze nach den Vorschriften des novellierten EnWG (Gesetz über die Elektrizitätsversorgung – Energiewirtschaftsgesetz – vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970) aufgenommen hat und die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Bearbeitung netzbezogener Missbrauchsfälle nach nationalem Recht gemäß § 111 EnWG entfallen ist. Das Bundeskartellamt hat in dieser Startphase der Energie-regulierung nicht nur intensiv seine Beteiligungsrechte an

den Verfahren der BNetzA im Rahmen der gesetzlichen Stellungnahme- und Einvernehmensregeln wahrgenommen (S. 28 f.), sondern sieht sich infolge des geschaffenen Regulierungsrahmens neuen Fallgestaltungen vor allem in der Zusammenschlusskontrolle gegenüber, wie z. B. gemeinsamen Netzgesellschaften und Netzpachtmodellen.

Im Stromsektor hält der Trend zu einer höheren Marktkonzentration an. Dieser ist insbesondere durch die von Seiten der Verbundunternehmen – mit unterschiedlicher Intensität – angestrebte vertikale Vorwärtsintegration und durch die Integration des Strom- und Gasgeschäfts bedingt. Auf der regionalen und lokalen Ebene bündeln die weiterverteilenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen vor allem im Hinblick auf den Stromeinkauf ihre Kräfte. Dieser Strukturwandel ist weniger die Folge eines funktionierenden Wettbewerbs, sondern das Ergebnis betriebsstruktureller Anpassungen an veränderte Rahmenbedingungen. Die Strukturen auf den Ebenen der Erzeugung und des Verteilens von Strom und die von Endkunden nachgefragten Absatzmengen sind nämlich im Wesentlichen unverändert geblieben. Geändert haben sich aber die Wege, auf denen der Strom an die Endabnehmer abgesetzt wird. Hierbei ist ein fortgesetzter Anstieg des Stromhandels zu verzeichnen. Als Anbieter auf dem Strom-Handelsplatz EEX in Leipzig sind hauptsächlich die vier Verbundunternehmen, aber auch größere Stadtwerke tätig. Ihnen stehen einige wenige Großabnehmer, beschaffungsoptimierende Weiterverteiler und die Verbundunternehmen selbst gegenüber. Die vier Verbundunternehmen vereinigen dabei einen überragenden Anteil der Handelsangebote auf sich. Der Stromhandel hat auch für den außerbörslichen Handel im Rahmen von OTC- und bilateralen Geschäften mit Industrie- und Weiterverteilerkunden Bedeutung, da der Entwicklung der Börsenpreise dort eine Referenzwirkung zugesprochen wird. Die gestiegene Bedeutung des Stromhandels, die veränderte Struktur der Nachfrage (z. B. durch verschiedene Lieferverträge über unterschiedliche Lastbereiche) und eine strukturell andere Aufstellung der Nachfrager (z. B. in Form von Einkaufskooperationen oder Stadtwerken mit Handelsfunktion) ist nicht ohne Folgen für die Abgrenzung der Märkte, auf denen Weiterverteiler, Händler und Großkunden Strom nachfragen (S. 29). Maßgeblich für die wettbewerbliche Beurteilung – wie auch immer man die Märkte im Einzelnen abgrenzt – sind die Verhältnisse auf der Erzeugungs- und Importstufe. Da Deutschland gegenwärtig Strom-Nettoexporteur ist und der Import ohnehin nur eine geringe Rolle spielt, kommt der inländischen Stromerzeugungssituation für alle nachgelagerten Stromversorgungsbereiche zentrale Bedeutung zu. Von dieser Erzeugung entfällt in Deutschland ein Anteil von rund 60 % auf die beiden großen Verbundunternehmen E.ON und RWE. Unter Einbeziehung von Vattenfall und EnBW erhöht sich dieser Anteil auf rund 90 %. Von den verbleibenden Wettbewerbern, auf die zusammen ca. 10 % des in Deutschland erzeugten Stroms entfällt, geht kein wesentlicher Wettbewerb aus, da sich dieses Marktvolumen neben einigen unabhängigen Stromproduzenten auf eine Vielzahl oft regionaler und lo-

kaler Stromversorger verteilt. Dabei spielt auch eine Rolle, dass die Verbundunternehmen überwiegend Kraftwerkstypen für den Grund- und Mittellastbereich nutzen, während die übrigen Produzenten eher Mittel- und Spitzenlastkraftwerke einsetzen, die über andere Kostenstrukturen verfügen. Auch auf der Ebene des Transports von Strom auf hoher Spannungsebene liegt eine vergleichbare Anteilsverteilung vor. Wettbewerber haben somit nicht die Möglichkeit, in bedeutendem Ausmaß auf alternative Produktionskapazitäten zurückzugreifen oder im Rahmen des internationalen Handels auf ausländische Anbieter auszuweichen. Alle Akteure auf der Handelsebene sind damit auf Lieferungen der Verbundunternehmen angewiesen. So ist es den Verbundunternehmen auch weiterhin möglich, die Absatzströme zu kontrollieren und – in Kombination mit einer Strategie der Absatzsicherung durch die bereits bestehende vertikale Integration – ihre dominante Marktstellung zu festigen. Auf den weiterhin netzbezogen abzugrenzenden Märkten für die Belieferung von Haushalts- und Kleinkunden sind die Marktanteile der einzelnen Marktakteure – neben den vier Verbundunternehmen entfällt ein großer Anteil auf diesen Märkten auf die Gruppe der Stadtwerke und Regionalversorger – in den letzten Jahren weitgehend unverändert geblieben. Der jeweilige von Händlern erreichte Marktanteil ist mit unter 5 % auf diesen Märkten weiterhin sehr gering (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 162, Nationaler Berichtsbeitrag zum EU-Benchmarkbericht 2006, Bericht der BNetzA gem. § 63 Abs. 5 EnWG, S. 88; Monopolkommission, Hauptgutachten XV, Kapitel IV, 4.2.2). Kundenwanderungen finden nur in einem sehr geringen Ausmaß statt.

Ein flächendeckender und alle Stufen der Belieferung mit Gas umfassender Wettbewerb ist ebenfalls nur in unzureichendem Ausmaß zu verzeichnen. Auch der o. g. Nationale Berichtsbeitrag zum EU-Benchmarkbericht 2006 (S. 19) kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Wettbewerbssituation im Gasbereich nicht wesentlich verbessert hat und ein Handel nur in sehr geringem Umfang stattfindet. Das zum 1. Oktober 2006 eingeführte Gasnetzzugangsmodell wird in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung (optionales Einzelbuchungsmodell, 19 Marktgebiete) nicht zu einer durchgreifenden Änderung dieser Situation beitragen und ist bereits Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens der BNetzA gewesen (S. 133). Die Liquidität auf dem deutschen Gasmarkt ist gering. Hierzu tragen u. a. die hohe Konzentration auf der Importstufe, auf der allein die E.ON Ruhrgas AG als wichtigstes deutsches Ferngasunternehmen einen Anteil von ca. 60 % auf sich zieht, sowie die Kombination aus langfristiger Vertragsbindung bei hoher Bedarfsdeckung, die die Ferngaslieferanten i. d. R. mit den Weiterverteilern abschließen, bei. Das Bundeskartellamt ist gegen diese Praxis langfristiger Vertragsbindung im Rahmen von förmlichen Verfahren gegen die Ferngasunternehmen vorgegangen. Während gegenüber der E.ON Ruhrgas AG im Verfügungswege festgestellt wurde, dass ein Großteil der Verträge mit Regional- und Ortsgasunternehmen kartellrechtswidrig ist, und entsprechende Maßnahmen verhängt wurden (WuW/E DE-V 1147 ff. „E.ON Ruhrgas“,

im Eilverfahren vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt, WuW/E DE-R 1757 ff. „E.ON Ruhrgas“), sagten andere Ferngasunternehmen eine kurzfristige Öffnung ihrer Vertragssysteme auf freiwilliger Basis zu (S. 131). In den letzten zwei Jahren hat sich der Trend steigender Gas-Endkundenpreise fortgeführt. Das Bundeskartellamt und einige Landeskartellbehörden haben in diesem Zusammenhang Missbrauchsverfahren wegen des Verdachts auf Preishöhenmissbrauch (vor allem im Haushaltskundenbereich) gegen zahlreiche Gasversorgungsunternehmen durchgeführt. Die Verfahren konnten zum größten Teil eingestellt werden, nachdem die Unternehmen Zugeständnisse gemacht hatten (S. 131 f.).

Infolge des veränderten Energierechtsrahmens mussten sich Kartellbehörden und Gerichte im Rahmen der Marktabgrenzung sukzessive mit möglichen Fortschritten bei der Regulierung auseinandersetzen. Die Einschätzung, dass an der netzbezogenen Marktabgrenzung der Gasmärkte und der Strom-Kleinkundenmärkte festzuhalten ist, bis es zu einer Veränderung der Verhältnisse am Markt kommt, ist von den Gerichten bestätigt worden. In der Entscheidung „Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH“ (WuW/E DE-R 1639 ff.) befand das Oberlandesgericht Düsseldorf nahezu zeitgleich mit dem Inkrafttreten des novellierten Energierechtsrahmens, dass von der Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes nicht ohne weiteres erwartet werden kann, dass sie die Schwierigkeiten beim Netzzugang alsbald beseitigen wird. Dies gilt, so das Oberlandesgericht Düsseldorf weiter, trotz Überwachung des Netzzugangs durch die neue Regulierungsbehörde und trotz der Entflechtung des Netzbetriebs vom Vertriebsgeschäft. Der Bundesgerichtshof urteilte in der Entscheidung „Stadtwerke Dachau“ (WuW/E DE-R 1471 ff.) nach einem halben Jahr Regulierungstätigkeit, die tatsächlichen Marktverhältnisse würden auch weiterhin davon bestimmt, dass die Gasversorgungsunternehmen in ihren herkömmlichen Versorgungsgebieten über ein natürliches Monopol an der Netzstruktur verfügten, solange nicht ein rechtlich abgesichertes und praktisch handhabbares Durchleitungssystem bestehe. Nachdem von den Verbänden ein Durchleitungssystem konstruiert worden war, entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss „E.ON Ruhrgas“ (WuW/E DE-R 1757 ff.), dass ernstliche Zweifel an der bisherigen räumlichen Marktabgrenzung dadurch noch nicht begründet werden. Die jüngste Entscheidung der BNetzA, wonach das Gasnetzzugangsmodell wegen seiner Kombination mit dem Einzelbuchungsmodell funktionsuntüchtig ist (S. 133), gibt dieser Vorsicht der Kartellbehörden und Gerichte im Nachhinein Recht. Im Strombereich hatte der Bundesgerichtshof schon zuvor in der Sache „Strom + Telefon I“ (WuW/E DE-R 1206 ff.) befunden, dass unbeschadet an sich bestehender überregionaler Austauschmöglichkeiten gleichwohl in einem regionalen Bereich tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb gegeben sei, weil die Nachfrager solche überregionalen Angebote nicht oder praktisch nicht wahrnehmen. Jedenfalls bei einem Absatzanteil von mehr als 90 % – was auch heute noch zumeist der Realität entspricht – sieht der

Bundesgerichtshof Strom-Kleinkundenmärkte weiterhin als regional begrenzt an.

Seit Inkrafttreten des neuen Energierechtsrahmens wurde das Bundeskartellamt vermehrt mit Zusammenschlussanmeldungen befasst, welche die Gründung gemeinsamer Strom- oder Gas-Netzgesellschaften durch mehrere Energieversorger – Stadtwerke und Regionalversorger, aber auch unter Beteiligung von den großen Verbundunternehmen – zum Gegenstand hatten. Solche gemeinsamen Netzgesellschaften bieten in erster Linie Netzdienstleistungen an. Hier ist schon jetzt jeder Netzbetreiber in den Grenzen seines Netzes Monopolist, so dass durch die Zusammenlegung in ein Gemeinschaftsunternehmen keine Verschlechterungen der Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Netzdienstleistungsmärkten zu verzeichnen sind. Kritisch wurde vom Bundeskartellamt zunächst aber geprüft, ob sich aus der Zusammenarbeit der Gesellschafter in der Netzgesellschaft schädliche Rückwirkungen auf ihr eigenes Strom- bzw. Gasvertriebsgeschäft ergeben. Wäre man hier zu der Annahme eines wettbewerbsschädlichen Gruppeneffektes gelangt, hätte dies zugleich bedeutet, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Unbundling von Netz und Vertrieb keine praktische Wirkung zugekommen wäre. In Anbetracht der generell hohen Anforderungen an den Nachweis eines Gruppeneffekts sowie angesichts der Besonderheit, dass hier ein vom Gesetzgeber in seinen Einzelheiten konkret vorgeschriebenes und von der BNetzA überwachtes Unbundling existiert, ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes bis auf weiteres eine optimistische Prognose dahingehend möglich, dass derartige Gruppeneffekte ausbleiben. Auf dieser Basis wurden im Berichtszeitraum sieben gemeinsame Netzgesellschaften geprüft und freigegeben. Sollten sich allerdings konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Zusammenarbeit von Energieversorgern in einer Netzgesellschaft wettbewerbsschädliche Rückwirkungen in Bezug auf ihr Vertriebsgeschäft nach sich zieht, müsste diese optimistische Prognose in künftigen Fällen überdacht werden. Ebenso wird man zu anderen Ergebnissen kommen, wenn Kooperationen zwischen Stadtwerk und insbesondere einem Verbundunternehmen ein solches Ausmaß erreichen, dass der Vertrieb letztlich nur noch auf die Bedeutung einer Insel reduziert ist.

Während vom Bundeskartellamt in der Vergangenheit noch Beteiligungen des marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilern unterhalb einer bestimmten Energieabsatzgröße als nicht untersagungsfähig angesehen wurden (vgl. zuletzt Freigabe „EnBW/Stadtwerke Backnang“, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 136 f.), werden solche Vorhaben nunmehr durchgängig kritisch gesehen, solange nicht die gesetzlichen Bagatellschwellen des § 35 Abs. 2 eingreifen. Die Monopolkommission hat sich gegen die Verwendung einer Bagatellgrenze im Bereich der Energiefusionskontrolle mit der Begründung ausgesprochen, dass die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen in der Summe problematisch ist und insofern auch bei – isoliert betrachtet – nur sehr geringen Beteiligungen ein Marktverschließungseffekt möglich ist. Um der Strategie der Vorwärtsintegration zu begegnen, so die Monopolkommission, muss jede Beteiligung unabhängig

von der betroffenen Energiemenge untersagt werden (vgl. Monopolkommission, 16. Hauptgutachten 2004/2005, Bundestagsdrucksache 16/2460, S. 279).

## B. Elektrizitätswirtschaft

### 1. Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Linie fortgesetzt, wonach auf den bundesweiten Strommärkten ein marktbeherrschendes Duopol, gebildet aus E.ON und RWE, existiert und Beteiligungen dieser Konzerne an Weiterverteilern (Stadtwerken und Regionalversorgern) gemäß § 36 zu untersagen sind (vgl. die früheren Zusammenschlussfälle „RWE/Bergische Stadtwerke“, „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, „E.ON/Stadtwerke Lübeck“, „E.ON/Stadtwerke Neumünster“, „E.ON/AVG“ und „Thüga/Stadtwerke Ulm“, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 128 ff.). Allerdings hat das Bundeskartellamt bei der Begründung seines Duopol-Befundes den eingetretenen Entwicklungen auf diesen Märkten, wie sie durch die im Berichtszeitraum durchgeführte umfassende Erhebung deutlich geworden sind, insbesondere im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung Rechnung getragen. Konkret stützte das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum seine Duopol-Beurteilung in dem beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängigen Beschwerdeverfahren in Sachen „E.ON/Eschwege“ sowie in den im Dezember 2006 abgemahnten Zusammenschlüssen „RWE/Stadtwerke Völklingen“ (die Anmeldung wurde zwischenzeitlich zurückgenommen) und „RWE/SaarFerngas“ (das Vorhaben wurde mit Beschluss vom 12. März 2007 untersagt, S. 130 f.) nunmehr auf folgende Überlegungen:

Ausgangspunkt ist, dass sich Strom als Produkt und als Handelsgut durch spezifische Eigenschaften auszeichnet, die die Marktstruktur entscheidend prägen. Strom ist ein homogenes, nicht unmittelbar speicherbares Produkt, das über Übertragungs- bzw. Verteilnetze an den Endabnehmer geliefert wird. Darüber hinaus wird im Gegensatz zu üblichen Handelsgütern nicht das Gut Strom direkt gehandelt, sondern vielmehr findet ein Handel von Strombezugsrechten statt. Aufgrund dieser und weiterer spezifischer Eigenschaften des Produktes Strom ist der Stromsektor in Deutschland durch eine von anderen Märkten abweichende Struktur geprägt. Bei grober, jedoch für das Ziel einer adäquaten Marktabgrenzung und -beurteilung ausreichender Darstellung umfasst diese Struktur drei Stufen: die Erzeugungsstufe, die Distributionsstufe und die Endkundenstufe. Auf der Erzeugungsstufe sind vor allem die vier großen Verbundunternehmen E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall aber auch alle sonstigen Unternehmen – beispielsweise Stadtwerke oder unabhängige Kraftwerksbetreiber – tätig, die über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen. Diese sonstigen Erzeugungsunternehmen haben i. d. R. keinen Zugriff auf ein gestreutes Erzeugungsportfolio, sondern verfügen beispielsweise als unabhängige Kraftwerksbetreiber oder als Stadtwerke lediglich über einzelne Kraftwerke. Insofern lassen sich die zur Verfügung stehenden Erzeugungskapazitäten nicht vergleichen. Vielmehr muss zur sachgerechten Erfassung der Gegebenheiten auf der

Erzeugungsstufe auf die tatsächlich erzeugten Mengen und nicht auf die theoretisch zur Verfügung stehenden Kapazitäten abgestellt werden. Zusätzlich umfasst die Erzeugungsstufe weitere, dem deutschen Markt zur Verfügung stehende Strommengen, die durch Stromimporteure aus dem Ausland in den deutschen Markt – netto – importiert werden. Die vier Verbundunternehmen stellen gleichzeitig auch die größten Stromimporteure dar, da sie rund zwei Drittel des Stromimports abdecken. Allerdings ist Deutschland seit der Liberalisierung Ende 1998 weitestgehend Strom-Nettoexporteur. Auf der Distributionsstufe sind Weiterverteilern und Händler sowie die Verbundunternehmen selbst – über konzerneigene Stadtwerke und Regionalversorger sowie entsprechende Handelsunternehmen – tätig. Die Endkundenstufe umfasst sämtliche Endkunden, die von den Unternehmen der Distributionsstufe Strom zum eigenen Verbrauch nachfragen.

Von zentraler Bedeutung für die wettbewerbliche Beurteilung ist die Interdependenz der Einzelstufen. Die Nichtspeicherbarkeit von Strom impliziert, dass zu jedem Zeitpunkt die auf der Erzeugungsstufe produzierte bzw. importierte Strommenge identisch mit den auf der Endkundenstufe in der Summe nachgefragten Strommengen sein muss. Ein weiterer wichtiger Unterschied speziell zwischen der Distributionsstufe und der in anderen Branchen vorzufindenden Großhandelsstufe ist, dass auf der Distributionsstufe die Marktteilnehmer auch untereinander handeln. Unternehmen der Distributionsstufe (Weiterverteilern und Händler) treten nicht nur als Stromnachfrager gegenüber den Erzeugungsunternehmen auf, sondern auch als Stromanbieter gegenüber anderen Unternehmen der Distributionsstufe. Insofern muss bei der skizzierten Stufenstruktur des Strommarktes berücksichtigt werden, dass Stromlieferungen auf der Distributionsstufe mehrfach zwischen Unternehmen gehandelt werden können. Jedoch kann aus diesen Gegebenheiten nicht gefolgert werden, dass der Distributionsstufe eine maßgebliche kompetitive Rolle zufällt. Vielmehr erfüllt die Distributionsstufe im Rahmen der beschriebenen Marktstruktur überwiegend eine intermediäre Aufgabe, die sich insbesondere aus den Eigenschaften der Nichtspeicherbarkeit und der Homogenität des Stroms ergibt. Hinzu kommt, dass ein entsprechendes Ungleichgewicht von eingespeister Strommenge und entnommener Strommenge unmittelbar durch die vier Regelzonenbetreiber ausgeglichen wird. Die Distributionsebene verteilt somit den produzierten Strom an die Endkunden. Ein strategisches Agieren auf der Distributionsstufe im Sinne eines Herausnehmens und Lagerns von Strom in Off-Peak-Zeiten bzw. eines zusätzlichen Angebots gelagerter Strommengen zu Peak-Zeiten ist den Händlern und Weiterverteilern ohne eigene Erzeugungskapazitäten nicht möglich. Die Distributionsstufe ist deswegen in ihren Aktionen immer abhängig von der Erzeugungsstufe und hier in besonderem Maße von den Regelzonenbetreibern, so dass auch das Marktergebnis auf der Endkundenstufe immer (zumindest mittelbar) durch das Verhalten der Unternehmen auf der Erzeugungsstufe determiniert wird.



Die vom Bundeskartellamt im Berichtszeitraum im Rahmen des Beschwerdeverfahrens „E.ON/Stadtwerke Eschwege“ durchgeführte Marktdatenerhebung hat ergeben, dass die Strukturen auf den Ebenen des erstmaligen Absatzes von Strom und des Absatzes von Strom an Endkunden im Wesentlichen unverändert geblieben sind. Geändert haben sich aber in erheblichem Umfang Art und Weise, wie Strom an die Abnehmer abgesetzt wird. Zwar kommt den traditionellen Versorgungsverträgen, die auf bilateralen Liefervereinbarungen zwischen einem Stromanbieter und einem Stromnachfrager beruhen, insbesondere auf der Stadtwerksstufe sowie im Endverbrauchergeschäft weiter eine große Bedeutung zu. Die gestiegene Bedeutung des Stromhandels, die veränderte Struktur der Nachfrage (z. B. durch verschiedene Lieferverträge über unterschiedliche Lastbereiche) und eine strukturell andere Aufstellung der Nachfrager (z. B. in Form von Einkaufskooperationen oder Stadtwerken mit Handelsfunktion) sind aber nicht ohne Folgen für die Abgrenzung der Märkte geblieben, auf denen Weiterverteiler und Händler ihren Strom nachfragen. Neben den bisherigen bilateralen Liefervereinbarungen haben sich insbesondere weitere Bezugsmöglichkeiten entwickelt. So werden nach Lieferperiode und Lastprofil standardisierte Stromkontrakte über Plattformen wie z. B. über den institutionalisierten Handelsplatz EEX oder auch over the counter (OTC) über das Telefon und über das Internet gehandelt. Hierbei ist zwischen dem Spot- und dem Terminmarkt zu unterscheiden. Auch außerhalb der EEX besteht die Möglichkeit zum bilateralen Handel mit standardisierten Produkten (OTC- Handel). Wie im Börsenhandel ist auch hier zwischen dem Spot- und dem Terminmarkt zu unterscheiden. Da solche gehandelten Strommengen mehrmals in verschiedene Handelskontrakte zusammengefasst und mehrfach zwischen verschiedenen Parteien gehandelt werden können, übertrifft die gehandelte Menge die physischen Strommengen um ein Vielfaches. Vor diesem Hintergrund wird die sachliche und räumliche Marktabgrenzung vom Bundeskartellamt nunmehr wie folgt vorgenommen:

Auf der untersten Marktstufe stehen Lieferanten von Strom den industriellen, gewerblichen, landwirtschaftlichen und privaten Letztverbrauchern gegenüber. Gemäß ihres unterschiedlichen Abnahmeverhaltens bilden dabei die Belieferung von Stromkunden mittels Standardlastprofil aus den Niederspannungsnetzen (Kleinkunden) und die Belieferung von leistungsgemessenen Kunden (Stromgroßkunden) i. d. R. aus dem Mittelspannungsnetz und darüber liegenden Netzebenen eigene sachlich relevante Märkte. Will man auch auf der Distributionsstufe ungeachtet der o. g. Besonderheiten für Zwecke der fusionsrechtlichen Bewertung einen Markt abgrenzen, so kommt man zu einem Markt für den erstmaligen Absatz von Strom. Ebenso gut könnte man auf eine Einzelmarktabgrenzung auf der Distributionsstufe verzichten, denn auch ohne Kenntnis von genauen Marktanteilen lässt sich diese Stufe einer wettbewerblichen Beurteilung unterziehen. Das Marktergebnis auf der gesamten Stufe ist nämlich durch das Verhalten der Unternehmen auf der Erzeugungstufe determiniert. Ein Markt für den erstmaligen Absatz von Strom umfasst zunächst den Erstabsatz

aller Stromversorgungsunternehmen, die über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen. Hierzu zählen die vier Verbundunternehmen sowie alle sonstigen Unternehmen mit Kraftwerksbestand. Zusätzlich umfasst dieser Markt angebotsseitig die weiteren, dem deutschen Strommarkt zur Verfügung stehenden Strommengen, die – netto – durch Stromimporteure aus dem Ausland in den deutschen Markt importiert werden. Soweit daneben zwischen den Unternehmen, die Strom erstmals anbieten und nachfragen, noch ein reges Zweitgeschäft mit Strom existiert, kann dies schon bei der Marktabgrenzung außer Acht gelassen werden. Hier sind als Verkäufer und Käufer auf beiden Seiten die Verbundunternehmen über konzern-eigene Regionalversorger, Stadtwerke und konzern-eigene Handelsunternehmen, weitere Weiterverteiler (Regionalversorger und Stadtwerke) sowie Stromhändler ohne eigene Verteilnetze vertreten. Dieser wichtige Unterschied zu dem in anderen Branchen vorzufindenden Großhandel, nämlich dass Weiterverteiler und Händler nicht nur als Stromnachfrager gegenüber den Erzeugungsunternehmen auftreten, sondern auch als Stromanbieter gegenüber anderen Unternehmen dieser Absatzstufe, rechtfertigt die Herausnahme aus dem relevanten Markt. Denn dass Strom auf der Großhandelsstufe mehrfach zwischen Unternehmen gehandelt werden kann und auch tatsächlich wird, ist für die Feststellung der Marktverhältnisse im Großhandel ohne Belang. Eine irgendwie geartete kompetitive Bedeutung kommt dem Handel zwischen den Distributeuren nicht zu. Eine Marktabgrenzung, die dazu führt, dass auf der Angebotsseite des Marktes Wettbewerb vorgetäuscht würde, der in Wirklichkeit nicht besteht, hat aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung aus Rechtsgründen außer Betracht zu bleiben (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, „Staubsaugerbeutel“). Auf der Distributionsstufe lassen sich aber auch unabhängig von einer konkreten sachlichen Marktabgrenzung Kunden, d. h. Händler und Weiterverteiler mit eigenen Stromerzeugungskapazitäten, von solchen unterscheiden, die über keine Stromerzeugungsmöglichkeiten verfügen. Zur ersten Gruppe gehören in erster Linie die Verbundunternehmen selbst, soweit sie über Tochterunternehmen als Händler oder Weiterverteiler auf dieser Stufe direkt aktiv sind und Stadtwerke, die über entsprechende Erzeugungskapazitäten verfügen. Davon zu unterscheiden sind Händler und Weiterverteiler, die keinerlei eigene Stromerzeugung aufweisen und deren Marktposition als Anbieter von Strom immer nur eine abgeleitete Position von den sie beliefernden Stromerzeugern ist. Die Beurteilung der gesamten Distributionsstufe kann deshalb alternativ anhand der Verhältnisse auf der Erzeugungstufe vorgenommen werden.

In räumlicher Hinsicht ist für den Markt für Strom-Kleinkunden ungeachtet der zwischenzeitlich unternommenen Liberalisierungsschritte weiterhin auf das Netzgebiet, also das zur Versorgung eines Gewerbebetriebes oder Haushalts benötigte Niederspannungsnetz abzustellen, da die Entwicklung des Geschäfts mit nichtleistungsgemessenen Endkunden hin zu einem überregionalen Markt stagniert und die technisch mögliche Durchleitung von

Strom keine signifikante Rolle spielt. Dies zeigt sich auch an der durchweg niedrigen Wechselrate bei nichtleistungsgemessenen Endkunden. Im nationalen Beitrag zum EU-Benchmarkbericht wird festgestellt, dass 2005 nur gut 2 % der Haushalte ihren Lieferanten gewechselt haben (vgl. Nationaler Berichtsbeitrag zum EU-Benchmarkbericht, Bericht der Bundesnetzagentur gemäß § 63 Abs. 5 EnWG, August 2006, S. 88). Die Begrenzung des Strom-Kleinkundenmarktes auf das Netzgebiet des Anbieters entspricht nicht zuletzt höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH WuW/E DE-R 1206,1208. „Strom + Telefon I“). Demgegenüber sind die übrigen Strommärkte bundesweit abzugrenzen, da aufgrund der dort funktionierenden und auch im signifikanten Umfang genutzten Durchleitung Stromlieferungen in der gesamten Bundesrepublik möglich sind und durchgeführt werden. Eine weiter als bundesweit gehende Marktabgrenzung hingegen ist nicht sachgerecht, da derzeit die importierten Strommengen im Verhältnis zu den in Deutschland erzeugten Strommengen nur eine geringe Rolle spielen. Dies liegt vor allem daran, dass die Grenzübergangskapazitäten in technischer und buchungsseitiger Hinsicht derzeit zu gering sind, als dass signifikante Strommengen importiert werden könnten (vgl. zur geringen Bedeutung von Stromimporten und den Gründen dafür Europäische Kommission, Preliminary Report, S. 150 ff., 166).

E.ON und RWE sind auf den so abgegrenzten bundesweiten Strommärkten nach Auffassung des Bundeskartellamtes nach wie vor gemeinsam marktbeherrschend i. S. v. § 19 Abs. 2, weil dort zwischen diesen beiden Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und weil sie insofern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen der überragenden Marktstellung nach § 19 Abs. 2 erfüllen. Aufgrund der relevanten Marktstrukturfaktoren und des tatsächlichen Wettbewerbsgeschehens besteht zwischen E.ON und RWE kein Binnenwettbewerb. In Anbetracht der Marktverhältnisse, der weitgehend übereinstimmenden unternehmensbezogenen Strukturmerkmale der Duopolmitglieder, der Produkthomogenität, der Markttransparenz, der geringen Preiselastizität der Stromnachfrage und der eher stagnierenden Gesamtnachfrage nach Strom sind preisliche Vorstöße eines Duopolmitglieds nicht zu erwarten. Sie wären auch leicht erkennbar und aufgrund ähnlicher Vergeltungspotenziale des anderen Duopolmitglieds wenig erfolgversprechend. Eine Marktanteilsberechnung bezogen auf die bundesweit abzugrenzenden Märkte ist lediglich für die Strom-Erstbelieferung der Distributionsstufe und den Strom-Großkundenmarkt rechnerisch möglich. Betrachtet man die Marktanteile auf dem Strom-Großkundenmarkt, so kommt RWE für das Jahr 2004 auf einen Anteil von über 20 %, E.ON und EnBW auf jeweils über 15 % und Vattenfall auf deutlich unter 10 %. Auf Händler entfallen ca. 5 % der Marktanteile, die Stadtwerke vereinigen zusammengenommen über 36 % auf sich. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Duopolisten über ihre zahlreichen Minderheitsbeteiligungen an anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zusätzlich an den Gewinnen partizipieren, die mit den Absatzmengen verbunden sind, die diese Elektrizitätsversorgungsunternehmen an

ihre Großkunden liefern – auch wenn ihnen deren Umsätze formal nicht als Marktanteil zugerechnet werden können. Sind die Duopolisten auch noch Vorlieferant dieser Stromversorgungsunternehmen, partizipieren sie in doppelter Form. Beide Unternehmen verfügten Ende 2004 über 204 (E.ON 134, RWE 70) Minderheitsbeteiligungen zwischen 10 % und 49,9 % allein an Stromversorgungsunternehmen, die ihnen einen so maßgeblichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen vermitteln, dass zwischen dem jeweiligen Duopolmitglied und seinen Beteiligungsunternehmen kein wesentlicher Wettbewerb um Großkunden stattfindet. Würde man die Marktanteile für einen erstmaligen Absatz an die Distributionsstufe ermitteln, ergäben sich automatisch die Anteile, die die stromerzeugenden Unternehmen an der insgesamt erzeugten Nettostrommenge im jeweiligen Betrachtungsjahr haben, und zwar abzüglich der Anteile für Absatzmengen, die diese Unternehmen direkt an Endkunden liefern. Darüber hinaus ist – wie oben bereits dargestellt – die Distributionsstufe nicht von großer wettbewerblicher Bedeutung, weil letztlich das Marktergebnis auf den Endkundenmärkten immer durch das Verhalten der Unternehmen auf der Erzeugungstufe determiniert wird. Insofern könnte sogar auf die Berechnung und Beurteilung herkömmlicher Marktanteile ganz verzichtet werden. Diese Vorgehensweise ist unproblematisch, da aufgrund der Nichtspeicherbarkeit des Stroms zu jedem Zeitpunkt die von einem Erzeugungsunternehmen erzeugte Strommenge identisch mit der entsprechend an Endkunden gelieferten Strommenge sein muss. Hieraus folgt, dass sich die Marktverhältnisse auf der Distributionsstufe und auf dem Strom-Großkundenmarkt auch ohne genaue Kenntnisse der Marktanteile bereits im Wesentlichen daraus ergeben, wie die von den Erzeugungsunternehmen erzeugten Strommengen zwischen diesen Unternehmen verteilt sind. E.ON und RWE hielten diesbezüglich in 2003 und 2004 gemeinsam einen überragenden Anteil an der erzeugten Nettostrommenge, der Anteil aller vier Verbundunternehmen lag zusammengenommen zwischen 86 % und 89 %. Die gleichermaßen überragende Position von E.ON und RWE in der inländischen Kraftwerkskapazität wird schließlich auch durch Importe nicht ernsthaft in Frage gestellt. Ein symmetrisches Oligopol mit geringen Marktanteilsabständen der Unternehmen untereinander, vergleichbaren Ressourcen und einem ähnlich guten Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten neigt zur Wettbewerbslosigkeit, weil wettbewerbliche Vorstöße für alle Unternehmen gleich spürbar, wegen der Transparenz leicht erkennbar und aufgrund ähnlicher Vergeltungspotenziale wenig erfolgversprechend sind. Derartige, für die bundesweiten Strommärkte relevante Symmetrien weisen E.ON und RWE zunächst in Bezug auf ihre beachtlich hohen Anteile an den Kraftwerkskapazitäten und an der Netzinfrastruktur auf. Des Weiteren sind es in erster Linie E.ON und RWE, die den Unternehmen der Distributions-, aber auch der Endverbraucherstufe sowohl Strom als auch Gas anbieten; Vattenfall fehlt diese Gasseite nahezu ganz, bei EnBW ist sie nicht so deutlich ausgeprägt wie bei E.ON und RWE. Schließlich bestehen zwischen den Duopolmitgliedern Verflechtungen, die ihre gemeinsame Interessenlage ver-

tiefen und einen vielfältigen wettbewerbsrelevanten Informationsaustausch beinhalten. So haben E.ON und RWE an einer Reihe von weiterverteilenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen gemeinsame Beteiligungen und damit gemeinsame Interessen auf der Distributions- und Endkundenstufe; weitere Verflechtungen bestehen im Bereich der Stromerzeugung. Der fehlende Binnenwettbewerb ergibt sich darüber hinaus aus Gesichtspunkten wie der Homogenität des Stroms, seinem geringen Innovationspotenzial und der gegebenen Preistransparenz. Auch ganz konkret werden wettbewerbliche Möglichkeiten von den Duopolmitgliedern nach dem Ergebnis der Ermittlungen nicht gegeneinander eingesetzt.

Die Verhaltensspielräume des Duopols werden auf den bundesweiten Strommärkten nicht durch andere Unternehmen wirksam begrenzt. Zwar gibt es auf der Anbieterseite Vattenfall und EnBW als Unternehmen mit einem Park von unterschiedlichen Erzeugungskapazitäten, während die übrigen Anbieter derartige Kapazitäten nicht aufzuweisen haben und bezogen auf ihre Marktanteile zersplittert sind. Die Möglichkeiten von Außenwettbewerb durch Vattenfall sowie EnBW gegenüber dem Duopol werden jedoch durch eine Reihe von Verbindungen dieser Unternehmen mit den Duopolisten (z. B. über Gemeinschaftskraftwerke, gemeinsame Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern) gedämpft. Marktzutritte auf der Erzeugungsstufe, deren Verhältnisse wie gesehen ausschlaggebend auch für die Verhältnisse auf den nachfolgenden Stufen sind, sollen durch entsprechende rechtliche Regelungen im EnWG zwar gefördert werden, doch existieren weiterhin enorme tatsächliche Marktzutrittsschranken. Zunächst handelt es sich hierbei um strukturelle Schranken, die sich daraus ergeben, dass neue Erzeugungskapazitäten nicht an beliebigen Standorten errichtet werden können, sondern infrastrukturell so eingebunden sein müssen, dass eine Anlieferung des eingesetzten Primärenergieträgers möglich ist und ferner ein Netzanschluss erfolgen kann. Auch sind umwelt- und sicherheitspolitische Genehmigungsverfahren so ausgelegt, dass von vornherein nur eine sehr begrenzte Anzahl von Standorten in Frage kommt. Darüber hinaus bauen die Duopolisten nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes strategische Marktzutrittsschranken auf, um den Marktzutritt von neuen Erzeugungskapazitäten zu verhindern. Beispielsweise wird der Netzanschluss von neuen Kapazitäten zwar ermöglicht, jedoch werden mit Hinweis auf notwendige Netzerweiterungen prohibitiv hohe Anschlusspreise gefordert. Ferner versuchen sie, Markteintritte von Weiterverteilern, die bislang über keine eigenen Erzeugungskapazitäten verfügen, zu verhindern, indem Beteiligungen an den eigenen Erzeugungskapazitäten angeboten werden (virtuelle Kraftwerke). Hierdurch behalten die etablierten Erzeugungsunternehmen weiterhin die Kontrolle über die in Deutschland erzeugten Strommen.

Durch eine Beteiligung an Weiterverteilern würde das marktbeherrschende Duopol i. S. v. § 36 verstärkt, da sich die Wettbewerbsverhältnisse sowohl auf der Distributionsstufe bzw. dem Erstbelieferungsmarkt als auch auf dem Großkundenmarkt weiter verschlechtern würden.

Das Bundeskartellamt hat deshalb im Berichtszeitraum das Zusammenschlussvorhaben des RWE-Konzerns, sich mit 17,6 % an der Stadtwerke Völklingen GmbH zu beteiligen, sowie das weitere Zusammenschlussvorhaben von RWE, die SaarFerngas AG zu übernehmen, stromseitig abgemahnt. Die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens „RWE/Stadtwerke Völklingen“ wurde zwischenzeitlich zurückgenommen. Das Vorhaben RWE/SaarFerngas wurde mit Beschluss vom 12. März 2007 untersagt. Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes wurde Beschwerde eingelegt (s. zur Gasseite des Falles S. 130 f.).

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundeskartellamt eine Reihe von Unternehmenszusammenschlüssen angemeldet, die die Stromerzeugung durch Windkraftanlagen betreffen. Windkraftanlagen können entweder an Land oder als sog. off-shore-Anlagen in der Nord- oder Ostsee betrieben werden. Während bei Windkraftanlagen an Land aufgrund der begrenzten Standorte nicht von drastischen Kapazitätswüchsen auszugehen ist, wird das Kapazitätspotenzial von off-shore-Anlagen als hoch eingeschätzt. Bislang befinden sich jedoch sämtliche off-shore-Anlagen in Deutschland noch in der Planungs- oder Testphase. Die angemeldeten Zusammenschlussvorhaben im Bereich Windkraftanlagen betreffen die bundesweite Erzeugerstufe für elektrische Energie, ohne dass es auf die Energiequelle ankommt (vgl. grundlegend KG WuW/E OLG 2113, 2116 „Steinkohlestromerzeugung“), da aus Sicht der Stromnachfrager eine Unterscheidung nach Energiequelle weder technisch möglich noch im Regelfall gewollt ist. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass von Zusammenschlussvorhaben im Bereich Windkraftanlagen negative Wettbewerbswirkungen auf die Erzeugerstufe für elektrische Energie ausgehen können, falls im Strombereich tätige marktbeherrschende Unternehmen Erzeugungskapazitäten von anderen Unternehmen zu übernehmen beabsichtigen. Ebenso sind negative Wettbewerbswirkungen nicht ausgeschlossen, falls marktbeherrschende Unternehmen versuchen, die bei der Stromerzeugung bereits hohen Markteintrittsschranken insbesondere bei off-shore-Anlagen strategisch zu erhöhen, indem Standorte blockiert werden oder in der Entwicklung von derartigen Anlagen tätige Projektgesellschaften übernommen werden, um die Projektentwicklung zu verlangsamen. Das Bundeskartellamt wird aus diesen Gründen die weitere Entwicklung bei Windkraftanlagen mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgen.

## 2. Verhaltenskontrolle

### a) Netznutzungsentgelte

Im Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz AG wegen überhöhter Netznutzungsentgelte für Mittel- und Niederspannung sowie Umspannung hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 28. Juni 2005 (WuW/E DE-R 1513 ff.) die vorangegangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. März 2004 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 30, 132) aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof bestätigte

damit im Grundsatz die Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes in Form eines Vergleichs der Erlöse aus Netznutzung pro Kilometer Leitungslänge zwischen der Stadtwerke Mainz AG und der RWE Net AG (jetzt RWE Energy AG). Der Erlösvergleich ist demnach im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 2 ebenso zulässig wie ein Preisvergleich. Es genügt die Heranziehung eines einzigen Vergleichsunternehmens, selbst wenn dieses ein Monopolunternehmen ist. Strukturunterschieden ist durch Zu- oder Abschläge Rechnung zu tragen; dabei sind in begrenztem Umfang auch Schätzungen zulässig. Individuelle Umstände, die auf unternehmerische Entscheidungen zurückgehen – so auch Finanzkraft und Umsatz des Vergleichsunternehmens – haben außer Betracht zu bleiben, da sie nicht gebietsstrukturbezogen sind. Schließlich war die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht hier nicht durch die Vermutung der Erfüllung guter fachlicher Praxis nach § 6 Abs. 1 EnWG bei Einhaltung der Verbändevereinbarung Strom II plus ausgeschlossen. Nach Aussage des Bundesgerichtshofs ist die Missbrauchsaufsicht schon deshalb von Bedeutung, weil die Heranziehung der Verbändevereinbarung möglicherweise das von den Betreibern der natürlichen Monopole geforderte überhöhte Preisniveau verfestigt. Anders als das Bundeskartellamt hielt der Bundesgerichtshof nur die Ansetzung eines Erheblichkeitszuschlages als Voraussetzung für einen Preismissbrauch im Vergleich zweier Unternehmen für geboten. Bei der Bemessung des Erheblichkeitszuschlages hat der Tatrichter allerdings zu berücksichtigen, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist und ein Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag als unter normalen Marktgegebenheiten bejaht werden kann. Nachdem mit dem Inkrafttreten des neuen Energierechtsrahmens die Zuständigkeit für die Missbrauchsaufsicht nach nationalem Recht vom Bundeskartellamt auf die BNetzA überging, haben das Bundeskartellamt und die Stadtwerke Mainz AG das Verfahren beim Oberlandesgericht Düsseldorf übereinstimmend für erledigt erklärt.

Das gegen die Übertragungsnetzbetreiber RWE, Vattenfall und EnBW eingeleitete Missbrauchsverfahren wegen des Verdachts überhöhter Netznutzungsentgelte im Höchstspannungsbereich (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 132 f.) wurde mit Inkrafttreten der Regulierung zum 13. Juli 2005 an die BNetzA abgegeben.

#### b) Arealnetze

Durch Beschluss vom 28. Juni 2005 hat der Bundesgerichtshof die Rechtsbeschwerde der Mainova AG gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Juni 2004 zurückgewiesen und damit die Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamtes vom 8. Oktober 2003 bestätigt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 30, 134 f.). Danach verstößt die Weigerung der Mainova AG, den Arealnetzbetreiber GETEC net GmbH an ihr Mittelspannungsnetz anzuschließen, gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4. Ebenso wie das Oberlandesgericht Düsseldorf sah der Bundesgerichtshof keine Einschränkung des kartellrechtlichen Anspruchs auf Netzanschluss durch Vorschriften des EnWG zum Netzzugang oder zur allgemeinen Versorgung. Die Weigerung des auf der Mittel-

spannungsebene marktbeherrschenden Unternehmens, einen nachgelagerten Netzbetreiber anzuschließen, stellt einen Missbrauch in Form der Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung dar. Eine etwaige Verschlechterung der Kundenstruktur oder Aspekte der Versorgungssicherheit wurden als sachliche Rechtfertigungsgründe auch vom Bundesgerichtshof nicht anerkannt. Schließlich sah der Bundesgerichtshof die Stadt Frankfurt nicht in eigenen Rechten, z. B. Artikel 28 Abs. 2 GG, als beeinträchtigt an; Beschwerdegericht und Rechtsbeschwerdegericht konnten deshalb entscheiden, ohne dass zuvor über den vom Bundeskartellamt abgelehnten Beiladungsantrag der Stadt Frankfurt rechtskräftig entschieden worden war.

#### c) Industriestrompreise

Aufgrund von Beschwerden insbesondere des Verbandes der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e. V. (VIK) und der Wirtschaftsvereinigung Metalle (WVM) sowie mittelständischer Unternehmen stromintensiver Wirtschaftsbereiche hat das Bundeskartellamt gegen E.ON und RWE (zur marktbeherrschenden Stellung dieser beiden Unternehmen auf den bundesweiten Strommärkten siehe S. 124 f.) Verwaltungsverfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 und Artikel 82 EG im Zusammenhang mit CO<sub>2</sub>-Emissionshandel und Strompreisbildung eingeleitet und von Amts wegen umfangreiche Ermittlungen durchgeführt. Hintergrund der Beschwerden sind die erheblichen Steigerungen der Strompreise seit Einführung des Emissionshandels im Jahr 2005 und die damit von den Beschwerdeführern in Verbindung gebrachten jährlichen ungerechtfertigten Mehrerlöse der großen Stromversorgungsunternehmen in Milliardenhöhe. Im Einzelnen halten die Beschwerdeführer vorrangig denjenigen Anteil des Strompreises für missbräuchlich überhöht, der auf die Überwälzung von emissionshandelsbedingten Opportunitätskosten zurückzuführen ist. Sie tragen vor, dass die Wettbewerbsbedingungen in anderen am Emissionshandel teilnehmenden Wirtschaftsbereichen eine Überwälzung nicht zulassen, weil es ansonsten zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen und Standortnachteilen käme. E.ON und RWE betrachten den aktuellen Börsenwert der für die Stromerzeugung benötigten Emissionsberechtigungen als notwendigen Bestandteil ihrer variablen Kosten und damit auch der Grenzkosten. Sie stellen nicht in Abrede, dass in den von ihnen geforderten Strompreisen auf diese Weise zumindest mittelbar der Handelswert für Emissionsberechtigungen anteilig enthalten ist. Der Missbrauchsvorwurf richtet sich daneben auch auf den Zertifikatskurs selbst, der nach Auffassung einiger Beschwerdeführer zusätzlich von den Verbundunternehmen in die Höhe getrieben worden sein soll. Des Weiteren halten die Beschwerdeführer die für den Strompreisanstieg seitens der Energiewirtschaft angeführte Begründung für falsch, dieser sei zumindest teilweise auf gestiegene Brennstoffkosten zurückzuführen. Nicht zuletzt wird von Seiten der Beschwerdeführer der Verdacht erhoben, dass über die vorgenannten Aspekte hinaus noch ein Aufschlag von den Stromversorgern vereinnahmt wird, der nur durch

Marktmachtausübung erklärbar sei. Das Bundeskartellamt hat eine mündliche Verhandlung durchgeführt, an der neben den Betroffenen (E.ON, RWE) und den beigeladenen Verbänden auch EnBW und Vattenfall Europe sowie eine Reihe von Unternehmensverbänden ihre unterschiedlichen Positionen verdeutlicht haben; darüber hinaus hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Stellung genommen. Im Dezember 2006 hat das Bundeskartellamt die angegriffene Preisgestaltung gegenüber den Industriekunden beim Bezug von Grundlastbändern und Vollversorgung im bilateralen Geschäft zunächst hinsichtlich RWE und bezogen auf die Überwälzung von emissionshandelsbedingten Opportunitätskosten im Jahre 2005 abgemahnt. Eine Prüfung, inwieweit die Industrie-Strompreise von RWE und E.ON darüber hinaus insgesamt missbräuchlich überhöht waren, hat sich das Bundeskartellamt ausdrücklich vorbehalten. Die vorläufige Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes beruht im Wesentlichen auf der Anwendung des Gewinnbegrenzungskonzepts aus § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 und Artikel 82 EG, daneben auch auf dem sachlichen Vergleichsmarktkonzept und dem Konkordanz-Konzept aus § 19 Abs. 1. Gemäß der Entscheidungen „TEAG“ des Oberlandesgerichts Düsseldorf (WuW/E DE-R 1239 ff.) und „Stromnetznutzungsentgelt“ des Bundesgerichtshofs (WuW/E DE-R 1617 ff.) wird die Preisgestaltung von RWE angegriffen und nicht die betriebsinterne Kalkulation. Allerdings wird keine vollständige Kostenkontrolle und keine Überprüfung des gesamten Preises, sondern eine Überprüfung des anteilig im Strompreis enthaltenen Wertes unentgeltlich zugeteilter CO<sub>2</sub>-Zertifikate durchgeführt. Diese Vorgehensweise rechtfertigt sich daraus, dass sich RWE gegenüber seinen Industriekunden berüht hat, dass emissionshandelsbedingte Opportunitätskosten vollumfänglich eingepreist werden müssten. RWE hat die Auffassung vertreten, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikate mit ihrem börsenbestimmten Wert als Opportunitätskosten zu 100 % in die Stromkosten einkalkuliert werden müssten, unabhängig davon, ob sie entgeltlich oder wie geschehen fast vollständig unentgeltlich zugeteilt wurden. Das Bundeskartellamt kommt unter Anwendung dieses (Teil-)Gewinnbegrenzungskonzeptes in seiner Abmahnung zu der vorläufigen Beurteilung, dass die Preisstellung von RWE von derjenigen abweicht, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde. Diese Beurteilung beruht sowohl auf einer relativen Betrachtung, die auf Vergleiche mit anderen Bereichen zurückgreift, als auch auf einer absoluten Betrachtung, in der tatsächliche oder rechtliche Restriktionen für eine alternative Verwendung unentgeltlich zugeteilter Zertifikate eine Rolle spielen. Im Rahmen der relativen Betrachtung fällt nach vorläufiger Auffassung des Bundeskartellamtes ins Gewicht, dass eine Befragung von Verbänden und Unternehmen aus anderen am Emissionshandel teilnehmenden Industrien ergeben hat, dass die Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten eine Überwälzung der kostenlos zugeteilten Emissionsberechtigungen nicht erlauben. Dies gilt nicht nur für Branchen, die im weltweiten Wettbewerb mit nicht am Emissionshandel teilnehmenden Wettbewerbern stehen, sondern auch für Branchen wie beispiels-

weise den Mineralöl-, Zement-, Kalk- oder Zuckerbereich, in denen deutsche Unternehmen mit ebenfalls am Zertifikatehandel beteiligten nationalen oder europäischen Wettbewerbern konkurrieren. Dabei befanden sich unter den Befragten auch Unternehmen, die sich wie die Energiebranche einer niedrigen Preiselastizität der Nachfrage gegenüber sehen. Das Bundeskartellamt geht von der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis aus, dass Opportunitätskosten im Prinzip in die betriebswirtschaftliche Kalkulation einfließen. Das setzt allerdings voraus, dass die zur Stromerzeugung unentgeltlich zugeteilten Emissionsberechtigungen bzw. CO<sub>2</sub>-Zertifikate auch tatsächlich zum Verkauf zur Verfügung stehen. Im Rahmen dieser absoluten Betrachtungsweise ist festzustellen, dass in dem in Rede stehenden Zeitraum alternative Verwendungsmöglichkeiten für die Zertifikate für RWE selbst, aber auch für jeden anderen Kraftwerksbetreiber nur in äußerst beschränktem Umfang bestanden. Dies ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass eine Strategie des möglichst weiträumigen Vorabverkaufs von Strom zu erkennen ist und insbesondere die im Jahr 2005 zu produzierende Strommenge größtenteils durch Verkauf im voraus festgelegt war. Andererseits führen emissionsrechtliche Restriktionen wie zum Beispiel die Neuanlagen- und Optionsanlagenzuteilungsregelungen sowie die 60/40-Regelung dazu, dass kaum alternative Verwendungsmöglichkeiten bestehen. Unter Heranziehung eines brennstoffübergreifenden Umrechnungsfaktors und eines „Erheblichkeitszuschlags“ beanstandet das Bundeskartellamt deshalb in seiner vorläufigen Verfügung eine Überwälzung von bis zu 25 % des im Strompreis anteilig enthaltenen Zertifikatwertes nicht. Jede darüber hinaus stattfindende Überwälzung wäre als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen. Das beanstandete Preisverhalten führt nach dem Ergebnis der Ermittlungen auf Seiten der Industriekunden zu außerordentlich starken Belastungen, die die Wettbewerbsfähigkeit stark beeinträchtigen und die Rentabilität von Werksstandorten in Deutschland gefährden.

## C. Gaswirtschaft

### 1. Fusionskontrolle

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 23. November 2005 (WuW/E DE-R 1639 ff.) die Beschwerde der beteiligten Unternehmen gegen die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens der Mainova AG, sich mit 17,5 % an der Aschaffener Versorgungs GmbH zu beteiligen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 136) rechtskräftig zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte die Annahme eines wettbewerbslich erheblichen Einflusses i. S. v. § 37 Abs. 1 Nr. 4. In materieller Hinsicht teilte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes, die Märkte im Gasbereich weiterhin netzbezogen abzugrenzen. Bei der Beurteilung der wettbewerbslichen Verhältnisse, so das Gericht, ist immer auf die tatsächlichen Umstände im konkreten Einzelfall abzustellen, weil eine Änderung der Marktverhältnisse nicht allein durch eine Fortentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen gegeben ist. Weiterhin kann der Entscheidung zufolge auch

ein begrenzter potenzieller Wettbewerb, wie er beispielsweise durch den zumindest theoretischen Bau einer Stichleitung gegeben ist, die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nicht gefährden.

Eine Beteiligung an den Stadtwerken Ludwigsburg GmbH wurde im Berichtszeitraum sowohl von der EnBW Regional AG, als auch von der zum RWE-Konzern gehörenden SÜWAG Energie AG sowie später gemeinsam von beiden Regionalversorgern angestrebt. Das Bundeskartellamt hat zunächst das von EnBW nach § 39 angemeldete Vorhaben, über die EnBW Regional AG (EnBW REG) eine Beteiligung an der Stadtwerke Ludwigsburg GmbH (SWLB) in Höhe von 35 % zu erwerben, abgemahnt. Die geplante Beteiligung ließ nach Auffassung des Bundeskartellamtes die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen beim Absatz von Gas erwarten. Im Wesentlichen war die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, welche die EnBW Gas GmbH bei der Belieferung von lokalen Weiterverteilern (Stadtwerken) innerhalb ihres Gasleitungssystems innehat, infolge einer durch den Beteiligungserwerb eintretenden tendenziellen Absicherung des Gasabsatzes an die SWLB zu erwarten. Weiterhin war die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die die SWLB im Endkundengeschäft bei der Belieferung von Gas-Kleinkunden (HuK-Kunden und Gasbedarf für Raumheizung) sowie von Gas-Großkunden innehat, durch Schwächung des von EnBW ausgehenden potenziellen Wettbewerbsdrucks zu erwarten. Aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. November 2005 (WuW/E DE-R 1639 ff.), mit der die Untersagung des gleichgelagerten Zusammenschlusses „Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH“ bestätigt wurde, wurde die Anmeldung zurückgezogen. Die zum RWE-Konzern gehörende SÜWAG Energie AG beabsichtigte, sich mit 19 % an der SWLB gegen Einbringung von Stromnetzen samt Kunden zu beteiligen. Dieses Vorhaben wurde aufgrund einer Vorprüfung und Erörterung der fusionsrechtlichen Einschätzung insbesondere im Strombereich zwischen Bundeskartellamt und Beteiligten von der SÜWAG ebenfalls nicht weiter verfolgt. Weitere dem Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der SWLB vorgestellte Beteiligungsvarianten unter Beteiligung der Elektrizitätswerk Mittelbaden AG und Co. KG, der EnBW Regional AG und der SÜWAG Energie AG waren zwar nicht anmeldepflichtig, da die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 nicht überschritten oder weil ein wettbewerblich erheblicher Einfluss gem. § 37 Abs. 1 Nr. 4 nicht nachweisbar war; doch wurde bislang keine dieser Varianten von den Unternehmen umgesetzt.

Das Bundeskartellamt hat die beabsichtigte Aufstockung der bereits bestehenden Beteiligung der EnBW Regional AG an der Energie-Versorgung Niederösterreich EVN AG (Österreich) in Höhe von 13,26 % auf künftig 29,74 % freigegeben. Die EVN AG ist der größte Strom- und Gasversorger in Niederösterreich. Die Mehrheit von 51 % an EVN hält die Beteiligungsholding des Bundeslandes Niederösterreich. Für die fusionskontrollrechtliche Prüfung waren die Märkte für die Belieferung von regionalen und lokalen Weiterverteilern sowie von Industrie-

kunden mit Gas im Versorgungsgebiet der zum EnBW-Konzern gehörenden Unternehmen EnBW Gas und Gasversorgung Süddeutschland relevant. Das potenzielle Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen Versorgern und der EVN AG ist jedoch schon in Anbetracht der räumlichen Distanz der Versorgungsnetze, die im Übrigen jeweils nur unter Nutzung des Netzes der Bayerngas erreicht werden können, bei den gegebenen Defiziten im Bereich des Netzzugangs als nur schwach ausgeprägt anzusehen. Theoretisch bestehen zwar zwei Transportverbindungen vom Gebiet der EVN zum Gebiet der Gasversorgung Süddeutschland; bei beiden Verbindungen ist aber kein physikalischer Transport möglich, da zumindest abschnittsweise gegen die Flussrichtung in den Leitungssystemen transportiert werden müsste. Direkte Lieferungen aus dem Netz der EVN AG in die Gebiete der betreffenden EnBW-Unternehmen sind daher technisch nicht möglich.

Aufgrund eines von der RWE Energy AG (RWE) eingereichten begründeten Antrags nach Artikel 4 Abs. 1 VO Nr. 139/04 hat die Europäische Kommission deren Vorhaben, Gesellschaftsanteile in Höhe von 76,88 % an der SaarFerngas AG (SFG) zu erwerben, gemäß Artikel 4 Abs. 4 VO Nr. 139/04 an das Bundeskartellamt zur Prüfung überwiesen. Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben im Berichtszeitraum abgemahnt und mit Beschluss vom 12. März 2007 untersagt, nachdem es die von RWE angebotenen Zusagen für nicht ausreichend erachtet hatte. Die SFG ist ein regionales Ferngasunternehmen, das Stadtwerke und Regionalversorger im Saarland und in Rheinland-Pfalz mit Erdgas beliefert. RWE und SFG verfügen über Beteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern in diesen Gebieten sowie an anderen Ferngasunternehmen. Das Bundeskartellamt ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die relevanten Gasmärkte ungeachtet der eingeleiteten Schritte zur Marktöffnung in der Praxis weiterhin massiv gegen Wettbewerb von außen abgeschottet sind. Das Vorhaben hätte zunächst zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der SFG durch eine tendenzielle Absicherung ihres Gasabsatzes auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern geführt, die sie innerhalb ihres Gasleitungssystems innehat. Die SFG hätte darüber hinaus erstmals über die RWE Einfluss auf das Abnahmeverhalten von RWE-Konzernbetrieben sowie von RWE-Stadtwerkebeteiligungen erhalten. Außerdem hätte sie ihren Einfluss bei denjenigen Stadtwerken maßgeblich ausweiten können, an denen sowohl SFG als auch RWE Anteile halten. Auf den jeweils lokalen Märkten für die Belieferung von letztverbrauchenden Gasgroßkunden und Gaskleinkunden wären die marktbeherrschenden Stellungen der RWE-Konzernunternehmen und Stadtwerke mit RWE-Beteiligung dadurch verstärkt worden, dass hier der potenzielle Wettbewerb durch die SFG als vorgelagerter Versorger zumindest abgeschwächt worden wäre. Auch im Strombereich hätte das Vorhaben zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die der RWE hier gemeinsam mit E.ON zukommt, geführt, da die RWE hier bereits bestehenden Stromabsatz gegenüber einer Reihe von Stadtwerken hätte absichern können (S. 124 f.). RWE hatte mehrere Veräußerungszu-

sagen angeboten, mit denen eine Reihe der festgestellten Verschlechterungswirkungen neutralisiert worden wären. Allerdings reichten die Zusagen aus Sicht des Bundeskartellamts nicht aus, um die verbleibenden zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse an anderer Stelle im Wege der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 2. Halbsatz zu überwiegen. Deshalb ist das Vorhaben mit Beschluss vom 12. März 2007 untersagt worden. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde eingelegt.

Weitere Zusammenschlussprojekte, die zu einer Verschlechterung der Marktverhältnisse im Gassektor geführt hätten, wurden im Berichtszeitraum zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt im Rahmen vertraulicher Vorgespräche erörtert und anschließend aufgegeben.

## **2. Verhaltenskontrolle**

### **a) Netznutzungsentgelte**

Das auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 gestützte Verfahren wegen vermeintlich überhöhter Gas-Netznutzungsentgelte der zum E.ON-Konzern gehörenden AVACON AG in einem Transportfall des Wettbewerbers Trianel wurde im Rahmen des dem Bundeskartellamt nach § 32 eröffneten Ermessens im Hinblick auf die unternehmensseitig erteilten Zusagen eingestellt. Im Einzelnen handelte es sich dabei um eine Reduzierung der Forderung für die Nutzung des Erdgas-Transportnetzes der AVACON AG durch den Beschwerdeführer Trianel über den Zeitraum vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2004 sowie einen Verzicht auf separate Rechnungsstellung der Kosten für die Datenfernübertragung gegenüber Trianel in dem genannten Zeitraum. Der sich durch die vom Bundeskartellamt durchgeführte Vergleichsmarktsbetrachtung der Netznutzungsentgelte mit anderen Regionalnetzbetreibern ergebende erhebliche Preisabstand der AVACON AG hat sich durch diese Zusagen so weit verringert, dass im konkreten Durchleitungsfall – auch unter Berücksichtigung von netzstrukturell bedingten Zuschlägen – nicht mehr von einem missbräuchlich überhöhten Netzentgelt auszugehen war.

### **b) Marktabschottung durch langfristige Lieferverträge**

Im Gasbereich hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum vor allem die kartellrechtliche Überprüfung der Praxis langfristiger Gaslieferverträge zwischen Ferngasunternehmen und Weiterverteilern fortgeführt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 137 f.). Hierzu wurde zunächst mit 15 deutschen Ferngasunternehmen eine Konsenslösung angestrebt, die jedoch Ende 2005 am Widerstand der E.ON Ruhrgas AG scheiterte, nachdem sich bereits nahezu alle anderen Ferngasunternehmen zu dieser Konsenslösung bereit erklärt hatten.

Daraufhin hat das Bundeskartellamt am 13. Januar 2006 zunächst gegen die E.ON Ruhrgas AG als bedeutendstem deutschen Ferngasunternehmen eine Verfügung auf der Grundlage von Artikel 81, 82 EG sowie § 1 erlassen, wel-

cher Mustercharakter für die gesamte Branche zukam. Mit dieser Verfügung hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass die in den betreffenden Verträgen enthaltenen Vereinbarungen in ihrer Kombination von Langfristigkeit der Bezugsverpflichtung und Grad der tatsächlichen Vertriebsbedarfsdeckung gegen Artikel 81, 82 EG und § 1 verstoßen. Der E.ON Ruhrgas AG wurde des Weiteren aufgegeben, diesen Verstoß spätestens mit Ablauf des Gaswirtschaftsjahres 2005/2006 zum 30. September 2006 abzustellen. Schließlich wurde dem Unternehmen für einen Zeitraum von vier Jahren vorgegeben, keine Verträge mit Regional- und Ortsgasunternehmen zu schließen, deren Laufzeit bei einem tatsächlichen Vertriebsbedarf von über 50 % bis 80 % der Nachfrage des Weiterverteilers vier Jahre überschreitet bzw. deren Laufzeit bei einer Bedarfsdeckung von über 80 % zwei Jahre überschreitet. Aus Praktikabilitätsgründen wurden Weiterverteiler ausgenommen, deren tatsächlicher Gesamtbedarf weniger als 200 GWh/a beträgt. Um das wirtschaftliche Risiko fair auf alle Lieferanten eines Weiterverteilers zu verteilen, sah die Verfügung zudem vor, dass die Risikoabdeckung bei Bezugsschwankungen im Falle der Belieferung durch mehrere Lieferanten mindestens der Höhe des Lieferanteils entsprechen muss. Um eine Umgehung dieser Grundsätze zu verhindern, wurden mehrere Lieferverträge zwischen dem Lieferanten und dem Kunden (mengenmäßiges und zeitliches Stapeln) als ein Vertrag angesehen und stillschweigende Verlängerungsklauseln verboten.

In einem von der E.ON Ruhrgas AG angestrebten Eilverfahren zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Verfügung des Bundeskartellamts erhobenen Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 20. Juni 2006 den kraft Gesetzes (§ 64 Abs. 1) bestehenden Sofortvollzug der Verfügung bestätigt (WuW/E DE-R 1757 ff. „E.ON Ruhrgas“). Rechtsbeschwerde wurde hiergegen nicht eingelegt. Eine Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus.

Die Verfahren gegen die übrigen Ferngasunternehmen wurden im Nachgang zur Eilentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf wieder aufgenommen. Im Berichtszeitraum haben insbesondere die Ferngasunternehmen Wingas GmbH, Gasunion GmbH und SaarFerngas AG Zusagen abgegeben, die weitgehend dem Verfügungstenor in Sachen E.ON Ruhrgas entsprechen und Anfang 2007 vom Bundeskartellamt auf der Basis des § 32 b für verbindlich erklärt wurden. Die verbleibenden Verfahren gegen andere Ferngasunternehmen in Deutschland werden mit dem Ziel fortgesetzt, auch hier entweder auf der Grundlage von Verpflichtungszusagenentscheidungen nach § 32 b oder Verfügungen nach § 32 eine kartellrechtskonforme Situation herbeizuführen.

### **c) Überprüfung der Erdgaspreise für Haushalts- und Kleingewerbekunden**

Wie schon im vorangegangenen Berichtszeitraum (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 139 f.) haben Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden auch in der Heizperiode 2005/2006 Ermittlungen gegen Gasversorgungsunterneh-

men wegen des gegen sie erhobenen Vorwurfs des Preishöhenmissbrauchs aufgenommen und förmliche Verfahren geführt. Das Bundeskartellamt hat gegen sieben von 29 Unternehmen – E.ON Thüringer Energie AG, MITGAS Mitteldeutsche Gasversorgung GmbH, Sprengas GmbH, THÜGA AG (Erdgas Allgäu-Oberschwaben), Avacon AG (Sachsen-Anhalt), ENTEGA Vertrieb GmbH sowie RWE Westfalen-Weser-Ems AG – in seinem Zuständigkeitsbereich Verfahren eingeleitet und diese nach Zusagen hinsichtlich der Öffnung ihrer Gasnetze für die Beistellung von Gas zur Versorgung durch dritte Gasanbieter beendet. Eine Fortsetzung der Verfahren hätte aus Sicht der Endkunden zu keinem besseren Ergebnis geführt, da die Preissenkungsspielräume infolge des vom Bundesgerichtshof nun auch für den Energiebereich verlangten Erheblichkeitszuschlages (WuW/E DE-R 1513 ff. „Stadtwerke Mainz“) gering gewesen wären. Im Rahmen des auch diesmal von den Kartellbehörden für die Prüfung nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 durchweg angewandten Vergleichsmarktkonzepts reicht es nicht aus zu belegen, dass die Preise bei anderen Gasversorgern günstiger sind. Nur wirklich vergleichbare Gasversorger mit günstigeren Konditionen können als Beleg dafür dienen, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Unterschiede können sich z. B. aus der Größe der Netze aber auch durch den Anteil von Kraftwerksgas und Heizgas ergeben, um nur einige – aber zu verschiedenen Kosten führende – Faktoren zu nennen. Mit der Genehmigung der Netznutzungsentgelte durch die BNetzA tritt insoweit für die Zukunft eine Erleichterung des Nachweises ein, als strukturelle Unterschiede der Netzinfrastruktur dann in der Höhe des genehmigten Entgelts bereits berücksichtigt sind. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung ein Missbrauch erst dann vorliegt, wenn der beanstandete Preis erheblich vom Vergleichspreis abweicht. Ist der Nachweis des Preismissbrauchs im Einzelfall erbracht, dann ist dieser Befund wegen der Besonderheiten jedes Einzelfalls i. d. R. nicht auf andere Gasversorger übertragbar. Bundesweit standen etwa 17 % der Gasversorgungsunternehmen im Fokus der intensiveren Ermittlungen der Kartellbehörden. Die Gastarife unterliegen, im Gegensatz zu den Stromtarifen, nicht der Genehmigung durch die Preisaufsicht der Länder.

#### **d) Sperrandrohungen gegenüber Haushalts- und Kleingewerbekunden**

Im Verlauf des Jahres 2006 war eine zunehmende Praxis von Energieversorgungsunternehmen zu beobachten, Tarifkunden mit der Einstellung der Energieversorgung zu drohen, nachdem diese unter Berufung auf § 315 BGB die Billigkeit zurückliegender Preiserhöhungen für die Belieferung mit Erdgas (und auch mit Strom) bestritten und daraufhin ihre Zahlungen zwar nicht ganz eingestellt, aber den vom jeweiligen Versorgungsunternehmen geforderten Rechnungsbetrag entsprechend ihrem Einwand gekürzt hatten. Das Bundeskartellamt hat dies unter dem Aspekt der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle aufgegriffen und die in seinem Zuständigkeitsbereich liegenden knapp 30 Energieversorgungsunternehmen darauf

hingewiesen, dass es in solchen Fällen in der Androhung einer Versorgungssperre und erst recht in einer darauf folgenden Einstellung der Versorgung einen Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung des jeweiligen Versorgungsunternehmens nach § 19 Abs 1 sieht. Die hier angesprochene Kundengruppe der Tarifkunden ist mangels Belieferungsalternativen auf die Energielieferungen durch ihr jeweiliges Versorgungsunternehmen angewiesen. Der Einwand aus § 315 BGB ist ein zivilvertragsrechtliches Korrektiv, das in Energieversorgungsverträgen, auf deren Erfüllung der Kunde angewiesen ist und in denen dem Versorger ein einseitiges Preisbestimmungsrecht eingeräumt ist, ein angemessenes Verhältnis vertraglich vereinbarter Leistungen gewährleisten soll. Ein entsprechender Kundeneinwand hat somit zur Folge, dass Tarife bzw. tarifliche Preiserhöhungen für den Kunden nur verbindlich sind, wenn sie der Billigkeit entsprechen. Solange die Billigkeit streitig ist, sind entsprechende Entgeltforderungen erst fällig, wenn die Tarife bzw. tariflichen Preiserhöhungen auf Antrag des Versorgungsunternehmens im Wege richterlicher Leistungsbestimmung durch Urteil getroffen worden sind. Solange also die Billigkeit nicht nachgewiesen oder gerichtlich festgestellt worden ist, besteht kein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Versorgungsunternehmens an der Androhung einer Versorgungssperre. Dementsprechend schied auch die Einstellung der Versorgung unter Berufung auf den bisherigen § 33 Abs. 2 Satz 1 AVB-GasV/AVBELtV aus, worin jeweils gerade fällige und somit durchsetzbare Entgeltforderungen vorausgesetzt werden. Hieran ändert sich ausweislich der vorliegenden Entwürfe des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie für die neuen Grundversorgungsverordnungen künftig nichts. Das Bundeskartellamt steht vor diesem Hintergrund auf dem Standpunkt, dass die Durchsetzung von infolge eines Einwands nach § 315 BGB streitigen Entgeltforderungen einem marktbeherrschenden Energieversorger in aller Regel nur aufgrund seiner faktischen Monopolstellung bei der Versorgung von Tarifkunden mit Erdgas bzw. Strom in seinem Versorgungsgebiet möglich ist und ihm bei funktionierendem Wettbewerb nicht möglich wäre. Bei funktionierendem Wettbewerb hätte ein solcher Marktbeherrscher vielmehr zu befürchten, dass seine Kunden Ausweichmöglichkeiten zu anderen Versorgern hätten und auch davon Gebrauch machten. Durch die Sperrandrohung besteht die Gefahr, dass sich ein marktbeherrschender Versorger die Erfüllung unbilliger Geldforderungen sichert.

In der Folge hat sich auch der Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft, ein Bund-Länder-Gremium für den Bereich des Energiekartellrechts, mit dieser Problematik befasst und denselben Rechtsstandpunkt verabschiedet. Der entsprechende Beschluss sah darüberhinaus einen Missbrauch auch in solchen Fällen verwirklicht, in denen der Versorger tarifähnlich ausgestaltete Sonderverträge mit einseitigem Preisbestimmungsrecht kündigt und den Kunden in den teureren Grundversorgungstarif einordnet oder diese Vorgehensweise androht. Hinsichtlich der Belieferung der nicht-leistungsgemessenen HuK-Kunden mit Strom vertritt lediglich Baden-Württemberg die Auf-



fassung, dass Stromversorgungsunternehmen keine marktbeherrschende Stellung einnehmen; Baden-Württemberg geht für den Markt für die Belieferung von HuK-Kunden mit Strom von einer bundesweiten Marktabgrenzung aus.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum auf der Grundlage der vorstehenden Grundsätze in einem Fall ein Missbrauchsverfahren gegen ein überregionales Energieversorgungsunternehmen eingeleitet. Das Versorgungsunternehmen hatte innerhalb weniger Monate mehrfach einem Tarifkunden, der zurückliegenden Preiserhöhungen bei der Strom- und Erdgasbelieferung nach den Grundsätzen des § 315 BGB widersprochen und seine monatlichen Abschlagszahlungen entsprechend reduziert hatte, die Einstellung der Versorgung nach den AVBGasV/AV-BEltV angedroht. Die Androhungen waren jeweils erst nach rechtlicher Intervention des Kunden zurückgenommen worden. In jeder Androhung lag allerdings bereits ein eigenständiger Verstoß gegen das Verbot des § 19 Abs. 1. Der Fall konnte im Berichtszeitraum erfolgreich abgeschlossen werden, nachdem das Unternehmen nachvollziehbar dargelegt hatte, welche organisatorischen Maßnahmen ergriffen wurden, um vergleichbare Verstöße in Zukunft auszuschließen.

#### **D. Beteiligung an Verfahren der Bundesnetzagentur (BNetzA)**

Am 13. Juli 2005 ist das EnWG in einer Neufassung in Kraft getreten (S. 28 f., Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 30 f., 126). Kern der Neuregelung ist die Einsetzung von Regulierungsstellen für die Strom- und Gasnetze, wobei die Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern aufgeteilt ist und auf Seiten des Bundes die BNetzA tätig wird; originär zuständig ist die BNetzA – neben bestimmten Monitoring- und Koordinierungsaufgaben – für die Übertragungs- und die Fernleitungsnetze. BNetzA und Bundeskartellamt wirken auf eine einheitliche und den Zusammenhang mit dem GWB wahrende Auslegung des Gesetzes hin. Sie können unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart erforderlichenfalls untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen und in ihren Verfahren verwenden.

Bei verschiedenen Entscheidungen der BNetzA sieht § 58 Abs. 1 Satz 1 EnWG ein Unternehmen mit dem Bundeskartellamt vor. Konkret ist dies im Berichtszeitraum im Verfahren der BNetzA wegen der Auslegungsgrundsätze zu §§ 6 bis 10 EnWG und im Festlegungsverfahren Geschäftsprozesse und Datenformate erteilt worden. In anderen Fällen, insbesondere im Rahmen von Netzentgeltgenehmigungsverfahren, gibt die BNetzA dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme. Umgekehrt erhält die BNetzA nach § 58 Abs. 2 EnWG in bestimmten Fällen der Kartellbehörden Gelegenheit zur Stellungnahme.

Ein Missbrauchsverfahren der BNetzA von energiewirtschaftlich herausragender Bedeutung, an dem sich das

Bundeskartellamt mit einer Stellungnahme beteiligt hatte, betraf das zum 1. Oktober 2006 mittels Kooperationsvereinbarung der Gaswirtschaft umgesetzte Gasnetzzugangsmodell. Dem Verfahren lagen Beschwerden des Bundesverbandes Neuer Energieanbieter und der Nuon Deutschland GmbH zugrunde, die sich gegen die Verwendung des sog. Einzelbuchungsmodells sowie gegen die Anzahl von 19 Marktgebieten richteten. Mit Beschluss vom 17. November 2006 (Az. BK 7 – 06-074, rechtskräftig) entschied die BNetzA, dass das Einzelbuchungsmodell nicht angewendet werden darf, weil die damit verbundene Buchung eines Gastransports mittels einer Kette von Verträgen auf den verschiedenen Netzebenen den Vorgaben eines diskriminierungsfreien, effizienten und massengeschäftstauglichen Netzzugangs nicht gerecht wird. Alle Netznutzungsverträge müssen der Entscheidung zufolge künftig nach dem Zweivertragsmodell ausgestaltet werden, wonach für einen gesamten Gastransport lediglich jeweils eine Buchung für die Einspeisung und eine Buchung für die Ausspeisung notwendig ist. Obwohl sich das Missbrauchsverfahren gegen einige wenige Netzbetreiber richtete, kommt der Entscheidung Mustercharakter für die gesamte Gasbranche zu. Soweit die Beschwerden sich darüberhinaus gegen die Anzahl von 19 Marktgebieten richteten, wies die BNetzA diese Anträge zwar als unzulässig ab, brachte jedoch zum Ausdruck, dass sie eine Reduzierung der Marktgebiete im weiteren Konsultationsprozess anstrebt. Das Bundeskartellamt hatte in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, dass das mit der Regulierung verfolgte prinzipielle Ziel einer Neutralität der Netze durch Gewährung diskriminierungsfreien Gasnetzzugangs bei weitem nicht erreicht ist, und hatte sich gegen die Kombination des Gasnetzzugangs mit dem Einzelbuchungsmodell ausgesprochen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist eine gezielte Bevorzugung von Kunden, die sich für das Einzelbuchungsmodell entscheiden, ausschließlich handelsseitig erklärbar, wohingegen eine Notwendigkeit des Einzelbuchungsmodells für die Gewährung effizienten Netzzugangs nicht erkennbar ist. Letztlich ist kein Einzelbuchungsmodell vorstellbar, das den aus §§ 20, 21 EnWG – und dabei inzident womöglich auch aus dem Kartellverbot – abzuleitenden Vorgaben gerecht werden könnte. Weder zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Gasbereich, noch zur Unterstützung eines Gas-zu-Gas-Wettbewerbs, noch zur Schaffung von mehr Liquidität auf dem Gasmarkt ist das Einzelbuchungsmodell im Gegensatz zum Zweivertragsmodell geeignet. Es würde vielmehr zusätzlich Handelsplätze auf der sog. City-Gate-Ebene sowie weitere virtuelle Handlungspunkte schaffen, die dem Ziel größerer Marktgebiete gegenläufig wären. Kartellrechtlich kritisch sah das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme daneben die in der Kooperationsvereinbarung vorgesehenen Regelungen zur Gleichpreisigkeit im Zusammenhang mit der Implementierung des Einzelbuchungsmodells, stellte aber eine eigenständige Überprüfung im Hinblick auf das Verbot des Einzelbuchungsmodells durch die BNetzA hinten an.

### **Wasserwirtschaft (41)**

Anders als im Falle der leitungsgebundenen Energieversorgung mit Elektrizität und Gas gilt für die Wasserwirtschaft weiterhin der kartellrechtliche Ausnahmebereich der §§ 103, 103 a, 105 GWB i. d. F. v. 20. Februar 1990 in Verbindung mit § 131 Abs. 6. In diesem Sektor führt das Bundeskartellamt punktuell Preishöhenmissbrauchsverfahren auf der Grundlage des § 22 Abs. 4 und 5, § 103 Abs. 5 und 7 GWB i. d. F. v. 20. Februar 1990 bzw. des § 19 Abs. 4 (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 140). Ein derartiges Verfahren wurde gegen die swb Bremerhaven GmbH eingeleitet. Ein Vergleich hatte ergeben, dass die Trinkwasserpreise dieses Unternehmens für private Haushalte und kleine Gewerbebetriebe wesentlich höher waren als die entsprechenden Preise von Vergleichsunternehmen. Das Verfahren konnte abgeschlossen werden, nachdem die swb Bremerhaven GmbH eine Senkung des monatlichen Grundpreises (netto) von 2,99 Euro auf 2,43 Euro zum 1. Juli 2006 und eine weitere Senkung des Grundpreises von 2,43 Euro auf 1,87 Euro zum 1. Juli 2007 zugesagt hatte.

### **Kraftfahrzeughandel, Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen, Tankstellen (50)**

#### **Kraftfahrzeughandel, Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen**

Die sich bereits für den Berichtszeitraum 2003/2004 abzeichnende Tendenz zu einer gewissen Konzentration und Konsolidierung im Bereich der Autohäuser fand in den vergangenen zwei Jahren eine Fortsetzung. Aufgrund der Schwellenwerte des GWB unterliegt eine Vielzahl der Erwerbsvorgänge in diesem Bereich nicht der Fusionskontrolle. Dennoch wurden im Berichtszeitraum mehrere Zusammenschlussvorhaben angemeldet, in welchen jeweils ein oder mehrere Autohäuser das Zielobjekt bildeten. Als Käufer traten dabei sowohl Autohandelsketten auf, die eine weitere Diversifizierung der von ihnen vertriebenen Marken bzw. die Einrichtung neuer Standorte anstrebten (z. B. Emil Frey Gruppe, Kroymans Gruppe, United Auto Group, AHG Autohandelsgesellschaft), als auch Kfz-Hersteller wie die Volkswagen AG oder die DaimlerChrysler AG, die sich auf dem Wege des Erwerbs etablierter Autohäuser weitere unternehmenseigene Vertriebsniederlassungen sicherten bzw. sicherstellten, dass diese nicht in fremde Hände fielen.

Die konkrete Umsetzung und die Auslegung der Anforderungen der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung (Kfz-GVO – Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 203 vom 1. August 2002, S. 30 ff.) führte auch in den vergangenen zwei Jahren erneut zu klärungsbedürftigen Sachverhalten zwischen den Marktteilnehmern. So wurden mehrere Eingaben von Händlern, Werkstätten und Ersatzteilherstellern an das Bundeskartellamt gerichtet, welche sich über angeblich unangemessene Benachteiligungen von Seiten der Herstellerunternehmen beschwerten. Schwerpunkte bildeten

dabei die Ausgestaltung der Anforderungen, die Hersteller den Werkstätten auferlegen, um diese als Vertragswerkstatt zuzulassen (Selektionskriterien oder Standards) sowie Anforderungen, die die Aufnahme des Mehrmarkenvertriebs erschwerten.

Das Verfahren gegen die Adam Opel GmbH (vormals Adam Opel AG) wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden bzw. marktstarken Stellung hinsichtlich der zunächst verweigerten Übermittlung von Schnittstelleninformationen an nicht von Opel empfohlene EDV-Anbieter konnte im Berichtszeitraum eingestellt werden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 141). Die Adam Opel hatte sich im Laufe des Verfahrens unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsauffassung bereit erklärt, die Schnittstelleninformationen zur Verfügung zu stellen, sofern sich die alternativen EDV-Anbieter einem Zertifizierungsprozess unterziehen. Nachdem eine wirtschaftlich vertretbare und praktikable Lösung für das Zertifizierungsverfahren gefunden worden war, durchliefen die beschwerdeführenden EDV-Anbieter dieses im Berichtszeitraum erfolgreich.

Unter der Vermittlung des Bundeskartellamtes fand der Volvo-LKW-Händlerverband zu einer Einigung mit der Volvo Trucks (Deutschland) GmbH. Der Verband hatte sich gegen die Anforderungen Volvos im Hinblick auf die IT-Ausrüstung der Vertragsniederlassungen gewandt. Nach Ansicht des Verbandes waren die geforderten Standleitungen inkl. der Entgelte für die Inter- und Intranetverbindung unangemessen sowie die Möglichkeiten, unabhängige Software einsetzen zu können, unangemessen beschränkt. Diese – in den standardisierten Vertriebs- bzw. Werkstattverträgen vorgeschriebene – Ausrüstung der Betriebe schränkte die Möglichkeit des Mehrmarkenvertriebs ein und stellte ein generelles Handelshindernis dar. Die Parteien fanden schließlich zu einer einvernehmlichen Lösung, so dass der Händlerverband seine Beschwerde beim Bundeskartellamt zurücknahm und das Verfahren eingestellt werden konnte.

Der Gesamtverband Autoteile Handel e.V. (GVA) wandte sich an das Bundeskartellamt mit einer Beschwerde über die Praxis der Chrysler Deutschland GmbH (Chrysler), den Käufern eines Neuwagens der Marken Chrysler, Jeep oder Dodge zusätzlich und ohne Aufpreis einen Service-Vertrag anzubieten. Dieses sog. „5-Sterne-Service-Paket“ umfasst laut den Angaben des Herstellers alle Service- und Wartungsarbeiten (inklusive Ölwechsel), Reparaturen sowie einen Mobilitätsservice für die ersten vier Jahre ab Erstzulassung bzw. für die ersten 50 000 gefahrenen Kilometer. Der GVA war der Auffassung, dass diese Vertriebspraxis im Zusammenhang mit der Klausel in den Vertriebsverträgen, dass für jegliche Arbeiten, die von Chrysler bezahlt werden, nur von Chrysler bezogene Ersatzteile zu verwenden sind, eine Wettbewerbsbeschränkung und darüber hinaus den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Im Einvernehmen mit der Europäischen Kommission vertrat das Bundeskartellamt die Auffassung, dass die gerügte Vertriebspraxis in den Anwendungsbereich der Kfz-GVO fällt und die vertriebsvertragliche Verpflichtung der Vertragspart-

ner Chryslers, für die hier in Frage stehenden Arbeiten Ersatzteile von Chrysler beziehen zu müssen, keine sog. Kernbeschränkung nach Artikel 4 Abs. 1 lit. k Kfz-GVO darstellt. Nach richtigem Verständnis handelt es sich bei den fraglichen Servicearbeiten um „unentgeltliche Kundendienste“ i. S. d. Vorschrift. Damit ist die mit der Vereinbarung einhergehende Beschränkung vom Verbot des Artikel 4 Abs. 1 lit. k Kfz-GVO ausgenommen. Diese Auffassung wurde zwischenzeitlich auch in einer Berufungsentscheidung des Oberlandesgericht Düsseldorf zivilgerichtlich bestätigt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 20. September 2006, Az. VI U 15/06). Für den konkreten Fall konnte auch nicht eine unbillige Behinderung bzw. der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden.

In Abstimmung mit der Europäischen Kommission ging das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum den Beschwerden von Betreibern von LKW-Werkstätten gegen die MAN Nutzfahrzeuge AG nach. Die Beschwerdeführer beehrten den Abschluss eines MAN-Servicevertrages, welcher ihnen von dem Unternehmen unter Hinweis darauf verwehrt wurde, dass der Marktanteil der MAN im Bereich der Kundendienste in Deutschland unter 30 % liege und somit auf der Grundlage der Kfz-GVO eine quantitative Selektion der Vertragswerkstätten gerechtfertigt sei. Die Berechnung der relevanten Marktanteile bringt eine Reihe grundsätzlicher Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung der Kfz-GVO mit sich, die noch einer weiteren Klärung bedürfen.

Während des Berichtszeitraumes konnte die Europäische Kommission ihre Untersuchung der Vertriebs- und Serviceverträge der Unternehmen General Motors und BMW einstellen, nachdem diese in Einklang mit der Kfz-GVO gebracht wurden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 140). Die von den Unternehmen vorgenommenen Änderungen stellen sicher, dass General-Motors- bzw. BMW-Händler und -Werkstätten nicht am Verkauf oder an der Reparatur von Kraftfahrzeugen konkurrierender Hersteller gehindert werden und dass alle Kfz-Werkstätten, die die erforderlichen Qualitätsstandards erfüllen, Mitglieder des jeweiligen Vertragsnetzes werden können. Die geänderten Bestimmungen betreffen die Einrichtung und Nutzung von Werkstatt- und Verkaufsräumen, die IT-Infrastruktur, den Bezug von Werkstattausrüstung, Kooperationsmöglichkeiten bei Bezug und Lagerung von Ersatzteilen, vereinbarte Verkaufsziele und Bewertungsmethoden. Der Prüfung waren Beschwerden verschiedener europäischer und nationaler Händlerverbände vorausgegangen.

Während im letzten Berichtszeitraum noch die Frage der diskriminierungsfreien Vergabe der Serviceverträge für den Einbau von sog. On-Board-Units (OBUs) durch das Unternehmen Toll Collect GmbH an Werkstätten für Nutzfahrzeuge die Aufmerksamkeit des Bundeskartellamtes auf sich zog (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 141 f.), war es jetzt die Reduzierung des Servicepartnernetzes, die verschiedentlich zu Beschwerden von Werkstätten führte. Das Bundeskartellamt kam nach einer eingehenden Untersuchung jedoch zu der Überzeugung, dass die Kündigung einer gewissen Zahl von Serviceverträgen

aufgrund der nun weitgehend erfolgten Erstausrüstung der LKW unter kaufmännischen Gesichtspunkten nachvollziehbar war. Gleichzeitig wurde sichergestellt, dass die Auswahl der zu kündigenden Betriebe nach objektiven Gesichtspunkten erfolgte und dabei keine bestimmte Gruppe von Werkstätten unangemessen benachteiligt wurde.

## Handelsvermittlung und Großhandel (51)

### 1. Lebensmittelgroßhandel

Die Entwicklung im Lebensmittelgroßhandel, der neben dem traditionellen Zustellgroßhandel an selbständige Einzelhändler die Cash + Carry (C+C)-Märkte und den Zustelldienst an Großverbraucher (GV) umfasst, zeigt kein einheitliches Bild. Im GV-Zustellgeschäft mit Gastronomen, Hotellerie und Caterern, Kliniken und sozialen Einrichtungen konnten die Unternehmen höhere Wachstumsraten als im stagnierenden C+C-Markt erzielen. Insgesamt haben sich die Umsätze im Lebensmittelgroßhandel im Jahr 2006 weiter stabilisiert.

Der Bereich des Zustellgroßhandels ist durch den Erwerb der SPAR Handels AG und Netto (Schels) durch die EDEKA Zentrale AG geprägt. Nach dem Zusammenschluss sind im Zustellgroßhandel als Verbundgruppen im Wesentlichen nur noch EDEKA und REWE tätig. Durch die Integration der SPAR-Einzelhändler hat EDEKA insbesondere im Zustellgroßhandel Umsatzzuwächse erzielen können. Die REWE Group hat zusammen mit Coop Schweiz das Joint Venture Transgourmet gegründet und ist insgesamt international stärker aufgestellt.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der SPAR und der Netto (Schels) durch EDEKA freigegeben. Da der Absatz auf Einzelhandelsebene nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führte (S. 137), begegnete auch der Großhandelsabsatz keinen wettbewerblichen Bedenken. Hierbei hat das Bundeskartellamt berücksichtigt, dass EDEKA und SPAR ihr Sortiment nicht nur über ihre jeweils eigenen Regiemärkte, sondern auch über die Märkte ihrer selbständigen Einzelhändler absetzen. Auch bei der Warenbeschaffung kaufen EDEKA und SPAR die Waren auf Großhandelsebene für ihre eigenen Regiemärkte und für ihre selbständigen Einzelhändler ein. Die gemeinsamen Marktanteile von EDEKA und SPAR auf den Beschaffungsmärkten blieben ebenfalls deutlich unterhalb der Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung.

Der C+C-Markt wuchs nur langsam. Die Schwäche der Konjunktur und der Gastronomie wirkten sich negativ auf den SB-Abholgroßhandel aus. Hinzu kommt der zunehmende Wettbewerb der SB-Warenhäuser, die mit Großpackungen und günstigen Preisen besondere Angebote für Gastronomen machen. Die Metro Group, die mehr als die Hälfte ihres Umsatzes im Ausland erwirtschaftet, konnte Umsatzzuwächse im C+C-Großhandel vor allem im Ausland erzielen. Dies trifft ebenfalls auf die Nummer 2 des C+C-Marktes, die Fegros/Selgros, zu, einem Gemeinschaftsunternehmen der REWE und des Otto-Konzerns, die Zuwächse vor allem in Osteuropa erreicht hat. Freigegeben hat das Bundeskartellamt die Übertragung von drei

C+C-Märkten der REWE Handelsgesellschaft Kaiser + Kellermann auf Fegros/Selgros. Der Zusammenschluss war wettbewerblich unbedenklich, weil mit ihm wirtschaftlich kein Ressourcenzuwachs verbunden war; er stellte lediglich die Übertragung von drei C+C-Märkten von einem von REWE allein kontrollierten auf ein von REWE gemeinschaftlich kontrolliertes Unternehmen dar. EDEKA, die im Jahr 2002 17 C+C-Märkte der zur Schwarz-Gruppe gehörenden Kaufland-Stiftung übernommen hat (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 175), ist weiterhin die Nummer 3 unter den Betreibern von C+C-Märkten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der viertgrößte Anbieter in diesem Sektor, die Handelshof Management GmbH, mit Schwerpunkten in Nordrhein-Westfalen, Nord- und Ostdeutschland im Einkauf mit EDEKA kooperiert.

Im GV-Zustellgeschäft hat die REWE ihre Aktivitäten ausgeweitet. Das Bundeskartellamt hat sowohl die Übernahme des GV-Geschäfts der Frische Zentrum Nordwest als auch der Stöver Frischdienst freigegeben. Auf dem sachlich relevanten Großhandelsmarkt für Lebensmittel, den das Bundeskartellamt räumlich mit einem Radius von rund 30 km um das jeweilige Oberzentrum abgrenzt, hat REWE nur geringfügige Marktanteilszuwächse erzielt, die die Entstehung einer überragenden Marktstellung nicht erwarten ließen.

## 2. Tabakwaren/Convenience-Produkte

Die in Deutschland führende Kiosk- und Tankstellenlieferantin für Tabak- und Convenienceprodukte, die Lekkerland GmbH & Co. KG, konnte ihre Marktstellung trotz der Einbrüche im Tabakwarengroßhandel insbesondere durch die Fortschreibung ihrer Zusammenarbeit mit den großen Mineralölgesellschaften und durch die Erweiterung ihres Auslandsgeschäfts (Akquisitionen in der Schweiz, Polen und Rumänien) ausbauen. Nach der Insolvenz der Tawagro-Gruppe (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 142) bleibt an führender Stelle im Tabakwarengroßhandel nur die DTV-Tabakwaren-Vertriebsgesellschaft tätig. Umsatzsteigerungen konnte DTV in erster Linie im Verrechnungsgeschäft und im Automatengeschäft verzeichnen.

Lekkerland ist weiterhin unangefochtene Marktführerin bei der Belieferung von kleinflächigen Einzelhändlern wie Tankstellen und Kiosken. Voraussetzung für die Belieferung ist die von Lekkerland angebotene Technik der Kleinkommissionierung und der kleinteiligen Lieferlogistik, die eine Belieferung kleiner Verkaufsstellen erlaubt. Zwischenzeitlich hat Lekkerland logistische Dienstleistungen für die Belieferung von (JET-) Tankstellenshops der PhilippsConoco sowie von freien Tankstellen und Kiosken für die von EDEKA übernommene SPAR Handels AG durchgeführt. Hintergrund ist die im Zuge der Integration der SPAR in die EDEKA-Verbundgruppe erfolgte Schließung von SPAR-Warenlagern, über die bislang eine Belieferung der Tankstellen und Kioske möglich war. Das Bundeskartellamt hat gegen die Zusammenarbeit zwischen EDEKA/SPAR und Lekkerland wettbewerbliche Bedenken geltend gemacht, da zu

befürchten war, dass die Zusammenarbeit den Wettbewerb bei der Belieferung weiterer Tankstellenshops und Kioske beschränkt und damit gegen das Kartellverbot verstößt. Aufgrund der Bedenken des Bundeskartellamtes hat EDEKA/SPAR die mit Lekkerland vereinbarten Logistikleistungen gegenüber PhilippsConoco zeitlich eng begrenzt und sich verpflichtet, weitere Logistikvereinbarungen an die Zustimmung des Bundeskartellamtes zu knüpfen. Die zeitliche Befristung der Zusammenarbeit bietet nach Auffassung des Bundeskartellamtes die Voraussetzung dafür, dass sich keine dauerhafte Beschränkung des Wettbewerbs zwischen EDEKA/SPAR und Lekkerland um die Belieferung von Tankstellenshops und Kiosken entwickelt. EDEKA will die Zahl ihrer in Tankstellen angesiedelten SPAR-Express-Läden in den nächsten Jahren deutlich ausweiten.

Weitere, die Zusammenarbeit zwischen EDEKA/SPAR und Lekkerland betreffende Ermittlungen wegen des Verdachts missbräuchlicher Koppelungsgeschäfte und Quersubventionierungen sowie kartellrechtswidriger Absprachen hat das Bundeskartellamt ohne Einleitung eines förmlichen Verfahrens eingestellt. Es bestand kein hinreichender Anfangsverdacht, dass SPAR die Belieferung von Tankstellenshops der AGIP und der PhilippsConoco mit Food-Artikeln davon abhängig gemacht hat, dass diese auch Tabakwaren von Lekkerland beziehen. Des Weiteren lagen keine für einen Anfangsverdacht ausreichenden Hinweise auf von Lekkerland vorgenommene kartellrechtswidrige Quersubventionierungen bei den Angebotsabgaben für Ausschreibungen von AGIP und PhilippsConoco vor. Das Bundeskartellamt hat auch nicht feststellen können, dass zwischen EDEKA/SPAR und Lekkerland kartellrechtswidrige Absprachen bestanden.

## 3. Getränkefachgroßhandel

Das Bundeskartellamt hat eine Reihe von Zusammenschlüssen im Getränkefachgroßhandel freigegeben. Damit hat sich die Tendenz, dass die deutsche Brauindustrie durch Zusammenschlüsse in den Markt des nachgelagerten Getränkefachgroßhandels (GFGH) eindringt, im Berichtszeitraum fortgesetzt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 142 f.). Die zum Dr. Oetker-Konzern gehörende Radeberger-Gruppe erwarb 49 % der Anteile an der Riepen, einem der größten Getränkefachgroßhändler im Raum Schleswig-Holstein und Hamburg. Ferner übernahm die Radeberger-Gruppe mehrere kleinere Getränkefachgroßhändler, nämlich die Wiegem, die Bierpark München sowie die Schenker Fachgroßhandelsgesellschaft/Getränke Senftenberg. Die Krombacher-Gruppe erwarb knapp 26 % der Anteile an der Getränke Heinemann. Die Carlsberg Brauerei übernahm die Göttsche-Gruppe, die im Schwerpunkt in Norddeutschland und Sachsen als Getränkefachgroßhändler tätig ist. Auf den betroffenen Märkten führten die Fusionen zu keinen fusionsrechtlich bedenklichen Marktstellungen. Dabei geht das Bundeskartellamt von unterschiedlichen Großhandelsmärkten für die Belieferung der Gastronomie und des Einzelhandel aus, in räumlicher Hinsicht werden auch im Großhandel regionale Märkte zugrunde gelegt.

## Einzelhandel (52)

### 1. Lebensmittel-Einzelhandel

Die Umsatzzuwächse im Lebensmitteleinzelhandel haben sich weiter verlangsamt. Zu den Gewinnern zählten vor allem die Discounter – in erster Linie Lidl –, die ihren Anteil am gesamten deutschen Einzelhandel weiter auf inzwischen nahezu 41 % ausbauen konnten. Zuwächse konnten auch die Verbrauchermärkte verzeichnen. Dagegen ging die Umsatzentwicklung der SB-Warenhäuser und der Supermärkte, insbesondere mit Flächen unter 400 qm, zurück.

Im Jahr 2005 setzte sich der Konzentrationsprozeß im Lebensmitteleinzelhandel fort. Die drei größten deutschen Lebensmittelhändler EDEKA, REWE und Metro kommen mit ihren Tochterunternehmen bundesweit auf einen Anteil am Gesamtumsatz von ca. 50 %. In einer Reihe von Ballungsräumen wie Hamburg, München und Chemnitz/Zwickau sind die addierten Marktanteile noch deutlich höher. Die Top 5 des Lebensmitteleinzelhandels, EDEKA, Metro, REWE, die Schwarz-Gruppe (Lidl und Kaufland) und Aldi, halten nunmehr einen Marktanteil von ca. 70 %. Trotz der hohen Konzentration hat sich der (Preis-) Wettbewerb auf der Absatzseite weiter verstärkt. Während EDEKA auf diesen verstärkten Wettbewerb mit einem Rückzug aus dem Ausland und stärkerem Engagement im Inland reagierte, bauten REWE, Metro, die Schwarz-Gruppe und Tengelmann ihren Auslandsanteil aus. Dies trifft auch auf den Discounter Aldi zu, der auch außerhalb Europas tätig ist. Metro und die Schwarz-Gruppe, die jeweils bereits über die Hälfte ihrer Gruppenumsätze im Ausland erzielen, haben ihre Verkaufsflächen insbesondere im Osten Europas ausgeweitet.

Angesichts des signifikanten Preisdrucks beim Absatz und der zunehmenden Konzentration auf der Herstellerseite haben sich einige Lebensmittelhändler entschieden, auch ihren internationalen Einkauf zu stärken. Dazu gehört z. B. der Einstieg der EDEKA in die Einkaufs- und Vermarktungsorganisation Alidis/Agenor und die Beteiligung der REWE an der Eurogroup. Ausdruck der insgesamt angespannten Wettbewerbssituation im deutschen Lebensmitteleinzelhandel waren auch eine Reihe von Beschwerden kleiner und mittelgroßer Unternehmen über nicht gerechtfertigte Konditionenforderungen und über Untereinstandspreisverkäufe, die jedoch unter Einschaltung des Bundeskartellamtes geklärt werden konnten.

Durch die Übernahme der SPAR AG und des Discounters Netto (Schels) konnte die Nummer 1 im Lebensmitteleinzelhandel, EDEKA, ihren Umsatz deutlich steigern und ist nun auch nach Gesamtumsätzen (food und non-food) vor REWE und Metro an die erste Stelle gerückt. Im Jahr 2005 hat EDEKA die Integration der AVA abgeschlossen und setzt den Sanierungskurs der Marktkauf durch Preisensenkungen und Standortschließungen fort.

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme der SPAR Handels AG und von Netto (Schels) sowie die Übernahme von 25 % der Anteile der Netto Stavenhagen durch die EDEKA Zentrale freigegeben. Der Zusammenschluss führte weder auf der Beschaffungs- noch auf der Absatz-

seite zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Beteiligung der EDEKA an der Einkaufs- und Vermarktungskooperation Alidis/Agenor sowie den vereinbarten gemeinsamen Einkauf mit Netto Stavenhagen hat das Bundeskartellamt nicht beanstandet. Auf der Absatzseite grenzt das Bundeskartellamt in sachlicher Hinsicht den Markt für den Sortimenteinzelhandel mit Lebensmittel ab, zu dem auch die Discountmärkte zählen. Bei der wettbewerblichen Beurteilung hat das Bundeskartellamt berücksichtigt, dass im EDEKA-Konzernverbund über 3.800 selbständige Einzelhändler genossenschaftlich verbunden sind, an denen EDEKA zwar gesellschaftsrechtlich nicht beteiligt ist, von denen jedoch als „befreundetem Umfeld“ keine vollen Wettbewerbsimpulse ausgehen. In räumlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt bundesweit 90 lokale Märkte in einem Radius von 20 km bzw. 20 Autominuten um ein regionales Oberzentrum untersucht. Auf 20 dieser lokalen Märkte erreichten die Beteiligten nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von ca. einem Drittel oder mehr, soweit man die selbständigen EDEKA-Einzelhändler hinzurechnet. Im Hinblick auf diese Märkte war jedoch zu berücksichtigen, dass zwischen den Märkten kein räumlicher Zusammenhang besteht und Wettbewerber auf den betroffenen Märkten ebenfalls über hohe Marktanteile verfügen. Angesichts des lebhaften Wettbewerbs im Lebensmittelhandel, der nicht zuletzt auf der heterogenen Struktur der Anbieter beruht, war die Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen nicht zu erwarten. Auf den bundesweit abzugrenzenden Beschaffungsmärkten für die verschiedenen Produktgruppen blieben die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten deutlich unterhalb der Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung, zudem verfügen weitere Wettbewerber über vergleichbar hohe Marktanteile.

Die Beteiligung der EDEKA an der Einkaufskooperation ALIDIS/Agenor, die EDEKA gemeinsam mit der ITM Entreprises S.A. und Centros Comerciales Ceco S.A. („EROSKI“) betreibt, hat das Bundeskartellamt kartellrechtlich nicht beanstandet. Betroffen ist in erster Linie der gemeinsame Einkauf von Preiseinstiegsprodukten. Bei der Prüfung der Kooperation hat das Bundeskartellamt berücksichtigt, dass der beim Absatz im Lebensmitteleinzelhandel bestehende signifikante (Preis-) Wettbewerb zu einer angemessenen Weitergabe der durch die Einkaufskooperation erzielten wirtschaftlichen Vorteile an die Verbraucher führt. Offenbleiben konnte daher, ob die durch den gemeinsamen Einkauf bewirkte Wettbewerbsbeschränkung spürbar ist. Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung ist selbst bei Unterschreiten der europäischen 15 % Marktanteilschwelle nicht ausgeschlossen, wenn der betroffene Markt eine nicht nur geringe Konzentration aufweist. Die auf nationaler und europäischer Ebene bestehenden Einkaufskooperationen wie z. B. EMD, AMS und Eurogroup sprechen dafür, dass mit wachsender wirtschaftlicher Bedeutung grenzüberschreitender Einkaufsaktivitäten die Konzentration des Lebensmittelbeschaffungsmarktes spürbar ansteigen wird.

Die im Zusammenhang mit der Übernahme der SPAR durch die EDEKA von den SPAR-Einzelhändlern gegen EDEKA geltend gemachten Beschwerden konnten nach Einschaltung des Bundeskartellamtes zwischen den Beteiligten direkt bereinigt werden. Das Bundeskartellamt hat insbesondere geprüft, ob die zu EDEKA gehörenden regionalen Handelsgesellschaften die SPAR-Einzelhändler nach der Übernahme durch die EDEKA durch bestimmte Einzelmaßnahmen wie etwa Mindestbezugsquoten, Wettbewerbsverbote, Höchstpreisvereinbarungen, Streichung von Stundungsvereinbarungen, Strafzuschläge u. ä. unbillig behindert oder gegenüber den selbständigen Einzelhändlern der EDEKA diskriminiert haben. Hintergrund der Prüfung des Bundeskartellamtes war die Einschätzung, dass die selbständigen SPAR-Einzelhändler als gleichartig gegenüber den EDEKA-Einzelhändlern anzusehen sind und daher eine Ungleichbehandlung gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 verstoßen könnte.

Die umsatzmäßig zweitstärkste Lebensmitteleinzelhändlerin REWE konnte ihre Stellung insbesondere aufgrund ihrer Auslandsgeschäfte behaupten. Im Inland sollen vor allen Dingen die Verdichtung des Filialnetzes und der einheitliche Markenauftritt der fast 3 000 Supermärkte (bisher: Minimal oder HL) unter der Dachmarke „REWE“ zu einer Steigerung des Umsatzes beitragen. Durch die vom Bundeskartellamt nicht beanstandete Zusammenarbeit mit der Dohle-Gruppe im Einkauf und in der Logistik stieg der REWE-Außenumsatz deutlich an. Im Verrechnungsgeschäft ist die Drogeriemarktkette dm von der Markant zur REWE gewechselt.

Im Vorfeld des Wechsels der Dohle von Markant zu REWE hat REWE von der Dohle/Preisring Warenhandelsgesellschaft 24 „Marktfrisch“-Märkte in Halle und Leipzig und Dohle/Hit ihrerseits acht „Globus“-Märkte in Nordrhein-Westfalen von der REWE/Handelsgesellschaft Kaiser+Kellermann erworben. Das Bundeskartellamt hat keine Veranlassung gesehen, die Zusammenarbeit zwischen Dohle und REWE unter dem Gesichtspunkt von § 1 bzw. Artikel 81 EG zu beanstanden. Die beiden Zusammenschlussvorhaben wurden angesichts geringer Marktanteilszuwächse sowie weiterer größerer Wettbewerber auf den betroffenen regionalen Absatzmärkten freigegeben. Ebenfalls auf keine Bedenken stieß die Übernahme von vier zur Metro Group gehörenden extra-Märkten in Baden-Württemberg. Mit der Abgabe dieser Standorte setzt die Metro ihre Strategie der Flächenbereinigung im Bereich von Super- und Verbrauchermärkten fort.

Freigegeben hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss Metro/WalMart. Der weltweit größte Einzelhandelskonzern WalMart, der erst im Jahr 1997 durch Übernahme der SB-Warenhäuser von Wertkauf sowie von SPAR in den deutschen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt eingetreten war (vgl. TB 1997/98, S. 140 f.), hat sich wieder vollständig aus Deutschland zurückgezogen. Nachdem in den letzten Jahren bereits mehrere SB-Warenhäuser an die Schwarz-Gruppe (Kaufland) veräußert worden waren, wurden im Jahr 2006 die zuletzt verbliebenen

85 WalMart-Standorte, die sich über das gesamte Bundesgebiet verteilen, komplett an den Metro-Konzern veräußert. Die Europäische Kommission, die aufgrund der Umsatzschwellen der Unternehmen für die Fusion zuständig gewesen wäre, hatte den Fall auf Antrag der beteiligten Unternehmen an das Bundeskartellamt verwiesen, da von dem Verfahren ausschließlich regionale Märkte innerhalb Deutschlands betroffen waren. Das Bundeskartellamt hat 52 regionale Lebensmitteleinzelhandels-Märkte, in denen sämtliche WalMart-Standorte liegen, untersucht. Da die von der Metro unter ihrem Namen betriebenen Cash+Carry (C+C)-Märkte zum Großhandel zählen, waren diese bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen. Auf keinem der regionalen Absatzmärkte kam es durch den Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung. Auf dem bundesweiten Beschaffungsmarkt, auf dem die Unternehmen als Nachfrager tätig werden, kam es ebenfalls nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung, auch wenn auf dem Beschaffungsmarkt die für die Metro C+C-Märkte getätigten Umsätze zusätzlich berücksichtigt wurden. Die Marktanteile der Unternehmen blieben deutlich unterhalb der Schwelle für die Marktbeherrschungsvermutung von einem Drittel und weitere Wettbewerber verfügen über mindestens vergleichbar hohe Marktanteile.

Insbesondere durch die vorbezeichnete Akquisition sowie durch die Übernahme der polnischen Warenhauskette Geant hat die Metro ihre SB-Warenhaus-Vertriebsschiene stabilisiert. Die SB-Warenhausgruppe der Metro, Real, ist außerdem in der Türkei und Russland sowie seit 2006 auch in Rumänien vertreten.

Auch in diesem Berichtszeitraum hat die Schwarz-Gruppe (Kaufland, Lidl) ihre Expansionspolitik durch Übernahmen weiter fortgeführt (zuletzt Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 144), ohne dass dies auf den jeweils relevanten Absatzmärkten oder auf den Beschaffungsmärkten zu kritischen Auswirkungen geführt hätte. Daher hat das Bundeskartellamt sämtliche angemeldeten Zusammenschlüsse freigegeben. Neben dem bereits erwähnten Erwerb von mehreren WalMart-Standorten wurden insgesamt sieben extra-Märkte von der Metro AG sowie zwei Kaufhäuser von Karstadt übernommen und zu SB-Warenhäusern und Verbrauchermärkten umgewandelt.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Ermittlungen eingestellt, die wegen des Verdachts des Aufforderns zu sachlich nicht gerechtfertigten Vorzugskonditionen gegen REWE, Metro und Schlecker eingeleitet worden waren. Anlass der Ermittlungen waren Mitteilungen in der Fachpresse sowie eine Beschwerde des Markenverbandes über an Lieferanten gerichtete Aufforderungen, die an sie gezahlten Rückvergütungen der Gesellschaft Duales System Deutschland an die Handelsunternehmen weiterzuleiten. Nachdem REWE, Metro und Schlecker sich bereit erklärt hatten, keinerlei Druck auf die Lieferanten auszuüben und keine Maßnahmen zu ergreifen, um die ihnen vermeintlich zustehenden Forderungen einseitig durchzusetzen, hat das Bundeskartellamt die Ermittlungen eingestellt.

## 2. Möbelhandel

Die Lutz-Unternehmensgruppe und das Unternehmen Kurt Krieger haben im Jahr 2005 ihre Expansionspolitik weiter fortgeführt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 144 f.). Nicht untersagt hat das Bundeskartellamt die Übernahme sämtlicher Anteile der im südwestdeutschen Raum an mehreren Standorten tätigen Mann Mobilia BeteiligungsAG, von 68 % der Anteile der an 29 Standorten (Berlin, Hamburg, München und Dresden) tätigen Domäne-Gruppe sowie der Möbel-Center Josef Bierstorfer (Heilbronn) und der Möbel Klingeberg (Bruchhausen-Vilsen). Auch die Zusammenschlüsse der Krieger-Gruppe mit der Möbel Erbe GmbH (Hanau) und der Erwin Stöckel Franken Wohnland-Gruppe (Fürth) wurden nicht untersagt. Auf den jeweils betroffenen regionalen Einzelhandelsmärkten für das Möbelgrundsortiment führten die Zusammenschlüsse nicht zu kritischen Verschlechterungen der Marktstruktur.

Ferner hat das Bundeskartellamt die Verschmelzung der Großeinkauf Europamöbel mit der Deutscher Möbelverbund Handels GmbH in der neugegründeten Europa Möbel Verbund als kartellrechtlich unbedenklich angesehen. Da die Umsätze der am Vorhaben Beteiligten nicht die erforderlichen Schwellen erreichten, unterfiel es nicht der deutschen Zusammenschlusskontrolle; es verstieß als Einkaufskooperation i. S. d. § 4 GWB a. F. auch nicht gegen § 1 GWB a. F.

## 3. Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümeriewaren

Die bereits im vergangenen Berichtszeitraum festgestellte zunehmende Konzentrationstendenz im Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümeriewaren hat sich weiter fortgesetzt. Insbesondere die Konzerne, deren Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels liegt, konzentrieren sich vermehrt auf das Kerngeschäft und trennen sich von ihren eigenständigen Drogeriemärkten.

Tengelmann hat die bereits im Jahr 2003 begonnene vollständige Trennung vom Drogeriegeschäft (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 145 ) im Jahre 2005 durch Veräußerung der zu diesem Zeitpunkt noch existierenden 307 kd-Filialen in Deutschland an die Dirk Rossmann GmbH abgeschlossen. Bereits im Jahr 2003 hatte Tengelman 72 kd-Filialen an die Dirk Rossmann GmbH veräußert und kontrollierte seitdem aufgrund einer Kooperationsvereinbarung mit diesem Unternehmen die restlichen gut 300 kd-Filialen, deren Standorte im Süden und Westen Deutschlands liegen, gemeinsam. Etwa 200 dieser Filialen firmierten zudem schon seit dem Jahr 2004 unter der Marke Rossmann. Da Rossmann zuvor – über die Kooperation mit kd hinaus – nicht im Süden und Westen der Bundesrepublik tätig war, kam es in den betroffenen Regionen zu keinen Überschneidungen mit kd. Die Marktanteile von kd waren an keinem Standort so hoch, dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem jeweiligen Absatzmarkt hätte festgestellt werden können. Auch auf den Beschaffungsmärkten war die Entstehung einer

marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben nicht festzustellen.

Nachdem die REWE AG bereits im Jahr 2001 ihre Drogeriemarktkette „Sconti“ an Schlecker veräußert hatte (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 183), hat sie sich im Jahr 2005 auch von ihrer Drogeriemarktkette „idea – die grüne Drogerie“ getrennt. 91 Filialen hat wiederum Schlecker übernommen, weitere 37 Drogeriefachmärkte wurden von dm erworben. Beide Zusammenschlussvorhaben hat das Bundeskartellamt freigegeben, weil auf keinem der sachlich und räumlich betroffenen Märkte eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten festgestellt wurde. Neben Schlecker und dm ist insbesondere die Drogeriemarktkette Rossmann mittlerweile nahezu bundesweit in den meisten Markträumen vertreten. An der im Jahr 2005 insolvent gewordenen Drogeriemarktkette Ihr Platz, zu der auch die Drospa-Märkte gehören, die von dem US-Investmentunternehmen Goldman Sachs aus der Insolvenz heraus übernommen worden war (COMP/M.3959), hat sich im Jahr 2006 mit der ebenfalls US-amerikanischen Fortress Investment Group ein weiterer Finanzinvestor mit 40 % beteiligt. Auch die EDEKA hat nach wie vor bundesweit einen Marktanteil auf dem Absatzmarkt für Drogeriewaren von 15 %. Schließlich drängen auch die Lebensmittel-Discounter Aldi und Lidl in jüngster Zeit stark mit einem erweiterten Drogeriewaren-Sortiment auf den Markt.

Das zur Douglas Holding AG gehörende gleichnamige Parfümerieeinzelhandelsgeschäft hat im Berichtszeitraum seine Marktführerschaft mit knapp 900 Filialen in Europa weiter ausgebaut. So übernahm Douglas beispielsweise im Jahr 2005 in Frankreich 35 Elytis-Parfümerien von der Lavigne-Gruppe. In Deutschland hat Douglas die Zahl seiner Filialen sowohl durch Neueröffnungen als auch durch Übernahmen bestehender Parfümerie-Fachgeschäfte auf mittlerweile bundesweit über 400 Standorte ausgebaut. Der Erwerb der Parfümerie Schnitzler in Düsseldorf war vom Bundeskartellamt nicht zu prüfen, da die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle wegen der unter 10 Mio. Euro liegenden Umsätze des Zielunternehmens gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 keine Anwendung fanden.

Der Erwerb der HELA Kosmetik Handels GmbH & Co. Parfümerie KG, die insgesamt elf Filialen Schwerpunktmäßig im Raum München sowie in Darmstadt und Michelfeld betreibt, wurde – nachdem Douglas angeboten hatte, die HELA-Filiale in Darmstadt zu verkaufen – mit einer diesbezüglichen auflösenden Bedingung freigegeben. In sachlicher Hinsicht betraf der Zusammenschluss auf der Absatzseite den Markt für den stationären Einzelhandel für selektiv vertriebene Kosmetik- und Parfümeriewaren einschließlich der diese ergänzenden Körperpflegeprodukte. Diese Produkte werden nach wie vor fast ausschließlich über Fachparfümerien und entsprechende Abteilungen der Kaufhäuser vertrieben und prägen mit Anteilen von über 80 % an deren Gesamtumsatz ihr Geschäft. Diese selektiv vertriebenen Produkte bilden einen eigenen Markt, der von demjenigen für Produkte der Konsumkosmetik abzugrenzen ist, die überwiegend

über Drogerien und Drogeriemärkte sowie die verschiedenen Vertriebsformen des Lebensmitteleinzelhandels angeboten werden. Dabei handelt es sich bei selektiv vertriebenen Kosmetik- und Parfümeriewaren regelmäßig um besonders hochwertige Produkte mit einem ihnen zugewiesenen besonderen „Prestigecharakter“, die von den Herstellern gezielt über ausgewählte und entsprechend luxuriös gestaltete Verkaufsstellen mit entsprechender individueller Beratung vertrieben werden, um diesen exklusiven Charakter zu unterstreichen. Die Möglichkeit, dass diese Produkte in ihrer Funktion auch mit nicht exklusiv vertriebenen Produkten austauschbar sind, tritt dahinter zurück. Selektiv vertriebene Markenprodukte erfüllen insbesondere durch Exklusivität und Imagevorteile einen Zusatznutzen, den die in anderen Vertriebskanälen angebotenen Produkte der Konsumkosmetik nicht bieten, so dass hier aus Verbrauchersicht eine Austauschbarkeit nicht gegeben ist. In räumlicher Hinsicht legt das Bundeskartellamt grundsätzlich einen Umkreis von 30 km um einen Ort mit Zentrumsfunktion zugrunde, da Kosmetika als Produkte des a-periodischen Bedarfs i. d. R. „mitgekauft“ werden. Der räumlich relevante Markt ist deshalb weiter abzugrenzen als bei nicht aufschiebbaren Ausgaben für Produkte des täglichen Bedarfs, wie z. B. Lebensmitteln. Dieser Marktraum ist allerdings kleiner, wenn ansonsten andere, in der Umgebung selbst ein Oberzentrum bildende Städte einbezogen würden. Hinsichtlich des den Schwerpunkt des Zusammenschlussvorhabens bildenden Marktraumes München, in dem Douglas und HELA jeweils neun Filialen betreiben, ergaben die Ermittlungen keine eine Untersagung rechtfertigende marktbeherrschende Stellung der Beteiligten. Bei einem Marktanteil von zusammen unter 30 %, der unter der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung liegt, stehen eine Vielzahl von kleineren und mittleren Wettbewerbern sowie die Kaufhauskonzerne Metro und Karstadt mit vier bzw. fünf Filialen gegenüber, ohne dass bei Marktanteilen dieser Wettbewerber von bis zu 17 % von einem völlig zersplitterten Markt auszugehen ist. Im Marktraum Darmstadt haben die Ermittlungen des Bundeskartellamtes hingegen ergeben, dass Douglas mit vier Standorten bereits einen Marktanteil von über 35 % erreicht hatte. Anhand der sonstigen Strukturkriterien konnte die vom GWB vermutete Marktbeherrschung nicht widerlegt werden, da Douglas über einen sehr hohen Marktanteilsvorsprung gegenüber dem nächsten Wettbewerber, einem wesentlich kleineren Filialunternehmen, und einen noch deutlicheren Vorsprung gegenüber den ebenfalls vertretenen Kaufhauskonzernen verfügt. Mit der Übernahme der HELA-Filiale in Darmstadt wäre diese Dominanz von Douglas insbesondere in dem den Marktraum prägenden Oberzentrum Darmstadt selbst nochmals deutlich gestärkt worden, so dass die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 gegeben waren. Die Zusage von Douglas, die zu übernehmende HELA-Filiale an einen dritten, unabhängigen Wettbewerber zu veräußern, verbunden mit einem sechsjährigen Rückkaufverbot, verbessert die Bezugsalternativen der Verbraucher und verhindert eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Douglas auf dem Absatzmarkt Darmstadt. Auf dem demgegenüber bundesweit abzugrenzenden Markt für die Be-

schaffung von selektiv vertriebenen Kosmetik- und Parfümeriewaren kommt es durch den Zusammenschluss angesichts der nur geringen Umsätze von HELA nicht zu einer eine Untersagung rechtfertigenden Verschlechterung der bisherigen Marktverhältnisse. Hier war zu berücksichtigen, dass es sich bei denjenigen Herstellern, bei denen der Umsatzanteil von Douglas mit Werten zwischen 30 % und 40 % am höchsten ist, um weltweit agierende Großkonzerne handelt, die eine Vielzahl von Marken vertreiben, auf die Douglas auf der Handelsseite angewiesen ist. Diese großen Hersteller sind jedenfalls in der Lage, den Verhaltensspielraum von Douglas zu kontrollieren. Bei den übrigen Herstellern, die lediglich bis zu 25 % ihrer Umsätze mit Douglas tätigen, besteht eine vergleichbare Abhängigkeit von Douglas nicht, so dass sie grundsätzlich über ausreichende Absatzalternativen verfügen. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben, verbunden mit einer auflösenden Bedingung bezüglich der Veräußerung der HELA-Filiale in Darmstadt, freigegeben. Diese Nebenbestimmung war erforderlich und ausreichend, um die Erfüllung der Veräußerungsverpflichtung sicherzustellen.

Das Bundeskartellamt hat gegen Herrn Anton Schlecker als Inhaber der Drogeriemarktkette Schlecker im Jahr 2005 einen Bußgeldbescheid wegen des Anbietens von Fotoarbeiten unter Einstandspreis verhängt (Verstoß gegen § 20 Abs. 4). Schlecker hatte im Jahr 2004 mehrfach bundesweit mit konkreten Angeboten Fotoarbeiten im Bereich Digitalfotografie unterhalb des Preises angeboten, den das Unternehmen selbst für diese Arbeiten an die beauftragten Fotolabore zahlen musste. Mit einer Dauer von elf Wochen war das erste beanstandete Angebot auch nicht mehr als nur gelegentlich anzusehen. Ein zweites und ein drittes Angebot im September bzw. Oktober 2004 dauerten jeweils genau drei Wochen, wobei zwischen diesen Angeboten lediglich eine Woche lag. Dieser sehr enge zeitliche Zusammenhang führte dazu, dass den Kunden der Eindruck einer dauerhaften besonderen Preiskompetenz von Schlecker im Bereich der Digitalfotografie vermittelt wurde, so dass hierin ebenfalls ein nicht nur gelegentliches Anbieten unter Einstandspreis zu sehen war. Da Schlecker über eine gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen des Fotofachhandels überlegene Marktstellung verfügt und auch keine sachliche Rechtfertigung für die Angebote vorlag, hat das Bundeskartellamt die Festsetzung eines Bußgeldes für erforderlich und angemessen angesehen. Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig.

Das Bundeskartellamt hat gegen die Drogeriemarktkette Dirk Rossmann GmbH sowie gegen Herrn Dirk Rossmann Anfang 2007 ein Bußgeld von insgesamt 300 000 Euro wegen des Anbietens von Drogerieartikeln unter Einstandspreis verhängt. Der Verkauf unter Einstandspreis stellt eine unbillige Behinderung von kleinen und mittleren Wettbewerbern gemäß § 20 Abs. 4 dar. Rossmann besitzt überlegene Marktmacht gegenüber inhabergeführten Drogerien. Das Verfahren betraf 55 Produkte, die im Jahr 2005 in insgesamt mehr als 250 Fällen zu Preisen angeboten wurden, die den Einstandspreis zum Teil deutlich unterschritten. Für die Bestimmung des Einstandspreises sind neben dem in Rechnung gestellten Nettopreis sämtli-



che preisrelevanten Einkaufskonditionen zu berücksichtigen, die zwischen dem Handelsunternehmen und seinen Lieferanten vereinbart worden sind. Dabei sind alle Konditionen sämtlichen vom jeweiligen Hersteller gelieferten Produkten umsatzanteilig zuzurechnen. Dies gilt nicht nur für pauschal gewährte Vergütungen, sondern insbesondere auch für die Werbekostenzuschüsse (WKZ). Letztere dürfen nicht nur als Verkaufsförderung für die tatsächlich beworbenen Produkte berücksichtigt werden, sondern sind ebenfalls anteilig auf alle Produkte anzurechnen. Dem Händler bliebe sonst ein erheblicher Spielraum für die Manipulation seines Einstandspreises, da sich angesichts der beachtlichen Höhe von WKZ je nach ihrer Zurechnung auf einzelne Produkte erhebliche Unterschiede beim Einstandspreis ergeben würden. Zwar handelte es sich ursprünglich bei dem im Geschäftsverhältnis zwischen Lieferanten und Handelsunternehmen branchenweit üblichen WKZ tatsächlich um Einmalzahlungen für konkrete Werbemaßnahmen. Doch nunmehr sind WKZ im Handelbereich typischerweise Rabatte. Die Betroffenen haben gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt.

#### 4. Bau- und Heimwerkermärkte

Im Bereich des Einzelhandels mit Artikeln des Bau- und Heimwerkerbedarfs zeichneten sich im Berichtszeitraum erste Schritte hin zu einer Konsolidierung der Branche ab. Das Bundeskartellamt hat die angemeldete Übernahme des operativen Geschäfts der Baumarktkette Max Bahr durch die Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG mit der Verpflichtung freigegeben, insgesamt vier Baumärkte an einen unabhängigen Erwerber zu veräußern. Das Vorhaben betrifft die Übernahme von insgesamt rund achtzig überwiegend großflächigen Bau- und Heimwerkermärkten, deren ausschließlich im Inland erzielter Gesamtumsatz sich im oberen dreistelligen Millionen Euro-Bereich bewegt. Durch den Zusammenschluss ist es zu Überschneidungen auf 39 relevanten Regionalmärkten gekommen. Während in der überwiegenden Zahl der Fälle keine fusionsrechtlichen Bedenken bestanden, hätte der Zusammenschluss auf vier regionalen Märkten (Lüneburg, Rostock, Schwerin und Cottbus) zur Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen geführt. Als relevanten Markt hat das Bundeskartellamt seiner Entscheidung den Einzelhandel mit dem vollen Sortiment des Bau- und Heimwerkerbedarfs in seiner heute typischen Zusammensetzung zugrunde gelegt. In räumlicher Hinsicht ist das Bundeskartellamt von regionalen Einzelhandelsmärkten im Umkreis von 30 km bzw. von 30 Autominuten um das jeweilige Oberzentrum ausgegangen, wobei örtliche Besonderheiten, wie insbesondere siedlungs- und verkehrsstrukturelle Verhältnisse, berücksichtigt wurden. Um die Bedenken des Bundeskartellamtes auszuräumen, haben die beteiligten Unternehmen zugesagt, in den Regionalmärkten, für die zusammenschlussbedingt die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt wurde, jeweils einen großflächigen Baumarkt an einen unabhängigen Erwerber zu veräußern. Dies führt zu einer deutli-

chen Reduzierung des gemeinsamen Marktanteils von Praktiker und Max Bahr und eröffnet zugleich konkurrierenden Anbietern den Eintritt in den Markt bzw. den Ausbau der eigenen Marktstellung. Das Bundeskartellamt konnte den Zusammenschluss daher unter der genannten Verpflichtung freigegeben.

Das Bundeskartellamt hat der Praktiker Baumärkte GmbH (Praktiker GmbH) im Mai 2006 untersagt, Franchisenehmer unbillig zu behindern. Die zum Praktiker-Konzern gehörende Praktiker GmbH fungiert bundesweit als Franchisegeberin gegenüber unabhängigen Franchisenehmern, die mit Praktiker-Regiebaumärkten auf bestimmten regionalen Einzelhandelsmärkten nicht nur in potenziellem, sondern auch in aktuellem Wettbewerb stehen. Insoweit betreibt der Praktiker-Konzern ein duales Vertriebssystem. Aufgrund einer Beschwerde eines der Franchisenehmer der Praktiker GmbH hat das Bundeskartellamt die Praxis der Praktiker GmbH im Hinblick auf mögliche kartellrechtswidrige Verhaltensweisen untersucht. Im Ergebnis waren zwei Verhaltensweisen als Verstoß gegen § 20 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 zu beanstanden. Das Bundeskartellamt hat der Praktiker GmbH zum einen untersagt, von ihren Franchisenehmern für die Belieferung mit Waren des systemtypischen Sortiments Bezugspreise zu fordern, die über den Verkaufs- bzw. Werbepreisen von konkurrierenden Praktiker-Regiebaumärkten liegen. Als sachliche Rechtfertigung konnte insbesondere nicht eine Rückerstattungsregelung berücksichtigt werden, die letztlich eine Preisbindung sowie eine Preisabsprache bewirkte. Zum anderen wurde festgestellt, dass die Praktiker GmbH einzelne Franchisenehmer des Franchisesystems unbillig behindert hat, soweit sie diesen Franchisenehmern eine 100%ige Bezugspflicht bezüglich des systemtypischen Sortiments auferlegt und zugleich die erzielten Einkaufsvorteile, welche bei Lieferungen für Franchisenehmer bei der Praktiker GmbH oder verbundenen Unternehmen anfallen, nicht an die jeweiligen Franchisenehmer weitergeleitet hat. Insoweit bestand gleichzeitig eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Franchisenehmer mit 100%iger Bezugspflicht gegenüber anderen Franchisepartnern der Praktiker GmbH, die einer Bezugsbindung jedenfalls nur zu 80 % unterliegen. Das Bundeskartellamt hielt eine Klarstellung der Rechtslage u. a. für erforderlich, weil der Fall Rechtsfragen in Zusammenhang mit Franchisesystemen betrifft, die bisher im Einzelnen nicht Gegenstand der Klärung durch die Gerichte waren. Bei der für die Prüfung der Unbilligkeit gebotenen Interessenabwägung hat das Bundeskartellamt auch die grundsätzlich wettbewerblich positive Bedeutung von Franchisesystemen berücksichtigt. Diese wird allerdings durch die einseitige Verlagerung der Vorteile des Systems zugunsten der Franchisegeber in Frage gestellt, wie sie insbesondere im dualen Vertrieb auftreten, wenn der Franchisegeber zugleich Vorlieferant/Großhändler und Wettbewerber seiner Franchisenehmer ist. Die Praktiker Baumärkte GmbH hat gegen den Untersuchungsbeschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

## Landverkehr (60)

### 1. Eisenbahnverkehr

Die fortschreitende Liberalisierung im Schienengüterverkehr wurde im Berichtszeitraum durch weitere Maßnahmen des Gesetzgebers flankiert. Nachdem Ende April 2005 das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften in Kraft getreten ist, gilt seit August 2005 zudem eine neue Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung. Mit dieser sog. „3. AEG-Novelle“ war in erster Linie die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben des EG-Infrastrukturpaketes verbunden; sie ging aber auch darüber hinaus. Ziel war die Sicherstellung eines gerechten und diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur in Deutschland. Um dieses sicherzustellen, wurden der Bundesnetzagentur (BNetzA) die Regulierungsaufgaben des Eisenbahnbundesamtes übertragen (S. 32, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 32 f.). Die Zuweisung der Regulierungsaufgaben einschließlich der damit einhergehenden ex-ante-Prüfung hinsichtlich infrastruktureller Vorhaben an die BNetzA hat auch dazu geführt, dass die Zahl von Beschwerden über die DB Netz AG beim Bundeskartellamt deutlich abgenommen hat.

Die privaten Güterbahnen haben ihre Transportleistung auf der Schiene wiederum steigern können; dennoch liegt ihr gemeinsamer Marktanteil lediglich bei etwa 15 %, der sich auf eine Vielzahl von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen verteilt, wohingegen die Deutsche Bahn AG (DBAG) über ihr Tochterunternehmen Railion einen Marktanteil von rund 85 % hat. Dennoch hat das Bundeskartellamt den Erwerb der RAG Bahn und Hafen GmbH freigegeben, da der Zusammenschluss letztendlich nicht zu einer Verstärkung der Marktstellung der Railion führte. Das Bundeskartellamt hat seiner Prüfung einen nationalen Markt für den Transport von schüttfähigen, trockenen Massengütern, die regelmäßig und in großen Mengen transportiert werden, zugrunde gelegt. Diesem Markt können nur die Transporte zugerechnet werden, die durch die Verkehrsträger Bahn und – bedingt – Binnenschiff durchgeführt werden. Nicht zu diesem Markt gehören Transporte des Verkehrsträgers LKW, da dieser aufgrund systembedingter Kostennachteile nicht in der Lage ist, großvolumige Transporte über größere Entfernungen zu vergleichbaren Kosten durchführen zu können. Das schließt nicht aus, dass im Einzelfall Transporte von schüttfähigen, trockenen Massengütern auch mittels LKW erfolgen; bei diesen handelt es sich aber i. d. R. um den Vor- bzw. Nachlauf zu Transporten, die mit Bahn und Binnenschiff durchgeführt werden. Hier kommt der LKW nicht im Wettbewerb, sondern vielmehr komplementär zu diesen Verkehrsträgern zum Einsatz, wenn die anderen Transportmittel verkehrstechnisch für einen Transport nicht durchgängig eingesetzt werden können. Unabhängig davon, ob nur innerdeutsche Transporte oder auch grenzüberschreitende Transporte – jedenfalls soweit die Transportleistungen innerhalb Deutschlands erbracht wurden – berücksichtigt wurden, verfügt Railion über Marktanteile von deutlich über einem Drittel. Allerdings kam es durch den Zusammenschluss zu keiner Verstärkung einer – unterstellten – marktbeherrschenden Stellung: Zum einen hat die RBH in der Vergangenheit auf

dem angenommenen Markt nur wenige Transporte für dritte Unternehmen erbracht. Zum anderen hat Railion bereits zuvor Transporte in Kooperation mit RBH durchgeführt, die das Unternehmen durch den Zusammenschluss lediglich strukturell absichert. Demgegenüber kam es im Zuge des Zusammenschlusses zu strukturellen Verbesserungen, nachdem die Beteiligten aufgrund von Bedenken des Bundeskartellamtes gegen das Vorhaben im Laufe des Verfahrens 200 speziell zum Transport von Kohle einsetzbare Güterwaggons an einen gewerblichen Vermieter verkauft haben. Zudem kündigte die RBH die Mietverträge für rund 1 100 Güterwaggons zum Ende der bislang vereinbarten Laufzeit. Damit wurde eine von Wettbewerbern vorgetragene Marktzutrittschranke, die mangelnde Verfügbarkeit spezieller Waggons für den Transport von Kohle, deutlich verringert.

Ebenfalls den Transport von Massengütern betraf die vom Bundeskartellamt freigegebene Beteiligung der zum französischen Veolia-Konzern gehörenden Connex Cargo Logistics an der Dortmunder Eisenbahngesellschaft mbH. Die Dortmunder Eisenbahngesellschaft, ein Gemeinschaftsunternehmen der ThyssenKrupp Stahl AG und der Stadt Dortmund gehörenden Dortmunder Hafen AG, erbringt in erster Linie Transportleistungen für ThyssenKrupp und verfügt über eine eigene Eisenbahninfrastruktur. Für die Durchführung des Zusammenschlusses wurden die Geschäftsfelder der Dortmunder Eisenbahngesellschaft auf zwei Schwesterunternehmen, die DE Transport GmbH und die DE Infrastruktur GmbH, übertragen. Während sich Connex an der DE Transport GmbH mit 65 % beteiligt und damit die alleinige Kontrolle über das Unternehmen erlangt hat, hat sich Connex an der DE Infrastruktur GmbH nur mit 19 % beteiligt. Alleiniger Mitgesellschafter ist nunmehr jeweils die Dortmunder Hafen AG, die auch die alleinige Kontrolle über die DE Infrastruktur GmbH ausübt. Soweit von dem Zusammenschluss der Markt für Massenguttransporte betroffen war, konnte das Vorhaben auch bei einer denkbaren Beschränkung des sachlichen Marktes auf Eisenbahntransporte freigegeben werden, da die beteiligten Unternehmen gemeinsam nur auf einen Marktanteil im einstelligen Bereich kommen. Soweit die Dortmunder Hafen AG mit dem Zusammenschluss die alleinige Kontrolle über die Infrastruktur der DE Infrastruktur erwirbt, war bei der Prüfung zu berücksichtigen, dass die Infrastrukturgesellschaft schon bisher ein (natürliches) Monopol besaß. Das Ausscheiden eines Verladers (Thyssen) als mitkontrollierender Gesellschafter, ohne dass der neue Minderheitsgesellschafter (Connex) eine vergleichbare Stellung erwirbt, ließ eher eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten.

Um die Frage der Verfügbarkeit von Eisenbahnwaggons ging es auch in zwei weiteren beim Bundeskartellamt angemeldeten Fusionsvorhaben:

Das Bundeskartellamt gab das Vorhaben der US-amerikanischen Investmentgesellschaft WL Ross frei, die Schienenlogistikaktivitäten der TUI zu erwerben. Diese Aktivitäten umfassten vor allem das Vermietgeschäft für Eisenbahnkesselwagen, weitgehend gebündelt in der TUI-Konzerngesellschaft VTG Vereinigte Tanklager- und Transportmittel GmbH (VTG), und damit zusammenhän-

gende Dienstleistungen. Der sachlich relevante Markt, den das Bundeskartellamt zugrunde gelegt hat, ist das Geschäft der Überlassung von Eisenbahn-Kesselwagen. Als Kesselwagen werden Eisenbahnwagen bezeichnet, die aus einem Fahrgestell und einem darauf fest installierten Behälter aus Stahl bestehen und zum Transport von Flüssigkeiten, (verflüssigten) Gasen oder pulverförmigen Stoffen dienen. Tank-Container – dies sind zylinderförmige Behälter zum Transport von Flüssigkeiten oder verflüssigten Gasen, die in einen Stahlrahmen mit den Maßen eines Standard-Containers eingepasst sind – sind nicht demselben Markt zuzurechnen. Als räumlich relevanten Markt hat das Bundeskartellamt – wie schon die Europäische Kommission im Verfahren VTG/Warburg/Brambles (Entscheidung vom 19. März 2002) – den EWR, die Schweiz, sowie die osteuropäischen Staaten, jedoch ohne die GUS-Mitgliedstaaten, zugrunde gelegt. VTG ist mit Marktanteilen von deutlich über 30 % Marktführer, gefolgt von KVG und Ermewa. WL Ross war vor dem Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten nicht tätig. Den geschäftlichen Verbindungen des Investmentunternehmens WL Ross zu dem Investmentunternehmen IPE, das wiederum mehrheitlich am Kesselwagen-Vermietunternehmen Ermewa beteiligt ist, kam keine Bedeutung zu, die erwarten ließ, dass der Wettbewerb zwischen VTG und Ermewa eingeschränkt würde.

Eine deutlich schwächere Marktposition als bei der Überlassung von Kesselwagen hat die VTG über ihr schwedisches Tochterunternehmen Transwaggon auf dem Markt für die Überlassung von Waggons zum Transport von Trockengütern. Auch wenn davon auszugehen ist, dass die großen Waggonbestände der nationalen Staatsbahnen i. d. R. nicht zur Vermietung an Dritte zur Verfügung stehen, gibt es zahlreiche gewerbliche Vermieter, die für lebhaften Wettbewerb auf diesem praktisch europaweit abzugrenzenden Markt sorgen. Vor diesem Hintergrund war die angemeldete Übernahme der ebenfalls schwedischen Nordwaggon AB samt ihrer Güterwaggons hinsichtlich ihrer Auswirkungen in Deutschland wettbewerbllich unproblematisch und wurde vom Bundeskartellamt freigegeben.

Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben der zur italienischen Staatsbahn gehörenden Trenitalia freigegeben, eine im Jahr 2003 erworbene Beteiligung (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 147) an dem in Deutschland ansässigen privaten Eisenbahnverkehrs- und Logistikunternehmen TX Logistik zur Mehrheitsbeteiligung aufzustoßen. Als relevanten Markt hat das Bundeskartellamt den grenzüberschreitenden Güterverkehr zwischen Deutschland und Italien zugrunde gelegt, auf dem auch bei einer streckenbezogenen Betrachtungsweise keine kritischen Marktanteile festzustellen waren.

## 2. Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV)

Der Bundesgerichtshof hat durch zwei Entscheidungen zu Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 148 f.) den Rahmen für die Fusionskontrolle im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) abgesteckt. Dabei handelt es sich

zum einen um das vom Bundeskartellamt unter Auflagen und Bedingungen freigegebene Vorhaben von DBAG und üstra Hannoversche Verkehrsbetriebe AG (üstra), das Gemeinschaftsunternehmen üstra intalliance AG (intalliance) zu gründen (WuW/E DE-R 1681), und zum anderen um die Untersagung des Vorhabens der DBAG, über ihr Tochterunternehmen RSW Regionalbus Saar-Westpfalz GmbH eine Beteiligung an den Kreisverkehrsbetrieben Saarlouis (KVS) zu erwerben (WuW/E DE-R 1797). Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass der ÖPNV der Fusionskontrolle unterliegt, dass sich also insbesondere aus der Freistellung vom Kartellverbot durch § 8 Abs. 3 Satz 7 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) bzw. § 12 Abs. 7 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) keine Ausnahme von der Fusionskontrolle herleiten lässt. Der Bundesgerichtshof hat die vom Oberlandesgericht Düsseldorf (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 149) eingeführte Unterscheidung eines Aufgabenträgermarktes und eines Fahrgastmarktes im Bereich des Öffentlichen Straßenpersonennahverkehrs (ÖSPV) und des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) grundsätzlich bestätigt, allerdings auch festgestellt, dass die wettbewerbllichen Auswirkungen auf den Fahrgastmarkt den Wettbewerb um den Markt betreffen und daher auf dem Aufgabenträgermarkt in Erscheinung treten. Materiell geht es daher – wie in der Entscheidung des Bundeskartellamtes – nur um einen Markt für den öffentlichen Personennahverkehr. Dabei ist laut Bundesgerichtshof bei der räumlichen Marktabgrenzung des Aufgabenträgermarktes im ÖSPV maßgeblich auf regionale Aspekte abzustellen. Das Bundeskartellamt stellt bei der räumlichen Abgrenzung des ÖSPV auf regionale Märkte ab, deren Ausdehnung sich aus den Gegebenheiten der verkehrswirtschaftlichen Integration im Einzelfall ergibt. Wichtige Anhaltspunkte für die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte liefern u. a. bestehende Verkehrsverbünde, auch wenn für die Entstehung von Verkehrsverbänden und ihre jeweilige räumliche Ausdehnung neben verkehrswirtschaftlichen Überlegungen andere Faktoren – etwa historisch gewachsene Verwaltungsstrukturen – mitentscheidend sein können. Daher kann, im konkreten Fall, der räumlich relevante Aufgabenträgermarkt des ÖSPV über die Grenzen eines Verkehrsverbundes hinausreichen oder nur einen Teil eines Verkehrsverbundes ausmachen.

Die beiden vor den Bundesgerichtshof gelangten Fusionskontrollverfahren im Bereich des ÖPNV sind inzwischen abgeschlossen. Die Untersagung der Beteiligung der DBAG an den KVS ist bestätigt worden. Die Prüfung des Vorhabens DBAG/üstra hat der Bundesgerichtshof an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen. Die beteiligten Unternehmen haben jedoch das Gemeinschaftsunternehmen beendet und den Zusammenschluss rückabgewickelt. Der Rechtsstreit ist damit erledigt.

Dem externen Wachstum von Unternehmen, die in bestimmten räumlich relevanten Märkten des ÖPNV über eine starke oder gar marktbeherrschende Stellung verfügen, sind hinsichtlich dieser Märkte enge Grenzen gesetzt. Die DBAG ist, angesichts ihrer nach wie vor überragenden Stellung im SPNV in Deutschland und ihres weitreichenden Engagements im ÖSPV mit einer Viel-

zahl von regionalen Busgesellschaften, von diesen Beschränkungen deutlich stärker betroffen als andere Unternehmen, die dem ÖPNV-Markt in Deutschland erst in jüngerer Zeit zugetreten sind oder, ausgehend von einer etablierten Stellung in einem regionalen Markt, erst in jüngerer Zeit in andere regionale Märkte expandieren. Im Berichtszeitraum hat die DBAG von zwei Zusammenschlüssen in Koblenz und Ulm, die fusionskontrollrechtliche Bedenken aufwarfen, Abstand genommen.

Die DBAG hat den im März 2005 angemeldeten Erwerb von rund 48,5 % der Anteile an der Koblenzer Verkehrs-Service GmbH (KVS Koblenz) durch die von der DB-Regio AG kontrollierte RMV Rhein-Mosel Verkehrsgesellschaft mbH (RMV) nach Abmahnung durch das Bundeskartellamt zurückgenommen. Die KVS Koblenz ist ein 100%iges Tochterunternehmen der Koblenzer Elektrizitätswerk und Verkehrs-Aktiengesellschaft (KEVAG). KEVAG und RMV beabsichtigten, ihre Zusammenarbeit im Bereich des ÖPNV in Koblenz und Umgebung in einem Gemeinschaftsunternehmen zu koordinieren. Der Zusammenschluss hätte die bestehende marktbeherrschende Stellung von DB Regio und ihrer Regionalbusgesellschaft RMV auf dem Fahrgastmarkt für liniengebundene Verkehrsdienstleistungen im ÖSPV sowie auf dem Markt für Auftragsverkehre im ÖSPV im Bedienungsgebiet des Verkehrsverbund Rhein-Mosel verstärkt. Auf den regionalen Fahrgastmärkten des ÖSPV belief sich der Marktanteil der RMV vor Zusammenschluss auf über 35 % und auf dem Markt für Auftragsverkehre auf über 75 %. Zusammenschlussbedingt wäre der RMV/DB Regio ein erheblicher Marktanteil zugewachsen. Bei einer streckenbezogenen Abgrenzung der ÖSPV-Fahrgastmärkte waren die Untersagungs Voraussetzungen im Ergebnis ebenfalls gegeben. Aufgrund der bestehenden wettbewerblichen Bedenken haben die Zusammenschlussbeteiligten das Vorhaben modifiziert, so dass ein Zusammenschlusstatbestand nicht mehr vorlag. Die zuständige Genehmigungsbehörde hat im Hinblick auf das modifizierte Vorhaben mitgeteilt, dass insoweit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG für eine freigestellte Nahverkehrkooperation vorliegen.

Ebenfalls zurückgenommen haben die Unternehmen die Anmeldung des Vorhabens von DBAG und SWU Stadtwerke Ulm/Neu-Ulm GmbH (SWU), ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das die Erbringung von ÖPNV-Dienstleistungen im Raum Ulm zum Gegenstand haben sollte. Seiner Prüfung legte das Bundeskartellamt als räumlich relevanten Markt im ÖSPV alternativ einen engen Markt aus der Stadt Ulm und den Landkreisen Neu-Ulm und Alb-Donau-Kreis und einen weiteren Markt, der darüber hinaus die Landkreise Biberach, Heidenheim und Günzburg umfasste, zugrunde. Je nach räumlicher Marktabgrenzung erreichten die Zusammenschlussbeteiligten einen Marktanteil in einer Spanne von 45 % bis 60 %, der nächstgrößere Wettbewerber erreichte, je nach Marktabgrenzung, weniger als 15 % oder weniger als 20 % Marktanteil. Das Bundeskartellamt mahnte das Vorhaben wegen der zu erwartenden Entstehung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen auf Märkten des ÖPNV ab. Die

beteiligten Unternehmen haben das Vorhaben daraufhin aufgegeben.

Dagegen standen den Zusammenschlussvorhaben von Wettbewerbern der DBAG, die bislang deutschlandweit deutlich weniger stark vertreten sind, keine durchgreifenden Bedenken entgegen.

Im Jahr 2005 hat das Bundeskartellamt eine Reihe von Zusammenschlussvorhaben freigegeben, die den Erwerb städtischer und kreiseigener ÖSPV- und SPNV-Verkehre durch – finanzstarke – private Unternehmen zum Gegenstand hatten, die in verschiedenen Regionen Deutschlands als Wettbewerber der DBAG tätig sind. Betroffen waren der Erwerb der Regionalbus Oberlausitz durch die zu Rethmann und zum französischen Keolis-Konzern gehörende Rhenus Keolis, der Erwerb der in Halle ansässigen OBS Omnibus Saalkreis durch die Essener Abellio, die Hallesche Verkehrs AG und den Unternehmensverbund Vetter, sowie der Erwerb der Schweriner MecklenburgBahn durch die zu Connex (jetzt: Veolia) gehörende Ostmecklenburgische Eisenbahngesellschaft.

Weitere Erwerbsvorgänge im SPNV, in dem die DBAG unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung Marktführer ist, fanden alle auf der Grundlage vorangegangener europaweiter Ausschreibungen statt. So hat die Essener Abellio zusammen mit der Mindener Kreisbahn, der Bielefelder moBiel und den Verkehrsbetrieben Extertalbahn ein Gemeinschaftsunternehmen zum Betrieb des Teutoburger-Wald-Netzes, und die Hamburger Hochbahn zusammen mit der Hessischen Landesbahn ein Gemeinschaftsunternehmen zum Betrieb des Nord-Hessen-Netzes gegründet. Das Bundeskartellamt hat die Zusammenschüsse angesichts des bestehenden und weiter zu erwartenden Wettbewerbs um den Markt wettbewerblich nicht beanstandet.

Freigegeben wurde auch das Vorhaben der französischen Veolia Transport S.A., eine Mehrheitsbeteiligung an der bislang rein kommunalen Städtische Verkehrsbetriebe Pforzheim GmbH & Co. KG zu erwerben. Veolia war mit Tochterunternehmen schon bislang im Bereich des ÖSPV im weiteren Umfeld des räumlich relevanten Marktes vertreten, jedoch nur in vergleichsweise bescheidenem Umfang und nicht im betroffenen Markt selbst. Als den relevanten Aufgabenträgermarkt und Fahrgastmarkt im ÖSPV hat das Bundeskartellamt das Gebiet des Verkehrsverbundes Pforzheim-Enzkreis (VPE) zugrunde gelegt. In diesem Markt sind die Städtischen Verkehrsbetriebe Pforzheim und der DBAG-Konzern der größte und der zweitgrößte ÖPNV-Anbieter. Zwar verfügt die Städtische Verkehrsbetriebe Pforzheim mit einem Marktanteil im relevanten ÖSPV-Markt, der deutlich über der Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 Satz 1 liegt, über eine starke Stellung, doch ließ der Zusammenschluss mit dem im räumlich relevanten Markt bislang nicht tätigen ÖPNV-Anbieter Veolia nicht die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten.

Freigegeben hat das Bundeskartellamt weiterhin das Vorhaben der zum Veolia-Konzern gehörenden Ostseeland Verkehr, die kreiseigene Personenverkehr Müritz zu er-

werben, die in Mecklenburg-Vorpommern liniengebundene Nahverkehrsleistungen im ÖSPV anbieten. Als räumlich relevanten Fahrgast- beziehungsweise Aufgabenträgermarkt hat das Bundeskartellamt das kreisübergreifende Gebiet der Verkehrsgemeinschaft Müritz-Oderhaff angesehen. Hierbei hat das Bundeskartellamt die regionalen verkehrswirtschaftlichen Verflechtungen sowie die Verbindungen zwischen den ansässigen Verkehrsunternehmen und den regionalen Aufgabenträgern berücksichtigt. Auf dem so abgegrenzten ÖSPV-Markt liegt der gemeinsame Marktanteil der Ostseeland Verkehr und der Personenverkehr Müritz deutlich unterhalb der Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung.

Schließlich hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der französischen Transdev S.A. freigegeben, maßgebliche Beteiligungen im ÖPNV-Bereich von der SZ Verkehrs- und Touristik Management GmbH & Co. KG zu erwerben. Transdev ist ein führendes französisches ÖPNV-Unternehmen, das bislang lediglich mittels eines Gemeinschaftsunternehmens auf drei Linien im SPNV in der Eifel und der Westpfalz tätig war; die SZ-Gruppe ist maßgeblich im Raum Bonn und im Raum Koblenz im ÖSPV tätig. Das Vorhaben ließ auf keinem der betroffenen Märkte das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung erwarten.

Im Fall des Erwerbs der gemeinsamen Kontrolle durch die Stadtwerke Verkehrsgesellschaft Frankfurt a. M. (VGF) an der bislang von der Stadtwerke Offenbach Holding GmbH kontrollierten Offenbacher Verkehrsbetriebe GmbH (OVb) (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 151) hat die Beigeladene und Beschwerdeführerin DBAG die Beschwerde gegen den Freigabebeschluss des Bundeskartellamtes zurückgenommen. Der Beschluss ist damit rechtskräftig.

### Schifffahrt (61)

Insgesamt hat sich das Seefrachtgeschäft im Berichtszeitraum weltweit weiter positiv entwickelt. Insbesondere der Containerverkehr konnte global wieder ein überdurchschnittliches Wachstum verzeichnen. Ausgelöst durch eine verstärkte Nachfrage nach Transportraum haben die Reedereien ihre Kapazitäten besonders im Fernostverkehr erheblich gesteigert. Begleitet wurde diese Entwicklung von einem Anstieg der Hafenleistungen, woran vor allem die chinesischen Containerhäfen überproportional beteiligt waren. Profitiert von diesem Boom haben neben den internationalen Werften auch die Emissionshäuser für Schiffsbeteiligungen. Im Jahr 2004 wurde in diesen Geschäftsbereich in Deutschland ein Anlegerkapital von fast drei Mrd. Euro für die Beteiligung an Hochseeschiffen eingeworben. Auch im Jahr 2005 konnten die größten deutschen Emissionshäuser HCI, Lloyd Fonds und North Capital wieder steigende Investitionsvolumina durch die Placierung von Schiffsfonds verzeichnen. Dabei ist das Geschäftsmodell im Wesentlichen gleich: Die Reederei gründet zusammen mit dem Emissionshaus ein Gemeinschaftsunternehmen in der Funktion eines Schiffsfonds, dessen Anteile an Anleger verkauft werden. Zweck des Gemeinschaftsunternehmens ist die Finanzierung und der

Betrieb von Frachtschiffen. Zu diesem Zweck werden von dem Emissionshaus geschlossene Schiffsfonds aufgelegt, die aus steuerlichen Gründen jeweils in Form einer GmbH & Co. KG (Fondsgesellschaft) gegründet werden. Dabei erwirbt die Fondsgesellschaft ein oder mehrere Schiffe und betreibt sie mittels eines vertraglich eingebundenen Partners, dem Vertragsreeder. Die von den Anlegern zu leistende Einlage wird abzüglich der prognostizierten Fondskosten in den Erwerb eines oder mehrerer Schiffe investiert. Das Schiff wird i. d. R. zur kommerziellen Nutzung zusammen mit der Besatzung auf Zeit gegen Zahlung von vereinbarten Charraten einem Charterer überlassen. Die Charterverträge zwischen der Fondsgesellschaft und der Reederei werden dabei von der Reederei als Befrachtungsmakler vermittelt. In der Betriebsphase erzielt die Fondsgesellschaft Erlöse aus der Vercharterung des Schiffes, die nach Leistung des Kapitaldienstes für das zur Finanzierung des Schiffes aufgenommene Fremdkapital und Abzug der laufenden Kosten des Geschäftsbetriebs sowie sonstiger Kosten (z. B. Treuhandgebühren) an die Anleger ausgeschüttet werden. Am Ende der Laufzeit des Fonds wird das Schiff veräußert und der Erlös nach Abzug etwaiger Verbindlichkeiten ebenfalls an die Anleger ausgekehrt. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zur Finanzierung von Schiffen einen Zusammenschluss darstellt, wenn mindestens zwei Unternehmen Anteile von mehr als 25 % erwerben. Allerdings ist die materielle Wirkung der Vorhaben gering. Es handelt sich jeweils um Finanzierungstransaktionen, die materiell fusionsrechtlich irrelevant sind. Daher akzeptiert das Bundeskartellamt eine jährliche Sammelanmeldung für die in einem Kalenderjahr vorgesehenen und zu gründenden Einzelfonds.

Der steigende Bedarf an Transportkapazität löste weltweit eine Fusionswelle bei den Reedereien aus. Nennenswert sind die großen Zusammenschlüsse Maersk/P&O Nedlloyd, TUI/CP-Ships und Tallink/Silja Line, die durch die Europäische Kommission – teilweise mit Auflagen – freigegeben wurden. Die Schifffahrtsunternehmen konnten damit ihre Flotte und ihre Marktstellung verstärken. Synergien ergab es auch durch Zusammenlegung der Routen und durch eine bessere Ausnutzung der knappen Terminalkapazitäten in den Hochseehäfen. Wettbewerbslich bedenkliche Auswirkungen hat die Europäische Kommission letztlich nicht festgestellt.

Auch die Fährhäfen hatten kräftige Transportzuwächse zu verzeichnen. In Deutschland gilt dies insbesondere für die Ostseehäfen und deren Verkehre nach Skandinavien und ins Baltikum. Dabei haben allein die Häfen in Schleswig-Holstein – Lübeck, Brunsbüttel, Puttgarden und Kiel – in den ersten sechs Monaten des Jahres 2006 insgesamt 18,2 Mio. t Güter umgeschlagen, das sind 5,7 % mehr als im gleichen Vorjahreszeitraum. Auch der Fährhafen Puttgarden konnte im Vergleich zum Vorjahr ein deutliches Wachstum verzeichnen. Die Strecke von Puttgarden nach Rødby, die sog. Vogelfluglinie, gilt nach wie vor als eine der ertragsreichsten Strecken und stellt dabei die kürzeste Fährverbindung zwischen Deutschland und Dänemark dar. Puttgarden ist ein privater Fährhafen und steht im

Eigentum der Scandlines AG, einem Gemeinschaftsunternehmen zwischen der DBAG und dem dänischen Verkehrsministerium. Das Unternehmen soll nach dem Willen der Eigentümer veräußert werden; das Bieterverfahren war im November 2006 abgeschlossen.

Ungeachtet eines möglichen Eigentümerwechsels hat das Bundeskartellamt aufgrund einer Beschwerde (erneut) ein Verwaltungsverfahren gegen die deutsche Tochtergesellschaft der Scandlines AG, die Scandlines Deutschland GmbH, eröffnet. Scandlines hat sich geweigert, einem norwegischen Reedereikonsortium, das ebenfalls einen Fährverkehr von Puttgarden nach Roedby einrichten und damit in Wettbewerb zu Scandlines auf dieser Strecke treten will, den Zugang zum Fährhafen zu gewähren. Bereits im Jahr 1997 hatte Scandlines interessierten Fährunternehmen den Zugang und die Nutzung der land- und hafenseitigen Infrastruktureinrichtungen des Fährhafens Puttgarden verwehrt. Das damalige Untersagungsverfahren des Bundeskartellamtes war im Laufe der Rechtsmittelverfahren für erledigt erklärt worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 152).

Im Februar 2005 hat das Bundeskartellamt mögliche Kartellrechtsverstöße durch Reedereien und Hafenschlagsbetriebe in Deutschland im Zusammenhang mit der Erhebung von Gebühren für bestimmte Sicherheitsmaßnahmen (ISPS Charges) geprüft. Grundlage dieser Zuschläge waren verschiedene Maßnahmen, die den Terminalbetreibern in allen europäischen Seehäfen und den diese Terminals nutzenden Reedereien zur Verbesserung der Sicherheit in der Seeschifffahrt auferlegt wurden. Diese Maßnahmen waren insbesondere auf Drängen der USA infolge der Terroranschläge vom 11. September 2001 durch Ratsverordnung in das Internationale Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (Safety of Life at Sea – SOLAS) eingearbeitet worden, auf dessen Grundlage der International Ship and Port Facility Security-Code (ISPS-Code) erlassen wurde (Verordnung (EG) Nr. 725/2004 vom 31. März 2004 des Rates zur Erhöhung der Gefahrenabwehr auf Schiffen und in Hafenanlagen, ABL L 129/6 vom 29. April 2004). Mit diesem Sicherheits-Code sollte ein neuer internationaler Sicherheitsstandard für Häfen und Schiffe geschaffen werden. Seit dem 1. Juli 2004 sind die Bestimmungen des ISPS Codes in Kraft. Die Umsetzung des Codes ist für alle IMO-Vertragsstaaten (International Maritime Organisation), zu denen auch Deutschland gehört, verbindlich. Das bedeutet, dass Hafenanlagen, die nicht den Bestimmungen des ISPS-Codes genügen, von ISPS-zertifizierten Schiffen im internationalen Verkehr nicht mehr angelaufen werden, da ihnen sonst der Verlust der Einlaufberechtigung in Überseehäfen droht. Die Kosten für die Umsetzungs-Maßnahmen mussten von den Terminalbetreibern und den Reedereien getragen werden. Die Terminalbetreiber hatten daraufhin durch Einführung einer ISPS-Gebühr versucht, die Kosten für die Sicherheitsmaßnahmen auf ihre Kunden zu überwälzen. Die Verbände der Importeure und Verloader als von diesen Gebühren unmittelbar Betroffene hatten sich an das Bundeskartellamt gewandt, weil sie Absprachen der Terminalbetreiber in Bezug auf die Höhe dieser Gebühren

vermuteten. Das Bundeskartellamt hatte daraufhin die wichtigsten deutschen Terminalbetreiber sowie den Verband Deutscher Reeder (VDR) um Stellungnahme zu den von den Verbänden vorgetragenen Vorwürfen aufgefordert. Eine Auswertung dieser Stellungnahmen hatte jedoch keine Verhaltensweisen nachweisen können, die den Anfangsverdacht für die Eröffnung eines Kartellverfahrens begründet hätten. Zudem hatte eine Abfrage der Kartellbehörden in den EU-Mitgliedstaaten der Nordsee-Range ergeben, dass diese ebenfalls aufgrund einer unzureichenden Beweislage derzeit keine Kartellverfahren gegen Terminalbetreiber bzw. Reedereien eröffnen würden. Das Bundeskartellamt hat daraufhin die Ermittlungen eingestellt.

### Luftverkehr (62)

Der Luftverkehr ist weltweit nach wie vor durch hohe Treibstoffkosten, Überkapazitäten im Linienflugbereich und zunehmenden Preiswettbewerb durch Billigfluglinien gekennzeichnet. Weltweit kann eine erhebliche Expansion dieses Geschäftsmodells festgestellt werden. Nach Pressemitteilungen erreichen die Billig-Airlines neben den dominierenden Netzcarriern weltweit mittlerweile 10 % der Marktanteile nach Passagierkilometern. Auf die europäischen Low-Cost Airlines entfällt dabei ein Anteil von 4 %. Die drei größten europäischen Linienfluggesellschaften Deutsche Lufthansa, Air France und British Airways konnten zwar ihr operatives Ergebnis verbessern, die steigenden Kerosinpreise haben jedoch die Ergebnisse insgesamt belastet. Nach Presseberichten haben die Airlines weltweit im Jahr 2006 (Stand: Oktober 2006) rund 115 Mrd. Dollar für Kerosin ausgegeben. Insbesondere kleinere Anbieter werden nach Ansicht von Experten die Treibstoffkosten auf Dauer nicht kompensieren können. Daher wird insgesamt von einer weiteren Konsolidierungsphase im Linienflugverkehr ausgegangen. Diese machte sich u. a. durch weitere Zuwächse in den drei großen Allianzen sowie durch strategische Kooperationen und Fusionen einzelner Fluggesellschaften bemerkbar. Zur Star Allianz – der größten Luftverkehrsallianz – sind im Berichtszeitraum Air China und South African Airlines hinzugekommen. Damit wächst die Mitgliederzahl der größten Luftverkehrs-Allianz auf 19 Gesellschaften. One-World, hinter Skyteam das drittgrößte Luftfahrtbündnis, beabsichtigt als weitere Mitglieder Japan Airlines, Malev Hungarian Airlines und Royal Jordanian aufzunehmen. Damit werden zu Oneworld insgesamt elf große Fluglinien gehören.

Obwohl die Europäische Kommission den Allianzen und deren Netzwerkeffekten grundsätzlich positiv gegenübersteht, hat sie erstmals offiziell Einwendungen (Statement of Objections) gegen vermutete wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Allianz-Partnern geltend gemacht. Im Juni 2006 eröffnete sie ein formelles Kartellverfahren gegen neun der zehn Mitglieder von Skyteam nach Artikel 81 EG wegen des Verdachts wettbewerbswidriger Absprachen in Bezug auf Preise, Kapazität und Flugplänen auf bestimmten Flugrouten.

Der harte Preiswettbewerb führte weltweit zu weiteren Zusammenschlüssen konkurrierender Fluggesellschaften. 2006 verschmolzen SN Brussels und die britische Billigfluglinie Virgin Express zu einer Gesellschaft. Cathay Pacific übernahm den Konkurrenten Dragonair und eröffnete sich damit einen Zugriff auf den wachsenden chinesischen Luftverkehrsmarkt. In Indien schlossen sich die beiden staatlichen Fluglinien Air India und Indian Airlines zusammen, um gegen den wachsenden Andrang westlicher Wettbewerber gewappnet zu sein. Wegen des hohen Wirtschaftswachstums zählt Indien nach China zu den bevorzugten asiatischen Zielen westlicher Fluggesellschaften. Marktbeobachter sehen jedoch mit Sorge, dass sowohl die Passagierflug- als auch die Frachtfluggesellschaften in immer stärkere Abhängigkeit vom asiatischen Markt geraten. Der Anteil der nach Asien bestimmten Luftfracht von einzelnen großen europäischen Frachtfluggesellschaften liegt mittlerweile schon bei über 50 %. Lufthansa Cargo liefert inzwischen einen Anteil von 63,9 % ihrer gesamten Frachtleistungen in asiatische Länder. Hier nimmt der Wettbewerbsdruck durch chinesische, koreanische und japanische Frachtfluglinien zu.

Die Europäische Union und die USA hatten wegen des Verdachts auf Preisabsprachen im Luftfrachtgeschäft im Februar 2006 die Überprüfung mehrerer Fluggesellschaften eingeleitet und wurden dabei auch durch das Bundeskartellamt unterstützt. Durchsucht wurden im März 2006 die deutschen Niederlassungen mehrerer großer internationaler Frachtfluggesellschaften. Von den Ermittlungen betroffen waren neben Lufthansa u. a. British Airways, Air France-KLM, Cargolux, SAS und die Schweizer Lufthansa-Beteiligung Swiss sowie in den USA American Airlines und United Airlines.

Auch im Linienflugverkehr ist es zu verbotenen Absprachen zwischen Wettbewerbern gekommen. Die südafrikanische Wettbewerbsbehörde hatte in diesem Zusammenhang ein Verfahren u. a. gegen Lufthansa und South African Airways (SAA) wegen des Verdachts der Preisabsprache auf Flügen zwischen Frankfurt, Johannesburg und Kapstadt eröffnet. Die Wettbewerbsbehörde war auf die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der SAA im Zusammenhang mit der Prüfung von Codeshare-Vereinbarungen mit anderen Fluggesellschaften aufmerksam geworden. Sie hatte dabei festgestellt, dass die bilateralen Abkommen zwischen SAA und Lufthansa als Grundlage genutzt wurden, um Preise für Flugtickets auf den Flügen zwischen Frankfurt und Johannesburg/Kapstadt (und umgekehrt) festzusetzen. Lufthansa unterzeichnete ein Abkommen mit der südafrikanischen Wettbewerbsbehörde, in dem sie sich verpflichtete, ihre Geschäfte entsprechend den Vorschriften des südafrikanischen Wettbewerbsgesetzes zu führen, und stimmte der Zahlung einer Verwaltungsstrafe (administrative penalty) von 1 Mio. Euro zu. Das Bundeskartellamt wurde von der südafrikanischen Wettbewerbskommission erst im Juni 2006 über das Verfahren gegen Lufthansa informiert. Da das kartellrechtswidrige Verhalten sich auf den Zeitraum von 1999 bis 2002 bezog und SAA mittlerweile Mitglied der Star Alliance geworden war, verzichtete das Bundeskartellamt auf die Eröffnung eines eigenen Verfahrens.

Die Stärkung der inländischen Wettbewerbsposition sowie Synergieeffekte waren u. a. auch Hintergrund für Zusammenschlüsse deutscher Luftverkehrsunternehmen. Freigegeben hat das Bundeskartellamt den Erwerb aller Anteile an der dba durch die Fluggesellschaft Air Berlin. Veräußerer waren die dem Kaufmann Hans Rudolf Wöhrli zuzurechnende Intro Verwaltungsgesellschaft und der Arzt Lutz Helmig, der zwischenzeitlich 25,1 % der dba-Anteile übernommen hatte. Gegen den Zusammenschluss bestanden keine fusionsrechtlichen Bedenken; vielmehr ist zu erwarten, dass die Wettbewerbsstellung der beteiligten Fluggesellschaften insbesondere im innerdeutschen Linienflugverkehr gegenüber der Lufthansa als der nach wie vor führenden Anbieterin von Flugleistungen in Deutschland gestärkt wird. Ebenfalls freigegeben hat das Bundeskartellamt die Übernahme von 60 % der Anteile an der LTU Lufttransport GmbH durch die Intro von Rewe, die seit längerem auf der Suche nach einem Käufer für die LTU war. Nach Ausübung einer Option auf die restlichen 40 % hat Intro 45 % der LTU-Anteile an den Geschäftsführer Jürgen Marbach weitergereicht. Die mit der Neustrukturierung der LTU-Gesellschafter verbundene Zusammenschlusstatbestände ließen keine wettbewerblich nachteiligen Effekte erkennen. Allerdings werden weitere strukturelle Anpassungen sowohl inländisch wie im internationalen Luftverkehr erwartet.

Das Bundeskartellamt hat das Verfahren gegen das Regional-Konzept der Lufthansa (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 154) eingestellt, nachdem die Europäische Kommission der Übernahme der Mehrheit der Stimmrechte an der Eurowings durch Lufthansa zugestimmt hatte. Die Europäische Kommission hatte festgestellt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb nur auf drei innereuropäischen Strecken ausschaltet. Daher hat sich Lufthansa verpflichtet, auf den Strecken Köln-Wien, Stuttgart-Wien und Stuttgart-Dresden Start- und Landerechte (Slots) zur Verfügung zu stellen, falls ein Anbieter den Wettbewerb auf einer der identifizierten Strecken aufnehmen möchte und die dafür notwendigen Start- und Landerechte nicht im normalen Slot-Verteilungsprozess erhalten sollte. Mit dem Erwerb der Kontrolle über Eurowings fallen Vereinbarungen zwischen beiden Unternehmen nicht (mehr) unter § 1. Auch der dritte Partner des Regionalkonzepts, Augsburg Airways, hat das Angebot eigener Flugleistungen eingestellt und stellt nur noch Flugzeuge im Wetlease der Lufthansa im Rahmen des Regionalskonzepts zur Verfügung. Damit konnte der Vorwurf der verbotenen Vereinbarungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen als Grundlage für ein Kartellverfahren gegen Lufthansa nicht weiter aufrecht erhalten werden.

Ebenfalls eingestellt hat das Bundeskartellamt das Verfahren gegen die Ferienfluggesellschaften Hapagfly (TUI), Condor (Thomas Cook), LTU und Air Berlin wegen des Verdachts einer kartellrechtswidrigen Absprache in Bezug auf eine gemeinsame Kündigung der Agenturverträge mit den Reisebüros. Anfang Mai 2005 war das Bundeskartellamt durch Beschwerden von mehreren Reisevermittlern darüber informiert worden, dass die genannten Unternehmen in zeitgleichen Schreiben die mit

den Reisevermittlern bestehenden Agenturverträge mit dem Ziel gekündigt hätten, die bis dahin geleistete Provisionszahlungen auf verkaufte Flugtickets im Einzelplatz-Segment einzustellen. Die Reisevermittler sahen darin eine abgestimmte Verhaltensweise der miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und forderten das Bundeskartellamt auf, gegen dieses kartellrechtswidrige Vorgehen einzuschreiten. Nach Erkenntnissen des Bundeskartellamtes standen die Unternehmen gegenüber den Reisevermittlern tatsächlich unter Wettbewerbsdruck. So musste zu Recht befürchtet werden, dass derjenige, der als erster den Agenturvertrag und das damit einhergehende Provisionsmodell kündigte, von den Reisevermittlern „abgestraft“ würde und zugunsten seiner Konkurrenten Einbußen würde hinnehmen müssen. Dieses Dilemma hätte durch eine gemeinsame Abstimmung in Bezug auf den Kündigungstermin gelöst werden können. Der einheitliche Kündigungstermin zum 31. Oktober 2005 sowie die nahezu zeitgleiche Versendung der Kündigungsschreiben deuteten insofern auf eine gemeinsame kartellrechtswidrige Absprache hin. Daher führte das Bundeskartellamt am 14. Juni 2005 zeitgleich Durchsuchungen bei den vier Ferienfluggesellschaften durch. Die sichergestellten Dokumente reichten jedoch bei einer wertenden Gesamtschau nicht aus, den Tatbestand einer Vereinbarung oder auch nur einer abgestimmten Verhaltensweise gemäß § 1 durch die beteiligten Unternehmen nachzuweisen. Es gab auch plausible Gründe, die ein gleichförmiges Verhalten der Beteiligten rechtfertigen konnten: Lufthansa hatte im September 2004 eine Änderung der bisherigen Provisionsregelung mit den Reisevermittlern erfolgreich eingeführt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 155 f.) und damit das Signal gesetzt, dort, wo es möglich war – nämlich im Einzelplatzverkauf –, dieses Modell zu übernehmen. Für den Kündigungstermin lagen insofern sachliche Gründe vor, als eine halbjährige Kündigungsfrist zum Beginn einer Flugplanperiode branchenüblich war. Es gab zwar weitere subjektive Verdachtsmomente, wie die gemeinsame Teilnahme an Veranstaltungen oder Motive wie das Verlust-Risiko für den „First Mover“, die die Notwendigkeit eines abgestimmten Verhaltens hätten möglich erscheinen lassen. Ein Nachweis für ein solches Verhalten konnte jedoch nicht erbracht werden. Gegen eine Absprache/Abstimmung sprach auch die Tatsache, dass kein einheitliches Vorgehen in Bezug auf die künftige Gestaltung der Provision für die Reisebüros festzustellen war. Gerade die Provisionsregelung ist aber für den Wettbewerb der Anbieter von Flugleistungen insbesondere im Einzelplatzverkauf von ausschlaggebender Bedeutung. Selbst wenn der Ausstieg aus der bisherigen Provisionsregelung abgestimmt worden wäre, lagen Hinweise auf eine Abstimmung der Nachfolgeregelung nicht vor; die tatsächliche Entwicklung des Marktes wies insofern auch erhebliche Unterschiede auf.

## Hilfs- und Nebentätigkeiten für den Verkehr, Verkehrsvermittlung (63)

### 1. Speditionen

Im Bereich des Stückguttransportes ist es im Berichtszeitraum zu zahlreichen Zusammenschlüssen gekommen, die

auch Auswirkungen auf die bundesweit aufgestellten Stückgutkooperationen hatten. So haben insbesondere die Unternehmen Kühne & Nagel und die DFDS Transport GmbH, eine mittelbare Tochtergesellschaft der dänischen DSV A/S, beide Mitglieder der Stückgutkooperation IDS, jeweils mehrere mittelständische Speditionsunternehmen übernommen, die ihrerseits ebenfalls Mitglied der IDS waren. Nachdem Kühne & Nagel bereits im Jahr 2003 das IDS-Mitglied Pracht Spedition übernommen hatte, erwarb das Unternehmen im Berichtszeitraum die Speditionen Gebrüder Mönkemöller und WM Cargonet (an der es seit dem Jahr 2004 bereits mit 40 % beteiligt war) sowie den Geschäftsbereich Güterlogistik der F.W.Deus GmbH & Co. KG. Außerdem erwarb Kühne & Nagel die restlichen 50 % der Anteile an der Hinderer Zippert Logistik, nachdem es durch den Erwerb der Häring Speditionsgruppe im Jahr 2004 bereits mittelbar 50 % der Anteile an Hinderer hielt. DFDS wiederum erwarb – nach der Übernahme der Speditionen Viktoria Logistik System und Boes Spedition+Logistik GmbH im Jahr 2004 – nunmehr die Transitas Intern. Spediteure GmbH, die Erwin Steinle Intern. Spedition GmbH & Co. KG, sowie das Stückgutgeschäft der Firmen Josef Konz GmbH & Co. KG und J. Rudolph & Söhne GmbH. Durch diese Zusammenschlüsse, die fusionsrechtlich nicht bedenklich waren, kam es zu einer deutlichen Verringerung bei der Zahl der Gesellschafter der IDS. Dennoch bestanden auch unter dem Aspekt des § 1, Artikel 81 EG keine Bedenken gegen die Fusionen. Zwar erhöhen Kühne & Nagel bzw. DFDS durch die Übernahmen anderer Mitglieder ihre kapitalmäßige Beteiligung an der IDS. Da aber jeder Gesellschafter in der IDS unabhängig von seiner kapitalmäßigen Beteiligung nur über eine Stimme verfügt, erhöht sich ihr Einfluss auf die Kooperation im Verhältnis zu den anderen Mitgliedsunternehmen nicht. Vielmehr erhöht sich durch die Verringerung der Zahl der Gesellschafter der Einfluss jedes einzelnen Unternehmens im Rahmen der Kooperation.

Die ABX Logistics (Deutschland) GmbH, ein bislang mittelbares Tochterunternehmen der belgischen Eisenbahn, hat im Berichtszeitraum das von ihr im Wesentlichen betriebene Stückgutgeschäft neu gegliedert. Mit sechs ihrer Niederlassungen ist ABX Logistics als Franchisenehmerin in das Stückgutnetzwerk CargoLine eingetreten, ohne allerdings Gesellschafterin der Betreibergesellschaft CargoLine GmbH zu werden. Diese hat 15 Gesellschafter, die auch zugleich Franchisenehmer von CargoLine sind. Insgesamt bestand das Netzwerk zum Zeitpunkt des Eintritts von ABX Logistics aus 43 überwiegend mittelständischen Franchisenehmern, die aber teilweise auch zu größeren Unternehmen gehören. Die übrigen Standorte der ABX Logistics in Deutschland hat das Unternehmen überwiegend an weitere mittelständische CargoLine-Franchisenehmer übertragen, mit denen teilweise auch Gemeinschaftsunternehmen gegründet wurden. Soweit diese Zusammenschlüsse wegen Überschreitens der Aufgreifschwelle der deutschen Fusionskontrolle überhaupt vom Bundeskartellamt zu prüfen waren, wurden sie freigegeben, da der gemeinsame Marktanteil von ABX Logistics und CargoLine bei



Stückguttransporten nur im niedrigen zweistelligen Prozentbereich liegt. Die Muttergesellschaft von ABX Logistics, ABX Logistics Worldwide SA/NV, ist mittlerweile mitsamt ihren Tochtergesellschaften von dem britischen Investmentunternehmen 3i übernommen worden; der Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission im vereinfachten Verfahren freigegeben.

Auch im Segment der Kontraktlogistik hat die Zahl von Zusammenschlüssen zugenommen. Diese sind Ausdruck der Entwicklung, dass immer mehr Unternehmen des produzierenden oder handelnden Gewerbes dazu übergehen, diese Tätigkeiten, die nicht zum Kerngeschäft ihres Unternehmens gehören, an dritte, spezialisierte Unternehmen zu übertragen. Dies belegen Studien über die Logistik-Märkte, die ein immer größeres Umsatzvolumen im Bereich der Logistik ausweisen. Dabei übernehmen die Dienstleister i. d. R. die Betriebsstätte, so dass der Tatbestand des Vermögenserwerbs erfüllt ist. So hat der KarstadtQuelle-Konzern im Zuge seiner Umstrukturierung sowohl die Logistikaktivitäten im Bereich des stationären Einzelhandels als auch den Betrieb der Großgut- und Stückgutlager der Versandhandelsunternehmen Quelle und Neckermann sowie deren Auslieferung an die Endkunden veräußert. Erwerber war in beiden Fällen die Deutsche Post AG (DPAG). Die Zusammenschlüsse wurden freigegeben, da sie auf den unmittelbar betroffenen Märkten für Kontraktlogistik sowie für Stückgutumschlag nicht zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der DPAG führten. Da ein Großteil der aus den Stückgutlagern an die Endkunden auszuliefernden Waren als Paket versandt werden, hat das Bundeskartellamt in die Prüfung auch den dem Kontraktlogistikmarkt nachgelagerten Markt der Paketbeförderung einbezogen, auf dem die DPAG bereits vor dem Zusammenschluss bezogen auf die Beförderung von Geschäftskundenpaketen an private Endkunden eine marktbeherrschende Stellung hatte. Zwischen beiden Märkten besteht ein enger wettbewerbsrelevanter Bezug, da ein Unternehmen, das beide Dienstleistungen anbietet, aufgrund von Synergieeffekten Kostenvorteile erzielt und dadurch seine Marktstellung absichern kann. Auf dem Markt für die Beförderung von Geschäftskundenpaketen an private Endkunden kam es jedoch nicht zu einer Untersagung rechtfertigenden Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DPAG, da das Volumen an Paketen, welches jährlich von dem zu übernehmenden Geschäftsbereich versandt wird, im Verhältnis sowohl zum Gesamtmarktvolumen als auch zu dem ansonsten von der KarstadtQuelle AG versandten Paketvolumen als sehr gering einzustufen ist. Von der ursprünglich ebenfalls beabsichtigten Veräußerung der sog. „Paketfabriken“ der Versandhäuser Quelle und Neckermann, in denen in großen Stückzahlen die klassischen Versandhandelspakete gepackt werden und an denen die DPAG ebenfalls interessiert war, hat KarstadtQuelle wieder Abstand genommen.

Die früher bereits beschriebenen Bemühungen der Deutschen Bahn AG (DBAG), ihre Position im deutschen Schienengüterverkehr durch Ausweitung ihrer Aktivitäten im Logistiksegment zu sichern (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 184, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 147),

hat das Unternehmen im aktuellen Berichtszeitraum in Deutschland auf die Übernahme der Roll Spedition beschränkt. Der Zusammenschluss betraf in erster Linie die Märkte für Stückgutverkehr und allgemeinen Ladungsverkehr. Auf keinem dieser Märkte kam es zu kritischen Marktanteilen der DBAG, so dass das Zusammenschlussvorhaben freigegeben wurde. Ebenfalls keine bedenklichen Auswirkungen auf betroffene Märkte in Deutschland hatte der Erwerb des US-amerikanischen Unternehmens Bax Global durch die DBAG, der von der Europäischen Kommission freigegeben wurde. Durch den Zusammenschluss kam es zu Überschneidungen im Bereich des Gütertransports und der Kontraktlogistik, die jedoch weder beim internationalen Luft- bzw. Seetransport noch beim nationalen Güterverkehr bedenklich waren.

In dem gegen zahlreiche deutsche Möbelspediteure geführten Verfahren wegen des Verdachts von Preisabsprachen im Bereich des Transports von Umzugsgut für die amerikanischen Streitkräfte (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 193 f.) hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum gegen sechs mittelständische Speditionsunternehmen Bußgelder verhängt. Das Verfahren gegen die übrigen Unternehmen hat das Bundeskartellamt – zum Teil wegen Geringfügigkeit – eingestellt. Ebenso eingestellt hat das Bundeskartellamt das Verfahren gegen sämtliche persönlich Betroffenen. Das Verfahren war parallel vom Bundeskartellamt und US-amerikanischen Kartellbehörden eingeleitet worden. Die Ermittlungen ergaben, dass die Unternehmen in den Jahren 2001 und 2002 ihre Preise für Umzugsleistungen für US-amerikanische Soldaten abgesprochen hatten. Die Absprachen bezogen sich auf das Verpacken des privaten Umzugsguts und den Transport in ein Lagerhaus, von wo es von anderen Dienstleistern über den Seeweg in die USA weitertransportiert wurde. Für ihre Leistungen vereinbarten die beteiligten Unternehmen einen Mindestpreis und verpflichteten sich gegenseitig, den von den Militärbehörden mit dem Gesamtumzug beauftragten Generalunternehmer kein niedrigeres Angebot zu unterbreiten. Bei der Bemessung des Bußgeldes hat das Bundeskartellamt für drei der betroffenen Unternehmen bußgeldmindernd die Bonusregelung angewandt. Drei der Bußgeldbescheide sind mittlerweile rechtskräftig, gegen die übrigen Bußgeldbescheide haben die betroffenen Unternehmen Einspruch eingelegt. Auch die US-amerikanischen Kartellbehörden haben in ihren Ermittlungsverfahren, die sich gegen die in den USA tätigen Generalunternehmer gerichtet hatten, hohe Bußgelder verhängt.

In zwei Fusionskontrollverfahren befasste sich das Bundeskartellamt mit der Errichtung und dem Betrieb von Terminal-Einrichtungen des Kombinierten Verkehrs (KV), die es ermöglichen, Transportgut insbesondere in genormten Behältern besonders zügig und effizient zwischen den Verkehrsmitteln LKW, Bahn und Binnenschiff umzuschlagen. Das erste Vorhaben betraf Errichtung und Betrieb einer KV-Einrichtung im Hafen Nürnberg durch ein Gemeinschaftsunternehmen des DBAG-Konzernunternehmens Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) GmbH, der Kombiverkehr GmbH &

Co. KG, der Hafen Nürnberg-Roth GmbH, sowie der CDN Container Depot Nürnberg GmbH. Das zweite Vorhaben betraf den Erwerb der Mehrheit an der DIT Duisburg Intermodal Terminal GmbH, der Betreibergesellschaft eines KV-Terminals im Hafen Duisburg, durch die Rhenus AG & Co. KG. Das Bundeskartellamt konnte bei der Prüfung beider Vorhaben die Frage offen lassen, ob KV-Terminalleistungen einen eigenen sachlich relevanten Markt bilden oder lediglich ein Glied in der Transportkette darstellen, die dem Markt des allgemeinen Ladungsverkehrs zuzuordnen ist. Das Bundeskartellamt kam zu dem Schluss, dass auf keinem der möglichen relevanten Märkte die Voraussetzungen für eine Untersagung erfüllt waren.

## 2. Geld- und Werttransporte

Im bislang in Deutschland noch sehr zersplitterten Markt für die Durchführung von Geld- und Werttransporten ist es im Berichtszeitraum zu ersten Konsolidierungsschritten gekommen.

Zunächst hatte die mittlerweile insolvente Heros-Gruppe im August 2005 Gesellschaften der WSW Wach-, Sicherheits- und Werttransport-Gruppe sowie im November 2005 die Sparte Geld- und Wertdienste Deutschland von der schwedischen Securitas AB übernommen. Obwohl die Heros-Gruppe durch diese Akquisitionen nach allgemeiner Einschätzung zu einem Marktanteil von etwa 50 % gelangte, entzogen sich diese Zusammenschlüsse einer wettbewerblichen Prüfung durch das Bundeskartellamt, weil die beteiligten Unternehmen nicht die Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 1 erfüllten.

Nachdem die Heros-Gruppe im Frühjahr 2006 Insolvenz anmelden musste, erwarb zunächst das US-amerikanische Private-Equity-Unternehmen MatlinPatterson Global Advisors LLC wesentliche Vermögensteile von 25 Heros-Unternehmen und brachte sie in die zu diesem Zweck gegründete SecurLog GmbH ein. Der Zusammenschluss konnte freigegeben werden, da die Erwerberin über keine weiteren Portfoliogesellschaften in den Geschäftsbereichen von Heros tätig ist, so dass es zu keinerlei Marktanteilsadditionen kam und auch keine vertikalen Verstärkungswirkungen des Zusammenschlusses festgestellt werden konnten. Zwischenzeitlich hat MatlinPatterson 50 % der Anteile an der unmittelbaren Muttergesellschaft von Securlog, der luxemburgischen Holdinggesellschaft Gero Investments, an einen weiteren Finanzinvestor, The Goldman Sachs Group, weiterveräußert; der Zusammenschluss ist von der Europäischen Kommission freigegeben worden.

SecurLog wiederum hat nunmehr 100 % der Kommanditanteile der W.I.S. Werttransport GmbH & Co. KG übernommen, die ebenfalls Geld- und Werttransporte durchführt. Zum sachlich relevanten Markt gehört jedoch nicht nur die reine Transportleistung, sondern auch die sog. Geldbearbeitung, d. h. das Zählen, Bündeln und Einzahlen des Geldes, sowie der Service im Zusammenhang mit Geldautomaten, nämlich das Befüllen der Automaten sowie Wartungsleistungen. Gegen die Abgrenzung selbständiger Teilmärkte spricht, dass die letztgenannten Ge-

schäftsfelder allgemein nicht als selbständige Dienstleistungen nachgefragt bzw. angeboten werden, sondern regelmäßig im Zusammenhang mit der Durchführung von Transporten erbracht werden. Der damit sachlich relevante Markt wird im Branchen-Sprachgebrauch zusammenfassend mit „Cash-Services“ bezeichnet. Abzugrenzen sind diese Dienstleistungen hingegen von einem Markt für Sicherheits- und Bewachungsdienste, auch wenn zahlreiche Unternehmen beide Geschäftsfelder anbieten, da sie aus Nachfragersicht nicht austauschbar sind und auch nicht notwendigerweise zusammen gehören. Die Frage, ob der Markt für Cash-Services bundesweit abzugrenzen oder aber in räumlich kleinere Regionen zu unterteilen ist, konnte letztendlich offen bleiben, da bei jeder denkbaren Abgrenzung die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen nicht festgestellt werden konnte. Hierbei war insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Marktstellung der früheren Heros-Gruppe nach der Insolvenz des Unternehmens – nicht zuletzt wegen der kriminellen Begleitumstände – gegenüber ihrer Position im Vorjahr deutlich verschlechtert hat, da viele Kunden in unmittelbarer Konsequenz zu Wettbewerbern gewechselt sind. Sowohl auf einem bundesweiten Markt, den auch kleinere Unternehmen durch Eingehung von Kooperationen bzw. der Beauftragung von Subunternehmen bedienen können, als auch auf den möglicherweise betroffenen Regionalmärkten gibt es nach wie vor eine ausreichende Zahl von Wettbewerbern, deren Position zudem durch die „Übernahme“ von ehemaligen Heros-Kunden eine Stärkung erfahren hat.

## 3. Touristik

Gegenüber den beiden letzten Berichtszeiträumen sind auf dem Reiseveranstaltermarkt keine wesentlichen strukturellen Veränderungen eingetreten. Mehr als zwei Drittel des Marktes werden weiterhin von TUI, Thomas Cook und Rewe Touristik gehalten. TUI bleibt Marktführer, gefolgt von Thomas Cook und Rewe Touristik, allerdings hat Rewe ihren Abstand zu Thomas Cook verkürzen können. Auch der viertgrößte Reiseveranstalter Alltours hat seine Marktposition ausgebaut. Die Umsätze im Veranstaltermarkt sind insgesamt leicht angestiegen, jedoch bleibt das Wachstum angesichts von Umweltkatastrophen, Terroranschlägen und des anhaltend schwachen Konsums gebremst. Im Reisevertrieb haben die Veranstalter die Zahl ihrer in Ketten, Franchisesystemen und Kooperationsbündnissen eingebundenen Agenturen weiter reduziert. Die Zahl der Reisebüros ging angesichts des zunehmenden Direktvertriebs der Reiseveranstalter und der steigenden Zahl der Online-Portale insgesamt zurück. Betroffen waren insbesondere Reisebüroketten und Franchisesysteme, lediglich die Kooperationen konnten einen Mitgliederzuwachs – zumeist kleinerer Reisebüros – verzeichnen. Der durch Reisebüros vermittelte Umsatz ist im Berichtszeitraum nicht mehr deutlich gewachsen. Der Druck der Luftverkehrsunternehmen und der Reiseveranstalter auf die Provisionen in der Flug- und Touristiksparte hält an. Nachdem TUI ihre auf Geschäftsreisen spezialisierte Tochter TQ 3 an die niederländische BCD

Holding verkauft hat, hat Rewe Touristik die Marktführerschaft im Reisevertrieb übernommen. An zweiter Stelle stehen die unter dem Dach der QTA kooperierenden Reisebüros. Zusammen mit TUI erwirtschafteten Rewe Touristik und QTA mehr als die Hälfte der vermittelten Gesamtumsätze. Zu dem Bild der in einem schwierigen wirtschaftlichen Umfeld operierenden Reisebüros gehört die Einbringung der Thomas Cook-Reisebüroketten in ein Gemeinschaftsunternehmen mit der Raiffeisen Volksbank Altötting. Die Raiffeisen Volksbank ist Hauptanteilseigner der RT-Reisen, zu der die Reisebürokooperation RTK gehört, die ihrerseits im Rahmen der QTA mit anderen Verbundgruppen selbständiger Reisebüros kooperiert. Dagegen hat der Versandhandelskonzern Otto über seine Touristiktochter OFT, die in Deutschland zu den größeren reiseveranstalterunabhängigen Reisevermittlern gehört, seine Reisevertriebsaktivitäten ausgebaut. Nach dem vollständigen Erwerb der restlichen Geschäftsanteile der Travel Overland, die deutschlandweit stationäre und mehrere Online-Reisebüros betreibt, hat OFT mit der Aerticket ein Gemeinschaftsunternehmen für den gemeinsamen Einkauf von Flugtickets gegründet. Das Bundeskartellamt hat beide Zusammenschlussvorhaben freigegeben. Bei dem Zusammenschlussvorhaben zwischen OFT und Aerticket hat das Bundeskartellamt berücksichtigt, dass der Absatz von Flugtickets getrennt bleibt und daher keine Marktanteilsaddition vorliegt. Bei der Ticketbeschaffung bleiben die gemeinsamen Anteile von Travel Overland und Aerticket deutlich unterhalb der Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung.

Darüber hinaus hat OFT die deutsche Tochter der schweizerischen Kuoni-Gruppe, die Kuoni Reisen GmbH, erworben, die im Inland stationäre Reisebüros unter der Firma „Euro Lloyd“ und „Kuoni“ betrieben hat. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss freigegeben. Die Zusammenschlussbeteiligten erreichen auf dem bundesweiten Markt für die Vermittlung touristischer Reisen Marktanteile, die deutlich unterhalb der Schwelle für die Vermutung der Marktbeherrschung liegen, und verfügen nach dem Zusammenschluss nur über einen geringen Anteil der deutschen Reisebüros. Offenbleiben konnte daher, ob es sich bei den betroffenen lokalen Reisebüromärkten um Bagatellmärkte handelte.

Vor dem Hintergrund der erwarteten erheblichen Zuwächse beim internetgestützten Direktvertrieb der Reiseveranstalter und dem Online-Vertrieb von Reisebüros hat die als Reisesoftwareanbieterin und im Online-Reisevertrieb tätige Sabre-Gruppe über ihr Tochterunternehmen Travelocity Europe sämtliche Anteile des britischen Online-Anbieters von Reise- und Freizeitdienstleistungen, lastminute.com, erworben. Da die Zusammenschlussbeteiligten auf dem Markt für die Vermittlung touristischer Reisen nur einen geringfügigen gemeinsamen Marktanteil erreichen und es auf den betroffenen Reisebüromärkten nicht zu Marktanteilsadditionen kommt, hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss freigegeben.

Freigegeben hat das Bundeskartellamt auch den Zusammenschluss zwischen Amadeus und der Reisesoftwareanbieterin TravelTainment. Amadeus ist ebenso wie Sabre

als Reisesoftwareanbieterin und im Online-Reisevertrieb tätig. Betroffener Markt ist der deutsche Markt für die in der Pauschalreisetouristik eingesetzten Computerreservierungssysteme („touristisches CRS“). Auf diesem Markt verfügt Amadeus – ebenso wie auf dem GDS-Markt (Computerreservierungssysteme für die Linienflüge) – über eine starke Marktstellung. Das Bundeskartellamt konnte offen lassen, ob es sich dabei um eine marktbeherrschende Stellung handelt, da die Marktstellung von Amadeus durch den Zusammenschluss jedenfalls nicht verstärkt wird. Gegenstand der Prüfung einer Verstärkungswirkung war insbesondere die von TravelTainment angebotene, für Online-Reisebüros und für den Online-Direktvertrieb von Reiseveranstaltern eingesetzte Suchsoftware, sog. Internet Booking Engine (IBE). IBE's gehören nicht zum CRS-Markt. Durch den Zusammenschluss wird weder die Finanzkraft von Amadeus spürbar gestärkt, noch wird der Zugang von Amadeus zu CRS-Absatzmärkten verbessert oder potenzieller Wettbewerb beseitigt. Durch die Möglichkeit gebündelter Angebote (IBE und touristisches CRS) wird der wettbewerbliche Verhaltensspielraum von Amadeus nicht spürbar erweitert, da andere große CRS-Anbieter, wie Sabre, über vergleichbare Möglichkeiten verfügen. Als reiner Suchsoftware- und Contentanbieter ist TravelTainment nicht als potenzieller Wettbewerber auf dem CRS-Markt zu sehen, zumal dort hohe Markteintrittsbarrieren bestehen. Die fusionsrechtliche Prüfung erstreckte sich auf keine der von TravelTainment angebotenen Reisesoftwareprodukte, die alle nicht zum CRS-Markt gehören. Bei IBE, der Suchsoftware für stationäre Reisebüros, dafür aufbereiteten elektronischen Reisedaten (Content) und der Bausteinssoftware handelt es sich selbst bei Zusammenfassung einzelner oder aller betroffener (Teil-)Märkte um Bagatellmärkte, die der materiellen Fusionskontrolle entzogen sind. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Deutsche Bahn/KVS Saarlouis“ (BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006 – KVR 28/05). Danach findet die Bagatellmarktklausel keine Anwendung, wenn die Zusammenschlussbeteiligten gleichzeitig auf dem Bagatellmarkt und einem vor- oder nachgelagerten Nicht-Bagatellmarkt tätig sind und die Wettbewerbsbedingungen auf dem Bagatellmarkt unmittelbar darüber entscheiden, welche Wettbewerber rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, ihre Waren oder Dienstleistungen auch auf dem anderen Markt anzubieten. Diese besonderen Voraussetzungen waren bei dem Zusammenschluss zwischen Amadeus und TravelTainment nicht gegeben. Die durch den Zusammenschluss betroffene Reisesoftware wird im Verhältnis zum touristischen CRS zwar (auch) auf einer anderen Marktstufe angeboten. Während die Reiseveranstalter CRS-Dienstleistungen nachfragen, fragen in erster Linie die Reisevermittler die IBE und die Suchsoftware für stationäre Reisebüros mit dem dazugehörigen Content nach. Die Wettbewerbsbedingungen auf diesen Reisesoftwaremärkten entscheiden jedoch nicht unmittelbar über die Angebotsmöglichkeiten auf dem CRS-Markt. Amadeus und die anderen Anbieter, wie Sabre und Galileo, bieten ihr touristisches CRS auch ohne „vorgeschaltete“ Suchsoftware an. Die Reisebüros können darüber entscheiden, welche Compu-

terreservierungssysteme sie mit dem von ihnen eingesetzten Suchtool (Suchsoftware einschließlich Content) „verbinden“. Über ihre jeweiligen Schnittstellen zum touristischen CRS werden für Amadeus und Sabre nur in geringem Maße Buchungen aus der TravelTainment-IBE generiert bzw. werden Buchungen in Verbindung mit dem stationären Suchtool von TravelTainment vorgenommen.

Die gegen TUI wegen des Verdachts der Behinderung des seit Sommer 2005 auf dem deutschen Markt tätigen Pauschalreiseveranstalters, Holiday Jack, eingeleiteten Untersuchungen hat das Bundeskartellamt ohne Einleitung eines förmlichen Verfahrens beenden können. Gegenstand der Untersuchungen des Bundeskartellamtes war der Verdacht, dass die vor Ort tätigen TUI-Mitarbeiter kartellrechtswidrig Einfluss auf die örtlichen Hoteliers genommen hätten, um zu verhindern, dass Hotels auf den Balearen, den Kanaren, der portugiesischen Algarveküste, in der Türkei und in der Dominikanischen Republik Verträge über Bettenkontingente mit Holiday Jack abschließen. TUI hat sich gegenüber dem Bundeskartellamt bereit erklärt, ihre Mitarbeiter zu kartellrechtskonformem Verhalten anzuhalten und den Hoteliers mitzuteilen, dass sie frei seien, Verträge auch mit Wettbewerbern der TUI abzuschließen. Diese Maßnahmen sind nachweislich erfolgt.

Die wegen eines möglichen Kartellverstößes der Giata eingeleiteten Ermittlungen konnte das Bundeskartellamt ebenfalls ohne förmliches Verfahren einstellen. Gegenstand der Ermittlungen waren die zwischen Giata und deutschen Reiseveranstaltern geschlossenen Verträge über eine exklusive Belieferung der Giata mit Reisekatalogdaten für Zwecke der elektronischen Aufbereitung und des Verkaufs der weiterverarbeiteten Daten an Dritte. Derartige Exklusivitätsvereinbarungen sind kartellrechtswidrig, wenn sie zu einer Marktabschottung führen und dadurch den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt einschränken. Die Überprüfung der Verträge ergab, dass bestehende Exklusivitätsvereinbarungen der Giata sich auf wenige Verträge mit Reiseveranstaltern beschränkten, die jeweils über deutlich weniger als 1 % Marktanteil auf dem deutschen Reiseveranstaltermarkt verfügten. Angesichts der vergleichsweise geringen wirtschaftlichen Bedeutung der Katalogdaten dieser Veranstalter für die elektronische Aufbereitung und den Verkauf der Daten an Dritte hat sich der Verdacht einer Marktabschottung nicht erhärtet.

## Nachrichtenübermittlung (64)

### A. Telekommunikation

#### 1. Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen

Im Bereich des Wiederverkaufs von DSL-Anschlüssen der Deutschen Telekom AG (DTAG) durch andere Anbieter von breitbandigem Internet-Zugang und breitbandiger Internet-Nutzung (Datenverkehr) hat das Bundeskartellamt in Kooperation mit der Bundesnetzagentur (BNetzA) ein Verfahren gegen die DTAG, die United Internet AG und die AOL Deutschland GmbH & Co. KG geführt. Bis etwa Ende 2005 hatte die DTAG DSL-An-

schlüsse zum Wiederverkauf auf der Basis eines „Resale DSL“ genannten Modells angeboten. Die Wiederverkäufer erhielten in diesem Modell einheitlich pro überlassenem DSL-Anschluss (sog. Port) einen 11,5%igen Abschlag auf den Endkunden-Preis der DTAG und unter bestimmten Umständen sog. Markterschließungszuschüsse. Ab Ende 2005 bot die DTAG den Wiederverkäufern alternativ ein „DSL Net Rental“ genanntes Modell an und schloss entsprechende Verträge zunächst mit United Internet und AOL Deutschland ab. Das Modell wurde von der DTAG als „Überlassung virtueller Netzkapazitäten“ bezeichnet und unterschied sich in der Abrechnung von „Resale DSL“. Diese erfolgte in dem neuen Modell nach den Anschlussbereichen des Netzes der DTAG, von denen es mehrere tausend gibt. Pro Anschlussbereich wurde eine Mindestnetzkapazität in Höhe von 192 Ports unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme abgerechnet. Für diese Mindestkapazität und für jeweils weitere darüber hinaus angefangene 64 Ports war eine Mindestüberlassungsdauer von 24 Monaten vorgesehen. Nicht genutzte Ports im Rahmen der Mindestkapazität bzw. der 64-Ports-Ergänzungsblöcke wurden nicht physisch für den Wiederverkäufer reserviert, sondern immer dynamisch nach Bedarf zugeteilt. Den Preis berechnete die DTAG in diesem Modell degressiv nach der Zahl der pro Anschlussbereich abgerechneten Ports. Mit zunehmender Zahl der Ports sank das Überlassungsentgelt pro Port ab einer gewissen Grenze deutlich unter das Niveau des Modells „Resale DSL“. Nach Beschwerden aus dem Markt leitete das Bundeskartellamt ein Verwaltungsverfahren ein. Parallel dazu trat die der BNetzA in ein Verfahren zur nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG ein. Nach weiteren Ermittlungen, deren Ergebnisse auch der BNetzA zur Verfügung gestellt wurden, kam das Bundeskartellamt zu der vorläufigen Bewertung, dass das Modell „DSL Net Rental“ sowohl gegen Artikel 81 Abs. 1 EG und § 1 als auch gegen Artikel 82 EG und § 19 verstieß.

Im Hinblick auf Artikel 81 Abs. 1 EG und § 1 lagen starke Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vereinbarung mit United Internet und AOL den Infrastrukturwettbewerb beschränkte, indem die DTAG den Unternehmen den Aufbau eigener DSL-Zugangs-Infrastrukturen bzw. den Bezug solcher Infrastrukturen von Dritten de facto abkaufte. Vom Angebot „DSL Net Rental“ profitierten nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes besonders große Wiederverkäufer wie United Internet, die unter dem Gesichtspunkt der Endkundenzahlen am ehesten für einen Wechsel zu einer eigenen oder der ggf. auszubauenden Infrastruktur eines Drittanbieters in Betracht gekommen wären. Dass die Verhinderung einer solchen Abwanderung sogar das Ziel des Angebotes „DSL Net Rental“ war, hatte die DTAG selbst vorgetragen. Auch ein Verstoß gegen Artikel 82 EG und § 19 war nach dem Stand der Ermittlungen zu bejahen. Die DTAG ist Adressat dieser Bestimmungen, denn sie ist auf den Vorleistungsmärkten für breitbandige Internetanschlüsse marktbeherrschend. Das Angebot „DSL Net Rental“ behinderte Nachfrager der Telekom-Vorleistungen für DSL-Anschlüsse auf den von ihnen bedienten Endkundenmärkten.

ten. Es führte für einige wenige, sehr große Wiederverkäufer von DSL-Anschlüssen zu sehr viel günstigeren Bezugspreisen für die Vorleistung als für die Masse der übrigen Anbieter. Diese Vergünstigung verschaffte diesen Unternehmen im Wettbewerb mit den übrigen Wiederverkäufern einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Dieser fiel so groß aus, dass sogar die Verdrängung der meisten Wiederverkäufer zugunsten eines Oligopols zu befürchten war. Eine sachliche Rechtfertigung für das Verhalten der DTAG war nicht zu erkennen. Wirtschaftlich betrachtet ließ sich das Angebot „DSL Net Rental“ auch als Mengenrabattsystem für ein- und dieselbe Leistung auffassen. Technische Unterschiede zwischen den Vorleistungsprodukten „DSL Net Rental“ und „Resale DSL“ konnten nicht festgestellt werden. Falls Unterschiede in den wirtschaftlichen Risiken für die Abnehmer für die Frage der Missbräuchlichkeit überhaupt eine Rolle spielen, so lagen auch solche Unterschiede hier nicht in signifikantem Umfang vor. Da die Anwendung des Tarifs „DSL Net Rental“ bezogen auf jeweils einen Anschlussbereich erfolgte, konnte der Abnehmer in diesen Tarif wechseln, sobald dies für ihn wirtschaftlich war. Ein signifikantes Risiko, die für diese Wirtschaftlichkeit notwendige Endkundenzahl über den Mindestabnahmezeitraum halten zu können, liefen die für „DSL Net Rental“ in Betracht kommenden größeren Abnehmer nach den Ermittlungen ebenfalls nicht. Waren aber keine Unterschiede in dem von den beiden Tarifmodellen betroffenen Produkt erkennbar, so wurde erheblich, ob die Mengenstaffelung in groben Zügen dem Kostenverlauf bei der DTAG entsprach. Anhaltspunkte dafür lagen nicht vor, Rationalisierungsvorteile gegenüber „Resale DSL“ waren bei der DTAG nach den Ermittlungen nicht erkennbar. Mit Entscheidung vom 22. Mai 2006 stellte die BNetzA im Verfahren nach § 38 TKG fest, dass die Entgelte für „DSL Net Rental“ missbräuchlich sind und nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, erklärte sie für unwirksam und untersagte der DTAG, sie weiterhin zu fordern. Zu diesem Ergebnis gelangte die BNetzA aufgrund von Erwägungen, die in weiten Teilen denen des Bundeskartellamtes zu Artikel 82 EG und § 19 entsprachen.

Aufgrund der Entscheidung der BNetzA hat das Bundeskartellamt zunächst vom Erlass einer eigenen Verfügung im Kartellverwaltungsverfahren abgesehen. Die DTAG hatte allerdings gegen den Beschluss der BNetzA Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Erst nachdem diese Klage zurückgenommen worden war, konnte das Kartellverwaltungsverfahren eingestellt werden.

## 2. Mobilfunk

Die vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O2 stellten dem Bundeskartellamt im Jahr 2005 ihre Absicht vor, Verhaltenskodices zum Jugendschutz sowie für das Angebot von Premium-SMS zu vereinbaren. Diesen sollten auch Mobilfunk-Serviceprovider und Inhalteanbieter beitreten können. Der Verhaltenskodex Jugendschutz beinhaltete im Wesentlichen die Konkretisierung von gesetzlichen Vorschriften und deren Anwendung auf die Gegebenheiten im Mobilfunk. Er war kartellrechtlich unbedenklich. Der Verhaltenskodex Pre-

mium-SMS enthielt Grundregeln für das Angebot von Premium-SMS, insbesondere für Abonnementdienste, sowie weitere Regelungen, die zur Preistransparenz und Kostenkontrolle beitragen sollten. Der erste Entwurf des Verhaltenskodex enthielt allerdings auch eine Regelung, die die teilnehmenden Mobilfunkanbieter in ihren Handlungsfreiheiten im Hinblick auf den Vertragsabschluss mit Inhalteanbietern beschränkt hätte. Diese Bestimmung war nach Einschätzung des Bundeskartellamtes nicht mit § 1 und Artikel 81 EG vereinbar. Sie wurde deshalb aus dem Kodex gestrichen. Zudem konnten die Mobilfunknetzbetreiber darlegen, dass der Verhaltenskodex sowohl mit Service Providern als auch mit einer Reihe von Vertretern der Inhalteanbieter diskutiert wurde und die betroffenen Gruppen Gelegenheit hatten, ihre Interessen einzubringen. Wettbewerbliche Bedenken bestanden daher nicht mehr. Der Verhaltenskodex Jugendschutz wurde bereits 2005 unterzeichnet. Der Verhaltenskodex Premium-SMS wurde von den Mobilfunknetzbetreibern im Juli 2006 mit einer Presseerklärung bekannt gegeben. Bis zum 1. Oktober 2006 waren ihm insgesamt 30 Unternehmen beigetreten, darunter alle Netzbetreiber sowie zahlreiche Mobilfunkserviceprovider und Inhalteanbieter.

## 3. VDSL-Netz der DTAG

Die DTAG beabsichtigt, ein sog. VDSL-Netz aufzubauen, mit dem der Internet-Zugang mit erheblich höheren Bandbreiten (bis zu 50 mbit/s) als mit der herkömmlichen ADSL-Technik möglich ist. Diese Bandbreiten ermöglichen auch das Angebot von „Internet-Fernsehen“ (IP-TV) ohne Kapazitätsengpässe. Das VDSL-Netz erfordert dabei nicht den Aufbau eines völlig neuen Glasfasernetzes, sondern den Ausbau des bestehenden Netzes mit sog. aktiver Technik. Damit ein Endkunde mit DSL versorgt werden kann, sind „Digital Subscriber Line Access Multiplexer“ (DSLAMs) notwendig, die die Teilnehmerschlussleitungen terminieren, den DSL-Datenverkehr der Endkunden auf örtlicher Ebene sammeln und/oder verteilen und an den Übergabepunkt zum Internet bzw. Backbone-Netz weiterreichen. In ADSL-Netzen befinden sich die DSLAMs auf der Hauptverteilerebene und bedienen bis zu 2.000 Endkunden mit einer durchschnittlichen Bandbreite von ca. 4 mbit/s. Um die Bandbreite auf die mit VDSL erreichbare Größenordnung zu erhöhen, müssen die DSLAMs in die Kabelverzweiger verlegt, d. h. näher zu den Kunden gebracht werden. Damit werden erheblich weniger Kunden pro DSLAM versorgt, was eine höhere Bandbreite ermöglicht, aber auch eine deutlich höhere Anzahl an DSLAMs erfordert. Aus diesem Grund sind für den Ausbau des VDSL-Netzes relativ hohe Investitionen notwendig. Die DTAG bemüht sich seit der Bekanntgabe ihrer Ausbaupläne für das VDSL-Netz, dieses Netz unter Hinweis auf die zu tätigen hohen Investitionen vor regulatorischen Eingriffen zu bewahren. Sie argumentiert dabei, dass es sich bei VDSL um einen „neuen Markt“ im Sinne von Rz. 32 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6 ff. –

RL 202/21/EG) handele, auf dem dem Marktführer keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden sollten. Das in seinen wesentlichen Teilen am 24. Februar 2007 in Kraft getretene neue TKG (BGBl. I S. 106), das auf einem Vorschlag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 31. Januar 2006 basiert, sieht mit § 9 a nunmehr eine Bestimmung vor, nach der neue Märkte nur ausnahmsweise reguliert werden sollen (S. 24 f.). Zudem wurde eine Diskussion über Kriterien zur Identifizierung neuer Märkte angestoßen. Das Bundeskartellamt hatte insoweit darauf hingewiesen, dass die Aufgabe, festzulegen, welche Märkte für eine Vorabregulierung in Frage kommen, bei der Europäischen Kommission liegt. Vor allem jedoch hält es das Bundeskartellamt für wichtig, dass bei der Definition neuer Märkte die Marktabgrenzung nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen erfolgt. Danach würde ein neuer Markt nicht zwangsläufig bereits durch die technische Weiterentwicklung von Produkten oder Dienstleistungen begründet, sondern nur dann, wenn das neue Produkt nach dem Bedarfsmarktkonzept einen neuen Bedarf deckt und nicht mit bestehenden Produkten oder Dienstleistungen austauschbar ist (S. 25). Für das Produkt VDSL ist dies zumindest fraglich. Sollte die DTAG die von ihr gewünschte Freistellung von der Regulierung für das VDSL-Netz erhalten, wäre eine Öffnung dieses Netzes für Wettbewerber über die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Wege der Missbrauchsaufsicht erforderlich.

Das Bundeskartellamt hat bereits eine Beschwerde erhalten, die – wenn auch eher indirekt – den Aufbau des VDSL-Netzes betrifft. Beschwerdeführer war hier der Bundesverband Breitbandkommunikation (breko), dem insbesondere alternative Teilnehmernetzbetreiber und Stadtnetzbetreiber angehören. Die Mitglieder des breko bieten über ihre eigenen Netze selbst breitbandigen Internet-Zugang an, wenn auch wohl ganz überwiegend mit geringeren als bei VDSL erreichbaren Bandbreiten. Die Beschwerde des breko richtete sich nicht auf die Zugangsgewährung zum VDSL-Netz, sondern thematisierte vielmehr das Problem der breko-Mitglieder, attraktive Inhalte für ihre eigenen breitbandigen Internet-Angebote zu bekommen. Die DTAG hatte im Dezember 2005 – bereits im Hinblick auf das geplante VDSL-Netz – die IP-Rechte für die Fußball-Bundesliga erworben. Die Live-Rechte für die Bundesliga-Übertragungen waren an Arena Sport Rechte und Marketing GmbH, eine Tochter des Kabelnetzbetreibers Unity Media, gegangen. Mitglieder des breko hatten mit Arena über Sublizenzen verhandelt, um auf diese Weise ebenfalls die Fußball-Bundesliga in ihren Kabelnetzen anbieten zu können. Gleichzeitig hatte Premiere, die frühere Inhaberin der Live-Rechte, Verhandlungen mit der DTAG mit dem Ziel einer Sublizenzierung der IP-Rechte geführt, mittels derer Premiere weiterhin die Fußball-Bundesliga über Satellit, Terrestrik und Kabelnetze hätte übertragen können. Auf Intervention der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH verzichtete die DTAG jedoch auf die Sublizenzierung der IP-Rechte für andere Übertragungswege als das Internet. Arena verpflichtete sich im Gegenzug, auf die Weiterleitung eines IP-Signals an Dritte (wie die breko-Mitglieder) zu ver-

zichten. Der breko vermutete hierin eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die u. a. zur Folge hatte, dass die Verbandsmitglieder nur noch mit ihrem direkten Wettbewerber DTAG über mögliche Sublizenzen für die Bundesliga-Übertragungen verhandeln können. Die Prüfung der vom breko beanstandeten Vereinbarung zeigte allerdings, dass diese dazu diente, einen wahrscheinlichen Verstoß gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission, mit der diese Verpflichtungszusagen für die gemeinsame Vermarktung der Bundesliga-Rechte für verbindlich erklärt hatte, zu beheben. In ihrer Entscheidung vom 19. Januar 2005 hatte die Europäische Kommission festgelegt, dass die Bundesliga-Rechte in insgesamt neun verschiedenen Rechtepaketen verkauft werden müssen, die jeweils Exklusiv-Rechte für bestimmte Verwertungs- und Übertragungsarten vorsahen. Die Pakete sollten zudem überschneidungsfrei sein. Zwei dieser Pakete sahen Übertragungsrechte für die Bundesliga im Internet vor. Allerdings hatte die DFL nicht „Internet-Rechte“, sondern „IP-Rechte“ ausgeschrieben. IP („Internet Protocol“) ist jedoch ein Netzwerkprotokoll, das lediglich das Format der Datenübertragung festlegt, nicht aber den Übertragungsweg Internet. IP-Daten können deshalb auch über Kabelnetze, Satellit oder terrestrisch übertragen werden. Arena, die Erwerberin der Live-Übertragungsrechte für alle Spieltage der ersten und zweiten Bundesliga im Fernsehen, war zudem der (strittigen) Auffassung, dass auch ihr Rechtepakete Übertragungen im IP-Format erlaubt. Deshalb gab es Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtevergabe seitens der DFL nicht überschneidungsfrei erfolgt war und damit gegen die für bindend erklärten Verpflichtungszusagen im Rahmen des Verfahrens vor der Europäischen Kommission verstieß. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt entschieden, die vom breko beanstandeten Vereinbarungen nicht aufzugreifen.

#### 4. Bündelfunk (PMR)

Die European Aeronautic Defence & Space Company N.V. (EADS) hatte im Mai 2005 die Verweisung gemäß Artikel 4 Abs. 5 VO Nr. 139/04 des beabsichtigten Erwerbs des PMR- (Professional Mobile Radio)-Geschäfts der Nokia Corporation (Nokia) an die Europäische Kommission beantragt. Bei PMR handelt es sich um abgrenzbare analoge oder digitale Mobilfunknetze, die mit einem erhöhten Sicherheitsstandard ausgestattet sind und vor allem von Berufsgruppen wie Polizei, Feuerwehr, Militär etc. genutzt werden. Sowohl EADS als auch Nokia waren in diesem Bereich jeweils mit Digital-Technik tätig, allerdings auf der Basis unterschiedlicher Technologien bzw. technischer Standards. Während EADS einziger Anbieter des selbstentwickelten TETRAPOL-Standards war, stützte sich Nokia auf die nicht-proprietäre TETRA-Technologie. Die Zusammenschlussbeteiligten waren der Auffassung, dass vom Zusammenschluss im Wesentlichen drei verschiedene sachliche Märkte betroffen waren, nämlich der Markt für PMR-Infrastruktur-Ausrüstung (nicht nach Technologien getrennt) und die getrennten sachlichen Märkte für Terminals auf Basis der TETRA- und der TETRAPOL-Technologie, die alle räumlich min-

destens EWR-weit abzugrenzen seien. Der Zusammenschluss erfüllte die formellen Voraussetzungen für eine Verweisung gemäß Artikel 4 Abs. 5 VO Nr. 139/04; so war er etwa neben Deutschland noch in vier weiteren EU-Mitgliedsstaaten anmeldepflichtig. Das Bundeskartellamt war der Auffassung, dass der Zusammenschluss wettbewerblich nicht unproblematisch war. So waren die addierten Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten vor allem bei PMR-Infrastruktur-Equipment bereits nach den Angaben der Beteiligten selbst relativ hoch, wiesen aber auch große Bandbreiten auf, so dass hier eine genaue Untersuchung der tatsächlichen Marktverhältnisse notwendig gewesen wäre. Zudem hätte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes das Ausschreibungs- und Bieterverhalten für PMR-Projekte in Europa im Einzelnen untersucht werden müssen, und zwar über die reine Analyse der Zahl der jeweils von den Beteiligten und dem Hauptwettbewerber Motorola gewonnenen Ausschreibungen hinaus. Weiterhin hätte geprüft werden müssen, welche Auswirkungen zu erwarten gewesen wären, wenn EADS nach dem Zusammenschluss als einziger Anbieter über die beiden wichtigsten Technologien für PMR in Europa, TETRA und TETRAPOL, verfügt. Dennoch hat das Bundeskartellamt der Verweisung an die Europäische Kommission letztlich nicht widersprochen, da das Vorhaben für eine solche Verweisung geeignet war. Vor allem war die Europäische Kommission in besonderer Weise geeignet, die notwendigen Ermittlungen auf europaweiter Ebene durchzuführen. Auch war Deutschland von dem Zusammenschluss nicht in besonderer Weise betroffen. Allerdings war das Zusammenschlussvorhaben insoweit von größerer Bedeutung für Deutschland, als zum fraglichen Zeitpunkt die Ausschreibung zum Aufbau eines digitalen Funks für die Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) mit einem geschätzten Auftragsvolumen von ca. 3,5 Mrd. Euro anstand, für die der TETRA-Standard favorisiert wurde. Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss am 28. Juli 2005 in der ersten Phase freigegeben. Sie war der Auffassung, dass Motorola als wichtigster Wettbewerber auch nach dem Zusammenschluss in der Lage ist, den wettbewerblichen Handlungsspielraum der Beteiligten signifikant zu beschränken. Außerdem verbliebe eine Anzahl weiterer „fähiger Wettbewerber“ im Markt. Zudem seien die PMR-Produkte von EADS und Nokia nicht die „engsten Substitute“ im Markt für PMR-Infrastruktur-Ausrüstung, was im Wesentlichen damit begründet wurde, dass diese auf unterschiedlichen Standards beruhen und die beiden Unternehmen nur bei einer begrenzten Anzahl von Ausschreibungen gegeneinander geboten hatten. In der Folge der Freigabe des Zusammenschlusses hat sich EADS an der Ausschreibung für die BOS-Systemtechnik beteiligt und hierfür auch den Zuschlag erhalten.

## B. Post

Die Deutsche Post AG (DPAG) hat im Berichtszeitraum ihre international ausgerichtete Expansionsstrategie fortgesetzt, die vor allem auf externes Unternehmenswachstum außerhalb Deutschlands ausgerichtet ist (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 163). Das bedeutendste Vorhaben

betraf die Übernahme des britischen Unternehmens Exel plc., das vor allem in der Kontraktlogistik und im Frachtbereich in Märkten außerhalb Deutschlands tätig ist. Das Zusammenschlussvorhaben wurde von der Europäischen Kommission im Herbst 2005 freigegeben. Die Entwicklung der Struktur des inländischen Briefbeförderungsmarktes steht im Zeichen der gesetzlich bestimmten umfassenden Öffnung des Marktes zum 1. Januar 2008. Insbesondere mit Blick auf das Auslaufen der nach § 51 Postgesetz bis Ende 2007 bestehenden gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG für die Erbringung zentraler Briefdienstleistungen positionieren sich die Wettbewerber, um möglichst umgehend nach der vollständigen Marktöffnung – über die Bereiche hinaus, die ihnen schon jetzt offen stehen – auf allen Feldern der Briefdienstleistungen tätig zu werden. Neben der DPAG, die mit einem Marktanteil von 93 % (BNetzA, Neunte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, April 2006, S. 21) weiterhin mit großem Abstand führender Anbieter im Gesamtmarkt der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen ist und eine marktbeherrschende Stellung innehat, stellen sich vor allem die niederländische TNT N.V., die mit Tochterunternehmen in Deutschland präsent ist, und die PIN Group AG deutschlandweit für den Wettbewerb im Briefzustellbereich auf. Die PIN Group AG ist im Herbst 2005 mit der Übernahme der alten PIN AG durch die Zusammenführung der Briefzustellaktivitäten von drei großen deutschen Zeitungsverlagen, der Axel Springer AG, der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG und der WAZ Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs-KG, sowie unter der Beteiligung der Rosalia AG/Luxemburg (Rosalia) entstanden. Der Zusammenschluss wurde angesichts der nach wie vor dominierenden Stellung der DPAG im Bereich der gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen vom Bundeskartellamt in der ersten Prüfungsphase freigegeben. Die PIN Group AG hat im Jahr 2006 weitere Unternehmen in der Briefzustellung erworben. Im Herbst 2006 hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der Zeitungsverlage M. DuMont Schauberg, Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft und Girardet freigegeben, ihre seit 2005 erst zu einem Teil in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführten Briefzustellertätigkeiten vollständig zu vergemeinschaften, mit dem Ziel, diese Aktivitäten anschließend in die PIN Group AG einzubringen.

Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben der TNT N.V. freigegeben, über ihr Konzernunternehmen TNT Post Holding GmbH, das die Deutschland-Aktivitäten des Konzerns bündelt, die Mehrheit an der PostCon Deutschland AG zu erwerben. PostCon ist in Deutschland führender Anbieter von sog. Konsolidierungsleistungen, also Dienstleistungen, die das Einsammeln von Briefsendungen von verschiedenen Versendern, das Zusammenführen und Sortieren dieser Sendungen und das Einspeisen in das Briefbeförderungnetz der DPAG umfassen. Mit dem Erwerb von PostCon hat TNT einen verbesserten Zugang zu Großversendern gewonnen und kann ihre Basis für die Erbringung von Leistungen der Briefzustellung in Deutschland verbreitern. Das Bundeskartellamt hat in

diesem Fusionskontrollverfahren offen gelassen, ob die Konsolidierung als eigenständiger sachlich relevanter Markt anzusehen ist oder ob sie Teil des Gesamtmarktes für Briefbeförderungsleistungen ist.

Darüber hinaus war das Bundeskartellamt mit einer Reihe von Zusammenschlussvorhaben regional tätiger Briefzustellunternehmen zur regionalen Arrondierung ihrer Aktivitäten bzw. mit Kooperationen regionaler Briefzustellunternehmen zur Ausweitung ihrer jeweiligen Zustellreichweite befasst. Diese Vorhaben warfen keine wettbewerblichen Bedenken auf. Das Bundeskartellamt hat mehrere Zusammenschlüsse im Bereich der Direktzustellung von unadressierten Wurfsendungen, insb. Werbesendungen, freigegeben. Zwei dieser Vorhaben, eines im Raum München, ein weiteres im Raum Karlsruhe, betraf entsprechende Unternehmenserwerbe durch die TNT N.V. Keines der Vorhaben warf wettbewerbliche Bedenken auf.

Im Zuge der Marktermittlungen im Fusionskontrollverfahren TNT/PostCon hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass das Gesamtleistungsvolumen im Konsolidierungsbereich in Deutschland, wie auch das Feld der Anbieter von Konsolidierungsleistungen, sich seit der in dieser Hinsicht marktöffnenden Entscheidung des Bundeskartellamtes im Jahr 2005 im Missbrauchsverfahren gegen die DPAG zur Gewährung von Teilleistungszugang (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 29, 164 f.) deutlich ausgeweitet hat. Das Volumen der Konsolidierungsleistungen lag allein für das erste Halbjahr 2006 zwischen 30 und 40 Mio. Euro und damit höher als das Leistungsvolumen im gesamten Jahr 2005. Im erwähnten Missbrauchsverfahren zum Teilleistungszugang hatte die DPAG Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes zum Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Diesen Antrag hatte das Gericht zurückgewiesen. Das Beschwerdeverfahren ruht seit Juli 2005 mit Blick auf beim Europäischen Gerichtshof anhängige Verfahren, die die Auslegung postrechtlicher Vorschriften unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben betreffen und die für das beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängige Beschwerdeverfahren von entscheidender Bedeutung sind.

Ermittlungen des Bundeskartellamtes haben den Vorwurf nicht erhärten können, dass die DPAG die Hermes Logistik bei der Beschaffung von sog. Paketstationen des Herstellers Siemens – dies sind Systeme zur automatisierten Ausgabe von Postpaketen an den Adressaten – behindert und dadurch gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen hat. Maßgeblich ist insoweit, dass die DPAG im Verhältnis zu Siemens lediglich ihre berechtigten Interessen wahrgenommen hat. Da verschiedene andere Hersteller den deutschen Markt mit Paketstationen beliefern, handelt es sich bei den von Siemens hergestellten Paketstationen auch nicht um eine wesentliche Infrastruktureinrichtung, zu der unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten Zugang zu gewähren ist. Das Bundeskartellamt hat die

Ermittlungen ohne Einleitung eines förmlichen Verfahrens eingestellt.

Mit Beschluss vom 21. Dezember 2004 hatte der Bundesgerichtshof die im Jahr 2001 ergangene Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes zum Erwerb der trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH (trans-o-flex) durch die DPAG bestätigt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 163 f.). Damit war der wegen der schwierigen wirtschaftlichen Lage der trans-o-flex im Jahr 2001 nach § 41 Abs. 2 vom Vollzugsverbot freigestellte und vollzogene Zusammenschluss zu entflechten (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 201 f.). Im März 2005 meldete das Investmentfonds-Unternehmen Odewald & Compagnie GmbH (Odewald GmbH) das Vorhaben an, über von der Odewald GmbH verwaltete und kontrollierte Fonds die Mehrheit an der trans-o-flex zu erwerben. Das Bundeskartellamt kam in der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu dem Ergebnis, dass das Vorhaben eine vollständige Entflechtung der trans-o-flex von der DPAG gewährleistete und die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss nicht zu erwarten war. Das Vorhaben wurde freigegeben.

Im Dezember 2006 hat die Europäische Kommission das Vorhaben der Österreichischen Post freigegeben, die trans-o-flex zu erwerben.

## C. Beteiligung an Verfahren der Bundesnetzagentur (BNetzA)

### 1. Telekommunikation

Im Berichtszeitraum hat die BNetzA erstmals im Rahmen der Marktanalyseverfahren das Vorliegen von Marktmacht auf bestimmten Mobilfunkmärkten festgestellt und Regulierungsverfügungen auf den Märkten für Terminierungsleistungen im Mobilfunk erlassen. Sie hat die Marktanalyse für den Markt 16 der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission (Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Februar 2003, ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 14ff.) – Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen – mit der Festlegung der Präsidentenkammer vom 19. Dezember 2005 abgeschlossen. Danach stellt für den Bereich der Terminierungsdienstleistungen jedes Mobilfunknetz in Deutschland einen eigenständigen sachlichen Markt dar, dessen Netzbetreiber jeweils über beträchtliche Marktmacht i. S. v. § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG verfügt. Das Bundeskartellamt hatte sein Einvernehmen zu diesen Feststellungen erteilt. In der Folge dieser Marktanalyse erließ die BNetzA am 29. August 2006 Regulierungsverfügungen gegen die vier Netzbetreiber T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O2, nach denen die Netzbetreiber verpflichtet werden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und Kollokation zu gewähren. Gleichzeitig wird ihnen ein Diskriminierungsverbot auferlegt, und die Terminierungsentgelte werden der Genehmigung nach § 31 TKG unterworfen. Die BNetzA hat dabei zu Recht nicht mehr an dem Prüfungspunkt festgehalten, dass die Mobilfunknetzbetreiber eine Absenkung der Terminierungsentgelte nicht einvernehmlich herbeiführen



konnten. Eine einvernehmliche Absenkung der Entgelte wäre nämlich im Hinblick auf § 1 und Artikel 81 Abs. 1 EG problematisch gewesen. Das Bundeskartellamt hatte im Zusammenhang mit den Regulierungsverfügungen jedoch kritisiert, dass die BNetzA sich darin „überzeugt“ zeigt, dass die Netzbetreiber auf den Endkundenmärkten nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, obwohl keine Marktanalyse der Endkundenmärkte vorgenommen worden war. Insbesondere war nicht geprüft worden, ob auf den Endkundenmärkten möglicherweise eine oligopolistische Marktbeherrschung vorliegt. Im Anschluss an die Regulierungsverfügungen beantragten alle vier Mobilfunknetzbetreiber bei der BNetzA die Genehmigung von Zusammenschaltungsentgelten. Am 29. November 2006 genehmigte die BNetzA Terminierungsentgelte in Höhe von 8,78 Cent für die Betreiber der beiden D-Netze (T-Mobile und Vodafone) und 9,94 Cent für die Betreiber der E-Netze (E-Plus und O2). Die genehmigten Terminierungsentgelte liegen jeweils deutlich unter den beantragten Entgelten und beruhen auf einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung, da eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung anhand der von den Unternehmen vorgelegten Kostenunterlagen nicht möglich war. In die Vergleichsmarktbetrachtung wurden dabei nur EU-Mitgliedsstaaten einbezogen, in denen die Terminierungsentgelte anhand einer Kostenprüfung bestimmt wurden. Da nicht alle für die Vergleichbarkeit der Märkte relevanten Strukturfaktoren zweifelsfrei ermittelt werden konnten, hat die BNetzA zudem einen Sicherheitszuschlag von 5 % auf die festgestellten Vergleichspreise aufgeschlagen. Die Genehmigung der Terminierungsentgelte ist auf ein Jahr, die der sonstigen Entgelte auf sechs Monate befristet. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt die von der BNetzA gewählte Vorgehensweise akzeptiert, obwohl die Kostenprüfung die geeignetere und vom TKG auch bevorzugte Methode der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung ist. Es dürfte den Netzbetreibern jedenfalls für Nachfolgeentscheidungen möglich sein, gemäß § 33 TKG prüffähige Kostenunterlagen vorzulegen. Da in die Vergleichsmarktbetrachtung nur Länder einbezogen wurden, in denen die Terminierungsentgelte anhand einer Kostenprüfung ermittelt wurden, kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Vergleichspreise tatsächlich auf den Kosten effizienter Leistungserbringung beruhen. Ob im vorliegenden Fall ein Sicherheitszuschlag notwendig und angemessen ist, hielt das Bundeskartellamt für fraglich, da die Vergleichspreise hier – anders als in der Missbrauchsaufsicht, wo Sicherheitszuschläge wegen nicht vollkommener Vergleichbarkeit der Vergleichsmärkte üblich sind – die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung im Rahmen der ex-ante-Regulierung ersetzen sollen und damit strengeren Maßstäben genügen müssen als in der Missbrauchsaufsicht. Jedenfalls sollte der Sicherheitszuschlag unter diesen Umständen knapp bemessen sein, was vorliegend der Fall war.

## 2. Post

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum regelmäßig entsprechend § 48 Postgesetz zu beabsichtigten Regu-

lierungsentscheidungen der BNetzA Stellung genommen. Die BNetzA war mit den Zugangsbedingungen zu Teilleistungen der DPAG befasst, wie sie auch von Konsolidierern (S. 27, 155) in Anspruch genommen werden. Die BNetzA hat erklärt, dass sie – abweichend von der Auffassung des Bundeskartellamtes, wie sie der Entscheidung des Amtes im Missbrauchsverfahren zu Teilleistungen zugrunde liegt – an ihrer Rechtsauffassung festhält, dass § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Postgesetz die Konsolidierung innerhalb des Bereichs der Exklusivlizenz der DPAG nicht zulasse. Die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Fragen der europarechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts liegen derzeit dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor. Die BNetzA hat auch erklärt, dass sie – trotz ihrer insoweit abweichenden Rechtsansicht – bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über den Beschluss des Bundeskartellamtes im Teilleistungsverfahren mit dem Bundeskartellamt davon ausgeht, dass die DPAG wenigstens vorläufig grundsätzlich Teilleistungszugang auch innerhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz zu gewähren hat. Das Bundeskartellamt begrüßt dies ausdrücklich. Die BNetzA war mit mehreren Fragen der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen für einen Teilleistungszugang für Konsolidierer befasst, darunter mit den Anforderungen an die Durchnumerierung – sog. separierte Nummerierung oder durchlaufende Nummerierung – der in einem Briefzentrum der DPAG eingeleiteten Sendungen. Die DPAG bestand in ihren Geschäftsbedingungen auf durchlaufender Nummerierung von eingeleiteten Sendungen, was dem Einlieferer deutlich höheren Aufwand verursacht als eine separierte Nummerierung. Die BNetzA untersagte der DPAG ihre Forderung als missbräuchlich nach § 32 Postgesetz. Das Bundeskartellamt teilt die Einschätzung der BNetzA.

Die BNetzA war im Jahr 2005 und im Jahr 2006, im Rahmen des sog. Price-Cap-Verfahrens, mit der Genehmigung von Entgelten der DPAG für lizenzpflichtige Postdienstleistungen für das jeweilige Folgejahr befasst. Die BNetzA hat sich dabei, wie schon in den vergangenen Berichtsperioden, auf ihre entsprechenden im Jahr 2002 entwickelten Grundsätze gestützt. Das Bundeskartellamt hält seine Kritik an diesen Grundsätzen aufrecht (Tätigkeitsbericht, 2001/2002, S. 210; 2003/2004, S. 170), hatte jedoch keinen Anlass, das gesetzlich geforderte Einvernehmen hinsichtlich der Marktabgrenzung und der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DPAG zu verweigern.

Im Berichtszeitraum hat die BNetzA über den Entgeltantrag der DPAG für ihr Produkt „Hin & Weg“, eine Abhol- und Bringdienstleistung für Sendungen vom Absender zum Briefzentrum bzw. vom Postfach zum Empfänger, entschieden. Über die Abgrenzung des relevanten Marktes und die bestehende Marktbeherrschung war bereits in der letzten Berichtsperiode Einvernehmen zwischen BNetzA und Bundeskartellamt hergestellt worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 170). Hinsichtlich des Marktes für Paketdienstleistungen für Privatkunden und Kleinversender hat das Bundeskartellamt, wie schon in einzelnen Fällen in der Vergangenheit (Tätigkeitsbericht 2001/2002,

S. 35; 2003/2004, S. 170), bereits im Zuge von Vorermittlungen der BNetzA sein Einverständnis bezüglich der Marktabgrenzung und der marktbeherrschenden Stellung der DPAG erklärt.

Die BNetzA hat gegen die DPAG und deren Tochtergesellschaft Deutsche Post In Haus Service GmbH (DPIHS) ein Missbrauchverfahren eröffnet, in dem sie überprüft, ob die DPIHS, in ihrer Funktion als ein dem DPAG zuzurechnendes Tochterunternehmen, die von ihr angebotenen Leistungen (Frankierung, Nummerierung, Sortierung und Transport von Briefsendungen eines Teilleistungskunden der DPAG) zu nicht marktüblichen, kostenunterdeckenden Preisen erbringt und dadurch Wettbewerber unbillig behindert. Betroffen sind in erster Linie ein zwischen der DPAG und dem Freistaat Bayern abgeschlossener Standardvertrag über die Erbringung von Teilleistungen und entsprechende Verträge der DPIHS über die Erbringung teilleistungsrelevanter und postvorbereitender Dienstleistungen für Behörden des Landes Bayern. Angesichts des noch laufenden Verfahrens bei der BNetzA hat das Bundeskartellamt eigene Ermittlungen vorerst zurückgestellt. Abhängig von dem Ausgang des Verfahrens wird das Bundeskartellamt entscheiden, ob kartellrechtliche Aspekte offengeblieben sind, die einer vertieften Prüfung in einem kartellrechtlichen Verfahren bedürfen.

## Kreditgewerbe (65)

### 1. Banken

Die Konsolidierung im Banken- und Sparkassensektor setzte sich auch im Berichtszeitraum weiter fort. Die Zahl der Kreditinstitute reduzierte sich im Zeitraum von 2003 bis 2005 von 2 465 auf nunmehr knapp unter 2 200. Am stärksten fand die Konzentration im Genossenschafts- und im Sparkassensektor statt, wobei hier nur wenige Zusammenschlüsse der Anmeldepflicht unterlagen. So erwarb die Sachsen-Finanzgruppe die Kontrolle über die Kreissparkasse Delitzsch-Eilenburg, die Landesbank Hessen-Thüringen übernahm die Frankfurter Sparkasse AG und die Kreissparkasse Köln die Sparkasse Hennef. Die Hamburger Sparkasse AG stockte ihre Beteiligung an der Sparkasse Mittelholstein auf. Die Zusammenschlüsse in diesem Bereich waren fusionskontrollrechtlich unproblematisch, da bei regionaler Betrachtungsweise – etwa beim filialgebundenen Retail-Privatkundengeschäft – Marktanteilsadditionen nicht oder nur in unwesentlichem Umfang stattfanden bzw. bei nationalen Bankenmärkten marktbeherrschende Stellungen nicht erreicht oder verstärkt wurden. Bei der Übernahme kleinerer Privatbanken entweder durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute – so erwarb die WestLB im Berichtszeitraum zum einen die Weberbank Privatbankiers KGaA, zum anderen die ABC Privatkundenbank GmbH und verstärkte so ihr Engagement im Privatkundenbereich – oder durch andere Kreditinstitute (Zusammenschlüsse der belgischen Fortis Bank N.V. mit der Von Essen KG Bankgesellschaft sowie der Merck Finck & Co. mit der Westfalenbank) wurden wettbewerblich problematische Marktstellungen ebenfalls nicht erreicht.

Der Allfinanz-Gedanke in der Branche – wie er beispielsweise bei der Übernahme der Dresdner Bank AG durch die Allianz AG im Jahre 2001 Pate gestanden hatte – spiegelte sich im vergangenen Jahr auch bei der Übernahme des Baufinanzierers und Versicherers BHW AG durch die Postbank AG wider. Da sich die Aktivitäten beider Beteiligten nur in Randbereichen überschneiden, fanden Marktanteilsadditionen nur in unwesentlichem Umfang statt, so dass das Vorhaben freigegeben wurde. Die Übernahme der in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Allgemeinen Hypothekbank Rheinboden AG durch den Finanzinvestor Lone Star begegnete aus ähnlichen Gründen ebenfalls keinen wettbewerblichen Bedenken. Der vollständige Erwerb der Eurohypo AG – bislang ein gemeinsames Tochterunternehmen der Deutsche Bank AG, Dresdner Bank AG und Commerzbank AG – durch letztere führte sogar zu einem aus wettbewerblicher Sicht positiv zu wertenden entflechtenden Effekt in der Bankenlandschaft, da hierdurch auch eine Verbindung zwischen drei der führenden Kreditinstitute in Deutschland gekappt wurde.

Die Sparkassen bewarben im Jahre 2006 bundesweit sog. „Leuchtturmprodukte“, im Wesentlichen den Sparkassen-Privatkredit sowie die Sparkassen-Baufinanzierung und das Sparkassen-Zuwachssparen, dabei teilweise unter Nennung eines Mindestpreises. Das Bundeskartellamt hatte geprüft, ob diese Leuchtturmprodukte das Resultat einer unzulässigen Kartellabsprache sind. Sparkassen sind jeweils eigenständige Unternehmen mit einer eigenständigen Geschäftspolitik, die in einzelnen Bereichen auch durchaus als Wettbewerber agieren können. Durch eine gemeinsame Vermarktung hätten nicht nur Preise und Konditionen für Privatkredite, Baufinanzierung und Zuwachssparen abgesprochen, sondern auch das Entstehen anderer Produkte verhindert werden können. Das Bundeskartellamt hatte dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband als dem Schöpfer der einheitlich vermarkteten Produkte signalisiert, dass die Lancierung dieser „Leuchtturmprodukte“ nur dann nicht auf kartellrechtliche Bedenken nach § 1 und Artikel 81 EG stoße, wenn sich das gemeinsame, vereinheitlichte Vorgehen der beteiligten Sparkassen im Wesentlichen auf die Bewerbung der Produkte beziehe und diese keine preisrelevanten Merkmale enthalte. Einen Zwang zur Teilnahme an dieser Strategie dürfe es nicht geben. Auch müssten sich die Sparkassen im Fall ihrer Teilnahme nicht an die im Sinne einer „best practice“ gemeinten Vorschläge halten, sondern können diese grundsätzlich in eigener unternehmerischer Freiheit individuell ausgestalten und anwenden. Dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband wurde verdeutlicht, dass er in angemessener Form über die korrekte und (kartell-)rechtmäßige Verwendung der Vorlagen zu den Leuchtturmprodukten zu wachen habe, insbesondere die Nutzer solcher Vorlagen zur Einhaltung der einschlägigen Vorschriften anzuhalten und dadurch einer (kartell-)rechtswidrigen Verwendung vorzubeugen.

Weiterhin hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum geprüft, ob es eine Vereinbarung der Landesbanken innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe gegeben hat, zugunsten des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes

(DSGV) auf ein eigenes Angebot für die 81 %-Beteiligung des Landes Berlin an der Landesbank Berlin Holding AG zu verzichten. Hierauf deuteten Äußerungen von Vertretern des Sparkassensektors in der Presse hin. Da eine solche Vereinbarung eine Kartellabsprache und damit einen Verstoß gegen § 1 und Artikel 81 EG darstellt, war das Bundeskartellamt diesen Hinweisen nachgegangen und hatte zunächst sämtliche Landesbanken um Stellungnahme zu diesem Sachverhalt gebeten. Hierbei befand sich das Bundeskartellamt auch in ständigem Kontakt mit der Europäischen Kommission, da dieser kartellrechtliche Aspekt mit einem beihilferechtlichen Aspekt einhergeht, für den originär die Kommission zuständig ist. Mittlerweile haben sich insgesamt 19 Interessenten offiziell für den Erwerb der Landesbank Berlin Holding AG beim Land Berlin gemeldet, darunter mehrere Landesbanken sowie ein vom DSGV geführtes Konsortium der Sparkassen. Das Bundeskartellamt wird den Verkaufsprozess weiter beobachten.

## 2. Börsen

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben der Deutsche Börse AG und der London Stock Exchange plc freigegeben. Das Übernahmeverhaben war zu Jahresbeginn 2005 beim Bundeskartellamt angemeldet worden. Die Unternehmen hielten die Anmeldung aufrecht, obwohl die Deutsche Börse AG das Übernahmeangebot zwischenzeitlich zurückgenommen hatte. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab, dass die Beteiligten die größten Überschneidungen im Bereich der Börseninfrastruktur für den Aktienhandel aufwiesen. Eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation war dort jedoch nicht zu erwarten. Weder bei der Notierung noch bei der Organisation des Börsenhandels kam es zu Marktanteilsadditionen, da die Zusammenschlussbeteiligten nach der Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes auf räumlich getrennten Märkten tätig sind. Eine Beeinträchtigung des potenziellen Wettbewerbs war ebenfalls nicht zu erwarten, da die Marktzutrittsschranken für ein Tätigwerden auf anderen nationalen Börsenmärkten für Aktien hoch sind. Schließlich war auch nicht zu erwarten, dass die vertikale Marktstellung der Deutsche Börse AG in Deutschland durch einen möglichen Erwerb der London Stock Exchange verstärkt würde. Die Auswirkungen des Übernahmeverhabens im Vereinigten Königreich wurden parallel von der dortigen Competition Commission geprüft, die das Vorhaben gleichermaßen, wenn auch unter Auflagen, freigegeben hat. Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes wurde seitens einer der Beigeladenen, der Porsche AG, Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Beschwerde mangels Beschwer als unzulässig verworfen und die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Da keine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt wurde, ist der Beschluss bestandskräftig.

## 3. Ergänzende Dienstleistungen

Auch der Markt für Zahlungsverkehrsabwicklung bleibt weiterhin in Bewegung. Das Bundeskartellamt hat den

Erwerb der GZS Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH durch die Telecash GmbH & Co. KG, ein Tochterunternehmen der First Data Corporation, unter der auflösenden Bedingung freigegeben, dass GZS ihr Tochterunternehmen für Netzbetriebsdienstleistungen, die easycash GmbH, an einen Dritten veräußert. Betroffen von dem Zusammenschluss waren Dienstleistungen, die die Abwicklung von Debit- und Kreditkartenzahlungen vom Zahlungsort bis zur Belastung des Kundenkontos umfassen. Hierbei hatte das Bundeskartellamt die drei Märkte „Issuing Processing“, „Acquiring Processing“ und die sog. Netzbetriebsdienstleistungen unterschieden. Auf letzterem Markt – also Anschließen der Terminals, Bereitstellung und Laden der entsprechenden Software sowie die Sammlung und Übermittlung der Zahlungsinformationen – hätte der Zusammenschluss zum Entstehen einer marktbeherrschenden Position geführt, da sich die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten auf weit über 50 % addiert hätten und sich der Marktanteilsabstand zu den nächsten Wettbewerbern deutlich vergrößert hätte. Auch existieren auf dem Netzbetriebsmarkt etwa aufgrund gesetzlicher und marktstruktureller Gegebenheiten Marktzutrittsschranken, so dass mit einem Marktzutritt potenzieller Wettbewerber zumindest in naher Zukunft nicht zu rechnen war. Nachdem die easycash GmbH von einem Tochterunternehmen des Finanzdienstleisters Warburg Pincus & Co. Inc. erworben worden ist, ist sichergestellt, dass mit dieser ein eigenständiger Wettbewerber auf dem Markt für Netzbetriebsdienstleistungen verbleibt.

Das Bundeskartellamt überprüft derzeit, ob die sog. Domestic Multilateral Interchange Fees (MIF) – also die nationalen Interbankenentgelte, die bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen mit MasterCard und VISA-Kreditkarten in Deutschland von der Bank des Händlers an die Bank des Karteninhabers abzuführen sind – zu Beschränkungen des Wettbewerbs in Deutschland führen und daher einen Verstoß gegen §§ 1, 19 und möglicherweise auch Artikel 81 und 82 EG darstellen. MasterCard und VISA sind nicht unmittelbar an den Zahlungsvorgängen beteiligt, stellen jedoch die Regelwerke auf, die von ihren Mitgliedern und Lizenznehmern – den als Issuer und/oder Acquirer tätigen Unternehmen, zumeist Banken – zwingend zu befolgen sind. Hinsichtlich der MIF sehen die Regelwerke von MasterCard und VISA vor, dass diese grundsätzlich zwischen Issuer und Acquirer individuell verhandelt wird. Wird eine solche bilaterale Vereinbarung nicht getroffen, gilt – und dies ist der Regelfall – die jeweils maßgebliche MIF, die von den zuständigen Stellen der MasterCard bzw. VISA Organisation festgelegt wird. Neben der Europäischen Kommission, die nach der Entscheidung gegen Visa im Jahr 2001 derzeit – ebenfalls auf grenzüberschreitende Bezahlvorgänge beschränkt – die Interchange Fees von Mastercard prüft, waren bzw. sind in dieser Sache auch die nationalen Wettbewerbsbehörden in Großbritannien, Spanien, Schweden, Polen und der Schweiz tätig.

## 4. Kreditportfolios

In den letzten Jahren hat der Handel mit Kreditportfolios – also mit einer Vielzahl in einem Paket zusammenge-

fasster Kredite jeglicher Art – deutlich zugenommen. Hierbei handelte es sich sowohl um Kredite, die planmäßig bedient wurden, als auch um sog. notleidende Kredite, die vorwiegend von kleineren Kreditinstituten an auf die Verwertung derartiger Forderungen spezialisierte Institutionen verkauft wurden. Das Bundeskartellamt hat derartige Kredittransaktionen regelmäßig nicht als Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 (Vermögenserwerb) gewertet, da jedenfalls der absolute Wert der Portfolios respektive der Anteil der jeweils gehandelten Volumina im Verhältnis zu den insgesamt am Markt vorhandenen Kreditvolumina i. d. R. so gering (unter 1 Mrd. Euro bzw. unter 1 %) war, dass es sich bei den veräußerten Kreditbeträgen nicht um eine für die Marktversorgung wesentliche Menge handelte.

### Versicherungen (66)

Das Bundeskartellamt hat mit dem Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) Gespräche geführt, die die kartellrechtlich sensible Problematik des zulässigen Informationsaustausches zwischen den im Wettbewerb stehenden Versicherern allgemein und innerhalb von Mitversicherungsgemeinschaften im Besonderen zum Gegenstand hatten. Diese Gespräche werden – auch im Zusammenhang mit der Überarbeitung der spartenbezogenen Meldebögen des Verbands-Informationssystemsystems UNIWAGNIS – in Zukunft ihre Fortsetzung finden. Bei den Gesprächen ging es insbesondere um die sog. „Vorversichereranfrage“, die unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. zum Risikoabgleich) kartellrechtlich zulässig ist. Das Bundeskartellamt hat gegenüber dem GDV deutlich gemacht, dass es in der Kontaktaufnahme von Wettbewerbern untereinander bzw. in der „Vorversichereranfrage“ ein erhebliches Gefahrenpotenzial für Wettbewerbsbeschränkungen sieht. Insbesondere wird es Informationen zwischen Wettbewerbern, die sich auf die Höhe bisheriger oder künftiger Versicherungsprämien oder auf Prämienbestandteile bzw. Daten, aus denen sich Versicherungsprämien ermitteln lassen, beziehen, grundsätzlich nicht tolerieren.

Im Berichtszeitraum hat sich die Konzentration im Bereich der öffentlich-rechtlichen Versicherer fortgesetzt. Zu nennen ist insbesondere die Verschmelzung der Provinzial Holding Westfalen AöR und der Provinzial Nord Holding AG zur Provinzial NordWest Holding AG sowie die Verschmelzung der Westfälischen Provinzial Lebensversicherung AG und der Provinzial Nord Lebensversicherung AG zur Provinzial NordWest Lebensversicherung AG, die nunmehr die Geschäftsgebiete Westfalen-Lippe, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Hamburg umfassen. Der Zusammenschluss, durch den der zweitgrößte öffentlich-rechtliche Versicherer Deutschlands entstand, warf keine wettbewerblichen Bedenken auf und wurde freigegeben. Im Bereich der privatrechtlichen Versicherer hat das Bundeskartellamt nur wenige Zusammenschlüsse geprüft, die alle wettbewerblich unproblematisch waren. Nicht der fusionskontrollrechtlichen Prüfung durch das Bundeskartellamt, sondern der Prüfung durch die Europäische Kommission, unterlag der Erwerb des Gerling-Konzerns durch den Talanx Kon-

zern, durch den die zweitgrößte Versicherungsgruppe nach dem Allianz-Konzern in Deutschland entstanden ist.

Im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Industrieversicherer (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 172 f.) hat das Bundeskartellamt gegen weitere sieben Versicherer und persönlich betroffene Vorstandsmitglieder der Unternehmen Bußgelder in Höhe von insgesamt mehr als 20 Mio. Euro verhängt. In allen Fällen wurde auch Artikel 81 EG angewandt. Die geahndeten Kartellrechtsverstöße betrafen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Versicherer, gegen die sich die Bußgeldbescheide richteten, vorwiegend den Markt der industriellen Sachversicherung und erstreckten sich darüber hinaus auf Sachversicherungen im Krankenhausbereich sowie in zwei Fällen auf Absprachen in der Gebäude-Monopol-Versicherung. Für den Bereich der industriellen Sachversicherung wurden die Geldbußen gegen die Unternehmen auf der Grundlage der durch die Kartellrechtsverstöße erzielten geschätzten Mehrerlöse auf Basis des Grundsatzes der Anwendung des mildereren Rechts (§ 4 Abs. 3 OWiG) nach § 81 Abs. 2 GWB a. F. festgesetzt; für die übrigen Versicherungsgebiete erfolgte die Bußgeldbemessung im Rahmen des allgemeinen Bußgeldrahmens nach § 81 Abs. 2 GWB a. F., der eine Bebußung bis zu 500 000 Euro vorsah. Ein Bußgeldbescheid ist rechtskräftig, gegen die übrigen Bußgeldbescheide wurde Einspruch eingelegt. Im Berichtszeitraum erging gegen ein Vorstandsmitglied als persönlich Betroffenen und ein Versicherungsunternehmen wegen einer Kartellabsprache in der Reisekosteninsolvenzversicherung ein weiterer Bußgeldbescheid. Sowohl die Bemessung der Geldbuße gegen den persönlich Betroffenen als auch gegen das Unternehmen erfolgte auf Basis des allgemeinen Bußgeldrahmens nach § 81 Abs. 2 GWB a. F. Die in diesem Fall in dreistelliger Millionenhöhe erlassenen Bußgelder sind rechtskräftig.

Die Versicherung von Risiken in Form der Mitversicherung, d. h. als gemeinsame Deckung bestimmter Risiken durch mehrere Versicherer, hat in Deutschland eine lange Tradition und besitzt eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Bei der Mitversicherung beteiligen sich mehrere Versicherer einverständlich mit einer Beteiligungsquote oder Versicherungssumme an einem Versicherungsvertrag, zeichnen für den jeweils als Quote festgelegten Risikoanteil einen Teil der Prämie und haften anteilig am Gesamtrisiko. Durch die damit verbundene gemeinsame Festlegung von Prämien und Versicherungsbedingungen durch die beteiligten Versicherer erwächst eine wettbewerbliche Gefährdungslage, an die die kartellrechtliche Beurteilung von Mitversicherungen anknüpft. Eine differenzierte Bewertung erfolgt zwischen Mitversicherungen im Einzelfall (sog. Ad-hoc-Mitversicherungen) und auf Dauer angelegten Mitversicherungsgemeinschaften. Während Ad-hoc-Mitversicherungen aufgrund ihrer geringen wettbewerblichen Spürbarkeit i. d. R. wettbewerbsrechtlich nicht problematisch sind, beschränken Mitversicherungsgemeinschaften schon aufgrund vereinheitlichter Vertragsbedingungen und Versicherungsprämien den Wettbewerb zwischen den an der Mitversicherungsgemeinschaft beteiligten Versicherern. Das Bundeskartellamt hat im Jahre 2005 gegen die Versiche-

rungsgemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungs- und Treuhandwesen (kurz: Versicherungsstelle bzw. WP-Pool) ein Verfahren nach § 1 und Artikel 81 Abs. 1 EG eingeleitet. Die Versicherungsstelle geht auf eine Rechtsverordnung aus den 1930-er Jahren zurück. Aktuell wirken in der Versicherungsstelle Unternehmen der Allianz Versicherungs-AG, die AXA Versicherung AG, die R + V Allgemeine Versicherung AG und die Victoria Versicherung AG zusammen. Zweck der Versicherungsstelle ist es, Vermögensschadenhaftpflichtrisiken für im In- und Ausland tätige Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (folgend: WP-Berufsträger), vereidigte Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften (folgend: vBP) sowie Steuerberater, Steuerberatungsgesellschaften, Steuerbevollmächtigte und genossenschaftliche Prüfungsverbände in der Form der offenen Mitversicherung gemeinschaftlich zu betreiben. Bei der wettbewerblichen Beurteilung ist das Bundeskartellamt der von der Versicherungsstelle vorgenommenen weiten Marktabgrenzung (zumindest Gesamtmarkt für Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen WP-Berufsträger/vBP, Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare) nicht gefolgt. Vielmehr bilden Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen für WP-Berufsträger/vBP einen eigenständigen Markt, der in räumlicher Hinsicht auf das Inland beschränkt ist. Inwieweit Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen für Rechtsanwälte und Notare sowie Steuerberater jeweils auch eigenständigen Märkten zuzurechnen sind, konnte wegen mangelnder Entscheidungsrelevanz offen bleiben. In sachlicher Hinsicht sind VSH-Versicherungen für den Berufsstand der Rechtsanwälte/Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (RWS-Berufe) schon aufgrund ihrer verschiedenen Tätigkeitsfelder und darauf beruhender spezifischer gesetzlicher Vorgaben für die Versicherungsnehmer nicht untereinander austauschbar. Das zeigt sich auch in der jeweils anzutreffenden Wettbewerberstruktur und der mangelnden Angebotsumstellungsflexibilität. Hinzu kommt die unterschiedliche Beurteilung der Risikoverhältnisse und die komplexe Abwicklung von Versicherungsfällen. Die Schadensabwicklung bedarf nach einhelliger Auskunft aller Marktteilnehmer jeweils eines besonderen (berufsspezifischen) Know-hows und darüber hinaus einer umfangreichen Kenntnis der zum Zeitpunkt des Verstoßes aktuellen Gesetzgebung und der jeweiligen Rechtsprechung. Kriterien für das Vorliegen eines nationalen Marktes waren im Wesentlichen das im Inland den Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen traditionell zugrunde liegende Verstoßprinzip als Anknüpfung für den Versicherungsfall und die darauf basierende Spätschadenproblematik. Außerhalb Deutschlands (mit Ausnahme von Österreich) und vor allem aber auf dem traditionell wichtigen „Londoner Markt“ werden Vermögensschadenhaftpflicht-Risiken hingegen nach dem Claims-made-Prinzip versichert. Nach dem Claims-made-Prinzip knüpft der Versicherungsfall an den Zeitpunkt der Geltendmachung eines Schadens und nicht an den Zeitpunkt des Verstoßes, der über Jahre zurückliegen kann, an. Zudem begründet die unterschiedliche Verteilung der Marktanteile der Anbieter von Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen für WP-Berufsträger/vBP im In- und Ausland nationale

Märkte. Für nationale Anbieter ergeben sich aus der jeweils ungleichen Konkurrenz, den unterschiedlichen spezifischen nationalen Gesetzen und der Rechtsprechung, der Sprache und aus der Notwendigkeit eines nationalen Vertriebsnetzes Schwierigkeiten in anderen Ländern Fuß zu fassen. Umgekehrt treten auf dem deutschen Markt für die Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung für WP-Berufsträger/vBP ausländische Anbieter kaum in Erscheinung, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass über 95 % der WP-Berufsträger/vBP Versicherungsschutz bei einem deutschen Anbieter abschließen. Die Versicherungsstelle erzielte auf dem relevanten Markt (trotz Marktanteilsverlusten vor allem in den Jahren 2003 und 2004) im Ermittlungszeitraum jeweils Marktanteile von über 50 % auf Basis Bruttobeitragseinnahmen (BBE). Wesentlicher Wettbewerber der Versicherungsstelle ist Gerling; daneben gibt es eine Reihe kleinerer Anbieter mit weit unter 5 % liegenden Marktanteilen. Nach den Ermittlungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Versicherbarkeit der „Big 4“/„Big 5“ erst durch die Risikostreuung in Form einer Mitversicherungsgemeinschaft im Rahmen des Pools möglich wird. Für Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherungen für WP-Gesellschaften dieser Größe gibt es gegenwärtig auf dem Markt keine Anbieter, die sich unter Berücksichtigung geschäftspolitischer und wirtschaftlicher Aspekte in der Lage sehen, in Alleinzeichnung oder in Form anderer Mitversicherungsgemeinschaften derart hohe Risiken zu zeichnen. In Anbetracht der Marktgegebenheiten beabsichtigt das Bundeskartellamt im Rahmen seines Ermessens daher die Versicherung der „Big 4“/„Big 5“ durch die Versicherungsstelle gegenwärtig nicht weiter zu verfolgen. Die Prüfung für die übrigen WP/vBP und den von diesen nachgefragten Deckungssummenbereichen zur Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung hat hingegen ergeben, dass die Tätigkeit der Versicherungsstelle gegen Artikel 81 EG bzw. gegen § 1 verstößt, ohne dass die Voraussetzungen der Versicherungs-GVO Nr. 358/03 oder der Legalausnahme des Artikel 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 vorliegen. In Anbetracht der vorläufigen kartellrechtlichen Bewertung hat die Versicherungsstelle dem Bundeskartellamt gemäß § 32 b Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer möglichen Untersagungsverfügung vorgelegt. Die bisher von der Versicherungsstelle vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen sind jedoch nicht geeignet, den festgestellten Kartellrechtsverstoß zu beseitigen. Das Bundeskartellamt hat daher der Versicherungsstelle und deren Mitgliedern mitgeteilt, dass es beabsichtigt, die Tätigkeit der Versicherungsstelle nach § 32 zu untersagen.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die durch den GDV überarbeiteten Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirtschaft (Wettbewerbsrichtlinien) gemäß § 24 Abs. 3 anerkannt. Die Wettbewerbsrichtlinien dienen grundsätzlich der Förderung und Sicherstellung des Leistungswettbewerbs zwischen Versicherern und Vermittlern/Maklern sowie einem lauterem Geschäftsgebaren. Sie tragen zum Schutz der Verbraucher vor unlauterem Wettbewerbsverhalten bei der Versicherungsvermittlung sowie der Gewährleistung der Qualität bei der Vermittlung

und Beratung von Versicherungsleistungen bei. Versagungsgründe gemäß § 26 Abs. 2 standen dem Antrag nicht entgegen. Die Wettbewerbsrichtlinien basieren in ihrem wesentlichen Regelungsgehalt auf den seit 1977 freigestellten und von den Verbänden der Versicherungswirtschaft (GDV, PKV) sowie von Verbänden des Versicherungsaußendienstes formulierten Wettbewerbsrichtlinien. Die überarbeiteten Wettbewerbsrichtlinien wurden vor allem gegenüber den bisherigen Regelungen in ihrem Geltungsbereich auf Versicherungsmakler erweitert und an aktuelle Rechtsvorschriften sowie an die ständige Rechtsprechung angepasst. Hervorzuheben ist im Allgemeinen Teil der Wettbewerbsrichtlinien die erfolgte Überarbeitung im Bereich der Ausspannung bestehender Versicherungsverträge, durch die künftig eine wettbewerbsfördernde Wirkung entstehen kann. Mit Blick auf die Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie in nationales Recht wurden die bisherigen Regelungen zur Abwerbung von Vertretern und die Anforderungen an einzuholende Auskünfte über Vermittlungsbewerber konkretisiert bzw. ergänzt. Nach Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie in nationales Recht sind die entsprechenden Regelungen hinsichtlich ihres Regelungsgehalts einer erneuten kartellrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Wettbewerbsfördernde Wirkung gegenüber den bisherigen Wettbewerbsrichtlinien erwartet das Bundeskartellamt im Besonderen auch durch den vollständigen Wegfall der Regelungen zur Sach-, HUK- und Rechtsschutzversicherung. Im Gegensatz dazu wurden die im Besonderen Teil der Wettbewerbsrichtlinien erfassten Regelungen zur Kranken- und Lebensversicherung nur unwesentlich verändert. In der Lebensversicherung gibt es gegenüber den bisherigen Regelungen keine gänzliche Unzulässigkeit der Ausspannung bestehender Versicherungsverträge mehr, mithin wird bei lauterem Verhalten (d. h. keine Ausspannung mit unlauteren Mitteln oder auf unlauterer Weise) Wettbewerb um bestehende Versicherungsverträge künftig möglich sein. Im Bereich der Privaten Krankenversicherung bleibt es dagegen bei der Unzulässigkeit der Ausspannung bestehender Verträge. Der Wettbewerb der Krankenversicherer um bestehende Verträge wird dadurch auch weiterhin eingeschränkt bleiben; gleichwohl war der Regelung nicht zu widersprechen. Der Markt der Privaten Krankenversicherung ist im Hinblick auf bestehende Verträge gegenwärtig durch eine sehr geringe Wettbewerbsintensität geprägt, was aber aus den Bestimmungen zum Verbleib der Altersrückstellung beim vorherigen Versicherer bei Versichererwechsel durch den Versicherten resultiert. Ein Wechsel wäre für den Versicherten – in Abhängigkeit von der Laufzeit seines Vertrages – ansonsten mit z.T. sehr hohen finanziellen Verlusten verbunden. Er müsste seine Altersrückstellungen beim neuen Versicherer wieder von Null an aufbauen und mit einer entsprechend höheren Prämie bezahlen. Insofern dient die Regelung – jedenfalls gegenwärtig unter Berücksichtigung der Altersrückstellungsproblematik – vor allem Verbraucherschutzinteressen. Die Regelung wird nach Umsetzung der Gesundheitsstrukturreform und nach Inkrafttreten des neuen Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) hinsichtlich ihres Regelungsgehalts erneut kartellrechtlich zu überprüfen sein.

### Immobilien (70)

Der deutsche Immobilienmarkt ist nicht zuletzt durch die Akquisitionsaktivitäten ausländischer Investoren im Berichtszeitraum stark in Bewegung geraten. Dies hat die Zahl anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben stark erhöht. Der Zusammenschlusstatbestand des Vermögenserwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 war Gegenstand vertiefter Diskussionen zwischen dem Bundeskartellamt und den Marktteilnehmern der Immobilienwirtschaft. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Frapan-Entscheidung (WuW/E 2783, 2786 Warenzeichenerwerb) klargestellt, dass der Vermögenserwerbstatbestand nach Sinn und Zweck der Zusammenschlusskontrolle ausgelegt werden muss: „Der Zweck der gesetzlichen Festlegung von Zusammenschlusstatbeständen würde verfehlt, wenn jeder größere Vermögenserwerb ohne weiteres als Zusammenschlusstatbestand“ angemeldet werden müsste. Es entspricht der bisherigen Amtspraxis zum Vermögenserwerb, dass eine zur Marktversorgung wesentliche Produktions- oder Angebotsmenge veräußert werden muss. Bislang hat es das Bundeskartellamt – anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – für ausreichend erachtet, dass der Erwerber durch die Übertragung in die Lage versetzt wird, in die Marktstellung des Veräußerers einzutreten. Die Fallpraxis der Vergangenheit hat gezeigt, dass zu einem ganz erheblichen Teil auch Fälle, die dem Erwerber gemessen an der Größenordnung des Marktes nur einen unbedeutenden Marktanteilszuwachs verschaffen, unter die Zusammenschlusskontrolle fallen. Das Bundeskartellamt hat daher festgestellt, dass bis auf weiteres Immobilienerwerbe unterhalb einer Umsatzschwelle von 5 Mio. Euro p. a. (nicht Kaufpreis der Immobilie) im fusionsrechtlich relevanten Geschäftsjahr keinen Zusammenschlusstatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 darstellen. Das Bundeskartellamt geht ebenso wie die Europäische Kommission (s. z. B. COMP/M. 1289, 1937, 1975, 2086, 2110) davon aus, dass die Immobilienbranche den Erwerb und den Verkauf sowie das Leasing ebenso umfasst wie das Verwalten und Verwerten von Immobilien. Das Bundeskartellamt unterscheidet dabei zwischen den sachlich relevanten Märkten für gewerbliche Immobilien und Wohnungen. Diese Schwelle gilt weiterhin nur, soweit eine Immobilientransaktion betroffen ist, und nicht für Fälle, in denen andere betriebliche Einrichtungen mitveräußert werden (z. B. Kaufhaus mit Geschäftsbetrieb, Fabrik mit Produktionsanlagen, Krankenhausgelände mit Krankenhausbetrieb). In diesen Fällen wird keine Immobilie erworben, sondern ein Geschäftsbetrieb. Diese Fälle bleiben weiterhin anmeldepflichtig und werden vom Bundeskartellamt fusionsrechtlich geprüft. Ferner hat das Bundeskartellamt dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich um regionale Märkte handeln kann. Die o. g. 5 Mio. Euro-Umsatzgrenze findet daher nur Anwendung, wenn der Erwerber in einem Umkreis von 20 km um die erworbene Immobilie die Umsatzgrenze von 30 Mio. Euro aus Verkauf, Verpachtung und Mieteinnahmen etc. im letzten Geschäftsjahr nicht überschreitet. Soweit der Erwerb der Immobilie keinen Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 darstellt, sondern z. B. einen Anteilserwerb an einer Objektgesellschaft und damit der Zusam-

menschlusstatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 und/oder Nr. 3 erfüllt ist, finden die o. g. Umsatzgrenzen keine Anwendung.

## Datenverarbeitung und Datenbanken (72)

### 1. Software

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Zusammenschluss der beiden US-amerikanischen Unternehmen Adobe Systems Inc. und Macromedia Inc. im Hauptprüfverfahren ohne Auflagen freigegeben. Beide Unternehmen bieten u. a. Software zur Erstellung und Bearbeitung von digitalen Bildern und Grafiken und zum Design von Websites an. Die Softwareprodukte richten sich an professionelle Anwender wie Fotografen, Werbe- und Media-Agenturen, aber auch an private Anwender. Adobe hat darüber hinaus das Dokumentenformat PDF entwickelt, das der plattform-übergreifenden und layoutgetreuen Darstellung und Verbreitung von elektronischen Dokumenten dient. Macromedia hat überdies das sog. FLASH-Format entwickelt, mit dem animierte digitale Inhalte erstellt und plattform-übergreifend verbreitet werden können. Das Bundeskartellamt hat nach dem Bedarfsmarktkonzept drei unterschiedliche Produktmärkte für Webdesign-Software, Bildbearbeitungssoftware (Rastergrafik) und Vektorgrafiksoftware abgegrenzt. Die Softwareprodukte in den einzelnen Bereichen dienen jeweils unterschiedlichen Anwendungen und weisen unterschiedliche Funktionen auf. Die Tatsache, dass die einzelnen Softwareprodukte auch in Paketen gebündelt verkauft werden, führte nicht zur Abgrenzung eines Gesamtmarktes, sondern war vielmehr Anzeichen dafür, dass die Produkte der einzelnen Bereiche in einem komplementären Verhältnis stehen. Auch der Aspekt der Angebotssubstitution führte nicht zu einer Zusammenfassung der betroffenen Märkte. Es wurde festgestellt, dass der Programmieraufwand zur Entwicklung eines Softwareprodukts aus einem anderen Markt nicht unerheblich war. Hinzu kam, dass der Erfolg eines neu entwickelten Produkts vorab nicht getestet werden kann und die Marktchancen somit unsicher sind. Die vorab aufzuwendenden Entwicklungskosten hätten daher unter einem nicht unerheblichen Risiko gestanden. Die Produktionsumstellungsflexibilität war demnach nicht hinreichend hoch. In räumlicher Hinsicht ging das Bundeskartellamt von weltweiten Märkten für Webdesign- und Bildbearbeitungssoftware aus. Die Tatsache, dass Kunden mitunter eine Benutzeroberfläche in deutscher Sprache bevorzugen, stand einer weltweiten Marktabgrenzung nicht entgegen. Lediglich im Hinblick auf Vektorgrafiksoftware wurde die Marktabgrenzung offen gelassen, weil sich in diesem Bereich die Marktanteilsverteilung je nach räumlicher Marktabgrenzung stark unterschied. Auf den Märkten für Webdesign-Software und Vektorgrafiksoftware führte der Zusammenschluss nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Auf dem Markt für Webdesign-Software wären die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht marktführend gewesen. Dieser Markt war überdies geprägt durch eine sehr dynamische Entwicklung, die die etablierten Anbieter unter einen erheblichen Innovations- und Wettbewerbsdruck setzte. Schließlich

stellte für viele Anwender auch kostenlos verfügbare Open-Source-Software zum Webdesign eine Nutzungsalternative dar, die den Verhaltensspielraum der etablierten Anbieter beschränkte und im Rahmen des Substitutionswettbewerbs berücksichtigt wurde. Auf dem Markt für Bildbearbeitungssoftware wurde mit einem Marktanteil von 60 % bis 70 % eine marktbeherrschende Stellung von Adobe bereits vor dem Zusammenschluss festgestellt. Die Höhe der Marktanteile überzeichnete jedoch den Grad der Marktbeherrschung. Adobe ist auf dem Markt für Bildbearbeitungssoftware Wettbewerbsdruck von verschiedenen Seiten ausgesetzt, der den Grad der Marktbeherrschung relativiert. Es herrscht auf dem Markt eine erhebliche Innovationsdynamik, weil die Anbieter ständig neue verbesserte Produkte auf den Markt bringen. Wettbewerbsdruck geht aber auch von kostenlos verfügbarer Open-Source-Software und potenziellem Wettbewerb von Herstellern für Videobearbeitungssoftware aus. Die marktbeherrschende Stellung von Adobe wurde durch den Zusammenschluss nicht verstärkt. Die Bildbearbeitungssoftware von Macromedia hatte nur einen äußerst geringen Funktionsumfang; mit ihr wurden nur marginale Umsätze erzielt. Daneben stand den Beteiligten insbesondere mit Microsoft ein starker potenzieller Wettbewerber im Markt für Bildbearbeitungssoftware gegenüber. Dabei war Microsoft nicht schon bereits aufgrund seiner Tätigkeit in anderen Softwarebereichen oder seiner Finanzkraft als starker potenzieller Wettbewerber anzusehen. Vielmehr wären auch für Microsoft die Markteintrittskosten nicht unerheblich gewesen. Im konkreten Fall sprach jedoch für die Glaubwürdigkeit der Markteintrittsankündigung Microsofts die zusätzliche Tatsache, dass Microsoft ein strategisches Interesse an einem Eintritt in den Markt für Bildbearbeitungssoftware hat und deshalb bereit war, höhere Entwicklungskosten und höhere Mittel für den Markteintritt aufzuwenden als andere potenzielle Wettbewerber. Das strategische Interesse besteht darin, dass die Bildbearbeitung eine „Zulieferfunktion“ für das Webdesign hat. Microsoft wäre somit in der Lage, sämtliche Schritte der Website-Erstellung zu kontrollieren. Mit seiner marktbeherrschenden Stellung im Bereich Web-Browser wäre Microsoft damit in der Lage, eigene proprietäre Technologien durchzusetzen. Auf dem Markt für Vektorgrafiksoftware wären die Parteien nach dem Zusammenschluss zwar weltweit marktführend, jedoch nicht marktbeherrschend gewesen. Wichtigster Wettbewerber war Corel mit einem Marktanteil in ähnlicher Höhe, der bei EU-weiter oder deutschlandweiter Abgrenzung sogar den gemeinsamen Marktanteil der Beteiligten übertraf. Auch auf dem Markt für Vektorgrafiksoftware ging ein starker Druck von Microsoft als potenziellem Wettbewerber aus. Aus den gleichen Gründen wie im Markt für Bildbearbeitungssoftware war auch hier davon auszugehen, dass die Markteintrittsankündigung von Microsoft glaubhaft ist und die Verhaltensspielräume der etablierten Anbieter begrenzt.

### 2. Outsourcing

Nach längerer Vorbereitung wurde im Berichtszeitraum die Modernisierung der Informations- und Kommunika-

tionsdienstleistungen der Bundeswehr vorangetrieben. Die Bundeswehr beabsichtigt unter der Projektbezeichnung „Herkules“ die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, an dem der Bund 49,9 % der Anteile und der bzw. die privaten Partner 51,1 % der Anteile halten sollen. Das Gemeinschaftsunternehmen soll die IT- und Kommunikationsinfrastruktur der Bundeswehr modernisieren und für zehn Jahre die entsprechenden Dienstleistungen für die Bundeswehr erbringen. Diese Absicht war dem Bundeskartellamt bereits im Jahr 2002 erstmals vorgestellt worden, wobei die Auswahl des privaten Partners zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen war. Nachdem zuerst ein aus dem IT-Dienstleister CSC Ploenske, EADS und Mobilcom bestehendes Konsortium favorisiert gewesen war, nahm die Bundeswehr nach dem Scheitern von Verhandlungen Gespräche mit einem konkurrierenden Konsortium auf, das aus den Unternehmen T-Systems, IBM Deutschland und Siemens Business Services (SBS) bestand. Die Kooperation von T-Systems, IBM und SBS wäre allerdings kartellrechtlich nicht unproblematisch gewesen, da T-Systems in Deutschland Marktführer für Outsourcing ist und auch SBS und IBM zu den führenden Anbietern in diesem Bereich gehören. Im Jahr 2005 schied jedoch T-Systems aus dem Konsortium aus, das nunmehr nur noch von SBS und IBM betrieben wurde. Im August 2006 meldeten SBS und IBM die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens BWI Informationstechnik GmbH zusammen mit der Bundeswehr gemäß § 39 Abs. 1 an. Geprüft wurde u. a. die Frage, ob IT-Dienstleistungen im militärischen Bereich einen eigenständigen Produktmarkt darstellen. Während es nicht grundsätzlich auszuschließen war, dass bestimmte rein militärische Anwendungen, soweit sie z. B. mit speziellen Sicherheitsanforderungen verbunden sind, einem von den übrigen IT-Dienstleistungen abzugrenzenden eigenständigen Markt angehören könnten, war im vorliegenden Fall jedoch die Modernisierung der allgemeinen IT-Infrastruktur der Bundeswehr betroffen, mit Anforderungen, die denen von großen Auftraggebern aus anderen Branchen entsprechen. Somit betraf der Zusammenschluss keinen speziellen Markt für militärische IT-Anwendungen, sondern den allgemeinen Markt für IT-Dienstleistungen oder einen enger abgegrenzten Markt für Outsourcing/IT-Management; die genaue sachliche Marktangrenzung konnte offen gelassen werden. Auf keinem dieser beiden alternativen Märkte führte die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in Deutschland oder einem weiter abgegrenzten räumlichen Markt zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die addierten Marktanteile von SBS und IBM lagen selbst in Deutschland noch deutlich unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung, in einem größeren räumlichen Markt wären sie noch niedriger gewesen. Es sind zahlreiche Wettbewerber auf dem Markt vertreten. Schließlich war zu berücksichtigen, dass der Zusammenschluss nur die begrenzte Zusammenarbeit im Rahmen des „Herkules“-Projektes betraf und nicht etwa eine Fusion von SBS und IBM für den Gesamtbereich Outsourcing oder IT-Dienstleistungen. Der Zusammenschluss wurde daher freigegeben. Das Bundeskartellamt hat ferner geprüft, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu Wett-

bewerbsproblemen nach § 1 und/oder Artikel 81 EG-Vertrag führen würde. Auch hierfür gab es keine Anhaltspunkte. „Herkules“ ist zwar ein außergewöhnlich großes Outsourcing-Projekt. Dennoch handelt es sich um die zeitlich begrenzte Kooperation im Rahmen eines konkreten Projekts, bei dem die Aufgabenverteilung zwischen SBS und IBM bereits im Vorfeld vertraglich festgelegt wurde. Auch soll das Gemeinschaftsunternehmen in erster Linie für die Bundeswehr tätig sein. Vor diesem Hintergrund war nicht zu erwarten, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von SBS und IBM auch außerhalb von „Herkules“ führen wird.

## Gesundheits- und Sozialwesen (85)

### 1. Krankenhäuser

Der Umstrukturierungsprozess im Bereich der Krankenhäuser (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 175) hat sich im Berichtszeitraum beschleunigt. Er betrifft Krankenhäuser jeder Größenordnung und alle Gruppen von Krankenhausträgern. Auf Erwerberseite sind die großen privaten Klinikketten, wie Fresenius/Helios, Rhön, Asklepios und Sana zwar überproportional vertreten, allerdings verstärken ebenso öffentlich-rechtliche wie frei-gemeinnützige Träger zunehmend ihre regionale Marktstellung. Während die privaten Klinikketten Krankenhäuser aller Versorgungsstufen, einschließlich Universitätskliniken, sowie Fachkliniken im gesamten Bundesgebiet erwerben, kaufen öffentlich-rechtliche bzw. frei-gemeinnützige Träger eher kleinere Häuser in der Region hinzu, in der sie tätig sind, oder sie schließen sich untereinander zu einem regional tätigen Klinikverbund zusammen. Im Berichtszeitraum sind beim Bundeskartellamt über 40 Krankenhauszusammenschlüsse angemeldet worden. In acht Fällen wurde ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. Einer dieser Fälle wurde untersagt. Über die beiden Untersagungsfälle, Rhön/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt und Rhön/Städtisches Krankenhaus Eisenhüttenstadt, die bereits im vorherigen Berichtszeitraum angemeldet worden waren, aber erst im März 2005 untersagt wurden, ist bereits im vorherigen Tätigkeitsbericht berichtet worden (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 176). In drei Fällen – auch hier ohne den bereits berichteten Fall Asklepios/LBK Hamburg (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 176) – ergingen zwar Freigabebeschlüsse, jedoch erst nachdem die mit den Vorhaben verbundenen wettbewerblichen Probleme noch während oder nach Abschluss der Verfahren beseitigt wurden. Vier weitere Fälle, die im Hauptprüfungsverfahren entschieden wurden, konnten ohne Auflagen freigegeben werden. Von den drei im Berichtszeitraum untersagten Zusammenschlussvorhaben ist bisher nur die Untersagung im Fall Rhön/Städtisches Krankenhaus Eisenhüttenstadt rechtskräftig geworden, nachdem die Beteiligten ihre Beschwerden zurückgenommen hatten.

Im Fall Rhön/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf zunächst einen Beweisbeschluss erlassen (Beschluss vom 5. Oktober 2005, VI-Kart 6/05 (V)), der umfangreiche Anschlussermittlung-



gen durch das Bundeskartellamt zur Folge hatte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf kam in diesem Beschluss zu dem vorläufigen Ergebnis, dass – anders als vom Bundeskartellamt angenommen – kein einheitlicher sachlicher Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen besteht, sondern dieser weiter nach Fachrichtungen und zusätzlich nach Versorgungsstufen abzugrenzen ist. Konkret seien für die vorzunehmenden Ermittlungen im vorliegenden Fall die vier sachlichen Märkte der Grundversorgung – bestehend aus den beiden Fachrichtungen Chirurgie und Innere Medizin, der Urologie, der Gynäkologie sowie der Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde – abzugrenzen und zwar zusätzlich eingegrenzt auf die Fälle, die im Hinblick auf das medizinisch-technische Leistungsvermögen i. d. R. von Allgemeinkrankenhäusern der I. und II. Versorgungsstufe erbracht würden. Das Bundeskartellamt hat daraufhin zum einen den konkreten Auftrag des Beweisbeschlusses erfüllt, aber zum anderen darüber hinaus von seinen Ermittlungsbefugnissen im Beschwerdeverfahren Gebrauch gemacht, um – vor dem Hintergrund der Auffassung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf – erneut seine sachliche Marktabgrenzung zu überprüfen. Es hat hierfür sämtliche bayerischen Krankenhäuser danach befragt, in welchen Fachabteilungen sie welche Fälle behandelt haben. Damit kann das Bundeskartellamt beantworten, in welcher Fachabteilung welcher Versorgungsstufe ein und derselbe Fall – definiert nach der DRG-Falldefinition – behandelt worden ist. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Frühjahr 2007 die Beschwerde gegen den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes zurückgewiesen. Es hat in seinem Beschluss die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Fusionen zwischen Krankenhäusern bestätigt. Die Frage der sachlichen Marktabgrenzung hat das Gericht zwar letztlich offen gelassen, es hält aber eine engere Marktabgrenzung nach Fachrichtungen weiter für sachgerecht, wogegen eine weitere Unterteilung des Marktes nach Versorgungsstufen nicht mehr aufrechterhalten wird. Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

Im Hinblick auf das Fusionskontrollverfahren Rhön/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt war zusätzlich ein Entflechtungsverfahren eingeleitet worden, weil der Rhön-Konzern – ohne kartellbehördliche Freigabe – bereits das Management des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt übernommen hatte. Zwar werden die üblicherweise im Krankenhausbereich bestehenden Kooperationen zur besseren medizinischen Versorgung der Bevölkerung vom Bundeskartellamt grundsätzlich als wettbewerbsneutral angesehen. Etwas anderes gilt aber für Kooperationen, insbesondere für Managementverträge, in denen die Geschäftsführung auf rechtlicher oder faktischer Basis einem Wettbewerber überlassen wird. Dies gilt erst Recht, wenn entsprechende Vereinbarungen anlässlich eines Fusionskontrollvorhabens geschlossen werden und damit rein formal zwar nicht der angemeldete Zusammenschluss – wie hier der Erwerb sämtlicher Vermögensgegenstände – materiell aber der Vollzug eines anderen Zusammenschlusstatbestandes – im Regelfall den der Mitkontrolle oder des wettbewerblich erheblichen Einflusses – bis zum Vollzug des endgültig beabsichtigten

Zusammenschlusses vorweggenommen wird. Das Entflechtungsverfahren konnte eingestellt werden, nachdem die Beteiligten den Managementvertrag aufgekündigt haben.

Parallel zum Beschwerdeverfahren Rhön/Bad Neustadt hatte der Veräußerer, der Landkreis Rhön-Grabfeld, eine Ministererlaubnis nach § 42 beantragt. Die Monopolkommission, die gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 eine Stellungnahme abgeben muss, hatte in ihrem Sondergutachten die Ablehnung des Antrags empfohlen (Sondergutachten 45, 1. Aufl. Baden-Baden 2006: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld. Zugänglich auch unter [www.monopolkommission.de/Sondergutachten](http://www.monopolkommission.de/Sondergutachten)). Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat den Antrag abgelehnt (<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=133614.html>). In formeller Hinsicht hat er zunächst festgestellt, dass Zusammenschlüsse von Krankenhäusern dem GWB unterliegen, dass das Ministererlaubnis- und das gerichtliche Beschwerdeverfahren zeitlich parallel geführt werden können und dass auch ein Zusammenschluss, der sich nur auf einem relativ kleinen Teil der Bundesrepublik auswirkt, einem Ministererlaubnisverfahren zugänglich ist. In materieller Hinsicht hat er festgestellt, dass Gemeinwohlgründe nur insoweit berücksichtigt werden können, als sie im Einzelfall das nötige Gewicht haben, um die Nachteile für den Wettbewerb aufzuwiegen, konkret nachweisbar sind und der Zusammenschluss für die Erreichung dieser Gemeinwohlziele ursächlich ist. Darüber hinaus folge aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass eine Erlaubnis nur dann erteilt werden könne, wenn andere, wettbewerbskonforme Lösungen nicht zur Verfügung stünden. Der Minister hat insoweit die vorgetragenen Gemeinwohlgründe – eine gesicherte ortsnahe medizinische Versorgung auf hohem Niveau, die Entlastung öffentlicher Haushalte, eine Senkung von Krankenhauskosten durch Rationalisierungsvorteile und Synergieeffekte und die Sicherung von Arbeitsplätzen – grundsätzlich als abwägungsfähig anerkannt. Letztlich kamen diese Gründe jedoch nicht zum Tragen. Im Hinblick auf die gesicherte medizinische Versorgung wurde argumentiert, dass diese nur insoweit abwägungsfähig sei, als sie über das normale, gesetzlich vorgeschriebene Mindestmaß hinausginge. Im relevanten Markt läge die Versorgungsqualität über diesem Niveau, sie würde sich durch den beabsichtigten Zusammenschluss aber nicht verbessern, allenfalls könne durch den Zusammenschluss eine Absenkung des Qualitätsniveaus verhindert werden. Das zu erwartende Ausmaß sei aber eher begrenzt und als gering zu gewichten. Die wettbewerblichen Bedenken wögen demgegenüber erheblich schwerer. Mit Bezug auf die Entlastung der öffentlichen Haushalte wurden bereits die Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Gemeinwohlgrundes als nicht erfüllt angesehen. Finanzielle Vorteile seien grundsätzlich die Triebfeder für Fusionen. Sie könnten daher nicht generell im Ministererlaubnisverfahren berücksichtigt werden, da dieses Argument nahezu unbegrenzt eingesetzt werden könne und damit die gesetzliche Grundentscheidung der Fusionskontrolle ausgehebelt würde. Gleiches gelte für

das Argument der Haushaltssanierung, die keine Aufgabe der Ministererlaubnis sei. Jedenfalls könne im vorliegenden Fall auch nicht ausnahmsweise eine Erlaubnis mit dem Grund der Entlastung der öffentlichen Haushalte erteilt werden. Denn zum einen führe der Zusammenschluss zu einer dauerhaft nachhaltigen Verschlechterung der Marktstruktur, wogegen die Entlastung des Haushalts nicht im Einzelnen bestimmbar sei. Darüber hinaus war von Bedeutung, dass der Fall eher ein Regel- als ein Ausnahmefall sei, denn die Veräußerung von öffentlichen Krankenhäusern aufgrund der allgemeinen Finanzknappheit seien typische Vorgänge des seit einigen Jahren festzustellenden Strukturwandels im Krankenhausbereich. Auch im Hinblick auf die vorgetragenen Rationalisierungsvorteile hat der Minister darauf hingewiesen, dass diese zwar grundsätzlich, aber – wegen des Ausnahmeharakters der Ministererlaubnis – gleichzeitig auch nur unter engen Voraussetzungen berücksichtigungsfähig sind. Zunächst müssten die Rationalisierungseffekte das übliche Maß deutlich überschreiten, das als Nebenfolge bei Zusammenschlüssen regelmäßig zu erwarten sei. Sie seien darüber hinaus mit hinreichender Sicherheit und Genauigkeit nachzuweisen und müssten der Allgemeinheit zugute kommen. Keine dieser Voraussetzungen wurden im vorliegenden Fall als erfüllt angesehen. Im Übrigen wurde festgestellt, dass die vorgetragenen Rationalisierungsvorteile bereits Gegenstand der Prüfung im Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes gewesen seien und insoweit – wegen der Aufteilung der Zuständigkeiten – auch nicht mehr im Ministererlaubnisverfahren berücksichtigt werden könnten. Im Hinblick auf die Sicherheit der Arbeitsplätze wurde betont, dass dieses Ziel sowie ein hoher Beschäftigungsgrad von überragendem Interesse für die Allgemeinheit und von gesamtwirtschaftlich hoher Bedeutung sei. Gleichzeitig wurde jedoch ebenso angemerkt, dass diese Ziele vorrangig nicht durch Wettbewerbsbeschränkungen erreicht werden sollten und erfahrungsgemäß mit Zusammenschlüssen Rationalisierungsvorteile erzielt werden sollten, mit denen häufig ein Abbau von Beschäftigung einher ginge. An den Nachweis arbeitsplatzerhaltender Zusammenschlusswirkungen seien daher sehr hohe Anforderungen zu stellen. Da der Landkreis nicht dargetan hatte, dass durch den Zusammenschluss Arbeitsplätze gesichert oder zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen würden, musste auch dieser Vortrag unberücksichtigt bleiben. Letztlich kam es aber auf das Gewicht der vorgetragenen Gemeinwohlgründe nicht an, denn es fehlte bereits an der Erforderlichkeit der Ministererlaubnis. Grund hierfür war, dass nicht hinreichend nachgewiesen wurde, dass keine alternativen Erwerber vorhanden waren, mit denen dieselben Gemeinwohlvorteile hätten erzielt werden können. Im Gegenteil hatten die Ermittlungen des Ministeriums bestätigt, dass es einen solchen alternativen Erwerber gab, der im Ministererlaubnisverfahren sogar ein ernsthaftes und verbindliches Angebot abgegeben hatte. Der Antrag auf Ministererlaubnis wurde daher abgelehnt. Die vom Landkreis Rhön-Grabfeld hiergegen eingelegte Beschwerde wurde wieder zurückgenommen, so dass die Versagung der Ministererlaubnis rechtskräftig geworden ist.

Im Berichtszeitraum hat der Rhön-Konzern weitere Krankenhäuser erworben; die Zusammenschlüsse wurden innerhalb des Vorprüfverfahrens freigegeben. Dabei handelt es sich überwiegend um kommunale Krankenhausbetriebe (z. B. in Salzgitter, Dachau, Miltenberg). Erworben wurden auch die beiden Universitätskliniken in Gießen und Marburg, die zuvor durch ihren gemeinsamen Träger, das Land Hessen, zusammengeführt worden waren. Da die Rhön-Klinikum AG in der weiteren Umgebung von Gießen und Marburg keine akutstationären Krankenhäuser besaß, war eine relevante Verstärkung der Marktstellung durch den Zusammenschluss nicht zu erwarten.

Mit der dritten Untersagung einer Krankenhausfusion hat das Bundeskartellamt erstmals einen Zusammenschluss zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Krankenhausträgern verboten. Dem Universitätsklinikum Greifswald wurde untersagt, das benachbarte Kreiskrankenhaus Wolgast zu erwerben. Das Universitätsklinikum Greifswald verfügt in seinen fünfzehn Fachabteilungen über ca. 780 Betten und ist im weiten räumlichen Umkreis der einzige Maximalversorger mit einem umfassenden Versorgungsangebot. Träger des Klinikums Greifswald ist das Land Mecklenburg-Vorpommern, das in der Stadt Rostock eine weitere Universitätsklinik mit ca. 1 070 Betten vorhält. Das Kreiskrankenhaus Wolgast verfügt über 180 Betten in fünf Fachabteilungen. Im Hinblick auf die sachliche und räumliche Marktabgrenzung ist das Bundeskartellamt dabei den Grundsätzen seiner ständigen Verwaltungspraxis in Krankenhausfällen gefolgt. Insbesondere wurde an der sachlichen Marktabgrenzung festgehalten, nach der das Bundeskartellamt – von besonders gelagerten Einzelfällen abgesehen – einen einheitlichen Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen abgrenzt, der alle Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken, nicht aber Rehabilitations- und sonstige Pflegeeinrichtungen, umfasst. In räumlicher Hinsicht wurde als Markt „Greifswald“ abgegrenzt, der sich aus Nachfragersicht aufgrund des empirisch ermittelten Patientenverhaltens aus drei Postleitzahlgebieten (Greifswald, Wolgast und Usedom) zusammensetzt. Grundlage der räumlichen Marktabgrenzung war eine umfassende Erhebung bei allen Krankenhäusern des Landes Mecklenburg-Vorpommern sowie weiterer größerer Kliniken bzw. Krankenhausgruppen aus benachbarten Bundesländern. Der Zusammenschluss hätte zur Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung des Universitätsklinikums Greifswald geführt. Im Markt „Greifswald“ hätten sich die Marktanteile auf dem Gesamtmarkt um ca. 25 % auf ca. 80 % erhöht und wären – bezogen auf einzelne Fachabteilungen, wie Chirurgie, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kinderheilkunde und Hals-Nasen- und Ohrenheilkunde – durch den Zusammenschluss zum Teil auf über 90 % angewachsen. Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat im Wesentlichen vorgetragen, dass die Gesamtumsätze des Landes nicht die Umsatzschwelle von 500 Mio. Euro überschreiten würden und die Untersagung des Zusammenschlusses in die grundgesetzlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre (Artikel 5 Abs. 3 GG) eingreifen würde. Dieser Beurteilung konnte sich das Bundeskartellamt nicht anschließen. Zum einen waren dem Land

sowohl die Umsätze seiner Universitätskliniken als auch die vollen Umsätze seiner sonstigen gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen. Zum anderen vermochte das Bundeskartellamt in seiner Untersagungsverfügung keinen Verstoß gegen die Freiheit von Forschung und Lehre zu erkennen. Es ist höchstrichterlich anerkannt, dass sich auch die Ausübung grundgesetzlich geschützter Rechte – wie z. B. das Grundrecht auf kommunale Selbstverwaltung – innerhalb der allgemeinen Gesetze bewegen muss. Das Universitätsklinikum Greifswald hat gegen die Untersagungsverfügung Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

In einem vergleichbaren Fall ist das Zusammenschlussvorhaben zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Krankenhausträgern von den Beteiligten nach Ankündigung einer Untersagungsverfügung aufgegeben worden. Das städtische Klinikum Chemnitz beabsichtigte, sich an den beiden Krankenhäusern und den Sozialbetrieben des benachbarten Landkreises Mittlerer Erzgebirgskreis mit 49 % zu beteiligen. Das Klinikum Chemnitz gehört mit über 1 700 Betten zu den größten Krankenhäusern Deutschlands. Die beiden Krankenhäuser des Landkreises verfügen insgesamt über ca. 440 Betten. Nach dem Zusammenschluss hätten die Beteiligten im räumlich relevanten Markt „Chemnitz und Umland“ einen gemeinsamen Marktanteil von ca. 50 % gehalten. Kein Wettbewerber erreichte einen Marktanteil von 10 %. Darüber hinaus verfügten die Beteiligten auch gegenüber allen anderen relevanten Wettbewerbern bei allen sonstigen Wettbewerbsparametern, wie dem Umfang und der Breite des Angebotes, dem Zugang zum Absatzmarkt wie auch der Finanzkraft über erhebliche Wettbewerbsvorsprünge. Da die Beteiligten den Zusammenschluss hinsichtlich der Krankenhäuser noch vor Ablauf der Untersagungsfrist zurückgenommen haben, konnte die Beteiligung an den Sozialbetrieben ohne Bedingungen oder Auflagen freigegeben werden.

Ein anderes Zusammenschlussvorhaben des Klinikums Chemnitz im Krankenhausbereich konnte dagegen im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Zielobjekt, das Bergarbeiterkrankenhaus der Stadt Schneeberg, liegt außerhalb des vom Klinikum Chemnitz dominierten räumlichen Marktes, so dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten war.

In dem Zusammenschlussverfahren Asklepios/LBK Hamburg (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 176), in dem das Bundeskartellamt die Übernahme der Mehrheitsbeteiligung an der Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg GmbH (LBK) durch die Asklepios Kliniken GmbH an die Auflage geknüpft hatte, ein LBK-Krankenhaus zu veräußern, wurde diese Auflage zwischenzeitlich fristgerecht erfüllt. Zunächst hatten Asklepios/LBK Hamburg beabsichtigt, das LBK-Krankenhaus Eilbek an einen Finanzinvestor zu veräußern. Die konkrete Ausgestaltung der mit diesem vereinbarten Verträge stellte jedoch nicht sicher, dass es sich um einen von Asklepios/LBK unabhängigen Wettbewerber handeln würde, wie es die Bestimmungen des Auflagenbeschlusses ausdrücklich erforderten. Statt-

dessen hätte die konkrete Vertragsgestaltung Asklepios/LBK weiterhin die Kontrolle oder zumindest einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das Krankenhaus Eilbek ermöglicht. Das Bundeskartellamt hatte deshalb der Veräußerung des Krankenhauses Eilbek an den Finanzinvestor nicht zugestimmt. Daraufhin veräußerten Asklepios/LBK das Krankenhaus Eilbek an die von den Zusammenschlussbeteiligten unabhängige, mittelständische Schön-Gruppe.

Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung, die Asklepios/LBK auf dem Hamburger Krankenhausmarkt hält, konnte auch das Vorhaben der von der Freien und Hansestadt Hamburg getragenen Universitätsklinik Hamburg-Eppendorf (UKE), das Altonaer Kinderkrankenhaus (AKK) zu erwerben, nur unter Auflagen und Bedingungen freigegeben werden. Zwar hält die Freie und Hansestadt Hamburg nur noch eine Minderheitsbeteiligung an LBK, übt jedoch aufgrund vertraglicher Vereinbarungen noch einen mitkontrollierenden Einfluss auf LBK aus. Aufgrund dieser Mitkontrolle bilden die Krankenhäuser von Asklepios, die LBK-Kliniken sowie das UKE mit den ihm angeschlossenen Kliniken eine wettbewerbliche Einheit. Aufgrund der spezialisierten Tätigkeit des Zielobjektes hat das Bundeskartellamt insbesondere geprüft, ob aufgrund von Besonderheiten des Hamburger Krankenhausmarktes ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für Kinderheilkunde besteht. Die Ermittlungen haben jedoch ergeben, dass selbst in dem hochdifferenzierten Hamburger Krankenhausmarkt keineswegs nur in pädiatrischen Abteilungen oder Kinderkrankenhäusern, sondern in hohem Maße auch in anderen Fachabteilungen von Allgemeinkrankenhäusern behandelt werden. Der Wettbewerb um die Behandlung von Kindern findet erkennbar zwischen allen Allgemeinkrankenhäusern – mit oder ohne Pädiatrie – statt, so dass die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für Kinderheilkunde nicht sachgerecht erschien. Zur Kompensation der Verstärkungswirkung, die durch den Erwerb des Kinderkrankenhauses entstanden wäre, hat die Stadt Hamburg ihre 50%ige Beteiligung an dem freigemeinnützigen Krankenhaus Bethesda im Südosten Hamburgs veräußert. Da die Auflage zwischenzeitlich durch Übertragung des Anteils an den anderen Gesellschafter – die kirchliche Stiftung Bethesda – erfüllt wurde, konnte UKE anschließend den Erwerb des AKK vollziehen.

Weitere Übernahmen der Asklepios-Gruppe, wie den Erwerb der Allgemeinkrankenhäuser in Schwedt und des Schwalm-Eder-Kreises, konnten ebenso wie die beabsichtigte Übernahme von verschiedenen psychiatrischen Fachkliniken der Länder Brandenburg und Niedersachsen genehmigt werden.

Der dritte Fall, der nur nach Änderung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt freigegeben werden konnte, betraf die Übernahme der deutsch-schweizerischen Krankenhausgruppe Humaine Kliniken AG durch den Fresenius-Konzern. Fresenius ist einer der größten deutschen, international tätigen Konzerne, die im Gesundheitsmarkt tätig sind. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Bereich der Dialyseprodukte. In den USA hat er

seine Tätigkeit insbesondere im Bereich der Dialysekliniken durch weitere Zukäufe erheblich gestärkt. In der Bundesrepublik hatte der Konzern zunächst die WKA Wittgensteiner Kliniken und anschließend die Helios-Gruppe, einen der führenden inländischen Krankenhauskonzerne, erworben. Dieser Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission geprüft. Da die einzelnen Krankenhäuser der beiden beteiligten Krankenhausgruppen (WKA und Helios) jedoch praktisch keine Überschneidungen in den jeweiligen regionalen Märkten aufwiesen, wurde der Zusammenschluss von der Europäischen Kommission in der ersten Phase freigegeben. Im Helios-Teilkonzern werden nunmehr die Krankenhausaktivitäten des Fresenius-Konzerns zusammengefasst. Die Humaine-Gruppe war eine der kleineren in Deutschland tätigen Krankenhausgruppen. Sie verfügte neben zwei onkologischen Fachkliniken insbesondere über zwei Krankenhäuser der Schwerpunktversorgung mit jeweils über 600 Betten, nämlich in Bad/Saarow-Fürstenwalde (Brandenburg) und in Plauen (Sachsen). Insoweit war für die fusionskontrollrechtliche Prüfung wieder das Bundeskartellamt zuständig, weil von Seiten der Humaine-Gruppe die europäischen Schwellenwerte nicht erreicht wurden. Bei diesem Zusammenschluss kam es im südwestlichen Teil Sachsens – nämlich im Bereich Plauen/Reichenbach – zu einer Überschneidung, die zu einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten geführt hätte, so dass das Bundeskartellamt den Zusammenschlussbeteiligten eine Abmahnung des Vorhabens angekündigt hatte. Da Fresenius/Helios jedoch noch innerhalb des – zu diesem Zwecke verlängerten – Hauptprüfungsverfahrens ihr Krankenhaus in Reichenbach an Dritte veräußerten, konnte das Zusammenschlussvorhaben anschließend ohne Auflagen freigegeben werden.

Die weiteren vier Zusammenschlüsse zwischen öffentlich-rechtlichen Krankenhausträgern, die im Hauptprüfungsverfahren entschieden wurden, wurden aufgrund einer umfassenden Markterhebung freigegeben. Der Erwerb der Krankenhausgesellschaft des Landkreises Nürnberger Land durch das Klinikum der Stadt Nürnberg wurde freigegeben, obwohl das Klinikum Nürnberg mit über 2.000 Betten einer der größten Anbieter von Krankenhausleistungen auf kommunaler Ebene ist. Grund hierfür war, dass die Beteiligten im abgegrenzten räumlichen Markt zwar mit 40 % noch relativ hohe gemeinsame Marktanteile erzielten, aber ihr wettbewerblicher Verhaltensspielraum noch in hinreichender Weise u. a. durch nahe gelegene große Wettbewerber (Klinikum Fürth, Uniklinik Nürnberg/Erlangen) kontrolliert wird. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung war daher nicht zu erwarten.

Das nachträglich angemeldete Fusionskontrollverfahren hinsichtlich der Krankenhäuser der Region Hannover wurde ebenso aus materiellrechtlichen Gründen freigegeben. Die Stadt Hannover war durch ein Landesgesetz mit dem Landkreis Hannover zu der Region Hannover zusammengeschlossen worden. Nach diesem Regionsgesetz wurden u. a. die Kliniken von Landkreis und Stadt Hannover im Jahre 2003 durch die Gründung einer gemeinsamen Klinikgesellschaft zusammengeführt. Die Zusam-

menschlussbeteiligten sowie das Land Niedersachsen hielten die Fusion nicht für kontrollpflichtig, weil sie kraft Gesetzes bzw. in Durchführung eines Landesgesetzes erfolgte. Das GWB, das als Bundesgesetz der landesrechtlichen Regelung vorgeht, erfasst jedoch ausdrücklich auch Zusammenschlüsse der öffentlichen Hand, und zwar unabhängig von der Art und Weise, wie sie zustande gekommen sind. In der Fusionskontrolle ist zudem kein Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte kommunale Selbstverwaltung zu sehen, denn es ist höchstrichterlich anerkannt, dass sich auch die Ausübung grundgesetzlich geschützter Rechte – wie z. B. das Grundrecht auf kommunale Selbstverwaltung – innerhalb der allgemeinen Gesetze bewegen muss. Wie im vorbeschriebenen Fall „Nürnberg“ erreichten die Beteiligten im räumlich abgegrenzten Großraum Hannover zwar auch Marktanteile von ca. 40 %, ihr Verhaltensspielraum wurde jedoch u. a. durch die ebenfalls in Hannover tätige Universitätsklinik des Landes Niedersachsen, die Medizinische Hochschule Hannover, hinreichend kontrolliert.

Auch der Zusammenschluss zwischen der Kliniken Ludwigsburg-Bietigheim gGmbH, in der bereits die Krankenhäuser des Landkreises Ludwigsburg und der Stadt Bietigheim-Bissingen zusammengeschlossen waren, und den Kliniken des Enzkreises wurde freigegeben. In formeller Hinsicht wurde die Argumentation der Beteiligten zurückgewiesen, dass der Schwellenwert für die Anmeldepflicht, ein zurechenbarer Umsatz von 500 Mio. Euro, nicht erreicht sei. Denn in die Umsatzberechnung waren auch die Umsätze der Sparkasse einzubeziehen. Umsätze von Sparkassen sind grundsätzlich Umsätze aus einer unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand. Entscheidend ist aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs des GWB nicht die Rechtsform (z. B. GmbH, AG, Eigen-/Regiebetrieb, Anstalt ö.R. etc.), sondern die Frage, ob sich die öffentliche Hand rein hoheitlich oder unternehmerisch betätigt, indem sie im Wettbewerb zu anderen Unternehmen steht. Dass Sparkassen sich im Wettbewerb mit anderen Banken und Kreditinstituten befinden, ist evident. Diese Umsätze sind auch dem bzw. den Trägern der Sparkasse – trotz sparkassenrechtlicher Besonderheiten – nach den allgemeinen Regeln über verbundene Unternehmen zuzurechnen (§ 36 Abs. 2). Materiell konnte der Zusammenschluss freigegeben werden, weil die Region Ludwigsburg Teil eines großstädtisch verdichteten Ballungsgebietes unter Einschluss von Stuttgart ist, in dem der Bevölkerung auf relativ engem Raum mit gut ausgestatteter Verkehrsinfrastruktur ein sehr breites und hochqualifiziertes Angebot an Krankenhausversorgung zur Verfügung steht, so dass jedes einzelne Allgemeinkrankenhaus einem vielgestaltigen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

Auch im Bereich der freigemeinnützigen Krankenhäuser finden Umstrukturierungen statt. Häufig fallen einzelne Orden, Vereine, Stiftungen etc., die im freigemeinnützigen Bereich oft die Träger von Krankenhäusern sind, nicht unter die fusionskontrollrechtliche Prüfungspflicht, weil sie einen konzernweiten Gesamtumsatz von 500 Mio. Euro nicht erreichen. Fusionsrechtlich relevante Konzernbeziehungen wurden allerdings bei dem evange-

lischen Johanniter-Orden sowie bei der Marienhaus GmbH, die zu dem kath. Orden der Waldbreitbacher Franziskanerinnen gehört, bejaht. Der Johanniter-Orden ist als Konzern anzusehen, da er unter einheitlicher Leitung steht. Insbesondere handelt es sich bei den Johannitern – anders als bei mehreren anderen Einrichtungen im freigemeinnützigen Bereich – nicht nur um eine Ansammlung selbständiger Vereine oder anderer Organisationen, die lediglich auf Verbandsebene in begrenztem Maße ihre Interessen gemeinsam wahrnehmen. Stattdessen gibt es bei den Johannitern hierarchisch strukturierte Weisungsbefugnisse, die letztlich auf den Herrenmeister des Ordens bzw. seinen Generalsekretär zurückgehen. Bei der Marienhaus GmbH bzw. dem Orden der Waldbreitbacher Franziskanerinnen war die Konzerneigenschaft nicht zu bestreiten. Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben der Marienhaus GmbH, die kommunale saarländische Klinikgruppe KLN Neunkirchen zu erwerben, freigegeben. Die Umsatzschwellen wurden allerdings nur überschritten, weil der Marienhaus GmbH auch ein Krankenhaus zuzurechnen war, das sie mit einem anderen Orden gemeinsam beherrscht. Materiellrechtlich wurde das Vorhaben freigegeben, weil die Marienhaus GmbH trotz ihrer zahlreichen, i. d. R. kleineren und über das Land verstreuten Krankenhäuser im Saarland angesichts großer und nahe gelegener Wettbewerbs-Krankenhäuser (z. B. Uni-Klinik in Homburg, Klinikum Saarbrücken) keine marktbeherrschende Stellung erreicht.

## 2. Orthopädietechnik

Das Bundeskartellamt hat gegen den Bundesinventionsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT) ein Verfahren wegen verbotener Preisempfehlungen geführt und erst nach Abstellung des beanstandeten Verhaltens eingestellt. Der BIV-OT hatte seinen Mitgliedern (Orthopädie-Schuhtechnikern, Sanitätshäusern) empfohlen, ihre Leistungen (Einlagen, Kompressionsstrümpfe) nicht zu den von den Krankenkassen bestimmten Festbeträgen zu liefern, sondern sog. wirtschaftliche Aufzahlungen in konkreter Höhe von den Patienten zu fordern, welche diese selbst bezahlen müssen. Zwar bleibt es jedem Anbieter unbenommen, nur zu Preisen oberhalb der Festbeträge zu leisten, jedoch muss es sich dabei um seine individuelle Preisgestaltung im Wettbewerb zu den anderen Anbietern handeln. Die detaillierten Preisempfehlungen des BIV-OT hingegen führten zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs. Da der BIV-OT – trotz seiner anderweitigen Rechtsauffassung – zugesagt hatte, die beanstandeten Preisempfehlungen zurückzuziehen, und dies auch gegenüber seinen Mitgliedern entsprechend kommuniziert hat, konnte das Verfahren eingestellt werden.

## 3. Ärztliche Dienstleistungen

Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen den ärztlichen Berufsverband Deutsche Gesellschaft der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgen (DG-PRÄC) und seinen Unterverband, der Vereinigung der Deutschen Ästhetisch-Plastischen Chirurgen (VDÄPC) geführt. Die Verbände hatten in einer Mitgliederver-

sammlung den Beschluss gefasst, dass es ihren Mitgliedern – freiberuflich oder im Krankenhaus tätigen Ärzten für plastische/ästhetische Chirurgie – u. a. nicht erlaubt sei, „mit Anzeigen Discountpreise anzubieten“. Bei Zuwiderhandlungen sowie bei der Zusammenarbeit mit „Discountanbietern“ wurden Abmahnungen ausgesprochen und der Ausschluss aus den Verbänden angedroht, was für die betroffenen Ärzte eine erhebliche Beeinträchtigung ihrer beruflichen Möglichkeiten zur Folge gehabt hätte. Das Bundeskartellamt teilte den Verbänden mit, dass es – abgesehen von der Bindung freiberuflich tätiger Ärzte an die GOÄ – jede durch Vereinbarung oder Beschluss verabredete Einschränkung der freien Preisbildung als Kartellverstoß i. S. d. § 1 und die Abmahnungen als Verstoß gegen das Druckausübungsverbot des § 21 Abs. 2 ansieht. Auch die Aufforderung zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit „Discountanbietern“ ist als verbotener Boykottaufruf i. S. d. § 21 Abs. 1 zu bewerten, soweit die angeblichen Discountangebote sich im Rahmen des geltenden Rechts, insbesondere des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilmittelwesens (HWG) halten. Da die Verbände daraufhin die beanstandeten Beschlüsse sowie die auf ihnen beruhenden Abmahnungen zurückgenommen und auch gegenüber ihren Mitglieder klargestellt haben, dass diese in ihrer freien Preisfindung nicht behindert werden sollen, wurde das Verfahren eingestellt.

## 4. Gesetzliche Krankenkassen

Im Berichtszeitraum wurden zwei Fusionen von Gesetzlichen Krankenkassen geprüft und jeweils im Vorprüfverfahren freigegeben. Es handelte sich um den Zusammenschluss der AOK Hamburg mit der AOK Rheinland zur neuen AOK Rheinland/Hamburg und um den Zusammenschluss der Betriebskrankenkassen Taunus BKK, Sancura BKK und BKK Hoechst zur neuen BKK Taunus.

Am 1. April 2007 ist das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG, „Gesundheitsreform“) in Kraft getreten. § 171 a SGB V (neu) regelt, dass sich Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, Ersatzkassen und See-Krankenkasse über Kassenartengrenzen hinweg freiwillig zusammenschließen können. Die Gesetzesbegründung zu § 171 a SGB V (neu) stellt klar, dass – auch kassenartenübergreifende – Zusammenschlüsse zwischen Krankenkassen dem Fusionskontrollrecht des GWB unterliegen (Bundestagsdrucksache 16/3100 vom 24. Oktober 2006).

Im Gesetzgebungsverfahren war eine Diskussion über die Frage entstanden, ob Fusionen zwischen Gesetzlichen Krankenkassen dem Fusionskontrollrecht des GWB unterliegen. Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf begründet, dass Fusionen zwischen Gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle unterliegen (vgl. die Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG), Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucksache 0129(131),

abrufbar unter [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/029-034/stll\\_engel/Bundeskartellamt.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/029-034/stll_engel/Bundeskartellamt.pdf)). Die Fusionskontrolle bei Gesetzlichen Krankenkassen ist notwendig, denn sie verhindert die Entstehung bzw. Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen im Interesse eines wettbewerblich organisierten Gesundheitswesens. Die Fusionskontrolle ist daher zwingend erforderlich, wenn und soweit Wettbewerb zwischen Gesetzlichen Krankenkassen beabsichtigt ist oder zumindest möglich bleiben soll. Ohne den Schutz der Fusionskontrolle könnten die Wettbewerbsteilnehmer den Wettbewerb gegen den Willen des Gesetzgebers ausschließen, indem sie sich im Extremfall alle miteinander zusammenschließen. Dies wäre ohne die Fusionskontrolle nicht zu verhindern, weil die sozialrechtliche Aufsicht des Gesundheitsministeriums bzw. des Bundesversicherungsamtes nur die finanzielle Leistungsfähigkeit der Krankenkassen prüft und Kriterien aus anderen Rechtsgebieten, wie die Frage der Marktbeherrschung oder Monopolisierung, nicht bei seinen Entscheidungen berücksichtigen kann. Die Prüfung von Zusammenschlüssen zwischen Gesetzlichen Krankenkassen ist aber nicht nur wettbewerbspolitisch dringend erforderlich, sondern unterliegt bereits derzeit dem GWB. Entscheidender Grund hierfür ist, dass im GWB ein weiter, funktionaler Unternehmensbegriff gilt. Für die Annahme eines Unternehmens i. S. d. GWB genügt grundsätzlich jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person, die der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen dient. Die Rechtsform, in der diese Tätigkeit entfaltet wird, ist ebenso unerheblich wie die Frage der Gewinnerzielungsabsicht. Aus diesem weiten Unternehmensbegriff folgt, dass die öffentliche Hand grundsätzlich überall dort als Unternehmen anzusehen ist, wo sie sich durch das Angebot von wirtschaftlichen Leistungen oder durch die Nachfrage nach solchen Leistungen betätigt. Dass auch Gesetzliche Krankenkassen unternehmerisch handeln können, hat der Bundesgerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1961 festgestellt (BGH, WuW/E 442 ff., Gummistrümpfe). Ferner hat der Große Senat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 22. März 1976 (BGHZ 66, 229 ff.) entschieden, dass zwischen den Ersatzkassen und den privaten Krankenversicherungen Wettbewerbsbeziehungen bestehen, soweit sie um Mitglieder konkurrieren, die sich zwischen den beiden Versicherungszweigen frei entscheiden können. Wettbewerbsbeziehungen bestehen aber auch zwischen den Ersatzkassen und den Pflichtkassen, da die Pflichtversicherten zwischen diesen Versicherungszweigen wählen können. Ein Anreiz für den Versicherten, die Krankenkasse zu wechseln, kann sich insbesondere dann ergeben, wenn eine andere Krankenkasse bessere Leistungen zu einem günstigeren Beitrag anbietet. Daraus folgt, dass die Krankenkassen im Wettbewerb um Mitglieder stehen. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des § 69 SGB V, der die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern allein dem Sozialversicherungsrecht zuordnet. § 69 SGB V ist eine Ausnahmevorschrift. Sie ist eng auszulegen. Ihrem klaren Wortlaut nach beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf die Rechtsbeziehungen zwischen Kran-

kenkassen auf der einen und den Leistungserbringern auf der anderen Seite. Zu der rechtlichen Qualifizierung von Zusammenschlüssen zwischen Krankenkassen ist der Norm und auch den Gesetzesmaterialien nichts zu entnehmen. Der Annahme, dass im nationalen Recht Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen anzusehen sind, steht auch nicht entgegen, dass der Europäische Gerichtshof im Verfahren „Arzneimittelfestbeträge“ die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassenverbände verneint hat. Dieses Urteil ist vom Bundeskartellamt nur zu beachten, soweit es die Artikel 81, 82 EG (europäisches Kartell- und Missbrauchsverbot) anwendet. Für das deutsche Fusionskontrollrecht ist dieses Urteil jedoch ohne Relevanz. Die nationale Fusionskontrolle ist gegenüber der europäischen Fusionskontrolle, aber auch gegenüber Artikel 81, 82 EG autonom. Die Tatsache, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Gesetzlichen Krankenkassen und ihren Versicherten öffentlich-rechtlich geprägt ist, war weder für den Gesetzgeber ein Hinderungsgrund, Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen zu schaffen, noch spielt sie nach der Rechtsprechung eine entscheidungserhebliche Rolle. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geht davon aus, dass durchaus Wettbewerb zwischen den Krankenkassen um Versicherte besteht. Die Schaffung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Gesetzlichen Krankenkassen ist sogar ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers (Bundestagsdrucksache 12/3608, S. 69, 74, 117). Schon das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 18. Juli 2005 zum Risikostrukturausgleich unter Verweis auf den Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass Krankenkassen durch eigene Sparanstrengungen den Beitragssatz senken können und sich hierdurch im Kassenwettbewerb für potenzielle Wechsler attraktiver machen. Wie auch die inzwischen langjährige Praxis des Krankenkassenwettbewerbs zeigt, ist das öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnis der Gesetzlichen Krankenkassen zu ihren Versicherten ohne weiteres mit einem Wettbewerbsverhältnis zu den anderen Gesetzlichen Krankenkassen vereinbar. Insbesondere wirkt sich der Wettbewerb zwischen den Kassen tatsächlich positiv auf ihr Verhalten zu den Versicherten aus, weil die Kassen sich – um Abwanderungen zu vermeiden – bemühen, ihre Beitragssätze niedrig zu halten und ihren Service zu erhöhen. Schließen sich Krankenkassen durch eine Fusion zusammen, handelt es sich somit um Ausdruck „unternehmerischen“ Handelns. Wie jedes andere fusionswillige Unternehmen hoffen sie, durch die Fusion vor allem die Kosten zu senken und Synergiepotenziale zu heben, um im Wettbewerb mit den anderen Krankenkassen bestehen zu können. Wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle und das sozialrechtliche Genehmigungsverfahren stehen auch nicht im Konflikt. Die Fusion von Krankenkassen bedarf der vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde prüft im Wesentlichen, ob die Krankenkasse dauerhaft leistungsfähig sein wird; bei fehlender dauerhafter Leistungsfähigkeit werden die Krankenkassen geschlossen oder zwangsweise fusioniert (z. B. §§ 146 a, 153 SGB V). Der Aspekt der „Leistungsfähigkeit“ spielt im Rahmen der Fusionskontrolle keine entscheidende Rolle. Die Fusionskontrolle nach dem GWB dient vielmehr

dazu, die Entstehung von Marktbeherrschung durch externes Wachstum zu verhindern. Marktbeherrschung wird von Gesetzes wegen bei einem Marktanteil von einem Drittel vermutet. Ob eine Untersagung eines Zusammenschlusses in Betracht kommt, hängt aber nicht nur vom Marktanteil alleine ab; vielmehr prüft das Bundeskartellamt auch andere marktstrukturbezogene Kriterien, wie z. B. Marktzutrittsschranken, Finanzkraft oder Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Die Fusionskontrolle dient dazu, die Märkte für einen unverfälschten Wettbewerb offen zu halten. Dass ein- und derselbe Sachverhalt (hier: die Fusion von Krankenkassen) von mehreren Behörden geprüft wird, ist für die deutsche Rechtsordnung auch nicht untypisch, so können z. B. Fusionen im Rundfunkbereich ggf. von der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und dem Bundeskartellamt geprüft werden. Da jede Behörde den Sachverhalt nach dem für sie maßgeblichen Recht prüft, kann es nicht zu konfligierenden Entscheidungen kommen. Die Entscheidungen ergänzen sich vielmehr unter unterschiedlichen rechtlichen Aspekten. Insoweit schafft die Fusionskontrolle zwar eine zusätzliche, aber keine dem deutschen Recht systemfremde Hürde. Sie stellt auch keinen Eingriff in das Recht der Krankenkassen dar, sich nach § 144, 150, 160 und 168 a SGB V zu vereinigen. Das Recht, mit anderen Unternehmen zu fusionieren, steht in unserer Rechtsordnung grundsätzlich jedem Unternehmen zu. Wie jedes andere Recht – dies gilt selbst für Grundrechte – wird dieses Recht aber nicht schrankenlos gewährleistet. Eine Schranke ergibt sich aus § 36 Abs. 1. Diese Schwelle gilt für alle Fusionen, die in den Anwendungsbereich des § 35 fallen. Weder aus den o. g. sozialgesetzlichen Normen noch aus anderen Bestimmungen des SGB V lässt sich folgern, dass das Recht der Krankenkassen, zu fusionieren, schrankenlos gewährleistet wird. Somit müssen die Krankenkassen – wie jedes andere Unternehmen auch – die Schranke des § 36 Abs. 1 respektieren. Schließlich profitieren von der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle die Versicherten unmittelbar. Denn die Verhinderung von Monopolbildungen verhindert die damit regelmäßig einhergehende Bildung von „Monopolpreisen“. Die Fusionskontrolle vermag somit einen wirksamen Beitrag zur Stabilisierung der Beitragssätze zu leisten.

### **Abwasser- und Abfallbeseitigung und sonstige Entsorgung (90)**

Der Berichtszeitraum war von einer erheblichen Zunahme der Konzentration in der privaten Entsorgungswirtschaft gekennzeichnet. Dies ist u. a. die Folge des Entschlusses des RWE-Konzerns, sich aus dem Entsorgungsbereich zurückzuziehen. Einen erheblichen Teil der RWE Umwelt AG hat der größte deutsche Entsorger, Remondis, übernommen. Den entsprechenden Zusammenschluss hatte das Bundeskartellamt Anfang 2005 unter Auflagen freigegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 177). Die Zusagen sind inzwischen komplett erfüllt und umgesetzt. Bereits vor dem Zusammenschluss mit Remondis hatte RWE in Erwartung kartellrechtlicher Bedenken verschiedene RWE Regionalgesellschaften aus-

gegliedert. Diese Gesellschaften wurden im Berichtszeitraum an verschiedene Dritte veräußert. Der Konzentrationsprozess steigerte sich nochmals erheblich durch den Zusammenschluss zwischen Sulo und Cleanaway, zwei der vier größten Entsorgungsunternehmen in Deutschland (S. 173). In den meisten Regionen in Deutschland sind darüber hinaus noch einige mittelständische Unternehmen tätig, die zum Teil in dieser Region starke Stellungen einnehmen, deren Umsätze aber noch nicht die Höhe erreicht haben, dass Zusammenschlüsse unter ihrer Beteiligung anmeldepflichtig sind. In vielen räumlich und sachlich relevanten Märkten in Deutschland kommt es infolge dieser Konzentration zu oligopolistischen Marktstrukturen, an denen i. d. R. Remondis, Sulo und Sita und/oder Alba bzw. der jeweils regional starke Mittelständler beteiligt sind.

### **1. Fusionskontrolle**

Die Absicht der Alba AG, die RWE Mecklenburg-Vorpommern zu übernehmen, wurde vom Bundeskartellamt unter Auflagen freigegeben. Im Bereich der Sammlung und des Transports von Restmüll hätte der Zusammenschluss ohne die Auflagen in Mecklenburg-Vorpommern und dem nördlichen Brandenburg zur Verstärkung eines marktbeherrschenden Duopols bestehend aus Alba und Remondis geführt. Diese beiden Entsorger waren bereits vor dem Zusammenschluss die beiden mit Abstand führenden Marktteilnehmer mit gemeinsamen Marktanteilen von knapp über 50 %. Durch den Zusammenschluss wären die gemeinsamen Marktanteile von Remondis und Alba auf über 60 % angewachsen. Der nächstgrößere Wettbewerber, ein mittelständisches Unternehmen mit deutlich geringeren finanziellen, technischen sowie unternehmerischen Ressourcen und Tätigkeitsschwerpunkt in Niedersachsen, verfügt über weniger als die Hälfte der Marktanteile von Remondis oder Alba. Die Transparenz im Markt ist hoch und die Marktanteile sind aufgrund mittel- bis langjähriger Vertragsvergaben stabil. Wie die unternehmensbezogenen begünstigen daher auch die marktbezogenen Strukturmerkmale – wie die Symmetrie des Oligopols, die Stabilität der Marktanteile, die Homogenität der Dienstleistung mit geringem Innovationspotenzial sowie der stagnierende Markt – ein oligopolistisches Marktverhalten. Die Oligopolaußenseiter sind – ebenso wie die einzelnen nachfragenden Kommunen – infolge ihres geringen Marktgewichtes nicht in der Lage, den Verhaltensspielraum der Oligopolisten zu begrenzen. Zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken hat Alba zugesagt, Verträge und Infrastruktur für die Sammlung und den Transport von Restmüll in einem Umfang an Dritte zu veräußern, der dem Marktanteilszuwachs durch den Zusammenschluss entspricht. Auch auf dem Markt für Sammlung und Transport von gebrauchten Leichtverpackungen überschneiden sich die Aktivitäten von Alba und RWE Mecklenburg-Vorpommern, so dass Alba nach dem Zusammenschluss in Mecklenburg-Vorpommern und dem nördlichen Brandenburg Marktanteile von 45 % bis 50 % gehabt hätte. Der Marktanteilsabstand gegenüber dem nächstfolgenden Wettbewerber hätte bei ca. 35 % gelegen. Angesichts dessen hat Alba zugesagt,

Verträge über den Transport und die Sammlung von gebrauchten Leichtverpackungen an Dritte zu veräußern, bis der Marktanteil von Alba unterhalb der Schwelle für die Einzelmarktbeherrschung von einem Drittel liegt. Diese Auflage ist erfüllt, da der Marktanteil von Alba nach der diesjährigen Ausschreibung für die Sammlung und den Transport von gebrauchten Leichtverpackungen unterhalb von einem Drittel liegt.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagung des Bundeskartellamtes hinsichtlich der gemeinsamen Übernahme der Gesellschaft für Abfallwirtschaft Köthen mbH (GfA Köthen) durch die Rethmann Kommunale Dienste Nord GmbH und die Tönsmeier Entsorgungsdienste GmbH nach fusionskontrollrechtlichen und kartellrechtlichen Gesichtspunkten rechtskräftig bestätigt (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 176). Das Gericht ist sowohl der sachlichen als auch der räumlichen Marktabgrenzung – ein Radius von 100 km um den ausschreibenden Landkreis Köthen – des Bundeskartellamtes gefolgt. Es stellte fest, das Bundeskartellamt sei in seinen Ermittlungen und Bewertungen den Besonderheiten der fraglichen Märkte in besonderem Maße gerecht geworden. Auch die Feststellungen des Bundeskartellamtes zur Existenz eines Oligopols – hohe Marktanteile, wechselseitige Verflechtungen, bestehende Sanktionsmöglichkeiten, Fehlen von Binnenwettbewerb, hohe Markttransparenz, keine erhebliche Nachfragemacht auf der Marktgegenseite, mangelnder Außenwettbewerb – hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt. Ferner sah es als erwiesen an, dass die gewählte Konstruktion zur Einbeziehung von Tönsmeier in das Oligopol und damit zu dessen Verstärkung führen würde. Da durch das Vorhaben von Remondis und Tönsmeier der Wettbewerb zwischen ihnen bei der nächsten Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen im Tätigkeitsbereich der GfA Köthen ausgeschlossen würde, sei das Vorhaben auch nach dem Kartellverbot zu Recht untersagt worden. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Die hiergegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom Bundesgerichtshof verworfen. Inzwischen hat die Tönsmeier Entsorgungsdienste GmbH die GfA Köthen allein übernommen.

Die RWE Umwelt Ost GmbH und die RWE Umwelt Hessen GmbH & Co. KG wurden von dem Entsorgungsdienstleister Fehr erworben. Erwerberin der RWE Umwelt Westfalen war die Lobbe Gruppe. Über diese Zusammenschlüsse war das Bundeskartellamt zwar informiert worden, sie unterlagen jedoch nicht der Fusionskontrolle, weil die Beteiligten die gesetzlichen Umsatzschwellen nicht erreichten. Anmeldepflichtig dagegen war die Übernahme der RWE Umwelt West GmbH durch die SWK Stadtwerke Krefeld AG. Da die Stadtwerke Krefeld AG jedoch in den Entsorgungsmärkten, in denen RWE Umwelt West GmbH tätig ist, selbst keine Aktivitäten hatte, kam es durch den Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen. Der Zusammenschluss wurde freigegeben.

Die Absicht von Remondis, 49 % der Geschäftsanteile an der AWISTA Gesellschaft für Abfallwirtschaft- und

Stadtreinigung GmbH sowie 51 % der Anteile an der ATG & Rosendahl GmbH & Co. KG von der zu der Stadtwerke Krefeld AG gehörenden EGN Entsorgungsgesellschaft Niederrhein GmbH zu erwerben, hat das Bundeskartellamt ohne Auflagen freigegeben. Die AWISTA ist von der Stadt Düsseldorf mit verschiedenen abfallwirtschaftlichen Aufgaben beauftragt worden. Durch ihre Mehrheitsgesellschafterin, die Stadtwerke Düsseldorf, ist AWISTA insbesondere auch für die Auslastung der Müllverbrennungsanlage in Düsseldorf langfristig vertraglich verpflichtet. Durch den Zusammenschluss waren im Wesentlichen die Märkte für die Sammlung und den Transport von Siedlungsabfällen, die Entsorgung von Siedlungsabfällen sowie die Verbrennung von Gewerbeabfällen betroffen (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 217). Auf dem Markt für Sammlung und Transport von Siedlungsabfällen in Nordrhein-Westfalen baut Remondis zwar durch den Zusammenschluss seine führende Marktstellung aus, überschreitet jedoch nicht die Marktanteilschwelle von einem Drittel. Zu den nachfolgenden Unternehmen gehören mit Schönackers und den Stadtwerken Krefeld Unternehmen, die ihren Tätigkeitsschwerpunkt ausschließlich in Nordrhein-Westfalen haben, sowie Sita, eines der großen und ressourcenreichen Entsorgungsunternehmen in Deutschland. Die Entstehung oder Verstärkung von einzelner oder oligopolistischer Marktbeherrschung durch den Zusammenschluss war nicht zu erwarten. Auch auf dem Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfällen baut Remondis durch den Zusammenschluss seine führende Stellung aus, erzielt jedoch Marktanteile von unter einem Drittel. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Müllverbrennungsanlage in Düsseldorf aufgrund der Abfallwirtschaftspläne der Regierungsbezirke in Nordrhein-Westfalen nicht allen Nachfragern als Ausweichalternative für die Entsorgung von unvorbehandelten Siedlungsabfällen zur Verfügung steht. So sehen die Abfallwirtschaftspläne der Regierungsbezirke Düsseldorf und Köln Einzelzuweisungen der Abfälle der jeweiligen Gebietskörperschaften i. d. R. an eine einzige Müllverbrennungsanlage verbindlich vor (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 217). Durch den Zusammenschluss erwarb Remondis allerdings nicht den Zugang zu sämtlichen Verbrennungskapazitäten der Müllverbrennungsanlage Düsseldorf. Dies liegt daran, dass der Anteilsveräußerin, EGN, auch nach dem Zusammenschluss aufgrund einer langfristig geschlossenen Vereinbarung das Anlieferungsrecht zur Müllverbrennungsanlage in Düsseldorf in erheblichem Ausmaß zusteht. Remondis erwirbt demgegenüber durch den Zusammenschluss nur ein Anlieferungskontingent in Höhe von 30 000 bis 60 000 t/a. Die Marktanteilsaddition und der Effekt am Markt durch den Zusammenschluss werden hierdurch begrenzt. Dies wirkt sich auch auf den Markt für die Verbrennung von Gewerbeabfällen aus, wo sich die Marktanteilsaddition daher auf unter 5 % beläuft. Bei der Prüfung war aber auch zu berücksichtigen, dass Verbrennungskapazitäten für die Beseitigung und Verwertung von Gewerbeabfällen seit dem Inkrafttreten des Verbots der Deponierung unvorbehandelter Abfälle leicht und die Verbrennungspreise erheblich angestiegen sind. Freie, ungenutzte Kapazitäten in Müllverbrennungsanla-



gen gibt es nicht mehr. Der Marktanteil von Remondis liegt nach dem Zusammenschluss noch unter einem Drittel. Die nächstgrößeren Marktteilnehmer sind EGN, das Müllheizkraftwerk Essen-Karnap und E.ON. Die Knappheit der Verbrennungskapazitäten, die landesweite Vollauslastung der Müllverbrennungsanlagen und der Preisanstieg für die Verbrennung haben u. a. dazu geführt, dass auch in den Müllverbrennungsanlagen in Nordrhein-Westfalen derzeit mehrere Kapazitätserweiterungen geplant sind. Von den Anlagen, an denen Remondis beteiligt ist, sind solche Pläne nicht bekannt. Selbst wenn nur ein Teil der Kapazitätserweiterungspläne umgesetzt wird, ist damit zu rechnen, dass die aus wirtschaftlichen Gründen zur Auslastung der neu geschaffenen Kapazitäten gezwungenen Unternehmen einen zusätzlichen wettbewerblichen Handlungsspielraum gegenüber Remondis haben werden. Eine durch den Zusammenschluss bedingte fusionsrechtlich relevante Verschlechterung der Marktverhältnisse im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen konnte daher nicht festgestellt werden.

Die Übernahme der Cleanaway Deutschland Holding GmbH durch die Sulo GmbH hat das Bundeskartellamt unter Auflagen freigegeben. Mit Entscheidung vom 14. Dezember 2005 (COMP/M.4012 – Sulo/Cleanaway) hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben auf Antrag der Unternehmen nach Artikel 4 Abs. 4 VO Nr. 139/04 an das Bundeskartellamt, das der Verweisung zugestimmt hatte, verwiesen. Der Zusammenschluss betraf eine Vielzahl verschiedener sachlicher und räumlicher Entsorgungsmärkte in Deutschland. Auf dem Markt für die Erfassung von Restmüll wäre durch den Zusammenschluss in Rheinland-Pfalz/Saarland die gemeinsame marktbeherrschende Stellung von Sulo, Sita und Remondis durch den Zusammenschluss verstärkt worden. Die drei Unternehmen haben schon vor dem Zusammenschluss gemeinsame, symmetrisch verteilte Marktanteile von 70 % bis 80 % und sind durch gesellschaftsrechtliche Beteiligung bzw. Subunternehmerverträge miteinander verflochten. Ferner handelt es sich um die drei mit Abstand größten Entsorgungsunternehmen in Deutschland, wohingegen die restlichen Marktteilnehmer Mittelständler sind. Im Raum Sachsen hätte sich nach dem Zusammenschluss ein symmetrisches Oligopol aus den gleichen Unternehmen mit gemeinsamen Marktanteilen von 50 % bis 60 % ergeben. In Hessen wäre durch den Zusammenschluss das Oligopol aus den Unternehmen Sulo, Remondis, Fehr und Meinhardt verstärkt worden. Durch den Zusammenschluss wären die bereits bestehenden gemeinsamen Marktanteile der vier Unternehmen von 70 % bis 75 % weiter angestiegen. Für ein wettbewerbsloses Oligopol sprechen auch hier die engen Verflechtungen zwischen den Unternehmen. Die Transparenz des Ausschreibungsmarktes, die Stabilität der Marktanteile, die Homogenität der Dienstleistung mit wenig Innovationspotenzial sowie der stagnierende Markt begünstigen außerdem ein oligopolistisches Marktverhalten. Zur Beseitigung der Wettbewerbsprobleme haben die Unternehmen angeboten, Aktivitäten im jeweils relevanten Markt abzugeben, deren Umfang in Rheinland-Pfalz/Saarland und in Hessen jeweils dem Zuwachs durch den

Zusammenschluss entsprechen. In Sachsen sinkt der Marktanteil von Sulo durch die Zusage ab, bis der gemeinsame Marktanteil von Sulo, Sita und Remondis auf unter 50 % sinkt. In Hessen wäre darüber hinaus auf dem Markt für Sammlung und Transport von Altpapier das Oligopol aus den Unternehmen Sulo, Remondis, Fehr und Meinhardt, sowie auf dem Markt für Sammlung und Transport von Altglas das Oligopol aus Sulo und Remondis durch den Zusammenschluss verstärkt worden. Die Zusage, jeweils Aktivitäten an Dritte abzugeben, die dem Marktanteilszuwachs durch den Zusammenschluss entsprechen, hat die wettbewerblichen Probleme beseitigt. Auf dem Markt für Sammlung und Erfassung von gebrauchten Leichtverpackungen in Hessen entfielen vor dem Zusammenschluss auf Sulo und Sita gemeinsame Marktanteile von 52 % bis 57 %, die durch den Zusammenschluss nochmals angestiegen wären. Auch in Rheinland-Pfalz/Saarland sind Sulo und Sita die Marktführer mit ähnlich hohen Marktanteilen. Die symmetrische Marktanteilsverteilung, Ähnlichkeiten bei der Unternehmensstruktur und dem räumlichen Tätigkeitsschwerpunkt in Hessen, die zwischen den Unternehmen bestehenden Verflechtungen und der erhebliche Marktanteilsvorsprung gegenüber allen anderen Wettbewerbern führt dazu, dass von einem marktbeherrschenden Oligopol auszugehen ist. Durch die Zusage, Aktivitäten zu veräußern, die in etwa dem Marktanteilszuwachs durch den Zusammenschluss entsprechen bzw. ihn überkompensieren, war eine Verschlechterung der Marktstruktur infolge des Zusammenschlusses nicht mehr zu erwarten. In Hessen wäre der Marktanteil von Sulo bei der Sortierung von gebrauchten Leichtverpackungen durch den Zusammenschluss auf 45 % bis 55 % angestiegen. Der Marktanteil gegenüber dem nächstfolgenden Unternehmen liegt bei 35 % bis 40 %, darüber hinaus verfügt Sulo über erhebliche Ressourcenvorsprünge, so dass die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Sulo durch den Zusammenschluss anzunehmen war. In Rheinland-Pfalz/Saarland erzielen Sulo und Sita gemeinsam Marktanteile von über 50 % und verstärken durch den Zusammenschluss ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung. Auch hier haben die Zusammenschlussbeteiligten Zusagen abgegeben, die den Zuwachs durch den Zusammenschluss ausgleichen. Die Zusagen wurden im Berichtszeitraum zum überwiegenden Teil erfüllt.

Die Absicht der Alba AG, die Kontrolle über die Interseroh AG zu erwerben, hat das Bundeskartellamt im Vorprüfverfahren freigegeben. Während Alba hauptsächlich in den neuen Bundesländern aktiv ist und dort Sammel-, Sortier- und Aufbereitungseinrichtungen betreibt, organisiert Interseroh ein flächendeckendes Rücknahmesystem für Transport- und Verkaufsverpackungen und ist darüber hinaus im Bereich des Recyclings sowie der Erfassung von Stahl und Metallen, Altpapier und Altholz tätig. Alba hatte seine Beteiligung an Interseroh bereits zuvor auf knapp unter 25 % erhöht (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 222). Auf keinem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt war durch die Erhöhung der Beteiligung von Alba an Interseroh die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. Auf dem

Markt der flächendeckenden Entsorgung von gewerblichen Anfallstellen ist Alba AG nur in geringem Ausmaß tätig, so dass es nur zu geringen Marktanteilsüberschneidungen und addierten Marktanteilen von unter einem Drittel kam. Die Wettbewerber Remondis sowie die Kooperation Logex/Zentek verfügen über bedeutende Marktanteile in diesem Bereich und als weitere, ressourcenstarke Wettbewerber sind Sita und Sulo/Cleanaway auf diesem Markt ebenfalls aktiv. Eine einzelmarktbeherrschende Stellung von Interseroh war auf diesem Markt daher nicht zu erwarten. Im Rahmen des Zusammenschlusses Remondis/RWE war jedoch die Entstehung eines wettbewerbslosen Oligopols zwischen Interseroh und Remondis auf diesem Markt zu erwarten gewesen. Die Gründe dafür lagen insbesondere in den bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen Interseroh und einer Reihe nachfolgender Wettbewerber, die letztlich wesentlichen Wettbewerb zwischen Interseroh und seinen Anteilseignern und Wettbewerbern – darunter auch Remondis und Alba – nicht mehr erwarten ließen. In Erfüllung der Auflagen im Verfahren Remondis/RWE hat Remondis allerdings seine Anteile an Interseroh veräußert und seine sonstigen Einflussmöglichkeiten, wie z. B. den Sitz im Aufsichtsrat, aufgegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 177). Auch die übrigen Entsorgungsunternehmen haben – mit Ausnahme von Alba – ihre gesellschaftsrechtlichen und personellen Verbindungen mit Interseroh inzwischen aufgelöst. Die Interessengleichheit zwischen Interseroh und den übrigen Marktteilnehmern kann daher nicht mehr angenommen werden. Da Alba schon vor dem Kontrollwerb der einzige Entsorger unter den Anteilseignern war, verfügte Interseroh auch bereits vor dem Zusammenschluss über einen gesellschaftsrechtlich vermittelten, strukturellen Zugang zu den Entsorgungsdienstleistungen von Alba. Bei der nunmehr erfolgten erneuten Prüfung stellte sich heraus, dass die Marktanteile von Alba/Interseroh und Remondis gemeinsam nicht mehr die Schwelle von 50 % übersteigen. Darüber hinaus ist vor allem auch berücksichtigt worden, dass Alba/Interseroh – anders als Remondis – nach dem Zusammenschluss nicht über eine bundesweit ausgewogene Infrastruktur verfügen, sondern auf andere Entsorgungsunternehmen als Dienstleister angewiesen ist. Bei diesen Dienstleistern handelt es sich zum Teil um Wettbewerber, deren Interessengleichklang mit Interseroh nach der Veräußerung ihrer Anteile nicht mehr per se unterstellt werden kann. Die Annahme eines größeren wettbewerbslosen Oligopols unter Einbeziehung der nachfolgenden Wettbewerber wurde aufgrund der starken Asymmetrie der Unternehmensdaten als widerlegt angesehen. Auch auf den anderen Märkten war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss nicht zu erwarten, so dass der Zusammenschluss ohne Auflagen freigegeben wurde.

Im Berichtszeitraum hat sich die zum E.ON-Konzern gehörende BKB AG mehrfach an Betreibern von Müllverbrennungsanlagen oder Ersatzbrennstoffanlagen beteiligt. So hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der BKB AG, von der STEAG Saarenergie eine Minderheitsbeteiligung an der Sotec GmbH zu erwerben, im Vorprüfverfahren

freigegeben. Sotec ist im Wesentlichen Betreiberin des Abfallheizkraftwerkes Neunkirchen im Saarland, des Müllheizkraftwerkes Pirmasens in Rheinland-Pfalz sowie der TREA Breisgau in Baden-Württemberg. An der Betreibergesellschaft der Abfallverwertungsanlage Velsen im Saarland ist Sotec gesellschaftsrechtlich beteiligt. Der zwischen Sotec und STEAG Saarenergie bestehende Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag behält durch diese Transaktion seine Gültigkeit, so dass infolge dieser und weiterer Besonderheiten des Einzelfalles hier ausnahmsweise nicht von einer Mitkontrolle der Sotec durch die BKB AG auszugehen war. Auch die BKB AG ist an Müllverbrennungsanlagen beteiligt. Diese befinden sich – mit einer Ausnahme – alle im Norden (Hamburg, Hannover) oder in der Mitte Deutschlands (Magdeburg, Helmstedt, Minden, Bielefeld, Hameln). In Baden-Württemberg ist die BKB AG mit der Müllverbrennungsanlage Göppingen aktiv. Allerdings ist Sotec als Betreiberin der TREA Breisgau nicht auf dem Markt für die Verbrennung von Abfällen tätig, da sie über die Kapazitäten nicht verfügen kann. Vielmehr sind in mehrere Dekaden laufenden Verträgen über die Nutzung und Auslastung der TREA Breisgau die Rechte zur Vermarktung an Dritte abgetreten worden. Es kommt daher durch den Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen auf diesem Markt und damit auch nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Mit dem Erwerb sämtlicher Anteile an der Energieversorgung Premnitz GmbH, Kraftwerke Service Premnitz GmbH und Energy Invest Premnitz GmbH hat die BKB AG eine Wirbelschichtfeuerungsanlage in Premnitz erworben, in der Ersatzbrennstoffe für die Stromerzeugung verfeuert werden. Auch durch diesen Zusammenschluss erhält die BKB AG jedoch keinen Zugriff auf die Verbrennungskapazitäten, da diese vertraglich langfristig an einen Dritten vergeben sind. Das Zusammenschlussvorhaben war insgesamt wettbewerbslich unbedenklich. An der EBS Kraftwerk Sonne GmbH hat die BKB AG eine Mehrheitsbeteiligung und die alleinige Kontrolle erworben. Die EBS Kraftwerk Sonne GmbH soll in Großräschen eine Abfallentsorgungsanlage errichten, in der insbesondere Gewerbeabfälle entsorgt werden können. Zu wettbewerbslichen Bedenken führte auch dieser Zusammenschluss nicht. Zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses hatte der vorherige Alleineigner bereits einen Großteil der Anlagenkapazität vertraglich gebunden, so dass die BKB AG hierauf keinen Einfluss hatte. Bei keiner räumlichen Marktabgrenzung war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten. In Brandenburg selbst trat die BKB AG mit dem Zusammenschluss neu in den Markt ein. Auf einem sehr viel größeren räumlichen Markt, der neben Brandenburg auch die Bundesländer Sachsen-Anhalt, Sachsen sowie Teile Brandenburgs umfasste, wäre es zwar zu Marktanteilsadditionen gekommen. Diese hätten jedoch für die Verbrennung von Gewerbeabfällen und für die Entsorgung von Siedlungsabfällen insgesamt deutlich unter einem Drittel gelegen. Ferner war zu berücksichtigen, dass in Brandenburg und Sachsen-Anhalt mehrere Projekte für die mittelfristige Schaffung zusätzlicher bzw. neuer Verbrennungskapazitäten bestehen.

Unter einer aufschiebenden Bedingung hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der Remondis GmbH & Co. KG freigegeben, eine Minderheitsbeteiligung an der Schweriner Abfallentsorgungs- und Straßenreinigungsgesellschaft mbH (SAS) zu erwerben. Die SAS führt im Stadtgebiet Schwerin die Sammlung und den Transport von Siedlungsabfällen und von Altpapier durch. Wie schon im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Alba/RWE Mecklenburg-Vorpommern (S. 171 f.), drohte der Zusammenschluss das aus Alba und Remondis bestehende Oligopol auf dem Markt für die Erfassung von Restabfällen in einem räumlich relevanten Markt, der Teile Mecklenburg-Vorpommerns und Nordbrandenburgs umfasst, zu verstärken. Remondis hat daher gegenüber dem Bundeskartellamt angeboten, Tätigkeiten der Restabfallfassung im relevanten Markt abzugeben, die etwas umfangreicher sind, als Remondis durch den Erwerb der Beteiligung an der SAS hinzugewinnt. Das Bundeskartellamt hat aus anderen Zusammenschlussverfahren jedoch die Erfahrung gewonnen, dass die Umsetzung von Veräußerungszusagen für den Markt der Sammlung und des Transports von Restabfällen auf praktische Schwierigkeiten stößt. Wenn die praktische und fristgerechte Umsetzung einer Zusage nicht gesichert ist, ist eine Auflage, d. h. eine Erfüllung der Zusage nach Vollzug des Zusammenschlusses, nicht geeignet, die wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen. Das Zusammenschlussvorhaben wurde daher mit der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass Remondis die angebotenen Tätigkeiten der Restabfallfassung an einen geeigneten Erwerber überträgt.

## 2. Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten

Seit dem 24. März 2006 können die Verbraucher nach dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG) ihre alten Elektro- und Elektronikgeräte kostenlos bei den Kommunen in die getrennte Erfassung abgeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 183). Für die weiteren Aktivitäten wie Gestellung der Container, Logistik, Sortierung und Verwertung sind nach dem ElektroG die Hersteller verantwortlich, die hierfür Entsorgungsdienstleister beauftragen. Für übergreifende Aufgaben, wie die Registrierung der Hersteller und die diskriminierungsfreie Organisation einer Abholreihenfolge bei der Vollmeldung von Containern, hat die Stiftung Elektro-Altgeräte-Register (EAR) die Arbeit aufgenommen. Während im vergangenen Berichtszeitraum die Kooperationsmöglichkeiten der Hersteller den Schwerpunkt der kartellrechtlichen Bedenken bildeten, standen in diesem Berichtszeitraum Wettbewerbsprobleme aufgrund des Verhaltens der Entsorger im Mittelpunkt der Tätigkeiten des Bundeskartellamtes. Die Entsorger beabsichtigten die Durchführung eines Logistikmodells, demzufolge im Ergebnis für jede kommunale Übergabestelle nur ein Entsorger mit seinen Containern eingesetzt wird. Jeder einzelne von einem beliebigen Hersteller mit der Abholung eines vollen Containers beauftragte Dienstleister muss sich dann zwangsläufig mit diesem Entsorger vor Ort über die Ausführung der Dienstleistung und die Konditionen einigen. In diesem

Modell kommt es zu einer weitgehenden Vereinheitlichung der Entsorgungskonditionen von Elektroaltgeräten für jeden Hersteller. Aufgrund der wettbewerblichen Bedenken haben die Entsorger und ihre Verbände von diesem Modell zwar Abstand genommen. Es scheint jedoch, als werde die Durchführung dieses Modells in der Praxis derzeit zum Teil weiter verfolgt. Daher hat das Bundeskartellamt ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, um den Sachverhalt aufzuklären und – bei Feststellung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen – einzugreifen.

## 3. Einwegpfand

Zum 1. Mai 2006 ist die Regelung zur Erhebung von Pfand auf Einweggetränkeverpackungen überarbeitet worden. Die Verpackungsverordnung sieht nunmehr vor, dass Händler grundsätzlich verpflichtet sind, sämtliche Einweggetränkeverpackungen derjenigen Materialfraktionen, die sie im Sortiment führen, zurückzunehmen. Auf die individuelle Gestaltung der Verpackung kommt es nicht mehr an. Damit sind sog. Insellösungen nicht mehr zulässig, bei denen sich der Händler auf die Rücknahme der von ihm in Verkehr gebrachten Verpackungen beschränken konnte, soweit sich diese Einwegverpackungen von anderen Verpackungen unterschieden. Der Wegfall der Insellösungen machte es notwendig, einen einheitlichen Sicherheitsstandard und Regeln für den Ausgleich von Pfandgeldern festzulegen, während bis dahin im Wesentlichen nur das von der Lekkerland-Tobacco GmbH & Co. KG und der Spar Handels-Aktiengesellschaft getragene P-System eine übergreifende Lösung für einen kleinen Teil des Marktes praktizierte (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 181 ff.). Die von der Pfandpflicht betroffenen Wirtschaftskreise nahmen vor diesem Hintergrund die im Jahr 2003 abgebrochenen Versuche zur Einführung eines einheitlichen Sicherheitskennzeichens und zur Definition der Rahmenbedingung des Clearings der Pfandgelder wieder auf. Zu diesem Zweck gründeten der Hauptverband Deutschen Einzelhandels (HDE) und die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE) die Deutsche Pfandsysteme GmbH (DPG). In einem diskriminierungsfreien Verfahren wählten die Beteiligten unter Rückgriff auf ein bereits vom P-System durchgeführtes Auswahlverfahren ein Sicherheitskennzeichen zur Kenntlichmachung der pfandpflichtigen Einwegverpackungen aus. Parallel wurde ein Regelwerk erstellt, das die Voraussetzung für die Durchführung des Pfandgeldclearings schafft. Die DPG beschränkt sich auf die Verwaltung des Sicherheitskennzeichens bzw. der Regeln zum Pfandgeldclearing und den damit zusammenhängenden Fragen. Operativ tätig wird sie grundsätzlich nicht. Vor diesem Hintergrund ist eine Beschränkung des Wettbewerbs auf den betroffenen Dienstleistungsmärkten (Durchführung des Pfandgeldausgleichs, Organisation der Rücknahme, Entsorgung der anfallenden Einwegverpackungen) nicht zu befürchten.

## 4. Entsorgung von Verkaufsverpackungen

Das Bundeskartellamt hat die Ausschreibung der Entsorgungsverträge der Der Grüne Punkt – Duales System

Deutschland GmbH (DSD) erneut begleitet (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 178 ff.). DSD hat nur in einigen Bereichen Veränderungen gegenüber den für die Ausschreibung im Jahr 2004 entwickelten Rahmenbedingungen vorgenommen. Während bislang bei der Mitbenutzung der Sammelgefäße durch andere duale Systeme aufgrund der Mengenveränderungen eine Verhandlung über die angemessene Reduzierung des ursprünglich mit DSD vereinbarten Entgelts erfolgte, wird das Entgelt künftig automatisch an die Veränderungen der Lizenzmengen der beteiligten dualen Systeme angepasst. Die Betreiber dualer Systeme haben sich hierzu in einer Vereinbarung über die Ermittlung von Lizenz- bzw. Vertragsmengenanteilen darauf geeinigt, einem Wirtschaftsprüfer die jeweils erwarteten Lizenzmengen vierteljährlich vorab mitzuteilen. Der Wirtschaftsprüfer berechnet bundeslandbezogen die jeweiligen Lizenz- bzw. Vertragsmengenanteile, die dann Grundlage für die Abrechnung der dualen Systeme gegenüber den von ihnen beauftragten Entsorgungsunternehmen sind. Darüber hinaus vergibt DSD anders als bisher nur noch für einen Teil der erfassten Leichtverpackungen einen Sortierauftrag für drei Jahre. Für die Restmenge schließt DSD Ein-Jahres-Verträge. Diese Ein-Jahres-Verträge werden ebenfalls öffentlich ausgeschrieben. Zum ersten Mal hat DSD auch den Verkauf und die anschließende Verwertung von Altglas ausgeschrieben, während es bislang den mit der Sammlung beauftragten Unternehmen das Altglas zur eigenverantwortlichen Vermarktung überlassen hat. Nachdem anfänglich beabsichtigt war, Sammlung, Verkauf und Verwertung des Altglases in ein- und demselben Vertrag auszuschreiben und den vom Entsorger gebotenen Kaufpreis bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen, hat sich DSD nach Gesprächen mit dem Bundeskartellamt dazu entschlossen, zwei Verträge auszuschreiben, um im Interesse eines diskriminierungsfreien Verfahrens klare Wertungskriterien – Entgelt für die Sammlung einerseits, Kaufpreis für die Altglasmenge andererseits – festlegen zu können. DSD hat Mindestpreise für Angebote zum Kauf des Altglases festgesetzt. Gegen dieses Verfahren bestanden aus Sicht des Bundeskartellamtes keine Bedenken. Die Ausschreibung aller Verträge konnte erfolgreich abgeschlossen werden.

In dem Verfahren wegen des Aufrufs zu Liefer- und Bezugssperren durch DSD und mehrere Verbände bzw. Unternehmen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 179 f.) hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 18. Oktober 2005 die Urteile des Oberlandesgericht Düsseldorf vom 4. Oktober 2004 und vom 16. November 2004 bestätigt, mit denen alle Betroffenen und Nebenbetroffenen freigesprochen worden waren.

## 5. Novelle der Verpackungsverordnung

Die Verpackungsverordnung (VerpackV) soll mit dem Ziel novelliert werden, die Zahl der Unternehmen zu reduzieren, die sich der Pflicht zur Entsorgung der von ihnen in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen entziehen. In diesem Zusammenhang stellen sich auch kartellrechtliche Fragen. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hat einen Referen-

rentenentwurf vorgelegt, der eine Trennung zwischen den Bereichen der haushaltsnahen Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen und der Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen an gewerblichen Anfallstellen vorsieht. Soweit Verkaufsverpackungen haushaltsnah anfallen, soll die Beteiligung an haushaltsnahen Sammelsystemen für die Hersteller und Vertreiber dieser Verkaufsverpackungen verpflichtend sein. Die Möglichkeit, über die Organisation einer Selbstentsorgerlösung die von der VerpackV geforderten Sammel- und Verwertungsquoten zu erreichen, entfällt damit. Soweit beabsichtigt ist, über Leitlinien der betroffenen Wirtschaftskreise die bei dualen Systemen zu lizenzierenden Verpackungsmengen zu definieren, darf dies nicht dazu führen, dass einzelne marktstarke Unternehmen diese Möglichkeit missbräuchlich mit dem Ziel nutzen, Anbieter von Selbstentsorgerlösungen zu verdrängen. Auf der Grundlage der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20. April 2001 (ABl. Nr. L 166, S.1) sind Kriterien zu entwickeln, die sicherstellen, dass Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen nur die Verpackungsmengen bei dualen Systemen lizenzieren müssen, die von den Systembetreibern tatsächlich haushaltsnah entsorgt werden. Mit dem Hinzutreten neuer Wettbewerber auf den Markt für die Organisation der haushaltsnahen Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen stellt sich die Frage der Organisation der Ausschreibungen der Entsorgungsleistungen neu. Aus Sicht des Bundeskartellamtes wäre es sinnvoll, das bislang vorherrschende Verständnis des Flächendeckungsgebots kritisch zu überdenken. Es zwingt die dualen Systeme derzeit, jeweils in allen Gebieten Entsorgungsunternehmen mit der Erfassung von Verpackungen zu beauftragen und führt zur Mitbenutzung der Sammelrichtungen durch eine Reihe dualer Systeme. Wenn die Gebiete – für bestimmte Zeit – einzelnen Systemen zugewiesen würden und im jeweiligen Gebiet nur ein System das Entsorgungsunternehmen beauftragt, ließen sich die mit der Mitbenutzung verbundenen praktischen und kartellrechtlichen Schwierigkeiten vermeiden. Insbesondere müssten Systembetreiber, die nach Vergabe des Auftrages durch ein System mit dem Auftragnehmer dieses Systems über die Konditionen der Mitbenutzung verhandeln müssen, nicht mehr befürchten, im Nachfragewettbewerb um Entsorgungsdienstleistungen benachteiligt zu werden. In Summe wäre auch dann – durch alle dualen Systeme gemeinsam – die flächendeckende haushaltsnahe Entsorgung von Verkaufsverpackungen sichergestellt. Solange an dem bisherigen Verständnis der Flächendeckung festgehalten wird, treten die Systeme nur eingeschränkt in Nachfragewettbewerb um Aufträge zur Sammlung und zum Transport von Verkaufsverpackungen. Dieser verbleibende Wettbewerb ist aus Sicht des Bundeskartellamtes besonders schützenswert. Jede weitere Beschränkung verstößt gegen § 1 bzw. Artikel 81 EG. Noch ungeklärt ist die Frage, wie die Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten gestaltet werden können, wenn in die haushaltsnahe Sammlung Fraktionen einbezogen werden, für deren Entsorgung öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger oder wie im Fall des Elektroschrotts Hersteller bestimmter Produkte zuständig sind. Im Referentenentwurf sind über den bisherigen § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV hinaus weitere

Ansprüche auf Mitbenutzung und Entgeltzahlungen zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und haushaltsnahen Sammelsystemen vorgesehen. Für den Altpapierbereich mit der parallelen Zuständigkeit haushaltsnaher Sammelsysteme für Verkaufsverpackungen und öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger hat das Bundeskartellamt rechtskräftig entschieden, dass die gemeinsame Beauftragung von Entsorgungsunternehmen den Nachfragewettbewerb zwischen den Beteiligten beschränkt. Sie müssen den Entsorgungsunternehmen individuelle Aufträge für Sammlung und Transport, Sortierung, Verwertung und Beseitigung erteilen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 180 f.). Dieser Grundsatz gilt nach Auffassung des Bundeskartellamtes über den Altpapierbereich hinaus immer dann, wenn über haushaltsnahe Sammelsysteme Fraktionen verschiedener Verpflichteter erfasst werden. Bestrebungen öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger, duale Systeme an der individuellen Nachfrage nach Entsorgungsleistungen für Verkaufsverpackungen zu hindern, um selbst die entsprechenden Aufträge auszuschreiben und zu vergeben bzw. ohne Ausschreibung kommunale Unternehmen mit Entsorgungsleistungen zu betrauen, schränken den Nachfragewettbewerb ein und sind kartellrechtlich kritisch zu sehen.

## Kultur, Sport, Unterhaltung (92)

### 1. Fernsehen

Das Bundeskartellamt war im Berichtszeitraum mit zwei Zusammenschlüssen befasst, die eine tiefere Beschäftigung mit den Wettbewerbsbedingungen auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt erforderten. In vorangegangenen Fällen konnte jeweils dahingestellt bleiben, ob auf dem Fernsehwerbemarkt ein wettbewerbsloses Oligopol der beiden großen Sendefamilien ProSieben Sat.1 und RTL besteht, da es jedenfalls an einer Verstärkung dieser Stellung fehlte.

Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 19. Januar 2006 der Axel Springer AG (AS) den Erwerb der ProSiebenSat.1 Media AG (P7S1) untersagt. Durch den Zusammenschluss zwischen der AS und der P7S1 wäre es zwar nicht zu Marktanteilsadditionen gekommen. Der Zusammenschluss hätte aber durch marktübergreifende Wirkungen aufgrund cross-medialer Effekte zu einer Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt sowie zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von AS auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen geführt. Die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen waren nicht geeignet, die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Nach den Ermittlungen und Feststellungen des Bundeskartellamtes verfügen P7S1 und die zu Bertelsmann gehörende RTL Sendergruppe über eine kollektive marktbeherrschende Stellung auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt (wettbewerbsloses Duopol ohne wesentlichen Wettbewerb durch Außenseiter). Der gemeinsame Marktanteil der beiden Sendergruppen beträgt bereits seit Jahren ca. 80 % und ist

annähernd gleich verteilt. Nächstgrößter Wettbewerber mit einem Anteil von gut 5 % ist RTL II, deren größter Gesellschafter der Bertelsmann Konzern ist. Die öffentlich-rechtlichen Sender ARD und ZDF verfügen aufgrund der Begrenzung ihrer Werbemöglichkeiten über Anteile von jeweils unter 5 % (einschließlich Sponsoring). Den weiteren Anbietern auf dem Fernsehwerbemarkt kommt keine nennenswerte Bedeutung zu. Die Marktanteilsverteilung zwischen P7S1 und Bertelsmann ist im Zeitablauf völlig stabil geblieben, obwohl die Ausgaben der werbenden Wirtschaft für Fernsehwerbung zwischen 2000 und 2004 insgesamt um ca. 18 % gesunken sind. Die stabile Marktanteilsverteilung zwischen P7S1 und Bertelsmann bei sinkendem Marktvolumen spricht für eine strukturelle Absicherung der Marktanteile. Bei wesentlichem Wettbewerb hätte ein Rückgang des Marktvolumens zu wettbewerblichen Reaktionen der Anbieter geführt, die sich in Schwankungen bei den Marktanteilen niedergeschlagen hätten. Aufgrund der hohen Reaktionsverbundenheit der Duopolisten ist dies unterblieben. Für eine parallele Verhaltensweise von P7S1 und Bertelsmann spricht weiter, dass die Tausender-Kontakt-Preise (die Preise, die für den Kontakt mit 1 000 Zuschauern zu zahlen sind, TKP) der Sender RTL, Sat.1 und ProSieben im Jahr 2004 in der Zeit von 17:00 Uhr bis 20:00 Uhr, also in der Zeit, in der auch die öffentlich-rechtlichen Sender ARD und ZDF Werbung senden dürfen, erheblich niedriger lagen als in der Zeit von 20:00 Uhr bis 23:00 Uhr, während sich gleichzeitig die Zuschaueranteile nicht wesentlich erhöht bzw. sogar abgesenkt haben. Auch die von den Beteiligten behauptete Vergrößerung der Brutto-Netto-Schere ist kein Indiz für bestehenden Wettbewerb zwischen den Unternehmen. Der Rückgang der Werbeeinnahmen beruht auf der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und kann auch von dem Oligopol nicht reaktionslos hingenommen werden. Das Zurverfügungstellen von Fernsehwerbezeit erfordert keine Investitionen seitens der Fernsehsender. Die Investition erfolgt bereits durch die Konzeption bzw. Produktion oder den Einkauf des Programms. Die Sender sind daher bestrebt, die medienrechtlich zulässige Werbezeit auszufüllen. Um dies bei sinkendem Marktvolumen zu erreichen, müssen die Duopolmitglieder – wie im Übrigen auch ein Monopolist dies machen müsste – die Preise senken bzw. die Rabatte erhöhen, um das Gleichgewicht im Duopol zu erhalten. Dies ist eine Anpassung an das sinkende Marktvolumen im gesamtwirtschaftlichen Umfeld und nicht eine Reaktion auf gegenseitige Wettbewerbsvorstöße oder ein Zeichen von Binnenwettbewerb. Auch die Tatsache, dass P7S1 und Bertelsmann annähernd gleich hohe Werbepreise fordern und annähernd gleiche Rabatte gewähren, belegt die wechselseitige Rücksichtnahme. Die tatsächlichen Strukturen und das festgestellte Verhalten belegen, dass im Duopol kein Binnenwettbewerb herrscht. Im Außenverhältnis sind P7S1 und Bertelsmann auf dem Fernsehwerbemarkt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt. Für den Außenwettbewerb sind im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen insbesondere Marktanteils- und Ressourcenvorsprünge, aber auch Verflechtungen bzw. wirtschaftliche Abhängigkeiten zwischen den Oligopolisten und den Außenseitern von Bedeutung. Eine solche Ver-

flechtung besteht im Hinblick auf RTL II, das als nächstfolgender Wettbewerber einen Anteil von gut 5 % hat. Dieser Anteil ist insoweit für die wettbewerbliche Beurteilung zu relativieren, als dieser Sender medienrechtlich zur RTL-Gruppe gehört und mit Bertelsmann als größtem Gesellschafter verflochten ist. Bereits die Höhe des Marktanteils schließt allerdings aus, dass von RTL II wesentlicher Wettbewerb auf das Duopol ausgehen kann. Hinzu kommt eine weitere Abschwächung des von RTL II ausgehenden Wettbewerbs durch die Gesellschafterstellung von Bertelsmann und die Einbindung in das Programm der RTL-Gruppe. Die übrigen Wettbewerber, einschließlich ARD und ZDF, folgen mit Anteilen von jeweils unter 5 %. Die öffentlich-rechtlichen Sender der ARD und das ZDF haben zudem aufgrund rundfunkrechtlicher Restriktionen nicht die Möglichkeit, ihre Aktivitäten auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt und damit ihre Marktanteile nennenswert auszuweiten. Aus diesem Grund spiegelt auch der Anteil bei den Zuschauern – insbesondere der öffentlich-rechtlichen Sender – nicht deren Anteil am Fernsehwerbemarkt wider. Eine Erhöhung des Zuschaueranteils der öffentlich-rechtlichen Sender vermag nicht zu einer entsprechenden Erhöhung des Marktanteils auf dem Fernsehwerbemarkt zu führen. Die tatsächlichen Feststellungen bestätigen insgesamt die Erfüllung der Oligopolvermutung (§ 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1), nach der vermutet wird, dass eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend gilt, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 % erreichen. Durch den Zusammenschluss gleichen sich die markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale weiter an. Das bestehende wettbewerbslose Duopol wird durch diese Angleichung weiter verengt und damit verstärkt. Der Zusammenschluss führt zu einer weiteren Angleichung der unternehmensbezogenen Strukturmerkmale beider Konglomerate, insbesondere bezogen auf die Zeitungs- und Zeitschriften-Leser- und Anzeigenmärkte, Hörfunkwerbemärkte sowie die im Inland genutzten Ressourcen. Neben den Fernsehsendern verfügen beide Konzerne insbesondere über eine Vielzahl von Zeitungen und Zeitschriften und sind dort in einigen Special-Interest Bereichen weitgehend parallel aufgestellt. Mit der Welt bzw. der Financial Times Deutschland verfügt sowohl AS als auch Bertelsmann über eine überregionale Tageszeitung. Weiter halten beide eine Vielzahl von Beteiligungen an lokalen und regionalen Hörfunksendern. Durch den geplanten Zusammenschluss kommt es zu einer Reihe von Verflechtungen zwischen AS/P7S1 und Bertelsmann, die deren gemeinsame Interessenlage vertiefen, so dass die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens weiter erhöht wird. Diese Verflechtungen betreffen gemeinsame Minderheitsbeteiligungen an mehreren privaten Hörfunksendern und Pressevertriebsunternehmen. Von AS und Bertelsmann gemeinsam beherrscht wird das Tiefdruckunternehmen Prinovis, das für beide, insbesondere AS, von erheblichem wirtschaftlichem Gewicht ist. Die Bild-Zeitung stellt mit ihrer Reichweite und ihren Anzeigenpreisen gegenwärtig für Werbetreibende die alleinige Ausweichmöglichkeit außerhalb des relevanten Marktes hinsichtlich der Fernsehwerbung bei Bertels-

mann und P7S1 dar. Durch den Zusammenschluss entfällt dieser Substitutionswettbewerb. Dies führt ebenfalls zu einer weiteren Absicherung und damit Verstärkung des Duopols. Der Zusammenschluss hätte zudem zu einer Verstärkung der überragenden Marktstellung von AS auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen, der aufgrund der Breite und Tiefe der Berichterstattung, der Art der Darstellung sowie der Nachrichten- und Berichtsschwerpunkte einen eigenen sachlichen Markt bildet, geführt. Die Bild-Zeitung ist die einzige bundesweit verbreitete Straßenverkaufszeitung. Selbst wenn man den von nur regional verbreiteten Straßenverkaufszeitungen ausgehenden Wettbewerb berücksichtigt, hat sie immer noch einen Anteil von über 80 %. Die überragende Marktstellung der Bild-Zeitung, die seit über 50 Jahren besteht, ist aufgrund ihrer Marktgeltung und Marktdurchdringung sowie der Ressourcen von AS dauerhaft und unangegriffen. Eine weitere Absicherung erfährt die Marktstellung durch die multimediale Erweiterung der Bild-Zeitung mit dem Portal Bild.T-Online, das im Jahre 2004 seine Position als führendes General-Interest-Portal weiter ausgebaut hat. Durch den Zusammenschluss erhält AS die Möglichkeit, durch cross-mediale Promotion die Stellung der Bild-Zeitung weiter abzusichern und damit zu verstärken. Sowohl bei der Bild-Zeitung als auch den Sendern von P7S1 handelt es sich um Entertainment-Portale, die sich an ein breites Massenpublikum richten. Es ist deshalb naheliegend, die Marktgeltung der Bild-Zeitung in einem TV-Format zu nutzen. Zwar hätte auch unabhängig von dem Zusammenschluss „Bild TV“ eingeführt werden können. Die Einführung ins Fernsehen wäre aber mit einem ungleich höheren Risiko für die Marke „Bild“ verbunden als nach der mehrheitlichen Übernahme von P7S1. Inhalt, Gestaltung und Umfeld eines Bild-Formates im Fernsehen könnten von AS allein bestimmt und kontrolliert werden. Das Risiko für die Marke „Bild“ würde so z. B. im Vergleich zu einer Lizenzvergabe erheblich verringert werden. Doch selbst wenn auf die Einführung eines TV-Formates der Bild-Zeitung verzichtet würde, ergeben sich durch den Zusammenschluss vielfältige Möglichkeiten der Crosspromotion: So könnte in Nachrichten auf Sendern von P7S1 Vorabinformationen von Interviews oder Exklusivmeldungen unter Hinweis auf die am nächsten Tag in der Bild-Zeitung erscheinenden Berichte gegeben werden. Auch könnten sich die Fernsehsender und die Bild-Zeitung zu konzerninternen Verrechnungspreisen gegenseitig Werbemöglichkeiten einräumen. Diese Möglichkeiten, im Fernsehen Kaufanreize für die Bild-Zeitung zu bieten und auch jüngere Käuferschichten zu gewinnen, sichern die bereits jetzt bestehende hochgradige marktbeherrschende Stellung der Bild-Zeitung auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen weiter ab. Der Zusammenschluss hätte weiterhin zu einer Verstärkung der überragenden Marktstellung von AS auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen geführt. Diese Verstärkung auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Tageszeitungen hätte darüber hinaus über die Anzeigenauflagen-Spirale zu einer weiteren Absicherung der Bild-Zeitung auf deren Lesermarkt geführt. In den Anzeigenmarkt für Zeitungen sind die bundesweit verbreiteten

Abonnement-Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen einzubeziehen. Mit der Bild-Zeitung und der Welt verfügt AS auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt über einen Anteil von ca. 40 %, mit weitem Abstand vor der Frankfurter Allgemeinen Zeitung sowie der Süddeutschen Zeitung und dem Handelsblatt. Das Bundeskartellamt hat es offen gelassen, ob auch Sonntags-Zeitungen in den relevanten Markt einzubeziehen sind. Bei Einbeziehung – Bild am Sonntag und Welt am Sonntag bei Springer sowie bei der FAZ die FAZ am Sonntag – würde sich der Marktanteil von Springer auf ca. 50 % belaufen. Durch den Zusammenschluss erhält AS die Möglichkeit, Werbekampagnen für Produkte abgestimmt über mehrere Medien anbieten zu können, und sichert damit ihre überragende Marktstellung ab. Für große Einführungskampagnen und Preispromotionen ist ein Mix aus Werbung im Fernsehen und in Tageszeitungen unumgänglich. Im Printbereich kommt dabei der Bild-Zeitung für eine Werbung, die auf ein Massenpublikum zielt, aufgrund der Reichweite eine herausragende Bedeutung zu. Auch wenn solche cross-medialen Werbekampagnen bisher noch keine große Rolle spielen, so besteht doch in Zukunft ein zunehmender Bedarf an solchen Konzepten aufgrund des hohen Werbeerinnerungswertes von vernetzter Kommunikation. Auch die AS Tochter AS Interactive sieht für die Zukunft zwar keine sprunghafte, aber doch eine kontinuierliche Entwicklung hin zu mehr kanalübergreifenden – den klassischen Kanälen Print und TV – Kommunikationslösungen. Die von den Zusammenschlussbeteiligten vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen waren nicht geeignet, die bestehenden wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Sie hatten vorgeschlagen, eine Reihe von Auflagen in die von den Landesmedienanstalten erteilten Rundfunklizenzen der P7S1-Sender aufzunehmen. Da es sich dabei um Verhaltenszusagen handelte, sind diese nach § 40 Abs. 3 bereits unzulässig. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ihre Überwachung nicht beim Bundeskartellamt, sondern bei den jeweiligen Landesmedienanstalten liegen sollte. Auch waren die vorgeschlagenen Lizenzauflagen materiell nicht geeignet, die Bedenken auszuräumen. Auch das Angebot, bestehende Verflechtungen von AS mit Bertelsmann aufzulösen, indem die entsprechenden Beteiligungen veräußert werden, reichten materiell nicht aus, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. Die Verflechtungen sind nur ein Kriterium von mehreren für die Verstärkung des Duopols. Auch ohne dieses Kriterium würde in der Gesamtschau das bestehende Duopol durch den Zusammenschluss verstärkt. AS hat gegen den Beschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Beschwerde mit Beschluss vom 29. September 2006 als unzulässig verworfen. Es teilt die Beurteilung des Bundeskartellamtes, dass Erledigung eingetreten ist. Die angefochtene Verfügung entfalte keine rechtlichen Wirkungen mehr, damit sei die Beschwer von AS fortgefallen. Die Erledigung sei deshalb eingetreten, weil die ProSiebenSat.1-Holding das Zusammenschlussvorhaben aufgegeben habe, was aus der gemeinsamen Presseerklärung vom 1. Februar 2006 folge. Auch ein berechtigtes Interesse, die Rechtmäßigkeit der erledigten Untersagungs-

verfügung gerichtlich klären zu lassen, fehle. Ein berechtigtes Interesse sei weder im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts Erster Instanz zu bejahen. Das kartellbehördliche Verbot eines Zusammenschlussvorhabens stelle weder einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar, noch gehe es dabei um Fälle, in denen der gerichtliche Rechtsschutz nach dem typischen Verfahrensablauf zu spät komme. Die Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz habe keine Geltung für den Bereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle. Das bundesdeutsche Verfahrensrecht, das seinen Ausdruck in § 71 Abs. 2 Satz 2 finde, sei abweichend vom europäischen Verfahrensrecht ausgestaltet. Auch ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr sei nicht anzuerkennen. So fehle jeglicher Anhaltspunkt, dass AS und P7S1 ihr Vorhaben in Zukunft wieder aufgreifen werden. Darüber hinaus bestehe auch kein Feststellungsinteresse wegen des Bedürfnisses der Klärung einer unklaren Rechtslage. Dies würde voraussetzen, dass künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschten sowie gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten würden und es um dieselben Personen gehen würde. Vorliegend könne jedoch die gerichtliche Überprüfung AS keine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftig in Aussicht genommene Fusionsvorhaben verschaffen. Einerseits sei bereits fraglich, ob zukünftig noch gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschten. Andererseits würde die gerichtliche Klärung AS keine hinreichend zuverlässige Entscheidungsbasis für zukünftige Fälle verschaffen, weil die Untersagung maßgeblich mit den Besonderheiten des streitbefangenen Zusammenschlusses begründet worden sei und ein vergleichbares Zusammenschlussvorhaben nicht ersichtlich sei. Denn das Bundeskartellamt habe seine Untersagungsentscheidung damit begründet, dass fusionsbedingt auf drei Märkten mit der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu rechnen sei. Ein vergleichbarer Zusammenschluss, etwa mit den Sendern der RTL-Gruppe, ist nicht ersichtlich. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf hat AS Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der alleinigen Kontrolle am Nachrichtensender n-tv durch RTL Television GmbH (RTL) freigegeben, da die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion gegeben sind. RTL hielt bereits 50 % der Anteile an der n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG und beabsichtigte, die restlichen 50 % vom Mitgesellschafter CNN/Time Warner Beteiligungs OHG (CNN/Time Warner) zu übernehmen. Der Zusammenschluss betrifft den bundesweiten Fernsehwerbemarkt in Deutschland. Auf diesem Markt verfügte die RTL Group, (Luxemburg) mit ihren Sendern RTL, VOX, Super RTL und n-tv gemeinsam mit der ProSiebenSat.1 Media AG bereits vor dem Zusammenschluss über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2. Durch den Erwerb wird der bislang gemeinsam kontrollierte Sender n-tv alleine durch die RTL Group kontrolliert. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes geht damit eine Erhöhung und Intensivierung der Einflussmöglichkeiten auf n-tv einher. Die RTL Group kann nach

dem Zusammenschluss alle Entscheidungen alleine treffen und die Geschäfte bestimmen, ohne auf die Interessen von CNN/Time Warner Rücksicht nehmen zu müssen. Strategie- und Marketingentscheidungen für n-tv können in ein auf die Senderfamilie abgestimmtes Gesamtkonzept eingebunden werden. Außerdem führt der Zusammenschluss durch eine weitere Angleichung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale zu einer Verengung des bestehenden Duopols zwischen der RTL Group und der ProSiebenSat.1 Gruppe. In der Summe führt der Erwerb der restlichen 50 % der Anteile an n-tv somit zur Absicherung und damit zur Verstärkung der kollektiven marktbeherrschenden Stellung und wäre insoweit zu untersagen gewesen. Allerdings ist der Zusammenschluss für diese Verstärkung nicht kausal, da hier die Voraussetzungen der Sanierungsfusion vorliegen. Das Marktpotential bzw. die Werbekunden von n-tv würden auch bei einer Untersagung des Vorhabens bei RTL bzw. dem Duopol verbleiben, da nach dem Ergebnis der Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu erwarten ist, dass angesichts der wirtschaftlichen Situation von n-tv der Sender ohne die Übernahme sämtlicher Anteile durch RTL eingestellt werden muss. Andere Erwerber der bisher noch von CNN/Time Warner gehaltenen oder sämtlicher Anteile kommen nicht in Betracht.

## 2. Lotto- und Glücksspiel

In Deutschland existiert für das Angebot von Lotterien und Sportwetten ein enger ordnungsrechtlicher Rahmen. Nur die maßgeblich von den Bundesländern kontrollierten Lottogesellschaften dürfen Sportwetten und bestimmte Lotterien, wie Jackpot-Ausspielungen, anbieten. Die Lottogesellschaften sind dementsprechend die führenden Anbieter von Lotterien und Sportwetten in Deutschland. Ihre Tätigkeit beschränkt sich auf der Grundlage des zwischen ihnen geschlossenen Blockvertrages und des Lotteriestaatsvertrages dabei jeweils auf das Gebiet eines Bundeslandes, so dass die Einwohner eines Bundeslandes derzeit nur bei der Lottogesellschaft spielen können, in deren Vertriebsgebiet sie wohnen. Die Möglichkeit, bei einer anderen Lottogesellschaft einen Spielschein abzugeben, besteht zur Zeit nur für Verbraucher, die in der Nähe einer Bundeslandgrenze wohnen, oder die ihren Spielauftrag bei einem gewerblichen Spielvermittler wie Faber, Tipp 24 oder Jaxx über das Internet, per Post oder über das Telefon einreichen. Die gewerblichen Spielvermittler vermitteln das staatlich verantwortete Glücksspielangebot der Lottogesellschaften bundesweit und entscheiden selbst, bei welcher Lottogesellschaft sie die Spieleinsätze abgeben. Die Lottogesellschaften hatten die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler bereits früher verhindern wollen. Der Ausschluss gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme wurde 1995 vom Bundeskartellamt untersagt und 1999 auch vom Bundesgerichtshof bestätigt (Tätigkeitsbericht 1997/1998, S. 165). Die Lottogesellschaften veranstalten zwar ihre Lotterien im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) nach einem einheitlichen Spielplan, gleichwohl bestehen erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das

Spielangebot, die Bearbeitungsentgelte, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen.

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt mehrfach Vorhaben und Verhaltensweisen der Lottogesellschaften aufgegriffen, die das Ziel verfolgten, den angesichts des engen Regulierungsrahmens begrenzten Restwettbewerb unter sich zu beschränken bzw. auszuschließen.

So wurde das Vorhaben der Lottogesellschaften der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg abgemahnt, gemeinsam 75 % und eine Aktie der Tipp24 AG zu erwerben, die als führender Anbieter über das Internet gewerbliche Spielvermittlung betreibt. Die Abmahnung wurde sowohl auf die Fusionskontrolle als auch auf Artikel 81 EG gestützt. Das Bundeskartellamt grenzte einen eigenständigen Markt für Lotterien ab, zu dem mangels Austauschbarkeit aus Sicht der Spieler weder Spielcasinos und Spielhallen noch Sportwetten oder Gewinnparangebote der Sparkassen und Volks- und Raiffeisenbanken zählen. Auf dem Markt für Lotterien sind in Deutschland die Lottogesellschaften als führende Anbieter sowie die Klassenlotterien der Bundesländer SKL und NKL tätig. Neben ihnen veranstalten lediglich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ARD und ZDF Lotterien. Räumlich existieren in Deutschland 16 regionale Märkte. Dies ergibt sich aus der prägenden Rolle der Lottogesellschaften, die ausschließlich in einem Bundesland tätig sind, und auch über das Internet nur die Spielinteressenten ansprechen, die in dem Bundesland wohnen, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Zwar haben sich die in den einzelnen Bundesländern tätigen Lottogesellschaften zum DLTB zusammengeschlossen und veranstalten ihre Lotterien nach einem einheitlichen Spielplan, aber es bestehen gleichwohl erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das Spielangebot, die Bearbeitungsgebühren, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen der Lottogesellschaften. Das angemeldete Vorhaben führte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes zur Verstärkung der bereits vor dem Zusammenschluss bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der beteiligten Lottogesellschaften auf dem Lotteriemarkt in ihrem jeweiligen Heimatbundesland. Die marktbeherrschende Stellung ergab sich aus monopolartig hohen Marktanteilen von über 90 %, einem großen Abstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern, einem hervorragenden Zugang zum Absatzmarkt und hohen Marktzutrittschranken. Die SKL war bei der Marktanteilsbetrachtung einzubeziehen, weil von dieser Gesellschaft kein relevanter Wettbewerb zu erwarten war. Strategische Entscheidungen der SKL bedürfen mindestens der Zustimmung eines der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg, die zugleich ihre eigenen Landeslottogesellschaften kontrollieren. Ein Restwettbewerb vollzieht sich lediglich über die Lotterien der Nordwestdeutschen Klassenlotterie und der öffentlichen Rundfunkanstalten sowie durch grenzüberschreitende Aktivitäten anderer Lottogesellschaften, insbesondere über die Tätigkeit von gewerblichen Spielvermittlern wie der Tipp24 AG. Die Verstärkung ergab sich daraus, dass die über Tipp24 gebündelten Spieleinsätze dem bisher-



gen Restwettbewerb der Landeslottogesellschaften entzogen und der alleinigen Disposition der Erwerbsgesellschaften unterstellt würden. Zugleich wäre durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften im Hinblick auf das zu erwartende Wachstum des Vertriebs von Lotterierprodukten über das Internet abgesichert und ihr Zugang zum Absatzmarkt verbessert worden. Der unabhängige Spielvermittler Tipp24 entscheidet aufgrund der verschiedenen Angebote der Landeslottogesellschaften, bei welcher Gesellschaft die gebündelten Spieleinsätze eingezahlt werden. Das Unternehmen verfügt über entsprechende Verträge mit verschiedenen Lottogesellschaften. Nach dem geplanten Zusammenschluss hätte Tipp24 als gemeinsame Tochtergesellschaft der Erwerbsgesellschaften nicht mehr unabhängig gehandelt, sondern die eingezogenen Spieleinsätze im Interesse der Muttergesellschaften verwendet, die dadurch zusätzliche Spieleinnahmen auf sich hätten ziehen und ihren bereits sehr hohen monopolartigen eigenen Marktanteil auf dem Markt für Lotterien in ihrem Bundesland absichern oder sogar ausbauen können. Ferner wäre durch den Zusammenschluss auch der Restwettbewerb zwischen den Muttergesellschaften um die Spieleinsätze von Tipp24 ausgeschlossen und dadurch die marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften verstärkt worden. Aufgrund der Transparenz der vertraglichen Beziehungen zwischen Tipp24 und den Muttergesellschaften war nach dem Zusammenschluss ebenfalls nicht zu erwarten, dass die Muttergesellschaften unterschiedliche Geschäftsbedingungen gegenüber Tipp24 durchsetzen oder sich Vorteile bei der Überleitung von Spieleinsätzen verschaffen könnten. Vielmehr wäre es aufgrund des gemeinsamen Zieles, sich über Tipp24 im Internetvertrieb günstig zu positionieren, zu einer Angleichung der Beziehungen zwischen Tipp24 und den Muttergesellschaften gekommen. Außerdem wäre der vor dem Zusammenschluss bestehende Restwettbewerb dadurch beeinträchtigt und die jeweils bestehende marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften dadurch abgesichert worden, dass Tipp24 nicht mehr von anderen Unternehmen erworben werden kann. Das Bundeskartellamt beabsichtigte, den Zusammenschluss auch nach § 50 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Artikel 81 EG zu untersagen, weil es zu einer Koordinierung des Marktverhaltens und zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Erwerbsgesellschaften als Nachfrager auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen geführt hätte. Der bundesweite Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen umfasst die Vermittlung von Spielaufträgen an die Veranstalter von Lotterien und Wetten durch unabhängige bundesweit tätige Vermittler gegen Zahlung von Provisionen. Aus Sicht der Veranstalter von Glücksspielen ist die bundesweite Vermittlung nicht austauschbar mit regional tätigen und örtlich gebundenen Handelsvertretern wie den Lottoannahmestellen. Die Lottogesellschaften stehen als Nachfrager auf dem Markt für gewerbliche Spielvermittlung miteinander im Wettbewerb. Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler eröffnete sich den Lottogesellschaften die Möglichkeit, Spielaufträge aus ganz Deutschland

entgegenzunehmen, wozu aufgrund der erheblichen Summen an Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren ein wirtschaftlicher Anreiz besteht. Der Wettbewerb der Lottogesellschaften um die Vermittlungsleistung gewerblicher Spielvermittler wurde durch den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (sog. „Regionalisierungsstaatsvertrag“) beschränkt, aber nicht ausgeschlossen. Der Staatsvertrag ist nach Ratifizierung durch alle Landesparlamente bundesweit geltendes Landesrecht, nach dem die Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung auf die Länder entsprechend ihrem sonstigen Anteil am Vertrieb von Lotterierprodukten in Deutschland aufgeteilt und die Provisionszahlungen an Spielvermittler faktisch auf max. 12 % der Spieleinnahmen beschränkt werden. Diese Beschränkung des wettbewerblichen Handlungsspielraums war zudem nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Consorzio Industrie Fiammiferi (Urteil vom 9. September 2003, Rs. C-198/01) vom Bundeskartellamt außer Betracht zu lassen, weil der Regionalisierungsstaatsvertrag einen Verstoß der Bundesländer gegen Artikel 81 Abs. 1 EG i. V. m. Artikel 10 EG darstellt. Er führt zu einer Marktaufteilung auf dem Markt für Lotterien und koordiniert den Nachfragewettbewerb auf dem Markt für gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen. Die Koordinierungseffekte waren nach dem europäischen Wettbewerbsrecht zu beurteilen, weil die zu erwartende Abschottung des deutschen Marktes für gewerbliche Spielvermittler gegenüber Dienstleistern aus der EU den im Hinblick auf eine mögliche Liberalisierung der Lotteriemärkte besonders schützenswerten Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt hätte. Ein Zusammenhang mit der ordnungsrechtlichen Lotteriehochheit der Länder besteht nicht. Mit dem Regionalisierungsstaatsvertrag reagierten die Länder vielmehr auf die Untersagung des Ausschlusses gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme durch das Bundeskartellamt im Jahr 1995, welche 1999 vom Bundesgerichtshof bestätigt wurde. Das Zusammenschlussvorhaben wurde nach der Abmahnung aufgegeben.

Das Bundeskartellamt hat ferner dem Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) und allen Lottogesellschaften der Bundesländer untersagt, den Markt für Lotterien weiter unter sich aufzuteilen und ihren Nachfragewettbewerb nach bundesweiter gewerblicher Vermittlung von Gewinnspielen zu beschränken. Die Entscheidung betrifft insbesondere eine Boykottvereinbarung zu Lasten gewerblicher Spielvermittler und die Aufteilung des bundesweiten Marktes unter den regional tätigen Lottogesellschaften. Um den sofortigen Vollzug der Entscheidung sicherzustellen und ihre Umgehung zu verhindern, enthält die Entscheidung diverse Anordnungen. Nach eingehender Prüfung ist das Bundeskartellamt zu der Auffassung gelangt, dass die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB, Spielumsätze, die aus einer stationären Vermittlung gewerblicher Spielvermittler stammen, nicht anzunehmen, gegen Artikel 81 und 82 EG sowie gegen §§ 1 und 21 verstößt. Das Bundeskartellamt hat den Beteiligten daher nach § 32

untersagt, weiterhin zu einem solchen Verhalten aufzufordern bzw. die erfolgte Aufforderung umzusetzen. Das Bundeskartellamt hat ihnen des Weiteren untersagt, andere Maßnahmen anzuwenden, um gewerbliche Spielvermittler bei der Gründung stationärer Vermittlungsstellen zu behindern. Der Gesamtumsatz aus Lotterien und Wettten beträgt rund 8 bis 9 Mrd. Euro p.a. Auf die Lotterien allein entfallen 5 bis 6 Mrd. Euro. Jaxx plant, die Verbraucher nicht mehr nur virtuell über das Internet anzusprechen, sondern stationäre Terminals – z. B. an Kassen in Supermärkten und Tankstellen – zu installieren, an denen der Verbraucher seinen Lottoschein abgeben kann (sog. terrestrische Vermittlung). Hierdurch würde der Kreis der Spielinteressenten, die künftig über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge für das Zahlenlotto bundesweit abschließen können, erweitert, und mehr Verbraucher könnten künftig zwischen den Lottogesellschaften wählen. Die Lottogesellschaften beschlossen daraufhin im Rechtsausschuss des DLTB, keine Spieleinsätze von gewerblichen Spielvermittlern aus terrestrischer Vermittlung anzunehmen. Sie begründen diesen Beschluss zwar mit dem Ziel, der Spielsucht entgegenwirken zu wollen, tatsächlich sehen sie nach Überzeugung des Bundeskartellamtes hierdurch jedoch lediglich ihre wirtschaftlichen Interessen bedroht. Der Beschluss der Lottogesellschaften stellt sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Absprache dar und ist darüber hinaus nach deutschem Recht auch als ein verbotener Boykottaufruf zu werten. Zudem missbrauchen die Lottogesellschaften mit dem Aufruf ihre marktbeherrschenden Stellungen auf den regionalen Lotteriemärkten in Deutschland. Die Lottogesellschaften sind beim Angebot von Glücksspielen wirtschaftlich tätig und üben nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs keine hoheitlichen Befugnisse aus. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten wird durch die Aufforderung insbesondere deshalb spürbar beeinflusst, weil die in Deutschland angebotenen Lotterien auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, insbesondere in Luxemburg, angeboten werden und Deutschland gegenüber dem Wettbewerb aus anderen Mitgliedstaaten abgeschottet wird. Die gewerbliche Spielvermittlung über stationäre Vermittlungsstellen ist in Deutschland rechtmäßig und steht insbesondere im Einklang mit den Regelungen im Staatsvertrag der Bundesländer über das Lotteriewesen. Die Boykottvereinbarung der Lottogesellschaften zu Lasten der gewerblichen Spielvermittler, die Spiele auch stationär vermitteln, wird insbesondere nicht durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Monopolregelung für Sportwetten gerechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung festgestellt, dass unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen privaten gewerblichen Veranstaltern von Sportwetten durch eine gesetzliche Regelung der Marktzugang verwehrt werden und damit der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Anbietern durch ein staatliches Monopol ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um den Ausschluss privater Sportwettenveranstalter vom Markt, sondern erstens um

das Lotterieangebot der Lottogesellschaften und deren Vermittlung und zweitens um eine Vereinbarung der maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften, die ihren Nachfragewettbewerb nach den Leistungen gewerblicher Spielvermittler und mittelbar ihren Angebotswettbewerb um die Spieler beschränken. Mit dieser Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht befasst. Selbst wenn die engen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für einen Ausschluss des Wettbewerbs auf den vorliegenden Fall angewendet werden, führt dies nicht zu einer Rechtfertigung der Boykottvereinbarung der Lottogesellschaften. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass ein Wettbewerbsausschluss nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig ist. Hierzu zählen insbesondere die im Lotteriestaatsvertrag aufgeführten und von den Bundesländern verfolgten Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Schutzes der Spieler, insbesondere des Schutzes der Minderjährigen. Bei seiner Entscheidung hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit den von den Bundesländern verfolgten ordnungsrechtlichen Zielen befasst. Im Rahmen der Untersuchung stellte sich heraus, dass diese Ziele nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Deutschland keinen Ausschluss des Wettbewerbs unter den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften rechtfertigen können. Insbesondere Lotterien wird von der Wissenschaft nur ein als sehr gering bewertetes Suchtgefährdungspotenzial zugeschrieben. In einer von den Lottogesellschaften vorgelegten Untersuchung wurde bei der Mehrzahl der Personen mit lottospielbezogenen Problemen festgestellt, dass nicht das Lottospiel, sondern das Spiel an Geldautomaten zu Abhängigkeitsproblemen geführt hat. Darüber hinaus ist nach den Prüfungen des Bundeskartellamtes nicht ersichtlich, dass durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot das Glücksspiel angeheizt und eine Suchtgefährdungslage verstärkt wird. Vielmehr werden die Lottogesellschaften maßgeblich von den Bundesländern gesellschaftsrechtlich beeinflusst und von den Ordnungsbehörden der Bundesländer überwacht. Es ist daher zu erwarten, dass die Lottogesellschaften mit ihrem ordnungsrechtlichen Selbstverständnis bei der Tätigkeit in anderen Bundesländern ebenso wie in ihrem Heimatland die Ziele des Lotteriestaatsvertrages konsequent einhalten und anderenfalls von den Ordnungsbehörden hierzu angehalten werden. Durch die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung ist auch nicht zu befürchten, dass der Jugendschutz nicht mehr gewährleistet wird oder irreführende Werbung die Verbraucher zum Spielen verleitet: Die gewerblichen Spielvermittler sind dem Lotteriestaatsvertrag zufolge verpflichtet, die Erfordernisse des Jugendschutzes zu beachten und keine unangemessene oder irreführende Werbung durchzuführen. Diese Pflichten werden von den zuständigen Behörden im öffentlichen Interesse überwacht. Auch der Umstand, dass die Zahl der Annahmestellen erweitert wird, ist nach geltendem Recht nicht bedenklich: Der Lotteriestaatsvertrag lässt die gewerbliche Spielvermittlung zu, ohne bestimmte Vermittlungswege vorzuschreiben oder auszuschließen. Es ist nicht ersichtlich, warum nur die Vermitt-

lung über Internet, Post, Telefon oder SMS, nicht aber über stationäre Vermittlungsstellen, unbedenklich sein soll. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Lottogesellschaften selbst Spielportale im Internet unterhalten und Lotterien per SMS anbieten, so dass von jedem Haushalt aus bei den Lottogesellschaften gespielt werden kann. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes berührt nicht die Freiheit der Lottogesellschaften, ihr Vertriebssystem nach eigenen Vorstellungen zu organisieren. Vielmehr sind die gewerblichen Spielvermittler unabhängige Gewerbetreibende, die im Interesse der Spieler tätig werden, aber nicht zum Vertriebssystem der Lottogesellschaften gehören. Mit ihrer Boykottvereinbarung greifen die Lottogesellschaften letztlich aus eigenen Gewinninteressen in das Vertragsverhältnis zwischen den Verbrauchern und den gewerblichen Spielvermittlern ein. Ein solches Vorgehen wurde bereits vom Bundesgerichtshof in einem anderen Fall als nicht schützenswert angesehen. Mit seinem Beschluss hat das Bundeskartellamt auch die Vereinbarung der Lottogesellschaften im Blockvertrag untersagt, nur in ihrem jeweiligen Heimat-Bundesland tätig zu werden. Diese Marktaufteilung stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht dar. Die Lottogesellschaften können sich zur Rechtfertigung nicht auf die begrenzten hoheitlichen Befugnisse der Bundesländer stützen, weil die Lottogesellschaften nicht hoheitlich, sondern wirtschaftlich tätig sind und daher keinen Beschränkungen im Hinblick auf ihr Vertriebsgebiet unterliegen. Soweit für eine Tätigkeitsausweitung behördliche Erlaubnisse erforderlich sein sollten, können sie diese beantragen. Der Lotteriestaatsvertrag stellte keine Rechtfertigung für die Marktaufteilung dar, weil der Staatsvertrag dahingehend europarechtskonform auszulegen war, dass er keine Marktaufteilung anordnet. Diese Auslegung ergab sich aus der aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts resultierenden Verpflichtung aller mitgliedstaatlichen Behörden, jede Rechtsvorschrift, die einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht, unangewendet zu lassen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 zur Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols rechtfertigt auch keine den Angebotswettbewerb beschränkende Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften für Lotterien und Sportwetten, weil insbesondere nicht zu erwarten ist, dass durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot das Glücksspiel angeheizt und eine Suchtgefährdungslage verstärkt wird. Insoweit war den Lottogesellschaften die im Blockvertrag vereinbarte und durch den Lotteriestaatsvertrag abgesicherte räumliche Marktaufteilung zu untersagen. Die Untersagung der Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften beeinträchtigt nicht die Möglichkeit der Bundesländer, ihre ordnungsrechtlichen Ziele eigenständig zu regeln, und hat daher keine Auswirkungen auf die Gesetzgebungszuständigkeiten und Kompetenzen der Länder. Diese dürfen aus vorrangigem europäischen Recht den Lottogesellschaften anderer Bundesländer nicht von vornherein die Tätigkeit in ihrem Landesgebiet versagen und eine Genehmigung hierfür verlangen, weil die Lottogesellschaften maßgeblich staatlich beeinflusst ein staatlich verantwortetes Glücksspielangebot bieten, das in al-

len Bundesländern nahezu identisch und daher in allen Bundesländern zugelassen ist. Eine Festlegung ordnungsrechtlicher Verhaltenskriterien und deren nachträgliche Überwachung steht den Bundesländern nach wie vor frei. Aufgrund der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung und angesichts der Bedeutung des wirtschaftlichen Interesses von Jaxx hat das Bundeskartellamt die sofortige Vollziehung der Entscheidung angeordnet, soweit eine Beschwerde hiergegen aufschiebende Wirkung hätte. Damit wird sicher gestellt, dass gewerbliche Spielvermittler nicht faktisch bis zu einer Hauptsacheentscheidung am Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes gehindert werden. Im Übrigen ist die Entscheidung kraft Gesetzes sofort vollziehbar und von den Lottogesellschaften umzusetzen. Besondere Gründe, die eine Aussetzung der sofortigen Vollziehung erforderlich gemacht hätten, lagen nicht vor. In engem Zusammenhang mit dieser Marktaufteilung sind die im Regionalisierungsstaatsvertrag vorgesehenen Bestimmungen zur Regionalisierung zu bewerten. Sie setzen voraus, dass die Bundesländer im einzelnen über die Einnahmen, Gebühren und Ausschüttungen aus der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung informiert werden. Das geschieht mit dem Ziel, die erzielten Einnahmen gewerblicher Spielvermittlung an die Länder entsprechend dem Umfang der sonstigen Einnahmen zu verteilen. Aufgrund dieser „Regionalisierung“ der Spieleinsätze von Spielern aus anderen Bundesländern kommen die Spieleinsätze letztlich dem Bundesland zugute, aus dem der Spieler stammt. Damit wird der Anbieterwettbewerb auf dem Markt für Lotterien sowie der Nachfragewettbewerb der Landeslottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt. Die Durchführung der Bestimmungen des Staatsvertrages verstößt gegen Artikel 81 EG und kann ebenfalls nicht mit dem Hinweis auf deutsches Recht geheilt werden, da es nach Artikel 10 EG zur Pflicht der Mitgliedstaaten gehört, alle staatlichen Maßnahmen zu unterlassen, die das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigen. Den Beteiligten wurde deshalb auch untersagt, den Regionalisierungsstaatsvertrag insoweit durchzuführen.

Die Lottogesellschaften und der DLTB haben gegen den Beschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben und im Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Eilverfahren mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 die vom Bundeskartellamt festgestellten Zuwiderhandlungen der Lottogesellschaften und des DLTB gegen Artikel 81 EG, § 21 Abs. 1, § 1, Artikel 82 EG bestätigt und den Antrag der Lottogesellschaften und des DLTB im Wesentlichen zurückgewiesen, weil keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses bestanden. Lediglich im Hinblick auf bestimmte Verfügungen zur Abstellung der Zuwiderhandlungen hat das Gericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet. Die Lottogesellschaften haben gegen die Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, den eigenen Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Weil die meisten Lottogesellschaften auch nach der Bestätigung der sofort vollziehbaren Verfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf ihren Internetvertrieb nach wie vor auf „Landeskinder“ beschränkten, hat das Bundeskartellamt diesen Lottogesellschaften mit Beschluss vom 30. Oktober 2006 ein Zwangsgeld in Höhe von 1 Mio. Euro für den Fall angedroht, dass sie nicht spätestens bis zum 7. November 2006 ihren Internetvertrieb nicht auf Spielteilnehmer des Bundeslandes beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der jeweiligen Gesellschaft haben. Nachdem die Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Bundesländer am 6. November 2006 in einer Telefonkonferenz mit Mehrheit vereinbart hatten, dass der Internetvertrieb der Lottogesellschaften vorläufig eingestellt wird, wurde von den Lottogesellschaften der Internetvertrieb beendet. Nur Lotto Schleswig-Holstein, Westlotto und Lotto Niedersachsen öffneten ihren Vertrieb für Spielinteressenten aus dem gesamten Bundesgebiet. Damit hat sich die Zwangsgeldandrohung erledigt. Die Lottogesellschaften haben gleichwohl dagegen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt.

### 3. Dinner-Shows

Das Bundeskartellamt hat gegen zwei Veranstalter von sog. Dinner-Shows Bußgelder in Höhe von 40 000 Euro und 25 000 Euro gegen die zwei Unternehmen und in Höhe von 10 000 Euro und 5 000 Euro gegen die persönlich Betroffenen verhängt. Die Betroffenen boten jeweils Dinner-Shows in derselben deutschen Stadt an. „Um den daraus entstehenden Wettbewerb ... zu vermeiden“ – wie es in dem Vertrag heißt –, vereinbarten sie, Dinner-Shows nicht mehr in derselben Stadt anzubieten und ab der Wintersaison 2003/2004 die entsprechende Kundenkartei des einen Wettbewerbers dem anderen zu überlassen. Auch in bestimmten weiteren deutschen Städten sollte kein Wettbewerb mehr stattfinden. Der Bußgeldbescheid über 25 000 Euro und 5 000 Euro wurde unmittelbar bestandskräftig, gegen den anderen Bußgeldbescheid wurde Einspruch eingelegt. Mit Urteil vom 11. April 2007 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf gegen die Nebenbetroffene eine Geldbuße von 80 000 Euro festgesetzt und den Einspruch des persönlich Betroffenen wegen Nichterscheins verworfen. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

### Dritter Abschnitt

#### Tätigkeitsbericht der Vergabekammern

##### Teil I: Rechtliche Rahmenbedingungen

###### 1. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht

Am 12. Mai 2004 hatte die Bundesregierung Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts beschlossen. Auf Grundlage dieser Eckpunkte hatte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit bis Ende des Jahres 2004 einen Gesetz- und Verordnungsentwurf vorgelegt. Dieser sollte gleichzeitig die am 31. März 2004 beschlossenen EU-Vergaberichtlinien (Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004, ABl. Nr. L 134 vom 31. April 2004, S. 114 (sog. „Basisrichtlinie“) und der Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch die Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste – Richtlinie 2004/17/EG vom 31. März 2004, ABl. Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 (sog. „Sektorenrichtlinie“) umsetzen. Die Vorschläge sahen eine Aufgabe des bisherigen Kaskadenprinzips, d. h. dem Verweis des GWB auf die Vergabeverordnung, welche wiederum auf die Verdingungsordnungen verweist, durch eine Verschmelzung der Verdingungsordnungen mit der Vergabeverordnung vor (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 187 f.). Die Gesetzgebungsvorschläge konnten vor den Neuwahlen im September 2005 nicht umgesetzt werden und fielen damit der Diskontinuität anheim. Lediglich die in Artikel 29 Richtlinie 2004/18/EG vorgesehene Möglichkeit, einen wettbewerblichen Dialog durchzuführen, war vom Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“ vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2676) umgesetzt worden.

Nach den Bundestagswahlen einigten sich die Koalitionäre in der Koalitionsvereinbarung vom 11. November 2006 (Rdnr. 2589 ff.) auf neue Eckpunkte der Vergaberechtsreform. Die Reform soll nunmehr im bestehenden System unter Beibehaltung des Kaskadensystems erfolgen. Die Verdingungsordnungen und die Vergabeverordnung werden daher beibehalten.

Zur Vermeidung eines Vertragsverletzungsverfahrens wurde zunächst eine kleine Vergaberechtsnovelle zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien verabschiedet.

In dieser Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 23. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2334) wurden die zwingend umzusetzenden Bestandteile der Basis- und der Sektorenrichtlinie übernommen. Die Änderungen passten die Schwellenwerte des § 2 VgV an die geänderten Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Tä-

tigkeitsbericht 2003/2004, S. 187) an. Die Schwellenwerte wurden neu festgesetzt, um für den Zeitraum bis 31. Dezember 2007 eine Übereinstimmung der Richtlinien mit dem WTO – Beschaffungsübereinkommen zu erreichen. Im Übrigen erfolgte eine Anpassung der Vergabeverordnung hinsichtlich der Vorschriften über die Schätzung des Auftragswertes sowie der Verweisung auf die Verdingungsordnungen VOL/A und VOF und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bausachen VOB/A. Diese waren zwischenzeitlich von den Verdingungsausschüssen materiell an die Vorgaben der Basis- und der Sektorenrichtlinie angepasst und neu bekannt gemacht worden. Die neuen Verdingungsordnungen sehen nunmehr u. a. dezidierte Regelungen zum Präqualifikationsverfahren vor, die Ausschlusskriterien beim Teilnahmewettbewerb wurden für den Fall der rechtskräftigen Verurteilung verschärft und technische Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung eingeführt. Zusätzlich erfolgte eine Anpassung der Bekanntmachungsvorschriften an elektronische Kommunikationsmöglichkeiten, eine Ausweitung der Angaben in den Vergabeunterlagen (z. B. Gewichtung der Zuschlagskriterien, Mindestanforderungen) sowie eine Verschärfung der Dokumentationsanforderungen im Vergabevermerk.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat zum Jahresende 2006 einen ersten Entwurf zur Änderung der vergaberechtlichen Vorschriften des GWB zur Abstimmung mit den Ressorts vorgelegt. Der Entwurf sieht u. a. vor, dass die Unwirksamkeit einer sog. de-facto-Vergabe in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden kann. Hat ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist, kann die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses geltend gemacht werden. Der Entwurf sieht zudem Änderungen bei der Rügeobliegenheit vor. Ein Nachprüfungsantrag ist dann unzulässig, wenn ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß, der in den Vergabeunterlagen erkennbar war, nicht unverzüglich nach deren Erhalt, spätestens aber mit Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Ein Antrag soll ebenfalls unzulässig sein, wenn mehr als 14 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Zudem soll der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen gestärkt werden.

###### 2. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht

Ebenfalls in den Berichtszeitraum fielen die Diskussionen über die Reform der sog. Rechtsmittelrichtlinie (Richtli-

nie 89/665/EWG vom 30. Dezember 1989, ABl. Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33) und der Sektorenmittelrichtlinie (Richtlinie 92/17/EWG vom 25. Februar 1992, ABl. Nr. L 76 vom 23. März 1992, S. 14). Die Europäische Kommission hat am 4. Mai 2006 einen Vorschlag zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/17/EWG des Rates mit dem Ziel der Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (KOM [2006] 195 endg.) vorgelegt. Mit dem Entwurf soll beim Vergaberechtschutz in der Europäischen Union ein „level playing field“ geschaffen werden, um den materiellen Vergaberichtlinien einheitlich Geltung zu verschaffen. Die Europäische Kommission hatte festgestellt, dass das Fehlen koordinierter Vorschriften über die Fristen für Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss dazu geführt hat, dass es in den meisten Mitgliedstaaten nicht möglich ist, im Falle der Anfechtung von Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig den Vertragsschluss zu verhindern. Ebenso ist nach Auffassung der Europäischen Kommission die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen, d. h. die entgegen den Vergabevorschriften erfolgende Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung und ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb (sog. de-facto-Vergabe), bislang in den Mitgliedstaaten gar nicht oder nur unzureichend geregelt. In beiden Fällen kann ein unterlegener bzw. potenzieller Bieter wegen der Irreversibilität der Zuschlagserteilung keinen auf die Erteilung des Zuschlags gerichteten Primärrechtsschutz mehr erzielen, sondern ist auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Die Europäische Kommission schlägt zur Verbesserung des Rechtsschutzes deshalb eine Stillhaltefrist zwischen der Information der unterlegenen Bieter und der Zuschlagerteilung kombiniert mit einem Suspensiveffekt des Nachprüfungsverfahrens vor. Im Bereich der sog. de-facto-Vergabe ist eine Bekanntmachungspflicht der beabsichtigten Zuschlagerteilung kombiniert mit einer Stillhaltefrist vorgesehen. Bei Verstoß gegen die Stillhaltefristen soll die Zuschlagerteilung nichtig sein.

Deutschland besitzt bereits mit dem derzeit geltenden § 13 Vergabeverordnung eine Stillhaltefrist mit Nichtigkeitsfolge im Falle des Verstoßes. Auch in der Vergaberechtsnovelle wird durch Übernahme der Informationspflicht in das GWB (§ 101a GWB-Entwurf/Vergaberecht) die Rechtslage beibehalten. Durch die in der Vergaberechtsnovelle vorgesehene Unwirksamkeit bei der de-facto-Vergabe nimmt der deutsche Gesetzgeber den Richtlinienvorschlag ebenfalls vorweg.

Die neuen Rechtsmittelrichtlinien sollen unter der deutschen Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 2007 verabschiedet werden.

## Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern

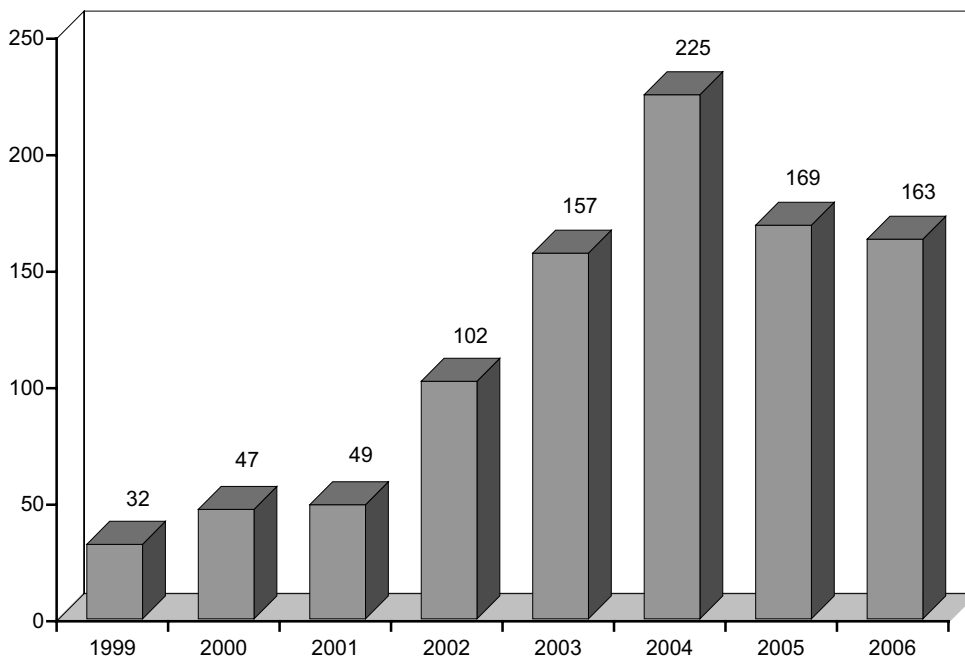
Der Trend der ständigen Zunahme von Nachprüfungsverfahren seit 1999, der im Jahr 2004 mit einer Anzahl von 225 Anträgen auf Überprüfung von Vergabeverfahren den

vorläufigen Höhepunkt erreicht hat, hat sich im Berichtszeitraum nicht mehr fortgesetzt. In den Jahren 2005 und 2006 ist die Zahl der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern des Bundes leicht zurückgegangen. Im Jahr 2005 gingen bei der 1., 2. und 3. Vergabekammer insgesamt 169 Nachprüfungsanträge ein, von denen 82 durch Beschluss entschieden wurden. Im Jahre 2006 blieb die Zahl der Nachprüfungsverfahren mit 163 Anträgen gegenüber 2005 nahezu konstant. Davon wurden 85 durch Beschluss entschieden; 14 Nachprüfungsverfahren, werden erst im Jahr 2007 verhandelt. In einer Vielzahl von Fällen haben sich die Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern erledigt. So sind im Jahr 2005 63 und im Jahr 2006 57 Nachprüfungsanträge von den jeweiligen Antragstellern zurückgenommen worden. Dies ist u. a. darauf zurückzuführen, dass den Antragstellern erst im Nachprüfungsverfahren die mangelnden Erfolgsaussichten deutlich geworden sind.

Auch im Berichtszeitraum war es angesichts der zahlreichen Verfahren, ihrer Komplexität und auch angesichts der knappen Personalausstattung nicht möglich, die Entscheidungsfrist von fünf Wochen in allen Fällen einzuhalten. Im Jahr 2005 wurde die Entscheidungsfrist in 38 und im Jahr 2006 in 30 Verfahren verlängert. Die Kammern waren stets bemüht, die Entscheidungen zeitnah zu treffen. Soweit Fristverlängerungen anstanden, betrogen diese im Regelfall nicht mehr als sieben Tage. In anderen Fällen konnten sogar Entscheidungen vor Ablauf der Fünf-Wochen-Frist abgesetzt werden.

Im Jahr 2005 sind 38 Beschlüsse der Vergabekammern mit der sofortigen Beschwerde angegriffen worden. Sechs Entscheidungen der drei Vergabekammern sind vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben worden, davon ein Beschluss teilweise; ein Beschwerdeverfahren endete durch Vergleich. In zwölf Fällen wurde die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. In den übrigen Fällen erledigten sich die Beschwerdeverfahren durch Rücknahme. Darunter befanden sich zahlreiche Verfahren, in denen der Antrag des Beschwerdeführers, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, vom Vergabesenat nach § 118 Abs. 1 Satz 1 mangels Erfolgsaussichten zurückgewiesen worden war. Im Jahr 2006 sind 18 Beschlüsse mit der sofortigen Beschwerde angefochten worden. Bislang waren zwölf Beschlüsse der Vergabekammern aus dem Jahr 2006 durch das Oberlandesgericht Düsseldorf zu überprüfen. Die Beschwerdeführer waren in zwei von zwölf Verfahren zweimal erfolgreich. Zwei Verfahren endeten durch Vergleich. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die sofortige Beschwerde in sechs Fällen zurückgewiesen, in zwei weiteren Fällen hat der Antragsteller die sofortige Beschwerde zurückgenommen, u. a. deshalb, weil der Senat den Antrag des Beschwerdeführers, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, zurückgewiesen hatte. Die Entscheidungen der Vergabekammern sind im Internet in anonymisierter Form veröffentlicht und können unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) abgerufen werden.

### Bei den Vergabekammern des Bundes eingegangene Nachprüfungsanträge 1999 bis 2006



## 1. Verfahrensrecht

### 1.1 Anwendungsbereich der Vergabekammerprüfung

Die Vergabekammern des Bundes hatten sich in zwei Verfahren mit Vergaben im Zusammenhang mit der Errichtung eines bundeseinheitlichen Digitalfunknetzes für Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS-Funk) zu beschäftigen. Nachdem zunächst beabsichtigt gewesen war, sowohl den Betrieb als auch die Systemtechnik zusammen auszuschreiben und zu vergeben, hat sich das zuständige Ministerium Anfang des Jahres 2005 dazu entschlossen, nur die Systemtechnik auszuschreiben und den Betrieb des Digitalfunknetzes ohne Ausschreibung zu vergeben. Die Antragsgegnerin hat eine Vielzahl von im Zusammenhang mit dem Betrieb des Digitalfunknetzes stehenden Vorgängen und Unterlagen für geheim erklärt und sich als Begründung für den Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren, insbesondere auf die Vorschrift des § 100 Abs. 2 Buchst. d berufen. Die 3. Vergabekammer hat den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag mangels Statthaftigkeit verworfen. Das im 4. Teil des GWB geregelte Nachprüfungsverfahren kam hier nicht zur Anwendung, da die erste und zweite Alternative der in § 100 Abs. 2 Buchst. d geregelten Ausnahmetatbestände, nämlich die Geheimklärung sowie das Erfordernis besonderer Sicherheitsmaßnahmen, gegeben waren. Einer Geheimklärung im Sinne der ersten Alternative steht nicht entgegen, dass das Projekt als solches – Digitalisierung des BOS-Funks – sowie der damit

notwendigerweise verbundene Betrieb dieses Digitalfunks, also der Gegenstand des streitgegenständlichen Auftrags, keineswegs geheim ist, sondern seit Jahren – z. B. über Berichterstattung in den Medien – höchst öffentlich. Es stellt keinen Widerspruch dar, wenn das Projekt als solches einerseits öffentlich bekannt ist, die Art und Weise seiner Realisierung jedoch der Geheimhaltung unterliegt. Eine Geheimklärung des Auftrags lag nach Einschätzung der Vergabekammer vor, obwohl lediglich diverse Dokumente und Vorgänge im Zusammenhang mit der Vergabe des Auftrags zum Betrieb des BOS-Digitalfunks als Verschlussangelegenheit angesehen worden waren und entweder schon für „geheim“ erklärt waren oder – soweit die Unterlagen erst in Zukunft erstellt werden konnten bzw. überhaupt erst während des laufenden Betriebs des BOS-Funks anfallen – die Geheimklärung angekündigt war. Diese für „geheim“ erklärten Dokumente und Vorgänge betrafen die Planung und Durchführung des Betriebs des BOS-Digitalfunks, so dass von einer Geheimklärung des gesamten Auftrags auszugehen war. In Bezug auf die für die Geheimklärung erforderliche Risikobewertung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland (§ 4 Abs. 1, 2 Nr. 2 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes – SÜG) steht der Antragsgegnerin ein Beurteilungsspielraum zu, der seitens der Vergabekammer nur begrenzt überprüfbar ist (vgl. auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2005, VII Verg 101/04). Obwohl die Auftraggeberin selbst lange Zeit eine Geheimklärung des Auftrags nicht in

Betracht gezogen hat, war in letzter Konsequenz eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums zu verneinen, denn es war nicht erkennbar, dass die Auftraggeberin bei der Entscheidung über die Geheimerklärung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist oder ansonsten unsachgemäße Erwägungen angestellt hat. Mit der beurteilungsfehlerfreien Qualifizierung des Auftrags als geheim war gleichzeitig auch die zweite Alternative von § 100 Abs. 2 Buchst. d gegeben, da die Ausführung geheimer Aufträge nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert (§§ 7 ff. SÜG). Auch die Antragstellerin hatte im Übrigen nicht bestritten, dass besondere Sicherheitsmaßnahmen zum Zuge kommen müssen oder dass bestimmte Vorgänge als geheimhaltungsbedürftig anzusehen sind. Sie war jedoch der Auffassung, dass diese Sicherheitsinteressen durch ein Vergabeverfahren nicht tangiert würden, und dass, sobald den Sicherheitsinteressen auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb Rechnung getragen werden kann, diesem als mildere Form des Eingriffs in die Rechte der Bieter der Vorzug zu geben ist. Der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 Buchst. d stellt jedoch nicht darauf ab, ob die Sicherheitsinteressen durch ein Vergabeverfahren tangiert werden, sondern knüpft nur an die formale Tatsache einer beurteilungsfehlerfreien Geheimerklärung bzw. nur an das ebenfalls formale Erfordernis besonderer Sicherheitsmaßnahmen an (so im Ergebnis auch Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16. Oktober 2003 – C-252/01 – Luftfotografie). Ihrem Wortlaut nach war zusätzlich auch die Bereichsausnahme des § 100 Abs. 2 Buchst. k einschlägig. Danach gilt der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge „über Fernsprechkundendienstleistungen, Telexdienst, den beweglichen Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation“. Eine sachliche Rechtfertigung für diese umfassende Freistellung, nämlich eine Monopolsituation auf dem Telekommunikationsmarkt, ist längst nicht mehr gegeben. Dennoch handelt es sich um eine in Kraft befindliche gesetzliche Norm, die seitens des Gesetzgebers bislang nicht gestrichen wurde, obwohl andere Anpassungen des Vergaberechts an die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte durchaus erfolgt sind. Die Vergabekammer hält es zwar für richtig, die Vorschrift des § 100 Abs. 2 Buchst. k nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen und sie in einen europarechtlichen Kontext zu stellen (so Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2001, VK-28/2001-L). Im konkreten Fall war zu berücksichtigen, dass die Umsetzungsfrist für die neue Vergaberichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – ABl. Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 114), die ihrerseits nicht mehr eine umfassende Ausnahme vorsieht, zum Zeitpunkt der Entscheidung der Vergabekammer noch nicht abgelaufen war. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist hätte sich die Vergabekammer nicht befugt gesehen, von einer Anwendung der gesetzlichen Ausnahmebestimmung abzusehen.

In einem weiteren Verfahren hatte die 1. Vergabekammer über die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags zu entscheiden, der die Ausschreibung einer Bewachungsdienstleistung (Bewachung einer obersten Bundesbehörde) betraf. Nach § 100 Abs. 2 Buchst. d 2. Alternative gilt der 4. Teil des GWB nicht für Aufträge, deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, die auf innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften basieren. Der Auftraggeber hatte in den Verdingungsunterlagen festgelegt, dass die vom Auftragnehmer für die Bewachung einzusetzenden Mitarbeiter einer Sicherheitsüberprüfung nach dem SÜG zu unterziehen sind. Die Vergabekammer hat hierzu entschieden, dass den national zuständigen staatlichen Stellen die Entscheidung obliegt, ob an die Ausführung eines Auftrags besondere Sicherheitsanforderungen zu richten sind und welche konkreten Sicherheitsanforderungen dabei einzuhalten sind (vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16. Oktober 2003). Für den hier zu entscheidenden Fall sind dahingehende Entscheidungen vom deutschen Gesetzgeber im SÜG getroffen worden und zu akzeptieren. Die Nachprüfung der Vergabekammer hat sich dabei darauf zu beschränken, ob es sich bei der vom Auftraggeber angewandten Sicherheitsvorschrift (hier § 9 SÜG) um eine Vorschrift i. S. v. § 100 Abs. 2 Buchst. d 2. Alternative handelt und ob das Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 SÜG seitens des Auftraggebers rechtsfehlerfrei geprüft wurde, was in diesem Fall bejaht wurde.

Die 2. Vergabekammer hatte kurz zuvor in einem zeitlich parallelen Nachprüfungsverfahren ebenfalls diese Rechtsauffassung vertreten und einen Nachprüfungsantrag im Hinblick auf § 100 Abs. 2 Buchst. d 2. Alternative als unstatthaft verworfen, der sich gegen die de-facto Vergabe eines Auftrages für die Erstellung, Lieferung und Wartung eines Datenverarbeitungsprogramms für ein deutsches Notfallvorsorge-Informationssystem wandte, das beim Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenvorsorge zum Einsatz kommen und das Krisenmanagement der befassen Behörden im Fall außergewöhnlicher und großflächiger Gefahren- und Schadenslagen erleichtern soll. Die Ausführung des Auftrages machte die besondere Sicherheitsmaßnahme einer Sicherheitsüberprüfung der mit dem Auftrag befassten Mitarbeiter des Auftragnehmers nach dem SÜG erforderlich, da diese an einer sicherheitsempfindlichen Stelle innerhalb einer lebenswichtigen Einrichtung beschäftigt werden. Dies ergab sich unmittelbar aus dem SÜG, ohne dass es einer Entscheidung der Antragsgegnerin bedürft hätte. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin beschränkt sich die Notwendigkeit zur Sicherheitsüberprüfung nicht auf die dem Auftraggeber durch ein dauerhaftes Beschäftigungsverhältnis verbundenen Mitarbeiter, sondern erstreckt sich auch auf die an der sicherheitsempfindlichen Stelle tätigen Externen. Das Vorliegen der Voraussetzungen des SÜG war von der Antragsgegnerin somit fehlerfrei geprüft worden. Einer weitergehenden Nachprüfung durch die Vergabekammer ist der Auftrag damit entzogen. Insbesondere folgte die Vergabekammer nicht der Auffassung der Antragstellerin, auch bei der 2. Alternative des § 100 Abs. 2 Buchst. d müsse stets



zusätzlich eine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Auftraggebers und den Interessen der Bieter vorgenommen werden. Denn im Gegensatz zur 3. Alternative der Vorschrift, die eine Gewichtung der Interessen erfordert, hat bereits der Gesetzgeber die Abwägung zugunsten der Sicherheitsinteressen jedenfalls dann getroffen, wenn sich die Notwendigkeit der Sicherheitsüberprüfung bereits aus dem Gesetz und nicht erst durch die individuelle Entscheidung des Auftraggebers ergibt, den Auftrag für geheim zu erklären.

Die 2. Vergabekammer hatte in zwei Verfahren die Frage zu klären, ob der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen gemäß § 100 Abs. 2 Buchst. a ausgeschlossen ist, wenn der ausgeschriebene Auftrag aufgrund eines internationalen Abkommens im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vergeben wird. In den zu entscheidenden Fällen ging es jeweils um Bauvorhaben, die auf der Grundlage des Zusatzabkommens zum NATO Truppenstatut (ZA NTS) von den zuständigen deutschen Behörden durchgeführt, aber allein aus Heimatmitteln der amerikanischen Streitkräfte (sog. rein dollarfinanzierte Maßnahmen) finanziert wurden. Da der in einem solchen Fall einschlägige Artikel 49 Abs. 2 ZA NTS auf die „geltenden deutschen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ verweist, bejahte die 2. Vergabekammer die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB. Aufgrund dieses Verweises sind die deutschen Behörden auch an die Vorschriften des deutschen Vergaberechts gebunden. Die in Artikel 49 Abs. 6 ZA NTS geregelten Beteiligungsrechte der Behörden der ausländischen Truppe oder des zivilen Gefolges stehen zu diesen Vorschriften nicht in Widerspruch und begründen daher keine besonderen Verfahrensregeln i. S. d. § 100 Abs. 2 Buchst. a. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht auf der Grundlage der ergänzend heranzuziehenden Regelungen der sog. Auftragsbauten Grundsätze (ABG 1975), d. h. des Verwaltungsabkommens über die Durchführung der Baumaßnahmen für und durch die in der Bundesrepublik Deutschland stationierten US-Streitkräfte nach Artikel 49 ZA NTS. Auch danach sind die für die Durchführung der Baumaßnahmen im Regelfall zuständigen deutschen Behörden (sog. Auftragsbau- oder Regelverfahren, Artikel 2 Abs. 1 ABG 1975) an das deutsche Vergaberecht gebunden. Denn gemäß Artikel 4 Abs. 1 ABG 1975 haben sie sich nach den für Bundesbauaufgaben geltenden deutschen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu richten. Darüber hinaus wird in Artikel 5 Abs. 1 Satz 5 ABG 1975 ausdrücklich festgelegt, dass sie die Vergabevorschriften für Bundesbauaufgaben zu beachten haben. Besondere Verfahrensregeln i. S. v. § 100 Abs. 2 Buchst. a finden sich in den ABG 1975 ebenfalls nicht. Die insoweit in den Artikeln 5 und 7 ABG 1975 enthaltenen Bestimmungen, die im Wesentlichen interne Abstimmungsprozesse in Form von Zustimmungs- und Informationsvoraussetzungen betreffen, widersprechen den deutschen Vergabevorschriften nicht, sondern stehen – wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen ergibt – vielmehr unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem deutschen Vergaberecht.

## 1.2 Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags Überschreitung des Schwellenwertes; Abgrenzung Bau-/Dienstleistungsauftrag

Im Verfahren VK 2 – 65/06, Beschluss vom 31. Juli 2006, hat die 2. Vergabekammer entschieden, dass es sich bei dem ausgeschriebenen Auftrag über die regelmäßige Wartung, Überprüfung und ggf. Instandsetzung der gefahrenmelde- und sicherheitstechnischen Anlagen (Brandmeldeanlagen, Rauchwärmeabzugsanlagen, Einbruchmeldeanlagen, Videoüberwachungsanlagen etc.) in den von der Antragsgegnerin (Bundesagentur für Arbeit) bundesweit genutzten Gebäuden nicht – wie von der Antragsgegnerin angenommen – um einen Bauauftrag i. S. v. § 99 Abs. 3, sondern um einen Dienstleistungsauftrag i. S. v. § 99 Abs. 6 Satz 2 handelte, für den der Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 3 VgV maßgeblich war. Nach § 99 Abs. 6 Satz 2 gilt ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenleistungen sind, als Dienstleistungsauftrag.

Die ausgeschriebenen Leistungen waren nur teilweise als Bauleistungen zu qualifizieren. Dabei waren für die Annahme einer Bauleistung bei Arbeiten in Bezug auf Anlagen der Gebäudetechnik die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei Arbeiten in Bezug auf das Gebäude selbst. Bei letzteren ist im Rahmen von § 1 VOB/A entscheidend, ob es zu (nennenswerten) Eingriffen in die Baubsubstanz kommt. Insoweit wird zwischen reinen Instandhaltungen als Maßnahmen zur Erhaltung des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und Instandsetzungen als Maßnahmen zur Wiederherstellung des Sollzustands unterschieden. Reine Instandhaltungsmaßnahmen wie Pflege, Wartung oder die Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleineren Schäden werden aufgrund ihrer nicht oder nur sehr geringfügig substanzeingreifenden Wirkung nicht als Bauleistung qualifiziert. Bei Reparaturarbeiten liegt eine Bauleistung nach § 1 VOB/A nur vor, wenn sie von einigem Gewicht für die Erhaltung des Bauwerks sind und zu nennenswerten Substanzeingriffen führen. Instandsetzungsarbeiten unterfallen hingegen als Bauleistung dem § 1 VOB/A, sofern sie für die Erneuerung und den Bestand baulicher Anlagen von wesentlicher Bedeutung und mit erheblichen Substanzeingriffen verbunden sind.

Diese zu § 1 VOB/A entwickelte Kasuistik konnte im in Rede stehenden Verfahren zugrunde gelegt werden, da sie mit der in § 99 Abs. 3 enthaltenen Definition eines Bauauftrags im Einklang steht und zudem der nunmehr in der Richtlinie 2004/18/EG vorgenommenen Abgrenzung entspricht, die in Anhang I die „gewöhnliche Instandsetzung“ den Bauleistungen und in Anhang II die „Instandhaltung und Reparatur“ den Dienstleistungen zuordnet. Nach Maßgabe dieser Grundsätze konnten allenfalls die im Wartungsvertrag genannten sog. bedarfsabhängigen Instandsetzungsarbeiten als Bauleistungen qualifiziert werden. Diese Arbeiten dienten der Beseitigung von Funktionseinschränkungen und absehbaren Mängeln und setzen eine gesonderte Beauftragung auf der Grundlage eines vom Auftragnehmer zu erstellenden Angebots vo-

raus. Bei diesen Leistungen handelte es sich daher um Reparatur- und Erneuerungsarbeiten mit nicht nur geringem Umfang, die – sofern sie im Einzelfall mit einer gewissen „Substanzeinwirkung“ verbunden sind – als Bauleistungen einzuordnen wären. Die weiteren vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungen waren in Ermangelung eines solchen „Substanzeingriffs“ hingegen Dienstleistungen.

Die Bauleistungen stellten im Verhältnis zu den Dienstleistungen nur Nebenleistungen dar. Ein gemischter Vertrag ist nach der sog. Schwerpunkttheorie einheitlich nach den Regeln zu behandeln, die für seinen wesentlichen Inhalt prägend sind (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 12. März 2003, Verg 49/02). Danach war im in Rede stehenden Verfahren bereits aufgrund der wertmäßigen Anteile der Bau- und Dienstleistungen am Gesamtauftrag festzustellen, dass die Bauleistungen nicht den Hauptinhalt und Schwerpunkt des Vertrages ausmachten. Selbst wenn man insoweit unterstellte, dass alle bedarfsabhängigen Instandsetzungsarbeiten mit einer gewissen Substanzeinwirkung verbunden waren und somit Bauleistungen darstellten, betrug deren Wertanteil am Gesamtauftrag nach der maßgeblichen Einschätzung der Antragsgegnerin im Zeitpunkt der Ausschreibung ausweislich der Verdingungsunterlagen nur 25 % und war damit von untergeordneter Relevanz. Darüber hinaus sprach auch die im Wartungsvertrag festgelegte Risikoverteilung für einen Schwerpunkt der Dienstleistungen.

### **Insolvenz des Bieters nach Zuschlagserteilung**

Die Fortführung des Vergabeverfahrens bei Insolvenz des Bieters nach Zuschlagserteilung war Gegenstand einer Entscheidung der 3. Vergabekammer. Die Antragsgegnerin hatte die Durchführung von Baumaßnahmen ausgeschrieben. Die Antragstellerin beteiligte sich an der Ausschreibung und belegte nach der Angebotswertung mit ihrem Angebot Platz 2. Der Zuschlag wurde dem erstplatzierten, preisgünstigsten Bieter erteilt. Noch vor Beginn der Bauarbeiten stellte jedoch dieser Bieter einen Insolvenzantrag. Um dennoch den Auftrag durchführen zu können, gründete der insolvente Auftragnehmer mit einem seiner Subunternehmen eine Auffanggesellschaft und sicherte zu, dass die aus der Phase der Angebotsprüfung und Projektvorbereitung bekannten Personen die Baumaßnahme wie geplant durchführen würden. Zu diesem Zweck wurde zwischen dem Auftragnehmer, der Auffanggesellschaft sowie der Antragsgegnerin ein Übernahmevertrag geschlossen. Dagegen hat sich der zweitplatzierte Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag gewendet. Die 3. Vergabekammer hat dem Antragsteller Recht gegeben. Denn die Vergabestelle hat nach Eintritt der Insolvenz des ursprünglichen Auftragnehmers eine neue Beschaffung durchgeführt, ohne die Vorschriften des Vergaberechts zu beachten. Eine Beschaffung i. S. d. Vergaberechts ist unabhängig von der Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens zu bejahen, wenn der Auftraggeber organisatorische und/oder planerische Schritte unternimmt, um den Inhalt der Leistung und die Auswahl des Leistenden mit dem Ziel zu regeln, dass am Ende dieser organisatorischen Schritte ein Vertragsschluss steht. Diese Vor-

aussetzungen lagen hier vor. Der Bedarf war jedenfalls dadurch entstanden, dass der bisherige Auftragnehmer insolvent geworden war. Zwar löst die Insolvenz des bisherigen Auftragnehmers nicht automatisch einen neuen Bedarf aus, da auch nach der Insolvenz des Auftragnehmers die Möglichkeit einer Vertragsfortführung besteht. Der Insolvenzverwalter kann sich für die Erfüllung des Vertrags entscheiden und der Auftraggeber kann davon absehen, von seinem Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B Gebrauch zu machen. So war der konkrete Fall aber gerade nicht gelagert. Die mit dem Übernahmevertrag vereinbarte Einbeziehung eines weiteren, bisher nicht an der Vertragsausführung beteiligten Unternehmens in den ursprünglichen Vertrag ist keine Fortführung des Vertrages in der ursprünglichen Form und stellt daher eine de-facto-Neuvergabe des Auftrages dar, auch wenn der Vertrag ansonsten unverändert übernommen wird. Denn Inhalt eines Angebots ist nicht nur die Beschaffenheit der Leistung, sondern auch die Person des Leistenden. Die Übernahmevereinbarung war analog § 13 Satz 6 VgV nichtig. § 13 Satz 6 VgV ist analog auf de-facto-Vergaben anzuwenden, wenn die Situation der eines geregelten Verfahrens vergleichbar ist, insbesondere also mehrere Bieter oder Interessenten für den Auftrag aufgetreten und aus bestimmten Gründen nicht zum Zuge gekommen sind (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 1. Februar 2005, NZBau 2005, 290, 291, Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Februar 2005 Verg 86/04, Verg 86/04, Verg 87/04, Verg 78/04 und Beschluss vom 24. Februar 2005, Verg 88/04). Diese Situation war hier in Anbetracht des vorangegangenen Vergabeverfahrens gegeben. Um den vergaberechtlichen Vorschriften zu entsprechen, wäre nicht etwa ein aufwändiges zweites offenes Verfahren erforderlich gewesen. Einschlägig ist hier § 3 a Nr. 5 Buchst. d VOB/A, der als Ausnahmetatbestand bei unverschuldeter Dringlichkeit die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung zulässt. Die Voraussetzungen waren hier erfüllt, da infolge der Insolvenz des ursprünglichen Auftragnehmers die fristgerechte Fertigstellung der Leistung als Bezugspunkt für die Dringlichkeit bei einer vorherigen Neuausschreibung nicht mehr gewährleistet gewesen ist. Eine dem Verhandlungsverfahren vorgeschaltete Vergabebekanntmachung war abgesehen von der damit verbundenen Zeitverzögerung vorliegend auch der Sache nach obsolet, da aus dem vorangegangenen offenen Verfahren bereits bekannt ist, welche Unternehmen sich für den Auftrag interessieren und auftraggeberseitig als geeignet eingestuft werden. Möglich wäre es auch gewesen, mit der neu gegründeten Auffanggesellschaft Verhandlungen aufzunehmen, allerdings nicht – wie vorliegend geschehen – ausschließlich mit dieser. Es gibt zwar keine Vorschrift, die es dem Auftraggeber bei einem Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung auferlegt, mit einer bestimmten Mindestanzahl von Bietern zu verhandeln. Allerdings war vorliegend ein offenes Verfahren vorangegangen, aus dem interessierte und für das Bauvorhaben geeignete Bieter bekannt waren, so dass sich die Situation hier so darstellte, als hätte die Antragsgegnerin die beabsichtigte Vergabe öffentlich bekannt gemacht. Vor diesem Hintergrund ist es unter Berücksichtigung des

Wettbewerbs- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten gewesen, die für das Verhandlungsverfahren mit vorangegangener Vergabebekanntmachung geltende Vorschrift des § 8 a Nr. 3 VOB/A analog anzuwenden. Die Vergabestelle hätte daher mindestens drei Bewerber, darunter auch die Antragstellerin als im offenen Verfahren zweitplatzierte Bieterin, in das Verhandlungsverfahren mit einbeziehen müssen.

### **Ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang**

Die 1. Vergabekammer hat entschieden, dass das Bereitstellen von Haushaltsmitteln zur Förderung der deutschen Sprache im Ausland kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang ist, wenn dem Empfänger der Haushaltsmittel überlassen bleibt, wie er die Mittel einsetzen will. Die Antragstellerin hat im Vergabenachprüfungsverfahren die Auffassung vertreten, dass das Erbringen von Deutschkursen für ausländische Sprachlehrer für Stipendiaten durch den Beigeladenen auf der einen Seite und die Überlassung von Haushaltsmitteln durch die Antragsgegnerin an den Beigeladenen, die von dem Beigeladenen zur Gewährung von Stipendien an ausländische Sprachlehrer verwendet werden, auf der anderen Seite ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang sei. Die Antragsgegnerin beschaffe von der Beigeladenen Kurse, die sie ausländischen Deutschlehrern – den Stipendiaten – kostenfrei zur Verfügung stelle. Die Vergabekammer hat entschieden, dass ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang nicht vorliegt, da die Antragsgegnerin und der Beigeladene nicht mit der für einen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsvertrag erforderlichen Bestimmtheit die entgeltliche Erbringung von Deutschkursen durch den Beigeladenen vereinbart haben. Zwar besteht zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen eine als „Rahmenvertrag“ überschriebene Vereinbarung, die die Rechte und Pflichten aus einem zwischen den Parteien bestehenden Zuwendungsverhältnis regelt. Danach ist der Beigeladene zur Förderung der Kenntnis deutscher Sprache durch verschiedene benannte Mittel verpflichtet. Der Beigeladene wird jedoch an keiner Stelle verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag, den er von der Antragsgegnerin erhält, für die Durchführung von Deutschkursen für ausländische Sprachlehrer zu verwenden. Er erhält vielmehr pauschal Beträge für die Sprachförderung, die er nach eigenem Ermessen für konkrete Maßnahmen einsetzen kann. Es kann auch nicht angenommen werden, dass ein Dienstleistungsvertrag vorliegt, bei dem die Parteien die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes dem Beigeladenen überlassen wollten. Eine derart weitgehende Freiheit des Dienstleisters zur Bestimmung seiner Leistungspflicht widerspricht dem Ziel und dem Charakter des Vertragstypus „Dienstleistungsvertrag“. Der weite Spielraum, den der Beigeladene bei der Verwendung der ihm gewährten Geldmittel hat, spricht vielmehr für ein Zuwendungsverhältnis, mit dem die Antragstellerin nach ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren gemäß § 23 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) den Satzungszweck des Beigeladenen fördern wollte. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Parteien ihre Rechtsbeziehung tatsächlich anders bezeichnet ha-

ben. Maßgeblich ist der durch Auslegung zu ermittelnde materielle Inhalt der eingegangenen Verpflichtungen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vergabekammer mit Beschluss vom 22. November 2006, VII – Verg 38/06 – bestätigt.

### **1.3 Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers**

In einem Fall, in dem eine Auftraggebergemeinschaft von Gesetzlichen Krankenkassen bestimmte IT-Leistungen ausgeschrieben hat, hatte die 3. Vergabekammer die Frage zu prüfen, ob es sich bei Gesetzlichen Krankenkassen um öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 handelt. Im Ergebnis konnte die Vergabekammer diese Frage offen lassen, da der Nachprüfungsantrag jedenfalls aus anderen Gründen unzulässig war.

In einem von der 2. Vergabekammer zu prüfenden Fall war eine private GmbH im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags (Bereederung eines Forschungsschiffes) stellvertretend für die öffentliche Hand mit einer über den Schwellenwerten liegenden Beschaffung eines Ausrüstungsgegenstands tätig geworden. Dem Vorgang lag eine Vergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 97 Abs. 1 i. V. m. § 98 zugrunde. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ergibt sich aus § 98. Der Begriff ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes funktionell auszulegen (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 13. Januar 2005, Rs. C-84/03; Urteil vom 15. Mai 2003, Rs. C-214/00). Die GmbH war zwar selbst kein öffentlicher Auftraggeber i. S. v. § 98 Nr. 2. Danach sind öffentliche Auftraggeber juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter § 98 Nr. 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder wenn sie durch staatliche Stellen beherrscht werden. Diese Merkmale müssen kumulativ vorliegen. Die GmbH erfüllte mehrere der Kriterien nicht. Ferner war sie auch kein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 5. Die Vorschrift findet bei sog. Drittvergaben im Rahmen von bestimmten abschließend aufgezählten Bauvorhaben Anwendung. Im zu prüfenden Fall lag jedoch eine Beschaffung im Anwendungsbereich der VOL vor. Die GmbH ist allerdings nach Auffassung der Vergabekammer stellvertretend für einen öffentlichen Auftraggeber aufgetreten. Zwar erteilte sie den Auftrag nach dem der Ausschreibung zugrunde liegenden Vertragsentwurf im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Damit lag kein Fall der unmittelbaren Stellvertretung gemäß § 164 BGB vor. Die GmbH vertrat die öffentliche Hand jedoch mittelbar. Eine mittelbare Stellvertretung liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen, des Geschäftsherrn, vornimmt (Heinrichs in Palandt, 65. Aufl. 2006, Einf. vor § 164 BGB). Die GmbH führte die Ausschreibung aufgrund des Beschlusses und der Vorgaben einer Arbeitsgruppe durch, die mit Wissenschaftlern aus verschiedenen Instituten sowie einem eigenen Vertreter besetzt war. Die von der Arbeits-

gruppe entwickelten Vorstellungen mündeten in eine wissenschaftlich-technische Beschreibung als Basis der Beschaffung. Die Beschaffungsgegenstände wurden auf dem Forschungsschiff zudem allein für den wissenschaftlichen Einsatz und nicht für nautische Zwecke benötigt. Die Beschaffung wurde durch die GmbH durchgeführt, weil sie schiffsbetriebstechnisches Wissen erforderte. Die Beschaffung lag somit erkennbar nicht im eigenen Interesse der GmbH, sondern im Interesse des Schiffseigners (Bundesrepublik Deutschland) bzw. des Betreibers des Forschungsschiffes (der Universität). Da die GmbH ferner die für die Beschaffung erforderlichen Mittel nach dem Bereederungsvertrag zum Selbstkostenpreis ersetzt bekam, handelte sie für Rechnung eines Anderen. Die Voraussetzungen für eine mittelbare Stellvertretung lagen demnach vor. Die GmbH war damit zwar im Außenverhältnis alleiniger Auftraggeber, im Innenverhältnis war die Beschaffung jedoch der Bundesrepublik Deutschland (bzw. dem Bundesland als Vertragspartner des Bereederungsvertrages) als öffentlichem Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 zuzurechnen (vgl. auch Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss vom 13. April 2006, 1 (6) Verg 10/05: materiell-rechtliche Zurechnung der Vergabe zu dem eigentlichen öffentlichen Auftraggeber). Bei der Beschaffung waren deshalb die Vergabevorschriften des 4. Teils des GWB einzuhalten. Die Anwendbarkeit der Vergabevorschriften des 4. Teils schied im vorliegenden Fall auch nicht ausnahmsweise aus, weil die Neubeschaffung bereits durch die Beschaffung der Reedereidienstleistung miterfasst worden wäre („Sperrwirkung der Erstvergabe“). Der Reedereivertrag sperrte inhaltlich nicht die Anwendbarkeit der Vergabevorschriften auf die vorliegende Beschaffung. Der zugrunde liegende Reedereivertrag ermächtigte die GmbH zwar zur Beschaffung von Proviant, Betriebs- und Hilfsstoffen. Eine Ergänzung der Ausrüstung des Schiffes war aber nur in Abstimmung mit dem Auftraggeber des Bereederungsvertrages vorzunehmen. Insoweit war die GmbH nicht eigenständig zur Beschaffung von Ausrüstungsgegenständen ermächtigt, sondern auf eine gesonderte Vergabeentscheidung der Universität Hamburg angewiesen. Bestätigt wurde dies dadurch, dass die Universität im Reedervertrag ab einem Auftragswert von 50 000 DM eine Vergabe im Wettbewerb durch Einhaltung der Vorgaben der VOL vorschrieb und gleichzeitig ein Zustimmungserfordernis vor Auftragserteilung begründete.

#### 1.4 Antragsbefugnis, Interesse am Auftrag, Schaden

Die 3. Vergabekammer stellte in zwei Verfahren fest, dass sich das Interesse eines Bieters am Auftrag gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 im Regelfall daraus ergibt, dass dieser vor Stellung des Nachprüfungsantrags am Vergabeverfahren mit einem Angebot teilgenommen hat. Etwas anderes muss aber zur Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes potenzieller Bieter dann gelten, wenn das antragstellende Unternehmen schlüssig vorträgt, gerade durch den geltend gemachten Vergabeverstöß – wie die Verkürzung der Frist zur Einreichung eines Angebots oder eines Teilnahmeantrags – an der Abgabe eines Angebots oder Teilnah-

meantrags gehindert worden zu sein. In diesem Fall ist das Unternehmen auch nicht gehalten, im Nachprüfungsverfahren darzulegen, wie ein im Fall eines ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahrens gestellter Teilnahmeantrag bzw. ein Angebot beschaffen gewesen wäre. Macht das Unternehmen mit dem Nachprüfungsantrag geltend, es sei auf dem Gebiet der ausgeschriebenen Leistung tätig, ist dies zur Bejahung eines möglichen Schadens i. S. d. § 107 Abs. 2 Satz 3 ausreichend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Angebot des Unternehmens bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren Aussicht auf Berücksichtigung und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte (vgl. zur Antragsbefugnis Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat eine der beiden Entscheidungen der Vergabekammer im Verfahren nach § 121 mit Beschluss vom 1. August 2005, VII-Verg 41/05, bestätigt, die andere Entscheidung wurde nicht mit der sofortigen Beschwerde angegriffen.

Die 2. Vergabekammer hatte in einem Verfahren zu entscheiden, ob ein Unternehmen, das nur als Vorlieferant potenzieller Auftragnehmer in Betracht kommt, antragsbefugt i. S. d. § 107 Abs. 2 Satz 1 sein kann. Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung war die Lieferung der für den Aufbau eines Netzwerks erforderlichen Hardware sowie der insoweit benötigten Netzwerkmanagementsoftware. In Bezug auf die Software war eine Produktvorgabe vorgesehen, gegen die sich die Antragstellerin, eine reine Herstellerin von Software, mit ihrem Nachprüfungsantrag wandte. Die 2. Vergabekammer verneinte die Antragsbefugnis der Antragstellerin, da sie nicht das gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 erforderliche „Interesse am Auftrag“ hatte. Dieses Interesse ist nur bei einem Bieter gegeben, der in direkten Vertragsanbahnungsbeziehungen mit dem öffentlichen Auftraggeber steht, d. h. unmittelbar am Vertragsschluss mit diesem interessiert ist. Unternehmen, die als Subunternehmer oder – wie im zu entscheidenden Fall – als Vorlieferant der potenziellen Auftragnehmer nur ein mittelbares „Interesse am Auftrag“ haben, sind hingegen nicht antragsbefugt i. S. v. § 107 Abs. 2 Satz 1. Über die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer eingelegte sofortige Beschwerde ist noch nicht entschieden.

#### Auskömmlichkeit des Preises, bieterschützende Norm

Die 3. Vergabekammer hat sich in einer Reihe von Entscheidungen zum bieterschützenden Charakter der Vorschriften über die Auskömmlichkeitsprüfung geäußert und festgestellt, dass § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A ebenso wie § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A grundsätzlich kein bieterschützender Charakter zukommt, da die Vorschriften in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers dienen, der bei Zuschlagserteilung auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis Gefahr liefe, dass der Bieter entweder in eine qualitativ schlechte Leistung oder aber in unberechtigte Nachforderungen auszuweichen versucht. Infolge dessen hat ein Bieter grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ein Mitbieter wegen eines unangemessen niedrigen Preises vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf,

Beschluss vom 19. Dezember 2000, Verg 28/00; Beschluss vom 17. Juni 2002, Verg 18/02; Beschluss vom 4. September 2002, Verg 37/02). Die Vorschriften haben nur dann ausnahmsweise bieterschützenden Charakter, wenn Unterkostenangebote den Bieter im konkreten Einzelfall in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, so dass er den Auftrag nicht vertragsgerecht durchführen kann, oder wenn das Unterkostenangebot in der zielgerichteten Absicht abgegeben wird oder zumindest die Gefahr begründet, dass ein oder mehrere Mitbewerber vom Markt ganz – und nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe – verdrängt werden (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 4. September 2002, Verg 37/02; Beschluss vom 17. Juni 2002, Verg 18/02; vom 19. Dezember 2000, Verg 4/00). Der Vortrag des antragstellenden Bieters darf sich insoweit nicht auf pauschale Behauptungen beschränken, sondern muss schlüssig sein. Drittschützend ist auch die in § 25 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOL/A geregelte Pflicht des Auftraggebers, ein auf den ersten Blick ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zu prüfen (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, VII-Verg 66/05). Der Antragsteller kann daher durch eine unzureichende Auskömmlichkeitsprüfung in seinen Bieterrechten nach § 97 Abs. 7 verletzt sein.

### 1.5 Rügeobliegenheit

In dem Verfahren VK 2 – 65/06 hatte sich die 2. Vergabekammer auch mit der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 2 (Rüge bei Erkennbarkeit von Verstößen bereits in der Vergabebekanntmachung) zu befassen. Die Antragsgegnerin hatte den ausgeschriebenen Auftrag unzutreffend als Bauauftrag eingeordnet und wegen Nichtüberschreitung des damit verbundenen Schwellenwertes gemäß §§ 2 Nr. 4, 7 VgV eine öffentliche Ausschreibung (§ 3 VOB/A) national bekannt gemacht. Richtigerweise handelte es sich aber um einen Dienstleistungsauftrag, so dass im Hinblick auf die Überschreitung des einschlägigen Schwellenwertes nach § 2 Nr. 3 VgV eine europaweite Ausschreibung hätte erfolgen müssen. Da im Zuge der öffentlichen Ausschreibung kein wertbares Angebot einging, hob die Antragsgegnerin das Verfahren gemäß § 26 Nr. 1 Buchst. a VOB/A auf und entschied, im Anschluss an die öffentliche Ausschreibung eine beschränkte Ausschreibung durchzuführen. Eine erneute Bekanntmachung erfolgte nicht. Die Antragstellerin ließ durch ihren Verfahrensbevollmächtigten rügen, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen nicht um Bauleistungen, sondern um Dienstleistungen handele, die wegen des geringeren Schwellenwertes europaweit hätten ausgeschrieben werden müssen. Nachdem die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt hatte, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, stellte sie nach erfolgter (weiterer) Rüge einen Nachprüfungsantrag. Es stellte sich vorrangig die Frage, ob die Antragstellerin sich in diesem Fall auf den die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags rechtfertigenden niedrigeren Schwellenwert nach § 2 Nr. 3 VgV berufen konnte oder insoweit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 präkludiert war. Der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß, d. h. die fälschliche Annahme eines

Baufauftrags und die damit verbundene Zugrundelegung eines höheren Schwellenwertes, war nach Auffassung der 2. Vergabekammer bereits aufgrund der Vergabebekanntmachung erkennbar. Hierfür war trotz der zwischenzeitlichen Aufhebung und der anschließenden Durchführung einer beschränkten Ausschreibung auf die im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung erfolgte Bekanntmachung abzustellen. Denn die sich unmittelbar anschließende beschränkte Ausschreibung bezog sich auf den gleichen Leistungsgegenstand wie die öffentliche Ausschreibung. Zudem wurden alle Bieter, die zuvor ein Angebot abgegeben hatten, im Rahmen der beschränkten Ausschreibung zur Angebotsabgabe aufgefordert. Auf der Grundlage einer funktionalen Betrachtungsweise war daher von einem einheitlichen Vergabeverfahren auszugehen. In Übereinstimmung mit dem Kammergericht (Beschluss vom 17. Oktober 2002, 2 KartVerg 13/02) ging die 2. Vergabekammer weiter davon aus, dass die Präklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 2 nicht nur den Einwand, dass aufgrund der Wahl der falschen Verdingungsordnung und dem damit verbundenen höheren Schwellenwert eine europaweite Ausschreibung unterlassen wurde, sondern auch alle mit der Wahl des diesem Vergaberechtsverstoß bestimmungsgemäß zusammenhängende Beanstandungen umfasst. Hierzu gehöre nach dem Sinn und Zweck der Präklusionsregelung auch die Eröffnung des „Rechtswegs“ zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen. Dementsprechend war der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mangels Statthaftigkeit zu verwerfen, d. h. die Antragstellerin konnte den mit ihrer weiteren Rüge, ihr Angebot sei von der Auftraggeberin zu Unrecht ausgeschlossen worden, erhobenen Vergaberechtsverstoß nicht mehr zulässigerweise mit einem Nachprüfungsverfahren angreifen. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat das Oberlandesgericht Düsseldorf den Beschluss der 2. Vergabekammer aufgehoben und der Antragsgegnerin aufgegeben, die Angebotswertung unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen (Beschluss vom 18. Oktober 2006, VII-Verg 35/06). Der Vergabesenat bestätigte im Ergebnis und in der Begründung die Einordnung der Aufträge als Dienstleistung und nicht als Bauleistung. Die Abgrenzung richte sich nach § 99 Abs. 6 Satz 2. Es komme entscheidend darauf an, aufgrund einer Analyse der kennzeichnenden und in den Verdingungsunterlagen dokumentierten rechtlichen sowie wirtschaftlichen Gesamtumstände den Schwerpunkt des Auftrags zu ermitteln. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts unterlag die Antragstellerin wegen der unzutreffenden rechtlichen Behandlung des Auftrags und der deswegen unterbliebenen europaweiten Bekanntmachung jedoch keiner Rügeobliegenheit. Zu rügen seien nach § 107 Abs. 3 nur solche Verstöße gegen Vergabevorschriften, aus denen der Antragsteller im Sinne der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 eine Verletzung seiner Bieterrechte und eine Beeinträchtigung seiner Zuschlagschancen herleitet. Die aufgeführten Rechtsverstöße würden die Rechte der Antragstellerin nicht berühren. Aber selbst wenn man eine Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 annehme, seien die fehlerhafte Bestimmung der Rechtsnatur des Auftrags und die Folgen für das Vergabeverfahren aufgrund der Bekanntmachung für die An-

tragstellerin nicht feststellbar zu erkennen gewesen. Die insoweit erforderlichen Angaben seien vielmehr erst in den Verdingungsunterlagen enthalten gewesen. Das Oberlandesgericht stellte insoweit fest, dass der Maßstab für die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes die individuellen Verhältnisse des Antragstellers seien. Im Übrigen lehnte der Senat auch die der Entscheidung der Vergabekammer zugrunde liegende Rechtsauffassung des Kammergerichts ab, wonach der Antragsteller bei Nichtbeachtung der Rügeobliegenheit im Fall einer erkennbar unzutreffenden Wahl des Vergabeverfahrens auch alle weiteren mit der Verfahrenswahl bestimmungsgemäß zusammenhängenden Vergabefehler nicht mit einem Vergabenachprüfungsverfahren angreifen könne. Der Senat sah den Antrag darüber hinaus als begründet an. Die Antragstellerin habe nicht wegen eines fehlenden QM-Zertifikats mit zweijähriger Gültigkeitsdauer ausgeschlossen werden dürfen. Der in der Vergabebekanntmachung enthaltene Hinweis, dass auf Anforderung Angaben zu Maßnahmen der Qualitätssicherung zu machen seien, sei unbestimmt und nicht konkretisierungsfähig. Die erstmals in den Verdingungsunterlagen gestellte Anforderung, ein QM-Zertifikat mit einer bestimmten Gültigkeitsdauer vorzulegen, stelle daher keine bloße Konkretisierung dar und sei vergaberechtlich unzulässig.

Bei Vergaberechtsverstößen, von denen ein Antragsteller erst im laufenden Nachprüfungsverfahren erfährt, ist nach ständiger Rechtsprechung eine Rüge entbehrlich (vgl. nur Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 16. Februar 2005, VII – Verg 74/04 m.w.N.). Die Rüge könnte die ihr vom Gesetzgeber zugeordnete Funktion, nämlich die Vermeidung eines Nachprüfungsverfahrens, in diesem Stadium auch gar nicht mehr erfüllen und wäre daher sinnlos. Ein erst später erkannter Aspekt kann auch dann in ein Nachprüfungsverfahren eingebracht werden, wenn der Nachprüfungsantrag hinsichtlich des ursprünglich beanstandeten Vergabefehlers unzulässig war. In dem von der 3. Vergabekammer entschiedenen Fall hatte die Antragstellerin zunächst vorgetragen, dass unzulässige Nachverhandlungen stattgefunden hätten; nach Auffassung der Antragsgegnerin fehlte es insoweit an einer ordnungsgemäßen und unverzüglichen Rüge. Erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens hatte die Antragstellerin erfahren, dass die Beigeladene nicht sämtliche Eignungsnachweise vorgelegt hatte, und ihren Nachprüfungsantrag zusätzlich hierauf gestützt. Nach Auffassung der 3. Vergabekammer gibt es im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren keine generelle, allumfassende Zulässigkeit. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind vielmehr, wie bezüglich der Rüge schon der Wortlaut von § 107 Abs. 3 zeigt (Unzulässigkeit des Antrags, „soweit“ die Rüge nicht unverzüglich erfolgte), für jeden Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen (Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 12. Mai 2005, 13 Verg 5/05 m. w. N.; Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 26. Oktober 2005, 1 Verg 4/05). Der Nachprüfungsantrag war daher hinsichtlich der mangelnden Eignung der Beigeladenen zulässig (und auch begründet).

In einem von der 2. Vergabekammer entschiedenen Fall kam es für die Rechtzeitigkeit der Rüge auf die Frage an,

ob die gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 grundsätzlich erforderliche positive Kenntnis vom Vergabeverstoß ausnahmsweise entbehrlich war. Nach Auffassung der Vergabekammer war die Antragstellerin nach dieser Vorschrift mit ihrem Vortrag präkludiert, weil sie ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren erst 14 Tage nach Erhalt der Mitteilung gerügt hatte. Da es um wenige, überschaubare Streitpunkte ging, die keiner langwierigen Prüfung bedurften, hätte die Antragstellerin ihre Rüge innerhalb weniger Tage vorbringen müssen. Diesem Erfordernis hatte sie nicht etwa deshalb genügt, weil der für die Bearbeitung des Auftrages zuständige Mitarbeiter die Rüge bereits zwei Tage nach seiner Rückkehr von einer vor Erhalt der Mitteilung über den Ausschluss angetretenen Urlaubsreise erhob und sich nach dem Vortrag der Antragstellerin in der Zwischenzeit niemand mit der Angelegenheit befasst hatte. Zwar erlangte die Antragstellerin die nach § 107 Abs. 3 Satz 1 erforderliche positive Kenntnis von möglichen Vergabeverstößen erst, nachdem der zurückgekehrte Mitarbeiter das Ausschluss Schreiben überprüft hatte. Eine positive Kenntnis ist jedoch ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn die Unkenntnis des Bieters nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis des Vergabeverstoßes gewertet werden kann (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf – Verg 16/01, Beschluss vom 18. Juli 2001; Oberlandesgericht Koblenz – 1 Verg 2/03, Beschluss vom 5. Juni 2003; Vergabekammer Düsseldorf – VK-25/2003 L, Beschluss vom 30. September 2003). Dieses setzt nicht etwa voraus, dass der Bieter sich mit dem möglichen Verstoß bereits befasst hat und sich nur gegen die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen sperrt. Es kann vielmehr auch und gerade dann angenommen werden, wenn der Bieter es vorwerfbar versäumt, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er Kenntnis von Vergabeverstößen erlangen kann (ebenso Vergabekammer Düsseldorf a. a. O.). Ein solches organisatorisch bedingtes mutwilliges Sich-Verschließen war nach Auffassung der Vergabekammer zu bejahen, weil die Antragstellerin nicht dafür gesorgt hatte, dass auch während längerer Abwesenheiten des mit dem Auftrag befassten Mitarbeiters eine Überprüfung der in dessen Zuständigkeitsbereich fallenden Vergabeverfahren stattfand. Die Möglichkeit hierzu hätte auch die Antragstellerin als mittelständisches Unternehmen gehabt. So hätte sie für eine Vertretungsregelung und eine hinreichende Unterrichtung und Schulung des Vertreters sorgen, auf einer Erreichbarkeit des zuständigen Mitarbeiters während längerer Abwesenheit bestehen oder die Anweisung treffen können, dass ein fachlich versierter Berater sich mit solchen Angelegenheiten befasst, wenn der zuständige Mitarbeiter nicht erreichbar ist. Dass die Antragstellerin keine dieser naheliegenden Möglichkeiten ergriff, sondern der Vorgang während des Urlaubs des zuständigen Mitarbeiters schlichtweg unbearbeitet blieb, stellt nach Wertung der Vergabekammer einen organisatorischen Mangel dar, der den Vorwurf mutwilligen Sich-Verschließens vor der Erkenntnis eines Vergabefehlers begründet. Die erst nach Rückkehr des zuständigen Mitarbeiters eingeleitete Prüfung und Rüge war deshalb verspätet.

In einem Fall, dem ein mehrstufiges Verhandlungsverfahren mit vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb zugrunde lag, war die Antragstellerin nach Ansicht der 2. Vergabekammer mit ihrem Vortrag präkludiert, es fehle der Beigeladenen an der erforderlichen Eignung. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin begründete bereits deren Monate vor Erhebung der Rüge erlangte Kenntnis davon, dass neben der Antragstellerin die Beigeladene seitens der Antragsgegnerin zu einer Teststellung eingeladen worden war, eine Rügeobliegenheit. Denn hieraus folgte zwingend, dass die Antragsgegnerin die Beigeladene zur Angebotsabgabe aufgefordert, also deren Eignung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs bejaht hatte. Dies hätte nach Auffassung der Antragstellerin nicht geschehen dürfen, da es der Beigeladenen an der aus Sicht der Antragstellerin erforderlichen Fähigkeit fehlte, den Auftrag zumindest zu wesentlichen Teilen selbst auszuführen. Der Antragstellerin war auch bekannt, dass ungeeignete Bieter im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen. Ihr war bewusst, dass der Sinn eines Teilnahmewettbewerbs darin besteht, dass der Auftraggeber sich Klarheit über die Eignung der Bewerber verschafft und nur die geeigneten Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordert. Grund der monatelangen Passivität der Antragstellerin war allein deren Auffassung, dass erst die beabsichtigte Beauftragung des nicht geeigneten Bieters gerügt werden müsse. Mit dieser Ansicht verkannte die Antragstellerin nicht etwa den angeblichen Vergabefehler, die Verhandlung der Antragsgegnerin mit einem nach Überzeugung der Antragstellerin ungeeigneten Bieter, sondern lediglich den Umfang der Rügeobliegenheit. Diese setzt nach § 107 Abs. 3 Satz 1 ein, sobald der Bieter den Verstoß gegen Vergaberecht erkannt hat. Sinn dieser Regelung ist es, dem Auftraggeber eine rasche Beseitigung des Fehlers zu ermöglichen und zugleich sicherzustellen, dass ein Bieter sich die Rüge des erkannten Fehlers nicht aus taktischen Erwägungen für einen ihm besonders günstigen Zeitpunkt aufspart. Beiden Zielen der Vorschrift lief das Verhalten der Antragstellerin zuwider. Indem sie sich erst auf die angeblich fehlende Eignung der Beigeladenen berief, als sie erfuhr, dass sie selbst den Zuschlag nicht erhalten sollte, nahm die Antragstellerin in Kauf, dass die Antragsgegnerin nicht alle Möglichkeiten ausschöpfte, weitere Alternativen zum Angebot der Beigeladenen rechtzeitig intensiv zu prüfen. Ein solches Zuwarten ist in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb, in dem die Eignung der Bieter bereits in einem frühen Stadium grundsätzlich abschließend zu prüfen ist, als treuwidrig zu werten. Dies galt erst recht im entschiedenen Fall, der durch besonders personal- und kostenintensive mehrstufige Prüfungen der Angebote gekennzeichnet war. Ein frühzeitiges Anbringen ihrer Rüge war der Antragstellerin daher nicht nur zumutbar, sondern nach § 107 Abs. 3 Satz 1 auch geboten.

In einem weiteren von der 2. Vergabekammer des Bundes entschiedenen Fall, in dem von der Antragstellerin geltend gemacht wurde, ein konkurrierender Bieter habe im Teilnahmewettbewerb nicht die erforderlichen Eignungs-

nachweise erbracht und hätte deswegen nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, nahm die Vergabekammer zwar an, dass angesichts detaillierter Presseberichte in einer überregionalen Zeitung, in Branchenblättern und in Verbandsmitteilungen über angebliche Wertungsfehler im Teilnahmewettbewerb zunächst eine Rügeobliegenheit des Antragstellers begründet worden war. Der Verweis der Antragstellerin auf die Unkenntnis eines ihrer beiden Geschäftsführer, der sich auf einem vierwöchigen Auslandsurlaub befunden habe, war unbeachtlich. Denn selbst wenn dieser Geschäftsführer nach der internen Zuständigkeitsverteilung ausgerechnet während seines Urlaubs allein mit der Rüge von Vergabefehlern betraut gewesen wäre, obwohl der weitere Geschäftsführer alle Schreiben an den Auftraggeber unterzeichnet hatte und für die Auftragsbearbeitung offensichtlich (mit-)zuständig gewesen war, wäre es als mutwilliges Sich-Verschließen zu werten gewesen, dass keine Vertretungsregelung getroffen worden war. Die Antragstellerin war gleichwohl nicht mit ihrem Vortrag präkludiert, weil die Rügeobliegenheit zwischenzeitlich wieder entfallen war. Denn der Auftraggeber hatte als Reaktion auf die in der Presse erhobenen Vorwürfe öffentlich erklärt, den erhobenen Vorwürfen nachgehen und etwaige Vergabefehler beseitigen zu wollen. Angesichts einer solchen Selbstmahnung der Vergabestelle bestand für die Antragstellerin kein Anlass anzunehmen, der Auftraggeber werde auf etwaigen fehlerhaften Einschätzungen beharren. Sie konnte daher das Ergebnis der internen Überprüfung abwarten, ohne gegen eine Rügeobliegenheit zu verstoßen. Erst nachdem feststand, dass die aus Sicht der Antragstellerin begangenen Vergabefehler nicht behoben wurden, ergab sich wieder eine Obliegenheit zur Rüge, der die Antragstellerin unverzüglich nachgekommen ist.

Die 2. Vergabekammer hatte einen Fall zu entscheiden, der den Austausch bzw. die Veränderung der zunächst bekannt gemachten Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zum Gegenstand hatte. Problematisch war, ob der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und nicht unverzüglich gerügt hatte. Die Kammer kam zu dem Ergebnis, dass der Kenntnisstand des Bieters nicht einen solchen Grad erreicht hatte, dass seine Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis dieses Rechtsverstoßes verstanden werden konnte (vgl. u. a. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 18. Juli 2001, Verg 16/01; Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 5. Juni 2003, 1 Verg 2/03). Es war davon auszugehen, dass der Antragsteller erst durch eine rechtliche Beratung positive Kenntnis erlangt und sodann unverzüglich gerügt hatte. Die Antragstellerin hatte sich auch nicht den Zuschlagskriterien durch Angebotsabgabe einschließlich Unterzeichnung einer Erklärung über Kenntnisse der VOL/A und VOL/B unterworfen und war bereits deshalb (materiell) präkludiert (vgl. Oberlandesgericht Naumburg, Beschluss v. 23. Juli 2001, 1 Verg 3/01). Eine „Unterwerfung“ unter die Zuschlagskriterien der Auftraggeberin in der Aufforderung zur Angebotsabgabe kann nur

in positiver Kenntnis des Vergabeverstoßes erfolgen. Liegt diese Kenntnis aber nicht vor, hat die Abgabe des Angebots und dort geforderter Erklärungen zur VOL keine präkludierenden Folgen für den Antragsteller.

Hat der Antragsteller im Rahmen einer Bauvergabe die Wahl der falschen Vergabeart, im zu prüfenden Fall ein Verhandlungsverfahren nach dem 4. Abschnitt der VOB/A (SKR), nicht gerügt, sind der Antragsteller, aber auch die Vergabestelle, so zu behandeln, als ob das Verhandlungsverfahren nach dem 4. Abschnitt die richtige Vergabeart wäre (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. Januar 2002, Verg 36/01; Kammergericht, Beschluss vom 10. Oktober 2002, 2 KartVerg 13/02).

Die 1. Vergabekammer hat in einem Verfahren entschieden, dass eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 nur in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Im streitgegenständlichen Verfahren hatte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ca. eine Stunde vor der Übermittlung des Rügeschreibens an die Vergabestelle gestellt, während der Zuschlag aufgrund der noch nicht abgelaufenen Frist des § 13 VgV erst am übernächsten Tag erteilt werden konnte. Die 1. Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag daraufhin wegen Unzulässigkeit verworfen und hierzu festgestellt, dass die Erhebung der Rüge eine Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren und keine im Verlauf des Verfahrens nachholbare Sachentscheidungsvoraussetzung bildet (so auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2000). Eine Rügeerhebung erst nach Stellung des Nachprüfungsantrags widerspräche Sinn und Zweck der Rüge, da die Regelung in § 107 Abs. 3 in erster Linie darauf abzielt, dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, einen erkannten Vergabefehler so schnell wie möglich zu beseitigen und dadurch unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (Gesetzesbegründung vom 3. Dezember 1997, Bundestagsdrucksache 13/9340). Der vorgenannten Zielrichtung der Vermeidung von Nachprüfungsverfahren liefe es zuwider, wenn die Rüge auch nach Einreichung des Nachprüfungsantrags erhoben werden könnte, da dann eine Abhilfe im Sinne der Vermeidung eines Nachprüfungsverfahrens nicht mehr möglich wäre. Eine Entbehrlichkeit der Rüge konnte in dem von der Vergabekammer zu entscheidenden Fall auch nicht aus dem kurz bevorstehenden Zuschlag abgeleitet werden, da für eine mögliche Abhilfeentscheidung der Vergabestelle noch ein Tag Zeit verblieben wäre.

### 1.6 Keine Frist für Nachprüfungsantrag

Die Einreichung eines Nachprüfungsantrags ist nach der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht fristgebunden (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04). Eine planwidrige Lücke des GWB, die eine analoge Anwendung der Rügefristen des § 107 Abs. 3 rechtfertigen könnte, besteht nicht. Wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Frist für den Nachprüfungsantrag gewollt hätte, hätte er sie bei den Form- und Verfahrensvorschriften im 4. Teil des GWB eingefügt. Dass im

Rahmen des derzeitigen Novellierungsprozesses die Einführung einer Ausschlussfrist zur Einreichung eines Nachprüfungsantrages diskutiert wird, führt nach Ansicht der 2. Vergabekammer zu keiner anderen Einschätzung. Die Diskussion zeigt lediglich, dass neben der Rügeobliegenheit eine weitere Beschleunigung des Vergabenachprüfungsverfahrens grundsätzlich für sinnvoll gehalten werden kann. Insofern hat die 2. Vergabekammer in dem zu prüfenden Fall eine Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags, der erst knapp zwei Monate nach der nicht abhelfenden Entscheidung der Antragsgegnerin eingereicht wurde, lediglich unter Heranziehung des allgemeinen Rechtsgedankens der Verwirkung (§ 242 BGB) geprüft (vgl. Oberlandesgericht Dresden, Beschluss vom 6. Juni 2002, WVerg 4/02). Dabei war zu berücksichtigen, dass die im Rahmen des Beschleunigungsgebots gemäß § 113 geltenden engen Fristen die zügige Überprüfung eines Vergabeverfahrens bezwecken, um einen möglichen Schaden bei den Beteiligten – bei den Bietern, aber auch bei der Vergabestelle – zu vermeiden. Gründe für die Annahme, dass die Antragstellerin gegen diese dem Vergabenachprüfungsverfahren immanente Pflicht zur Schadensminimierung verstoßen haben könnte, lagen aber nicht in hinreichendem Maße vor. Vom reinen Zeitablauf nach Ablehnung ihrer Rügen war für die Antragstellerin nicht vorauszusehen gewesen, dass sich der Zuschlag des nach der Vergabebekanntmachung zeitnah zu vergebenden Auftrags aufgrund der internen Verzögerungen bei der Antragsgegnerin weiter verschoben würde. Aus Sicht der Antragstellerin war vielmehr mit einer baldigen Mitteilung der Wertungsentscheidung zu rechnen. Insofern durfte sie in diesem Stadium des Vergabeverfahrens, schon allein um die Aussichten eines Nachprüfungsantrages abschätzen zu können (z. B. an welcher Stelle der Wertung sie überhaupt lag), mit ihrer Entscheidung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bis zum Erhalt der Mitteilung nach § 13 VgV warten. Die im Bereich der Antragsgegnerin entstandene Verzögerung konnte der Antragstellerin nicht nachteilig zugerechnet werden.

### 1.7 Feststellungsinteresse

Der Feststellungsantrag gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 setzt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein sog. Feststellungsinteresse voraus. Voraussetzung für das Feststellungsinteresse ist die nicht auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Bieters gegen die Vergabestelle für den Fall des konkreten Vergaberechtsverstoßes (§ 126) oder jedes nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. So kommt ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr in Betracht, wenn zu erwarten ist, dass sich die Ausschreibung der Leistung unter gleichen Umständen wiederholen wird. Nicht ausreichend ist hingegen, wenn mit dem Feststel-



lungsantrag allein deshalb eine Entscheidung in der Sache angestrebt wird, damit die Vergabekammer eine – für den Antragsteller günstige – Kostenentscheidung trifft. Der Umstand, dass es bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor einer Sachentscheidung der Vergabekammer für die Kostenentscheidung auf die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht ankommt (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 9. Dezember 2003, X ZB 14/03), kann kein eigenes Feststellungsinteresse begründen. Nachprüfungsverfahren dienen dem Primärrechtsschutz und der Verhinderung eines dem Bieter infolge rechtswidriger Vergabe entstehenden Schadens. Sinn und Zweck des der Erledigung nachfolgenden Sekundärrechtsschutzes in Form des Fortsetzungsfeststellungsantrags gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 ist, bereits im Verfahren gewonnene Erkenntnisse zu erhalten und eine der Prozessökonomie widersprechende erneute Prüfung der Rechtsverletzung zu vermeiden. Im vorliegenden Fall war die Vergabestelle durch eine abhelfende Entscheidung den Interessen des Antragstellers aber in vollem Umfang nachgekommen. Eine Rechtsverletzung lag nicht mehr vor. Die Kosten des Vergabennachprüfungsverfahrens als solche stellen nach der (gegenwärtigen) Kostenregelung des § 128 keinen eigenen Schaden dar.

### **1.8 Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer**

Die Entscheidungspraxis der Vergabekammern des Bundes, dass im Falle der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags jeder Verfahrensbeteiligte seine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen selbst zu tragen hat, wurde inzwischen vom Bundesgerichtshof bestätigt (Beschluss vom 25. Oktober 2005, – X ZB 24/05). Aus § 128 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 80 VwVfG ergibt sich nur dann ein Anspruch auf Erstattung der Auslagen, wenn ein Verfahrensbeteiligter im Nachprüfungsverfahren durch eine Sachentscheidung der Vergabekammer obsiegt hat. Diese Voraussetzung ist im Falle der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags nicht erfüllt, da keine Sachentscheidung durch die Vergabekammer erfolgt und dementsprechend nicht von einem Unterliegen bzw. Obsiegen eines Verfahrensbeteiligten ausgegangen werden kann. Eine entsprechende Anwendung prozessualer Vorschriften über die Kostenentscheidung bei Klagerücknahme (§ 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO und § 155 Abs. 2 VwGO) kommt nicht in Betracht. Ebenfalls kommt es hierbei nicht auf die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags an.

## **2. Materielles Recht**

### **2.1 Transparenzgebot**

#### **Bekanntgabe von Unterkriterien und einer Gewichtung**

Die Vergabekammer hat die Anforderungen an die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien für den Fall präzisiert, dass zwar Zuschlagskriterien bekannt gemacht sind, eine im Voraus aufgestellte Bewertungsmatrix mit Unterkrite-

rien und Gewichtung jedoch nicht vorliegt. Die Vergabekammer ist der Auffassung, dass keine generelle Pflicht zur Bekanntgabe aller von der Vergabestelle verwendeten Unterkriterien oder deren prozentualer Gewichtung besteht. Allerdings muss für den Bieter aufgrund der Vorgaben in den Verdingungsunterlagen erkennbar sein, worauf es dem Auftraggeber ankommt. Es dürfen daher keine Unterkriterien zugrunde gelegt werden, die sich nicht aus den Oberbegriffen, die als Zuschlagskriterien bekannt gemacht wurden, ergeben. Inzwischen hat auch der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 24. November 2005 (C 331/04) entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht der Vergabestelle nicht verwehrt, nachträglich die in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen für ein Zuschlagskriterium vorgesehenen Wertungspunkte auf Unterkriterien zu verteilen, sofern dazu bestimmte Anforderungen beachtet werden. Dazu gehört, dass die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien nicht geändert werden, dass durch die Festlegung der Unterkriterien bzw. der Gewichtung nichts festgelegt wird, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und dass eine Diskriminierung ausgeschlossen ist.

#### **Wertungsschema**

Die Vergabestelle hat den Bietern die bei der Angebotswertung anzuwendenden Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vor Ablauf der Angebotsfrist vollständig bekannt zu geben. Andernfalls ist nicht sichergestellt, dass die Auftragsvergabe in einem transparenten Verfahren erfolgt, in dem die Bieter durch die Vorhersehbarkeit der Wertungsmaßstäbe nicht nur vor einer willkürlichen Bewertung der Angebote, sondern zugleich vor einer nachträglichen Abweichung des Auftraggebers von den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien geschützt sind. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt vor, wenn eine Bewertungsmethode zur Bestimmung der von den Bietern jeweils erreichten Wertungspunkte den Bietern nicht vor Abgabe ihres Angebots bekannt gemacht wird, obwohl die Kenntnis dieser Methode die Vorbereitung ihres Angebots hätte beeinflussen können. Die von der Vergabestelle im von der Vergabekammer zu entscheidenden Fall verwendete Bewertungsmethode berücksichtigte bei der Bepunktung den relativen Preis- bzw. Qualitätsunterschied zwischen den konkurrierenden Angeboten. Bei Kenntnis dieser Bewertungsmethode kann der Bieter sein Angebot optimieren, indem er z. B. einen geringfügig höheren Angebotspreis in Kauf nimmt und dadurch mehr leistungsbezogene Kriterien erfüllt. Diesen Weg wird er nicht gehen, wenn die Vergabestelle ein Wertungsschema wählt, wonach starre Punktwerte gemäß der Rangfolge der Bieter vergeben werden, so dass bereits ein geringfügig höherer Preis zu einer Veränderung der preislichen Rangfolge und damit zu einem gravierenden Punktabzug führt.

Es verstößt auch gegen das Transparenzgebot, wenn die Vergabestelle den Bietern die für die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots maßgebliche Gewichtung der einzelnen Wertungskriterien nicht bekannt gibt. Die Bieter

konnten zwar im von der Vergabekammer entschiedenen Fall aus dem ihnen mit den Verdingungsunterlagen übermittelten Fragebogen ersehen, welche Leistungsmerkmale Ausschluss-, Bewertungs- oder bloße informative Kriterien waren. Sie konnten jedoch bei den Fragen, die mit B = Bewertungskriterium gekennzeichnet waren, nicht erkennen, mit welchem Gewichtungssatz die einzelne Frage in die Gesamtbewertung einfließt. Darüber hinaus sind die Bieter auch im Unklaren gelassen worden, auf welche Produkteigenschaften es der Vergabestelle bei einzelnen Fragestellungen ankam, d. h. für welche Eigenschaft es die volle oder mittlere Punktzahl bzw. gar keine Punkte gab.

Im Verhandlungsverfahren ist es ausnahmsweise zulässig, dass die Vergabestelle auch nach Öffnung der Angebote Wertungskriterien definiert. Dies ergibt sich aus den Besonderheiten eines Verhandlungsverfahrens, in dem der Leistungsgegenstand erst im Laufe des Verfahrens anhand eines Vergleichs der am Markt erhältlichen Lösungen konkretisiert werden soll. Der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz erfordert es jedoch, dass die Beurteilungskriterien den Bietern bekannt gegeben werden, sobald diese feststehen, um den Bietern im Verhandlungsverfahren die Möglichkeit zu geben, ihre Angebote entsprechend nachzubessern. Dies hat die Vergabestelle im von der Vergabekammer entschiedenen Fall versäumt. Insbesondere hat sie die Gewichtung ihrer Beurteilungskriterien nicht offengelegt. Unklar ist auch geblieben, ob neben dem Kriterienkatalog im Verhandlungsverfahren weitere Punkte definiert worden sind, die den Kriterienkatalog ergänzen.

### Unzulässiger Austausch von Zuschlagskriterien

In einem von der 2. Vergabekammer geprüften Fall hatte die Vergabestelle das zunächst bekannt gemachte Zuschlagskriterium „Erfahrung“ in der Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässigerweise durch das Kriterium „Stamm und Ausstattung des Unternehmens“ ersetzt. Nach § 9a VOL/A gibt der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht (möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung). Nach der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien darf der Auftraggeber diese nicht mehr aufheben, ändern oder ergänzen und bei der Wertung der Angebote nicht von ihnen abweichen, da er sonst gegen tragende Grundsätze des Vergabeverfahrens – die Selbstbindung des Auftraggebers und den Vertrauensschutz für die Teilnehmer am Wettbewerb sowie das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot – verstoßen würde. Durch die Angabe von Kriterien engt der Auftraggeber seinen Beurteilungsspielraum für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ein. Er ist an die von ihm bekannt gemachten Kriterien gebunden und muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Kriterien und deren Auslegung halten. Er darf weder Kriterien heranziehen, welche nicht veröffentlicht waren, noch darf er Kriterien, die bekannt gemacht worden sind, bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht heranziehen (Oberlandesgericht München, Beschluss vom 20. April 2005, Verg 8/05). Die An-

tragsgegnerin gab in der mündlichen Verhandlung an, sie sei der Ansicht gewesen, das Zuschlagskriterium „Erfahrung“ sei zu offen formuliert. Die Benennung von „Stamm und Ausstattung“ sei insofern als Präzisierung gedacht gewesen, um z. B. die Entwicklung der Unternehmensstruktur beurteilen zu können. Der Austausch des Kriteriums „Erfahrung“ mit „Stamm und Ausstattung“ geht nach Auffassung der Vergabekammer aber weit über eine Präzisierung hinaus, weil es sich hierbei um einen inhaltlich anderen Eignungsbegriff handelt. Die Antragsgegnerin hat entgegen ihrer Bekanntmachung ein Kriterium der Fachkunde durch ein Kriterium der Leistungsfähigkeit ersetzt. Dies ist schon deshalb unzulässig, weil alle (auch potenzielle) Bieter aufgrund der Vergabebekanntmachung für die Abgabe eines Teilnahmeantrages von anderen Wertungskriterien ausgehen mussten als die Bieter, die letztendlich zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden. Unproblematisch war hingegen die Veränderung des Zuschlagskriteriums „Referenzen“ in „Referenzen für vergleichbare Projekte“. Diese Veränderung stellte lediglich eine im Kontext der Ausschreibung stehende Konkretisierung, nicht aber eine Veränderung des bereits benannten Zuschlagskriteriums dar.

### Bekanntgabe des Gesamtbedarfs bei getrennter Ausschreibung

Eine Vergabestelle hatte einen sachlich identischen Dienstleistungsauftrag in zwei Leistungszeiträume aufgespalten und nacheinander in zwei Losen unabhängig voneinander ausgeschrieben. Die beabsichtigte Vergabe im ersten Verfahren wurde vom Antragsteller mit dem Argument angegriffen, er hätte ein preiswerteres Angebot abgegeben, wenn er gewusst hätte, dass die Ausschreibung und Vergabe derselben Leistung für einen sich anschließenden Zeitraum beabsichtigt war. Die 3. Vergabekammer hat demgegenüber festgestellt, dass bei der getrennten Ausschreibung und Vergabe eines einzelnen Loses den Bietern nicht bekannt gegeben werden muss, dass der Gesamtbedarf ein weiteres, getrennt ausgeschriebenes und getrennt zu vergebendes Los umfasst. Zwar könnte der Bieter theoretisch bei der Preisermittlung für das erste Angebot die reelle Chance auf die Erteilung des Zuschlags für das zweite Los mit berücksichtigen, so dass es sich um eine kalkulationsrelevante Angabe handelt. Im Ergebnis bedeutet aber die Berücksichtigung der Zuschlagschance in einem zweiten Vergabeverfahren eine Spekulationsmöglichkeit, die vom Schutzzweck des Transparenzgebots nicht umfasst ist. Die Eröffnung solcher Spekulationsmöglichkeiten steht der Vergleichbarkeit der Angebote der beteiligten Bieter und damit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz geradezu entgegen: Der Bieter ist nämlich gehalten, seine Preise seriös und auskömmlich zu kalkulieren. So hat der Bundesgerichtshof zum Erfordernis wesentlicher Preisangaben i. S. d. § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A festgestellt, dass ein Bieter, der die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in Mischkalkulationen auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen ist (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04). Wenn danach schon die

Mischkalkulation innerhalb verschiedener zu einem einzigen Auftrag gehörender Positionen einer Leistungsbeschreibung unzulässig ist, so hat dies erst recht für die Mischkalkulation unter Berücksichtigung zweier verschiedener, getrennt zu vergebender Aufträge zu gelten.

## 2.2 Leistungsbeschreibung

### Auslegung der Leistungsbeschreibung

Die 3. Vergabekammer entschied in mehreren Verfahren im Einklang mit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, dass bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB auf den objektiven Empfängerhorizont eines potenziellen fachkundigen und leistungsfähigen Bieters abzustellen ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. März 2005, VII-Verg 2/05 und vom 15. Mai 2002, Verg 4/01).

### Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung

Im Verfahren VK 2 –111/05 bejahte die 2. Vergabekammer einen Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, da die Leistungsbeschreibung in Bezug auf die für die Preiskalkulation relevante Frage der Dauer einer Teilnehmerstunde unklar war. Aus den einschlägigen Regelungen in Bezug auf Dauer und Umfang der Maßnahme (Vermittlung allgemeiner bzw. berufsbezogener Kenntnisse der deutschen Sprache für erwerbsfähige Hilfebedürftige im Sinne des SGB II) ergab sich nicht, dass eine Teilnehmerstunde mit einer Zeitstunde mit einer Dauer von 60 Minuten und nicht mit einer Unterrichtsstunde mit einer Dauer von 30 bis 45 Minuten gleichzusetzen war. Denn es wurde keine Beziehung zwischen den in diesen Regelungen verwendeten Begriffen „Zeitstunde“ und „Unterrichtsstunde“ hergestellt. Folglich war für einen verständigen Bieter nicht ersichtlich, dass diese Begriffe in der Leistungsbeschreibung synonym gebraucht wurden und somit auch eine „Teilnehmerstunde“ einer Zeitstunde entsprach. Angesichts der branchenüblichen Gepflogenheit, Sprachkurse in Unterrichtseinheiten à 45 Minuten abzuhalten, konnte ein verständiger Bieter die Regelungen in ihrer Gesamtschau vielmehr ohne weiteres dahingehend verstehen, dass eine Teilnehmerstunde mit einer Unterrichtsstunde gleichzusetzen war. Die 2. Vergabekammer hat der Antragsgegnerin (Bundesagentur für Arbeit) daher aufgegeben, allen Bietern unter Klarstellung, dass bei der Kalkulation der Angebotspreise für eine Teilnehmerstunde eine Zeiteinheit von 60 Minuten zu veranschlagen ist, die Abgabe eines neuen Angebots binnen zwei Wochen ab Zugang der Angebotsaufforderung zu ermöglichen und die weitere Vergabe auf der Grundlage dieser neuen Angebote durchzuführen.

Im Verfahren VK 2 – 86/06 (Beschluss vom 25. August 2006) hatte sich die 2. Vergabekammer mit der Frage zu befassen, ob es einen Wertungsfehler darstellt, wenn die Vergabestelle das Angebot eines Bieters mit zwei Punkten – d. h. als den Anforderungen entsprechend – bewertet, obwohl dieser für die Dauer einer Unterrichtsstunde nicht 45 Minuten, sondern 60 Minuten zugrunde gelegt

hat. Die von der Vergabestelle eingesetzte Prüfgruppe war zunächst davon ausgegangen, dass es sich hierbei um eine Zeiteinheit von 45 Minuten handele. Erst nach Rücksprache mit der Vergabestelle hatte sie entgegen ihrer ursprünglichen Auffassung bei der Bewertung der Angebote zugrunde gelegt, dass eine Unterrichtsstunde auch einen Zeitraum von 60 Minuten umfassen könne. Die Verdingungsunterlagen enthielten insoweit keine Regelung. Die 2. Vergabekammer entschied, dass eine Unterrichtsstunde aus der Sicht eines verständigen Bieters gleichwohl mit 45 Minuten anzusetzen sei. Dafür spricht insbesondere, dass dieser Zeitraum in Deutschland nicht nur im allgemeinen staatlichen Schulbereich, sondern regelmäßig im pädagogischen Lehrbetrieb zugrunde gelegt wird. Ein verständiger Bieter muss deshalb bei der Vorgabe einer Unterrichtsstunde in den Verdingungsunterlagen ebenfalls von diesem Ansatz ausgehen. Im in Rede stehenden Fall galt dies umso mehr, da im Teil B der Verdingungsunterlagen in Bezug auf den Unterricht zwischen der Wochenstundenzahl (39 Zeitstunden) und der wöchentlichen Verteilung der Unterrichtsstunden andererseits unterschieden wurde. Demnach standen diese Begrifflichkeiten in einem Gegensatz zueinander und eine Unterrichtsstunde konnte nicht wie eine Zeitstunde 60 Minuten betragen. Schließlich ergab sich ein entsprechendes Verständnis des Begriffs Unterrichtsstunde auch aus der geringen Konzentrationsfähigkeit der Schüler, die den Beteiligten im Hinblick auf die Art der ausgeschriebenen Maßnahme (Ausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung nach § 241 Abs. 2 SGB III) bekannt war und von ihnen unbestritten war. Dieser Umstand ließ eine Auslegung, nach der eine Unterrichtsstunde mehr als die dieser Konzentrationsfähigkeit angepassten 45 Minuten umfasste, nicht zu.

Die 3. Vergabekammer entschied, dass eine Leistungsbeschreibung auch dann unbestimmt i. S. d. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ist, wenn sie keine geeignete Grundlage für die Kalkulation der Angebote darstellt. In der Sache ging es um die Ausschreibung von Gartenpflegedienstleistungen in insgesamt 15 Losen (105 Liegenschaften) bundesweit. Die Leistungsbeschreibung enthielt nur eine Beschreibung der grundsätzlich zu erledigenden Arbeiten (Rasen mähen, Pflanzflächen pflegen etc.), jedoch keine konkreten Angaben dazu, ob und in welchem Umfang die konkreten Flächenarten (Rasen, Pflanzen, Gehölz/Bäume) auf dem jeweiligen Grundstück vorhanden bzw. verteilt waren. Diese Informationen sollten sich die Bieter vor Angebotsabgabe bei einer Ortsbesichtigung selbst beschaffen. Außerdem wurde in der Leistungsbeschreibung bei einigen der ausgeschriebenen Tätigkeiten, die witterungsbedingt unregelmäßig anfallen (Wässern, Düngen etc.), nicht erwähnt, wie häufig diese zu erbringen seien. Dennoch sollten die Bieter einen Mischpreis pro m<sup>2</sup> kalkulieren, der sämtliche der zu erbringenden Leistungen abdecken sollte. Nach Auffassung der 3. Vergabekammer war für die Bieter aus der Leistungsbeschreibung nicht erkennbar, welcher Aufwand tatsächlich entstehen würde und welchen Aufwand sie demzufolge in ihren Mischpreis einzukalkulieren hatten. Die Vergabekammer entschied daher, dass das Vergabeverfahren in das Stadium

der Angebotsaufforderung zurückzusetzen ist und die Antragsgegnerin den potenziellen Bietern eine überarbeitete Leistungsbeschreibung übersenden muss, in der eine Kalkulation nach konkretem Aufwand vorgesehen ist, den der Bieter für jede Sachposition mithilfe eines Einheitspreises abrechnen kann (z. B. m<sup>2</sup>-Preis für Pflege Staudenbeete bzw. für Wässern, kg-Preis für Dünger etc.). Außerdem muss die Antragsgegnerin im Anschluss hieran je Los eine für alle Interessenten gemeinsame Ortsbesichtigung („Sammeltermin“) durchführen, damit gewährleistet ist, dass alle Bieter bei der Besichtigung dieselben Informationen erhalten.

### Festlegung des Maßnahmeortes

Kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 konnte bei der Festlegung eines bestimmten Maßnahmeortes in den Verdingungsunterlagen festgestellt werden. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz sind alle Unternehmen, die ein Interesse an dem Auftrag haben, unabhängig von dem Sitz des Unternehmens nach objektiven, nachvollziehbaren, am Auftrag orientierten Kriterien gleich zu behandeln. So darf nach § 7 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A der Wettbewerb insbesondere nicht auf Bewerber, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, beschränkt werden. Die Entscheidung, an welchem Ort die Maßnahme stattfinden solle, obliegt ausschließlich der Vergabestelle und fällt in ihren Beurteilungsspielraum. Eine Verletzung dieses Beurteilungsspielraums liegt deshalb nur dann vor, wenn die von der Vergabestelle getroffenen Sachverhaltsermittlungen und -feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen beruhen. Die Antragsgegnerin hat bei der Festlegung ihres Bedarfs (welche Dienstleistung an welchem Ort) den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Die Vergabestelle hat insbesondere den Sachverhalt hinreichend ermittelt, indem sie ihrer Entscheidung für den zentralen Maßnahmeort eine Bedarfsanalyse zugrunde legte. Die Festlegung des Maßnahmeortes verstieß auch nicht deshalb gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil hierdurch auswärtige Bieter von der Teilnahme ausgeschlossen worden wären. Eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Anbieter, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, lag nicht vor. Die Antragstellerin hätte grundsätzlich ein Angebot auf den Maßnahmeort abgeben können. Sie hatte lediglich aus durchaus nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Gründen auf die Anmietung von Räumlichkeiten am Maßnahmeort verzichtet, weil sie selbst über Räumlichkeiten in der benachbarten Stadt verfügt, deren laufende Kosten sie zu tragen hat. Dass die Antragstellerin eine solche Vorgehensweise aus finanziellen Gründen verworfen hat, oblag ihrer eigenen Entscheidung.

### Ungewöhnliches Wagnis

§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A schreibt vor, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden soll, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen

er nicht im Voraus schätzen kann. Dem Auftragnehmer sollen danach nur gewöhnliche Risiken auferlegt werden. Grundsätzlich bezieht sich diese Vorschrift auf Fälle, in denen die Verteilung der vertraglichen Risiken anders geregelt werden soll als dies nach dem allgemeinen Vertragsrecht der Fall wäre. Das sog. „Verwendungsrisiko“ liegt nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekammern und Gerichte prinzipiell beim Auftraggeber, da es sein Risiko ist, ob er die beschaffte Leistung wie vorgesehen einsetzen kann bzw. ob er eine größere Menge braucht als geplant; der liefernde Vertragspartner hat hierauf keinen Einfluss. Bei dem von der 3. Vergabekammer zu entscheidenden Fall über die Lieferung bestimmter Mineralböden für die Abdeckung von Halden- bzw. Betriebsflächen ging es nicht um die Frage, welche Gesamtmenge von dem potenziellen Auftragnehmer in welchem Zeitraum zu liefern war und zu welchem Preis. Vielmehr stand aufgrund der Ausschreibungsunterlagen der Gesamtverdienst, den der Auftragnehmer erzielen würde und über welchen Zeitraum sich dieser erstreckt, fest. Indem sich die Vergabestelle vorbehalten hatte, die durchschnittlich angegebene anzuliefernde Menge auf Abruf „in Abhängigkeit der spezifischen Gegebenheiten (Witterung, Technologie, Gutachten, behördliche Forderungen usw.)“ zu ändern, ging es lediglich um die Möglichkeit einer geringfügigen temporären Verschiebung der Liefermenge. Da die angegebenen Gründe für die abzurufende Liefermenge von der Vergabestelle genau spezifiziert worden waren und sich aus der Natur der zu erbringenden Leistung ergaben, konnte nach Auffassung der 3. Vergabekammer ein branchenkundiger und erfahrener Auftragnehmer wie der Antragsteller die Einwirkung der Umstände und Ereignisse, von denen die abgerufene Liefermenge abhängt, auf die Preise und Fristen im Voraus schätzen. Daher entschied die Vergabekammer, dass dem Auftragnehmer im vorliegenden Fall kein ungewöhnliches Wagnis i. S. d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet worden war. Wagnisse, die in der betreffenden Branche typisch und üblich sind, sind nicht ungewöhnlich, sondern für den erfahrenen, fachkundigen, verständigen Bieter vorhersehbar und somit in seiner Festlegung des Angebotspreises durch Abschätzung der zu erwartenden Kosten kalkulierbar.

Im Verfahren VK 2 – 69/05 hatte die 2. Vergabekammer zu entscheiden, ob für die Bieter ein ungewöhnliches Wagnis i. S. v. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A begründet wird, wenn sie im Rahmen einer Ausschreibung von Maßnahmen der ausbildungsbegleitenden Hilfe (abH) nach §§ 240 ff. SGB III bei einem Los für alle angegebenen Maßnahmeorte anzubieten haben, ihnen die genauen Teilnehmerzahlen an den einzelnen Maßnahmeorten aber nicht bekannt gegeben werden. Im zu entscheidenden Fall konnten die Bieter zunächst ausweislich der Leistungsbeschreibung unter den angegebenen Maßnahmeorten eine Stadt bzw. einen Ort als Maßnahmeort auswählen. Erst zwei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist änderte die Vergabestelle (Bundesagentur für Arbeit) diese Regelung auf Wunsch der für den Bezirk des in Rede stehenden Loses zuständigen Arbeitsagentur Kempten dahingehend ab, dass für alle Maßnahmeorte anzubieten war, und stellte in

den auf ihrer Webseite abrufbaren FAQ eine entsprechende Berichtigung des betreffenden Losblattes ein. Eine genaue Aufschlüsselung der an den einzelnen Maßnahmeorten benötigten Teilnehmerplätze erfolgte aus zeitlichen Gründen jedoch nicht. Die 2. Vergabekammer sah darin für die Antragstellerin ein ungewöhnliches Wagnis i. S. v. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A. Mangels Bekanntgabe der genauen Teilnehmerzahlen an den einzelnen Maßnahmeorten wurden der Antragstellerin nicht die notwendigen Grundlagen für die Kostenkalkulation zur Verfügung gestellt. Sie musste erhebliche Kosten für die Anmietung weiterer Räumlichkeiten und die Einstellung weiterer Mitarbeiter an den einzelnen Maßnahmeorten einkalkulieren ohne zu wissen, in welchem Umfang diese weiteren Kapazitäten im Fall der Zuschlagserteilung benötigt werden. Die Antragstellerin trug damit das Risiko, dass die von ihr für die Kapazitätserweiterung kalkulierten Kosten auf der Grundlage der tatsächlichen Verteilung der Teilnehmer auf die Maßnahmeorte zu niedrig sind und sie die Maßnahme folglich nur unter Hinnahme eines u. U. erheblichen Verlustes durchführen kann. Dementsprechend hat die 2. Vergabekammer der Antragsgegnerin aufgegeben, allen Bietern unter Aufschlüsselung der genauen Teilnehmerzahlen an den einzelnen Maßnahmeorten die Abgabe eines neuen Angebots auf der Grundlage der Verdingungsunterlagen für das in Rede stehende Los binnen zwei Wochen ab Zugang der Angebotsaufforderung zu ermöglichen.

Die Antragsgegnerin hatte berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (BvB) nach § 61 SGB III/2006 öffentlich ausgeschrieben. Für das streitgegenständliche Los war eine jährliche Teilnehmerzahl von insgesamt 147 auf sieben Berufsfeldern vorgesehen. Es verstößt nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, dass die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen eine feste Aufteilung der Maßnahmeteilnehmer auf die einzelnen Berufsfelder nicht vorgenommen hat, wenn sie geeignete Maßnahmen zur Minderung des Vorhalterisikos beim Auftragnehmer trifft (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2003 – Verg 77/04). Nach der Überzeugung der Kammer waren die von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung ergriffenen risikomindernden Maßnahmen jedenfalls kumulativ geeignet, das Vorhalterisiko der Antragstellerin auf ein rechtlich nicht zu beanstandendes Maß zu reduzieren. So sah die Ausschreibung vor, dass der Auftragnehmer in jedem Fall die volle Anzahl der bereitgestellten Teilnehmerplätze vergütet erhält, unabhängig davon, wie viele der 147 Plätze überhaupt belegt und welchem Berufsfeld die Teilnehmer zugeordnet werden. Das Belegungsrisiko trägt damit der Auftraggeber. Gegenüber früheren Ausschreibungen wurde auch die Mindestteilnehmerzahl je Los angehoben und zugleich die Anzahl der pro Los anzubietenden Berufsfelder abgesenkt. Die Kombination beider Elemente führte zu einer Reduzierung des Vorhalterisikos, da nun auf eine höhere Quantität weniger diversifiziert angeboten werden muss. Auch die von zwölf auf 24 Monate angehobene Grundvertragslaufzeit ist in diesem Zusammenhang als risikomindernd anzusehen, denn sie führt grundsätzlich zu einer Erhöhung der Planungssicherheit für den zukünftigen Auftrag-

nehmer. Der Auftragnehmer kann außerdem frei entscheiden, wann er wie viele Teilnehmer in welchen Gruppen und in welcher Reihenfolge unterrichtet. Hierdurch ist es ihm möglich, die Auslastung seiner personellen und sächlichen Kapazitäten so zu gewährleisten, dass die aus der fehlenden Festlegung der Teilnehmerplätze je Berufsfeld resultierende Unsicherheit im Ergebnis hinnehmbar ist. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vergabekammer bestätigt (Beschluss vom 19. Oktober 2006, VIII Verg. 39/06).

### Grundsatz der Produktneutralität

Die Beschreibung technischer Merkmale darf gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dass eine solche Beschreibung durch die zu vergebene Leistung gerechtfertigt ist. In zwei Fällen hatte sich die 2. Vergabekammer mit der Zulässigkeit einer Produktvorgabe zu befassen. Im Vergabeverfahren VK 2 – 104/06, Beschluss vom 18. September 2006, war die Lieferung von Netzwerkkomponenten für den Aufbau eines zweiten Rechenzentrum-Standorts am zentralen Verwaltungsstandort der Antragsgegnerin (Bundesagentur für Arbeit) ausgeschrieben. Im Zusammenhang mit dem Aufbau dieses zweiten Standorts sollten – wie sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herausstellte – auch vorhandene Komponenten am bestehenden Rechenzentrum-Standort ausgetauscht sowie Arbeitsgemeinschaften und sonstige dezentrale Standorte an das Netzwerk angebunden werden. Hinsichtlich der zu liefernden Netzwerkprodukte war bereits in der Bekanntmachung vorgegeben, dass diese von der Fa. Cisco stammen mussten. Gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A darf ein bestimmtes Produkt bzw. ein bestimmter Hersteller nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass in die Entscheidung des Auftraggebers über die zu beschaffende Leistung regelmäßig eine Vielzahl von Gesichtspunkten einfließt, genügt für eine solche Rechtfertigung grundsätzlich, dass die Produktvorgabe sachlich vertretbar ist (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 14. April 2005, Verg 93/04). Die 2. Vergabekammer wies jedoch darauf hin, dass es insoweit nicht ausreicht, sich pauschal auf als sachbezogen anzuerkennende Kriterien zu berufen, ohne diese im konkreten Fall in nachvollziehbarer Weise darzulegen. Andernfalls würde im gesamten EDV- und IuK-Bereich der bloße Verweis auf Kompatibilitätsprobleme genügen, um eine produktspezifische Ausschreibung zu rechtfertigen, und die absolute Ausnahmeregelung des § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A würde zur Regel. Soweit sich die Antragsgegnerin darauf berief, der Einsatz von Komponenten unterschiedlicher Hersteller wegen damit verbundener Kompatibilitätsprobleme beinhalte ein erhöhtes Sicherheitsrisiko und führe zu einem unvermeidbaren wirtschaftlichen Mehraufwand, konnte dies die Vorgabe von Cisco-Produkten allenfalls in Bezug auf den Austausch vorhandener Komponenten am bestehenden Rechenzentrum-Standort – und dies auch nur bei Vorliegen weiterer technischer Voraussetzungen –

rechtfertigen. In Bezug auf den Aufbau des zweiten Rechenzentrum-Standorts sowie in Bezug auf die Anbindung der Arbeitsgemeinschaften und der sonstigen dezentralen Standorte vermochte diese Argumentation die sachliche Vertretbarkeit der Produktvorgabe hingegen nicht zu begründen. Das weitere Argument der Antragsgegnerin, die Beschaffung von Cisco-Komponenten entspreche der von ihr bzw. ihrem IT-Systemhaus verfolgten „Single-Vendor-Strategie“, war zur Rechtfertigung der Produktvorgabe gänzlich ungeeignet, da eine solche Strategie zu einem wettbewerbswidrigen Hoflieferantentum führen würde, dem das Vergaberecht gerade entgegenwirken soll. Auch soweit die Antragsgegnerin darauf verwies, verschiedene technische Leistungsmerkmale würden nur von den Produkten der Fa. Cisco erfüllt, genügte dies – abgesehen von der Beschaffung einzelner Komponenten, die für spezifische technische Zwecke benötigt wurden – nicht für die sachliche Vertretbarkeit der Produktvorgabe. Als öffentliche Auftraggeberin war die Antragsgegnerin verpflichtet, im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu klären, welche Produkte die von ihr gestellten Anforderungen erfüllten. Sie hätte daher die von ihr gewünschten Leistungsmerkmale zunächst objektiv – d. h. unabhängig von einem bestimmten, von ihr möglicherweise bevorzugten Erzeugnis – definieren und zur Grundlage einer produkt- und herstellerneutralen Ausschreibung machen müssen. Dementsprechend hat die 2. Vergabekammer die Antragsgegnerin verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben.

#### **Nebenangebote, erforderliche Mindestanforderungen**

Nach Artikel 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG können Auftraggeber Nebenangebote nur dann berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen und diese Mindestanforderungen zuvor in den Verdingungsunterlagen erläutert worden sind (vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16. März 2003 – Rs. C-421/01; Bayrisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. Juni 2004 – Verg 013/04; Oberlandesgericht Rostock, Beschluss vom 24. November 2004 – 17 Verg 6/04; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. Januar 2005 – VII-Verg 106/04; Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss vom 15. Februar 2005 – 6 Verg 6/04). Diese Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht allen Bietern, in gleicher Weise von den Mindestanforderungen Kenntnis zu nehmen, und gewährleistet damit die Einhaltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dementsprechend fordert das Oberlandesgericht Düsseldorf (a. a. O.) hinsichtlich der Mindestanforderungen an ein Nebenangebot, dass diese Anforderungen nicht lediglich abstrakt und „inhaltsleer“ sind, sondern sich auf den konkreten Beschaffungsvorgang und die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebots beziehen. In einem von der ersten Vergabekammer zu entscheidenden Fall wurde die in den Verdingungsunterlagen aufgestellte Forderung „Der Änderungsvorschlag/das Nebenangebot muss den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen“ insoweit als hinreichend

bestimmt angesehen. Für einen verständigen Bieter war damit aufgrund der umfangreichen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (Einhaltung der Vorgaben eines Planfeststellungsbeschlusses, umfangreiche Vorgaben in Bezug auf Abmessungen, Baustoffe, Entwässerungen etc.) erkennbar, welchen baulichen und konstruktiven Anforderungen ein etwaiges Nebenangebot zu entsprechen hatte.

In zwei weiteren Fällen erachtete die 1. Vergabekammer rein formelle Vorgaben in den Verdingungsunterlagen, die bei der Abgabe von Nebenangeboten einzuhalten waren, als nicht ausreichend. Die Verdingungsunterlagen enthielten lediglich Vorgaben zur äußeren Form des Nebenangebots (deutliche Kennzeichnung als Nebenangebot, umfassende Beschreibung etc.) und legten fest, inwieweit Nebenangebote auch ohne die Abgabe eines Hauptangebots zugelassen sind. Mindestanforderungen inhaltlicher Art an Nebenangebote waren in den Verdingungsunterlagen jedoch nicht enthalten.

Auch die in dem einen Fall (VK1-122/05) in den Verdingungsunterlagen aufgeführte Forderung der qualitativen und quantitativen Gleichwertigkeit von Nebenangeboten im Verhältnis zur Leistungsbeschreibung stellt keine Mindestanforderung dar. Denn die Anforderung der Gleichwertigkeit bezieht sich nicht auf die Eigenschaften, die die ausgeschriebenen Bauleistungen kennzeichnen. Vielmehr ist die Gleichwertigkeit ein Kriterium für die Bewertung der angebotenen Leistung im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung. Die Gleichwertigkeit ist das Ergebnis, welches ein Änderungsvorschlag erreichen muss. Ob dieses Ergebnis erreicht wird, ist anhand der Mindestanforderungen zu ermitteln, mit denen der Auftraggeber seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung gekennzeichnet hat. Die Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfungsmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Nebenangebot zu erreichende Niveau (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 10. April 2003, Rs. C-421/01, Rn. 69). Es kann auch nicht auf die Anforderungen zurückgegriffen werden, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt. Denn das Leistungsverzeichnis befasst sich nur mit den Anforderungen, welche an das Hauptangebot gestellt werden. Hingegen ist es Sinn eines Nebenangebotes, eine vom Hauptangebot abweichende Lösung vorzuschlagen. Würde man also die Mindestanforderungen an Nebenangebote mit den Anforderungen an Hauptangebote gleichstellen, könnte es keine Nebenangebote mehr geben, weil diese dem Leistungsverzeichnis gerade nicht entsprechen (Bayrisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. Juni 2004 – Verg 013/04). In dem streitgegenständlichen Verfahren war unklar, welche Vorgaben (z. B. technische Normen) auch von Nebenangeboten erfüllt werden müssen. Das Argument, es sei der Vergabestelle in der Praxis unmöglich, im Vorhinein alle Kriterien anzugeben, da sie nicht wisse und auch nicht wissen könne, in welchen Punkten Alternativen angeboten würden, greift nicht. Der Auftraggeber ist in der Lage, seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung und die in den einzelnen Unterpunkten enthaltenen Leistungsbeschreibungen zu formulieren. In der Ausschreibung einer Bauleistung dürfte vor allem

das vom Auftraggeber erwartete Ergebnis zu formulieren sein (vgl. Schlussanträge Generalanwalt Alber vom 10. April 2003, Rs. C-421/01, Rn. 66).

Nach Auffassung der 2. Vergabekammer ist aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aber nicht abzuleiten, dass bei jedem Beschaffungsvorgang stets gesonderte Anforderungen an die Zulässigkeit eines Nebenangebotes normiert werden müssen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich i.d.R. schon aus der jeweiligen Leistungs- oder Baubeschreibung ergibt, welche Mindestanforderungen sich an das Hauptangebot und damit auch an ein etwaiges Nebenangebot richten. Im Vergabeverfahren sollen innovative Vorschläge berücksichtigt werden können, über welche die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß keine weitergehenden Vorstellungen hat. Eine detaillierte Aufnahme von technischen Mindestanforderungen beispielsweise für einzelne Bestandteile des Leistungsverzeichnisses würde den Auftraggeber, der schließlich bereits ein bestimmtes Planungskonzept aufgestellt hat, überfordern. Es bleibt ihm hinsichtlich der Festlegung von Mindestbedingungen für Nebenangebote nur die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit mit den grundlegenden Planungsvorgaben des Vergabeverfahrens festzuschreiben. Anderenfalls bliebe der Kreativität eines Bieters, über ein Nebenangebot ein anderes (günstigeres) Verfahren oder andere Teile vorzuschlagen, kein Raum (dazu eingehend Vergabekammer, Beschluss vom 14. Dezember 2004, VK 2 – 208/04). Die Angabe von gesonderten Mindestbedingungen ist deshalb nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus hinreichend klar bestimmbar ist (Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss vom 15. Februar 2005, 6 Verg 6/04). Im zu prüfenden Fall waren die in den Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen genannten Mindestanforderungen („Nebenangebote oder Änderungsvorschläge müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind“) im Zusammenhang mit der sehr ausführlichen Leistungsbeschreibung für die ausgeschriebenen Schreinerarbeiten als hinreichend anzusehen. Die 2. Vergabekammer hat damit in einem der Entscheidung der 1. Vergabekammer zugrunde liegenden vergleichbaren Sachverhalt (S. 202, VK 1-122/05) geringere Anforderungen an die Mindestbedingungen akzeptiert.

### **Bedarfspositionen, zulässiger Umfang**

Im Verfahren VK1-50/05 (Beschluss vom 14. Juli 2005) hatte die 1. Vergabekammer über den zulässigen Umfang von in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Bedarfspositionen zu entscheiden. Gemäß § 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A dürfen Bedarfspositionen nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. § 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A ist eine Konkretisierung des in § 9 Nr. 1 Satz 1 VOB/A allgemein festgelegten Bestimmtheitsanfordernisses, wonach die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist, damit sie von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden wird und diese ihre Preise auf einer sicheren Grundlage ermitteln können. Die Aus-

schreibung von Bedarfspositionen soll daher gemäß § 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A nur in sachlich gerechtfertigten, nachprüfbaren Ausnahmefällen innerhalb enger Grenzen erfolgen. Die Aufnahme von Bedarfspositionen in das Leistungsverzeichnis beinhaltet einerseits für den Bieter eine erhebliche Ungewissheit (er weiß letztlich nicht, ob die Bedarfsposition tatsächlich beauftragt wird). Andererseits erschweren Bedarfspositionen aber auch dem Auftraggeber die Wertung, da aufgrund der Ungewissheit über ihre Beauftragung im Zeitpunkt der Wertung nicht eindeutig ist, welches Angebot das preislich günstigste darstellt. Darüber hinaus kann der Auftraggeber die Angebotswertung manipulieren, indem er zur Erreichung einer von ihm gewünschten Bieterreihenfolge eine Wertung unter Einbeziehung oder Ausschluss von Bedarfspositionen vornimmt. Aufgrund der vorgenannten Unwägbarkeiten, die bei Bedarfspositionen sowohl bei Angebotserstellung als auch bei Angebotswertung entstehen, ist es sachgerecht, die vergaberechtliche Zulässigkeit der Aufnahme von Bedarfspositionen einzuschränken, um im Interesse einer transparenten und wettbewerblichen Vergabe Risiken für die Bieter und Manipulationsspielräume für den Auftraggeber weitgehend auszuschließen. Im von der 1. Vergabekammer zu entscheidenden Fall betrug der wertmäßige Anteil der Bedarfspositionen bezogen auf die Angebotspreise der in die engere Wahl gezogenen Bieter 21 % und mehr. Diese Überschreitung wurde von der Vergabekammer als nicht mehr zulässig angesehen.

### **2.3 Teilnehmer am Wettbewerb**

#### **Verkürzung der Frist zur Einreichung eines Teilnahmeantrags wegen Dringlichkeit**

Die 3. Vergabekammer hatte zu entscheiden, ob ein interner Zeitplan des öffentlichen Auftraggebers – im Fall der von der Bundesregierung erstellte Ablaufplan für ein Gesetzgebungsverfahren – eine besondere Dringlichkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 VOF mit der Folge begründen kann, dass der Auftraggeber die Frist zur Einreichung von Teilnahmeanträgen verkürzen kann (§ 18a Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, § 18a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Die Vergabekammer kam zu dem Ergebnis, dass die besondere Dringlichkeit die nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilende Eilbedürftigkeit der Beschaffung voraussetzt, die sich in aller Regel aus Umständen ergeben muss, die – anders als hier – nicht der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind. Interne Fristen des Auftraggebers müssen sich daher dem Vergaberechtsregime einschließlich der dort vorgegebenen Fristen unterordnen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vergabekammer im Verfahren nach § 121 bestätigt (Beschluss vom 1. August 2005, VII-Verg 41/05) und darauf hingewiesen, dass eine besondere Eilbedürftigkeit nicht vorlag, da der öffentliche Auftraggeber nichts vorgetragen habe, was gegen ein Zurückstellen des Auftrages bis zum Abschluss eines regelmäßigen Vergabeverfahrens sprach. Im Übrigen müssten – auch bei Vorliegen einer besonderen Eilbedürftigkeit – die Interessen der Bieter insofern Berücksichtigung finden, als eine Verkürzung der Frist auf ein Zeitmaß zwischen 37 und 15 Tagen zu prüfen sei.

### Reichweite des § 7 Nr. 6 VOL/A

Privatrechtlich organisierte Wettbewerbssteilnehmer sind vom Anwendungsbereich des § 7 Nr. 6 VOL/A nicht erfasst. Angesichts der Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (Beschluss vom 14. Juli 2004 – Verg 33/04, Beschluss vom 23. Dezember 2003 – Verg 58/03) kommt es nicht darauf an, ob das privatrechtliche Unternehmen in irgendeiner Beziehung zur öffentlichen Hand steht, z. B. weil eine öffentlich-rechtliche Körperschaft Mitglied in der privatrechtlich organisierten Gesellschaftsform ist oder über die Stimmenmehrheit innerhalb des Entscheidungsgremiums des privatrechtlich organisierten Unternehmens verfügt. Eine analoge Anwendung des § 7 Nr. 6 VOL/A auf solche Fälle kommt angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift nicht in Betracht. Auf die Frage, ob ein solches Unternehmen in den Genuss irgendwelcher finanzieller Vorteile kommt, die den Wettbewerbern nicht zugänglich sind, kommt es daher nicht mehr an.

In einem weiteren Fall zu diesem Problemkreis stellte die 1. Vergabekammer auf der Grundlage und in Fortführung der bereits im vorherigen Berichtszeitraum ergangenen Entscheidungen zu § 7 Nr. 6 VOL/A (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 201 ff.) fest, dass es sich bei einem Berufsbildungszentrum in Trägerschaft einer in Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts errichteten Kreishandwerkerschaft i.S.d. §§ 86 ff. des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (HandwO), die sich aus den in einem bestimmten Landkreis ansässigen Handwerksinnungen zusammensetzt, nicht um eine öffentliche Einrichtung i. S. d. § 7 Nr. 6 VOL/A handelt. Die betroffene Kreishandwerkerschaft verfolgt keine primär sozialpolitische Zielsetzung. Sie verfolgt zwar nicht primär erwerbswirtschaftliche Ziele, andererseits jedoch auch nicht in erster Linie altruistisch-sozialpolitische Ziele. Vielmehr vertritt sie hauptsächlich die Interessen des selbständigen Handwerks bzw. des handwerksähnlichen Gewerbes sowie die gemeinsamen Interessen der in ihrem Bezirk vertretenen Handwerksinnungen (§ 87 HandwO i.V.m. ihrer Satzung). Die 1. Vergabekammer stellte fest, dass auch unter Berücksichtigung der weiteren Merkmale öffentlicher Einrichtungen i. S. d. § 7 Nr. 6 VOL/A, nämlich den sich insbesondere aus steuerlichen Vergünstigungen, öffentlichen Zuschüssen (Finanzierung und Förderung) oder aus Vorteilen einer Gewährträgerschaft der öffentlichen Hand ergebenden Wettbewerbsvorteilen, die Kreishandwerkerschaft nicht als öffentliche Einrichtung qualifiziert werden kann. Diese rechtliche Einordnung von Kreishandwerkerschaften, die bereits im Beschluss der 2. Vergabekammer vom 28. Februar 2006 (VK 2-154/04) vertreten wurde, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (Beschluss vom 17. Mai 2006, VII-Verg 16/06, m. w. N.).

### 2.4 Zwingender Angebotsausschluss

#### Änderung der Verdingungsunterlagen

In zwei Fällen stellte die 3. Vergabekammer nach einer Auslegung der Leistungsbeschreibung fest, dass die Angebote des Antragstellers zwingend von der Wertung aus-

zuschließen waren, weil verbindliche Kalkulationsvorgaben des öffentlichen Auftraggebers nicht eingehalten worden waren. Zwar wird die Kalkulation der vom Bieter geschuldeten Gegenleistung grundsätzlich nicht selbst Vertragsbestandteil; allerdings kann das Angebot eines Bieters hinsichtlich der von ihm vertraglich geforderten Gegenleistung nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden, wenn es nicht von der vorgeschriebenen Kalkulationsweise gedeckt ist. In den zugrundeliegenden Verfahren über die Kampfmittelräumung auf ehemaligen Truppenübungsplätzen hatte die Vergabestelle vorgegeben, dass als sog. „Obere Kalkulationsgröße“ eine bestimmte Fläche zugrunde zu legen war, die an einem Tag von Munition, Munitionsteilen und Schrott höchstens geräumt werden sollte. Nur bei Einhaltung der täglich höchstens zu beräumenden Fläche konnte die Vergabestelle zudem Aufschluss darüber gewinnen, ob der betreffende Bieter in der Lage sein würde, den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen: Die „Obere Kalkulationsgröße“ beruhte nämlich auf Vorerkundungsergebnissen und anderen Tatsachen, so dass die Vergabestelle davon ausging, dass die hier angegebenen Quadratmeter pro Tag auch tatsächlich der Fläche entsprachen, die ein durchschnittlicher ordentlicher Auftragnehmer täglich gründlich und sorgfältig beräumen wird. Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsteller hin hob das Oberlandesgericht Düsseldorf die Beschlüsse der Vergabekammer auf. Das Oberlandesgericht vertrat die Auffassung, dass die für die „Obere Kalkulationsgröße“ relevanten Eckdaten für eine verbindliche Angebotskalkulation zu unbestimmt waren. Zur Überarbeitung der Angebote wurde das Vergabeverfahren in das Stadium der Angebotsaufforderung vor Versendung der Verdingungsunterlagen zurückversetzt (Beschlüsse des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 28. September 2005, VII – Verg 32 bzw. 34/05).

In einem Fall, der ein mehrstufiges Verhandlungsverfahren betraf, hatte die Antragstellerin nach Auffassung der 2. Vergabekammer einen zwingenden Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dadurch verwirklicht, dass sie in einem der – von der Antragsgegnerin geforderten – drei Exemplare ihres Ausgangsangebotes die von der Antragsgegnerin vorgegebene Zuschlags-/Bindefrist „30.04.2006“ gestrichen und durch die Eintragung „30.5.2005“ – das Ende der Angebotsfrist – ersetzt hatte. Die Zuschlags-/Bindefrist ist Bestandteil der Verdingungsunterlagen. Deren Änderung hatte die Antragsgegnerin in Ziff. 2.3.3 der Bewerbungsbedingungen für unzulässig erklärt. Ob Änderungen an den Verdingungsunterlagen ohne eine solche ausdrückliche Regelung in einem Verhandlungsverfahren zulässig wären, bedurfte daher keiner Erörterung. Die Antragsgegnerin hatte vielmehr unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Verdingungsunterlagen eine für alle Bieter einheitliche, von ihnen zu akzeptierende Verhandlungsgrundlage darstellen. Damit hatte sie eine wesentliche Voraussetzung für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren und die Vergleichbarkeit der Angebote geschaffen. Der zwingende Ausschluss von die



Verdingungsunterlagen ändernden Angeboten, d. h. die Anwendung der o. g. Bestimmungen der VOL/A, war damit die notwendige Konsequenz jedenfalls dieser Selbstbindung der Antragsgegnerin. Dass zumindest eine Verkürzung der Bindefrist, die dem Ausschluss der Bindung an das Angebot gleichkommt, auch im Verhandlungsverfahren generell nicht akzeptiert werden kann, folgt im Übrigen daraus, dass es auch im Verhandlungsverfahren eines bindenden und damit annahmefähigen Angebots als Grundlage weiterführender Verhandlungen bedarf. Die Änderung an der Verdingungsunterlage wog im entschiedenen Fall nicht deswegen weniger schwer, weil sie nur auf einem Exemplar des Angebots vorgenommen wurde. Das Verbot der Änderung an Verdingungsunterlagen gilt für jede Ausfertigung des Angebots.

### **Zwingender Angebotsausschluss und Gleichbehandlungsgrundsatz**

Wenn alle Angebote in demselben Punkt unvollständig sind und hätten ausgeschlossen werden müssen, stellt sich die Frage, wie der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der aus anderen Gründen nicht zum Zuge gekommen ist, zu behandeln ist. Ist ein Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen, kann der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens Interessen des betreffenden Bieters nicht mehr berühren (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02). Eine Verletzung von Bieterrechten i. S. d. § 97 Abs. 7 ist ausgeschlossen, der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls unbegründet. Eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge kann nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zwar dann in Betracht kommen, wenn alle anderen Angebote an einem vergleichbaren bzw. gleichen Mangel leiden und wenn der öffentliche Auftraggeber den Gleichheitsgrundsatz verletzt hätte, indem er die Angebote, die vergaberechtlich an demselben oder gleichartigen Mangel leiden, ungleich behandelt hätte (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 14. Oktober 2005, Verg 40/05, vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04, vom 19. November 2003, Verg 22/03 und vom 8. Mai 2002, Verg 4/02). Zwar verhielt es sich in mehreren von der Vergabekammer entschiedenen Fällen so, dass alle Angebote an demselben Mangel litten und bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise mithin alle Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen. Allerdings hatte die Vergabestelle alle Angebote gleich behandelt, indem sie den Mangel unberücksichtigt gelassen und die Angebote gewertet hat. Unter diesen Voraussetzungen hat die 3. Vergabekammer die Ausnahme nicht für einschlägig gehalten und ist davon ausgegangen, dass mangels Verletzung des Gleichbehandlungsgebots eine Verletzung von Bieterrechten ausgeschlossen und der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

### **Zwingender Ausschluss wegen Unvollständigkeit der Preisblätter EFB 1a, b, c**

Die 2. Vergabekammer hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Bieter gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zwingend auszuschließen ist,

wenn er als Generalunternehmer nur das Preisblatt EFB 1a ausfüllt und die Preisblätter EFB 1b und 1c unausgefüllt abgibt, obwohl den Angeboten ausweislich der Angebotsaufforderung „Anlagen zur Preisermittlung – EFB-Preis 1a, b, c“ beizufügen waren. Die 2. Vergabekammer verneinte diese Frage. Dabei konnte dahinstehen, ob es für die Antragstellerin als Generalunternehmerin überhaupt Sinn machte, das Formblatt EFB-Preis 1c auszufüllen und die Antragsgegnerin aus entsprechenden Angaben irgendwelche Erkenntnisse ableiten konnte. Denn es ist nicht Sache der Bieter, die abzugebenden Erklärungen auf ihren Sinn zu überprüfen und nur solche Angaben zu machen, die nach ihrer Auffassung für die Vergabestelle von Nutzen sein können. Allein der Auftraggeber legt fest, welche Erklärungen die Bieter abzugeben haben. Die Verpflichtung der Antragstellerin, das Formblatt EFB-Preis 1c auszufüllen, war nach Auffassung der 2. Vergabekammer vielmehr zu verneinen, weil diese Angaben von der Antragsgegnerin nicht eindeutig gefordert waren und daher insoweit keine Erklärungspflicht der Antragstellerin bestand. Aus dem Hinweis „Anlagen zur Preisermittlung – EFB-Preis 1 a, b, c“ ging nicht klar hervor, dass die Bieter das Formblatt EFB-Preis 1c in jedem Fall auszufüllen haben. Im Hinblick darauf, dass die Formblätter EFB-Preis 1a und 1b nach allgemeiner Auffassung nur alternativ auszufüllen sind, war unklar, ob auch das Formblatt EFB-Preis 1c von diesem Alternativitätsverhältnis erfasst war oder ob es zusätzlich zum Formblatt EFB-Preis 1a oder 1b ausgefüllt werden musste. Aus Sicht eines verständigen Bieters konnte der vorgenannte Hinweis durchaus dahingehend verstanden werden, dass je nach Kalkulationsmethode nur eines der Formblätter auszufüllen war. Für ein solches Verständnis spricht insbesondere, dass die Regelungen des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB) – auch wenn diese sich nur an die jeweiligen Vergabestellen richten – eine entsprechende Praxis bei Ausschreibungen des Bundes implizieren. Denn das VHB geht in Ziffer 7 zu § 10 VOB/A davon aus, dass die Formblätter EFB-Preis 1 insgesamt in einem Alternativitätsverhältnis zueinander stehen und der Bieter nur eines dieser Formblätter – und zwar das seiner Kalkulationsmethode entsprechende – auszufüllen hat. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 12. April 2006, VII-Verg 4/06) folgte dieser Auffassung in seiner Entscheidung über die sofortige Beschwerde der Antragstellerin nicht, sondern bejahte einen zwingenden Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A wegen des nicht ausgefüllten Formblatts EFB-Preis 1c. Die Angaben dieses Formblatts seien von der Antragsgegnerin wirksam „gefordert“ worden. Ein Alternativverhältnis bestünde nur zwischen dem Formblatt EFB-Preis 1a mit der Überschrift „Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen“ und dem Formblatt EFB-Preis 1b mit der Überschrift „Kalkulation über die Endsumme“, die ausweislich dieser Überschriften zwei verschiedene Kalkulationsmethoden betreffen. Für das maßgebliche Verhältnis zwischen den Formblättern EFB-Preis 1a und 1c gelte dies jedoch nicht. Vielmehr betreffe das Formblatt EFB-Preis 1c mit der

Überschrift „Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen bei Leistungen des Ausbaugewerbes“ dieselbe Kalkulationsmethode wie das Formblatt EFB-Preis 1a und stehe daher gerade nicht in einem Ausschlussverhältnis zu diesem.

Eine Vergabestelle hatte einen Bieter von der Wertung ausgeschlossen, weil seinem Angebot wesentliche Preisangaben in Form eines Preisblattes fehlten, das nach den Verdingungsunterlagen auszufüllen und zu unterschreiben war. Die Antragsgegnerin durfte auch nicht auf die von dem Bieter eingetragenen Preisangaben in dem beigefügten Entwurf eines Vertrages zurückgreifen. Die Eintragung der Preise in den Vertrag durch den Bieter war nicht gefordert und daher unverbindlich. Rechtliche Verbindlichkeit sollte hingegen allein das von der Vergabestelle in eindeutiger Weise geforderte und mit Datum und Unterschrift zu versiehende Preisblatt erhalten. Die Vergabestelle konnte daher nicht im Rahmen ihres Entscheidungsermessens auf die Vorlage des Preisblattes verzichten. Ihr Entscheidungsermessen war vielmehr auf Null reduziert.

### Mischkalkulation

In einem weiteren Fall war das Angebot des Antragstellers wegen einer sog. Mischkalkulation ausgeschlossen worden. Der Antragsteller hatte in einzelnen Positionen sehr niedrige Preise angeboten. Nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A sind unter den Positionen des Leistungsverzeichnisses die Preise wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04). Daran fehlt es, wenn durch sog. Abpreisen bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis von 0,01 Euro und sog. Aufpreisen der Einheitspreise anderer angebotener Positionen Preise benannt werden, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergeben. Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller sehr niedrige Preise angeboten. Hat der Auftraggeber Zweifel daran, ob das Angebot des Bieters die tatsächlich geforderten Preise enthält, kann er sich gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A über die Angemessenheit der Preise unterrichten. Ergibt die Aufklärung, dass die Preise für die ausgeschriebenen Leistungen nicht in der nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A erforderlichen Weise das tatsächlich für die Leistung geforderte Entgelt ausweisen, ist ein Angebotsausschluss möglich (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 16. Mai 2006, VII-Verg 19/06). Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle aber keine Aufklärung vorgenommen, sondern eine unzulässige Mischkalkulation ohne weitere Rückfragen unterstellt. Anhaltspunkte dafür, dass der Bieter Kostenbestandteile verschoben hat, waren aber nicht offensichtlich. Ohne eine weitere Aufklärung konnte die Vergabestelle deshalb das Angebot nicht wegen fehlender Preisangaben aus formellen Gründen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A ausschließen. Insofern konnte sich die Antragsgegnerin auch nicht

erfolgreich darauf berufen, sie kenne die unzulässige Mischkalkulation im Angebot des Bieters schon aus früheren Bewerbungen.

Die 3. Vergabekammer hat in einer Entscheidung betont, dass die Tatsache, dass ein Bieter wesentlich günstigere Preise anbietet als ein anderer, nicht indiziert, dass eine unzulässige Mischkalkulation vorliegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine unzulässige Mischkalkulation dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot die geforderten Preise nicht vollständig oder zutreffend in der jeweiligen Position wiedergibt, sondern die von ihm tatsächlich geforderten Preise durch „Auf-“ bzw. „Abpreisen“ auf verschiedene Positionen verteilt (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04).

### Unschlüssigkeit des Vortrags

Den Nachprüfungsantrag, der im Rahmen der Ausschreibung der Systemtechnik für die Errichtung eines bundeseinheitlichen Digitalfunknetzes für Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben gestellt worden war, wies die 1. Vergabekammer zurück. Die Antragsgegnerin hatte das Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Angebotswertung mit der Begründung ausgeschlossen, dass es in acht Kriteriengruppen den jeweils erforderlichen Grad der Mindestanforderungen nicht erreicht habe, was gemäß der eindeutigen Festlegung in der Verdingungsunterlage zum Ausschluss des Angebots aus der weiteren Wertung führte. Hinsichtlich des Hauptantrags der Antragstellerin, der auf Erteilung des Zuschlags nur unter Berücksichtigung ihres eigenen Angebots gerichtet war, verneinte die Kammer bereits die Antragsbefugnis i. S. d. § 107 Abs. 2. Denn die Antragstellerin hatte die von ihr diesbezüglich geltend gemachte Rechtsverletzung, nämlich den Umstand, dass ihr Angebot trotz Erfüllung der in der Verdingungsunterlage geforderten Mindestanforderungen bei der weiteren Wertung nicht berücksichtigt worden ist, nicht schlüssig vorgetragen (vgl. zur Schlüssigkeit auch Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04). Sie hatte lediglich zu drei der insgesamt acht Kriteriengruppen, in denen die Antragstellerin nach der Wertung durch die Antragsgegnerin die erforderliche Mindestpunktzahl nicht erreicht hatte, konkret vorgetragen, dass ihr Angebot bei einzelnen Unterpunkten mit einer höheren Punktzahl hätte bewertet werden müssen, und dies näher begründet. Selbst wenn man diesen Vortrag der Antragstellerin als zutreffend unterstellte, führte eine entsprechende Höherbewertung noch nicht dazu, dass das Angebot der Antragstellerin in diesen drei Kriteriengruppen die gemäß der Verdingungsunterlage erforderliche Mindestpunktzahl erreichte. Mit ihrem Hilfsantrag beantragte die Antragstellerin den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen und berief sich darauf, dass im Falle des Ausschlusses auch des Angebots der Beigeladenen das Vergabeverfahren aufgehoben werden müsse und die Antragstellerin in einem sich anschließenden Vergabeverfahren die Chance erhalte, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben. Den Vortrag der Antragstellerin, auch die Beigeladene sei nicht in der Lage, die

Mindestanforderungen der Verdingungsunterlage zu erfüllen, wies die 1. Vergabekammer gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 als präkludiert zurück. Denn aus dem Schreiben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin wurde nicht deutlich, dass die Antragstellerin für den Fall des Nichtausschlusses des Angebots der Beigeladenen wegen Verfehlens der Mindestanforderungen beabsichtigte, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Soweit der Hilfsantrag hinsichtlich weiterer geltend gemachter Mängel des Angebots der Beigeladenen zulässig war, wies die Kammer ihn als unbegründet zurück. Die Kammer stützte sich letztlich darauf, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht gegeben war, weil das Angebot der Beigeladenen und das Angebot der Antragstellerin nicht an einem gleichartigen Mangel litten (vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, z. B. Beschluss vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04; der Bundesgerichtshof spricht in seinem Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 – von einem gleichwertigen Mangel). Die 1. Vergabekammer stellte fest, dass es im vorliegenden Fall an einem solchen gleichartigen Mangel fehlte, da sämtliche von der Antragstellerin vorgetragenen Ausschlussgründe in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen auf einem anderen Lebenssachverhalt basierten (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2006, VII-Verg 98/05, wonach sich die Gleichartigkeit eines Mangels nach dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt beurteilt und somit nur tatsächlich im Wesentlichen gleiche Angebotsmängel ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung begründen können). Der Hauptvorwurf der Antragstellerin, die Beigeladene verfüge nicht über alle für die Durchführung des Auftrags erforderlichen Patente, würde – die Richtigkeit dieses Vorwurfs unterstellt – dazu führen, dass die Beigeladene wegen mangelnder Leistungsfähigkeit (vgl. zur fehlenden Leistungsfähigkeit wegen Patentverletzung: Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 2005, Verg 91/04) auszuschließen wäre, während das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen auf der dritten Wertungsstufe ausgeschlossen wurde. Auch der Vorwurf des Begehens strafrechtlich relevanter Handlungen durch Mitarbeiter der Beigeladenen, die nach Auffassung der Antragstellerin die Unzuverlässigkeit der Beigeladenen im vergaberechtlichen Sinne nach sich ziehen müsste, beträfe die zweite Wertungsstufe des Vergabeverfahrens und stellte damit im Verhältnis zur Antragstellerin keinen gleichartigen Angebotsmangel dar.

### **Fehlende Nachunternehmerbestätigung**

Die 2. Vergabekammer hat den Ausschluss eines Bieters bestätigt, der eine geforderte Erklärung gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A nicht vorgelegt hatte. Der Auftraggeber hatte die Benennung von Nachunternehmern und die Vorlage einer Nachunternehmerbestätigung gefordert. Zwar waren nach Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen Nachunternehmer nur auf Verlangen zu benennen. Der Auftraggeber hatte aber in dem der Angebotsaufforderung beigefügten und von den Bieterinnen zu verwendenden Angebotsformblatt sowie dem Formblatt „Verzeichnis der

Nachunternehmerleistungen“ eindeutig klargestellt, dass als „Ergänzung der Aufforderung zur Angebotsabgabe“ mit dem Angebot die einzusetzenden Nachunternehmer zu benennen und die Nachweise vorzulegen waren, dass dem Bieter die erforderlichen Mittel dieser Unternehmen zur Verfügung stehen. In den Bewerbungsbedingungen hatte die Antragsgegnerin zudem darauf hingewiesen, dass das Angebot die Preise und die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten müsse. Die Rechtsgrundlage für die geforderte Erklärung ergibt sich aus § 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A. Danach kann der öffentliche Auftraggeber die Bieter auffordern, in ihrem Angebot die Leistungen anzugeben, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen. Bei einer Nachunternehmererklärung geht es der Vergabestelle um die Ermittlung von Grundlagen zur Durchführung ihrer Wertungsentscheidung. Der Nachunternehmereinsatz ist kalkulations- und wettbewerbserheblich. Die Vorlage einer Erklärung des Nachunternehmers, dass dieser dem Bieter im Falle der Auftragserteilung zur Verfügung steht, ist insoweit vergaberechtlich zulässig. Es ist daher aus Sicht der Vergabestelle sinnvoll, sich für den Fall des Einsatzes von Nachunternehmern bei der Angebotsabgabe gleichzeitig eine Erklärung bzw. einen Nachweis vorlegen zu lassen, dass der Bieter über die genannten Ressourcen auch verfügt.

In einem weiteren Fall hatte der Antragsteller ebenfalls keine ausdrücklichen Verpflichtungserklärungen seiner Nachunternehmer abgegeben. In den Angebotsunterlagen waren aber auch keine konkludenten Verpflichtungserklärungen enthalten. Da die Vergabestelle kein Formular für eine Verpflichtungserklärung beigefügt hatte, stand es den Bieterinnen zwar frei, eine solche Erklärung entsprechend selbst zu formulieren und beizubringen. Die im Angebot der Antragstellerin enthaltenen „Eignungsnachweise Nachunternehmer“ bzw. die Vereinbarungen zur Tarifreue gaben aber keinen hinreichenden Aufschluss darüber, ob der Antragsteller über die Mittel des Nachunternehmers zur Ausführung des betreffenden Auftragsverhältnisses verfügen könnte. In den „Eignungsnachweisen“ erklärten die Nachunternehmer allein, dass sie zur Durchführung des Auftrags grundsätzlich in der Lage sind („bestätigen wir, dass wir für die Ausführung der im Anhang beschriebenen Leistungen geeignet sind (...). Wir können diesen öffentlichen Auftrag erfüllen, da wir fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind.“). Das Eingehen einer vorvertraglichen Bindung mit dem Nachunternehmer war hierin aber nicht zu sehen. Ebenso wenig lag eine derartige Bindung in der Vereinbarung des Antragstellers mit seinen Nachunternehmern zur Tarifreue. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

### **Verfügbarkeit der Mittel Dritter**

In drei parallelen Nachprüfungsverfahren, die ein Nichtoffenes Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zum Gegenstand hatten, vertraten die Antragsteller die Ansicht, die Beigeladene sei unter anderem deswegen zu Unrecht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden,

weil die Beigeladene in ihrem Teilnahmeantrag nicht nachgewiesen habe, über die Mittel dritter Unternehmen verfügen zu können, auf die sie sich zum Nachweis ihrer Eignung berufen habe. Die 2. Vergabekammer des Bundes teilte diese Auffassung, wies die Nachprüfungsanträge jedoch zurück, weil auch die Teilnahmeanträge der Antragsteller an diesem Mangel litten, während zwei weitere Bieter zu Recht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden waren. Durch die Aufforderung der Beigeladenen zur Angebotsabgabe hatte die Antragsgegnerin damit zwar gegen die bieterschützende Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A verstoßen, doch resultierte hieraus kein Schaden für die Antragsteller, da diese wegen vorhandener wertbarer Angebote dritter Bieter keine Aussicht hatten, einen neuen, fehlerfreien Teilnahmeantrag einzureichen; auch ein grundlegender Verfahrensmangel, der eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe der Teilnahmeanträge geboten hätte, konnte nicht festgestellt werden. Hinsichtlich der Eignungsnachweise stellte die Vergabekammer fest, dass sich die in § 4 Abs. 4 VgV in der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz geänderten Fassung geregelte Möglichkeit, sich der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, nicht auf Offene Verfahren beschränkt. Sie besteht überdies in vollem Umfang, ohne dass es eines Kernes eigener Leistungsfähigkeit des Bieters, der auf die Leistungsfähigkeit Dritter verweist, bedarf (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2006 – VII Verg 18/06). Ein Bieter, der sich auf die Mittel eines anderen Unternehmens berufen will, muss jedoch von sich aus nachweisen, dass diese Mittel und Einrichtungen ihm tatsächlich zur Verfügung stehen. Da die Antragsgegnerin im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs keine Fremdbelege gefordert hatte, erschien es der Vergabekammer zwar naheliegend, auch für den Verfügbarkeitsnachweis Eigenerklärungen ausreichen zu lassen. Die in den Teilnahmeanträgen der Beigeladenen und der Antragsteller enthaltenen Aussagen waren gleichwohl nicht geeignet, einen solchen Nachweis zu erbringen. Erforderlich hierfür ist, dass die Eigenerklärung Umstände darlegt, aus denen sich ergibt, dass der Bewerber über die Mittel der Drittunternehmen, auf die er sich beruft, verfügen kann. Soweit ein Bewerber lediglich angibt, zu einer Unternehmensgruppe zu gehören, erlaubt dies nach Auffassung der Vergabekammer noch keinen Schluss auf eine Verfügungsmöglichkeit des Bewerbers über die Mittel anderer Mitglieder des Unternehmensverbundes (vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 2. Dezember 1999, Rs. C – 176/98 – Holst Italia, Rz. 29). Eine solche Verfügungsmacht wird zwar dann anzunehmen sein, wenn der Bieter die Drittunternehmen, auf die er sich beruft, beherrscht. Einen herrschenden Einfluss auf die Unternehmen, deren Mittel sie nutzen wollten, hatten die Beigeladene und die Antragsteller jedoch nicht dargelegt, vielmehr handelte es sich bei den dritten Unternehmen um Mutter- oder Schwestergesellschaften. Auch eine durch Personalunion zwischen Mitgliedern der Geschäftsleitungen der Drittunternehmen und der Bewerber vermittelte Zugriffsmöglichkeit war den Teilnahmeanträgen nicht zu entnehmen.

### Wechsel in der Person des Bieters

Die 2. Vergabekammer hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem sich das Unternehmen A GmbH als Bieter an einer Ausschreibung beteiligte. Die A GmbH sollte per gesellschaftsrechtlichem Verschmelzungsvertrag in das Unternehmen B GmbH eingegliedert werden. Der Abschluss des Verschmelzungsvertrags war einer Stelle im Hause der Vergabestelle bereits mehrere Monate vor der Ausschreibung mitgeteilt worden. Das Unternehmen A GmbH hatte in seinem Angebot ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es – ohne Nennung seiner ursprünglichen Gesellschaftsbezeichnung – ein Unternehmen der B GmbH sei. Die Verschmelzung wurde erst mit Eintragung ins Handelsregister nach Angebotsabgabetermin rechtlich wirksam. Die 2. Vergabekammer war der Auffassung, dass eine Änderung der Identität des Bieters im Sinne eines Austauschs bzw. Ausscheidens des ursprünglichen Bieters nicht stattgefunden hatte. Die Bieterin A konnte ihr Angebot nicht anders als unter ihrem Namen unter gleichzeitigem Hinweis auf den Unternehmensverbund mit der B GmbH abgeben. Mit Eintragung der Verschmelzung war ihrer Auffassung nach die B GmbH zulässigerweise Rechtsnachfolgerin und damit Bieterin geworden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich dieser Auffassung in seinem Beschluss vom 11. Oktober 2006 (VII-Verg 34/06) nicht angeschlossen. Es war der Auffassung, dass der Zusatz „ein Unternehmen der B GmbH“ nur ein undeutlicher Hinweis auf eine irgendwie geartete unternehmerische Verbindung zwischen der A GmbH und der B GmbH gewesen sei. Dass einer Stelle im Hause der Antragsgegnerin der Abschluss des Verschmelzungsvertrags schon Mitte 2005 mitgeteilt worden sei, habe den Vorgang für die Antragsgegnerin jedenfalls am Tag der Submission nicht transparent gemacht. So habe sie nicht gewusst, ob der Verschmelzungsvertrag in der ursprünglichen Form gültig geblieben sei, welchen Inhalt der Antrag auf Eintragung ins Handelsregister konkret hatte und wann die Eintragung der Verschmelzung erfolgen würde. Das Angebot habe durch die Verschmelzung einen neuen Bieter, Rechtsträger und Leistungsverpflichteten erhalten. Das geänderte Angebot sei aus den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung im Vergabeverfahren auszuschließen. Eine unangemessene Beschwerne für die B GmbH könne nicht gesehen werden. Unternehmen hätten es grundsätzlich in der Hand, im Rahmen ihrer Planung steuernd zu wirken und ihre unternehmerischen Aktivitäten von langer Hand darauf abzustimmen. Dies gelte für jede Art der Verschmelzung. Im konkreten Fall hätte die B GmbH vielmehr ein eigenes Angebot abgeben und sich darin etwaig ihr fehlender Mittel der A GmbH versichern können. Soweit bei derartig gelagerten Sachverhalten die Einschaltung von Behörden Verzögerungen bedingen könnten, seien diese grundsätzlich der Risikosphäre des Unternehmens zuzuordnen.

### Zwingender Angebotsausschluss wegen Verspätung

Die 3. Vergabekammer hat entschieden, dass die Vergabestelle ein Angebot nicht ausschließen darf, wenn konkrete

Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in ihrem Verantwortungsbereich Ursachen für die Nichterweislichkeit ausschlussrelevanter Tatsachen gesetzt wurden. In den konkreten von der Vergabekammer entschiedenen Fällen war der Zeitpunkt des Zugangs der Angebote nicht feststellbar, weil die Angebote in das Postfach der Vergabestelle zugestellt worden waren, das Postfach jedoch zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht geleert worden war. Zwar hatte die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen vorgegeben, dass die Angebote an ihre Hausadresse zu adressieren waren. Da aber nach den maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG für die Nutzung von Postfächern (AGB Postfach) auch die Einlegung von an die Hausanschrift gerichteten Sendungen in das Postfach zulässig war, hätte die Vergabestelle damit rechnen müssen, dass Angebote auch im Postfach eingehen und das Postfach unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist leeren und den Zugangszeitpunkt dokumentieren müssen. Da sie dies nicht getan und damit die Feststellbarkeit des Zugangszeitpunktes vereitelt hat, kann sie sich nicht auf die Verspätung des Angebots berufen.

### Unklarheit des Angebots

Ihre Praxis, dass unklare Angebote auszuschließen sind (3. Vergabekammer, Beschluss vom 4. Oktober 2004, VK 3-152/04), hat die 3. Vergabekammer in zwei Entscheidungen im Berichtszeitraum bestätigt. Im ersten diesbezüglich entschiedenen Fall hatte die Antragstellerin im Laufe eines ausgedehnten Verhandlungsverfahrens verschiedene Angebote abgegeben. Im letzten Angebot hatte sie für eine bestimmte Vertragsleistung bei einer verringerten Nutzung Abschlüsse angeboten, die höher waren als der Preis für die Grundleistung. Dies hätte zu dem paradoxen Ergebnis geführt, dass die Antragstellerin bei verringerter Nutzung der Vergabestelle nicht etwa einen reduzierten Preis in Rechnung stellen würde, sondern dass darüber hinausgehend die Antragstellerin der Vergabestelle noch etwas zu bezahlen hätte. Die Antragstellerin hatte im Nachprüfungsverfahren erklärt, dass es sich bei den Abzugsposten, die höher sind als die Grundposition, ursprünglich um ein Versehen handelte. Allerdings sehe sie sich nun an die von ihr angebotenen Preise gebunden. Aus dieser Einlassung ergab sich für die Vergabekammer eindeutig, dass Erklärtes und Gewolltes zunächst nicht übereinstimmen und dem Angebot zunächst und grundsätzlich erst einmal der zwingende Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. a VOL/A anhaftete, weil insoweit unrichtige und damit fehlende echte Preisangaben vorlagen. Selbst wenn man davon ausginge, dass zumindest im Verhandlungsverfahren der Ausschlussgrund der unrichtigen bzw. fehlenden Preisangaben durch die nachträgliche Einlassung, die angegebenen Preise seien nunmehr die tatsächlich gewollten, geheilt werden könnte, hätte dies im konkreten Fall am Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes im Ergebnis nichts geändert. In diesem Fall wäre der Sachverhalt mit derselben Rechtsfolge allerdings nicht mehr unter § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. a VOL/A, sondern stattdessen unter Buchst. c zu subsumieren. Wenn schon Änderungen des Bieters an seinen Angaben zweifelsfrei sein müssen, so muss dies erst

recht das Angebot als solches sein. Dies war vorliegend nicht der Fall, da es schlechterdings nicht erklärbar und damit nicht plausibel ist, wieso der Antragsgegner bei geringerer Inanspruchnahme einer bestimmten Leistung noch eine Forderung gegen die Antragstellerin zustehen soll. Nachvollziehbar wäre im Extremfall, wenn eine Abrechnung mit 0.- Euro erfolgen würde – nämlich in dem Fall, dass die Leistung gar nicht mehr in Anspruch genommen wird. Da die Leistung auftragnehmerseitig dennoch bereit gehalten werden muss, ist eine Forderung der Vergabestelle auch in diesem Extremfall nicht denkbar. Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Angebot in sich unplausibel und nicht verständlich ist. Das Recht des Bieters, Herr über sein eigenes Angebot zu bleiben und damit eigenverantwortlich zu bestimmen, zu welchen Bedingungen er welche Leistungen anbietet, findet hier eine Grenze. Es ist der Antragstellerin trotz ihrer Versicherungen, der Preis sei nunmehr ernst gemeint und für Irrtumsanfechtungen sei daher kein Raum mehr, nicht zumutbar, sich auf ein in sich unplausibles und nicht nachvollziehbares Angebot einzulassen. Es wäre sonst das bereits jetzt erkennbare Risiko im Vertrag angelegt, dass jedenfalls die Möglichkeit späterer Probleme bei der Vertragsdurchführung – Irrtumsanfechtung, Abrechnungsprobleme – besteht. Dieses Risiko ist durch die im Nachprüfungsverfahren gemachten Erklärungen der Antragstellerin nicht vollständig ausräumbar. Der Antragsgegnerin kann nicht zugemutet werden, sich sehenden Auges auf eine solche Möglichkeit einlassen zu müssen. Der Ausschlussgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. c VOL/A ist danach sowohl formal als auch nach seinem Sinn und Zweck erfüllt.

### Fehlende Unterschrift

Die 3. Vergabekammer hat festgestellt, dass ein Bieter, der sein Angebot entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 VOL/A nicht unterschreibt, nicht als „Teilnehmer an einem Vergabeverfahren“ i. S. d. § 97 Abs. 2 anzusehen ist. Wegen der vergaberechtlichen Kaskade, die in § 4 Abs. 1 VgV die Anwendung der VOL/A für Aufträge über den Schwellenwerten verbindlich macht, handelt es sich bei § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 VOL/A um ein im materiellen Sinne gesetzliches Schriftformerfordernis. Wird hiergegen verstoßen, bestimmt sich die Rechtsfolge nach § 125 BGB, wonach das Angebot nichtig ist. Wenn mangels Unterschrift kein Angebot im Rechtssinne abgegeben wurde, obwohl der Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit hierzu gegeben hat, ist der Bieter als Nichtteilnehmer am Vergabeverfahren zu qualifizieren. Das reine Interesse des Bieters am Auftrag begründet keine Teilnehmerstellung. Insbesondere ist die fehlende Unterschrift – selbst wenn sie auf einem Versehen beruht – dem Bieter zuzurechnen. Ein Unternehmen, das ein nicht unterschriebenes Angebot abgegeben hat, ist gemäß § 125 BGB deshalb so zu behandeln, wie ein Unternehmen, das sich von Anfang an nicht am Vergabeverfahren beteiligt hat. Dem Ausschlussstatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOL/A kommt vor diesem Hintergrund rein deklaratorische Bedeutung zu. Mangels Teilnehmerstellung kann es dann auch nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots kommen, wenn die Angebote der Kon-

kurrenten wegen formeller Mängel ebenfalls hätten ausgeschlossen werden müssen (vgl. grundlegend zu dieser Konstellation Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 15. Dezember 2004, VII – Verg 47/04 und vom 14. Oktober 2005, VII – Verg 40/05, sowie Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 6. März 2006, 11 Verg 11/05 und 12/05).

### Geforderte Preise

Die 3. Vergabekammer hatte sich mit der Frage zu befassen, welche Folgen widersprüchliche Preisangaben eines Bieters zu einer Position haben. Die Kammer entschied, dass die Nichterkennbarkeit des tatsächlich geforderten Preises aufgrund der widersprüchlichen Angaben dem Fehlen der Preisangabe gleichzustellen ist. Die Angabe des Preises für die Maßnahme pro Teilnehmer und Monat war wesentlich, da es im Rahmen der vergleichenden Wertung nach der UfAB III-Formel in erheblichem Maße auf den Preis ankam. Das betreffende Angebot war daher zwingend von der Wertung auszuschließen. Ausgeschlossen war eine Klärung der Preisangabe im Wege der Nachverhandlung (§ 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A).

Die Antragstellerin war in einem weiteren Fall nicht schon deshalb auszuschließen, weil ihr Angebot einen rechnerischen Fehler enthielt. Zwar hatte die Vergabestelle bei der Prüfung des Angebots festgestellt, dass in einer Position der Einheitspreis und der Gesamtbetrag nicht übereinstimmten. Nach den Vorgaben der VOB/A ist aber ein rechnerisch fehlerhaftes Angebot grundsätzlich nicht von der weiteren Vergabe auszuschließen. Nach § 23 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist der Einheitspreis maßgebend, wenn der Gesamtbetrag einer Ordnungszahl (Position) nicht dem Ergebnis der Multiplikation von Mengenansatz und Einheitspreis entspricht. Eine Korrektur des Einheitspreises nach den Grundsätzen zur Auslegung von Willenserklärungen im Sinne von § 133 BGB kommt nur in Betracht, wenn der Einheitspreis offensichtlich zu hoch oder zu niedrig angegeben ist. Hierfür muss sich aus dem Angebot eindeutig ergeben, dass hinsichtlich des Einheitspreises ein Schreibfehler vorliegt. Ist dagegen eine zweifelsfreie Auslegung nicht möglich, muss es bei dem eingesetzten Einheitspreis bleiben. Da die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Berechnungshilfe hier nicht ausgefüllt worden war, war es der Vergabestelle nicht möglich, auf einen Schreibfehler im Einheitspreis zu schließen. Sie musste daher von dem eingetragenen Einheitspreis von 3,20 Euro ausgehen. Der Angebotswertung durfte ausschließlich das zum Abgabetermin vorgelegte Angebot zugrunde gelegt werden. Verhandlungen über eine Änderung der Preise, aber auch zur Aufklärung von eventuellen Kalkulationsirrtümern sind gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A bei einer Vergabe im offenen Verfahren grundsätzlich nicht statthaft. Die Antragsgegnerin durfte das Angebot der Antragstellerin allerdings nicht ohne weitere Aufklärung mit der Begründung von der Wertung ausschließen, es enthalte zu geringe, unaukömmliche Preise. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist vom Bieter schriftlich Aufklärung über die

Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen (§ 25 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/A).

## 2.5 Aufklärungsverhandlung

Die Vergabestelle hatte die Umstellung von mindestens 50 % ihrer Assembler-Programme auf Cobol ausgeschrieben. Die Antragstellerin hatte die Umstellung von fast 100 % der Programme angeboten. Da die Vergabestelle die Umstellbarkeit von mehr als 90 % der Programme für unrealistisch und technisch nicht machbar hielt, hat sie die Antragstellerin in einem Aufklärungsgespräch gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A aufgefordert, ihren Lösungsweg zu erläutern. Die Erläuterungen der Antragstellerin hatten die Vergabestelle nicht überzeugt, so dass sie die Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren ausschloss. Im Nachprüfungsverfahren stellte die 1. Vergabekammer einen Dokumentationsmangel fest, der es der Vergabekammer unmöglich machte, nachzuvollziehen, ob die Vergabestelle hinreichend sorgfältig ermittelt hatte, ob die Antragstellerin – wie von ihr behauptet – nahezu 100 % der Programme umstellen könne. Die Vergabekammer hat festgestellt, dass aus der Vergabeakte hervorgehen muss, (a) welche Fragen der Antragstellerin gestellt wurden und wie diese im einzelnen von der Antragstellerin beantwortet wurden, (b) in welcher Tiefe die Antragstellerin ihre Lösung darstellen soll und (c) weshalb die Vergabestelle bestimmte Antworten der Antragstellerin nicht für überzeugend hält. Die Vergabekammer hat der Vergabestelle daher aufgegeben, das Vergabeverfahren beginnend mit dem Aufklärungsgespräch zu wiederholen. In dem zweiten Aufklärungsgespräch konnte die Antragstellerin die Bedenken der Vergabestelle ausräumen, so dass die Vergabestelle nunmehr beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Dabei hat sie ihren Beurteilungsspielraum nicht verletzt. Wie in der Vergabeakte diesmal ausreichend dokumentiert, hat die Vergabestelle sich von der Antragstellerin ihren innovativen Lösungsweg ausreichend erläutern und von fachkundigen Experten beurteilen lassen. Verbleibende Restunsicherheiten sind bei Prognoseentscheidungen über die technische Machbarkeit von innovativen, unerprobten Lösungsvorschlägen nicht völlig auszuschließen und vom Beurteilungsspielraum gedeckt.

## 2.6 Eignungskriterien

### 2.6.1 Anforderungen an Eignungskriterien

Eine Vergabestelle hat nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur die Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Sachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Bei den genannten Begriffen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die dem Auftraggeber einen bestimmten Beurteilungsspielraum lassen. Hinsichtlich der Eignungswertung der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin hatte die Vergabestelle im zu prüfenden Fall die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums in Bezug auf die angebotenen Räumlichkeiten nicht über-

schritten. Aus den Verdingungsunterlagen war zu entnehmen, dass der Bieter mit Angebotsabgabe die in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen an die Räumlichkeiten und deren Ausstattung zu erfüllen und diese termingerecht zum Vertragsbeginn vorzuhalten hatte. Als Nachweis für die Leistungsfähigkeit des Bieters reichte die Vorlage eines Mietvertrages oder eine entsprechende Zusicherung über die vorgesehenen Räumlichkeiten aus. Aus der Tatsache, dass ein Mietvertrag noch nicht abgeschlossen bzw. – darüber hinausgehend – ein laufender Mietvertrag nur befristet war, konnte kein Indiz hinsichtlich einer mangelhaften Vertragserfüllung abgeleitet werden. Die Geeignetheit der Räumlichkeiten war vielmehr anhand einer Einzelfallprüfung zu bewerten. Die Vergabestelle hatte sich insbesondere durch eine Ortsbegehung von dem Zustand der Immobilie ein Bild gemacht. Da die Verdingungsunterlagen noch einen letzten Besichtigungstermin spätestens zwei Wochen vor Maßnahmebeginn vorsahen, konnte sich die Vergabestelle spätestens zu diesem Zeitpunkt ein abschließendes Bild hierzu machen. Die Vergabestelle hatte zudem erklärt, dass sie die Räumlichkeiten vor Zuschlagserteilung nochmals besichtigen und prüfen werde. Seien die Räumlichkeiten bei diesem Besichtigungstermin noch nicht in geeignetem Zustand, werde sie den Zuschlag nur unter der auflösenden Bedingung erteilen, dass die Räumlichkeiten in einem entsprechend geeigneten Zustand versetzt sind. Angesichts der geltend gemachten Bedenken hinsichtlich einer rechtzeitigen Fertigstellung stellte sich die Vorgehensweise der Antragsgegnerin als sachgerecht und angemessen dar.

### 2.6.2 Eignungsnachweis

Die 3. Vergabekammer stellte in einem Nachprüfungsverfahren, in dem um den Nachweis besonderer Erfahrungen des antragstellenden Bieters gestritten wurde, fest, dass der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis der Eignung auch solche Nachweise fordern kann, die zu einer Benachteiligung von Unternehmen führen, die neu am Markt sind, soweit der Auftraggeber durch den Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags ein berechtigtes Interesse an den geforderten Angaben hat (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 9. Juli 2003, Verg 26/03, vom 20. November 2001, Verg 33/01, vgl. auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, VII-Verg 49/05 und VII-Verg 50/05). Die Vergabekammer stellte darüber hinaus klar, dass der öffentliche Auftraggeber die Bieter, die die geforderten Eignungsnachweise nicht mit dem Angebot vorlegen, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen hat (s. Oberlandesgericht Düsseldorf in ständiger Rechtsprechung, vgl. Beschlüsse vom 9. Juni 2004, Verg 11/04 und vom 19. November 2003, Verg 47/03). Ein wie auch immer geartetes Ermessen kommt dem Auftraggeber dabei nicht zu (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2004, Verg 11/04). Er ist aufgrund des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebots daran gehindert, nicht vorgelegte Eignungsnachweise nachzufordern oder auf die Vorlage der geforderten Nachweise zu verzichten (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, a. a. O. sowie Beschlüsse vom 26. Januar 2005, VII-Verg 45/05 und vom 25. No-

vember 2002, Verg 56/02). Zum gleichen Ergebnis kommt auch die 1. Vergabekammer. Die Kammer führte zum Ablauf der Wertung aus, dass es keinen Bedenken begegnet, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignungsprüfung zeitlich parallel zur Prüfung der Angebote auf den weiteren Wertungsstufen fortführt, solange die Wertungsstufen und die jeweiligen Kriterien nicht miteinander vermischt werden.

### 2.6.3 Eignungsprüfung

Die 3. Vergabekammer stellte in mehreren Verfahren in Bezug auf den Umfang der Eignungsprüfung fest, dass der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für Rechtsverstöße eines Bieters, die einen Zusammenhang zu dem streitgegenständlichen Auftrag aufweisen, prüfen muss, ob der potenzielle Auftragnehmer in Bezug auf die Leistungserbringung als zuverlässig gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A gelten kann. Die Vergabekammer hatte mehrere Fälle zu entscheiden, in denen der öffentliche Auftraggeber eine solche Prüfung nicht vorgenommen hatte, obwohl konkrete Anhaltspunkte vorlagen, dass sich der Bieter bei Erbringung eines anderen vergleichbaren Auftrags für die Auftraggeberin bereits vertragswidrig oder sogar ordnungswidrig verhalten haben könnte. Die Vergabekammer gab daher dem Nachprüfungsantrag jeweils statt und ordnete an, die Wertung des Angebots des betreffenden Bieters insbesondere bezüglich der Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters zu wiederholen.

Des Weiteren hatte sich die 3. Vergabekammer in mehreren Fällen mit der Frage zu befassen, ob und inwieweit bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters zu berücksichtigen ist, dass dieser im Gegensatz zu anderen Bietern noch nicht langjährig und erfolgreich vor Ort tätig gewesen ist bzw. am Maßnahmeort noch nicht über die erforderlichen personellen und räumlichen Ressourcen verfügt. Die Vergabekammer wies darauf hin, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich freisteht, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben zu definieren und die von den Bietern für die Leistungserbringung zu erfüllenden Anforderungen festzulegen. Er kann zwar auch strenge Eignungsanforderungen aufstellen, wenn dies für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags erforderlich ist, ist hierzu aber nicht verpflichtet (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2005, VII-Verg 55/05; Beschluss vom 22. September 2005, VII-Verg 48/05). In den zu entscheidenden Fällen hatte sich der Auftraggeber insoweit für eine im Sinne des Wettbewerbs positive Ausweitung des Bieterkreises auch auf ortsfremde Anbieter entschieden und hierdurch gleichzeitig § 7 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A Rechnung getragen, wonach der Wettbewerb grundsätzlich nicht auf Bewerber beschränkt werden darf, die in bestimmten Bezirken ansässig sind. Hieran war er bei der Durchführung der Eignungsprüfung gebunden. Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien wäre unzulässig gewesen, weil dadurch der Gleichbehandlungs- und vor allem der Transparenzgrundsatz verletzt worden wäre.

Die 2. Vergabekammer hatte einen Fall zu entscheiden, in dem während des laufenden Vergabenachprüfungsverfahrens Zweifel an der Eignung der Antragstellerin auftraten. Die Vergabestelle hatte im Anschluss an die mündliche Verhandlung die Eignungsprüfung wiederholt. Die Erläuterungen der Antragstellerin zur Durchführung der Kampfmittelbergung in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer hätten nicht erkennen lassen, dass die notwendige Fachkunde im Umgang mit Kampfmitteln vorhanden sei. In der Ausführung einer Baumaßnahme durch die Antragstellerin auf dem Truppenübungsplatz X seien zudem erhebliche Unstimmigkeiten festgestellt worden. Liegt die Eignung nicht vor, weil Bieter beispielsweise nicht die erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde besitzen oder zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen (ganz oder teilweise) außer Stande sind, handelt es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund, der vom öffentlichen Auftraggeber bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens – d. h. bis zur rechtswirksamen Zuschlagserteilung – zu beachten ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2004, Verg 10/04). Folglich sind auch noch im Laufe des Nachprüfungsverfahrens alle erheblichen Umstände in die Eignungsprüfung einzubeziehen, die der Vergabestelle zwischenzeitlich zur Kenntnis gelangt sind. Es bestanden im zu prüfenden Fall begründete Zweifel an der Eignung der Bieterin im Hinblick auf Fachkunde und Zuverlässigkeit. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde eingelegt.

#### **2.6.4 Zwingender Angebotsausschluss bei fehlenden Eignungsnachweisen**

##### **Geforderte Eigenerklärung**

In einem Fall war die nach der Vergabebekanntmachung geforderte Eigenerklärung des Bieters, wonach der beigefügte Handelsregisterauszug den aktuellen Eintragungsstand wiedergeben sollte, dem Angebot nicht beigelegt. Damit hatte der Bieter eine gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A geforderte Erklärung nicht abgegeben. Da es sich hierbei um eine Erklärung im Zusammenhang mit dem Nachweis der Eignung handelte, führte deren Fehlen zu einem zwingenden Ausschluss des Angebots gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss v. 9. Juni 2004, Verg 11/04). Eine Eigenerklärung konnte auch nicht in der von der Bieterin vorgenommenen Stempelung des Handelsregisterauszugs (mit Datum und Unterschrift einer Büroangestellten) gesehen werden. Die Bieterin hatte ihr gesamtes Angebot auf jeder einzelnen Seite gestempelt und unterschrieben. Allein schon deshalb war der Stempelung mit Unterschrift auf der Seite des Handelsregisterauszugs kein eigener, besonderer Erklärungswert im Sinne der in der Bekanntmachung geforderten Eigenerklärung beizumessen. Die Eigenerklärung war in diesem Fall nicht ausnahmsweise entbehrlich, weil die Antragstellerin einen beglaubigten Handelsregisterauszug eigens für die Ausschreibung angefordert hatte. Die Vergabestelle kann grundsätzlich bestimmen, welche Qualität von Nachweisen sie im konkreten Vergabeverfahren fordert. Die Ei-

generklärung war neben dem Handelsregisterauszug eigenständig abzugeben und hatte die Funktion, der Antragsgegnerin eine Bestätigung seitens der Bieter zu geben, dass die tatsächlichen Verhältnisse im Unternehmen dem aktuellen Eintragungsstand im Handelsregister entsprechen. Die Vergabestelle ist nämlich allein aufgrund der Vorlage der Handelsregisterauszugs nicht in der Lage zu klären, ob es sich hierbei um einen Auszug handelt, der dem aktuellen Eintragungsstand entspricht. Keine Rolle spielt insoweit der Einwand, dass handelsrechtlich wirksam ohnehin nur der aktuelle Eintragungsinhalt sei. Die Vergabestelle muss ihrer Eignungsprüfung ohne weiteren Prüfungsaufwand den aktuellen Handelsregisterstand zugrunde legen können. Hierfür braucht sie aber die Kenntnis des Handelsregisterauszugs und eine Gewähr für dessen Aktualität, die sie durch die Eigenerklärung erlangt.

##### **Nachweise nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A**

Im Verfahren VK 2 – 147/05 hatte die 2. Vergabekammer die Frage zu klären, welche Eignungsnachweise die Bieter mit ihren Angeboten vorzulegen hatten. In der Vergabebekanntmachung war aufgrund eines Druckfehlers angegeben, dass dem Angebot die Nachweise gemäß „VOB 2002 § 8 Nr. 3 Abs. 1g bis 1g“ beizufügen waren. Erst aus der Angebotsanforderung ergab sich, dass mit dem Angebot „Unterlagen gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB a bis g“ vorzulegen waren. Die Antragstellerin machte geltend, dass ihr Angebot trotz Fehlens der Referenzliste gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. b VOB/A nicht wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen werden könne, da dieser Eignungsnachweis in der Bekanntmachung nicht genannt sei. Dieser Argumentation folgte die 2. Vergabekammer nicht. Zwar trifft es zu, dass für die Frage, welche Eignungsnachweise vorzulegen sind, aus Gründen der Transparenz (§ 97 Abs. 1) und der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2) grundsätzlich allein der Inhalt der Vergabebekanntmachung maßgeblich ist (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2002, Verg 56/02). Da dieser Grundsatz die Bieter in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben in der Bekanntmachung schützen soll, gilt er jedoch nur, wenn ein solches schützenswertes Vertrauen überhaupt bestehen kann. Dies war im in Rede stehenden Verfahren nicht der Fall. Die in der Vergabebekanntmachung enthaltene Angabe in Bezug auf die vorzulegenden Eignungsnachweise gab aus Sicht eines verständigen Bieters keinen Sinn und war daher auslegungsbedürftig. Im Rahmen der Auslegung war die Angebotsaufforderung heranzuziehen, aus der sich eindeutig ergab, dass den Angeboten „Unterlagen gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB a bis g“ beizufügen waren. Eine entsprechende Auslegung hatte ausweislich des Begleitschreibens zu ihrem Angebot auch die Antragstellerin selbst vorgenommen. Vor diesem Hintergrund war sie jedenfalls im Nachprüfungsverfahren mit dem Vorbringen, die in ihrem Angebot fehlenden Nachweise seien in der Bekanntmachung nicht gefordert, präkludiert. Es widerspräche dem Regelungsgedanken des § 107 Abs. 3 Satz 2, ihr auf diese Weise die Möglichkeit zu eröffnen,



sich den Einwand des unklaren Inhalts der Vergabebekanntmachung „aufzusparen“ bis sich herausstellt, dass ihr Angebot nicht vollständig ist.

Die 2. Vergabekammer hatte sich im Verfahren VK 2 – 26/06, Beschluss vom 23. Juni 2006, unter verschiedenen Gesichtspunkten mit der Problematik des zwingenden Angebotsausschlusses wegen Unvollständigkeit des Angebotes auseinander zu setzen. So war auch die Frage zu klären, ob der in der Vergabebekanntmachung enthaltene pauschale Hinweis, wonach die Bieter „zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Angaben gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A“ zu machen haben, eine wirksame Anforderung der in dieser Norm genannten Eignungsnachweise darstellt, und somit Angebote, denen diese Nachweise nicht (vollständig) beigelegt sind, zwingend gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A auszuschließen sind. Dies wurde von der 2. Vergabekammer insoweit bejaht, als es um die Nachweise gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. a bis f VOB/A ging. Denn diese Nachweise werden hinsichtlich ihres Inhalts in § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A präzise beschrieben, so dass aus Sicht eines verständigen Bieters aufgrund des Verweises auf diese Norm ohne weiteres ersichtlich ist, was er zum Nachweis der Eignung vorzulegen hat. Etwas anderes galt jedoch in Bezug auf „andere, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise“ i. S. v. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. g VOB/A. Hier ergibt sich aus der Regelung nicht, um welche Nachweise es sich dabei handelt und welchen Inhalt diese haben müssen. Insoweit fehlte es mangels genauer Bezeichnung daher an einer wirksamen Anforderung durch die Antragsgegnerin.

Zur Frage des Zeitpunktes für die Einreichung der geforderten Eignungsnachweise hat die 2. Vergabekammer entschieden, dass die Nachweise gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A bereits mit dem Angebot eingereicht werden müssen, auch wenn sich in der Vergabebekanntmachung insoweit kein ausdrücklicher Hinweis findet. Vielmehr genügt es, dass die Nachweise gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A dort unter der Überschrift „Bedingungen für die Teilnahme“ aufgeführt sind. Unterlagen, deren Vorlage vom Auftraggeber im Sinne einer Teilnahmebedingung gefordert wird, sind nach der zugrunde zu legenden Auffassung eines verständigen Bieters bereits mit dem Angebot einzureichen. Nur so wird sichergestellt, dass die Eignungsprüfung auch sinnvoll durchgeführt werden kann (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 1. Februar 2006, Verg 83/05). In dem Verfahren wandte sich die Antragstellerin gegen ihren Ausschluss mit dem Argument der mangelnden Wettbewerbsrelevanz der Eignungsnachweise. Sie machte geltend, von dem Grundsatz, dass ein Angebot bei fehlenden Eignungsnachweisen gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A zwingend auszuschließen sei, müsse eine Ausnahme zugelassen werden, wenn die betreffenden Nachweise nicht wettbewerbsrelevant seien. Sie berief sich dabei auf die von einigen Oberlandesgerichten zu geforderten Erklärungen i. S. v. § 25 Nr. 1 VOB/A vertretene Auffassung, wonach ein Ausschluss dann nicht gerechtfertigt sei, wenn die Wettbewerbsrelevanz der fehlenden Erklärungen offensichtlich ausgeschlossen sei (vgl. Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss vom

10. März 2006, 1 (6) Verg 13/05; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 5. Juli 2005, Verg 9/05 m. w. N.). Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf Fälle fehlender Eignungsnachweise hat die 2. Vergabekammer jedoch abgelehnt. Dies würde zu mit dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§§ 97 Abs. 1 und 2) kaum zu vereinbarenden Unsicherheiten darüber führen, welche Eignungsnachweise als wettbewerbsrelevant anzusehen sind. Im Hinblick darauf, dass die vorgenannte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung eine Wettbewerbsrelevanz geforderter Erklärungen im Wesentlichen annimmt, wenn sie kalkulationserheblich sind und sich im Wettbewerb auswirken (vgl. Oberlandesgericht Schleswig, Beschluss vom 10. März 2006, 1 (6) Verg 13/05), wäre bei einer entsprechenden Anwendung dieser Grundsätze in Bezug auf Eignungsnachweise zudem damit zu rechnen, dass die Wettbewerbsrelevanz nur in seltenen Fällen – z. B. beim Erfordernis einer bestimmten, mit hohen Kosten verbundenen Versicherung – gegeben wäre. Es käme daher zu einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Prinzips, d. h. bei fehlenden Eignungsnachweisen könnte ein Bieter, der nach geltendem Recht i. d. R. auszuschließen wäre, regelmäßig nicht ausgeschlossen werden.

Die 2. Vergabekammer hat in ständiger Rechtsprechung (vgl. VK 2 – 147/05, Beschluss vom 21. Dezember 2005) entschieden, dass ein Antragsteller, dessen Angebot wegen Unvollständigkeit zwingend auszuschließen ist, nicht in seinen Rechten gemäß § 97 Abs. 7 verletzt sein kann und sein Nachprüfungsantrag somit jedenfalls unbegründet ist. Im Zeitpunkt der Entscheidungen konnte die nunmehr vom Bundesgerichtshof im Rahmen einer Divergenzvorlage geklärte Frage (vgl. Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06), ob von diesem in der Rechtsprechung weitgehend anerkannten Grundsatz (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2006, VII - Verg 98/05; Oberlandesgericht Jena, Beschluss vom 20. Juni 2005, 9 Verg 3/05; Oberlandesgericht Naumburg, Beschluss vom 26. Oktober 2005, 1 Verg 12/05; Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 6. März 2006, 11 Verg 11/05) nach Maßgabe der insbesondere vom Oberlandesgericht Düsseldorf vertretenen Auffassung eine Ausnahme in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 zuzulassen (Beschluss vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04; Beschluss vom 19. November 2003, Verg 22/03) oder eine solche Ausnahme abzulehnen ist (vgl. Oberlandesgericht Naumburg, Beschluss vom 26. Oktober 2005, 1 Verg 12/05; Oberlandesgericht Jena, Beschluss vom 20. Juni 2005, 9 Verg 3/05), dahinstehen. Zwar waren in den zu entscheidenden Fällen die Voraussetzungen erfüllt, bei deren Vorliegen nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht kommt, da das allein in der Wertung verbliebene Angebot des Beigeladenen bzw. alle tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote an demselben oder einem gleichartigen Mangel litten (Beschluss vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04; Beschluss vom 19. November 2003, Verg 22/03). Der damit nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf begründeten

Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, aus diesem übereinstimmend vorliegenden Mangel vergaberechtlich dieselben Konsequenzen zu ziehen (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2004, Verg 47/04; Beschluss vom 19. November 2003, Verg 22/03), hatte die jeweilige Vergabestelle jedoch dadurch Rechnung getragen, dass sie den Mangel bei allen Angeboten unberücksichtigt gelassen und die Angebote gleichwohl in die Wertung genommen hatte. In Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Düsseldorf (vgl. Beschluss vom 25. August 2004, Verg 53/04) wurde eine Ungleichbehandlung daher verneint.

### **2.6.5 Unzuverlässigkeit bei Verwendung zugespielter Informationen**

In drei parallelen Nachprüfungsverfahren der 2. Vergabekammer des Bundes stützten sich die Bieter zur Begründung ihres Antrags jeweils auf Informationen, die sie – wie sie zunächst selbst vortrugen – aus „vertraulicher Quelle“ bzw. von „Informanten“ erhalten hatten. Die Informationen betrafen das Wertungsverfahren und einen von der Beigeladenen im Rahmen einer Probearbeit für eine Informationskampagne präsentierten Slogan, der zuvor vom Antragsgegner intern entwickelt und der Beigeladenen zugespielt worden sei, um deren Chancen zu steigern. Der Einschätzung des Antragsgegners, die Wiedergabe dieser vertraulichen Informationen durch die Antragsteller im Rahmen der Nachprüfungsverfahren begründe die Unzuverlässigkeit der Antragsteller und bilde einen Ausschlussgrund, hat sich die Vergabekammer unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls nicht angeschlossen. Der Auftraggeber sei zwar verpflichtet, wettbewerbsbeschränkenden und unlauteren Verhaltensweisen entgegenzuwirken. Als unlauter könne sich das bewusste Ausnutzen fremden Fehlverhaltens im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens darstellen, wenn der Nachprüfungsantrag auf Informationen gestützt wird, die dem Antragsteller rechtswidrig zugespielt worden sind (vgl. Oberlandesgericht Brandenburg, Beschluss vom 6. Oktober 2005 – Verg W 7/05). Die darin liegende Verfehlung des Antragstellers muss nach Auffassung der Vergabekammer jedoch, soll sie einen Ausschlussgrund hinsichtlich des Antragstellers bilden, erhebliches Gewicht haben. Zu berücksichtigen seien dabei die Umstände des Einzelfalls. Die entschiedenen Nachprüfungsverfahren waren dadurch gekennzeichnet, dass angebliche Unregelmäßigkeiten des Vergabeverfahrens bereits Gegenstand öffentlicher Berichterstattung und damit nicht mehr geheim waren. Die durch Indiskretionen erlangten Informationen über Verfahrensdetails vermitteln den Antragstellern daher keinen so wesentlichen Wissenszuwachs und Wettbewerbsvorteil, dass ein Ausschluss gerechtfertigt gewesen wäre. Soweit die Antragsteller darüber hinaus Kenntnis vom Slogan der Beigeladenen erlangten, hatte dies zwar größeres Gewicht, weil es sich hierbei zum einen um einen Bestandteil fremder Angebotsunterlagen handelte und den Antragstellern zum anderen die Rüge eines Aspektes des Vergabeverfahrens ermöglicht wurde, der noch nicht Ge-

genstand der öffentlichen Berichterstattung war. Zu berücksichtigen war jedoch, dass die Wettbewerbsrelevanz der Kenntnis des Slogans nach dessen Verwendung durch die Beigeladene im Rahmen der Präsentation begrenzt war. Sie beschränkte sich auf die Möglichkeit, die Rüge von Vergabefehlern um einen weiteren Gesichtspunkt zu ergänzen; für die Wettbewerbsstellung der Beteiligten im Übrigen war sie dagegen irrelevant. Die zusätzlichen Erkenntnisse betrafen insofern den Inhalt des konkurrierenden Angebots nicht als einen Gegenstand schützenswerten Geheimwettbewerbs, sondern lediglich als Beleg für angebliche Unregelmäßigkeiten bei der Vergabestelle. Der Vortrag der Antragsteller erweiterte den bereits öffentlich diskutierten Vorwurf der Bevorzugung der Beigeladenen lediglich um einen neuen Aspekt. Zugunsten der Antragsteller fiel ferner ins Gewicht, dass der Antragsgegner angesichts der Presseberichte bereits selbst eine Untersuchung des Wertungsvorganges eingeleitet hatte. Die Darlegungen der Antragsteller, aufgrund welcher Informationen sie entgegen dem bisherigen Ergebnis der Untersuchung Anlass zu der Annahme zu haben glaubten, im Hause der Antragsgegnerin sei die Beigeladene aus wettbewerbsfremden Motiven bevorzugt worden, konnten insoweit als Beitrag zur Aufklärung eines vom Auftraggeber selbst als klärungsbedürftig eingestuften Vorganges betrachtet werden. Das ebenfalls verfolgte Ziel, die eigenen Zuschlagschancen zu wahren, erlaubte nach Auffassung der Vergabekammer nicht den Schluss auf eine solchermaßen unlautere Haltung der Antragsteller, dass diese sich als Auftragnehmer disqualifiziert hätten.

### **2.7 Geltendmachung von Geschäftsgeheimnissen; Verwertbarkeit des Vortrags zu Nebenangeboten**

Die 2. Vergabekammer hat im Verfahren VK 2 – 26/06, Beschluss vom 23. Juni 2006, festgestellt, dass der Vortrag der Antragstellerin zur Wertbarkeit des von ihr eingereichten Nebenangebots der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden konnte, da der Inhalt dieses Nebenangebots ein Geschäftsgeheimnis darstellte und die Antragstellerin einer Offenlegung gegenüber der Beigeladenen nicht zugestimmt hatte. Eine Entscheidung unter Berücksichtigung des Vortrags der Antragstellerin hätte die Beigeladene in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Zwar schränkte andererseits die Außerachtlassung dieses Vortrags die Rechtsschutzmöglichkeit der Antragstellerin ein und beeinträchtigte somit ihr Interesse an effektivem Rechtsschutz. Eine Möglichkeit, sowohl die Interessen der Antragstellerin als auch die Interessen der Beigeladenen zu wahren, bestand jedoch nicht. Eine „verklausulierte“ Offenlegung in der Weise, dass bestimmte Aspekte des Nebenangebots offen gelegt werden, das schützenswerte Geschäftsgeheimnis als solches aber geheim bleibt, kam nicht in Betracht. Denn der Beigeladenen konnte im Hinblick auf die in Rede stehende Rechtsfrage nur dann rechtliches Gehör gewährt werden, wenn sie den genauen Inhalt des Nebenangebots kannte. Für das von der Antragstellerin angeregte in-camera-Verfahren unter Aus-

schluss der Beigeladene fehlte bereits die erforderliche gesetzliche Grundlage. Im Hinblick darauf, dass der Anspruch der Beigeladenen auf rechtliches Gehör auch im Rahmen eines in-camera-Verfahrens verkürzt würde, da sie an der „Meinungsbildung“ hinsichtlich der „in camera“ zu entscheidenden Frage nicht beteiligt wäre, konnte ohne eine entsprechende gesetzgeberische Entscheidung nicht in dieser Weise vorgegangen werden (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14. März 2006, 1 BVR 2087/03; 1 BVR 2111/03). Insbesondere genügte es insoweit nicht, dass die Antragsgegnerin Gelegenheit hatte, zur Wertbarkeit des Nebenangebots der Antragstellerin Stellung zu nehmen. Aufgrund der fortbestehenden Wettbewerbssituation hatte gerade die Beigeladene ein Interesse an der Aufrechterhaltung der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin und musste eine Möglichkeit haben, diese zu verteidigen. In Bezug auf die somit vorzunehmende Abwägung, ob die Interessen der Antragstellerin oder die Interessen der Beigeladenen zurückzutreten haben, fand sich in den das Verfahren vor der Vergabekammer betreffenden Regelungen der §§ 107 ff. – insbesondere in § 111 – keine gesetzgeberische Konfliktlösung. Diese Regelungslücke war durch eine entsprechende Anwendung der für das Beschwerdegericht geltenden §§ 120 i. V. m. 72 Abs. 2 Satz 3 zu schließen. Dies war schon deshalb geboten, weil für die verschiedenen Instanzen des Vergabenachprüfungsverfahrens insoweit einheitliche Grundsätze gelten sollten. Auf der Grundlage der gesetzgeberischen Wertung, die in den somit entsprechend heranzuziehenden §§ 120 i. V. m. 72 Abs. 2 Satz 3 enthalten ist, war dem Anspruch der Beigeladenen auf rechtliches Gehör der Vorrang gegenüber dem Interesse der Antragstellerin an effektivem Rechtsschutz einzuräumen. Denn nach § 72 Abs. 2 Satz 3 dürfen Unterlagen, in die eine Einsicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen abgelehnt worden ist, der (gerichtlichen) Entscheidung nur insoweit zugrunde gelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen worden ist. Der Vortrag der Antragstellerin zur Wertbarkeit ihres Nebenangebots hatte demnach unberücksichtigt zu bleiben.

## 2.8 Wertung in der 4. Wertungsstufe

### Ausgestaltung des Wertungsverfahrens

Die Vergabekammern des Bundes haben in mehreren Beschlüssen in Einklang mit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf entschieden, dass dem öffentlichen Auftraggeber nicht nur bei der Wertung der Angebote, sondern auch bei der Ausgestaltung des Verfahrens zur Wertung der abgegebenen Angebote ein Ermessensspielraum zukommt, der grundsätzlich mehrere vertretbare Entscheidungsergebnisse zulässt (siehe VK 1 – 89/05, Beschluss vom 30. August 2005, 3. Vergabekammer, Beschluss vom 31. August 2005, VK 3 – 97/05; vgl. auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 24. Februar 2005, VII-Verg 88/04, vom 2. März 2004, VII-Verg 70/04, vom 23. März 2005, VII-Verg 68/04 und vom 27. Juli 2005, VII-Verg108/04). Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Ausgestaltung des Aus-

wahlverfahrens jedoch die Grundsätze des Wettbewerbsvergaberechts – insbesondere Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz – zu beachten. Die Vergabekammer ist lediglich befugt, die Einhaltung der Grenzen des Ermessensspielraums durch den öffentlichen Auftraggeber zu überprüfen.

Die Vergabekammern stellten fest, dass die Organisation der Wertung von Angeboten für Arbeitsmarktdienstleistungen durch die Bundesagentur für Arbeit bzw. deren Regionalen Einkaufszentren den vorstehend beschriebenen Anforderungen entsprach: Die Bundesagentur hatte in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen an die Konzepte der Bieter formuliert und Wertungspunkte für das Erfüllen oder Nichterfüllen dieser Mindestanforderungen vorgegeben (0 Punkte = erhebliche Mängel, 1 Punkt = Einschränkungen, 2 Punkte = entspricht den Anforderungen). Des Weiteren hatte sie vorgesehen, dass solche Leistungsangebote, die der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich sind, mit 3 Punkten zu bewerten waren. Nach Auffassung der Vergabekammern war die Bundesagentur vor dem Hintergrund der in der Leistungsbeschreibung hinreichend präzise formulierten Anforderungen an die Angebote nicht verpflichtet, einen Wertungsleitfaden für die Prüfer zu erstellen. Zur Herstellung der Gleichbehandlung der für ein Los eingereichten Angebote musste die Auftraggeberin jedoch sicherstellen, dass alle am Prozess der Wertung der Angebote beteiligten Prüfer von übereinstimmenden Prämissen ausgingen. Dies kann dadurch sichergestellt werden, dass die zu einem Los abgegebenen Angebote sämtlich von einem oder von jedem Prüfer einer Gruppe bewertet werden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist aber auch gewahrt, wenn – wie in den zur Entscheidung stehenden Fällen – die Angebote zwar von unterschiedlichen Prüfern bewertet werden, jedoch ein Quervergleich in Form eines Austausches über die Angebotsinhalte unter den Prüfern und die von diesen abweichend von einer Bepunktung mit 2 Punkten gewerteten Aspekte stattfindet (vgl. zum Vorstehenden: VK 3 – 97/05, Beschluss vom 31. August 2005, bestätigt durch Oberlandesgericht Düsseldorf, VII-Verg 66/05, Beschluss vom 23. November 2005; siehe auch VK 3 – 100/05, VK 3 – 103/05, VK 3 – 106/05, jeweils Beschlüsse vom 31. August 2005).

Die 3. Vergabekammer stellte in einem weiteren Verfahren zudem fest, dass es dem öffentlichen Auftraggeber bei Beachtung des Transparenz- und des Gleichheitsgrundsatzes freisteht, bereits von einem Prüfer bewertete Angebote einer zweiten Bewertung durch einen weiteren Prüfer zu unterziehen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Ergebnis der zweiten Bewertung von der ersten abweicht (VK 3 – 37/05, Beschluss vom 27. Mai 2005).

### Angebotswertung

Die 2. Vergabekammer hatte eine Wertungsmatrix im Hinblick auf ihre Sachgerechtigkeit zu überprüfen. Die Matrix deckte die in der Bekanntmachung vorgegebenen Wertungskriterien, nämlich die Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung/Briefing des Auftrags-

gebers, den Eindruck der fachlichen Kompetenz und des Preises in geeigneter Weise ab. Zwar waren einige der gewählten Unterkriterien so formuliert, dass sie lediglich eine Bewertung mit „erfüllt“ oder „nicht erfüllt“ ohne Zwischenabstufungen möglich machten. Die Vergabestelle hatte jedoch ihren Beurteilungsspielraum bei der Aufstellung von Kriterien zur Beurteilung der vorgelegten Angebote nicht überschritten. Die Eignung von Wertungskriterien, die die Vergabekammer nur in einem eng begrenzten Rahmen überprüfen kann, richtet sich nach dem Inhalt und der Komplexität der in den Verdingungsunterlagen aufgestellten Anforderungen. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht alle Kriterien geeignet sind, mit einer ausdifferenzierten Wertungsskala bewertet zu werden. Denkbar sind beispielsweise einfachere Anforderungen, deren Vorliegen allein mit „erfüllt“ oder „nicht erfüllt“ bewertet werden kann. Bei komplexeren Anforderungen ist hingegen eine Bewertung nach dem Erfüllungsgrad sachgerechter und – dem Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 nachkommend – auch genauer. Eine Vermischung verschiedener Anforderungskategorien in ein und derselben Wertungsmatrix ist zulässig. Eine Vergleichbarkeit sämtlicher Wertungspunkte wird dadurch gewährleistet, dass bei einer Ja/Nein-Anforderung die Bewertung mit der Höchst- bzw. der Niedrigstpunktzahl bewertet und in der Gesamtwertung entsprechend berücksichtigt wird. Problematisch kann die vielfache Verwendung von Ja/Nein-Kriterien innerhalb einer Wertung aus Sicht der Kammer aber dann werden, wenn hierdurch alle Bieter gleich hohe Wertungspunkte erhalten und somit letztendlich nur nach dem Preis entschieden wird. Damit würden die in der Bekanntmachung vorgegebenen Zuschlagskriterien faktisch entwertet.

Die Vorgabe in der Leistungsbeschreibung einer Bewertung mit 3 Punkten, „... wenn die Konzeption der Zielerreichung in besonderer Weise (z. B. kreative Ideen) dienlich ist ...“ verstößt nicht gegen das Gebot der Bestimmtheit. Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung muss daher klar und unmissverständlich sowie gründlich und vollständig abgefasst sein. Die Antragsgegnerin hat in der Leistungsbeschreibung zudem vorgegeben, dass ein Konzept, das der Zielerreichung besonders dienlich ist, mit 3 Punkten bewertet wird. Es ist der Antragsgegnerin zugestehen, dass sie die hierfür erforderliche Kreativität – möglicherweise auch unter Einsatz besonderer Ressourcen – nicht vorab in der Leistungsbeschreibung vorgeben kann und will. Will die Antragsgegnerin in der konkreten Bewertung eines Angebotes eine Höherstufung nach drei Punkten vornehmen, muss sie dies allerdings entsprechend begründen. Dies gilt im Übrigen auch für eine Abweichung nach unten, also bei Nichterreichen der Anforderungen.

In einem weiteren Fall hatte sich die 2. Vergabekammer mit der Übertragung der Prüfung der Angebote einer umfangreichen Ausschreibung an verschiedene Prüfergruppen zu befassen. Die Übertragung der Prüfung der Angebote innerhalb eines Loses an jeweils dieselbe Prüfergruppe war grundsätzlich sachgemäß. Die Bildung von einheitlichen Prüfergruppen pro Los wird durch den Umstand nahe gelegt, dass ein Wettbewerb unter verschiedenen Bietern jeweils nur bei den zu einem Los abgegebenen Angeboten stattfindet, ohne dass diese Bieter zu anderen Bietern, die sich bei weiteren Losen um einen Zuschlag bewerben, aktuell in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Dass dadurch die zu verschiedenen Losen eingereichten Angebote ein und desselben Bieters dann durch eine andere Prüfergruppe zumindest teilweise unterschiedlich bewertet werden können, auch wenn sie im Wesentlichen inhaltsgleich sind, ist durch den Beurteilungsspielraum der Prüfer bedingt und grundsätzlich hinzunehmen. Im zu prüfenden Fall war allerdings nicht auszuschließen, dass innerhalb der selben Prüfergruppe kein einheitlicher Bewertungsmaßstab angewendet wurde. Aufgrund der Ausführungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung wurden zwar pro Los einheitliche Prüfergruppen gebildet, diese haben sich allerdings innerhalb des Loses die Bewertung der Angebote aufgeteilt. Nur wenn ein Los abweichend von 2 Punkten beurteilt wurde, zog man einen Zweitbeurteiler hinzu. Hierdurch war kein einheitlicher Bewertungsmaßstab gewährleistet, denn ein Quervergleich zur Sicherstellung eines einheitlichen Maßstabes wurde nicht vorgenommen.

#### **Beurteilungsspielraum**

In einem weiteren Verfahren entschied die 3. Vergabekammer, dass eine Vergabestelle ihren Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung der bei der Wertung eines Teilnahmeantrags angewendeten Kriterien überschreitet, wenn die herangezogenen Daten für die Beurteilung des Bewerbers nicht sachgerecht sind. In dem betreffenden Verfahren hatte die Vergabestelle zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Bewerbers i. S. d. § 12 VOF die Daten über den Gesamtumsatz der letzten drei Jahre herangezogen, in denen auch die Umsätze der für den ausgeschriebenen Auftrag einzusetzenden Nachunternehmer enthalten waren. Die Vergabekammer entschied, dass die Umsätze der Nachunternehmer diesbezüglich nicht aussagefähig sind, da der Auftraggeber im Haftungsfall, den er bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit eines potenziellen Vertragspartners einschätzen will, ohnehin nur auf seinen Vertragspartner und dessen eigene Haftungsmasse zurückgreifen kann, nicht jedoch auf etwaige Nachunternehmer. Bei der angeordneten Wiederholung der Wertung waren daher zwar die Umsätze eines Bewerbers bzw. ggf. sämtlicher Mitglieder von Bietergemeinschaften (als potenzieller Vertragspartner) zu berücksichtigen, jedoch nicht die Umsätze von Nachunternehmern. Ein weiterer Bewertungsfehler der Vergabestelle bestand darin, dass sie im Rahmen des Kriteriums „beabsichtigter Auftragsanteil für

Weitervergabe“ nur die Anzahl der vorgesehenen Subunternehmer berücksichtigt hatte. Wie der Antragsgegner selbst im Nachprüfungsverfahren angab, wollte er mit diesem Kriterium die koordinatorischen und organisatorischen Schwierigkeiten beurteilen, die mit dem Einsatz einer großen Zahl von Subunternehmern grundsätzlich verbunden sein können. Nach Auffassung der Vergabekammer war für eine solche Beurteilung jedoch nicht nur die Anzahl der Nachunternehmer wertungserheblich, sondern auch, welcher konkrete Auftragsteil von Subunternehmern ausgeführt werden soll und welche Bedeutung diesem Teil im Rahmen des Gesamtauftrags zukommt. Diese Aspekte waren daher von der Vergabestelle ebenfalls bei der zu wiederholenden Wertung zu berücksichtigen (VK 3 – 82/05).

### **Gleichwertigkeit von Nebenangeboten**

Die 3. Vergabekammer stellte fest, dass ein Bieter, der ein (zugelassenes) Nebenangebot vorlegt, den öffentlichen Auftraggeber mit Angebotsabgabe in den Stand versetzen muss, die Gleichwertigkeit der im Nebenangebot enthaltenen Ausführung mit der ausgeschriebenen Hauptleistung ohne besondere Schwierigkeiten zu prüfen (vgl. Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002, 1 Verg 4/02, Oberlandesgericht Frankfurt/Main, Beschluss vom 26. März 2002, 11 Verg 3/01). Kommt der Bieter diesen Anforderungen nicht nach, ist sein Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen. Der Bieter kann den Nachweis der Gleichwertigkeit nicht im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs nachholen (vgl. Oberlandesgericht Frankfurt/Main, a. a. O.).

### **2.9 Dokumentation**

Die 3. Vergabekammer traf in mehreren Entscheidungen Feststellungen betreffend die Dokumentations- und Begründungspflichten des öffentlichen Auftraggebers. Ein öffentlicher Auftraggeber verwendete eine in den Verdingungsunterlagen veröffentlichte Bewertungsmatrix, nach der Leistungspunkte (von 0 bis 3 Punkten) bezüglich bestimmter Wertungskriterien danach vergeben werden, ob das Angebot „[den Anforderungen] nicht entspricht“, „mit Einschränkungen [entspricht]“, „entspricht“ oder „der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich [ist]“. Der Auftraggeber ist nach Auffassung der Vergabekammern des Bundes nicht verpflichtet, die Bewertung des Angebots näher zu begründen, wenn er zu dem Ergebnis kommt, dass dieses den Anforderungen entspricht und dies durch Bewertung mit „2“ Punkten vermerkt wird. Der Erklärungswert einer Begründung z. B. mit den Worten „erfüllt die Anforderungen“ ginge nicht über den Erklärungswert der Eintragung „2 Punkte“ hinaus und ist daher nicht erforderlich. Es bedarf in diesem Fall auch keiner Begründung, aus welchen Gründen eine bessere oder schlechtere Bewertung unterblieben ist (vgl. Beschluss der 1. Vergabekammer, Beschluss vom 19. September 2003, VK 1-77/03).

### **2.10 Behandlung von Wettbewerbsvorsprüngen im Vergabeverfahren**

#### **Aufhebung des Geheimwettbewerbs**

An einem Vergabeverfahren beteiligten sich unter anderem die Antragstellerin – eine GmbH – und die Beigeladene – eine Kommanditgesellschaft. Die Antragstellerin hielt alle Anteile an der Beigeladenen. Sie war außerdem Kommanditistin der Beigeladenen. Eine Anteilseignerin der Antragstellerin war zudem Geschäftsführerin der Komplementär-GmbH der Beigeladenen und – zum Zeitpunkt der Teilnahme am Vergabeverfahren – die einzige Mitarbeiterin der Beigeladenen. Einziger Geschäftsraum der Beigeladenen ist ein Büro am Firmensitz der Antragstellerin. Außerdem ist die Antragstellerin die Vorlieferantin der Beigeladenen. Der Antragstellerin waren somit die wesentlichen Kalkulationsgrundlagen der Beigeladenen bekannt. Insbesondere kannte sie aufgrund ihrer Eigenschaft als Vorlieferantin den Einkaufspreis der Beigeladenen für die zu liefernden Kampfschuhe. Da sie der Beigeladenen außerdem deren Büroräume zur Verfügung stellte und ihr bekannt war, dass die Beigeladene nur eine einzige Mitarbeiterin beschäftigte, war sie über weitere kalkulationsrelevante Faktoren unterrichtet. Gemäß den Wertungskriterien der Antragsgegnerin waren neben dem Angebotspreis noch die Lieferfrist sowie die Qualität der Leistung von Bedeutung. Auch hierüber war die Antragstellerin als Vorlieferung der von der Beigeladenen angebotenen Schuhe orientiert. Bei dieser Konstellation hat die Vergabekammer angenommen, dass der Grundsatz des Geheimwettbewerbs (§ 2 Nr. 1 VOL/A) nicht mehr gewährleistet werden konnte. Das Angebot der Antragstellerin war daher zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. f VOL/A). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vergabekammer bestätigt (Beschluss vom 27. Juli 2006, VII-Verg 23/06).

Die 2. Vergabekammer hatte zwei Fälle zu prüfen, in denen der Geschäftsführer des bevollmächtigten Mitglieds einer Bietergemeinschaft identisch war mit dem Geschäftsführer des Mitglieds einer weiteren an der Ausschreibung beteiligten Bietergemeinschaft. Aufgrund der Umstände des Falles war davon auszugehen, dass der Geschäftsführer Kenntnis der Bedingungen der Konkurrenzangebote in Bezug auf die Kalkulationsgrundlagen als auch die Konzepte beider Bietergemeinschaften hatte. Hinsichtlich der Kalkulation war nicht vorstellbar, dass die Berechnung der Kosten für das mit einem bestimmten Kostenschlüssel vorgesehene Personal für die bestimmten Berufsgruppen je nach Mitglied der Bietergemeinschaft unabhängig voneinander erfolgen konnte. Ferner war davon auszugehen, dass der Geschäftsführer Kenntnis der Konzepte beider Bietergemeinschaften hatte. Abgesehen davon, dass die Konzepte für die zu prüfenden Lose ein nahezu identisches Layout hatten, sprach auch die Ähnlichkeit der Inhalte dafür, dass beide Konzepte der Bietergemeinschaften dem Geschäftsführer bekannt waren. Hinzu kam, dass der Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung angegeben hatte, dass man Konzepte für Ar-

beitsmarktdienstleistungen der Vergabestelle mittlerweile vorgefertigt kaufen könne. Aufgrund dieser Ausführungen und der Ähnlichkeit der Angebote musste die Kammer davon ausgehen, dass ein solcher Kauf bzw. Verkauf eines Konzeptes hier vorlag. Schon den Verkauf des eigenen Konzeptes an einen Wettbewerber hält die Kammer aus wettbewerblichen Gründen für höchst problematisch. Das Konzept ist bei den Ausschreibungen der Antragsgegnerin angesichts der kaum möglichen Überprüfbarkeit der Qualität der angebotenen Dienstleistungen ein entscheidender Faktor neben dem Preis für die Bewertung eines Angebotes. Damit führt die Identität der Konzepte zu einer starken Beschränkung des Wettbewerbs im Hinblick auf die Qualität der Angebote. Die Angebote waren zu Recht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. f i. V. m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A wegen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen von der Wertung ausgeschlossen worden.

### Projektantentätigkeit

Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter, der eine die Vergabe vorbereitende Integrationsstudie durchgeführt hatte, war in dem von der 2. Vergabekammer zu prüfenden Fall nicht wegen einer Mitwirkung als Sachverständiger nach § 6 Nr. 3 VOL/A von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Danach dürfen Sachverständige weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein oder beteiligt werden. Ein fairer und von leistungsfremden Einflüssen freier Bieterwettbewerb ist nur dann gewährleistet, wenn einzelne Bieter den öffentlichen Auftraggeber nicht zugleich bei der Vorbereitung oder Durchführung der Vergabe sachverständig unterstützen. Im Vergabeverfahren besteht die Mitwirkung des Sachverständigen i. d. R. in der Vorbereitung der Vergabe, der Ausarbeitung der Verdingungsunterlagen, insbesondere der Beschreibung einer höherwertigen Leistung sowie der fachlichen Prüfung der Angebote. Die Vorschrift des § 6 Nr. 3 VOL/A führt allerdings nicht zu einem zwingenden Ausschluss des sachverständig mitwirkenden Bieters, sondern normiert nur einen widerlegbaren Ausschlussstatbestand. Um das Ziel der Gleichbehandlung aller Bieter in einem Vergabeverfahren zu erreichen, ist es grundsätzlich ausreichend, wenn Personen oder Unternehmen, die mit Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten betraut waren, bei der Einreichung eines Angebots für einen öffentlichen Auftrag nur ausgeschlossen werden, wenn sie nicht beweisen können, dass nach den Umständen des Einzelfalls die von ihnen erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 3. März 2005, C-21/03 und C-34/03). Nach Artikel 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG haben die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend zu behandeln. Würde man demjenigen, der bestimmte vorbereitende Arbeiten ausgeführt hat, zwingend vom Vergabeverfahren ausschließen und keine Möglichkeit einräumen, zu beweisen, dass er bei der Erstellung seines Angebots nicht durch einen Informationsvorsprung begünstigt war, ginge dies

über das hinaus, was erforderlich ist, um das Ziel der Gleichbehandlung aller Bieter zu erreichen. Der Beigeladene hat nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Fall widerlegt, dass er durch die Beteiligung an der Integrationsstudie einen Informationsvorsprung bzw. einen zeitlichen Vorsprung bei der Erstellung des Angebotes erlangt hat, der zu einem gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßenden Wettbewerbsvorteil hätte führen können. Ein Informationsvorsprung lag schon deshalb nicht vor, weil allen Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine vollständige Fassung der Integrationsstudie mit allen für die Abgabe eines Angebotes relevanten Informationen zur Verfügung gestellt wurde.

### Architektenwettbewerb, Vorbefasstheit

Die 1. Vergabekammer hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem im Vorfeld der Ausschreibung von Generalplaner- und Architektenleistungen im Rahmen eines Realisierungswettbewerbs nach RAW 2004 die Tochtergesellschaft der späteren Beigeladenen für ein drittes Unternehmen eine Machbarkeitsstudie erstellt hatte, die von der späteren Auftraggeberin im Rahmen einer Bauvoranfrage verwendet worden war. Die 1. Vergabekammer sah keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aufgrund dieser Vorbefasstheit. Insbesondere lag kein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 VOF vor. Denn ein konkreter Vorteil der Beigeladenen gegenüber den übrigen Wettbewerbsteilnehmern war nicht ersichtlich. Unabhängig davon, ob die Beigeladene Sachverständige im Sinne dieser Vorschrift war oder zumindest nach einer zur Fallgruppe des „Projektanten“ vertretenen Meinung einem solchen gleichzustellen war, wäre Voraussetzung für einen Ausschluss einer vorbereiteten Person vom Vergabeverfahren gewesen, dass diese aus ihrer Vorbefasstheit einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Wettbewerbsteilnehmern gezogen hätte. Das Verbot des generellen Ausschlusses vorbereiteter Personen vom Vergabeverfahren ergibt sich nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 3. März 2005 (verb. Rs. C-21/03 und C-34/03) aus dem als höherrangiges Recht zu beachtenden europarechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er sich u. a. in der EG-Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 92/50, insbesondere in ihrem Artikel 3 Abs. 2 darstellt. Danach steht Artikel 3 Abs. 2 der EG-Richtlinie 92/50 einer Bestimmung entgegen, nach der eine Person, die mit Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten für Dienstleistungen betraut war, nicht zur Einreichung eines Antrags auf Teilnahme an einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder eines Angebots für einen solchen Auftrag zugelassen ist, ohne dass ihr die Möglichkeit gegeben wird, zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalls die von ihr erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können (Europäischer Gerichtshof, a. a. O., Rz. 36). Die Vergabestelle ist verpflichtet, die aus der im Vorfeld der Vergabe erbrachten Projektantenleistung gewonnenen Informationen allen potenziellen Teilnehmern bekannt zu machen. Sie trifft die Pflicht, alle Teilnehmer mit den gleichen Informationen zu versorgen (vgl. Europäischer

Gerichtshof, Urteil vom 4. Dezember 2003, Rs. C-448/01 und Urteil vom 12. Dezember 2002, Rs. C-470/99). Dies kann u. a. durch umfassende, transparente Verdingungsunterlagen erfolgen, die alle im Vorfeld einzelnen Teilnehmern bekannten Informationen enthalten. Die Vergabestelle muss zudem ausreichend lange Fristen zur Bearbeitung der Verdingungsunterlagen gewähren, um Wettbewerbsvorteile auszugleichen. Im Streitgegenständlichen Verfahren hat die Auftraggeberin in ihren Wettbewerbsbedingungen alle Informationen bekannt gemacht, die der Beigeladenen bekannt waren und die maßgeblich für die Erstellung der Wettbewerbsbeiträge gewesen sind. Insbesondere hat sie den bauplanungsrechtlich verbindlichen Inhalt des Bauvorbescheids in den Wettbewerbsbedingungen vollständig wiedergegeben. Darüber hinaus hat die Beigeladene über keinerlei zusätzliche Informationen seitens der Auftraggeberin verfügt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat das Nichtvorliegen einer Verletzung des § 6 Abs. 1 VOF im Rahmen der Prüfung eines Antrags gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 bestätigt und darüber hinaus einen Verstoß gegen § 25 Abs. 4 VOF sowie gegen § 97 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 3 VOF verneint (Beschluss vom 25. Oktober 2005 – VII-Verg 67/05). Der Antragsteller hat die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgenommen.

### **Wettbewerbsbeschränkende Abreden und Verbundklausel**

Die 2. Vergabekammer des Bundes folgte in zwei dieselbe Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahren nicht der Auffassung der Beigeladenen, die Antragstellerinnen hätten schon deswegen nicht im Teilnahmewettbewerb zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, weil sie sich parallel beworben hätten, obwohl sie demselben Konzern angehören. Die Grundsätze der Fusionskontrolle, die verbundene Unternehmen als nicht miteinander im Wettbewerb stehend ansieht, sind nach Auffassung der Vergabekammer auf das Vergabeverfahren nicht ohne weiteres zu übertragen. Die Beurteilung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist strukturbezogen; nach einer Freigabeentscheidung besteht keine Möglichkeit mehr, den Zusammenschluss zu untersagen. Soweit tatsächlich konzerninterner Wettbewerb herrschen sollte, ist dieser nicht strukturell gesichert und kann daher im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Bewertung kein entscheidendes Gewicht beanspruchen. Bei der Beteiligung an einem Vergabeverfahren handelt es sich dagegen um ein punktuell Verhalten, das einer Überprüfung danach zugänglich ist, ob die Mitglieder des Unternehmensverbundes einander mit ihren Angeboten als Wettbewerber gegenüberstehen. Bei Angeboten mehrerer konzernangehöriger Unternehmen können daher nicht ohne weiteres wettbewerbsbeschränkende Absprachen angenommen werden, sondern es sind zusätzliche Anhaltspunkte hierfür erforderlich (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juli 2006 – VII-Verg 23/06). Erst wenn diese vorhanden sind, so dass die äußeren Umstände dafür sprechen, dass ein Geheimwettbewerb nicht stattgefunden hat, obliegt es dem Bieter,

diese Bedenken auszuräumen. Eine solche Situation lag in den entschiedenen Fällen jedoch nach Auffassung der Vergabekammer nicht vor. Die Antragstellerinnen gehören zwar einem Netzwerk an, agieren aber selbständig am Markt. Da sie nur zwei von acht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bietern waren und erheblicher Wettbewerbsdruck von den übrigen Bietern erwartet werden konnte, musste der Antragsgegner nicht befürchten, die Antragstellerinnen würden sich bei der Angebotsabgabe abstimmen, zumal die Art der zu erbringenden Leistung erfolgversprechende Abstimmungen erschwerte. Auch die eingereichten Angebote gaben keinen Hinweis darauf, dass die Antragstellerinnen einander keinen Geheimwettbewerb geliefert hätten. Ein Ausschluss wegen wettbewerbsbeschränkender Abreden kam daher nicht in Betracht.

### **2.11 Ungewöhnlich niedriges Angebot**

Die 2. Vergabekammer ging in einem Fall näher auf die vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 23. November 2005 (Verg 66/05) als bieterschützend bezeichnete Verpflichtung der Vergabestelle zur Überprüfung von Angeboten nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A und das Verhältnis dieser Norm zum Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A ein. Das Angebot der Beigeladenen war mehr als 10 %, jedoch weniger als 20 % preisgünstiger als das der nächstplatzierten Antragstellerin. Die Antragsgegnerin hatte daher von einer Überprüfung nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A abgesehen, die nach den internen Vorgaben erst ab einer Abweichung von 20 % vorzunehmen war. Die Vergabekammer erachtete diese 20 %-Schwelle grundsätzlich als zulässig. Ob nach den besonderen Umständen des Falles – das Angebot der Beigeladenen wick deutlich von der Schätzung der Antragsgegnerin und dem Angebotspreis des Beigeladenen im Rahmen der vorausgegangenen aufgehobenen Ausschreibung ab – dennoch eine Überprüfung nahegelegen hätte, konnte aus Sicht der Vergabekammer offen bleiben. Denn ein drittschützendes Charakter der Aufklärungspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A kommt einzig unter dem Aspekt in Betracht, dass sie die Vorstufe zu einem Ausschluss des Angebots bilden kann, der wiederum unter bestimmten Voraussetzungen zum Schutz des Antragstellers geboten sein könnte. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wäre eine Verpflichtung der Antragsgegnerin durch die Vergabekammer, die Kalkulation des Beigeladenen näher zu prüfen, daher sinnlos und ist jedenfalls nicht zur Wahrung von Rechten des Antragstellerin geboten. Im entschiedenen Fall stand zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass ein bieterschützendes Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht vorlag. Weder handelte es sich beim Angebot der Beigeladenen um ein Unter-Kosten-Angebot noch wurde es in der Absicht abgegeben oder begründete auch nur objektiv die Gefahr, die Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Das Unterbleiben einer Aufklärung nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A konnte die Antragstellerin somit schon aus diesem Grund nicht in ihren Bieterrechten verletzen. Gegen den Beschluss hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Nachdem das Oberlandesgericht

Düsseldorf es abgelehnt hatte, die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels zu verlängern (Beschluss vom 28. September 2006 – VII-Verg 49/06), nahm die Antragstellerin ihre sofortige Beschwerde zurück. Zur Prüfungspflicht der Vergabestelle nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A führte das Gericht in seiner Entscheidung aus, diese Verpflichtung habe zwar bieterschützenden Charakter, entfalte diese Wirkung aber nicht zugunsten des Antragstellers, sondern nur zugunsten desjenigen Bieters – hier der Beigeladenen – dessen Angebot wegen Unauskömmlichkeit vom Ausschluss bedroht ist. Unterlasse der Auftraggeber eine Prüfung, könne (nur) der vom Ausschluss seines Angebots betroffene Bieter im Nachprüfungsverfahren erzwingen, dass das Vergabeverfahren in den Stand zurückversetzt wird, in dem der Auftraggeber diese Prüfung nachholen kann.

Im Rahmen einer Ausschreibung von Reinigungsdienstleistungen hatte sich ein Bieter gegen den Ausschluss seines Angebots wegen Unauskömmlichkeit des Preises gewandt. Die 1. Vergabekammer musste sich mit der Frage befassen, welche vergaberechtlichen Anforderungen an die gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A erforderliche Prüfung der Auskömmlichkeit eines Angebotspreises zu stellen sind. Im Gegensatz zu § 24 VOL/A, welcher der Vergabestelle ausnahmsweise die Möglichkeit zur Aufklärung von Angebotsinhalten einräumt, statuiert § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A eine Aufklärungs- und Prüfungspflicht der Vergabestelle, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig kalkuliert scheint. Die Vergabestelle verfügt somit über keinerlei Ermessen dahingehend, ob sie eine Überprüfung durchführt oder davon absieht. Die Aufklärungspflicht setzt ein, sobald die Vergabestelle Anhaltspunkte für einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis hat. Bei dem Ergebnis der Auskömmlichkeitsprüfung, das in dem von der Vergabekammer zu entscheidenden Verfahren zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin führte, handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, die die Vergabestelle auf der Grundlage des Angebots und der hierzu vom Bieter erteilten Auskünfte zu treffen hat. Bei dieser Prognoseentscheidung nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A hat die Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum, der einer nur eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch die Vergabekammer unterliegt. Eine Verletzung dieses Beurteilungsspielraums liegt nur dann vor, wenn die von der Vergabestelle getroffenen Sachverhaltsermittlungen und -feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen beruhen. Den Auftraggeber trifft nicht die Beweislast für das Vorliegen eines unauskömmlichen Angebots. Nach den vorgenannten Grundsätzen war in dem von der Vergabekammer zu entscheidenden Verfahren der Ausschluss der Antragstellerin vergaberechtskonform.

## 2.12 Architektenwettbewerb, Grundsatz der Anonymität

Nach dem Vortrag der Antragstellerin sollen einige der im Rahmen eines Realisierungswettbewerbs nach RAW 2004 zur Vergabe von Generalplaner- und Architekten-

leistungen tätigen Preisrichter den Entwurf der Beigeladenen wegen der Ähnlichkeit mit der im Vorfeld der Ausschreibung von deren Tochtergesellschaft erstellten und ihnen bekannten Machbarkeitsstudie als von der Beigeladenen oder ihrer Tochtergesellschaft stammend erkannt haben. Die 1. Vergabekammer entschied, dass hierin kein Verstoß gegen den Grundsatz der Anonymität liegt. Die Pflicht zur anonymen Vorlage der Wettbewerbsarbeiten gemäß § 20 Abs. 7 Satz 2 VOF besteht auch bei der Durchführung eines Planungswettbewerbs i. S. d. § 25 VOF. Unter „Anonymität“ fällt nach dem Wortlaut die Ungenantheit, die fehlende Namensnennung. Der Grundsatz der Anonymität kann hingegen nicht so weit ausgelegt werden, dass er auch dann verletzt ist, wenn die Urheberschaft eines Wettbewerbsbeitrags erkennbar ist. Auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich nichts anderes. § 20 Abs. 7 Satz 2 VOF soll die Chancengleichheit der Teilnehmer sichern. Im Übrigen soll die Unabhängigkeit des Preisgerichts i. S. d. § 20 Abs. 7 Satz 1 VOF gesichert werden. Dies ist gewährleistet, wenn aufgrund der Einhaltung eines bestimmten formalen Verfahrens keine Gewissheit über die Urheberschaft eines Wettbewerbsbeitrags besteht. Ließe man bloße Erkennbarkeit für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Anonymität ausreichen, führte dies dazu, dass sich kein weithin bekannter Architekt mit charakteristischer „architektonischer Handschrift“ mehr an Wettbewerben beteiligen könnte, da kein Preisrichter gefunden werden könnte, der diese Handschrift nicht erkennen würde. Darüber hinaus kann es Nachahmer geben, so dass ohne Namensnennung oder sonstige vereinbarte Geheimzeichen eine Zuordnung aufgrund eines bestimmten Stils nicht zweifelsfrei möglich ist. Nichts anderes ergibt sich aus den Regeln zur Durchführung von Wettbewerben 2004 (RAW 2004) sowie den vom Auftraggeber ausgegebenen Wettbewerbsbedingungen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Rahmen der Prüfung eines Antrags gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 bestätigt, dass kein Verstoß gegen das Gebot der Geheimhaltung vorliegt (Beschluss vom 25. Oktober 2005 – VII-Verg 67/05). Der Antragsteller hat die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgenommen.

## 2.13 Anordnungsbefugnisse der Vergabekammer

### Anordnung bei Wiederholung der Wertung

In einem von der 3. Vergabekammer entschiedenen Fall, in dem die Wiederholung der Wertung des Teilnahmeantrags des Antragstellers angeordnet wurde, stellte sich die zusätzliche Frage, wie mit den übrigen Teilnahmeanträgen zu verfahren ist. Da die Vergabestelle Wertungskriterien falsch angewendet hatte, war davon auszugehen, dass auch die anderen Teilnahmeanträge nach diesen „falschen“ Kriterien bewertet wurden. In der Sache wäre daher hinsichtlich sämtlicher Bewerber eine Neubewertung der Teilnahmeanträge samt Bildung einer neuen Wertungsreihenfolge der besten Bewerber (deren Anzahl



beschränkt war) erforderlich, weil sonst die Vergleichbarkeit der Auswahlprozesse nicht gewährleistet gewesen wäre. Die Vergabekammer ist jedoch gehalten, diejenige Maßnahme anzuordnen, die zwar die Rechtsverletzung des Antragstellers beseitigt, das Auswahlverfahren jedoch am wenigsten beeinträchtigt. Die Gestaltung des zeitlichen Ablaufs des Auswahlverfahrens – insbesondere das Nichtabwarten, ob eine Rüge durch einen ausgeschiedenen Bewerber erfolgen würde, bevor die Verhandlungsaufforderung an die ausgewählten Bewerber ergangen ist – war im vorliegenden Fall zwar der Sphäre des Antragstellers zuzurechnen. Leidtragende wären aber die bereits ausgewählten Bewerber gewesen, die guten Glaubens bereits ihre Angebote abgegeben hatten. Diese wären erst einmal hinfällig, wenn eine Neubewertung aller Bewerbungen mit ungewissem Ausgang angeordnet worden wäre. Auch war der Antragsteller der einzige Bewerber, der einen Nachprüfungsantrag eingereicht hatte, so dass die anderen ausgeschiedenen Bewerber nicht zwangsläufig begünstigt werden müssen, sondern bei einer Ausweitung der Neubewertungspflicht auf sämtliche Bewerber vom Nachprüfungsantrag des Antragstellers profitieren würden. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung und -abwägung aller Interessen entsprach es daher nach Auffassung der Vergabekammer am ehesten der Verhältnismäßigkeit, die Pflicht zur Neubewertung auf die Bewerbungen der ausgewählten sieben Bewerber und des Antragstellers zu beschränken – wobei die Neubewertung aber nur dazu führen kann, dass der Antragsteller, wenn er unter die sieben Besten fällt, als achter Teilnehmer ebenfalls in das Verhandlungsverfahren einzubeziehen ist, jedoch nicht dazu, dass einer der sieben Bieter, die bereits ein Angebot abgegeben hatten, im Nachhinein aus diesem Kreis herausfällt.

#### **Kein zwingender Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens**

Die 2. Vergabekammer hat im Berichtszeitraum wiederholt entschieden, dass der Antragsteller keinen zwingenden Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens mangels wertbarer Angebote hat. Nach § 26 Nr. 1 Buchst. a VOB/A kann die Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Die Mangelhaftigkeit sämtlicher abgegebenen Angebote liegt dem § 26 Nr. 1 Buchst. a VOB/A somit bereits tatbestandsmäßig zugrunde, ohne dass dies auf der Rechtsfolgenseite der Norm zwingend die Aufhebung zur Folge hätte. Der Wortlaut der Vorschrift räumt der Vergabestelle demnach auch für den Fall, dass kein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben wurde, ein Ermessen ein. Für eine Ermessensreduzierung auf Null, bei deren Vorliegen ausnahmsweise eine Pflicht der Vergabestelle zur

Aufhebung bestünde, lagen in den zu entscheidenden Fällen keine Anhaltspunkte vor. Die Auffassung der 2. Vergabekammer wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (vgl. Beschluss vom 7. März 2006, VII – Verg 98/05).

#### **Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens**

Die 2. Vergabekammer hatte sich im Berichtszeitraum mit drei Nachprüfungsanträgen bezüglich einer Wasserbaumaßnahme auseinanderzusetzen, die bereits im Berichtszeitraum 2003/2004 drei Mal Gegenstand eines Nachprüfungsantrages war (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 196, 199). Die Auftraggeberin hatte eine Wasserbaumaßnahme ausgeschrieben. Die geplante Zuschlagsentscheidung an die Mindestbieterin wurde durch die letztplatzierte Bieterin vor der 2. Vergabekammer angegriffen (VK 2 – 116/03). Den zurückweisenden Beschluss der Kammer hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 25. Februar 2004, VII – Verg 77/03) aufgehoben. Die Auftraggeberin hatte daraufhin eine Neuwertung der Angebote durchgeführt und war zu dem Ergebnis gekommen, dass kein Bieter über die notwendige Eignung verfügen würde. Demzufolge hob sie das Verfahren gemäß § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A auf. Nach Ansicht der 2. Vergabekammer war die Feststellung der fehlenden Eignung der Bieter aufgrund der zu einschränkenden Auslegung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf rechtsfehlerhaft. Daher war die Aufhebung der Aufhebung anzuordnen (2. Vergabekammer, Beschlüsse vom 24. Juni 2004, VK 2 – 70/04 und VK 2 – 73/04). Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Vergabestelle wies das Oberlandesgericht Düsseldorf zurück (Beschluss vom 26. Januar 2005 – Verg 45/04). Der Senat bestätigte die Ansicht der Vergabekammer, dass die Verlängerung der Bauzeit und eine geänderte Losaufteilung keine Gründe für die Aufhebung darstellten. Die Vergabestelle hatte darüber hinaus bei der Eignungsprüfung einen zu hohen Maßstab angelegt. Die Vergabestelle hatte daraufhin eine weitere Wertungsrunde durchgeführt, in der sie zum Ergebnis gelangte, dass die Letztplatzierte die einzig geeignete Bieterin sei, welche die hohen Anforderungen an die Eignungsprüfung erfülle. Hiergegen wandten sich die erstplatzierte Bieterin, sowie die Bieter auf den Plätzen 3 und 4 in ihren Nachprüfungsanträgen. Diese waren in zwei Fällen mangels Antragsbefugnis zu verwerfen. In einem Fall wurde der Antrag zurückgewiesen, da die Prüfung der Eignung der Vergabestelle nach den Vorgaben des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht zu beanstanden war. Die Entscheidungen wurden vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (vgl. Beschlüsse vom 22. September 2005 – Verg 48/05 und Verg 50/05, sowie Beschluss vom 5. Oktober 2005 – Verg 55/05).



**Vierter Abschnitt****Geschäftsübersicht****Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle**

Anmerkung:

Anders als in früheren Tätigkeitsberichten wurde im Berichtszeitraum nicht mehr die Zahl der Vollzugsanzeigen, sondern die Zahl der Anmeldungen statistisch erfasst.

Durch das Abstellen auf den Tag des Eingangs der vollständigen Anmeldung können zukünftig Verzerrungen vermieden werden, die bislang daraus resultierten, dass Zusammenschlüsse nicht in dem Jahr erfasst wurden, in

dem sie angemeldet wurden, sondern in dem Jahr, in dem die Unternehmen dem Bundeskartellamt den Vollzug gemeldet haben (vgl. in diesem Zusammenhang 15. Hauptgutachten der Monopolkommission – 2002/2003 – Rn. 597). Die tatsächliche Arbeitsbelastung des Bundeskartellamts kann so wesentlich präziser als in der Vergangenheit widerspiegelt werden. Darüber hinaus wird die Vergleichbarkeit mit den Statistiken der Europäischen Kommission im Bereich Fusionskontrolle, die ebenfalls an die Anmeldung anknüpfen, gewährleistet.

**1. Angemeldete sowie angezeigte vollzogene Zusammenschlüsse****1.1 Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse**

<b>Jahr</b>	<b>Zusammenschlüsse</b>
1990	1 445
1991	1 541
1992	1 282
1993	1 185
1994	1 254
1995	1 154
1996	1 257
1997	1 387
1998	1 667
1999	1 687
2000	1 735
2001	1 568
2002	1 584
2003	1 366
2004	1 412
2005	1 687
2006	1 829
<b>Gesamt 1990–2006</b>	<b>25 040</b>

**1.2 Beim Bundeskartellamt nach § 23 GWB a. F. (1973 bis 1998) bzw. § 39 (ab 1999) angezeigte vollzogene Zusammenschlüsse 1973 bis 2004**

<b>Jahr</b>	<b>Zusammenschlüsse</b>
1973	34
1974	294
1975	445
1976	453
1977	554
1978	558
1979	602
1980	635
1981	618
1982	603
1983	506
1984	575
1985	709
1986	802
1987	887
1988	1 159
1989	1 414
1990	1 548
1991	2 007
1992	1 743
1993	1 514
1994	1 564
1995	1 530
1996	1 434
1997	1 751
1998	1 888
1999	1 182
2000	1 429
2001	1 138
2002	1 317
2003	1 135
2004	1 206
<b>Gesamt 1973–2004</b>	<b>33 234</b>

**Anmerkung:**

Die Tabelle 1.2 bezieht sich auf die angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse. Die angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse wurden bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle vom Bundeskartellamt im Bundesanzeiger veröffentlicht. Die Tabelle wird nicht weiter fortgeführt (vgl. Anmerkung vor Tabelle 1.1).

## 2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse und Entscheidungen in 2005 und 2006

	2005	2006
<b>I. Anmeldungen</b>	<b>1 687</b>	<b>1 829</b>
<b>II. Entscheidungen</b>	1 579	1 684
(1) Freigaben	1 573	1 679
davon: in der 1. Phase	1 550	1 649
in der 2. Phase ohne Nebenbestimmungen	19	24
in der 2. Phase mit Nebenbestimmungen	4	6
(2) Untersagungen	6	5
<b>III. Erledigung vor Abschluss des Verfahrens</b>		
(1) Rücknahmen	40	44
davon: in der 1. Phase	34	40
in der 2. Phase	6	4
(2) keine Kontrollpflicht	10	91
<b>IV. Per 31. Dezember 2004 noch nicht abgeschlossene Fälle aus Vorperiode</b>	108	
Entscheidungen	77	
(1) Freigaben	75	
davon: in der 1. Phase	69	
in der 2. Phase ohne Nebenbestimmungen	2	
in der 2. Phase mit Nebenbestimmungen	4	
(2) Untersagungen	2	
Erledigung vor Abschluss des Verfahrens		
(1) Rücknahmen	7	
davon: in der 1. Phase	5	
in der 2. Phase	2	
(2) keine Kontrollpflicht	24	
<b>V. Per 31. Dezember 2006 noch nicht abgeschlossene Fälle</b>		118

## Anmerkung:

Abschnitt I. der Tabelle gibt die Zahl der beim Bundeskartellamt in den Jahren 2005 und 2006 eingegangenen Anmeldungen wieder. In Abschnitt II. und III. der Tabelle sind alle in diesen beiden Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen von Verfahren aufgeführt, und zwar unabhängig davon, in welchem Jahr die Anmeldung erfolgt ist. Abschnitt IV. der Tabelle gibt Auskunft über die Fälle, die im Jahr 2004 angemeldet, aber erst im Jahr 2005 entschieden worden sind; diese Fälle sind bereits in Abschnitt II. und III. enthalten.

**3. Angemeldete Zusammenschlüsse**  
**– Gesamtumsatz, Umsatz des erworbenen Unternehmens, Umsatz der Erwerber –**  
**nach Größenklassen 2005, 2006**

**3.1 Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen**

Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2005		2006	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
ab 500				
bis unter 1 000	224	6	236	4
bis unter 6 000	680	25	725	13
6 000 und mehr	783	39	868	13
<b>Gesamt</b>	<b>1 687</b>	<b>70</b>	<b>1 829</b>	<b>30</b>

Anmerkungen:

Alle Umsätze (auch in allen folgenden Tabellen) sind „Umsätze im Sinne des GWB“ (§§ 35 ff.) des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres vor dem Zusammenschluss. Für Handelsumsätze, Umsätze mit Zeitungen und Zeitschriften, für Banken und Versicherungen gelten die Berechnungsverfahren des § 38 Abs. 2 bis 4.

In früheren Tätigkeitsberichten (bis 1989/90) wurden Presseumsätze allerdings – anders als in der jetzigen Auswertung – mit den Originalwerten angesetzt; daher wird die Zahl der Pressefälle in den einzelnen Umsatzklassen gesondert aufgeführt.

**3.2 Umsatz des erworbenen Unternehmens**

Umsatz des erworbenen Unternehmens (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2005		2006	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
(Neugründung) 0	373	0	482	0
bis unter 2	147	2	94	0
bis unter 25	377	16	384	8
bis unter 250	583	26	641	12
bis unter 500	87	5	94	2
bis unter 1 000	55	5	54	0
bis unter 6 000	56	1	33	4
6 000 und mehr	5	0	17	0
<b>Gesamt</b>	<b>1 687</b>	<b>55</b>	<b>1 829</b>	<b>26</b>

Anmerkungen:

Zur Umsatzberechnung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.1.

Für jeden Zusammenschlussfall wird ein erworbenes Unternehmen gezählt. Daher stimmt die Zahl der Erworbenen automatisch mit der Zahl der Zusammenschlüsse überein.

Werden in einem Zusammenschluss (einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang) Anteile oder Vermögenswerte mehrerer Unternehmen erworben, wird nach dem „Schwerpunktprinzip“ verfahren: Umsatz-, Branchen- und Länderzuordnung erfolgt bei dem erworbenen Unternehmen, bei dem der Umsatzschwerpunkt liegt.

**3.3 Umsatz des erwerbenden Unternehmens („Erwerber“)**

Umsatz des erwerbenden Unternehmens (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2005		2006	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
bis unter 2	42	0	34	0
bis unter 25	51	2	32	0
bis unter 250	112	4	103	2
bis unter 500	80	1	74	1
bis unter 1 000	253	7	223	3
bis unter 6 000	555	23	683	15
6 000 und mehr	676	38	854	11
<b>Gesamt</b>	<b>1 769</b>	<b>75</b>	<b>2 003</b>	<b>32</b>

Anmerkungen:

Zur Umsatzberechnung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.1.

Die Zahl der Erwerber ist regelmäßig größer als die Zahl der Zusammenschlüsse, da mehrere Unternehmen gemeinsam Anteile an einem anderen Unternehmen erwerben können (Entstehung von Gemeinschaftsunternehmen). Als Erwerber gezählt werden grundsätzlich die Konzernobergesellschaften („Konzernspitzen“). Dies gilt für den Umsatz sowie für die Branchen- und Länderzuordnung. Die Branchenzuordnung erfolgt nach dem „Schwerpunktprinzip“, die Länderzuordnung nach dem Sitz der Obergesellschaft.

Abweichend von diesem Grundsatz werden bei Erwerbern, die ihrerseits von mehr als einem Unternehmen abhängig sind („gespaltene Konzernspitze“), nicht die einzelnen Muttergesellschaften, sondern der Erwerber selbst gezählt.

**4. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes**

	2005	2006
I. Vermögenserwerb	435	422
II. Kontrollerwerb	1029	1253
davon: Anteilserwerb	737	928
durch Vertrag	110	121
Gemeinschaftsunternehmen	118	144
Veränderung der Kontrolle	64	60
III. Anteilserwerb	207	145
davon: Mehrheitserwerb	26	24
Minderheitsserwerb	45	37
Gemeinschaftsunternehmen	136	84
IV. Wettbewerblich erheblicher Einfluss	16	9
<b>Gesamt</b>	<b>1 687</b>	<b>1 829</b>

**5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation**

	2005	2006
Horizontal	1 385	1 465
Vertikal	59	75
Konglomerat	243	289
<b>Gesamt</b>	<b>1 687</b>	<b>1 829</b>

## Anmerkungen:

Ein horizontaler Zusammenschluss liegt vor, wenn das erworbene Unternehmen auf den gleichen Märkten tätig ist wie der Erwerber.

Ein vertikaler Zusammenschluss liegt vor, wenn das erworbene Unternehmen im Verhältnis zum Erwerber auf vor- oder nachgelagerten Produktstufen tätig ist (Beispiel: Brauerei erwirbt Getränkegroßhandel).

Von einem konglomeraten Zusammenschluss wird ausgegangen, wenn zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten bestehen.



**6.1 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2005, 2006**  
**Erworbene Unternehmen in geografischer**  
**Gliederung**

	Land/Region	2005	2006
A	Osterreich	20	39
AUS	Australien	3	6
B	Belgien	19	17
BER	Bermuda	3	4
BG	Bulgarien	0	1
BIH	Bosnien-Herzegowina	0	1
BR	Brasilien	1	1
CAY	Cayman Islands	2	2
CDN	Kanada	7	9
CH	Schweiz	29	38
CO	Kolumbien	0	1
CZ	Tschechische Republik	4	4
D	Deutschland	1 091	1 066
DK	Dänemark	22	18
E	Spanien	4	9
EW	Estland	0	1
F	Frankreich	48	61
FIN	Finnland	6	8
FL	Liechtenstein (Fürstentum)	0	1
GB	Großbritannien	70	107
GBJ	Jersey	0	1
GR	Griechenland	1	0
H	Ungarn	0	4
HK	Hongkong	2	2
HR	Kroatien	0	4
I	Italien	28	29
IL	Israel	7	2
IND	Indien	4	1
IRL	Irland	5	6
J	Japan	12	9
L	Luxemburg	19	18
M	Malta	0	1
MC	Monaco	0	1
MEX	Mexico	0	3
MS	Mauritius	1	0
N	Norwegen	8	10
NA	Niederländische Antillen	0	1
NL	Niederlande	37	72
P	Portugal	3	0
PE	Peru	0	1
PL	Polen	2	6
RC	Taiwan (Republik China)	1	1
RCH	Chile	0	1
RO	Rumänien	0	1
ROK	Südkorea	1	0
RUS	Russische Föderation (Russland)	0	2
S	Schweden	23	28
SGP	Singapur	2	2
SK	Slowakei	0	2
T	Thailand	2	0
TR	Türkei	0	4
UA	Ukraine	1	1
USA	USA	183	213
V.I	British Virgin Islands	2	1
VRC	Volksrepublik China	4	5
YU	Jugoslawien	1	0
ZA	Rep. Südafrika	9	3
<b>Gesamt</b>		<b>1 687</b>	<b>1 829</b>

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geographischen Orientierung und besagen nichts über den staats- oder völkerrechtlichen Status einzelner Gebiete.

Zur Zählung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.2.

**6.2 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2005, 2006**  
**Erwerber in geografischer Gliederung**

	Land/Region	2005	2006
A	Osterreich	32	36
AUS	Australien	13	8
B	Belgien	19	10
BER	Bermuda	5	6
BS	Bahamas	2	0
CAY	Cayman Islands	6	6
CDN	Kanada	16	7
CH	Schweiz	29	24
CY	Zypern	1	3
CZ	Tschechische Republik	1	2
D	Deutschland	977	1 167
DK	Dänemark	20	11
E	Spanien	9	17
F	Frankreich	65	72
FIN	Finnland	11	6
FL	Liechtenstein (Fürstentum)	0	1
GB	Großbritannien	83	94
GBG	Guernsey	9	9
GBJ	Jersey	7	10
GBZ	Gibraltar	0	1
HK	Hongkong	2	2
I	Italien	22	25
IL	Israel	3	2
IND	Indien	2	3
IRL	Irland	2	6
IS	Island	3	4
J	Japan	32	24
KWT	Kuwait	1	1
L	Luxemburg	23	33
M	Malta	0	1
MAL	Malaysia	0	1
MS	Mauritius	0	2
N	Norwegen	5	6
NA	Niederländische Antillen	0	1
NL	Niederlande	41	74
P	Portugal	2	0
PA	Panama	1	0
PL	Polen	1	1
RC	Taiwan (Republik China)	1	1
RCH	Chile	1	0
RO	Rumänien	0	1
ROK	Südkorea	2	3
RUS	Russische Föderation (Russland)	2	1
S	Schweden	18	19
SA	Saudi Arabien	0	1
SGP	Singapur	1	2
T	Thailand	1	0
TR	Türkei	2	2
UA	Ukraine	0	1
UAE	Vereinigte Arabische Emirate	4	0
USA	USA	276	287
V.I	British Virgin Islands	1	1
VRC	Volksrepublik China	7	6
YU	Jugoslawien	1	0
ZA	Rep. Südafrika	7	2
<b>Gesamt:</b>		<b>1 769</b>	<b>2 003</b>

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geographischen Orientierung und besagen nichts über den staats- oder völkerrechtlichen Status einzelner Gebiete.

Zur Zählung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.3.

Teil II: Übersichten zu weiteren Verfahren

Seit dem 1. Juli 2005 gilt das novellierte GWB. Das Anmelde- und Genehmigungssystem wurde durch das Prinzip der Legalausnahme ersetzt. Eine Übersicht über angemeldete, beantragte und in Kraft befindliche Kartelle, wie noch im Tätigkeitsbericht 2003/2004 enthalten (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 234 ff.), enthält der vorliegende Tätigkeitsbericht daher nicht mehr. Das Gleiche gilt für Konditionenempfehlungen sowie Normen- und Typenempfehlungen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 262 ff.). Die Freistellungen von anmeldepflichtigen bzw. durch Verfügung frei gestellten Kartellen laufen nach § 131 Abs. 1, 2 zum 31. Dezember 2007 aus. Für Konditionenempfehlungen sowie Normen- und Typenempfehlungen ist keine Übergangsfrist vorgesehen.

1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren

Tabelle 1.1 Beim Bundeskartellamt

	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	neue Verfahren	Abgeschlossene Verfahren										
			Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistellungserteilung, Keinspruch, Kraft Gesetzes wirksam)	Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Untersuchungs- oder Abstellverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldbeurteilung*	Ab-schöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	Aufgabe des beanstandeten Verhaltens	kein Anlass zum Tätigwerden insg.	Entscheidung nach § 32c GWB	Einstellung aus anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung
<b>a) Kartelle:</b>													
§ 1 GWB	Kartellverbot (gesamt)	2005	28			2	3		11	13	1	99	1
		2006	24			2	2		10	48		20	
Hardcorekartelle**		2005					3					1	
		2006					2						
Mittelstandskartelle		2005	4									8	
		2006	4	4					1	5	1	3	
Sonstige horizontale Kooperationen		2005	84			2			7	12		82	1
		2006	31	24		2			5	38		15	
Vertikalvereinbarungen		2005	10						4	1		9	
		2006	6						4	5		1	
<b>b) Marktherrschaft, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Missbräuche)</b>													
§§ 19 ff. GWB	Missbrauchsverfahren (gesamt)	2005	65			3	1		24	4		126	5
		2006	9	56			1		15	25		26	1
§ 19	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	2005	11	39		1			14	1		84	5
		2006	6	27					7	15		12	1
§ 20 <sup>1)</sup>	Diskriminierungsverbot, Verbot der unbilligen Behinderung	2005	2	14		2	1		4	3		13	
		2006	3	15					3	5		5	

noch Tabelle 1.1 Beim Bundeskartellamt

	neue Verfahren	Abgeschlossene Verfahren												
		[auch] Anwendung von Artt. 81, 82 EG	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistellung erteilt, Kein Widerspruch, kraft Gesetzes wirksam)	Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Verpflichtungszusagen	Abschluss durch Untersuchungs- oder Abstellverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldbescheid <sup>a</sup>	Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	Aufgabe des beanstandeten Verhaltens	kein Anlass zum Tätigwerden		Einstellung aus anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung	Abgabe an andere Behörde
										Entscheidung nach § 32c GWB	Entscheidung nach § 32c GWB			
§ 20 <sup>III</sup>	Verbot der Einräumung von Vorzugskonditionen	2005 2006						4 1	2	1 2				
§ 20 <sup>V</sup>	Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	2005 2006		1						21				
§ 20 <sup>VI</sup>	Verbandsdiskriminierung	2005 2006							1	2 1				
§ 21 <sup>I</sup>	Boycottverbot	2005 2006	4 4					2 1		4 3				
§ 21 <sup>II-IV</sup>	Sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	2005 2006	2 9					3	2	1 3				
<b>c) Ausnahmereiche für bestimmte Wirtschaftszweige</b>														
§ 28 GWB	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft	2005 2006									1			
§ 30 GWB	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften	2005 2006												
§ 131 Abs. 6 GWB i.V.m. § 103 Abs. 5 in der Fassung der 6. GWB-Novelle	Missbrauchsaufsicht über Wasser- versorgungsunternehmen	2005 2006												
<b>Gesamt</b>		<b>2005 2006</b>	38 47	28 0	0 0	2 5	4 3	0 0	35 25	17 73	1 0	226 46	0 0	6 1

\* Ein Bußgeldverfahren gegen mehrere Betroffene gilt mit dem ersten erlassenen Bußgeldbescheid als abgeschlossen.

\*\* In der Regel verdeckte Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen, Absatzquoten, Aufteilung von Märkten

Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden

	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	neue Verfahren	Abgeschlossene Verfahren										Abgabe an andere Behörde	
			Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Untersagung oder Abstellverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeld- be- scheid*	Ab- schöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	Ab- schöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	kein Anlass zum Tätigwerden insg.	Entschei- dung nach § 32c GWB	Einstel- lung aus anderen Gründen	Entzug des Rechts- vorteils einer Grup- penfrei- stellung		
<b>a) Kartelle:</b>														
§ 1 GWB	Kartellverbot (gesamt)	2005	101		1	10	14	5	3	84		21		
		2006	52		1	4	8	4	2	42		7		
2005	Hardcore-Kartelle**	2005	6			6				23		1		
		2006	9			2				25				
2005	Mittelsandkartelle	2005						1		1				
2005	Sonstige horizontale Kooperationen	2005	95		1	4	11	5	3	61		20		
		2006	43		1	2	4	4	2	15		6		
2005	Vertikalvereinbarungen	2005						3		1				
2005	Sektoruntersuchung	2005	1											
<b>b) Marktherrschaft, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Missbräuche)</b>														
§§ 19 ff. GWB****	Missbrauchsverfahren (gesamt)	2005	752							433	14	7	286	54
		2006	465							180	10	4	247	26
§ 19	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	2005	725							408	13	7	279	50
		2006	435							167	7	4	240	24
§ 20 <sup>III</sup>	Diskriminierungsverbot, Verbot der unbilligen Behinderung	2005	20							20	1		4	3
		2006	23							11	3		5	1
§ 20 <sup>III</sup>	Verbot der Einräumung von Vorzugskonditionen	2005												
2006		2006												
§ 20 <sup>IV</sup>	Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	2005	2							2			1	
2006		2006	1											
§ 21 <sup>I</sup>	Boykottverbot	2005	5							2			3	
		2006	3							1			1	1

noch Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden

	[auch] Anwendung von Art. 81, 82 EG	neue Verfahren	Abgeschlossene Verfahren														
			Anordnung einstweiliger Maßnahmen	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Untersagung oder Abstellungsverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeldbescheid*	Ab-schöp-fung des wirtschaftlichen Vorteils	Ab-schöp-fung des wirtschaftlichen Vorteils	kein Anlass zum Tätigwerden insg.	Entscheidung nach § 32c GWB	Einstellung aus anderen Gründen	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung	Abgabe an andere Behörde				
§ 21 II-IV	Sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	2005 2006								1 1							1
<b>c) Ausnahmereiche für bestimmte Wirtschaftszweige</b>																	
§ 28 GWB	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft	2005 2006															
§ 30 GWB	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften	2005 2006															
§ 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 Abs. 5 in der Fassung der 6. GWB-Novelle	Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen	2005 2006	9 7	1						3			6 5			1	
<b>Gesamt</b>		<b>2005 2006</b>	<b>1 2</b>	<b>862 525</b>	<b>0 0</b>	<b>20 8</b>	<b>1 1</b>	<b>10 4</b>	<b>0 0</b>	<b>450 188</b>	<b>22 14</b>	<b>10 6</b>	<b>376 294</b>	<b>0 0</b>	<b>75 34</b>		

\* Ein Bußgeldverfahren gegen mehrere Betroffene gilt mit dem ersten erlassenen Bußgeldbescheid als abgeschlossen.

\*\* In der Regel verdeckte Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen, Absatzquoten, Aufteilung von Märkten

\*\*\* Im Rahmen einer Sektoruntersuchung hat eine LKB Auskunftsersuchen an 107 Gasversorger auf § 32e GWB gestützt.

\*\*\*\* Die Zahl der Missbrauchsverfahren 2005 und 2006 resultiert aus der Vielzahl der Verfahren im Energiebereich.

**2. Anerkannte und geänderte Wettbewerbsregeln nach § 24 Abs. 3**

<b>Wirtschafts- und Berufsvereinigung</b>	<b>letzte Bekanntmachung im Bundesanzeiger</b>	<b>Geschäftszeichen</b>
Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.	Nr. 62 29. März 2006	B3-24410-171/05
Ring Deutscher Makler Landesverband Berlin und Brandenburg e.V.	Nr. 98 24. Mai 2006	B1-70310-263/05
Immobilienverband Deutschland Bundesverband e.V.	Nr. 192 12. Oktober 2006	B1-70310-180/06
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.	Nr. 67 5. April 2006	B4-66000-67/06

**Ausländische Besucher im Bundeskartellamt 2005/2006**

<b>Länder</b>	<b>Besucher 2005</b>	<b>Besucher 2006</b>	<b>Veranstaltungen 2005</b>	<b>Veranstaltungen 2006</b>
Ägypten		5		1
Albanien	7		1	
Belgien		1		1
Brasilien	1		1	
Bulgarien	10	6	2	2
China	96	8	6	2
Frankreich	4	1	1	1
Georgien	1		1	
Großbritannien	2	6	1	2
Israel	1		1	
Japan	8	8	1	4
Kolumbien	25		1	
Korea	17	87	4	5
Lettland		15		2
Malaysia	5		1	
Malta		2		1
Mazedonien		9		1
Niederlande		44		2
Polen	16		2	
Russland	13		1	
Schweden	2	1	1	1
Schweiz		5		1
Slowakei		5		1
Spanien	1	1	1	1
Tschech. Republik		6		1
Ukraine	15		1	
Sonstige	24		1	
<b>Total</b>	<b>248</b>	<b>210</b>	<b>28</b>	<b>29</b>

**Stichwortverzeichnis****A**

Abflussrohre 96  
Abstellung von Zuwiderhandlungen 41  
Abwägungsklausel 20, 106 f., 110, 131  
Abwasserbehandlungsanlagen 101  
Aerosoldosen 98 f.  
Ärztliche Dienstleistungen 169  
Akteneinsicht 35, 42 f., 45  
Allianzen (Luftverkehr) 146  
Amicus Curiae 64  
Amtsermittlung 40  
Amtshilfe (Artikel 22 Abs. 1 VO Nr. 1/03) 47  
Anfechtbarkeit von Freigaben in der Ersten Phase 43  
Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen 44  
Angebot unter Einstandspreis 8, 23, 61, 66, 137, 140 f.  
Angebotsausschluss (Vergaberecht) 204 ff., 212 ff.  
Angebotswertung (Vergaberecht) 215 ff., 219 f.  
Anmeldeformular (Fusionskontrolle) 13  
Anordnungsbefugnis der Vergabekammern 220 f.  
Antragsbefugnis (Vergaberecht) 192 f.  
Anwendungsbereich der Fusionskontrolle 17 f., 165, 169 ff.  
Architektenwettbewerb 218 f., 220 f.  
Arealnetz 128  
Armaturen 102  
Arzneimittel 84  
Asphaltmischgut 94 f.  
Aufhebung eines Vergabeverfahrens 221  
Auflagen 14, 19 f., 62, 74 f., 84 f., 94 ff., 143, 145, 159, 167, 171 f., 173, 174 f.  
Auskömmlichkeit des Preises (Vergaberecht) 192f., 219 f.  
Auskunftsbeschlüsse 40  
Ausnahmebereiche vom Kartellrecht (7. GWB-Novelle) 13

**B**

Bagatellbekanntmachung 8, 10 f.  
Bagatellmarktklausel 8, 12, 18, 21, 75, 90 f., 99, 118, 151  
Bedingungen 14, 19 f., 62, 84, 86 f., 104, 112 f., 139 f., 143, 159, 167, 175  
Behinderungsmisbrauch 22 f., 48, 69, 70, 89 ff., 140 f., 141  
Behördenbefugnisse (7. GWB-Novelle) 11  
Beiladung 41  
Beratender Ausschuss (Fusionskontrolle) 59  
Beschlagnahme 41 f.  
Beschwerdebefugnis 45  
Beteiligung an Verfahren der Bundesnetzagentur 27, 28 f., 32, 133, 156 ff.  
Betonfertigteile 96  
Bieterwechsel (Vergaberecht) 208  
Blei 97 f.  
Börsen 159  
Bonusregelung des Bundeskartellamtes (s. auch Leniency) 9, 32, 35, 45, 50  
Boycott 24, 169, 180  
Breitbandkabelnetze 109 ff.  
Briefdienstleistungen 155 ff.  
Buchhandel 84  
Bündelfunk (PMR) 154 f.  
Bundesliga-Rechte 54, 154



Bußgeld wegen Falschangaben (Fusionskontrolle) 22  
Bußgeldleitlinien  
– des Bundeskartellamtes 9, 12 f., 32, 35 f.  
– der Europäischen Kommission 9, 32, 49 f., 55  
Bußgeldtatbestand 12 f.  
Bußgeldverfahren (Kartelle) 32 ff., 79, 84, 87, 88, 93 f., 96, 149, 160, 184  
Busse 115

## C

Cash + Carry (C+C)-Märkte 135 f.  
CO<sub>2</sub>-Verfahren (Industriestrompreise) 30, 128 f.  
CO<sub>2</sub>-Zylinder 22 f., 89 f.  
Codesharing 46  
Convenience-Produkte 69 f., 136

## D

De-facto-Vergabe 186, 188, 190  
Deutsch-Französischer Wettbewerbstag 66  
Digitale Plattform 106 f.  
Dinner-Shows 184  
Dokumentationspflicht (Vergaberecht) 185, 210, 217  
Drittbeschwerdebefugnis 45  
Drogerieeinzelhandel 139 ff.  
Druckfarben 88 f.  
DSL-Anschlüsse 152 f.  
Duales System 175 f.  
Duopol 15, 29, 72 f., 74 f., 76, 77, 86 f., 94 f., 121, 124 ff., 171, 177 f.

## E

ECA-Arbeitsgruppen 46 f.  
ECN-Arbeitsgruppen 47 f.  
Effizienzeinrede 48 f.  
Eignung (Vergaberecht) 210 ff.  
Einkaufskooperationen 11, 38, 85, 92, 137, 138  
Einwegpfand 175  
Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung 32  
Empagran-Fall 64  
Empfehlungsverbot 11, 38, 76, 169  
Entflechtungsverfahren 21 f., 94 f., 99, 165  
Entsorgung von Elektro- und Elektronikaltgeräten 175  
Entsorgungswirtschaft 171 ff.  
EnWG-Novelle 28 ff.  
Enzyme 74  
Erheblichkeitszuschlag 8, 31, 128, 129, 132  
Erledigung 44 f.  
Ermittlungsbefugnis im Beschwerdeverfahren 40  
Ernährungsgewerbe 69 ff.  
Ersatzteilhandel 134  
Europäische Fusionskontrolle 60 ff.  
European Competition Authorities (ECA) 46 f.  
European Competition Network (ECN) 9, 47 f.

**F**

Fährverkehr 145 f.  
Fallverteilung 47  
Fernsehwerbemarkt 107 f., 177 ff.  
Feststellungsinteresse (Vergaberecht) 196 f.  
FIFA 54  
Finanzdienstleistungen 46  
Floatglas 96  
Flugsimulatoren 117 f.  
Flugzeugbau 117 ff.  
Fotoeinzelhandel 140  
Franchise 141  
Fruchtzubereitungen 72 f.

**G**

Gaslieferverträge, langfristige 11, 30, 131  
Gaspreisverfahren Haushaltskunden, Kleingewerbe 131 f.  
Gaswarngeräte 114  
Gebietsabsprachen 32 ff., 87, 93, 180 ff., 184  
Geflügelverarbeitung 102 f.  
Geld- und Werttransporte 150  
Gemeinschaftsgrundrechte 40  
Geschäftsgeheimnisse 45  
Gesundheitsreform 17, 85, 169 ff.  
Gewürze 24, 70 f.  
Gleichbehandlungsgebot (Vergaberecht) 178, 191, 200, 202, 205, 207 ff., 211 ff., 218  
Großhandel mit Arzneimitteln 87 f.  
Grundverschlüsselung im Satelliten-TV 107 ff.  
Günstigkeitsprinzip 13, 93, 94  
Gütezeichen 96  
GWB-Novelle  
– 7. GWB-Novelle 8, 10 ff.  
– Preismisbrauchsnovelle 8, 30 f.

**H**

Hafenzugang 146  
Halbleiter 104 f.  
Heißbleimauftragsysteme 101 f.  
Holzvermarktung 68 f.

**I**

IATA 51  
Immobilien 18, 162 f.  
In-camera-Verfahren (Vergaberecht) 214 f.  
Industrielle Sachversicherung 33, 160  
Industriestrompreise (CO<sub>2</sub>-Verfahren) 30, 128 f.  
Inlandsauswirkungen 111 f.  
Interbankenentgelte 47, 159  
International Competition Network (ICN) 9, 61 ff.  
Internationale Kartellkonferenz 66  
Internationale Rechtshilfe 63 f.  
Internationaler Gütertransport 148 ff.  
Internetvertrieb 23, 36, 39, 75, 76, 180 ff.  
IT-Dienstleistungen 163 ff.

**J**

Jurisdiktionelle Mitteilung der Europäischen Kommission 57

**K**

Kartenzahlungsabwicklung 159  
Katalysatoren 86  
Kfz-GVO 134 f.  
Kfz-Rückspiegel 117  
Kfz-Vertrieb 134 f.  
Kfz-Werkstätten 134 f.  
Konditionenempfehlungen 11, 38 f.  
Konditionenkartelle 38 f.  
Konglomerate Fusionen 19, 57 f., 118, 119 ff., 177 ff.  
Kontraktlogistik 149  
Krankenhäuser 15, 17, 164 ff.  
Krankenkassen 17, 85, 169 ff.  
Kreditkarten 24, 47, 159  
Kreditportfolio 19, 159 f.  
Kundenschutzabsprachen 34, 77, 84, 87, 96

**L**

Landhandel 68  
Laserprodukte 111 f.  
Lebensmittel-Einzelhandel 137 f.  
Legalausnahme 8, 10, 39, 51  
Leistungsbeschreibung (Vergaberecht) 185, 199 ff., 204 f.  
Leitlinien der Europäischen Kommission zur Beurteilung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse 57 f.  
Leitlinien zu Artikel 82 EG 48 f.  
Leniency (s. auch Bonusregelung)  
– Bekanntmachung der Europäischen Kommission 9, 32, 50  
– ECN „Modell-Leniency Programm“ 9, 32, 35, 48, 50  
Liberalisierung der Postmärkte 27  
Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte 27 ff.  
Lizenzwerb 18, 82  
Lokomotiven 121  
Lotterie 23, 24, 36, 180 ff.  
Luftverkehr 46, 51, 146 ff.

**M**

Markersystem 35, 50  
Marktabstottung 11, 30, 57 f., 131  
Marktanalyseverfahren 25, 26, 156  
Marktforschung 40  
Marktinformationssystem 37, 85  
Materielle Beschwer 44  
Medizintechnik 112 f.  
Mehrmarkenvertrieb 39, 134  
Merkblatt für kleine und mittlere Unternehmen 8, 10 f.  
Messgeräte 113 f.  
Ministererlaubnis 17, 22, 165 f.  
Missbrauchsaufsicht 9, 22 ff., 26 f., 27, 30, 69, 70, 89 f., 96, 127 ff., 131, 134, 140 f., 141, 152 f., 154, 156, 180 f.  
Mittelstandskooperationen 11, 37 f., 92 f., 96  
Mitversicherungsgemeinschaften 36 f., 160 f.  
Mobilfunk 153 f.  
Munition 103 f.

**N**

Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand 38, 52, 85  
Nachträgliche Anmeldung (Fusionskontrolle) 12, 21  
Nebenangebot 202 f., 214 f., 217  
Nebenbestimmungen 14  
Netzgesellschaften 123  
Netznutzungsentgelte 127 f., 131  
Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) 9, 47 f.  
Notifizierungen 64  
Notwendige außergerichtliche Kosten (Vergaberecht) 197

**O**

OECD 60 f.  
Öffentlicher Auftraggeber 191 f.  
Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) 17 f., 143 ff.  
Ökonomisierung des Kartellrechts 8 f., 48 f.  
Oligopol 20, 26, 72 f., 74 f., 95, 126 f., 152 f., 156 f., 171 ff., 177 ff.,  
Oligopolvermutung 78, 91, 98 f., 102 f., 113 f., 117  
Online-Reisevertrieb 151  
Orthopädietechnik 169  
Osteosynthese-Produkte 113

**P**

Paketbeförderung 155 f.  
Papiergroßhandel 78 f.  
Parallelhandel 52 f.  
Patentschutz 53  
Pay TV 106 f., 107 f.  
Pharmazeutischer Großhandel 87 ff.  
Potenzieller Wettbewerb 73 f., 81, 110, 115 f., 129 f., 151, 159, 163  
Preisabsprachen 10, 32 ff., 35, 48, 77, 79, 87, 88, 94, 96, 107 f., 147, 149, 158, 169  
Preishöhenmissbrauch 8, 24, 30, 48, 128 f., 131 f., 134  
Pressevertrieb 83 f.  
Private Kartellrechtsdurchsetzung 13, 48, 50 f.  
Provisionsverträge mit Reisebüros 147 f.

**Q**

Quotenabsprachen 32 f., 35, 36, 88, 93, 94

**R**

Rabattabsprachen 96  
Rabatte 48 f., 53, 101 f., 140 f., 177  
Rahmenvertrag (Vergaberecht) 191  
Rechtliches Gehör 40  
Reform des Deutschen Vergaberechts 185  
Reform des Europäischen Vergaberechts 185 f.  
Roaming 26, 54 f.  
Rügeobliegenheit 193 ff.  
Rundfunkübertragung über Satellit 106 f.

**S**

Saatgut 67 f.  
Sanierungsfusion 164 f., 179 f.  
Satelliten-Subsysteme 105 f.  
Schienenbefestigungssysteme 119 ff.  
Schienengüterverkehr 142 ff.  
Schiffsfonds 19, 145  
Schwellenwert (Vergaberecht) 185, 189 f., 193 f.,  
Seeschifffahrt 51, 56 f., 145 f.  
Sektoruntersuchungen (Europäische Kommission) 31 f., 47 f., 57  
Selektiver Vertrieb 39, 75  
SEPA 46, 47  
Serviceverträge (Kfz) 135  
Set-Top-Boxen 107 f.  
Silogebühr 94  
Slot-Trading (Luftverkehr) 46  
Software 151 f., 163  
Speditionen 33, 148 ff.  
Sperrandrohung (Energie) 132 f.  
Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags (Vergaberecht) 189 ff.  
Staubsaugerbeutel 19, 40, 78  
Stromerzeugung 29, 122  
Stromhandel 28, 29, 122  
Strukturkrisenkartell 93  
Studie der Europäischen Kommission zu Nebenbestimmungen  
in der Fusionskontrolle (Merger Remedies Study) 58  
Studie der Europäischen Kommission zur Zwei-Drittel-Klausel  
in der Fusionskontrolle 58 f.

**T**

Teilleistungszugang 27, 156, 157  
Tenorierung 11  
Terminierungsentgelte 156 f.  
Textilgewerbe 75  
TKG-Novelle 2006 24 f., 154  
Touristik 150 ff.  
Trägersysteme für Pkw und Wohnmobile 115 f.  
Transparenzgrundsatz (Vergaberecht) 197 ff., 202, 208, 211 ff., 215  
Transportbeton 34, 36, 43, 93 f.  
Treuhänder 95, 99, 104, 113  
Trinkwassersprudler 22 f., 89 f.  
Turbinen 100

**U**

Umstrukturierung im Bundeskartellamt 10  
UNCTAD 63  
Ungewöhnliches Wagnis 200 f.  
Unternehmensbegriff 38, 52, 85, 168, 170  
Untersagung 14 f.

**V**

VDSL-Netz 25, 109, 153 f.  
Verfahrensökonomie (Beiladung) 41  
Verhaltenskodex 153

Verhältnismäßigkeit 41  
Verhandlungsverfahren (Vergaberecht) 187 f., 190 f., 195 f., 198, 204 f., 209, 220 f.  
Verjährung 20, 43, 80  
Verkauf unter Einstandspreis 8, 23, 61, 66, 137, 140 f.  
Verkaufsverpackungen 175 f., 176 f.  
Vermögenserwerb 18 f., 149, 159 f., 162 f.  
Verpackungsverordnung 176 f.  
Verpflichtungszusagen 11, 30, 37, 54, 68 f., 131, 154, 161  
Versicherungssektor 160 ff.  
Verteidigungsprivileg 42  
Vertikale Vereinbarungen 39 f.  
Verweisungen (Europäische Fusionskontrolle) 59 f.  
Vollzug von sekundärem Gemeinschaftsrecht 40  
Vollzugsverbot  
– Befreiung 20 f., 95, 111, 156  
– Verstoß 20 f., 43, 80, 99  
– Wiederherstellung 94 f.  
Vorbeugende Untersagung 40  
Vorfeldfälle (Fusionskontrolle) 16

**W**

Wandbaustoffe 91 ff.  
Wasseraufbereitungsanlagen 101  
Wettbewerblich erheblicher Einfluss 19  
Wettbewerbsregeln 161 f.  
Wiederholungsgefahr 44 f.

**Z**

Zement 33, 93  
Zucker 72  
Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission 56 f.  
Zusammenschlüsse kraft Landesgesetz 17, 168  
Zweikomponentenmischgeräte 99  
Zwischenstaatlicher Handel 11, 37, 92, 96

**Paragrafennachweis****GWB (in der ab 1. Juli 2005 geltenden Fassung – BGBl. I Seite 1954)**

§ 1	9 ff., 18, 26, 28, 30, 32, 37, 38 f., 39, 67, 68, 75, 76, 84, 91, 93, 96, 108, 121, 131, 138, 139, 147, 148, 152 f., 157, 158, 159, 161, 164, 169, 176, 181, 183
§ 2	10 f., 37 ff., 67, 108, 161
§ 2 Abs. 1	39
§ 3	11, 37f.
§ 3 Abs. 1	39
§ 3 Abs. 2	10 f., 28, 92
§ 19	22 f., 25, 28, 85, 90, 121, 128, 152 f.
§ 19 Abs. 2	119, 126
§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	68, 80, 87
§ 19 Abs. 2 Satz 2	126, 179
§ 19 Abs. 2 Satz 3	12, 18, 78, 90
§ 19 Abs. 3 Satz 1	73, 102, 103, 112, 144
§ 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1	91, 98, 103, 114, 178
§ 19 Abs. 4 Nr. 2	128, 131 f.
§ 19 Abs. 4 Nr. 4	128
§ 20	24, 96
§ 20 Abs. 1	23, 138, 141
§ 20 Abs. 2	75
§ 20 Abs. 4	24, 140
§ 20 Abs. 4 Satz 1	69
§ 20 Abs. 4 Satz 2	8, 23
§ 21	24
§ 21 Abs. 1	24, 169, 183
§ 21 Abs. 2	37, 76, 169
§ 22	13
§ 24 Abs. 3	161
§ 26 Abs. 2	162
§ 32	11, 23, 40, 45, 91 f., 131, 161, 181
§ 32 Abs. 2	11
§ 32b	11, 30, 37, 68 f., 131, 161
§ 32c	10 f., 38, 92 f.
§ 32e	11
§ 33	13

§ 33 Abs. 4	56
§ 34	11
§ 35	17, 60, 70, 82, 171
§ 35 Abs. 1 Nr. 1	71, 150
§ 35 Abs. 2	123
§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	139
§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	18, 75, 90, 99, 118, 120
§ 35 ff.	60, 82
§ 36 Abs. 1	12, 20, 41, 80 f., 140, 171
§ 36 Abs. 1 2. Halbsatz	131
§ 36 Abs. 2	36, 40, 168
§ 36 Abs. 2 Satz 2	76
§ 37 Abs. 1	17, 68, 82
§ 37 Abs. 1 Nr. 1	18, 160, 162
§ 37 Abs. 1 Nr. 2a	18
§ 37 Abs. 1 Nr. 3b	115
§ 37 Abs. 1 Nr. 4	81, 115, 129 f.
§ 39 Abs. 1	12, 20, 164
§ 39 Abs. 3 Nr. 4	12, 90
§ 39 Abs. 6	20
§ 40 Abs. 1 Satz 1	20, 43
§ 40 Abs. 2 Satz 1	14
§ 40 Abs. 2 Satz 2	14
§ 40 Abs. 3	14, 179
§ 40 Abs. 3 Satz 1	44
§ 41 Abs. 2	111, 156
§ 41 Abs. 1 Satz 1	20
§ 41 Abs. 3	12, 21
§ 41 Abs. 3 Satz 1	21
§ 42	22, 165
§ 42 Abs. 4 Satz 2	165
§ 50b	63 f.
§ 50 Abs. 2 Satz 2	181
§ 54 Abs. 2 Nr. 3	41, 45
§ 59 Abs. 1 Nr. 2	40
§ 59 Abs. 4	21
§ 60 Nr. 1	21, 95



---

§ 64 Abs. 1	13, 43, 90, 131
§ 64 Abs. 1 Nr. 1	8, 13, 31, 43
§ 65 Abs. 3	99
§ 65 Abs. 3 Satz 4	41, 95
§ 69	46
§ 71 Abs. 2 Satz 2	45, 179
§ 72 Abs. 2 Satz 3	215
§ 76 Abs. 5	46
§ 81	8, 12, 88
§ 81 Abs. 1	12
§ 81 Abs. 2 Nr. 1	20, 43
§ 81 Abs. 4	12
§ 81 Abs. 4 Satz 2	35, 93 f.
§ 81 Abs. 5	12
§ 81 Abs. 6	12
§ 81 Abs. 7	9, 12, 32, 35, 93
§ 82a	12
§ 82a Abs. 1	12
§ 82a Abs. 2 Satz 2	13
§ 84	46
§ 97 Abs. 1	191, 212 f., 219
§ 97 Abs. 2	200, 209, 212 f., 216
§ 97 Abs. 7	193, 205, 213
§ 98	191
§ 98 Nr. 1	191 f.
§ 98 Nr. 2	191
§ 98 Nr. 3	191
§ 98 Nr. 5	191
§ 99 Abs. 3	189
§ 99 Abs. 6 Satz 2	189, 193
§ 100 Abs. 2	188
§ 100 Abs. 2 Buchst. a	189
§ 100 Abs. 2 Buchst. d	187 f.
§ 100 Abs. 2 Buchst. k	188
§§ 107 ff.	215
§ 107 Abs. 2	193, 206
§ 107 Abs. 2 Satz 1	192

§ 107 Abs. 2 Satz 3	192
§ 107 Abs. 3	193 f., 196
§ 107 Abs. 3 Satz 1	194 ff., 207
§ 107 Abs. 3 Satz 2	193, 212
§ 111	215
§ 113	196
§ 114 Abs. 2 Satz 2	196 f.
§ 118 Abs. 1 Satz 1	186
§ 118 Abs. 1 Satz 3	219 f.
§ 120	215
§ 121	192, 203
§ 126	196
§ 128	197
§ 128 Abs. 4 Satz 2	197
§ 130 Abs. 1 Satz 1	17, 69
§ 130 Abs. 2	111
§ 131	10
§ 131 Abs. 1 Satz 1	39
§ 131 Abs. 5 Satz 2	13
§ 131 Abs. 6	134

**GWB a. F. (Fassung vom 26. August 1998, BGBl. I Seite 2546)**

§ 1	139
§ 2 Abs. 2	39
§ 4	139
§§ 4 bis 18	10
§ 9	38
§ 12	38
§ 22	38
§ 22 Abs. 3 und 4	38
§ 22 Abs. 3 Nr. 2	38
§ 22 Abs. 6	38
§ 81	88
§ 81 Abs. 2 Satz 1	88

**GWB in der Fassung v. 20. Februar 1990 (BGBl. I Seite 235)**

§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2	80
§ 22 Abs. 4 und 5	134
§ 23 Abs. 2 Nr. 5	80
§ 24 Abs. 1	81
§ 103	134
§ 103a	134
§ 105	134

**GWB-Entwurf (Preismissbrauchsnovelle, Stand November 2006)**

Allgemein	8
§ 29	8, 31

**GWB-Entwurf/Vergaberecht (Vergaberechtsnovelle, Stand Dezember 2006)**

§ 101a	186
--------	-----

**EG (EG-Vertrag)**

Artikel 3 Abs. 1 lit. g	53
Artikel 10	181, 183
Artikel 49	52
Artikel 81	9, 11, 26, 28, 32, 37, 40, 51, 54, 67, 91 f., 94, 121, 138, 146, 148, 153, 158 ff., 146, 176, 180 f., 183
Artikel 81 Abs. 1	1, 52 ff., 67, 75, 84, 96, 108, 152, 157, 161, 181
Artikel 81 Abs. 3	11, 37, 39, 52, 54 f., 67, 96, 108, 134, 161
Artikel 82	8, 13, 22 f., 25, 28, 43, 48 f., 53 f., 90, 121, 128 f., 152 f., 183

**EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention)**

Artikel 7 Abs. 1	55
------------------	----

**EWR-Abkommen**

Artikel 53 Abs. 1	55
-------------------	----

**EG-Verordnungen:  
– VO Nr. 1/03**

Allgemein	8 f., 10, 38, 51, 63 f.
-----------	-------------------------

Artikel 2 Satz 2	52
Artikel 3	13
Artikel 7 Abs. 1 Satz 4	55
Artikel 9	11, 54
Artikel 11 Abs. 6	96
Artikel 12	53
Artikel 12 Abs. 1	47
Artikel 22	47, 48
Artikel 22 Abs. 1	42
Artikel 23	12
Artikel 23 Abs. 2	55, 56

**– VO Nr. 139/04**

Allgemein	58 f., 75
Artikel 1	116
Artikel 1 Abs. 2	58
Artikel 1 Abs. 3	58
Artikel 4 Abs. 1	130
Artikel 4 Abs. 4	59, 130, 173
Artikel 4 Abs. 5	59 f., 116, 154 f.
Artikel 5 Abs. 3	59
Artikel 6 Abs. 1 lit. c	116
Artikel 9	60
Artikel 22	60, 76

**– VO Nr. 318/06**

Allgemein	72
-----------	----

**– VO Nr. 1419/06**

Allgemein	51
-----------	----

**– VO Nr. 1459/06**

Allgemein	51
-----------	----

**– VO Nr. 611/05**

Allgemein 51

**– VO Nr. 725/04**

Allgemein 146

**– VO Nr. 793/04**

Allgemein 46

**– VO Nr. 358/03**

Allgemein 37, 161

**– VO Nr. 1228/03**

Artikel 7 Abs. 1 lit a 28

**– VO Nr. 1400/02**

Allgemein 134

Artikel 4 Abs. 1 lit. k 135

**– VO Nr. 823/00**

Allgemein 51

**– VO Nr. 95/93**

Allgemein 46

**– VO Nr. 1617/93**

Allgemein 51, 57

**– VO Nr. 4056/86**

Allgemein 51, 57

**– VO Nr. 17/62**

Allgemein 55 f.

Artikel 15 Abs. 2 55 f.

**Europäische Richtlinien**

– Richtlinie 97/67/EG	27
– Richtlinie 2002/21/EG	25
– Richtlinie 2004/17/EG	185
– Richtlinie 2004/18/EG	185, 188 f.
– Richtlinie 89/665/EWG	186
– Richtlinie 92/17/EWG	186
– Richtlinie 92/50/EWG	218
– Richtlinie 93/37/EWG	202

**AEG (Allgemeines Eisenbahngesetz)**

Allgemein	18, 32, 142 f.
§ 12 Abs. 7 Satz 1	18
§ 14 bis 14f	32
§ 14 b Abs. 2	32
§ 14 b Abs. 2 Satz 3	32

**AVBEitV (Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden)**

§ 33 Abs 2 Satz 1	132
-------------------	-----

**AVBGasV (Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden)**

§ 33 Abs 2 Satz 1	132
-------------------	-----

**BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)**

§ 125	209
§ 133	199, 210
§ 157	199
§ 164	191
§ 242	196
§ 315	30, 132 f.

**BHO (Bundeshaushaltsordnung)**

§ 23	191
------	-----

**BuchPrG (Gesetz über die Preisbindung bei Büchern)**

Allgemein 84

**Deutsch-Amerikanischer Rechtshilfevertrag**

Artikel 16 64

**Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung**

Allgemein 32, 142

**ElektroG (Elektro– und Elektronikgerätegesetz)**

Allgemein 175

**EnWG (Energiewirtschaftsgesetz)**

Allgemein 28 ff., 121, 127 f., 128, 133

§§ 6 bis 10 28, 133

§ 6 Abs. 1 128

§ 20 133

§ 21 133

§ 25 Satz 2 28

§ 28a Abs. 3 Satz 1 28

§ 56 28

§ 58 Abs. 1 28, 133

§ 58 Abs. 2 28, 133

§ 63 Abs. 5 28, 122, 126

§ 111 28, 121

**Gasnetzentgeltverordnung**

Allgemein 28

§ 3 Abs. 2 28

§ 3 Abs.3 28

§ 24 Abs. 5 Nr. 5 28

**Gasnetzzugangsverordnung**

Allgemein 28

**GG (Grundgesetz)**

Artikel 1 Abs. 1	42
Artikel 2 Abs. 1	42
Artikel 5 Abs. 3	166
Artikel 10	42
Artikel 13	42
Artikel 14 Abs. 1	90
Artikel 19 Abs. 4	45
Artikel 28 Abs. 2	41, 128

**GKV-WSG (Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung – Gesundheitsreform)**

Allgemein	17, 85, 169
-----------	-------------

**GmbHG (GmbH-Gesetz)**

§ 51a Abs. 2	81
--------------	----

**HandwO (Gesetz zur Ordnung des Handwerks)**

§§ 86 ff.	204
§ 87	204

**Korruptionsbekämpfungsgesetz**

Allgemein	43
-----------	----

**OWiG**

§ 4 Abs. 3	13, 93, 160
§ 17 Abs. 3	45
§ 17 Abs. 4	12
§ 30 Abs. 1	43
§ 46 Abs. 1	35, 42
§ 69 Abs. 3	93
§ 79	46
§ 79 Abs. 5	45
§ 90	12
§ 92	12
§ 130 Abs. 1	94



**PBefG (Personenbeförderungsgesetz)**

§ 8 Abs. 3	144
§ 8 Abs. 3 Satz 7	18, 143

**PostG (Postgesetz)**

§ 32	157
§ 48	27, 157
§ 51	155
§ 51 Abs.1 Satz1	27
§ 51 Abs.1 Satz 2 Nr. 5	27, 157

**SGB III (Sozialgesetzbuch III)**

§ 61	201
§§ 240 ff.	200
§ 241 Abs. 2	199

**SGB V (Sozialgesetzbuch V)**

§ 69	17, 85, 170
§ 144	171
§ 146a	171
§ 150	171
§ 153	171
§ 160	171
§ 168a	171

**SGB V neu (Sozialgesetzbuch V in der Fassung vom 1. April 2007)**

§ 69	85
§ 171 a	17, 169

**SortSchG (Sortenschutzgesetz)**

§ 10a Abs. 4	67
--------------	----

**StGB (Strafgesetzbuch)**

§ 203 Abs. 2 Nr. 1	63
--------------------	----

**StPO (Strafprozessordnung)**

§ 53	42
§§ 94 ff.	42
§ 97	42
§ 97 Abs. 2 Satz 1	42
§ 100	42
§ 100g	42
§ 136a Abs. 1	45
§ 147 Abs. 2	43
§ 148 Abs. 1	42
§ 406e	35
§ 475	35

**Stromnetzentgeltverordnung**

Allgemein	28
-----------	----

**Stromnetzzugangsverordnung**

Allgemein	28
-----------	----

**SÜG (Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes)**

§ 4 Abs.1	187
§ 4 Abs 2 Nr. 2	187
§§ 7 ff.	188
§ 9	188

**TKG neu (Telekommunikationsgesetz in der Fassung vom 24. Februar 2007)**

§ 3 Nr. 12 b	24 f.
§ 9 a	24 f.
§ 42 Abs. 4	25
§ 123 Abs. 1 Satz 1	24

**TKG (Telekommunikationsgesetz)**

§ 11 Abs. 1 Satz 2	26, 156
§ 11 Abs. 1 Satz 3	26, 156
§ 28	153
§ 31	156
§ 33	157
§ 38	152 f.

**Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung und die Ersatzversorgung im Energiebereich**

Allgemein	28
-----------	----

**Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck**

Allgemein	28
-----------	----

**VerpackVO (Verpackungsverordnung)**

Allgemein	176
§ 6 Abs. 3 Satz 8	176

**Verwaltungsabkommen über die Durchführung der Baumaßnahmen für und durch die in der Bundesrepublik Deutschland stationierten US-Streitkräfte nach Artikel 49 ZA NTS – Aufbautengrundsätze (ABG 1975)**

Artikel 2 Abs. 1	189
Artikel 4 Abs. 1	189
Artikel 5	189
Artikel 5 Abs. 1 Satz 5	189
Artikel 7	189

**VgV (Vergabeverordnung)**

§ 2	185
§ 2 Nr. 3	189, 193
§ 2 Nr. 4	193
§ 4 Abs. 1	209
§ 4 Abs. 4	208
§ 7	193
§ 13	196
§ 13 Satz 6	190

**VOB/A (Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A)**

§ 1	189
§ 3	193
§ 3a Nr. 5 Buchst. d	190
§ 8 Nr. 3 Abs. 1	212 f.
§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. a bis f	213
§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. b	212
§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. g	213
§ 8a Nr. 3	191
§ 9 Nr. 1 Satz 1	203
§ 9 Nr. 1 Satz 2	203
§ 10	205
§ 10 Nr. 5 Abs. 3	207
§ 18a Nr. 2 Abs. 1	203
§ 21 Nr. 1 Abs. 1	205
§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3	206 f.
§ 23 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1	210
§ 24 Nr. 1 Abs.1	206
§ 24 Nr. 3	210
§ 25 Nr. 1	213
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b	198, 205 f., 209
§ 25 Nr. 2	213
§ 25 Nr. 2 Abs. 1	213
§ 25 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1	210
§ 25 Nr. 3 Abs.1	192
§ 25 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1	210
§ 26 Nr. 1 Buchst. a	193, 221
§ 26 Nr. 1 Buchst. c	221

**VOB/B (Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B)**

§ 8 Nr. 2 Abs. 1	190
------------------	-----

**VOF (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen)**

§ 4 Abs. 3	219
§ 6 Abs. 1	219
§ 6 Abs. 2	218

§ 12	216
§ 14 Abs. 1	203
§ 20 Abs. 7 Satz 1	220
§ 20 Abs. 7 Satz 2	220
§ 25	219
§ 25 Abs. 4	219

**VOL/A (Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen, Teil A)**

§ 2 Nr. 1	217 f.
§ 2 Nr. 1 Abs. 2	218
§ 6 Nr. 3	218
§ 7 Nr. 6	204
§ 7 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2	200, 211
§ 8 Nr. 1 Abs. 1	199, 216
§ 8 Nr. 1 Abs. 2	199
§ 8 Nr. 1 Abs. 3	200 f.
§ 8 Nr. 3 Abs. 3	201
§ 8 Nr. 3 Abs. 4	201
§ 9a	198
§ 18a Nr. 2 Abs. 1	203
§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1	212
§ 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1	209
§ 24	220
§ 24 Nr. 1 Abs. 1	210
§ 24 Nr. 2 Abs. 1	210
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. a	209
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b	209
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. c	209
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d	204
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. f	217 f.
§ 25 Nr. 2 Abs. 1	208, 210 ff.
§ 25 Nr. 2 Abs. 2	219 f.
§ 25 Nr. 2 Abs. 3	192, 219 f.

**VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung)**

§ 155 Abs. 2 197

**VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz)**

§ 30 63

§ 80 197

**ZA NTS (Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut)**

Artikel 49 Abs. 2 189

Artikel 49 Abs. 6 189

**ZPO (Zivilprozessordnung)**

§ 269 Abs. 3 Satz 2 197

**Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit**

<b>Jahr</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>	<b>Datum</b>
1958	3. Wahlperiode, Drucksache 1000	–
1959	3. Wahlperiode, Drucksache 1795	–
1960	3. Wahlperiode, Drucksache 2734	–
1961	IV/378	–
1962	IV/220	–
1963	IV/2370	–
1964	IV/3752	–
1965	V/530	–
1966	V/1950	–
1967	V/2841	–
1968	V/4236	–
1969	VI/950	11. Juni 1970
1970	VI/2380	28. Juni 1971
1971	VI/3570	19. Juni 1972
1972	7/986	5. Sept. 1973
1973	7/2250	14. Juni 1974
1974	7/3791	18. Juni 1975
1975	7/5390	16. Juni 1976
1976	8/704	4. Juli 1977
1977	8/1925	–
1978	8/2980	20. Juni 1979
1979/80	9/565	25. Juni 1981
1981/82	10/243	13. Juli 1983
1983/84	10/3550	26. Juni 1985
1985/86	11/554	25. Juni 1987
1987/88	11/4611	30. Mai 1989
1989/90	12/847	26. Juni 1991
1991/92	12/5200	24. Juni 1993
1993/94	13/1660	14. Juni 1995
1995/96	13/7900	19. Juni 1997
1997/98	14/1139	25. Juni 1999
1999/00	14/6300	22. Juni 2001
2001/02	15/1226	26. Juni 2003
2003/04	15/5790	22. Juni 2005

Die Bundestagsdrucksachen können über die Bundesanzeiger-Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Tel.: (0221) 97 66 80, bezogen werden.

Hinweis: Die Berichte sind in der Regel auch in wissenschaftlichen Bibliotheken verfügbar! Im Internet sind die Berichte ab 13. Wahlperiode unter <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm> und <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/publikationen/Taetigkeitsbericht.php> als pdf-Datei abrufbar.

