

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010
sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet**

und

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsübersicht

	Seite
Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2009/2010	II
I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik	II
II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis.	VII
III. Europäische Wettbewerbspolitik.	X
IV. Internationale Wettbewerbspolitik	XII
V. Vergaberecht	XII
Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet	1
Erster Abschnitt Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage	15
Zweiter Abschnitt Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen	63
Dritter Abschnitt Tätigkeitsbericht der Vergabekammern	133
Vierter Abschnitt Geschäftsübersicht	157

Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2009/2010

I. Grundsätze der Wettbewerbspolitik

1. Deutschland hat die internationale Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise hinter sich gelassen. Die deutsche Wirtschaft hat schneller als erwartet die stärkste Rezession der Nachkriegszeit überwunden und ist gestärkt aus der Krise hervor gegangen. Der konjunkturelle Aufschwung ist stabil. Der Arbeitsmarkt entwickelt sich günstig. Neben der weltwirtschaftlichen Erholung hat auch das schnelle und zielgerichtete Handeln der Bundesregierung maßgeblich zu dieser positiven Entwicklung beigetragen. In der Krisensituation war es richtig, auf die marktwirtschaftliche Grundhaltung zu vertrauen und in notwendigem Maße krisenbedingte Hilfestellungen zu geben.

2. Nunmehr gilt es, aus den Erfahrungen der Krise zu lernen und die Grundprinzipien der Sozialen Marktwirtschaft weiter konsequent zu stärken. Dies verbessert die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft langfristig und sichert Wohlstand und Beschäftigung in Deutschland. Die nationalen und internationalen Finanzmärkte müssen dauerhaft auf ein stabiles Fundament gestellt werden. Es gilt, einen Ordnungsrahmen zu etablieren, der zukünftigen Krisen vorbeugt. Dazu wurden bereits auf nationaler und europäischer Ebene neue Finanzmarktregelungen auf den Weg gebracht. Zudem arbeitet die Bundesregierung daran, die Staatsverschuldung nach der Krise wieder zurückzuführen. Dem Prinzip der Funktionsteilung zwischen Staat und Wirtschaft muss wieder uneingeschränkt Geltung verschafft werden. Staatliche Eingriffe in unternehmerische Entscheidungen stellen Eingriffe in den Wettbewerb dar. Aus Sicht der Bundesregierung ist es Aufgabe des Staates, die ordnungspolitischen Leitplanken für funktionsfähige Märkte zu setzen und über die Einhaltung der gesetzten Grenzen durch die Marktteilnehmer zu wachen. Unternehmerische Entscheidungen sollten hingegen den Unternehmen überlassen bleiben. Nur so können sich Investitionen, Innovationen und Leistungsbereitschaft der Unternehmen und Bürger frei entfalten. Die Bundesregierung führt ihre Kriseninterventionsmaßnahmen planmäßig zurück. Nach erfolgreicher Arbeit ist der Wirtschaftsfonds Deutschland ausgelaufen. Daran anknüpfend wird sich der Bund so schnell wie möglich aus den krisenbedingten Beteiligungen und Garantien bei den Banken zurückziehen.

3. Die Bundesregierung beobachtet derzeit eine verstärkte Tendenz zur sog. Rekommunalisierung. Das betrifft insbesondere den Bereich der Energieversorgung. Bei Auslaufen und Neuausschreibung der Konzessionsverträge über die Nutzung öffentlicher Wege für Verlegung und Betrieb von Strom- und Gasleitungen zur Versorgung von Endkunden im Gemeindegebiet erhalten zunehmend kommunale Netzbetreibergesellschaften die

Konzession und übernehmen die Energieversorgungsnetze von den bisherigen privaten Altkonzessionären. Stadtwerke – auch neu gegründete – und Kooperationen von Stadtwerken und Regionalversorgern betätigen sich in der Energieerzeugung; kommunale Versorger bemühen sich verstärkt um die Belieferung von Endkunden. Anlass für diese erweiterte unternehmerische Betätigung kann in der Rückgewinnung von Gestaltungsmöglichkeiten bei der öffentlichen Daseinsvorsorge, aber auch in der Suche nach zusätzlichen Einnahmequellen liegen. Die Bundesregierung stuft Rekommunalisierungen aus wettbewerblicher Sicht als ambivalent ein. Ordnungspolitisch sollte nach dem Prinzip der Subsidiarität grundsätzlich der Staat nur die Aufgaben übernehmen, die Private nicht eben so gut und wirtschaftlich erfüllen können. Andererseits kann im Einzelfall etwa ein zusätzliches Energieangebot öffentlicher Versorger den Wettbewerb beleben. Wesentlich ist jedoch, dass die Rekommunalisierung nicht die in Folge der Marktöffnung erreichte Wettbewerbsbelebung auf den Strom- und Gasmärkten konterkariert und zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der privaten Konkurrenten oder zu höheren Kosten für die Verbraucher führt. Hier kommt auch dem Bundeskartellamt eine verantwortungsvolle Aufgabe zu, der es sich engagiert stellt. Missbräuchliche Behinderungsmöglichkeiten können, trotz der energierechtlichen Vorgaben zur Entflechtung von Netz, Erzeugung und Belieferung, bestehen, wenn der kommunale Netzbetreiber und Konzessionsinhaber mit kommunalen Strom- oder Gaslieferanten verbunden ist. Diese Konstellation lag den dreizehn Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes zugrunde, die es gegen kommunale Gasverteilnetzbetreiber geführt hat, die nach seiner Ansicht überhöhte Konzessionsabgaben von unabhängigen Drittlieferanten verlangt haben, um dem Stadtwerk einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. In dem einzigen anhängigen Beschwerdeverfahren wird geklärt werden, ob der als missbräuchlich bewertete Verstoß gegen die Konzessionsabgabenverordnung mit dem kartellrechtlichen Instrumentarium aufgegriffen werden kann oder in die Zuständigkeit der Energieaufsicht bzw. Kommunalaufsicht fällt.

4. Im Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 haben die Regierungsparteien mehrere Maßnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs verankert. Der Auftrag des Koalitionsvertrags, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen grundsätzlich auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung anzuwenden, wurde mit dem Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG) bereits umgesetzt (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 16 ff.). In den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts (KrWG) hat die Bundesregierung mehr wettbewerbliche Elemente eingebracht (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 32 f.). Derzeit

bereitet die Bundesregierung die Umsetzung weiterer wettbewerbspolitischer Aufträge des Koalitionsvertrages vor. Hierzu gehören die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 11 f.) und die Einrichtung einer Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 13 ff.). Um Liberalisierung und Markttöffnung voranzutreiben und die gesetzlichen Regelungen an die aktuellen Verhältnisse anzupassen, hat die Bundesregierung zudem die Reform des Telekommunikationsgesetzes (TKG) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 19), des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 22 ff.), des Postgesetzes (PostG) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 27), des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 28 f.) sowie des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 30 f.) eingeleitet.

5. Ein Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes lag im Berichtszeitraum wieder auf der Verfolgung und Ahndung von Kartellen. Die hierbei erzielten Erfolge belegen, dass die in den vergangenen Jahren erfolgte Neustrukturierung des Bundeskartellamtes und die verbesserte personelle Ausstattung der richtige Ansatz sind. Im Fokus des Bundeskartellamtes standen zudem vielfältige Wettbewerbsfragen in den nicht von der sektorspezifischen Regulierung abgedeckten Bereichen der Netzdindustrien (wie z. B. bei Energie, Telekommunikation) und anderen reglementierten Sonderbereichen (z. B. Gesundheit, Entsorgung). Die Ergebnisse der Rechtsanwendungspraxis bestätigen, dass die wettbewerbliche Entwicklung in diesen Bereichen gestärkt werden konnte. So brachten beispielsweise die auf der Grundlage des § 29 GWB geführten Missbrauchsverfahren im Bereich Heizstrom und Gaspreise wichtige Entlastungen für die Verbraucher (siehe hierzu im Einzelnen, Tz. 40 f.). Das zeigt, dass die besondere Missbrauchsaufsicht im Energiesektor weiterhin notwendig ist. Aus Sicht der Bundesregierung spricht vieles dafür, die Regelungen zur besonderen Missbrauchsaufsicht im Energiebereich zu verlängern. Damit würde ein wichtiges Signal zur Schaffung von mehr Wettbewerb gesetzt.

6. Das Bundeskartellamt hat das kartellrechtliche Instrument der Sektoruntersuchung stärker als in der Vergangenheit genutzt, um ausgewählte Branchen näher zu untersuchen (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 44 ff.). Die Bundesregierung begrüßt diese Entwicklung. Sektoruntersuchungen sind ein geeignetes Werkzeug, um die Komplexität der Strukturen und branchenspezifischen Verhaltensweisen aufzuarbeiten. Sie helfen, das Verständnis über das Funktionieren der Märkte noch weiter zu verbessern. Mit der Sektoruntersuchung Kraftstoffe bestätigte das Bundeskartellamt die hohe Konzentration im Kraftstoffsektor und das weitgehend gleichförmige Preissetzungsverhalten, das zu bestimmten Preismustern zu Lasten der Verbraucher geführt hat. Nach Prüfung der Ergebnisse wird die Bundesregierung entscheiden, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Auch die Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel

hat weiteren Handlungsbedarf zur Verbesserung des Wettbewerbs auf den Energiemärkten aufgezeigt.

7. Das europäische Wettbewerbsrecht war im Berichtszeitraum von der Evaluierung und Überarbeitung verschiedener Gruppenfreistellungsverordnungen und der dazugehörigen Leitlinien gekennzeichnet (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 52 ff.). Die Europäische Kommission hat dabei das grundsätzliche Ziel verfolgt, sektorspezifische Regelungen nur dann zu erlassen, wenn die besonderen Marktverhältnisse und Sachverhalte spezielle Regelungen neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht erfordern. Die Bundesregierung begrüßt diesen Ansatz und sieht in den überarbeiteten Regeln einen wichtigen Beitrag zur Förderung des Wettbewerbs.

8. Vor dem Hintergrund fortschreitender Globalisierung und zunehmender grenzüberschreitender Tätigkeit der Unternehmen unterstützt die Bundesregierung die intensive Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden. Zum effektiven Schutz des Wettbewerbs ist eine kontinuierliche Zusammenarbeit z. B. im European Competition Network (ECN) und International Competition Network (ICN) unabdingbar. In der Tätigkeit des Bundeskartellamtes in internationalen Gremien und Beratungsprojekten sieht die Bundesregierung im Rahmen der „Competition Advocacy“ einen wichtigen Beitrag zur Förderung des Wettbewerbsgedankens weltweit.

1. Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts

9. Die geltenden Vorschriften des GWB haben sich – auch in Krisenzeiten – als hinreichend flexibles und wirkungsvolles Instrumentarium zur Sicherung der Wettbewerbsordnung bewährt. Um das nationale Wettbewerbsrecht weiter zu optimieren und noch effizienter zu gestalten, will die Bundesregierung das GWB novellieren.

10. Die Bundesregierung begrüßt ausdrücklich die vom Bundeskartellamt im Berichtszeitraum durchgeführte Evaluierung seiner Anwendungspraxis. Die ex-post-Bewertung der Folgen der Entscheidungen über die Zulässigkeit langfristiger Gaslieferverträge und der Einhaltung der in den Gaspreismissbrauchsverfahren abgegebenen Verpflichtungszusagen der Unternehmen ist ein wichtiger erster Schritt. Die Bundesregierung unterstützt die Pläne des Bundeskartellamtes, die Entscheidungsanalyse weiter auszubauen und neben der Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht auf den Bereich der Fusionskontrolle zu erstrecken. Über die Beurteilung einzelner Fälle hinaus wäre es aus Sicht der Bundesregierung wünschenswert, Evaluierungsmethoden konzeptionell zu entwickeln. Dabei sind auch entsprechend der aktuellen internationalen Diskussion Evaluierungen von dritter Seite über die regelmäßige Berichterstattung durch die Monopolkommission hinaus erwägenswert. Die Bundesregierung verspricht sich dadurch einen noch effizienteren und zielgerichteteren Einsatz der vorhandenen Ressourcen sowie eine weitere Verbesserung der bereits erfolgreichen Arbeit des Bundeskartellamtes.

a. 8. GWB-Novelle

11. Die Bundesregierung wird – wie im Koalitionsvertrag vorgesehen – einen Gesetzentwurf zur Novellierung des GWB vorlegen. Zur Vorbereitung hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine Expertengruppe aus Vertretern von Anwaltschaft, Wissenschaft, Kartellgerichtsbarkeit und Kartellbehörden eingerichtet. Die Expertengruppe hat im Juni 2010 ihre Arbeit aufgenommen. In der Expertengruppe herrschte Konsens, dass sich das GWB mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden Vorschriften in der Praxis grundsätzlich bewährt hat und kein grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht. Die Bundesregierung beabsichtigt mit dieser Maßgabe, Regelungen des GWB in den Bereichen der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Bußgeldvorschriften und des Verfahrens bei Kartellverstößen weiter zu optimieren.

12. Die trotz des gemeinsamen Konzepts bestehenden Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle sollen verringert werden, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu erreichen. Die über das europäische Recht hinausgehenden nationalen Missbrauchsvorschriften sollen, vor allem wegen ihrer großen Bedeutung für kleine und mittlere Unternehmen, beibehalten werden. Sie sollen jedoch systematisch vereinfacht und damit verständlicher gestaltet werden. Dadurch wird den Behörden und insbesondere den vom Missbrauch betroffenen Unternehmen ihre Anwendung in Zivilprozessen erleichtert. Darüber hinaus beabsichtigt die Bundesregierung, die Position der Verbraucherverbände durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu verbessern. Schließlich sollen die von der bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum eingesetzten Arbeitsgruppe „Kartellordnungswidrigkeiten“ erzielten Ergebnisse in die Überarbeitung der bestehenden Bußgeld- und Verfahrensvorschriften einfließen, um das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter zu machen.

b. Markttransparenzstelle

13. Die Bundesregierung plant – wie im Koalitionsvertrag vorgesehen – die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas beim Bundeskartellamt. Produktions-, Großhandels- und Endkundenmärkte sind Wettbewerbsmärkte und unterfallen – anders als die Energienetze – keiner Regulierung durch die Energieregulierungsbehörde. Die Markttransparenzstelle soll der Stärkung des Wettbewerbs auf den Energiegroßhandelsmärkten durch eine zeitnahe Sicherung einer transparenten, ordnungsgemäßen Preisbildung dienen. Ihre Tätigkeit soll das Vertrauen der Marktteilnehmer in das ordnungsgemäße Funktionieren der Energiegroßhandelsmärkte und die Energieverbraucherinteressen stärken. Die Markttransparenzstelle soll sicherstellen, dass unzulässige Einflussnahmen auf die Großhandelspreise von Strom und Gas erfolgreich verhindert und aufgedeckt werden können. Dafür soll sie fortlaufend und zeitnah relevante Handels-, Erzeugungs-

und Nachfragedaten erheben, sammeln und darauf vorprüfen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisbeeinflussung bestehen. Die Sanktionierung soll dann durch die zuständigen Fachbehörden erfolgen. Das Bundeskartellamt hat die erforderliche Erfahrung und Marktkenntnisse für die Beobachtung der Großhandelsmärkte sowie datentechnische Expertise insbesondere aus den Sektoruntersuchungen sowie seiner Fusionskontroll- und Missbrauchspraxis.

14. Die Markttransparenzstelle soll zudem die in den europäischen Richtlinien des 3. Energiebinnenmarktpakets festgelegten Aufgaben zur Beobachtung der Transparenz und des Ausmaßes von Wettbewerb auf der Großhandelsebene und den Energiebörsen übernehmen. Angestrebt ist ferner eine Integration der Markttransparenzstelle in das geplante europäische Überwachungssystem.

15. Die Bundesregierung begrüßt grundsätzlich die Einigung über den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Verbesserung der Integrität und Transparenz der Strom- und Gasgroßhandelsmärkte („Integrität und Transparenz des Energiemarkts“, sog. REMIT-Verordnung, KOM 17825/10). Um europäische Verbotslücken für missbräuchliche Handelspraktiken zu schließen, werden neue Definitionen für Insiderhandel und Marktmanipulation im Energiebereich eingeführt, die von einer marktbeherrschenden Stellung unabhängig sind. Vorgesehen ist ferner eine europaweite Marktbeobachtung (Datensammlung und Marktmonitoring) durch die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER). Die Bundesregierung hat einige der Regelungen des Verordnungsvorschlags kritisch gesehen, da sie zu mehrfachen Meldepflichten der Marktteilnehmer führen werden und damit die Einrichtung der nationalen Markttransparenzstelle gefährden könnten. Sie teilt insoweit die Auffassung des Bundeskartellamtes. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen der Verhandlungen daher für eine flexiblere Gestaltung der Verordnung eingesetzt, die eine Integration von nationalen Markttransparenzstellen in die geplante europäische Aufsichtsstruktur ermöglicht.

c. Gesundheitssektor

16. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass dort, wo in der gesetzlichen Krankenversicherung wettbewerbliche Instrumente genutzt werden, das allgemeine Wettbewerbsrecht grundsätzlich für alle Beteiligten gelten muss. Sie hat durch die Gesundheitsreformen der letzten Jahre das System der gesetzlichen Krankenversicherung, das traditionell von kollektivvertraglichen Regelungen geprägt ist, um wettbewerbliche Elemente ergänzt. Die gesetzlichen Krankenkassen haben zunehmend mehr Möglichkeiten für Individualverträge und damit für wettbewerbliche Auswahlentscheidungen erhalten. In dieser Entwicklung spiegelt sich die Einschätzung wider, dass Wettbewerb auch in diesem Sektor zur Qualitäts- und Leistungssteigerung beiträgt. Mit dem Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der

gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-FinG), das am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, wurden die Voraussetzungen für einen Preiswettbewerb zwischen den Krankenkassen gestärkt. Einkommensunabhängige Zusatzbeiträge bedeuten ein für alle Versicherten transparentes Preissignal. Die bisherige Deckelung der Zusatzbeiträge durch die Überforderungsklausel wurde aufgehoben. Damit werden Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen aufgrund der Einkommensstruktur ihrer Mitglieder beseitigt. Stattdessen wird ein kassenübergreifender und steuerfinanzierter Sozialausgleich implementiert. Wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten erfordern einen adäquaten Ordnungsrahmen. Die bisher im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geltende Ausnahme vom Kartellrecht entsprach nicht mehr den wirtschaftlichen Gegebenheiten. Deshalb ist im Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG), das am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, die entsprechende Geltung des Kartellverbots und der Freistellungsregelungen angeordnet worden. Die wesentlichen materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des GWB sind danach auf die Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und deren Leistungserbringern entsprechend anwendbar. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden ist gesetzlich geregelt worden. Für Rechtsstreitigkeiten in den genannten Angelegenheiten sind wieder die Zivilgerichte zuständig. Damit wird sichergestellt, dass die betroffenen Behörden (Bundesversicherungsamt, Kartellbehörden) und Gerichte (Sozial- und Oberlandesgerichte) jeweils für ihren Aufgabenbereich die Entscheidungen treffen. Geregelt wurde zudem, dass eine einheitliche Zuständigkeit der Zivilgerichte für alle Streitigkeiten besteht, die das GWB betreffen.

17. Die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften finden nach der Neuregelung im AMNOG keine Anwendung auf solche Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet sind. Damit bleibt der Bereich der Kollektivverträge, die Kassen zur Gewährleistung der Versorgung schließen, von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgeschlossen. Gleichfalls von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen sind Beschlüsse, Richtlinien und sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen dieser gesetzlich verpflichtet ist. Bei diesen sozialgesetzlich vorgesehenen Maßnahmen fehlt es den Krankenkassen an Handlungsfreiheit, da keine Auswahlentscheidungen zwischen einzelnen Leistungserbringern getroffen werden. Insoweit findet derzeit kein Wettbewerb statt, der durch eine Anwendung des Kartellrechts geschützt werden kann.

18. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass mit den neuen Regelungen Voraussetzungen für eine Verbesserung der wettbewerbsrechtlichen Strukturen im Gesundheitssektor geschaffen wurden. Entscheidend für eine solche Entwicklung wird jedoch einerseits sein, in welchem Maße die Krankenkassen die ihnen aktuell gegebenen Möglichkeiten für Selektivverträge nutzen und andererseits, wie dieser Bereich durch Sozialversicherungsrecht zukünftig ausgestaltet wird.

2. Liberalisierung/Regulierung in einzelnen Bereichen

a. Telekommunikation

19. Zur weiteren Stärkung des Wachstums- und Wettbewerbspotentials auf den nationalen und internationalen Telekommunikationsmärkten arbeitet die Bundesregierung derzeit aktiv daran, den Breitbandausbau in Deutschland voranzutreiben und europäische telekommunikationsrechtliche Vorgaben umzusetzen. Dazu hat das Bundeskabinett am 2. März 2011 den Entwurf einer Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) beschlossen. Zudem werden mit dem Gesetzentwurf umfangreiche Regelungen von zwei europäischen Richtlinien, der Änderungsrichtlinie „Bessere Regulierung“ und der Änderungsrichtlinie „Rechte der Bürger“, in nationales Recht umgesetzt. Mit dem vorgelegten Gesetzentwurf blieb die Bundesregierung ihrer markt- und wettbewerbsorientierten Linie treu. Ein Schwerpunkt der Novellierung des TKG liegt darin, den flächendeckenden Auf- und Ausbau hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze (Breitband) – in Ergänzung zur Breitbandstrategie der Bundesregierung – durch verbesserte Rahmenbedingungen bei der Regulierung anzuregen. Auch dabei setzt die Bundesregierung auf die investitions- und innovationsfördernde Kraft des Wettbewerbs. Der Gesetzentwurf sieht daher u. a. vor, dass die Bundesnetzagentur langfristige Regulierungskonzepte vorgibt und mit dem Aufbau neuer Netze verbundene Investitionsrisiken und Risikoteilungsmodelle bei ihrer Regulierung berücksichtigt. Ein zweiter wichtiger Teil des Gesetzgebungsvorhabens liegt darin, die Rechte der Verbraucher gegenüber Telekommunikationsunternehmen zu stärken.

20. Im Rahmen der Breitbandstrategie der Bundesregierung ist das Bundeskartellamt gebeten worden, mit den am Infrastrukturausbau interessierten Marktakteuren wettbewerbsrechtliche Fragen zu klären und allgemeine Hinweise zu Kooperationen in diesem Bereich zu veröffentlichen. Mit seinem Positionspapier Breitband hat das Bundeskartellamt interessierten Telekommunikationsunternehmen wichtige wettbewerbsliche Hinweise zu verschiedenen Formen des kooperativen Glasfaserausbaus gegeben. Die Bundesregierung ist sich bewusst, dass die Hinweise des Bundeskartellamtes keine Einzelfallprüfung ersetzen können. Nun liegt es bei den Unternehmen, die Vorteile des kooperativen Netzausbaus – stärker als bisher – innerhalb der wettbewerbsrechtlichen Regeln zu nutzen.

21. Die Bundesregierung beobachtet aufmerksam die aktuellen Diskussionen zur Netzneutralität in Deutschland. Sie geht derzeit davon aus, dass die Netzneutralität durch Wettbewerb auf der Netz- und Diensteebene sichergestellt werden kann. Die geplanten neuen telekommunikationsrechtlichen Regelungen im TKG und die kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Missbrauchsvorschriften des GWB stellen hierfür derzeit einen ausreichenden Rahmen dar. Gleichwohl ist sicherzustellen, dass möglichen Gefährdungen der Meinungs- und Medienvielfalt durch Verletzungen der Netzneutralität frühzeitig entgegengetreten wird. Die Bundesregierung wird deshalb

die Ergebnisse der durch die Europäische Kommission initiierten Untersuchung zu Netzneutralitätsverstößen in den Mitgliedstaaten prüfen.

b. Energie

22. Das sog. Dritte Binnenmarktpaket Energie hat die rechtlichen Rahmenbedingungen für den europäischen Strom- und Gasbinnenmarkt neu gestaltet. Die Umsetzung des Dritten Binnenmarktpakets in nationales Recht ist mit einer Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) erfolgt.

23. Die Transportnetze sollen im Energiebereich als ein neutraler Marktplatz agieren, zu dem alle Marktteilnehmer diskriminierungsfreien Zugang zu fairen Konditionen haben. Dies schafft bzw. verbessert die Voraussetzung für flächendeckend funktionierenden Wettbewerb in den Bereichen Erzeugung, Großhandel und Belieferung der Verbraucher. Wesentliche Voraussetzung, um dieses Ziel zu erreichen, ist die effektive Trennung dieser Bereiche vom natürlichen Monopol Transportnetz. Deshalb sieht das Dritte Binnenmarktpaket als zentrales Element für eine weitere Markttöffnung in Europa eine Stärkung der Eigenständigkeit der Transportnetzbetreiber vom Erzeuger/Verteiler durch umfassende strukturelle Vorgaben für die Transportnetzbetreiber vor. Hierzu bieten die Richtlinien drei gleichwertige Entflechtungsoptionen (eigentumsrechtliche Entflechtung, unabhängiger Systembetreiber, unabhängiger Transportnetzbetreiber) an. Die Novelle des EnWG hat alle drei Entflechtungsmodelle für beide Sektoren – Strom und Gas – ausgestaltet. Daneben werden alle Transportnetzbetreiber zukünftig – unabhängig von der jeweiligen Eigentümerstruktur – durch die Bundesnetzagentur zertifiziert. Im Zertifizierungsverfahren wird die Einhaltung der jeweiligen Entflechtungsvorschriften geprüft sowie die besondere Aufgabe der Transportnetzbetreiber für die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit und für das Funktionieren des Marktes berücksichtigt.

24. Aufbauend auf dieser europarechtlich veranlassten Novellierung wurden darüber hinaus weitere Regelungen aufgenommen. Hierzu gehören die Neuausrichtung des Zähl- und Messwesens im Sinne einer gesetzlichen Verankerung eines den Anforderungen von Datenschutz und Datensicherheit genügenden Smart Metering, die bessere Integration von zu- und abschaltbaren Lasten in das Energieversorgungssystem sowie die Einführung von Steuerungselementen für intelligente Netze. Hierdurch werden die Voraussetzungen für intelligente Stromnetze geschaffen und es wird ihnen eine starke Datenschutz- und Datensicherheitskomponente zur Seite gestellt.

25. Im Rahmen der Novellierung des EnWG wurden zentrale Fragen im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen aufgegriffen. In den kommenden Jahren laufen Tausende von Konzessionsverträgen über die Nutzung kommunaler öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Strom- und Gasleitungen aus. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vergabe von Konzessionen sowie für den Betrieb des Verteilnetzes haben sich in den vergangenen Jahren erheblich verändert. Fragen wie der Inhalt

des gesetzlichen Überlassungsanspruchs (Eigentum oder nur Besitz; Vergütung) oder gesetzliche Informationsansprüche wurden noch nicht höchststrichterlich entschieden. Diese beiden Punkte sind daher Gegenstand der Novelle des EnWG. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben im Dezember 2010 einen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Akteure (Kommunen und Bieterunternehmen) veröffentlicht. Der Leitfaden ist für betroffene Kommunen und Unternehmen eine wichtige Informationsquelle zur behördlichen Einschätzung der Rechtmäßigkeit der Konzessionsvergabe.

Post

26. Aus Sicht der Bundesregierung hat sich im Bereich der Briefdienstleistungen trotz der in Deutschland zum 1. Januar 2008 erfolgten vollständigen Öffnung des Postmarktes und der Aufhebung des bis Mitte 2010 ausschließlich für die Deutsche Post AG geltenden Umsatzsteuerprivilegs noch kein wirksamer Wettbewerb entwickelt. Die Bundesregierung hält daher die weitere Förderung des Wettbewerbs für unerlässlich.

27. Im Zentrum der geplanten Novellierung des Postgesetzes soll aus diesem Grund eine wettbewerbspolitisch motivierte Überarbeitung stehen. Als besonders wichtig erachtet die Bundesregierung dabei die Stärkung der regulatorischen Instrumente, um ein frühzeitiges und wirksames Aufgreifen bei vermutetem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu ermöglichen.

c. Verkehr

28. Die Bundesregierung will auf nationaler und europäischer Ebene den Wettbewerb im Eisenbahnsektor stärken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Eisenbahnmärkte weiter zu öffnen und ein Rechtsrahmen für eine effiziente Regulierung zu schaffen. Wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, prüft die Bundesregierung derzeit gesetzliche Regelungen, um noch mehr Anreize für einen monetär und qualitativ attraktiven Eisenbahnverkehr zu setzen.

Im Rahmen einer Novellierung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) sollen insbesondere mehr Effizienz bei der Bereitstellung der Eisenbahninfrastruktur, Verbesserungen beim Zugang zu den Serviceeinrichtungen und die Stärkung der Befugnisse der Bundesnetzagentur erreicht werden. Dabei berücksichtigt die Bundesregierung, dass entsprechende Vorschläge derzeit ebenfalls auf europäischer Ebene im Rahmen der Überarbeitung des Ersten Eisenbahnpaketes diskutiert werden. In der europäischen Debatte setzt sich die Bundesregierung dafür ein, dass europaweit der Regulierungsrahmen verbessert und die Eisenbahnmärkte weiter geöffnet werden.

29. Die Bundesregierung begrüßt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 2011 (BGH, X ZB 4/10). Dieser hat die seit längerem strittige Rechtsfrage geklärt, ob bei der Vergabe von Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs das Vergaberecht des Vierten Teils des GWB dem § 15 Absatz 2 AEG vorgeht und ob das natio-

nale Recht einer voraussetzungslosen freihändigen Vergabe entgegensteht. Die Bundesregierung erwartet damit eine verstärkte Anwendung wettbewerblicher Vergabeverfahren im Schienenpersonennahverkehr.

30. Der europäische Rechtsrahmen für den öffentlichen Personenverkehr auf der Straße und der Schiene (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007) erfordert eine Änderung nationaler Vorschriften, insbesondere des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG). Die Bundesregierung wird einen entsprechenden Gesetzentwurf zur Änderung personenbeförderungrechtlicher Vorschriften vorlegen. Dabei ist der Bundesregierung wichtig, dass es beim Vorrang eigenwirtschaftlichen Engagements bleibt und der Wettbewerb gestärkt wird. Zur Umsetzung der Liberalisierung des Fernlinienverkehrs sollen zudem die derzeit restriktiven Regelungen für den Fernbusverkehr gelockert werden. Die Bundesregierung sieht hierin im Interesse der Verbraucher eine Verbesserung des Verkehrsangebotes. Geplante Änderungen des PBefG betreffen auch das Vergaberecht, beispielsweise durch die Einrichtung eines speziellen Vergaberechtsschutzes bei Vergabeentscheidungen der Aufgabenträger im öffentlichen Personennahverkehr.

31. Die Bundesregierung erwartet in Bezug auf die vom Bundeskartellamt geäußerten Bedenken hinsichtlich einer Gefahr der Marktverschließung infolge zunehmender europarechtlich zulässiger Direktvergaben, dass die zuständigen Aufgabenträger in den Ländern die Möglichkeiten und Chancen transparenter und wettbewerblicher Vergaben weitestgehend nutzen.

d. Entsorgung

32. Die Bundesregierung hat am 30. März 2011 den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vorgelegt. Bei Beibehaltung der grundsätzlichen Entsorgungszuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für Abfälle aus Haushalten werden die Rechte gewerblicher Sammlungen für getrennt bereitgestellte Abfälle zur Verwertung aus Haushalten gestärkt. Gewerbliche Sammlungen ausschließende Überlassungspflichten zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger können nur im Einklang mit dem europäischen Wettbewerbsrecht geltend gemacht werden. Die im Gesetzentwurf genannten Kriterien für das Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen, die eine Überlassungspflicht rechtfertigen würden, sind streng an den Maßstäben des europäischen Rechts und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte ausgerichtet. Entscheidungen über die Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen sollen zukünftig von einer neutralen Behörde getroffen werden. Des Weiteren wurden mit dem Gesetzentwurf die Voraussetzungen für die Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne geschaffen. Darin können neben Verpackungen andere stoffgleiche wertstoffhaltige Abfälle aus privaten Haushalten gesammelt werden. Derzeit werden alternative Konzepte für eine entsprechende Regelung geprüft. Denkbar ist sowohl eine Ausweitung der Produktverantwortung auf stoffgleiche Nicht-Verpackungen als auch eine Mitwirkung der öffent-

lich-rechtlichen Entsorgungsträger an der Rücknahme der Wertstoffe. Zentrales Element einer Regelung ist, eine diskriminierungsfreie Ausschreibung und Vergabe der Entsorgungsdienstleistungen im Wettbewerb sicherzustellen. Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Vorschläge für eine noch weitergehende Marktöffnung unterbreitet.

33. Die Bundesregierung erwartet, dass die Regelungen zur Stärkung der gewerblichen Sammlungen und zur Einführung einer Wertstofftonne Anreize für wettbewerbliche Entwicklungen im Entsorgungssektor setzen. Sie tragen bei, das Ziel einer durchgreifenden Verbesserung des Ressourcenmanagements und der Ressourceneffizienz in Deutschland zu erreichen.

II. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis

1. Kartellverbot

34. Die bereits in den vorangegangenen Berichtszeiträumen zu verzeichnende hohe Intensität bei der Verfolgung von Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen hat sich auch im aktuellen Berichtszeitraum fortgesetzt. Die Bundesregierung begrüßt die konsequente Bekämpfung von Kartellen durch das Bundeskartellamt. Kartellbildungen sind volkswirtschaftlich extrem schädliche Verhaltensweisen. Sie treffen zumeist unmittelbar die Endverbraucherpreise und verteuern häufig die Vorproduktkosten von Unternehmen. Die Bundesregierung unterstützt deshalb die konsequente Ahndung von Kartellabsprachen durch das Bundeskartellamt.

35. Die Bundesregierung geht davon aus, dass das Bundeskartellamt bei seinen Bußgeldentscheidungen stets die Besonderheiten des Einzelfalles und die insbesondere in der zurückliegenden Finanz- und Wirtschaftskrise aufgetretenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Betroffenen angemessen berücksichtigt. Sie beurteilt den Ansatz des Bundeskartellamtes, Bußgeldverfahren – soweit möglich und sinnvoll – durch einvernehmliche Absprachen mit den Betroffenen abzuschließen, positiv. Auf diese Weise lässt sich die Effektivität der Kartellverfolgung erhöhen. Die Bundesregierung legt Wert darauf, dass auch bei einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen die rechtstaatlichen Grenzen beachtet werden. Sie begrüßt deshalb, dass das Bundeskartellamt im Rahmen des Kaffeebörsen-Kartells die Voraussetzungen und Verfahrensschritte bei einem Vergleich zwischen Kartellbehörde und Betroffenen veröffentlicht und damit transparent gemacht hat.

36. Die im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum erneut gestiegene Zahl von Selbstanzeigen ist nach Auffassung der Bundesregierung eine der wesentlichen Voraussetzungen für die großen Erfolge des Bundeskartellamtes bei der Aufdeckung von Kartellen. Um auch in Zukunft die positiven Effekte dieses Instruments zu sichern, hatte sich die Bundesregierung in einem Vorlageverfahren des Amtsgerichts Bonn vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (Rs. Pfeiderer C-360/09) dafür eingesetzt, das Akteneinsichtsrecht der durch ein Kartell geschädigten Dritten auch in Zukunft zu beschränken, um

die für die effektive Kartellrechtsdurchsetzung unabdingbare Funktionsfähigkeit von Programmen zur Selbstanzeige zu gewährleisten. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat am 14. Juni 2011 entschieden, dass die kartellrechtlichen Bestimmungen der Union dahin auszulegen seien, dass sie es nicht verbieten, dass eine durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union geschädigte und Schadensersatz fordernde Person Zugang zu den Dokumenten eines Kronzeugen erhält. Es sei aber Sache der Gerichte der Mitgliedstaaten, auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts unter Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen dieser Zugang zu gewähren oder zu verweigern ist. Die Bundesregierung wird das Urteil des Gerichtshof eingehend analysieren und danach entscheiden, ob es Änderungsbedarf im nationalen Recht nach sich zieht.

2. Fusionskontrolle

37. Nachdem die Zahl der angemeldeten Fusionen in vergangenen Jahren nahezu kontinuierlich angestiegen ist, sanken die Anmeldezahlen im Berichtszeitraum erstmals deutlich um nahezu 50 Prozent von 3917 auf 1985. Die Zahl der Entscheidungen im Hauptprüfverfahren lag mit 31 ebenfalls deutlich unter den 44 des vorangegangenen Berichtszeitraums.

38. Die Bundesregierung teilt die Einschätzung des Bundeskartellamtes, dass ein Grund für diese Entwicklung in der Finanz- und Wirtschaftskrise zu sehen ist. Eine weitere wesentliche Ursache dürfte aber, wie auch das Bundeskartellamt konstatiert, die im Berichtszeitraum durch das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz eingeführte Zweite Inlandsumsatzschwelle gewesen sein. Nach Auffassung der Bundesregierung bestätigen die Zahlen in der Statistik des Bundeskartellamtes, dass die wesentliche Zielsetzung des Gesetzgebers mit der Neufassung des § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB erreicht worden ist. Die Zahl der anzumeldenden Zusammenschlüsse wurde deutlich verringert. Damit wurden die Transaktionskosten, insbesondere für mittelständische Unternehmen, reduziert. Bestätigt sieht sich die Bundesregierung auch darin, dass die gewählte Höhe der Zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. Euro sicherstellt, dass eine möglichst geringe Zahl wettbewerblich problematischer Zusammenschlussfälle aus der Fusionskontrolle entlassen wird. Da mit dem Rückgang der Anmeldezahlen auch die Arbeitslast des Bundeskartellamtes deutlich verringert wurde, hat diese Gesetzesänderung auch eine spürbare Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt bewirkt, da freiwerdende Ressourcen in diesem Bereich eingesetzt werden konnten. Die Bundesregierung hat ein Interesse daran, zu verhindern, dass die Zweite Inlandsumsatzschwelle zur Umgehung der Fusionskontrolle genutzt werden könnte, indem Transaktionen künstlich in kleinere Erwerbsvorgänge aufgespalten werden. Sie wird deshalb prüfen, ob es hier gesetzlicher Änderungen bedarf.

39. Die Bundesregierung bestärkt das Bundeskartellamt, auch in Zukunft bei der Prüfung von Fusionen den

Beschaffungsmärkten die gebotene Aufmerksamkeit zu schenken. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Handels, wo das Thema Nachfragemacht aktuell wieder stärker diskutiert wird. Die Bundesregierung nimmt die im Tätigkeitsbericht dargelegten Probleme bei der Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Regelungen zur Kenntnis. Vielfach scheinen diese nach Auffassung der Bundesregierung innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens lösbar. Ob in einigen Bereichen Novellierungsbedarf besteht, wird die Bundesregierung im Rahmen der 8. GWB-Novelle diskutieren und entscheiden. Dies gilt beispielsweise für die Frage der Zusammenrechnung mehrerer Märkte im Rahmen der Bagatellmarktklausel, die Höhe der Marktanteile bei den Marktbeherrschungsvermutungen sowie die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen in Folge gemeindlicher Gebietsreformen. Die Bundesregierung wird auch prüfen, wie die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Zusammenschlüssen, die unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vollzogen worden sind, bei Einstellung des Entflechtungsverfahrens rückwirkend beseitigt werden kann.

3. Missbrauchsaufsicht

40. Die Bundesregierung begrüßt das Vorgehen des Bundeskartellamtes in den Bereichen Gaspreise und Heizstrom. Im Jahr 2009 hat das Amt Verfahren gegen achtzehn Unternehmen aus dem Heizstrombereich unter anderem auf der Grundlage des neu geschaffenen § 29 GWB eingeleitet, die mit einer Ausnahme im September 2010 abgeschlossen wurden. Durch Zusagenentscheidungen konnten kurzfristig wirksame Vorteile für die Verbraucher erzielt werden. Die Bundesregierung begrüßt die vom Amt durchgesetzte Verpflichtung zur Abgabe von „no-repeated-game“-Zusagen als Form der effizienten Kartellrechtsdurchsetzung. Den Kartellbehörden ist es so auch nach vorläufiger Einstellung der Verfahren möglich, die Unternehmen zu dauerhaftem Wettbewerbsverhalten anzuhalten. Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass sich so die erzielten Entlastungen mittelfristig absichern lassen.

41. Bei der im Sommer 2010 durchgeführten Überprüfung der Gaspreisverfahren auf Grundlage einer ähnlichen Zusage konnte das Amt feststellen, dass alle betroffenen Unternehmen die abgegebenen Verpflichtungen eingehalten haben. Die Verbraucher konnten so um etwa 444 Mio. Euro entlastet werden. Die besondere Bedeutung der Missbrauchsaufsicht im Energiesektor sollte aus Sicht der Bundesregierung durch eine Verlängerung von § 29 GWB unterstrichen werden. Die erzielten erheblichen Entlastungen als auch die beachtliche Vorfeldwirkung sprechen dafür, die Norm so lange beizubehalten, bis sich strukturell gesicherter Wettbewerb etabliert hat. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung die konsequente, aber mit Augenmaß durchgeführte Anwendung von §§ 19, 29 GWB und Artikel 102 AEUV im Energiesektor. Aus Sicht der Bundesregierung besteht aber ungeachtet dessen noch erheblicher Handlungsbedarf. Dies bestätigen nicht zuletzt die Ergebnisse der Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 45).

42. Erfolge der Liberalisierungsbemühungen der letzten Jahre ließen sich im Berichtszeitraum etwa im Bereich der Märkte für die Einspeisung von TV-Signalen der Programmveranstalter in den Übertragungsweg Breitbandkabel („Einspeisemarkt“) und den Signallieferungsmarkt feststellen. Sie unterliegen unter Rücknahme früherer Verpflichtungen der Bundesnetzagentur nun der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Die Bundesregierung begrüßt ferner die an den jeweiligen Marktgegebenheiten orientierte Klärung von praktischen Fragen wie etwa zur Preis-Kosten-Schere im Bereich des Telekommunikationssektors.

43. Die Bundesregierung anerkennt die fortgesetzte gute Zusammenarbeit und bewährte Aufgabenteilung zwischen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur im Bereich der Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen in den regulierten Sektoren Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr. Die enge Abstimmung der Behörden, auch außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Verpflichtungen, trägt dazu bei, die Liberalisierung in diesen Bereichen in effizienter Weise voranzutreiben. Im Berichtszeitraum gab es zum einen den Austausch über die jeweiligen Positionen im Rahmen der zweiten Runde der Marktanalyseverfahren auf Grundlage der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors. Zum anderen ist das erzielte Einvernehmen zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt hinsichtlich der Regulierungsbedürftigkeit von Telekommunikationsmärkten hervorzuheben. Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich durch das komplexere Zusammenspiel von Regulierung und allgemeiner Wettbewerbsaufsicht die wettbewerblichen Zustände in den liberalisierten Wirtschaftsbereichen weiter verbessern werden.

4. Sektoruntersuchungen

44. Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum verschiedene Sektoruntersuchungen durchgeführt hat. Sektoruntersuchungen sind ein relativ neues Instrument, das erst im Jahr 2005 in das GWB eingeführt wurde. Seitdem hat das Bundeskartellamt bereits zahlreiche Branchen durchleuchtet und dabei wertvolle Kenntnisse erlangt. Die zuletzt in der Öffentlichkeit vorgetragene Kritik, dass die Sektoruntersuchungen nicht in konkrete Kartell- oder Missbrauchsverfahren mündeten, teilt die Bundesregierung nicht. Die Einleitung von tatsächlichen Verfahren ist nicht unmittelbares Ziel dieser intensiven Marktstudien. Sie können sogar zur Entlastung einer Branche oder einiger Unternehmen führen. Sektoruntersuchungen sind ein wichtiges kartellrechtliches Instrument und ermöglichen, unabhängig von einem konkreten Verdachtsmoment, eine eingehende Analyse einzelner Branchen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse sind sehr hilfreich für das Verständnis der Märkte. Sie unterstützen in der Folge die konkrete Fallarbeit des Bundeskartellamtes, beispielsweise bei fristgebundenen Entscheidungen in der Fusionskontrolle, und erhöhen dessen Effizienz.

a. Stromerzeugung und Stromgroßhandel

45. Das Bundeskartellamt hat im März 2009 seine Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel eingeleitet und Anfang 2011 abgeschlossen. Ziel der Sektoruntersuchung war die Überprüfung der Wettbewerbssituation und des Preisbildungsmechanismus auf den deutschen Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkten in den Jahren 2007 und 2008.

Aus Sicht der Bundesregierung hat das Bundeskartellamt in sachgerechter Weise auf die zahlreichen Beschwerden reagiert, die insbesondere vor dem Hintergrund der anhaltend hohen Strompreise geäußert wurden, jedoch noch nicht für die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens ausreichten. Nach dem Ergebnis der Untersuchung bleibt die Wettbewerbssituation weiterhin durch die hohen Marktanteile von E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall geprägt.

b. Molkereisektor

46. Im Rahmen seiner noch laufenden Sektoruntersuchung Milch hat das Bundeskartellamt mit dem Zwischenbericht eine umfassende Analyse der Milchwirtschaft in Deutschland erstellt. Die Sektoruntersuchung trägt auch nach Einschätzung der Bundesregierung maßgeblich dazu bei, die Funktionsweise dieses Marktes besser zu verstehen und Diskussionen über eventuell notwendige Maßnahmen auf eine sachliche Ebene zu stellen. Der Zwischenbericht vom Januar 2010 hält fest, dass insgesamt ein Machtgefälle zu Lasten der Milcherzeuger besteht und diese die in Deutschland geltenden kartellrechtlichen Ausnahmeregelungen kaum nutzen, um durch Bildung von Erzeugergemeinschaften ihre Verhandlungsposition gegenüber ihren Abnehmern zu stärken. Das Bundeskartellamt ist zudem zu der Einschätzung gekommen, dass die auf diesem Markt herrschende hohe Transparenz über Milchauszahlungspreise und Milchmengen vor allem den stärkeren Marktteilnehmern und nicht den Erzeugern selbst nutzt. Die Bundesregierung begrüßt, dass im Zuge der Sektoruntersuchung ein kartellrechtlich unbedenkliches Marktinformationssystem im Bereich der Molkereien mit der Agrarmarkt-Informationsgesellschaft (AMI) abgestimmt werden konnte. Zu den Wirkungen der bestehenden Markttransparenz auf die Milchauszahlungspreise regt die Bundesregierung weitergehende Untersuchungen an. Die Bundesregierung bezieht die vorläufigen Ergebnisse der Sektoruntersuchung in die Diskussion über legislative Maßnahmen zur Stärkung der Erzeugerposition auf europäischer Ebene (Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates im Hinblick auf Vertragsbeziehungen im Sektor Milch und Milcherzeugnisse) ein. Die Bundesregierung setzt sich dafür ein, dass Maßnahmen zur Stärkung der Erzeugerposition den nationalen und innergemeinschaftlichen Wettbewerb im Milchsektor nicht gefährden und Regelungen zur Vertragsgestaltung den freien Warenverkehr nicht behindern.

c. Kraftstoffsektor

47. Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt im Mai 2008 eine umfassende Sektoruntersuchung

chung für den Bereich Kraftstoffe eingeleitet hat. Hintergrund hierfür waren zahlreiche Beschwerden über die Preispolitik der Mineralölunternehmen. Das Bundeskartellamt hat den Abschlussbericht am 26. Mai 2011 veröffentlicht.

In dem Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung Kraftstoffe analysiert das Bundeskartellamt eingehend die Wettbewerbsverhältnisse auf den Tankstellenmärkten in Deutschland. Das Bundeskartellamt geht im Ergebnis von einem marktbeherrschenden Oligopol der fünf großen Mineralölunternehmen BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total mit engen vertikalen und horizontalen Verflechtungen aus. Es besteht ein gleichförmiges Preissetzungsverhalten, das zu bestimmten Preismustern zu Lasten der Verbraucher geführt hat. Über ein System der Preisbeobachtung und Preismeldung reagieren die großen Mineralölunternehmen zeitnah auf Preisveränderungen. Das Bundeskartellamt hat dazu in Hamburg, Köln, Leipzig und München über einen längeren Zeitraum die Preisänderungen an über 400 Tankstellen ausgewertet. Das Bundeskartellamt hat angekündigt, an der bisherigen Untersagungslinie in der Fusionskontrolle festzuhalten und einige Verfahren im Bereich der Missbrauchkontrolle einzuleiten.

Die Bundesregierung unterstützt das Bundeskartellamt bei der angekündigten konsequenten Anwendung des Wettbewerbsrechts im Bereich Kraftstoffe. Die Bundesregierung wird den Abschlussbericht eingehend analysieren und prüfen, ob sie im Interesse der Verbraucher ggf. weitere gesetzgeberische Maßnahmen vorschlagen wird.

d. Lebensmitteleinzelhandel

48. Die Bundesregierung beobachtet sehr aufmerksam die im Berichtszeitraum erneut gestiegene Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel. Das gleiche gilt für die in jüngster Zeit wieder verstärkt aufkommende Diskussion, ob es eine Nachfragemacht des Handels gibt und Vorschläge, wie darauf politisch zu reagieren sei. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung die im Februar 2011 durch das Bundeskartellamt eingeleitete Sektoruntersuchung des Lebensmitteleinzelhandels, bei der vor allem die Beschaffungsmärkte im Mittelpunkt stehen. Sie verspricht sich von den Ergebnissen dieser neutralen Analyse der Wettbewerbsbedingungen des Lebensmitteleinzelhandels weitere Erkenntnisse über die aktuellen Machtverhältnisse zwischen Handel und herstellender Industrie sowie über deren Auswirkungen auf die Beschaffungs- und Absatzmärkte. Gleichzeitig verspricht sie sich davon eine noch bessere Tatsachengrundlage für zukünftige Entscheidungen des Bundeskartellamtes in dieser Branche.

49. Die Bundesregierung wird den Abschluss der Sektoruntersuchung abwarten und dann auf der Grundlage der Ergebnisse entscheiden, ob und gegebenenfalls wo gesetzlicher Handlungsbedarf besteht. Die Zukunft der Regelung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis wird nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Rossmann aufgrund der zeitlichen Be-

fristung der derzeitigen Vorschrift Gegenstand der Überlegungen im Rahmen der 8. GWB-Novelle sein.

50. Die Kritik, die teilweise an der Praxis des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit den jüngsten Verfahren wegen vertikaler Absprachen im Lebensmittelbereich erhoben wurde, nimmt die Bundesregierung zur Kenntnis. Sie geht davon aus, dass das Bundeskartellamt den bereits laufenden Dialog mit den Betroffenen nach Abschluss der Verfahren intensivieren und in diesem Rahmen in geeigneter Weise deutlich machen wird, welche Verhaltensweisen grundlegenden kartellrechtlichen Bedenken begegnen.

III. Europäische Wettbewerbspolitik

51. Ein Schwerpunkt der Arbeit der Europäischen Kommission lag erneut auf der Aufdeckung und Sanktionierung von verbraucherschädlichen Kartellen. Im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung arbeitet die Europäische Kommission weiterhin an einem konkreten Rechtssetzungsakt. Während des Berichtszeitraums setzten die Europäische Kommission und der Rat zudem ihre Reformvorhaben zur Revision und Modernisierung europäischer Wettbewerbsregelungen fort. Die Bundesregierung begrüßt die vorgenommene Überarbeitung des bestehenden europäischen Rahmens von Gruppenfreistellungsverordnungen. Sie hat sich dabei, gemeinsam mit dem Bundeskartellamt, aktiv in die europäischen Diskussionen eingebracht.

1. Artikel 101/102 AEUV

a. Gruppenfreistellungsverordnungen

52. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum mehrere auslaufende Gruppenfreistellungsverordnungen und ihre Leitlinien einer Evaluierung und Konsultation unterzogen und in Anpassung an die aktuellen Marktverhältnisse überarbeitet. Die Europäische Kommission hat sich dabei an dem Ziel orientiert, im neuen Wettbewerbsrechtsrahmen der Europäischen Union nur dann sektorspezifische Regelungen zu erlassen, wenn im jeweiligen Sektor spezifische Marktverhältnisse und Sachverhalte dies rechtfertigen. Die Bundesregierung begrüßt diesen Ansatz und stimmt mit dem Bundeskartellamt in der grundsätzlich positiven und sachgerechten Bewertung der neugefassten europäischen Wettbewerbsregeln überein.

53. Die Bundesregierung befürwortet, dass die Europäische Kommission beim Erlass der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) und der dazu gehörenden Leitlinien die bewährte Grundkonzeption beibehalten und gleichzeitig dort Änderungen vorgenommen hat, wo Reformbedarf erkennbar wurde. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung des Internet-handels, bei dem die Kommission versucht hat, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Markenartikelindustrie (möglichst freie Gestaltung des

selektiven Vertriebs) und des Internethandels (möglichst uneingeschränkter Internetvertrieb) zu finden. Die Bundesregierung begrüßt, dass die Regelungen zur Preisbindung der zweiten Hand beibehalten wurden; gleichzeitig wurde auch klargestellt, dass Einzelfreistellungen gemäß Artikel 101 Absatz 3 AEUV grundsätzlich auch bei Kernbeschränkungen i. S. d. GVO möglich sind. Die für die Abnehmerseite neu eingeführte zweite Marktanteilschwelle ist aus Sicht der Bundesregierung als branchenübergreifende Einschränkung des Anwendungsbereichs nicht unproblematisch: Einerseits trägt sie zutreffend der Erkenntnis Rechnung, dass auch Abnehmer über Marktmacht mit potenziell nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb verfügen können. Gleichzeitig erhöht sie vor dem Hintergrund einer vielfach mit Ungewissheiten behafteten sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung aber auch die Rechtsunsicherheit.

54. Im Rahmen des Evaluierungsprozesses zur Verabschiedung der Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (Kfz-GVO) hat sich die Bundesregierung im Interesse der Verbraucher vor allem für klare Regelungen beim Zugang zu Ersatzteilen und technischen Informationen eingesetzt. Zudem hat sie darauf hingewiesen, dass ein gänzlich Auslaufen der kraftfahrzeugspezifischen Wettbewerbsregeln zu Problemen, insbesondere auf dem Markt für Ersatzteil- und Serviceleistungen führen könnte. Dagegen herrscht auf dem Vertriebsmarkt für Neufahrzeuge intensiver Wettbewerb; weitergehende sektorspezifische Regelungen sind daher nicht mehr gerechtfertigt. Die bis 2013 erfolgte Verlängerung der bisherigen Kfz-GVO für den Vertriebsmarkt lässt den Marktbeteiligten ausreichend Zeit, sich auf die veränderte Rechtslage einzustellen und schützt getätigte Investitionen. Anschließend gelten für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen die allgemeinen Wettbewerbsregeln für die vertikalen Vereinbarungen. Auf dem Ersatzteil- und Servicemarkt ist der Wettbewerb dagegen weniger ausgeprägt. Zusätzliche sektorspezifische Regelungen sind daher weiterhin notwendig und gerechtfertigt. Aus Sicht der Bundesregierung berücksichtigen die von der Europäischen Kommission beschlossenen Neuregelungen im Kraftfahrzeugsektor sowohl die Wettbewerbsbedingungen als auch die wirtschaftliche Lage der Branche.

55. Am 26. April 2010 ist die überarbeitete Verordnung (EG) Nr. 906/2009 der Kommission vom 28. September 2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) (Konsortien-GVO) in Kraft getreten. Diese GVO erlaubt den Schifffahrtskonsortien, wegen des damit verbundenen Nutzens für die Verbraucher, bestimmte Vereinbarungen über gemeinsame Tätigkeiten der Reedereien, wie z. B. das Abstimmen von Fahrplänen oder die Nutzung von Slots, Hafenanlagen und Schiffsraum. Absprachen

über Preise oder zur Aufteilung von Märkten oder Kunden sind jedoch weiterhin ausgeschlossen. Gegenüber der vorherigen GVO wurde der Anwendungsbereich auf alle Arten von Linienfrachtdiensten (mit und ohne Container) ausgeweitet. Zudem wurde die Marktanteilsschwelle, ab der die Schifffahrtsunternehmen nicht mehr automatisch freigestellt sind, von 35 Prozent auf 30 Prozent herabgesetzt. Bundesregierung und Bundeskartellamt haben sich im Legislativprozess für eine weitere Modernisierung der Freistellung der Schifffahrtskonsortien eingesetzt.

56. Auch im Bereich der horizontalen Wettbewerbsregeln hält die Bundesregierung die Fortsetzung der bewährten Regelungen für angemessen. Die Mitteilung der Kommission zu ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien) mit dem neuen Kapitel zum Informationsaustausch und den neu gefassten Darlegungen zur Normung und den Standardbedingungen geben den Unternehmen wichtige Hilfestellung bei der Prüfung der Übereinstimmung ihrer vielfältigen horizontalen Kooperationen mit dem europäischen Kartellverbot. So enthalten die Leitlinien zum Beispiel detaillierte Hinweise zum wettbewerbsrechtskonformen Umgang mit geistigen Eigentumsrechten während der Standardisierung.

57. Die Bundesregierung sieht es als sachgerecht an, dass die neue Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (F&E – GVO) und die Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (Spezialisierungs-GVO) ihre inhaltliche Ausrichtung beibehalten und Änderungen nur im Detail vorsehen. Diese Modifizierungen sorgen für mehr Klarheit und Rechtssicherheit.

58. Die Bundesregierung sieht ebenso wie die Europäische Kommission Regelungen über gemeinsame Erhebungen, Tabellen und Studien sowie sog. Versicherungspools als für den Versicherungssektor spezifisch an. Sie begrüßt daher, dass entsprechende Regelungen weiterhin in der Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor (Versicherungs-GVO) verankert sind. Die seit April 2010 geltende neue GVO für den Versicherungssektor ist daher auf die Freistellung dieser horizontalen Kooperationen bis zu bestimmten Marktanteilen reduziert. Vereinbarungen über Muster-Versicherungsbedingungen und die Festlegung von Sicherheitsstandards sind nicht mehr freigestellt; hierfür gelten die allgemeinen Horizontal-Leitlinien.

b. Private Kartellrechtsdurchsetzung

59. Die Bundesregierung begrüßt, dass sich die Anzahl privater Kartellrechtsklagen im Berichtszeitraum in Deutschland weiterhin auf einem hohen Niveau bewegt hat. Solche Verfahren führen zu einer erheblichen Entlastung der Kartellbehörden. Vielfach sind diese Klagen auf unmittelbare Marktwirkungen gerichtet (etwa Unterlassung oder Belieferung), seltener auf die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen. Dieser Trend belegt, dass die mit der 7. GWB-Novelle eingeführten gesetzlichen Neuerungen in diesem Bereich die wesentlichen Hindernisse für die private Kartellrechtsdurchsetzung beseitigt haben. Gleichzeitig sieht die Bundesregierung hierdurch ihre bislang vertretene Position in der europäischen Diskussion über weiteren Reformbedarf bestätigt. Für weitere Verbesserungen in der Europäischen Union bedarf es keiner europäischen Legislativmaßnahmen. Das grundsätzlich unterstützenswerte Interesse der Europäischen Kommission an einer effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung lässt sich ohne Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip ausreichend auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreichen. Die steigende Zahl kartellrechtlicher (Schadenersatz-) Klagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die in jüngster Zeit ihre nationalen Rechtsordnungen überarbeitet haben, belegen dies.

60. Die Bundesregierung befürwortet, dass die Europäische Kommission in ihrer im Februar 2011 eingeleiteten öffentlichen Konsultation zur kollektiven Rechtsdurchsetzung nunmehr statt eines sektoralen einen horizontalen Ansatz verfolgt. Sie erinnert daran, dass Konsultationen ergebnisoffen zu führen sind und sieht den Ergebnissen mit Interesse entgegen. Aus Sicht der Bundesregierung besteht für eine Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente auf europäischer Ebene kein Bedürfnis. Die Bundesregierung hat im Rahmen der Konsultation Stellung genommen und wird sich auch an der weiteren Diskussion aktiv beteiligen und ihren Standpunkt einbringen.

IV. Internationale Wettbewerbspolitik

61. Der Schutz des Wettbewerbs ist schon seit langem keine rein nationale Aufgabe mehr. Dies belegen einmal mehr die umfangreichen internationalen Aktivitäten des Bundeskartellamtes im Berichtszeitraum. Die Vernetzung der Märkte für Waren und Dienstleistungen nimmt kontinuierlich zu, nicht zuletzt aufgrund der ständig steigenden Bedeutung des Internets für fast alle Bereiche wirtschaftlichen Handelns. Mit der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Unternehmen geht einher, dass auch viele Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr an Landesgrenzen Halt machen.

62. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung das anhaltend große Engagement des Bundeskartellamtes in den unterschiedlichen internationalen Foren. Solange sich ein weltweites materielles Kartellrechtsregime, beispielsweise im Rahmen der WTO, politisch nicht verwirklichen lässt, erachtet sie eine möglichst umfassende und kontinuierliche Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden als unabdingbar, um den Wettbewerb möglichst effektiv zu schützen. Die Bundesregierung sieht, dass

sich diese Arbeit neben der fallunabhängigen Grundsatzarbeit zunehmend auch in der einzelfallbezogenen Tätigkeit des Amtes positiv auswirkt. Der Fusionsfall BHP Billiton/Rio Tinto ist ein wichtiges Beispiel für die gute Zusammenarbeit verschiedener Wettbewerbsbehörden weltweit.

63. Positiv sieht die Bundesregierung auch das Engagement des Bundeskartellamtes in internationalen Organisationen wie OECD und UNCTAD als auch die Kooperation im internationalen Netzwerk der Wettbewerbsbehörden. Die in diesen Gremien gewonnenen Ergebnisse sind regelmäßig wichtiger Bestandteil bei der politischen Entscheidungsfindung. In diesem Zusammenhang werden beispielsweise die Diskussionen in der OECD zum Standard der Fusionskontrolle in unterschiedlichen Jurisdiktionen auch Gegenstand der Überlegungen im Rahmen der 8. GWB-Novelle sein. Gleiches gilt für die Empfehlungen und Arbeitsergebnisse des internationalen Netzwerkes der Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich. Wichtig ist der Bundesregierung auch die Mitarbeit im wettbewerblichen Bereich der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD), um international anerkannte wettbewerbspolitische Standards und Ziele in weiteren Entwicklungsländern zu etablieren. Auf diese Weise leistet sie gleichzeitig einen Beitrag, diese Staaten in den für Deutschland so wichtigen Weltmarkt zu integrieren.

64. Als wichtigen Beitrag sieht die Bundesregierung den Einsatz des Bundeskartellamtes bei internationalen Beratungsprojekten im Bereich des Wettbewerbsrechts. Die hochqualifizierten Expertinnen und Experten des Amtes unterstützen dabei junge ausländische Wettbewerbsbehörden, effektive Verwaltungsstrukturen und einen wettbewerbsrechtlichen Dialog mit einer erfahrenen und renommierten Wettbewerbsbehörde zu etablieren. Ohne diesen Einsatz wären vielfältige Projekte der Bundesregierung und anderer Organisationen nur schwer durchführbar.

V. Vergaberecht**1. Nationales Vergaberecht und Rechtsanwendungspraxis**

65. Im Berichtszeitraum sind mehrere Überarbeitungen der verschiedenen vergaberechtlichen Regelwerke in Kraft getreten. Die Bundesregierung hat wichtige europäische Richtlinien umgesetzt (Sektorenvergaberichtlinie, Richtlinie „Saubere Straßenfahrzeuge“) bzw. deren Umsetzung auf den Weg gebracht (Vergaberichtlinie „Verteidigung und Sicherheit“). Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt die vergaberechtlichen Vorhaben der Bundesregierung regelmäßig durch fachliche Stellungnahmen begleitet.

a. Vergaberechtsreform

66. Der jüngsten Vergaberechtsnovelle mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (Bundesgesetzblatt 2009, Teil I, Nr. 20 vom 23. April 2009, S. 790 ff.) folgte im Berichtszeitraum eine

Reform der Vergabe- und Vertragsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF, die im Juni 2010 in Kraft getreten ist. Mit dieser Reform ist es gelungen, die Verfahrensvorschriften in den Vergabe- und Vertragsordnungen zu vereinfachen und anwenderfreundlicher zu gestalten. Sie tragen zur besseren Übersichtlichkeit der Vorschriften und zu einer stärkeren Transparenz im Vergabeverfahren bei.

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Liefer- und Dienstleistungen wurde systematisch neu geordnet, so dass nun die verschiedenen Abschnitte für Ober- und Unterschwellenvergaben in sich geschlossen und unabhängig voneinander anwendbar sind. Im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen wurde die Transparenz durch eine Verpflichtung zur zentralen Ermittlichkeit aller nationalen elektronischen Veröffentlichungen in Deutschland über das Dienstleistungsportal des Bundes www.bund.de gestärkt und der Bürokratieaufwand für Bieter durch die grundsätzliche Abforderung von Eigenerklärungen vermindert.

67. Die Vergabekammern berichten über erste Fälle seit der letzten Änderung des Vierten Teils des GWB. Von besonderem Interesse sind dabei die vorgestellten Entscheidungen zu § 107 Absatz 3 GWB, die sich mit verschiedenen Aspekten wie zum Beispiel dem Unverzüglichkeitserfordernis nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB und der Voraussetzung der Erkennbarkeit von Vergaberechtsverstößen auseinandersetzen. Nach der Rechtsänderung sollen auch erkennbare Verstöße in der Leistungsbeschreibung unverzüglich, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden. Dadurch bekommt der öffentliche Auftraggeber früher die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Nach Inkrafttreten der Änderung konnten die Vergabekammern des Bundes durch die vorgestellten Entscheidungen einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit für die Vergabepaxis leisten.

b. AMNOG

68. Der Bundestag hat mit dem AMNOG geregelt, dass nach Nachprüfungsentscheidungen der Vergabekammern vergaberechtliche Streitigkeiten nun auch im Bereich des SGB V vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte fortgeführt werden. Zuvor waren hierfür die Landessozialgerichte zuständig. Die Gesetzesänderung bündelt die vergaberechtliche Kompetenz bei den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte und wirkt einer Zersplitterung des Vergaberechts entgegen. Wie das Bundeskartellamt berichtet, waren Ausschreibungsverfahren gesetzlicher Krankenkassen bezüglich der Vergabe von Rabattvereinbarungen im Sinne des § 130a Absatz 8 SGB V rechtlich besonders umstritten. 2009 ging ein Anteil von fast 65 Prozent aller Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes zum Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen; 2010 waren es fast 40 Prozent. Anfang 2011 sind diese Beschwerden in Streitigkeiten aus Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V von den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte übernommen worden; erste Entscheidungen stehen noch aus.

c. Sektorenverordnung

69. Mit der am 29. September 2009 in Kraft getretenen Sektorenverordnung für Auftraggeber auf dem Gebiet des Verkehrs, der Trinkwasser- und der Energieversorgung ist es gelungen, die Vorgaben für das Vergabeverfahren anwenderfreundlich und schlank in einem einheitlichen Regelwerk zusammenzuführen. Die Sektorenverordnung setzt die Richtlinie 2004/17/EG 1:1 um. Weitere, darüber hinausgehende Anforderungen an die Auftragsvergabe im Sektorenbereich im nationalen Recht gibt es nicht. Wesentliches Novum ist, dass die vormaligen Abschnitte 3 und 4 der VOL und der VOB entfallen und die neue Verordnung stattdessen das Vergabeverfahren für Sektorauftraggeber aus einem Guss regelt.

d. Umsetzung der Richtlinie „Saubere Fahrzeuge“

70. Der Bundesrat hat am 18. März 2011 einer Änderung der Vergabeverordnung (VgV) zugestimmt, mit der die Vorgaben der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge in nationales Recht umgesetzt werden. Die Änderungsverordnung ist am 11. Mai 2011 (BGBl. I, S. 800) veröffentlicht worden und seit dem 12. Mai 2011 in Kraft. Zukünftig müssen öffentliche Auftraggeber und Unternehmen (Betreiber öffentlicher Personenverkehrsdienste) bei der Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen den über die gesamte Lebensdauer anfallenden Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen der Fahrzeuge, zumindest aber Energieverbrauch, Kohlendioxid-Emissionen und Schadstoffausstoß, berücksichtigen. Begrenzte Ausnahmen sind nur im Fall bestimmter Einsatzfahrzeuge z. B. der Polizei und der Streitkräfte möglich. Dadurch, dass die Markteinführung entsprechender Straßenverkehrsfahrzeuge gefördert wird, soll der Markt für saubere und energieeffiziente Straßenverkehrsfahrzeuge belebt werden.

e. Unterschwellenrechtsschutz

71. Der Koalitionsvertrag sieht vor, dass für die Vergabe kleinerer öffentlicher Aufträge ein wirksamer Rechtsschutz eingeführt wird. Dies ist eine Hauptforderung bedeutender Wirtschaftsvertreter. Der Bundesregierung ist es wichtig, einen wirksamen Rechtsschutz zu schaffen, der gleichzeitig effizient und unbürokratisch ist. Hierzu wurden verschiedene Rechtsschutzmodelle entworfen und innerhalb der Bundesregierung, mit den Bundesländern und Wirtschaftsverbänden sowie dem Bundeskartellamt diskutiert. Das Bundeskartellamt spricht sich für einen Rechtsschutz unterhalb der europäischen Schwellenwerte aus, der sich im Grundsatz am System des Unterschwellenrechtsschutzes nach dem 4. Teil des GWB orientiert. Um die Auswirkungen eines Unterschwellenrechtsschutzes auf die Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand besser bewerten zu können, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ein Gutachten in Auftrag gegeben, das den Umfang von Aufträgen ober- und unterhalb der europäischen Schwellenwerte auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene ermitteln soll. Nach Vorlage des Gutachtens im Sommer 2011

wird die Bundesregierung über das weitere Vorgehen entscheiden.

**f. Umsetzung der Vergaberichtlinie
Verteidigung und Sicherheit**

Die bis August 2011 in nationales Recht umzusetzende Vergaberichtlinie Verteidigung und Sicherheit ist die dritte europäische Richtlinie, die den Mitgliedstaaten Regelungen für die öffentlichen Beschaffungen vorgibt. Sie sieht erstmals spezielle Vergaberegeln vor, wie Beschaffungen des Staates in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ab bestimmten Schwellenwerten durchzuführen sind. So verzichtet sie beispielsweise auf das offene Verfahren und sieht ein Vergaberechtsregime vor, dessen Einhaltung für die Vergabe von Unteraufträgen gefordert werden kann. Erfasst werden Liefer- und Dienstleistungen sowie der Baubereich. Ziel ist mehr europäischer Wettbewerb.

Die Bundesregierung wird zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht einen Gesetzentwurf zur Änderung des GWB sowie einen Entwurf für eine Rechtsverordnung vorlegen.

2. Europäisches Vergaberecht

a. Dienstleistungskonzessionen

72. Auf europäischer Ebene erwartet die Bundesregierung eine von der Europäischen Kommission angekündigte Rechtsetzungsinitiative zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Die Bundesregierung hält eine Einbeziehung der Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht dann nicht für sinnvoll, wenn damit sämtliche vergaberechtlichen Regelungen zur Anwendung gebracht werden sollen. Wenn sich eine rechtliche Normierung speziell von Dienstleistungskonzessionen aber auf

Grundzüge beschränken sollte, wäre dies nicht von vornherein abzulehnen. Schlanke und praxisgerechte einheitliche Regelungen könnten nach Auffassung der Bundesregierung mehr Rechtssicherheit für Marktteilnehmer bedeuten und zu Kosteneinsparungen bei Kommunen führen. Die Bundesregierung kann eine endgültige Bewertung allerdings erst in Kenntnis der konkreten Ausgestaltung des Rechtsetzungsvorschlags der Europäischen Kommission vornehmen.

**b. Grünbuch zur Modernisierung des
Vergaberechts**

73. Im Frühjahr 2011 hat die Europäische Kommission mit dem „Grünbuch zur Modernisierung des Vergaberechts“ eine breite Konsultation durchgeführt, die eine umfassende Überarbeitung des europäischen Vergaberechts vorbereiten soll. Die Bundesregierung begrüßt das Vorhaben der Europäischen Kommission, das europäische Vergaberecht so umzugestalten, dass seine Effizienz und Wirksamkeit erhöht werden. Die Europäische Kommission hatte zu einem weit reichenden Gedankenaustausch eingeladen zu allen Fragen, die das Vergaberecht tangieren, und dabei auch grundlegende Annahmen zur Diskussion gestellt. Die Ergebnisse der Konsultation, die im Internet veröffentlicht werden sollen, könnten daher ganz wesentliche Auswirkungen auf alle Bereiche des Vergaberechts haben. Die Bundesregierung hat sich an dem Konsultationsprozess mit einer Stellungnahme beteiligt. Grundsätzlich unterstützt sie die Europäische Kommission in dem Bestreben, das europäische Vergaberecht effizienter und flexibler zu gestalten, die Wirtschaftlichkeit zu steigern und – bei Beachtung des eigentlichen Ziels einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb – das Vergaberecht auch für andere Politikziele der Strategie Europa 2020 nutzbar zu machen.

**Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren
2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem
Aufgabengebiet**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Erster Abschnitt:	
Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage	15
Teil I: Entwicklungen der wettbewerbspolitischen und kartellrechtlichen Rahmenbedingungen	15
1. Zur wettbewerbspolitischen Lage	15
2. Änderungen des kartellrechtlichen Rahmens	19
2.1 Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz	19
2.2 Vorarbeiten für 8. GWB-Novelle	20
2.3 Diskussion um Entflechtungsinstrument	20
2.4 Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes	20
Teil II: Entwicklung der Kartellrechtspraxis	21
1. Fusionskontrolle	21
1.1 Statistische Übersicht	21
1.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren	22
1.3 Folgefragen nach Einführung der zweiten Inlandsumsatz- schwelle und sonstige Fragen zur Umsatzberechnung	25
1.4 Bagatellmarktklausel	25
1.5 Zusammenschlusstatbestand	26
1.5.1 Anteilserwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 3	26
1.5.2 Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 Abs. 1 Nr. 4	26
1.6 Oligopolistische Marktbeherrschung	26
1.7 Nebenbestimmungen	27
1.8 Gemeinschaftsunternehmen und Überkreuzbeteiligungen	28
1.9 Nachfragemacht und Prüfung von Beschaffungsmärkten	29
1.10 Sanierungsfusionen	29
2. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen	30
2.1 Missbrauchsaufsicht	30
2.1.1 Behinderungsmissbrauch	30
2.1.2 Preismissbrauch	30

	Seite
2.2 Boykott	30
2.2.1 Milchboykott	30
2.2.2 Pharmagroßhändler	30
2.3 Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Verkehr	30
2.3.1 Telekommunikation	30
2.3.2 Post	32
2.3.3 Energie	33
2.3.4 Verkehr	36
3. Kartellverbot und Kooperationen	37
3.1 Kartelle	37
3.1.1 Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes	37
3.1.2 Bußgeldleitlinien	40
3.1.3 Settlements	41
3.1.4 Gerichtliche Bußgeldentscheidungen	41
3.2 Sonstige horizontale Kooperationen	42
3.2.1 Breitbandkooperationen	42
3.2.2 Musterbedingungen der Bauindustrie	42
3.2.3 Rundholz-Vermarktung	42
3.2.4 Entgelte bei Geldautomatenabhebungen	42
3.2.5 Bargeldlose Kartenzahlungen	42
3.2.6 Koordination von Erfassungsausschreibungen dualer Systeme ...	43
3.2.7 Gemeinschaftsunternehmen	43
4. Vertikalvereinbarungen	43
5. Sektoruntersuchungen	43
6. Verfahrens- und Prozessrecht	43
6.1 Kartellbehördliches Verfahrensrecht	43
6.1.1. Verwaltungsverfahren	43
6.1.2. Bußgeldverfahren	45
6.2. Prozessrecht	47
7. Private Kartellrechtsdurchsetzung	49
8. Bundeskartellamt als amicus curiae	50
9. Integration ökonomischer Argumente und Analysen in die Kartellrechtspraxis des Bundeskartellamtes	50

	Seite
10. Europäisches Wettbewerbsrecht	52
10.1. European Competition Authorities (ECA)	52
10.1.1 ECA-Arbeitsgruppe „Verpflichtungszusagenentscheidungen“	52
10.1.2 Forensic-IT-Arbeitsgruppe	52
10.2. Anwendung von Artikel 101, 102 AEUV	52
10.2.1 Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden	52
10.2.2 Verordnungen, Leitlinien	55
10.2.3 Rechtsprechung zur Verordnung (EG) 1/2003	56
10.2.4 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission	57
10.3. Europäische Fusionskontrolle	57
10.3.1 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission	57
10.3.2 Verweisungen nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 Verordnung (EG) Nr. 139/2004	57
10.3.3 Verweisungen nach Artikel 9 Verordnung (EG) Nr. 139/2004	58
10.3.4 Verweisungen nach Artikel 22 Verordnung (EG) Nr. 139/2004	58
11. Internationale Zusammenarbeit	58
11.1. OECD	58
11.2. International Competition Network	59
11.3. UNCTAD	60
11.4. Internationale Rechtshilfe	60
11.5. Notifizierungen	60
11.6. Internationale Beratung	60
11.7. Bilaterale Beziehungen	60
11.8. Internationale Kartellkonferenz	61
11.9. Deutsch-Französischer Wettbewerbstag in Bonn	61
Zweiter Abschnitt	
Tätigkeit nach Wirtschaftsbereichen	63
Teil I: Erzeugung, Verarbeitung, Handel	63
A. Land- und Forstwirtschaft, Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln, Holzgewerbe	63
I. Landwirtschaft sowie Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln	63
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	63
2. Wichtige Fusions- und Kartellverfahren	64
2.1 Milch	64
2.2 Zucker	65
2.3 Mehl	65
2.4 Hartweizengrieß	65

	Seite
2.5 Fleisch und Fleischverarbeitung	65
2.6 Fleisch- und Wurstwaren	66
2.7 Feinkost	66
2.8 Kaffeeprodukte	66
2.9 Süßwaren	67
2.10 Tierfutter	67
2.11 Verschiedene Konsumgüter	67
II. Landhandel	67
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	67
2. Wichtige Fusionsverfahren	68
III. Lebensmittelhandel	69
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	69
2. Wichtige Fusionsfälle	70
3. Fordern von Hochzeitsrabatten	72
4. Angebote unter Einstandspreis	72
5. Vertikale Preisbindung	72
IV. Forstwirtschaft – Holzvermarktung	73
V. Kartellverfahren gegen die Holzwerkstoffindustrie	73
 B. Erze, Steine und Erden	 73
I. Eisenerz	73
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	73
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	74
C. Bauindustrie und Baustoffe	74
I. Baustoffindustrie	74
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	74
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	75
2.1 Sektoruntersuchung Walzasphalt	75
2.2 Fusionskontrolle	75
II. Transportbeton	76
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	76
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	76
2.1 Kartellverfolgung	76
2.2 Fusionskontrolle	77
III. Zement	78
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	78
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	78
IV. Mörtel	78

	Seite
V. Dachziegel	79
VI. Bauhauptgewerbe	79
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	79
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	79
D. Sonstige Konsumgüter (Herstellung, Verarbeitung, Handel) ..	80
I. Herstellung von Drogerieartikeln	80
II. Herstellung von Duftstoffen und Körperpflegemitteln/ Luxuskosmetik	80
III. Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümartikeln	80
1. Fusionskontrolle	80
2. Angebote unter Einstandspreis	80
IV. Textilien und Schuhe	81
E. Chemische Industrie	81
I. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	81
II. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	82
1. Zusammenschlussvorhaben AdBlue – Harnstofflösung	82
2. Verfahren im Chemikaliengroßhandel	82
2.1 Fusionskontrolle	82
2.2 Kartellverfolgung	82
3. Zusammenschlussvorhaben Kunststoffe	83
4. Zusammenschlussvorhaben Verpackungen	83
5. Weitere Kartellverfahren	83
5.1 Laborchemikalien	83
5.2 Druckchemikalien	84
5.3 Kabelfüllmischungen	84
F. Maschinen- und Anlagenbau, Metallindustrie	84
I. Kartellverfolgung	84
1. Kartellabsprachen bei Automatiktüren	84
2. Herstellung von Dampfkesseln, Großdampferzeuger	85
3. Feuerwehrdrehleiterfahrzeuge	85
4. Feuerwehrlöschfahrzeuge	85
II. Fusionskontrolle	85
1. Sonnenschutzsysteme	85
2. Sanitärarmaturen	85
3. Elektronische Schließzylinder	86

	Seite
4. Containertransportgeräte	86
5. Anlagen zur Oberflächenmetallbearbeitung	86
G. Fahrzeugbau – Automobilwirtschaft	87
H. Papier	88
I. Kartellabsprachen bei Papptellern	88
II. Kartellabsprachen bei Tapeten	88
Teil II: Dienstleistungen	88
A. Finanzdienstleistungen	88
I. Banken/Kreditwirtschaft	88
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	88
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	90
2.1 Fusionskontrolle.	90
2.1.1 Sparkasse Karlsruhe/Sparkasse Ettlingen	90
2.1.2 Easycash/Ingenico	90
2.2 Kartellverfolgung.	90
2.2.1 electronic cash-System.	90
2.2.2 Interbankenentgelte bei Kreditkarten.	91
2.2.3 Entgelte bei Geldautomatenabhebungen	91
II. Versicherungswirtschaft	91
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	91
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	91
2.1 Kartellverfolgung	91
2.1.1 Industrieversicherer	91
2.1.2 Versicherergemeinschaft Wiesbaden	92
2.1.3 Hinweis- und Informationssystem der Versicherungswirtschaft ..	92
2.2 Anerkennung von Wettbewerbsregeln	92
2.3 Sonstiges – Gespräche über Schadenmanagement	92
B. Post	92
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	92
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	93
3. Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)	93
C. Medien, Werbe-/Messewirtschaft, Kultur, Sport und Unterhaltung	93
I. Zeitungsmärkte	93
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	93
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	94

	Seite
3. Fusionskontrolle	94
3.1 Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall	94
3.2 Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft/ Aachener Verlagsgesellschaft	95
3.3 Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag Neubrandenburg	95
3.4 Schleswig-Holsteiner Zeitungsverlag/Elmshorner Nachrichten ...	95
3.5 Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft/Neusser Pressehaus ...	96
3.6 DuMont Schauberg/Berliner Verlag	96
3.7 Verlagsgesellschaft Madsack/Verschiedene Springer-Beteiligungen	96
3.8 Rhein-Neckar-Zeitung/Eberbacher Zeitung	96
4. Auswirkungen des Internet	96
II. Pressegrasso, Nachrichtenagenturen	97
1. Pressegrasso	97
2. Nachrichtenagenturen	97
III. Bücher	97
1. Nachschlagewerke	97
2. Hörbücher	98
IV. Außenwerbung	98
V. Fernsehen, Video on Demand	98
D. Sonstige Dienstleistungen	99
Teil III: Übergreifende Berichte	99
A. Gesundheit	99
I. Gesundheitswesen	99
1. Zusammenschlussvorhaben Krankenhäuser	99
2. Gesetzliche Krankenversicherungen	100
2.1 Entwicklung des gesetzlichen Rahmens – Wettbewerbsanreize im System des Gesundheitsfonds	100
2.2 Fusionskontrolle	100
2.3 Kartellverfolgung	101
3. Apotheken	102
3.1 Fusionskontrolle Versandapotheken	102
3.2 Kartellverfolgung – Gemeinsame Preiswerbung	103
4. Zusammenschlussvorhaben Medizinische Labordiagnostik	103
5. Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung ..	103
6. Hörgeräte	104
6.1 Fusionskontrolle – Phonak/GN Store	104
6.2 Kartellverfolgung – BIHA-Verfahren	104
6.3 Bußgeld gegen Hörgerätehersteller	104

	Seite
7. Brillengläser	104
8. Vertikale Preisbindung in der Augenoptik	104
B. Entsorgung	105
I. Entsorgungswirtschaft	105
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	105
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	105
2.1 Fusionskontrolle	105
2.2 Kartellverfolgung	105
2.3 Missbrauchsaufsicht	106
2.4 Sonstiges – Gesetzgebung	107
C. Telekommunikation, Rundfunkdienstleistungen, EDV	107
I. Telekommunikation	107
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	107
1.1 Breitbandnetze	107
1.2 Outsourcing	108
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	109
2.1 Fusionskontrolle	109
2.1.1 Software	109
2.1.2 Webhosting	109
2.2 Kartellverfolgung	109
2.2.1 Breitbandausbaukooperationen	109
2.2.2 LTE-Netzkooperationen	109
2.2.3 Verschlüsselung von TV-Programmen	109
2.2.4 Bußgeld gegen Microsoft (Home&Student 2007)	110
2.2.5 Aufschaltung von Brandmeldeanlagen	110
2.3 Missbrauchsaufsicht	110
2.3.1 Prüfungen von Preis-Kosten-Scheren	110
2.3.2 Mobilfunk	110
2.3.3 Verfahren gegen Kabelnetz- und Satellitenbetreiber wegen proprietärer Set Top Boxen	111
2.4 Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)	111
D. Energie, Mineralöl, Wasser	112
I. Energiewirtschaft (Strom, Gas, Fernwärme)	112
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	112
1.1 Marktstruktur	112
1.2 Stromerzeugung/Stromgroßhandel	112
1.3 Marktabgrenzungen	112
1.3.1 Stromerzeugung/Stromgroßhandel	112
1.3.2 Stromeinzelhandel	113
1.3.3 Gas	114
1.4 Verlängerung der Kernkraftwerkslaufzeiten	114

	Seite
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht auf den Strom-, Gas- und Fernwärmemärkten	114
2.1 Fusionskontrolle	114
2.2 Kartellverfolgung	116
2.2.1 Weiterverkaufsverbote	116
2.2.2 Strombezugsverträge	116
2.3 Missbrauchsaufsicht	116
2.3.1 Heizstromverfahren	116
2.3.2 Verfahren wegen Konzessionsabgaben	117
2.3.3 Leitfaden Konzessionsvergabe	117
2.4 Sektoruntersuchungen	118
2.4.1 Sektoruntersuchung Stromerzeugung	118
2.4.2 Sektoruntersuchung Gastransport	119
2.4.3 Sektoruntersuchung Fernwärme	119
3. Evaluierungen abgeschlossener Verfahren	120
3.1 Gaspreisverfahren	120
3.2 Langfristige Gaslieferverträge	120
II. Mineralölverarbeitung	120
III. Einzelhandel mit Motorenkraftstoffen	121
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	121
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	121
2.1 Fusionskontrolle	121
2.2 Kartellverfolgung	122
2.3 Missbrauchsaufsicht	123
2.4 Sektoruntersuchungen	123
3. Auswirkungen	123
IV. Wasserversorgungswirtschaft	123
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	123
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	124
3. Auswirkungen	125
E. Verkehrswirtschaft	125
I. Landverkehr	125
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	125
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	126
2.1 Fusionskontrolle	126
2.2 Kartellverfolgung	127

	Seite
3. Prüfung des Zusammenschlussvorhabens DBAG/arriva plc. durch die Europäische Kommission und der Veräußerung der Arriva Deutschland GmbH	128
4. Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)	128
II. Luftverkehr	128
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	128
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	129
2.1 Fusionskontrolle	129
2.2 Kartellverfolgung	129
III. Schifffahrt	129
1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation	129
2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht	130
F. Immobilienwirtschaft	131
Dritter Abschnitt:	
Tätigkeitsbericht der Vergabekammern	133
Teil I: Vergaberechtsentwicklung	133
A. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht	133
I. Novellierung des Vergaberechts	133
II. Unterschwellenrechtsschutz	133
III. Rolle der Vergabe- und Vertragsausschüsse	133
B. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht	134
Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern des Bundes	134
A. Entwicklung und Schwerpunkte im Berichtszeitraum	134
B. Rechtsfragen aus der Nachprüfungstätigkeit der Vergabekammern des Bundes	135
I. Rechtsfragen der Zulässigkeit von Nachprüfungsanträgen ...	135
1. Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens	135
1.1 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags	135
1.2 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags bei Verträgen über Entgeltumwandlung	135
1.3 Ausnahmereiche nach § 100 Absatz 2 Buchstabe d	135
1.4 Vorabinformation als Beginn eines Vergabeverfahrens	136
1.5 Wirksamer Zuschlag als Beendigung des Vergabeverfahrens	137
2. Sonstige Zulässigkeitsfragen	137
2.1 Rügeobliegenheit, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1	137

	Seite
2.1.1 Vereinbarkeit des Kriteriums der „Unverzüglichkeit“ mit europäischem Recht?	137
2.1.2 Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 selbst im Falle der Europarechtswidrigkeit des Kriteriums der „Unverzüglichkeit“	138
2.2 Rügeobliegenheit bei aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstößen	138
2.3 Antragsfrist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4	139
2.4 Doppelte Rechtshängigkeit	139
2.5 Antragsbefugnis	139
2.5.1 Antrag eines einzelnen Mitglieds einer Bietergemeinschaft	139
2.5.2 Berücksichtigungsfähigkeit außervergaberechtlicher Normen	139
2.5.3 Verhältnis der Konzentrationsregel des § 104 Abs. 2 zu lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen	140
2.5.4 Antragsbefugnis bei Angriff auf die falsche Verfahrensart	141
2.5.5 Nichtangreifbarkeit des Unterlassens einer mittelstandsfreundlichen Aufteilung in Teillose durch Großunternehmen und deren Konzerntöchter	141
II. Materiellrechtliche Fragestellungen	141
1. Auftraggebereigenschaft der DB Netz AG und ihrer Tochtergesellschaften nach § 98 Nr. 4	141
2. Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung	141
3. Losbildung	142
4. Grundsatz der Produktneutralität und Bestimmungsrecht des Auftraggebers	142
5. Ausschluss von formal fehlerhaften Angeboten	143
5.1 Fehlen geforderter Erklärungen	143
5.2 Unvollständigkeit des Angebots als Ausschlussgrund nach der VOF	143
5.3 Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen; Grenzen zulässiger Angebotsaufklärung	144
6. Ausschluss eines Angebots wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede	144
7. Eignungsprüfung	144
7.1 Prüfungstiefe bei der Eignungsprüfung	144
7.2 Kein Ausschluss wegen nicht in der Bekanntmachung genannter Eignungsanforderungen	145
7.3 Mindestlohnklausel	145
7.4 Gesetzestreue nach § 97 Abs. 4 Satz 1 im Zusammenhang mit Tariftreueforderungen bei Briefdienstleistungen	146
7.5 Nationalität des Bieters als unzulässiges Kriterium	147
8. Zuschlagskriterien	148
8.1 Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien	148
8.2 Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung; Grenzen der Detaillierung	148

	Seite
9. Aufhebung von Vergabeverfahren	148
9.1 Aufhebung wegen fehlerhafter Verdingungsunterlagen	148
9.2 Aufhebung wegen fehlender Haushaltsmittel	149
9.3 Aufhebung bei Vorliegen nur eines verbleibenden Teilnahme- antrags für das nachfolgende Verhandlungsverfahren	149
10. Dokumentationsmängel und Nachschieben von Gründen	149
III. Materiellrechtliche Fragen bei Vergabe öffentlicher Aufträge gesetzlicher Krankenkassen	149
1. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Verträge über die hausarzt- zentrierte Versorgung nach § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V	149
2. Hilfsmittellieferverträge als öffentliche Aufträge	150
3. Fehlende Arzneimittelzulassung	150
4. Arzneimittelrabattverträge mit mehreren Vertragspartnern	151
5. Beschränkung des Bieterkreises auf Apotheken bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln	152
6. Losbildung/wirkstoffbezogene Lose	152
7. Preisvergleichsgruppen	153
8. Kein Wagnis, da Auftragsvolumen bei einem Rahmenvertrag hinreichend abschätzbar	153
9. Kein Wagnis, auch wenn die konkrete Zusammensetzung des ausgeschriebenen Grippeimpfstoffs bei Ablauf der Angebotsfrist noch nicht feststeht	154
10. Kein ungewöhnliches Wagnis bei nicht austauschbaren Packungsgrößen	154
11. Kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb, wenn ein Bieter einen anderen mit einem fertigverpackten Arzneimittel beliefert	155
12. Wirtschaftlichkeit des Angebots je nach Höhe des Rabatts für das marktstärkste Präparat	155
13. Wirtschaftlichkeit eines Rabattangebots: Berücksichtigung der Überschreitung des Festbetrags	155
14. Zeitpunkt des Eintritts der Rechtsverletzung	155
IV. Gebühren- und Kostenentscheidungen	155
1. Kostentragung bei Verschulden eines Beteiligten	155
2. Erstattung der außergerichtlichen Aufwendungen eines Beigeladenen	156
Vierter Abschnitt: Geschäftsübersicht	157
Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle	157
1. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2010	157

	Seite
2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse und Entscheidungen 2009 und 2010.	158
3. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Größenklassen 2009 und 2010	159
3.1 Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen	159
3.2 Umsatz des erworbenen Unternehmens	159
3.3 Umsatz des erwerbenden Unternehmens	160
4. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes	161
5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation	161
6. Angemeldete Zusammenschlüsse nach geografischer Gliederung	162
6.1 Erworbene Unternehmen in geografischer Gliederung	162
6.2 Erwerber in geografischer Gliederung	163
Teil II: Übersichten zu weiteren Verfahren	164
1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren	164
1.1 Beim Bundeskartellamt	164
1.2 Bei den Landeskartellbehörden	166
2. Anerkannte Wettbewerbsregeln gem. § 24 Absatz 3	168
Ausländische Besucher im Bundeskartellamt 2009/2010	169
Verzeichnis der Tätigkeitsberichte	170
Organisationsplan des Bundeskartellamtes	171

Hinweis:

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

Erster Abschnitt

Wettbewerbliche Entwicklungen und wettbewerbspolitische Lage

Teil I: Entwicklungen der wettbewerbspolitischen und kartellrechtlichen Rahmenbedingungen

1. Zur wettbewerbspolitischen Lage

Die Finanz- und Wirtschaftskrise in den Jahren 2009/2010 hat den Wirtschaftsalltag in Deutschland weiterhin belastet, auch wenn sich die konjunkturelle Erholung schneller und nachhaltiger eingestellt hat als zum Höhepunkt der Krise erwartet. Eine stringente Ordnungspolitik, die das Wettbewerbsprinzip wahrt, ist gerade auch in Krisenzeiten und konjunkturellen Schwächephasen notwendig. Sie bietet die Gewähr dafür, dass über eine Förderung der Marktdynamik nachhaltiges Wachstum so schnell wie möglich wieder erreicht werden kann. In Krisenzeiten besteht oft die Versuchung, ordnungspolitischen Grundprinzipien einen nachrangigen Stellenwert einzuräumen, um wirtschaftliche Probleme abzumildern. Staatliche Beteiligungen, Notübernahmen, ansteigende Subventionsvergaben und andere Rettungsmaßnahmen sind hier sichtbare Symptome, die die Wirtschaftspolitik Europas geprägt und auch vor den Grenzen Deutschlands nicht halt gemacht haben. Staatliche Maßnahmen sind in Krisenzeiten erforderlich, die Gefahr überschießender Eingriffe ist allerdings groß. Insgesamt war die Politik in Deutschland in der Krise durch mehr Zurückhaltung gekennzeichnet als dies in den meisten anderen Ländern der Fall war. Dies galt insbesondere für den Bereich der direkten, den Wettbewerb potentiell verzerrenden staatlichen Unterstützungsmaßnahmen für einzelne Branchen und Unternehmen. Es hat sich bewährt, bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen Förderungswürdigkeit von Unternehmen, die von der Wirtschaftskrise besonders betroffen waren, auch die wettbewerbslichen Auswirkungen von konkreten Fördermaßnahmen zu bewerten. Die staatlichen Hilfsmaßnahmen konnten auf das zur Bewältigung der unmittelbaren Krisenfolgen erforderliche Maß beschränkt werden. Sowohl im Falle des Automobilherstellers Opel, dessen finanzielle Lage sich infolge einer verschlechterten Finanzlage des Mutterkonzerns General Motors verschlechtert hatte, als auch bei der Insolvenz der Warenhauskette Karstadt, die ihre Ursache nicht nur in den unmittelbaren Folgen der Wirtschaftskrise hatte, bestand die Gefahr wettbewerbsverzerrender staatlicher Stützungsmaßnahmen, die nachhaltig Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hätten.

Die Begrenzung staatlicher Subventionen bleibt wichtig auf dem Weg aus der Krise. Das Bundeskartellamt begrüßt daher, dass der Wirtschaftsfonds Deutschland, wie bereits bei seiner Gründung vorgesehen, zum Jahresende 2010 trotz Forderungen der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft zur Verlängerung einzelner Maßnahmen ausgelaufen ist.

Positiv ist vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt noch sichtbaren negativen Folgen der Wirtschafts- und Finanzkrise auch hervorzuheben, dass dem Wettbewerbsprinzip im Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode eine starke Bedeutung zugemessen wird. Die Umsetzungsmaßnahmen, soweit sie bislang in Angriff genommen wurden, bleiben allerdings gelegentlich hinter diesem Anspruch zurück.

So ist die Tendenz, im Gesundheitswesen wettbewerbliche Elemente zu stärken, positiv zu bewerten. Aus Sicht des Bundeskartellamtes wäre aber in der konkreten Ausgestaltung eine noch breitere Anwendbarkeit des Wettbewerbsprinzips wünschenswert gewesen.

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG, BGBl. I vom 27. Dezember 2010, S. 2262 ff.) ist die entsprechende Anwendbarkeit des Kartellrechts in § 69 Sozialgesetzbuch, 5. Buch (SGB V) festgeschrieben worden (S. 20 f.). Gegenüber der zuvor geltenden Rechtslage ist es zu begrüßen, dass die Sanktionsmöglichkeiten kartellrechtswidrigen Verhaltens im Rahmen der Leistungsbeziehungen im Sinne des § 69 Absatz 2 SGB V nunmehr auf eine rechtliche Basis gestellt wurde. Aus Sicht des Bundeskartellamtes verbleiben aber Unklarheiten und mehr Ausnahmen als nötig. Das Kartellrecht ist hinreichend flexibel ausgestaltet, um auch stark dynamischen Bereichen wie dem Gesundheitssektor gerecht zu werden.

Im Berichtszeitraum hat sich der Trend verstärkt, die Durchführung von Aufgaben der Daseinsvorsorge wieder in die öffentliche Hand, insbesondere der Kommunen, zurückzuführen. Diese Entwicklung einer Rekommunalisierung findet nicht zuletzt aufgrund der teilweise sehr angespannten Kassenlage der Kommunen verbreitet politische Unterstützung. Aus ordnungspolitischer Sicht muss ein zunehmendes wirtschaftliches Engagement der öffentlichen Hand allerdings hinterfragt werden. Sofern einzelne Leistungen grundsätzlich auch von privaten Anbietern erbracht werden können oder bereits durchgeführt werden, müssen die Rahmenbedingungen für alle Marktteilnehmer einheitlich sein und auch die Kommunen müssen sich im Wettbewerb mit der privaten Konkurrenz behaupten. Nur unter diesen Voraussetzungen können durch eine stärkere kommunale Betätigung weitere Effizienzen, Kosteneinsparungen und Qualitätsverbesserungen erzielt werden. Generelle Aussagen sind in diesem Zusammenhang nicht angezeigt. Die verschiedenen Bereiche, für die ein stärkeres Engagement der Kommunen diskutiert wird, bedürfen vielmehr einer differenzierten Beurteilung.

Im Bereich der Energieerzeugung kann das kommunale Engagement angesichts der hier bestehenden Marktstrukturen wettbewerbsbelebend wirken. In anderen Bereichen fehlt es aus ordnungspolitischer Sicht hingegen oft an einer Rechtfertigung. So beispielsweise, wenn Kommunen in der Wasserversorgung vor dem Hintergrund kartellrechtlicher Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Wasserpreise ihre Wasserversorgung in der Absicht wieder in kommunale Hand überführen, einer (umstrittenen) kartellrechtlichen Überprüfung der Wasserpreise zu entgehen. Unabhängig von der streitigen Frage, ob und inwieweit Wassergebühren einer kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen können, entzieht sich ein von „Fluchtgedanken“ dominierter Wechsel ins Gebührenrecht von vornherein einer ordnungspolitischen Abwägung. Er schneidet die – wenn auch begrenzten – wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten privatrechtlich geregelter Versorgungsverhältnisse ab.

Rekommunalisierung im Bereich der Personenbeförderung kann dazu führen, dass Teilprivatisierungen kommunaler Unternehmen rückgängig gemacht werden, um die europarechtlich eröffneten Direktvergabemöglichkeiten nutzen zu können. Bei der Vergabe von Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr besteht damit die Gefahr einer Marktverschließung (vgl. S. 36 f., 125 f., 127 f.).

Im Energiebereich ist eine Betätigung der Kommunen im Bereich der Stromerzeugung zwar zu begrüßen (vgl. S. 112, 117 f.), eine Rekommunalisierung der Netze ist hingegen wettbewerbsrechtlich nicht unproblematisch. Kleinteilige Netze unterliegen grundsätzlich nicht den Unbündling-Vorschriften. Hier besteht zudem die Gefahr einer ineffizienten Zersplitterung im Netzbereich, die sich zu Lasten neuer Stromanbieter und letztlich der Verbraucher auswirken kann. Die Rekommunalisierung des Verteilernetzbetriebes eröffnet zudem Missbrauchsmöglichkeiten bei der Erhebung von Konzessionsabgaben (vgl. Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zur Rekommunalisierung der Energieversorgung am 24. Januar 2011, Ausschussdrucksache 17(9)383 vom 21. Januar 2011). Das Bundeskartellamt hat hier bereits Missbrauchsverfahren gegen einzelne Kommunen angestrengt (vgl. S. 117 f.).

Im Bereich der Entsorgungswirtschaft sieht das Bundeskartellamt angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts die Gefahr einer wettbewerbsrechtlich problematischen Privilegierung der Kommunen. Der im Berichtszeitraum vorgelegte Arbeitsentwurf des Bundesumweltministeriums für ein Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG-E) vom 22. Februar 2010 sah Regelungen im Hinblick auf Überlassungspflichten und die verbindliche Zuweisung von Abfallbeseitigungsanlagen vor, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht überarbeitungsbedürftig sind. Eine kartellrechtskonforme Neuregelung (Artikel 102, 106 AEUV) erscheint mit dem Entwurf nicht hinreichend gewährleistet (vgl. S. 107).

Stringente Kartellrechtsanwendung mit hinreichender Flexibilität

Nicht nur bei der wettbewerbspolitischen Rahmensetzung gilt es, sich weiterhin für das Wettbewerbsprinzip stark zu machen. Im Bereich der Kartellrechtsdurchsetzung bedarf es auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten einer stringenten Handhabung. Das Bundeskartellamt hat dementsprechend auch im Berichtszeitraum in wichtigen Verfahren dafür Sorge getragen, dass wettbewerbsliche Märkte erhalten bleiben und Eingriffe in den Wettbewerb aufgedeckt, beendet und geahndet wurden. Das Kartellrecht war und ist hinreichend flexibel, um den besonderen Herausforderungen der Krise Rechnung zu tragen. Darüber hinaus gehört es zu den wichtigen Aufgaben des Bundeskartellamtes, sich im Rahmen der sog. „Competition Advocacy“ auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene für die Geltung des Wettbewerbsprinzips einzusetzen.

Kartellrechtsdurchsetzung zum Nutzen von Wirtschaft und Verbrauchern

Die Kartellbekämpfung durch das Bundeskartellamt steht in besonderem Maße im Fokus der öffentlichen Wahrnehmung. Die hierbei in den vergangenen zehn Jahren angestoßenen Maßnahmen zur Intensivierung der Kartellverfolgung zeigen die beabsichtigten Erfolge. Die im Jahr 2000 eingeführte und 2006 überarbeitete Kronzeugenregelung (sog. „Bonusregelung“, vgl. Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 43 f., sowie Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 35) hat zu einer erfolgreichen Aufdeckung und Ahndung einer ganzen Reihe von Kartellen geführt (S. 37 ff.). Durch die Einrichtung der Sonderkommission Kartellbekämpfung im Jahr 2002 (Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 43 f.) sowie die Gründung von zwei Beschlussabteilungen ausschließlich für die Verfolgung von sog. Hardcore-Kartellen in den Jahren 2005 (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 10) und 2008 (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 9) sind die strukturellen und personellen Voraussetzungen für eine weitere Spezialisierung und für eine Intensivierung der Kartellbekämpfung geschaffen und verbessert worden. Aufgrund dieser Maßnahmen und der verbesserten personellen Ressourcenausstattung konnte in noch stärkerem Maße als in der Vergangenheit Hinweisen auf illegale Absprachen nachgegangen werden. Dabei sind nicht nur die Fallzahlen gegenüber den 1990er Jahren stetig gestiegen und haben sich seither etwa verdreifacht. Die gestiegene Verfolgungsintensität im Bereich der Bekämpfung von sog. Hardcore-Kartellen (Preis-, Quoten-, Kunden- und Gebietsabsprachen) findet auch in der Höhe der vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder ihren Niederschlag. So sind allein im Berichtszeitraum Bußgelder in Höhe von rund 564 Mio. Euro verhängt worden (S. 37 ff.). Im Hinblick auf die Bemessung der Bußgelder ist im Berichtszeitraum immer wieder die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von kartellbeteiligten Unternehmen thematisiert worden, die sich vor dem Hintergrund der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise in angespannter Lage befanden. Angesichts der hohen wohlfahrtsschädigenden Wirkung von Kartellabsprachen kann auf Geldbußen zur

Ahndung eines Kartells und zur Abschreckung auf hinreichend sanktionierende Geldbußen nicht verzichtet werden. Bei der Bußgeldbemessung wird jedoch stets die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen berücksichtigt, so dass durch die Kartellbußen kein Unternehmen in die Insolvenz getrieben wird. Weisen die Unternehmen Zahlungsschwierigkeiten nach, besteht die Möglichkeit von Ratenzahlungen oder einer Stundung der Forderung.

Die Verfolgung illegaler Hardcore-Kartelle ist derjenige Bereich eines effektiven Wettbewerbsschutzes, der am unmittelbarsten positive Wirkungen für Wirtschaft und Verbraucher hat. Denn Kartelle verursachen wegen ihrer preisstärkenden Wirkung und den negativen Folgen für die Produktqualität einen hohen gesamtwirtschaftlichen Schaden, der nur durch deren effektive Verfolgung und Zerschlagung verhindert werden kann. Nicht nur Wirtschaft und Verbraucher werden durch höhere Preise und eine Verschlechterung des Angebots geschädigt. Auch der öffentlichen Hand entsteht durch Kartellabsprachen ein hoher Schaden. Denn Bund, Länder und Gemeinden zahlen – ebenso wie die privaten Marktteilnehmer und Verbraucher – überhöhte Kartellpreise, solange die Kartelle nicht aufgedeckt und beendet werden. Nach der Aufdeckung eines Kartells führt der sich wieder einstellende Wettbewerbsdruck oft unmittelbar zu Preissenkungen. Mit einer effektiven Kartellverfolgung sind daher große Vorteile verbunden. Zur Höhe des Schadens illegaler Kartelle – und zugleich den Vorteilen einer effektiven Kartellverfolgung – liefern zahlreiche ökonomische Studien konkrete Hinweise. Aufbauend auf diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen und den Erfahrungen anderer Wettbewerbsbehörden zeigt eine vorsichtige Schätzung zu den negativen Auswirkungen von Kartellabsprachen in Deutschland, dass das Bundeskartellamt in den vergangenen Jahren durch die Aufdeckung und Zerschlagung von Kartellen dem deutschen Verbraucher Vorteile von mehreren hundert Millionen Euro pro Jahr gebracht hat: Wären die durch das Bundeskartellamt in den Jahren 2003 – 2009 aufgedeckten und geahndeten Kartelle auch heute noch aktiv, würde dies allein für das Jahr 2010 einen jährlichen Schaden für den Verbraucher von 500 bis 750 Mio. Euro bedeuten (vgl. Bundeskartellamt „Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher“, 2010, die Broschüre ist auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes verfügbar: <http://www.bundeskartellamt.de>).

Evaluierung fördert Effektivität der Kartellrechtspraxis

Die dargestellten Ergebnisse für den Bereich der Kartellverfolgung zeigen, dass die ex-post Evaluierung der Kartellrechtspraxis wertvolle Erkenntnisse liefert. Neben einer Abschätzung der volkswirtschaftlich positiven und nicht zuletzt für den Verbraucher vorteilhaften Effekte eröffnet eine nachträgliche Abschätzung der tatsächlichen Wirkungen kartellbehördlichen Handelns zudem die Möglichkeit, die Effektivität der verschiedenen kartellrechtlichen Instrumentarien zu überprüfen und – wo erforderlich – durch geeignete Maßnahmen zu verbessern. Das Bundeskartellamt hat daher bereits im Berichtszeit-

raum der ex-post Evaluierung seiner Anwendungspraxis wachsende Aufmerksamkeit gewidmet. So wurden unter anderem die Folgen der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes gegen langfristige, durch hohe Bezugsquoten gekennzeichnete Gaslieferverträge bewertet und in einem Bericht zusammengefasst (S. 36, 120). Evaluiert wurde ferner, inwieweit die Zusagen, die von Gasversorgungsunternehmen im Rahmen zahlreicher Preismissbrauchsverfahren abgegeben wurden, auch tatsächlich eingehalten wurden (S. 120).

Das Bundeskartellamt beabsichtigt, auch zukünftig im Rahmen der ihm hierfür zur Verfügung stehenden Ressourcen der ex-post Evaluierung seiner Entscheidungspraxis mehr Aufmerksamkeit zu widmen. Wünschenswert erscheint es dabei, neben den Bereichen der Kartellverfolgung und der Missbrauchsaufsicht insbesondere auch die Wirkungen und die Effektivität der Fusionskontrolle, der nach wie vor ein hohes Gewicht in der Anwendungspraxis zukommt, zu analysieren. Anbieten könnten sich hier als erste Schritte die Bewertung der Effektivität von Nebenbestimmungen in Freigabeentscheidungen oder die nachträgliche Überprüfung von Marktprognosen, die trotz einer sehr konzentrierten Marktstruktur im Ergebnis ausschlaggebend für eine Freigabe eines Zusammenschlusses waren. Eine Bewertung der Wirkungen, die von der Untersagung einzelner Zusammenschlussvorhaben für den Wettbewerb erzielt wurden, ist mit relativ großen methodischen und praktischen Schwierigkeiten verbunden. Diese betreffen insbesondere die Ermittlung des insoweit relevanten Vergleichsszenarios („counterfactual“). Gleichwohl wäre auch in diesem Bereich eine Evaluierung wünschenswert.

Umfassende Marktstudien helfen, Wettbewerbsprobleme zu identifizieren

Seit 2005 verfügt das Bundeskartellamt über das Instrument der Sektoruntersuchung, um losgelöst von konkreten Wettbewerbsverstößen Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einer ganzen Branche nachzugehen und Lösungsansätze für Wettbewerbsprobleme aufzuzeigen. Lassen starre Preise oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann das Bundeskartellamt nach § 32e eine Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige oder – sektorübergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen. Sektoruntersuchungen richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen und bereiten allenfalls Ermittlungen zu spezifischen Kartellrechtsverstößen vor. Im Rahmen der Untersuchungen strebt das Bundeskartellamt einen offenen Dialog mit allen Beteiligten an und hält Fachkreise sowie die allgemeine Öffentlichkeit über die Fortschritte auf dem Laufenden.

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt mit umfangreichen Sektoruntersuchungen wichtige Wirtschaftszweige analysiert und dabei Grundlagen für eine optimierte Wettbewerbsaufsicht geschaffen. Die Ergebnisse zeigen, welches Potential dieses noch recht junge Instrument für die Kartellbehörden bereitstellt.

Im Nachgang zu der im Jahr 2007 durchgeführten Sektoruntersuchung des Außenwerbemarktes (Tätigkeitsbericht 2007/08, S. 41, 143 ff.) hat das Bundeskartellamt im November 2009 Eckpunkte zu den Ergebnissen veröffentlicht.

Die vorläufigen Ergebnisse der seit Mitte 2008 laufenden Sektoruntersuchung Milch hat das Bundeskartellamt in einem am 11. Januar 2010 veröffentlichten Zwischenbericht festgehalten. Danach lässt sich insgesamt ein Machtgefälle zu Lasten der Erzeuger feststellen, auch wenn zwei Drittel der deutschen Molkereien genossenschaftlich organisiert sind. Die Milcherzeuger nutzen die vorhandenen kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände kaum, um durch Bildung von Erzeugergemeinschaften ihre Verhandlungsposition zu stärken. Die Untersuchung hat weiter ergeben, dass der Markt durch eine hohe Transparenz über Milchauszahlungspreise und Milchmengen geprägt ist. Ungeachtet möglicher Kartellrechtsverstöße nutzt der umfangreiche Datenaustausch den stärkeren Marktteilnehmern und nicht den Erzeugern selbst. Nach derzeitiger Marktlage ist der Wettbewerb um Rohmilch eingeschränkt. Es ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die noch bevorstehende Liberalisierung im Jahr 2015 strukturelle Änderungen erforderlich sind. Die teilweise erhobenen Forderungen nach bundesweiten Preis- und Mengenabsprachen oder marktstufenübergreifenden Kartellen sind nicht mit deutschem oder europäischem Kartellrecht zu vereinbaren. Die Schaffung eines weiteren europarechtlichen Ausnahmetatbestandes ist abzulehnen – ohne strukturelle Änderungen des Marktes wird die damit angestrebte Stärkung der Erzeuger nicht erfolgreich sein. Das Bundeskartellamt hat sich an der Diskussion auf europäischer Ebene aktiv beteiligt. Im Rahmen der von der Generaldirektion Landwirtschaft und ländliche Entwicklung geleiteten High Level Group on Milk und der ECN-Sektorenuntergruppe Lebensmittel bestand Gelegenheit zur kritischen Stellungnahme (S. 53 f.).

Auf Seiten des Lebensmitteleinzelhandels haben sich hinsichtlich Milch bislang keine Hinweise auf wettbewerbswidriges Verhalten ergeben. Zwar nutzen die großen Handelsunternehmen ihre starke Verhandlungsposition aus, es fehlen aber Hinweise, dass die erzielten Preisvorteile nicht an die Verbraucher weitergegeben werden.

Das Bundeskartellamt hat zahlreiche Stellungnahmen zum Zwischenbericht erhalten. Bei zwei nicht öffentlichen Anhörungen im Mai 2010 hatten überdies viele Interessenvertreter Gelegenheit zur Diskussion.

Anfang Juli 2009 hat das Bundeskartellamt einen Zwischenbericht zu der seit Mai 2008 laufenden Sektoruntersuchung Kraftstoffe veröffentlicht. Dabei wurde die bestehende hohe vertikale und horizontale Konzentration als bedeutendes Hindernis für mehr Wettbewerb im Kraftstoffsektor identifiziert. Daraus ergibt sich eine oligopolistische Marktstruktur, die Anlass für eine restriktive Zusammenschlusskontrolle des Bundeskartellamtes ist. Als eine Konsequenz hat das Bundeskartellamt wegen der befürchteten Verstärkung des Oligopols von BP, Conoco-Phillips, ExxonMobil, Shell und Total ein Zusammenschlussvorhaben von Total und OMV untersagt. Die Ent-

scheidung ist durch das Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben worden. Das Bundeskartellamt hat Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt (S. 121).

In der Sektoruntersuchung wurde weiter herausgearbeitet, dass Kraftstoffabsatz und Preisgestaltung an Tankstellen sehr transparent sind. Dadurch entfällt grundsätzlich die Notwendigkeit von Kollusion oder Koordinierung der Mineralölgesellschaften untereinander. Hingegen werden Preissetzungsmuster, wie etwa höhere Preise zu Beginn der Reisezeit, begünstigt. Im weiteren Verlauf der Sektoruntersuchung wird das Bundeskartellamt die wichtigen Bereiche der Flottenkartensysteme, Agenturverträge sowie des Großhandels näher untersuchen. Hinzu kommt eine ökonomische Analyse der Kraftstoffpreise. Dabei soll u. a. der Frage nachgegangen werden, ob die Kraftstoffpreise schneller auf steigende als auf fallende Rohstoffpreise reagieren (S. 123).

Die im März 2009 eingeleitete Sektoruntersuchung zur Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen ist mit dem Abschlussbericht vom Dezember 2009 beendet worden. Das Bundeskartellamt befragte über 50 Unternehmen und analysierte mehrere tausend Kapazitäts- und Lieferverträge. Im Abschlussbericht wird festgestellt, dass die Transportkapazitäten an vielen Grenz- und Marktgebietsübergangspunkten langfristig, d. h. mit Vertragslaufzeiten von mehr als zwei Jahren, zumeist durch eine mit dem Netzbetreiber verbundene Vertriebs-tochter ausgebucht sind. Hierin sieht das Bundeskartellamt die Gefahr einer Marktabstottung auf nachgelagerten Gasliefermärkten, zumal Kapazitätsanfragen neuer Anbieter regelmäßig nicht bedient werden. Die Empfehlung des Bundeskartellamtes zur Begrenzung der Laufzeiten von Kapazitätsverträgen wurde in der novellierten Gasnetzzugangsverordnung berücksichtigt, die im September 2010 in Kraft getreten ist.

Kartellrechtlich weniger problematisch sind langfristige Buchungen, die auf die in Gasbezugsverträgen definierte Mindestabnahmemenge (sog. minimum-take) beschränkt sind. Die gleichzeitige Verwendung von Weiterverkaufsverboten für diese Mindestabnahmemenge ist jedoch nach Ansicht des Bundeskartellamtes wegen der Beschränkung des Wettbewerbs auf den Vertriebs- und Handelsmärkten unzulässig. In der Folge der Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt Verfahren gegen einzelne Strom- und Gasversorger eingeleitet und mit Verpflichtungszusagen abgeschlossen. In Zukunft werden die Versorger in ihren Lieferverträgen auf die Verwendung von Weiterverkaufsverboten für Mindestabnahmemengen verzichten (S. 116).

Aufgrund gestiegener Strompreise und zahlreicher Bürgerbeschwerden hat das Bundeskartellamt 2009 eine Sektoruntersuchung auf der Ebene der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels eingeleitet. Mit ca. 80 Auskunftsbeschlüssen sind die Daten für ca. 95 % der deutschen Stromerzeugung erfasst worden. Die ca. 300 Mio. Datensätze wurden im Berichtszeitraum plausibilisiert und ausgewertet. In der Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt die Märkte neu abgegrenzt sowie eine neue ökonomische Analyse der Marktmacht der großen Strom-

erzeuger mit Hilfe der sog. Pivotalanalyse vorgenommen (S. 33, 112 f.). Darüber hinaus wurde das Verhalten der großen Stromerzeuger umfassend auf Kapazitätszurückhaltungen (physisch oder finanziell) untersucht (S. 34, 118 f.).

Die Bundesregierung plant vor diesem Hintergrund in ihrem Zehn-Punkte-Sofortprogramm, das sie mit ihrem „Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung“ am 28. September 2010 vorgelegt hat (Bundestagsdrucksache 17/3049), die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Strom- und Gasgroßhandel beim Bundeskartellamt. Diese soll eine Kontrolle künftig „in Echtzeit“ gewährleisten. Missbräuchliches Verhalten soll schon im Vorfeld durch die laufende Beobachtung und Analyse verhindert werden (S. 34 f.).

Seit September 2009 untersucht das Bundeskartellamt ferner den Fernwärmesektor. Die Fernwärmeversorgung vollzieht sich auf lokalen Märkten. Das Bundeskartellamt geht dabei von einer marktbeherrschenden Stellung des örtlichen Fernwärmeversorgers aus. Die Verbraucher sind wegen der hohen Kosten an einem Wechsel zu einer anderen Art der Wärmeversorgung gehindert. Ziel der Sektoruntersuchung ist die Durchführung eines validen Erlösvergleiches der Fernwärmeversorgungsunternehmen.

Das Bundeskartellamt hat Mitte 2010 eine Sektoruntersuchung im Bereich Asphaltmischgut eingeleitet. Dabei wurden in einem ersten Schritt Auskunftsbeschlüsse an 15 führende Hersteller von Walzasphalt versandt. Im Rahmen von Fusionskontrollverfahren hatte das Bundeskartellamt eine überdurchschnittlich hohe Anzahl von Gemeinschaftsunternehmen in diesem Bereich festgestellt. Dieses Netzwerk gegenseitiger Verflechtungen hat sich teilweise unterhalb der Aufgreifschwelle für die Fusionskontrolle bzw. schon vor Einführung der Fusionskontrolle etabliert. Die Sektoruntersuchung soll zu einem vertieften Marktüberblick führen. Es ist geplant, die Untersuchung auf andere Bereiche der Baustoffbranche (Transportbeton, Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) auszudehnen. (S. 75).

Sektoruntersuchungen liefern somit einen ganzen Strauß von möglichen Ergebnissen, die für die effektive Arbeit des Bundeskartellamtes zentral sind: Angefangen mit einem vertieften Marktverständnis, das für weitere Einzelfälle und den Gesetzgeber von Relevanz ist, über Verdachtsmomente, die konkrete Verfahren nach sich ziehen können, bis hin zu Lösungskonzepten im Hinblick auf identifizierte wettbewerbliche Schwachstellen in ganzen Branchen. Bei einem auf Prioritätensetzung bedachten Handeln der Kartellbehörden sind Sektoruntersuchungen daher ein wesentlicher Baustein für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung. Auch die 2011 eingeleitete Sektoruntersuchung zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel zeigt, dass Sektoruntersuchungen ein an Bedeutung zunehmendes Instrument in der Arbeit des Bundeskartellamtes darstellen.

2. Änderungen des kartellrechtlichen Rahmens

2.1 Drittes Mittelstandsentslastungsgesetz

Im Berichtszeitraum wurde durch das „Dritte Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ („Drittes Mittelstandsentslastungsgesetz“, BGBl. I vom 24. März 2009, S. 550 ff., Bundestagsdrucksache 16/10490 vom 7. Oktober 2008, S. 15 und 18 f.) die Vorschrift des § 35 Absatz 1 Nummer 2 um eine zweite Inlandsumsatzschwelle ergänzt (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 11). Nach der neuen Regelung ist ein Zusammenschluss beim Bundeskartellamt nur dann anmeldepflichtig, wenn der weltweite Umsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als 500 Mio. Euro beträgt, ein Unternehmen in Deutschland Umsätze von mehr als 25 Mio. Euro erzielt und – das ist neu – ein weiteres Unternehmen in Deutschland Umsätze von mindestens fünf Mio. Euro erreicht. Mit dieser Gesetzesänderung sollen insbesondere mittelständische Unternehmen von der Anmeldepflicht entlastet und die Anzahl der Fusionskontrollfälle reduziert werden, ohne dass gleichzeitig auch wettbewerblich problematische Fusionen in erheblichem Umfang aus der Kontrolle entlassen würden. Dies ermöglicht es, die entsprechenden Ressourcen für die Ermittlung wettbewerblich problematischer Fusionsfälle und für andere Bereiche, wie z. B. die Kartellverfolgung und Sektoruntersuchungen, einzusetzen.

Die Zahl der Anmeldungen ist zwischen dem Jahr 2008 und dem Jahr 2009 um etwa 40 % zurückgegangen. Welcher Anteil am Rückgang der Fusionsfälle auf die Wirtschafts- und Finanzkrise zurückzuführen ist, lässt sich nicht präzise zuordnen. Es gibt aber Anhaltspunkte dafür, dass sich der Effekt der Finanzkrise und der Effekt der Einführung der zweiten Inlandsschwelle weitgehend überlagern. Eine im Bundeskartellamt durchgeführte Untersuchung der Fusionsfälle dreier Beschlussabteilungen aus den Jahren 2007 und 2008 (vgl. Georgi, Die doppelte Inlandsumsatzschwelle des § 35 I Nummer 2 GWB, Diss. Universität Heidelberg, im Erscheinen) hat gezeigt, dass der gemäß der Gesetzesbegründung erwartete Rückgang der Fallzahlen von rund einem Drittel eine belastbare Schätzung war: Knapp 40 % der ausgewerteten Anmeldungen aus diesem Zweijahreszeitraum wären nach der neuen Regelung nicht anmeldepflichtig gewesen. Die Fallzahlen für 2009 und 2010 liegen mit 998 und 987 auf einem vergleichbar niedrigen Niveau. Wegen der zweiten Inlandsumsatzschwelle ist auch nach Ende der Wirtschaftskrise nicht damit zu rechnen, dass die vormaligen Anmeldezahlen von rd. 1 800 pro Jahr wieder erreicht werden.

Es hat sich gezeigt, dass die Höhe der zweiten Inlandsumsatzschwelle gut gewählt war. Einerseits wurden die Unternehmen und das Bundeskartellamt erheblich entlastet. Andererseits waren die Auswirkungen der Änderung auf den Schutz des Wettbewerbs gering. Die Prüfung entfällt insbesondere bei Auslandszusammenschlüssen mit geringen Auswirkungen in Deutschland, so dass mit der Änderung die deutsche Rechtslage noch umfassender als bislang mit den internationalen Empfehlungen des

International Competition Network zur Fusionskontrolle in Einklang steht. Die oben genannte Studie zur Untersuchung aller Hauptprüfverfahren seit 2003 hat überdies gezeigt, dass weniger als zehn Prozent der vertieft geprüften Fälle nach der neuen Rechtslage nicht mehr anmeldepflichtig gewesen wären. Bei Untersagungen und Freigaben mit Nebenbestimmungen liegt der Anteil bei weniger als drei Prozent.

Die Monopolkommission weist in ihrem XVIII. Hauptgutachten (ebenda, S. 237) allerdings zu Recht darauf hin, dass nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle eine Umgehung der Fusionskontrolle durch Aufspalten von Transaktionen in kleinere Erwerbsvorgänge (< 5 Mio. Euro) durch den Gesetzgeber vermieden werden sollte. Hier bietet es sich an, die Regelung des Artikels 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 VO(EG)139/2004 zu übernehmen, nach der Erwerbsvorgänge zwischen denselben Unternehmensgruppen innerhalb von zwei Jahren zusammenge-rechnet werden.

2.2 Vorarbeiten für 8. GWB-Novelle

Während des Berichtszeitraums haben außerdem die Vorarbeiten für eine 8. GWB-Novelle begonnen. Die Regierungsparteien hatten im Koalitionsvertrag angekündigt, u. a. Elemente der europäischen Fusionskontrolle zu übernehmen. Das Bundeskartellamt hat sich in die Vorarbeiten zur Novelle aktiv eingebracht, z. B. durch Mitarbeit in einer Expertengruppe des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. In diesem Zusammenhang ist auch die Aufarbeitung der Vor- und Nachteile einer Einführung des SIEC-Tests bei der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht im September 2009 zu sehen. Das für diese Veranstaltung vorbereitete Hintergrundpapier ist auf der Internetseite des Bundeskartellamtes verfügbar (www.bundeskartellamt.de, dort unter der Rubrik Veranstaltungen).

Erheblichen Handlungsbedarf sieht das Bundeskartellamt im Kartellordnungswidrigkeitenrecht. So sollte die Frage der Rechtsnachfolge bei Kartelltätern gesetzlich umfassend geregelt werden. Weiterhin sollte das Bußgeldverfahrensrecht in einigen Bereichen reformiert werden. Sachgerecht ist die Einführung eines Auskunftsrechts der Kartellbehörden gegenüber betroffenen Unternehmen. Dies könnte auf Daten beschränkt werden, die relativ neutral im Hinblick auf das vorgeworfene Verhalten sind, wie etwa Daten zu Konzernverflechtungen und zur Rechtsnachfolge sowie Umsatzdaten. Das geltende Recht führt in der derzeitigen Ausgestaltung zu unnötig langen gerichtlichen Bußgeldverfahren, die zu einer außerordentlichen Ressourcenbelastung bei Gericht und den Behörden führen. Im Ergebnis führt dies zu einem „Verfahrensstau“, was im Gegensatz zum Ziel schneller und damit effektiver Sanktionierung steht. Aus Sicht des Bundeskartellamtes sollte der Gesetzgeber das gerichtliche Bußgeldverfahren so reformieren, dass ein zügiger Verfahrensabschluss möglich wird.

2.3 Diskussion um Entflechtungsinstrument

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Berichtszeitraum einen Referentenentwurf zur

Einführung einer Regelung zur Entflechtung von marktbeherrschenden Unternehmen erarbeitet. Der Entwurf sieht eine Entflechtungsmöglichkeit auf gesamtwirtschaftlich bedeutenden Märkten vor, auf denen die Marktbeherrschung eines oder einzelner Unternehmen auf absehbare Zeit fortbestehen wird. Die Anordnung einer Entflechtung erfordert dazu die Prognose, dass die Entflechtung zu einer wesentlichen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem betroffenen Markt führen wird. Den Nachweis eines konkreten Missbrauchs der betroffenen Unternehmen muss das Bundeskartellamt nicht erbringen. Durch die im Entwurf vorgesehene Ministerausnahme kann z. B. bei überragenden Interessen der Allgemeinheit die Entflechtung im Einzelfall unterbleiben.

Der Vorschlag einer objektiven, d. h. verhaltensunabhängigen Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen war auch Gegenstand der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht im Oktober 2010.

Strukturelle Auflagen können nach Auffassung des Bundeskartellamtes im Bereich der Missbrauchsaufsicht notwendige und sinnvolle Maßnahmen sein. Das Bundeskartellamt steht daher einer Stärkung seiner Befugnisse durch die Einführung der objektiven Entflechtung grundsätzlich positiv gegenüber. Nicht nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel, sondern auch der Umfang der Nachweispflichten werden der Anwendung des Entflechtungsinstruments dabei enge Grenzen setzen. Eine Anwendung des Instruments ist nur in eindeutigen Einzelfällen denkbar.

Die Einführung einer so als Ultima Ratio verstandenen Entflechtung in das GWB kann darüber hinaus eine positive Vorfeldwirkung haben. Anreize für strukturbedingte Missbräuche könnten verringert werden, wenn marktbeherrschende Unternehmen mit einer Entflechtung rechnen müssen.

2.4 Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmärktes

In den Berichtszeitraum fiel außerdem das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmärktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG). Das AMNOG mit seinen Änderungen an § 69 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V) sowie den rechtswegspezifischen Änderungen ist am 27. Dezember 2010 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden und zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich kartellrechtlicher Vorschriften im Gesundheitswesen mit dem AMNOG vergrößert. In § 69 Absatz 2 SGB V wird die „entsprechende“ Anwendung des Kartellverbots sowie der Freistellungstatbestände der §§ 2 und 3 neben den bislang schon entsprechend geltenden Vorschriften der Missbrauchsaufsicht auf gesetzliche Krankenkassen und Leistungserbringer festgeschrieben. Das Kartellrecht soll von den Kartellbehörden durchgesetzt werden (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 8 f.).

Die Leistungsbereiche, in denen der Gesetzgeber ein kollektiv abgestimmtes Verhalten von Leistungserbringern und von gesetzlichen Krankenkassen bei der Erfüllung des Versorgungsauftrags für zwingend erforderlich hält, werden auch künftig nicht vom Kartellverbot erfasst. Allerdings wurden durch die Neufassung des § 69 Absatz 2 Satz 2 SGB V auch Leistungsbereiche ausgenommen, in denen, wie z. B. bei der Hilfsmittelversorgung nach § 127 Absatz 2 SGB V, kollektives Handeln nicht zwingend erforderlich und somit wettbewerbliches Differenzierungspotenzial vorhanden ist und die Durchsetzung kompetitiver Strukturen möglich und sinnvoll wäre.

Die Fusionskontrolle ist wie bisher von § 69 SGB V nicht berührt. Sie wird in der Praxis unverändert angewendet. Insofern gilt der gesetzgeberische Anwendungsbefehl der §§ 39, 35 ff. unverändert (S. 100 f.). Auch das Vergaberecht der §§ 97 ff. ist weiterhin auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden; § 69 Absatz 2 Satz 4 SGB V stellt das klar (S. 149 ff.). Aufgehoben wurde auch die bisherige Maßgabe des § 69 Absatz 2 Satz 3 SGB V, dass der Versorgungsauftrag bei der Anwendung der kartell- und insbesondere der vergaberechtlichen Vorschriften der gesetzlichen Krankenkassen „besonders“ zu berücksichtigen gewesen ist. Diese Vorschrift war insbesondere Bedenken im Hinblick auf die Prinzipien des EU-Vergaberechts ausgesetzt gewesen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 9, 160).

Das AMNOG hat nicht nur die Anwendbarkeit des GWB auf Verhalten der Krankenkassen erweitert, es wurden im Einzelnen auch Vorschriften des GWB geändert. So wurde die Zuständigkeit der Landgerichte für die in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen durch Aufhebung von § 87 Absatz 3 wieder hergestellt. In § 116 Absatz 3 Satz 1 wurde die Zuständigkeit der Landessozialgerichte für Beschwerden über Entscheidungen der Vergabekammern, die eben diese Rechtsbeziehungen betreffen, aufgehoben. Dementsprechend wurde auch die Vorlagepflicht der Sozialgerichtsbarkeit in § 124 Absatz 2 Satz 1 wieder aufgehoben. Die entsprechenden Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes wurden durch Artikel 2 AMNOG ebenfalls abgeändert.

Durch das AMNOG wird die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Beschwerden gegen kartellbehördliche und vergaberechtliche Entscheidungen wieder hergestellt (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 159 f.).

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass der Gesetzgeber durch die Änderungen des AMNOG die wettbewerblichen Elemente im Gesundheitssektor stärkt. Die wettbewerblich organisierten Bereiche des Gesundheitssystems werden vor Verzerrungen geschützt, so dass das gesetzgeberische Wirtschaftlichkeitsziel besser erreicht werden kann (Stellungnahme des Bundeskartellamtes an den Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages vom 27. September 2010 zur Bundestagsdrucksache 17/2413, Ausschussdrucksache 17(14)0066(13) vom 28. September 2010).

Die Neufassung des § 69 Absatz 2 Satz 2 SGB V schränkt die Anwendbarkeit von Kartellrecht allerdings

in wichtigen Leistungsbereichen ein und könnte dadurch eine höhere Wirtschaftlichkeit, etwa in der Hilfsmittelversorgung, verhindern.

Das Bundeskartellamt hätte gegenüber der geregelten „entsprechenden“ Anwendbarkeit der GWB-Vorschriften die Klarstellung einer unmittelbaren Anwendung des GWB bevorzugt, um keine Zweifel an der Reichweite des Kartellverbots aufkommen zu lassen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 8 f.).

Etwaige gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendung, die vereinzelt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union vorgetragen wurden (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 8 f.) sind nach Ansicht des Bundeskartellamtes unbegründet. Die Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln der Artikel 101, 102 AEUV knüpft an den europäischen Unternehmensbegriff an. Wenn nach europäischem Verständnis kein unternehmerisches Handeln vorliegt, fällt mit der Anwendbarkeit auch der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts automatisch weg (Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 Kartellverfahrensverordnung (EG) 1/2003). Der nationale Gesetzgeber kann insoweit nach wie vor klarstellen, dass er die entsprechenden Leistungsbeziehungen wegen ihrer wettbewerblichen Relevanz einer kartellbehördlichen Kontrolle unterzogen sehen will.

Die künftig mögliche entsprechende Anwendung von § 1 durch das Bundeskartellamt führt nicht zu einem generellen Verbot von Kooperationen zwischen gesetzlichen Krankenkassen. Die kartellrechtliche Kontrolle setzt erst dann ein, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Beteiligten so hoch ist, dass spürbare Auswirkungen auf die Marktstrukturen zu erwarten sind. Das GWB lässt mit den in den §§ 2 und 3 genannten Freistellungsvoraussetzungen Spielraum für Kooperationen. Das Instrument der Rabattverträge wird durch die Geltung des Kartellverbots nicht gefährdet. Einkaufsgemeinschaften – wie die Kooperationen verschiedener Kassen bei der Ausschreibung von Arzneimitteln – bleiben möglich.

Die Risiken ungezügelter Nachfrage- aber auch Angebotsmacht für die Wettbewerbsordnung auf den betroffenen Gesundheitsmärkten werden durch die Neufassung des § 69 SGB V begrenzt. Die Chancen für die gesetzlichen Krankenkassen, ihnen erwachsende Freiräume im Interesse einer sicheren und kostengerechten Versorgung der Versicherten optimal – und im Einzelfall gerade auch im Verbund mit anderen Kassen – nutzen zu können, bleiben ohne klare wettbewerbliche Spielregeln ungenutzt. Beides könnte nicht allein mit den vergaberechtlichen Vorschriften sichergestellt werden.

Teil II: Entwicklung der Kartellrechtspraxis

1. Fusionskontrolle

1.1 Statistische Übersicht

Im Zeitraum 2009/2010 sind 1985 Zusammenschlüsse angemeldet worden. Gegenüber dem Vorjahr sind die Anmeldezahlen 2009 um rund 40 % zurückgegangen und

dann 2010 auf diesem Niveau konstant geblieben. Vergleicht man den gesamten Berichtszeitraum mit dem Zeitraum 2007/2008, ergibt sich sogar ein Rückgang um fast 50 %. Allerdings erreichten die Anmeldezahlen 2007 mit über 2200 ihren Höchststand.

	2009	2010	Gesamt
Anmeldungen	998	987	1985
nicht kontrollpflichtige Vorhaben ¹	100	62	162
Rücknahmen vor Abschluss des Verfahrens ¹	34	34	68

¹ Diese Zahlen beziehen sich auf Fälle, die im jeweiligen Jahr abgeschlossen, aber nicht unbedingt auch im selben Jahr angemeldet wurden.

1.2 Verfügungen im Hauptprüfverfahren

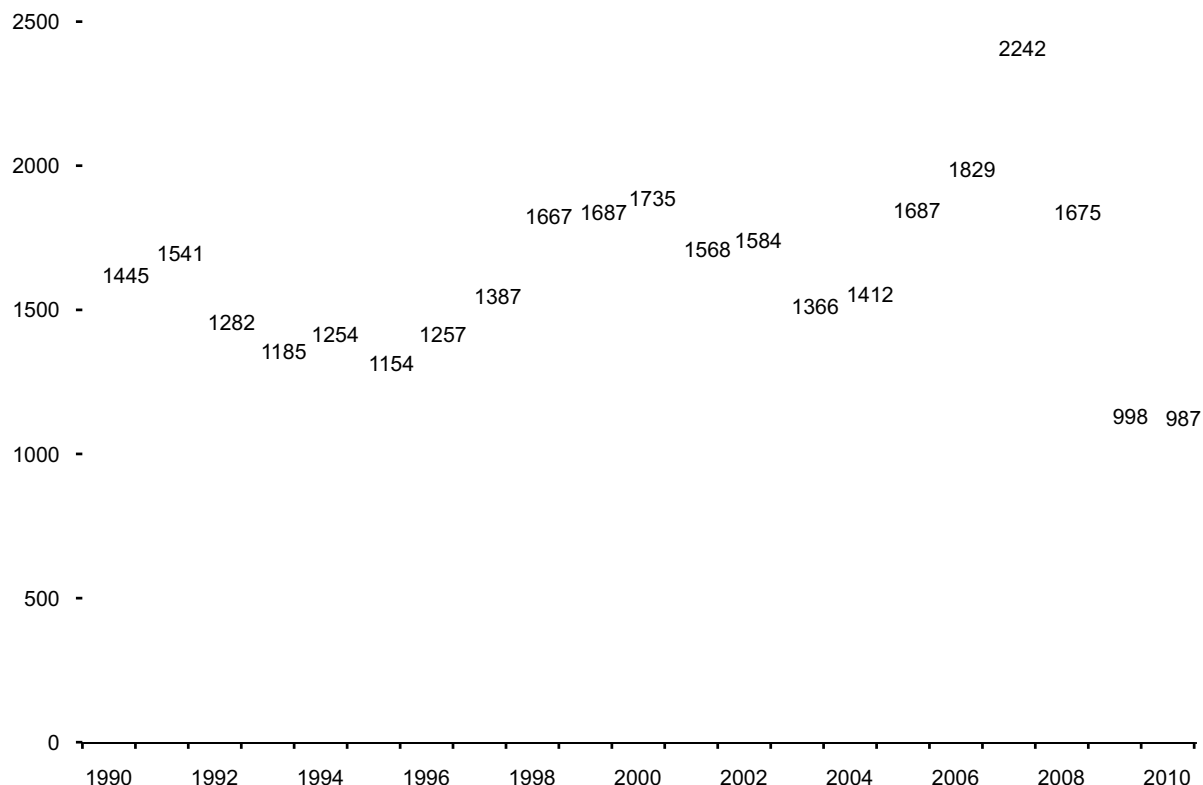
Leitet das Bundeskartellamt vor Ablauf der Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung das Hauptprüfverfahren ein, muss es das Verfahren durch eine förmliche Verfügung abschließen (§ 40 Absatz 2 S. 1). Wird die Verfügung den anmeldenden Unternehmen nicht innerhalb von vier Monaten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

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum insgesamt 31 (2009: 21; 2010: 10) förmliche Verfügungen im Hauptprüfverfahren erlassen (zum Vergleich: 44 Verfügungen in 2007/2008). Von diesen Hauptprüfverfahren sind 19 (2009: 13, 2010: 6) durch eine Freigabe (21 in 2007/2008), acht (2009: 5, 2010: 3) durch eine Freigabe mit Nebenbestimmungen (12 in 2007/2008) und vier (2009: 3, 2010: 1) durch eine Untersagung (11 in 2007/2008) abgeschlossen worden. In neun Fällen (2009: 4, 2010: 5) endete die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch eine Rücknahme der Anmeldung (13 in 2007/2008). Sämtliche förmliche Verfügungen sind unter der Internet-Adresse www.bundeskartellamt.de im Volltext in um Geschäftsgeheimnisse bereinigter Fassung abrufbar.

Seit Beginn der Fusionskontrolltätigkeit des Bundeskartellamtes im Jahr 1973 sind bis Ende 2010 insgesamt 179 Zusammenschlüsse untersagt worden. Hiervon sind 121 Entscheidungen bestandskräftig geworden. In vier Fällen sind noch Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren anhängig. Endgültig gerichtlich aufgehoben oder für erledigt erklärt wurden Untersagungen in 54 Fällen.

Einen Überblick über im Berichtszeitraum ergangene Untersagungsentscheidungen sowie im Hauptprüfverfahren aufgrund wettbewerblicher Bedenken aufgegebene Zusammenschlüsse ist der folgenden Übersicht zu entnehmen. Weitere Einzelheiten sind den Fallberichten, Presseerklärungen und der Entscheidungssammlung auf der Internetseite des Bundeskartellamtes zu entnehmen (<http://www.bundeskartellamt.de>).

Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2010

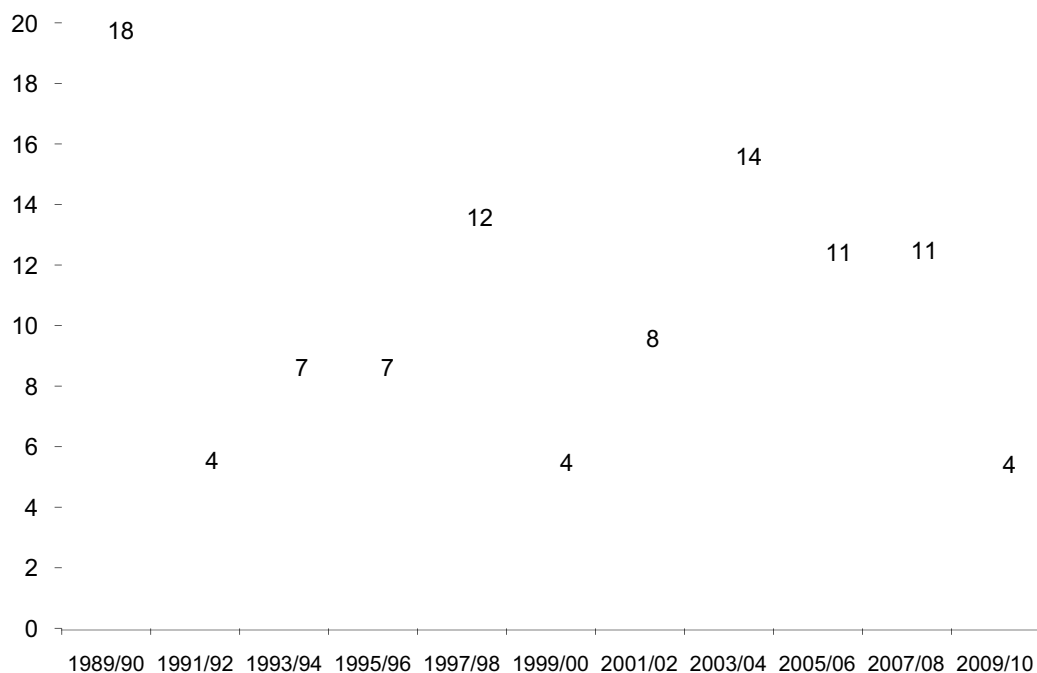
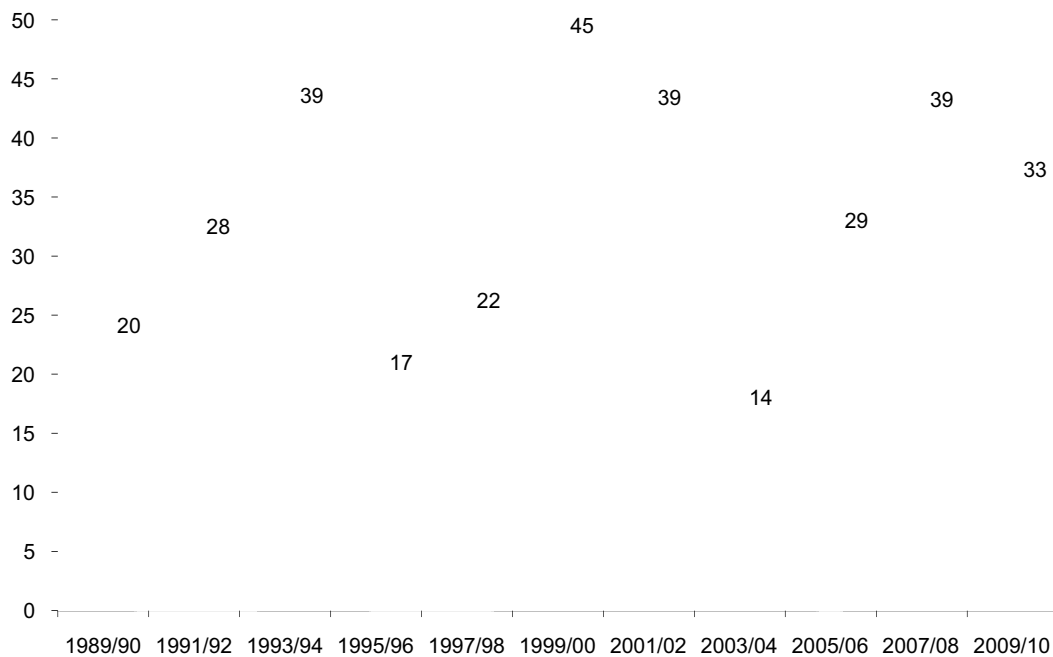


Zusammenschluss (Kurzbezeichnung)	Entscheidungsgründe
Gesundheit Nordhessen/ Gesundheitsholding Werra-Meiner-Kreis (S. 99 f.)	Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem regionalen Markt für Akutkrankenhäuser (Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken im Werra-Meiner-Kreis). Die Entscheidung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt. Nichtzulassungsbeschwerde wurde eingelegt.
Neue Pressegesellschaft, Ulm/ Zeitungsverlag Schwäbisch Hall GmbH (S. 94 f.)	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf den regionalen Lesermärkten für Abonnement-Tageszeitungen im Raum Schwäbisch Hall, Crailsheim und Gaildorf sowie Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Zeitungsverlags Schwäbisch Hall auf dem lokalen Anzeigenmarkt im Raum Schwäbisch Hall. Der Beschluss wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben; Rechtsbeschwerde wurde eingelegt.
Total Deutschland GmbH/ OMV Deutschland GmbH (S. 121 f.)	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die Total als Teil eines Oligopols zusammen mit vier weiteren Mineralölkonzernen (Shell, Aral/BP, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso) beim Absatz von Diesel- und Ottokraftstoff auf regionalen Tankstellenmärkten in Chemnitz, Dresden, Erfurt und Leipzig einnimmt. Der Beschluss wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben; Rechtsbeschwerde wurde eingelegt.
Rheinische Post/ Aachener Nachrichten und Aachener Post (S. 95)	Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Aachener Nachrichten und Aachener Post auf den regionalen Leser- und Anzeigenmärkten im Verbreitungsgebiet der beiden Zeitungen. Das Vorhaben wurde nach Abmahnung im Vorfeld einer förmlichen Entscheidung aufgegeben.
Magna Car Top Systems GmbH (Magna)/Karmann GmbH i. I. (S. 87 f.)	Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung des Duopols der Magna und der Webasto-Edscha-Gruppe auf dem europäischen Markt für die Entwicklung und Produktion von Cabrio-Dachsystemen. Ein Antrag im Eilverfahren auf Befreiung vom Vollzugsverbot wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen. Die Beschwerde in der Hauptsache wurde nach der Veräußerung von Karmann an einen Dritten (Valmet) bereinstimmend für erledigt erklärt. Die Untersagung ist damit bestandskräftig.
BHP Billiton/Rio Tinto (S. 74)	Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten und Vale auf dem weltweiten Markt für langfristig seegehandeltes Feinerz und Entstehung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem weltweiten Markt für seegehandeltes Stückerz. Der Zusammenschluss wurde nach Ankündigung der Abmahnung von den Beteiligten im Vorfeld einer förmlichen Entscheidung aufgegeben.
Röhm & Söhne/ Kieswerke Dinkel/ Pfuhl GmbH & Co.KG (S. 77 f.)	Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussbeteiligten zusammen mit dem Schwenk-Konzern auf dem Markt für Transportbeton im Raum Ulm. Das Vorhaben wurde nach Mitteilung der vorläufigen wettbewerblichen Einschätzung des Bundeskartellamtes im Vorfeld einer förmlichen Entscheidung aufgegeben.

Vorfeldfälle

Als Vorfeldfälle werden solche Fälle bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder aber in der ersten Phase oder im Hauptprüfverfahren zurückgezogen worden sind. Die Zahl der relevanten Fälle lag im Be-

richtszeitraum bei 33. 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)

1.3 Folgefragen nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle und sonstige Fragen zur Umsatzberechnung

Die Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle (S. 19 f.) hat eine Reihe von Folgefragen aufgeworfen. In informellen Anfragen an das Bundeskartellamt wurden am häufigsten Fragen im Zusammenhang mit der Zurechnung von Umsätzen abhängiger Unternehmen in Zusammenschlusskonstellationen mit Gemeinschaftsunternehmen (§ 36 Absatz 2) gestellt, die bislang eine geringere praktische Bedeutung hatten, weil nur ein Unternehmen erhebliche Inlandsumsätze aufweisen musste. Nach der Gesetzesänderung kann es für die Frage der Anmeldepflicht aber entscheidend sein, welchem Unternehmen jeweils welche Umsätze anderer Unternehmen zuzurechnen sind.

Grundsätzlich sind die Umsätze aller beteiligten Unternehmen in ihrem jeweiligen Konzernverbund relevant. Welches Unternehmen beteiligt ist, richtet sich nach dem einschlägigen Zusammenschlusstatbestand und grundsätzlich nach der Situation nach dem Zusammenschluss. Für den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs finden sich Hinweise zur Beteiligung in der konsolidierten Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen (ABl. EU Nr. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10). Diese Hinweise lassen sich für den Tatbestand des Kontrollerwerbs auch auf die deutsche Rechtsordnung übertragen, die diesen Zusammenschlusstatbestand aus dem europäischen Recht übernommen hat. Die Umsatzzurechnung dient dazu, die wirtschaftliche Bedeutung der beteiligten Konzerne richtig zu bewerten. Abgrenzungsfragen können sich insbesondere bei der gemeinsamen Kontrolle mehrerer Muttergesellschaften über ein Gemeinschaftsunternehmen ergeben. Die meisten aufgeworfenen Fragen zu unterschiedlichen Konstellationen im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen lassen sich beantworten, wenn berücksichtigt wird, dass dieselben Umsätze nicht mehreren am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zugerechnet werden können. Eine Doppelzurechnung würde die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses überzeichnen.

Außerdem spielten Fragen zur Auslegung der Presse-rechenklausel und der Handelsklausel in zwei Fällen eine Rolle (ddp/AP, S. 97, und Pelikan/Herlitz, vgl. Fallbericht vom 9. April 2010, B2-137/09).

1.4 Bagatellmarktklausel

Im Verfahren Faber/Basalt (S. 76) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Kriterien zur Anwendung der Bagatellmarktklausel (Beschluss vom 29. April 2009, Aktenzeichen: VI Kart 18/07 (V)) im Einklang mit der Rückverweisungsentscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 14. Oktober 2008, Aktenzeichen: KVR 30/08) präzisiert. Die Bagatellmarktklausel hat sowohl für die formelle als auch für die materielle Fusionskontrolle Bedeutung. Hierbei ist allerdings ein differenzierter Prüfungsmaßstab anzulegen. Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle, also für die Frage der Anmeldepflicht, sind an das Vorliegen der Aufgreifkriterien geringe An-

forderungen zu stellen. Hier ist lediglich eine Grobsichtung der betroffenen Märkte vorzunehmen und nur die Tatsachenlage zum Zeitpunkt der Anmeldung ist maßgeblich. Im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle, also für die Frage, ob ein Zusammenschluss im Hinblick auf die betroffenen Märkte untersagt werden kann, sind die Anforderungen an die Nachweistiefe höher. Diese gelten dann auch für die Prüfung, ob mehrere Bagatellmärkte nach den Kriterien der Rechtsprechung zusammenzurechnen sind und zusammen die Umsatzschwelle für Bagatellmärkte überschreiten (Bündeltheorie). Eine Zusammenrechnung mehrerer räumlicher – sachlich gleichartiger – Märkte ist gerechtfertigt, wenn die getrennten Märkte das Ergebnis einer künstlichen Marktaufteilung sind oder eine Vielzahl von räumlich benachbarten Märkten eine gleichartige Marktstruktur aufweisen und durch flächendeckende Organisationsstrukturen der Zusammenschlussbeteiligten abgedeckt werden (vgl. dazu und zum Urteil des Bundesgerichtshofs Deutsche Bahn/KVS Saarlouis auch Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 16).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Untersagungsverfügung aufgehoben. Das Zusammenschlussverfahren sei zwar zu Recht durchgeführt worden, weil nicht von vornherein absehbar war, dass der Zusammenschluss nur einen Bagatellmarkt betraf. Bei der materiellen Prüfung kam das Gericht aber zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine Zusammenrechnung der beiden benachbarten regionalen Märkte für Asphaltmischgut nicht vorlagen, weil sich die Wettbewerbssituation auf beiden Märkten erheblich unterschied.

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes Hunter Douglas/Faber Benthin (S. 85) betraf die Zusammenrechnung von sachlich benachbarten Märkten. In Anwendung der Anforderungen aus dem vom Bundesgerichtshof bestätigten Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall Sulzer/Kelmix hat das Bundeskartellamt die Addition der Umsätze verschiedener Märkte für Systemgeberleistungen im Bereich maßgefertigter Sonnenschutzsysteme abgelehnt, die jeweils – z. T. auch nur geringfügig – unter der Bagatellschwelle von 15 Mio. Euro lagen (S. 85). Die Ermittlungen ergaben, dass diese Systemmärkte für alternativen innenliegenden Sonnenschutz (Vertikallamellen, Plissee, Horizontaljalousie und Rollläden) nicht gleichartig sind und in sachlicher Hinsicht und in ihrer Marktstruktur nicht im Wesentlichen übereinstimmen. Trotz der Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen der Zusammenschlussbeteiligten war der Zusammenschluss daher freizugeben.

Die Zusammenrechnung von mehreren sachlichen Märkten hat das Bundeskartellamt auch im Fall Pelikan/Herlitz (vgl. Fallbericht vom 9. April 2010, B2-137/09) abgelehnt, der unterschiedliche Märkte im PBS-Bereich (Papier, Büro, Schreibwaren) betraf.

Die Bagatellmarktklausel spielte auch im Lexika-Fall Bertelsmann/Brockhaus eine Rolle (S. 97 f.) und führte dazu, dass die stark geschrumpften Märkte für Universallexika und Themenlexika fusionskontrollrechtlich irrelevant waren.

1.5 Zusammenschlusstatbestand

1.5.1 Anteilserwerb, § 37 Absatz 1 Nummer 3

Das Bundeskartellamt hat im Zusammenschlussfall Rhein Energie/Stadtwerke Bonn (S. 126 f.) klargestellt, dass für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestands des § 37 Absatz 1 Nummer 3 allein die Überschreitung der Anteilsschwellen, im Hinblick auf die Kapitalbeteiligung oder die Stimmrechte, ausreicht. Es ist ohne Bedeutung, inwiefern mit dem Anteilserwerb auch ein kontrollierender oder materieller Einfluss korrespondiert. Die Zusammenschlussbeteiligten hatten verschiedene gesellschafts- und konsortialvertragliche Regelungen (ein sog. „tracking-stock-Modell“) vorgeschlagen, die den Einfluss der RheinEnergie auf die Verkehrsbetriebe und den Müllverbrennungsbetrieb der Stadtwerke Bonn ausschließen und hierdurch den formellen Zusammenschlusstatbestand beseitigen sollten.

1.5.2 Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 Absatz 1 Nummer 4

Beim Erwerb der Dresdener Bank AG (bislang Allianz-Gruppe) durch die Commerzbank AG hat das Bundeskartellamt auch den im Gegenzug erfolgten Erwerb einer Minderheitsbeteiligung in Höhe von 18,45 % an der Commerzbank durch die Allianz SE geprüft (vgl. Fallbericht vom Februar 2009, B4-133/08/B4-29/09/B4-134/08/B4-177/08) und als wettbewerblich erheblichen Einfluss eingestuft. Im Bereich von Bankdienstleistungen und bei der Vermögensverwaltung bleibt der Allianz-Konzern auch nach dem Zusammenschluss ein Wettbewerber der Commerzbank. Außerdem bestehen aufgrund von Vertriebsvereinbarungen zwischen Allianz und Dresdner Bank erhebliche vertikale Verbindungen. Aufgrund der in der Vergangenheit zu beobachtenden Hauptversammlungspräsenz erreicht die Allianz mit ihrer Minderheitsbeteiligung einen Einfluss, der zumindest dem eines mit 25 % beteiligten Gesellschafters entspricht.

1.6 Oligopolistische Marktbeherrschung

Im Berichtszeitraum gab es mehrere Entscheidungen der Gerichte und des Bundeskartellamtes zur oligopolistischen Marktbeherrschung. Über die Untersagungen des Bundeskartellamtes in den Fällen Springer/ProSiebenSat.1 und Phonak/GN ReSound aus den Jahren 2006 bzw. 2007, die beide im Jahr 2008 vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt worden waren (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 18, 100 f.), wurde letztinstanzlich vom Bundesgerichtshof entschieden.

Im Fall Springer/ProSiebenSat.1 (Beschluss vom 8. Juni 2010, Aktenzeichen: KVR 4/09) hat der Bundesgerichtshof die Verstärkung eines wettbewerbslosen Duopols auf dem Fernsehwerbemarkt festgestellt und damit die Untersagungsverfügung bestätigt. Die Würdigungen des Beschwerdegerichts hinsichtlich der Strukturmerkmale des Marktes, die eine enge Reaktionsverbundenheit erwarten ließen, und des tatsächlichen Wettbewerbsgeschehens, welches keinen wesentlichen Binnenwettbewerb erkennen ließ, waren nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden.

Im Fall Phonak/GN ReSound (Beschluss vom 20. April 2010, Aktenzeichen: KVR 1/09) gelangte der Bundesgerichtshof insbesondere im Hinblick auf das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen zu einer anderen Würdigung und stellte fest, dass wesentlicher Binnenwettbewerb zwischen den betroffenen Hörgeräteherstellern bestand, der ein marktbeherrschendes Oligopol ausschloss. Zudem fehle es an wirksamen Abschreckungsmitteln.

Im Hinblick auf den rechtlichen Maßstab für die Oligopolprüfung haben beide Entscheidungen die Rechtsprechung aus der Entscheidung E.ON/Stadtwerke Eschwege (Beschluss vom 11. November 2008, Aktenzeichen: KVR 60/07) im Wesentlichen fortgeschrieben. Es komme – wie schon in E.ON/Eschwege betont – auf eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände an. Nur eine Gesamtwürdigung könne den Gegebenheiten eines bestimmten Marktes und den sich daraus ergebenden Anreizen für ein dauerhaft einheitliches Verhalten der Oligopolmitglieder angemessen Rechnung tragen. Eine besondere Bedeutung komme dabei den Faktoren zu, welche die jeweilige Marktstruktur bestimmen. Denn eine implizite Kollusion ist nicht in jedem Marktumfeld gleich wahrscheinlich. Vielmehr wirken verschiedene Faktoren begünstigend oder erschwerend. Es ist jedoch weder ausreichend, zum Nachweis einer Koordinierung des Verhaltens möglichst viele die Koordinierung begünstigende Strukturfaktoren zu finden, noch kann eine gemeinsame Marktbeherrschung verworfen werden, weil einzelne Faktoren nicht idealtypisch ausgeprägt sind. Dieser Ansatz wird der Komplexität der Wirkungsmechanismen eines Oligopols gerecht. Er steht auch im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung: Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seiner Impala-Entscheidung (Urteil vom 10. Juli 2008, Rechtssache C-413/06 P) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die sog. Airtours-Kriterien nicht mechanisch anzuwenden seien, sondern der wirtschaftliche Gesamtmechanismus zu beachten bleibe. In den beiden genannten Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof zudem auf die Bedeutung des tatsächlichen Wettbewerbsgeschehens hingewiesen.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum mehrere Zusammenschlussvorhaben aufgrund einer oligopolistischen Marktbeherrschung untersagt oder nur unter Nebenbestimmungen freigegeben.

Die Übernahme der Zuckersparte des dänischen Unternehmens Danisco durch Nordzucker hätte zu einer erheblichen Verstärkung des Oligopols von Nordzucker und Südzucker auf dem bundesweiten Markt für Verarbeitungszucker geführt. Die Entstehung von nationalen Oligopolen wird bereits durch die Europäische Zuckermarktordnung begünstigt. Der betroffene deutsche Markt weist zudem eine Reihe von Strukturbedingungen auf, die ein Parallelverhalten der Oligopolisten erleichtern. Dazu zählten in diesem Fall insbesondere die hohe Anbieterkonzentration, die hohe Produkthomogenität und stabile Marktbedingungen, verschiedene Marktzutrittsschranken, die hohe Transparenz und die regelmäßige Interaktion zwischen den Marktteilnehmern. Die Durchsetzung und Überwachung einer stabilen Koordinierung zwischen den

deutschen Zuckerproduzenten wäre weiter vereinfacht worden, wenn der deutsche Standort von Danisco ebenfalls übernommen worden wäre. Das Vorhaben wurde daher nur unter der Bedingung freigegeben, dass dieser Standort zuvor veräußert wird (S. 65).

Gleich zwei Zusammenschlussvorhaben betrafen den bereits hoch konzentrierten europäischen Markt für Cabrio-dachsysteme. Im Jahr 2009 wurde der Zusammenschluss von Webasto und Edscha freigegeben, wodurch sich die Zahl der Anbieter von vier auf drei verringerte (S. 87 f.). Mit dem Anfang 2010 angemeldeten Vorhaben von Magna, die Dachsystemsparte von Karmann zu übernehmen, hätten sich zwei der drei verbliebenen Anbieter zusammengeschlossen. Dieses Vorhaben musste untersagt werden, da insbesondere die hohe Markttransparenz ein wettbewerbsschädigendes Parallelverhalten der Anbieter begünstigt hätte. Binnenwettbewerb zwischen den dann nahezu gleichstarken Unternehmen Webasto/Edscha und Magna/Karmann wäre unwahrscheinlich geworden, da Wettbewerbsvorstöße eines von nur noch zwei Unternehmen sofort erkannt und zielgerichtet sanktioniert werden könnten. Wettbewerbsdruck auf das Oligopol von außen durch neue Anbieter war nicht zu erwarten, da ein Marktzutritt eine hohe Investitionsbereitschaft, eine gewisse Mindestbetriebsgröße sowie spezialisiertes Know-how erfordert (S. 65).

Ebenfalls mehrere Zusammenschlüsse gab es auf den Märkten für den Absatz von Kraftstoffen über Tankstellen, für die das Bundeskartellamt weiterhin von einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der fünf Mineralölgesellschaften Shell, BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso und Total ausgeht. Während die Vorhaben Shell/Honsel und Shell/Lorenz Mohr (letzteres unter Nebenbestimmungen) freigegeben werden konnten (S. 122), musste das Vorhaben der Total, 59 Standorte der OMV zu übernehmen, untersagt werden (S. 121). Der Erwerb der OMV hätte zur Verstärkung der gemeinsamen Marktbeherrschung in mehreren ostdeutschen Regionalmärkten geführt, da der ohnehin geringe Außenwettbewerb weiter geschwächt worden wäre. Die Untersagung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben. Das Gericht war der Auffassung, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Mineralölgesellschaften wesentlichen Wettbewerb erwarten ließen und sie im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung besäßen (Beschluss vom 23. Juni 2010, Aktenzeichen: VI-2 Kart 6/09 (V)). Die Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof gegen diesen Beschluss ist noch anhängig. Ende 2010 wurden die OMV-Standorte vom polnischen ORLEN-Konzern übernommen.

Für den Zusammenschluss Celanese/Fact (S. 83) haben die Ermittlungen im Hauptprüfverfahren ergeben, dass der Erwerb des preisaggressiven Wettbewerbers Fact nicht zur Begründung oder Verstärkung eines wettbewerbslosen Duopols von Celanese und SABIC auf dem europaweiten Markt für LFT-Granulate führen wird.

1.7 Nebenbestimmungen

Im Berichtszeitraum wurden acht Zusammenschlüsse mit Nebenbestimmungen freigegeben. Bereits im Tätigkeitsbericht für den Zeitraum 2007/2008 wurde über die Tendenz in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes berichtet, vor allem aufschiebende Bedingungen zu akzeptieren, wenn die Nebenbestimmungen wichtige Bereiche des Zusammenschlussvorhabens betreffen oder wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung noch unklar ist, ob sich geeignete Käufer finden, die das Wettbewerbspotenzial der zu veräußernden Unternehmensteile am Markt erhalten können (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 20). Diese Tendenz hat sich im aktuellen Berichtszeitraum verstetigt. In sechs von acht Fällen wurden Veräußerungszusagen unter aufschiebenden Bedingungen akzeptiert. In zwei Fällen konnte die Freigabe aufgrund besonderer Umstände unter Auflagen erfolgen.

In den Fusionsfällen EnBW/EWE und EnBW/VNG (S. 114) konnten die Vorhaben aufgrund besonderer Umstände unter Auflagen freigegeben werden. Die Auflagen hatten die Veräußerung der EWE-Beteiligung an VNG bzw. alternativ des EnBW-Beteiligungsunternehmens GESO, in dem verschiedene Beteiligungen an Stadtwerken gebündelt sind, zum Gegenstand. Die Zusammenschlüsse hätten zwar die marktbeherrschende Stellung der VNG auf den ostdeutschen Gasmärkten durch die Absicherung des Absatzes verstärkt. Wegen der langen Laufzeiten der Gasbezugsverträge war eine unmittelbare Schädigung des Wettbewerbs aber erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erwarten, so dass ein Vollzug des Zusammenschlusses vor der Umsetzung der Auflagen akzeptabel war. Überdies schuf der Einsatz eines Auswahltreuhänders einen ausreichend starken Anreiz, die Auflage innerhalb der vorgesehenen Fristen umzusetzen. Dem Treuhänder oblag dabei nicht nur die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der beiden Veräußerungsobjekte, sondern auch die Auswahl des Veräußerungsobjekts selbst, falls sich die Zusammenschlussbeteiligten nicht rechtzeitig selbst auf die Veräußerung eines der beiden Objekte hätten einigen können. Dieser hätte danach entscheiden müssen, welches Objekt am schnellsten zu veräußern gewesen wäre. Die Zusammenschlussbeteiligten nahmen die Auswahl eines der beiden Veräußerungsobjekte selbst vor und sorgten vor Ablauf der vorgesehenen Frist für eine Veräußerung.

Der Fall Globus/Hela (S. 44) illustriert die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten, die bei einer Freigabe mit auflösenden Bedingungen auftreten können und bestätigt damit die Tendenz des Bundeskartellamtes, in erster Linie aufschiebende Bedingungen als Nebenbestimmungen zu akzeptieren. Im Jahr 2007 hatte das Bundeskartellamt den Erwerb des Baumarktgeschäfts der Distributa-Gruppe durch die Globus Fachmärkte GmbH & Co. KG („Globus“) unter der auflösenden Bedingung freigegeben, vier der insgesamt 31 Bau- und Heimwerkermärkte („hela-ProfiZentren“) an einen unabhängigen Baumarktbetreiber zu veräußern (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 127). Globus hatte den Zusammenschluss zunächst vollzogen, dann verschiedene Rechtsbehelfe eingelegt, die sich im

Ergebnis alle gegen die Nebenbestimmungen richteten, und die Veräußerungsfrist verstreichen lassen, ohne sich ausreichend um eine Veräußerung zu bemühen. Da damit die auflösende Bedingung eingetreten und die Freigabewirkung entfallen waren, leitete das Bundeskartellamt ein Entflechtungsverfahren ein. Das Oberlandesgericht Düsseldorf wies die Rechtsbehelfe zurück, der Bundesgerichtshof die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde. Anschließend veräußerte Globus die vier Standorte, so dass das Entflechtungsverfahren eingestellt werden konnte. Bestätigt durch den Bundesgerichtshof machte das Oberlandesgericht Düsseldorf deutlich, dass der Vollzug eines unter einer auflösenden Bedingung erfolgten Zusammenschlusses auf eigenes Risiko der Zusammenschlussbeteiligten erfolgt. Falls es ihnen nicht gelingt, die vorgesehenen Veräußerungen vorzunehmen, entfällt die Freigabewirkung.

Die Übernahme der Zuckersparte der dänischen Danisco A/S durch die Nordzucker AG (S. 65) wurde unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, dass der deutsche Produktionsstandort der Danisco, die Zuckerfabrik in Anklam, an einen geeigneten Erwerber veräußert wird. Als flankierende Maßnahme wurde dabei die Verpflichtung zur zeitnahen Separierung des IT-Systems am zu veräußernden Standort Anklam von dem IT-System von Nordzucker vorgesehen.

Im Verfahren Werhahn/Norddeutsche Mischwerke (S. 75 f.) hat das Bundeskartellamt die Nebenbestimmungen während des laufenden Beschwerdeverfahrens nach §§ 48 Absatz 1, 50 VwVfG nachträglich ergänzt, um wettbewerblichen Bedenken auf den betroffenen Gussasphaltmärkten Rechnung zu tragen. Es stellte sich heraus, dass diese Bagatellmärkte der Fusionskontrolle unterliegen, wenn man die Grundsätze der nach der Fusionskontrollentscheidung ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs Deutsche Bahn/KVS Saarlouis zu Grunde legt, die eine Zusammenrechnung räumlich benachbarter sachlich gleichartiger Bagatellmärkte vorsehen.

Das Bundeskartellamt plant, einen Leitfadens zu seiner Praxis bei Nebenbestimmungen zu erarbeiten.

1.8 Gemeinschaftsunternehmen und Überkreuzbeteiligungen

Bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und dem Erwerb erheblicher Überkreuzbeteiligungen prüft das Bundeskartellamt regelmäßig neben den fusionskontrollrechtlichen Untersagungsvoraussetzungen auch, ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Kartellverbot gem. § 1 bzw. Artikel 101 AEUV bestehen (Doppelkontrolle). Wenn das der Fall ist, werden diese in einem eigenständigen, fristungebundenen Kartellverfahren zusätzlich zum Fusionskontrollverfahren geprüft. Innerhalb der kurzen Fristen der Fusionskontrolle ist eine abschließende Prüfung des Kartellverbots in den meisten Fällen nicht zu leisten. In vielen Fällen ist zum Zeitpunkt der Fusionskontrollprüfung noch nicht ausreichend klar, wie die Zusammenarbeit der Unternehmen in einem Gemeinschaftsunternehmen im Einzelnen ausgestaltet sein soll, um einschätzen zu können, ob es durch das Gemein-

schaftsunternehmen zur Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommen wird. Oft sind die entsprechenden Verträge zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgehandelt. In vielen Fällen liegt es zwar im Interesse der Zusammenschlussbeteiligten, durch frühzeitige Planung und Entscheidung sowie durch eine entsprechende Information des Bundeskartellamtes frühzeitig Klarheit über die Beachtung des Kartellverbots zu erhalten, insbesondere wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens mit hohen Investitionen verbunden ist. In vielen anderen Fällen ist es aus Sicht der Unternehmen aber sinnvoll, zunächst eine zeitnahe fusionskontrollrechtliche Freigabe und damit die Beendigung des Vollzugsverbots zu erhalten, insbesondere wenn das Vorhaben im Rahmen der Fusionskontrolle keine wettbewerblichen Probleme aufwirft und die Prüfung innerhalb der Monatsfrist abgeschlossen werden kann. Das Bundeskartellamt plant, die bei der Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen gewonnenen Erkenntnisse in einem Leitfadens zusammenzufassen.

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt insbesondere in folgenden Fusionsfällen eine Doppelprüfung vorgenommen:

Im Verfahren Frischbeton Pfuhl (S. 77 f.) wurde die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen dem Schwenk-Konzern und zwei mittelständischen Baustoffunternehmen, Dünkel und Röhm, nach Mitteilung der wettbewerblichen Bedenken von den Beteiligten aufgegeben. In dem Gemeinschaftsunternehmen hätte der mutmaßlich marktbeherrschende Schwenk-Konzern mit zwei Wettbewerbern kooperiert. Diese gesellschaftsrechtliche Verflechtung hätte eine gegenseitige wettbewerbliche Rücksichtnahme und Koordinierung auch der sonstigen Geschäftsaktivitäten der Beteiligten im betroffenen Markt Ulm erwarten lassen.

Ebenfalls im Baustoffbereich konnte die in einem Kartellverfahren im Jahr 2006 verfügte Entflechtung des Gemeinschaftsunternehmens der Norddeutschen Kalksandsteinwerke (Nord-KS) durchgesetzt werden (S. 76 f. – Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 91 f.). Über die Nord-KS waren zwei große Baustoffkonzerne, Xella und Heidelberg Cement, verbunden. Nun hat Xella die Nord-KS vollständig übernommen und Heidelberg Cement ist aus dem Gemeinschaftsunternehmen ausgeschieden.

Weitere Doppelprüfungen von Gemeinschaftsunternehmen betrafen den Öffentlichen Personennahverkehr. Die Gründung der Verkehrsgesellschaft Stauferkreis durch mehrere im Landkreis Göppingen tätige Verkehrsunternehmen und die Gründung des Verkehrsverbundes Magdeburg durch mehrere in Magdeburg und nahegelegenen Landkreisen tätige Unternehmen wurden fusionskontrollrechtlich in der ersten Phase freigegeben (S. 127). Kartellverfahren nach § 1 wurden nicht eingeleitet. Die Gemeinschaftsunternehmen beschränken zwar den „Wettbewerb im Markt“, z. B. durch die Abstimmung von Fahrplänen und die Vereinheitlichung von Tarifen. In ihrer Funktion als Verkehrsverbund sind die Kooperationen aber aufgrund von § 8 Absatz 3 Satz 7 PBefG vom Kartellverbot freigestellt. In Bezug auf den „Wettbewerb

um den Markt“, also den Wettbewerb um Verkehrsverträge und Linienverkehrsgenehmigungen, ist die Freistellung nicht einschlägig. Insoweit führen die Kooperationen aber nicht zu Wettbewerbsbeschränkungen, die ein Aufgreifen nach § 1 gerechtfertigt hätten.

Schließlich betraf ein weiteres Gemeinschaftsunternehmen den Luftverkehr. Im Fusionskontrollverfahren Air Berlin/TuiFly (S. 129) konnte die Übernahme von Flugstrecken der TuiFly durch Air Berlin in der ersten Phase freigegeben werden, nachdem der ursprünglich geplante Erwerb von Überkreuzbeteiligungen aufgegeben und durch eine einseitige Beteiligung der Tui AG an Air Berlin ersetzt wurde. Der wechselseitige Beteiligungserwerb wäre zwar in der zwischenzeitlich modifizierten Form kein anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben mehr gewesen, er wäre aber im Rahmen eines Kartellverfahrens nach § 1 bzw. Artikel 101 AEUV geprüft worden. Durch wechselseitige Beteiligungen wäre eine wettbewerbsschädliche Koordinierung der Geschäftsaktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten im Charterfluggeschäft ermöglicht worden.

1.9 Nachfragemacht und Prüfung von Beschaffungsmärkten

In einer Reihe von Zusammenschlussverfahren insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel hatte das Bundeskartellamt zu prüfen, ob marktbeherrschende Stellungen auf Beschaffungsmärkten begründet oder verstärkt werden. Die Märkte im Lebensmitteleinzelhandel sind stark konzentriert und es gibt deutliche Marktführer. Externes Wachstum dieser Marktführer auf der Angebotsseite führt auch zu Größenvorteilen auf den Beschaffungsmärkten, die einen Konzentrationsprozess sowohl auf der Absatz- wie auf der Beschaffungsseite befördern („Spiraleffekt“). Außerdem gibt es Anhaltspunkte, dass die damit einhergehende Ausweitung der Verhandlungsmacht des Marktführers die Verhandlungsposition kleinerer Nachfrager gegenüber der Marktgegenseite zusätzlich verschlechtert („Wasserbetteffekt“). In den bislang zu prüfenden Fällen waren die Untersagungsvoraussetzungen auf der Seite der Beschaffungsmärkte allerdings noch in keinem Fall (hinreichend nachweisbar) erfüllt. Soweit es Nebenbestimmungen gab, wurden sie allein auf Wettbewerbsprobleme auf der Angebotsseite gestützt.

Anlässlich des Zusammenschlusses EDEKA/trinkgut (S. 69, 71) hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit den Strukturen auf den bundesweiten Beschaffungsmärkten für Getränke beschäftigt. Auf dem Markt für die Beschaffung alkoholfreier Getränke und Wasser wurden erhebliche Anhaltspunkte für das Bestehen eines marktbeherrschenden Oligopols der Unternehmen EDEKA, REWE und der Schwarz-Gruppe festgestellt. Für den bundesweiten Absatz von Markenprodukten an Endverbraucher sind sie unverzichtbar. Das Wettbewerbspotenzial der kleineren, vorwiegend regional tätigen Handelsunternehmen reicht nicht aus, um wirksamen Außenwettbewerb zu erzeugen. Nicht abschließend geklärt werden konnte allerdings, inwiefern wirksamer Binnenwettbewerb zwischen den drei großen Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen

besteht. Die aufschiebend bedingten Veräußerungszusagen adressieren in erster Linie die festgestellten wettbewerblichen Probleme auf verschiedenen Angebotsmärkten. Sie führen aber auch dazu, dass der durch den Erwerb von trinkgut verursachte Zuwachs des Beschaffungsvolumens von EDEKA verringert wird.

Auch bei der Übernahme von Kaiser's Tengelmann Filialen durch REWE (S. 69, 70) hat das Bundeskartellamt die Nachfragemacht von REWE geprüft, die Untersagungsvoraussetzungen aufgrund sehr geringer Zuwächse aber als nicht erfüllt angesehen.

Ähnliche Fragen warfen zwei Fälle aus dem Bereich Großhandel mit Produkten für Sanitär, Heizung, Installation auf. In den Verfahren Cordes & Graefe/AMG und Cordes & Graefe/Gottschall (S. 85 f.) nahm der Erwerber mit einem Marktanteil von mehr als 40 % mit Abstand die führende Position auf den Beschaffungsmärkten ein. Ob damit bereits eine marktbeherrschende Stellung bestand, konnte in beiden Fällen offen bleiben, da es durch die Zusammenschlüsse angesichts des jeweils geringen Zuwachses und der bereits bestehenden Verbindungen zu den Zielunternehmen (Einkaufsgemeinschaft, bei AMG auch Minderheitsbeteiligung) zu keiner wesentlichen Verschlechterung der Marktstrukturen kam.

1.10 Sanierungsfusionen

Maßgeblich für die Anerkennung einer Sanierungsfusion ist ein Mangel an Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und den prognostizierten wettbewerblichen Verschlechterungen. Ein Zusammenschluss ist für die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dann nicht kausal, wenn die zu erwartende Verschlechterung der Marktverhältnisse auch ohne den Zusammenschluss eintreite. Diese Feststellung erfordert einen Vergleich der Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss mit der (zukünftigen) Marktsituation ohne den Zusammenschluss. Das Bundeskartellamt gibt einen Zusammenschluss trotz Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Sanierungsfusion frei, wenn drei Kriterien kumulativ erfüllt sind: (1.) das zu erwerbende Unternehmen ist sanierungsbedürftig, d. h. es würde auch ohne den Zusammenschluss als unabhängiger Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden, (2.) es besteht keine wettbewerblich weniger schädliche Alternative zu dem Zusammenschluss – insbesondere durch einen anderen Erwerber und (3.) die Marktposition des erworbenen Unternehmens würde auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem Erwerber zufallen.

Im Verfahren Rhein-Neckar-Zeitung/Ebersbacher Zeitung (S. 96) hat das Bundeskartellamt eine Sanierungsfusion nach diesen Grundsätzen in der ersten Phase freigegeben. Obwohl infolge des Zusammenschlusses marktbeherrschende Stellungen auf den betroffenen regionalen Leser- und Anzeigemärkten verstärkt wurden, waren diese Verschlechterungen nicht kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen. Das Zielunternehmen war sanierungsbedürftig und stand bereits unter Insolvenzverwaltung. Alternative Erwerbsmöglichkeiten wurden

intensiv geprüft, bestanden aber nicht. Schließlich war auch zu erwarten, dass die Rhein-Neckar-Zeitung als im Grunde einziger verbliebener regionaler Wettbewerber die Marktposition der Ebersbacher Zeitung auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen übernehmen würde.

Im Fusionskontrollverfahren Magna/Karmann (S. 87 f.) lagen die Voraussetzungen zur Anerkennung einer Sanierungsfusion dagegen nicht vor. Zwar war auch Karmann sanierungsbedürftig. Die übrigen Voraussetzungen, die den kausalen Zusammenhang zwischen dem Zusammenschluss und den festgestellten wettbewerbsschädlichen Auswirkungen ausnahmsweise hätten entfallen lassen, lagen aber nicht vor: Es gab zahlreiche Alternativszenarien, die alle nicht zur Entstehung eines wettbewerblosen Duopols geführt hätten. Diese Einschätzung erwies sich als zutreffend, da Karmann inzwischen vom finnischen Unternehmen Valmet übernommen wurde.

2. Kontrolle wirtschaftlicher Machtstellungen

2.1 Missbrauchsaufsicht

Auf die Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Bereich leitungsgebundener Energien und Telekommunikation geht das Kapitel 2.3 näher ein. In weiteren Fällen hat das Bundeskartellamt Vorermittlungen zur Prüfung eines möglichen Marktmachtmissbrauchs durchgeführt und Unternehmen informelle Hinweise zur Lösung von Wettbewerbsproblemen gegeben.

2.1.1 Behinderungsmissbrauch

Das Bundeskartellamt gab der Scandlines Deutschland GmbH im Januar 2010 auf, anderen Fährunternehmen Zugang zum Fährhafen Puttgarden und damit die Möglichkeit zu gewähren, einen weiteren Fährbetrieb auf der sog. Vogelfluglinie zwischen Puttgarden und Rodby (Dänemark) einzurichten. Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes läuft gegenwärtig das Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (S. 130 f.).

Das Bundeskartellamt führt ferner wegen des Einsatzes proprietärer Set-Top Boxen gegen Sky sowie die drei Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland, Kabel BW und Unitymedia Missbrauchsverfahren. In allen Fällen besteht der Verdacht, dass das jeweilige Unternehmen seine marktstarke Stellung durch Kopplung unter Zuhilfenahme proprietärer Set-Top Boxen in wettbewerbswidriger Weise auf einen benachbarten Markt übertragen will. Gegenwärtig sind die Verfahren ausgesetzt, um aktuelle Entwicklungen im Markt berücksichtigen zu können (S. 111).

Es wurden Kartellverwaltungsverfahren gegen eine Reihe von etablierten Flüssiggasanbietern eingeleitet, die über den Berichtszeitraum hinweg andauern. Sie richten sich unter anderem gegen die durch Fremdbefüllungsverbote herbeigeführte Abschottung gegen alternative Lieferanten (vgl. S. 121).

2.1.2 Preismissbrauch

Im November 2009 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass die Drogeriemarktkette Rossmann andere Unternehmen nicht durch Verkauf von Waren unter Einstandspreis unbillig behindert hat (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 140 f.). Strittig war insbesondere die Frage der Umlage von Werbekostenzuschüssen zur Bestimmung des Einstandspreises. Der Einstandspreis ergibt sich nach Auffassung des Oberlandesgerichts aus dem vom Hersteller in Rechnung gestellten Nettopreis unter Berücksichtigung sämtlicher zwischen Händler und Hersteller vereinbarten preisrelevanten Einkaufskonditionen. Nach dem Urteil des Oberlandesgerichts können auch Werbekostenzuschüsse, die dem Händler auf Basis des Gesamtumsatzes mit allen Produkten eines Herstellers gewährt werden, ausschließlich auf die vom Händler tatsächlich beworbenen Produkte umgelegt werden. Dies ergebe sich im vorliegenden Fall aus dem Zweck der Werbekostenzuschüsse. Der Bundesgerichtshof hat die gegen das Urteil eingelegte Revision verworfen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist damit rechtskräftig (vgl. S. 80 f.).

2.2 Boykott

2.2.1 Milchboykott

Mit Verfügung vom November 2008 stellte das Bundeskartellamt fest, dass der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter e. V. verbotenerweise Milchviehhalter zum Boykott von Molkereien aufgerufen hatte (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 65). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes im September 2009 bestätigt, der Bundesgerichtshof hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde im Juni 2010 zurückgewiesen (S. 64).

2.2.2 Pharmagroßhändler

Im Juli 2009 verhängte das Bundeskartellamt Geldbußen gegen Landes-Apothekerverbände und Privatpersonen, die zum Boykott des Pharmagroßhändlers Gehe aufriefen, nachdem dessen Muttergesellschaft Celesio im April 2007 das Unternehmen DocMorris übernommen hatte. Zum Abbruch bestehender Bezugsbindungen zu Gehe wurde u. a. auch über Verbandspublikationen aufgerufen. Zwar bleibt es Verbänden unbenommen, sich auch in Verbandspublikationen kritisch zu standespolitisch wichtigen Themen zu äußern. Die Grenzen der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit sind jedoch überschritten, wenn es zu kartellrechtswidrigen Boykottaufrufen kommt (Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 2. Juli 2009).

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

2.3.1 Telekommunikation

Marktanalyse und Konsultationsverfahren

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) hat im Berichtszeitraum die zweite Runde der Marktanalyseverfahren durch-

geführt. Die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission (Empfehlung vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65 ff.) schlägt nur noch sieben (statt vorher 18) Märkte als regulierungsbedürftig vor. Das Bundeskartellamt hat auch in der zweiten Runde in allen Marktanalyseverfahren sein Einvernehmen erteilt, wobei im Einzelfall auf mögliche abweichende Einschätzungen nach allgemeinem Wettbewerbsrecht hingewiesen wurde. Noch nicht abgeschlossen ist das Marktanalyseverfahren für den Markt Nr. 6 (Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden). Entsprechend der neuen Märkteempfehlung sind die Märkte für Verbindungen in inländische Fest- und Mobilfunknetze an festen Standorten, für das Mindestangebot an Mietleitungen und für Rundfunkübertragungsdienste nach erneuter Marktanalyse von der BNetzA jeweils für nicht mehr regulierungsbedürftig befunden worden. Auch hierzu hat das Bundeskartellamt sein Einvernehmen erteilt.

Die BNetzA hat im Berichtszeitraum ihre vorangegangene Festlegung überprüft, wonach die drei großen Regionalgesellschaften Kabel Deutschland, Unitymedia und Kabel Baden-Württemberg in ihrem jeweiligen Netzgebiet über beträchtliche Marktmacht auf dem Einspeisemarkt und dem Signallieferungsmarkt verfügen (Markt 18). Im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt ist sie zu dem Ergebnis gelangt, dass weder auf dem Einspeisemarkt noch auf dem Signallieferungsmarkt (potenzielle) Regulierungsbedürftigkeit vorliegt. In der Folge sind bereits ergangene Verpflichtungen widerrufen worden. Bezüglich dieser Märkte bleibt es bei der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Eine parallele Zuständigkeit der BNetzA ist nicht länger gegeben.

Darüber hinaus hatte das Bundeskartellamt in zahlreichen Entgeltregulierungsverfahren der BNetzA und zu anderen Regulierungsentscheidungen Gelegenheit zur Stellungnahme. In keinem Fall bestand Anlass zu einer divergierenden Beurteilung seitens des Bundeskartellamtes. Bezüglich der Einzelheiten dieser Verfahren wird auf die Jahresberichte 2009 und 2010 der BNetzA verwiesen.

Entwurf des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Rahmenbedingungen

Anlass für das Änderungsgesetz ist die im Berichtszeitraum abgeschlossene Reform des EU-Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation (Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze

und -dienste, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 37 ff. und Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11 ff.). Die Bundesregierung hat einen entsprechenden Gesetzentwurf Anfang März 2011 beschlossen. Das Bundeskartellamt sieht insbesondere den vorgeschlagenen Regulierungsgrundsatz zur Regionalisierung der Märkte, die Risikoteilungsmodelle und die vorgesehene Ausgestaltung von Einvernehmensregelungen zwischen BNetzA und Bundeskartellamt kritisch.

Den Regulierungsgrundsatz zur Regionalisierung hält das Bundeskartellamt für nicht kompatibel mit den Marktabgrenzungsgrundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. BNetzA und Bundeskartellamt haben eine Regionalisierung intensiv geprüft. Die ermittelten Wettbewerbsverhältnisse konnten jedoch eine regionale Marktabgrenzung nicht rechtfertigen. Wenn sich die Regulierung auf wenig bevölkerte Gebiete beschränken würde, in denen es keinen Infrastrukturwettbewerb gibt, würde dies zu erweiterten Verhaltensspielräumen der Deutschen Telekom AG (DTAG) mit möglichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Ballungsräumen führen.

Wünschenswert wäre außerdem eine ausdrückliche Beteiligung des Bundeskartellamtes bei der regulatorischen Prüfung von Risikoteilungsmodellen und Kooperationen. Nach dem im Entwurf vorgesehenen Regulierungsgrundsatz (vgl. § 2 Absatz 3 Nummer 4 und § 15a Absatz 2), soll die BNetzA Risikoteilungsmodellen und Kooperationen „gebührend Rechnung tragen“, um Investitionen und Innovationen beim Infrastrukturausbau zu fördern. Die BNetzA prüft die Entgelte allerdings nur, soweit daran regulierte Unternehmen beteiligt sind. Wie sich Kooperationen und Risikoteilungsmodelle auf den Wettbewerb auswirken, untersucht das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt hält die Modelle und Methoden ohnehin noch nicht für hinreichend ausgereift, um Festlegungen treffen zu können.

Das Bundeskartellamt hat außerdem auf das Erfordernis des Einvernehmens im Ausschreibungsverfahren bei der Frequenzvergabe in § 61 Absatz 5 TKG-E, bei der Beurteilung der „Verzerrung des Wettbewerbs“ und bei der Entscheidung über ein Frequenzpooling (§ 62 Absatz 1 TKG-E) sowie das Stillschaltungsrecht beim Entwurf von Risikoteilungsmodellen hingewiesen.

Breitbandausbau

Die Bundesregierung hat erklärt, dass der Ausbau der Glasfasernetze im Wettbewerb geschehen soll (vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung, Februar 2009) (S. 107 f.).

Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen unterliegen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht und sind vom Bundeskartellamt nach § 1 und Artikel 101 AEUV kartellrechtlich zu prüfen. Das Bundeskartellamt hat im Januar 2010 „Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland“ veröffentlicht, an denen sich kooperationswillige Unternehmen orientieren können (S. 108).

Dem Bundeskartellamt ist jedoch im Berichtszeitraum mit einem Kooperationsprojekt von DTAG und EWE Tel nur ein einziges ausreichend konkret beschriebenes Kooperationsvorhaben vorgelegt worden. Nachdem die Unternehmen das Vorhaben nicht weiter verfolgten, musste die Prüfung eingestellt werden (S. 109).

Missbrauchsaufsicht

Preis-Kosten-Scheren-Test bei Telekommunikationsunternehmen

Der erfolgreiche Liberalisierungsprozess des Telekommunikationssektors zeigt, dass sich die klare Aufgabenteilung zwischen der Regulierung durch die BNetzA und der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht durch das Bundeskartellamt in der Praxis bewährt hat. Bereits bei den Diskussionen um die nachträgliche Missbrauchsaufsicht (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 25) ist deutlich geworden, dass weder BNetzA noch das Bundeskartellamt hier Änderungen für notwendig halten. Praktische Fragestellungen wie Preis-Kosten-Scheren, die sich durch die weiterhin bestehende Regulierung der Vorleistungsmärkte in Verbindung mit wettbewerbsrechtlichen Endkundenmärkten ergeben, können durch enge Zusammenarbeit der Behörden gelöst werden.

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2009 zwei Verfahren gegen die Deutsche Telekom AG wegen des Verdachts von Preis-Kosten-Scheren geführt. (S. 110)

Weitere Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Berichtszeitraum betrafen vor allem die Bereiche Mobilfunk und Kabelnetze:

Das Bundeskartellamt hat das im April 2008 eingeleitete Missbrauchsverfahren gegen die Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile) und Vodafone D2 GmbH (Vodafone) Ende 2009 eingestellt. Inzwischen haben Tarifmodelle mit günstigeren On-Net-Tarifen stark an Bedeutung verloren, so dass die Frage der Marktherrschaft offen bleiben konnte (S. 110 f.).

Das Bundeskartellamt hat ferner Missbrauchsverfahren gegen die drei großen Kabelregionalgesellschaften Kabel Deutschland, Unitymedia und Kabel Baden-Württemberg wegen ihrer Set Top Boxen-Strategie geführt. Das Bundeskartellamt hat die Verfahren vorläufig ausgesetzt, um die weitere Marktentwicklung abzuwarten (S. 30, 111). Aus den gleichen Gründen hat das Bundeskartellamt auch das Verfahren gegen den Pay-TV-Sender Sky ruhen lassen, der im Verdacht steht, durch seine Set Top Boxen-Strategie andere Pay-TV-Anbieter zu behindern (S. 111).

2.3.2 Post

Die wettbewerbliche Entwicklung im Bereich der Briefdienstleistungen stagnierte im Berichtszeitraum trotz der in den letzten Jahren ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen und ergangenen gerichtlichen Entscheidungen weiter (S. 92 ff.). Zwar lief bereits zum 31. Dezember 2007 die bis dahin noch geltende Exklusivlizenz der Deutsche Post AG (DPAG) für Briefe bis 50 Gramm aus, wodurch sämtliche Bereiche der Postdienstleistungen zum 1. Januar 2008 formal liberalisiert wurden. Diese Öffnung für den Wettbewerb wurde jedoch nach Einschätzung des Bundeskartellamtes durch die Einführung eines Mindestlohns für Briefdienstleistungen zunächst konterkariert, da mit ihm den Wettbewerbern der DPAG wegen der Personalintensität der Tätigkeit der entscheidende Wettbewerbsparameter genommen wurde (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 26). Auch die Monopolkommission hat die direkte staatliche Einflussnahme auf die Lohnbildung durch die Rechtsverordnung zum Postmindestlohn kritisiert, da sie die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen verhindere (Sondergutachten der Monopolkommission „Auf Wettbewerbskurs gehen“ vom Dezember 2009, S. 50 ff.). Der Post-Mindestlohn für die gesamte Branche wurde vom Berliner Verwaltungsgericht und vom Obergericht Berlin-Brandenburg bereits 2008 für rechtswidrig erklärt. Am 28. Januar 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht diese Entscheidungen bestätigt und die Postmindestlohnverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wegen der Verletzung von Beteiligungsrechten der klagenden Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände für rechtswidrig erklärt. Damit wurde ein erheblicher staatlicher Eingriff in die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Briefmarkt wieder beseitigt. Das Bundeskartellamt begrüßt dies ausdrücklich.

Vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 2009 (Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd / Royal Mail Group) ist im Berichtszeitraum die Steuerbefreiungsregelung der einschlägigen EU-Richtlinie 77/388/EWG im nationalen Recht neu ausgestaltet worden. Der Europäische Gerichtshof hatte entschieden, dass der Begriff „öffentliche Posteinrichtung“ der EU-Richtlinie 77/388/EWG generell für öffentliche und private Betreiber gilt, die in einem Mitgliedstaat den gesamten Universalpostdienst nach Artikel 3 der Postdienstleistungsrichtlinie 97/67/EG oder einen Teil dessen gewährleisten.

Das Bundeskartellamt hat – wie auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie – wiederholt eine Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen gerade auch im Steuerrecht angemahnt. Auch die Monopolkommission hat die umsatzsteuerrechtliche Gleichbehandlung aller Wettbewerber, wie sie auch in der EU-Richtlinie 77/388/EWG angelegt ist, gefordert.

Die am 1. Juli 2010 in Kraft getretene Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung von Post-Universaldienstleistungen in § 4 Nummer 11b des Umsatzsteuergesetzes (Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften, Bundesgesetzblatt

2010 Teil I Nr. 15 vom 14. April 2010, S. 386 ff.) bietet in Abkehr von der bisherigen alleinigen Privilegierung der DPAG hin zu einer allgemein gefassten Regelung zum Umsatzsteuerprivileg zumindest formal Ansätze für eine erste Verbesserung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Postsektor.

So hat der Gesetzgeber entsprechend Artikel 132 Absatz 1 Buchstabe a) der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie 2006/112/EG das Umsatzsteuergesetz neu geregelt. Er hat dabei die Auslegung durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 2009 berücksichtigt. Die bis zur Änderung ausschließlich zugunsten der DPAG geltende Befreiung von der Mehrwertsteuer wurde ausgedehnt. Sie gilt für alle Postdienstleister, die sich verpflichten, sämtliche Universaldienstleistungen oder einen sachlichen Teilbereich dieser Leistungen anzubieten. Hierbei ist es ausreichend, dass der Dienstleister einen sachlichen Teil der Universaldienstleistungen erbringt. Damit ist es zum Beispiel möglich, dass auch reine Paketdienstleister, die keine Briefdienstleistungen erbringen, in den Genuss einer Mehrwertsteuerbefreiung kommen, wenn sie die übrigen Voraussetzungen für die Steuerbefreiung erfüllen.

Weiterhin sieht das Gesetz eine Einschränkung der Postdienstleistungen vor, die von der Umsatzsteuer befreit sind. So fallen Leistungen, die nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Anbieters zu festgelegten Tarifen erbracht werden, aber nicht für den durchschnittlichen Nachfrager eines Privathaushaltes bestimmt sind, nicht mehr unter das Steuerprivileg. Dies betrifft im Wesentlichen den Bereich der Briefdienstleistungen, die die DPAG für Behörden oder große Privatkunden nach ihren AGB erbringt.

Ob diese gesetzlichen Neuregelungen jedoch auch faktisch zu einer spürbaren Belebung des Wettbewerbs auf dem Briefmarkt führen werden, bleibt abzuwarten. Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes dürften die wettbewerblichen Impulse eher marginal ausfallen.

So hat das Bundesministerium der Finanzen in einem Rundschreiben vom 21. Oktober 2010 an die Obersten Finanzbehörden der Länder die Post-Universaldienstleistungen definiert, die unter die Steuerbefreiung von § 4 Nummer 11 b) Umsatzsteuergesetz fallen. Dabei knüpft das Bundesministerium der Finanzen im Briefbereich an die Qualitätsmerkmale von § 2 Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) an. Dies bedeutet, dass Briefsendungen nur dann der Art nach begünstigte Post-Universaldienstleistungen sind, wenn die Qualitätsmerkmale des § 2 PUDLV erfüllt sind. § 2 PUDLV stellt insbesondere Qualitätsmerkmale bezüglich der Anzahl stationärer Einrichtungen (u. a. 12.000 stationäre Einrichtungen bundesweit), bezüglich der Zustellzeiten (80 % am ersten Werktag nach der Einlieferung und 95 % bis zum zweiten Werktag nach der Einlieferung) und bezüglich der Häufigkeit der Zustellung (mindestens einmal werktäglich) auf. Im Briefbereich wird nach Einschätzung des Bundeskartellamtes auf nicht absehbare Zeit ausschließlich die DPAG diese Anforderungen vollumfänglich erfüllen können und damit in den Genuss des Steuerprivilegs kommen.

Die DPAG hat auf den Wegfall der Steuerprivilegierung bei Großkunden damit reagiert, dass sie ihre sog. Teilleistungsrabatte erhöht hat. Je nachdem, ob der Kunde vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht, gewährt sie damit eine faktische Preissenkung in Höhe der Rabatterhöhung bzw. kompensiert die durch die jetzt bestehende Umsatzsteuerpflicht entstehende Preiserhöhung (S. 93). Damit ist zu befürchten, dass auch in dem für die Wettbewerber wichtigen Großkundenbereich der Wegfall der Steuerprivilegierung letztlich nicht zu nennenswerten wettbewerblichen Impulsen führen wird.

2.3.3 Energie

Wettbewerbliche Entwicklung auf den Energiemärkten

Im Berichtszeitraum hat eine deutliche Wettbewerbsbelebung auf den Strom- und Gasmärkten stattgefunden. Trotz der zunehmenden Marktöffnung der Energiemärkte hat sich der Wettbewerb auf den verschiedenen Marktstufen bislang aber unterschiedlich stark entfaltet. In einigen Bereichen besteht weiterhin dringender Handlungsbedarf.

Strom

Die Struktur der Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkte wird weiterhin durch die vertikal integrierten Energieversorger E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall geprägt. Diese vier Versorger verfügten im Berichtszeitraum zusammen über mehr als drei Viertel aller Stromerzeugungskapazitäten in Deutschland. Durch ihre marktstarke Position können sie die Entwicklungen auf den Stromerzeugungsmärkten maßgeblich beeinflussen. Hinzu kommt, dass sich die Marktergebnisse der Stromerzeugungsstufe entlang der Wertschöpfungskette fortsetzen. Im Berichtszeitraum haben sich auf der Erzeugungs- und Weiterverteilerebene noch keine deutlichen strukturellen Verbesserungen eingestellt. Inwieweit sich die Veräußerung der Thüga AG durch den E.ON-Konzern (S. 115) sowie die Abgabe von Übertragungsnetzen auswirken kann (S. 112), bleibt abzuwarten. Allerdings ist das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung Stromgroßhandel zu neuen Marktabgrenzungen in Bezug auf den Erstabsatzmarkt für Strom gelangt (S. 112 f., 118 f.), die die Ausweitung des räumlich relevanten Marktes auf Österreich sowie die jeweilige eigenständige sachliche Marktabgrenzung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und die Regelenenergiemärkte betreffen.

Gegenüber den Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkten hat sich die Struktur auf den Letztverbrauchermärkten im Strombereich im Wesentlichen positiv entwickelt. Auf dem sachlich relevanten Markt für die Belieferung von leistungsgemessenen Letztverbrauchern – Industriekunden – haben sich die positiven Entwicklungen der Vorjahre weiter fortgesetzt. Die beobachtbaren Veränderungen auf den sachlich relevanten Märkten für die Belieferung nicht-leistungsgemessener Kunden, den Standardlastprofilkunden (SLP-Kunden), mit Haushaltsstrom haben Anlass zu einer stärkeren Segmentierung dieser Kundengruppe gegeben. Seit der Entscheidung Integra/Thüga (S. 113) wird in der Haushaltsstromliefere-

nung nach Sondervertragskunden einerseits und nach grundversorgten SLP-Kunden andererseits unterschieden. Die sachliche Marktabgrenzung wurde unter Berücksichtigung des veränderten Nachfrageverhaltens modifiziert. Aus wettbewerblicher Sicht erfreulich sind die Belebungen auf den SLP-Sondervertragskundenmärkten. Die Haushaltsstromkunden machen zunehmend von den bestehenden Wechselmöglichkeiten Gebrauch. Demgegenüber haben sich auf dem Markt für die Belieferung von privaten Letztverbrauchern mit sog. Heizstrom, d. h. Elektrizität zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen und elektrischen Wärmepumpen, kaum Verbesserungen der Marktstruktur bzw. der Wettbewerbssituation gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum eingestellt (S. 113). Die Marktzutrittschranken zu diesen Märkten sind weiterhin hoch. Alternative Anbieter zum marktbeherrschenden etablierten Anbieter existieren so gut wie nicht.

Gas

Die Gasbranche stand im Berichtszeitraum unter dem Eindruck eines in diesem Ausmaß bisher unbekannten Angebotsüberschusses. Aufgrund des weltweiten Nachfrageeinbruchs als Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise sowie vor dem Hintergrund neu entdeckter Gasvorkommen und der zunehmenden Nutzung von verflüssigtem Erdgas (LNG) hat die Liquidität auf den Gasmärkten zugenommen. Auch deshalb hat sich der Wettbewerb auf den Gasmärkten im beobachtbaren Umfang beleben können. Darüber hinaus haben Änderungen im regulatorischen Rahmen (Grundmodell der Ausgleichsleistungen und Bilanzierungsregeln im Gassektor (GABi Gas), Geschäftsprozesse Lieferantenwechsel Gas (GeLi Gas) zu Vereinfachungen auf den Gasmärkten beigetragen. Insgesamt hat sowohl auf den Gashandelsmärkten als auch auf den Endkundenmärkten die Anzahl der Gasanbieter und der Angebote deutlich zugenommen. Seit dem letzten Bericht hat sich die Lieferantenwechselquote unter den Letztverbrauchern vervielfacht.

Trotz der nachweislichen strukturellen Verbesserungen auf den Gasmärkten hat das Bundeskartellamt innerhalb des Berichtszeitraums noch keinen Anlass für eine grundsätzliche Modifikation der Marktabgrenzung gesehen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 104).

Gesetzgebung

Mit der Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) hat der Gesetzgeber wesentliche Änderungen im Bereich des Gastransports auf den Weg gebracht. Das Bundeskartellamt hat den Novellierungsprozess aktiv begleitet und Vorschläge zu wettbewerbsfördernden Maßnahmen unterbreitet (Abschlussbericht Sektoruntersuchung zur Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen, Dezember 2009, S. 28 f.; S. 119).

Drittes Binnenmarktpaket Strom und Gas

Im Berichtszeitraum hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Arbeiten zur Umsetzung der novellierten Richtlinien für den Elektrizitäts- bzw. den Gasbinnenmarkt begonnen (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 30 f.; Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG

vom 13. Juli 2009, ABL. EG Nr. L 211 vom 14. August 2009, S. 55 ff. und S. 94 ff.). Eckpunkte für die entsprechende Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes hat das Ministerium am 27. Oktober 2010, einen Referentenentwurf im März 2011 veröffentlicht. Das Bundeskartellamt war in den Umsetzungsprozess über eine Arbeitsgruppe beratend eingebunden.

Energiekonzept der Bundesregierung

Das Bundeskartellamt hat auf dessen Anforderung gegenüber dem Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages Stellung zum Energiekonzept und dem Zehn-Punkte-Sofort-Programm der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache 17/3049 – Unterrichtung durch die BReg zum Energiekonzept und 10-Punkte-Sofortprogramm) genommen (Ausschussdrucksache 17(9)267 vom 19. Oktober 2010, Stellungnahme des Bundeskartellamtes für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des 17. Deutschen Bundestages am 21. Oktober 2010). In seiner Stellungnahme hat sich das Bundeskartellamt zu den strukturellen Auswirkungen einer im Energiekonzept skizzierten Laufzeitenverlängerung der Kernkraftwerke geäußert. Durch die Verlängerung der Kernkraftwerkslaufzeiten kann die Position der vier vertikal integrierten Energieversorger weiter zementiert werden. Zum anderen können von der Laufzeitenverlängerung aber auch positive preisdämpfende Effekte ausgehen. Die weitere Entwicklung bleibt angesichts der politischen Diskussion über die Zukunft der Kernkraftnutzung in Deutschland abzuwarten, die infolge der Auswirkungen des großen Erdbebens in Japan vom März 2011 zum Redaktionsschluss dieses Tätigkeitsberichts noch andauerte.¹

Ferner hat das Bundeskartellamt die von der Bundesregierung angestrebte Marktintegration von Strom aus erneuerbaren Energien begrüßt. Denn bislang ist die Vermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien dem Wettbewerb weitgehend entzogen und planwirtschaftlich organisiert.

Einrichtung einer Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt

Das Energiekonzept und das Zehn-Punkte-Sofortprogramm der Bundesregierung sehen außerdem die Einrichtung einer sog. Markttransparenzstelle vor. Ziel der Markttransparenzstelle soll es sein, das Vertrauen der Verbraucher in das Funktionieren der Energiegroßhandelsmärkte wiederherzustellen und missbräuchliche Verhaltensweisen von Marktteilnehmern zu unterbinden. Zu diesem Zweck soll eine zentrale Stelle beim Bundeskartellamt eingerichtet werden, die alle relevanten Daten und Informationen erheben, sammeln und analysieren soll, die die Preisbildungsprozesse auf den Energiegroßhandelsmärkten beeinflussen können. Das Bundeskartellamt hat die Einrichtung einer solchen Stelle begrüßt. Eine Markt-

¹ Die Bundesregierung hat nach Redaktionsschluss ihr Energiekonzept grundlegend überarbeitet und am 6. Juni 2011 verabschiedet. Der Bericht geht darauf nicht ein.

transparenzstelle kann die Entwicklungen auf den Energiegroßhandelsmärkten zeitnah und kontinuierlich beobachten. Dadurch wird sie in die Lage versetzt, Missbräuche effektiv aufzudecken und die Ahndung der Verstöße zeitnah anzustoßen. Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme zum Energiekonzept der Bundesregierung gegenüber dem Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages (S. 34) vorsorglich darauf hingewiesen, dass eine Markttransparenzstelle aber nicht den Geheimwettbewerb einschränken dürfe.

Die Initiative der Bundesregierung wird überlagert von europäischen Initiativen zur Erhöhung der Transparenz auf den Energiemärkten. Die Europäische Kommission hat im Dezember 2010 einen Vorschlag für eine „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarktes“ vorgelegt (Vorschlag vom 8. Dezember 2010, KOM(2010) 726 endgültig). Nach dem vorgelegten Entwurf soll die Verordnung EU-weit Insiderhandel und Marktmanipulationen auf den Energiemärkten verbieten. Damit soll eine sektorspezifische Grundlage etabliert werden, um missbräuchliches Verhalten auf der Ebene des Energiegroßhandels zu verhindern. Dieser Ansatz wäre entlehnt aus der allgemeinen Finanzmarktregulierung und losgelöst vom kartellrechtlichen Kriterium der Marktbeherrschung. Die sektorspezifische Besonderheit liegt darin, dass nach dem im Dezember 2010 vorgelegten Entwurf der Verordnung neben dem aus der Finanzmarktregulierung bekannten Ziel der Vermeidung handelsspezifischer Missbräuche, auch Marktmanipulationen bei der physischen Erzeugung erfasst werden sollen, um Kapazitätszurückhaltungen zu verhindern. Die Europäische Kommission soll die Befugnis erhalten, den Begriff der Marktmanipulation zu konkretisieren. Zuständig für die Verfolgung von Marktmanipulationen sollen grundsätzlich die nationalen Energieregulierungsbehörden in Kooperation mit der Europäischen Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) sein. ACER soll die Befugnis erhalten, zentral die relevanten Handelsdaten zu sammeln und zu analysieren. Ob bei kartellrechtlich relevanten Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig sein sollen, wäre nach der Intention des im Dezember 2010 vorgelegten Entwurfs gegebenenfalls im Einzelfall zwischen nationaler Energieregulierungs- und Wettbewerbsbehörde abzugrenzen.

Das Bundeskartellamt hält angesichts der sehr weit gefassten Definition des Begriffs der Marktmanipulation und den weitgehenden Eingriffsbefugnissen für die laut Entwurf zuständigen Energieregulierungsbehörden eine ordnungspolitische Klarstellung für notwendig, um zu verhindern, dass es infolge von behördlichen Konkretisierungen des Manipulationsbegriffes zu einer überschießenden Preis- und Investitionsregulierung der wettbewerblich organisierten Energieerzeugungs- bzw. -großhandelsmärkte kommt. Anderenfalls stünde das von der Umsetzung des dritten Binnenmarktpakets Strom und Gas unabhängige Legislativvorhaben teilweise im Widerspruch zum dritten Energiebinnenmarktpaket. Darüber hinaus könnte die Umsetzung der Verordnung in der vor-

gelegten Fassung zu Zielkonflikten bzw. Abgrenzungsschwierigkeiten auf der Ebene behördlicher Zuständigkeiten sowie bei der Anwendung von europäischem Wettbewerbsrecht durch das Bundeskartellamt führen. Auch die Aufgabenstellung der von der Bundesregierung geplanten Markttransparenzstelle müsste mit Blick auf die seitens der Europäischen Kommission erwogenen Zuständigkeiten von ACER abgestimmt werden.

Missbrauchsverfahren im Energiebereich

Der Schwerpunkt der Missbrauchsaufsicht im Energiebereich lag im Berichtszeitraum auf den Märkten für die Lieferung privater Letztverbraucher mit Heizstrom (Bericht Heizstrom – Marktüberblick und Verfahren, September 2010). Das Bundeskartellamt hat 2009 Verfahren gegen 18 Heizstromversorger auf der Grundlage von §§ 19, 29 eingeleitet und im September 2010 mit Ausnahme eines Verfahrens alle Verfahren abgeschlossen. Darüber hinaus wurden sieben Vergleichsunternehmen untersucht (S. 116 f.). Die Unternehmen mit nachgewiesenen Erlösüberhöhungen im Zeitraum von 2007 bis 2009 haben sich zu finanziellen Entlastungen ihrer Kunden im Umfang von ca. 27,2 Mio. Euro bereit erklärt. Diese Unternehmen haben außerdem eine sog. „no-repeated-game“-Zusage abgegeben, wonach die den Kunden zugute gebrachten Entlastungen nicht durch Preismaßnahmen im Jahr 2011 kompensiert werden dürfen. In zwölf von 13 Fällen mit festgestellten Erlösüberhöhungen hat das Bundeskartellamt die abgegebenen Zusagen der Unternehmen gemäß § 32b für verbindlich erklärt. Drei Verfahren wurden von Amts wegen eingestellt, weil keine Erlösüberhöhungen vorlagen. Darüber hinaus haben sich alle untersuchten Heizstromversorger einschließlich der sieben Vergleichsunternehmen sowie die in die nach § 48 Absatz 2 des Bundeskartellamtes fallende Zuständigkeit Unternehmen zu umfangreichen marktöffnenden Maßnahmen verpflichtet. Davon erhofft sich das Bundeskartellamt einen baldigen Anstieg der alternativen Heizstromanbieter verbunden mit einer Wettbewerbsbelebung.

Neben den Heizstromverfahren hat das Bundeskartellamt im Sommer 2010 die in den Ende 2008 abgeschlossenen Gaspreisverfahren abgegebenen Zusagen überprüft (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 12, 20, 114 f; S. 120). Alle Zusagen inklusive der sog. „no-repeated-game“-Klausel wurden eingehalten. Insgesamt wurden die Gaskunden der untersuchten Unternehmen bis zum Sommer 2010 um ca. 444 Mio. Euro entlastet. Das Bundeskartellamt hat die bisher nur vorläufig eingestellten Verfahren nunmehr endgültig eingestellt.

Des Weiteren hat das Bundeskartellamt im Sommer 2010 ein Verfahren wegen überhöhter Trinkwasserpreise in Berlin eingeleitet. Die Prüfung basiert auf § 103 Absatz 5, 7 GWB a.F. (1990) und auf § 19 (S. 124 f.).

Die Missbrauchsaufsicht im Energiebereich erstreckte sich im Berichtszeitraum auch auf die Verfolgung von Behinderungsstrategien durch die missbräuchliche Erhebung von Konzessionsabgabensätzen kommunaler Gasversorger. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum zwölf Verfahren gegen Gasversorger wegen der Behinde-

rung von Drittlieferanten durch überhöhte Konzessionsabgaben auf Basis von § 19 Absatz 4 Nummer 1 geführt. Bis auf zwei Unternehmen haben alle Unternehmen das beanstandete Verhalten aufgegeben, so dass die Verfahren gegen Zusagenentscheidungen oder informell eingestellt wurden. In einem Fall hat das Bundeskartellamt eine förmliche Verfügung erlassen, ein Fall ist abgemahnt worden. Ein Unternehmen hat Beschwerde gegen die vom Bundeskartellamt erlassene Untersagungsverfügung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt (S. 117).

Kartellverfahren

Weiterhin hat das Bundeskartellamt im Sommer 2010 insgesamt 17 Verfahren wegen Weiterverkaufsverböten im Zusammenhang mit take-or-pay-Klauseln gegen Energieversorger eingeleitet und nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens gegen Zusagenentscheidungen eingestellt (S. 116). Schließlich hat das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen evonik und RWE wegen kartellrechtswidriger Rückvergütungsklauseln in Strombezugsrechtsverträgen geführt und erreicht, dass das beanstandete Verhalten aufgegeben wird (S. 116).

Im Sommer 2010 hat das Bundeskartellamt die 2006 erlassenen und bis September 2010 befristeten Untersagungen zum Abschluss langfristiger Gaslieferverträge evaluiert. Die Ergebnisse der Evaluierung (Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen vom 15. Juni 2010) haben keinen Anlass dafür gegeben, die Untersagungsentscheidungen zu verlängern. Verglichen mit der Situation 2006 hat sich eine deutliche Verbesserung der Marktsituation auf den Gasweiterverteilermärkten, insbesondere eine Zunahme der Anbieter und Angebote, eingestellt (S. 120).

2.3.4 Verkehr

Eine nennenswerte Entwicklung des Wettbewerbs auf der Schiene hat im Berichtszeitraum nicht stattgefunden (S. 125 ff.).

Der wegen der Finanzmarktkrise ausgesetzte Börsengang der Deutsche Bahn AG (DBAG) ist auch im Berichtszeitraum nicht weiter konkretisiert worden. Allerdings sieht der Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode vor, eine schrittweise, ertragsoptimierte (Teil-)Privatisierung der Transport- und Logistikparten der DBAG einzuleiten, sobald der Kapitalmarkt dies zulässt. Die Infrastrukturparten (Netz, Bahnhöfe, Energie) sollen nicht privatisiert werden, weil sie im Zusammenhang mit der staatlichen Infrastrukturverantwortung stehen.

Das Bundeskartellamt erachtet eine klare Trennung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr als wichtige Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb auf den schienengebundenen Verkehrsmärkten. Besonderes Gewicht kommt dabei der Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur zu, da es sich hierbei um das wesentliche Vorleistungsprodukt für den Wettbewerb im Eisenbahnverkehr handelt. Steht die Eisenbahninfrastruktur im Eigentum eines Unternehmens, das zugleich Verkehrs-

dienste anbietet, bestehen Anreize und Möglichkeiten zur Diskriminierung.

Auch die Monopolkommission spricht sich in ihrem Sondergutachten „Wettbewerb erfordert Weichenstellung“ vom September 2009 für eine klare Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen bei einer Kapitalprivatisierung der DBAG aus. Die Ausgestaltung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers im deutschen Eisenbahnrecht ist auch Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland (Verfahren Nr. 2008/2094), das sich bereits im Stadium des Klageverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union befindet (Aktenzeichen: Rs. C-556/10).

Am 3. Dezember 2009 ist die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/1969 und (EWG) Nr. 1107/1970 des Rates in Kraft getreten (ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1 ff.). Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 betrifft die Vergabe von Dienstleistungen mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, für die dem Auftragnehmer Ausgleichsleistungen gewährt werden, im öffentlichen Personenverkehr.

Ein zentraler Aspekt der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist die Möglichkeit einer Direktvergabe von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV), sofern dies das nationale Recht nicht untersagt. Vor diesem Hintergrund wurde im Berichtszeitraum die Anpassung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) diskutiert und gefordert, die Möglichkeit der Direktvergabe im SPNV im AEG festzuschreiben (Bundesratsdrucksache 779/10 vom 25. November 2010). Die lange Zeit streitige Rechtsfrage, ob sich die Vergabe von SPNV-Leistungen nach den Maßgaben des Vergaberechts der §§ 97 ff. richtet oder eine vergaberechtsfreie Direktvergabe aufgrund des § 15 Absatz 2 AEG möglich ist, hat der Bundesgerichtshof in einer wegweisenden Entscheidung vom 8. Februar 2011 (Aktenzeichen: X ZB 4/10) zugunsten des Vergaberechts entschieden. Der Bundesgerichtshof hat zudem festgestellt, dass das nationale Vergaberecht einer Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegensteht. Gerade auch vor diesem Hintergrund spricht sich das Bundeskartellamt dafür aus, bei der anstehenden Implementierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in nationales Recht die wettbewerbliche Vergabe zu stärken (S. 126, 127 f.).

Dies gilt im gleichen Maß für den öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV). Im ÖSPV sieht die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine Direktvergabe öffentlicher Personenverkehrsdienstleistungsaufträge, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, an einen von der zuständigen örtlichen Behörde kontrollierten Betreiber ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens vor. Diese Möglichkeit besteht allerdings nur, soweit die Vergabevorschriften der §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar sind. Der im Februar 2011 vorgelegte Referentenentwurf des Bundesministeriums für

Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zur Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) hat diese Direktvergabemöglichkeit in nationales Recht übernommen. Da im ÖSPV faktisch nur ein Wettbewerb um den Markt besteht, ist es umso wichtiger, dass dieser Wettbewerb um den Markt durch klare und wettbewerbsfördernde Regelungen geprägt wird. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass die vorgesehene Direktvergabe die Gefahr einer Marktverschließung im ÖSPV erhöht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in Deutschland ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten ist, bei dem nicht auszuschließen ist, dass Teilprivatisierungen kommunaler Unternehmen rückgängig gemacht werden, um die in der Verordnung ermöglichte Direktvergabemöglichkeit nutzen zu können. Es besteht die Gefahr, dass die Möglichkeiten wettbewerblicher Vergabe weitestgehend ungenutzt bleiben. Die Möglichkeit von Direktvergaben sollte daher ausgeschlossen werden. Das Bundeskartellamt hat im laufenden Gesetzgebungsverfahren zudem darauf hingewiesen, dass die Novelle des PBefG genutzt werden sollte, um bestehende wettbewerbsbehindernde Regelungen innerhalb des Genehmigungsverfahrens, wie z. B. die grundsätzliche Bevorzugung des bisherigen Genehmigungsinhabers vor seinen Wettbewerbern, aufzuheben.

Die im Referentenentwurf zur Novelle des PBefG vorgesehene Liberalisierung des Busfernverkehrs ist aus Sicht des Bundeskartellamtes wettbewerbslich positiv zu bewerten. Zentral ist insofern insbesondere, dass der Referentenentwurf parallele Busfernverkehre auf Strecken zulässt (kein Doppelbedienungsverbot von Linien) und entgegen der bisherigen Rechtslage zumindest kein expliziter Schutz des Schienenpersonenfernverkehrs vor dem Busfernverkehr vorgesehen ist. Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten wäre ein Schutz des Schienenpersonenfernverkehrs vor dem Busfernverkehr auch nicht zu rechtfertigen. Es sollte daher aus Sicht des Bundeskartellamtes bei der Novelle des PBefG dringend darauf geachtet werden, dass ein solcher Schutz des Schienenpersonenfernverkehrs nicht indirekt durch andere Einschränkungsmöglichkeiten bei der Erteilung von Genehmigungen für den Busfernverkehr herbeigeführt wird.

Vor dem Hintergrund der derzeitigen Marktverhältnisse auf den schienengebundenen Verkehrsmärkten ist zudem eine zügige Umsetzung der von der Bundesregierung im Koalitionsvertrag vereinbarten Überarbeitung des Regulierungsrechts im AEG wünschenswert. Vorgesehen ist hierbei unter anderem, die Trassen- und Stationspreise einer Anreizregulierung zu unterwerfen. Die Einführung einer Anreizregulierung ist ebenfalls Gegenstand des bereits genannten Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland (Verfahren Nr. 2008/2094). Das Bundeskartellamt unterstützt weiterhin die Einführung einer Anreizregulierung, wobei bei der Ausgestaltung auf eine hinreichende Transparenz des Regulierungsverfahrens zu achten ist (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 31). Für eine Anreizregulierung haben sich auch die Bundesnetzagentur und die Monopolkommission ausgesprochen (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 31; Jahresbericht

2009 der Bundesnetzagentur; Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerb erfordert Weichenstellung“ vom September 2009).

3. Kartellverbot und Kooperationen

3.1 Kartelle

3.1.1 Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit auf die Verfolgung von verbotenen Preis-, Gebiets- und Quotenkartellen gelegt. Insbesondere die reinen Kartellabteilungen (11. und 12. Beschlussabteilung) verfolgen branchenübergreifend Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit § 1 und Artikel 101 AEUV. Die im Jahr 2002 gegründete Sonderkommission Kartellbekämpfung unterstützt beide Abteilungen in besonderer Weise.

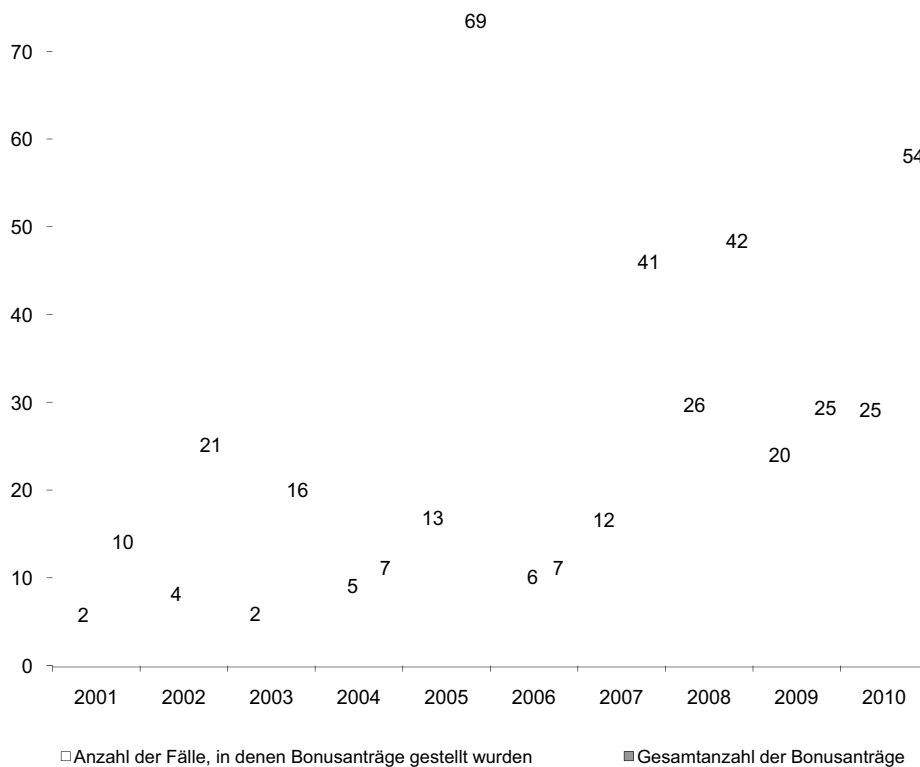
Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt zahlreiche Kartellabsprachen aufgedeckt und Bußgeldverfahren geführt. Diese richteten sich sowohl gegen die an den Absprachen beteiligten Personen als auch gegen die jeweiligen Unternehmen. Die vereinnahmten Bußgelder erreichten 2009 insgesamt rund 178 Mio. Euro und lagen 2010 bei insgesamt rund 124 Mio. Euro. Hiervon entfielen 176 Mio. Euro (2009) bzw. 122 Mio. Euro (2010) auf Unternehmen.

Die Zahl der Bonusanträge bewegt sich weiterhin auf hohem Niveau. Das Bundeskartellamt nahm im Jahr 2009 insgesamt 24 und in 2010 insgesamt 54 Anträge entgegen. Im Jahr 2009 stammten die Anträge von einem persönlich Betroffenen und von 23 Unternehmen und betrafen 20 Bußgeldverfahren. 2010 wurden fünf Anträge von persönlich Betroffenen und 49 Unternehmensanträge entgegengenommen, die sich auf 25 Bußgeldverfahren verteilten.

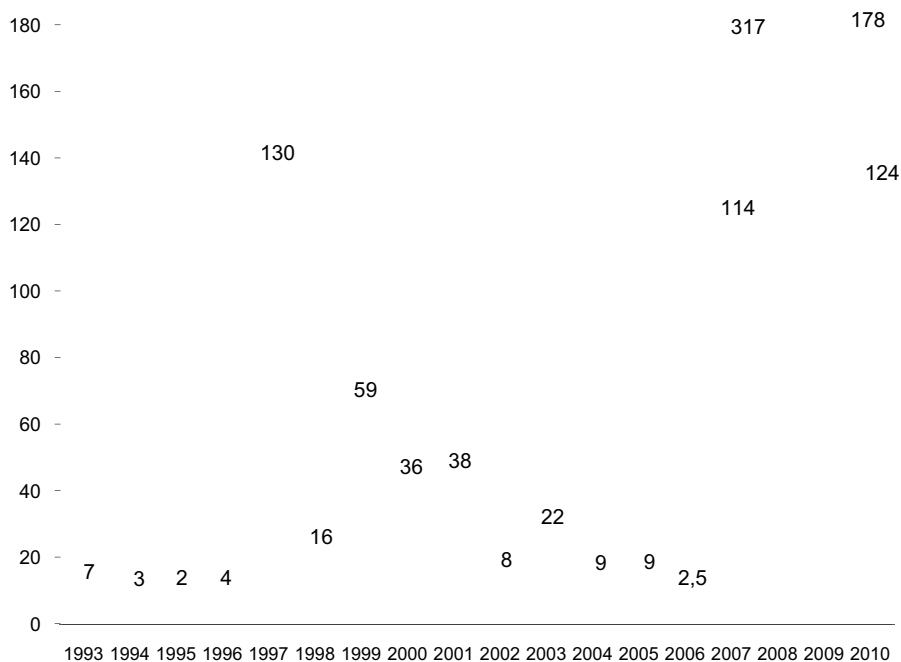
Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Verfolgung verbotener Kartellabsprachen 27 Durchsuchungen in 172 Unternehmen und in sechs Privatwohnungen durchgeführt. Davon entfallen 14 Durchsuchungen in 13 Verfahren auf das Jahr 2009 (63 Unternehmen, eine Privatwohnung) und 13 Durchsuchungen in 14 Verfahren auf das Jahr 2010 (109 Unternehmen, fünf Privatwohnungen).

Die verhängten Bußgelder erreichten 2009 insgesamt 297,5 Mio. Euro (davon 297 Mio. Euro gegen Unternehmen) und lagen 2010 bei insgesamt 266,7 Mio. Euro, hiervon entfielen 264,7 Mio. Euro auf Unternehmen. Die in diesen Jahren verhängten Geldbußen liegen über den vereinnahmten, zum einen weil den Betroffenen teilweise Zahlungserleichterungen in Form von „Ratenzahlungen“ gewährt worden waren und zum anderen weil einige Betroffene Rechtsmittel gegen die Geldbußen eingelegt haben, mit der Folge, dass sie zunächst keine Zahlungen leisten müssen. Die vom Bundeskartellamt gegen Unternehmen verhängten Geldbußen sind allerdings nach § 81 Absatz 6 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

Beim Bundeskartellamt gestellte Bonusanträge 2001 bis 2010

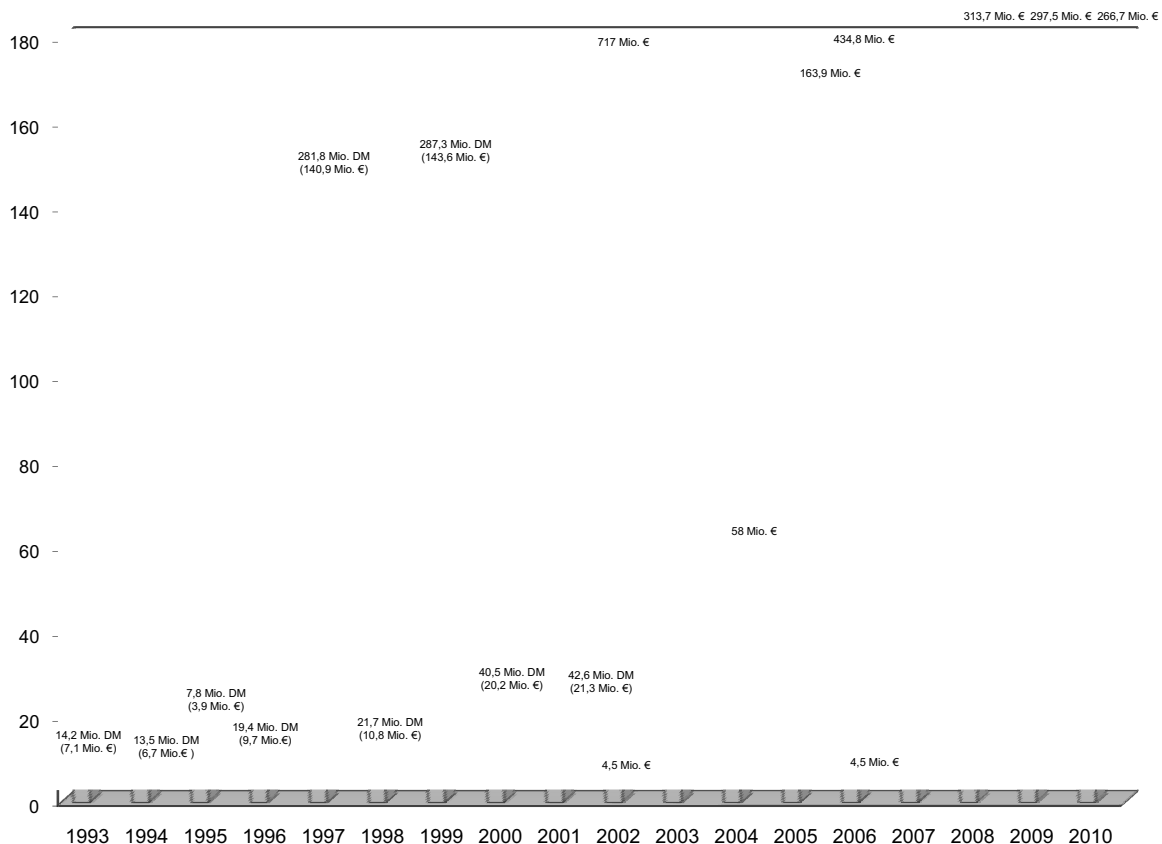


Vom Bundeskartellamt vereinnahmte¹ Bußgelder (Gesamtsumme in Mio. Euro pro Jahr)



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

Vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder (Gesamtsumme in Euro pro Jahr)



Von größerer Bedeutung waren folgende Bußgeldverfahren:

Im Dezember 2008 sowie Anfang 2009 hat das Bundeskartellamt gegen zwölf Personen und neun Unternehmen der Dachziegelbranche wegen der Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei dem Vertrieb von Tondachziegeln Geldbußen in Höhe von insgesamt 188 Mio. Euro verhängt. Im Sommer 2006 hatte fast die gesamte Branche bei einem Verbandstreffen vereinbart, die Preise um vier bis sechs Prozent durch die Erhebung eines sog. „Energiekostenzuschlages“ im laufenden Jahr zu erhöhen. Gegen die Bußgeldbescheide wurde überwiegend Einspruch eingelegt (vgl. S. 79).

Im Jahr 2009 verhängte das Bundeskartellamt Geldbußen gegen zwei weitere Unternehmen der Flüssiggasbranche wegen Kundenabsprachen. Zusammen mit den bereits in den Jahren 2007 und 2008 verhängten Geldbußen gegen Unternehmen dieser Branche (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 33) sind nun Geldbußen von insgesamt rund 250 Mio. Euro wegen dieses Kartells verhängt worden. Gegen die Bußgeldbescheide wurde Einspruch zum Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, der derzeit verhandelt wird.

Nach Durchsuchungen Mitte 2008, deren Grundlage ein Bonusantrag war, wurden im Dezember 2009 Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. 159,5 Mio. Euro gegen drei

Kaffeeröster und sechs verantwortliche Mitarbeiter wegen Preisabsprachen verhängt. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes existierte seit mindestens Anfang 2000 bis zur Durchsuchung der Unternehmen ein Gesprächskreis bestehend aus den Geschäftsführern und Vertriebsleitern der vier Kaffeeröster. Der Gesprächskreis hatte vor allem den Zweck, das Preisgefüge der wichtigsten Röstkaffeeprodukte bei den Endverkaufs- und Aktionspreisen („Preisarchitektur“) aufrechtzuerhalten. Betroffen von diesen Absprachen waren regelmäßig Filterkaffee, teilweise auch Ganze Bohne-Produkte/Espresso sowie Universalpads. Zwei Unternehmen und fünf Betroffene haben gegen die Bußgeldentscheidungen Rechtsmittel eingelegt, während mit den übrigen Beteiligten (ein Unternehmen und ein Betroffener) sog. Settlements (einvernehmliche Verfahrensbeendigungen) erzielt wurden. Im Rahmen dieses Verfahrens hat das Bundeskartellamt seine Eckpunkte für Settlements fortentwickelt (S. 41).

Im Juni 2010 hat das Bundeskartellamt gegen acht Kaffeeröster und den Deutschen Kaffeeverband sowie zehn verantwortliche Mitarbeiter Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. 30 Mio. Euro wegen Preisabsprachen im sog. Außer-Haus-Bereich verhängt. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes existierte seit mindestens 1997 bis Mitte 2008 ein Arbeitskreis beim Deutschen Kaffee-

verband, bestehend aus den Geschäftsführern und Vertriebsleitern der Kaffeeröster, in dem Preiserhöhungen und zum Teil Preissenkungen für Röstkaffee im sog. Außer-Haus-Bereich (Belieferung von Gastronomie, Hotels, Automatenaufstellern und anderen Großverbrauchern) koordiniert wurden. Der Kreis der betroffenen Unternehmen unterscheidet sich deshalb teilweise von dem im Dezember 2009 bebußten Kaffeerösterkartell gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel (S. 66 f.). Sechs der acht Unternehmen sowie deren Mitarbeiter haben sich zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bereit erklärt.

Das Bundeskartellamt hat gegen Hersteller von Mörtel Geldbußen in Höhe von insgesamt 39,69 Mio. Euro verhängt. Insgesamt neun Unternehmen und ebenso vielen leitenden Angestellten wird vorgeworfen, sich an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen über die bundesweite Einführung einer Aufstellgebühr für Trockenmörtel-Silos sowie deren Höhe beteiligt zu haben. Weiterhin hat das Bundeskartellamt auch gegen Baustoffhandelskooperationen, Fachhandelsverbände sowie gegen vier Personen wegen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen zwischen diesen, die sich in erster Linie auf die Weitergabe der von den Herstellern vereinbarten Silostellgebühr an die Endabnehmer bezogen, Geldbußen in Höhe von insgesamt rund sieben Mio. Euro verhängt (S. 78 f.).

Am 28. Mai 2010 wurden Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 115 Mio. Euro gegen fünf Brillenglashersteller, sieben verantwortliche Mitarbeiter sowie den Zentralverband der Augenoptiker verhängt. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes hatten sich die Brillenglasunternehmen im Rahmen von zwei Absprachen insgesamt über eine Vielzahl von Wettbewerbsparametern abgestimmt und sich gegenseitig über ihr Marktverhalten informiert. Bei der Bußgeldberechnung berücksichtigt das Bundeskartellamt auch die Größe und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen. Bei Tochterunternehmen erfolgt dies vor dem Hintergrund der Einbindung in einen Konzernverbund. Ausgangspunkt des Verfahrens waren Durchsuchungen bei den betroffenen Unternehmen sowie dem Zentralverband der Augenoptiker Mitte des Jahres 2008, bei denen umfangreiches Beweismaterial sichergestellt werden konnte. Der damalige Anfangsverdacht stützte sich nicht auf Hinweise eines Kronzeugen, sondern auf Hinweise von außen stehenden Marktteilnehmern (S. 104).

Im August 2010 wurde ein Bußgeldbescheid gegen die ALSTOM Power Systems GmbH und gegen zwei ehemalige Geschäftsführer des Unternehmens wegen Kundenzuteilungs-, Quoten- und Preisabsprachen erlassen. Die Höhe der gegen die ALSTOM Power Systems GmbH verhängten Geldbuße beträgt 91 Mio. Euro. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes war die ALSTOM Power Systems GmbH unter ihrer früheren Firmenbezeichnung EVT Energie- und Verfahrenstechnik GmbH zusammen mit den Anbietern Babcock, Steinmüller und Lentjes in den 1990er Jahren bis zum Jahr 2003 an Kartellabsprachen im Rahmen von Ausschreibungen für Großdampfperzeuger für Braunkohlekraftwerke beteiligt. Da die Großdampfperzeugeraktivitäten von Lentjes und

Steinmüller schon in den 1990er Jahren in den mittlerweile insolvent gewordenen Babcock-Konzern integriert worden waren, ist von den Kartellbeteiligten heute nur noch die ALSTOM Power Systems GmbH auf diesem Gebiet tätig. Gegen mehrere an den Absprachen beteiligte Personen hat die Staatsanwaltschaft Berlin ein Ermittlungsverfahren wegen Submissionsbetruges geführt und schließlich gegen Zahlung von Geldbeträgen eingestellt (S. 85).

Das Bundeskartellamt hat Ende November 2010 Bußgelder in Höhe von insgesamt 15,11 Mio. Euro gegen zwölf Unternehmen der Chemiegroßhandelsbranche wegen wettbewerbswidriger Absprachen verhängt. Vertreter dieser Unternehmen haben in sechs Regionalkartellen Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen durchgeführt. Die Kartelle waren teilweise über einen Zeitraum von bis zu vier Jahrzehnten aktiv. Weiter ermittelt wird in diesem Zusammenhang noch gegen weitere 16 Unternehmen, auch in bislang noch nicht aufgegriffenen Regionen.

Zuvor hatte das Bundeskartellamt bereits Bußgelder in Höhe von insgesamt 660 000 Euro gegen zwei Hersteller von Druckchemikalien wegen wettbewerbswidriger Absprachen verhängt. Alle bislang bebußten Unternehmen haben sich zur einverständlichen Verfahrensbeendigung bereit erklärt (S. 84).

Darüber hinaus wurden in weiteren Verfahren gegen Unternehmen verschiedenster Branchen (z. B. Transportbeton, Kabelfüllmischungen, Ticketpreise für Türkeiflüge, S. 76, 84, 129) wegen horizontaler Absprachen jeweils Bußgelder bis zu (insgesamt) zwei Mio. Euro verhängt. Weiterhin hat das Bundeskartellamt in mehreren (unabhängigen) Verfahren gegen Unternehmen Geldbußen verhängt, weil diese in kartellrechtswidriger Weise auf die Wiederverkaufspreise ihrer Produkte Einfluss genommen haben (S. 43). Schließlich wurden Verstöße gegen das Vollzugsverbot (§ 81 Absatz 2 Nummer 1 i. V. m. § 41 Absatz 1 Satz 1) sowie gegen das Boykottverbot (§ 81 Absatz 3 Nummer 1 i. V. m. § 21 Absatz 1) mit Bußgeldern geahndet (S. 30).

3.1.2 Bußgeldleitlinien

Im Jahre 2005 wurde der bei Kartellverstößen anzuwendende Bußgeldrahmen in einer Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die europäische Rechtspraxis angepasst. Seitdem kann die gegen ein Unternehmen verhängte Geldbuße bis zu zehn Prozent des Umsatzes eines Unternehmens ausmachen (§ 81 Absatz 4).

Die Festsetzung der Bußgeldhöhe im Einzelfall folgt bestimmten, klaren und transparenten Kriterien. Ausgehend vom sog. tatbezogenen Umsatz werden vor allem die Dauer und die Schwere der Tat berücksichtigt. Die Kriterien sind im Einzelnen in den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes festgelegt und auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes veröffentlicht worden (siehe: www.bundeskartellamt.de).

Das Bundeskartellamt hat in seinen bisherigen Entscheidungen den maximalen Bußgeldbetrag nach den Leitlinien noch nie ausschöpfen müssen. Die Bußgelder belau-

fen sich regelmäßig auf deutlich unter zehn Prozent der Umsätze der betroffenen Unternehmen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seinem Urteil vom 26. Juni 2009 (Aktenzeichen: VI-2a Kart 2 – 6/08 OWi) gegen Zementhersteller (S. 78) eine von der Rechtsauffassung und Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes abweichende Auslegung des gesetzlich vorgegebenen Höchstmaßes für Bußgelder von zehn Prozent des Unternehmensumsatzes zum Ausdruck gebracht, die in dem konkreten Verfahren im Falle eines betroffenen Unternehmens zu einem niedrigeren Bußgeld geführt hat. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Bis zu einer letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs sieht das Bundeskartellamt keinen Anlass, etwas an seiner, im Einklang mit der Praxis der Europäischen Kommission und der meisten EU-Mitgliedstaaten stehenden derzeitigen Bußgeldpraxis zu ändern. Würde das Bundeskartellamt in Zukunft der Auslegung des Oberlandesgerichts Düsseldorf folgen müssen, würde dies allerdings in vielen Fällen auch zu deutlich höheren Bußgeldern führen.

3.1.3 Settlements

Der überwiegende Anteil der Bußgeldverfahren wurde im Berichtszeitraum ganz oder teilweise mit einvernehmlichen Absprachen zwischen dem Bundeskartellamt und den (Neben-)Betroffenen über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens abgeschlossen. Vier dieser einvernehmlich abgeschlossenen Verfahren betrafen vertikale Absprachen, zehn horizontale und eines einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Von den zehn Verfahren betreffend horizontale Absprachen wurde die Hälfte komplett einvernehmlich beendet, bei der anderen Hälfte kam es zu sog. „hybriden“ Settlements. Bei hybriden Settlements wird das Verfahren nur mit einem Teil der (Neben-)Betroffenen einvernehmlich beendet, während gegen die anderen das Verfahren streitig zu Ende geführt wird. Auch hybride Settlements können aus Sicht des Bundeskartellamtes gegenüber komplett streitigen Verfahren eine Reihe von Vorteilen bieten: So kann der Aufwand im weiteren Verfahren deutlich reduziert werden, wenn es nur noch gegen einen Teil der (Neben-)Betroffenen weiter geführt werden muss. Zudem stehen dem Bundeskartellamt mit den Geständnissen der Betroffenen, die sich zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bereit erklärt haben, und den Settlementerklärungen der Nebenbetroffenen zusätzliche Beweismittel zur Verfügung. Hinzu kommt, dass Betroffene nach einem Settlement und Rechtskraft der sie betreffenden Bußgeldbescheide als Zeugen vernommen werden können, denen insoweit keine Auskunftsverweigerungsrechte gemäß § 55 StPO i. V. m. § 46 Absatz 1 OWiG mehr zustehen.

Bislang wurde in keinem Fall, in dem sich (Neben-)Betroffene zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bereit erklärt haben, gegen den entsprechenden Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt, obwohl die Settlementvereinbarung keinen Rechtsmittelverzicht beinhaltet. Das Bundeskartellamt hat seine Eckpunkte für einvernehmliche Verfahrensbeendigungen (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 35) weiter fortentwickelt. Mit

dem Ziel, die Transparenz dieser Verfahren zu erhöhen und die Gleichbehandlung der Betroffenen und Nebenbetroffenen zu gewährleisten, ohne das Verfahren übermäßig zu formalisieren, wurden die jeweiligen Voraussetzungen für ein Settlement und die einzelnen Verfahrensschritte detaillierter beschrieben und in dem Fallbericht „Kaffee Röster“ (B11-18/08) am 18. Dezember 2009 auf der Website des Bundeskartellamtes veröffentlicht. Settlements sind für das Bundeskartellamt ein wichtiges Instrument beim Kampf gegen schwerwiegende Kartellrechtsverstöße. Dies schließt allerdings nicht aus, dass im Einzelfall ein streitiges Verfahren, etwa zur Rechtsfortbildung, notwendig und sinnvoll sein kann.

3.1.4 Gerichtliche Bußgeldentscheidungen

In dem Bußgeldverfahren gegen insgesamt 92 Unternehmen der Transportbetonbranche in den Markträumen München, Nürnberg/Fürth, Leipzig, Halle, Region entlang der Bundesautobahn A4 in Thüringen, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster, Rendsburg sowie in mehreren Markträumen des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 34, 82) hatten 14 Unternehmen und zwei Betroffene Einspruch gegen die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes eingelegt. Nachdem drei Einsprüchen durch das Bundeskartellamt abgeholten wurde und zwei weitere Einsprüche zurückgenommen wurden, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf über die verbleibenden elf Einsprüche im Frühjahr 2009 in drei Urteilen entschieden. Mit einer Ausnahme, in der ein Freispruch wegen Verjährung erfolgte, hat das Gericht in allen Fällen Bußgelder verhängt. In der unter dem Aktenzeichen VI-2 Kart 10/08 OWi ergangenen Entscheidung stellte das Oberlandesgericht u. a. fest, dass durch die Regelung des § 81 Absatz 4 Satz 2 der Regelbußgeldrahmen von bis zu einer Mio. Euro bis zu der durch Satz 2 vorgesehenen Kappungsgrenze erhöht und nicht durch die Umsatzschwelle begrenzt werden sollte. Daraus folgt, dass die Regelung des § 81 Absatz 4 Satz 2 bezüglich Unternehmen, deren Gesamtumsatz weniger als zehn Mio. Euro beträgt, nicht zu einer bei der Bemessung des Bußgeldes zu beachtenden Obergrenze von zehn Prozent des Umsatzes führt. Gegen die Oberlandesgerichts-Entscheidung haben drei Unternehmen Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 26. Juni 2009 (Aktenzeichen: VI-2a Kart 2 – 6/08 OWi) gegen die fünf Zementunternehmen HeidelbergCement AG, Holcim (Deutschland) AG, Dyckerhoff AG, Lafarge Zement GmbH und Schwenk Zement KG Geldbußen wegen Quotenabsprachen in Höhe von insgesamt 328,5 Mio. Euro verhängt. Insgesamt sind von den ursprünglich vom Bundeskartellamt verhängten Geldbußen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 33) nun knapp 400 Mio. Euro rechtskräftig bzw. vorläufig gerichtlich bestätigt. Maßstab für die Bußgeldhöhe waren die durch das Kartell erzielten Mehrerlöse. Die verhängten Geldbußen fielen im Vergleich zu den ursprünglichen Beschlüssen des Bundeskartellamtes geringer aus. Zu der Reduktion führte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes die Kooperation

einiger der beschuldigten Unternehmen im Laufe des Verfahrens sowie vor allem auch eine vorsichtige Schätzung des vom Gericht bestellten ökonomischen Sachverständigen zu der Frage der durch die Absprachen erzielten Mehrerlöse und getroffenen Sicherheitsabschläge wegen verbleibender Unsicherheiten. Darüber hinaus ergingen in geringerem Maße auch Teilfreisprüche wegen einiger nicht nachweisbarer Tatkomplexe. Die Unternehmen HeidelbergCement, Schwenk, Lafarge und Holcim haben gegen das Urteil Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Im Verlauf des Verfahrens beim Oberlandesgericht Düsseldorf zur Überprüfung der Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes gegen 17 Versicherungsunternehmen und 23 persönlich Betroffene wegen kartellrechtswidriger Absprachen im Bereich Industrieversicherung haben alle persönlich Betroffenen und die nebenbetroffenen Unternehmen bis auf die HDI-Gerling Industrie Versicherung AG ihre Einsprüche gegen die Bußgeldbescheide des Amtes zurückgenommen. Damit sind Geldbußen in Höhe von ca. 140 Mio. Euro rechtskräftig. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte in der abschließenden Hauptverhandlung am 13. Januar 2010 (Aktenzeichen: VI-Kart 55/06 OWi) festgestellt, dass die HDI-Gerling Industrie Versicherung AG nicht für die möglicherweise durch die von der Gerling Konzern Versicherung AG begangene Ordnungswidrigkeit haftet, weil die Voraussetzungen für eine Rechtsnachfolge nicht erfüllt sind.

3.2 Sonstige horizontale Kooperationen

Nach der weitgehenden Abschaffung des Anmeldeystems für Vereinbarungen zwischen Unternehmen durch die Verordnung (EG) 1/2003 und die 7. GWB-Novelle müssen Unternehmen seit einigen Jahren in erster Linie selbst prüfen, ob Kooperationen im Einklang mit dem Kartellrecht stehen. Das Bundeskartellamt kann den Unternehmen im Rahmen seines Aufgreifermessens in bestimmten Fällen – z. B. beim Auftreten neuer Rechtsfragen – informelle Hinweise zur wettbewerblichen Prüfung geben. Im Berichtszeitraum erfolgte dies in einer Vielzahl von Fällen.

3.2.1 Breitbandkooperationen

Das Bundeskartellamt hat Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland erarbeitet. Kooperationen zwischen Wettbewerbern beim Netzausbau bedürfen in bestimmten Fällen und ungeachtet des Regulierungskontextes einer umfassenden allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Prüfung (S. 31 f., 107 f.).

3.2.2 Musterbedingungen der Bauindustrie

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie hat nach intensiver Konsultation mit dem Bundeskartellamt (S. 79 f. und Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 119 f.) eine unverbindliche Empfehlung zur Anwendung von Angebots- und Vertragsbedingungen für Bauaufträge im Wirtschaftsbau ausgesprochen. Der zugrunde liegende Be-

schluss des Hauptverbandes enthält u. a. – und abweichend vom zunächst vorgelegten Entwurf – keine sanktionsbewehrte Pflicht für die Verbandsmitglieder, ausschließlich die Musterbedingungen anzuwenden. Zudem werden die Wertungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – wie z. B. das Transparenzgebot und der Grundsatz der Vertragsparität – berücksichtigt. Im Ergebnis stellt die Empfehlung keine verbotene wettbewerbsbeschränkende Koordinierung gemäß § 1 dar.

3.2.3 Rundholz-Vermarktung

Im Bereich Vermarktung von Rundholz hat das Bundeskartellamt die von den Bundesländern Baden-Württemberg (2008), Nordrhein-Westfalen, Thüringen und Rheinland-Pfalz angebotenen Verpflichtungen betreffend nach § 32b Absatz 1 für bindend erklärt.

Die Forstbehörden der Länder bewirtschaften den eigenen Staatsforst und vermarkten daneben entgeltlich Holz für private und kommunale Waldbesitzer. Die vertragliche Bündelung der Vermarktung von Holz aus Staats-, Privat- und Körperschaftswald ermöglichte es, das Marktgeschehen hinsichtlich der Menge und der Preisgestaltung flächendeckend zu bestimmen. So wurde der Wettbewerb bei der Holzvermarktung weitgehend beschränkt. Die staatlichen Forstbehörden verpflichteten sich zur Abhilfe u. a. dazu, nur Vermarktungsk Kooperationen mit Dritten bis zu einer bestimmten Größe einzugehen und die eigenständige Vermarktung durch Dritte zu unterstützen (S. 73).

3.2.4 Entgelte bei Geldautomatenabhebungen

Das Bundeskartellamt hat sich ferner mit den Vereinbarungen über das ec-Geldautomatensystem befasst, die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft geschlossen haben. Diese Vereinbarungen ermöglichen eine flächendeckende Bargeldversorgung. Sie erlaubten es bestimmten Geldautomatenbetreibern jedoch auch, die Interbankenentgelte für Verfügungen durch Fremdkunden einseitig und stetig zu erhöhen und diese auf die Endkunden abzuwälzen. Anfang 2011 sollen daher bei Fremdadhebungen die bisherigen Interbankenentgelte durch direkte Kundenentgelte ersetzt werden (S. 91).

3.2.5 Bargeldlose Kartenzahlungen

Einzelne Spitzenverbände der Kreditwirtschaft haben mit Unternehmen der Mineralölwirtschaft im Rahmen individueller Vereinbarungen Entgelte für die Zahlungsgarantie der Banken bei bargeldlosen Kartenzahlungen im elektronischen Lastschriftsystem vereinbart. Diese sind niedriger als die Händlerentgelte, die für das electronic cash-System im Zentralen Kreditausschuss seitens der Spitzenverbände für Händler kollektiv vereinbart worden sind. Andere große Handelsunternehmen haben ebenfalls individuelle Verhandlungen mit Banken aufgenommen. Vor diesem Hintergrund prüft das Bundeskartellamt, ob die kollektive Vereinbarung zum electronic cash-System als grundsätzlich wettbewerbsbeschränkende Absprache un-

erlässlich für dessen Betrieb i.S.d. § 2 und Artikel 101 AEUV ist.

3.2.6 Koordination von Erfassungsausschreibungen dualer Systeme

Im November 2010 haben drei Betreiber sog. dualer Systeme einen Vertrag über die Ausschreibung der Sammlungsleistungen für Verpackungsabfälle (Gelbe Tonne, Altglascontainer) unterzeichnet. Bis zum Februar 2011 haben fünf der sechs weiteren dualen Systeme ihren Beitritt zum Ausschreibungsvertrag erklärt. Nach dem Vertrag soll weiterhin eine einzige Erfassungsinfrastruktur betrieben werden, die nun jedoch nicht mehr allein von der Dualen System Deutschland GmbH (DSD) organisiert wird. Das Bundeskartellamt hatte zuvor den dualen Systemen Anforderungen an eine Koordination der Erfassungsausschreibungen mitgeteilt, damit diese die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 bzw. Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllen kann (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 154). Der Ausschreibungsvertrag wird diesen Anforderungen in zentralen Eckpunkten gerecht. Der Vertrag sieht eine Verlosung der Ausschreibungsverantwortung für die über 400 Sammelgebiete unter den dualen Systemen gemäß deren Verpackungsmengenanteilen vor, so dass künftig nicht nur DSD, sondern auch andere duale Systeme gebietsweise Ausschreibungsverantwortung übernehmen. Die Unterzeichner verpflichten sich gegenseitig, von einer ausschreibungsfreien In-House-Vergabe abzusehen. Mit der Ausschreibungsführerschaft geht eine Verantwortung des betreffenden dualen Systems für den Hauptkostenanteil im jeweiligen Sammelgebiet einher. Hierdurch werden Anreize geschaffen, die lokalen Sammelsysteme zu optimieren. Die beteiligten dualen Systeme treffen derzeit die Vorbereitungen für die im April 2011 beginnenden Ausschreibungen.

3.2.7 Gemeinschaftsunternehmen

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum zudem in verschiedenen Verfahren – insbesondere gesellschaftsrechtliche – Verflechtungen zwischen Wettbewerbern untersucht. Solche Verflechtungen können beispielsweise auf direkten – auch wechselseitigen – Beteiligungen oder auf der gleichzeitigen Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen beruhen und den Wettbewerb zwischen den Beteiligten gemäß § 1/Artikel 101 AEUV beeinträchtigen. Soweit gleichzeitig eine Fusionskontrollprüfung erfolgte, wurde über diese Fälle bereits in diesem Kontext berichtet (S. 28 f.).

Im Bereich Chemikalien werden Minderheitsbeteiligungen zwischen Wettbewerbern kritisch geprüft, wenn durch die eingeräumte Teilhabe der Einblick in wettbewerbsrelevante Informationen des Konkurrenten ermöglicht wird.

Im Chemikaliengroßhandel und in einer Sektoruntersuchung im Bereich Asphaltmischgut prüft das Bundeskartellamt deutschlandweit Verflechtungen zwischen Wettbewerbern. Überprüft werden u. a. Verflechtungen auf Grundlage von Gemeinschaftsunternehmen, deren Mut-

tergesellschaften auf denselben relevanten Märkten tätig sind wie das Gemeinschaftsunternehmen (S. 82, 75).

4. Vertikalvereinbarungen

In einer Reihe von Verfahren verhängte das Bundeskartellamt Bußgelder gegen Unternehmen, die durch Nachteilsandrohung bzw. Vorteilsgewährung versuchten, Unternehmen der nachgelagerten Marktstufe im Endverkaufspreis zu binden (Preisbindung der zweiten Hand). So nahm Microsoft durch Werbeunterstützungen unrechtmäßig Einfluss auf den Wiederverkaufspreis des Software-Pakets „Office Home & Student 2007“ (vgl. S. 110). Garmin beeinflusste die Preissetzung ihrer Händler mit einem rückwirkenden Bonusprogramm (vgl. Fallbericht vom 28. Juni 2010, B5-100/09). Weitere Verfahren wegen Druckausübung zur Durchsetzung einer Preisbindung der zweiten Hand wurden gegen Phonak (vgl. S. 104) und CIBA-Vision (vgl. S. 104 f.) geführt. Auch wurden gegen Bekleidungs- und Schuhhersteller Beschwerden wegen vertikaler Preisbindung vorgebracht (S. 81).

Das Bundeskartellamt untersagte im Juli 2009 ferner die Anwendung des Vertriebsvertrags zwischen der marktstarken Merck und ihrer ehemaligen Vertriebstochter VWR International, da dieser nicht freistellungsfähige exklusive Vertriebsrechte und Wettbewerbsverbote enthält (S. 83 f. und Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 88).

5. Sektoruntersuchungen

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in mehreren Fällen Sektoruntersuchungen im Bereich Kraftstoffe (S. 123), Gasfernleitungsnetze (S. 119), Stromerzeugung (S. 118), Fernwärme (S. 119), Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel (S. 19, 69) und Walzasphalt (S. 75) eingeleitet. Sektoruntersuchungen richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen und dienen nicht ausschließlich Ermittlungen zu spezifischen Kartellrechtsverstößen. Sie bieten die Möglichkeit, die Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einem Sektor insgesamt zu untersuchen. Dabei werden von den relevanten Unternehmen und Verbänden Informationen, Unterlagen und Erklärungen eingeholt. Das Bundeskartellamt verbessert damit auch die Datengrundlage, um spezifische Tatbestände zukünftig besser würdigen zu können. Dabei strebt das Bundeskartellamt einen offenen Dialog mit allen Beteiligten an und hält Fachkreise sowie die allgemeine Öffentlichkeit über die Fortschritte der Untersuchung auf dem Laufenden.

6. Verfahrens- und Prozessrecht

6.1 Kartellbehördliches Verfahrensrecht

6.1.1 Verwaltungsverfahren

Beiladung

Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Beiladungsantrag zulässigerweise gestellt werden kann, wurde durch den Bundesgerichtshof entschieden. In dem Fall „Versicherungsgemeinschaft“ hatte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO den Beiladungsantrag zum behördlichen

Verfahren nach Erlass der Untersagungsverfügung, jedoch noch vor Beschwerdeerhebung in der Hauptsache gestellt. Der Bundesgerichtshof bestätigte, dass eine (einfache) Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich nur in Betracht kommt, wenn der Beiladungsantrag vor Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens gestellt worden ist (Beschluss vom 7. April 2009, Aktenzeichen: KVR 34/08).

Im Fall „Universitätsklinikum Greifswald“ hat sich der Bundesgerichtshof mit der Beiladung in Ministererlaubnisverfahren befasst (Beschluss vom 7. April 2009, Aktenzeichen: KVR 58/08). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hatte den Beiladungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof kam ebenso wie zuvor das Oberlandesgericht zu dem Ergebnis, dass dieser Beiladungsantrag verspätet war. Das Gericht entschied, dass eine Beiladung nicht in Betracht komme, wenn der Beiladungsantrag erst nach Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens, hier nach Erteilung der Ministererlaubnis, gestellt werde. Denn die Beiladung solle es der Kartellbehörde ermöglichen, ihre Entscheidung auf eine breitere, den Interessen der anderen Marktbeteiligten Rechnung tragende Grundlage zu stellen. Diesen Zweck könne eine Beiladung nach Abschluss des behördlichen Verfahrens nicht mehr erfüllen.

Vielmehr hätte eine Beiladung aufgrund eines verspäteten Beiladungsantrags allein die Funktion, dem Beiladungs-petenten nachträglich eine Beschwerdebefugnis zu verschaffen. Hierfür bestehe jedoch kein schutzwürdiges Interesse, weil nach der „pepcom-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 7. November 2006, Aktenzeichen: KVR 37/05; Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 41) das Beschwerderecht nicht nur dem tatsächlich Beigeladenen, sondern auch demjenigen zustehe, dessen Antrag durch die Kartellbehörde aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden sei. Eine Ausnahme von dem Erfordernis des rechtzeitigen Beiladungsantrags gelte nach der „citiworks-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 11. November 2008, Aktenzeichen: EnVR 1/08) nur, wenn der Drittbetroffene den Beiladungsantrag deshalb nicht stellen konnte, weil die Behörde den Bescheid erlassen habe, ohne dass die Durchführung eines Verfahrens in der Öffentlichkeit bekannt gemacht worden sei.

In der Entscheidung „Pressegrosso“ hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Drittbeschwerde einer beigeladenen Interessenvereinigung gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens zwischen zwei Pressegrößen als unzulässig verworfen. Zwar sei der Grosso-Verband als Beigeladener des Verfahrens beschwerdeberechtigt und auch formell beschwert. Es fehle aber an der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung der materiellen Beschwer. Ob eine materielle Beschwer gegeben sei, müsse nach dem Zweck der Fusionskontrolle bestimmt werden. Im Falle einer kartellbehördlichen Freigabeentscheidung liege sie bei einem am Verfahren Beteiligten nur dann vor, wenn dieser durch die angefochtene Amtsverfügung unmittelbar in seinem eigenen unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld auf dem re-

levanten Markt nachteilig betroffen sei. Dies setze voraus, dass sich der beigeladene Beschwerdeführer und die Zusammenschlussbeteiligten auf zumindest einem der fusionsbetroffenen Märkte als Wettbewerber oder als Teil der Marktgegenseite begegneten (Beschluss vom 15. September 2009, Aktenzeichen: VI Kart 5/10 [V]).

Bestimmtheit und Anfechtbarkeit kartellbehördlicher Verfügungen

Der Bundesgerichtshof hat sich im Februar 2009 im Zusammenhang mit Gaslieferverträgen des Anbieters E.ON mit den Anforderungen an die Bestimmtheit kartellbehördlicher Verfügungen befasst (Beschluss vom 10. Februar 2009, Aktenzeichen: KVR 67/07). Wenn die Kartellbehörde einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 AEUV oder § 1 feststelle, müsse sich aus der Abstellungsverfügung im Einzelnen ergeben, welches zukünftige Verhalten dem betroffenen Unternehmen untersagt werde. Ein Gebot, „von Maßnahmen gleicher Zweckbestimmung und Wirkung abzusehen“, verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot.

Eine kartellbehördliche Untersagung, die einem Ferngasunternehmen aufgabe, bei einer gegebenen Laufzeit der Lieferverträge einen bestimmten Prozentsatz des tatsächlichen Vertriebsbedarfs des Abnehmers nicht zu überschreiten, sei dagegen hinreichend bestimmt.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat ferner in einer das Unternehmen GLOBUS betreffenden Entscheidung dargelegt, dass ein kartellbehördlicher Konkretisierungsbeschluss nicht isoliert angefochten werden kann (Beschluss vom 15. November 2009, Aktenzeichen: VI-Kart 7/09). Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen eines eingeleiteten Entflechtungsverfahrens eine Treuhänderanordnung erlassen. Später konkretisierte das Bundeskartellamt in einem Beschluss die in dieser Anordnung enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe. Das Oberlandesgericht hat die gegen den Konkretisierungsbeschluss gerichtete Beschwerde wegen anderweitiger Rechtshängigkeit als unzulässig verworfen. Die im Konkretisierungsbeschluss enthaltenen Begriffserläuterungen seien integraler Bestandteil der bereits angefochtenen Treuhänderanordnung.

Befreiung vom Vollzugsverbot (Eilverfahren)

Nach der Untersagung des Erwerbs der europäischen Cabrio-Dachsystemsparte von Karmann durch den Automobilzulieferer Magna haben die Zusammenschlussbeteiligten zunächst in einem Eilverfahren Anträge auf gerichtliche Befreiung vom Vollzugsverbot gestellt. Das Oberlandesgericht hat diese als unbegründet zurückgewiesen und zu den Voraussetzungen der Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß § 41 Absatz 2 Satz 1 Stellung genommen. Die Befreiung setze voraus, dass die Zusammenschlussbeteiligten hierfür wichtige Gründe geltend machten und insbesondere darlegten, dass die Befreiung vom Vollzugsverbot geboten sei, um schweren Schaden von ihnen oder von Dritten abzuwenden. Die Befreiungsmöglichkeit sei demnach auf besondere Ausnahmesitua-

tionen beschränkt. Nachteile, die sich üblicherweise aus dem gesetzlichen Vollzugsverbot ergäben, rechtfertigten eine einstweilige Befreiung nicht. Die Entscheidung über die Befreiung erfordere eine Abwägung der vorgetragenen Individualinteressen mit dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Vollzugsverbots. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde stellten dabei nur einen Faktor der Abwägung dar; sie seien kein vorrangiges Abwägungskriterium. Vorliegend hätten die Beteiligten weder nachvollziehbar dargelegt, noch hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Befreiung geboten sei, um einen schweren und im Ergebnis nicht mehr zumutbaren Schaden abzuwenden. Fehlt es danach schon an einem wichtigen Grund i. S. d. § 41 Absatz 2, kommt es im vorliegenden Zusammenhang auf die Rechtmäßigkeit der Untersuchungsentscheidung nicht mehr an.

Fusionskontrollverfahren ist Antragsverfahren

In der Entscheidung Phonak/GN Store (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. April 2010, Aktenzeichen: KVR 1/09) hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ein Antragsverfahren ist, in dem die Dispositionsmaxime gilt. Dies hat zur Folge, dass die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens bis zum Erlass einer verfahrensabschließenden Verfügung grundsätzlich jederzeit zurückgenommen und das Vorhaben zu einem späteren Zeitpunkt unter Inangasetzung neuer Fristen angemeldet werden kann.

6.1.2 Bußgeldverfahren

Durchsuchungsanordnungen

Mit Beschluss vom 2. September 2010 (Aktenzeichen: 27 Qs-B 7-34/10 Bundeskartellamt-22/10) hat das Landgericht Bonn die Beschwerde gegen eine vom Bundeskartellamt beantragte Durchsuchungsanordnung des Amtsgerichts Bonn zurückgewiesen. Das Landgericht bejahte dabei u. a. die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchungsanordnung, auch wenn die Beschwerdeführerin möglicherweise in zuvor laufenden Verwaltungsverfahren stets bemüht war, mit den Kartellbehörden zu kommunizieren und vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Bei den in dem konkreten Ermittlungsverfahren verfolgten Kartellverstößen hätte es sich um schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen mit großem Unrechtsgehalt gehandelt, bei deren Nachweis der Beschwerdeführerin folglich hohe Geldbußen drohten. In dieser Konstellation sei es nicht zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdeführerin selbst belastende Unterlagen freiwillig herausgebe. Darüber hinaus hätte ein förmliches Auskunftersuchen zudem die Gefahr in sich getragen, den Durchsuchungszweck massiv zu gefährden.

Im Beschluss vom 10. Januar 2011 (Aktenzeichen: 27 Qs 33/10 – LG Bonn) hat sich das Landgericht Bonn mit der Art und Weise der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei sowie der vorläufigen Sicherstellung und Sichtung von elektronischen Daten nach § 110 StPO auseinander gesetzt. Das Bundeskartellamt hatte einen entsprechenden Durchsuchungsbeschluss erwirkt, weil

ein dort seit 2009 als Partner tätiger Rechtsanwalt neben und schon vor seiner anwaltlichen Tätigkeit auch in leitender Position bei mehreren Unternehmen beschäftigt war, gegen die wegen horizontaler Kartellabsprachen ermittelt wurde. Der betroffene Rechtsanwalt wurde als für diese Unternehmen verantwortlich Handelnder der Teilnahme an diesen Absprachen verdächtigt. Diese Unternehmen waren nicht Mandanten des betroffenen Rechtsanwaltes, aber anderer Anwälte der durchsuchten Kanzlei. Das Bundeskartellamt durchsuchte in der Kanzlei u. a. einen Archivraum und stellte IT-Daten für eine Sichtung nach § 110 StPO vorläufig sicher, und zwar u. a. die seit 2009 entstandenen E-Mail-Daten zweier für den betroffenen Rechtsanwalt tätiger Sekretärinnen sowie elektronische Mandatsakten der der Kartellabsprache verdächtigen Unternehmen, soweit sie seit dem Eintritt des betroffenen Rechtsanwaltes entstanden waren. Gegen diese Maßnahmen richtete sich die (erfolglose) Beschwerde der Kanzlei sowie der Rechtsanwälte, deren Mandanten die verdächtigten Unternehmen waren.

Das Landgericht Bonn bestätigte die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen, insbesondere weil der betroffene Rechtsanwalt selbst Beschuldigter des Ermittlungsverfahrens war und dabei zumindest Mitgewahrsam an dem Archivraum sowie an den sichergestellten elektronischen Mandatsakten und E-Mail-Accounts gehabt hatte, weshalb diese auch nicht von vornherein unter den Beschlagnahmenschutz des § 97 Absatz 1 StPO fielen. Weiterhin wurde hervorgehoben, dass nicht der gesamte Datenbestand der Kanzlei mitgenommen worden sei, sondern den Umfang der sichergestellten Daten – etwa in zeitlicher Hinsicht – auf das ermittlungstechnisch mögliche Minimum beschränkt hätten. Die mit den Maßnahmen verbundene Beeinträchtigung Dritter, nämlich insbesondere der von dem Verfahren nicht betroffenen Rechtsanwälte, war in einer Gesamtschau der bei der Durchsuchung vorliegenden Umstände und in Ansehung des erheblichen Tatvorwurfs schwerwiegender kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten, die hinsichtlich Ausmaß und Schwere denen einer Straftat erheblicher Bedeutung gleichen, hinzunehmen. Die verfassungsrechtlich und aufgrund § 160a Absatz 2 StPO gesteigerten Anforderungen an die Zulässigkeit der Maßnahmen seien somit erfüllt gewesen.

Beschlagnahmeanordnungen

Mit der Frage, ob Anwaltskorrespondenz im Gewahrsam des Beschuldigten, die aus früheren Verwaltungsverfahren stammt, wegen des Verteidigerprivilegs beschlagnahmefrei sind, befasste sich das Landgericht Bonn im Beschluss vom 14. September 2010 (Aktenzeichen: 27 Qs-B7-34/10-U2 Bundeskartellamt-21/10). Der Beschuldigte hatte argumentiert, dass diese Korrespondenz als Verteidigerunterlagen zu qualifizieren sei, weil sie im Zusammenhang mit dem Bußgeldverfahren stünde, in dem der Beschuldigte durchsucht worden war, auch wenn sie zu einer Zeit erstellt worden war, zu der das Bundeskartellamt nur Verwaltungsverfahren wegen desselben Verfahrensgegenstandes geführt hätte. Das Landgericht Bonn lehnte ein Beschlagnahmeverbot ab, weil die fraglichen Unterlagen nicht zum Zwecke der Verteidigung im

aktuellen Bußgeldverfahren, sondern im Rahmen der Rechtsberatung zu anderen Verfahren erstellt worden waren.

Akteneinsicht

Mit Beschluss vom 2. August 2010 vom Amtsgericht Bonn (Aktenzeichen: 51 Gs 1122/10 AG Bonn) wurde ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung wegen der Versagung der Akteneinsicht des Verteidigers einer Betroffenen als unzulässig abgewiesen. Bei einer Durchsichtung der Betroffenen hatte das Bundeskartellamt u. a. Schriftstücke, die die Betroffene gefertigt hatte, beschlagnahmt. Die Betroffene hatte Akteneinsicht durch ihren Verteidiger u. a. in diese Schriftstücke beantragt und – als das Bundeskartellamt diese vorläufig wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks versagt hatte – deswegen gerichtliche Entscheidung nach § 162 StPO gestützt auf § 147 Absatz 3 i. V. m. Absatz 5 Satz 2 StPO beantragt, da die von ihr gefertigten Schriftstücke „Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten“ im Sinne dieser Vorschrift gleichzusetzen seien. Das Amtsgericht folgte dieser Rechtsauffassung nicht und sah auch sonst keinen der in § 147 StPO genannten Fälle als gegeben an, in denen eine Anfechtungsmöglichkeit gegen die Versagung der Akteneinsicht besteht.

Das Akteneinsichtsrecht Dritter nach § 406e StPO in Bonusanträge und die von Bonuskunden freiwillig vorgelegten Unterlagen war Gegenstand eines Vorlagebeschlusses des Amtsgerichts Bonn vom 4. August 2009 (Aktenzeichen: 51 Gs 53/09 AG Bonn) an den Europäischen Gerichtshof. Darin wurde nach Artikel 234 EG die Frage zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob insbesondere Artikel 11 und 12 Verordnung (EG) 1/2003 sowie Artikel 10 Absatz 2 i. V. m. Artikel 3 Absatz 1g Verordnung (EG) 1/2003 dahin gehend auszulegen sind, dass Kartellgeschädigte keine Akteneinsicht in die o. g. Unterlagen erhalten dürfen. Die Beantwortung dieser Vorlagefrage durch den Europäischen Gerichtshof steht noch aus. Der zuständige Generalanwalt vertritt in seinem Schlussantrag vom 16. Dezember 2010 die Auffassung, dass die Gewährung von Akteneinsicht in den Bonusantrag die effektive Durchsetzung von Artikel 101 AEUV behindert, weil durch eine solche Akteneinsicht die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen erheblich beeinträchtigt würde. Dies gereiche letztlich auch zum Nachteil der Verletzten, die dann zukünftig aufgrund verringerter Aufdeckungsmöglichkeiten seitens der Kartellbehörde überhaupt nicht oder nur seltener von neuen Kartellen erfahren würden. Andererseits hält es der Generalanwalt grundsätzlich für unvereinbar mit dem europäischen Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren (Artikel 47 i. V. m. Artikel 51 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union), wenn die Akteneinsicht in andere, freiwillig vom Bonusantragsteller übermittelte Dokumente verweigert wird, die für die Vorbereitung einer Schadensersatzklage hilfreich sein können. Letzteres gelte jedoch nicht für Rechtsordnungen, einschließlich derjenigen der Bundesrepublik Deutschland, in denen private Kläger Schadensersatzklagen auf bestandskräftige Entscheidun-

gen der nationalen Wettbewerbsbehörde oder in der Rechtsmittelinstanz ergangene rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen stützen können, um einen Verstoß gegen Artikel 101 AEUV nachzuweisen. Bis zur endgültigen Klärung dieser Fragen durch den Europäischen Gerichtshof wird das Bundeskartellamt entsprechend Randnummer 22 der Bonusregelung vom 7. März 2006 keine Einsicht in Bonusanträge und die dazu übermittelten Beweismittel gewähren.

Mit der Akteneinsicht Kartellgeschädigter in einen rechtskräftigen Bußgeldbescheid befasste sich der Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 19. Juli 2010 (Aktenzeichen: 51 Gs 1194/10 AG Bonn). Hierin hat das Amtsgericht die Entscheidung des Bundeskartellamtes zunächst dahingehend bestätigt, dass einem möglichen Inhaber von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder eines Kartells ein Recht auf Akteneinsicht in die um Geschäftsgeheimnisse bzw. bestimmte persönliche Angaben der Betroffenen bereinigte Fassung eines Bußgeldbescheides auch dann zusteht, wenn bislang noch kein konkreter Anspruch geltend gemacht worden ist. Weiterhin betonte das Amtsgericht, dass es sich bei der Haftung aus § 33 Absatz 1 nicht um eine vertragsrechtliche, sondern um eine deliktsrechtliche Haftung handelt. Demzufolge seien nicht nur die jeweiligen Vertragspartner der durch ein Kartell geschädigten Marktteilnehmer passivlegitimiert, sondern grundsätzlich alle Teilnehmer des Kartells. Fehlende Geschäftskontakte zu einem bestimmten Kartellbeteiligten seien daher kein Grund, dessen Namen im Rahmen der Akteneinsicht eines potenziell Geschädigten zu schwärzen. Weiterhin müsste das Bundeskartellamt nicht prüfen, ob sich aus den relevanten Teilen des Bußgeldbescheides Erkenntnisse ergeben könnten, die zur Substantiierung der Schadensersatzansprüche erforderlich seien und ob tatsächlich Schadensersatzansprüche bestünden. Entscheidend für die Interessenabwägung i. S. d. § 406e StPO sei vielmehr, ob solche Ansprüche grundsätzlich bestehen könnten.

Nicht durchgreifend war die Ansicht einer Nebenbetroffenen, deren Verfahren noch beim Bundesgerichtshof anhängig war, dass für eine Entscheidung über die Akteneinsicht in den (rechtskräftigen) Bußgeldbescheid einer anderen Nebenbetroffenen der Bundesgerichtshof und nicht das Bundeskartellamt zuständig sei, weil dieser die erstgenannte Nebenbetroffene betreffende Informationen enthielt. Das Amtsgericht stellte fest, dass bei Akteneinsichtsansträgen gemäß § 406e StPO in solchen Fällen, in denen neben den Interessen dessen, gegen den sich das betreffende Verfahren als Betroffenen richtet, noch Interessen Dritter betroffen sind, von einer Zuständigkeitskonzentration bei der Stelle auszugehen ist, die nach der gesetzlichen Regelung im Hinblick auf den Betroffenen zuständig ist. Für die Annahme einer doppelten bzw. geteilten Zuständigkeit sei kein Raum.

Im vorgenannten Beschluss entschied das Amtsgericht Bonn ebenfalls, dass ein Akteneinsichtsgesuch nicht deshalb abgelehnt werden kann, weil (noch) kein rechtskräftiger Bescheid vorliegt. Diesbezüglich wies das Amtsgericht darauf hin, dass eine gerichtliche Entscheidung im

Ordnungswidrigkeitenverfahren andere Grundlagen habe als eine Entscheidung über Schadensersatzansprüche, so dass es nicht unbedingt darauf ankomme, ob ein Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden sei oder ein Freispruch vorliege.

Mit Beschluss vom 27. September 2010 (Aktenzeichen: 27 Qs-Bundeskartellamt -25/10) bestätigte das Landgericht Bonn, dass die Beschwerde gegen einen Beschluss des Amtsgerichts Bonn, der die Entscheidung des Bundeskartellamtes bezüglich der Gewährung von Akteneinsicht durch Dritte nach § 406e StPO bestätigte, unzulässig ist. Die angefochtene Entscheidung sei nach § 62 Absatz 2 Satz 3 OWiG unanfechtbar. Eine „anderweitige gesetzliche Regelung“ im Sinne dieser Vorschrift ergebe sich hier nicht – wie von den Beschwerdeführern vorgetragen – aus §§ 46 Absatz 1, Absatz 3 Satz 4 OWiG i. V. m. § 406e Absatz 4 Satz 4 StPO.

Mit Beschluss vom 21. April 2009 hat das Amtsgericht Bonn (Aktenzeichen: 51 Gs 551/09 AG Bonn) entschieden, dass im Rahmen der Vorbereitung der Akteneinsicht Dritter nach § 406e StPO in einen Bußgeldbescheid allen anderen in dem Bußgeldbescheid genannten Kartellteilnehmern Gelegenheit zur Kennzeichnung von Geschäftsgeheimnissen gegeben werden muss. Dafür könne das Bundeskartellamt diesen eine ungeschwärzte Version des Bußgeldbescheides übermitteln, auch wenn diese möglicherweise Geschäftsgeheimnisse gegenüber den anderen Kartellteilnehmern enthielten, weil sich deren Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 Absatz 1 StPO in dem Verfahrenskomplex ohnehin auf sämtliche Aktenbestandteile in allen Parallelverfahren erstrecke.

6.2 Prozessrecht

Verwaltungsverfahren

Rechtsweg bei Krankenkassen

Das Bundessozialgericht (Bundessozialgericht, Beschluss vom 28. September 2010, Aktenzeichen: B 1 SF 1/10 R) bestätigte die Entscheidung des Landessozialgerichts Hessen, wonach für die Klage einer gesetzlichen Krankenkasse gegen einen Auskunftsbefehl des Bundeskartellamtes der beschrittene Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist.

Zur Begründung führte das Bundessozialgericht an, es handele sich insoweit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) im Sinne von § 51 Absatz 1 Nummer 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Diese Zuweisungsklausel umfasse alle Streitigkeiten, die aus Anlass der Durchführung der öffentlichen Aufgabe „Sozialversicherung“ entstünden, sofern sie ihre materiell-rechtliche Grundlage im Sozialversicherungsrecht hätten. Hier sei eine Angelegenheit der Krankenversicherung betroffen, nämlich der Anspruch auf kompetenzgerechte Aufsicht. Maßgebend für die Zuordnung sei, dass die Klägerin ihr Klagebegehren – Anspruch auf Unterlassung kompetenzwidriger Aufsicht im Zusammenhang mit der Erhebung von Zusatzbeiträgen und ihrer Pflicht zur Kooperation mit anderen Krankenkassen – aus dem im materiellen Sozialrecht

wurzelnden Recht auf Selbstverwaltung herleite, nicht aber aus dem Kartellrecht. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung stehe ihr ein subjektives Recht gegenüber der Staatsverwaltung auf Wahrung ihrer gesetzlich eingeräumten Kompetenzen zu, welches sie im Sozialrechtsweg geltend machen könne. Dies gelte auch, soweit sich die Aufsichtsmaßnahme auf das Gebiet der Kooperation von Krankenkassen bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe erstrecke. Dem liege die Erkenntnis zugrunde, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen den Krankenkassen einem Sonderrecht der Träger öffentlicher Aufgaben unterworfen sei, nämlich sozialversicherungsrechtlichen Normen, die den Interessen der Allgemeinheit dienen. Zum Recht auf Selbstverwaltung gehöre das Recht auf Unterlassung kompetenzwidriger Aufsichtsmaßnahmen, das Recht auf Erhebung eines Zusatzbeitrages und das Recht, das eigene Verhalten an der Pflicht der Krankenkassen zur Zusammenarbeit auszurichten und zwar insbesondere auch im Zusammenhang mit einer möglichen Koordinierung des Termins zur Einführung von Krankenkassen-Zusatzbeiträgen. Das Verwaltungshandeln, welches das Bundeskartellamt zum Anlass seiner Anordnung genommen habe und rechtlich in Frage stelle, sei Ausdruck dieser dem Sozialversicherungsrecht entstammenden Rechtspflicht zur Kooperation.

Die Zuständigkeit nach § 51 Absatz 1 Nummer 2 SGG werde auch nicht durch die in § 63 geregelte Zuständigkeit verdrängt. Vielmehr habe § 51 SGG als speziellere Vorschrift Vorrang gegenüber den allgemeinen, hinsichtlich der Ausgestaltung der Aufsicht über sozialversicherungsrechtliche Selbstverwaltungsträger unspezifischen Regeln des GWB. Hierfür spreche auch, dass der Gesetzgeber selbst für das Leistungserbringerrecht die Anwendbarkeit der Regelungen des GWB über den gerichtlichen Rechtsschutz gezielt ausgeschlossen habe. Wenn der Gesetzgeber dies schon für das Leistungserbringerrecht geregelt habe, gelte dieser Grundsatz erst recht für das Aufsichtsrecht.

Diese Auffassung des Bundessozialgerichts wurde nunmehr mit dem Arzneimittelmarkt-Neuordnungsgesetz (AMNOG) durch den Gesetzgeber korrigiert (S. 20 f.).

Rechtsweg bei Akteneinsichtersuchen nach IFG

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich für unzuständig erklärt, soweit es um die Überprüfung von Entscheidungen geht, die das Bundeskartellamt nach dem Informationsfreiheitsgesetz trifft. Zuständig seien insoweit nicht die Kartellgerichte, sondern die Verwaltungsgerichte. Das Informationsfreiheitsgesetz selbst habe den gerichtlichen Rechtsschutz nach Maßgabe des § 42 Absatz 1 VwGO durch die Bereitstellung von Verpflichtungs- und Anfechtungsklage ausgestaltet (in §§ 8 Absatz 2 S. 3, 9 Absatz 4 IFG). Entscheidungen des Bundeskartellamtes über die Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten gegenüber Antragstellern nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes könnten daher seitens der Drittbetroffenen nicht mit der Beschwerde zum Kartellsenat nach § 63 angegriffen werden. Das Oberlandesgericht

Düsseldorf hat den Rechtsstreit dementsprechend an das Verwaltungsgericht Köln verwiesen (Beschluss vom 15. Juni 2009, Aktenzeichen: VI-Kart 2/09 V)).

Gerichtliches Verfahren bei Kostensachen im Vergaberecht

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist gegen einen Gebührenfestsetzungsbescheid der Vergabekammern des Bundes zwar die sofortige Beschwerde nach § 116 statthaft und damit der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Anders als im Hauptsacheverfahren seien die Vergabekammern des Bundes (bzw. deren Rechtsträger) jedoch in Kostensachen an dem gerichtlichen Verfahren als Partei zu beteiligen. Bei einem Gebührenfestsetzungsbescheid entschieden die Vergabekammern des Bundes nicht als neutrale Dritte, sondern über eigene Ansprüche gegen den Kostenschuldner. Eine Zurückverweisung an die Vergabekammern des Bundes nach § 119 sei bei Aufhebung von Kostenbeschlüssen nicht angemessen. Vielmehr sei zu erwägen, dass das Oberlandesgericht die Gebühr für das Verfahren der Vergabekammern des Bundes selbst festsetze. Hinsichtlich der Prozesskosten würden andere Oberlandesgerichte teilweise keine Gerichtsgebühren erheben und keine Kostenersatzung anordnen (in analoger Anwendung von § 66 Absatz 8 Gerichtskostengesetz). Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf sind die Kosten eines erfolgreichen Rechtsmittels dagegen insgesamt den Rechtsträgern der Vergabekammern des Bundes aufzuerlegen, dem auch die Gebühren aus dem Kostenbescheid der Vergabekammern des Bundes zufließen. Da das Oberlandesgericht Düsseldorf damit von Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte in Vergabesachen abweichen würde, hat das Gericht die Sache gemäß § 124 Absatz 2 S. 1 dem Bundesgerichtshof vorgelegt (Beschluss vom 12. Juli 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 17/10).

Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Für das – nach Erreichen des Befristungszeitpunkts einer befristeten Verfügung erforderliche – Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Der Bundesgerichtshof hat in Bezug auf eine Verfügung der Landeskartellbehörde Hessen im Bereich der Wasserversorgung klargestellt, dass ein solches (Fortsetzungs-) Feststellungsinteresse auch dann gegeben ist, wenn eine Untersagungsverfügung von vornherein befristet war, jedoch bei gleichbleibendem Verhalten erneut ein Verwaltungsverfahren droht und somit in dem laufenden Verfahren Klarheit über die Rechtslage geschaffen werden soll und kann (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen: KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar).

Auch in der Rechtssache Springer/Pro Sieben (Beschluss vom 8. Juni 2010, Aktenzeichen: KVR 4/09) äußerte sich der Bundesgerichtshof zu der Frage, wann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Falle der Erledigung des Zusammenschlussvorhabens zu bejahen sein kann. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hatte sich das ursprüngli-

che Vorhaben zwar erledigt, da zumindest eine Partei das Vorhaben endgültig aufgegeben hatte. Nicht erforderlich für die Erledigung ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs indes, dass das Vorhaben auch objektiv undurchführbar geworden ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts hat der Bundesgerichtshof ein berechtigtes Interesse von Springer an der Feststellung der Unbegründetheit der Untersagungsverfügung jedoch bejaht. Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung klar, dass seine bisherige Rechtsprechung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Rechtsschutzes der Zusammenschlussbeteiligten führen und deshalb insoweit nicht mehr aufrecht erhalten werden konnte. Wenn die Beteiligten das Zusammenschlussvorhaben infolge der Untersagungsverfügung aufgeben, weil sich das Vorhaben aus nachvollziehbaren wirtschaftlichen Gründen nicht bis zum Abschluss der gerichtlichen Überprüfung in der Schwebe halten lässt, kann auf Seiten der Beteiligten auch ohne ein erneutes konkretes Zusammenschlussvorhaben ein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Klärung bestehen. Der gebotene Rechtsschutz sei den Zusammenschlussbeteiligten in einer solchen Konstellation – in Anlehnung an das europäische Recht – dadurch zu gewähren, dass im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nach § 71 Absatz 2 Satz 2 ein großzügigerer Maßstab an das Feststellungsinteresse angelegt werde. Nach der Entscheidung ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ausnahmsweise schon dann zu bejahen, wenn die Beteiligten darlegen können, dass sie an der Klärung der durch die Untersagungsverfügung aufgeworfenen Fragen ein besonderes berechtigtes Interesse haben, das sich auch aus der Präjudizierung eines entsprechenden, wenn auch derzeit noch nicht absehbaren Zusammenschlussvorhabens ergeben kann. Im Streitfall war in diesem Zusammenhang insbesondere von Bedeutung, dass das Zielunternehmen jederzeit wieder zum Verkauf angeboten werden kann.

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wurde die bisherige Rechtsprechung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 25. September 2007, Aktenzeichen: KVR 30/06 – Springer/Pro 7) mit der Entscheidung Phonak/GN Store (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. April 2010, Aktenzeichen: KVR 1/09) fortgeführt. Hier hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass sich das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Präjudizierung nicht mehr ergeben kann, wenn sich die Marktverhältnisse bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Rechtsbeschwerdeinstanz so wesentlich geändert haben, dass die Begründung der erledigten Untersagungsverfügung keine prägende Bedeutung für die Prüfung eines künftigen Zusammenschlussvorhabens mehr haben kann.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der erledigten Untersagungsverfügung ist nach dieser Entscheidung der Zeitpunkt der Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache.

Die Entscheidung „EDEKA/Plus“ setzt den vorläufigen Schlusspunkt in der Rechtsprechung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse (Beschluss vom 5. Oktober 2010, Aktenzeichen: KVR 33/09):

Hierin stellt der Bundesgerichtshof klar, dass eine Untersagungsverfügung nur dann eine zur Zulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags führende Präjudizwirkung entfalten könne, wenn ein dem untersagten Vorhaben gleichartiges Zusammenschlussvorhaben möglich erscheine. Dafür sei grundsätzlich erforderlich, dass das ursprüngliche Zielunternehmen des Zusammenschlussvorhabens bei im Wesentlichen unveränderten Marktverhältnissen noch am Markt tätig sei und erneut als Teilnehmer eines Zusammenschlussvorhabens in Betracht komme. Bestehe das Zielobjekt dagegen nicht mehr, weil das Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben und vollzogen worden sei, scheide ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse regelmäßig aus.

Streitwert

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 13. Oktober 2010, Aktenzeichen: KVZ 41/08 – Cargotec) stellte der Bundesgerichtshof fest, dass die Festsetzung des Werts des Beschwerdeverfahrens durch das Beschwerdegericht (nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 9, § 68 Absatz 1 Satz 5, § 66 Absatz 3 Satz 3 GKG) nicht isoliert mit der Rechtsbeschwerde angreifbar ist.

Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Streitwert eines fusionskontrollrechtlichen Beschwerdeverfahrens im Regelfall nur mit einem Bruchteil des Kaufpreises anzusetzen ist und änderte daher die Streitwertfestsetzung des Beschwerdegerichts nach § 63 Absatz 3 GKG (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. April 2010, Aktenzeichen: KVZ 35/09 – Sauermilchkäse). Das Beschwerdegericht hatte den vollen Kaufpreis angesetzt.

Nachermittlungen und Akteneinsicht

Das Beschwerdegericht kann anstelle eigener Ermittlungen (Nach-)Ermittlungen des Bundeskartellamtes (§ 59) veranlassen. Hierfür müssen keine besonderen Voraussetzungen erfüllt sein. Das Beschwerdegericht verstößt nicht gegen Artikel 103 Absatz 1 GG, wenn es keine Einsicht in die Nachermittlungsakten des Bundeskartellamtes gewährt. Versagt die Kartellbehörde in einem Beschwerdeverfahren die erforderliche Zustimmung zur Einsicht in die Verfahrensakten (§ 72 Absatz 1 Satz 1), kann diese Entscheidung nur im Zwischenverfahren überprüft werden (§ 72 Absatz 2 Satz 4 bis 6). Das Beschwerdegericht ist insbesondere nicht befugt, in entsprechender Anwendung des § 99 Absatz 2 VwGO nachzuprüfen, ob die Verweigerung der Zustimmung rechtmäßig ist (Bundesgerichtshof, Entscheidung vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen: KVZ 16/09 – Douglas/HELA).

Aufklärungspflichten des Beschwerdegerichts

In der Sache Douglas/HELA (S. 80) hat sich der Bundesgerichtshof ebenfalls mit den das Beschwerdegericht tref-

fenden Aufklärungspflichten befasst. Dass sich das Beschwerdegericht im konkreten Fall nicht veranlasst sah, zusätzlich zu den weiteren Aufklärungsmaßnahmen eine repräsentative Befragung des maßgeblichen Verbraucherkreises durchzuführen, begegnete keinen grundsätzlichen Bedenken und führte nicht zur Zulassung der Rechtsbeschwerde. Zum einen gehörten die Mitglieder des Beschwerdegerichts selbst zu dem angesprochenen Verbraucherkreis. Zum anderen hatte das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass im Rahmen der Fusionskontrolle Verbraucherbefragungen im Allgemeinen nicht in Betracht kommen. Denn die sich aus der Fristgebundenheit des Verfahrens ergebende Beschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten gilt auch für das gerichtliche Beschwerdeverfahren.

7. Private Kartellrechtsdurchsetzung

Auch im Berichtszeitraum leisteten private Klagen einen wesentlichen Beitrag zur Durchsetzung und Fortentwicklung des Kartellrechts in Deutschland.

Im Berichtszeitraum erlangte das Bundeskartellamt von 556 Kartellzivilsachen Kenntnis. Als Kartellzivilsachen werden dabei diejenigen Fälle eingestuft, in denen sich die Parteien offensiv oder defensiv, allein oder unter anderem auf kartellrechtliche Gesichtspunkte berufen, um ihr prozessuales Ziel zu erreichen. Durch die Beteiligungsrechte an solchen privaten Rechtsstreitigkeiten nach § 90 und Artikel 15 Verordnung (EG) 1/2003 verfügt das Bundeskartellamt über einen hohen Grad an Transparenz und die Möglichkeit, sich aktiv als Berater des Gerichts („amicus curiae“, vgl. S. 50) an diesen Streitigkeiten zu beteiligen. Eine aktive Rolle spielt das Bundeskartellamt dabei im Regelfall in den Verfahren vor dem Bundesgerichtshof, wo es sich durch Stellungnahmen in der mündlichen Verhandlung beteiligt. In den unteren Instanzen kann das Bundeskartellamt aus Ressourcengründen nur im Ausnahmefall aktiv werden.

Der Schwerpunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung liegt dabei weiterhin auf eigenständigen Verfahren (sog. „stand alone actions“), die sich nicht darauf beschränken, im Nachgang zu Behördenverfahren Schadensersatzforderungen geltend zu machen (sog. „follow-on actions“). Ein Schwerpunkt der eigenständigen Verfahren liegt dabei auf Fällen aus dem Bereich der Liefer- und Geschäftsverweigerung, eine Vielzahl dieser Verfahren betrifft auch Vertragsverhältnisse unter dem Aspekt der Wirksamkeit von Verträgen oder ihrer Beendigung. Follow-on-Klagen im Bereich von Hardcore-Kartellen spielten nach den Beobachtungen des Bundeskartellamtes im Berichtszeitraum eine wachsende Rolle: Sie betrafen u. a. die Ansprüche von Geschädigten des Vitamin-Kartells, des Transportbeton-Kartells (Berlin), des Zement-Kartells, des Papier-Kartells und des Fahrtreppen-Kartells. Gerade bei den von der Europäischen Kommission beuhten Kartellen bewährt sich dabei das deutsche Kartell-Schadensersatzrecht auch im internationalen „Wettbewerb“ der Jurisdiktionen.

Die private Kartellrechtsdurchsetzung leistet schließlich auch einen wertvollen Beitrag für die Rechtsfortbildung.

Begrüßenswert ist dabei gerade mit Blick auf den Berichtszeitraum, dass der Bundesgerichtshof ausweislich seiner Entscheidungen in den Fällen „Reisestellenkarte“ (Urteil vom 3. März 2009, Aktenzeichen: KZR 82/07) und „Entega II“ (Urteil vom 7. Dezember 2010, Aktenzeichen: KZR 5/10) auch anhand von Zivilfällen bestrebt ist, zur Vermeidung von Schutzlücken das deutsche dem europäischen, aber auch das europäische dem deutschen Kartellrecht anzunähern.

8. Bundeskartellamt als *amicus curiae*

Nach § 90 Absatz 1 S. 3 ist das Bundeskartellamt über Rechtsstreitigkeiten, welche die Anwendung der Artikel 101 oder 102 AEUV (vormals Artikel 81, 82 EG a.F.) betreffen, zu unterrichten. Das Recht zur Teilnahme an einem Rechtsstreit als „*amicus curiae*“, das früher nur für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten galt, gilt seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle für sämtliche Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf die Artikel 101 und 102 AEUV in allen Verfahren und zwar unabhängig vom Rechtsweg. Auf Grundlage der Artikel 101 und 102 AEUV beehrte das Bundeskartellamt Einsicht in die Akten in einem Verwaltungsrechtsstreit, um zu prüfen, inwieweit in den Schriftsätzen der Parteien auf wettbewerbsrechtliche Aspekte eingegangen wurde. Nachdem das Akteneinsichtsrecht zunächst in Streit stand, da einer der Beteiligten eine gerichtliche Vorabprüfung der Frage, ob überhaupt die Möglichkeit der Anwendung der genannten Normen bestehe, angezeigt sah, ließ das Bundesverwaltungsgericht die Beteiligung des Bundeskartellamtes zu, da jedenfalls nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Anwendung des Artikels 102 AEUV entscheidungserheblich sei (Bundesverwaltungsgericht, 12. Januar 2009, Aktenzeichen: 7 C 16.08, Rohstoffhandel Kiel GmbH Co. KG/Landeshauptstadt Kiel).

9. Integration ökonomischer Argumente und Analysen in die Kartellrechtspraxis des Bundeskartellamtes

Im Berichtszeitraum hat sich der anhaltende Prozess, über eine sachgerechte Integration ökonomischer Erkenntnisse und Instrumentarien in die Kartellrechtspraxis einerseits die Treffsicherheit von Einzelfallentscheidungen weiter zu verbessern, andererseits aber durch die Vermeidung überbordender Nachweisanforderungen die Funktionsfähigkeit und Schlagkraft des Kartellrechts zu erhalten, weiter fortgesetzt. In diesem Zusammenhang lag das Augenmerk sowohl auf Fragen der sachgerechten Integration theoretisch-konzeptioneller Argumente in die Entscheidungspraxis als auch auf dem Aspekt der effektiven Nutzung quantitativ-ökonomischer Ermittlungs- und Analyseinstrumente im Rahmen der Beurteilung konkreter Einzelfälle.

Der Aspekt der Verfeinerung theoretisch-konzeptioneller ökonomischer Erwägungen für die Kartellrechtspraxis lässt sich im Berichtszeitraum an der Entscheidungspraxis zur Beurteilung gemeinsamer Marktherrschaft in der Fusionskontrolle ablesen (vgl. S. 26 f.). Im Vordergrund steht hier unter anderem das Problem der Gewich-

tung einzelner Marktstrukturkriterien im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung vor dem Hintergrund der Besonderheiten des konkreten Einzelfalls. Ein gutes Beispiel lieferte in dieser Hinsicht der Markt für Cabrio-Dachsysteme, auf dem durch zwei kurz aufeinander folgende Zusammenschluss *de facto* eine Reduktion der Anbieter von vier auf zwei Unternehmen zu prüfen war. Während die Reduktion von vier auf drei Hersteller auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung freigegeben werden konnte (S. 87 f.), wurde die mit dem zweiten Zusammenschluss beabsichtigte Reduktion der Anbieterzahl auf nur noch zwei Anbieter wegen des Entstehens eines (symmetrischen) marktbeherrschenden Duopols untersagt (S. 87 f.). Aufgrund der spezifischen Marktbedingungen, die insbesondere durch den Charakter des Marktes als Bietermarkt und die Präsenz der Automobilhersteller als relativ starke Nachfrager gekennzeichnet sind, konzentrierte sich die Prüfung hier insbesondere auf die Frage, ob und inwieweit die Nachfragemacht der Automobilhersteller eine (relativ) stabile implizite Kollusion verhindern kann. In diesem Zusammenhang waren nicht zuletzt ökonomische Überlegungen relevant, die eine Einschätzung erlauben, welche Wirkungen von einer Drohung der Automobilhersteller ausgehen könnten, (erneut) zu einer Eigenherzeugung von Cabrio-Dachsystemen überzugehen oder den Marktzutritt von neuen Anbietern zu fördern.

Ein weiteres Beispiel für die verfeinerte Integration theoretisch-konzeptioneller ökonomischer Erwägungen betrifft die Frage, ob und inwieweit durch eine flexiblere Auslegung des Begriffs der Marktherrschaft spezielle Aspekte der Marktmacht auf bestimmten Märkten erfasst werden können. Hier ist unter anderem zu klären, ob – ohne dass von einer Verhaltenskoordinierung zwischen den betrachteten Unternehmen ausgegangen werden kann – auch mehrere Unternehmen in einem Markt parallel einzelmarktbeherrschend sein können. Praktisch umgesetzt wurde dieses Konzept einer individuellen Marktherrschaft durch mehrere Unternehmen in der im Berichtszeitraum abgeschlossenen Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel (S. 118 f.). In einer so genannten Pivotalanalyse wurde untersucht, wie groß die verfügbare Kapazität eines Anbieters im Verhältnis zu der jeweiligen Gesamtnachfrage ist. Die Ergebnisse der Analyse deuten daraufhin, dass sich auf dem Erstabsatzmarkt für Strom in Deutschland mehrere Unternehmen insoweit in einer marktbeherrschenden Position befinden als sie – jedes für sich – in einer erheblichen Anzahl von Stunden für die Deckung der Stromnachfrage in Deutschland unverzichtbar sind. Sie können sich daher in einem nennenswerten Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern, Abnehmern und schließlich gegenüber den Verbrauchern verhalten und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Für den Bereich der Missbrauchsaufsicht kann die Beurteilung des Verdachts unzulässiger Preis-Kosten-Schere („margin squeeze“) als Beispiel angeführt werden. Im Rahmen von zwei Verfahren im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen war hier unter anderem die Frage relevant, auf welche Kostenkonzepte Bezug ge-

nommen werden sollte, um die wettbewerblichen Behinderungspotentiale der Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf einem vor- und/oder nachgelagerten Markt zutreffend einschätzen zu können. In diesen Verfahren wurden ferner relativ umfangreiche datengestützte Ermittlungen und Analysen durchgeführt, um die Wirkungen des beanstandeten, im Ergebnis aber nicht als missbräuchlich eingestuften Verhaltens genauer bewerten zu können (S. 110).

Die Integration empirisch-quantitativer Analysemethoden zur Aufklärung kartellrechtlicher Fragestellungen hat auch in der Fusionskontrolle im Berichtszeitraum an Bedeutung gewonnen. Häufig steht dabei die sachliche und räumliche Marktabgrenzung im Mittelpunkt. Empirisch-quantitative Methoden bieten sich unter anderem dann als komplementäres Ermittlungsinstrument an, wenn – wie dies im Bereich der Konsumgüter in der Regel der Fall ist – die für solche Analysen notwendigen Daten relativ leicht verfügbar sind. So hat das Bundeskartellamt beispielsweise im Rahmen eines Zusammenschlusses im deutschen Käsemarkt das Instrument der Messung der zwischen verschiedenen Käsesorten bestehenden Kreuzpreiselastizitäten genutzt, um – ergänzend zu der Befragung der unmittelbaren Abnehmer im Lebensmitteleinzelhandel und Wettbewerber – die Marktabgrenzung zu beurteilen (S. 64). Für die im Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf durchgeführte Analyse war nicht zuletzt ausschlaggebend, dass die Zusammenschlussparteien im Rahmen des Verwaltungsverfahrens die Ergebnisse einer in Auftrag gegebenen Verbraucherbefragung vorgelegt hatten, die auf Telefoninterviews mit einem vorgegebenen Fragenkatalog gestützt war. Das Bundeskartellamt hatte jedoch sowohl die Anlage als auch die Interpretation der Befragung als wenig tragfähig angesehen. Das Oberlandesgericht ist im Ergebnis dieser Bewertung uneingeschränkt gefolgt.

Ein weiteres Beispiel für die Bewertung der relativen Beweiskraft verschiedener empirischer Methoden zur Bestimmung relevanter Märkte lieferte im Berichtszeitraum ein Zusammenschluss aus der Kalbfleischproduktion, der vom Bundeskartellamt im Ergebnis nur unter Bedingungen freigegeben werden konnte (S. 65 f.). Strittig war hier insbesondere die geographische Dimension der betroffenen Märkte. Die Zusammenschlussbeteiligten hatten hierzu eine von einem Beratungsunternehmen durchgeführte Preiskorrelationsanalyse vorgelegt, die nach ihrer Ansicht die These eines über Deutschland hinausreichenden und ggf. sogar europaweiten Markt bestätigt. Das Bundeskartellamt hat die Ergebnisse dieser Analyse auf der Grundlage der von den Parteien übermittelten Daten repliziert und hinsichtlich ihrer Beweiskraft bewertet. Dabei ist es insgesamt – auch vor dem Hintergrund der übrigen Ergebnisse der Ermittlungen – zu der Schlussfolgerung gelangt, dass sie eine geographisch weite Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht hinreichend zu belegen vermag.

Dieser Fall steht exemplarisch für eine aktuelle Entwicklung in Deutschland, die auch für andere Kartellrechtsordnungen zu konstatieren und die durch einen Anstieg

der Zahl von ökonomischen Parteigutachten gekennzeichnet ist. So wurden im Berichtszeitraum beim Bundeskartellamt ca. 30 ökonomische Gutachten eingereicht. Allein im Jahr 2010 sind 18 Gutachten eingereicht worden, was eine deutliche Steigerung gegenüber den Vorjahren ist. In einigen Fällen wurden mehrere Gutachten, im Einzelfall bis zu vier, eingereicht. Die Gutachten betrafen grundsätzlich alle Bereiche der Kartellrechtsanwendung, insbesondere auch das relativ neue Instrument der Sektoruntersuchung. Rein zahlenmäßig zeigt sich allerdings nach wie vor ein gewisser Schwerpunkt im Bereich der Fusionskontrolle und hier ferner auf Gutachten zu Fragen der Abgrenzung relevanter Märkte. Die Gutachten bezogen sich sowohl auf theoretisch-konzeptionelle Fragen der Beurteilung der jeweils betroffenen Einzelfälle, enthielten jedoch in der Mehrzahl der Fälle auch empirisch-quantitative Analysen.

Die Effektivität der Kartellrechtsanwendung wird durch die zunehmende Anzahl ökonomischer Gutachten nur dann nicht gefährdet, wenn die Gutachten bestimmte qualitative Mindeststandards einhalten. Werden diese Standards gewahrt, können ökonomische Gutachten hingegen einen sinnvollen Beitrag zur sachgerechten Beurteilung von Einzelfällen leisten. Hinsichtlich der konkret anzuwendenden Standards liegt es nahe, auf die in der Wissenschaft geltenden Qualitätsstandards Bezug zu nehmen. Ziel ist es, den Diskurs über die Tragfähigkeit ökonomischer Argumente und Analysen positiv zu beeinflussen, die für die Beurteilung eines konkreten Einzelfalles bedeutsam oder sogar ausschlaggebend sind.

Daher hat das Bundeskartellamt Ende 2010 Standards für ökonomische Gutachten veröffentlicht (veröffentlicht auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de> unter der Rubrik „Rechtsgrundlagen“). Das Bundeskartellamt hat diese Standards unter Einbindung von Wissenschaftlern und interessierten Kreisen wie z. B. Rechtsanwälten und Beratungsunternehmen erarbeitet und im Rahmen eines in Zusammenarbeit mit dem Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE) durchgeführten Workshops diskutiert.

Um eine effektive Integration ökonomischer Konzepte und Instrumente in die Kartellrechtspraxis zu fördern, ist neben der Festlegung und Durchsetzung geeigneter Standards ein regelmäßiger Erfahrungsaustausch mit anderen Wettbewerbsbehörden sinnvoll. Denn das Problem der sachgerechten Einbindung ökonomischer Argumente und Analysen in die kartellrechtliche Anwendungspraxis stellt sich in allen Kartellrechtsordnungen gleichermaßen. Im europäischen Kontext bildet das Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden und hier die Arbeitsgruppe der Chefökonominnen eine wichtige Plattform. Das Bundeskartellamt war im Berichtszeitraum Mitglied der Steuerungsgruppe dieser Arbeitsgruppe und hat in dieser Funktion unter anderem im Herbst 2009 eine der zweimal jährlich stattfindenden Sitzungen organisiert und durchgeführt. Im Rahmen der in den Räumlichkeiten des Bundeskartellamtes durchgeführten Veranstaltung wurde nicht zuletzt die Frage sachgerechter Standards für ökonomische

Gutachten ausführlich diskutiert. Einen wichtigen Beitrag leisten auch die zunehmenden Kontakte des Bundeskartellamtes zu wissenschaftlichen Einrichtungen, die sich wie z. B. das an der Universität Düsseldorf neu eingerichtete Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE) speziell mit Fragen der theoretischen und empirischen Industrie- und Wettbewerbsökonomie befassen. In Verbindung mit der Organisation und Durchführung hausinterner Schulungs- und Fortbildungsveranstaltungen erfüllen diese Kontakte eine wichtige Brückenfunktion.

10. Europäisches Wettbewerbsrecht

10.1 European Competition Authorities (ECA)

Auf den jährlichen ECA-Treffen tauschen sich die Leiter der Wettbewerbsbehörden des Europäischen Wirtschaftsraums und Vertreter der Europäischen Kommission sowie der European Free Trade Association (EFTA)-Überwachungsbehörde aus. Im Berichtszeitraum haben Treffen 2009 in Madrid und 2010 in Wien stattgefunden. Themen der Treffen waren – neben Untersuchungen zu Verpflichtungszusagenentscheidungen – die nationalen Gesetzesvorschriften im Bereich der Fusionskontrolle sowie das Verhältnis der Wettbewerbsbehörden zu anderen Institutionen wie Gerichten und Verbänden. Auch der Bereich „Competition Advocacy“ (Werbung für das Wettbewerbsprinzip) war ein wichtiges Thema.

10.1.1 ECA-Arbeitsgruppe „Verpflichtungszusagenentscheidungen“

Die ECA-Arbeitsgruppe hat ihre Arbeit mit der Fertigstellung des Berichts zu Verpflichtungszusagenentscheidungen, der beim Treffen 2009 in Madrid vorgestellt wurde, abgeschlossen (Tätigkeitsbericht 2007/08, S. 46). Der Bericht beruht auf einem umfassenden Fragebogen zu verfahrens- und materielle rechtlichen Regelungen sowie zur Anwendungspraxis der einzelnen Wettbewerbsbehörden. Es wurde festgestellt, dass innerhalb der Mitgliedstaaten die Erfahrungen mit Verpflichtungszusagen sehr unterschiedlich, teilweise auch kaum vorhanden sind. Von der Formulierung gemeinsamer Grundsätze für Entscheidungen mit Verpflichtungszusagen wurde deshalb abgesehen.

10.1.2 Forensic-IT-Arbeitsgruppe

Im Berichtszeitraum wurde die seit 2003 erfolgreich praktizierte Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden (Europäische Kommission, EFTA Surveillance Authority und die nationalen Wettbewerbsbehörden der EU- und EFTA Mitgliedstaaten sowie der Schweiz) bei der Sicherstellung und Auswertung von elektronischen Daten für Kartellverfahren fortgeführt. Es fand das Siebte European Forensic IT-Meeting in Reykjavik (2010) statt, welches durch Workshops der beiden Arbeitsgruppen vorbereitet worden war. Themen des Meetings waren u. a. die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden bei der Aus- und Fortbildung der IT-Experten, die Ergänzung der bestehenden Übersichten über die juristischen und technischen Rahmenbedingungen so-

wie die Überführung der Arbeitsgruppe in das ECN, in dem die Zusammenarbeit fortgesetzt werden soll. Am 23. Oktober 2010 wurde dementsprechend vom ECN Plenary die Aufnahme der Forensic IT-Arbeitsgruppe unter dem Namen „ECN FIT Working Group“ beschlossen.

10.2 Anwendung von Artikel 101, 102 AEUV

10.2.1 Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden

Am 30. April 2009 hat die Europäische Kommission einen Bericht über die Aktivitäten des European Competition Network („ECN“) in den ersten fünf Jahren seines Bestehens veröffentlicht. Die Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden hat sich verstärkt. Dies betrifft den fallbezogenen und den allgemeinen Austausch ebenso wie die Angleichung nationaler Regelungen. Herauszustellen ist, dass mittlerweile 26 Mitgliedstaaten ein eigenes Kronzeugenprogramm eingeführt haben. Dies ist nicht zuletzt auf das 2006 verabschiedete ECN Model-Kronzeugenprogramm zurückzuführen, welches zum Vorbild für die Mehrzahl der nationalen Regelungen geworden ist (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 50). 25 EU-Mitgliedstaaten akzeptieren heute Kurzanträge zur Rangwahrung, wenn ein vollständiger Antrag bei der Europäischen Kommission gestellt worden ist. Auf den Internetseiten der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) sind grundlegende Informationen über das ECN erhältlich (http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html). Ausführliche Informationen über Fälle, Legislativvorhaben und Urteile mit Bezug zum europäischen Kartell- und Missbrauchsrecht finden sich auch in dem seit 2010 herausgegebenen Newsletter „ECN Brief“. Dieser kann auf der genannten Internetseite heruntergeladen bzw. abonniert werden.

Die Treffen im ECN finden auf verschiedenen Arbeitsebenen und in verschiedenen Foren statt. Das Treffen der Generaldirektoren dient der Diskussion strategischer Themen und bringt die Leitungsebene der nationalen Wettbewerbsbehörden sowie der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission und die zuständigen nationalen Ministerien zusammen. Auf den ECN-Plenartagungen werden wettbewerbsrechtlich relevante Themen der Kooperation zwischen den für die ECN-Arbeit zuständigen Mitarbeitern der Behörden diskutiert. Die Arbeitsgruppen widmen sich Fragen der horizontalen Zusammenarbeit in allen Bereichen des Netzwerkes, während sich die Sektorenarbeitsgruppen mit bestimmten Wirtschaftszweigen beschäftigen.

Zusammenarbeit im ECN

Im Berichtszeitraum sind insgesamt 196 neue Fälle in das gemeinsame Intranet des ECN eingestellt worden. Das Bundeskartellamt hat 18 eigene neue Fälle notifiziert. Das System der Fallverteilung hat sich bewährt. Die Fallverteilung erfolgte, soweit ersichtlich, einvernehmlich (anders noch Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 48). Das Bundeskartellamt hat eine Beschwerde – von CIAO ge-

gen Google – an die Europäische Kommission als geeignete Behörde verwiesen.

Im Rahmen der Amtshilfe hat die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde in zwei Fällen im Namen des Bundeskartellamtes Durchsuchungen vorgenommen. In beiden Fällen hatte die erste Gerichtsinstanz den Durchsuchungsbeschluss nicht erteilt. Erst der Oberste Gerichtshof hat die Durchsuchungen schließlich genehmigt. In einem weiteren Fall ist es zu einer engen Zusammenarbeit mit der französischen und der niederländischen Wettbewerbsbehörde gekommen. Beamte des Bundeskartellamtes haben an einer Durchsuchung der französischen Behörde teilgenommen, das Bundeskartellamt hat für die französischen und niederländischen Kollegen Zeugenvernehmungen durchgeführt. Weiter wurden für die Wettbewerbsbehörden in Belgien, den Niederlanden und Österreich in verschiedenen Verfahren Auskunftersuchen versandt.

In 43 Fällen sind Informationen zu einem Einzelfall nach Artikel 12 Verordnung (EG) 1/2003 ausgetauscht worden. Die Anzahl der informellen Anfragen innerhalb des Netzwerkes ist um ein Vielfaches höher. Im Berichtszeitraum erhielt die ECN-Koordinationsstelle des Bundeskartellamtes im Durchschnitt rund 150 Anfragen anderer ECN-Behörden im Jahr. Die abstrakt gehaltenen Anfragen betreffen sämtliche Branchen und Arten von Verstößen aus dem Bereich der Kartell- und Missbrauchsverbote. Darüber hinaus beziehen sich Anfragen auch auf die Bereiche Gesetzgebung, Praxis und institutioneller Aufbau der Wettbewerbsaufsicht sowie nationale Rechtsprechung zu bestimmten Rechtsvorschriften und -begriffen. Auf diese Weise wird die im Netzwerk vorhandene Erfahrung ausgetauscht.

ECN-Arbeitsgruppen

Die verschiedenen Arbeitsgruppen bilden das inhaltliche Rückgrat des Netzwerkes. Im Berichtszeitraum setzten die bestehenden und aktiven ECN-Arbeitsgruppen sowie ECN-Sektorarbeitsgruppen ihre Arbeit fort. Daneben wurden zwei Ad Hoc-Arbeitsgruppen zu spezifischen Fragestellungen eingerichtet.

Arbeitsgruppe „Cooperation Issues and Due Process“

Die am längsten bestehende Arbeitsgruppe „Cooperation Issues“, geleitet vom Bundeskartellamt und der ungarischen Wettbewerbsbehörde, hat ihren Namen in „Cooperation Issues and Due Process“ geändert. Damit verbunden ist ein erweiterter Fokus auf rechtsstaatliche und transparente Kartell- und Missbrauchsverfahren. Insgesamt sechs Treffen fanden im Berichtszeitraum statt. Die Gruppe erarbeitete eine Studie über parallele Verfahren bei mehreren Mitgliedsbehörden. Zwei weitere Projekte über die Unterschiede bei den Ermittlungsbefugnissen und im Entscheidungsfindungsprozess sollen im Jahr 2011 beendet werden. Die Hinweise der Europäischen Kommission zu ihren Verfahren nach den Artikeln 101 und 102 AEUV sind vor Konsultation der Öffentlichkeit im Rahmen der Arbeitsgruppe diskutiert worden.

Arbeitsgruppe „Cartels“

In der Arbeitsgruppe Cartels stehen Fragen der Kartellverfolgung und der Kronzeugenpraxis sowie des Zusammenspiels der Kartellbehörden im ECN im Vordergrund. Im Berichtszeitraum erstellte die Gruppe eine Studie zum Stand der nationalen Kronzeugenprogramme und ihrer Übereinstimmung mit dem ECN-Model-Kronzeugenprogramm (S. 52). In einem weiteren Projekt soll das Zusammenspiel von verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren bei der Kartellverfolgung untersucht werden. Daneben erfolgt ein laufender Austausch zu einzelnen Verfahren der ECN Wettbewerbsbehörden.

Arbeitsgruppe „Merger“

Im Januar 2010 hat sich eine Arbeitsgruppe (Merger Working Group) konstituiert, die eine verbesserte Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden des Europäischen Wirtschaftsraums und der Europäischen Kommission im Bereich der Fusionskontrolle fördern soll. Die Arbeitsgruppe wird derzeit durch die Europäische Kommission, Irland und Deutschland geleitet. Im Rahmen regelmäßiger Treffen fand bislang ein Erfahrungsaustausch zu Verpflichtungszusagen und zur Weiterentwicklung des ECA-Fallinformationssystems zu Mehrfachnotifizierungen von Fusionsfällen statt. Die Zusammenarbeit soll durch „best practices“ unterstützt werden, die auch Empfehlungen für das Vorgehen der Zusammenschlussbeteiligten bei Mehrfachnotifizierungen enthalten sollen.

Arbeitsgruppe „Competition Chief Economist“

Das Bundeskartellamt ist Mitglied der „Steering Group“ dieser Arbeitsgruppe, in welcher sich die ökonomischen Grundsatzreferate der ECN Wettbewerbsbehörden zwei Mal jährlich treffen. Das Treffen im November 2009 wurde durch das Bundeskartellamt in Bonn ausgerichtet (S. 51 f.).

Sektorenarbeitsgruppen

Während sich ECN-Arbeitsgruppen allgemein mit Aspekten der horizontalen Zusammenarbeit und Anwendung des europäischen Rechts im Netzwerk beschäftigen, bilden einzelne Wirtschaftszweige den Gegenstand der Diskussion in den Sektorenarbeitsgruppen.

Sektorenarbeitsgruppe „Food“

Auf den halbjährlichen Treffen der Gruppe „Food“ wurden insbesondere die Wettbewerbsverhältnisse der Lebensmittelversorgungskette diskutiert. Die Gruppe erstellte eine vergleichende Studie. Das Arbeitspapier thematisiert Maßnahmen, welche die verschiedenen Wettbewerbsbehörden gegenüber Unternehmen der verschiedenen Marktstufen der Lebensmittelversorgungskette getroffen haben. Die Gruppe hat auch eine Bewertung des von der Europäischen Kommission veröffentlichten Arbeitspapiers „Towards more efficient and fairer retail services in the Internal Market for 2020“ aus wettbewerbsrechtlicher Sicht vorgenommen.

Ein inhaltlicher Schwerpunkt erwuchs im Bereich der Milcherzeugung sowie Herstellung und Verkauf von Molkeerzeugnissen. Auf Initiative der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission ist eine sog. Ad Hoc-Arbeitsgruppe Milch eingerichtet worden. Diese sollte insbesondere die Arbeit einer von der Generaldirektion Landwirtschaft eingerichteten Hochrangigen Expertengruppe Milch beobachten. Diese Expertengruppe sollte die Ursachen der Krise der Milchbauern im Jahr 2008/2009 beleuchten und Lösungen vorschlagen. Als gewählte Berichterstatter der Ad Hoc-Arbeitsgruppe nahmen die französische Autorité de la Concurrence und das Bundeskartellamt an einigen Sitzungen der Hochrangigen Expertengruppe teil. Dabei gelang es, die in den nationalen Rechtsordnungen bestehenden Unterschiede bei der kartellrechtlichen Bewertung des Milchsektors darzustellen. Zudem wurden die geltenden unionsrechtlichen Rahmenbedingungen etwa für Zusammenschlüsse von Molkeereien oder Branchenorganisationen aufgezeigt. In ihren Schlussfolgerungen kommt die Hochrangige Expertengruppe Milch u. a. zu dem Ergebnis, dass die Schaffung eines kartellrechtlichen Ausnahmebereichs für Milcherzeuger eine Antwort auf die Krise der Milcherzeuger sein könnte. Dies wird vom Bundeskartellamt kritisch gesehen.

Sektorenarbeitsgruppe „Energy“

Im Juni 2010 führte die ECN-Arbeitsgruppe „Energy“ drei Workshops zu den Themen Gasnetze, Gasspeicher sowie Stromerzeugung durch, in deren Verlauf die ECN-Wettbewerbsbehörden ihre bisherige Fallpraxis präsentierten und Einzelfragen diskutierten. Im Bereich der Gasnetze wurde dabei erörtert, wie den verschiedenen Strategien einer Marktabstottung der nachgelagerten Gasvertriebsmärkte wirksam begegnet werden kann. In Bezug auf Gasspeicher wurden insbesondere deren ökonomische Bedeutung, die möglichen Auswirkungen zukünftiger regulatorischer Maßnahmen sowie der Bedarf an kartellbehördlichen Maßnahmen betrachtet.

Der Workshop zu „Withholding in Wholesale Electricity Markets“ behandelte das Thema Kapazitätsrückhaltungen bei der Stromerzeugung. Neben Überlegungen zur kartellrechtlichen Einordnung entsprechender Sachverhalte standen praktische Fragen der Marktuntersuchung und Datenerfassung im Vordergrund. Das Bundeskartellamt berichtete über Erfahrungen aus der laufenden Sektoruntersuchung Stromerzeugung (S. 118 f.).

Die Arbeitsgruppe diskutierte auf einer weiteren Sitzung im Dezember 2010 die Ergebnisse der vorangegangenen Workshops. Außerdem wurden kartellrechtliche Fragestellungen in Bezug auf den Mineralölsektor besprochen. Im Mittelpunkt der Sitzung stand jedoch eine Präsentation des Bundeskartellamtes mit anschließender Diskussion der Teilnehmer zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission betreffend die Integrität und Transparenz der Energiemärkte (Regulation on Energy Market Transparency and Integrity, „REMIT“, KOM 17825/10) (vgl. S. 35).

Sektorenarbeitsgruppe „Pharmaceuticals“

Die Gruppe wird seit Mitte 2010 unter dem Namen „Health/Pharmaceuticals“ weitergeführt. Die Marktabgrenzung und Fragen des Parallelhandels in diesem Bereich standen im Vordergrund der Diskussion der vergangenen Sitzungen. Auch die Ergebnisse der Anfang Juli 2009 veröffentlichten Sektoruntersuchung sind in der Sektorenarbeitsgruppe diskutiert worden (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 47). Die Europäische Kommission hat im Anschluss Vereinbarungen von Originalpräparate- und Generikaherstellern über den verzögerten Markteintritt von Generika (sog. patent settlements) untersucht.

Sektorenarbeitsgruppe „Environment“

Im Vordergrund der Diskussion in dieser Arbeitsgruppe stand im Berichtszeitraum das Thema Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft sowie die Marktsituation in der Wasserversorgung. Erörtert wurden zum einen verschiedene Aspekte im Zusammenhang mit Verpackungsentsorgung und dualen Systemen. Deutschland hat hierzu über die Kartellrechtsdurchsetzung seit 2000 und die daraufhin zu verzeichnende positive wettbewerbliche Entwicklung bei den dualen Systemen in Deutschland berichtet. Als weiterer Schwerpunkt wurde die Entsorgung von Haushaltsabfällen diskutiert. Aus deutscher Sicht stellen sich hierbei insbesondere die kommunalen Monopole der Hausmüllentsorgung als wettbewerblich problematisch dar. Die Diskussionsbeiträge der Wettbewerbsbehörden zeigten eine Bandbreite an Einzelproblemen, die sich unter wettbewerblichen Gesichtspunkten bei der Entsorgung stellen. Mit Blick auf die zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten anstehende EU-Abfallrahmenrichtlinie und die in Deutschland beabsichtigte Neuregelung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts wurde auf die Bedeutung einer wettbewerblichen Ausgestaltung des Sektors hingewiesen.

Mit Blick auf das Thema Wasserversorgung wurden die Marktsituation in den Mitgliedstaaten sowie wettbewerbsrechtliche Fragestellungen erörtert. Das Bundeskartellamt hat hierzu über das von ihm gegen die Berliner Wasserbetriebe eingeleitete Preishöhenmissbrauchsverfahren berichtet (S. 123 ff.).

Sektorenarbeitsgruppe Finanzdienstleistungen

Im Bereich Finanzdienstleistungen sind zwei ECN Arbeitsgruppen aktiv. Die Arbeitsgruppe Banking and Payments befasst sich mit allen Themen des Zahlungsverkehrs (darunter Sepa, Interbankenentgelte), während die Arbeitsgruppe Financial Services sich mit allen weiteren Aspekten der Finanzdienstleistungsbranche befasst. Hierzu gehören Fragen der Versicherungswirtschaft, des Börsenwesens sowie der Finanzmärkte. Die Europäische Kommission hat ihre Verwaltungsverfahren bei multilateralen Interbankenentgelten (Multilateral Interchange Fees – MIF) in Teilen abgeschlossen. Das Bundeskartellamt setzt das Verfahren zur Überprüfung der auf innerdeutsche Kreditkartenzahlungen anwendbaren Interbankenentgelte von Mastercard und Visa fort. (S. 91).

Sektorenarbeitsgruppe „Telecoms“

Die ECN-Arbeitsgruppe befasste sich im Schwerpunkt mit kartellrechtlichen Verfahren der nationalen Wettbewerbsbehörden zu Preisdifferenzierungen zwischen sog. on-net- bzw. off-net-Verbindungen sowie den wettbewerblichen Herausforderungen der Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze (sog. next generation access). Deutschland stellte hierzu die vom Bundeskartellamt veröffentlichten Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau (Breitbandkooperationen) in Deutschland vor (S. 31 f., 107 f.). Auf der Grundlage eines seitens der Europäischen Kommission erstellten Fragebogens tauschten sich die Wettbewerbsbehörden zudem über die Kooperation der Wettbewerbsbehörden mit den Regulierungsbehörden aus. Im Fokus standen hierbei Konsultationen zu Entwürfen von Regulierungsmaßnahmen nach Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.

Sektorarbeitsgruppe „Transport“

Zu ersten Mal hat die Sektorarbeitsgruppe „Transport“ im November 2010 in Brüssel getagt. Die Diskussion konzentrierte sich auf die drei Sektoren Luftfahrt, Seeverkehr und Schienenverkehr. Besprochen wurden im Luftverkehrssektor die zahlreichen Fusions- und Kartellverfahren aus den Jahren 2009 und 2010. Für den Seeverkehr wurde die Situation nach Einführung der Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 EG (a.F., nunmehr Artikel 101 AEUV) auf Seeverkehrsdienstleistungen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 51) und der Neuerung der Gruppenfreistellungsverordnung für Konsortien (S. 56) analysiert. Die Gruppe befasste sich auch mit sich abzeichnenden legislativen Neuerungen und Änderungen. Hier sind der Vorschlag einer Richtlinie zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums und die geplante Überarbeitung der Vorschriften über Slots im Flugverkehr zu nennen.

10.2.2 Verordnungen, Leitlinien

Während des Berichtszeitraumes hat die Europäische Kommission mehrere im Jahr 2010 auslaufende Gruppenfreistellungsverordnungen sowie Leitlinien überarbeitet und neu erlassen.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen in Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern auf verschiedenen Ebenen der Produktions- und Vertriebskette hat die Europäische Kommission am 20. April 2010 auf der Grundlage der Ratsverordnung 19/1965 die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen verabschiedet (ABl. EU Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1). Die Verordnung ist am 1. Juni 2010 in Kraft getreten. Bestimmte Vereinbarungen

sind übergangsweise bis 31. Mai 2011 nach der außer Kraft getretenen Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999 freigestellt. Nach den neuen Bestimmungen gilt die bisherige Marktanteilsschwelle von 30 % als eine Freistellungsvoraussetzung fortan nicht nur für die Hersteller, sondern auch für die Händler. Ergänzend gelten die neuen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. EU Nr. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1). Sie geben Unternehmen Hinweise für die Selbstveranlagung, insbesondere ob bestimmte Typen von vertikalen Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkend sind, wann die Gruppenfreistellung nach der Verordnung (EG) 330/2010 bzw. wann die Einzelfreistellung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV greift. Beschränkungen des Internethandels und Preisbindungen bleiben grundsätzlich verboten. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist es zu begrüßen, dass die beiden neugefassten Texte die bislang geltende Grundstruktur im Bereich vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen beibehalten.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Kraftfahrzeugsektor

Die Europäische Kommission hat am 27. Mai 2010 auf der Grundlage der Ratsverordnung 19/1965 die neue Gruppenfreistellungsverordnung 461/2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor angenommen (ABl. EU Nr. L 129 vom 28. Mai 2010, S. 52). Sie ist am 1. Juni 2010 in Kraft getreten. Beim Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge (sog. Primärmärkte) sind keine erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen erkennbar. Eine sektorspezifische Regelung – wie nach der außer Kraft getretenen Gruppenfreistellungsverordnung 1400/2002 – war nicht mehr erforderlich. Aus diesem Grund finden auf die Primärmärkte nun die allgemeinen Regeln für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nach Ablauf der Übergangsfrist zum 31. Mai 2013 Anwendung. Auf den nachgelagerten Märkten für Instandsetzung, Reparatur und Ersatzteile (sog. Anschlussmärkte) gelten ab dem 1. Juni 2010 neben den allgemeinen Regeln für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zusätzlich die speziellen Regeln der Gruppenfreistellungsverordnung 461/2010. Sie sollen insbesondere den Zugang von Ersatzteilherstellern und freien Werkstätten zu den Anschlussmärkten verbessern. Die neuen ergänzenden Leitlinien für vertikale Beschränkungen im Kraftfahrzeugsektor geben Unternehmen Hinweise für die Selbstveranlagung (ABl. EU Nr. C 138 vom 28. Mai 2010, S. 16). Die Neufassung der Regeln für den Kraftfahrzeugsektor ist aus Sicht des Bundeskartellamtes positiv zu beurteilen.

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

In den Berichtszeitraum fällt zudem die Überarbeitung spezifischer Regelungen für horizontale Vereinbarungen. Am 14. Dezember 2010 hat die Europäische Kommission auf der Grundlage der Ratsverordnung 2821/1971 die Gruppenfreistellungsverordnungen 1218/2010 für Vereinbarungen über Spezialisierungen (ABl. EU Nr. L 335, vom 18. Dezember 2010, S. 43) bzw. 1217/2010 über

Forschung und Entwicklung (ABl. EU Nr. L 335, vom 18. Dezember 2010, S. 36) sowie Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. EU Nr. C 11, vom 14. Januar 2011, S. 1) angenommen. Die Regelungen sind zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

Die beiden Gruppenfreistellungsverordnungen behalten die Grundstruktur der beiden bis Ende 2011 übergangsweise fortgeltenden Vorgängerverordnungen 2659/2000 und 2658/2000 bei. Freigestellt sind danach Vereinbarungen, bei denen der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten nicht mehr als 20 % bzw. 25 % beträgt und die keine sog. Kernbeschränkungen oder bestimmte weitere nicht freigestellte Beschränkungen (sog. graue Klauseln) enthalten. Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen enthalten einige wenige Präzisierungen sowie systematische Anpassungen an die Regeln der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung. So stellt die Gruppenfreistellungsverordnung zu Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung nun beispielsweise die Auftragsforschung unter bestimmten Bedingungen frei. Den Parteien wird außerdem eine größere Flexibilität bei der Verwertung von Forschungsergebnissen eingeräumt. Die Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen über Spezialisierungen erfasst nun auch die teilweise Einstellung der Produktion.

Die überarbeiteten Horizontal-Leitlinien geben Hinweise für die Selbstveranlagung der Unternehmen für die häufigsten Arten von horizontalen Kooperationen (z. B. Forschungs- und Entwicklungs-, Produktions-, Einkaufs- und Normen-Vereinbarungen). Ein Kapitel zum Informationsaustausch wurde neu aufgenommen. Das Kapitel zu Normen-Vereinbarungen wurde neu gefasst und um den Abschnitt zu Standardbedingungen ergänzt. Die neuen Texte stellen aus Sicht des Bundeskartellamtes grundsätzlich ein wettbewerbslich sachgerechtes und begrüßenswertes Ergebnis dar.

Versicherungs-Gruppenfreistellungsverordnung

Zum 1. April 2010 ist die neue Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für den Versicherungssektor in Kraft getreten (ABl. EU Nr. L 83 vom 30. März 2010, S. 1). Wie bei den übrigen sektorspezifischen Gruppenfreistellungsverordnungen verfolgt die Europäische Kommission das Ziel, nur noch solche Sachverhalte zu regeln, die tatsächlich für den betroffenen Sektor spezifisch sind. Dementsprechend enthält die neue Versicherungs-GVO keine Regelungen mehr zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen und -modellen. Hierfür gelten die allgemeinen Ausführungen zu Standardbedingungen im siebten Kapitel der Horizontal-Leitlinien. Im Rahmen der Konsultation haben Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundeskartellamt besonderes Augenmerk auf die Regelung zur Freistellung von Vereinbarungen zur Deckung bestimmter Arten von Risiken („Versicherungspools“) gelegt. Die bisherige Regelung war unbefriedigend, weil bei der Berechnung der Marktanteile nur auf diejenigen des Versicherungspools abgestellt wurde, nicht aber auf die Marktanteile, welche die Poolmitglieder au-

ßerhalb des Pools in demselben Markt hielten (S. 92). Dieser Problematik soll der neue Artikel 6 Versicherungs-GVO mit seinen detaillierten Regelungen zur Marktanteilsberechnung Rechnung tragen.

Konsortien-Gruppenfreistellungsverordnung

Im Berichtszeitraum fand der zweite Beratende Ausschuss zur Gruppenfreistellungsverordnung für Konsortien (Konsortien-GVO) statt (zum ersten Beratenden Ausschuss: Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 51). Die Gruppenfreistellung erlaubt den Reedereien grundsätzlich bei der Bereitstellung von Dienstleistungen im Seefrachtverkehr zusammenzuarbeiten (sog. „Konsortien“). Die neue Konsortien-GVO (Verordnung (EG) Nr. 906/2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (a. F. nunmehr Artikel 101 Absatz 3 AEUV) auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) ist am 26. April 2010 in Kraft getreten und löst die zu diesem Zeitpunkt auslaufende Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 823/2000 ab (Verordnung (EG) Nr. 823/2000 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen).

Mit dem Erlass der neuen Gruppenfreistellungsverordnung wird den neuen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen Rechnung getragen (insbesondere Abschaffung der Gruppenfreistellungsverordnung für Linienschiffahrtskonferenzen, Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 51). Die gleichzeitig erfolgte Anpassung an die horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere durch die Angleichung an den niedrigeren Schwellenwert von 30 % Marktanteil für die Befreiung von Artikel 101 AEUV sowie ein Aggregieren der Marktanteile aller Konsortien bei gegenseitigen Beteiligungen.

10.2.3 Rechtsprechung zur Verordnung (EG) 1/2003

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat das Alrosa-Urteil des erstinstanzlichen Gerichtes (Urteil vom 25. August 2007, Rs. T-170/06; Alrosa./Kommission) aufgehoben und grundlegende Anforderungen an den Erlass von Verpflichtungszusagen nach Artikel 9 Verordnung (EG) 1/2003 aufgestellt (Urteil vom 28. August 2010, Rs. C-441/07; Kommission./Alrosa). Damit bestätigt der Gerichtshof im Wesentlichen die bisherige Praxis der Europäischen Kommission. Das Urteil ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Verfahren der Europäischen Kommission. Inwieweit es auch Auswirkungen auf die spezifische deutsche Praxis nach § 32b haben wird, bleibt abzuwarten.

Der Gerichtshof der Europäischen Union stellt klar, dass Entscheidungen im Wege der Verpflichtungszusage andere Ziele verfolgten, als Abstellungs- und Feststellungsentscheidungen (Artikel 7 Verordnung (EG) 1/2003). Vor

allem Gründe der Verfahrensökonomie seien tragend für die Einführung des Artikels 9 Verordnung (EG) 1/2003 gewesen. Im Übrigen gehe es nicht um die Abstellung einer festgestellten Zuwiderhandlung, sondern um das Ausräumen vorläufiger Bedenken der Europäischen Kommission. Deshalb könne der Maßstab für die rechtliche Beurteilung – wie hier die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Abstellungsentscheidungen – nicht als notwendiger Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit von Verpflichtungszusagen gelten. Die Europäische Kommission muss lediglich prüfen, ob nicht weniger belastende Zusagen angeboten und die Interessen Dritter berücksichtigt worden sind. Der Gerichtshof der Europäischen Union nimmt dabei hin, dass die von den Unternehmen freiwillig abgegebenen Zusagen erheblich über das hinausgehen können, was auf Grundlage einer Entscheidung nach Artikel 7 Verordnung (EG) 1/2003 angeordnet werden könnte. Dies sei den Unternehmen regelmäßig bewusst, es erlaube ihnen aber, die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes und die Verhängung einer Geldbuße zu verhindern.

Der unternehmensinterne Schriftwechsel mit dem Syndikusanwalt unterfällt nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in Sachen Akzo Nobel vom 14. September 2010 (Rs. C-550/07) im EU-Wettbewerbsrecht nicht dem Schutz der Anwaltskorrespondenz. Entsprechendes gilt für das Verfahren des Bundeskartellamtes.

Der Schutz der Anwaltskorrespondenz (sog. legal privilege) setzt – neben der Wahrnehmung des Verteidigungsrechts – voraus, dass der Schriftwechsel an den Mandanten von einem unabhängigen Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege ausgeht (Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 18. Mai 1982, Rs. 155/79 – AM & S). Dieser Schutz erstreckt sich nach dem Urteil in der Rechtssache Akzo Nobel nicht auf die unternehmensinterne Korrespondenz mit dem Syndikusanwalt. Der Gerichtshof bestimmt die Unabhängigkeit kumulativ in positiver und negativer Hinsicht: Der Anwalt muss standesrechtlichen Bindungen nicht nur formal unterliegen und darf nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zum Mandanten stehen. Letzteres führt bereits für sich genommen regelmäßig zur wirtschaftlichen Abhängigkeit und zu einer engen Bindung an den Arbeitgeber und schließt unabhängige Beratung aus.

Der Schutz der Anwaltskorrespondenz gilt in zahlreichen EU-Mitgliedstaaten – auch in Deutschland – nach heutigem Stand nicht für Syndikusanwälte. Der Gerichtshof erachtete es nicht als geboten, diesen Schutz im EU-Recht auf Syndikusanwälte zu erweitern.

Soweit im Einzelfall Unterschiede zwischen nationalem und EU-Wettbewerbsverfahrensrecht bestehen, beruht dies auf der Aufgabenteilung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Bei Nachprüfungen in Unternehmen kann jeweils festgestellt werden, welche Behörde nach welchem Recht (auch bei der Amtshilfe) handelt. Folglich ist die Rechtssicherheit durch diese Unterschiede nicht beeinträchtigt.

10.2.4 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission

Der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen kam im Berichtszeitraum in 42 Sitzungen zusammen und nahm in 35 Einzelfällen Stellung zu Entscheidungsentwürfen der Europäischen Kommission. Mitarbeiter des Bundeskartellamtes haben im Berichtszeitraum an 16 Anhörungen in Einzelfällen teilgenommen. Beratende Ausschüsse fanden auch zur Änderung bzw. zum Neuerlass der Konsortien-GVO, Versicherungs-GVO, Kfz-GVO, Vertikal-GVO, GVO Forschung und Entwicklung und Spezialisierungs-GVO statt. Mitglieder der nationalen Wettbewerbsbehörden sowie der Europäischen Kommission befassten sich in 23 Treffen der verschiedenen Sektorenarbeitsgruppen des Netzwerkes der Europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) mit spezifischen Wettbewerbsproblemen und Erfahrungen der betroffenen Wirtschaftsbereiche. Weiterhin gab es regelmäßige Treffen der ECN Plenarversammlung sowie der Unterarbeitsgruppen. Dort wurden rechtliche und praktische Aspekte der Netzwerkzusammenarbeit behandelt (S. 53 ff).

Das Bundeskartellamt unterstützte in den Jahren 2009 die Europäische Kommission bei drei Nachprüfungen in vier Unternehmen und im Jahr 2010 bei sechs Nachprüfungen in acht Unternehmen.

10.3 Europäische Fusionskontrolle

10.3.1 Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt die Fusionskontrollpraxis der Europäischen Kommission in Hauptprüfverfahren begleitet und an Beratenden Ausschüssen gem. § 19 Absatz 3 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 in fünf Verfahren teilgenommen (M.5335 – Lufthansa/SN Airholding, M.5440 – Lufthansa / Austrian Airlines, M.5529 Oracle / Sun, M.5658 – Unilever / Sara Lee und M.5675 – Syngenta / Monsanto).

10.3.2 Verweisungen nach Artikel 4 Absatz 4 und 5 Verordnung (EG) Nr. 139/2004

Im Berichtszeitraum wurden bei der Europäischen Kommission 14 Anträge gemäß Artikel 4 Absatz 4 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 auf Verweisung (vor Anmeldung) von EU-Fusionsfällen an nationale Wettbewerbsbehörden gestellt. Alle Fälle wurden – nach Zustimmung der jeweils betroffenen Mitgliedstaaten – von der Europäischen Kommission antragsgemäß verwiesen, davon vier Fälle an das Bundeskartellamt. Es handelte sich dabei um Fälle aus den Bereichen Asphaltmischgut (M.5428 – Strabag/Matthai/Weser Jade Mischwerke, Banken (M.5446 – Deutsche Bank/Postbank), Getränkehandel (M.5560 – Carlsberg Deutschland/Nordmann/JV Nordic Getränke) und Baustoffe (M.5561 – Xella/Heidelberg Cement/UNK).

Es wurden 49 Anträge gemäß Artikel 4 Absatz 5 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 auf Verweisung (vor Anmel-

dung) eines Zusammenschlusses ohne gemeinschaftsweite Bedeutung an die Europäische Kommission gestellt. Hiervon waren 37 Vorhaben zunächst beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig, das der Verweisung an die Kommission in allen Fällen im Berichtszeitraum zugestimmt hat. Widerspruch wurde von nationalen Wettbewerbsbehörden nur in einem Fall eingelegt (durch die Niederlande im Fall M.5758 – Van Drie/Alpuro, S. 65 f.). Der Fall wurde daraufhin auf nationaler Ebene in Deutschland, den Niederlanden und Italien geprüft. Aus der Sicht des Bundeskartellamtes war es ungünstig, dass die Zusammenschlussbeteiligten das Vorhaben in Deutschland erst nach Abschluss des Verfahrens in den Niederlanden angemeldet haben, weil dies eine Zusammenarbeit in diesem Fall erheblich erschwert hat.

10.3.3 Verweisungen nach Artikel 9 Verordnung (EG) Nr. 139/2004

Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission neun von 14 beantragten Fällen gemäß Artikel 9 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 ganz oder teilweise zur Entscheidung an nationale Wettbewerbsbehörden verwiesen. Von Deutschland wurde zusammen mit Österreich ein Verweisungsantrag im Verfahren M.5881 – ProSiebenSat.1 Media/RTL Interactive/JV gestellt. Der Fall wurde im Berichtszeitraum antragsgemäß verwiesen und im Hauptprüfverfahren durch das Bundeskartellamt untersucht (S. 98). Nicht stattgegeben hat die Europäische Kommission zwei Anträgen (von Belgien im Fall M.5549 – EdF/Segebel, von Italien im Fall M.5960 – Credit Agricole/Cassa di Risparmio della Spezia/ Agences Intesa Sanpaolo). In drei Fällen haben die Mitgliedstaaten ihren Antrag zurückgenommen (Vereinigtes Königreich im Fall COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, Spanien im Fall COMP/M.5875 – Lactalis/Puleva Dairy, Belgien im Fall COMP/M.5978 – GDF SUEZ/International Power).

Das Bundeskartellamt hält eine Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde in Fällen, die einen klaren Schwerpunkt in einem Mitgliedstaat haben und dort möglicherweise Wettbewerbsprobleme aufwerfen, für die vorzugswürdige Lösung. Wirft ein Zusammenschluss dagegen Wettbewerbsprobleme in mehr als zwei Mitgliedstaaten auf, wie z. B. im Fall M.5855 – Deutsche Bahn/Arriva, erscheint eine Verweisung aus Sicht des Bundeskartellamtes normalerweise nicht als der beste Weg, auch wenn ein Vorhaben einen seiner Schwerpunkte in Deutschland hat (S. 128).

10.3.4 Verweisungen nach Artikel 22 Verordnung (EG) Nr. 139/2004

Im Berichtszeitraum haben die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten Verweisungsanträge in vier Fällen nach Artikel 22 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 gestellt (M.5675 – Syngenta/Monsanto, M.5828 – Procter&Gamble/Sara Lee, M.5969 – SCJ/Sara Lee, M.6106 – Caterpillar/MWM). In den Verfahren Procter&Gamble/Sara Lee und Caterpillar/MWM ging die Initiative für die Verweisungsanträge vom Bundeskartellamt aus. In den übrigen Fällen bestand keine Anmeldepflicht in Deutsch-

land und es wurde von Deutschland auch kein Verweisungsantrag gestellt. Die Europäische Kommission hat zwar alle Verfahren zur Entscheidung angenommen, aber nicht immer in Bezug auf alle Mitgliedstaaten, die einen Verweisungsantrag gestellt oder sich einem Antrag angeschlossen hatten. Im Verfahren Procter&Gamble/Sara Lee hat die Europäische Kommission die Anschlusserkklärungen von Ungarn abgelehnt, andere Mitgliedstaaten haben ihren Verweisungsantrag zurückgenommen. Die Europäische Kommission hat die Ablehnung damit begründet, dass der Wettbewerb angesichts der fehlenden horizontalen Überschneidung nicht erheblich beeinträchtigt sei (Wortlaut Artikel 22 in der englischen Sprachfassung: „threatens to significantly affect competition“ also ähnlich wie die sehr niederschwellige Voraussetzung „may affect trade between Member States“). Das Bundeskartellamt hatte die Verweisung des Zusammenschlusses Procter&Gamble/Sara Lee befürwortet, um parallele Fusionskontrollprüfungen in elf Mitgliedstaaten zu vermeiden. Dieses Ziel haben die Verweisungsanträge im Ergebnis nur teilweise erreicht. Eine Auslegung der Voraussetzungen für Artikel 22 durch die Europäische Kommission, welche die materielle Schwelle für Verweisungsanträge nach dem Sinn und Zweck des Zuständigkeitssystems niedriger legt, hätte das Bundeskartellamt begrüßt. Im Fall Caterpillar/MWM hat das Bundeskartellamt die Verweisung beantragt, obwohl nur in drei Mitgliedstaaten eine Anmeldepflicht bestand, weil die Europäische Kommission die betroffenen europaweiten Märkte für gasbetriebene Aggregate mit Hubkolbenantrieb unmittelbar vorher im Fall M.6039 – GE/Dresser ermittelt hat.

11. Internationale Zusammenarbeit

Die internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden und die entsprechenden Foren, die die Grundlage der Kooperation bilden, haben im Berichtszeitraum nicht nur für die multilaterale Grundsatzarbeit des Bundeskartellamtes, sondern auch für die fallbezogene Tätigkeit eine wichtige Rolle gespielt. Dies zeigte sich beispielhaft in der Zusammenarbeit mit ausländischen, insbesondere außereuropäischen Wettbewerbsbehörden im Fusionskontrollfall BHP Billiton/Rio Tinto (S. 74). In der fallunabhängigen Grundsatzarbeit kam im Berichtszeitraum der Kooperation in den multilateralen Netzwerken und Organisationen – zu nennen sind das International Competition Network (ICN) und die wettbewerbsbezogenen Foren der Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) und der United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) – wieder besondere Bedeutung zu.

11.1 OECD

Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben im Berichtszeitraum regelmäßig an den jährlich drei Sitzungen des Wettbewerbsausschusses der OECD und an dem einmal jährlich stattfindenden Global Forum on Competition mitgewirkt. Während die Teilnahme an den Sitzungen des Wettbe-

werbsausschusses grundsätzlich den Mitgliedstaaten und ausgewählten Staaten mit Beobachterstatus vorbehalten ist, wird mit dem Global Forum on Competition der Austausch mit einer größeren Zahl von Schwellen- und Entwicklungsländern gefördert. Ein Großteil der Arbeitsergebnisse (Hintergrundpapiere und Beiträge der Länder sowie Zusammenfassungen der Diskussionen) ist im Internet abrufbar (unter <http://www.oecd.org>).

Der Wettbewerbsausschuss behandelt grundsätzliche Fragen der Wettbewerbsordnung und der Arbeit der Kartellbehörden. Hierbei werden auch Fragen der Ausgestaltung des materiellen Rechts (im Berichtszeitraum z. B. Standard der Fusionskontrolle – Marktherrschaft oder SIEC) und des Verfahrensrechts (z. B. rechtliches Gehör), sowie Aspekte der Anwendung des Kartellrechts auf bestimmte Fallkonstellationen (u. a. Preis-Kosten-Schere, staatliche Unternehmen) und Branchen (u. a. Bankensektor, professioneller Sport) thematisiert. Ein übergreifendes Schwerpunktthema waren die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Gesamtwirtschaft und auf einzelne Wirtschaftsbereiche, sowie die Rolle der Wettbewerbspolitik bei der Krisenbewältigung. Dabei wurden die Gefahren industriepolitisch motivierter Eingriffe des Staates für den Wettbewerb beleuchtet. Ein weiteres übergreifendes Thema, das einen Schwerpunkt in der Arbeit der OECD insgesamt widerspiegelt, war „Green Growth“ (d. h., die Förderung von möglichst umweltverträglichem Wirtschaftswachstum) und dabei insbesondere die Frage, welchen Beitrag die Wettbewerbsaufsicht zur Umsetzung einer umweltschonenden Wirtschaftspolitik leisten kann.

Das sog. Outreach-Programm der OECD bietet Nichtmitgliedern – also insbesondere Entwicklungs- und Schwellenländer – die Möglichkeit, an der Diskussion aktueller Wettbewerbsfragen teilzunehmen. Eine wichtige Rolle spielt dabei das jährlich stattfindende Global Forum on Competition, ebenso wie die Möglichkeit für interessierte Staaten, sich um einen Beobachterstatus bei den regulären Sitzungen des Wettbewerbsausschusses zu bewerben. Die OECD veranstaltete zudem im Zuge ihres Outreach-Programms eine Vielzahl von Seminaren und Workshops (insbesondere für Mitarbeiter osteuropäischer und asiatischer Wettbewerbsbehörden), an denen Angehörige des Bundeskartellamtes als Experten und Dozenten mitwirkten.

11.2 International Competition Network

Das International Competition Network besteht seit 2001 und hat mit Mitgliedsbehörden aus hundert Jurisdiktionen seine Stellung als globales Kartellrechtsforum für eine ergebnisorientierte Zusammenarbeit gefestigt. Das Bundeskartellamt, Gründungsmitglied des ICN, ist Mitglied im Lenkungsausschuss („steering committee“) des Netzwerks. Zudem leitet es, zusammen mit der amerikanischen Federal Trade Commission, die Arbeitsgruppe Marktmachtmissbrauch („unilateral conduct“).

Ziel des ICN ist es, die Konvergenz der Wettbewerbsordnungen weltweit zu fördern sowie die internationale Kooperation und Durchsetzung des Kartellrechts zu verbessern. Zu diesem Zweck arbeiten die Mitgliedsbehörden

projektorientiert in Arbeitsgruppen zusammen, deren Arbeitsergebnisse auf einer Jahreskonferenz vorgestellt, diskutiert und verabschiedet werden. Die Arbeitsgruppen decken die Kernbereiche der kartellbehördlichen Tätigkeit – Fusionskontrolle, Kartellverfolgung, Missbrauchsaufsicht – sowie Advocacy („Werben für das Wettbewerbsprinzip“), aber auch das Querschnittsthema des effektiven Verwaltungshandelns („agency effectiveness“) ab. Wesentliche Arbeitsergebnisse der Arbeitsgruppen sind Berichte („reports“), Handbücher („workbooks“) und Empfehlungen („recommended practices“). Im Berichtszeitraum wurden verstärkt Internettechnologien zur Durchführung von begleitenden Workshops („webcasts“), Seminaren („webinar“) und Schulungen („e-learning“) eingesetzt.

Neben seiner Mitarbeit im Lenkungsausschuss und den Planungen für die weitere Entwicklung des ICN („second-decade planning“) hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum in allen Arbeitsgruppen aktiv mitgewirkt. Hervorzuheben ist insbesondere die Beteiligung von Mitarbeitern des Bundeskartellamtes an Seminaren und Workshops des ICN, womit die Perspektive des Bundeskartellamtes in der Kartellrechtsdurchsetzung gegenüber den Ansätzen anderer Rechtsordnungen wirksam dargestellt werden kann. Darüber hinaus unterstützt das Bundeskartellamt jüngere Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines vom ICN koordinierten Mentorenprogramms („Advocacy and Implementation Network Support Program“).

Der Schwerpunkt der Arbeitsgruppe Fusionskontrolle („Merger“) lag im Berichtszeitraum, neben der Arbeit an Empfehlungen zur Marktabgrenzung und zur Behandlung von Sanierungsfusionen, auf der Implementierung und Evaluierung der bereits verabschiedeten Arbeitsergebnisse zur formellen und materiellen Fusionskontrolle sowie verschiedenen Ermittlungstechniken. Workshops fanden im Berichtszeitraum in Taiwan und Italien statt. Die Arbeitsgruppe hat in dem Berichtszeitraum verschiedene Teleseminare zu Themen wie „Remedies in Merger Cases“ und „Tools for Change“ durchgeführt. Die Arbeitsgruppe Kartelle („Cartels“) hat sich im Berichtszeitraum mit Fragen einer verbesserten externen und internen Kommunikation von Behörden und Unternehmen mit dem Ziel der Kartellprävention beschäftigt. Des Weiteren wurde die Arbeit an einem Handbuch zu Ermittlungstechniken („Enforcement Techniques Manual“) vorangetrieben. Workshops fanden im Berichtszeitraum in Ägypten und Japan statt. Die Arbeitsgruppen haben in dem Berichtszeitraum verschiedene Teleseminare zu Themen wie „Trends and developments in Cartel Enforcement“ und „International Co-operation from an European Perspective“ durchgeführt. Die Arbeitsgruppe Marktmachtmissbrauch („Unilateral Conduct“) unter der gemeinsamen Leitung des Bundeskartellamtes und der amerikanischen Federal Trade Commission beleuchtet die Implementierung der bisherigen Arbeitsergebnisse (z. B. Empfehlungen) in der Praxis der Mitgliedsbehörden und erarbeitet ein umfassendes Handbuch zur Behandlung von Marktmachtmissbrauchsverfahren durch Kartellbehörden. Workshops fanden in dem Berichtszeitraum in den USA und Belgien statt. Die Arbeitsgruppe hat zudem mehrere

Teleseminare durchgeführt, u. a. zu den Themen „Remedies in Unilateral Conduct Cases“ und „Unilateral Conduct in the Pharmaceutical Industry“. Eingehendere Informationen über die Organisation, laufende Tätigkeit und Arbeitsergebnisse des ICN sind auf den Internetseiten des ICN (<http://www.international-competitionnetwork.org>) verfügbar.

11.3 UNCTAD

Das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben im Berichtszeitraum ferner an den Sitzungen im wettbewerblichen Bereich der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD) mitgewirkt. Vorrangiges Ziel der UNCTAD ist es, Entwicklungsländer bei der Integration in das Welthandelssystem zu unterstützen. Eine wichtige Rolle kommt dabei der Auseinandersetzung mit wettbewerbsrechtlichen und -politischen Themen zu. Vom 8. bis 12. November 2010 fand in Genf die sechste UNCTAD-Konferenz zur Überprüfung des sog. „UN Set of Principles and Rules on Competition“ statt. Diese Konferenz zum dreißigsten Jubiläum der Verabschiedung des „UN Set“, das multilateral vereinbarte Prinzipien zur Aufsicht über wettbewerbsbeschränkende Praktiken enthält, mündete in Vereinbarungen zur weiteren Entwicklung des UN Set und der darauf bezogenen multilateralen Kooperation. In Vorbereitung der nächsten entsprechenden UNCTAD-Überprüfungskonferenz im Jahr 2015 werden voraussichtlich jährliche Konferenzen der Intergovernmental Group of Experts (IGE) on Competition Law and Policy stattfinden.

11.4 Internationale Rechtshilfe

Im Vergleich zur erheblich vereinfachten Kooperation im Kartell- und Missbrauchsbereich im Rahmen der Kartellverfahrensverordnung (EG) 1/2003 (S. 52 ff.) stellt die Rechtshilfe im außereuropäischen Bereich besondere Anforderungen an die Kartellbehörden. Der im Herbst 2009 in Kraft getretene Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen (Bundesgesetzblatt 2007, Teil II, Nr. 34, S. 1618), in dessen Anwendungsbereich ausdrücklich Ermittlungen und Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten nach deutschem Kartellrecht einbezogen sind (nach U.S.-amerikanischem Recht sind dies in der Regel Strafsachen, die ohnehin erfasst sind) erleichtert die Prüfung von etwaigen Rechtshilfeersuchen zwischen den Vertragspartnern. Im Berichtszeitraum kam der Vertrag in der Praxis des Bundeskartellamtes nicht zur Anwendung. Unabhängig davon hat das Bundeskartellamt seit 2009 informell in mehreren Fällen geprüft, ob Rechtshilfe in Anspruch genommen werden sollte bzw. ob und wie Rechtshilfe geleistet werden könnte. Hieraus resultierten jedoch keine Rechtshilfeverfahren.

11.5 Notifizierungen

Die OECD-Mitgliedsländer unterrichten sich auf Grundlage einer OECD-Ratsempfehlung von 1995 gegenseitig über Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkungen auf

den internationalen Handel. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt in zwanzig Verfahren Unterrichtungen an ausländische Wettbewerbsbehörden auf Grundlage der OECD-Empfehlung vorgenommen.

11.6 Internationale Beratung

Das Bundeskartellamt engagiert sich seit vielen Jahren in der internationalen technischen Zusammenarbeit mit Schwerpunkt auf der wettbewerbsrechtlichen Beratung junger ausländischer Wettbewerbsbehörden. Experten des Bundeskartellamtes leisten fachliche Unterstützung im Rahmen der EU-Außenhilfe-Instrumente (IPA – Instrument for Pre-Accession Assistance; ENPI – European Neighbourhood Policy Instrument). Traditionell zielt diese Außenhilfe auf EU-Beitrittsländer und Beitrittskandidaten, in denen sie den Aufbau effektiver Verwaltungsstrukturen und die Übernahme, Umsetzung und Durchsetzung des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*acquis communautaire*) flankieren und einen Wissens- und Erfahrungsaustausch zwischen EU Mitglieds- und Beitrittsländern unterstützen. In jüngerer Zeit wird mittels der EU-Außenhilfe auch Unterstützung in Regionen über den Kreis von Beitrittsländern und -kandidaten hinaus geleistet. Das Bundeskartellamt wirkt dabei vor allem in Projekten des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), sowie der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) mit. Im Berichtszeitraum wurden Kurzzeitexperten zur Unterstützung von entsprechenden Projekten nach Rumänien, Marokko und Serbien entsandt.

Darüber hinaus wirkten Angehörige des Bundeskartellamtes u. a. an Seminaren und Fachkonferenzen der Europa-Mittelmeer-Partnerschaft und an Konferenzen der ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) mit. Die OECD und die Technical Assistance Information Exchange Unit (TAIEX) der Europäischen Union führten eine Reihe von Fachveranstaltungen für jüngere Wettbewerbsbehörden durch. Das Bundeskartellamt war an Schulungen für Behörden in Mittel- und Osteuropa und für die chinesischen Wettbewerbsbehörden beteiligt.

11.7 Bilaterale Beziehungen

Im bilateralen Verhältnis mit ausländischen Wettbewerbsbehörden unternimmt das Bundeskartellamt eine Vielzahl von – informellen – Konsultationen. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden hat in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Dabei gewinnt, neben der Diskussion von allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Fragen, die Konsultation in Einzelfällen zunehmend an Gewicht. Dieser Austausch hat sich für die Fallbearbeitung des Amtes als sehr hilfreich erwiesen.

Das Bundeskartellamt empfängt einzelne Besucher und Expertengruppen zu Besuchen, organisiert Informationsveranstaltungen, Kurzseminare zu allgemeinen und speziellen wettbewerbsrechtlichen Fragen und 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 auch Gespräche mit der Monopolkommission, der Bundesnetzagentur und den Kartellsenaten beim Oberlandesgericht Düsseldorf vermittelt. Im Berichtszeitraum bestand ein großes Interesse insbesondere von asiatischen Ländern, vor allem China und Japan, aber auch Thailand und Indonesien, sowie von Staaten aus dem Südkaukasus, Ost-Europa, Nord-Afrika und Süd-Amerika an Informationsbesuchen von in der Regel ein bis zwei Tagen Dauer im Bundeskartellamt. Experten aus Österreich, Brasilien und der Türkei hielten sich zu Studienbesuchen von zwei Wochen bis drei Monaten Dauer im Bundeskartellamt auf.

Ein Informations- und Meinungsaustausch auf Leitungsebene fand mit hochrangigen Delegationen der Korean Fair Trade Commission, der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundesvergabeamtes von Österreich, sowie der niederländischen Wettbewerbsbehörde statt. Nach seiner Ernennung zum EU-Kommissar für Wettbewerb stattete Herr Joaquín Almunia im April 2010 dem Bundeskartellamt einen Antrittsbesuch ab.

Im Rahmen des von der Europäischen Kommission angebotenen Austauschs von Angehörigen der Wettbewerbsbehörden zur Verbesserung der Zusammenarbeit innerhalb des European Competition Network (ECN) hatten drei Mitarbeiter des Bundeskartellamtes die Gelegenheit, jeweils eine vierwöchige Stage in der Generaldirektion Wettbewerb zu absolvieren.

11.8 Internationale Kartellkonferenz

Vom 26. bis 28. April 2009 richtete das Bundeskartellamt in Hamburg die XIV. Internationale Kartellkonferenz (IKK) aus. An der Tagung nahmen über 300 Gäste aus etwa 60 Ländern teil. Zu den Teilnehmern gehörten neben den Vertretern zahlreicher Wettbewerbsbehörden hochrangige Vertreter aus Politik, Wissenschaft, Rechtsprechung, Anwaltschaft, Wirtschaft, Regulierungsbehörden, Industrie- und Verbraucherschutzverbänden sowie Wettbewerbsexperten von internationalen Organisationen. Das Rahmenthema der Konferenz lautete: „Marktbeherrschende Unternehmen – Auf schmalen Grat zwischen Regulierung und Kartellrecht.“ Nach einführenden Reden wurde das Rahmenthema in zwei Panel-Diskussion ver-

tieft. Die erste Panel-Diskussion widmete sich der Abgrenzung zwischen Regulierung und kartellrechtlicher Aufsicht. Die zweite Panel-Diskussion wandte sich den Fragen zu, die die Einordnung eines Unternehmens als marktbeherrschend aufwirft. Redebeiträge sind auf der Konferenz-Website <http://www.ikk-2009.de> veröffentlicht.

11.9 Deutsch-Französischer Wettbewerbstag in Bonn

Am 8. Oktober 2010 fand im Bundeskartellamt der 4. Deutsch-Französische Wettbewerbstag statt. Die Tagung befasste sich in zwei Podiumsdiskussionen mit dem Thema der „Kartellverfolgung in Frankreich und Deutschland“. An der Veranstaltung nahmen etwa einhundert Personen teil, darunter Mitglieder der französischen und deutschen Kartellbehörden sowie Hochschullehrer, Rechtsanwälte, Unternehmensvertreter, Richter und Vertreter der Europäischen Kommission.

Die erste Diskussionsrunde widmete sich den Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Behörden bei der Aufdeckung von Kartellen und der Durchführung der behördlichen Kartellverfahren. Dabei wurden auch Probleme im Zusammenhang mit sog. Kronzeugen-Anträgen erörtert. Die zweite Diskussionsrunde ging Fragen der Sanktionierung von aufgedeckten Kartellen nach, insbesondere die Verhängung von Bußgeldern zur Ahndung und Abschreckung. Neben der Bußgeldfestsetzung wurden auch die Möglichkeiten der einvernehmlichen oder zumindest nicht-gerichtlichen Beendigung von Kartellverfahren („Settlement“) diskutiert. Die Diskussionen machten deutlich, dass der europäische Rechtsrahmen eine stabile Grundlage für die sehr gute Zusammenarbeit von Bundeskartellamt und Autorité de la concurrence bietet. Nach übereinstimmender Einschätzung der Diskussionsteilnehmer ist die innereuropäische Kooperation in der Kartellverfolgung weltweit einzigartig und weit effizienter, als man es noch vor wenigen Jahren hätte erwarten dürfen.

Größer als in der Behördenpraxis sind die Diskrepanzen zwischen Deutschland und Frankreich in der gerichtlichen Ahndung von Kartellen. Maßstäbe und Vorgehen, etwa bei der Bußgeldbestimmung, unterscheiden sich erheblich.

Zweiter Abschnitt

Tätigkeitsbericht nach Wirtschaftsbereichen

Teil I: Erzeugung, Verarbeitung, Handel

A. Land- und Forstwirtschaft, Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln, Holzgewerbe

I. Landwirtschaft sowie Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

In der Landwirtschaft herrschen seit jeher besondere Wettbewerbsbedingungen. Die Märkte sind stark kapazitäts- und mengengesteuert, die Produktion ist häufig witterungsabhängig. Zudem geraten einzelne Wirtschaftszweige aufgrund geänderter Nachfragebedingungen und der zunehmend auf eine Liberalisierung zielenden Reformen der europäischen und nationalen Agrarmarktordnungen unter Druck, die hierfür erforderlichen Strukturanpassungen durchzuführen.

Zugleich ist die Landwirtschaft eine der wenigen verbliebenen Bereiche, in denen der deutsche Gesetzgeber nach wie vor die Notwendigkeit einer Einschränkung der kartellrechtlichen Regelungen sieht. Neben der seit Inkrafttreten des GWB geltenden Bereichsausnahme zu Gunsten der landwirtschaftlichen Erzeugung (§ 28), die insbesondere die landwirtschaftliche Erzeugung in Genossenschaften privilegiert, genießen die sog. anerkannten Erzeugergemeinschaften über § 11 Marktstrukturgesetz eine noch weitergehende Befreiung vom Kartellgesetz. Hiernach steht es anerkannten Erzeugergemeinschaften frei, ihren Abnehmern ihre Produkte zu einem zuvor gemeinsam festgesetzten Preis anzubieten. Diese Befreiung gilt allerdings nur, soweit die Bündelung zum Zweck gemeinsamer Preisverhandlungen durch die anerkannte Erzeugergemeinschaft den Wettbewerb auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt, der z. B. bei der Erfassung von Rohmilch derzeit ein regionaler Markt ist, nicht ausschließt und gegen Europäisches Wettbewerbsrecht verstößt.

Allerdings sieht das Bundeskartellamt mit Sorge, dass die Europäische Kommission beabsichtigt, weiter reichende Ausnahmetatbestände zugunsten der Landwirtschaft im europäischen Recht zu verankern (S. 53 f.).

Während die meisten Agrarmärkte und das verarbeitende Gewerbe inzwischen liberalisiert sind, sind die Bereiche Milch und Zucker immer noch teilreguliert. Es finden sich zahlreiche Interventionsinstrumente zur Preisstützung und Mengenregulierung. Aber auch hier ist die Liberalisierung der Märkte bereits beschlossen und es ist Sache der Marktteilnehmer, sich darauf einzustellen.

Die Effekte der Liberalisierung zeigten sich im Berichtszeitraum vor allem in der Milchindustrie, der mit einem

Umsatz von rund 18 Mrd. Euro und mehr als 36 000 Beschäftigten zweitgrößten Sparte der deutschen Ernährungsindustrie.

Auf der Ebene der Molkereien ist eine anhaltende Tendenz zur Konsolidierung zu beobachten. Die Zahl der Molkereien ist im Berichtszeitraum deutlich zurückgegangen. Hierbei haben im Berichtszeitraum insbesondere solche Molkereien fusioniert, die im Wesentlichen Milchbasisprodukte, wie z.B. Milch, Butter oder Quark herstellen und durch die Bildung größerer Produktionseinheiten Skaleneffekte realisieren wollen. Im Bereich der Erfassung von Rohmilch durch Molkereien ist zudem die Tendenz zu beobachten, dass Molkereien bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt versuchen, größere Milchmengen über das Auslaufen der Milchquoten im Jahre 2015 hinaus an sich zu binden. Instrumentarien zur Absicherung des Bezugs von Rohmilch sind längere Laufzeiten von Milchlieferverträgen und das Bestreben genossenschaftlicher Molkereien, dritte Milchlieferanten zum Eintritt in die Genossenschaft zu bewegen. Ähnliche Bestrebungen sind in europäischen Nachbarstaaten zu beobachten.

Die Sektoruntersuchung Milch ist im Berichtszeitraum weitergeführt worden (S. 18, 43; Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 39, 66). Anfang des Jahres 2010 hat das Bundeskartellamt nach umfänglichen schriftlichen und mündlichen Ermittlungen einen Zwischenbericht veröffentlicht und diesen mit allen betroffenen Marktteilnehmern diskutiert.

Auch andere Nahrungsmittelmärkte sind z. T. hochkonzentriert. So hatte das Bundeskartellamt beispielsweise in der Zuckerindustrie, der Kalbfleischindustrie und bei der Herstellung von Feinkost weitere Fusionsvorhaben zu prüfen.

Soweit die Produkte weitgehend über den Lebensmittel-einzelhandel abgesetzt werden, ist der Konsolidierungsprozess auf Herstellerseite auch Folge einer erheblichen Bündelung der Nachfrage und entsprechender Konditionenverbesserungen in der Beschaffung. In diesen Konstellationen kommt es häufig sowohl auf Handels- als auch auf Herstellerseite zu einem Konzentrationsprozess. Dieser Wirkungsmechanismus ist in der ökonomischen Literatur unter dem Begriff des „Spiraleffektes“ bekannt, in dessen Folge kleinere Wettbewerber sowohl auf Hersteller- als auch auf Handelsseite verdrängt werden. Fusionskontrollerechtlich kritisch wird ein solcher Prozess aber erst, wenn die Schwelle der Marktbeherrschung überschritten wird.

Im Bereich der Kartellverfolgung stand an der Schnittstelle zwischen Lebensmitteleinzelhandel und Ernährungsindustrie die Prüfung vertikaler Preisbindungen (S. 72 f.) und die Verfolgung von Kartellabsprachen im Fokus.

2. Wichtige Fusions- und Kartellverfahren

2.1 Milch

Auf der Marktstufe der Molkereien hat es eine Reihe von Zusammenschlüssen gegeben, die durchweg ohne Nebenbestimmungen freigegeben werden konnten.

Der größte dieser Zusammenschlüsse war die schrittweise Zusammenlegung der Vertriebsaktivitäten von Nordmilch und Humana in einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen, dem Nordcontor (heute firmierend als Deutsches Milchkontor). Bei Nordmilch und Humana handelt es sich um die beiden größten deutschen Molkereigenossenschaften. Die Zusammenlegung erfolgte in zwei Schritten. Zunächst wurden wesentliche Teilbereiche der jeweiligen Vertriebsaktivitäten in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht, in einem zweiten Schritt dann alle restlichen Vertriebsaktivitäten. Bereits den ersten Schritt, die Einbringung von Teilaktivitäten, hatte das Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren umfassend geprüft. Die in einem zweiten Schritt erfolgte Zusammenlegung der restlichen Vertriebsaktivitäten erfolgte noch innerhalb des Prognosezeitraums und führte nicht zu einer wesentlichen Änderung der Marktbedingungen. Formal getrennt bleibt dagegen nach wie vor die Beschaffung der Rohmilch durch Nordmilch und Humana, da die die Rohmilch erfassenden Genossenschaften nicht fusioniert werden. Das Bundeskartellamt hat jedoch auch die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Erfassungsmärkte geprüft, weil der gemeinsame Vertrieb von Molkereiprodukten zu einer Angleichung der Milchauszahlungspreise beider Unternehmen führt.

Bei der Prüfung der Auswirkungen auf die Absatzseite stand insbesondere die Frage der sachlichen Marktabgrenzung im Mittelpunkt. Geprüft wurde dabei insbesondere eine mögliche Differenzierung nach Produkten oder Produktgruppen, nach Handelsmarken und Herstellermarken und Vertriebswegen. Das Vorhaben war letztlich unproblematisch, weil der Schwerpunkt des Tätigkeitsgebietes beider Molkereien bei der Herstellung und dem Vertrieb von Milchbasisprodukten liegt, die von einer Vielzahl von Molkereien vertrieben werden.

Bei der Prüfung der Beschaffungsmärkte standen die räumliche Marktabgrenzung und die Ausweichmöglichkeiten der Molkereien für den Absatz von Rohmilch im Vordergrund. In allen betroffenen Regionalmärkten stehen den Erzeugern neben Nordmilch und Humana weitere Molkereien zur Verfügung, denen die sie ihre Rohmilch verkaufen könnten (vgl. Fallbericht vom 9. Juni 2009, B2-29/09).

Das Bundeskartellamt hatte im Jahr 2008 ferner den Erwerb dreier Käsereien der Poelmeyer Holding durch die zur Unternehmensgruppe Theo Müller gehörende Käserei Loose GmbH & Co. KG untersagt. Der Zusammenschluss hätte zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Unternehmensgruppe Theo Müller auf dem Markt für die Herstellung von Saueremilchkäse in Deutschland geführt (Tätigkeitsbericht 2007/08, S. 66 f.). Die hiergegen von den Beteiligten eingelegte Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom

27. Mai 2009 zurückgewiesen (Aktenzeichen: VI-Kart 10/08 (V)). Das Oberlandesgericht hat ausdrücklich die vom Bundeskartellamt zugrunde gelegte Abgrenzung eines bundesweiten Marktes für die Herstellung von Saueremilchkäse (sog. „Harzer Käse“) bestätigt. Das Gericht führte aus, dass Saueremilchkäse eine größtenteils regionale Käsespezialität darstelle, die für den Verbraucher nicht durch andere Käsesorten, wie z. B. Weichkäse, substituierbar sei. Den Vortrag der Beteiligten, dass die Annahme eines eigenen Marktes für die Herstellung von Saueremilchkäse zu einer Zersplitterung des Marktes für Käse – und in deren Folge zu einem wesentlichen Funktionsverlust der Zusammenschlusskontrolle auf diesem Marktgebiet – führen würde, wies das Oberlandesgericht mit der Begründung zurück, dass es aufgrund der im Konsumgüterbereich oftmals spezifischen Verbraucherverwartungen zur Annahme enger sachlich relevanter Märkte kommen könne. Es sei im Gegenteil ein Kennzeichen des Bedarfsmarktkonzeptes, dass es über den Blickwinkel der jeweiligen Marktgegenseite bestehende Besonderheiten eines Marktes berücksichtigen könne und damit im Ergebnis die Funktionsfähigkeit der Zusammenschlusskontrolle gewährleiste.

Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Revision nicht zuzulassen, haben die Beteiligten Nichtzulassungsbeschwerde erhoben; diese hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 20. April 2010 zurückgewiesen (Aktenzeichen: KVZ 35/09).

Im Jahre 2008 hatte das Bundeskartellamt förmlich festgestellt, dass der Bundesverband deutscher Milchviehhalter (BDM) gegen das Boykottverbot des § 21 Absatz 1 verstoßen hat, da er Milcherzeuger zu einem „Milchstreik“ aufgerufen hatte. Gegen diese Entscheidung hatte der BDM Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 65). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt, die Beschwerde zurückgewiesen und die Revision gegen diese Entscheidung nicht zugelassen. Nachdem die Nichtzulassungsbeschwerde vom Bundesgerichtshof verworfen worden ist, hat der BDM auf weitere Rechtsmittel verzichtet. Damit ist die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestandskräftig geworden. Die von dem Milchlieferstreik und begleitenden Blockaden besonders betroffene Molkerei Sachsenmilch (Müller-Gruppe) hatte den BDM sowie den ebenfalls punktuell an derartigen Aktionen beteiligten Landesbauernverband Brandenburg zivilrechtlich auf Leistung von Schadensersatz verklagt und vor dem Landgericht Bautzen und in der zweiten Instanz vor dem Oberlandesgericht Dresden obsiegt. Auch hier wurde die Revision nicht zugelassen.

Im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch hat das Bundeskartellamt Anfang des Jahres 2010 einen Zwischenbericht veröffentlicht und allen Interessierten die Möglichkeit eingeräumt, hierzu Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit haben die Interessenvertreter von Milcherzeugern, Bauernverbände, der Raiffeisenverband, der Milchindustrieverband, Handelsunternehmen, die Agrarmarkt Informationsgesellschaft, Nichtregierungsorganisa-

tionen und Privatpersonen Gebrauch gemacht. Im Jahre 2010 hat zudem im Bundeskartellamt eine nicht öffentliche Anhörung aller interessierter Interessenvertretungen und Unternehmen stattgefunden. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt ergänzende Gespräche mit dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, dem Agrarausschuss des Deutschen Bundestages sowie Interessenvertretern von Milcherzeugern geführt. Im Rahmen der von der Generaldirektion Landwirtschaft und ländliche Entwicklung geleiteten High Level Group on Milk und der ECN-Sektorenuntergruppe Lebensmittel hat sich das Bundeskartellamt an der Diskussion über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse auf europäischer Ebene beteiligt. Als Ergebnis der Stellungnahmen zum Zwischenbericht und den geführten Gesprächen bereitet das Bundeskartellamt eine ergänzende Marktbefragung vor, um dann voraussichtlich bis Mitte 2011 die Sektoruntersuchung abzuschließen. Im Abschlussbericht werden wettbewerbsrechtlich relevante Themen wie die Laufzeit der Milchlieferverträge bzw. die relevanten Kündigungsmodalitäten und die Andienungspflichten im Mittelpunkt stehen, ebenso wie die Markttransparenz und die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes. Teilweise hat das Bundeskartellamt bereits als Folge der aus dem Zwischenbericht gewonnenen Erkenntnisse Verwaltungsverfahren eingeleitet, um gängige Marktinformationssysteme einer genaueren kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

2.2 Zucker

Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlusses Nordzucker/Danisco, der unter Nebenbestimmungen freigegeben worden ist, hatte das Bundeskartellamt oligopolistische Marktstrukturen auf dem bundesweiten Markt für den Absatz von Haushalts- und Verarbeitungszucker zu prüfen. Der Prüfungsschwerpunkt des Falles lag in der Ermittlung der Strukturbedingungen des Marktes und deren Wirkung auf das Wettbewerbsgeschehen im Oligopol und gegenüber Außenseitern. Ein wesentlicher Baustein für die Absicherung der oligopolistischen Marktstellung der drei deutschen Zuckerproduzenten im Inland ist einerseits die teilweise auf europäische Meldepflichten zurückzuführende ungewöhnlich hohe Markttransparenz sowie andererseits das grenzüberschreitende wettbewerbliche Vergeltungspotenzial dieser Zuckerproduzenten über eigene Zuckerfabriken in anderen europäischen Staaten, insbesondere in Frankreich und Polen. Diese Strukturbedingungen führen dazu, dass das Wettbewerbsgeschehen in Deutschland und in Europa gekennzeichnet ist durch Beschränkungen des Preiswettbewerbs und des Wettbewerbs um Vertriebsgebiete bzw. Kunden (vgl. Fallbericht vom 17. Februar 2009, B2-46/08).

Zur Überprüfung von Angaben der Zusammenschlussbeteiligten im Fusionskontrollverfahren Nordzucker/Danisco hatte das Bundeskartellamt eine Durchsuchung im Verwaltungsverfahren durchgeführt. In Folge der Durchsuchung hat ein betroffenes Unternehmen einen Bonusantrag gestellt, der zu einer weiteren Durchsuchung im Ordnungswidrigkeitenverfahren geführt hat. Es besteht der Verdacht kartellrechtswidriger Absprachen über

Preise, Kunden und Vertriebsgebiete. Das Ordnungswidrigkeitenverfahren ist bislang nicht abgeschlossen worden.

Pfeifer & Langen als drittgrößter deutscher Zuckerproduzent hat im Berichtszeitraum die Zuckeraktivitäten von British Sugar in Polen erworben. Zudem ist das Vertriebs-Gemeinschaftsunternehmen Eurosugar von seinen Gesellschaftern Nordzucker, Cristal Union und ED & F Man aufgelöst worden.

2.3 Mehl

Das im Jahre 2008 eingeleitete Kartellverfahren gegen Brotgetreidemöhlen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 69), in dem das Bundeskartellamt wegen des Verdachts von Preis- und Kundenschutzabsprachen sowie von koordinierten Mühlenstilllegungen ermittelt, richtet sich gegen etwa 50 Unternehmen aus dem ganzen Bundesgebiet. Die von mehreren Bonusanträgen gestützten Ermittlungen gehen dem Verdacht nach, ob zwischen den Jahren 2000 und 2008 wettbewerbsbeschränkende Absprachen in der Mühlenindustrie durchgeführt wurden. Das Bundeskartellamt steht in ständigem Kontakt zu Wettbewerbsbehörden in anderen Mitgliedstaaten, die zeitgleich Ermittlungen wegen Kartellabsprachen in ihren jeweiligen Heimatländern führen. Die mutmaßliche Beteiligung einiger deutscher Mühlen auch an diesen Kartellen bildete den Anlass für intensive Kooperation im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden, insbesondere mit der niederländischen und der französischen Wettbewerbsbehörde. In diesem Rahmen führte das Bundeskartellamt eine Reihe von schriftlichen und mündlichen Befragungen durch und tauschte mit den Nachbarbehörden Beweismittel und Marktinformationen aus.

2.4 Hartweizengrieß

Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2009 eine Durchsuchung bei zwei Hartweizenmöhlen durchgeführt. Zugleich ist weiteren Unternehmen der Branche mitgeteilt worden, dass gegen sie Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden. Aus einem Bonusantrag hatte sich der Verdacht ergeben, dass es zwischen Hartweizenmöhlen zumindest ab dem Jahre 2003 Kartellabsprachen gab, die bis zur Durchsuchung des Bundeskartellamtes bei zahlreichen Mühlenunternehmen im Februar 2008 umgesetzt worden sind. Demnach sollen die großen Hartweizenmöhlen Vereinbarungen über den Preis von Hartweizengrieß, die Festlegung von Quoten an der Gesamtvermahlungsleistung und die Zuteilung von Liefermengen an bedeutende Industriekunden getroffen haben. Daneben soll es einen systematischen Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen auch mit weiteren Hartweizenmöhlen gegeben haben. Infolge der Durchsuchung des Bundeskartellamtes sind weitere Bonusanträge gestellt worden.

2.5 Fleisch und Fleischverarbeitung

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2010 die Übernahme des niederländischen Kalbfleischproduzenten Alpuro durch die gleichfalls niederländische Van Drie unter Ne-

benbestimmungen freigegeben. Die Entscheidung erging unter der Bedingung, dass Van Drie vor Vollzug des Zusammenschlusses die drei Gesellschaften veräußert, in denen seine deutschen Kälbermastaktivitäten gebündelt sind. Van Drie und Alpuro sind die führenden europäischen Kalbfleischproduzenten. Ihre Geschäftsaktivitäten umfassen die gesamte Kalbfleischproduktionskette. Als sog. Integratoren kaufen sie junge Kälber für die Mast ein, mästen sie in eigenen oder Lohnmastbetrieben, schlachten die gemästeten Kälber und vertreiben das Kalbfleisch. Einer der Prüfungsschwerpunkte war die Ermittlung des räumlich relevanten Marktes. Das Bundeskartellamt ist – anders als die ebenfalls mit der Prüfung des Zusammenschlusses befassten Wettbewerbsbehörden Italiens und der Niederlande – zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei dem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Kalbfleisch an den Großhandel, industrielle Weiterverarbeiter und die Gastronomie um nationale Märkte handelt. Auf dem entsprechenden deutschen Markt wäre infolge des Zusammenschlusses die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten gewesen. Van Drie hätte seine führende Position auf dem deutschen Markt weiter ausgebaut. Durch die Übernahme von Alpuro als nach Kosten- und Betriebsstruktur engem Wettbewerber verbessert Van Drie den Zugang zu den Beschaffungsmärkten im Hinblick auf den Zugriff auf Jungkälber, Mastplätze und gemästete Kälber. Die deutschen Anbieter waren bis dato auf den Bezug von gemästeten Kälbern aus Van Dries deutschen Lohnmastbetrieben angewiesen, um ihre bisherige Schlachtmenge überhaupt erreichen zu können. Aufgrund der mangelnden freien Verfügbarkeit gemästeter Kälber wäre zudem die für Wettbewerbsvorstöße erforderliche Ausweitung der Schlachtkapazitäten der nationalen Anbieter nicht möglich gewesen. Um die Untersagung des Vorhabens zu vermeiden, hat Van Drie sich verpflichtet, die Gesellschaften, in denen die deutschen Mastaktivitäten der Van Drie Gruppe gebündelt sind, zu veräußern. Diese Verpflichtung bedeutet die Abgabe von rund 30 000 Mastplätzen in Deutschland, entsprechend rund 20 % der deutschen Mastplätze. Sie wurde durch Veräußerung an unabhängige Erwerber erfüllt (vgl. Fallbericht vom 10. Januar 2011, B2-71/10).

2.6 Fleisch- und Wurstwaren

Im Juli 2009 ist das Bundeskartellamt mit einer Durchsuchungsaktion dem Verdacht nachgegangen, dass es zwischen Herstellern von Fleisch- und Wurstwaren zu Absprachen über Preiserhöhungen gekommen ist. Die Durchsuchung erstreckte sich auf die Geschäftsräume von insgesamt 19 Unternehmen mit Standorten in unterschiedlichen Regionen in Deutschland. Die Auswertung der sichergestellten Unterlagen und IT-Beweismittel dauert noch an.

2.7 Feinkost

Im Berichtszeitraum lieferte das Zusammenschlussvorhaben Homann/Nadler ein Beispiel für die Anwendung der Fusionskontrolle auf konzentrierten Nahrungsmittelmär-

ten. Betroffen war der Markt für die Herstellung von Feinkostprodukten, zu dem Feinkostsalate und Fischfeinkost gehören. Verschiedene Marktabgrenzungsfragen im Hinblick auf die angebotenen Warengruppen und die mit Feinkost belieferten Abnehmergruppen konnten letztlich offen gelassen werden. Im Hinblick auf das Wettbewerbspotenzial von Handelsmarken war interessant, dass der Lebensmitteleinzelhandel in der hier betroffenen Produktgruppe eine eigene Mehrmarkenstrategie führt, mit der er nicht nur die Zweit- und Drittmarken der Markenartikelhersteller, sondern auch deren Erstmarken angreift. Neben dem Wettbewerb durch weitere namhafte Feinkosthersteller war es vor allem die Handelsmarkenstrategie des Handels, die die Verhaltensspielräume der Hersteller von Feinkostprodukten, seien es Hersteller- oder Handelsmarken, einschränken. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher freigegeben worden (vgl. Fallbericht vom 19. April 2010, B2-117/09).

2.8 Kaffeeprodukte

Das Bundeskartellamt hat am 19. Dezember 2009 Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. 160 Mio. Euro gegen drei Kaffeeröster und sechs verantwortliche Mitarbeiter wegen Preisabsprachen verhängt. Bei den drei Unternehmen handelt es sich um die Tchibo GmbH, die Melitta Kaffee GmbH und die Alois Dallmayr Kaffee oHG. Das Bundeskartellamt hatte die drei Unternehmen am 3. Juli 2008 durchsucht und dabei umfangreiches Beweismaterial sichergestellt (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 70). Grundlage der Durchsuchung war ein Bonusantrag der Kraft Foods Deutschland GmbH, der die Geldbuße gemäß RdNr. 3 der Bonusregelung des Bundeskartellamtes erlassen wurde (vgl. Fallbericht vom 14. Januar 2010, B11-18/08).

Tchibo und Melitta sowie fünf Betroffene haben gegen die Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt. Das Bundeskartellamt hat das Verfahren Ende April 2010 an die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf abgegeben.

Im sog. Außer-Haus-Bereich hat das Bundeskartellamt ebenfalls wegen Preisabsprachen Geldbußen in Höhe von insgesamt 30 Mio. Euro gegen acht Kaffeeröster und den Deutschen Kaffeeverband e.V. sowie zehn verantwortliche Mitarbeiter verhängt. Bei den acht Unternehmen handelt es sich um die Kraft Foods Außer Haus Service GmbH, Tchibo GmbH, J.J. Darboven GmbH & Co. KG, Melitta SystemService GmbH & Co. Kommanditgesellschaft, Luigi Lavazza Deutschland GmbH, Seeberger KG, Segafredo Zanetti Deutschland GmbH und Gebr. Westhoff GmbH & Co. KG. Eingeleitet wurde das Verfahren durch einen Bonusantrag der Alois Dallmayr Kaffee oHG, gegen die deshalb keine Geldbuße verhängt wurde (vgl. Fallbericht vom 6. August 2010, B11-19/08).

Die Segafredo Zanetti Deutschland GmbH und die Tchibo GmbH sowie zwei Betroffene haben gegen die Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt. Das Bundeskartellamt bereitet derzeit die Abgabe des Verfahrens an die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf vor.

Schließlich hat das Bundeskartellamt im Januar 2009 ein Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gegen vier Hersteller von Instant-Cappuccino und mehrere Betroffene wegen Preisabsprachen eingeleitet. Grundlage war ein Bonusantrag eines des an den Absprachen beteiligten Herstellers. Nach Einleitung des Verfahrens wurde ein weiterer Bonusantrag gestellt. Mit dem betreffenden Unternehmen konnte inzwischen ein Settlement erreicht werden. Im Mai 2010 hat das Bundeskartellamt an die übrigen beiden Hersteller und zwei Betroffene Anhörungsschreiben versandt. Die Stellungnahmen auf die Anhörungsschreiben werden derzeit ausgewertet.

2.9 Süßwaren

Nach den Durchsuchungen mehrerer Markenartikelhersteller von Süßwaren im Februar 2008 (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 69) ist die Auswertung der sichergestellten Asservate und der im Rahmen von Bonusanträgen eingereichten Unterlagen weitgehend abgeschlossen.

2.10 Tierfutter

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum das Konditionensystem des zum Mars-Konzern gehörenden Heimtierfutteranbieters Royal Canin wegen des Verdachts der Diskriminierung der von diesem belieferten Großhändler untersucht. Royal Canin bietet seine Marken ausschließlich im Fachhandel an. Dieser wird – mit Ausnahme der Fachhandelskette Fressnapf – durch spezialisierte Großhändler beliefert, die nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes darauf angewiesen sind, Royal Canin als Marktführer bei trockenem Heimtierfutter in ihrem Sortiment zu führen. Royal Canin ist damit Adressat des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots. Es besteht der Verdacht, dass das Konditionensystem in einer Weise ausgestaltet ist, die bestimmte Großhändler gegenüber anderen ohne sachliche Rechtfertigung bevorzugt und im Ergebnis zu einer Verdrängung von benachteiligten Großhändlern führt. Maßgeblich bei der Beurteilung ist u. a. die Staffelung der gewährten Rabatte und ihre inkrementelle Ausgestaltung. Die Prüfung dauert an.

2.11 Verschiedene Konsumgüter

Das Bundeskartellamt hat im März 2011 gegen drei Markenhersteller von Konsumgütern sowie deren verantwortliche Mitarbeiter Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. 38 Mio. Euro wegen des unzulässigen Austauschs von Informationen über den Stand und Verlauf von Konditionenverhandlungen mit großen Einzelhändlern sowie in einigen der betroffenen Produktbereiche auch über beabsichtigte Preiserhöhungen gegenüber dem Einzelhandel verhängt. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig. Bei den Unternehmen handelt es sich um die Kraft Foods Deutschland AG, die Unilever Deutschland Holding AG und die Dr. August Oetker KG. Diese hatten sich mit weiteren Unternehmen mindestens seit dem Jahr 2000 in einem mehrmals im Jahr stattfindenden Gesprächskreis hochrangiger Vertriebsmitarbeiter über die o. g. Themen ausgetauscht. Dem Kreis gehörten in dem der Bebußung zugrunde gelegten Zeitraum von August 2005 bis April

2008 außerdem Vertreter der Unternehmen Mars GmbH und Henkel AG & Co. KGaA, sowie eines weiteren großen Konsumgüterherstellers an. Das Verfahren wurde durch einen Bonusantrag der Mars GmbH ausgelöst, die einen vollständigen Bußgelderlass erhielt. Drei weitere der o. g. Unternehmen haben sich nach der Durchsuchung im April 2008 ebenfalls zur Kooperation mit dem Bundeskartellamt bereit erklärt. Gegen Henkel wurde das Verfahren eingestellt, da ein vergleichbarer Informationsaustausch mit dem einzigen direkten Wettbewerber in diesem Kreis, der Firma Unilever, bereits im Verfahren „Drogerieartikel“ (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 75) rechtskräftig bebußt worden war. Gegen den anderen großen Konsumgüterhersteller dauern die Ermittlungen und das Verfahren noch an. Die teilnehmenden Markenartikelhersteller sahen sich in dem Gesprächskreis in verschiedenen der von ihnen angebotenen Produktgruppen – vor allem Süßwaren, Speiseeis, Trockenfertiggericht, Tiefkühlpizza, Tiernahrung und Waschmittel – jeweils wesentlichen Wettbewerbern gegenüber. Der regelmäßige und unmittelbare Informationsaustausch im Kreis der marktführenden Konsumgüterhersteller war geeignet, den Grad der Ungewissheit über das zukünftige Marktgeschehen zu verringern. Das galt insbesondere für die zu erwartenden Forderungen des Einzelhandels sowie die Reaktionen der Wettbewerber auf diese Forderungen und in einigen der betroffenen Produktbereiche auch für den Umfang und Zeitpunkt von beabsichtigten Preiserhöhungen der Wettbewerber. Ein solcher Informationsaustausch ist wettbewerbsbeschränkend und deshalb nach deutschem und europäischem Kartellrecht unzulässig.

II. Landhandel

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Auch im Landhandel sind im Berichtszeitraum weitere private mittelständische Landhändler aus dem Markt ausgeschieden. Aufkäufer sind regelmäßig die traditionell vorwiegend auf der Großhandelsstufe tätigen Hauptgenossenschaften. Daneben vollzieht sich mit diesen Erwerben häufig eine vertikale Integration. Die Hauptgenossenschaften kaufen innerhalb und außerhalb ihres bisherigen Tätigkeitsgebietes Landhändler auf. Dadurch wird die Stellung der auch auf der Einzelhandelsstufe tätigen Hauptgenossenschaften weiter gestärkt.

Eine der Ursachen für diese Entwicklung könnte darin liegen, dass der immense Größenunterschied zwischen Hauptgenossenschaften und privaten Landhändlern zunehmend einen „Spiraleffekt“ in Gang setzt. Dieser unterstellt, dass die Hauptgenossenschaften aufgrund ihrer größeren Beschaffungsvolumina bei der Industrie bessere Konditionen aushandeln als kleinere private Landhändler. Hierdurch können sie Landwirten attraktivere Angebote machen, als dies den mittelständischen privaten Landhändlern möglich ist. Auf diese Weise gewinnen die Hauptgenossenschaften zusätzliche Kunden, was wiederum ihre Stellung bei Verhandlungen mit der Industrie verbessert und so dreht sich die Spirale weiter.

Bei den zahlreichen ermittlungsintensiven Landhandelsfällen des Bundeskartellamtes wird immer wieder deutlich, dass das Regionalitätsprinzip nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Hauptgenossenschaften des Deutschen Raiffeisenverbandes (DRV) hat: So musste das Bundeskartellamt feststellen, dass die Hauptgenossenschaften Agravis und BayWa ihre jeweiligen Liefergebiete weitgehend respektieren. Die Durchführung einer Kundenwechselanalyse hat hier nur wenige Wettbewerbsimpulse erkennen lassen. Das Bundeskartellamt analysiert bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Hauptgenossenschaften insoweit intensiv das Wettbewerbsverhältnis zu benachbarten Genossenschaften.

In einigen Regionen Deutschlands beobachtet das Bundeskartellamt aber auch einen partiellen Bedeutungsrückgang des Regionalitätsprinzips. Dies ist erfreulich, weil aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die (partielle) Respektierung von Vertriebs- und Liefergebieten höchst ineffizient und verbraucherschädlich ist.

Als eine Kraft bei dieser Entwicklung sieht das Bundeskartellamt derzeit die Hauptgenossenschaft Nord AG, Kiel (HaGe Nord). Sie ist in einzelnen Sparten überwiegend über ihre Konzerngesellschaft BSL bereits deutschlandweit tätig und plant mittelfristig die Ausweitung ihres Einzelhandelsgeschäfts. Damit greift sie nach Marktpositionen in Vertriebsgebieten, die bislang durch andere dort traditionell tätige Hauptgenossenschaften besetzt waren. Im Gegenzug gibt es Anhaltspunkte dafür, dass Hauptgenossenschaften des DRV, konkret die Agravis, wiederum in traditionelle Liefergebiete der HaGe Nord expandieren. Dies geschah u. a. durch den Beteiligungserwerb an Primärgenossenschaften im Tätigkeitsgebiet der HaGe Nord.

2. Wichtige Fusionsverfahren

Im Jahr 2009 hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Landhandelsstandorten der insolventen Wurth Agrar GmbH & Co. KG durch die BayWa AG einerseits sowie durch die badische Hauptgenossenschaft ZG Raiffeisen eG andererseits jeweils im Hauptprüfverfahren untersucht. Tätigkeitsschwerpunkt des privaten Landhandelsunternehmens Wurth Agrar war bis zur Insolvenz des Unternehmens der Handel mit Pflanzenschutz- und Düngemitteln, die überwiegend direkt an Landwirte und in geringerem Umfang an Wiederverkäufer vertrieben wurden. Die BayWa hat vier Wurth-Standorte im südlichen Sachsen-Anhalt übernommen, deren wichtigster aufgrund der Dimensionierung als Pflanzenschutzmittel-Großhandelslager der Standort Niemberg ist. Die Wettbewerbsstruktur des Marktes für den Pflanzenschutzmittelvertrieb an Landwirte in dem als räumlicher Markt zugrunde gelegten Gebiet von 100 km um Niemberg weist nach dem Zusammenschluss mit den Genossenschaften BayWa, Agravis und HaGe Nord drei annähernd gleich starke Anbieter aus. Festzustellen ist, dass BayWa und Agravis ihre Tätigkeitsgebiete (Agravis: Sachsen-Anhalt, BayWa: Sachsen) weitestgehend respektieren und ein nennenswerter Kundenwechsel zwischen beiden in unmittelbarer Nähe zueinander tätigen Genossenschaften

kaum festzustellen ist. Die Verstärkung oder Begründung eines wettbewerbslosen Oligopols konnte jedoch insbesondere aufgrund des festzustellenden vorstoßenden Wettbewerbs der HaGe Nord ausgeschlossen werden. Der Zusammenschluss wurde freigegeben (vgl. Fallbericht vom 19. Januar 2010, B2-75/09 und B2-80/09).

Die HaGe Nord hat ihre Präsenz in der Region zu Beginn des Jahres 2010 weiter durch die Übernahme einer Mehrheit an der Roth Agrarhandel GmbH ausgebaut. Roth verfügte über insgesamt 20 Landhandelsstandorte in Hessen, Thüringen und Sachsen-Anhalt. In der Region gibt es mittlerweile kaum noch Alternativen zu den genossenschaftlichen Unternehmen. Marktbeherrschung konnte im vorliegenden Fall jedoch ausgeschlossen werden.

Das Vorhaben der ZG Raiffeisen, den Standort Appenweier der Wurth Agrar zu übernehmen, warf hingegen Wettbewerbsbedenken auf. Aufgrund des Zusammenschlusses hätte die ZG Raiffeisen eine Marktposition von deutlich über 50 % beim Pflanzenschutzmittelvertrieb an Landwirte erlangt. Von Wurth Agrar ging vor dem Zusammenschluss bedeutender Wettbewerbsdruck in der Region aus, weil die Ausrichtung des Pflanzenschutzmittellagers eine Direktbelieferung durch die Industrie mit den damit verbundenen Großhandelskonditionen ermöglichte. Andere Landhändler in der Region wiesen Marktanteile von jeweils deutlich unter fünf Prozent aus. Die Anmeldung wurde nach Abmahnung durch das Bundeskartellamt zurückgenommen. Bereits im Zuge des Verfahrens stellte sich jedoch heraus, dass die ZG Raiffeisen das Grundstück mit aufstehendem Pflanzenschutzmittellager zum Zeitpunkt der Anmeldung bereits erworben hatte. Das Bundeskartellamt sah darin einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot, weil mit dem Pflanzenschutzmittellager ein wesentlicher Vermögensteil der Wurth Agrar bereits im Eigentum der ZG Raiffeisen stand. Das daraufhin eingeleitete Entflechtungsverfahren nach § 41 Absatz 3 wurde nach der Veräußerung des Grundstücks durch die ZG Raiffeisen an ein Tochterunternehmen der französischen Genossenschaft CAC eingestellt. CAC hatte bereits den good-will und weitere Vermögensgegenstände der Wurth Agrar nach der Rücknahme der Anmeldung von dem Insolvenzverwalter der Wurth Agrar übernommen. Das ebenfalls eingeleitete Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot wurde Anfang des Jahres 2011 im Wege eines Settlements mit der Verhängung eines Bußgeldes in Höhe von ca. 400 000 Euro gegen die ZG Raiffeisen abgeschlossen. Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig.

Zu einer weiteren Konsolidierung in der Region Baden kam es im Jahr 2010 mit der Übernahme des privaten Landhandelsunternehmens Bähr Agrarhandel durch das vornehmlich auf der Großhandelsebene tätige Unternehmen Beiselen. Aufgrund dieser vertikalen Integration baut Beiselen die eigene Marktposition auf der Einzelhandelsstufe des Landhandels, insbesondere im Düngemittelvertrieb aus, das den Schwerpunkt des Unternehmens Bähr Agrarhandel darstellte.

Die Agravis übernahm im Berichtszeitraum drei Pflanzenschutzmittellager der Märka GmbH auf der Grundlage

lang laufender Mietverträge. Es handelt sich um Lager in Eberswalde (Brandenburg), Halle (Sachsen-Anhalt) und Großbothen (Sachsen). Die Märkte setzt damit die zunehmende Konzentration der Unternehmensgruppe auf den Ankauf (sog. Erfassung) von Feldfrüchten für die konzern-eigene Bioethanolherstellung in der Verbio AG fort. Die Untersuchung der Markträume im Pflanzenschutzmittelvertrieb an Landwirte, in der Regel ein Gebiet von bis zu 100 km um den jeweiligen Standort, zeigt in Sachsen-Anhalt und Brandenburg die bereits bei anderen Zusammenschlüssen im Berichtszeitraum festgestellte starke Konzentration auf die genossenschaftlichen Anbieter. Vor allem mit der HaGe Nord ist in der Region jedoch ein weiterer Anbieter präsent, von dem hinreichender Wettbewerbsdruck zu erwarten ist.

III. Lebensmittelhandel

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Lebensmitteleinzelhandel hat sich die Marktstellung der führenden fünf Unternehmen (EDEKA, Schwarz-Gruppe, REWE, ALDI, Metro) mit einem gemeinsamen Marktanteil von über 90 % zu Lasten der nachfolgenden Wettbewerber weiter verstärkt. Dies liegt vor allem an dem fortschreitenden Konsolidierungsprozess in der Branche. Insbesondere einige der kleineren regional tätigen und inhabergeführten Handelsunternehmen haben ihr Geschäft ganz oder teilweise an einen der großen Wettbewerber, insbesondere die EDEKA oder die REWE, verkauft. Ursachen und Folgen dieses Prozesses sind wachsende Größenvorteile der Marktführer in der Beschaffung und Logistik sowie die zunehmende regionale und bundesweite Verdichtung des eigenen Filialnetzes.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Entwicklungen war die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes im Berichtszeitraum durch folgende Prüfungsschwerpunkte gekennzeichnet:

Bezogen auf die regionalen Absatzmärkte der führenden Handelsunternehmen waren einige Vorhaben zu prüfen, die zu starken Marktstellungen der Beteiligten mit hohen Marktanteilsvorsprüngen geführt hätten. Zugunsten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen wurden die Untersagungsvoraussetzungen für die betroffenen Regionalmärkte aber nur dann bejaht, wenn diese Märkte nicht isoliert, sondern in einem Cluster von Märkten lagen, in denen zwar nicht notwendigerweise ebenfalls Marktbeherrschung vorliegen musste, die aber durch vergleichbare Marktstrukturen gekennzeichnet waren. Nur in diesen Fällen war zu erwarten, dass von den sich unmittelbar anschließenden Markträumen keine ausreichenden Wettbewerbsimpulse ausgehen, um die Position der Beteiligten in den kritischen Märkten wirksam angreifen zu können. Die Begründung der Marktbeherrschung umfasste darüber hinaus eine komplexe Gesamtbetrachtung der entscheidungserheblichen Strukturkriterien, wie z. B. die jeweilige Intensität der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Marktteilnehmern („closeness of competition“), die Flächenpräsenz oder die Prüfung möglicher Vorteile in der Beschaffung und im Preiswettbewerb. Im

Berichtszeitraum fand dieses Prüfungskonzept unter anderem in den Fällen REWE/Kaiser's Tengelmann, Region Rhein/Main und EDEKA/trinkgut sowie EDEKA/RATIO Anwendung.

Aufgrund der zunehmenden Konzentration des Lebensmittelhandels rücken zudem die Themen „Nachfragemacht“ und „Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten“ immer stärker in den Fokus der fusionsrechtlichen Prüfung. Im Handel mit Konsumgütern bestimmen vor allem die Marktanteile auf Absatzmärkten die Höhe der Beschaffungsvolumina und die Einkaufspreise; die Beschaffungskonditionen haben ihrerseits unmittelbaren Einfluss auf die Marktstellung eines Handelsunternehmens auf seinen regionalen Absatzmärkten.

Dabei ist das Ausüben von Nachfragemacht nicht per se als gesamtwirtschaftlich nachteilig anzusehen. In den letzten Jahrzehnten haben die zunehmende Differenzierung der Sortimente sowie die Größenvorteile und Synergien in der Beschaffung der Güter durch filialstarke Handelsunternehmen für alle Marktstufen erhebliche Effizienzen und positive Wohlfahrtseffekte hervorgebracht.

Verfügt ein nachfragemächtiges Unternehmen auf regionalen Absatzmärkten jedoch über eine starke oder sogar marktbeherrschende Stellung, so ist nicht zu erwarten, dass die wohlfahrtssteigernden Effekte einer konzentrierten Nachfrage – Weitergabe der Einkaufsvorteile an die Verbraucher – auch tatsächlich realisiert werden. Aber auch ohne die Prognose unmittelbar negativer Wirkungen auf die Endverbraucherpreise kann die Ausübung von Marktmacht auf Beschaffungsmärkten wohlfahrtsschädigende Wirkungen haben. Verfügen ein oder mehrere Nachfrager kontinuierlich über bessere Einkaufskonditionen als ihre Wettbewerber, so können sie diese nutzen, um ihre Marktposition auf den Absatzmärkten gegenüber den Wettbewerbern fortlaufend zu stärken. Die Ausweitung der Nachfragemacht verbessert die Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten zu Lasten der nachfrageschwächeren, kleineren Wettbewerber. Dies ist zum Beispiel der Fall im Hinblick auf die Erzielung von Mengenrabatten und sonstigen Preisbestandteilen, die die Abnahmemengen, die Filialdichte und die Reichweite der Werbeaktionen des jeweiligen Einzelhändlers vergüten.

Nachdem das Bundeskartellamt das Kriterium der Nachfragemacht im Jahr 2008 im Fall EDEKA/Tengelmann bei der Marktposition der EDEKA auf der Absatzseite gewürdigt hatte (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 123 f.), ist es im Fall EDEKA/trinkgut dazu übergegangen, Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten als eigenständigen Untersagungsgrund zu prüfen.

Angesichts der zunehmenden Konzentrationsentwicklungen im Lebensmitteleinzelhandel ist das Bundeskartellamt bemüht, durch eine konsequente Fusionskontrolle ein „Kippen“ dieses Marktes zu verhindern. Selbst bei Übernahme eines nur regional tätigen Wettbewerbers können einzelfallübergreifende Strategien und Wettbewerbswirkungen, beispielsweise sukzessive Strukturveränderungen und Abschreckungswirkungen gegenüber den am

Markt verbliebenen kleineren Wettbewerbern, berücksichtigt werden. Insoweit sind alle Zusammenschlüsse, in denen nicht einzelne oder wenige Standorte, sondern Filialnetze durch einen der führenden Anbieter erworben werden, im Rahmen der Fusionskontrolle eingehend zu prüfen.

Aufgrund der fortschreitenden Konsolidierung der Handelsmärkte und zunehmender Beschwerden über die Verhandlungsmacht des Handels gegenüber seinen Lieferanten hat das Thema Nachfragemacht auch in der Missbrauchsaufsicht weiter an Bedeutung gewonnen. Hier standen im Berichtszeitraum die ungerechtfertigte Forderung von Vorteilen durch marktbeherrschende oder marktstarke Handelsunternehmen (§ 20 Absatz 3) und das Verbot des Angebots von Waren unter Einstandspreis (§ 20 Absatz 4) im Vordergrund.

Im Bereich der Kartellverfolgung stand in der Schnittstelle zwischen Lebensmitteleinzelhandel und Ernährungsindustrie die Prüfung vertikaler Preisbindungen im Fokus.

Das berechnigte Interesse von Herstellern und Handel an einer effizienten Distribution und optimierten Wertschöpfungskette findet dort seine Grenzen, wo Hersteller und Handel einvernehmlich oder einseitig Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des markeninternen Wettbewerbs und des Preiswettbewerbs initiieren. Die Gefahr besteht, dass sich Handel und Hersteller durch vertikale Preisbindung insoweit gegen die Verbraucher „verbünden“. Die vertikale Preisbindung kann zudem die Entwicklung neuer Vertriebsformen (z. B. Online-Handel) erheblich behindern. Vertikale Preisbindung ist umso schädlicher, je weiter verbreitet sie in einem Markt ist, z. B. weil die Hersteller ihre Produkte weitgehend über dieselben Abnehmer vertreiben. Je konzentrierter die Herstellerebene und/oder die Handelsebene ist und je stärker die Initiative für eine Preisbindung auch von Seiten des Handels ausgeht, desto anfälliger sind die Märkte für Kollusionen, um die jeweilige Marge zu Lasten der Verbraucher zu sichern.

Das Bundeskartellamt führt derzeit Verfahren wegen des Verdachts vertikaler Preisbindung und horizontaler sog. „hub-and-spoke“-Kartelle in der Konsumgüterindustrie und im Lebensmitteleinzelhandel. Bei „hub-and-spoke“-Kartellen (Nabe und Speiche) handelt es sich um Absprachen „über Bande“. Sie gehen über die übliche Horizontalwirkung vertikaler Preisbindung hinaus, wenn die Kommunikation der Handelsunternehmen über den Lieferanten (mittelbar) eine horizontale Abstimmung über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen bezweckt oder bewirkt.

2. Wichtige Fusionsfälle

Im Berichtszeitraum wurden mehrmals Vorhaben angemeldet, die die Veräußerung einzelner real – Standorte zum Gegenstand hatten. Das Bundeskartellamt hat diese Vorhaben, bei denen in erster Linie Kaufland als Erwerber auftrat, ohne vertiefte Prüfungen freigegeben können. Lediglich im Hinblick auf den beabsichtigten Erwerb ei-

nes Standortes in Eggenfelden durch die EDEKA hatte das Bundeskartellamt eine vertiefte Prüfung in Aussicht gestellt, da der Erwerber EDEKA mit dem Erwerb seine Marktposition in einem nach der EDEKA/Tengelmann-Entscheidung (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 123) kritischen Markt verstärkt hätte und zugleich gegen eine Nebenbestimmung aus dem o. g. Verfahren verstoßen hätte. Der Standort wurde daraufhin von einem anderen Unternehmen übernommen.

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb eines Teilnetzes der Kaiser's Tengelmann GmbH (Kaiser's Tengelmann) im Raum Rhein/Main/Neckar durch die REWE Markt GmbH (REWE) sowie durch die tegut.gutberlet Stiftung & Co. (tegut) freigegeben. Im Vorfeld hatte Kaiser's Tengelmann Verhandlungen mit verschiedenen Interessenten für den Erwerb der zu veräußernden Standorte geführt, darunter auch mit der EDEKA. Kaiser's Tengelmann hatte parallel dazu Vorgespräche mit dem Bundeskartellamt geführt, um die Erfolgsaussichten und die Dauer eines für die Veräußerung erforderlichen Fusionskontrollverfahrens einschätzen zu können. Im Ergebnis kam es zu den zwei o. g. Anmeldungen beim Bundeskartellamt. Der Erwerb von Standorten durch tegut war wettbewerblich unproblematisch. Bei dem Erwerb von Standorten durch REWE waren die Absatzmärkte in drei Markträumen genauer zu untersuchen, da REWE dort bereits vor dem Zusammenschluss eine starke Stellung inne hatte. Im Ergebnis führte der Zusammenschluss aber im Rahmen der vom Bundeskartellamt durchgeführten Gesamtbetrachtung nicht zu einer relevanten Veränderung der Marktstrukturen. In Bezug auf die nationalen Beschaffungsmärkte war auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse im Verfahren EDEKA/Tengelmann und aufgrund der geringen Zuwächse für REWE eine relevante Veränderung der Marktstrukturen nicht zu erwarten (vgl. Fallbericht vom 14. April 2010, B2-55/10 und B2-58/10).

Im Jahr 2009 hat das Bundeskartellamt den Erwerb von 100 % der Anteile an der Delhaize Deutschland GmbH, einem Tochterunternehmen der Delhaize Brothers & Co. „The Lion“ S.A. durch REWE freigegeben. Mit der Veräußerung der vier Lebensmittelmärkte hat sich Delhaize S.A. nach einem Marktzutrittsversuch im Jahr 2003 wieder aus dem deutschen Markt zurückgezogen.

Die EDEKA hatte im Herbst 2010 das Vorhaben angemeldet, den Betrieb von insgesamt zehn SW-Warenhäusern, einem Fachmarkt sowie acht Cash&Carry-Großhandelsmärkten von der RATIO Handel GmbH & Co. KG, Münster, zu übernehmen. Das Vorhaben betraf sowohl den Lebensmitteleinzelhandel als auch den Lebensmittelgroßhandel.

Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben, dass der Zusammenschluss im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels zur Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung der EDEKA in den Markträumen Herford, Minden, Osnabrück und Bielefeld geführt hätte. Die EDEKA besitzt hier bereits eine mit weitem Abstand führende Marktposition, die sie durch den Zusammenschluss mit einem engen Wettbewerbers im Bereich des Vollsortiments noch weiter ausgebaut

hätte. Die betroffenen Märkte sind zudem umgeben von Markträumen, in denen die EDEKA ebenfalls eine marktführende Stellung innehat, sodass ihre Marktstellung auch nicht durch Wettbewerbsimpulse aus benachbarten Märkten hätte angegriffen werden können. Der engste Wettbewerber der EDEKA, die REWE Group, ist hier nur schwach vertreten.

Im Bereich des Lebensmittelgroßhandels haben die durchgeführten Ermittlungen ergeben, dass ein eigenständiger Markt für den Abholgroßhandel mit Lebensmitteln (Cash&Carry) in Abgrenzung zum Großverbraucher-Zustellhandel zu definieren ist. Dies ergibt sich aus den Unterschieden im Nachfrageverhalten der Kunden ebenso wie aus dem jeweiligen Warensortiment der Anbieter dieser beiden Vertriebslinien und der jeweiligen unternehmensstrategischen Ausrichtung der Unternehmen. In räumlicher Hinsicht sind die Märkte des Abholgroßhandels mit einem Radius von 30 km um den jeweiligen Standort abzugrenzen. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes hätte der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung der EDEKA in den Markträumen Münster, Osnabrück und Limburg geführt. Die EDEKA – einschließlich des ihr zumindest wettbewerbslich zuzurechnenden Unternehmens L. Stroetmann, Münster, hätte hier jeweils Marktanteile von über 90 % erreicht. Selbst die Berücksichtigung des von dem Zustellgroßhandel zumindest teilweise ausgehenden Substitutionswettbewerbs ließ keine andere Bewertung zu. Nachdem das Bundeskartellamt den Beteiligten ihre diesbezügliche vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt hatte, hat die EDEKA die Anmeldung zurück genommen.

Nach der Rücknahme der Anmeldung hat EDEKA den Erwerb derjenigen Standorte angemeldet, die vom Bundeskartellamt in dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren als wettbewerbslich unproblematisch herausgestellt hatten. Dies betraf im Wesentlichen Standorte in Münster, Ratingen, Stuhr, Trier und Baunatal (SB-Warenhäuser) sowie in Laatzen, Bochum, Bielefeld, Ratingen und Hagen (Cash&Carry-Märkte). Aufgrund der Erkenntnisse aus dem vorangegangenen Verfahren konnte dieses Vorhaben ohne vertiefte Prüfung freigegeben werden.

Die übrigen Standorte, zwei SB-Warenhäuser in Gohfeld und Bielefeld sowie zwei SB-Warenhäuser in Stadthagen und Osnabrück, hat RATIO zwischenzeitlich an die Unternehmen Bartels-Langness, Kiel, bzw. Kaufland, Neckarsulm, verkauft. Die fusionsrechtlichen Freigabeentscheidungen konnten ebenfalls ohne vertiefte Prüfung aufgrund der Erkenntnisse aus dem vorangegangenen Verfahren erteilt werden.

Den Betrieb der drei Cash&Carry-Märkte in Münster, Osnabrück und Limburg hat das Unternehmen Brülle & Schmeltzer, ein in Lippstadt ansässiger Betreiber von Cash&Carry-Märkten, übernommen. Ein Fusionskontrollverfahren war nicht durchzuführen, da die beteiligten Unternehmen nicht die Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle nach § 35 GWB erreichten.

Die EDEKA Gruppe verfolgt mit dem Erwerb der trinkgut Getränkemärkte im Jahre 2010 ihre bisherige Strategie

weiter, sich im Bereich des Getränkeeinzelhandels an Wettbewerbern zu beteiligen oder diese vollständig zu erwerben. Bereits im Jahr 2001 hatte die EDEKA Baden-Württemberg den Getränkefachgroßhändler Kempf erworben, der in weiten Teilen der Region die Getränkelogistik für die EDEKA erbringt. Im Jahr 2005 hat die EDEKA Rhein-Ruhr GmbH Anteile an der TOP Getränkegruppe erworben und im Jahre 2008 deren vollständigen Erwerb sowie den Erwerb einer Beteiligung an der LSC Logistik & Service Company Einzelhandels GmbH angemeldet und vollzogen. Im Februar 2009 folgte der Erwerb von 18 Getränkeabholmärkten der trinkauf-Getränkemärkte GmbH & Co. KG und der trinkauf-Getränkefachmärkte GmbH & Co. Immobilienverwaltung KG.

Den Erwerb von rund 200 trinkgut Getränkeabholmärkten durch die EDEKA im Jahre 2010 hat das Bundeskartellamt nur unter aufschiebenden Bedingungen freigegeben. Dieser Zusammenschluss betrifft rund 80 regionale Absatzmärkte für den Verkauf von Getränken an Endverbraucher sowie die bundesweiten Beschaffungsmärkte für Wasser/Wasser mit Zusatz, alkoholfreie Getränke, Bier/Biermischgetränke und Wein, Sekt und Spirituosen. Da mit trinkgut ein potenter Wettbewerber im Getränkeeinzelhandel entfällt, hätte die EDEKA auf mehreren Regionalmärkten eine marktbeherrschende Stellung erlangt bzw. ausgebaut. Dies wird durch die Verpflichtung, rund 30 Getränkeabholmärkte in zehn Regionalmärkten an unabhängige Erwerber zu veräußern, verhindert. Diese Nebenbestimmung wurde erfüllt.

Der Schwerpunkt der Prüfung auf der Absatzseite lag insbesondere bei der Ermittlung des Wettbewerbspotenzials der sehr unterschiedlich strukturierten Getränkeabholmärkte und der Discounter. Danach liegen die wesentlichen Ursachen für die schwache Marktposition der ganz überwiegenden Anzahl der Getränkeabholmärkte in dem anhaltenden Konzentrationsprozess zugunsten der großen Lebensmittelhändler und der wenigen, vertikal integrierten Getränkeabholmärkte, verbunden mit einer stetigen Vergrößerung des Konditionengefälles bei der Beschaffung des Getränkesortiments. Dieses Konditionengefälle schlägt wegen des auf Aktionspreise ausgerichteten Verbraucherverhaltens unmittelbar auf die Stellung der Getränkeabholmärkte auf den Angebotsmärkten durch. Die Ermittlungen haben deutliche Hinweise auf das Bestehen des sog. „Wasserbetteffekts“ ergeben. Danach löst eine fusionsbedingte Verbesserung von Einkaufskonditionen der Zusammenschlussbeteiligten eine korrespondierende Verschlechterung der Konditionen anderer Marktteilnehmer, in diesem Fall der Getränkeabholmärkte, aus.

Bei der Prüfung der Beschaffungsmärkte hat das Bundeskartellamt die Wettbewerbsbedingungen mit Hilfe ökonomisch anerkannter Methoden untersucht. Unter den in § 19 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 genannten Prüfkriterien spielte das durch die Fünfte GWB-Novelle eingefügte Merkmal „Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen“ im Verfahren eine bedeutende Rolle. Das Bundeskartellamt hat insbesondere die Ausweichmöglichkeiten der Lieferanten („outside options“) intensiv geprüft. Inwieweit ein Hersteller von Ge-

tränken den Umsatz mit einem oder mehreren großen Abnehmern ohne entsprechende Umsatzeinbußen ersetzen kann, hängt zum einen davon ab, ob er die Endkunden auch über andere Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels oder über andere Vertriebskanäle erreichen kann. Zum anderen ist zu prüfen, inwieweit wirtschaftlich zumutbare bzw. bereits erschlossene alternative Vertriebswege zusätzliche Aufnahmekapazitäten vorhalten, um eine wegbrechende Nachfrage tatsächlich ausgleichen zu können. Ferner war die Frage zu klären, inwieweit in den Beschaffungskonditionen Größen- und sonstige Ressourcenvorteile zugunsten einzelner oder einer Gruppe von Einzelhandelsunternehmen sichtbar werden. Die Untersuchung des Bundeskartellamtes hat starke Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Unternehmen EDEKA, REWE und die Schwarz-Gruppe auf den Beschaffungsmärkten für Herstellermarken im Bereich alkoholfreier Getränke sowie Wasser inklusive Wasser mit Zusatz ein marktbeherrschendes Oligopol bilden. Im Ergebnis haben die Ermittlungsergebnisse eine Untersagung des Vorhabens allerdings nicht getragen. Das Bundeskartellamt hat jedoch in diesem Fall ein Konzept zur Ermittlung der Auswirkung von Fusionsvorhaben auf Beschaffungsmärkte im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels erarbeitet, das es in künftigen Fällen weiterentwickeln und anwenden wird (vgl. Fallbericht vom 28. November 2010, B 2-52/10).

Die REWE-Gruppe hat im Berichtszeitraum zwar keine Getränkeabholmärkte erworben. Sie hat jedoch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit der FÜR SIE-Handelsgesellschaft angemeldet. Dabei erbringt FÜR SIE Dienstleistungen wie Delkredere und Zentralregulierung und das Gemeinschaftsunternehmen, die Getränkevermarktungs- und Einkaufsgesellschaft, bündelt den Einkauf im Getränkebereich für REWE und FÜR SIE.

3. Fordern von Hochzeitsrabatten

Im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist Nachfragemacht dann problematisch, wenn die Grenzen zwischen „harter Verhandlung“ und der missbräuchlichen Ausnutzung einer durch Nachfragemacht vermittelten starken Verhandlungsposition überschritten werden. Nur in diesen spezifischen Fallkonstellationen ist eine kartellbehördliche Prüfung und gegebenenfalls ein Eingriff in die bilateralen Verhandlungsergebnisse zwischen Handel und Industrie angezeigt.

Nach Vollzug des unter Nebenbestimmungen im Juni 2008 freigegebenen Zusammenschlusses EDEKA/Tengelmann (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 123) ist es zu Nachverhandlungen über zusätzliche Konditionen zugunsten der neuen Unternehmenseinheit gekommen. Im Hinblick auf diese Nachverhandlungen führt das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen die EDEKA Zentrale AG & Co. KG (im Folgenden: EDEKA Zentrale). Das Bundeskartellamt geht dabei dem Verdacht nach, dass die EDEKA-Zentrale mittels des Forderns ungerechtfertigter Konditionenvorteile gegenüber Ihren Lieferanten gegen § 20 Absatz 3 verstoßen haben könnte.

Das Verfahren wurde mit einer Durchsuchung der EDEKA Zentrale in Hamburg am 29. April 2009 eingeleitet. Im Hinblick auf eine mögliche Missbräuchlichkeit gemäß § 20 Absatz 3 prüft das Bundeskartellamt insbesondere den Bestwertabgleich mit den vormals der Plus gewährten Konditionen einschließlich der Zahlungsziele, sowie weitere von der EDEKA nach den bisherigen Kenntnissen des Bundeskartellamtes geforderten Vergünstigungen, insbesondere sog. „Synergieboni“, „Partnerschaftsvergütungen“ und „Sortimentserweiterungsboni“. Das Verfahren war zum Berichtszeitpunkt noch nicht abgeschlossen.

4. Angebote unter Einstandspreis

Die Verschärfung des § 20 Absatz 4 Satz 2 (Angebot unter Einstandspreis) durch die Preismissbrauchs-Novelle mit Wirkung zum 22. Dezember 2007 hat im Berichtszeitraum nicht dazu geführt, dass es vermehrt zu Beschwerden und Verfahren wegen Verstößen gegen § 20 Absatz 4 kam. Wie bereits im Tätigkeitsbericht 2007/2008 berichtet (S. 124), hatte das Bundeskartellamt sich unmittelbar nach der Gesetzesänderung mit ca. 20 Eingaben wegen etwaiger Verstöße gegen § 20 Absatz 4 auseinanderzusetzen. Die vom Bundeskartellamt durchgeführten Ermittlungen führten beim überwiegenden Teil der erhobenen Vorwürfe zu dem Ergebnis, dass kein Anfangsverdacht festzustellen war, der für die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens ausgereicht hätte. Im Folgenden ließen Beschwerden wegen möglicher Verletzungen des § 20 Absatz 4 nach und auch in sonstiger Hinsicht ergaben sich nur vereinzelt Hinweise für die Verletzungen des § 20 Absatz 4, die Ermittlungen hätten auslösen können.

Der Anwendungsbereich des Verbots von Unter-Einstandspreisen ist durch die jüngste Rechtssprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs deutlich eingeschränkt worden (S. 30). Die gesetzgeberische Zielsetzung, mit der Regelung des § 20 Absatz 4 kleine und mittlere Handelsunternehmen vor Verdrängungspreisstrategien marktstarker Wettbewerber zu schützen, wird hierdurch weitgehend in Frage gestellt.

5. Vertikale Preisbindung

Im Januar 2010 wurden Durchsuchungen bei elf Handelsunternehmen und vier Markenartikelherstellern durchgeführt und Verfahren gegen elf weitere Handelsunternehmen und Hersteller schriftlich eingeleitet. Es besteht der Verdacht, dass sich Markenartikelhersteller von Süßwaren, Tiernahrung und Kaffee und Unternehmen des Einzelhandels über die Endverbraucherpreise bzw. Mindestpreise der Produkte abgestimmt haben. Daneben bestehen Verdachtsmomente für einseitige unzulässige Nachteilszufügungen oder Vorteilsgewährungen mit dem Ziel der Festlegung von Endverbraucherpreisen. Weiterhin besteht der Verdacht, dass es darüber hinaus eine mittelbare Abstimmung von Endverbraucherpreisen zwischen Unternehmen des Einzelhandels gegeben hat. Bislang kooperieren acht Unternehmen, die überwiegend Hersteller sind, mit dem Bundeskartellamt bei der Aufklärung der vermuteten Verstöße. Das Bundeskartellamt hat im April

2010 ein Schreiben an die in dem Verfahren kooperierenden Unternehmen versandt, in dem die Kooperationspflichten konkretisiert worden sind (abgedruckt in: WuW 2010, S. 786 ff.). Das Schreiben enthält zum einen eine Liste mit Praktiken, die nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamtes in der Regel unzulässig sind. Darüber hinaus werden darin Verhaltensweisen beschrieben, die für sich genommen rechtlich zulässig sind, die aber häufig im Zusammenhang mit unzulässigen Maßnahmen beobachtet werden können und deren Durchführung erleichtern oder unterstützen. Ihre Praktizierung sollte daher sorgfältig überprüft werden. Die Auswertung der umfangreichen eingereichten Unterlagen und der sichergestellten Asservate ist noch nicht abgeschlossen.

IV. Forstwirtschaft – Holzvermarktung

Das Bundeskartellamt hat in Verfahren gegen die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Thüringen und Baden-Württemberg wegen der flächendeckend praktizierten gebündelten Vermarktung von Rundholz aus privatem, kommunalem und staatlichem Holzbesitz Verpflichtungszusagen nach § 32b entgegengenommen und für bindend erklärt. Damit soll die entsprechende Vermarktungsbündelung auf das Notwendige beschränkt und die Entstehung neuer wettbewerblicher Strukturen einer dezentralen Holzvermarktung gefördert werden. Dieses Verfahrensergebnis wurde in einem langjährigen Prozess und auf der Grundlage eines im Rahmen der Forstchefkonferenz abgestimmten „Konkretisierungspapier“ mit den betroffenen Ländern erarbeitet (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 68 f.).

Die deckungsgleichen Zusagen der vier Bundesländer haben folgende Kernpunkte:

Holzvermarktungsk Kooperationen mit staatlicher Beteiligung werden anhand von Schwellenwerten wieder stärker auf ihre ursprüngliche, wettbewerbsrechtlich anzuerkennende Aufgabe, die sog. „Holzverkaufshilfe“, begrenzt. Kooperationen mit den Landesforstbehörden sind nur noch für nichtstaatliche Forstunternehmen möglich, deren Forstbetriebsfläche 3.000 ha nicht übersteigt, bzw. für Kooperationen solcher Unternehmen, wenn deren gemeinsame Forstbetriebsfläche 8.000 ha nicht überschreitet. Als Ausnahmen akzeptiert das Bundeskartellamt Kooperationen unter staatlicher Beteiligung dann, wenn die Forstbetriebsfläche des einzelnen Forstunternehmens bzw. der Kooperation von Forstunternehmen nicht ausreicht, um die konkrete Nachfrage zu bedienen, oder wenn ein Angebot ohne staatliche Beteiligung für den Anbieter aus tatsächlichen Gründen wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre, ferner wenn der Nachfrager eine entsprechende Vermarktungsbündelung ausdrücklich fordert.

Im Sinne einer „Hilfe zur Selbsthilfe“ sind private und kommunale Holzvermarktungsinitiativen durch die staatlichen Forsteinrichtungen der Länder zu fördern. Je nach Größe des betroffenen Bundeslandes sind mindestens fünf Pilotprojekte zur Gründung, Vergrößerung oder Intensivierung eigenständiger Vermarktungsk Kooperationen

ohne staatliche Beteiligung einzurichten bzw. zu unterstützen.

Die Überprüfung der abgegebenen Verpflichtungszusagen erfolgt im Rahmen eines Monitorings. Dabei sind von den betroffenen Bundesländern Jahresübersichten über noch bestehende Vermarktungsk Kooperationen unter staatlicher Beteiligung, über Lieferverträge ab einem bestimmten Liefervolumen und über den Fortschritt der Pilotprojekte zu dokumentieren.

Ob durch die entgegengenommenen Verpflichtungszusagen tatsächlich nachhaltige Wettbewerbsimpulse gesetzt werden können, wird sich erst im Laufe der Kontrolle der Berichtspflichten zeigen. Das Bundeskartellamt ist bemüht, dieses aus seiner Sicht unumgängliche Monitoring im Sinne einer effektiven und zielgerichteten Verfahrensführung zu optimieren.

V. Kartellverfahren gegen die Holzwerkstoffindustrie

Im März 2009 ging das Bundeskartellamt mit einer Durchsuchung dem Verdacht nach, dass es zwischen den Herstellern von rohen und beschichteten Spanplatten, MDF-Platten, HDF-Platten und ähnlichen Holzwerkstoffen zu Absprachen über Preiserhöhungen gekommen sei. Die Durchsuchung erstreckte sich auf die Geschäftsräume von insgesamt sieben Unternehmensgruppen mit 20 Standorten oder Beteiligungen in unterschiedlichen Regionen Deutschlands und auf einen Branchenverband. Seitdem wurden mehrere Bonusanträge gestellt. Das Verfahren dauerte zum Abschluss dieses Berichts noch an.

B. Erze, Steine und Erden

I. Eisenerz

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Die Märkte für weltweit seegehandeltes Eisenerz (Feinerz bzw. Stückerz) unterlagen im Berichtszeitraum weitreichenden Strukturveränderungen. Hier ist schon seit einigen Jahren eine Zunahme der Konzentration auf der Anbieterseite zu beobachten. Darüber hinaus führte das rasante Wirtschaftswachstum in China seit 2003 zu einer erheblichen Steigerung der Nachfrage nach Eisenerz, dem wichtigsten Rohstoff für die Stahlherstellung neben Kokskohle. Die Nachhaltigkeit dieser Veränderung wurde zum einen von vielen Marktteilnehmern, u. a. den großen drei Eisenerzanbietern BHP Billiton, Rio Tinto und Vale unterschätzt; zum anderen ist der zeitliche Vorlauf zur Erschließung und Inbetriebnahme neuer Eisenerzreserven sehr hoch, so dass auch die drei großen Eisenerzproduzenten mit dieser rasanten Nachfragesteigerung nicht mithalten konnten. Selbst die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 führte zu keinem dauerhaften Nachfragerückgang. Die Nachfrage nach Eisenerz war nur für eine sehr kurze Zeit eingebrochen. Seitdem steigt sie weiter kontinuierlich an. Da andererseits Stahlunternehmen als Hauptabnehmer von Eisenerz auf eine quantitativ wie qualitativ kontinuierliche Belieferung angewie-

sen sind, stieg die Marktmacht der drei großen Eisenerzanbieter an. Denn nur sie sind überhaupt in der Lage, über Jahre hinweg große Mengen an hochwertigem Eisenerz zu liefern. Deshalb ist dieser Markt von langfristigen Lieferverträgen geprägt, die einerseits dem Stahlunternehmen die kontinuierliche Belieferung sichern, andererseits den Eisenerzlieferanten eine kontinuierliche Abnahme. Dies liegt in beiderseitigem Interesse, da weder Anbieter noch Nachfrager in der Lage sind, große Mengen dieses Massenguts zu lagern. Durch die Knappheit des Angebotes konnten die großen drei Anbieter BHP Billiton, Rio Tinto und Vale starke Preiserhöhungen durchzusetzen.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Zusammenschlussvorhaben BHP Billiton/Rio Tinto

In dieser Marktsituation versuchte BHP Billiton – im Bereich langfristig weltweit seegehandelten Feinerzes drittstärkster und im Bereich langfristig weltweit seegehandelten Stückerzes zweitstärkster Anbieter – seinen Wettbewerber Rio Tinto – zweitstärkster Anbieter von langfristig weltweit seegehandeltem Feinerz und Marktführer für langfristig weltweit seegehandeltes Stückerz – zunächst ganz zu übernehmen. Dieses erste Vorhaben war im Mai 2008 bei der Europäischen Kommission angemeldet worden. Nachdem die Europäische Kommission den Beteiligten mitgeteilt hatte, dass der Zusammenschluss zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zumindest auf dem Markt für Stückerz führen würde, wurde im November 2008 dieses Vorhaben aufgegeben. In einem zweiten Versuch (im Jahre 2009) beabsichtigen beide Unternehmen, ihre Eisenerzminen in Westaustralien zusammen zu legen und deren Produkte zu 15 % gemeinsam zu vermarkten. Auch dieses Vorhaben wurde aufgegeben, nachdem die Europäische Kommission bereits vor der offiziellen Anmeldung Bedenken geäußert hatte. Im dritten Versuch wurde weiterhin die Gründung eines Produktionsgemeinschaftsunternehmens für die Produktion von Eisenerz in Westaustralien angestrebt, allerdings die gemeinsame Vermarktung aufgegeben. Die Vermarktung sollte ausschließlich getrennt durch beide Muttergesellschaften erfolgen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission war das beabsichtigte paritätische Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion von Eisenerz kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, so dass diese Kooperation nicht mehr der europäischen Fusionskontrolle unterlag und von dieser nur noch nach Artikel 101 AEUV geprüft wurde. Da nach der deutschen Fusionskontrolle die Frage der Vollfunktion eines Gemeinschaftsunternehmens irrelevant ist, haben die Beteiligten die Gründung ihres Gemeinschaftsunternehmens im Januar 2010 nach § 39 beim Bundeskartellamt angemeldet.

Denn eine hinreichende Inlandsauswirkung liegt schon aus formalen Gründen vor, da beide Unternehmen erhebliche Umsätze in Deutschland erzielen. Darüber hinaus wird der Preis für Eisenerz weltweit nach einheitlichen Prinzipien gebildet, auch wenn diese derzeit einem Wandel unterliegen. Veränderungen in der Marktstruktur ha-

ben deshalb weltweite Auswirkungen, so dass dieser Zusammenschluss auch materiell Inlandsauswirkung gehabt hätte.

Das Verfahren wurde begleitet von zahlreichen Eingaben, Beiladungen und Stellungnahmen der europäischen und japanischen Stahlindustrie, die den weitaus größten Teil ihres Bedarfs über langfristige Lieferverträge mit den großen Eisenerzproduzenten beziehen. Sie sahen durch den Zusammenschluss ihren Verhandlungsspielraum bei diesen Verträgen weiter auf nahezu null sinken. Denn schon im Prüfungszeitraum gelang es den großen drei Eisenerzproduzenten, das seit Jahrzehnten branchenübliche Benchmark-Preissystem auf das Indexpreissystem umzustellen und die Laufzeit der Preisfestsetzung von zwölf Monaten auf drei Monate zu senken. Darüber hinaus konnten die Eisenerzproduzenten im Prüfungszeitraum eine Preissteigerung von über 100 % durchsetzen. Der Zusammenschluss hätte nach den Prognosen der Stahlindustrie diese Entwicklung weiter beschleunigt, ohne dass diese die Preiserhöhungen in vollem Umfang an die Kunden hätte weitergeben können. Auch hätte die zunehmende Volatilität der Preise durch die kurze Preisbindung und die Bezugnahme auf Spotmarktpreise weder mit Derivaten abgesichert werden noch an die Kunden, z. B. die Autoindustrie, weitergeleitet werden können.

Neben der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt befassten sich auch die Wettbewerbsbehörden von Australien, Japan, Korea, China und Taiwan mit diesem Vorhaben. Japan und Korea äußerten weiteren Ermittlungsbedarf und leiteten ein Hauptprüfverfahren ein. Australien hat die Ermittlungen beendet, jedoch eine Entscheidung auf Wunsch der Parteien vertagt.

Das Bundeskartellamt kam nach umfassender Prüfung zu dem Ergebnis, dass nach dem Zusammenschluss BHP Billiton und Rio Tinto eine wettbewerbliche Einheit bilden würden und – unter Einschluss des brasilianischen Eisenerzlieferanten Vale –, das bestehende wettbewerbslose Oligopol auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Feinerz verstärkt und auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Stückerz eine Einzelmarktbeherrschung der Beteiligten entstehen würde. Das Bundeskartellamt hat deshalb im Oktober 2010 eine Abmahnung des Zusammenschlussvorhabens angekündigt. Fast zeitgleich hat auch die Europäische Kommission Bedenken an der Vereinbarkeit des Vorhabens mit Artikel 101 AEUV geäußert und eine entsprechende Stellungnahme angekündigt. Daraufhin nahmen BHP Billiton und Rio Tinto ihre Anmeldung zurück (vgl. Fallbericht vom 17. Dezember 2010, B 1 – 10/10).

C. Bauindustrie und Baustoffe

I. Baustoffindustrie

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

In weiten Teilen der Baustoffindustrie bestehen strukturelle Verflechtungen zwischen Marktteilnehmern, die Anlass für die Annahme bieten, dass von ihnen erhebliche wettbewerbsdämpfende Effekte ausgehen bzw. dass diese

förderlich für die Anbahnung und Durchführung von Hardcore-Kartellen erscheinen. Dies gilt ungeachtet der in der Vergangenheit erfolgreichen Aufdeckung von Kartellen, z. B. im Zement- und Transportbetonbereich (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 34,82) und z. T. umfangreichen Veräußerungsaufträgen in Fusionskontrollverfahren (so etwa auf den Märkten für Wandbaustoffe und Asphaltmischgut, vgl. Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 94 f. bzw. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 82 f.) sowie der Auflösung oder Neustrukturierung von Gemeinschaftsunternehmen zwischen Wettbewerbern (vgl. Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 91 ff.). Insbesondere die Marktermittlungen in Fusionskontrollverfahren der letzten Jahre haben gezeigt, dass auf einer Reihe von Baustoffmärkten jeweils eine überproportional große Anzahl von Gemeinschaftsunternehmen anzutreffen ist, an denen mehrere Wettbewerber beteiligt sind. Es hat sich über Jahrzehnte ein teilweise unüberschaubares Geflecht an Beziehungen und gegenseitigen Abhängigkeiten zwischen an sich unabhängigen Marktteilnehmern gebildet. Die Bildung dieser Netzwerke war teilweise ohne fusionskontrollrechtliche Prüfung möglich, da die jeweiligen Anteilskäufe unterhalb der in § 37 Absatz 1 aufgeführten Beteiligungshöhen lagen. Zum Teil hatten sich diese Netzwerke auch schon vor Inkrafttreten der Fusionskontrolle gebildet. Zudem war lange Zeit rechtlich nicht gesichert, unter welchen Bedingungen der Betrieb von Gemeinschaftsunternehmen gegen § 1 verstößt. Vor diesem wettbewerbsrechtlich problematischen Hintergrund und der nunmehr gesicherten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass im Regelfall Gemeinschaftsunternehmen gegen das Kartellverbot des § 1 verstoßen, wenn zumindest zwei Muttergesellschaften und das Gemeinschaftsunternehmen auf ein und denselben Markt tätig sind, hält es das Bundeskartellamt für erforderlich, die betroffenen Unternehmen dazu anzuhalten, diese gefestigte Rechtsprechung umzusetzen. Ob es sich im Einzelfall so verhält, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen zu beurteilen, wobei im Allgemeinen von einem wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Verhalten der Unternehmen auszugehen ist (Bundesgerichtshof WuW/E DE-R 711 ff. – Ost-Fleisch; WuW/DE-R 2361 ff. – Nord-KS/Xella -; Urteil vom 23. Juni 2009 – KZR 58/07 – Gratiszeitung Hallo). Etwaige kartellbehördliche Maßnahmen können auch die Einleitung von Bußgeldverfahren umfassen. Aufgrund der Vielzahl der in den Baustoffmärkten vorhandenen Gemeinschaftsunternehmen ist nicht auszuschließen, dass die nähere Befassung mit diesem Thema weitere Konstellationen von Gemeinschaftsunternehmen hervorbringt, die nicht vom Regelfall der zitierten Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs erfasst werden, aber dennoch wettbewerbsrechtlich nicht tolerierbar sind. Solche Fälle wird das Bundeskartellamt näher untersuchen und ggf. untersagen.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Sektoruntersuchung Walzasphalt

Das Bundeskartellamt hat daher Mitte des Jahres 2010 zunächst eine bundesweite Sektoruntersuchung nach § 32

e im Bereich Walzasphalt eingeleitet. Ziel der Sektoruntersuchung ist es, zunächst einen genauen Überblick über die bestehenden Verflechtungen, die jeweiligen Marktpositionen und das Ausmaß des Informationsaustausches innerhalb der betroffenen Gemeinschaftsunternehmen zu erlangen. Nach den ersten Ergebnissen wird bereits deutlich, dass der weitaus größte Teil der in die Erhebung einbezogenen ca. 650 Asphaltmischwerke von Betreibergesellschaften geführt wird, die in der Form von Gemeinschaftsunternehmen organisiert sind. So halten beispielsweise die drei nach der Anzahl der Werke bedeutendsten Wettbewerber Werhahn, STRABAG und EUROVIA jeweils nur einen kleinen Teil (je nach Unternehmen liegt der Anteil lediglich zwischen ca. 10 % und 20 %) der Betreibergesellschaften im Alleineigentum. Ein nicht unerheblicher Anteil der als Gemeinschaftsunternehmen organisierten Betreibergesellschaften entfällt zudem (mit wechselseitigen Konstellationen) auf Beteiligungen unter Einbeziehung von mindestens zwei der o. g. marktführenden Unternehmen.

Durch eine umfassende Analyse der Struktur auf den betroffenen Regionalmärkten sollen nun diejenigen Gemeinschaftsunternehmen von Wettbewerbern identifiziert werden, deren Geschäftsbetrieb kartellrechtlich nicht mehr tolerabel erscheint. In diesen Fällen ist zu befürchten, dass der Austausch von wichtigen Wettbewerbsparametern im Rahmen der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens gleichzeitig auch zu wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen oder Koordinierungen zwischen den beteiligten Muttergesellschaften führt.

Nachdem das Bundeskartellamt den betroffenen Unternehmen seine kartellrechtliche Einschätzung mitgeteilt hat, wird erwartet, dass die betroffenen Unternehmen zumindest die Gemeinschaftsunternehmen unverzüglich auflösen, die durch die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erfasst sind. Soweit im Rahmen der Sektoruntersuchung weitere wettbewerbsrechtlich nicht tolerierbare Verflechtungen festgestellt werden sollten, ist beabsichtigt, diese im Rahmen von Verwaltungsverfahren aufzugreifen und zu untersagen, sofern die betroffenen Unternehmen diese Gemeinschaftsunternehmen nicht selbst auflösen.

Da die geschilderte Ausgangslage – insbesondere die große Anzahl an Gemeinschaftsunternehmen von Wettbewerbern – wie oben erwähnt auch in anderen Bereichen der Baustoffbranche (Transportbeton, Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) anzutreffen ist, sollen mittelfristig auch die in diesen Geschäftsfeldern tätigen Marktteilnehmer gleichfalls einer umfassenden Sektoruntersuchung unterzogen werden.

2.2 Fusionskontrolle

Da das Bundeskartellamt in den bestehenden marktweiten Verflechtungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen ein wichtiges Hemmnis für mehr Wettbewerb sieht, geht es auch auf solchen Märkten in Einzelfällen verstärkt gegen eine weitere strukturelle Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen vor. So hatte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss Werhahn/Norddeutsche Misch-

werke nur mit zahlreichen Auflagen bezüglich bestimmter Regionalmärkte für Walzasphalt und für gebrochenen Naturstein freigegeben (vgl. Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 94 f.). Mit Beschluss vom 9. März 2009 ergänzte das Bundeskartellamt die Freigabe des Zusammenschlusses um weitere Auflagen in vier Regionalmärkten für Gussasphalt. Während des Beschwerdeverfahrens hatte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung im Hinblick auf die Zusammenfassung der Umsätze auf räumlich benachbarten Märkten bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel fortentwickelt (WuW/E DE-R 1797 ff. – Deutsche Bahn/KVS Saarlouis), so dass die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel auf den räumlichen Märkten für Gussasphalt nicht mehr vorlagen. Das Bundeskartellamt stellte daraufhin eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf den betroffenen Regionalmärkten fest. Die Freigabe des Zusammenschlusses unter Auflagen sowohl für die Märkte für Walz- als auch für Gussasphalt wurde mit Beschluss des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 9. September 2009 (Aktenzeichen: VI-Kart 15/05 (V)) rechtskräftig. Der Zusammenschluss ist mittlerweile vollzogen und das ursprünglich miterworbene Unternehmen Preusse Bauholding weiterveräußert worden. Die vom Bundeskartellamt auferlegten Auflagen der beiden Beschlüsse wurden erfüllt.

Der vom Bundeskartellamt in 2007 untersagte Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Asphaltmischwerk Langenthal GmbH & Co. KG durch das Straßenbauunternehmen Faber aus Rheinland-Pfalz, der aus Sicht des Bundeskartellamtes zu einer Festigung der Kundenbeziehungen zwischen der Werhahn-Gruppe und Faber, einem der stärksten Straßenbauunternehmen in Rheinland-Pfalz, führte, wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 29. April 2009 letztlich nicht bestätigt (WuW/E DE-R 2622 ff.; vgl. zu den Einzelheiten des Falles Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 82 f.). Das Oberlandesgericht stellte fest, dass hier keine besonderen Gründe vorlagen, die ausnahmsweise eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses begründeten und somit die Umsätze der zwei sachlich gleichartigen und räumlich nebeneinander liegenden Bagatellmärkte nicht zu addieren waren. Insbesondere wegen der unterschiedlichen Wettbewerbsstrukturen auf diesen beiden Märkten konnte nicht gefolgert werden, dass sich Werhahn auf beiden Märkten einheitlich verhalten werde.

II. Transportbeton

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Die Transportbetonindustrie ist mit einem Umsatz von rund 2,5 Mrd. Euro und einem Bestand von ca. 1 900 Transportbetonwerken in den letzten fünf Jahren relativ stabil. Allerdings ist die Produktion mit 40 500 m³ im Jahr 2006 im Vergleich zu 37 700 m³ im Jahr 2009 weiter rückläufig. Auch die Transportbetonindustrie ist durch ein Geflecht von Gemeinschaftsunternehmen überzogen. Darüber hinaus wurden in den letzten Jahren Kartellabsprachen aufgedeckt.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Kartellverfolgung

Das Bundeskartellamt hat wegen einer langjährigen Quotenabsprache Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 1,5 Mio. Euro gegen drei Gruppen von mittelständischen Transportbetonherstellern aus dem Großraum Freiburg im Breisgau sowie gegen drei Geschäftsführer verhängt (vgl. Fallbericht vom Dezember 2009, B1-241/04). Auch im Rahmen dieser Ermittlungen stellte sich heraus, dass das Quotenkartell nicht isoliert bestand, sondern durch weitere marktabschottende Maßnahmen flankiert wurde. So bestanden etwa Vereinbarungen auf der vorgelagerten Marktstufe mit Kiesgrubenbesitzern, dieses für die Betonproduktion wichtige Zuschlagsprodukt an keine anderen Transportbetonhersteller zu liefern. Darüber hinaus stellte sich heraus, dass die Kartellanten auch jeweils eigene Kiesgruben in der Region besitzen und teilweise diese Kiesaktivitäten in einem überregionalen Mittelstandskartell gebündelt haben. Das Bundeskartellamt hat daher u. a. aufgrund der in diesem Fall gewonnenen Erkenntnisse ein Verfahren zur Untersuchung der Kiesbranche in Teilen von Baden-Württemberg und darüber hinaus eingeleitet. Hierbei sollen u. a. die Auswirkungen des Mittelstandskartells auf die Marktverhältnisse und die nachgelagerten Märkte überprüft werden.

Weiterhin ergaben die Ermittlungen, dass zwei der bebußten Transportbetonhersteller zusätzlich innerhalb eines Gemeinschaftsunternehmens kooperierten. Das Bundeskartellamt hat den Beteiligten aufgegeben, die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens umgehend zu beenden, da die Mutterunternehmen auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig sind und damit eine Konstellation gegeben ist, die dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Regelfall einer Wettbewerbsbeschränkung entspricht (vgl. S. 75). Die Beteiligten haben inzwischen das betroffene Gemeinschaftsunternehmen aufgelöst.

Ein vergleichbarer Sachverhalt lag auch bei dem Kartellverfahren gegen die Nord-KS (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 80f. und Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 91 ff.) vor. An der Nord-KS, einem Gemeinschaftsunternehmen, das in der Herstellung, dem Vertrieb und dem Handel mit Kalksandsteinen und anderen Baustoffen in Norddeutschland tätig ist, war der international tätige Wandbaustoffkonzern Xella zusammen mit einigen anderen überwiegend mittelständisch geprägten Herstellern beteiligt. Mit Verfügung vom Dezember 2006 gab das Bundeskartellamt der Xella unter Hinweis auf einen Verstoß gegen § 1 bzw. Artikel 81 EG (a. F., nunmehr Artikel 101 AEUV) gemäß § 32 auf, aus der Nord-KS auszusteigen. Zur Beseitigung des Verstoßes gegen § 1 bzw. Artikel 101 AEUV haben die Beteiligten zwischenzeitlich eine Realteilung der Werke der Nord-KS mit Zustimmung des Bundeskartellamtes umgesetzt. Zusätzlich wurde im Berichtszeitraum die frühere Nord-KS-Tochter Union Norddeutscher Kalksandsteinwerke (UNK) (vgl. Fallbericht vom 25. August 2010, B1-49/09) entflochten, an der mit Xella und Heidelberger zwei große Baukonzerne beteiligt waren. Durch den Erwerb

der alleinigen Kontrolle Xellas an der UNK wurde die wettbewerbliche Gefährdungslage aus Sicht des Bundeskartellamtes deutlich entschärft.

In dem Bußgeldverfahren gegen insgesamt 92 Unternehmen der Transportbetonbranche in den Markträumen München, Nürnberg/Fürth, Leipzig, Halle, Region entlang der Bundesautobahn A4 in Thüringen, Ludwigshafen/Mannheim, Kiel/Neumünster, Rendsburg sowie in mehreren Markträumen des Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 34, 82) hatten 14 Unternehmen und zwei Betroffene Einspruch gegen die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes eingelegt. Nachdem drei Einsprüchen durch das Bundeskartellamt abgeholfen wurde und zwei weitere Einsprüche zurückgenommen wurden, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf über die verbleibenden elf Einsprüche im Frühjahr 2009 in drei Urteilen entschieden. Mit einer Ausnahme, in der ein Freispruch wegen Verjährung erfolgte, hat das Gericht in allen Fällen Bußgelder verhängt. Dagegen haben drei Unternehmen Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

Im Februar 2010 hat das Bundeskartellamt vier Hersteller von Betonrohren an Standorten in den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein durchsucht. Das Bundeskartellamt geht dem Verdacht nach, dass es zumindest vom Jahr 2005 an im Nordteil Deutschlands zu Preis-, Quoten- und Kunden- bzw. sog. Objektabsprachen beim Vertrieb von Betonrohren, Betonschächten und sonstigen Kanalbauteilen – zur Verwendung insbesondere in der kommunalen Abwasserentsorgung – gekommen sein soll. Inzwischen haben einige Unternehmen einen Antrag nach der Bonusregelung gestellt. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Das Amt geht außerdem dem Verdacht nach, dass es zumindest vom Jahr 2005 an im gesamten Bundesgebiet zu Preis-, Gebiets- und/oder Kundenabsprachen bzw. Absprachen zu einzelnen Bauvorhaben beim Vertrieb von Betonpflastersteinen für den Straßen-, Garten- und Landschaftsbau gekommen sein soll. Betroffen sind ca. 50 Unternehmen der mittelständisch geprägten Betonpflastersteinbranche. Neben Pflastersteinprodukten sollen auch andere Betonwaren wie Platten, Bord- und Randsteine bzw. Bahnsteigkanten abgesprochen worden sein.

Im Rahmen der eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahren hat das Bundeskartellamt im April 2010 eine Durchsuchungsaktion durchgeführt. Die Maßnahme erfolgte in den Geschäftsräumen von insgesamt sechs Herstellern in den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern. Am Durchsuchungstag wurde von einem betroffenen Unternehmen ein Marker nach der Bonusregelung gesetzt. Im Oktober 2010 hat das Bundeskartellamt erneut eine Durchsuchung von Unternehmen der Betonpflastersteinbranche durchgeführt. Dabei wurden sieben weitere Hersteller von Betonpflastersteinen an insgesamt acht Standorten in den Bundesländern Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern durchsucht. Gleichzeitig wurde rund 35 Unternehmen mitgeteilt, dass gegen sie

ein entsprechendes Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet wurde. Daraufhin haben fünf weitere Unternehmen einen entsprechenden Antrag nach der Bonusregelung gestellt. Das Verfahren dauert an.

2.2 Fusionskontrolle

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt 14 Zusammenschlüsse in der Branche geprüft und nicht untersagt. Die Anmeldungen erfolgten überwiegend von großen Baustoffunternehmen dieser Branche, die auch Zement herstellen. In vielen Fällen wurden mittelständische Unternehmen übernommen oder deren Werke angekauft oder angepachtet. Mit der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle hat die Kontrolldichte in der Branche abgenommen, da beim Aufkauf einzelner Transportbetonwerke in der Regel die Umsatzgrenze von fünf Mio. Euro nicht überschritten wird.

Mit dem Erwerb der alleinigen Kontrolle der Betonsparte der Sievert & Co. AG baute Dyckerhoff im Jahr 2010 seine Marktstellung in Niedersachsen aus. Der größte Zusammenschluss in der Branche im Berichtszeitraum war allerdings dekonzentrativ, da Dyckerhoff bereits seit dem Jahr 2005 mit 34,45 % an Sievert beteiligt war. Die horizontalen Auswirkungen betrafen neun Transportbetonmärkte. Das Bundeskartellamt hat in zwei räumlich relevanten Märkten – Osnabrück/Minden und Oldenburg – rund 60 Transportbetonunternehmen befragt. Entgegen der Auffassung der Anmelder war der Markt Oldenburg kein Bagatellmarkt, der Marktanteil der Beteiligten lag jedoch aufgrund des festgestellten Marktvolumens unter 20 %. Im Markt Osnabrück/Minden wird Dyckerhoff nach dem Zusammenschluss der stärkste Anbieter sein, ohne dass jedoch die Einzelmarktbeherrschungsvermutung erreicht wird. Rechnerisch ist zwar die Oligopolvermutung erfüllt, gegen ein wettbewerbsloses Oligopol sprechen jedoch die vorhandenen Überkapazitäten, die Vielzahl der Anbieter und die unterschiedliche Struktur im regionalen Oligopol. Das Zusammenschlussvorhaben wurde deshalb im Vorprüfverfahren freigegeben.

Aufgrund der Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen in der Branche ist das Bundeskartellamt dazu übergegangen, grundsätzlich die kooperativen Effekte von Zusammenschlüssen innerhalb des Fusionskontrollverfahrens zu untersuchen und nicht mehr von diesem abzutrennen. So wurde im April 2010 das Hauptprüfverfahren Frischbeton Pfuhl GmbH & Co. KG durch Rücknahme der Anmeldung beendet, nachdem das Bundeskartellamt sowohl fusions- als auch kartellrechtliche Bedenken geäußert hatte. Die Gu.P. Röhm & Söhne GmbH & Co. KG und die Kieswerke Dünkel GmbH & Co. KG hatten beabsichtigt, von der Schwenk Transportbeton GmbH & Co. KG jeweils 25 % der Anteile an der Frischbeton Pfuhl GmbH & Co. KG zu erwerben. Die restlichen Anteile an Pfuhl sollten bei Schwenk verbleiben. Dünkel und Röhm sind mittelständische Unternehmen mit einem Schwerpunkt im Bereich des Vertriebs von Sand, Kies und Splitten. Dünkel hat darüber hinaus eigene Transportbetonaktivitäten. Die Zusammenschlussbeteiligten beabsichtigten mit dem Anteilserwerb, das Transportbetonwerk Pfuhl in ein Ge-

meinschaftsunternehmen umzuwandeln. Der Zusammenschluss verändert horizontal die Marktstruktur insoweit, als sich die beiden mittelständischen Unternehmen noch enger an die Schwenk-Gruppe binden. Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten liegt zwischen 40 und 50 % und legt aufgrund der hohen Marktanteilsabstände und der mittelständischen Wettbewerberstruktur eine marktbeherrschende Stellung nahe, die durch die Verflechtung verstärkt worden wäre. Da zumindest zwei Muttergesellschaften neben dem neu entstehenden Gemeinschaftsunternehmen im sachlich und räumlich relevanten Markt tätig geworden wären, lag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Regelfall vor, dass eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. § 1 zu erwarten gewesen wäre (S. 75). Diese Regelerwartung wurde auch im vorliegenden Einzelfall aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände bestätigt.

III. Zement

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Berichtszeitraum hat es keine wesentlichen Veränderungen im deutschen Zementmarkt durch Zusammenschlüsse gegeben. Die Anzahl der Zementunternehmen ist in den letzten fünf Jahren stabil geblieben. Die Anzahl der Zementwerke hat sich von 58 auf 56 nur leicht verringert. Die Umsätze sind in diesem Jahr kontinuierlich von rund 1,8 Mrd. Euro auf ca. 2,2 Mrd. Euro im Jahr 2009 angestiegen. Nach dem Index der Erzeugerpreise ist Zement von 100 im Jahr 2005 auf 128,6 im Jahr 2009 angestiegen. Dieser Zuwachs liegt etwa doppelt so hoch wie der bei Transportbeton (114) oder Mörtel (112).

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Im Kartellverfahren gegen Zementhersteller (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 82) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 26. Juni 2009 gegen die fünf Zementunternehmen HeidelbergCement AG, Holcim (Deutschland) AG, Dyckerhoff AG, Lafarge Zement GmbH und Schwenk Zement KG Geldbußen wegen Quotenabsprachen in Höhe von insgesamt 328,5 Mio. Euro verhängt. Die Unternehmen HeidelbergCement AG, Holcim (Deutschland) AG, Lafarge Zement GmbH und Schwenk Zement KG haben gegen das Urteil Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum ein Marktinformationsverfahren der Zementindustrie untersucht. Der Bundesverband der Deutschen Zementindustrie (BDZ) hat nach Beanstandung durch das Bundeskartellamt seine jährliche Inlandsversandstatistik nach Werken aufgegeben und die Gebietsaufnahmestatistik weiter eingeschränkt.

Bundesweit lässt sich aus Inlandsversandstatistiken nach Werken erkennen, dass zwar der Versand der einzelnen Werke jährlichen Schwankungen ausgesetzt ist, bei der Analyse nach Unternehmen relativieren sich diese Schwankungen jedoch wieder. Seit 2006 sind zwischen den Unternehmen keine wesentlichen Marktanteils-

schwankungen mehr feststellbar. Eine bundesweite jährliche Versandstatistik aufgeschlüsselt nach Werken lässt damit Rückschlüsse auf das Verhalten der Marktteilnehmer zu. Sie erlaubt eine saldierte Betrachtung der vier Regionalmärkte in Deutschland. Aus der Gebietsaufnahmestatistik ist der Inlandsabsatz der Werke in den Regionen Nord-West, Süd und Ost in den einzelnen Bundesländern ersichtlich.

Diese Statistiken des BDZ stellen ein unzulässiges Marktinformationssystem dar. Die Zulässigkeit von Marktinformationssystemen ist jeweils im Einzelfall daraufhin zu untersuchen, ob damit eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 bezweckt oder bewirkt wird. Maßgeblich ist dabei allein, ob sich durch den Informationsaustausch die Wettbewerbsintensität verringern kann oder nicht. Für die notwendige Einzelfallbetrachtung sind vor allem die Marktstruktur und der Konzentrationsgrad, der Gehalt der Informationen, die Zugänglichkeit der Informationen für die Marktgegenseite und die Detailgenauigkeit entscheidende Parameter für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von wesentlicher Bedeutung (Gerichtshof der Europäischen Union WuW/E EU-R 747, 750 – „Thyssen/Kommission“ sowie WuW/E EU-R 75, 77 – „Deere/Kommission“).

Im vorliegenden Fall war zu erwarten, dass das Marktinformationssystem erhebliche Auswirkungen auf den Zementmarkt hatte, insbesondere, weil die Marktteilnehmer vorstoßenden Wettbewerb erkennen konnten und damit der Geheimwettbewerb beeinträchtigt gewesen ist, was das kollusive Verhalten auf dem Markt zusätzlich verstärkt hat.

Grund für diese Beurteilung war insbesondere, dass Zement ein preissensibles homogenes Massengut und der deutsche Zementmarkt hoch konzentriert ist. Darüber hinaus lässt sich die Nachfrageentwicklung nicht steuern, sondern hängt ganz wesentlich von der Baukonjunktur ab. Hohe Fixkosten und geringe variable Kosten kennzeichnen den Markt.

Vor diesem marktstrukturellen Hintergrund besteht bereits für die Marktteilnehmer ein erheblicher Anreiz von vorstoßendem Wettbewerb abzusehen, da dieser wegen der zu erwartenden Reaktionen der Wettbewerber allenfalls zu kurzfristigen Erfolgen führt. Diese bereits bestehende, wettbewerbsmäßig ungünstige Marktstruktur wurde durch die – jeweils werksbezogene – Inlandsversandstatistik und Gebietsaufnahmestatistik erheblich verschlechtert, weil sie die Markttransparenz erheblich erhöht hat.

IV. Mörtel

Der Schwerpunkt der Wettbewerbsaufsicht über die Werkmörtelindustrie lag im Bereich der Kartellverfolgung. Dabei ging es um die Ahndung von abgestimmten Verhaltensweisen der neun größten Trockenmörtelhersteller über Gebühren für das Aufstellen von Mörtel-Silos (Silostellgebühr) aus den Jahren 2004/2005. Außerdem wurde den zwei größten Handelskooperationen in Deutschland und zwei Handelsverbänden vorgeworfen,

im Rahmen einer Vereinbarung eine weitere Kartellabsprache getroffen zu haben.

Zwischen Januar 2004 und Ende 2005 hatte nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes fast die gesamte Mörtel-Branche im Rahmen diverser Abstimmungen vereinbart, für das Aufstellen von Trockenmörtel-Silos ab 2006 neben den Mörtelkosten eine zusätzliche neue „Silostellgebühr“ zu erheben. Vor dieser Vereinbarung wurden den Abnehmern die Silos unentgeltlich gestellt. Die Kosten hierfür flossen in den Mörtelpreis ein. Im Zuge der Einführung dieser Silostellgebühr hatten darüber hinaus zwei Baustoff-Fachhandelsverbände und die Handelskooperationen hagebau und Eurobaustoff vereinbart, die Hersteller bei der Umsetzung ihrer Absprachen zu unterstützen, die vereinbarte Silostellgebühr gleichförmig an die Endabnehmer weiterzugeben und eine einheitliche Ertragsgebühr auf die Silostellgebühr von den Herstellern zu erheben. Die Absprachen, die zu Beginn des Jahres 2006 umgesetzt wurden, betrafen den Absatz von Trockenmörtel-Silos bundesweit.

Im Einzelnen wurden Anfang Juli 2009 gegen neun Unternehmen der Mörtelbranche und ebenso viele leitende Angestellte Geldbußen in Höhe von insgesamt 39,69 Mio. Euro verhängt. Bei den Unternehmen handelt es sich um die maxit Deutschland GmbH, Knauf Gips KG, Knauf Marmorit GmbH, Schwenk Putztechnik GmbH & Co., BaumitBayosan GmbH & Co KG, Hasit Trockenmörtel GmbH, Saint Gobain Weber GmbH, quick-mix GmbH & Co. KG und Schäfer Krusemark GmbH & Co. KG. Die Geldbußen gegen die Unternehmen liegen vorwiegend im einstelligen Millionenbereich. Für zwei Unternehmen, die in Konzernen mit Jahresumsätzen über eine Mrd. Euro eingebunden sind, wurden die Bußen deutlich angehoben, um die Abschreckungswirkung zu erhöhen.

Die Verstöße des Handels wurden im März 2010 geahndet. Das Bundeskartellamt hat dabei gegen die Baustoffhandelskooperationen hagebau und Eurobaustoff sowie die zwei Baustoff-Fachhandelsverbände, Verband Norddeutscher Baustoffhändler und Baustoff-Fachhandel Landsberg, ehemals Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel, sowie gegen vier Personen wegen deren Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Aufstellgebühren für Trockenmörtel-Silos Geldbußen in Höhe von insgesamt 13,36 Mio. Euro verhängt. Gegen sämtliche Bußgeldbescheide wurden Einsprüche erhoben, über die das Oberlandesgericht noch nicht entschieden hat.

V. Dachziegel

In dem Bußgeldverfahren gegen neun Unternehmen der Tondachziegelindustrie (Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 83) wurde den Einsprüchen der Unternehmen Creaton, Pfeleiderer, Erlus und Koramic und der persönlich Betroffenen nicht abgeholfen. Das Verfahren gegen diese Unternehmen wurde abgetrennt und an die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf abgegeben. Das Verfahren gegen die Etex Holding GmbH wurde nach Einspruch eingestellt, da der persönlich betroffene Manager zum Zeit-

punkt der Tat nicht mehr Geschäftsführer des Unternehmens war. Gleichzeitig wurde das Verfahren gegen den belgischen Mutterkonzern S.A. Etex Group N.V. als Nebenbetroffene eröffnet. Die Ermittlungen dauern an.

VI. Bauhauptgewerbe

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Berichtszeitraum waren im Bauhauptgewerbe keine größeren Zusammenschlüsse zu verzeichnen. Nur etwa 3,5 % der Unternehmen im Bauhauptgewerbe haben einen Umsatz von mehr als fünf Mio. Euro. Die zweite Inlandsumsatzschwelle des § 35 Absatz 1 Nummer 2 hat damit die Kontrolldichte deutlich eingeschränkt.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Konditionenkartelle und -empfehlungen

Vertiefter Diskussionsgegenstand zwischen dem Bundeskartellamt und der Bauwirtschaft war, wie im vorangegangenen Berichtszeitraum, die Zulässigkeit von Konditionenkartellen und -empfehlungen.

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie hatte nach intensiver Diskussion mit dem Bundeskartellamt (Tätigkeitsbericht 2007/2008, Seite 119 f.) und nach einer grundlegenden inhaltlichen Überarbeitung der Konditionen Wirtschaftsbaubau im Juni 2009 eine unverbindliche Empfehlung zur Anwendung von Angebots- und Vertragsbedingungen für Bauaufträge im Wirtschaftsbaubau ausgesprochen. Gegen diese überarbeiteten, unverbindlichen Empfehlungen bestehen aus Sicht des Bundeskartellamtes nunmehr keine kartellrechtlichen Bedenken (vgl. Fallbericht vom Juni 2009, B1-232/07).

Weiterhin hat das Bundeskartellamt von seinem Aufgreiffirmessen dahingehend Gebrauch gemacht, dass das Konditionenkartell Spezialtiefbau toleriert wird. Das überarbeitete Konditionenkartell definiert Rechte und Pflichten der Vertragsparteien für die Durchführung des Vertrags. Nach seinem Wortlaut werden die Kunden an den durch die Wettbewerbsbeschränkung entstehenden wirtschaftlichen Vorteilen hinreichend beteiligt. Es entspricht in der Struktur den Konditionenempfehlungen Wirtschaftsbaubau.

Konditionenkartelle und -empfehlungen sind mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle unter den Voraussetzungen des § 2 vom Kartellverbot freigestellt (vgl. Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 10 f.). Die danach erforderlichen wirtschaftlichen Vorteile sind von den beteiligten Unternehmen nachzuweisen. Häufig ist die Bedeutung von einheitlichen Konditionen auf Märkten mit homogenen Produkten größer. Direkte Vorteile sind der vereinfachte Geschäftsabschluss für den Verbraucher aufgrund der verbesserten Vergleichbarkeit von Angeboten und der Wechsel zu einem anderen Anbieter. Auf Märkten mit differenzierten Produkten sind diese direkten Vorteile tendenziell geringer. Die Vorteile der beteiligten Unternehmen und der Verbraucher müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Bei der Prüfung der angemessenen Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher gemäß § 2 war bei dem genannten Konditionenkartell von Bedeutung, welche individuelle Vertragspraxis das Konditionenkartell verfestigt. Wenn die individuelle Vertragspraxis den Vertragspartner mit Blick auf die relevanten wirtschaftlichen Vorteile gemäß dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unangemessen benachteiligt (§ 307 BGB), ist die Weitergabe dieser Vorteile an die Verbraucher beim Konditionenkartell regelmäßig unwahrscheinlich.

Das Konditionenkartell muss darüber hinaus unerlässlich zur Erreichung der wirtschaftlichen Vorteile sein. Ferner dürfen Konditionenkartelle nicht zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen. Entscheidend ist insbesondere, ob im Einzelfall wesentliche Wettbewerbsparameter, wie z. B. der Qualitätswettbewerb, ausgeschaltet werden und wie hoch der gemeinsame Marktanteil der am Konditionenkartell beteiligten Unternehmen ist.

Das Bundeskartellamt kann auch gegen Konditionenkartelle vorgehen, die bereits vor der 7. GWB-Novelle durch kartellbehördliche Verfügung freigestellt worden waren.

D. Sonstige Konsumgüter (Herstellung, Verarbeitung, Handel)

I. Herstellung von Drogerieartikeln

Im Verfahren gegen Markenhersteller von Drogerieartikeln (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 75) wegen der Beteiligung an einem regelmäßigen Austausch von Informationen über die Verhandlungen mit Einzelhändlern auf Sitzungen des Arbeitskreises „Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR) des Markenverbandes e. V. ist Anfang 2009 ein weiterer rechtskräftiger Bußgeldbescheid gegen die SC Johnson GmbH ergangen. Die Verfahren gegen die noch verbliebenen acht weiteren Unternehmen dauern an. Zudem ist auch ein Verfahren gegen den Markenverband wegen des Verdachts der Unterstützung dieses wettbewerbswidrigen Informationsaustausches eröffnet worden.

II. Herstellung von Duftstoffen und Körperpflegemitteln/Luxuskosmetik

Wegen eines unzulässigen Marktinformationssystems wurden Mitte 2008 gegen neun Unternehmen der Herstellung von Parfümerie- und Kosmetikartikeln des selektiven Vertriebs und gegen 13 Geschäftsführer Bußgelder von insgesamt 9,66 Mio. Euro verhängt. Die Unternehmen hatten in wettbewerbsbeschränkender Form seit vielen Jahren Umsatzdaten und weitere Informationen über Marktstrategien und Marktparameter unter den wichtigsten Branchenvertretern ausgetauscht. In 18 Unterverfahren wurde Einspruch eingelegt. Der Fall wurde Anfang 2010 von der Generalstaatsanwaltschaft dem Oberlandesgericht Düsseldorf vorgelegt. Verhandlungstermine sind noch nicht anberaumt.

III. Einzelhandel mit Drogerie- und Parfümartikeln

1. Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt hatte Anfang 2007 den von der Douglas Holding AG angemeldeten Erwerb der HELA Kosmetik Handels GmbH & Co. Parfümerie KG unter der Bedingung freigegeben, dass Douglas die HELA-Filiale in Darmstadt veräußert (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 139 f.). Das Bundeskartellamt hatte seiner Entscheidung einen Markt für den stationären Einzelhandel für selektiv vertriebene Kosmetik- und Parfümeriewaren zugrundegelegt. Insbesondere gegen diese Marktabgrenzung haben sich die Beteiligten mit der beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegten Beschwerde gewendet, da nach ihrer Auffassung die Parfümerien mit ihrem Sortiment im Wettbewerb insbesondere auch zu den Drogeriemärkten stünden. Aufgrund der auf Veranlassung des Oberlandesgerichts durchgeführten Nachermittlungen des Bundeskartellamtes hat das Gericht die Beschwerde mit Beschluss vom 26. Februar 2009 (Aktenzeichen: VI-Kart 7/07 (V)) zurückgewiesen. Das Gericht hat diesbezüglich ausdrücklich ausgeführt, dass nicht von einem einheitlichen Einzelhandelsmarkt für Kosmetik- und Körperpflegeprodukte einschließlich Damen- und Herrendüften ausgegangen werden kann, auf dem sowohl Parfümerien und Parfümerie-Fachabteilungen als auch Drogerien und Drogerie-Märkte als Anbieter tätig seien. Es hat festgestellt, dass zwischen dem typischerweise in Parfümerien und Parfümerie-Fachabteilungen der Kaufhäuser angebotenen Sortiment an Kosmetikprodukten und Düften auf der einen Seite und dem entsprechenden Sortiment der Drogerien und Drogeriemärkte auf der anderen Seite hinsichtlich der Preise sowie der Sortimentsbreite und -tiefe so signifikante Unterschiede bestehen, dass beide aus Sicht des verständigen Verbrauchers nicht gegeneinander austauschbar sind. Materiell hat das Oberlandesgericht die Feststellungen des Bundeskartellamtes bestätigt, wonach Douglas im Marktraum Darmstadt mit einem Marktanteil von 35 % über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, die durch einen Zusammenschlussbedingten Zuwachs von drei Prozent verstärkt worden wäre; eine Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung wurde nicht zugelassen. Die von den Beteiligten gegen die Entscheidung eingelegte Rechtsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 2. Februar 2010 (Aktenzeichen: KVZ 16/09) als unzulässig verworfen. Die ebenfalls eingelegte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde wurde in diesem Beschluss zurückgewiesen.

2. Angebote unter Einstandspreis

Die Verfolgung von Verstößen gegen das Verbot von Untereinstandspreisen im Drogeriewarenhandel wurde durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. November 2010 stark eingeschränkt. Mit Bescheid vom 6. Februar 2007 hatte das Bundeskartellamt gegen die Drogeriemarktkette Dirk Rossmann GmbH sowie gegen Herrn Dirk Roßmann ein Bußgeld von insgesamt 300 000 Euro wegen des Anbietens von insgesamt 55 Drogerieartikeln

unter Einstandspreis gemäß § 20 Absatz 4 verhängt. Bei der Berechnung des Einstandspreises hatte das Bundeskartellamt alle Konditionen sämtlichen vom jeweiligen Hersteller gelieferten Produkten umsatzanteilig zugerechnet. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes galt dies insbesondere auch für die Werbekostenzuschüsse (WKZ). Letztere durften nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht nur als Verkaufsförderung für die tatsächlich beworbenen Produkte berücksichtigt werden, sondern waren – wie mit den Lieferanten vereinbart – anteilig auf alle Produkte anzurechnen.

Nachdem die Betroffenen gegen diesen Bescheid Rechtsmittel eingelegt hatten, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Entscheidung vom 12. November 2009 die Drogeriemarktkette Dirk Rossmann GmbH und deren Inhaber, Herrn Dirk Roßmann vom Vorwurf des Verkaufs unter Einstandspreis freigesprochen. Unterschiedliche Auffassungen bestanden zwischen Bundeskartellamt einerseits und Rossmann andererseits u. a. darüber, wie Pauschalrabatte der Hersteller an die Händler bei der Ermittlung des Einstandspreises einer Ware i.S.d. § 20 Absatz 4 S. 2 zu berücksichtigen sind, wenn diese zwischen den Vertragsparteien als Prozentsatz vom jährlichen Gesamtumsatz des Herstellers mit sämtlichen vom Händler abgenommenen Produkten vereinbart und berechnet werden. Konkret geht es um die Anrechnung sog. Werbekostenzuschüsse („WKZ“). Das Oberlandesgericht hat sich in seinem Urteil jedoch der Auffassung von Rossmann angeschlossen, wonach Händler die von den Herstellern gewährten Rabatte auf einzelne Produkte konzentrieren können. Bei dieser Art der Berechnung lagen nach den Berechnungen von Rossmann alle Einstandspreise der verfahrensgegenständlichen Drogerieartikel nicht mehr über dem Angebotspreis. Das Oberlandesgericht Düsseldorf trifft die Feststellung, die Hersteller hätten es der Nebenbetroffenen – mindestens kraft stillschweigender Billigung – gestattet, dass diese bei ihrer Preiskalkulation die pauschal gewährten WKZ auf die herstellerseitigen Einstandspreise für die beworbenen Artikel verrechnet. Nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts hat die vereinbarte unmittelbare Zweckbestimmung der WKZ darin bestanden, zielgerichtet und möglichst umsatzwirksam die Rechnungspreise (Einstandspreise) und mittelbar auch die Verbraucherpreise gerade für die beworbenen Drogeriewaren zu senken.

Hiergegen hatte die Generalstaatsanwaltschaft Rechtsbeschwerde eingelegt. Der Einstandspreis im Sinne des § 20 Absatz 4 sei ein objektiver Rechtsbegriff, der – anders als der Endkundenpreis – nicht an der internen Kalkulation des Händlers anknüpfe. Er ergebe sich vielmehr aus der zwischen Händler und Hersteller getroffenen bilateralen Vereinbarung. Wird ein Pauschalrabatt vereinbart, kann dieser nicht durch den Händler für die Berechnung des Einstandspreises beeinflusst oder verändert werden. Andernfalls würde die Berechnung des Einstandspreises in das Belieben des Händlers gestellt, die Norm laufe weitgehend leer.

Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde mit Entscheidung vom 9. November 2010 ohne Begründung verworfen.

IV. Textilien und Schuhe

Vertikale Preisbindung

Das Bundeskartellamt hatte sich im Berichtszeitraum mit zahlreichen Beschwerden gegen Bekleidungs- und Schuhhersteller wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das Verbot vertikaler Preisbindungen auseinander zu setzen. Diese waren oftmals mit der Drohung verbunden, bei Nichteinhaltung der Preisvorgaben die Belieferung des betreffenden Händlers einzustellen. Auch wenn teilweise nur umsatzschwache Produktgruppen betroffen sind, so entsteht durch die Breitenwirkung der entsprechenden Verstöße und ihre Signalwirkung beim Verbraucher ein hoher Schaden. Verfolgungshindernisse bestehen teilweise in mangelnden oder unzureichenden Beweismitteln. In solchen Fällen, oder wo nur ein einmaliger Verstoß vorlag, hat das Bundeskartellamt im Rahmen seines Aufgreifermessens von weiteren Ermittlungen und einem Bußgeldverfahren absehen, wenn das preisbindende Unternehmen den Verstoß unverzüglich abgestellt hat und dieses auch nachweisen konnte.

Einen solchen Weg hatte das Bundeskartellamt in dem Verfahren gegen die ALL STAR D.A.CH GmbH (im Folgenden: ALL Star) gewählt. Die ALL Star ist ein Hersteller von Turnschuhen unter der Marke „Converse“. Das Unternehmen beliefert gegenwärtig ca. 2 000 Händler in Deutschland, Österreich und in der Schweiz, wobei ca. Dreiviertel der Händler in Deutschland angesiedelt sind. In einem Interview einer Sportzeitung teilte der Geschäftsführer der ALL Star mit, dass die ALL Star bei „Nichteinhaltung der unverbindlichen Preisempfehlung“ bzw. „Preisverhau“ gegen Händler vorgehen wolle. Daraufhin forderte das Bundeskartellamt in Kooperation mit der Schweizer Wettbewerbsbehörde die ALL Star auf, ihren ca. 1.500 Händlern in Deutschland und der Schweiz ein Schreiben zukommen zu lassen, in dem der Hersteller über die deutsche und schweizerische Rechtslage informiert und den Händlern mitteilt, dass sie in der Preissetzung frei sind und unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers nicht einzuhalten haben. Der Eingang der Schreiben bei den einzelnen Händler war durch eine Empfangsbestätigung zu quittieren, die das Bundeskartellamt stichprobenartig überprüfte. Da die ALL Star diesen Verpflichtungen nachkam, konnte die Sache ohne Einleitung eines Bußgeldverfahrens abgeschlossen werden.

E. Chemische Industrie

I. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Die chemische Industrie hatte im Jahr 2009 in Folge der Weltwirtschaftskrise mit erheblichen Umsatzeinbußen zu kämpfen. Dies führte in einer Vielzahl von Bereichen zu Konzentrationsprozessen und fusionskontrollrechtlichen Verfahren.

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum u. a. die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen Wettbewerbern im Chemikaliengroßhandel auf ihre Vereinbarkeit mit § 1 und Artikel 101 AEUV untersucht; darüber hinaus hat es ein Ordnungswidrigkeitenverfahren in dieser Branche geführt. Im Bereich des Handels mit Laborchemikalien wurde der Alleinvertriebsvertrag, den der Hersteller Merck mit der belgischen VWR International Europe bvba für den Vertrieb seiner Laborchemikalien abgeschlossen hatte, einer Prüfung nach §§ 1 und 20 und Artikel 101 AEUV unterzogen.

II. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

1. Zusammenschlussvorhaben AdBlue – Harnstofflösung

Im Berichtszeitraum hat sich der Markt für die Herstellung der Harnstofflösung AdBlue weiter konzentriert: Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben Agrofert/GreenChem noch in der ersten Prüfungsphase freigegeben. AdBlue wird zur Nachbehandlung von Abgasen in SCR-Katalysatoren benutzt und reduziert den Ausstoß von Stickoxiden. Die räumliche Marktabgrenzung wurde offen gelassen – die begrenzten Lieferadien und die Preisunterschiede im Vergleich zu den Nachbarländern sprechen in der Tendenz jedoch für einen deutschlandweiten Markt. Trotz erheblicher Marktanteilsadditionen und einem gemeinsamen Marktanteil deutlich oberhalb der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 war die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten. Bei AdBlue handelt es sich um einen stark wachsenden Markt auf dem es – mit u. a. BASF und Yara – auch weiterhin starke Wettbewerber gibt. Zudem war aufgrund der Multiple-Sourcing-Bezugsstrategien der Nachfrager mit Abschmelzungseffekten zu rechnen.

2. Verfahren im Chemikaliengroßhandel

2.1 Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt hat deutschlandweit in mehreren Verfahren die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen Chemikaliengroßhändlern im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit § 1 und Artikel 101 AEUV untersucht. Überprüft wurden insbesondere Gemeinschaftsunternehmen, die auf denselben relevanten Märkten tätig sind sowie mindestens zwei ihrer Muttergesellschaften. Solche Konstellationen sind im Regelfall kartellrechtlich problematisch, da davon auszugehen ist, dass sich die Muttergesellschaften in ihrem Marktverhalten an den Interessen des Gemeinschaftsunternehmens ausrichten und dadurch eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Muttergesellschaften bewirkt wird (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 23. Juni 2009, Aktenzeichen: KZR 58/07 sowie Beschluss vom 04. März 2008, Aktenzeichen: KVZ 55/07 und Urteil vom 08. Mai 2001, Aktenzeichen: KVR 12/99).

Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass sich die wichtigsten Handelsgruppen in Deutschland im Laufe der letzten 20 Jahre über eine Vielzahl gegenseitiger Beteiligun-

gen und Gemeinschaftsunternehmen bundesweit miteinander verflochten haben. Der Chemikaliengroßhandel ist in das Streckengeschäft mit Basischemikalien (Direktlieferung vom Chemikalienproduzenten an den Kunden), das Lagergeschäft mit Basischemikalien sowie den Handel mit Spezialchemikalien zu unterteilen. Die räumlichen Märkte sind jeweils regional abzugrenzen. Die Marktermittlungen haben ergeben, dass sich für alle drei sachlichen Märkte sog. „Kernabsatzgebiete“ mit einem Umkreis von ca. 150 km um die Lager bzw. Verkaufsbüros der Chemikalienhändler ausmachen lassen. Zwar werden die Produkte insbesondere im Streckengeschäft mit Basischemikalien sowie im Spezialitätengeschäft regelmäßig deutschlandweit und z. T. aus dem Ausland transportiert. Die vorliegenden Verfahren betreffen jedoch die Handels- und nicht die Herstellerstufe, so dass für die Marktabgrenzung darauf abzustellen ist, wo die Händlerdienstleistungen nachgefragt werden.

Auf Grundlage dieser Marktabgrenzung steht fest, dass es im Chemikalienhandel deutschlandweit eine Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen gibt, bei denen Muttergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen auf denselben relevanten Märkten tätig sind. Das Bundeskartellamt untersucht die Marktstrukturen, analysiert die bei den Verflechtungen entstehende Markttransparenz und die verminderten Anreize zu Wettbewerbsvorstößen der Muttergesellschaften auf den Chemiehandelsmärkten. Darüber hinaus werden u. a. die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der unternehmerischen Verbindungen sowie das Marktverhalten der verflochtenen Unternehmen und der mögliche Informationsfluss zwischen den Muttergesellschaften der jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen bewertet.

2.2 Kartellverfolgung

Das Bundeskartellamt hat im ersten Abschnitt des eingangs erwähnten Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens Bußgelder in Höhe von insgesamt 15,1 Mio. Euro gegen zwölf Unternehmen der Chemiegroßhandelsbranche wegen wettbewerbswidriger Absprachen verhängt. Vertreter dieser Unternehmen haben in sechs Regionalkartellen über einen Zeitraum von z. T. bis zu vier Jahrzehnten Preis-, Quoten und Kundenschutzabsprachen durchgeführt. Diese Regionalkartelle deckten räumlich große Teile Nord- und Westdeutschlands sowie der neuen Länder bis etwa zur Mainlinie ab.

Im Mittelpunkt des zweiten Abschnitts des Verfahrens stehen vier weitere Regionalkartelle, insbesondere in Bayern und Baden-Württemberg. Die Ermittlungen richteten sich zumindest gegen weitere 16 Unternehmen, die dort bzw. in Einzelfällen noch in den o. g. nördlichen Regionalkartellen aktiv waren. Von den Absprachen betroffen waren standardisierte Industriechemikalien (Commodities), die vom Lager der Unternehmen aus vertrieben wurden. Das Streckengeschäft war nicht Teil der Kartellvereinbarungen.

Eingeleitet wurde das Verfahren Ende 2006 durch einen Bonusantrag. Die bundesweite Durchsuchung war im April 2007. Die in der ersten Phase beteiligten Unterneh-

men haben sich im Verlauf des Verfahrens sämtlich zu umfassender Kooperation mit dem Bundeskartellamt bereit erklärt. Dies fand bei der Bemessung der Bußgelder Berücksichtigung. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig (vgl. Fallbericht vom 13. Dezember 2010, B12-13/08).

3. Zusammenschlussvorhaben Kunststoffe

Ein großer Teil der im Berichtszeitraum beim Bundeskartellamt im Bereich Chemie angemeldeten Zusammenschlussvorhaben betraf den Kunststoffbereich. Im Fall Celanese/FACT wurde ein Hauptprüfverfahren eingeleitet, das zu einer Freigabeentscheidung führte. Alle weiteren Fälle in diesem Bereich konnten – trotz des z. T. sehr hohen Ermittlungsaufwands – im Vorprüfverfahren freigegeben werden.

Das Bundeskartellamt hat die Übernahme des bislang zur Ravago Gruppe gehörenden Unternehmens FACT durch den Chemiekonzern Celanese in einem fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren freigegeben. Das Vorhaben betraf spezielle Kunststoffgranulate, sog. granulierte langfaserverstärkte Thermoplaste („LFT-Granulate“), die insbesondere für die Herstellung von Kfz-Bauteilen, wie z. B. Stoßstangen oder Instrumententafelträgern, eingesetzt werden. Wegen ihrer Preisvorteile, ihres geringen Gewichts und ihrer technischen Vorzüge im Vergleich zu anderen Materialien stellen LFT-Granulate eigenständige Produktmärkte dar. Räumlich waren die Märkte europaweit abzugrenzen. Die relevanten Märkte sind hochkonzentriert und wurden bereits vor dem Zusammenschluss durch den Erwerber Celanese und seinen saudi-arabischen Wettbewerber SABIC dominiert. FACT war als einer der wenigen übrigen besonders innovativen und preisaggressiven Wettbewerber tätig. Das Bundeskartellamt hat nach umfangreichen Ermittlungen dennoch festgestellt, dass die Einbindung von FACT in den Celanese-Konzern nicht zur Verstärkung oder Entstehung eines wettbewerbslosen Duopols von Celanese und SABIC führen wird. Die Marktstruktur macht koordiniertes Parallelverhalten unwahrscheinlich: LFT-Granulate sind innovative und hochdifferenzierte Produkte, die nicht nur über den Preis, sondern auch über Entwicklung, Qualität, Rezeptur und Know-how sowie ergänzende Dienstleistungen konkurrieren. Es hat sich gezeigt, dass der konzentrierte europäische Markt intransparent bleibt. Zwar vergeben die Automobilzulieferer, darunter gewichtige Nachfrager, einen großen Teil ihrer Aufträge über Ausschreibungen. Die Dauer der Rahmenverträge, individuelle Zulassungsverfahren, Tests, Qualitätserfordernisse und sehr unterschiedliche Auftragsgrößen werden, so die Prognose, jedoch dafür sorgen, dass koordiniertes Verhalten der beiden großen Anbieter nicht zu erwarten ist (vgl. Fallbericht vom 18. Januar 2010, B 3-91/09).

4. Zusammenschlussvorhaben Verpackungen

Konzentrationstendenzen zeigten sich auch im heterogenen Bereich flexibler Industrieverpackungen, u. a. im Segment Containersäcke (Flexible Industrial Bulk Container bzw. „FIBC“). Nach umfangreichen Ermittlungen

hat das Bundeskartellamt den Erwerb der Unternehmen Storsack, Sunjüt und Ünsa durch ein Gemeinschaftsunternehmen der Greif- und der Dabbagh-Gruppe freigegeben. Die Akquisitionen führten zur Verbindung von drei der sechs wesentlichen europäischen FIBC-Anbieter. Es entsteht der größte europäische FIBC-Anbieter mit Marktanteilen im Bereich der Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 19 Absatz 3 Satz 1) und großem Marktanteilsabstand vor den nachfolgenden Wettbewerbern. Der übrige Markt ist stark fragmentiert. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes war dennoch nicht zu erwarten, dass die Zusammenschlüsse zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen werden. Das Gemeinschaftsunternehmen sieht sich starken Nachfragern mit Multiple-Sourcing-Bezugsstrategien gegenüber, die gezielt auch kleine FIBC-Anbieter als Lieferanten auswählen. Unabhängig von der geographischen Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt bei der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt, dass von FIBC-Herstellern aus China, Indien und der Türkei erheblicher Wettbewerbsdruck ausgeht, deren Produkte über herstellereigene Vertriebsstrukturen oder über etablierte Händler zu den europäischen Nachfragern gelangen können (vgl. Fallbericht vom 3. September 2010, B 3-61/10 und 62/10).

5. Weitere Kartellverfahren

5.1 Laborchemikalien

Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 14. Juli 2009 der Merck KG aA und der belgischen VWR International Europe bvba (VWR) untersagt, den im Jahr 2004 zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Vertriebsvertrag für Laborchemikalien in der bisherigen Form weiter zu praktizieren und Merck nach § 32 aufzugeben, neben VWR auch dritte Handelsunternehmen weiter mit ihren Laborchemikalien zu beliefern. Der Vertriebsvertrag verpflichtete Merck, ihre Laborchemikalien ausschließlich über VWR zu vertreiben. Im Gegenzug wurde VWR untersagt, Laborchemikalien dritter Hersteller zu vertreiben, soweit diese mit Merck-Chemikalien konkurrieren. Merck hat aufgrund dieses Vertrages ihre langjährigen Lieferbeziehungen zum gesamten Laborfachhandel ohne Umstellungsfrist beendet und ihre Laborchemikalien stattdessen nur noch über ihre ehemalige Tochter VWR vertrieben, nachdem sie diese an einen Finanzinvestor verkauft hatte.

Das Bundeskartellamt sah in dieser Umstellung des Vertriebs eine Beeinträchtigung und Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Handelsmarkt beim Vertrieb der Laborchemikalien durch Merck und damit einen Verstoß gegen § 1 und Artikel 101 AEUV. Merck ist der führende inländische Hersteller von Laborchemikalien und hält auf dem gesamten Handelsmarkt einen Anteil von über 30 %, auf ausgewählten Teilmärkten wie Mikrobiologie, Anorganischen Reagenzien und Lösungsmitteln sogar von über 50 %. Wegen ihres Marktanteils von über 30 % war die Alleinvertriebsvereinbarung nicht nach der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Europäischen Kommission vom 22. Dezember 1999 (Vertikal-GVO) vom Verbot des Artikels 101 AEUV freigestellt. Die Voraussetzungen für eine

Einzel freistellung lagen nach Auffassung des Bundeskartellamtes ebenfalls nicht vor. Merck verstieß mit dieser Vertriebsumstellung auch gegen das Diskriminierungsverbot des § 20. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes sind kleine und mittlere Laborfachhändler von der Belieferung mit Laborchemikalien durch Merck abhängig; sie können deshalb auch nicht darauf verwiesen werden, diese über ihren größten Konkurrenten VWR zu beziehen.

Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes haben VWR und Merck Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat zunächst im Eilverfahren mit Beschluss vom 9. Dezember 2009 (Aktenzeichen: VI-Kart 5/09 (V)) dem Antrag nur insoweit stattgegeben, als der Beschluss des Bundeskartellamtes eine Lieferpflicht für vier von sieben Produktgruppen angeordnet hat, bei denen der Marktanteil von Merck 30 % nicht übersteigt. Das Bundeskartellamt habe zu Recht angenommen, dass Merck und VWR mit der Vereinbarung eines exklusiven Vertriebsrechts für VWR und mit dem VWR in diesem Zusammenhang auferlegten Wettbewerbsverbot gegen Artikel 81 Absatz 1 EG (a.F., nunmehr Artikel 101 AEUV) verstoßen haben. Weder das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot noch das ihr eingeräumte exklusive Vertriebsrecht erfüllten ferner die Voraussetzungen der Legal Ausnahme des Artikels 101 Absatz 3, 2. Halbsatz AEUV. Die insoweit beweislbelasteten Beteiligten hätten die Freistellungsvoraussetzungen nicht nachgewiesen. Das Bundeskartellamt habe ferner zu Recht angenommen, dass Merck bei den nicht von der Vertikal-GVO freigestellten Produktgruppen als marktstarkes Unternehmen i.S.d. § 20 Absatz 2 einzustufen sei und eine Abhängigkeit des mittelständischen Laborfachhandels von einer Belieferung durch Merck im Sinne dieser Vorschrift bejahet. Die Nichtbelieferung dritter Laborfachhändler (außer VWR) verstoße auch gegen das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Absatz 1. Die Unbilligkeit der Nichtbelieferung des Laborfachhandels mit den in Frage stehenden Produktgruppen ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass Merck mit dem alleinigen Vertrieb über VWR gegen Artikel 81 Absatz 1 EG (a.F., nunmehr Artikel 101 AEUV) verstoße und damit auch die Wettbewerber von VWR unbillig behindere. Die sofortige Vollziehung der Verfügung des Bundeskartellamtes, soweit Produktgruppen mit einem Marktanteil von Merck von mehr als 30 % betroffen sind, habe für die Beteiligten auch keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge.

Im Hauptsacheverfahren hat Merck die ungenügende Abgrenzung und unvollständige Ermittlung einiger von der vorläufigen Lieferpflicht betroffener sachlich relevanter Märkte geltend gemacht. Wegen zusätzlicher Nachermittlungen ist eine abschließende Entscheidung des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Berichtszeitraum nicht ergangen (vgl. Fallbericht vom Juli 2009, B 3-64/05).

5.2 Druckchemikalien

Das Bundeskartellamt hat im September 2010 gegen zwei Hersteller von Druckchemikalien wegen wettbewerbs-

widriger Preis- und Kundenschutzabsprachen Bußgelder in Höhe von insgesamt 660 000 Euro verhängt.

Eingeleitet wurde das Verfahren Anfang 2009 durch einen Bonusantrag. Das Unternehmen, das den Antrag gestellt hat, erhielt einen vollständigen Bußgelderlass. Die übrigen beteiligten Unternehmen haben sich im Verlauf des Verfahrens zu einer vollständigen Kooperation mit dem Bundeskartellamt bereit erklärt. Dies fand bei der Bemessung der Bußgelder Berücksichtigung, ebenso wie die Tatsache, dass von der Preisabsprache nur ein vergleichsweise geringes Umsatzvolumen betroffen war. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig (vgl. Fallbericht vom 4. November 2010, B12-16/08).

5.3 Kabelfüllmischungen

Das Bundeskartellamt hat im Jahre 2010 gegen die Condor Compounds GmbH, einen Hersteller von Kabelfüllmischungen, sowie zwei verantwortliche Mitarbeiter Geldbußen in Höhe von insgesamt 400 000 Euro verhängt, weil sie zwischen 2005 und 2008 ihre Preiserhöhungen mit der Melos GmbH abgestimmt hatte. Eingeleitet wurde das Verfahren durch einen Bonusantrag der Melos GmbH, gegen die deshalb keine Geldbuße verhängt wurde (vgl. Fallbericht vom 28. Juni 2010, B11 – 15/09).

F. Maschinen- und Anlagenbau, Metallindustrie

Während der allgemeinen Finanzkrise war die Zahl der anmeldepflichtigen Fusionen in den Bereichen Maschinen- und Anlagenbau sowie Metall- und Metallzeugnisse stark zurück gegangen; sie ist seit dem Herbst 2010 aber ebenso stark wieder angestiegen. Ebenfalls deutlich angestiegen ist die Zahl der Eingaben, die auf unzulässige Preisbindungen hinweisen. Die Befassung mit solchen Preisbindungen wird einen künftigen Schwerpunkt der Wettbewerbsaufsicht in diesen Bereichen bilden.

Für den Zeitraum bis Herbst 2010 lag ein Schwerpunkt aufgrund der geringen Anzahl der Zusammenschlussanmeldungen u. a. bei der Kartellbekämpfung. Vier Kartellverfahren konnten abgeschlossen bzw. weitergeführt werden (S. 84 ff.), in der Fusionskontrolle sind zwei Verfahren hervorzuheben (vgl. S. 85 ff.).

I. Kartellverfolgung

1. Kartellabsprachen bei Automatiktüren

Das Bundeskartellamt hat im Februar 2009 ein Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gegen neun Hersteller von Automatiktüren und einen Verband sowie gegen zahlreiche Betroffene wegen Absprachen auf dem Markt für Herstellung, Planung und Einbau automatischer Türsysteme einerseits sowie dem After-Sales-Dienstleistungsmarkt für Reparatur und Wartung automatischer Türsysteme andererseits eingeleitet. Grundlage war ein Bonusantrag nach der Bonusregelung des Bundeskartellamtes (S. 37 ff.) eines der an den Absprachen beteiligten Herstellers. Nach Versendung der Anhörungsschreiben

sind im Berichtszeitraum zwei weitere Bonusanträge beim Bundeskartellamt eingegangen.

2. Herstellung von Dampfkesseln, Großdampferzeugern

Das Bundeskartellamt hat das Ermittlungsverfahren wegen Kundenzuteilungs-, Quoten- und Preisabsprachen beim Vertrieb von Großdampferzeugern für Braunkohlekraftwerke im August 2010 mit einem Bußgeldbescheid gegen die ALSTOM Power Systems GmbH und zwei ehemalige Geschäftsführer des Unternehmens abgeschlossen. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes war die ALSTOM Power Systems GmbH unter ihrer früheren Firmenbezeichnung EVT Energie- und Verfahrenstechnik GmbH mit den weiteren Anbietern von Großdampferzeugern Babcock, Steinmüller und – bis 1992 – Lentjes zwischen 1990 und 2003 an einem Kartell beteiligt, das den Wettbewerb beim Vertrieb von Großdampferzeugern für Braunkohlekraftwerke ausschloss. Die zu diesem Zweck geschlossene Grundabsprache wurde bei den Ausschreibungen für die Großdampferzeuger der Kraftwerke Schkopau, Schwarze Pumpe, Boxberg, Lipendorf und „BoA 1“ (Braunkohlekraftwerk mit optimierter Anlagentechnik in Niederaußem) durch Submissionsabsprachen umgesetzt (vgl. Fallbericht vom 1. September 2010, B 11 – 26/05).

Wegen der strafrechtlichen Relevanz der Submissionsabsprachen führte die Staatsanwaltschaft Berlin parallel zu dem Ordnungswidrigkeitenverfahren des Bundeskartellamtes ein Strafverfahren gegen mehrere ehemalige Geschäftsführer der am Kartell beteiligten Unternehmen.

Die Höhe der vom Bundeskartellamt gegen die ALSTOM Power Systems GmbH verhängten Geldbuße beträgt 91 Mio. Euro. Bei der Bemessung der Bußgeldhöhe für die ALSTOM Power Systems GmbH hat das Bundeskartellamt den durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlös geschätzt und dabei erstmals die Schätzmethode der „gesamtwirtschaftlichen Analyse“ angewendet (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2007, WuW/E DE-R 2225, 2228). Die ALSTOM Power Systems GmbH und die beiden ehemaligen Geschäftsführer haben gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt.

3. Feuerwehrdreileiterfahrzeuge

Das Bundeskartellamt führt ein Verfahren gegen einen Hersteller von Feuerwehrdreileiterfahrzeugen wegen wettbewerbswidriger Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Der Markt von Feuerwehrdreileiterfahrzeugen wird in der Bundesrepublik Deutschland nahezu ausschließlich von zwei Herstellern bedient. Eingeleitet wurde das Verfahren durch einen Bonusantrag. Die Durchsuchung fand im Mai 2010 statt. Das Unternehmen, das den Bonusantrag gestellt hat, erhielt vollständige Bußgeldbefreiung.

4. Feuerwehrlöschfahrzeuge

Das Bundeskartellamt hat Bußgelder in Höhe von insgesamt 20,5 Mio. Euro gegen drei Hersteller von Feuer-

wehrlöschfahrzeugen wegen wettbewerbswidriger Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen verhängt. Gegen einen vierten Hersteller wird das Verfahren noch fortgeführt. Das Bundeskartellamt verhängte außerdem ein Bußgeld gegen einen Wirtschaftsprüfer wegen dessen Mithilfe am Kartell.

Eingeleitet wurde das Verfahren durch eine anonyme Eingabe. Es fanden zwischen Mai 2009 und Juli 2010 mehrere Durchsuchungen statt.

Die beteiligten Unternehmen haben sich im Verlauf des Verfahrens zu umfassender Kooperation mit dem Bundeskartellamt bereit erklärt. Dies fand bei der Bemessung der Bußgelder Berücksichtigung. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

Auch in diesen Fällen werden die Verfahren gegen die an der Absprache beteiligten natürlichen Personen von den zuständigen Staatsanwaltschaften wegen des Verdachts auf Submissionsbetrug nach § 298 des Strafgesetzbuches geführt.

II. Fusionskontrolle

1. Sonnenschutzsysteme

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Erwerb der Faber-Benthin-Gruppe durch Hunter Douglas N.V. nach umfangreichen Ermittlungen freigegeben.

Das zentrale wettbewerbliche Problem des Zusammenschlusses lag vor allem darin, das auf den dem Markt für innenliegende Sonnenschutzprodukte vorgelagerten Systemgebernärkten für Pliseeanlagen und Horizontallamellen eine monopolähnliche Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten zu erwarten war. Gleichwohl kam eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht in Betracht, da im Ergebnis der Marktermittlungen das Marktvolumen auf den betroffenen Systemgebernärkten im Inland – wenn z. T. auch nur geringfügig – unterhalb der Bagatellmarktgrenze i.S.d. § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 lag. In Bezug auf die darüber hinaus betroffenen Produktmärkte für den textilen Behang und die Konfektionierung der innenliegenden Sonnenschutzprodukte führte der Zusammenschluss nicht zu wettbewerblichen Bedenken (vgl. Fallbericht vom 7. Juni 2010, B 5-17/10).

2. Sanitärarmaturen

Im Berichtszeitraum hat der bundesweit tätige Haustechnikgroßhändler Cordes & Graefe KG (C&G) Beteiligungen an zwei kleineren nordrhein-westfälischen Wettbewerbern erworben. Im August 2009 gab das Bundeskartellamt die vollständige Übernahme der AMG Haustechnik GmbH & Co. KG frei. Ein Jahr später wurde der Kontrollerberwerb an der Gottschall & Sohn KG freigegeben.

Beide Zusammenschlüsse betrafen die Märkte für den Großhandel mit Produkten aus den Bereichen Sanitär, Heizung und Installation. Dabei hat das Bundeskartellamt sowohl die regionalen Absatzmärkte der Zielgesellschaften als auch die bundesweiten Beschaffungsmärkte für die gehandelten Güter überprüft.

Ausgangspunkt für die räumliche Abgrenzung des Absatzmarktes war dabei der in den betroffenen Ballungsräumen branchentypische Lieferradius von 50 km um das Zentrallager des jeweiligen Erwerbsobjekts. Darüber hinaus wurden die als Abholstandorte ausgestalteten weiteren Niederlassungen der Unternehmen in die Betrachtung einbezogen. Geprüft wurde auf dieser Grundlage zum einen, welche Niederlassungen der C&G-Gruppe und welche Niederlassungen von Wettbewerbern innerhalb oder im näheren Umfeld dieses Liefergebiets im Wettbewerb zu den Zielgesellschaften stehen. Des Weiteren wurde untersucht, wie sich die wettbewerblichen Kontrollpotenziale durch den Zusammenschluss verändern werden.

Auf Grundlage der in diesen und in vorangegangenen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse geht das Bundeskartellamt nunmehr in sachlicher Hinsicht von einem eigenständigen Sortimentsmarkt für die Belieferung von Sanitär-Heizung-Klima(SHK)-Fachbetrieben durch den Fachgroßhandel aus. In diesen Markt einzubeziehen sind auch die im zweistufigen Vertrieb liefernden Hersteller von Heizsystemen und Sanitärprodukten, sofern sie über eine ausreichende Sortimentsbreite und -tiefe verfügen. Dagegen stellen die Bezugsmöglichkeiten über das Internet oder Baumärkte eine aus Sicht der SHK-Fachbetriebe nachrangige Alternative dar, die jedenfalls derzeit nur unter dem Aspekt des Substitutionswettbewerbs zu berücksichtigen war.

Die Prüfung ergab in beiden Fällen, dass trotz der Marktanteilsaddition auf dem jeweils betroffenen regionalen Markt nicht von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss auszugehen war. Neben den Zusammenschlussbeteiligten verblieben in den fraglichen Gebieten auch nach dem Zusammenschluss noch ausreichend starke Wettbewerber, selbst wenn man die Betrachtung auf den Fachgroßhandel im engeren Sinn beschränkte.

Auch auf der Beschaffungsseite begegneten die Zusammenschlussvorhaben keinen durchgreifenden Bedenken, obwohl die Erwerberin C&G bei nationaler Betrachtung klare Marktführerin ist. Zum einen waren ihr beide Zielgesellschaften durch die langjährige Zugehörigkeit zu dem Einkaufsverband GC Sanitär- und Heizungs-Handels-Contor GmbH im Einkauf bereits eng verbunden. Zum anderen fielen die von diesen nachgefragten Mengen – und damit der Zugewinn an Einkaufsmacht für C&G – prozentual nicht ins Gewicht. Das Bundeskartellamt konnte daher offen lassen, ob C&G bereits eine marktbeherrschende Stellung auf den Beschaffungsmärkten innehat, da diese jedenfalls durch die hier fraglichen Zusammenschlüsse nicht verstärkt wurde.

Im Hinblick auf die bundesweite Marktstärke von C&G ist auch bei eventuellen weiteren Zusammenschlussvorhaben der Gruppe mit einer vertieften Prüfung zu rechnen (vgl. Fallberichte vom 9. November 2009, B5-47/09, und vom 13. August 2010, B5-63/10).

3. Elektronische Schließzylinder

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 21. Oktober 2009 (Aktenzeichen: VI-Kart 14/08 (V)) die Entscheidung des Bundeskartellamtes bestätigt, das Zu-

sammenschlussvorhaben der Assa Abloy AB, Stockholm, Schweden (Assa), mit der SimonsVoss AG (SimonsVoss) zu untersagen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 94f.).

Während das Bundeskartellamt seiner Entscheidung einen nationalen Angebotsmarkt für mechatronische und elektronische Schließzylinder zugrunde gelegt hatte, in den weder mechanische Schließanlagen noch elektronische Beschläge und konventionelle Zutrittskontrollanlagen einzubeziehen seien, stellte das Gericht abweichend auf einen Angebotsmarkt für den Absatz elektronisch basierter Schließsysteme im stand-alone-Modus (offline) ab, auf dem sich die Hersteller als Anbieter und die Endkunden (Verwender) als Nachfrager gegenüberstehen. Zu diesem Markt gehörten dabei sowohl mechatronische und elektronische Schließzylinder als auch elektronische Beschläge und Zutrittskontrollanlagen in ihrer jeweiligen offline-Variante. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bejahte aber auch auf dem so abgegrenzten Angebotsmarkt die Untersagungs Voraussetzungen. Das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung stützte das Oberlandesgericht Düsseldorf auf die Höhe des fusionsbedingt entstehenden Marktanteils, die Marktanteilsabstände zu den nächst größeren Wettbewerbern, den fusionsbedingt verstärkten Zugang zum Absatz- und Beschaffungsmarkt sowie die bestehenden Marktzutrittschranken. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen.

4. Containertransportgeräte

Der Bundesgerichtshof hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den die Untersagung des Erwerbs der italienischen CVS Ferrari-Gruppe durch die finnische Cargotec Corporation bestätigenden Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Mai 2008 (Aktenzeichen: VI-Kart 13/07 (V)) verworfen, soweit sie sich gegen die Streitwertfestsetzung wendete (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 87). Die Beschwerde im Übrigen wurde zurückgewiesen. Denn die von der Nichtzulassungsbeschwerde als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob im Rahmen der Marktabgrenzung primär auf die Nachfrager abzustellen ist, für die eine Austauschbarkeit gegeben ist, wenn zwei Produkte (nur) für einen Teil der Nachfrager austauschbar sind, stelle sich nicht. Das Beschwerdegericht habe im Rahmen der – in erster Linie dem Tatrichter obliegenden – Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept die nach der Rechtsprechung des Senats gebotene Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände angestellt und als deren Ergebnis die Austauschbarkeit der hier in Rede stehenden Produkte (Greifstapler [„Reach Stacker“] einerseits, Gabel- sowie Containerstapler andererseits) rechtsfehlerfrei verneint; dabei habe es auch die Bereitschaft einzelner Nachfrager zum Wechsel berücksichtigt.

5. Anlagen zur Oberflächenmetallbearbeitung

Der Erwerb der dänischen DISA Holding II A/S durch die britische Mid Europe Partners, der 2008 im Hauptprüfverfahren geprüft und unter einer auflösenden Bedingung freigegeben worden war, konnte 2009 vollständig vollzo-

gen werden (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 89). Durch die Veräußerung von drei Tochtergesellschaften der Zusammenschlussbeteiligten an die Atlas Holdings FRM LLC, Greenwich (USA), wurde erreicht, dass die auflösende Bedingung nicht eintrat und eine Entflechtung der vorab erfolgten formalen Anteilsübertragung nicht mehr in Betracht kam.

G. Fahrzeugbau – Automobilwirtschaft

Im Bereich der Kfz-Zulieferindustrie wurde im Berichtszeitraum eine Reihe von Zusammenschlüssen angemeldet. Ein Teil dieser Zusammenschlüsse war vor dem Hintergrund der Finanzkrise zu sehen, die bei einigen Zulieferern zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten bis hin zur Insolvenz geführt hatte. Die meisten dieser Fälle führten jedoch nicht zu wettbewerblichen Bedenken und konnten in der ersten Prüfungsphase freigegeben werden.

Den Schwerpunkt der kartellrechtlichen Tätigkeit bildeten zwei fusionskontrollrechtliche Entscheidungen, die den Markt für Cabrio-Dächer betrafen. Zu Beginn des Berichtszeitraumes war dieser Markt durch die Präsenz von insgesamt vier relevanten Anbietern gekennzeichnet, von denen allerdings zwei im Zuge der Finanzkrise insolvent geworden waren. Es handelt sich um die folgenden vier Anbieter: die in Familienbesitz befindliche Webasto AG, zu deren Kernkompetenzen die Bereiche Dachsysteme und Temperaturregulierung gehören, die kanadisch-österreichische Magna-Gruppe, die weltweit zu den größten und am stärksten diversifizierten Kfz-Zulieferern gehört, die Edscha AG, die zu einer Gruppe von Finanzinvestoren gehörte und die vor ihrer Insolvenz aus den Geschäftsbereichen Karosserieprodukte/Scharniersysteme und Cabrio-Dachsysteme bestand, und schließlich die in Familienbesitz befindliche Wilhelm Karmann GmbH, die neben Cabrio-Dachsystemen u. a. als Lohnfertiger für die Kfz-Industrie Kraftfahrzeuge in Kleinserien fertigte. Von diesen vier Unternehmen befanden sich die Edscha AG und die Wilhelm Karmann GmbH im Insolvenzverfahren. Weitere Anbieter von Cabrio-Dächern konnten auf dem Markt nur eine geringe Bedeutung erlangen.

Vor diesem Hintergrund wurde im August 2009 beim Bundeskartellamt der erste Zusammenschluss zwischen Anbietern von Cabrio-Dächern angemeldet. Die Webasto AG meldete den beabsichtigten Zusammenschluss mit der Edscha AG i.L. an. Relevanter Markt war der europäische Markt für die Entwicklung und Produktion von Cabrio-Dachsystemen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes war dieser Markt bereits vor dem Zusammenschluss mit vier nennenswerten Anbietern und einem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) von 3200 bereits hoch konzentriert. Auch waren die Vermutungsschwellen des § 19 Absatz 3 Satz 2 vor dem Zusammenschluss erfüllt. Außen- und Substitutionswettbewerb waren nicht zu erwarten.

Aufgrund der weiteren Konzentration auf drei marktrelevante Unternehmen erhöhte sich der HHI weiter auf 3 600 Punkte und es war zu erwarten, dass sich die Mög-

lichkeiten der Marktgegenseite weiter reduzieren, kollusives Parallelverhalten der drei Anbieter zu erschweren.

Allerdings haben die Wettbewerbsverhältnisse keine Hinweise auf Kollusion im Oligopol ergeben. Zudem schlossen sich mit Webasto und Edscha zwei Unternehmen zusammen, die nicht zu den engsten Wettbewerbern auf dem Markt zählen; die Ermittlung der Begegnungsquoten hatte ergeben, dass zwischen Magna und Edscha sowie zwischen Magna und Karmann intensive Wettbewerbsbeziehungen herrschten. Berücksichtigt wurde auch, dass der von Edscha ausgehende Wettbewerbsdruck sich in den letzten Jahren abgeschwächt hatte.

Die Bieteranalyse hatte ergeben, dass sich im Vierer-Oligopol regelmäßig nur drei Unternehmen an den (auch volumenstarken) Ausschreibungen beteiligten. Vor dem Hintergrund, dass die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vor dem Zusammenschluss keine Hinweise auf ein implizit oder explizit kollusives Anbieterverhalten ergeben hatten, konnte mit hinreichender Prognosesicherheit erwartet werden, dass sich hieran auch bei einer Verengung des Marktes auf drei Anbieter nichts ändert.

Etwaige verbleibende Zweifel daran, dass der relevante Markt trotz Verengung auf drei Marktteilnehmer wettbewerblich bleibt, wurden vor dem Hintergrund des drohenden Marktaustrittes der Webasto relativiert. Aufgrund der besonderen Gesamtumstände des Einzelfalles war daher nicht davon auszugehen, dass bereits mit diesem Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Absatz 3 Nummer 1 und 2 in Verbindung mit § 36 Absatz 1 entsteht.

Allerdings war während des Verfahrens auch deutlich geworden, dass eine weitere Konzentration auf dem Markt für Cabrio-Dächer wettbewerblich bedenklich sein würde. Im Januar 2010 wurde dann ein zweiter Zusammenschluss auf dem relevanten Markt angemeldet: Magna meldete den beabsichtigten Erwerb der Dachsystem-Sparte der Wilhelm Karmann GmbH i.L. an. Dieser Zusammenschluss wurde vom Bundeskartellamt untersagt, da er die Entstehung eines kollektiv marktbeherrschenden Duopols auf dem europäischen Markt für die Entwicklung und Produktion von Cabrio-Dachsystemen erwarten ließ. Anders als bei einem Dreier-Oligopol konnte bei einem Duopol mit lediglich zwei relevanten Anbietern nicht mehr erwartet werden, dass der herrschende Binnenwettbewerb aufrechterhalten bleibt.

Die Konzentration auf dem Markt würde durch die Reduzierung auf zwei relevante Anbieter dramatisch erhöht. Die Marktstrukturbedingungen, so ergaben die Ermittlungen, begünstigen in einer Marktsituation mit nur noch zwei Anbietern überwiegend kollusives Verhalten der Marktteilnehmer. Spürbarer Außenwettbewerb, potenzieller Wettbewerb und Substitutionswettbewerb waren auch in diesem Verfahren weder festzustellen noch zu erwarten.

Durch den Zusammenschluss wäre ein symmetrisches Duopol entstanden. Der Markt wäre zudem erstmals für alle ähnlich auskömmlich. Es bestünde wenig Anreiz, von dieser komfortablen Ausgangslage durch wettbewerbli-

ches Verhalten abzugehen, zumal sich mit der Verengung auf zwei Anbieter auch die Möglichkeiten der Marktgegenseite reduzieren, kollusives Parallelverhalten der Anbieter wirksam zu erschweren. Auch bestünden zahlreiche Einigungspunkte für eine wirksame explizite oder implizite Kollusion. Abweichungen im Sinne wettbewerblicher Vorstöße wären angesichts der hohen Transparenz im Markt leicht identifizierbar. Zudem wären sie nach dem Zusammenschluss außergewöhnlich zielgerichtet durch den jeweils anderen Anbieter sanktionierbar.

Der Zusammenschluss ist zudem kausal für die eintretende wettbewerbliche Verschlechterung; eine Sanierungsfusion konnten die Beteiligten nicht geltend machen. Vielmehr bestanden zahlreiche Alternativszenarien. Zu ihnen zählen ein Aufkauf der gesamten Dachsystemsparte durch einen der alternativen Interessenten, Teilverkäufe einzelner Standorte oder von Know-how an Automobilhersteller, an Karosseriebauer oder an Investoren.

Insbesondere die Automobilhersteller, die Cabrio-Dachsysteme von Karmann beziehen und auf diese Belieferung angewiesen sind, da ansonsten ihre Produktion still stünde (Bandriss), haben sich in ihren offiziellen Stellungnahmen für eine Übernahme durch Magna ausgesprochen. Solange noch eine Chance für den Zusammenschluss bestand, stand bei den Automobilherstellern das Interesse an einer Absicherung der eigenen Serienbelieferung und an einer gesicherten Versorgung mit Ersatzteilen im Vordergrund. Wettbewerbliche Bedenken traten demgegenüber zurück. Das Bundeskartellamt war aber überzeugt, dass eine Neubewertung durch alle Beteiligten (Magna-Kunden, Insolvenzverwalter, Karmann-Interessenten) erfolgen würde, wenn es die Option Magna nicht mehr gibt. Bei wirtschaftlich vernünftigem Verhalten gab es genügend Raum für eine Lösung, von der alle Beteiligten profitieren, da die Insolvenz von Karmann für alle die teuerste Lösung gewesen wäre. Der während des Beschwerdeverfahrens erfolgte Verkauf an einen alternativen Investor, die zum finnischen Metso-Konzern gehörende Valmet Automotive Inc., die als Kfz-Zulieferer und Auftragsfertiger sowie als Dienstleister für die Automobilindustrie tätig ist, bestätigte das Bundeskartellamt in dieser Einschätzung.

Gegen die Untersuchungsentscheidung haben sowohl die Erwerberin als auch der Insolvenzverwalter als Veräußerer Beschwerde eingelegt. Gleichzeitig wurde im einstweiligen Verfahren eine Befreiung vom Vollzugsverbot beantragt. Die Beteiligten trugen vor, dass die Automobilhersteller bei einer Aufrechterhaltung des Vollzugsverbotes die laufenden Produktionsaufträge abgezogen hätten. Mit Beschluss vom 20. Juli 2010 wies das Oberlandesgericht Düsseldorf die Anträge auf Befreiung vom Vollzugsverbot zurück (Aktenzeichen: VI-Kart 6/10 (V)). Nach Ansicht des Gerichts hatten die Parteien jedoch weder nachvollziehbar dargelegt, dass das Abziehen der Aufträge konkret bevorstehe, noch dass die Suspendierung des Vollzugsverbotes geboten sei, um eine Verlagerung der Produktion abzuwenden. Das Gericht kam so zu dem Schluss, dass keine wichtigen Gründe im Sinne

von § 41 Absatz 2 vorgetragen worden waren. In der Hauptsache endete das Beschwerdeverfahren ohne gerichtliche Entscheidung in der Sache, nachdem sich der Rechtsstreit durch den Verkauf des Zielgeschäfts an einen alternativen Erwerber erledigt hatte.

Der Erwerb des Zielgeschäfts, der Karmann-Dachsparte, durch Valmet konnte in der ersten Phase freigegeben werden, da Valmet bislang nicht auf dem Markt für die Entwicklung und Herstellung von Cabrio-Dächern tätig war. Gleiches gilt für den Erwerb des Bereiches Auftragsfertigung der Wilhelm Karmann GmbH i.L. durch die Volkswagen AG. Wettbewerbliche Bedenken gegen diesen Zusammenschluss waren weder auf den Kraftfahrzeugmärkten noch bei der Auftragsfertigung erkennbar.

H. Papier

I. Kartellabsprachen bei Papptellern

In dem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gegen Hersteller von Papptellern wegen des Verdachts auf wettbewerbswidrige Preis- und Kundenschutzabsprachen (vgl. auch Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 132, Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 92) wurden gegen insgesamt sechs Unternehmen Bußgelder in Höhe von 958.000 Euro verhängt. Die Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

II. Kartellabsprachen bei Tapeten

Das Bundeskartellamt hat im November 2010 Durchsuchungen bei fünf Tapetenherstellern durchgeführt und Verfahren gegen vier weitere Hersteller sowie den Verband der Deutschen Tapetenindustrie e. V. (VDT) eingeleitet. Es besteht der Verdacht, dass es zwischen Herstellern von Tapeten zumindest seit 2005 zu Absprachen über Preiserhöhungen, Konditionen sowie Kunden gekommen ist. Mehrere Tapetenhersteller haben bereits Anträge im Rahmen der Bonusregelung des Bundeskartellamtes gestellt.

Teil II: Dienstleistungen

A. Finanzdienstleistungen

I. Banken/Kreditwirtschaft

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Die Finanzkrise hat die Wettbewerbsaufsicht über die deutsche Kreditwirtschaft bislang nicht vor neue Fragen gestellt. Trotz der krisenhaften Entwicklung einzelner Institute ist die Bankenlandschaft in Deutschland weiterhin durch die drei Säulen Sparkassen, Genossenschaftsbanken und Privatbanken mit jeweils einer Vielzahl von Instituten geprägt. Vor diesem Hintergrund führte die fusionskontrollrechtliche Prüfung von krisenbedingten und nicht krisenbedingten Zusammenschlüssen im Ergebnis zur Freigabe dieser Vorhaben. Dabei ist es auch in der Krise nicht zu säulenübergreifenden Übernahmen gekommen. Die Ausnahmeregelung des § 17 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz, wonach die Vorschriften des ersten bis dritten Teils des GWB auf

Stabilisierungsmaßnahmen des zur Bewältigung der Finanzkrise geschaffenen Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) keine Anwendung finden, hat keine Fusionen ermöglicht, durch die marktbeherrschende Stellungen entstanden sind. Die Übernahme der Hypo Real Estate durch die Bundesrepublik Deutschland unterlag zudem der europäischen Fusionskontrolle, löste aber keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aus.

Die Regelungen zur Entwicklung des Einheitlichen Europäischen Zahlungsraums (SEPA) gewinnen zunehmend Einfluss auf die Zahlungsverkehrsmärkte in Deutschland. Ziel der Zahlungsdiensterichtlinie (EU-Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt) ist es, einen einheitlichen Rechtsrahmen für einen grenzenlosen Binnenmarkt für Zahlungsdienste zu schaffen. Die aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Richtlinie für die neu geschaffene Instituts-kategorie der Zahlungsinstitute und die zivilrechtlichen Regelungen der Richtlinie für die Erbringung von europaweiten Zahlungsdiensten (Überweisungen, Lastschriften, Kartenzahlungen) sind seit November 2009 durch zahlreiche Änderungen im Kreditwesengesetz, im BGB und im EGBGB in nationales Recht umgesetzt. Zudem wurden mit der Neufassung der EU-Preisverordnung (Verordnung (EG) Nr. 924/2009) für grenzüberschreitende Zahlungen insbesondere die Gebührengleichheit für inländische und grenzüberschreitende Zahlungen auf Lastschriften ausgedehnt und ein zeitlich befristetes maximales Interbankenentgelt von 0,088 Euro für grenzüberschreitende Lastschriften eingeführt.

Parallel hierzu hat der European Payments Council (EPC) – eine Einrichtung der Europäischen Banken – Maßnahmen zur Vereinheitlichung und Verbesserung des Massenzahlungsverkehrs in der Europäischen Union entwickelt. In seinen Gremien wurden mit dem SEPA Cards Framework Standards für Karten, Kartenterminals und Geldautomaten erstellt mit dem Ziel der Förderung technischer Interoperabilität, Transparenz und Erreichbarkeit. SEPA-konforme Karten müssen danach das Potenzial haben, an allen Händlerterminals und Geldautomaten in den SEPA-Ländern akzeptiert zu werden; sie müssen allerdings nicht im ganzen SEPA-Raum einsetzbar sein, und es bleibt die Entscheidung der Händler, ob diese eine bestimmte Karte akzeptieren. Über die Standards des SEPA Cards Framework hinaus sind weitere Standards für Zahlungsverkehrsformate für das Clearing kartengestützter Zahlungen notwendig. Hier ist die Berlin Group, eine Vereinigung nationaler und internationaler Kartensysteme, Bankenverbände und mit der Abwicklung von Kartenzahlungen befasster Dienstleistungsunternehmen, tätig. Soweit derartige selbstregulatorische Maßnahmen zu offenen Standards und Schnittstellen führen, kann eine solche Form der Regelsetzung Raum für Wettbewerb zwischen verschiedenen Kartenbezahlsystemen öffnen.

Eine völlig andere Herangehensweise wurde für Überweisungen und Lastschriften gewählt. Hier hat der EPC mit der SEPA-Überweisung und der SEPA-Lastschrift zwei neue Produkte entwickelt. Für die beiden SEPA-Produkte haben sich die europäischen Banken auf verbindli-

che Einführungsdaten (SEPA-Überweisung Januar 2008; SEPA-Lastschrift November 2009) verständigt. So sollen alle Konten in der Europäischen Union für SEPA-Lastschriften und SEPA-Überweisungen erreichbar sein; die Nutzung des Datenformats XML gemäß dem ISO 20022 Standard, der International Bank Account Number (IBAN) und der Bank Identifier Code (BIC) sind für alle SEPA-Verfahren festgeschrieben. Aufgrund der aus Sicht des EPC, der Europäischen Zentralbank (EZB) und verschiedener Mitgliedstaaten unbefriedigenden Marktergebnisse bei der freiwilligen Nutzung der neuen SEPA-Produkte, insbesondere für inländische Zahlungen, dauert die Debatte um eine gesetzliche Festlegung eines Endtermins für alle inländischen Überweisungs- und Lastschriftinstrumente an. Umstritten ist dabei, ob tatsächlich die SEPA-Produkte zu den allein nutzbaren Zahlungsinstrumenten erklärt werden sollen oder ob die Harmonisierung im Wege der Definition von gemeinsamen Standards und notwendigen Voraussetzungen – wie beim SEPA Cards Framework – erfolgen kann. Die Befürworter eines regulatorischen Eingriffs befürchten, dass sich die europäischen Zahlungsinstrumente in einem marktgetriebenen Prozess nicht durchsetzen, weil die Marktteilnehmer in Betracht gut funktionierender nationaler Produkte nicht in die europäischen Instrumente investieren, mit der Folge, dass es bei den bestehenden national orientierten Zahlungsdienstmärkten bliebe. Für einen marktgetriebenen Prozess spricht hingegen, dass sich nur so die Zahlungsinstrumente dynamisch mit den Bedürfnissen der Marktteilnehmer entwickeln und effizienter werden können. Da trotz der zunehmenden Integration der Waren- und Dienstleistungsmärkte in Europa zu erwarten ist, dass die übergroße Mehrheit der Zahlungsvorgänge weiterhin inländisch sein wird, stellt sich zudem die Frage, ob eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und Marktteilnehmer auf einheitliche Zahlungsinstrumente sachlich gerechtfertigt ist. Besonders problematisch erscheint dies, wenn etwa effiziente und wettbewerbsorientierte Zahlungsinstrumente wie die deutsche Lastschrift – und damit verbunden das für den Wettbewerb auf den Kartenbezahlmärkten in Deutschland wesentliche Elektronische Lastschriftverfahren (ELV) – durch gesetzliche Regelungen von den Märkten entfernt und durch kostenintensivere Produkte ersetzt werden. Falls ELV auf Grund des SEPA-Prozesses nicht fortgeführt werden kann, besteht die Gefahr, dass das derzeit einzige Kartenbezahlsystem ohne kollektive Gebühren oder Interbankenentgelte vom Markt entfernt wird. Tritt eine solche Situation ein, stellen sich neue Fragen hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit kollektiver Entgelte in anderen Systemen, insbesondere bei electronic cash.

Am 16. Dezember 2010 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Verordnung zur Festlegung der technischen Vorschriften für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009 vorgelegt. Der Entwurf sieht unter anderem vor, dass Überweisungen innerhalb von zwölf Monaten und Lastschriften innerhalb von 24 Monaten im Einklang mit den definierten Standards und allgemeinen technischen Anforderungen der Verordnung ausgeführt werden

müssen. Außerdem sollen kollektiv vereinbarte Interbankenentgelte nur für Rücklastschriften zulässig sein.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Fusionskontrolle

Bei einigen Zusammenschlüssen von Finanzdienstleistungsunternehmen hat sich die Frage gestellt, wie die für die fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht maßgeblichen Erträge (§ 38 Absatz 4 Satz 1) geographisch zugeordnet werden sollen. Insbesondere von den Umsätzen im Inland kann es abhängen, ob die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle anwendbar sind (§ 35 Absatz 1). Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass es darauf ankommt, wo die Zweig- oder Geschäftsstelle den Sitz hat, die den Ertrag verbucht hat. Dies entspricht auch der Rechtslage in der europäischen Fusionskontrolle (Artikel 5 Absatz 3a Verordnung (EG) 139/04).

2.1.1 Sparkasse Karlsruhe/ Sparkasse Ettlingen

Der Zusammenschluss der Sparkasse Karlsruhe mit der Sparkasse Ettlingen ist nach Durchführung eines Hauptprüfverfahrens freigegeben worden. Das Vorhaben fiel in den Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle, weil die Umsätze der Stadt Karlsruhe als einer der Träger der Sparkasse Karlsruhe zuzurechnen waren (§ 36 Absatz 2 Satz 1). Die Stadt Karlsruhe verfügt in der Trägerversammlung über die Mehrheit der Stimmen und den Vorsitz. Sie hat deshalb maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates, der nach den Bestimmungen des Sparkassengesetzes für Baden-Württemberg über die Zusammensetzung des Vorstands und die Geschäftspolitik entscheidet. Im Verwaltungsrat verfügt die Sparkasse Karlsruhe unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter nicht über die Mehrheit. Die Auswertung des Abstimmungsverhaltens hat aber ergeben, dass sie in den vergangenen Jahren stets ihre Position hat durchsetzen können. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss konnte ausgeschlossen werden. Das Bundeskartellamt ist von getrennten Märkten für Privat- und Gewerbekunden ausgegangen und hat diese weiter in Märkte für Girokonten, Einlagen und Kredite unterteilt. Innerhalb der Gewerbekundenmärkte ist nach Größe und Bedeutung der Kunden zwischen Märkten für Firmenkunden mit regelmäßig höherem Liquiditätsbedarf und Märkten für Geschäftskunden zu unterscheiden. Die Marktuntersuchung hat ergeben, dass insbesondere die Privat- bzw. Geschäftskunden-Märkte für Girokonten/Zahlungsverkehr und für Kredite regional abzugrenzen sind. Hohe gemeinsame Marktanteile erreichten die Beteiligten auf dem Markt der Kredite an Geschäftskunden. Auf diesem Markt stehen die Beteiligten im Wettbewerb zu den Volks- und Raiffeisenbanken und zu überregional tätigen Banken mit Filialen in ihrem Geschäftsgebiet. Wettbewerbsdruck geht auch von größeren Volks- und Raiffeisenbanken und Sparkassen der umliegenden Gebiete aus.

2.1.2 Easycash/Ingenico

Der Erwerb der easycash durch Ingenico konnte freigegeben werden. Easycash bietet im kartengestützten Zahlungsverkehr Netzbetriebsleistungen an. Auf sie sind Händler angewiesen, die z. B. Zahlungen über electronic cash abwickeln wollen. Ingenico stellt Terminals her, die beim Händler am Point of Sale („POS“) zur Verarbeitung der bargeldlosen Zahlungen eingesetzt werden. Die Ermittlungen haben ergeben, dass jedenfalls die größeren Händler eigenständig über die Beschaffung der Terminals entscheiden und die Gefahr einer Abschottung von Kunden zum Nachteil anderer Terminalhersteller gering ist. Auch eine Abschottung von Einsatzmitteln ist nicht zu erwarten. Für Ingenico wäre eine Strategie, gezielt den Betrieb solcher Terminals schlechter zu unterstützen, die nicht von easycash betrieben werden, nicht sinnvoll, weil dies zu einer Abwanderung eigener Kunden führen würde.

2.2 Kartellverfolgung

Das Bundeskartellamt hat sich verstärkt mit Kooperationen, insbesondere im Bereich des Zahlungsverkehrs, auseinandergesetzt. Soweit solche Kooperationen den Wettbewerb zwischen den Beteiligten beschränken, sind sie nur dann zulässig, wenn im Einzelnen die Freistellungs Voraussetzungen des § 2 bzw. Artikel 101 Absatz 3 AEUV nachgewiesen sind.

2.2.1 electronic-cash-System

Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband und der Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken haben mit Unternehmen der Mineralölwirtschaft und mit der WEAT, einem auf die Abwicklung von bargeldlosen Transaktionen an Tankstellen spezialisierten Abwickler, gemeinsam eine Absenkung der Händlerentgelte im electronic-cash-System vereinbart. Das electronic-cash-System ermöglicht die bargeldlose Zahlung mit girocard und Eingabe der persönlichen Geheimnummer bei Akzeptanzstellen. Die Zahlung wird nur bei Autorisierung durch eine der Autorisierungsstellen der Kreditwirtschaft durchgeführt. Die Akzeptanzstellen verpflichten sich in den Händlerbedingungen, ein Entgelt in Höhe von 0,3 % des Transaktionsbetrages zu entrichten. Für Tankstellen gilt bis zu einem Schwellenwert von 51,13 Euro ein ermäßigter Satz von 0,2 %. Die beiden kreditwirtschaftlichen Verbände haben nun mit Unternehmen der Mineralölwirtschaft und mit der WEAT eine Ausdehnung dieser Sonderregelung auf alle Transaktionen unabhängig vom Transaktionsbetrag vereinbart. Diese Entgeltsenkung durch zwei der vier kreditwirtschaftlichen Verbände stellt grundsätzliche Fragen an die Vereinbarkeit eines kollektiven Händlerentgelts sämtlicher kartenherausgebenden Institute mit dem Kartellverbot. Darüber hinaus enthält das electronic-cash-Vertragswerk weitere wettbewerbsbeschränkende Elemente. Hier ist insbesondere die sog. Barzahlungsklausel zu nennen, die den Händler daran hindert, die für ihn mit einer electronic cash-Transaktion verbundenen Kosten an den Kunden weiter zu geben. Vor diesem Hintergrund hat das Bundes-

kartellamt ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, in dem die Vereinbarkeit von wettbewerbsbeschränkenden Klauseln im electronic-cash-Vertragswerk mit Artikel 101 AEUV und § 1 geprüft wird.

2.2.2 Interbankenentgelte bei Kreditkarten

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Untersuchung der Interbankenentgelte bei Kreditkarten (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 138 f.) eine umfangreiche Befragung von Händlern zur Akzeptanz von Kreditkarten, zu Händlerpräferenzen und etwaigen Abhängigkeiten der Händler von bargeldlosen Zahlungsmitteln durchgeführt. Darüber hinaus wurden die Netzbetreiber, die Electronic-cash-Zahlungen abwickeln und z. T. in Kombination damit Händlern die Nutzung des elektronischen Lastschriftverfahrens anbieten, zur Verdeutlichung der Spezifika der inländischen Kartenbezahlmärkte befragt. Das Verfahren wird fortgeführt.

2.2.3 Entgelte bei Geldautomatenabhebungen

Das Bundeskartellamt hat zu Beginn des Jahres 2010 Ermittlungen hinsichtlich der Höhe der Entgelte für die Nutzung von Geldautomaten eingeleitet. Die Entwicklung der Entgelte – Interbankenentgelte zwischen Geldautomatenbetreiber und Kundenbank; Kundenentgelte zwischen Kunde und Kundenbank – legen den Schluss nahe, dass die bestehenden Vereinbarungen im deutschen Geldautomatensystem zu erheblichen Wettbewerbsdefiziten bei der Versorgung von Fremdkunden mit Geldautomatendienstleistungen geführt haben. Aufgrund der Vereinbarungen konnte der Preis für die Versorgung mit Geldautomatendienstleistungen in der Vergangenheit keine Lenkungswirkung von Angebot und Nachfrage entfalten. Vielmehr führten die einseitig festgesetzten, dem Kunden unbekannten Interbankenentgelte dazu, dass die Kreditinstitute untereinander Entgelte von bis zu 60 Euro pro Transaktion berechneten und in der Folge Kunden bei der Nutzung eines fremden Geldautomaten mit stetig steigenden Entgelten durch ihre Bank konfrontiert waren. Hinzu kommen verschiedene Geldautomatenverbünde, in denen die beteiligten Kreditinstitute ihre Geldautomaten zu einem Netz zur kostenlosen oder kostengünstigen gegenseitigen Versorgung der eigenen Kunden zusammengeschlossen haben. Für die in den Verbünden zusammenarbeitenden Kreditinstitute besteht in diesem System keinerlei Anreiz zur günstigen Versorgung von Fremdkunden, deren Kreditinstitute nicht dem eigenen Geldautomatenverbund angehören.

Die Bankenverbände haben sich im Verlauf des Verfahrens darauf verständigt, für Fremdkunden außerhalb der Verbünde direkte Kundenentgelte einzuführen und die intransparenten Interbankenentgelte insoweit abzuschaffen. Mit diesen direkten Kundenentgelten werden die Fremdkunden fortan vor einer Verfügung über den Preis der Dienstleistung informiert. Sie werden mit dieser Information zum ersten Mal in die Lage versetzt, die Preise für Verfügungen an Geldautomaten zu vergleichen und auf dieser Grundlage eine informierte Auswahlentscheidung

zu treffen. Es ist zu erwarten, dass hierdurch die Mechanismen zur Preisspirale bei den Interbankenentgelten und damit bei den Fremdadhebegebühren beseitigt werden. Zudem haben die im Bundesverband deutscher Banken e.V. (BdB) organisierten Kreditinstitute die Entgelthöhe für Fremdverfügungen an ihren Geldautomaten auf maximal 1,95 Euro pro Transaktion festgelegt. Das direkte Kundenentgelt wird ab Mitte Januar 2011 eingeführt. Das Bundeskartellamt hat den im Zentralen Kreditausschuss zusammenarbeitenden Verbänden mitgeteilt, dass insbesondere in ländlichen Gebieten, in denen Sparkassen und Genossenschaftsbanken die vorherrschenden Betreiber von Geldautomaten sind, weiterhin Zweifel an aufkommendem Wettbewerb bestehen. Das Bundeskartellamt wird nach Einführung des direkten Kundenentgeltes die Wirkungen dieser Regelungen auf den Wettbewerb um Geldautomatenkunden untersuchen und behält sich weitere Maßnahmen gegen bestehende Geldautomatenverbünde oder einzelne Kreditinstitute vor.

II. Versicherungswirtschaft

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Die zum 1. April 2010 in Kraft getretene neue Versicherungs-GVO 267/2010 (ABl. EU Nr. L 83 vom 30. März 2010, S. 1) hat nicht dazu geführt, dass Versicherungsunternehmen in größerem Umfang an das Bundeskartellamt herangetreten sind, um Fragen zur Anwendung der neuen Versicherungs-GVO auf bestehende oder zukünftige Kooperationen zu klären.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Kartellverfolgung

2.1.1 Industrieversicherer

In dem Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Industrieversicherer (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 140) haben alle persönlich Betroffenen und die nebenbetroffenen Unternehmen bis auf die HDI-Gerling Industrie Versicherung AG im Verlauf des Verfahrens beim Oberlandesgericht Düsseldorf ihre Einsprüche gegen die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes zurückgenommen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in der abschließenden Hauptverhandlung am 13. Januar 2010 festgestellt, dass die HDI-Gerling Industrie Versicherung AG nicht für die möglicherweise durch die von der Gerling Konzern Versicherung AG begangene Ordnungswidrigkeit haftet, weil die Voraussetzungen für eine Rechtsnachfolge nicht erfüllt sind. Die Generalstaatsanwaltschaft hat im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegt.

Im Jahr 2010 hat das Bundeskartellamt ferner in Fällen, in denen Einsprüche gegen Bußgeldbescheide zurückgenommen worden waren, Vollstreckungsverfahren wegen der Anforderung von Zinsen gemäß § 81 Absatz 6 eingeleitet.

2.1.2 Versicherergemeinschaft Wiesbaden

In dem Verfahren gegen die Versicherergemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungs- und Treuhandwesen und deren Mitglieder (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 140 f.) hat der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. September 2008 zurückgewiesen und die gegen diese Entscheidung gerichtete Rechtsbeschwerde als unzulässig verworfen.

2.1.3 Hinweis- und Informationssystem der Versicherungswirtschaft

Das Bundeskartellamt hat mit dem Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. weitere Gespräche über den Umbau des Informationssystems UNIWAGNIS (Tätigkeitsbericht 2005/06, S. 160) zu dem Hinweis- und Informationssystem (HIS) der deutschen Versicherungswirtschaft geführt. Dabei hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, dass ein Austausch von kundenbezogenen Informationen zwischen verschiedenen Versicherungsunternehmen grundsätzlich insofern kartellrechtsrelevant ist, als dadurch der von § 1 geschützte Geheimwettbewerb betroffen ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Informationsaustausch anlassbezogen im Rahmen einer sog. „Vorversichereranfrage“ oder systematisch im Rahmen eines entsprechenden Informationssystems erfolgt. Es obliegt dabei zunächst den beteiligten Versicherungsunternehmen selbst, zu prüfen, ob ein solcher Informationsaustausch im Einzelfall die Voraussetzungen gemäß § 1 bzw. die Freistellungsvoraussetzungen gemäß § 2 erfüllt. Das Bundeskartellamt wird den Umbau und die Durchführung des HIS weiterhin beobachten.

2.2 Anerkennung von Wettbewerbsregeln

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die VDVM-Code of Conduct-Wettbewerbsregeln des Verbandes Deutscher Versicherungs-Makler e. V. (VDVM-Wettbewerbsregeln) gemäß § 26 Absatz 1 anerkannt. Die Wettbewerbsregeln dienen der Förderung und Sicherstellung des Leistungswettbewerbs. In der ursprünglich angemeldeten Form enthielten die VDVM-Wettbewerbsregeln die Regelung, dass die Verordnung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen über das Verbot von Sondervergütungen und Begünstigungsverträgen unverändert gelte und zu beachten sei. Das Bundeskartellamt hat im Verlauf des Anerkennungsverfahrens darauf hingewiesen, dass es diese Regelung als problematisch einschätzt, da es an der kartellrechtlichen Zulässigkeit des sog. Provisionsabgabeverbotes zweifelt. Der Antrag auf Anerkennung der Wettbewerbsregeln wurde darauf insofern zurückgenommen, als die Regelung in Bezug auf das Provisionsabgabeverbot betroffen war.

2.3 Sonstiges – Gespräche über Schadenmanagement

Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum zudem mit dem Thema „Schadenmanagement in der Versicherungswirtschaft“ beschäftigt. Im Rahmen eines

Schadenmanagementsystems organisiert der Versicherer die Schadenbearbeitung im Versicherungsfall in der Form, dass er selbst – und nicht der Versicherungsnehmer bzw. der Geschädigte – die Beauftragung von Dritten wie beispielsweise Werkstätten, Autovermietern oder Sachverständigen übernimmt und mit diesen die entsprechenden Konditionen aushandelt. Das Bundeskartellamt hält Schadenmanagementsysteme nach derzeitiger Einschätzung im Grundsatz für kartellrechtlich unbedenklich. Dort, wo Versicherer im Rahmen von Schadenmanagementsystemen Leistungen von Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einkaufen und diese dann selbst an die Versicherungsnehmer weitergeben, organisieren diese Versicherer lediglich ihr Beschaffungswesen und leiten die dabei erzielten Einkaufsvorteile gegebenenfalls an die Versicherungsnehmer weiter. Das Bundeskartellamt hat in Gesprächen mit Marktakteuren allerdings darauf hingewiesen, dass die Organisation eines Schadenmanagementsystems im Einzelfall kartellrechtliche Relevanz haben kann. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo mehrere Versicherungsunternehmen gemeinsam entsprechende Vorleistungen von Dritten einkaufen. Das Bundeskartellamt stuft diese Form der Zusammenarbeit kartellrechtlich als Einkaufskooperation ein.

B. Post

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Bereich der Briefdienstleistungen besteht weiterhin kein sich selbst tragender Wettbewerb. Auch in diesem Berichtszeitraum war weiterhin ein Stagnieren der wettbewerblichen Entwicklung zu beobachten.

Dies gilt auch vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen und ergangenen gerichtlichen Entscheidungen. So lief bereits zum 31. Dezember 2007 die bis dahin verbliebene Exklusivlizenz der Deutsche Post AG (DPAG) aus, wodurch sämtliche Bereiche der Postdienstleistungen für den Wettbewerb geöffnet wurden (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 26). Das Bundesverwaltungsgericht hat am 28. Januar 2010 die – zeitgleich mit dem vollständigen Auslaufen der Exklusivlizenz in Kraft getretene – Postmindestlohnverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aufgrund der Verletzung von Beteiligungsrechten der klagenden Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände für rechtswidrig erklärt. Das Bundeskartellamt hatte in der Vergangenheit in dem Post-Mindestlohn ein erhebliches Wettbewerbshindernis gesehen, da mit ihm den Wettbewerbern der DPAG wegen der Personalintensität der Tätigkeit der entscheidende Wettbewerbsparameter genommen wurde (S. 32 f.; Tätigkeitsbericht 2008/2009, S. 26). Im Juli 2010 ist durch eine Änderung des Umsatzsteuergesetzes die Umsatzsteuerbefreiung, die qua Gesetz ausschließlich für die DPAG galt, einerseits in seiner sachlichen Ausdehnung eingeschränkt und andererseits auf alle Postdienstleister ausgedehnt worden, die sämtliche Universalienleistungen oder einen sachlichen Teilbereich dieser Leistungen anbieten. Nach den bisherigen Erkenntnissen wird im Briefbereich jedoch auch weiterhin aus-

schließlich die DPAG die Steuerbefreiung erhalten (S. 32 f.).

Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse konnte im Berichtszeitraum nicht festgestellt werden. Die DPAG verfügt im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen weiterhin über sehr hohe Marktanteile. Im Jahr 2008 – dem ersten Jahr der vollständigen Marktöffnung – konnte die DPAG ihren umsatz- und sendungsbezogenen Marktanteil gegenüber dem Jahr 2007 sogar leicht erhöhen, und zwar umsatzbezogen um 0,9 % auf 89,6 % und sendungsbezogen um 0,3 % auf 91 % (Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2008/2009 Post, S. 40 f.). In ihrem Jahresbericht 2010 (ebenda, S. 144) geht die Bundesnetzagentur von umsatzbezogenen Marktanteilen der DPAG von 91,5 % im Jahr 2008 und von 90,7 % im Jahr 2009 sowie von mengenbezogenen Marktanteilen der DPAG von 92,1 % im Jahr 2008 und 91,2 % im Jahr 2009 aus.

Die DPAG hat auf die Änderung des Umsatzsteuerrechts mit einer Erhöhung ihrer sog. Teilleistungsrabatte reagiert. Damit kompensiert sie für ihre nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden die durch die nunmehr bestehende Umsatzsteuerpflicht entstehende Preiserhöhung. Für ihre vorsteuerabzugsberechtigten Kunden bedeutet die Erhöhung der Teilleistungsrabatte eine faktische Preissenkung in Höhe der Rabatterhöhung. Die DPAG hat erklärt, insoweit zur Sicherung von Mengen und Umsatz auf einen Ergebnisbeitrag in niedriger dreistelliger Millionenhöhe zu verzichten (s. dazu sogleich unter 3.).

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Im Berichtszeitraum war weiterhin das Bemühen der Wettbewerber der DPAG erkennbar, ihre Marktstellung durch externes Wachstum oder durch Kooperationen zu stärken.

So hat das Bundeskartellamt den Erwerb von Anteilen an sechs regionalen Briefzustellern von der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG durch die TNT Post Holding Deutschland GmbH geprüft und in der ersten Phase freigegeben (vgl. Fallbericht vom 15. Oktober 2009, B9 – 112/09). Kurz vorher hatte die Europäische Kommission den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an acht weiteren regionalen Briefzustellern durch TNT und die Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG im vereinfachten Verfahren freigegeben (COMP/M.5594). Ebenfalls in der ersten Phase freigegeben hat das Bundeskartellamt den Erwerb von wesentlichen Vermögensteilen von sechs regionalen Briefdienstleistern durch die Verlagsgesellschaft Mad-sack GmbH & Co. KG sowie den Erwerb von Anteilen an einem regionalen Briefzusteller durch die Südwestdeutsche Medien Holding GmbH.

Kartellrechtlich begleitet hat das Bundeskartellamt die Gründung der „mail alliance“ sowie der mailworXs GmbH, die eine Zusammenarbeit von TNT, der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck, der Mediengruppe Pres-sedruck, des Citypost-Verbundes sowie einer Vielzahl von Kooperationspartnern bei der überregionalen Brief-zustellung aufgenommen haben.

Im Zusammenhang mit dem Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die DPAG wegen unbilliger Behinderung und sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung i.S.d. § 20 Absatz 1 und Missbrauchs einer markbeherrschenden Stellung i.S.d. Artikels 82 EG (a.F., nunmehr Artikel 102 AEUV) im Zusammenhang mit der Gewährung von Teilleistungszugang (§ 28 PostG) (Tätigkeitsbericht 2003/2004 S. 164 f., Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 136 f.) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf ein Urteil des Landgerichts Köln bestätigt, wonach dem Kläger ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 33 Satz 1, 20 Absatz 1 und § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. Artikel 82 EG (a.F., nunmehr Artikel 102 AEUV) gegen die DPAG zusteht. Die DPAG hatte dem Kläger, der Inhaber einer sog. „E-Lizenz“ war, die ihn berechnete, gewerbsmäßig Post bei einem Absender abzuholen und sie in dessen Auftrag bei einer Annahmestelle der DPAG abzugeben, seinerzeit kein Teilleistungsangebot gemacht und keinen Teilleistungsvertrag abgeschlossen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 30. September 2009, Aktenzeichen: IV – U (Kart) 17/08). Das Urteil ist nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig (Bundesgerichtshof, Urteil vom 20. Juli 2010, Aktenzeichen: KZR 42/09).

3. Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum entsprechend § 48 PostG zu beabsichtigten Regulierungsentscheidungen der BNetzA Stellung genommen. Wichtige Verfahren waren die beiden Entgeltregulierungsentscheidungen für lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens für die Price-Cap-Perioden 2009 und 2010, die beiden Entgeltregulierungsentscheidungen zum sog. Hybriden Onlinebrief sowie das nachträgliche Entgeltüberprüfungsverfahren nach § 25 PostG im Zusammenhang mit der Erhöhung der Teilleistungsrabatte durch die DPAG. Die Entgeltregulierungsentscheidungen im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens für die Perioden 2009 und 2010 beruhten auf der für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2011 getroffenen Price-Cap-Entscheidung. Insoweit hat das Bundeskartellamt seine bislang geäußerte Kritik, dass unklar ist, wie sich die tatsächlichen Entgelte, die seinerzeit Ausgangspunkt der Regulierungsentscheidung waren, zu den Kosten der effizienten Leistungserstellung verhalten, aufrechterhalten (Tätigkeitsbericht 2008/2009, S. 137). Die BNetzA hat in dem nachträglichen Entgeltüberprüfungsverfahren nach § 25 PostG die Erhöhung der Teilleistungsrabatte durch die DPAG geprüft und festgestellt, dass diese nicht gegen Vorschriften des PostG verstößt.

C. Medien, Werbe-/Messewirtschaft, Kultur, Sport und Unterhaltung

I. Zeitungsmärkte

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Berichtszeitraum mussten sich die Zeitungsverlage – wie auch in anderen Medienbereichen – einem Strukturwandel stellen, dessen treibende Kraft die digitale

Revolution und das Internet sowie das damit einhergehende geänderte Mediennutzungsverhalten ist. Diese Entwicklung traf mit den Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise zusammen, insbesondere dem Rückgang der Werbeerlöse. In diesem fortdauernden Umbruchprozess wird der Wettbewerb zwischen den Verlagen intensiver.

Viele Verlage stellen sich bereits aktiv und durchaus erfolgreich diesem Strukturwandel, z. B. indem sie der zunehmenden Konvergenz der Medien durch die Fortentwicklung zu Medienhäusern Rechnung tragen.

Nach einer Studie des Bundesverbandes deutscher Zeitungsverleger sind die deutschen Zeitungen, trotz des durch die Digitalisierung und das Internet ausgelösten teilgreifenden Wandels, in sehr guter Verfassung. Als große Vorzüge des deutschen Zeitungsmarktes werden die starke lokale/regionale Verwurzelung der Zeitungen, das ausgefeilte Vertriebssystem und die hohe Qualität der redaktionellen Inhalte herausgestellt.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Der Schwerpunkt der Wettbewerbsaufsicht über die Zeitungsmärkte lag im Berichtszeitraum bei der Pressefusionskontrolle. Hierbei standen die Beurteilung von potenziellem Wettbewerb bei Nachbarschaftsfusionen – auch unter Anwendung der Abwägungsklausel – sowie die Prüfung der Anforderungen an Sanierungsfusionen von benachbarten Zeitungsverlagen im Vordergrund.

Bei monopolistisch strukturierten Zeitungsmärkten kommt dem Erhalt potenziellen Wettbewerbs eine besondere Bedeutung zu. Für die Analyse potenziellen Wettbewerbs auf Pressemärkten wurde im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf eine Reihe von Kriterien abgestellt. Hierzu gehören u. a. Eindringungsversuche in der Vergangenheit, Verkehrsinfrastruktur und Pendlerströme, die Attraktivität des Wirtschaftsraums, politische und natürliche Grenzen, landsmannschaftliche und kulturhistorische Verbindungen bzw. Trennlinien und grenzüberschreitende Aktivitäten der Beteiligten oder Dritter (z. B. Anzeigenkooperationen).

Inwieweit diese Kriterien gerichtlicher Überprüfung stand halten, ist noch offen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in Sachen Neue Pressegesellschaft Ulm/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall mit diesen Kriterien nicht auseinandergesetzt. Es hat sich ausschließlich mit der Bedeutung von langfristigen Anzeigen- und Mantelkooperationen befasst. Diese schlossen einen gegenwärtigen potentiellen Wettbewerb aus. An die Wahrscheinlichkeit, mit der solche Kooperationen zukünftig aufgelöst werden könnten, stellt das Oberlandesgericht hohe Anforderungen.

3. Fusionskontrolle

3.1 Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall

Das Bundeskartellamt hatte den beabsichtigten Erwerb des Zeitungsverlages Schwäbisch Hall (ZVSH) durch die Neue Pressegesellschaft (NPG) zu prüfen.

Die ZVSH gibt im Altkreis Schwäbisch Hall u. a. die regionale Abonnement-Tageszeitung „Haller Tagblatt“ heraus. Den Mantel für die Tageszeitung bezieht die ZVSH von einer von der NPG geführten Kooperation. Die ZVSH ist auch Mitglied einer von der NPG geführten Anzeigenkooperation. Im Landkreis Schwäbisch Hall gibt die NPG die regionalen Abonnement-Tageszeitungen „Hohenloher Tagblatt“ und „Rundschau für den Schwäbischen Wald“ heraus. Beide Zeitungen sind ebenfalls Mitglied der erwähnten Mantel- und Anzeigenkooperation.

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben untersagt, weil es zur Verstärkung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung der ZVSH auf dem Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen im Verbreitungsgebiet des „Haller Tagblatt“ führen würde. Ferner hätte es eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der ZVSH auf einem Anzeigenmarkt im Verbreitungsgebiet des „Haller Tagblatt“ zur Folge.

Die betroffenen Lesermärkte bilden nach ständiger Rechtsprechung und Amtspraxis jeweils einen eigenen, von überregionalen Tageszeitungen und von Straßenverkaufszeitungen abzugrenzenden Markt. Von den verschiedenen Informationsangeboten Dritter im Internet ging nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes im vorliegenden Fall allenfalls eine schwache Randsubstitutionswirkung aus, so dass auch sie die regionale Tageszeitung nicht ersetzen könnten.

Auf dem von ihr bedienten Lesermarkt war die ZVSH mit dem „Haller Tagblatt“ de facto Monopolistin und damit als marktbeherrschend anzusehen. Der von Online-Angeboten Dritter allenfalls ausgehende Substitutionswettbewerb war schwach und ungeeignet, die marktbeherrschende Stellung zu relativieren.

Aus der Sicht des Bundeskartellamtes führte der Zusammenschluss zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der ZVSH. Denn die NPG war die wichtigste potenzielle Wettbewerberin der ZVSH und wäre als solche durch den Zusammenschluss endgültig entfallen. Dies ergab sich aus einer Gesamtschau der eingangs dargestellten Umstände. Für die Möglichkeit der NPG zum Markteintritt sprachen im vorliegenden Fall u. a. die unmittelbare räumliche Nähe der Verbreitungsgebiete, die vorhandenen Ressourcen der NPG in räumlicher Nähe (Druckerei, Verteilnetze, Redaktionen), die fehlende geografische oder politische Trennung des Raumes Schwäbisch Hall von den angrenzenden Verbreitungsgebieten der NPG-Objekte und die vorhandenen, deutlich erkennbaren wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Gebieten.

Das Bundeskartellamt hat zudem einen hinreichenden Anreiz für die NPG zum Markteintritt festgestellt. Dieser folgte aus dem erkennbaren wirtschaftlichen Interesse der NPG an der Abdeckung auch des Verbreitungsgebietes des „Haller Tagblatt“. Das Bundeskartellamt ging dabei hinsichtlich der bestehenden schuldrechtlichen Kooperationen nicht davon aus, dass sie einen Markteintritt der NPG dauerhaft ausschlossen.

Schließlich war auch festzustellen, dass die marktbeherrschende Stellung der ZVSH auf dem von ihr bedienten

örtlichen Anzeigenmarkt bzw. auf dem örtlichen Anzeigenmarkt ohne Rubrikanzeigen durch den Wegfall des potenziellen Wettbewerbs durch die NPG verstärkt worden wäre.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Die Zusammenschlussbeteiligten haben gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Das Oberlandesgericht hat im Dezember 2010 die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes aufgehoben (Aktenzeichen: VI Kart 4/09 (V)). Es hat dabei zunächst die Marktabgrenzung und die Feststellung der Marktbeherrschung im Ergebnis bestätigt, dabei jedoch eine deutlich schärfere Unterscheidung zwischen den Onlinemärkten vorgenommen als sie das Bundeskartellamt getroffen hat. Einen potentiellen Wettbewerb hat es – wie oben dargestellt (S. 94) – wegen eines strengen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs abgelehnt. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erhoben.

3.2 Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft/Aachener Verlagsgesellschaft

Das Vorhaben Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft/Aachener Verlagsgesellschaft stellte aus Sicht des Bundeskartellamtes ebenfalls einen Untersagungsfall dar. Der beabsichtigte mehrheitliche Erwerb der Rheinischen Bergischen Verlagsgesellschaft (RBVG) an der Aachener Verlagsgesellschaft (AVG) wurde vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren abgemahnt; daraufhin haben die Gesellschafter der AVG entschieden, den angemeldeten Verkaufsprozess von Aachener Nachrichten und Aachener Zeitung an die RBVG zu beenden.

Im gesamten Verbreitungsgebiet der beiden Zeitungen (Städteregion Aachen und Region Heinsberg) wäre jeweils der potenzielle Wettbewerb zwischen der RBVG und der AVG entfallen. In der Region Heinsberg wäre auf dem Leser- und Anzeigenmarkt aktueller Wettbewerb durch den Zusammenschluss entfallen und es wäre zu einer weiteren Konzentration der Marktanteile gekommen. Hier stehen sich derzeit die RBVG und die AVG als unmittelbare Wettbewerber gegenüber. Im Süden des Kreises Aachen wäre die Wettbewerbsstellung der RBVG auf dem Anzeigenmarkt verstärkt worden (vgl. Fallbericht vom 20. Januar 2010, B 6-79/09).

3.3 Zeitungsverlag Schwerin/Kuriervergag Neubrandenburg

Bei dem Zusammenschluss zwischen den Herausgebern der Schweriner Volkszeitung und des Nordkurier kam das Bundeskartellamt dagegen zu dem Ergebnis, dass von den benachbarten Zeitungen im Landkreis Güstrow kein potenzieller Wettbewerb ausgeht, obwohl die Verbreitungsgebiete beider Objekte über eine lange Strecke direkt aneinander grenzen. Das Vorhaben konnte deshalb im Vorprüfverfahren freigegeben werden.

Eine Reihe von Umständen (mangelnde Attraktivität des Wirtschaftsraums, dünne Besiedlung, keine signifikanten

Pendlerverflechtungen) sprachen in der Gesamtbetrachtung dagegen, dass es sich beim Zeitungsverlag Schwerin und dem Kuriervergag um potenzielle Wettbewerber handelt (vgl. Fallbericht vom Februar 2009, B 6 – 10/09).

3.4 Schleswig-Holsteiner Zeitungsverlag/Elmshorner Nachrichten

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Abonnement-Tageszeitung Elmshorner Nachrichten und des Anzeigenblatts Die Woche im Blickpunkt durch den Schleswig-Holsteiner Zeitungsverlag, einer Tochtergesellschaft der medien holding:nord, im Hauptprüfverfahren freigegeben. Beide Printobjekte gehörten zur Axel Springer AG. Das Zusammenschlussvorhaben war eine Nachbarschaftsfusion und konnte unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben werden. Die durch den Zusammenschluss entstehenden Verbesserungen auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der Elmshorner Nachrichten überwiegen mögliche Verschlechterungen auf den Leser- und Anzeigenmärkten im angrenzenden Kreis Steinfurt.

Das Zusammenschlussvorhaben betraf mehrere Lesermärkte für Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung sowie mehrere Anzeigenmärkte in den Kreisen Pinneberg und Steinburg in Schleswig-Holstein. Die Verlage der medien holding:nord gaben in beiden Kreisen bereits Tageszeitungen und Anzeigenblätter heraus. Im Kreis Steinburg waren die Tageszeitung Norddeutsche Rundschau/Wilstersche Zeitung und das Anzeigenblatt Hallo Steinburg der medien holding:nord ohne Wettbewerber.

Das zwischen Pinneberg und Steinburg liegende Verbreitungsgebiet der Elmshorner Nachrichten umfasste im Wesentlichen die Stadt Elmshorn und deren Umland und wurde von der Axel Springer AG beherrscht, die dort neben den Elmshorner Nachrichten noch die Pinneberger Zeitung herausgab. Durch den Zusammenschluss ergaben sich strukturelle Verbesserungen in zweifacher Hinsicht. Die marktbeherrschende Stellung der Axel Springer AG wurde abgeschwächt. Weiter würden die Erst- und Zweitzeitung durch den Gesellschafterwechsel bei den Elmshorner Nachrichten künftig von verschiedenen jeweils finanzkräftigen Verlagen herausgegeben und wären nicht mehr in einer Hand. Es war davon auszugehen, dass diese strukturellen Verbesserungen unmittelbar zu einer Belebung des Wettbewerbs führen werden.

Bei einer vergleichenden Gesamtbetrachtung überwogen insgesamt die deutlichen wettbewerblichen Vorteile auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der Elmshorner Nachrichten (Verbesserungsmarkt) die möglichen wettbewerblichen Nachteile auf den Leser- und Anzeigenmärkten im Verbreitungsgebiet der Norddeutschen Rundschau (Verschlechterungsmärkte). Die geringen Verschlechterungswirkungen betrafen möglichen potenziellen Wettbewerb. Dieser ist zwar bei einer hohen Konzentration auf den Verschlechterungsmärkten auch im Rahmen der Abwägungsklausel besonders schützenswert, durch den Zusammenschluss fiel allerdings der potenzielle Wettbewerb nicht insgesamt weg, sondern verringerte sich nur.

Die finanzkräftige Axel Springer AG blieb mit der Pinneberger Zeitung, deren Verbreitungsgebiet an die Verschlechterungsmärkte angrenzt, präsent und somit auch als Träger potenziellen Wettbewerbs erhalten.

3.5 Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft/Neusser Pressehaus

Der geplante Erwerb der Neusser Pressehaus GmbH durch die Rheinisch-Bergische Verlagsgesellschaft (RBVG) wurde im Vorprüfverfahren freigegeben. Auf dem Lesermarkt kam es durch den Zusammenschluss nur zu sehr geringfügigen Überschneidungen und Marktanteilsadditionen. Ein Wegfall potenziellen Wettbewerbs war von dem Zusammenschluss nicht zu erwarten. Durch den Zusammenschluss wurde die marktbeherrschende Stellung, die die RBVG gemeinsam mit dem Neusser Pressehaus durch das Gemeinschaftsunternehmen auf dem regionalen Anzeigenmarkt im Rhein-Kreis Neuss innehat, durch die Übernahme aller Anzeigenaktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens nicht verstärkt, da zwei Anzeigenblätter aus dem Zusammenschlussvorhaben herausgelöst wurden. Durch die Übernahme der Dormagener Anzeigenblätter durch die W. Girardet KG wurde die Stellung der Westdeutschen Zeitung auf dem Anzeigenmarkt im Rhein-Kreis Neuss gestärkt und auch indirekt deren Position auf dem Lesermarkt wettbewerbslich positiv unterstützt (vgl. Fallbericht vom Februar 2009, B 6 – 20/09).

3.6 DuMont Schauberg/Berliner Verlag

Das Bundeskartellamt hatte den Erwerb der alleinigen Kontrolle über den Berliner Verlag durch M. DuMont Schauberg im Vorprüfverfahren freigegeben, da eine marktbeherrschende Stellung der beteiligten Unternehmen auf den Berliner und Hamburger Lesermärkten für Abonnement- bzw. Straßenverkaufszeitungen bereits aufgrund der vorhandenen Marktstrukturen nicht in Betracht kam. Mit den Zeitungen der Verlagshäuser Holtzbrinck und Axel Springer sind auf den betroffenen Märkten Wettbewerber mit vergleichbaren bzw. stärkeren Marktanteilen vorhanden.

Darüber hinaus führte der Zusammenschluss auch nicht zu einer Verstärkung der vorhandenen Marktpositionen auf den betroffenen regionalen Märkten. Die Verbreitungsgebiete der betroffenen Zeitungen liegen in geographisch weit voneinander entfernten Regionen. Es bestehen auch keine sonstigen Verbindungen, die für eine etwaige Verstärkungswirkung sprechen könnten. Insbesondere gab es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die beiden Verlagshäuser bislang als potenzieller Wettbewerber des jeweils anderen Unternehmens angesehen werden konnten.

Aus diesen Gründen waren auch auf den betroffenen Anzeigenmärkten, dem Lesermarkt für Stadtilustrierte in Berlin sowie den Lesermärkten im Kölner Raum und im südlichen Sachsen-Anhalt keine wettbewerbslich nachteiligen Auswirkungen zu erwarten (vgl. Fallbericht vom März 2009, B 6 – 15/09).

3.7 Verlagsgesellschaft Madsack/Verschiedene Springer-Beteiligungen

Das Vorhaben der Madsack GmbH & Co. KG verschiedene Beteiligungen der Axel Springer AG an Verlagen regionaler Tageszeitungen zu erwerben, konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Zusammenschlussvorhaben umfasste den Erwerb von 44,9 % der Anteile an der Leipziger Verlags- und Druckerei; von 49 % der Anteile an der Lübecker Nachrichten; von jeweils 24,5 % der Anteile an der Kieler Zeitung Verlags- und Druckerei sowie von 23 % der Anteile an der Hanseatischen Verlags-Beteiligungs AG. Maßgeblich betroffen von dem Vorhaben waren Leser- und Anzeigenmärkte in Sachsen und Sachsen-Anhalt, in Mecklenburg-Vorpommern, in Schleswig-Holstein sowie in Hamburg und dem südlichen Umland von Hamburg. Auf keinem dieser Märkte ließ der Zusammenschluss die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten.

Die Verlagsgesellschaft Madsack beabsichtigte, weitere 28 % der Anteile der Hanseatischen Verlags-Beteiligungs AG und damit die Mehrheit zu erwerben. Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben im Vorprüfverfahren freigegeben, da die Verschlechterungen auf dem Anzeigenmarkt im östlichen Teil des Kreises Segeberg und evtl. auf einem Lesermarkt im östlichen Teil des Kreises Segeberg durch Verbesserungen auf dem von Tageszeitungen und Anzeigenblättern der Axel Springer AG beherrschten Anzeigenmarkt in Hamburg aufgewogen werden (vgl. Fallbericht vom April 2009, B 6 – 25/09 sowie B 6 – 56/09).

3.8 Rhein-Neckar-Zeitung/Ebersbacher Zeitung

Der Erwerb der Ebersbacher Zeitung durch die Herausgeber der benachbarten Rhein-Neckar-Zeitung erfüllte die Anforderungen der Sanierungsfusion und konnte daher im Vorprüfverfahren nach umfangreichen Ermittlungen freigegeben werden. Bei den Anforderungen an eine Sanierungsfusion, wird das Kriterium eines vollständigen Übergangs der Marktstellung des sanierungsbedürftigen Unternehmens auf den Erwerber, im Einklang mit der Empfehlung der Monopolkommission (vgl. Sondergutachten der Monopolkommission zur Pressefusionskontrolle aus dem Jahre 2004 (S. 50 f., Rdnr. 137 ff.), weniger restriktiv angewandt. Im entschiedenen Fall wäre ohne den Zusammenschluss die Ebersbacher Zeitung vom Markt ausgeschieden. Einen wettbewerbslich weniger problematischen Erwerbsinteressenten gab es nicht und die Marktposition dieser Zeitung wäre voraussichtlich auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen auf den Erwerber übergegangen (vgl. Fallbericht vom 10. September 2009, B 6-67/09).

4. Auswirkungen des Internet

Die Fallpraxis des Bundeskartellamtes zeigt, dass das geltende Kartellrecht auch vor dem Hintergrund der neuen Rahmenbedingungen im Medienbereich – gerade bei Nachbarschafts- und Sanierungsfusionen – hinreichend

flexibel ist, um in jedem Einzelfall die ganz konkreten Zusammenhänge umfassend zu berücksichtigen.

Das Bundeskartellamt berücksichtigt generell bei der Ermittlung und Bewertung des jeweils zu Grunde liegenden Sachverhalts die aktuellen Marktentwicklungen, insbesondere den Strukturwandel durch das Internet.

Die Frage nach der Rolle des Internets stellt sich z. B. in dem für Zeitungen bedeutsamen Bereich des Anzeigengeschäfts. Auf der Grundlage der Marktermittlungen des Bundeskartellamtes gibt es deutliche Hinweise, dass vor allem im Bereich der Klein- und Rubrikanzeigen bereits Überschneidungen zwischen Tageszeitungen, Anzeigenblättern und deren Internetpräsenzen einerseits sowie spezialisierten Internetportalen andererseits bestehen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf legt hier allerdings einen deutlich strengeren Maßstab an, und betrachtet das Internet lediglich als schwachen Substitutionswettbewerb (S. 94 f.).

II. Pressegrosso, Nachrichtenagenturen

1. Pressegrosso

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Kontrolle über die Presse-Vertrieb Pfalz GmbH & Co. KG durch Roth + Horsch Pressevertrieb GmbH & Co. KG im Hauptprüfverfahren freigegeben. An dem zusammengeschlossenen Unternehmen sind wie zuvor an der Presse-Vertrieb Pfalz zehn Verlage beteiligt, jedoch nur noch zusammen mit einem Minderheitsanteil. Dazu gehören die Verlage Axel Springer, Heinrich Bauer, Gruner + Jahr, Burda und Westdeutsche Allgemeine Zeitung (WAZ). Das Vorhaben betrifft die Märkte des Pressegrosso im südlichen Hessen mit den Städten Darmstadt und Offenbach, in Rheinland-Pfalz mit den Städten Kaiserslautern und Worms sowie im nördlichen Baden-Württemberg mit der Stadt Mannheim. Der Pressegroßhandel bezieht Zeitungen und Zeitschriften von den Verlagen und liefert diese an den Einzelhandel. Die Pressegrossisten haben in ihrem Vertriebsgebiet in der Regel das ausschließliche Vertriebsrecht für die Presseprodukte der einzelnen Verlage. Grundlage des Grossosystems in Deutschland ist die Neutralität des Pressegroßhandels gegenüber allen Verlagen und allen Presseprodukten. Der Zusammenschluss eines Grossisten ohne Verlagsbeteiligung (Roth+Horsch) mit einem Grossisten mit Verlagsbeteiligung (Presse-Vertrieb Pfalz) zu einem Grossisten, an dem die Verlage wieder beteiligt sind, hat beim Bundesverband Presse-Grosso die Befürchtung ausgelöst, die Neutralität des Pressegrosso könnte gefährdet sein. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergaben keine Gründe für eine Untersagung des Zusammenschlusses. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung war weder auf den betroffenen Märkten des Pressegrosso noch auf Zeitungs- und Zeitschriftenmärkten zu erwarten. Die großen Verlage, insbesondere Axel Springer und Heinrich Bauer, verfügen wegen der Bedeutung ihrer Presseprodukte zwar über eine starke Marktstellung gegenüber dem Pressegrosso insgesamt sowie den einzelnen Grossisten, der Zusammenschluss von Roth+Horsch und Presse-Vertrieb

Pfalz verändert die Marktstellung dieser Verlage jedoch nicht. Die Freigabe des Zusammenschlusses ist noch nicht rechtskräftig (vgl. Fallbericht vom 30. März 2010, B 6 – 98/09).

2. Nachrichtenagenturen

Das Bundeskartellamt hat das Entflechtungsverfahren wegen des Zusammenschlusses ddp Deutscher Depeschendienst und Associated Press GmbH eingestellt, da die Umsatzschwellen, die für die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle erforderlich sind, nicht erreicht wurden. Im Rahmen des Verfahrens war über den Anwendungsbereich der Presserechenklausel des § 38 Absatz 3 zu entscheiden.

Das Bundeskartellamt wendet die Presserechenklausel auch auf Nachrichtenagenturen an. Zielsetzung der Presserechenklausel ist der Schutz der Meinungsvielfalt. Für die Meinungsvielfalt ist nicht nur die Vielfalt der Presseverlage von Bedeutung, sondern auch der Pluralismus der Quellen, welche die Zeitungen nutzen. Diese Quellen sind vor allem die Nachrichtenagenturen, ohne die eine Zeitung, welche den Anspruch hat, alle Themenbereiche von Politik, Wirtschaft, Kultur, Sport, usw. sowohl weltweit als auch national und regional abzudecken, nicht denkbar ist. Die Beschaffungsebene ist ausschlaggebend für die inhaltliche Vielfalt, welche die Presse anbieten kann. Unternehmenskonzentrationen auf der Ebene der Nachrichtenagenturen haben aus diesem Grund ebenso großen Einfluss auf den Pluralismus im Pressebereich wie Unternehmenszusammenschlüsse von Zeitungsverlagen (vgl. Fallbericht vom 22. Juli 2010, B 6 – 48/10).

III. Bücher

1. Nachschlagewerke

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile der F.A. Brockhaus GmbH durch die Wissenmedia GmbH, einer Tochtergesellschaft der Bertelsmann AG, im Hauptprüfverfahren freigegeben. Der Zusammenschluss betrifft die Märkte für Universallexika, Themenlexika, Themensachbücher sowie Kinder- und Jugendbücher, jeweils in deutscher Sprache. Die Märkte für Universallexika und Themenlexika sind – wie sich im Verlauf der Prüfung herausgestellt hat – Bagatellmärkte und unterliegen deshalb nicht der deutschen Fusionskontrolle. Auf den übrigen Buchmärkten war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten.

Für den Verbraucher sind Universallexika und Themenlexika nicht gegeneinander austauschbar, da Universallexika umfassend den aktuellen Wissensstand über alle Wissensgebiete darstellen, Themenlexika nur den Wissensstand einzelner Wissensbereiche. Die Angebotsumstellungsflexibilität von Verlagen, die nur Themenlexika herausgeben, ist im Hinblick auf Universallexika gering, da der Erwerb der erforderlichen Substanzen über alle Wissensgebiete mit hohen Kosten und einem großen zeitlichen Aufwand verbunden ist. Brockhaus und Bertelsmann haben bei deutschsprachigen Universallexika und

Themenlexika eine herausragende Marktstellung. Wegen starker Umsatzrückgänge in den vergangenen Jahren sind die Märkte für Universallexika und für Themenlexika in Deutschland inzwischen Bagatellmärkte mit einem Marktvolumen von jeweils weniger als 15 Mio. Euro.

Diese Entwicklung ist zurückzuführen auf einen strukturellen Wandel im Verbraucherverhalten und auf eine wachsende Bedeutung von zum Teil unentgeltlichen Nachschlagewerken im Internet und einer damit verbundenen höheren Preissensitivität der Verbraucher.

2. Hörbücher

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Kontrolle über die DHV – Der Hörverlag GmbH (Hörverlag) durch die Random House GmbH, einem Tochterunternehmen der Bertelsmann AG, im Vorprüfverfahren freigegeben. Der Hörverlag ist ein 1993 gegründetes Gemeinschaftsunternehmen mehrerer Verlage. Der Zusammenschluss betraf den deutschen Markt für Hörbücher, der wie der Markt für gedruckte Bücher wegen der verschiedenen Nachfrager-Gruppen mit unterschiedlichen Interessen in die Teilmärkte Hörbücher für Erwachsene und Hörbücher für Kinder und Jugendliche abzugrenzen ist. Die Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG hatte 2002 beabsichtigt, ihre mittelbare Beteiligung am Hörverlag auf 31,5 % zu erhöhen und einen mitkontrollierenden Einfluss zu erwerben. Das Vorhaben wurde aufgegeben, nachdem das Bundeskartellamt angekündigt hatte, dieses zu untersagen (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 186). Die Verhältnisse auf dem deutschen Hörbuchmarkt haben sich 2009 gegenüber 2002 erheblich gewandelt. Die Marktanteile des Hörverlags sind stark zurückgegangen. Auch im Hinblick auf Titelrechte und den Vertrieb war der Erwerb des Hörverlags durch Random House wettbewerblich unbedenklich. Random House erwirbt zwar mit dem Hörverlag attraktive Titelrechte und ein beim Handel gut eingeführtes Label, verbessert aber den Zugang zum Beschaffungsmarkt für neue Titelrechte und zum Absatzmarkt nicht wesentlich. Der Hörverlag hat nach der Übernahme durch Random House nicht mehr das Erstzugriffsrecht auf die Titelrechte der bisherigen Gesellschafter. Weiter laufen die befristet erteilten Lizenzen der bisherigen Gesellschaften in absehbarer Zeit aus. Mit dem Erwerb des Hörverlags konnte Random House daher keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

IV. Außenwerbung

Das Bundeskartellamt hat den Erwerb der Kontrolle über die Wall AG durch die JCDecaux Deutschland GmbH im Vorprüfverfahren freigegeben. Der Zusammenschluss betrifft die regionalen Märkte für Außenwerbung in den Städten Hamburg, Köln und Stuttgart. Außenwerbung sind jene Werbeformen, die den sich im öffentlichen Raum bewegend Menschen ohne besondere Zutrittsbarriere zugänglich und im Vorübergehen oder Vorbeifahren kurz wahrzunehmen sind. Im Zuge der Ermittlungen zeigte sich, dass einige der Wettbewerbsprobleme, die in der 2007 durchgeführten Sektoruntersuchung (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 143 ff.) identifiziert wurden, abge-

baut werden konnten. Auf keinem der betroffenen regionalen Außenwerbemarkte war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von JCDecaux oder marktbeherrschender Duopole von JCDecaux und der Ströer Out of Home Media AG, dem größten Anbieter auf dem deutschen Außenwerbemarkt, zu befürchten. Dies stellte sich 2007 noch anders dar, als die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch JCDecaux und Wall zur Vermarktung der Außenwerbeflächen beider Unternehmen wegen der Verstärkung kollektiv marktbeherrschender Stellungen von Ströer und JCDecaux auf den Außenwerbemarkten in Köln und Hamburg auf Bedenken des Bundeskartellamtes stieß und daraufhin nicht weiter verfolgt wurde. Die inzwischen veränderte Marktstruktur ist nicht zuletzt eine Folge der Sektoruntersuchung 2007 und der daraus gezogenen Konsequenzen. Auf den regionalen Märkten in Hamburg, Köln und Stuttgart konnte Binnenwettbewerb innerhalb des Duopols festgestellt werden. Weiter sind die Duopole zunehmendem Außenwettbewerb durch die Deutsche Telekom AG ausgesetzt, die 2007 als neuer Wettbewerber in den Markt eingetreten ist (vgl. Fallbericht vom 26. März 2010, B 6 – 129/09).

V. Fernsehen, Video on Demand

Im Anschluss an eine Verweisungsentscheidung der Europäischen Kommission hat das Bundeskartellamt das Vorhaben von RTL interactive und ProSiebenSat.1, ein gemeinsam kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Video on Demand zu gründen, untersagt.

Über die Plattform sollten senderübergreifend professionell erstellte Inhalte verbreitet werden, die bereits zuvor im Fernsehen gesendet wurden. Die Inhalte sollten für einen Zeitraum von 7 Tagen nach der Fernseh-Ausstrahlung kostenfrei bereitstehen. Drittsender sollten die Möglichkeit behalten, ihre Inhalte auch beliebigen anderen Plattformen zur Verfügung zu stellen. Die Leistungen der Plattform sollten den Auftraggebern hauptsächlich über nutzungsabhängige Entgelte in Rechnung gestellt werden.

Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass das Vorhaben zur Verstärkung der nach wie vor bestehenden duopolistischen Marktbeherrschung der RTL- und der ProSiebenSat.1-Gruppe auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt führen würde, da insbesondere bedeutsame Parameter im Bereich der Video-On-Demand-Werbung koordiniert würden. Der hiervon ausgehende Substitutionswettbewerb würde dadurch beschränkt. Ferner verstößen die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und einzelne damit in Zusammenhang stehende Vereinbarungen gegen §§ 1, 2 bzw. Artikel 101 AEUV und erfüllen nicht die Freistellungsvoraussetzungen. Die Beteiligten hatten Vorschläge für Nebenbestimmungen bzw. Zusagen vorgelegt, die jedoch nicht geeignet waren, die Bedenken auszuräumen. Die Untersagung ist sowohl auf die Fusionskontrolle, als auch auf das Kartellverbot in einer einheitlichen Entscheidung gestützt worden. Die Entscheidung war zum Berichtszeitpunkt noch nicht bestandskräftig.

D. Sonstige Dienstleistungen

Fahrzeugüberwachung

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum mit Fahrzeugüberwachern Gespräche über die geplante Gründung des „Vereins für Qualitätsmanagement in der Fahrzeugüberwachung“ (QM-Verein) geführt. Der QM-Verein hat den Zweck, die Qualität der Fahrzeugüberwachung zu verbessern, indem die Mitglieder die von den einzelnen Fahrzeugüberwachern durchgeführten Fahrzeugprüfungen wechselseitig im Rahmen von stichprobenartig vorgenommenen Kontrollen überprüfen. Das Bundeskartellamt hat die beteiligten Fahrzeugüberwacher darauf hingewiesen, dass sich die Zusammenarbeit der einzelnen Fahrzeugüberwacher im Rahmen des QM-Vereins im Grundsatz als kartellrechtlich problematisch darstellt. Mitglieder des QM-Vereins sind nahezu alle namhafte Wettbewerber im Bereich der Fahrzeugüberwachung. Zudem betrifft die Tätigkeit des QM-Vereins mit der Qualitätssicherung einen wesentlichen wettbewerblichen Aktionsparameter in einem ansonsten sehr stark durch regulatorische Vorgaben geprägten Bereich. Allerdings sind auch unter diesen Voraussetzungen Kooperationen von Wettbewerbern nicht per se gemäß § 1 kartellrechtlich unzulässig. Bei der Ausübung des Ermessens, keine kartellbehördlichen Maßnahmen gegen die Gründung des QM-Vereins zu ergreifen, hat das Bundeskartellamt insbesondere berücksichtigt, dass die Beteiligten die ursprünglich vorgelegte Satzung des QM-Vereins im Verlauf des Verfahrens in wesentlichen Punkten geändert haben. Dies betraf insbesondere den Punkt, dass der QM-Verein in der ursprünglich vorgesehenen Form nicht nur die Einhaltung bestehender Qualitätsstandards überwachen, sondern auch selbst verbindliche Qualitätsstandards für die Vereinsmitglieder setzen sollte. Das Setzen neuer verbindlicher Qualitätsstandards hätte zu einer Einschränkung des wettbewerblichen Handlungsspielraums der einzelnen Vereinsmitglieder im Bereich des Qualitätswettbewerbs geführt. Kartellrechtlich problematisch war zudem die Tatsache, dass der QM-Verein in der ursprünglich vorgesehenen Form auch die Möglichkeit gehabt hätte, Mitglieder bei der Nichtbeachtung der Anforderungen an die Prüfqualität bzw. Qualitätssicherung mit vereinsrechtlichen Sanktionen zu belegen.

Teil III: Übergreifende Berichte

A. Gesundheit

I. Gesundheitswesen

1. Zusammenschlussvorhaben Krankenhäuser

Im Bereich der Krankenhäuser hat sich der Konzentrationsprozess im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum weiter abgeschwächt. Angemeldet wurden beim Bundeskartellamt über 20 Zusammenschlussvorhaben. Im Fall Gesundheit Holding Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner wurde ein Hauptprüfverfahren eingeleitet, das zu einer Untersagungsentscheidung führte. Die Untersagung ist vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt worden, die Ent-

scheidung ist noch nicht rechtskräftig. Alle weiteren Fälle konnten im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Entflechtungsverfahren wegen der Beteiligung des Universitätsklinikums Tübingen an der Zollernalb Klinikum gGmbH (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 149) wurde nach Rückabwicklung des Erwerbs eingestellt.

Die Ermittlungen wurden im Berichtszeitraum dadurch verfeinert, dass seitdem bei den Krankenhäusern in der vom Zusammenschluss betroffenen Region verschiedene fallbezogene Daten mit einem IT-Auswertungsprogramm abgefragt werden, nämlich das Institutionenkennzeichen, die abgerechnete diagnosebezogene Fallgruppe (Diagnose Related Group-DRG), die Postleitzahl des Wohnortes des Patienten, die aufnehmende Fachabteilung, der Aufnahmearbeit und die Höhe der Fallpauschale (effektives Entgelt). Diese Daten sind in den EDV-Systemen der Krankenhäuser vorhanden und werden von ihnen einmal jährlich mit weiteren Daten nach den Regelungen des Krankenhausentgeltgesetzes (KHEntG) an die DRG-Datenstelle (Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus – InEK) gemeldet. Da die Filterung dieses Datensatzes gerade für die kleineren Krankenhäuser ohne EDV-Abteilung einen besonderen Mehraufwand bedeutet, hat das Bundeskartellamt zur Minimierung des Aufwands für die befragten Krankenhäuser in einem ersten Schritt ein Auswertungsprogramm entwickelt, mit dessen Hilfe die angeforderte Falldatei selbst generiert werden kann. Das Bundeskartellamt hat auch zur Reduzierung der Bearbeitungszeit für Zusammenschlussvorhaben versucht, die für die Prüfung relevanten Daten unmittelbar von der InEK zu erhalten. 2009 hatte der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt aus Gründen des Bürokratieabbaus mit einer Änderung des KHEntG direkte Anfragen an die InEK ermöglicht, um Einzelabfragen bei Krankenhäusern entbehrlich zu machen (§ 21 Absatz 3 Satz 9 KHEntG; vgl. Bundesratsdrucksache 31/09 vom 23. Januar 2009, S. 14, BGBl. 2009 Teil 1 Nr. 15 vom 24. März 2009, S. 534). Gleichwohl hat die InEK die Übermittlung fallbezogener Daten bislang unter Hinweis darauf abgelehnt, dass nach dem Gesetzeswortlaut nur Auswertungen, nicht aber Einzeldaten übermittelt werden dürften. Die mit der Neuregelung des Krankenhausentgeltgesetzes vom Gesetzgeber beabsichtigte Vereinfachung ist daher bislang nicht eingetreten.

Mit der Untersagung im Fall Gesundheit Nordhessen hat das Bundeskartellamt zum zweiten Mal einen Zusammenschluss zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Krankenhausträgern verboten. Bei der sachlichen Markt-abgrenzung folgte das Bundeskartellamt seiner höchstrichterlich bestätigten Praxis, einen einheitlichen Markt für akut-stationäre Krankenhausdienstleistungen zu betrachten, dem Allgemein- und Fachkrankenhäuser, nicht aber Rehabilitations- und Pflegeeinrichtungen zuzurechnen sind. In räumlicher Hinsicht wurde aufgrund des tatsächlich festgestellten Patientenverhaltens der Werra-Meißner-Kreis aus den Postleitzahlbereichen um Witzenhausen und Eschwege als relevanter Markt abgegrenzt. Der Zusammenschluss hätte zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Gesundheitsholding Werra-Meißner geführt, deren Marktanteile sich auf über 60 %

mit einem bedeutenden Abstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern erhöht hätten. Zusammen mit der Gesundheit Nordhessen Holding (Klinikum Kassel) wäre die Breite des Versorgungsangebots gewachsen und das neue Unternehmen den übrigen Anbietern weit überlegen gewesen. Die Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig; es wurde Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.

Als Erwerber traten im Berichtszeitraum neben den großen privaten Klinikketten, wie Asklepios, Rhön, Helios und Sana verstärkt freigemeinnützige Träger auf. Diese erwarben kleinere Häuser, die von ihren bisherigen Trägern nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden konnten, um sie zu sanieren. Solche Vorhaben fallen oft nicht unter die Fusionskontrolle, weil die im freigemeinnützigen Bereich tätigen Träger, wie kirchliche Orden oder gemeinnützige Vereine, die Umsatzschwellen der Fusionskontrolle von 500 Mio. Euro nicht erreichen.

Fusionsrechtlich relevante Konzernbeziehungen wurden aber bei Agaplesion festgestellt, einer dem Diakonischen Werk der freien evangelischen Kirchen in Deutschland angeschlossenen gemeinnützigen Aktiengesellschaft. Die Mehrheit der Aktien liegt bei vier Vereinen und Stiftungen der Diakonie, die über weitgehend einheitlich besetzte Organe verfügen und als Gleichordnungskonzern anzusehen sind. Die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen mit mehreren Unternehmen führten zu einer Zurechnung von Umsätzen, so dass die 500 Mio. Euro-Schwelle des § 35 Absatz 1 Nummer 1 überschritten wurde.

Das Bundeskartellamt hat die geplanten Übernahmen des Elisabeth-Krankenhauses in Trier, des Hessischen Diakonievereins sowie der Diakonie-Kliniken Kassel durch Agaplesion freigegeben. In Trier ergaben sich mangels Überschneidungen keine wettbewerblichen Bedenken. Auch die Übernahme des Hessischen Diakonievereins mit vier kleineren Krankenhäusern in der Pfalz und Südhessen war angesichts großer und nahe gelegener Wettbewerbs-Krankenhäuser (z. B. Uni-Klinik Mainz, Klinikum Darmstadt, Klinikum Mannheim) unbedenklich. Bei der Prüfung des Erwerbs der Diakonie-Kliniken Kassel wurde berücksichtigt, dass Agaplesion über eine mittelbare Tochtergesellschaft die Geschäftsführung der Gesundheitsholding Werra-Meißner mit den Krankenhäusern in Witzelhausen und Eschwege übernommen hat, welche nach den Feststellungen im Verfahren Gesundheit Nordhessen Holding/Gesundheitsholding Werra-Meißner bei den Krankenhausdienstleistungen im Werra-Meißner-Kreis über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Diese Stellung konnte Agaplesion aber mangels gesellschaftsrechtlich vermittelter Beherrschung über die Gesundheitsholding Werra-Meißner nicht zugerechnet werden. Ferner war auszuschließen, dass der Zusammenschluss zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eines Dritten, nämlich der der Gesundheitsholding Werra-Meißner, führt. Hierzu hätte Agaplesion über seine mittelbare Tochtergesellschaft in fusionskontrollrechtlich erheblicher Weise an der Ge-

sundheitsholding Werra-Meißner beteiligt sein müssen, was aber nicht der Fall war.

2. Gesetzliche Krankenversicherungen

2.1 Entwicklung des gesetzlichen Rahmens – Wettbewerbsanreize im System des Gesundheitsfonds

Die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen wurde in Folge des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, GKV-WSG) zum 1. Januar 2009 in den Gesundheitsfonds überführt. Der beim Bundesversicherungsamt als Sondervermögen eingerichtete Fonds zieht einkommensabhängige Beiträge bei den Mitgliedern ein und weist den einzelnen Kassen an der Versichertenzahl und an der Risikostruktur bemessene Gelder zu. Ein morbiditätsorientierter Risikostrukturausgleich soll die bisher verbreitete Risikoselektion effektiver beschränken.

Da die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds im Übrigen pauschaliert werden, erwirtschaften manche Kassen Überschüsse; andere Krankenkassen können hingegen ihren Finanzbedarf nicht allein aus den Zuweisungen des Gesundheitsfonds decken. Erstere können ihren Mitgliedern einen Teil der Beiträge über Prämien wieder auszahlen, letztere müssen Zusatzbeiträge erheben (§ 242 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – SGB V). Diese Differenzierung hat der Gesetzgeber gezielt als Wettbewerbsanreiz eingesetzt.

Die Zusatzbeiträge dürfen ein Prozent des beitragspflichtigen Einkommens eines Mitgliedes nicht überschreiten. Durch diese Überforderungsklausel ist der maximalen Finanzausstattung einer gesetzlichen Krankenkasse eine Schranke gesetzt worden; einer Kasse, die mehr Gelder benötigt, droht die Insolvenz. Eine Qualitätsdifferenzierung, die sich in höheren Preisen widerspiegeln könnte, wird durch die Klausel erschwert. Für die gesetzlichen Krankenkassen bleibt es vor allem interessant, einkommensstarke Mitglieder als Kunden anzuwerben.

2.2 Fusionskontrolle

Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt in den letzten beiden Jahren knapp 30 Fusionen von gesetzlichen Krankenkassen geprüft. Zumeist handelte es sich um Zusammenschlüsse kleinerer Krankenkassen, die aus wettbewerblicher Sicht unbedenklich waren. Die Marktanteile lagen auf der Angebotsseite wie auf der Nachfrageseite unter zehn Prozent. Ende 2010 gab es noch ca. 160 gesetzliche Krankenkassen in Deutschland.

Einzelne Fusionen, insbesondere die der AOK Niedersachsen mit der IKK Niedersachsen, wurden einer intensiveren Prüfung unterzogen. Die Erfahrung aus dieser Prüfung zeigt, dass es in künftigen Fällen auf die Frage ankommt, ob durch Zusammenschlüsse regional starker gesetzlicher Krankenkassen insbesondere nachfrageseitig marktbeherrschende Einheiten entstehen oder verstärkt werden könnten.

Die Umsatzermittlung erfolgt auf der Basis der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds, jeweils korrigiert um Zusatzbeiträge und Auszahlungen nach § 242 SGB V. Das entspricht dem Vorgehen in der privaten Versicherungswirtschaft, in der das Prämienaufkommen als Umsatz gewertet wird.

Angebotsseitig wird der Markt für die gesetzliche Krankenversicherung vom Markt für die private Krankenversicherung und vom Markt für private Zusatzversicherungen abgegrenzt.

Räumlich geht das Bundeskartellamt angebotsseitig von bundesweiten Märkten aus. Die Mitglieder können als Versicherungsnehmer zwischen meist bundesweit tätigen gesetzlichen Krankenkassen wählen. Preis- und Leistungsniveau der Kassen unterscheiden sich regional nicht systematisch. Dagegen spricht auch nicht die Präsenz einzelner regional starker Kassen wie etwa der Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen).

Die Marktanteile werden auf der Basis der Mitgliederzahlen (einschließlich der mitversicherten Familienmitglieder) ermittelt. Die Orientierung an Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds könnte Marktanteile verzerren, da die Morbiditätsbereinigung der Zuweisungen nicht in Zusammenhang mit der Nachfrageentscheidung steht.

Der Umfang der versicherten Pflichtleistungen der gesetzlichen Krankenkassen wird in den Vorschriften des SGB V bestimmt. Die Versicherungsleistung wird in der Regel im Wege der Sachleistung erbracht. Die gesetzlichen Krankenkassen oder deren Verbände schließen zu diesem Zweck Versorgungsverträge mit Leistungserbringern oder deren Verbänden. Die gesetzlichen Krankenkassen sind also mittelbar Nachfrager, wenn sie Preise und Qualitäten mit den Leistungserbringern im Rahmen der sozialgesetzlichen Vorgaben vereinbaren.

Die Marktanteilsermittlung erfolgt nachfrageseitig auf der Basis von Umsatzzahlen unter Berücksichtigung von Umsätzen von Selbstzahlern, privat Krankenversicherten und sonstigen Kostenträgern (z. B. Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung). Hilfsweise können auch Versichertenzahlen herangezogen werden, wenn auf umfangreiche Marktbefragungen verzichtet werden soll. Hinsichtlich der meisten Teilmärkte erfolgt die räumliche Abgrenzung mit Ausnahmen (z. B. Arzneimittel) auf Bundeslandebene.

In Frage gestellt wurde im Berichtszeitraum, ob Fusionen von gesetzlichen Krankenkassen überhaupt der Fusionskontrolle des GWB unterliegen (z. B. LSG Hessen, Beschluss vom 1. Juni 2010, Aktenzeichen: L 1 KR 89/10, S. 5, sowie wortgleich LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. Juni 2010, Aktenzeichen: L 11 KR 199/10 KL, S. 17, mit fragwürdiger Argumentation). Das Bundeskartellamt hat immer wieder betont, dass es die vom Gesetzgeber im Rahmen der Einführung des § 171a SGB V in der Gesetzesbegründung ausdrücklich geäußerte Auffassung teilt, dass die wettbewerblichen Aspekte eines Zusammenschlusses von Krankenkassen selbstverständlich der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen (Bundestagsdrucksache

16/3100 vom 24. Oktober 2006, S. 156; vgl. auch Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 169 ff.).

Die Fusionskontrolle steht nicht in Konkurrenz zur sozialgesetzlichen Genehmigungspflicht. Das Bundeskartellamt ergänzt das am SGB V ausgerichtete Aufsichtsverfahren durch die Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb. Auf vergleichbare Weise kooperieren die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und das Bundeskartellamt bei Fusionen von privaten Krankenversicherungsunternehmen. Ein Verzicht auf die Fusionskontrolle, wie er zuweilen gefordert wird, würde die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Krankenkassen sowohl auf der Nachfrageseite als auch auf der Angebotsseite begünstigen. Die damit einhergehende Marktmacht stünde den gesetzgeberischen Wirtschaftlichkeitszielen entgegen.

2.3 Kartellverfolgung

Im Januar 2010 richteten neun gesetzliche Krankenkassen gemeinsam eine Pressekonferenz aus, auf der sie bekannt gaben, ob, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe sie die Einführung eines Zusatzbeitrages planten.

Das Bundeskartellamt hat gegen die an der Pressekonferenz beteiligten Krankenkassen ein Kartellverfahren wegen Verdachts auf eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung einer Preiserhöhung oder zumindest ein abgestimmtes Verhalten bei deren Ankündigung eröffnet. Nach der Einführung gleicher Versicherungsbeiträge und der Zuweisung der Mittel an die Krankenkassen durch den Gesundheitsfonds konnten Zusatzbeiträge erstmals im Jahr 2010 erhoben werden. Durch sie versprach sich der Gesetzgeber ein wettbewerbliches Differenzierungskriterium im Angebot an die Versicherten.

Von den meisten Krankenkassen wird die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes in Frage gestellt. Zum einen sei das Verhalten der Krankenkassen von sozialgesetzlichen Selbstverwaltungsrechten und Kooperationsgeboten gedeckt. Zum anderen werde durch den § 69 SGB V ein wettbewerbsrechtlicher Ausnahmereich geschaffen (vgl. LSG Hessen, Beschluss vom 1. Juni 2010, Aktenzeichen: L 1 KR 89/10 und LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. Juni 2010, Aktenzeichen: L 11 KR 199/10 KL).

Das Bundeskartellamt teilt diese Auffassungen nicht. Zunächst beschränkt sich der § 69 SGB V auf Vertragsbeziehungen von Krankenkassen und Leistungserbringern. Daneben finden die sozialgesetzlichen Selbstverwaltungsrechte und Kooperationsgebote dort ihre Grenzen, wo der Gesetzgeber mit der Einführung von wettbewerblichen Handlungsspielräumen bewusst auf Kooperation verzichten bzw. diese zurückdrängen wollte.

Vor dem Hintergrund der jüngsten Reformen der gesetzlichen Krankenversicherung (S. 20 f.) erfolgte eine Neubewertung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Der Gerichtshof der Europäischen Union hatte in der Vergangenheit Kriterien aufgestellt,

anhand derer jeweils im Einzelfall geprüft wurde, ob Träger von Sozialversicherungen als Unternehmen anzusehen seien und eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten. In der notwendigen Gesamtschau der Umstände ist das Bundeskartellamt – im Gegensatz zu einer zwischenzeitlich vom Bundessozialgericht getroffenen Entscheidung (vgl. Beschlüsse vom 28. September 2010, Aktenzeichen: B 1 SF 3/10 R und B 1 SF 1/10 R) – zu dem Ergebnis gekommen, dass die gesetzlichen Krankenkassen nach heutiger Rechtslage auch unter Anwendung der Kriterien des Gerichtshofes als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren seien. Die vom Bundeskartellamt in den eröffneten Kartellverfahren erlassenen Auskunftsbeschlüsse wurden vor Landessozialgerichten wegen Verletzung der Selbstverwaltungsrechte der Krankenkassen angefochten. Nachdem zunächst der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit vom Bundessozialgericht bestätigt wurde, stehen die Entscheidungen der Landessozialgerichte zur Rechtmäßigkeit der Auskunftsbeschlüsse aus.

Das Bundeskartellamt hat es stets als problematisch erachtet, dass die Rechtswegezuweisung zu den Sozialgerichten künftig eine unterschiedliche Auslegung des GWB mit sich bringen und dadurch ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit verursachen dürfte.

Die Entwicklung der Kartellverfahren zeigt, dass die Parallelität von Selbstverwaltungsrechten und Kooperationsgeboten einerseits und wettbewerblichen Handlungsspielräumen im Sozialrecht andererseits ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich gebracht hat. Eine eindeutige Abgrenzung derjenigen Bereiche ist erforderlich, in denen Wettbewerb für eine effiziente Versorgung sorgen und damit auch das Wettbewerbsrecht gelten soll.

Durch das AMNOG wurde zum 1. Januar 2011 die Anwendbarkeit des Kartellverbotes auf die Leistungsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern klargestellt und im Übrigen der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten angeordnet (vgl. S. 20 f.).

3. Apotheken

Nach der Zulassung des Versandhandels mit Arzneimitteln haben inzwischen viele Apotheker eine Versandhandelserlaubnis beantragt, um mit Versand- und Internetapotheken weitere Kundenkreise zu erschließen. Dadurch ist der Apothekenmarkt in wettbewerblicher Sicht insgesamt in Bewegung gekommen. Mittlerweile haben sich einige reine Versandapotheken entwickelt, die z. T. aus dem EU-Ausland Arzneimittel bundesweit in Deutschland anbieten. Während die im Inland ansässigen Versandapotheken dem Rabatt- und Werbeverbot der Arzneimittelpreisverordnung für verschreibungspflichtige Arzneimittel unterliegen, gilt dies nach einem Urteil des Bundessozialgerichts vom 17. Dezember 2009 (Aktenzeichen: B 3 KR 14/08 R) nicht für Versandapotheken mit Sitz im EU-Ausland. Sie können Kassenpatienten eine teilweise Erstattung ihrer Zuzahlungsbeträge und zuzah-

lungsbefreiten Kassenpatienten sowie Privatpatienten einen Bonus anbieten. Der Bundesgerichtshof hat mittlerweile die Geltung des Rabattverbots für inländische Versandapotheken mit Urteil vom 9. September 2010 bestätigt und dahingehend konkretisiert, dass nur kleinere Zugaben als Ausdruck allgemeiner Kundenfreundlichkeit zulässig sind, diese Grenze aber bei einem Betrag von fünf Euro bereits überschritten ist (Aktenzeichen: I ZR 193/07). Anders als das Bundessozialgericht möchte der Bundesgerichtshof dies auch auf die EU-Versandapotheken erstrecken und hat die Frage daher dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgelegt (Aktenzeichen: I ZR 72/08).

3.1 Fusionskontrolle Versandapotheken

Im Berichtszeitraum vom Bundeskartellamt eingehend geprüft wurde das Vorhaben der Unternehmen Medco und Celesio, ihre in den Niederlanden ansässigen Versandapotheken DocMorris und EuropaApotheek in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenzulegen. Das Bundeskartellamt stellte zahlreiche Anhaltspunkte für einen eigenständigen sachlich relevanten Sortimentsmarkt für den Einzelhandel mit verschreibungspflichtigen Humanarzneimitteln fest, konnte dies aber – wie die räumliche Marktabgrenzung – letztlich offen lassen, weil ein solcher Markt jedenfalls nicht weiter nach Vertriebswegen zu unterteilen wäre. Der stationäre Apothekenhandel stellt aus Sicht der Nachfrager eine wirtschaftlich sinnvolle Bezugsalternative zum Versandhandel dar. Diese Austauschbarkeit wurde durch die teilweise Gewährung von Bonuszahlungen oder Erstattungen der Zuzahlungsbeträge durch Versandapotheken mit Sitz im EU-Ausland nicht beseitigt, weil es sich dabei um eine Art Gegenleistung der Versandapotheken handelt, um die Nachteile des Versandweges bei verschreibungspflichtigen Medikamenten auszugleichen. Der Zusammenschluss führte zu addierten Marktanteilen von weit unter fünf Prozent beim Einzelhandel mit verschreibungspflichtigen Medikamenten, wobei sich die Beteiligten dem Wettbewerbsdruck der zahlreichen stationären Apotheken gegenübersehen (z. T. in Einkaufsgemeinschaften). Auch im Segment der Versandapotheken bleiben starke Wettbewerber bestehen, wie etwa die zum Schlecker-Konzern gehörende Versandapotheke Vitalsana. Soweit die Versandapotheken im Rahmen eines Angebots an Krankenkassen zur Kosteneinsparung bei chronisch Kranken eingesetzt werden sollen, waren keine so bedeutenden Kundenzuwächse zu erwarten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung zu prognostizieren gewesen wäre. Vielmehr existierten bereits zahlreiche derartige Programme der Krankenkassen mit stationären Apotheken und Ärzten. Auch bei den nichtverschreibungspflichtigen Arzneimitteln ergaben sich angesichts von gemeinsamen Marktanteilen von unter 15 % und in Anbetracht zahlreicher namhafter Wettbewerber keine Bedenken. Das Vorhaben wurde daher im Vorprüfverfahren freigegeben (vgl. Fallbericht vom 15. September 2010, B 3-59/10).

Zuvor hatte die EuropaApotheek bereits die Internet-Apotheke der Fortuna-Apotheke erworben. Dieses Vorha-

ben war ebenfalls angesichts starker Wettbewerber im Vorprüfverfahren freigegeben worden.

3.2 Kartellverfolgung – Gemeinsame Preiswerbung

Gemeinsame Preiswerbung ist ebenfalls ein neues Element des Marktverhaltens von Apotheken. Nachdem das Bundeskartellamt seine Grundsätze über die Ausübung des Aufgreifermessens in Bezug auf die gemeinsame Preiswerbung von Apotheken bekannt gemacht hatte (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 126), hat es mehrere Beschwerden über gemeinsame Apothekenwerbung wegen Verstößen gegen § 1 erhalten. Während die meisten Fälle in die Zuständigkeit der jeweiligen Landeskartellbehörde fielen, führte die gemeinsame Preiswerbung der im Raum Aschaffenburg ansässigen, zur A-Plus-Apothekenkooperation gehörenden Apotheken zu Auswirkungen in Hessen und Bayern. Bei der Prüfung stellte sich heraus, dass die vom Bundeskartellamt aufgestellten Kriterien von den Aschaffener Apothekern nicht eingehalten worden waren. Es wurde erreicht, dass die gemeinsame Werbung zunächst eingestellt wird, bis die Werbeaktionen an die Aufgreifkriterien des Bundeskartellamtes angepasst worden sind.

4. Zusammenschlussvorhaben Medizinische Labordiagnostik

Bei den medizinischen Laboren hat sich der Konzentrationsprozess auch im Berichtszeitraum fortgesetzt. Zahlreiche Zusammenschlüsse waren aber im Hinblick auf die Umsatzschwellen des § 35 nicht anmeldepflichtig, weil bislang unabhängige kleine oder mittelgroße Anbieter erworben wurden.

Die sich ändernden Marktstrukturen im Bereich der medizinischen Labordiagnostik wurden erstmals im Verfahren Sonic Healthcare/Labor Lademannbogen eingehend in einem Hauptprüfverfahren untersucht. Traditionell waren Labore in einem räumlich beschränkten Umkreis um den eigenen Standort herum tätig. Während manche Labore alle gängigen Untersuchungsparameter anbieten und dabei versuchen, einige der zahlreichen weniger bedeutenden Untersuchungsparameter ebenfalls anzubieten, spezialisieren sich andere Labore auf bestimmte Typen von Untersuchungen. In den letzten Jahren haben sich eine Reihe von Laborketten bzw. Laborverbünden etabliert, die überregional tätig sind. Einige Facharztgruppen, die keine Labor-Fachärzte, aber in bestimmtem Umfang dazu berechtigt sind, auch Spezialuntersuchungen aus ihrem Fachgebiet zu erbringen und abzurechnen, bieten diese Untersuchungen auch anderen Fachärzten desselben Spezialgebiets an und treten somit in Konkurrenz zu den anderen Laboren. Auch Krankenhauslabore treten zunehmend gegenüber niedergelassenen Ärzten als Wettbewerber zu den traditionellen medizinischen Laboren auf.

Die Ermittlungen ergaben, dass der Markt für ambulante humanmedizinische Labordienstleistungen sowohl die

allgemeinen als auch die speziellen Laborleistungen umfasst, die von laborfachärztlichen Praxen, medizinischen Versorgungszentren oder Krankenhauslaboren gegenüber niedergelassenen Ärzten oder anderen Einsendern, wie z. B. Krankenhäusern, erbracht werden. Nicht zum sachlich relevanten Markt zählen Leistungen, die von den behandelnden Ärzten selbst oder durch die Laborabteilung eines Krankenhauses für seine Patienten erbracht werden. Gleiches gilt für die Tätigkeit unabhängiger Labore, die im Wege des Outsourcing Labore in Krankenhäusern betreiben bzw. über Managementverträge bestimmte Managementaufgaben für das Labor übernehmen, das allerdings weiter vom Krankenhausträger betrieben wird.

Der räumlich relevante Markt wurde angebotsseitig und nachfrageseitig untersucht und es zeigte sich, dass er nicht über das Gebiet mit den Städten Hamburg, Schleswig, Kiel, Lübeck, Geestacht und Bremen jeweils einschließlich Umland hinausgeht. Im Ergebnis konnte die genaue Abgrenzung dahinstehen. Trotz erheblicher Marktanteilszuwächse war die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. § 36 Absatz 1 nicht zu erwarten. Zum einen ging auch nach dem Zusammenschluss hinreichender Wettbewerbsdruck durch einige starke Wettbewerber aus, zum anderen ließen mehrere Marktneueintritte ein erhebliches Absinken der Anteile erwarten. Auch ein oligopolistisches Parallelverhalten konnte aufgrund der starken regionalen Unterschiede der Marktanteile der verschiedenen Anbieter ausgeschlossen werden.

Mit demselben Prüfungskonzept wurden ferner die Übernahme von Futurelab durch den Finanzinvestor BC Partners Capital Fund und der Erwerb der Gesellschaft für Medizinische Versorgungszentren GbR Leverkusen („MVZ Leverkusen“) durch BC Partners Capital Funds über die synlab Medizinisches Versorgungszentrum („synlab“) freigegeben (vgl. Fallbericht vom 23. Dezember 2009, B 3-88/09, B 3-116/09).

5. Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung

In der Hilfsmittelversorgung ist die Wettbewerbsslage sehr heterogen. Krankenkassen schließen nach § 127 SGB V Versorgungsverträge mit Leistungserbringern über die Rahmenbedingungen der Hilfsmittelversorgung. Das Sozialrecht erlaubt es, sowohl Selektivverträge mit einzelnen Anbietern zu schließen, als auch in der Tradition der Kollektivverträge Vereinbarungen zwischen Verbänden oder Gruppen von Krankenkassen und Gruppen von Leistungserbringern zu schließen.

Dementsprechend finden sich je nach Hilfsmittel-Produktgruppe Beispiele für alle Vertragskonstellationen. Im Hilfsmittelvertrieb über Orthopädieschuhmacher und Sanitätshäuser hat der Wettbewerb an Intensität gewonnen. Andere Bereiche, etwa die Hörgeräteversorgung, werden nach wie vor durch Kollektivverträge marktbeherrschender Verbände bestimmt.

6. Hörgeräte

6.1 Fusionskontrolle – Phonak/GN Store

Das Bundeskartellamt hatte mit Verfügung vom 11. April 2007 das Zusammenschlussvorhaben Phonak/GN Store untersagt. Der Zusammenschluss hätte auf dem inländischen Angebotsmarkt für den Absatz von Hörgeräten an Hörgeräte-Akustiker durch Beseitigung des Binnenwettbewerbs die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung in Form eines wettbewerbslosen Oligopols bestehend aus Siemens, Oticon und Phonak erwarten lassen.

Während das Oberlandesgericht Düsseldorf die Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 bereits vor dem Zusammenschluss als erfüllt (nicht widerlegt) ansah – die bereits bestehende gemeinsame Marktbeherrschung wäre, so das Oberlandesgericht, durch den Zusammenschluss verstärkt worden (dazu bereits ausführlich Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 100 f.) – hat der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 20. April 2010 die Entscheidung des Bundeskartellamtes und den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Anders als die Vorinstanzen sah er die Oligopolvermutung als widerlegt an. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichtes, an die der Bundesgerichtshof gebunden war, habe zwischen Siemens, Oticon und Phonak auf dem relevanten Markt wesentlicher Binnenwettbewerb bestanden. Für eine enge Reaktionsverbundenheit der Unternehmen, die auf ein dauerhaft einheitliches Verhalten schließen ließe, fehle es jedenfalls an wirksamen Abschreckungsmitteln, die Wettbewerbsvorstöße eines Unternehmens entwerfen könnten. Es sei in der Vergangenheit vielmehr zu erheblichen Veränderungen der Marktanteile von Siemens, Phonak und Oticon gekommen. Zwischen den drei Oligopolisten herrsche zudem sowohl Rabattwettbewerb beim Absatz der Hörgeräte an die Hörgeräte-Akustiker als auch Innovationswettbewerb. Es fehle an Anhaltspunkten dafür, dass der mit dem Zusammenschluss einhergehende Marktanteilszuwachs den festgestellten wesentlichen Binnenwettbewerb beeinträchtige. Von einer Beseitigung des Binnenwettbewerbs könne ohne Weiteres auch nicht deshalb ausgegangen werden, weil mit dem Zusammenschluss ein bislang außerhalb des Oligopols stehender preisaktiver Wettbewerber weg falle.

Das Bundeskartellamt hat der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in seiner jüngeren Entscheidungspraxis in dieser Branche Rechnung getragen.

6.2 Kartellverfolgung – BIHA-Verfahren

Vor dem Hintergrund des sehr engen Anbietermarktes und der eingangs geschilderten sozialgesetzlichen Rahmenbedingungen hat das Bundeskartellamt im Jahr 2010 ein Verwaltungsverfahren gegen die Bundesinnung der Hörgeräte-Akustiker (BIHA) eingeleitet. Geprüft wird der Vorwurf eines wettbewerbsrechtswidrigen Beschlusses der BIHA sowie der unbilligen Behinderung von Wettbewerbern der in der BIHA zusammengeschlossenen Akustiker im Zusammenhang mit dem Abschluss von

Verträgen nach dem Modell des verkürzten Versorgungsweges. Bei diesem Vertriebsweg schließt der Hörgerätehersteller Verträge mit HNO-Ärzten und den Krankenkassen; der traditionelle Hörgeräteeinzelhandel bleibt dabei außen vor. Der Ausgang des Verfahrens ist noch offen.

6.3 Bußgeld gegen Hörgerätehersteller

Das Bundeskartellamt hat gegen die Phonak GmbH, einen der führenden Anbieter von Hörgeräten in Deutschland, ein Bußgeld in Höhe von 4,2 Mio. Euro verhängt. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, in kartellrechtswidriger Weise auf die Wiederverkaufspreise seiner Produkte Einfluss genommen zu haben.

Phonak GmbH hatte gegen einen Hörgeräte-Akustiker eine Liefersperre verhängt, um diesen zu veranlassen, seine Weiterverkaufspreise im Internet auf das Niveau der Wettbewerber anzuheben.

Dem Fall kommt eine über den Einzelfall hinausgehende wettbewerbliche Bedeutung zu. Die Ausschaltung des einen preisaktiven Internetanbieters war dazu geeignet und bestimmt, die auf dem deutschen Markt für den Handel mit Hörgeräten insgesamt herrschende Preisstabilität aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen. Ist aber der Preiswettbewerb auf Einzelhandelsebene ohnehin eingeschränkt, so wiegt jede weitere Verhinderung vorstoßenden Wettbewerbs umso schwerer.

Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig.

7. Brillengläser

Gegen fünf Brillenglashersteller, sieben Mitarbeiter und einen Verband wurden wegen zwei verbotener Kartellabsprachen Geldbußen von insgesamt 115 Mio. Euro verhängt. Zum einen trafen sich Vertreter der Hersteller regelmäßig im sog. „HERRZ-Kreis“, um sich über zahlreiche wettbewerbsrelevante Themen, wie z. B. anstehende Preiserhöhungen, Preiszuschläge, Rabatte und Konditionen, untereinander abzusprechen bzw. gegenseitig zu informieren. Zum anderen trafen sich die Hersteller mit Verbandsvertretern im „Arbeitskreis Preisstrukturen“, um sich hinsichtlich der Unverbindlichen Preisempfehlungen für Brillengläser abzusprechen. Für die Kooperation bei der Aufklärung der Geldbußen im Rahmen der Bonusregelung wurden die Glöbden gegenüber drei Unternehmen und dem Verband reduziert.

Die Geldbußen gegenüber zwei Unternehmen und Mitarbeitern (bei einem Unternehmen betrifft dies nur die Tat „HERRZ-Kreis“) sowie dem Verband sind rechtskräftig. Hinsichtlich der weiteren Unternehmen und Mitarbeiter wurde das Verfahren an die Generalstaatsanwaltschaft abgegeben.

8. Vertikale Preisbindung in der Augenoptik

Im Zusammenhang mit dem zuvor geschilderten Bußgeldverfahren hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Preisempfehlungspraxis in der Augenoptik einer kritischen Überprüfung unterzogen. Wegen Bedenken des Bundeskartellamtes hatten zwischenzeitlich alle großen

Hersteller von Brillengläsern die Herausgabe von Preisempfehlungen aufgegeben. Das Bundeskartellamt erarbeitete daraufhin zusammen mit einem kleineren Brillenglashersteller Grundsätze zur Behandlung von Preisempfehlungen in der Augenoptik. Diese beschreiben einen Rahmen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt die Herausgabe von Preisempfehlungen in der Augenoptik für zulässig erachtet. Das Bundeskartellamt wird die Preisempfehlungspraxis weiterhin im Blick behalten und ggf. gegen weiterhin unzulässige Praktiken vorgehen.

Das Bundeskartellamt hat gegen die CIBA Vision Vertriebs GmbH (CIBA Vision) ein Bußgeld in Höhe von 11,5 Mio. Euro verhängt. Das Unternehmen ist deutschlandweit Marktführer bei Kontaktlinsen. Ihm wurde vorgeworfen, in kartellrechtswidriger Weise den Internethandel mit Kontaktlinsen der eigenen Marke beschränkt und auf die Wiederverkaufspreise der Internethändler Einfluss genommen zu haben.

Rechtswidrige, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen des Unternehmens sah das Bundeskartellamt in Vereinbarungen über den Ausschluss des Internethandels, der Verhinderung speziell des Ebay-Handels bezüglich bestimmter Kontaktlinsen sowie in verschiedenen Maßnahmen der „Preispflege“. Die CIBA Vision unterhielt ein Überwachungs- und Interventionssystem. Mehrere Personen waren mit der Beobachtung und Kontrolle von Verkaufspreisen der Händler im Internet befasst. Unterschritten die Wiederverkaufspreise einzelner Händler die unverbindlichen Preisempfehlungen (UVP) über ein gewisses Maß hinaus, nahmen Mitarbeiter der CIBA Vision mit diesen Internethändlern Kontakt auf und versuchten – in vielen Fällen erfolgreich – diese zu einer Anhebung ihrer Abgabepreise zu bewegen.

B. Entsorgung

I. Entsorgungswirtschaft

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Fusionen zwischen größeren Entsorgern haben im Berichtszeitraum nicht stattgefunden. Auch insgesamt hat die Zahl der dem Bundeskartellamt zur Prüfung vorzulegenden Zusammenschlüsse im Bereich der Entsorgungswirtschaft in Deutschland nachgelassen. Hierfür wird im Allgemeinen die konjunkturelle Lage verantwortlich gemacht. Gleichzeitig führte aber auch die neu eingeführte Inlandsumsatzschwelle des § 35 Absatz 1 Nummer 2, 2. Halbsatz dazu, dass mehr Zusammenschlüsse aus der Anmeldepflicht ausgenommen sind und vom Bundeskartellamt nicht mehr geprüft werden können (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 11, 14). Die ersten praktischen Erfahrungen zeigen, dass die neue Vorschrift zur Konzentrationserhöhung auf lokalen Entsorgungsmärkten beiträgt. Das Bundeskartellamt wird daher Verstöße gegen das Vollzugsverbot und potenzielle Umgehungen der Fusionskontrolle besonders aufmerksam beobachten, prüfen und gegebenenfalls ahnden. Mehrere, zeitlich gestaffelte Erwerbe von Unternehmensteilen zwischen zwei Unternehmensgruppen wird das Bundeskartellamt für die

Zwecke der zweiten Inlandsumsatzschwelle in der Regel als ein zusammenhängendes Zusammenschlussvorhaben werten.

Darüber hinaus bestehen über verschiedene Kooperationsformen, wie z. B. Gemeinschaftsunternehmen, Bietergemeinschaften und Subunternehmenschaften, in der Entsorgungswirtschaft auch viele Berührungspunkte zwischen großen Entsorgungsunternehmen. Angesichts der oligopolistischen Struktur der meisten Entsorgungsmärkte besteht die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Absprachen, denen das Bundeskartellamt verstärkt nachgehen wird. Die Zusammenarbeit zwischen großen Entsorgern in Deutschland wird auch künftig ein Bereich sein, in dem das Bundeskartellamt durch die Verfolgung von Kartellen und der Beseitigung von wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit setzt. Der Umstand, dass Großentsorger selbst vor relativ kurzer Zeit noch neue Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften zur Abgabe gemeinsamer Angebote für die Abfallerfassung in einzelnen Landkreisen geschlossen haben, belegt, dass das Bewusstsein über das Verbot dieser Wettbewerbsbeschränkungen in der Branche noch nicht hinreichend ausgebildet ist.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Fusionskontrolle

In mehreren Fällen mit unterschiedlichen Konstellationen musste das Bundeskartellamt mit aufwendigen Ermittlungen feststellen, ob ein nicht angemeldeter Zusammenschluss tatsächlich aufgrund der zweiten Inlandsumsatzschwelle nicht unter die Prüfungspflicht fiel. Im Ergebnis wurde in keinem dieser Fälle ein Bußgeldverfahren wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot eingeleitet.

Die Nehlsen AG beabsichtigte, einen wesentlichen Teil ihrer Aktivitäten in den östlichen Bundesländern mit vier Standorten an die Remondis Gruppe zu veräußern. Der geplante Zusammenschluss hätte mehrere regionale und verschiedene sachliche Entsorgungsmärkte in Ostdeutschland betroffen. Aufgrund absehbarer wettbewerblicher Bedenken ist das Bundeskartellamt in eine vertiefte Prüfung des Vorhabens (zweite Phase) eingetreten, woraufhin die Unternehmen das Vorhaben aufgegeben und die Anmeldung zurückgenommen haben.

In mehreren Fällen haben Entsorgungsunternehmen Vorgespräche zur Einschätzung geplanter Fusionen gesucht. Soweit das Bundeskartellamt auf mögliche Wettbewerbsbedenken hingewiesen hat, wurden diese Fusionen nicht realisiert.

2.2 Kartellverfolgung

Im Fall des Verdachts von umfangreichen Submissionsabsprachen zu Lasten von Duales System Deutschland GmbH (DSD) aus dem Jahre 2003 hat das Bundeskartellamt die Verfahren eingestellt. Nach den Ermittlungsergebnissen bestand der begründete Verdacht, dass sich nicht nur große Entsorger, sondern auch mittelständische Unternehmen sowie öffentlich-rechtliche Entsorger an

mehreren regionalen Submissionsabsprachen beteiligt haben (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 153). In diesem sehr aufwendigen Verfahren konnte das Bundeskartellamt den Unternehmen zwar seine Bedenken mitteilen, es konnte jedoch nicht rechtzeitig mit Bußgeldbescheiden zu Ende geführt werden. Da ein Teil der Vorwürfe, insbesondere gegen große Entsorger, im Jahr 2009 verjährte, wurde das Verfahren inzwischen gegen alle Unternehmen eingestellt. Die sich daran in Einzelfällen anschließenden Anträge, festzustellen, dass den Unternehmen durch die Ermittlungen des Bundeskartellamtes Schaden entstanden sei und ihnen dementsprechend Schadensersatz zustehe, wurden rechtskräftig zurückgewiesen.

Das Bundeskartellamt ist in einem anders gelagerten Fall einem Verdacht auf Submissionsabsprachen nachgegangen. In diesem Verfahren prüft das Bundeskartellamt gemeinsam mit der zuständigen Staatsanwaltschaft, ob zwei der größten Entsorgungsunternehmen in Deutschland bei kommunalen Ausschreibungen in einzelnen Landkreisen in Baden-Württemberg durch die Abgabe gemeinsamer Angebote in Form von Bietergemeinschaften Submissionsbetrug begangen haben. Dabei wurden mehrere Standorte durchsucht.

Die Diskussionen der dualen Systeme über die Koordination der Erfassungsausschreibungen für gebrauchte Verkaufsverpackungen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 154) verliefen im Berichtszeitraum weiterhin schleppend. Das Bundeskartellamt hat die Diskussionen begleitet und Hinweise zu den kartellrechtlichen Anforderungen gegeben. Eine der zentralen Anforderungen ist die weitestgehende Vermeidung der Vergemeinschaftung von Erfassungskosten, sodass wirksame Anreize zur Rationalisierung der Sammelsysteme für Verkaufsverpackungen („gelbe Tonne“, Glascontainer, u. ä.) geschaffen werden. Die dualen Systeme stellten im Oktober 2009 ein weiteres Modell vor (sog. „Black-Box-Modell“), das dieser Anforderung nicht gerecht wurde, sodass die Freistellungs Voraussetzungen der Artikel 101 AEUV, §§ 1, 2 nicht erfüllt gewesen wären. Im August 2010 präsentierten alle neun dualen Systeme dem Bundeskartellamt erstmalig ein Modell (sog. „50%+X-Modell“), das in den zentralen Eckpunkten den kartellrechtlichen Erfordernissen entsprach. Im Oktober 2010 zog jedoch die zur Remondis gehörende Eko-Punkt GmbH ihre Zustimmung zu diesem Modell wieder zurück. Daraufhin haben im November 2010 drei duale Systeme einen Vertrag über die Ausschreibung der Sammlungsleistungen für Verpackungsabfälle unterzeichnet. Bis zum Februar 2011 haben fünf der sechs weiteren dualen Systeme ihren Beitritt zum Ausschreibungsvertrag erklärt. Nach dem Vertrag soll weiterhin eine einzige Erfassungsinfrastruktur betrieben werden, die nun jedoch nicht mehr allein von DSD organisiert wird. Der Vertrag sieht eine Verlosung der Ausschreibungsverantwortung für die über 400 Sammelgebiete unter den dualen Systemen gemäß deren Verpackungsmengenanteilen vor, sodass künftig nicht nur DSD, sondern auch andere duale Systeme gebietsweise Ausschreibungsverantwortung übernehmen. Die Unterzeichner verpflichten sich gegenseitig, von einer ausschreibungsfreien In-House-Vergabe abzusehen. Mit der Ausschreibungsführerschaft geht eine

Verantwortung des betreffenden dualen Systems für den Hauptkostenanteil im jeweiligen Sammelgebiet einher. Die beteiligten dualen Systeme treffen derzeit die Vorbereitungen für die im April 2011 beginnenden Ausschreibungen.

Anlass zu wettbewerblichen Bedenken gaben weitere in der Gemeinsamen Stelle dualer Systeme Deutschlands GmbH angedachte Vereinbarungen. In der verpflichtenden Gemeinsamen Stelle müssen sich die dualen Systeme auf die nach § 6 Absatz 7 Verpackungsverordnung vorgesehenen Kooperationen beschränken (Artikel 101 AEUV, §§ 1, 2, 21 Absatz 3 Nummer 1). Ein etwaiges darüber hinausgehendes Kooperationserfordernis ist eigenständig nach kartellrechtlichen Maßstäben zu prüfen und derzeit nicht erkennbar.

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt mehrere Anfragen von Kommunen erhalten, die den größten Systembetreiber DSD im Wege der Einführung einer „Gelben Tonne plus“ oder „Wertstofftonne“ zum Verzicht auf die Ausschreibung für die betroffenen Verpackungsabfälle bewegen wollten. In der Folge könnte der kommunale eigene Abfallbetrieb die Sammlung dann ohne Ausschreibung durchführen. Da eine Ausschreibung durch duale Systeme einer gemeinsamen Erfassung in einer Wertstofftonne jedoch nicht entgegensteht, sind derartige Vorhaben kartellrechtlich bedenklich. Jüngste Erfahrungen zeigen erneut, dass eine Ausschreibung in der Regel zu niedrigeren Erfassungspreisen führt. Mit der nun in Hamburg und Leipzig zum 1. Januar 2010 von DSD durchgeführten Ausschreibung (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 155) sind die Erfassungskosten in Hamburg und Leipzig insgesamt um über drei Mio. Euro pro Jahr gesunken.

Eine weitere Anfrage betraf das Anliegen einer Kommune, die Sortierleistung für ein Wertstofftonnengebiet („Sondersammelsystem“) mit Wirkung für die dualen Systeme zu vergeben. Vertragskonstruktionen, die im Ergebnis darauf abzielen, duale Systeme an der eigenständigen Vergabe der Sortierleistung zu hindern, begegnen jedoch auch im Falle der Sortierung von Wertstofftonnen-sammlungen regelmäßig Bedenken nach §§ 1, 21.

2.3 Missbrauchsaufsicht

Das Bundeskartellamt hat in einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts für die Auslegung von nationalem Abfallwirtschaftsrecht Stellung genommen. In dem Verfahren ging es um die Auslegung der gesetzlichen Vorschriften zu Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushalten (§ 13 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz i. d. F. vom 15. Juli 2006, Bundesgesetzblatt I, S. 1619 ff.). Hintergrund des Rechtsstreits war der in den letzten Jahren um die Altpapierfraktion entstandene Wettbewerb. In vielen Kommunen boten private Entsorger Haushalten blaue Altpapiertonnen an. Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass die Überlassungspflicht als faktisches Monopolrecht zu Gunsten der Kommunen auszulegen ist (Bundesverwaltungsgericht, 18. Juni 2009, Aktenzeichen: 7 C 16.08). Das Bundeskartellamt hatte

hingegen argumentiert, dass eine solche Auslegung nicht mit Artikel 82 EG i. V. m. Artikel 86 EG (a.F., nunmehr Artikel 102 i. V. m. Artikel 106 AEUV) vereinbar ist. Das faktische Monopolrecht schaffe die Gefahrenlage, dass in einzelnen Kommunen im kartellrechtlichen Sinne überhöhte Preise bzw. Gebühren für die Hausmüllentsorgung verlangt werden und dass nur ein eingeschränktes Dienstleistungsangebot zur Verfügung stehe. Das Bundeskartellamt legte im Einzelnen dar, dass die Ausnahme des Artikels 86 Absatz 2 EG (a. F., nunmehr Artikel 106 Absatz 2 AEUV) nicht erfüllt sei, weil die Durchführung der den Kommunen übertragenen Entsorgungsaufgaben auch unter Wettbewerbsbedingungen nicht gefährdet wäre. Das Bundesverwaltungsgericht entschied jedoch, dass eine kontinuierliche und verlässliche Entsorgung durch die Kommune ein Mindestmaß an Planbarkeit voraussetze, das unter Wettbewerbsbedingungen nicht gewährleistet sei. Die als Monopolrecht ausgelegten Überlassungspflichten fänden somit ihre Rechtfertigung in Artikel 86 Absatz 2 EG (a. F., nunmehr Artikel 106 Absatz 2 AEUV). Das Bundesverwaltungsgericht sah von einem Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union ab. Im Nachgang zum Urteil nahm die Europäische Kommission Ermittlungen in dieser Sache auf Grundlage des Artikels 106 AEUV auf und richtete ein entsprechendes Auskunftsverlangen an die Bundesrepublik Deutschland. Dieses Verfahren war zum Abschluss des Berichtszeitraums noch nicht beendet.

Wie in den Jahren zuvor hat das Bundeskartellamt außerdem die Ausschreibungen der DSD begleitet. Im Jahr 2009 hat DSD wesentliche Änderungen an den Ausschreibungsbedingungen für die Sortierung von Leichtverpackungen und für die Aufbereitung von Altglas vorgenommen.

2.4 Sonstiges – Gesetzgebung

Die Ablösung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes durch ein Kreislaufwirtschaftsgesetz ist ein zentrales abfallpolitisches Vorhaben der Bundesregierung in dieser Legislaturperiode. Das Bundeskartellamt hat zum Arbeitsentwurf des Bundesumweltministeriums vom 22. Februar 2010 Stellung genommen. Eine wettbewerbsrechtskonforme Neuregelung der Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle erscheint mit dem Entwurf nicht hinreichend gewährleistet. Eine Fortschreibung der Überlassungspflichten als faktisches Monopolrecht der kommunalen Abfallbetriebe würde zu unnötig hohen Abfallgebühren und zu einer Einschränkung des Dienstleistungsangebots führen. Das Bundeskartellamt hat daher zwei Möglichkeiten einer wettbewerblichen Neugestaltung der Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle aufgezeigt. Zur Kompensation der Monopolstellung kommunaler Abfallbetriebe könnten diese innerhalb des geltenden Rechtsrahmens zur Ausschreibung von Abfallsammlung und -behandlung verpflichtet werden (Wettbewerb um den Markt). Um eine Belastung kommunaler Haushalte zu vermeiden, könnte hierbei eine Übergangsfrist vorgesehen werden, bis die betreffende kommunale Abfallbehandlungsanlage vollständig abgeschrieben ist. Alternativ könnte den Bürgern Wahlfreiheit

zwischen privaten und kommunalen Entsorgungsangeboten eingeräumt werden (Wettbewerb im Markt). Um die von kommunaler Seite befürchteten Fehlentwicklungen von vornherein zu vermeiden, könnten in einem solchen Wettbewerbsrahmen einfache und wirksame Vorkehrungen gegen Littering, Leistungsstörungen, Abfallrechtsverstöße und ein von kommunaler Seite befürchtetes „Rosinenpicken“ privater Dienstleister getroffen werden.

Ferner hat das Bundeskartellamt die Möglichkeit verbindlicher Zuweisungen von Abfallbeseitigungsanlagen kritisiert. Die so gebundenen Nachfrager (i. d. R. kommunale Abfallbetriebe) haben keine Möglichkeit, die Vorteile des Wettbewerbs von Beseitigungsanlagen im Hinblick auf Qualität, Service oder Wirtschaftlichkeit zu nutzen. Der Wettbewerbsausschluss schützt Altanlagen und verringert die Anreize zur Modernisierung von Müllverbrennungsanlagen. Überkapazitäten und Fehlallokationen sind die Folge. Wettbewerbsrechtlich bedenklich ist ferner ein Interessenkonflikt, der nach geltender Rechtslage dadurch entsteht, dass Kommunen einerseits als Abfallwirtschaftsbetriebe und andererseits als untere Abfallbehörde tätig werden und damit die Tätigkeit privater Wettbewerber beaufsichtigen. Im Referentenentwurf des Bundesumweltministeriums vom 6. August 2010 wurde dieser Interessenkonflikt beseitigt.

C. Telekommunikation, Rundfunkdienstleistungen, EDV

I. Telekommunikation

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Berichtszeitraum hat sich die Konsolidierung auf dem Breitbandkabelmarkt fortgesetzt. Es gab eine Mehrzahl von Übernahmen reiner Netzebene-(NE)4-Betreiber durch die großen Regionalgesellschaften. Größere, nach dem GWB zu prüfende Zusammenschlüsse, welche auch integrierte Anbieter (NE3/NE4) betrafen, gab es demgegenüber nicht. Zu dem von der Europäischen Kommission im Januar 2010 nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b VO(EG) 139/2004 freigegebenen Erwerb der Unitymedia GmbH (Kabelnetze in Nordrhein-Westfalen und Hessen; COMP/M.5734) durch die Liberty Global Europe N.V. gab das Bundeskartellamt keine förmliche Stellungnahme ab, da der Zusammenschluss keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorrief.

1.1 Breitbandnetze

Der Ausbau der Breitbandnetze in Deutschland hat im Berichtszeitraum einen breiten Raum in der politischen Diskussion eingenommen. Argumentiert wurde, dass leistungsfähige Breitbandnetze eine Grundlage für wirtschaftliches Wachstum und technologische Entwicklung bilden. Sowohl die Bundesregierung (vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung, Februar 2009) als auch die Europäische Kommission (vgl. Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EG Nr. C 235 vom 30. September

2009, S. 7ff.) haben sich im Jahr 2009 mit Maßnahmen zur Förderung des Ausbaus breitbandiger Telekommunikationsinfrastruktur beschäftigt. In der Breitbandstrategie der Bundesregierung ist – neben der Bundesnetzagentur (BNetzA) – auch das Bundeskartellamt angesprochen, da Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen i. d. R. kartellrechtlich zu prüfen sind. Es wird aufgerufen, die „grundlegenden regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen unverzüglich nach Vorlage entsprechender Unterlagen mit den Betroffenen zu klären“ (<http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 20). Darüber hinaus sollen – soweit möglich – Positionen bzw. Überlegungen verallgemeinert werden, die dann für weitere Kooperationen Klarheit schaffen. Dieser Aufforderung ist das Bundeskartellamt mit der Veröffentlichung der „Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland“ (Januar 2010, veröffentlicht unter <http://www.bundeskartellamt.de>, im folgenden „Hinweispapier“) nachgekommen, indem Prüfungskonzepte nach europäischem und deutschem Kartellrecht (vor allem Artikel 101 AEUV, §§ 1, 2) ausführlich erläutert werden, damit kooperationswilligen Unternehmen eine Orientierung bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihrer Kooperationspläne erhalten.

Kooperationen in Regionen, in denen noch kein Breitbandnetz vorhanden ist („weiße Flecken“), sind danach kartellrechtlich grundsätzlich nicht problematisch. Kooperationen, die in erster Linie zur Aufrüstung bereits vorhandener Breitbandanschlüsse dienen, bedürfen dagegen i. d. R. einer genaueren kartellrechtlichen Prüfung. Die Prüfung bezieht sich auf den bundesweiten Breitbandanschlussmarkt für Endkunden, den bundesweiten Markt für Bitstromzugangsprodukte und den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL). Ob eine geplante Breitbandausbaukooperation zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führt, hängt vor allem von der Art der Kooperation (paralleler Netzausbau oder komplementärer Netzausbau) und den beteiligten Unternehmen (mit oder ohne Beteiligung der Deutsche Telekom AG (DTAG)) ab. Als mögliche Wettbewerbsbeschränkung kommt u. a. eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs in Betracht. Vereinbarungen zum komplementären Netzausbau, bei denen jeder der Beteiligten nur einen Teil des Kooperationsgebiets ausbaut, sind keine unzulässigen Hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen (Gebietsabsprachen), wenn der gegenseitige Netzzugang sichergestellt ist. Sie können aber zu einer Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Beteiligten führen, wenn infolge der Kooperation bisher infrastrukturbasierte Angebote in Bitstrom-Angebote umgewandelt werden. Bei Kooperationen mit parallelem Netzausbau liegt dagegen wahrscheinlich keine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Beteiligten vor. Sofern die DTAG an den Kooperationen beteiligt ist, kann die Kooperation sowohl bei komplementärem als auch bei parallelem Netzausbau indirekt zu einer Verschlechterung der Zugangsmöglichkeiten Dritter zum Netz der DTAG führen. Vereinbarungen

über Breitbandausbaukooperationen können auch weitere Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Dritten enthalten, insbesondere wenn die Vereinbarungen Preise und/oder Konditionen für Zugangsprodukte Dritter regeln. Dies wären nicht freistellungsfähige Hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen. Abgesehen davon können Kooperationen, die zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führen, nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV/§ 2 vom Kartellverbot freigestellt sein. Das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen muss von den beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden.

Aus technischer Perspektive ist anzumerken, dass das Bundeskartellamt sich ausschließlich mit Kooperationen beschäftigt hat, die die Erweiterung der bestehenden Telekommunikationsinfrastruktur durch Glasfaser zum Inhalt hatten. Hierbei wird versucht, die existierenden kupferbasierten Leitungswege – die derzeit von den Hauptverteilern der DTAG bis zu den Räumlichkeiten des Kunden reichen – zu verkürzen, indem der sog. DSLAM „näher“ zum Kunden gebracht wird und damit einstmals kupferbasierte Leitungswege durch glasfaserbasierte Leitungswege abgelöst werden (FTTH/FTTB, vgl. Rn. 15–20 Hinweispapier). Der Ausbau leistungsfähiger breitbandiger Telekommunikationsinfrastrukturen kann aber grundsätzlich auch mittels mehrerer anderer Techniken realisiert werden (Funk, Mobilfunk, Koaxialkabelinfrastrukturen, Satellitenübertragung usw.).

1.2 Outsourcing

Im Berichtszeitraum war ein leichter Anstieg im Bereich der IT-Outsourcing-Transaktionen zu beobachten. Es wurden insgesamt elf Zusammenschlüsse – häufig in Form eines Vermögenserwerbs nach § 37 Absatz 1 Nummer 1 – in diesem Bereich angemeldet. Vor diesem Hintergrund und angesichts des in den vergangenen 15 Jahren deutlich gestiegenen Umsatzvolumens bei Outsourcing-Transaktionen hat das Bundeskartellamt die im Tätigkeitsbericht 1995/1996 (S. 150) getroffene Festlegung überprüft, nach der Outsourcing-Transaktionen, die mit einem Umsatzerwerb von weniger als 10 Mio. DM (jetzt 5 Mio. Euro) verbunden sind, keinen Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils im Sinne von § 37 Absatz 1 Nummer 1 darstellen. Aufgrund des gestiegenen Umsatzvolumens – so betrafen 2009 die meisten angemeldeten Fälle von Outsourcing Umsatzvolumina zwischen 20 und 100 Mio. Euro – und des erheblich gewachsenen IT-Dienstleistungsmarktes insgesamt (1995/96 ca. 3 Mrd. DM, heute etwa 20mal größer) wird die Position aus dem Tätigkeitsbericht 1995/1996 hiermit ausdrücklich aufgegeben. Die vorgenannte Schwelle ist auch deshalb entbehrlich, weil inzwischen die sog. zweite Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. Euro für Zusammenschlüssen jeglicher Art gilt (§ 35 Absatz 1 Nummer 2 am Ende). Zukünftig ist in Anknüpfung an die üblichen Kriterien des Vermögenserwerbs nur in qualitativer Hinsicht zu prüfen, ob mit der Outsourcing-Transaktion Vermögenswerte und/oder Mitarbeiter übernommen werden und diese vom Erwerber – mindestens nach einer Übergangszeit, die dem Prognosezeitraum der Fusionskontrolle entspricht – auch für Drittkunden, d. h. nicht nur als IT-

Dienstleistung gegenüber dem Veräußerer, eingesetzt werden können. In einem solchen Fall ist von der erforderlichen Marktwirksamkeit des übertragenen Vermögenssteils auszugehen. Im übrigen bestimmt sich die Anmeldepflicht eines solchen Vermögenserwerbs nach den Umsatzschwellen des § 35.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Fusionskontrolle

2.1.1 Software

Im Berichtszeitraum wurden vergleichsweise wenig Zusammenschlüsse angemeldet, die Software-Märkte betreffen. Die angemeldeten Vorhaben konnten alle in der ersten Phase freigegeben werden. Die überwiegende Zahl der Fälle betraf Unternehmensanwendungssoftware (Enterprise Application Software, EAS), beispielsweise in den Teilbereichen Product Lifecycle Management (PLM), Supply Chain Management (SCM) und Human Resources (HR). Die sachliche und räumliche Marktdefinition im Einzelnen konnte bei der Prüfung meist dahin stehen. Der Zusammenschluss Adobe/Omniture betraf spezielle Webanalyse-Software und wurde in der ersten Phase freigegeben.

2.1.2 Webhosting

Im Bereich Webhosting wurde der Erwerb der Strato AG durch die DTAG geprüft und in der ersten Phase freigegeben. Im Zentrum der Prüfung standen konglomerate Effekte zwischen dem Bereich Internet-Hosting und dem Bereich der breitbandigen Internetzugänge, in dem die DTAG in erheblichem Umfang tätig ist. Eine Verstärkungswirkung war durch den Zusammenschluss jedoch nicht zu erwarten (vgl. Fallbericht vom 18. Dezember 2009, B7-104/09).

Die Prüfung des bereits im Jahr 2008 vollzogenen Zusammenschlusses zwischen der SAP AG und der Crossgate AG ist Gegenstand eines noch nicht abgeschlossenen Entflechtungsverfahrens gemäß § 41 Absatz 3. Betroffen ist der Bereich der elektronischen Integration externer Geschäftspartner (Electronic Data Interchange bzw. EDI), in dem Crossgate aktiv ist, sowie der Bereich der Unternehmensanwendungssoftware, in dem SAP tätig ist.

2.2 Kartellverfolgung

2.2.1 Breitbandausbaukooperationen

Das Bundeskartellamt hat sich intensiv mit Kooperationsprojekten zwischen Netzbetreibern zum Ausbau glasfaserbasierter Anschluss Technologien auf Grundlage der DSL-Technologie befasst.

Dem Bundeskartellamt sind im Jahr 2009 insgesamt vier Kooperationsprojekte unter Beteiligung der DTAG vorgestellt worden, die hinsichtlich Artikel 81 EG (a.F., nunmehr Artikel 101 AEUV) und § 1 geprüft werden sollten. Die Vorstellung der Kooperationsprojekte erfolgte in einem sehr frühen Stadium der Verhandlung zwischen den Kooperationspartnern, so dass der Vereinbarungsinhalt

zunächst noch nicht hinreichend konkret für eine abschließende Prüfung war.

Mitte 2010 wurden dem Bundeskartellamt dann im Hinblick auf eine wettbewerbsrechtliche Prüfung hinreichend konkrete Vertragsunterlagen zu dem Kooperationsprojekt zwischen DTAG und EWE Tel GmbH zum komplexen Netzausbau in acht niedersächsischen Städten übergeben. Kurze Zeit darauf teilten die Kooperationspartner dem Bundeskartellamt jedoch mit, dass die Verhandlungen (kurz vor ihrem Abschluss) gescheitert sind und das Kooperationsvorhaben zunächst nicht weiter verfolgt wird. Das Bundeskartellamt hat daraufhin das entsprechende Verfahren eingestellt.

Derzeit ist in keinem der verbleibenden drei Kooperationsprojekte ein Stand erreicht, der eine kartellrechtliche Prüfung ermöglicht.

2.2.2 LTE-Netzk Kooperationen

Die BNetzA hat im Berichtszeitraum im Rahmen zweier Versteigerungen Frequenzen vergeben, die für Mobilfunk der 4. Generation (Long Term Evolution, LTE) und breitbandigen drahtlosen Internetzugang (Broadband Wireless Access, BWA) auf der Grundlage anderer Technologien (insbesondere WiMAX) geeignet sind. In beiden Fällen waren mit der Frequenz zuteilung Versorgungsaufgaben verbunden, die von den Frequenzinhabern relativ kurzfristig erfüllt werden müssen und die jeweils den Schwerpunkt auf die Versorgung des ländlichen Raums legen. Die drei Unternehmen, die bei der Versteigerung der BWA-Frequenzen zum Zuge gekommen waren (Clearwire Germany GmbH, DBD Deutsche Breitbanddienste GmbH und Inquam Broadband GmbH) stellten dem Bundeskartellamt Ende 2009 ein Kooperationsvorhaben vor, das eine Zusammenarbeit beim Netzaufbau ausschließlich zur Erfüllung der Versorgungsaufgaben und für einen begrenzten Zeitraum vorsah. Da die beteiligten Unternehmen bislang in Deutschland weder mit stationären Breitbanddiensten noch mit mobilen Datendiensten tätig waren, kam das Bundeskartellamt nach Prüfung des Kooperationsvorhabens zu dem Ergebnis, dass die Kooperation im Prognosezeitraum nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. § 1 und Artikel 81 EG (a. F., nunmehr Artikel 101 AEUV) führen wird.

Für den Aufbau der LTE-Netze, der mit noch strikteren Versorgungsaufgaben versehen ist, liegen dem Bundeskartellamt bisher keine konkreten Kooperationsvorhaben von Frequenzinhabern vor.

2.2.3 Verschlüsselung von TV-Programmen

Im Mai 2010 hat das Bundeskartellamt ein Bußgeldverfahren gegen private Fernsehsendergruppen und andere Unternehmen eingeleitet. Es geht dem Verdacht nach, dass sich die Sender darüber abgesprochen haben, ihre digitalen Free-TV-Programme zukünftig gemeinsam verschlüsselt auszustrahlen und nur noch gegen ein zusätzliches Entgelt zugänglich zu machen. Das Entgelt soll von den Übertragungswegebetreibern (Kabelnetzbetreiber, Satellitenbetreiber, Betreiber von DSL-Netzen) bzw. mit-

telbar von den Fernsehzuschauern getragen werden. Zudem besteht der Verdacht, dass sich die Sender darüber geeinigt haben, durch technische Maßnahmen wie Anti-Werbeblocker- und Kopierschutzfunktionen die Nutzungsmöglichkeiten der Programmsignale zu beschränken. Die Auswertung der im Rahmen von Durchsuchungen sichergestellten Unterlagen ist noch nicht abgeschlossen.

Darüber hinaus prüft das Bundeskartellamt die Vereinbarungen, die private Fernsehsendergruppen mit dem Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland geschlossen haben, unter verwaltungsrechtlichen Aspekten. Anders als im Bußgeldverfahren, das auf die Ahndung bereits begangener Verstöße abzielt, geht es in diesem Verwaltungsverfahren um die künftige Abstellung etwaig gegen Kartellrecht verstoßender Verhaltensweisen. In den betroffenen Verträgen wurde die verschlüsselte Übertragung einiger Fernsehprogramme gegen Entgelt vereinbart. Das Bundeskartellamt geht dabei insbesondere der Frage nach, ob ein Verstoß gegen § 1, Artikel 101 AEUV vorliegt. Zur Vorbereitung einer Entscheidung sind in diesem Verfahren bereits umfangreiche Ermittlungen durchgeführt worden, sodass ein zeitnahe Abschluss möglich ist.

2.2.4 Bußgeld gegen Microsoft (Home&Student 2007)

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt eine Geldbuße gegen die Microsoft Deutschland GmbH i. H. v. 9 Mio. Euro verhängt. Microsoft hat in wettbewerbswidriger Weise auf den Wiederverkaufspreis des Softwarepakets Office Home&Student 2007 Einfluss genommen.

Das fragliche Produkt wurde im Herbst 2008 im stationären Einzelhandel massiv beworben. Mit finanzieller Unterstützung von Microsoft warb u. a. ein bundesweit tätiger Einzelhändler für das Produkt. Noch vor Beginn der Werbekampagne Mitte Oktober 2008 verständigten sich Mitarbeiter von Microsoft und des fraglichen Einzelhändlers bei mindestens zwei Gelegenheiten über den Wiederverkaufspreis des Softwarepakets Office Home&Student 2007.

Nicht jede Kontaktaufnahme zwischen Lieferant und Händler betreffend den Wiederverkaufspreis stellt eine verbotene Verhaltensabstimmung i. S. d. § 1 dar. Allerdings darf es dabei zu keiner Abstimmung in der Weise kommen, dass sich der Lieferant konkret um die Koordinierung der Preisgestaltung des Händlers bemüht und sich Händler und Lieferant auf diese Weise über das künftige Vorgehen des Händlers verständigen. Diese Grenze wurde im vorliegenden Fall überschritten.

2.2.5 Aufschaltung von Brandmeldeanlagen

Ein weiteres Kartellverfahren des Bundeskartellamtes betraf die Aufschaltung von Brandmeldeanlagen auf öffentliche Leitstellen. Zur Aufschaltung von Brandmeldeanlagen schließen die zuständigen Gebietskörperschaften in Deutschland – häufig mit Siemens oder Bosch – exklusive Konzessionsverträge mit langjährigen Laufzeiten. Soweit die in dem jeweiligen Gebiet ansässigen Gebäude-

eigentümer bzw. -nutzer aufgrund bauordnungsrechtlicher Vorgaben zu Errichtung und Betrieb einer Brandmeldeanlage verpflichtet sind, können sie diese ausschließlich über das konzessionierte Unternehmen auf die öffentliche Leitstelle aufschalten lassen. Das Bundeskartellamt prüft die Konzessionsverträge derzeit insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung gemäß § 1, Artikel 101 AEUV.

2.3 Missbrauchsaufsicht

2.3.1 Prüfungen von Preis-Kosten-Scheren

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt zwei Verfahren gegen die DTAG zur Überprüfung der Preisgestaltung geführt. Beide Verfahren betrafen Leistungen im Regulierungsumfeld des TKG. In beiden Fällen bestand der Verdacht eines Verstoßes gegen Artikel 82 EG (a.F., nunmehr Artikel 102 AEUV) und § 19 wegen missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht durch Praktizierung von Preis-Kosten-Scheren (vgl. Fallberichte vom 6. August 2009, B7-11/09, und vom 7. Juni 2010, B7-68/09). In beiden Fällen wurde nach intensiven Ermittlungen und in enger Zusammenarbeit mit der BNetzA durch Entscheidung nach § 32c festgestellt, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Die Fälle belegen, dass die Fallgruppe der Preis-Kosten-Schere im Bereich der Telekommunikation das Bundeskartellamt zunehmend beschäftigt. Insbesondere in Telekommunikationsmärkten, die aus der Regulierung entlassen werden, und in Märkten, die regulierten Bereichen nachgelagert sind, sind Fälle von Preis-Kosten-Scheren vorgekommen. Ausführliche Überlegungen zur Prüfung von Preis-Kosten-Scheren im Rahmen der Missbrauchsaufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts finden sich in dem veröffentlichten Beschluss vom 6. August 2009 (B7-11/09, veröffentlicht unter <http://www.bundeskartellamt.de>).

2.3.2 Mobilfunk

Im Bereich des Mobilfunks hat das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen die Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile) und Vodafone D2 GmbH (Vodafone) wegen des Verdachts auf Missbrauch einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung durch Preisdifferenzierung zwischen Gesprächen innerhalb des eigenen Netzes („On-Net“) und Gesprächen in andere Netze („Off-Net“) eingeleitet. Die Prüfung nach §§ 19, 20 und Artikel 82 EG (a.F., nunmehr Artikel 102 AEUV) erstreckte sich zum einen auf die Frage der Normadressateneigenschaft von T-Mobile und Vodafone, die dann gegeben wäre, wenn beide Unternehmen zusammen ein marktbeherrschendes Duopol bilden. Zum anderen war die Frage der Missbräuchlichkeit der Preisdifferenzierung zwischen On-Net- und Off-Net-Tarifen zu untersuchen. Das Verfahren wurde Ende 2009 eingestellt, da Tarifmodelle mit günstigeren On-Net-Tarifen inzwischen stark an Bedeutung verloren hatten (vgl. Fallbericht vom 28. Dezember 2009, B7-170/07). Vor diesem Hintergrund konnte in dem Verfahren letztlich offen bleiben, ob T-Mobile und Vodafone gemeinsam eine marktbeherrschende

Stellung auf dem deutschen Endkundenmarkt für Mobilfunk-Sprachtelefonie innehaben.

2.3.3 Verfahren gegen Kabelnetz- und Satellitenbetreiber wegen proprietärer Set Top Boxen

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt ferner Missbrauchsverfahren gegen die drei großen Kabelregionalgesellschaften Kabel Deutschland, Unitymedia und Kabel Baden-Württemberg wegen ihrer proprietären Set Top Boxen-Strategien geführt. Sowohl Kabel Deutschland als auch Unitymedia schalten Programme auf Set Top Box (STB) nur dann frei, wenn die STB bestimmte Eigenschaften erfüllen. Insbesondere kann der Fernsehzuschauer aufgrund von Vorgaben des Kabelnetzbetreibers TV-Programme nur dann empfangen, wenn er eine STB mit einem festintegrierten Entschlüsselungssystem verwendet. TV-Programme werden von Kabel Deutschland und Unitymedia prinzipiell verschlüsselt gesendet. Neben der Möglichkeit der Entschlüsselung über ein festintegriertes Entschlüsselungssystem kann die Entschlüsselung auch über ein Modul erfolgen, das über eine bestimmte Schnittstelle (sog. Common Interface bzw. CI) in die STB eingelegt wird. Der Vorteil der Entschlüsselung über ein CI-Modul besteht darin, dass dieses bei einem Wechsel des TV-Anbieters und damit des Verschlüsselungssystems unkompliziert ausgetauscht werden kann, ohne dass die ganze STB ausgetauscht werden muss. Die aktuelle Freischaltungspraxis von Kabel Deutschland und Unitymedia hat zur Folge, dass es ausschließlich dem Kabelnetzbetreiber möglich ist, die STB zu adressieren. Durch die Abschottung der STB-Basis sind Pay-TV- und Free-TV-Anbieter gezwungen, die Verschlüsselungsdienstleistungen von Kabel Deutschland bzw. Unitymedia in Anspruch zu nehmen („Koppelung“).

Das Bundeskartellamt hat Kabel Deutschland am 16. April 2010 und Unitymedia am 12. Juli 2010 Abmahn-schreiben zugestellt und die proprietäre STB-Strategie als Behinderungsmissbrauch gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 Buchstabe b AEUV gewertet. Kabel Deutschland und Unitymedia sind auf dem jeweils netzbezogenen Einspeisemarkt und dem (netzbezogenen) Endkundenmarkt für Fernsehanschlüsse marktbeherrschend und damit Normadressaten i.S.d. § 19 Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 AEUV. Sie übertragen die Marktmacht auf dem Einspeisemarkt, indem sie die digitale Plattformleistung an die Einspeisung koppeln. Die Koppelung wirkt monopolisierend und führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen von Anbietern alternativer digitaler Plattformen. Betroffen sind auch die Wettbewerbschancen von Pay-TV-Programmanbietern. Pay-TV-Anbieter im Netz von Kabel Deutschland und Unitymedia können die bereits in anderen Übertragungswegen eingesetzte digitale Plattform nicht nutzen.

Im zeitlichen Zusammenhang war jedoch zu beobachten, dass in Deutschland seit einiger Zeit technisch fortschrittliche Fernsehgeräte mit integriertem Digitalempfänger und CI+-Schnittstelle in sehr großem Umfang Ver-

breitung finden. Diese Fernsehgeräte fungieren in gleicher Weise als offene Empfangshardware wie die STB mit offener Schnittstelle. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 hat die Beschlussabteilung die Verfahren gegen Kabel Deutschland und Unitymedia vorläufig ausgesetzt, um die weitere Marktentwicklung abzuwarten.

Auch das Verfahren gegen Kabel Baden-Württemberg wurde vorläufig ausgesetzt. Anders als bei den beiden anderen Regionalnetzbetreibern war zum Zeitpunkt der Verfahrensaussetzung die Praxis von Kabel Baden-Württemberg noch nicht abgemahnt worden.

Das Bundeskartellamt hat auch die proprietäre Set-Top-Boxen Strategie der Sky Deutschland AG (vormals: Premiere) in einem Missbrauchsverfahren kartellrechtlich überprüft. Auch Sky verwendet für seine PayTV-Programme eine proprietäre STB mit einem festintegrierten Entschlüsselungssystem.

Das Bundeskartellamt hat Sky am 29. Januar 2010 ein Abmahnschreiben zugestellt und die proprietäre STB-Strategie als Behinderungsmissbrauch gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 Buchstabe b AEUV gewertet. Demnach ist Sky auf dem deutschlandweiten Markt für Pay-TV mit einem Marktanteil von 70 bis 80 % marktbeherrschend. Durch den flächendeckenden Einsatz von STB mit einem festintegrierten Entschlüsselungssystem behindert Sky andere Pay-TV-Anbieter in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten. Langfristig führt diese Praxis von Sky zu einer Abschottung des inländischen Pay-TV-Marktes. Denn nach den Ermittlungen ist es für alternative Pay-TV-Anbieter kaum möglich, diejenigen Pay-TV-Kunden zu erreichen, die bereits mit einer STB von Sky ausgestattet sind. Das Bundeskartellamt beabsichtigt daher, Sky zu untersagen, Pay-TV-Programme auf STB freizuschalten, die nicht über eine offene CI-Schnittstelle verfügen, und so Wettbewerbern die Freischaltung ihrer Programme über ein CI-Modul ohne Mitwirkung von Sky ermöglichen. Die offene Schnittstelle muss die für das Angebot von Pay-TV wesentlichen Funktionalitäten einschließlich Wiederverschlüsselung des Signals und einer Kopierschutzfunktionalität (mindestens „no copy“) unterstützen. Diese Anforderungen erfüllt beispielsweise der neuere Industriestandard CI+. Hingegen wäre der bisherige DVB-Standard CI (Version 1) von den angebotenen Funktionalitäten her nicht ausreichend.

Aufgrund der oben beschriebenen Marktentwicklung hat das Bundeskartellamt auch das Verfahren gegen Sky im November 2010 zunächst ausgesetzt, um die weitere Entwicklung des Marktes abzuwarten.

2.4 Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)

Das Bundeskartellamt hat auch in der zweiten Runde in allen Marktanalyseverfahren sein Einvernehmen erteilt. Noch nicht abgeschlossen ist das Marktanalyseverfahren für den Markt Nr. 6 (Abschluss-Segmente von Mietleistungen für Großkunden). (S. 30 f.)

Die BNetzA ist im Berichtszeitraum im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt auch zu dem Ergebnis gelangt,

dass auf den Kabelmärkten weder auf dem Einspeise- noch auf dem Signallieferungsmarkt (potenzielle) Regulierungsbedürftigkeit vorliegt.

D. Energie, Mineralöl, Wasser

I. Energiewirtschaft (Strom, Gas, Fernwärme)

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

1.1 Marktstruktur

In den zurückliegenden Jahren konnte aus Sicht des Bundeskartellamtes eine durchgreifende oder auch nur spürbare Belebung der Wettbewerbsverhältnisse bei Strom und Gas nicht festgestellt werden (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 104 f.; Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 121 ff.). Mittlerweile sind aber positive Entwicklungen bei der Strom- und in Grenzen auch bei der Gasversorgung erkennbar. Zum einen zeigen die von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur eingeleiteten Marktöffnungsmaßnahmen Wirkung, zum anderen stellen sich die etablierten Marktteilnehmer durch neue Marktauftritte und Produkte ebenso wie durch Umstrukturierungen auf den Wettbewerb ein (S. 114 ff.). Hinzu kommt, dass im Berichtszeitraum insbesondere im Stromsektor freiwillig entflechtende Maßnahmen mit Auswirkungen auf die Marktstrukturen umgesetzt wurden. Zunächst ist hier die Umsetzung der vom E.ON-Konzern gegenüber der Europäischen Kommission zugesagten Veräußerung von Stromerzeugungskapazitäten und des Übertragungsnetzes zu nennen. Daneben hat Vattenfall Europe sein Übertragungsnetz abgegeben. Schließlich ist in diesem Zusammenhang der Verkauf der Stadtwerke-Holding Thüga AG durch den E.ON-Konzern hervorzuheben (S. 115). Mit allen geschilderten Maßnahmen werden wettbewerbliche Probleme, die das Bundeskartellamt seit langem benennt und einzudämmen versucht, von den betroffenen Energiekonzernen adressiert. So wird zumindest in Bezug auf einen marktbeherrschenden Stromerzeuger, E.ON, der Marktanteil abgesenkt. Des Weiteren wird die als problematisch angesehene Verbindung von Erzeugung und Vertrieb auf der einen Seite sowie Übertragungsnetz auf der anderen Seite in den betroffenen Unternehmen eigentumsrechtlich gekappt. Schließlich reduziert die Herauslösung der Thüga mit ihren ca. 90 Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern das Ausmaß der schädlichen vertikalen Integration bei Strom und Gas.

1.2 Stromerzeugung/Stromgroßhandel

Im Rahmen einer Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt die Struktur der Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkte umfassend untersucht (S. 118 f.; ferner Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung gem. § 32e Absatz 3 vom 13. Januar 2011, abrufbar im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de> unter der Rubrik „Stellungnahmen/Sektoruntersuchungen“). Die Stromerzeugung in den verschiedenen Kraftwerksarten sowie die mit der Erzeugung einhergehenden Kosten wurden dabei ebenso analysiert wie der grenzüberschreitende Strom-

handel. Ein weiterer Aspekt der Untersuchung war die Vermarktung des erzeugten Stroms. Diese erfolgt in Deutschland auf der Großhandelsebene über die Börse, d. h. an den Spot- und Terminmärkten der European Energy Exchange AG (EEX) und der European Power Exchange S.E. (EPEX), oder außerbörslich im Zuge von sog. Over-the-Counter-Geschäften (OTC). Der sich an der Strombörse einstellende Preis dient bei außerbörslichen Geschäften als Referenzpreis. Unterschiede zu der oben beschriebenen börslichen oder außerbörslichen Vermarktung ergeben sich indessen bei der Vermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien, die nach den Mechanismen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) erfolgt und feste Vergütungssätze für den in EEG-Anlagen erzeugten Strom vorsieht.

1.3 Marktabgrenzungen

Die Fortschritte bei der Marktöffnung sowie die Veränderungen der Vertriebswege haben das Bundeskartellamt veranlasst, seine Marktabgrenzungen im Strombereich weiterzuentwickeln.

1.3.1 Stromerzeugung/Stromgroßhandel

Die Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel des Bundeskartellamtes hat gezeigt, dass in sachlicher Hinsicht an der höchststrichterlich bestätigten Abgrenzung eines Marktes für den Erstabsatz von Strom festgehalten werden kann. Dieser umfasst die erzeugte Strommenge einschließlich der Stromimporte.

Eine Weiterentwicklung zu dieser Marktabgrenzung stellt die Trennung der Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom bzw. von Regelernergie aus dem Erstabsatzmarkt dar. Dass ein sachlich eigenständiger Markt für die Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom abzugrenzen ist, ergibt sich insbesondere aus dessen bislang planwirtschaftlich organisierter Vermarktung. Sowohl die Erzeugung als auch die Vermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien erfolgen bisweilen unabhängig vom Marktgeschehen. In Bezug auf die Regelerenergiamärkte liegen gegenüber dem Erstabsatzmarkt ebenfalls abweichende Marktbedingungen vor, die einen sachlich separaten Markt begründen. In räumlicher Hinsicht wird das Bundeskartellamt zukünftig Österreich in den Erstabsatzmarkt einbeziehen. Dafür sprechen das Fehlen von Engpässen an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und Österreich sowie das einheitliche Markt- und Preisgebiet an der EPEX. Es liegen zurzeit jedoch keine Erkenntnisse dafür vor, dass weitere an Deutschland angrenzende Märkte in räumlicher Hinsicht dem deutschen Erstabsatzmarkt hinzuzurechnen sind. Die Integration dieser Märkte ist noch nicht im hierfür erforderlichen Umfang fortgeschritten.

Nach den bisherigen Feststellungen des Bundeskartellamtes, des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofes im Fall „E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege“ sowie nach der vorläufigen Einschätzung der Europäischen Kommission im Verfahren „Deutscher Stromgroßhandel“ ist der deutsche Strommarkt jedenfalls

durch gemeinsame Marktbeherrschung (§ 19 Absatz 2 Satz 2) gekennzeichnet (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 108). Ein marktbeherrschendes Duopol oder Oligopol besteht, wenn zwischen zwei oder mehreren Unternehmen kein wesentlicher (Binnen-)Wettbewerb stattfindet und sie als Gesamtheit im Außenverhältnis keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind. Auch wenn insbesondere E.ON in jüngerer Zeit Kapazitäten und Stadtwerksbeteiligungen abgegeben hat, teilen sich nach wie vor lediglich vier Unternehmen gut 80 % des Erstabsatzmarktes.

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Sektoruntersuchung erstmals ökonometrische Ansätze zur Marktmachtmessung auf den Energiemärkten angewendet. Mithilfe der sog. Pivotalanalyse wurde unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Produktes Strom – insbesondere seiner Nicht-Speicherbarkeit – untersucht, wie groß die verfügbare Kapazität eines Anbieters im Verhältnis zu der jeweiligen Gesamtnachfrage ist.

Die Ergebnisse der wettbewerblichen Analyse deuten darauf hin, dass sich auf dem Erstabsatzmarkt mindestens drei, wahrscheinlich sogar vier Unternehmen in einer Position befinden, die es ihnen ermöglicht, sich in einem nennenswerten Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern und den Verbrauchern zu verhalten und dadurch den Wettbewerb zu beeinträchtigen. So konnte 2007 und 2008 in einer signifikanten Anzahl von Stunden die Stromnachfrage in Deutschland ohne die Kapazitäten von jeweils E.ON, RWE, Vattenfall und – jedenfalls in 2007 – EnBW nicht gedeckt werden. Diese Unternehmen waren – jedes für sich – in einer erheblichen Anzahl von Stunden für die Deckung der Stromnachfrage in Deutschland unverzichtbar.

Die Analyse der Kräfteverhältnisse auf dem Stromgroßhandelsmarkt und die Berücksichtigung seiner Besonderheiten legen das Ergebnis nahe, dass in Deutschland mehrere Anbieter (RWE, E.ON, Vattenfall und ggf. auch EnBW) individuell marktbeherrschend sind. Dass im Einzelfall auch mehrere Unternehmen individuell marktbeherrschend sein können, hat der Bundesgerichtshof in anderem Zusammenhang ausdrücklich anerkannt.

Auch wenn die Marktmacht der vier großen Erzeuger aufgrund des durch die Wirtschaftskrise bedingten Nachfragerückgangs im Jahre 2009 zwischenzeitlich zurückgegangen ist und E.ON Erzeugungskapazitäten veräußert hat, ist davon auszugehen, dass sich daraus für 2010 keine grundlegenden Veränderungen ergeben.

1.3.2 Stromeinzelhandel

Auf der Stromeinzelhandelsebene hat das Bundeskartellamt seine bisherige sachliche und räumliche Marktabgrenzung in der Entscheidung „Integra/Thüga“ vom 3. November 2009 entsprechend der Marktdynamik weiterentwickelt. Zunächst werden in Fortführung der Entscheidungen „SaarFerngas/Energie Südwest“ vom 5. März 2009 (vgl. Fallbericht vom 5. März 2009, B8-163/08) und „RheinEnergie“ vom 1. Dezember 2008 (WuW/E DE-V 1704 ff.) die Endkundengruppen gemäß

der gewandelten energiewirtschaftsrechtlichen Terminologie im Wesentlichen in SLP-Kunden (Belieferung nach Standardlastprofil) und RLM-Kunden (Belieferung anhand registrierender Leistungsmessung) abgegrenzt. Während der Absatz von Elektrizität an RLM-Kunden wie bisher einen sachlich einheitlichen Markt von bundesweiter Dimension darstellt, differenziert das Amt nunmehr beim Absatz von Elektrizität an SLP-Kunden in stärkerem Maße.

Seit der Einleitung der Heizstrommissbrauchsverfahren 2009 grenzt das Bundeskartellamt einen eigenen sachlich relevanten Markt für die Belieferung privater Letztverbraucher mit Elektrizität zum Betrieb unterbrechbarer Verbrauchseinrichtungen ab (Nachtspeicherheizungen und elektrische Wärmepumpen). Heizstromkunden unterscheiden sich von den übrigen (Haushaltsstrom-)Kunden durch ein abweichendes Nutzer- und Lastprofil, durch die Nachfragemenge und die Zeit der Nachfrage (überwiegend nachts), durch niedrigere Netzentgelte und Konzessionsabgaben sowie niedrigere Beschaffungskosten und Gesamtpreise. In räumlicher Hinsicht ist der Heizstrommarkt regional durch die etablierten Versorgungsgebieten der betroffenen Unternehmen begrenzt. Bezüglich Heizstrom ergibt sich dies aus einem Mangel an Wechselmöglichkeiten sowie dem Fehlen standardisierter Lastprofile, was den Marktzutritt für Dritte stark erschwert. Die Marktabgrenzung für Heizstrom hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren in räumlicher und sachlicher Hinsicht grundsätzlich akzeptiert (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 20. Mai 2010, Aktenzeichen: VI-2 Kart 9/09 (V) – „Entega“). Auf diesem Markt hat der jeweilige Heizstromversorger Marktanteile von fast 100 %. Alternative Anbieter gibt es fast keine; die Marktzutrittsschranken sind hoch.

Beim Absatz von allgemeinem Haushaltsstrom wiederum ist für die sachliche Marktabgrenzung zwischen der Belieferung im Rahmen der so genannten Grundversorgung (Strom-Grundversorgungsmarkt) und auf der Basis von Sonderverträgen (Strom-Sondervertragsmarkt) zu unterscheiden. Anders als Sonderverträge bietet die Grundversorgung dem Kunden eine Belieferung in einem rechtlich abgesicherten Rahmen und liegt preislich über einem Sondervertrag; Suchkosten fallen für den Kunden nicht an. Von diesen beiden sachlich getrennten Haushaltsstrommärkten sind die Strom-Grundversorgungsmärkte räumlich auf das Vertriebsgebiet des etablierten Versorgers, am besten abgebildet durch das Netzgebiet des assoziierten Stromverteilnetzbetreibers, begrenzt. Für den Strom-Grundversorgungsmarkt ergibt sich die örtliche Begrenzung aus der rechtlichen Vorgabe, dass nur ein einziges Unternehmen im festgelegten Netz die Grundversorger-Eigenschaft erhält. Der Strom-Sondervertragsmarkt hingegen ist bundesweit abzugrenzen, da der Nachfrager hier aus einer großen Zahl bundesweiter Anbieter auswählen kann und auch aus Anbietersicht eine stärkere Orientierung aus dem etablierten Vertriebsgebiet heraus zu beobachten ist.

1.3.3 Gas

Noch keine Veränderungen hingegen wurden im Berichtszeitraum an der Marktabgrenzung im Gasbereich vorgenommen. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sich dort die Wettbewerbsverhältnisse nur allmählich verbessert haben. Im Unterschied zum Strombereich war der Gasbereich durch zusätzliche Marktzutrittschürden wie den langfristigen Gaslieferverträgen und dem völligen Fehlen funktionierender Netzzugangsmodelle gekennzeichnet, die zunächst durch Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur abgebaut werden mussten (S. 120). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in den beiden Beschwerdeverfahren „RWE/SaarFerngas“ (Aktenzeichen: VI-2 Kart 1/07 (V); Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 111) und „EnBW/VNG“ (Beschluss vom 13. Oktober 2010, Aktenzeichen: VI-2 Kart 7/09 (V) – rechtskräftig) mit dem Festhalten des Bundeskartellamtes an der netzbezogenen Abgrenzung der Gasmärkte befasst. Während in der ersten Sache die Entscheidungsgründe zum Abschluss des Berichtszeitraums noch nicht vorlagen, hat das Gericht die Gasmarktabgrenzung des Bundeskartellamtes in Sachen „EnBW/VNG“ mit Beschluss vom 13. Oktober 2010 bestätigt, sich aber gegenüber einer künftig veränderten Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt gemessen am Marktöffnungsfortschritt offen gezeigt.

1.4 Verlängerung der Kernkraftwerkslaufzeiten

Das bedeutendste politische Thema für den Energiebereich war im Berichtszeitraum die Verlängerung der Laufzeiten der deutschen Kernkraftwerke. Ausweislich der im Oktober 2010 vom Deutschen Bundestag verabschiedeten Novelle des Atomgesetzes sollen die Laufzeiten bestehender deutscher Kernkraftwerke um acht Jahre für die vor 1980 in Betrieb gegangenen Anlagen und 14 Jahre für die übrigen Anlagen verlängert werden. Der Deutsche Bundestag folgte damit dem zuvor von der Bundesregierung vorgelegten Energiekonzept, das unter anderem diese Maßnahme vorsieht (vgl. Fußnote auf Seite 34). Das Bundeskartellamt hat sich insoweit an der im Vorfeld entfachten öffentlichen Diskussion beteiligt, als es – unbeschadet der zahlreichen politischen Aspekte wie Sicherheit, Umweltschutz und Versorgungsautarkie – auf die wettbewerbliche Komponente aufmerksam gemacht hat.

Die Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke ist marktstrukturell ein Nachteil. Sie zementiert die Marktstärke der vier großen Erzeuger. Die bisherige Regelung über den Atomausstieg hätte zur Konsequenz gehabt, dass bis zur Stilllegung des letzten Kernkraftwerkes (voraussichtlich 2024) ca. 20.000 MW an Erzeugungskapazität frei geworden wären. Damit hätten mittelfristig ca. 23 % der Marktanteile sukzessive neu im Wettbewerb vergeben werden können. Aus diesen Gründen hatte das Bundeskartellamt angeregt, die Laufzeitverlängerung mit einer Verpflichtung der vier großen Kernkraftwerksbetreiber zur Abgabe anderer konventioneller Erzeugungskapazitäten zu verknüpfen.

Auf der anderen Seite kann sich die Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke dämpfend auf die Entwicklung des Preisniveaus auswirken. So entspricht die nach dem Ausstiegsbeschluss vorzunehmende Beendigung der nuklearen Stromerzeugung einem sukzessiven Herausnehmen von Kapazitäten, was bei gleichbleibender Nachfrage zu einer Verschiebung der Merit Order und damit tendenziell zu einer Preiserhöhung führen kann. Des Weiteren kann davon ausgegangen werden, dass sich eine Verlängerung der Laufzeiten dämpfend auf die Entwicklung der CO₂-Zertifikate-Preise auswirken wird, mit der Folge, dass die Grenzkosten für die Stromerzeugung durch den übrigen – fossilen – Kraftwerkspark insgesamt niedriger liegen dürften als ohne Laufzeitverlängerung.

Zu berücksichtigen ist auch, dass eine mit der Laufzeitverlängerung verbundene Perpetuierung der vermachten Marktstruktur den Anreiz setzt, Gebote oberhalb der eigenen Grenzkosten abzugeben. Zudem wird die Einführung einer Kernbrennstoffsteuer zum 1. Januar 2011 mit 145 Euro pro Gramm Plutonium/Uran zu einer spürbaren Erhöhung der Grenzkosten der Kernkraftwerke führen. Wegen ihrer sehr niedrigen Grenzkosten waren Kernkraftwerke bisher sehr selten preissetzend. Mit der neuen Brennelementesteuer wird dies öfter der Fall sein, was sich strompreiserhöhend auswirken könnte.

Den Kernkraftwerken ist eine feste Reststrommenge für die Stromproduktion zugewiesen worden. Die Vorgabe fester Reststrommengen ist in der Vergangenheit in Einzelfällen zum Anlass genommen worden, Opportunitätskosten anzusetzen. Dies wäre bei einem kalendermäßigen Laufzeitende nicht möglich gewesen.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht auf den Strom-, Gas- und Fernwärmemärkten

2.1 Fusionskontrolle

In der Fusionskontrolle ist zu beobachten, dass der in der Vergangenheit noch ausgeprägte Trend der vertikalen Integration der marktbeherrschenden Vorlieferanten in die Weiterverteilerebene hinein bei Strom und Gas nahezu zum Erliegen gekommen ist (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 108 ff.). Für den Berichtszeitraum zu nennen ist diesbezüglich noch die lediglich unter Nebenbestimmungen mit Beschluss vom 5. März 2009 freigegebene Anteilsaufstockung der SaarFerngas AG an der Energie Südwest AG (vgl. Fallbericht vom 5. März 2009, B8-163/08) sowie die ebenfalls mit Nebenbestimmungen versehene Freigabe des Zusammenschlusses von RWE mit der Energieversorgung Plauen GmbH, der Stadtwerke Lingen GmbH und der Stadtwerke Radevormwald GmbH durch Beschluss vom 30. April 2010 (vgl. Fallbericht vom 30. April 2010, B8-109/09). Größere Zusammenschlussvorhaben klassischer Art waren vom Bundeskartellamt daneben im Zusammenhang mit dem Übernahmekampf um den ostdeutschen Ferngaslieferanten VNG Verbundnetz Gas AG zu bearbeiten. So wurde zunächst der mittelbare Einstieg in die VNG durch den EnBW-Konzern über den Erwerb von 26 % der Anteile an der VNG-Mehrheitsaktionärin EWE AG geprüft und mit Beschluss vom

6. Juli 2009 unter Nebenbestimmungen freigegeben (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 109 f., vgl. auch Fallbericht vom 6. Juli 2009, B8-96/08). Später wurde auch der direkte Erwerb der bislang von der EWE gehaltenen Beteiligung an der VNG in Höhe von 47,9 % unter Nebenbestimmungen mit Beschluss vom 24. August 2009 freigegeben (vgl. Fallbericht vom 26. Februar 2010, B8-23/10). Die hiergegen gerichtete Beschwerde eines Stadtwerks hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 13. Oktober 2010 (Aktenzeichen: VI-2 Kart 7/09 (V) – rechtskräftig) zurückgewiesen. Während die Nebenbestimmungen aus den Entscheidungen erfüllt wurden, konnte der direkte Erwerb bislang nicht vollzogen werden. Ebenfalls den ostdeutschen Ferngaslieferanten VNG betraf das Vorhaben der Gazprom Germania, ihre bestehende Beteiligung an der VNG auf gut zehn Prozent aufzustocken. Diese geringe Beteiligung hätte wegen besonderer Umstände – wie zum Beispiel dem Vorhandensein der „befreundeten“ Aktionärin Wintershall – grundsätzlich als Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses i. S. v. § 37 Absatz 1 Nummer 4 anmeldepflichtig sein können. Jedoch kam dies nicht in Betracht, da die Stimmrechte der zu erwerbenden Aktien teilweise stillgelegt waren. Zunehmend bestimmte im Berichtszeitraum Kooperations- und Zusammenschlussvorhaben der Stadtwerke und Regionalversorger untereinander das Bild. Die größte Transaktion dieser Art war dabei der Erwerb der Thüga AG durch ein Konsortium von Stadtwerken und Regionalversorgern unter der Führung der Mainova AG, der Stadtwerke Hannover AG und der N-ERGIE AG sowie dem Konsortium KOM9 GmbH & Co. KG. Dieser Zusammenschluss ließ nicht nur keine Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung erwarten, sondern wurde als eine strukturverbessernde Maßnahme angesehen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 106). Er wurde vom Bundeskartellamt mit Beschluss vom 30. November 2009 ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Die gestiegenen Bemühungen der Weiterverteiler, zu neuen wettbewerbsfähigen Strukturen zu gelangen, zeigt das Weiteren die vom Bundeskartellamt im Vorprüfverfahren freigegebene Übernahme der Nuon Deutschland GmbH durch den kommunalen Versorger Südwestfalen Energie- und Wasser AG. Vorausgegangen war eine entsprechende Veräußerungszusage in dem von der Europäischen Kommission auf der Grundlage der Verordnung (EG) 139/04 freigegebenen Zusammenschlussfall „Vattenfall AB/N. V. Nuon Energy“. Ein Beispiel für die Zusammenarbeit von Stadtwerken ist auch das freigegebene Gemeinschaftsunternehmen „Strasserauf“, mit dem die Stadtwerke in Oberhausen, Duisburg und Dortmund in den bundesweiten Energievertrieb an Haushaltskunden eingestiegen sind (vgl. Fallbericht vom 31. August 2009, B8-100/09).

Neben diesen Zusammenschlussvorhaben bei Gas und Strom war das Bundeskartellamt mit dem seit langer Zeit größten Zusammenschluss im Fernwärmesektor befasst, nämlich der Übernahme der Fernwärmeaktivitäten der ExxonMobil Central Europe Holding GmbH durch die RWE Energy AG (vgl. Fallbericht vom 8. Mai 2009, B8-34/09). Das Bundeskartellamt hat dieses Vorhaben mit Beschluss vom 8. Mai 2009 freigeben und darin erstmalig

Grundsätze zur Marktabgrenzung und –beurteilung im Fernwärmesektor getroffen. So handelt es sich bei der Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme jeweils um lokale Märkte mit zumeist sehr geringen Marktvolumina, auf denen dem Anbieter eine Monopolstellung zukommt. Da durch den angemeldeten Zusammenschluss das Monopol lediglich von einem Unternehmen auf ein anderes übertragen wurde, ohne dass es zu einer Veränderung der Marktstellung kommen würde, bestanden fernwärmeseitig keine Bedenken gegen die Transaktion. Soweit etliche der betroffenen Fernheizwerke mit Erdgas befeuert werden, warf der Zusammenschluss ebenfalls keine wettbewerblichen Probleme auf, da RWE in den relevanten Regionen nicht marktbeherrschender Vorlieferant von Kraftwerksgas war.

Ein weiterer Schwerpunkt der Fusionskontrolle lag im Berichtszeitraum in der Abwicklung der seitens E.ON gegenüber der Europäischen Kommission erteilten Strukturzusagen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 56). Die Veräußerung der Stromerzeugungskapazitäten wurde von E.ON sowohl durch Verkauf von Kraftwerksbeteiligungen als auch – im Einvernehmen mit der Europäischen Kommission – durch den Abschluss von Bezugsrechtsverträgen vollzogen. Erwerber waren in unterschiedlichem Umfang EdF, Electrabel, Statkraft, die Stadtwerke Hannover und der österreichische Verbund. Soweit die Transaktionen überhaupt beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig waren, wurden sie im Vorprüfverfahren freigegeben, da eine Verschlechterung der Marktverhältnisse im Sinne von § 36 Absatz 1 nicht zu erwarten war. Das Übertragungsnetz fiel an den niederländischen Netzbetreiber TenneT, der es unter der Firma Transpower GmbH & Co. KG fortführt. Daneben hat Vattenfall Europe auf freiwilliger Basis sein Übertragungsnetz, das nun unter 50Hz Transmission GmbH firmiert, an den belgischen Netzbetreiber Eliah veräußert. Beide Vorhaben wurden von der Europäischen Kommission geprüft und aufgrund ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Artikel 2 Verordnung (EG) 134/04 freigegeben.

Im Beurteilungszeitraum hat sich das Bundeskartellamt mit dem kartellrechtlichen Schicksal sog. befristeter Beteiligungen von Vorlieferanten an ihren Stadtwerkekunden befasst. Hintergrund ist eine zwischenzeitlich aufgebene Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes, die mit dem Fall „VEW/Dortmunder Energie- und Wasserversorgung“ begründet wurde (Tätigkeitsbericht 1993/1994, S. 146). In diesem und über 30 weiteren Fällen hatte das Bundeskartellamt Beteiligungen marktbeherrschender Energievorlieferanten an ihren Weiterverteilern freigegeben, sofern die Beteiligung befristet wurde. Die Frist orientierte sich an der Laufzeit der Energiebezugsverträge des betreffenden Weiterverteilers, die bis zur Liberalisierung der Energiemärkte im April 1998 regelmäßig 20 Jahre betrug. Danach sind vom Bundeskartellamt noch Beteiligungsbefristungen von bis zu zwölf Jahren akzeptiert worden (Tätigkeitsbericht 1997/1998, S. 22). Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass die Verlängerung oder Entfristung bereits bestehender, befristeter Beteiligungen eine strukturelle Verände-

rung bewirkt und damit erneut anmeldepflichtig ist. Denn ohne die Verlängerung oder Entfristung würde der Vorlieferant aufgrund der Befristung seiner Beteiligung aus den Gesellschaften ausscheiden. Die seinerzeitigen Freigaben wirken auch nicht fort, denn sie bezogen sich nur auf die von den Unternehmen selbst befristeten Beteiligungen. Entfristungen von Beteiligungen, die heute beim E.ON-Konzern liegen, konnten durch gesellschaftsvertragliche Umgestaltungen entweder als nicht kontrollpflichtig oder zumindest als im Vorprüfverfahren freigabefähig umgesetzt werden. Für EnBW gilt vergleichbares. Vattenfall Europe weist nach den im Bundeskartellamt vorliegenden Informationen keine befristeten Beteiligungen an Weiterverteilern auf. Der Großteil dieser Fälle entfällt auf den RWE-Konzern, der im Übrigen auch der Auffassung des Bundeskartellamtes, dass Entfristungen erneut die fusionsrechtliche Kontrollpflicht auslösen, entgegengetreten ist. Die Entfristung der RWE-Beteiligungen an der Stadtwerke Lingen GmbH und der Stadtwerke Radevormwald GmbH wurde mit Beschluss vom 30. April 2010 unter Nebenbestimmungen freigegeben.

2.2 Kartellverfolgung

2.2.1 Weiterverkaufsverbote

Die in der Sektoruntersuchung zu Gasfernleitungsnetzen (S. 119) vom Bundeskartellamt analysierten Gaslieferverträge enthielten zum Teil Weiterverkaufsverbote für Mindestabnahmemengen. Es handelte sich dabei vor allem um Vollversorgungsverträge mit Take-or-Pay-Klausel sowie um Band- und Programmlieferungen. Demnach kann die Situation eintreten, dass der Kunde seiner Mindestabnahmeverpflichtung nachkommen muss, obwohl sein Gasbedarf in der Abrechnungsperiode geringer ist, ohne dass ihm dabei die Möglichkeit offen stünde, das von ihm nicht benötigte und gleichwohl zu bezahlende Gas (d. h. die Mindermengen) an Dritte weiter zu veräußern.

Weiterverkaufsverbote verstoßen nach Auffassung des Bundeskartellamtes zumindest im Hinblick auf Mindestabnahmemengen gegen das Verbot des § 1 und Artikel 101 AEUV. Solche Vereinbarungen führen zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf den relevanten Gasvertriebsmärkten, auf denen die betroffenen Abnehmer das nicht benötigte Gas anbieten könnten, in dem der Sekundärhandel mit Erdgas behindert wird. Die Vertikal-GVO ist zwar anwendbar, die Weiterverkaufsverbote sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes jedoch nicht freistellungsfähige „schwarze Klauseln“ (Kernbeschränkungen). Ebenso wenig kommt nach Auffassung des Bundeskartellamtes eine Einzelfreistellung der Vereinbarungen in Frage.

Das Bundeskartellamt hatte daher gegen die betroffenen Gaslieferanten Kartellverfahren eingeleitet und ihre Ermittlungen später auch auf den Strombereich ausgedehnt. Mittlerweile konnten 17 Verfahren auf der Grundlage von Verpflichtungszusagen der betroffenen Energielieferanten mit Verfügungen nach § 32b GWB eingestellt werden. Diese haben sich dazu verpflichtet, Mindestabnahme-

mengen zukünftig vom Weiterverkaufsverbot auszunehmen. Ein weiteres Verfahren zu Weiterverkaufsverboten ist gegenwärtig noch anhängig. Hier verweigert der Gaslieferant nicht grundsätzlich die Zustimmung zum Weiterverkauf des Erdgases durch den Abnehmer, wohl aber die hierfür notwendige Verlagerung der Übergabestelle des Erdgases an einen Virtuellen Handelspunkt.

2.2.2 Strombezugsverträge

Das Bundeskartellamt ist im Zuge der Sektoruntersuchung Stromgroßhandel (S. 118 f.) auf wettbewerbsbeschränkende Klauseln in Leistungsvorhaltungsverträgen zwischen der Evonik Steag GmbH bzw. Evonik Power Saar (Evonik) und der RWE Power AG („RWE“) aufmerksam geworden. Kritische Vertragsinhalte betrafen insbesondere die Verpflichtung von Evonik, im Fall einer Vermarktung an Dritte sog. „Kapitaldienstentgelte“, die RWE im Zuge der Zusammenarbeit als Gegenleistung für die Leistungsvorhaltung durch Evonik entrichtet hatte, an RWE „zurückzuerstatten“. Die „Rückzahlungsverpflichtungen“ waren derart bemessen, dass sie eine Drittvermarktung durch Evonik effektiv verhinderten.

Das Bundeskartellamt konnte die beteiligten Unternehmen nach Verfahrenseröffnung unter Verweis auf § 1, Artikel 101 AEUV dazu bewegen, die in Rede stehenden Klauseln für gegenstandslos zu erklären. Das Verfahren wurde daraufhin eingestellt.

In der Folge hat RWE darüber hinaus erklärt, die ihr eingeräumte Option, den Strombezug aus Kraftwerken im Saarland und im Ruhrgebiet über das 2012 hinaus zu verlängern, nicht auszuüben. Damit steht künftig in substantiellem Umfang Leistung aus Evonik-Kraftwerken (mind. 1 500 MW) für die Vermarktung an Dritte zur Verfügung.

2.3 Missbrauchsaufsicht

2.3.1 Heizstromverfahren

Das Bundeskartellamt hat die im Herbst 2009 eingeleiteten Missbrauchsverfahren gegen 17 Heizstromversorger nach rund einem Jahr mit der Annahme von Verpflichtungszusagen abgeschlossen. Lediglich das Verfahren gegen die Entega GmbH & Co. KG dauert zum Berichtszeitpunkt noch an.

In Deutschland setzten knapp zwei Millionen Haushalte (ca. vier Prozent aller Wohnungen) Strom als Heizmittel ein, überwiegend zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen, jedoch in zunehmendem Maße auch von Wärmepumpen. Die Anbieter von Heizstrom sind in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten keinem effektiven Wettbewerb ausgesetzt. Anders als auf dem Markt für „normalen“ Haushaltsstrom gibt es auf dem Heizstrommarkt zahlreiche Marktzutrittsschranken für neue Anbieter und bislang kaum Wechselmöglichkeiten für die Verbraucher.

Die betroffenen Unternehmen einschließlich der Vergleichsunternehmen sowie eine Vielzahl weiterer Heizstromversorger haben sich zu umfassenden marktöffnenden Maßnahmen verpflichtet. So sollen künftig Heizstromtarife transparent im Internet veröffentlicht

werden. Des Weiteren werden die jeweiligen Netzbetreiber künftig bzw. weiterhin temperaturabhängige Lastprofile verwenden und diese ebenfalls im Internet veröffentlichen. Darüber hinaus haben sich 13 Versorger zu Rückerstattungen an ihre Heizstromkunden bzw. Preis-moratorien im Umfang von insgesamt rund 27 Mio. Euro verpflichtet. Eine Entlastung der Heizstrombezieher wird außerdem durch die Zusage der Unternehmen erreicht, ihren Kunden (weiterhin) für Heizstromlieferungen nur den nach der Konzessionsabgabenverordnung für Sondervertragslieferungen maximal zulässigen Satz von 0,11 Cent pro kWh in Rechnung zu stellen.

Insgesamt betrachtet wurden nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes im Bereich der Heizstromversorgung zuletzt vergleichsweise moderate Margen erwirtschaftet. Einige Unternehmen befanden sich – auch nach den Effizienzmaßstäben des Bundeskartellamtes – in der Kostenunterdeckung. In Anbetracht dieser Umstände und vor dem Hintergrund der höheren EEG-Umlage ab 2011, ist mit sinkenden Preisen im Heizstrombereich zumindest kurz- bis mittelfristig nicht zu rechnen. Von den marktstrukturellen Zusagen, die für ca. 70 % des Marktes gelten, erhofft sich das Bundeskartellamt eine wettbewerbliche Belebung und Erleichterungen für den Markteintritt neuer Anbieter (vgl. Bericht vom September 2010, B10-12/09 bis B10-50/09).

2.3.2 Verfahren wegen Konzessionsabgaben

Das Bundeskartellamt führt weiterhin Missbrauchsverfahren gegen Verteilnetzbetreiber, die in kommunalem Eigentum stehen (kommunale Netzgesellschaften) und ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegerechten missbrauchen, indem sie überhöhte Konzessionsabgaben von unabhängigen Gaslieferanten fordern, die Gas im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher im Versorgungsgebiet des im kommunalen Unternehmensverbund mit dem Netzbetreiber stehenden Gaslieferanten liefern. Zwölf Verfahren sind bereits abgeschlossen. Eine Reihe von Verfahren konnte nach sofortiger und vollständiger Aufgabe des Verhaltens beendet werden, in drei weiteren Verfahren ergingen Zusagenentscheidungen nach § 32b. Ein Verfahren wurde im September 2009 durch eine förmliche Missbrauchsverfügung nach § 32 abgeschlossen. Das Verfahren betraf die GAG Gasversorgung Ahrensburg GmbH in Schleswig-Holstein. Die Stadt Ahrensburg hatte im Jahre 2006 nach Auslaufen des Konzessionsvertrages das lokale Gasverteilnetz durch ihre Tochtergesellschaft, die GAG Gasversorgung Ahrensburg GmbH, übernommen. Mit der Übernahme wurden alle Kunden, die vorher Sondervertragskunden waren, als Tarifkunden eingeordnet. Durch diese Maßnahme versechsfachten sich die Einnahmen aus Konzessionsabgaben. Zugleich forderte die GAG auch von neuen Wettbewerbern die höhere Konzessionsabgabe für Tarifkunden, obwohl diese nur Sondervertragskunden hatten. Diese Praxis verstößt nach Ansicht des Bundeskartellamtes gegen die Konzessionsabgabenverordnung und ist bereits deshalb missbräuchlich. Zwar wird die hohe Konzessionsabgabe auch von dem eigenen Vertrieb der GAG gezahlt. Die Gemeinde

konnte aber auf eine Vertriebsmarge des kommunalen Versorgers verzichten, da dies durch die Erhöhung der Konzessionsabgabe kompensiert wird. Für die Gemeinde ist die Verschiebung der Marge in die Konzessionsabgabe sogar steuerlich vorteilhaft.

Für neue Wettbewerber stellen die steigenden Kosten hingegen eine erhebliche Beeinträchtigung dar. Dabei hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass in Gebieten, in denen kommunale Gasnetzbetreiber die hohe Konzessionsabgabe erheben, die Wechselquote geringer ist und solche Stadtwerke einem geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Gegen diese Entscheidung ist eine Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig.

Vor dem Hintergrund dieses Beschwerdeverfahrens hat das Bundeskartellamt eine Online-Datenerhebung unter den deutschen Gasverteilnetzbetreibern eingeleitet, um für jedes der ca. 7.000 Konzessionsgebiete den Zusammenhang zwischen der Praxis der Abrechnung von Konzessionsabgaben für Gaslieferungen im Wege der Durchleitung an Haushaltskunden im jeweiligen Versorgungsnetzgebiet mit den Wechselquoten des jeweiligen mit dem Konzessionsnehmer konzernverbundenen Gaslieferanten zu erstellen.

2.3.3 Leitfaden Konzessionsvergabe

Die Kartell- und Regulierungsbehörden haben 2009 und 2010 verstärkt Beschwerden im Zusammenhang mit der Neuvergabe von Strom- und Gaskonzessionen erhalten. Strom- und Gaskonzessionen sind spätestens alle 20 Jahre nach § 46 EnWG neu zu vergeben. Ein Großteil der bundesweit auf ca. 20 000 geschätzten Konzessionsverträge läuft bereits derzeit beziehungsweise in den nächsten Jahren aus. Gegenwärtig ist ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten, bei der Kommunen Konzessionen zunehmend an kommunale Unternehmen vergeben.

Ordnungspolitisch ist die in § 46 Energiewirtschaftsgesetz vorgesehene Vergabe der Konzession und die Überlassung des Niederspannungsnetzes fragwürdig, da es mittlerweile eine funktionierende Durchleitung und regulierte Netzentgelte gibt. Die mit einer Rekommunalisierung möglicherweise einhergehende Zersplitterung der Netze kann sich nachteilig auf den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten auswirken.

Zur Gewährleistung einer kohärenten Entscheidungspraxis sowie zur Information von Kommunen und Netzbetreibern über die Rechtsauffassung der zuständigen Behörden haben Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt nach Konsultation der zuständigen Landesbehörden im Dezember 2010 einen gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen und zur Netzüberlassung herausgegeben (Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2010, abrufbar im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de>, Rubrik „Stellungnahmen“).

Der kartellrechtliche Teil des Leitfadens betrifft vor allem die Auswahl des nächsten Konzessionsnehmers durch die jeweilige Gemeinde. Die Gemeinde trägt bei der Vergabe der Konzession eine besondere Verantwortung für den

Wettbewerb um die Konzession, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Zwar ist das Vergaberecht in aller Regel nicht anwendbar, jede Gemeinde verfügt aber bei der Vergabe der örtlichen Wegerechte über eine marktbeherrschende Stellung, die sie nicht missbrauchen darf. Missbräuchliche Verhaltensweisen lägen beispielsweise vor, wenn einzelne Bieter ohne sachlich erkennbaren Grund bevorzugt würden, die Konzessionsvergabe aufgrund von rechtswidrigen Gegenleistungen erfolgte oder nicht im Einklang mit der Konzessionsabgabenverordnung stünde.

Der energiewirtschaftsrechtliche Teil des Leitfadens behandelt insbesondere die Phase der Netzüberlassung bei einem Konzessionsnehmerwechsel.

Das Bundeskartellamt hat zu den verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Fragen insbesondere bzgl. der Konzessionsvergabe erste Verfahren eingeleitet.

2.4 Sektoruntersuchungen

2.4.1 Sektoruntersuchung Stromerzeugung

Anfang 2011 hat das Bundeskartellamt den Abschlussbericht seiner im März 2009 eingeleiteten Sektoruntersuchung Stromgroßhandel veröffentlicht. Das Bundeskartellamt hat die Wettbewerbssituation auf dem deutschen Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmarkt in den Jahren 2007 und 2008 untersucht und zu diesem Zweck Informationen von jeweils 340 Kraftwerksblöcken ausgewertet.

Der Untersuchung zufolge ist die Wettbewerbssituation beim erstmaligen Absatz von Strom weiterhin unbefriedigend. Nach wie vor teilen sich lediglich vier Unternehmen gut 80 % des Erstabsatzmarktes. Die wettbewerblichen Analysen der Sektoruntersuchung legen das Ergebnis nahe, dass diese Anbieter in Deutschland jeweils individuell über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Denn diese Unternehmen waren – jedes für sich – in einer signifikanten Anzahl von Stunden im untersuchten Zeitraum für die Deckung der Stromnachfrage in Deutschland unverzichtbar. Die Marktmachtmessung wurde mithilfe ökonomischer Ansätze durchgeführt.

Ein weiterer Schwerpunkt der Sektoruntersuchung lag auf der Überprüfung, ob die Stromerzeugungsunternehmen im Betrachtungszeitraum missbräuchlich Kraftwerkskapazitäten zurückgehalten haben und auf diese Weise den Strompreis an der Börse beeinflusst haben könnten. Von einem Missbrauch wäre dann auszugehen, wenn ein marktbeherrschender Anbieter Kapazität, die er über ihren kurzfristigen Grenzkosten verkaufen könnte, in der Erwartung zurückhält, durch die Verknappung der Angebotsmenge eine Verschiebung der Merit Order-Kurve und damit einen höheren EEX-Spotmarktpreis zu bewirken, um so Zusatzgewinne durch höhere Deckungsbeiträge für sein übriges Kraftwerkportfolio zu erzielen. Gleichwohl stellt nicht jeder Nichteinsatz von Kraftwerkskapazitäten zur Stromerzeugung einen Missbrauch dar, denn hierfür kann es zahlreiche sachliche Gründe geben. Hierzu zählen technische Restriktionen, wie Revisionen oder ungeplante Kraftwerksausfälle, Mindestlauf- und Mindeststill-

standszeiten, Netzrestriktionen oder die Vorhaltung von Regel- und Reserveleistung.

Um festzustellen, ob systematisch Kraftwerkskapazitäten nicht zur Stromerzeugung eingesetzt wurden, hat das Bundeskartellamt einen Algorithmus entwickelt, der darauf abzielt, retrospektiv die optimale Fahrweise jedes einzelnen Kraftwerksblockes hinreichend genau zu ermitteln. Durch den Algorithmus wurde ein gewisser, allerdings geringer Nichteinsatz von Kraftwerken festgestellt. Dies ist nicht mit einer missbräuchlichen Kapazitätszurückhaltung gleichzusetzen, da es Gründe gibt, die einen Nichteinsatz von Kraftwerken auch dann rechtfertigen, wenn mit ihnen ein positiver Deckungsbeitrag hätte erzielt werden können. Hierzu zählen insbesondere Handelsaktivitäten auf dem Intraday-Markt, der den Day-Ahead-Auktionen zeitlich nachgelagert ist sowie die retrospektive Optimierung unter Sicherheit, wohingegen die Unternehmen prospektiv unter Unsicherheit optimieren mussten. Eine systematische und gravierende Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten ließ sich auf Grundlage der untersuchten Daten nicht nachweisen.

Gleichwohl hat die empirische Analyse gezeigt, dass die großen Erzeuger Anreiz und Möglichkeiten haben, den Strompreis durch Kapazitätszurückhaltungen erheblich zu beeinflussen. Das liegt erstens daran, dass es aufgrund der Spezifika der deutschen Merit Order unter Umständen auch mit der Zurückhaltung von Kapazitäten in relativ geringem Umfang möglich ist, einen spürbaren Preiseffekt zu erzielen. Zweitens kann es sein, dass die Unternehmen komplexere Bietstrategien entwickelt haben. Schließlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass insbesondere in den unternehmensseitig geltend gemachten technischen Restriktionen und in den Angaben über die Grenzkosten Unsicherheiten enthalten sind, die nicht vollends ausgeräumt werden können.

Das Bundeskartellamt hat die Grenzkostenangaben ausgewählter Kraftwerksblöcke einer Plausibilitätskontrolle unterzogen. Eine vollständige Überprüfung war angesichts der Fülle der Kostenpositionen nicht darstellbar. Gerade im Hinblick auf den Ansatz von Opportunitätskosten und Aufschlägen stellen sich viele Fragen. So war z. B. ein erheblicher Anteil der Erzeugungskapazitäten aufgrund technischer Restriktionen nicht verfügbar (durchschnittlich rund 25 %). Auch diese Daten wurden überprüft. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass faktische Kapazitätszurückhaltungen als technische Restriktionen ausgewiesen wurden.

Für die Zukunft scheint es daher geboten, das Angebotsverhalten an der Strombörse wie auch die Kraftwerkeinsatzsteuerung einer effektiven Aufsicht durch die Wettbewerbsbehörden zu unterstellen. Das vom Bundeskartellamt verwendete Berechnungsmodell ermöglicht die Identifikation auffälliger Handlungsweisen. Auf der Grundlage der vorliegenden Ergebnisse kann künftig angesetzt werden, um Missbräuche durch Kapazitätszurückhaltung aufzuspüren.

Dieser analytische Rahmen sollte jedoch durch einen verbesserten Zugang zu den Erzeugungsdaten ergänzt wer-

den. Die durch die Untersuchung aufgeworfenen Fragen können am effektivsten unter dem Dach einer Markttransparenzstelle bearbeitet werden, die zeitnah und direkt Zugriff auf die erforderlichen Daten hat. Das Bundeskartellamt begrüßt daher die von der Bundesregierung geplante Einrichtung einer Markttransparenzstelle. Mit einer Markttransparenzstelle kann auch die Abschreckungswirkung einer effektiven Missbrauchsaufsicht wirksam erhöht werden (S. 34 f.).

2.4.2 Sektoruntersuchung Gastransport

Das im September 2008 gegen die frühere E.ON Gastransport GmbH eingeleitete Verfahren des Bundeskartellamts wegen des Verdachts auf Wettbewerbsbeschränkungen durch den Abschluss langfristiger Gastransportverträge wurde im Januar 2010 eingestellt (vgl. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 118 f.). Hintergrund und konkreter Anlass für die Verfahrenseinstellung war die Mitteilung der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission nach Artikel 11 Absatz 6 der Verordnung (EG) 1/2003, gemäß der die Europäische Kommission in der gleichen Angelegenheit zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III der Verordnung (EG) 1/2003 ein eigenes Verfahren eingeleitet habe (COMP/39.317 – E.ON Gas Foreclosure). Damit entfiel die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes.

Da das Bundeskartellamt über erste Anhaltspunkte dafür verfügte, dass die verfahrensgegenständlichen Langfristbuchungen ein branchenweites und kein unternehmensindividuelles Phänomen darstellen, leitete es im März 2009 eine Sektoruntersuchung nach § 32e der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen ein. Die Analysen und Ergebnisse wurden im Dezember 2009 in einem Abschlussbericht veröffentlicht (abrufbar im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de> unter der Rubrik „Stellungnahmen“).

Das Bundeskartellamt hat dabei an zahlreichen Ein- und Ausspeisepunkten von Fernleitungsnetzen für den Grenz- bzw. Marktgebietsübergang vertragliche Kapazitätsengpässe festgestellt, die vor allem durch langfristige Buchungen eines Großteils der technisch verfügbaren festen Kapazitäten durch einzelne Transportkunden verursacht wurden. Zumeist handelt es sich dabei um Gasvertriebsunternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt auf der Großhandelsebene, die mit dem jeweiligen Netzbetreiber konzernrechtlich verbunden sind. Die Untersuchung erbrachte zwar keine konkreten Anhaltspunkte für strategische Kapazitätshortungen. Langfristigen Kapazitätsbuchungen stehen auf Seiten der Transportkunden zumeist langfristige Gasbezugs- oder Gaslieferverträge mit identischer Laufzeit und Menge sowie identischer Übergabestelle gegenüber. Allerdings sind die Grenz- und Marktgebietsübergangspunkte nach Auffassung des Bundeskartellamtes unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten als wesentliche Infrastruktureinrichtungen zu betrachten. Ein Übermaß an Langfristbuchungen an diesen strategisch wichtigen Netzpunkten führt zu einer Abschottung der nachgelagerten Märkte für den Gasgroßhandel und Gaseinzelhandel zu Gunsten der etablierten

vertikal integrierten Gasversorger und behindert die übrigen Marktteilnehmer.

Vor dem Hintergrund der Novellierung der Gasnetz-zugangsverordnung (GasNZV) im Berichtszeitraum (S. 34) hatte das Bundeskartellamt jedoch auf die unmittelbare Einleitung einzelner Kartell- und Missbrauchsverfahren verzichtet und sich stattdessen für eine branchenweit gültige Regelung bezüglich der Laufzeit von Kapazitätsverträgen in der neuen GasNZV ausgesprochen, die im September 2010 in Kraft getreten ist. In Anlehnung an den konkreten Gestaltungsvorschlag des Bundeskartellamts ist nunmehr in § 14 Absatz 1 GasNZV vorgesehen, dass an Grenzen zu anderen Staaten und Marktgebieten 20 Prozent der technischen Jahreskapazität eines Einspeise- bzw. Ausspeisepunktes für Kapazitätsprodukte reserviert sind, die mit Vertragslaufzeiten von bis zu zwei Jahren einschließlich vergeben werden. 65 % der technischen Jahreskapazität eines Einspeise- bzw. Ausspeisepunktes dürfen mit Vertragslaufzeiten von mehr als vier Jahren vergeben werden. Die Neuregelung gilt zunächst nur für Neuverträge. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes ist jedoch für die Beseitigung der wettbewerblichen Probleme durch langfristige Kapazitätsbuchungen auch die Anpassung der bestehenden Kapazitätsverträge von zentraler Bedeutung. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass hierfür eine Änderung des § 115 Absatz 1 Energiewirtschaftsgesetz erforderlich ist. Für den Fall, dass eine solche Änderung nicht erfolgen sollte, erwägt das Bundeskartellamt die Einleitung von Kartell- und Missbrauchsverfahren.

2.4.3 Sektoruntersuchung Fernwärme

Im September 2009 hat das Bundeskartellamt eine Untersuchung des Fernwärmesektors auf der Grundlage von § 32e eingeleitet. Im Fernwärmebereich liegen lokale Märkte vor, auf denen sich dem Kunden nach der einmal getroffenen Systementscheidung für die Beheizung seines Wohnraums mit Fernwärme keine Alternative zum lokalen Fernwärmeanbieter bietet. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass aufgrund der hohen Kosten eines Systemwechsels bzw. der nicht verfügbaren Alternativbelieferungsmöglichkeiten letztlich in sämtlichen Fernwärmenetzen eine marktbeherrschende Stellung des lokalen Fernwärmelieferanten besteht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dies in der Entscheidung „Stadtwerke Flensburg“ in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Auskunftsbefehl bestätigt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 4. August 2010, Aktenzeichen: VI 2 Kart 8/09 (V)).

Auf der Grundlage eines Erlösvergleichs soll herausgefunden werden, welche Unternehmen günstig, weniger günstig oder teuer sind. Zwar wird die Kostenseite im Rahmen des Erlösvergleichs grundsätzlich ausgeblendet; Netzlänge und eingesetzter Brennstoff sollen als wesentliche Kostenelemente dennoch Berücksichtigung finden, da insbesondere diese Faktoren Rechtfertigungsgründe für höhere Preise im Einzelfall darstellen können.

Aus den Ergebnissen der Sektoruntersuchung kann sich in Einzelfällen ein begründeter Anfangsverdacht für

Missbrauchsverfahren ergeben. Aufgrund der Unvollständigkeit und teilweisen Fehlerhaftigkeit des Datenmaterials hat sich die Datenauswertung erheblich verzögert, so dass mit einem Abschluss der Sektoruntersuchung erst 2011 zu rechnen ist.

3. Evaluierungen abgeschlossener Verfahren

3.1 Gaspreisverfahren

Nach dem Abschluss von 33 Missbrauchsverfahren Ende 2008 hat das Bundeskartellamt 2009 und 2010 überprüft, ob die Gasversorger die Zusagen, aufgrund derer die Preissmissbrauchsverfahren im Bereich der Belieferung von Haushaltskunden eingestellt werden konnten, eingehalten haben (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 30, 114 ff.). Die Überprüfung hat sowohl ergeben, dass die finanziellen Kompensationen vollumfänglich an die Kunden ausgeschüttet wurden als auch, dass Kostensteigerungen in erheblichem Umfang nicht in Form höherer Preise an die Kunden weitergegeben wurden. Zahlreiche Gasversorger haben auf die Weitergabe gestiegener Netzentgelte oder Gasbezugskosten verzichtet oder die Vertriebspreise stärker abgesenkt als dies kostenseitig angezeigt gewesen wäre. Insgesamt sind die Kunden der vom Bundeskartellamt untersuchten Gasversorger in den Jahren 2008 und 2009 um ca. 444 Mio. Euro entlastet worden. Die während der Gaspreisverfahren geäußerten Befürchtungen, das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen mehr als 30 Gasversorger könnte neue Anbieter vom Markteintritt abhalten oder die Letztverbraucher könnten bei den etablierten Versorgern verharren, haben sich indessen nicht bestätigt. Vielmehr hat der Wettbewerb auf der Letztverbraucherstufe seit dem Abschluss der Gaspreisverfahren kontinuierlich an Schwung gewonnen. Angesichts einer immer größeren Produktvielfalt und hoher Einsparpotenziale machen Verbraucher zunehmend von den bestehenden Wechselmöglichkeiten Gebrauch. Der Evaluierungsbericht zu den Gaspreisverfahren ist auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes veröffentlicht (abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de>, unter der Rubrik „Stellungnahmen“).

3.2 Langfristige Gaslieferverträge

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum ferner eine umfassende Evaluierung seiner Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 113 f.; Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 131), die bis zum 30. September 2010 befristet waren, durchgeführt. Dies erfolgte auch, um den betroffenen Marktteilnehmern rechtzeitig vor Beginn der Verhandlungen für das nachfolgende Gaswirtschaftsjahr eine Indikation über den künftigen kartellrechtlichen Rahmen für den Vertragsabschluss zu geben. Aufgrund der im Rahmen der Evaluierung festgestellten positiven Marktveränderungen bestand für das Amt keine Veranlassung, erneut Verfahren einzuleiten und den Ferngasunternehmen Vorgaben für ihre Vertragspraxis zu machen. Gleichwohl bleiben Verfahrenseinleitungen auch zu späteren Zeitpunkten möglich, falls zukünftig aufgrund von Wettbe-

werbsbeschränkungen erneute Vorgaben erforderlich erscheinen. Die Evaluierung der Verfügungen ergab, dass die Bedeutung der seinerzeit beanstandeten Kombination von langen Laufzeiten und hohen Lieferquoten in den Gaslieferverträgen der etablierten Ferngasunternehmen stark zurückgegangen war. Das Gasgroßhandelsgeschäft hat sich vielmehr gewandelt und ist heute anbieterseitig von vielfältigen Produkten und Vertragsmodellen gekennzeichnet. Die Nachfrager können aus einer gewachsenen Zahl von Lieferanten auswählen und verfügen mittlerweile über eine gestiegene Verhandlungsmacht. Die Evaluierungsergebnisse basieren auf einer Befragung der dreizehn Verfügungsadressaten und elf ihrer wichtigsten Wettbewerber sowie von insgesamt 100 Nachfragern. Die Verfügungsadressaten und ihre Wettbewerber wurden zunächst in Bezug auf ihre Lieferverträge nach Umsatz, Absatz und Vertragsdauer gefragt sowie nach Einzelheiten zu den von ihnen abgegebenen Lieferangeboten. Daneben mussten sie die Entwicklung ihres Produktportfolios darstellen. Diese Lieferantenbefragung ergab einen starken Rückgang der durchschnittlichen Liefermengen um ca. 50 % je Vertrag und auch der Laufzeiten um durchschnittlich 70 %. Umgekehrt stieg die Anzahl der Verträge je Anbieter im Durchschnitt um ca. 40 % an. Hervorzuheben ist, dass in qualitativer Hinsicht große Fortschritte erzielt wurden, indem sich das Produktspektrum stark vergrößert hat. Die Abnehmerseite wurde nach ihrer Vertrags- und Beschaffungssituation befragt. Darüber hinaus konnten sie sich zu den Auswirkungen der Verfügungen auf ihr Unternehmen sowie zu den Wettbewerbsbedingungen beim Gasbezug im Allgemeinen äußern, was von den Befragten – bis auf ganz wenige Ausnahmen – positiv beurteilt wurde. Nach alledem bestand für das Bundeskartellamt kein Anlass zu einem erneuten Einschreiten bei Gaslieferverträgen auf der Großhandelsstufe nach §§ 1, 19 bzw. Artikel 101, 102 AEUV. Soweit die Monopolkommission noch im Jahre 2009 bezweifelt hatte, dass die Wettbewerbsentwicklung einen Verzicht auf die Untersagung langfristiger Gaslieferverträge werde tragen können (vgl. Sondergutachten Strom und Gas, 2009, S. 188 f., Rn 502), bestätigen die Evaluierungsergebnisse diese Prognose nicht. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass auch ohne erneute Verfügungen ein unmittelbarer Anstieg der Vertragslaufzeiten auf das Ausgangsniveau mit marktverschließenden Folgen ausbleiben wird. Kürzere Laufzeiten sowie eine Diversifizierung der Vorlieferantenstruktur und des Beschaffungsportfolios sind mittlerweile ein branchenweiter Trend. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind kartellbehördliche Mengen-/Laufzeitevorgaben nur für die Startzeit der Markttöffnung zuvor abgeschotteter Märkte erforderlich. Danach sollen der Wettbewerb sowie Angebot und Nachfrage über die Vertragsinhalte entscheiden (vgl. Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen vom 15. Juni 2010, abrufbar im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de>, unter der Rubrik „Stellungnahmen“).

II. Mineralölverarbeitung

Wegen Kundenschutz- und flankierenden Preisabsprachen hat das Bundeskartellamt im Dezember 2007 und Februar 2008 (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 33, 74) so-

wie im Februar und April 2009 gegen insgesamt 11 Unternehmen der Flüssiggasbranche und mehrere natürliche Personen Bußgelder in Höhe von rd. 250 Mio. Euro verhängt. Ein Bußgeldbescheid gegen eines der Unternehmen und ihren persönlich betroffenen Geschäftsführer wegen ihrer Beteiligung an Absprachen beim Vertrieb von Flaschengas an Händler und Endverbraucher wurde rechtskräftig. Da gegen die übrigen Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt wurde, erfolgte insoweit die Abgabe an die Generalstaatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Düsseldorf. Seit Juni 2010 läuft die Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf.

Das Bundeskartellamt hat gegen eine Reihe von etablierten Flüssiggasanbietern, die zum großen Teil auch Beschuldigte des oben genannten Kartellbußgeldverfahrens sind, förmliche Kartellverwaltungsverfahren eingeleitet. Die Verfahren wurden auf die Missbrauchsbestimmungen § 19 Absatz 1, Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 Absatz 1 AEUV ebenso gestützt wie auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen aus § 1 und Artikel 101 AEUV. Mit diesen Verfahren wendet sich das Bundeskartellamt gegen die Praxis etablierter Flüssiggasunternehmen, ihre Vertriebsgebiete gegenüber alternativen Lieferanten durch so genannte Fremdbefüllungsverbote abzuschotten.

III. Einzelhandel mit Motorenkraftstoffen

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum intensiver mit den Wettbewerbsverhältnissen im Tankstellen-sektor befasst. So wurde nicht nur die Sektoruntersuchung Kraftstoffe vorangetrieben, sondern auch mehrere Zusammenschlussvorhaben kritisch geprüft sowie eine Reihe von Kartell- und Missbrauchsverfahren gegen Mineralölunternehmen eingeleitet.

In der mit dem Zwischenbericht von Juni 2009 abgeschlossenen ersten Phase der Sektoruntersuchung Kraftstoffe ging es vorrangig um die Untersuchung der Marktstrukturen im Kraftstoffbereich. Das Bundeskartellamt hat hier seine jüngere Praxis (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 121), wonach auf den regional abzugrenzenden Tankstellenmärkten für Ottokraftstoff einerseits und Diesellokraftstoff andererseits ein marktbeherrschendes Oligopol, gebildet aus Shell, BP (Aral), ExxonMobil (Esso), ConocoPhillips (Jet) und Total besteht, weiter gefestigt (Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe, vom Juni 2009, S. 33-43, veröffentlicht auf den Internetseiten des Bundeskartellamtes: <http://www.bundeskartellamt.de>, unter Rubrik „Stellungnahme/Publicationen“). Die zu Grunde liegende Marktabgrenzung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 4. August 2010 (WuW/E DE-R 3000 ff. – „Tankstellenbetriebe Thüringen“) bestätigt. Nicht bestätigt wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf hingegen der Oligopolbefund selbst. Der Senat ging in der Entscheidung „Tankstellenbetriebe Thüringen“ im Gegensatz zum Bundeskartellamt von Binnenwettbewerb zwischen den fünf genannten Mineralölkonzernen aus und sprach ihnen im

Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung zu. Bezüglich des Binnenwettbewerbs fehle es an wirksamen Abschreckungsmitteln, die Wettbewerbsvorstöße eines Unternehmens entwerteten. Die Analyse des Wettbewerbsverhaltens – so das Gericht – ergebe vielmehr, dass zwischen den Mineralölkonzernen wesentlicher Wettbewerb stattfindet. Bezüglich des Außenwettbewerbs wird in der Entscheidung die Bedeutung freier Tankstellen hervorgehoben, die zusammengekommen hohe Marktanteile erreichen würden.

Das Bundeskartellamt hat gegen diese Entscheidung Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt. Es hält einstweilen an seinem Befund fest, dass zwischen den Oligopolisten wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und dass sie gegenüber den verbliebenen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung einnehmen. Dementsprechend setzt das Amt seine Untersagungslinie in der Fusionskontrolle fort (S. 121 f.) und betrachtet die Oligopolmitglieder als Adressaten der Missbrauchsbestimmungen des GWB.

Die Sektoruntersuchung Kraftstoffe war im Berichtszeitraum noch nicht abgeschlossen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 39, vgl. zu Einzelheiten auch unten S. 123). Soweit die Sektoruntersuchung in konkrete Verfahren gemündet ist, wird deren Sachstand im Folgenden kurz wiedergegeben.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Fusionskontrolle

Das Vorhaben der TOTAL Deutschland GmbH (Total), das ostdeutsche Tankstellennetz der OMV Deutschland GmbH (OMV) zu übernehmen, wurde vom Bundeskartellamt mit Beschluss vom 29. April 2009 untersagt (vgl. Fallbericht vom 29. April 2009, B8-175/08). Der Zusammenschluss ließ die Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen erwarten, welche die Total beim Absatz von Diesel- und Ottokraftstoff auf den relevanten regionalen Tankstellenmärkten zusammen mit anderen Mineralölkonzernen innehat. Vor allem wäre mit der Übernahme des ostdeutschen OMV-Netzes durch die Total nicht nur der Marktanteil des marktbeherrschenden Oligopols in der Spitze auf 80 bis 85 % angewachsen, sondern es wäre mit OMV auch einer der stärksten Wettbewerber ausgeschaltet worden. Auf die Beschwerden von Total und OMV hin hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Untersagungsentscheidung mit Beschluss vom 4. August 2010 aufgehoben (WuW/E DE-R 3000 ff. – „Tankstellenbetriebe Thüringen“). Das Bundeskartellamt hat hiergegen Rechtsbeschwerde eingelegt.

Die verfahrensgegenständlichen OMV-Tankstellen wurden mittlerweile an die zum polnischen ORLEN-Konzern gehörende ORLEN Deutschland AG veräußert. Das Bundeskartellamt hat diesen Zusammenschluss in der ersten Phase freigegeben und verspricht sich davon eine Stärkung des Außenwettbewerbs auf den betroffenen ostdeutschen Regionalmärkten.

Die Shell Deutschland Oil GmbH (Shell) hatte im Frühjahr 2009 zwei Fusionsvorhaben zeitgleich beim Bundes-

kartellamt angemeldet. Zum einen plante Shell, über die 100%ige Tochtergesellschaft Rheinland Kraftstoff GmbH eine Tankstelle der Honsel Mineralölvertriebs GmbH (Honsel) anzupachten. Honsel ist ein mittelständisches Unternehmen, das insbesondere im nordhessischen Raum Straßentankstellen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betreibt. Zum anderen sollten vier Tankstellen der Lorenz Mohr GmbH & Co KG (Lomo) erworben werden (vgl. Fallbericht vom 8. Mai 2009, B8-32/09). Lomo ist ein Mittelständler, der Straßentankstellen als Kommissionär auf Rechnung der Agip Deutschland GmbH und teilweise im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betreibt. Beide Zusammenschlussvorhaben der Shell hätten zusammen genommen eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Oligopols gemäß § 36 Absatz 1 zur Folge gehabt, da der gleiche Regionalmarkt betroffen war. Diese Verstärkungswirkung spiegelte sich insbesondere in einem Anstieg der Marktanteile wider, die die gemeinsam marktbeherrschenden Unternehmen auf den relevanten Märkten auf sich vereint hätten. Der ohnehin schwache Außenwettbewerb insbesondere durch mittelständische Tankstellenbetreiber wäre weiter geschwächt worden. Während der Erwerb der Honsel-Tankstelle mit Beschluss vom 8. Juni 2009 ohne Vorgaben freigegeben wurde, erfolgte die Freigabe des Lomo-Erwerbs mit Beschluss vom 8. Mai 2009 unter Nebenbestimmungen. Danach durfte Shell eine besonders absatzstarke Tankstelle in zentraler Lage nicht erwerben.

Ein weiteres Erwerbsvorhaben der Shell im Jahre 2010 wurde vom Bundeskartellamt zunächst abgemahnt und nach Abänderung durch die Zusammenschlussbeteiligten freigegeben. Gegenstand der Anmeldung war die langfristige Anmietung von 19 Tankstellen der EDEKA-Regionalgesellschaften, die sich auf Grundstücken von EDEKA-Supermärkten befinden, durch Shell. Die Bedenken des Bundeskartellamts bezogen sich nicht nur auf den mit dem Vorhaben einhergehenden deutlichen Anstieg der Marktanteile der Oligopolisten. Der Zusammenschluss hätte auch die Gruppe der Außenwettbewerber deutlich geschwächt. Die Supermarkttankstellen spielen außerhalb des Oligopols eine wichtige Rolle, da sie zu den wenigen gehören, die Wettbewerbsimpulse in Form niedriger Preise setzen können. Diese Tankstellen wären durch das Vorhaben in das marktbeherrschende Oligopol aufgenommen worden. Überdies hätte Shell durch die Fusion ihre Marktstellung auf dem vorgelagerten Großhandelsmarkt zulasten der unabhängigen Mineralöhländler verbessert, da ihr nach dem Zusammenschluss die Belieferung zugefallen wäre. Auch von Seiten des Mineralölmittelstands waren erhebliche Bedenken geltend gemacht worden. Shell hat daraufhin zugestimmt, in zwei wettbewerblich problematischen Regionalmärkten (Bielefeld und Herford) weniger Tankstellen als ursprünglich beabsichtigt zu erwerben. In dieser reduzierten Form konnte das Bundeskartellamt das Vorhaben freigeben.

2.2 Kartellverfolgung

Wegen der Besorgnis eines Verstoßes gegen das Kartellverbot durch ein örtliches Marktinformationsverfahren

hat das Bundeskartellamt eine unangekündigte Nachprüfung in Tankstellen in Thüringen vorgenommen. Dabei wurden Nachweise dafür gefunden, dass die Betreiber vor Ort mehrfach täglich miteinander telefonisch Preisinformationen ausgetauscht haben. Hintergrund ist die vertragliche Verpflichtung der Betreiber, die Tankstellenpreise von nahegelegenen Wettbewerbern an ihre eigene Mineralölgesellschaft zu melden. Mit dem beanstandeten Verhalten wollten die Betreiber – ohne Wissen ihrer Gesellschaften – den mit dieser Verpflichtung verbundenen Aufwand vermeiden. Das Bundeskartellamt hat sich zunächst von den betroffenen Mineralölgesellschaften deren Mechanismen erläutern lassen, wie die Tankstellenbetreiber zu einer geordneten Erfüllung ihrer Preismeldepflicht angehalten werden, und in der Branche Sensibilität gegenüber diesem Problem hergestellt. Vorfälle dieser Art sind in der Folge auch nicht mehr bekannt geworden. Das Amt behält sich erforderlichenfalls weitere Schritte vor.

Im Verlaufe der Sektoruntersuchung hat sich das Bundeskartellamt ferner eingehend mit den Strukturen des Kraftstoffabsatzes über Bundesautobahntankstellen (BAT) befasst und in diesem Zusammenhang eine im Hinblick auf § 1 sowie Artikel 101 AEUV in Zukunft nicht mehr tragfähige Praxis beendet. So wurde in der Vergangenheit der überwiegende Teil der Vertriebsrechte für Otto- und Dieselmotorkraftstoff an den BAT von der Autobahn Tank & Rast GmbH (Tank & Rast) und ihren Rechtsvorgängerinnen ausschließlich nach dem so genannten Quotenmodell vergeben, also spiegelbildlich zu den Marktanteilen der Mineralölunternehmen an Straßentankstellen (vgl. Tätigkeitsbericht 1967, S. 38). Die praktische Abwicklung wurde von einem Arbeitskreis BAT übernommen, in dem alle Belieferer an der Autobahn organisiert waren. Im Jahr 2008 haben drei große Mineralölkonzerne ihre Mitwirkung an der Arbeit des Arbeitskreises BAT – dem Vernehmen nach wegen kartellrechtlicher Überlegungen – beendet. Ende des Jahres 2008 kündigte die Tank & Rast an, ihre Vergabekriterien zum 1. Januar 2013 grundlegend erneuern zu wollen (S. 123). Das Bundeskartellamt hielt eine Fortsetzung der bisherigen Praxis für unvereinbar mit § 1 sowie Artikel 101 AEUV und hat dies dem Arbeitskreis BAT sowie der Tank & Rast mitgeteilt. Denn zum einen würden auf diese Weise Mineralölunternehmen aus dem Markt gehalten, die ihren Marktzutritt in Deutschland zunächst über das Autobahngeschäft bewerkstelligen wollen. Zum anderen würden solche Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt, die zwar bereits im deutschen Straßengeschäft tätig sind, jedoch das Autobahngeschäft übergewichten wollen. Beide Strategien lässt ein Modell nicht zu, das die Verteilung sämtlicher Rechte an BAT exakt an die Präsenz im deutschen Straßentankstellengeschäft knüpft. Auch die konkrete Abwicklung der Quotenverteilung über den Arbeitskreis BAT stieß auf wettbewerbliche Bedenken. Für die Zeit bis zur Implementierung der neuen Vergabekriterien durch Tank & Rast wurde eine übergangsweise Lösung für die Zuordnung der Rechte gefunden, die eine Mitwirkung des Arbeitskreises BAT nicht erforderlich macht.

2.3 Missbrauchsaufsicht

Dem Bundeskartellamt sind im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe eine Reihe von Beschwerden kleiner und mittlerer Tankstellenbetreiber vorgelegt worden, wonach sie Verdrängungspreisstrategien der vertikal integrierten Mineralölunternehmen ausgesetzt sein sollen. Bezüglich einer Region hat das Bundeskartellamt ein Kartellverwaltungsverfahren eingeleitet, nicht zuletzt auch um darin exemplarisch Beurteilungsgrundsätze für die Prüfung einer Preiskostenschere nach § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 zu entwickeln. Die Untersuchung der Preisgestaltung in der betroffenen Region erfolgte retrospektiv für die Zeiträume Dezember 2009/Januar 2010. Die Grundkonstellation einer Preisschere ließ sich dort zunächst belegen, denn ein vertikal integriertes Mineralölunternehmen belieferte kleine und mittlere Tankstellenunternehmen und stand mit diesen auf dem örtlichen Tankstellenmarkt in Konkurrenz. Die relevanten Raffineriepreise und Tankstellenpreise wurden ermittelt und konnten tagesscharf gegenübergestellt werden. Aufgrund von praktischen Besonderheiten bei der Beschaffung und dem Weiterverkauf von Kraftstoffen stellten sich allerdings im Rahmen der Prüfung zahlreiche Auslegungsfragen. So holen kleine und mittlere Tankstellenunternehmen oftmals die gekaufte Kraftstoffmenge nicht vollständig zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern gestreckt über mehrere Tage ab. Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 zwar vom Wortlaut her auf den Preis für die Lieferung abstellt, in der Regel aber an der Raffinerie ausgeliefert wird und insofern für den Transport des Kraftstoffs von der Raffinerie zur Tankstelle noch Kosten anfallen. Schließlich kommen bei einzelnen Kunden allgemeine Rabatte oder Kombinationsrabatte mit Einkäufen aus einem benachbarten Supermarkt zur Anwendung. Das Bundeskartellamt hat dem betroffenen vertikal integrierten Mineralölunternehmen zu diesen und anderen Fragen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Die Tank & Rast hat dem Bundeskartellamt Mitte 2010 eine Unterlage zu dem von ihr geplanten neuen Vergabemodell übersandt und eine Entscheidung nach § 32c dahingehend beantragt, dass das Bundeskartellamt die neue Vergabekriterien nicht beanstandet. Nach Durchführung eines Markttestes sowie der Einholung eines Sachverständigengutachtens hat das Amt am 14. Januar 2011 entschieden, dass das neue Vergabemodell keinen Anlass zu kartellbehördlichem Einschreiten gibt. Die Tank & Rast beabsichtigt, die Vertriebsrechte für Bundesautobahntankstellen (BAT) künftig nicht mehr ausschließlich anhand des Quotenmodells (S. 122) zu vergeben. Zusätzlich werden BAT nun auch verauktioniert bzw. von der Tank & Rast im Rahmen der Selbstbelieferung bewirtschaftet. Innerhalb des Quotenmodells soll die Zuteilung der BAT künftig nicht mehr durch den Arbeitskreis BAT, sondern durch einen mit dem Bundeskartellamt abgestimmten Sachverständigen erfolgen. Die im Rahmen von § 32c gebotene Prüfung durch das Bundeskartellamt ergab, dass weder die Voraussetzungen der Missbrauchsverbote aus §§ 19, 20 bzw. Artikel 102 AEUV noch des Kartellverbots aus § 1 bzw. Artikel 101 AEUV in einer Weise er-

füllt sind, die zu kartellbehördlichem Einschreiten Anlass gibt. Vorausgegangen waren eine Reihe von Präzisierungen, Ergänzungen und Änderungen des eingereichten Konzepts durch die Tank & Rast.

2.4 Sektoruntersuchungen

Die oben genannten Zusammenschluss-, Kartell- und Missbrauchsverfahren wurden vor dem Hintergrund der Sektoruntersuchung Kraftstoffe geführt. Im Zwischenbericht vom Juni 2009 beschrieb das Bundeskartellamt Anlass und Rechtsgrundlage für die Einleitung der Untersuchung und erläuterte Verlauf und Ergebnisse dieses Projekts (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 31). Bis zu diesem Zeitpunkt ging es vor allem darum, die generellen Marktbedingungen zu beleuchten und mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu identifizieren. In der Folgezeit standen die Verteidigung und Erhärtung des Oligopolbefunds (vgl. S. 121 f.), eine quantitative Untersuchung von Tankstellenpreisen in vier Modellregionen sowie die Analyse von weiteren wettbewerblich relevanten Schwerpunktthemen (Verdrängungspreise, Markenpartner- und Markenhändlerverträge, Tank- und Servicekarten, Bundesautobahntankstellen) im Vordergrund. Die Gesamtergebnisse der Sektoruntersuchung wurden der Öffentlichkeit und Fachwelt im Mai 2011 in einem Abschlussbericht präsentiert.

3. Auswirkungen

Aus dem Ausgang des Rechtsbeschwerdeverfahrens „Tankstellenbetriebe Thüringen“ ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die Arbeit des Bundeskartellamts im Straßentankstellengeschäft. Im Falle einer Bestätigung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf wären stärkere Zukäufe seitens der Oligopolmitglieder auf der Tankstellenebene nicht zu verhindern. Zudem würde wegen der Betonung der Stärke des Mineralölmittelstands durch das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Missbrauchsaufsicht in diesem Bereich praktisch unmöglich.

Im Autobahngeschäft erwartet das Bundeskartellamt nach der Umstellung der Vergabekriterien mehr Spielräume für differenzierte Strategien der Mineralölunternehmen und geringere Anreize für Hochpreisstrategien.

IV. Wasserversorgungswirtschaft

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Das deutsche Kartellrecht kennt eine verschärfte Preismissbrauchskontrolle für Trinkwasserpreise, die sich aus der Vorschrift des § 103 GWB a.F. (1990), der über § 131 weiterhin anwendbar ist, ergibt. Aufgrund der Kleinräumigkeit der Trinkwasserversorgung obliegt die Anwendung dieser Vorschrift im Wesentlichen den Landeskartellbehörden, während das Bundeskartellamt nur ganz ausnahmsweise die Angemessenheit von Trinkwasserpreisen prüft (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 134, und Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 140). Mit der Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ hat der Bundesgerichtshof im Februar 2010 erstmals Grundsätze zur Anwendung

des Kartellrechts im Trinkwasserbereich aufgestellt (Beschluss vom 02. Februar 2010, KVR 66/08). Vorausgegangen war eine Preissenkungsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen gegenüber einem hessischen Wasserversorger. Der Bundesgerichtshof hat die Verfügung der Kartellbehörde im Wesentlichen bestätigt, weil das Versorgungsunternehmen, dessen Preise vergleichsweise hoch waren, die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe nicht konkret genug nachweisen konnte. So hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass an das Merkmal der Gleichartigkeit in § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB a.F. (1990) keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen, sondern es nur die Funktion einer groben Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen hat. Das betroffene Versorgungsunternehmen kann sich, so der Bundesgerichtshof weiter, bei dem ihm nach § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB a.F. (1990) obliegenden Nachweis, dass seine ungünstigeren Preise auf nicht zu-rechenbaren Umständen beruhen, nur auf solche Kostenfaktoren berufen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Der von der Landeskartellbehörde Hessen in der zugrunde liegenden Verfügung ebenfalls festgestellte rückwirkende Preismissbrauch, ist hingegen laut Bundesgerichtshof im Anwendungsbereich der §§ 103, 22 GWB a. F. (1990) nicht zulässig. Ausgehend von dieser höchstrichterlichen Entscheidung hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum begonnen, die Verhältnisse im Trinkwasserbereich in Deutschland aufzuklären, und hat ein konkretes Preismissbrauchsverfahren gegen den größten deutschen Trinkwasserversorger, die Berliner Wasserbetriebe, eingeleitet.

Im Unterschied zu anderen europäischen Staaten ist die Trinkwasserversorgung in Deutschland sehr fragmentiert. So gibt es bundesweit über 6 000 einzelne Trinkwasserversorger. Während die großstädtischen Wasserversorger ganz überwiegend privatrechtlich organisiert sind und Wasserpreise fordern, sind die ländlichen Wasserversorger häufig öffentlich-rechtlich organisiert und erheben zumeist öffentlich-rechtliche Wassergebühren. Der relevante Markt für den Absatz von Trinkwasser an Endkunden wird vom Bundeskartellamt räumlich nach dem jeweiligen Leitungsnetz des Wasserversorgers abgrenzt. Den etablierten Trinkwasserversorgern kommt auf den so abgrenzten Märkten eine Monopolstellung zu.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Schwerpunkt der Befassung mit dem Wassersektor war im Berichtszeitraum das Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen deren Preisgestaltung beim Absatz von Trinkwasser an Endkunden in Berlin. Vorausgegangen war ein erfolgreicher Antrag des Bundeskartellamts nach § 49 Absatz 3 an die Landeskartellbehörde Berlin mit dem Ziel, die Zuständigkeit für die Prüfung der Berliner Wasserpreise zu erhalten. Der Abgabeantrag war sachgerecht, weil die Berliner Senatsverwaltung ansonsten in eigener Sache als Landeskartellbehörde entscheiden müsste. Die Verfahrenseröffnung war angezeigt, da es sich mangels Liberalisierung um einen Monopolsektor

handelt und die Kunden sich auf dem Zivilrechtswege wegen der erheblichen Nachweisschwierigkeiten kaum hätten selbst helfen können. Konkret war die Preisgestaltung der Berliner Wasserbetriebe ins Blickfeld geraten, weil sie ausweislich eines ersten Preisvergleichs auffällig erschien. Denn im Vergleich zu den nächst größten städtischen Wasserversorgern in Hamburg, München und Köln verlangt das Unternehmen einen wesentlich höheren Preis pro m³ Wasser. Da es sich bei Berlin um eines der bedeutendsten Versorgungsgebiete in Deutschland mit knapp 3,5 Mio. Einwohnern handelt, war eine Überprüfung durch das Bundeskartellamt – auch wegen seiner im Zusammenhang mit der Anwendung von § 29 GWB gezeigten Expertise – sachgerecht. Träger der Berliner Wasserbetriebe als Anstalt des öffentlichen Rechts ist allein das Land Berlin, doch gibt es eine atypische stille Beteiligung eines privaten Konsortiums bestehend aus RWE Aqua und Veolia Wasser in Höhe von 49 % (Rest: Land Berlin). Vorausgegangen war eine Teilprivatisierung der damals rein kommunalen Wasserbetriebe Berlin im Jahre 1999. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Berliner Wasserbetriebe wird vom Land Berlin benannt, während den Vorstandsvorsitzenden die privaten Partner vorschlagen.

Soweit die Preise der Berliner Wasserbetriebe in bestimmten Grenzen durch das Berliner Landesrecht vorbestimmt werden, ist das Bundeskartellamt im Gegensatz zu den Berliner Wasserbetrieben der Auffassung, dass die Anwendbarkeit des GWB, insbesondere des § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB a.F. (1990), nicht eingeschränkt wird. Die Prüfungskompetenz des Bundeskartellamts wird durch das Berliner Landesrecht nicht eingeschränkt. Denn abgesehen von der Frage, ob die spezifische Berliner Gesetzeslage nicht schon aus konzernrechtlichen Gründen dem Unternehmen zugerechnet werden muss, verbleiben den Berliner Wasserbetrieben bei der Berechnung der Wasserpreise erhebliche Verhaltensspielräume. Daran ändert auch die Genehmigung der Wassertarife durch den Berliner Senat nichts, da sie nur den Abschluss des landesrechtlichen Verfahrens bildet.

Für die Ermittlungen im Verfahren „Berliner Wasserpreise“ hat das Bundeskartellamt einen von den Kartellbehörden von Bund und Ländern einheitlich konzipierten Erhebungsbogen verwendet, der zuvor auch mit den großen Wasserverbänden konsultiert worden war. Auf der Basis dieses Erhebungsbogens hat das Bundeskartellamt 45 Wasserversorger, darunter alle deutschen Großstädte mit mehr als 200.000 Einwohnern, nach ihren Umsatzerlösen, der Art und dem Umfang der Wasserbeschaffung, den technischen Anlagen, den äußeren Bedingungen der Wasserversorgung und den betrieblichen Kosten befragt. Mit Hilfe der erhobenen Daten prüft das Bundeskartellamt, ob die Preisgestaltung der Berliner Wasserbetriebe auch im Hinblick auf strukturell gut mit Berlin vergleichbare Trinkwassermärkte missbräuchlich überhöht ist. Dabei wird vorrangig das Konzept des Erlösvergleichs zugrunde gelegt, wie es das Bundeskartellamt auch im Gasbereich erfolgreich angewendet hat (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 114 – 118). Die nachfolgende Validierung der Daten – hier mussten in beachtlichem Umfang Klarstellungen von den Befragten eingeholt wer-

den – und die anschließende Auswertung war bei Berichtsschluss noch nicht abgeschlossen.

Im Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hat der Niederbarnimer Wasser- und Abwasserzweckverband gegen den Auskunftsbefehl des Bundeskartellamts Beschwerde eingelegt, während alle übrigen Adressaten der Erhebung geantwortet haben. Der Beschwerdeführer rügt die fehlende Anwendbarkeit von § 59 Absatz 1 Satz 1 GWB auf ihn als Zweckverband und macht geltend, dass es sich bei ihm nicht um ein Unternehmen im Sinne des GWB handle. Er werde ausschließlich hoheitlich tätig und erhebe Gebühren anstelle von Preisen. Das Bundeskartellamt ist dem im Beschwerdeverfahren entgegengetreten und sieht die Trinkwasserversorgung auch eines öffentlich-rechtlich organisierten Zweckverbands als unternehmerische Tätigkeit an. Eine Beschränkung der Auskunftsbefugnisse auf Unternehmen, die Preise erheben, würde die gesetzlich vorgesehene Aufsichtstätigkeit des Bundeskartellamts gegenüber den privat-rechtlich handelnden Anbietern erschweren. Bei Zugrundelegung der Auffassung des Zweckverbands wäre die Kartellbehörde auf die Befragung von Wasserunternehmen mit privat-rechtlichen Preisen beschränkt. Fände sich in diesem Kreis von Unternehmen kein geeignetes Vergleichsunternehmen, würde die im Gesetz vorgesehene Preismissbrauchsaufsicht aus rein formalen und technischen Gründen unmöglich gemacht. Das würde erst Recht für eine Missbrauchsaufsicht über Abwasserpreise gelten, weil im Abwasserbereich ganz überwiegend Gebühren erhoben werden. Im Eilverfahren ist das Oberlandesgericht Düsseldorf den Argumenten des Niederbarnimer Wasser- und Abwasserzweckverbands gefolgt und hat die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Auskunftsbefehl angeordnet (Beschluss vom 8. Dezember 2010, Aktenzeichen: VI-2 Kart 1/10 (V)). Dabei hält das Gericht im Rahmen der summarischen Prüfung nicht nur die kartellbehördlichen Auskunftsbefugnisse, sondern das GWB insgesamt für unanwendbar auf Gebühren erhebende Versorger. Das Bundeskartellamt hat zur Klärung dieser Fragen von grundsätzlicher Bedeutung Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegt.

3. Auswirkungen

Die Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ des Bundesgerichtshofs und das bisherige Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe haben gezeigt, dass das Kartellrecht die Möglichkeit zu einer effektiven Preiskontrolle im Wasserbereich bietet. Zwar sind die Verfahren im Einzelnen aufwendig, denn die Unternehmen haben die Möglichkeit, ihre hohen Preise unter Hinweis auf die Erschwernisse ihrer Versorgungsbedingungen zu rechtfertigen, die im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfallen können. Jedoch kann dies mittelfristig durch die Schaffung einer umfassenden Datenlage kompensiert werden, welche die Kartellbehörden von Bund und Ländern im Zuge der geschilderten Ermittlungen aufbauen, indem sie umfassende und inhaltlich möglichst standardisierte Fragebögen versenden und auswerten. Da nahezu sämtliche deutschen Großstädte Wasserpreise fordern, kann ein großer Teil des

Wassermarktes ohne weiteres vom Kartellrecht erfasst werden. Soweit die Monopolkommission zuletzt vorgeschlagen hat, die deutschen Wasserpreise einer umfassenden Regulierung zu unterziehen (Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, Bundestagsdrucksache 17/2600 vom 22. Juli 2010, S. 49–54), dürfte der damit verbundene hohe Aufwand – sowohl für die Regulierungsbehörde als auch für die Wasserversorger – kaum durch die bei den Wasserunternehmen zu erzielenden Einsparungsmöglichkeiten gerechtfertigt sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bereits die wesentlich schlanker angelegte kartellrechtliche Preiskontrolle wirksam durchgeführt wird.

E. Verkehrswirtschaft

I. Landverkehr

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Bereich des schienengebundenen Landverkehrs (Schienengüterverkehr, Schienenpersonenfernverkehr und Schienenpersonennahverkehr) hat die Deutsche Bahn AG (DBAG) ihre Vorrangstellung im Berichtszeitraum behauptet.

Im nationalen Schienengüterverkehr, der aufgrund der Wirtschaftskrise im Jahr 2009 mit einem Rückgang des Transportvolumens von ca. 115 Mrd. Tonnenkilometern im Jahr 2008 auf ca. 96 Mrd. Tonnenkilometer konfrontiert war, verfügte die DBAG im Jahr 2009 nach eigenen Angaben über einen Marktanteil von 75,4 % gegenüber 78,8 % im Jahr 2008 (Wettbewerbsbericht der DBAG 2010, S. 13). Wichtige Wettbewerber der DBAG sind u. a. die französische Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF) (ITL-Cargo GmbH, Captrain GmbH), die schweizerische SBB Cargo (SBB Cargo Deutschland GmbH), die italienische Ferrovie dello Stato (TX Logistik AG, Arriva Deutschland GmbH/Osthannoversche Eisenbahnen AG) sowie die Häfen und Güterverkehr Köln AG.

Nahezu ohne Wettbewerb ist die DBAG weiterhin im nationalen Schienenpersonenfernverkehr. Die Unternehmen SNCF und locomore Rail GmbH & Co. KG, die im Berichtszeitraum angekündigt hatten, auf einzelnen innerdeutschen Strecken in Konkurrenz zur DBAG zu treten, haben diese Pläne aus wirtschaftlichen Gründen wieder aufgegeben (SNCF) bzw. aufgrund von Schwierigkeiten beim Erhalt von Trassen im Berichtszeitraum nicht umgesetzt (locomore).

Auch im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) verfügt die DBAG weiterhin über eine überragende Marktstellung. Im Jahr 2009 betrug ihr Marktanteil gemessen an Zugkilometern 79,7 % gegenüber 81,6 % im Jahr 2008. Gemessen an Personenkilometern betrug der Marktanteil der DBAG im Jahr 2009 87,9 % gegenüber 88,6 % im Jahr 2008 (Wettbewerbsbericht der DBAG 2010, S. 19 f.). Der höhere Marktanteil bei den Personenkilometern verdeutlicht, dass die DBAG im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern in der Regel die aufkommensstarken Strecken bedient. Wichtige Wettbewerber der DBAG sind die zum

französischen Mischkonzern Veolia Environnement gehörende Veolia Verkehr GmbH, die zur Ferrovie dello Stato gehörende Arriva Deutschland GmbH, die BeNEX GmbH sowie die zur SNCF gehörende Keolis. Als weitere Staatsunternehmen sind auf dem deutschen Markt die niederländische NedRailways (Abellio GmbH) und die dänische DSB Deutschland GmbH tätig. Keines dieser Unternehmen besitzt einen zugkilometerbezogenen Marktanteil von über fünf Prozent (Wettbewerber-Report Eisenbahn 2008/2009, S. 27).

Vor dem Hintergrund der starken Marktstellung der DBAG im SPNV kommt der wettbewerblichen Ausrichtung des Regulierungsrahmens bei der Vergabe von Verkehrsverträgen im SPNV eine besonders wichtige Bedeutung zu. Das Bundeskartellamt spricht sich daher dafür aus, bei der anstehenden Implementierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/07 (Verordnung (EG) Nr. 1370/07 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates) in nationales Recht davon abzusehen, die in dieser Verordnung vorgesehene Möglichkeit der Direktvergabe von Verkehrsverträgen im nationalen Recht festzuschreiben (S. 36 f.). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 2011 (Aktenzeichen: X ZB 4/10), dass bei der Vergabe von SPNV-Leistungen das allgemeine Vergaberecht (4. Teil des GWB) und nicht das Allgemeine Eisenbahngesetz anwendbar ist. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass das nationale Vergaberecht einer Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegensteht. Diese Entscheidung bedeutet eine erhebliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im SPNV (s. sogleich 2.2. und S. 36 f.).

Auch im Öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV) ist bei der Implementierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/07 darauf zu achten, dass der bislang schon wettbewerblich mangelhaft ausgestattete Regulierungsrahmen nicht weiter verschlechtert wird. Starke Tendenzen zu einer solchen Verschlechterung sieht das Bundeskartellamt in der im Markt zu beobachtenden Hinwendung der Aufgabenträger, Verkehrsleistungen im Wege der Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/07 an ihre eigenen Verkehrsunternehmen zu vergeben (S. 36 f.).

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

2.1 Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum mehrere Zusammenschlussvorhaben im Bereich des nationalen und/oder grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs geprüft und sämtlich in der ersten Phase freigegeben. Darunter fiel die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der DBAG und der Société Nationale des Chemins de Fer Belges (Belgien) bezüglich des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs zwischen Deutschland und Belgien. Das Vorhaben betraf in erster

Linie den Schienengüter-Einzelwagenverkehr und damit den Markt für (Einzel-)Ladungsverkehr. Der Markt für (Einzel-)Ladungsverkehr umfasst als Transportmittel neben der Bahn vor allem den LKW (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 128). Vor diesem Hintergrund warf das Vorhaben keine wettbewerblichen Bedenken auf. Weitere wichtige Zusammenschlussvorhaben waren der Erwerb der Veolia Cargo Deutschland GmbH, die im vorangegangenen Berichtszeitraum RAIL4CHEM erworben hatte (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 128) durch die SNCF, der Erwerb der Log-o-Rail GmbH durch die zur VTG AG sowie zu Kühne + Nagel gehörende Transpetrol, der Erwerb der Mittelweserbahn GmbH durch die dem Land Niedersachsen gehörende Eisenbahnen und Verkehrsbetriebe Elbe-Weser GmbH sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der SNCF und ArcelorMittal.

Im Bereich der Vermietung von Eisenbahngüterwagen (Getreidewagen) sowie der Organisation von Getreidetransporten hat das Bundeskartellamt den Erwerb der zur schweizerischen Ermewa gehörenden TMF durch die VTG AG in der ersten Phase freigegeben. Durch diese Veräußerung wurde eine Auflage der Europäischen Kommission im Fall COMP/M.5579 „TLP (SNCF)/Ermewa“ erfüllt.

Geprüft hat das Bundeskartellamt zudem die Gründung der XRail S.A. (Belgien) durch die Unternehmen CD Cargo a. s. (Tschechische Republik), CFL Cargo S.A. (Luxemburg), Green Cargo AB (Schweden), DB Schenker Rail Deutschland AG, Rail Cargo Austria (Österreich), Société Nationale des Chemins de Fer Belges (Belgien) und SBB Cargo AG (Schweiz). Das Gemeinschaftsunternehmen sowie die diesem zugrunde liegende Kooperation sollen zu einer Verbesserung der Qualität des grenzüberschreitenden Schienengüter-Einzelwagenverkehrs führen. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens führte nicht zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen der beteiligten Unternehmen. Da das Gemeinschaftsunternehmen ausschließlich den Schienengüter-Einzelwagenverkehr betraf, war das Transportmittel LKW mit in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Die Europäische Kommission hat das Vorhaben unter dem Gesichtspunkt von Artikel 101 AEUV geprüft und den Beteiligten mitgeteilt, dass sie den Fall nicht weiter untersuchen wird.

Im Bereich des SPNV hat das Bundeskartellamt vor dem Hintergrund der überragenden Marktstellung der DBAG den Erwerb von Anteilen an der VIAS GmbH durch die deutsche Tochtergesellschaft DSB Deutschland GmbH der dänischen Staatsbahn sowie die Gründung zweier Gemeinschaftsunternehmen durch die DSB Deutschland GmbH und die R.A.T.H. GmbH in der ersten Phase freigegeben.

Im Bereich des ÖSPV war der Berichtszeitraum geprägt durch Zusammenschlussvorhaben zwischen kommunalen Verkehrsunternehmen. Nachdem das Bundeskartellamt im Verfahren RheinEnergie AG/Stadtwerke Bonn Beteiligungsgesellschaft mbH den Beteiligten mitgeteilt hatte,

dass es beabsichtigt, das Vorhaben zu untersagen, haben die Beteiligten die Anmeldung zurückgenommen. Das Zusammenschlussvorhaben hätte zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Aufgabenträgermarkt des ÖSPV im Gebiet des Verkehrsverbundes Rhein-Sieg geführt. Verworfen hat das Bundeskartellamt die Rechtsauffassung, dass aufgrund der gesellschafts- und konsortialvertraglichen Regelungen, die einen Einfluss der RheinEnergie AG auf die Stadtwerke Bonn Verkehrs GmbH ausschließen sollten, der Bereich des ÖSPV weder formell noch materiell von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen sei (Ablehnung des sog. „tracking-stock-Modells“) (vgl. Fallbericht vom 20. August 2010, B9 – 202/08).

In der ersten Phase freigegeben hat das Bundeskartellamt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Essener Verkehrs-AG, der Duisburger Verkehrsgesellschaft und der Mühlheimer Verkehrsgesellschaft, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der VAG Nürnberg und der infra verkehr Fürth sowie die Aufstockung der Anteile der Hallesche Verkehrs AG und der Vetter-Gruppe an der OBS Omnibusbetrieb Saalkreis nach dem Ausscheiden des Mitgesellschafters Abellio (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 144). Da in den angrenzenden Aufgabenträgergebieten starke Wettbewerber vorhanden sind, war die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung jeweils auszuschließen. Ebenfalls in der ersten Phase freigegeben hat das Bundeskartellamt das Vorhaben der Städte Mönchengladbach und Viersen, u. a. ihre Aktivitäten im Bereich des ÖSPV unter einer gemeinsam kontrollierten Kommunalholding zusammenzufassen. Ausschlaggebend für die Entscheidung waren in erster Linie die bereits bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen den Städten im Bereich des ÖSPV, durch die die Stadt Mönchengladbach, die erheblich finanzkräftiger und marktstärker ist als die Stadt Viersen, schon vor dem Zusammenschluss mitkontrollierenden Einfluss auf den ÖSPV-Bereich der Stadt Viersen besaß.

Geändert hat das Bundeskartellamt seine Praxis bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung der Gründung von Verkehrsverbünden. Aufgegeben wird die Praxis, rein kooperative Gemeinschaftsunternehmen nicht mit den Vorschriften der Fusionskontrolle zu erfassen (Tätigkeitsbericht 1997/1998, S. 145); diese unterfallen wie konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen der formellen Fusionskontrolle. Maßgeblich für die materielle Prüfung ist, ob sich die Tätigkeit des Verkehrsverbundes ausschließlich darauf beschränkt, die Verkehrsleistung der beteiligten Verkehrsunternehmen zu vereinheitlichen und aufeinander abzustimmen, und die Tätigkeit den Wettbewerb der Unternehmen bei der Bewerbung um Linienverkehrsgenehmigungen („Wettbewerb um den Markt“, Aufgabenträgermarkt) nicht berührt. Bei der Prüfung nach § 1 vertritt das Bundeskartellamt die Auffassung, dass die Ausnahmenvorschrift des § 8 Absatz 3 Satz 7 Personenbeförderungsgesetz nicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gilt, die den Wettbewerb um den Markt betreffen.

In der ersten Phase freigegeben hat das Bundeskartellamt die Gründung des Verkehrsverbundes Stauferkreis (vgl. Fallbericht vom 25. August 2010, B9 – 74/10) und die Gründung des Verkehrsverbundes Magdeburg. Beide Vorhaben wiesen auch unter dem Gesichtspunkt von § 1 keine wettbewerblichen Probleme auf, die ein Aufgreifen gerechtfertigt hätten.

Im Jahr 2003 hatte das Bundeskartellamt den Erwerb von 49 % der Anteile an der Kieler Verkehrsgesellschaft durch die NBB Norddeutsche Bus-Beteiligungsgesellschaft unter den auflösenden Nebenbestimmungen der Nichtausschreibung von Verkehrsleistungen in den Jahren 2011 und 2013 freigegeben (Tätigkeitsbericht 2003/2004, S. 150). Im Berichtszeitraum wurde das Zusammenschlussvorhaben auf Initiative der Beteiligten rückabgewickelt (vgl. Fallbericht vom 2. September 2010, B9-58/03-1).

2.2 Kartellverfolgung

Tätig geworden ist das Bundeskartellamt im Vergabeschlichtungsverfahren Abellio Rail NRW GmbH (Abellio) – Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR (VRR) vor dem Bundesgerichtshof (Aktenzeichen: X ZB 4/10) wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen § 1, Artikel 101 AEUV (Abkauf von Wettbewerb).

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war die grundsätzliche und für die Wettbewerbsbedingungen im SPNV maßgebliche Rechtsfrage, ob SPNV-Verträge nach dem allgemeinen Vergaberecht (4. Teil des GWB) vergeben werden müssen, oder ob das Allgemeine Eisenbahngesetz, das nach verbreiteter Auffassung eine freihändige Vergabe ermöglicht (§ 15 Absatz 2 Allgemeines Eisenbahngesetz – AEG), vorrangig ist.

In dem Nachprüfungsverfahren hatte sich Abellio gegen eine Direktvergabe eines Verkehrsvertrages, der SPNV-Leistungen enthielt, durch den VRR an die DB Regio NRW GmbH (DB Regio NRW) gewandt. Die Vergabekammer Münster hatte den Verkehrsvertrag wegen Verstoßes gegen das Vergaberecht für unwirksam erklärt. Sie vertrat die Auffassung, dass das Vergaberecht (4. Teil des GWB) dem Allgemeinen Eisenbahnrecht vorgeht. Das mit der Beschwerde angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf, das die Rechtsansicht der Vergabekammer Münster teilte, sah sich durch eine abweichende Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg an einer Entscheidung gehindert und hatte die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt (Aktenzeichen: VII-Verg 19/10).

Kurz vor der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof hatte das Bundeskartellamt aus Branchenkreisen erfahren, dass Abellio und DB Regio NRW in Vergleichsverhandlungen standen, die darauf abzielten, das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof zu beenden. Abellio sollte den Nachprüfungsantrag zurücknehmen und im Gegenzug für die DB Regio NRW auf bestimmten S-Bahn-Linien als Subunternehmer tätig werden. Der VRR als Aufgabenträger sollte einem solchen Subunternehmervertrag zustimmen. Das Bundeskartellamt hatte daraufhin den Beteiligten mitgeteilt, dass ein solches Verhalten den

Verdacht eines Verstoßes gegen § 1, Artikel 101 AEUV (Abkauf von Wettbewerb) nahelegen würde. Zu einer Einigung zwischen Abellio, DB Regio NRW und dem VRR vor der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof kam es daraufhin nicht mehr.

In den nach der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten geführten Gesprächen bestätigten diese die Vergleichsverhandlungen sowie deren Inhalt (Rücknahme des Nachprüfungsantrages, Subunternehmervertrag für Abellio). Das Bundeskartellamt teilte daraufhin den Beteiligten mit, dass das Vorbringen der Beteiligten nicht geeignet war, den Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen § 1, Artikel 101 AEUV auszuräumen. Die von den Beteiligten vorgetragenen Interessen an einem Vergleich bzw. am Bestand des vergebenen Verkehrsvertrages besaßen letztlich unter kartell- und vergaberechtlichen Gesichtspunkten kein hinreichendes Gewicht. Das Bundeskartellamt kündigte den Beteiligten die Einleitung von Ordnungswidrigkeitenverfahren an, wenn Abellio den Nachprüfungsantrag zurücknimmt und dafür irgendeine Art von Gegenleistung erhält. Im Folgenden kam es nicht zu einer Rücknahme des Nachprüfungsantrages.

Der Bundesgerichtshof erklärte am 8. Februar 2011 den Nachprüfungsantrag von Abellio für begründet und entschied grundsätzlich, dass SPNV-Leistungen nach den vergaberechtlichen Vorschriften des 4. Teils des GWB zu vergeben sind. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs geht § 15 Absatz 2 AEG nicht als spezielleres Gesetz dem GWB vor, sondern wird von den Bestimmungen des GWB als dem jüngeren Gesetz verdrängt. Der Bundesgerichtshof hat zudem festgestellt, dass das nationale Vergaberecht einer Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegensteht. Diese Grundsatzentscheidung bedeutet eine erhebliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im SPNV. (vgl. Fallbericht vom 25. Februar 2011, B9-1/10-68, S. 125 f.).

3. Prüfung des Zusammenschlussvorhabens DBAG/arriva plc. durch die Europäische Kommission und der Veräußerung der Arriva Deutschland GmbH

Die Europäische Kommission hat die Übernahme des britischen Bahn- und Buskonzerns Arriva plc. durch die DBAG genehmigt (COMP/M.5855).

Arriva plc. ist im Bus- und Bahnbereich u. a. im Vereinigten Königreich, Dänemark, Deutschland, den Niederlanden, Polen und Schweden tätig. Wettbewerbliche Probleme sah die Europäische Kommission in Deutschland im Bereich des Schienengüterverkehrs, des Schienenpersonenfernverkehrs, des SPNV sowie auf einigen regionalen Märkten im Bereich des ÖSPV.

Die Freigabe erfolgte, nachdem die DBAG sich verpflichtet hatte, mit der Arriva Deutschland GmbH den gesamten deutschen Tätigkeitbereich der Arriva plc. zu veräußern. Das Bundeskartellamt hat das Verfahren der Europäischen Kommission sowohl materiell als auch bei der Ausgestaltung der Verpflichtungszusagen eng beglei-

tet. Es hat von einem Verweisungsantrag nach Artikel 9 Verordnung (EG) Nr. 139/04 abgesehen. Zum einen warf das Vorhaben in mehr als zwei Mitgliedstaaten wettbewerbliche Fragen auf (S. 58). Zum anderen wies der Fall die Besonderheit auf, dass die Beteiligten bereits im Vorfeld der formellen Anmeldung in Gesprächen sowohl mit der Europäischen Kommission als auch mit dem Bundeskartellamt signalisiert hatten, sämtliche wettbewerblichen Probleme auf deutschen Märkten durch Verpflichtungszusagen lösen zu wollen, um eine Freigabe in der ersten Phase zu erreichen. Bereits die formelle Anmeldung enthielt die Erklärung der DBAG, zur Lösung der wettbewerblichen Probleme den gesamten deutschen Tätigkeitsbereich der Arriva plc. zu veräußern.

Im Februar 2011 haben die Ferrovie dello Stato und der Investmentfond Cube Transport SCA den gesamten deutschen Tätigkeitsbereich der Arriva plc. von der DBAG erworben. Das Vorhaben wurde von der Europäischen Kommission genehmigt (COMP/M. 6124). Mit dieser Transaktion werden die Verpflichtungszusagen aus dem Verfahren COMP/M. 5855 umgesetzt.

4. Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur (BNetzA)

Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum entsprechend § 14b Absatz 2 Satz 4 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) zu beabsichtigten Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA) Stellung genommen. Ein wichtiges Verfahren war die Überprüfung der Regionalfaktoren gem. § 14f Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 AEG durch die BNetzA, bei dem es aus Sicht des Bundeskartellamtes insbesondere auf eine einheitliche räumliche Marktabgrenzung durch die Behörden ankam.

II. Luftverkehr

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Im Jahr 2009 hatte die Luftfahrtindustrie weiter mit einem massiven Nachfragerückgang zu kämpfen. Ein zusätzlicher Einbruch erfolgte im April 2010 durch die Behinderungen des europäischen Luftverkehrs infolge des Ausbruchs des Vulkans Eyjafjallajökull auf Island. Auch die im September 2010 von der Bundesregierung beschlossene Erhebung einer Flugsteuer sorgte für weitere Besorgnis in der Branche. Gegen Ende des Jahres 2010 führte zudem der harte Wintereinbruch zu Flugausfällen.

Insgesamt ist der internationale Luftverkehrsmarkt durch Überkapazitäten gekennzeichnet. Trotzdem haben einige Airlines – insbesondere die Fluggesellschaften aus der Golfregion – ihr Angebot weiter ausgebaut. Dabei müssen die europäischen Fluggesellschaften gegen die oft nur durch staatliche Hilfe am Leben gehaltene Konkurrenz aus diesen Drittstaaten ankämpfen. Die Luftverkehrsunternehmen sehen durch die Möglichkeit einer verstärkten Konsolidierung einen Ausweg aus der Krise. Doch die Luftfahrt ist gerade im Drittstaaten- bzw. transatlanti-

schen Verkehr immer noch durch Verkehrs- und Eigentumsrechte streng reguliert. Ein Problem sind z. B. Auflagen von Drittstaaten, die verhindern, dass ausländische Investoren Mehrheiten an den nationalen Airlines erwerben können. Einen ersten Schritt zur Lösung dieser Problematik ist das auf der Tagung des EU-Verkehrsministerrates am 24. Juni 2010 unterzeichnete Luftverkehrsabkommen zwischen der Europäischen Union, den Mitgliedstaaten und den USA (Open-Skies Abkommen II bzw. Open Aviation Area-Abkommen). Darüber hinaus sollen internationale Luftverkehrsabkommen die vielfach noch bestehenden Marktzutrittsschranken abbauen.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Die Luftverkehrsgesellschaften versuchen in Europa durch Fusionen und international durch Beitritte zu den drei großen Allianzen die aus ihrer Sicht erforderliche Konsolidierung voranzutreiben.

2.1 Fusionskontrolle

In Deutschland ist zunächst der Wettbewerb im Ferienflugbereich in Bewegung geraten, insbesondere im Hinblick auf das wachsende Ferienpotenzial in der Türkei. Im Juli 2010 übernahm Thomas Cook den Türkeireisen-Anbieter Öger Tours (COMP/M. 5867). Im November 2010 erhielt die türkische Kayi-Group die Betriebsgenehmigung für die Gründung einer deutschen Tochtergesellschaft German Sky, die, anders als ihre türkische Schwestergesellschaft Sky Airlines, auch nicht-türkische Ziele von Deutschland aus anfliegen kann. Im Dezember 2010 kündigte die SunExpress, ein Tochterunternehmen von Lufthansa und Türkisch Airlines und Spezialist für Türkei-Ferienflüge, ebenfalls die Gründung einer deutschen Tochtergesellschaft „SunExpress Deutschland GmbH“ an. Andererseits mussten die deutschen Ferienfluggesellschaften Blue Wings und Hamburg International Insolvenz anmelden und den Flugbetrieb einstellen.

Die zweitgrößte deutsche Fluggesellschaft Air Berlin hat durch die Übernahmen der europäischen Städteverbindungen von Tuifly im Deutschland- und Europaverkehr ihre Position hinter Lufthansa ausbauen können (vgl. Fallbericht vom 6. November 2009, B9 – 56/09). Air Berlin hat zudem ihren Anteil an der österreichischen Ferienfluggesellschaft NIKI Luftfahrt GmbH auf 49,9 % erhöht. Mit der Aufstockung der Beteiligung war die Gewährung eines Darlehens an die Privatstiftung Lauda verbunden. Die Privatstiftung hat das Wahlrecht, in drei Jahren das Darlehen zurückzuzahlen oder durch Übereignung der verbleibenden 50,1 % der Anteile an der NIKI Luftfahrt GmbH zu begleichen. Damit wäre dann auch die österreichische Billig- und Ferienfluggesellschaft voll in den Air Berlin Verbund integriert. Schließlich hat Air Berlin im Juli 2010 ihren Beitritt zur One World Allianz unter der Führung von British Airways bekanntgegeben, der bis 2012 vollzogen sein soll. In Vorbereitung auf den Beitritt hat Air Berlin mit American Airlines und Finnair, zwei Kernmitglieder der Allianz, eine Codeshare-Vereinbarung geschlossen. Eine bilaterale Vereinbarung mit British Airways und Iberia soll folgen.

Neben den Übernahmen von British Midland, Brussels Airlines und Austrian Airlines tritt Lufthansa auch offen in Preiswettbewerb zu Air Berlin und erhöhte ihre Kapazitäten auf dem Air Berlin-Drehkreuz Düsseldorf um nahezu 20 %. Derweil baut Air Berlin ihre Position im Hinblick auf den Beitritt zur One World Allianz auf dem zukünftigen Flughafen Berlin-Brandenburg-International (BBI) in Berlin-Schönefeld als voraussichtlichem Drehkreuz der Allianz weiter aus. Die Verbraucher profitieren von diesem Wettbewerb durch ein höheres Angebot an Flugverbindungen und Günstig-Tickets der beiden deutschen Fluggesellschaften.

2.2 Kartellverfolgung

Mit Entscheidung vom 24. September 2010 hat das Bundeskartellamt gegen die Condor Flugdienst GmbH eine Geldbuße in Höhe von 1,2 Mio. Euro wegen einer verbotenen Preisabsprache bei Flügen von Deutschland in die Türkei (Einzelplatzgeschäft) verhängt. Die Absprache wurde im Sommer 2009 getroffen, allerdings im Herbst bereits wieder beendet, nachdem im Rahmen einer internen Revision der Wettbewerbsverstoß erkannt wurde. Ausgelöst wurde das Verfahren durch einen Bonusantrag seitens SunExpress, einem Gemeinschaftsunternehmen der Deutschen Lufthansa AG und Turkish Airlines. Entsprechend der Bonusregelung des Bundeskartellamtes wurde von der Verhängung einer Geldbuße gegen dieses Unternehmen und dessen Verantwortliche abgesehen. Condor hat sich zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung (sog. Settlement) bereit erklärt; der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig.

III. Schifffahrt

1. Allgemeiner Überblick und wettbewerbliche Situation

Das Jahr 2009 kann für die Schifffahrt insgesamt wohl als eines der schwersten Krisenjahre seit Jahrzehnten bezeichnet werden. Der rückläufige Welthandel führte zu einem starken Rückgang der Nachfrage nach Frachtraum. Insbesondere in der Containerschifffahrt konnte ein Rückgang der transportierten Gütermenge von bis zu 20 % gegenüber dem Vorjahr festgestellt werden. Die Preise für Frachtraten waren um etwa 50 % im Vergleich zum Vorjahr gefallen, die Chartermärkte bis zu 80 % eingebrochen. Diese Entwicklung hatte wiederum Folgen für die Auftragslage der deutschen Werften, die mit Auftragsseinbrüchen und Stornierungen konfrontiert wurden. Aufgrund von Überkapazitäten und – u. a. nach Einbruch des Marktes für Schiffsbeteiligungen – fehlender Kapitalbeschaffung waren Reeder nicht mehr in der Lage, die vor der Krise bestellten Schiffe abzunehmen. Mit der Gründung einer Auffanggesellschaft („Baltic Max Feeder GmbH“) hatten die europäischen Eigner von kleineren Containerschiffen für den Kurzstreckentransport – sog. Feederschiffe – versucht, gemeinsam die Kosten für das „Aufliegen“ dieser Schiffe (d. h. aus dem Dienst nehmen) zu übernehmen. Nachdem die Europäische Kommission eine Untersuchung dieses Konzepts wegen eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 101 AEUV angekündigt

hatte, wurde das Vorhaben von den Reedern wieder aufgegeben.

In Deutschland war insbesondere die Reederei Hapag Lloyd von der Krise betroffen. Nach der Umstrukturierung der Gesellschaft im Jahr 2008 (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 130/131) war die größte deutsche Containerreederei überraschend schnell in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Nur durch eine gemeinsame Aktion des größten Anteilseigners, einem Konsortium um den Logistik-Unternehmer Klaus-Michael Kühne, des zweitgrößten Aktionärs, dem Touristik-Konzern TUI sowie der Bundesregierung, die eine Kreditbürgschaft gewährte, konnte das Unternehmen im August 2009 vor der Insolvenz gerettet werden.

Seit Beginn des Jahres 2010 scheint die Talsohle in der Containerschifffahrt durchschritten zu sein. Der überraschend starke Aufschwung des Welthandels sorgte für eine steigende Nachfrage nach Transportkapazität und bewirkte eine deutliche Erhöhung der Frachtraten. Allerdings wird befürchtet, dass diese Entwicklung durch die nun auf den Markt kommenden, vor der Krise bei den Werften in Auftrag gegebenen Schiffe und dadurch bedingte Überkapazitäten wieder einen Dämpfer erfahren wird. Insbesondere die extrem großen Schiffe mit einer Ladekapazität von über 8 000 Standard-Containern, die in Zeiten eines weltweit ständig wachsenden Transportbedarfs als ultimative Lösung galten, könnten diese Tendenz noch verstärken.

Auch der Fährverkehr zeigt deutliche Erholungstendenzen, jedoch nicht so schnell wie die global tätigen Containerlinien. Die Ostsee-Fährlinien – Scandlines, TT-Line, Finnlines und Tallink – haben im Jahr 2010 gegenüber den Einbrüchen im Jahr 2009 wieder Frachtwachse zu verzeichnen. TT-Line rechnet nach einem Minus von zwölf Prozent im Schweden-Verkehr mit einem moderaten Anstieg der Beförderungskapazität von zwei Prozent. Scandlines beabsichtigt, durch den Einsatz von zwei neuen Fähren auf der Strecke Rostock-Gedser die Kapazität zu verdoppeln. Allerdings sieht sich das Unternehmen im Dänemark-Verkehr zwischen Puttgarden und Rødby durch den geplanten Bau einer festen Querung über den Fehmarn-Belt beeinträchtigt. Das im Juli 2009 durch einen Staatsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Dänemark beschlossene Großprojekt (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 131) hat mittlerweile bereits konkrete Formen angenommen. Geplant waren eine Schrägseilbrücke oder alternativ ein Absenktunnel zwischen den Inseln Fehmarn und Lolland (Dänemark). Die Entscheidung für einen Absenktunnel ist von den das Projekt unterstützenden Parteien in Dänemark am 1. Februar 2010 getroffen worden. Damit soll es eine direkte Bahn- und Straßenverkehrsverbindung zwischen Hamburg und Kopenhagen geben. Bisher wurde der straßen- und schienengebundene Verkehr zwischen Puttgarden und Rødby über die Scandlines-Fähren abgewickelt. Diese Strecke gilt als die ertragreichste Fährverbindung des Unternehmens. Durch den Tunnel soll sich die Überfahrtszeit über den Fehmarnbelt von 45 auf 10

Minuten verkürzen. Die Fertigstellung des Bauwerks ist für Ende 2020 vorgesehen.

2. Schwerpunkte der Wettbewerbsaufsicht

Von der festen Fehmarnbelt-Querung ist auch das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Reederei Scandlines betroffen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 131). Scandlines hatte sich geweigert, zwei norwegischen Reedereien (dem Transportunternehmen Torgshatten ASA (vormals Fosen Trafikklag) sowie der Norwegian Car Carriers ASA (vormals Eidsiva Reederi ASA – fortan: die Beschwerdeführer) Zugang zu dem in ihrem Eigentum stehenden Fährhafen Puttgarden zu gewähren und damit das Unternehmen daran gehindert, einen weiteren Fährbetrieb zwischen Puttgarden und Rødby in Wettbewerb zu Scandlines aufzunehmen. Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 27. Januar 2010 festgestellt, dass Scandlines auf dieser Strecke eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbräuchlich ausnutzt. Das Bundeskartellamt machte insoweit einen Verstoß gegen § 19 Absatz 4 Nummer 4 bzw. Artikel 102 AEUV (im Sinne der Essential Facility Doctrine) geltend. Scandlines wurde aufgegeben, dieses Verhalten einzustellen und mit den Beschwerdeführern Verhandlungen über mögliche Zugangsmodalitäten aufzunehmen. Scandlines sollte dabei bis zu einem bestimmten Termin die aus ihrer Sicht angemessenen Bedingungen einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung formulieren (Zugangsvorschlag). Dem Beschluss war ein umfangreiches Prüfverfahren des Bundeskartellamtes vorausgegangen, in dem ein nautisches Gutachten in Auftrag gegeben und die landseitigen baulichen Maßnahmen mit den betroffenen Unternehmen und Behörden – insbesondere mit der Deutschen Bahn AG als Eigentümerin des größten Teils der benötigten Landflächen – erörtert wurden. Die Ermittlungen sowie das nautische Gutachten waren zu dem Ergebnis gekommen, dass sowohl im Hinblick auf die seeseitigen wie auch auf die landseitigen Verhältnisse im Fährhafen Puttgarden die Einrichtung und Aufnahme eines zweiten Fährdienstes ohne zumutbare Störungen des bisherigen Fährverkehrs von Scandlines möglich ist.

Allerdings mussten nach den ersten Plänen der Fehmarnbelt-Projektgesellschaft auch mögliche Baumaßnahmen für die geplante feste Querung – ob Brücke oder Tunnel – berücksichtigt werden, deren Linienführung derzeit im Hinblick auf die Bereiche Technik, Sicherheit, Umwelt und Geotechnologie geprüft wird. Die Beschwerdeführer hatten dargelegt, dass sie trotz der geplanten festen Querung weiter an der Aufnahme eines Fährbetriebs zwischen Puttgarden und Rødby interessiert sind. Die Beschwerdeführer hatten durch die Vorlage eines Wirtschaftsplans dargelegt, dass, auch wenn der bisher bereits einmal um zwei Jahre verschobene Eröffnungstermin im Jahr 2020 eingehalten werden sollte, sich der zusätzliche Fährbetrieb auf dieser stark frequentierten Verbindung für die Beschwerdeführer noch rentieren würde.

Gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes hat Scandlines Rechtsbeschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und Antrag auf Anordnung der aufschie-

benden Wirkung der Beschwerde gestellt. Parallel dazu beantragte Scandlines, dass bis zur Entscheidung des Gerichts über die aufschiebende Wirkung das Bundeskartellamt keine Rechte aus der Verfügung herleiten sollte. Dahinter stand die Absicht, die termingebundene Abgabe des Zugangsvorschlags zu verhindern. Dieser Antrag wurde vom Oberlandesgericht zurückgewiesen, der Senat forderte jedoch das Bundeskartellamt in einem Hinweis- und Auflagenbeschluss zur Konkretisierung bestimmter Sachverhalte im Zusammenhang mit den Möglichkeiten der landseitigen Nutzung des Fährhafens auf, insbesondere auch unter Berücksichtigung der geplanten festen Fehmarnbelt-Querung. Am 19. März 2010 reichte Scandlines fristgerecht einen Zugangsvorschlag ein.

Mit Beschluss vom 10. Juni 2010 ordnete das Oberlandesgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde von Scandlines gegen die Verfügung des Bundeskartellamtes ohne Zulassung der Rechtsbeschwerde an (Aktenzeichen: VI-Kart 1/10(V)). Damit wurden die weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien über die Zugangsmodalitäten zum Fährhafen abgebrochen. Die mündliche Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf hat am 1. Dezember 2010 stattgefunden.

Das Bundeskartellamt ermittelte auch im Bereich von Terminalumschlag-Unternehmen in den großen deutschen Nordseehäfen. Die beiden größten deutschen Terminalbetreiber, die Hamburger Hafen und Logistik AG (HHLA) und die in Bremen ansässige EUROGATE GmbH & Co. KG, planen über die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens eine gemeinsame Zusammenarbeit zur Verbesserung der Hinterlandverkehre der deutschen Nordseehäfen durch die Errichtung von auf die Bedürfnisse der Kunden zugeschnittenen Umschlaganlagen für den kombinierten Verkehr (Schiene-Straße).

Die Beteiligten planen über ein paritätisch besetztes Gemeinschaftsunternehmen die Errichtung von Anlagen für den kombinierten Verkehr an sechs Standorten und treten damit insbesondere in Wettbewerb zur DUSS – Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH –, einem Unternehmen der Deutschen Bahn AG, welches insgesamt 24 Umschlagbahnhöfe bundesweit betreibt. Da die Beteiligten im Bereich der Hinterland-Terminals in Deutschland nicht tätig sind, auch keine Beteiligungen an solchen Terminals halten, sieht das Bundeskartellamt nicht die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich. Inwieweit Abstimmungspotenzial zwischen den Beteiligten durch die zu gründenden Betreibergesellschaften entstehen kann, muss jedoch beobachtet und im Einzelfall geprüft werden.

F. Immobilienwirtschaft

Der deutsche Immobilienmarkt war im Berichtszeitraum weiterhin durch rege Akquisitionsaktivitäten institutioneller Investoren geprägt. Die zweite Inlandsumsatzschwelle hat jedoch zu einem deutlichen Rückgang der anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben geführt. Bei der überwiegenden Anzahl der Zusammenschlüsse im Immobilienbereich liegt der Umsatz des erworbenen Vermögens unterhalb der zweiten Inlandsumsatzschwelle von fünf Mio. Euro i.S.d. § 35 Absatz 1 Nummer 2. Aus diesem Grund konnte die Mitteilung des Bundeskartellamtes vom 7. April 2006 zur Anmeldepflicht des Vermögenserwerbs bei Immobilientransaktionen (Tätigkeitsbericht 2005/2006, S. 162 f.) zurückgenommen werden. Ebenso wurde die Möglichkeit zur Sammelanmeldung von sale & lease-back Transaktionen im Immobilienbereich (Tätigkeitsbericht 1999/2000, Seite 169 f.) am 31. Dezember 2009 unwirksam.

Dritter Abschnitt

Tätigkeitsbericht der Vergabekammern

Teil I: Vergaberechtsentwicklung

A. Entwicklungen im deutschen Vergaberecht

I. Novellierung des Vergaberechts

Im Berichtszeitraum wurde die bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum begonnene Vergaberechtsnovelle (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 159) mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 vorerst abgeschlossen (Bundesgesetzblatt 2009, Teil I, Nr. 20 vom 23. April 2009, S. 790 ff.). Gleiches gilt für die Novellierungen der Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen und für Bauleistungen (VOL/A, VOB/A) sowie die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Neu geschaffen wurde zur Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG die Rechtsverordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 23. September 2009, die sog. Sektorenverordnung (SektVO – Bundesgesetzblatt 2009, Teil I, Nr. 62 vom 28. September 2009, S. 3110 ff., geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 7. Juni 2010, Bundesgesetzblatt 2010, Teil I, Nr. 30 vom 10. Juni 2010, S. 724 ff.). Die SektVO regelt das Vergabeverfahren, das öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nummer 1 bis 4 anwenden müssen, wenn sie öffentliche Aufträge im Zusammenhang mit den genannten Sektorentätigkeiten vergeben wollen. Die SektVO enthält damit ein abgeschlossenes Vergaberechtsregime für Sektorenvergabeverfahren. Sie tritt neben die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung, VgV), die entsprechend abgeändert worden ist.

Der mit der SektVO begonnene Ansatz eines (wenn auch sektorspezifischen) Vergaberechts aus einem Guss ohne das Kaskadenprinzip und die dadurch verursachte komplexe Verweisungstechnik auf die Vergabeordnungen ist aus Sicht des Bundeskartellamtes grundsätzlich positiv zu bewerten. Es bleibt aus Sicht des Bundeskartellamtes insoweit gleichwohl zu berücksichtigen, dass eine Fortentwicklung des Vergaberechts nicht zu einer für die Vergabepraxis unübersichtlichen Zersplitterung des Vergaberechts führen darf.

II. Unterschwellenrechtsschutz

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Berichtszeitraum mit vorbereitenden Arbeiten begonnen, um den im Koalitionsvertrag der die Bundesregierung bildenden CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode formulierten Auftrag zur Einführung eines wirksamen Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellen umzusetzen (Koalitionsvertrag, S. 17). Das Ministerium hat dazu im Juli 2010 ein Diskussionspapier herausgegeben, das mögliche Lösungswege aufzeigt. Das

Bundeskartellamt hat dazu gegenüber dem Ministerium umfangreich Stellung genommen und bewertet die Einführung eines Unterschwellenrechtsschutzes positiv. Aus Sicht des Bundeskartellamtes bedarf es eines effektiven und daher bundeseinheitlich geregelten Rechtsschutzes und klarer Maßgaben für die Nachprüfungsmaßstäbe und Verfahrensregelungen. Regelungen eines Unterschwellenrechtsschutzes sollten sich daher im Grundsatz am System des Oberschwellenrechtsschutzes nach dem 4. Teil des GWB orientieren. Die dort vorgesehenen Mechanismen (insbesondere Grundsätze des § 97, Warte- und Informationsfrist nach § 101a, Zuschlagsverbot gemäß § 115 Absatz 1) sind in der Nachprüfungspraxis oberhalb der Schwellenwerte erprobt und bieten am ehesten die Gewähr für einen effektiven Rechtsschutz.

III. Rolle der Vergabe- und Vertragsausschüsse

Das im Koalitionsvertrag ferner formulierte Reformziel, „das Verfahren und die Festlegung der Vergaberegeln insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten“ (Koalitionsvertrag, S. 17) wurde im Berichtszeitraum nicht näher konkretisiert. Verfahren und Festlegung der Vergaberegeln sind seit langem unter- wie oberhalb der Schwellenwerte sehr stark durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) und den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) geprägt. In den Ausschüssen erarbeiten und beschließen Vertreter der Auftraggeberseite (Ressorts des Bundes, Wirtschaftsressorts der Bundesländer, kommunale Spitzenverbände) und der Auftragnehmerseite, insbesondere Spitzenorganisationen der Wirtschaft, über die Vergaberegeln der VOB und VOL. Die Geschäftsstellen der Ausschüsse sind beim Bundesministerium für Bau, Verkehr und Stadtentwicklung und beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie angesiedelt. Aufgaben und Auftrag der Ausschüsse sind in den gesetzlichen Grundlagen des Vergaberechts nicht näher konkretisiert. Ihre sachverständige Einbindung erscheint nach wie vor bedeutsam für die Fortentwicklung des Vergaberechts, wirft aber auch grundlegende Fragen ordnungspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Natur auf. Angesichts der erheblichen Bedeutung dieses Rechtskomplexes für die betroffenen Märkte und einen funktionsfähigen Wettbewerb, für Wirtschaft und Verwaltungshandeln erscheint daher eine klare und eindeutige gesetzliche Zu- und Einordnung sinnvoll, um die Rolle der Ausschüsse bei der Vergaberechtssetzung zu klären. Das Bundeskartellamt hat hierauf im Berichtszeitraum in verschiedenen vergaberechtlichen Stellungnahmen gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hingewiesen.

B. Entwicklungen im europäischen Vergaberecht

Begonnen wurde im Berichtszeitraum ferner mit der Umsetzung der EU-Richtlinie Saubere Fahrzeuge (Richtlinie 2009/33/EG vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Fahrzeuge, ABl. EU Nr. L 120 vom 15. Mai 2009, S. 5 ff.). Sie ist im Frühjahr 2011 erfolgt durch Änderung der Vergabeverordnung sowie der SektVO. Ferner wurde mit der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG begonnen (ABl. EU Nr. L 216 vom 20. August 2009, S. 76 ff.). Das Bundeskartellamt hat hierzu im Berichtszeitraum gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Stellung genommen. Auch die Implementierung der Verordnung (EG) 1370/2007 vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1 ff.) beinhaltet vergaberechtlich relevante Aspekte, u. a. sieht sie die Einrichtung eines speziellen Vergaberechtsschutzes vor (S. 36 f.). Zu dem entsprechenden Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hat das Bundeskartellamt auch insoweit gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Stellung genommen.

Teil II: Entscheidungspraxis der Vergabekammern des Bundes

A. Entwicklung und Schwerpunkte im Berichtszeitraum

Im Jahr 2009 hat die Zahl der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern des Bundes mit 238 Anträgen den Höchststand seit Einrichtung der Vergabekammern im Jahr 1999 erreicht. Das Jahr 2010 lag mit 156 Anträgen wieder auf mittlerem Niveau.

Nach wie vor machen die gegen gesetzliche Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber gerichteten Nachprüfungsverfahren einen erheblichen Anteil an der Gesamtzahl aus. Im Jahr 2009 waren es über 30 % und 2010 noch über 20 % aller Anträge. Schwerpunktmäßig handelte es sich bei den angegriffenen Ausschreibungsverfahren wie bisher um die Vergabe von Rabattvereinbarungen i. S. d. § 130a Absatz 8 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V).

Die rechtliche Umstrittenheit dieser Vereinbarungen wird auch an der Zahl der aus den Nachprüfungen resultierenden Beschwerdeverfahren deutlich. Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstruktur in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Org WG) vom 15. Dezember 2008 hatte der Gesetzgeber die Zuständigkeit bei Streitigkeiten aus Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V zunächst den Landessozialgerichten zugewiesen (Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 8 f., 159 f.). Für die Vergabekammern des Bundes war dies das Landessozialge-

richt Nordrhein-Westfalen. Verfahren vor dieser Instanz machten im Jahr 2009 fast 65 % und im Jahr 2010 noch immer fast 40 % aller rechtsmittelbetroffenen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes aus. In der weitaus überwiegenden Zahl hat es seitens des Landesozialgerichts jedoch eine Zurückweisung der Beschwerden gegeben. Die insoweit bestätigten Ausgangsentscheidungen der Vergabekammern des Bundes waren i. d. R. zugunsten der Krankenkassen ausgefallen.

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz-AMNOG) ist die Zuständigkeit für die Klärung von Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen, zum 1. Januar 2011 wieder den Oberlandesgerichten zugefallen (S. 20 f.). Erste Entscheidungen dieser Instanz in der Hauptsache seit Inkrafttreten der Neuregelung stehen jedoch noch aus.

Insgesamt war 2009 ein Anteil von mehr als 50 % (= bedingt durch die Krankenkassenfälle) und 2010 ein Anteil von knapp 45 % der Kammerentscheidungen überhaupt beschwerdebetroffen.

Ein nicht unerheblicher Teil der Nachprüfungsverfahren hat sich im Berichtszeitraum durch Rücknahme erledigt. Im Jahr 2009 war dies bei knapp 29 % aller Anträge der Fall, im Jahr 2010 bei etwas über 30 % der Anträge. Häufig erfolgte die Rücknahme erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung.

Sonstige Erledigung der Nachprüfungsverfahren durch übereinstimmende Erklärungen der Beteiligten (insbesondere bei vollständiger oder teilweiser Abhilfe durch die Vergabestellen) trat 2009 in knapp 20 % der Anträge ein. Das Jahr 2010 brachte knapp elf Prozent solcher Verfahrensabschlüsse.

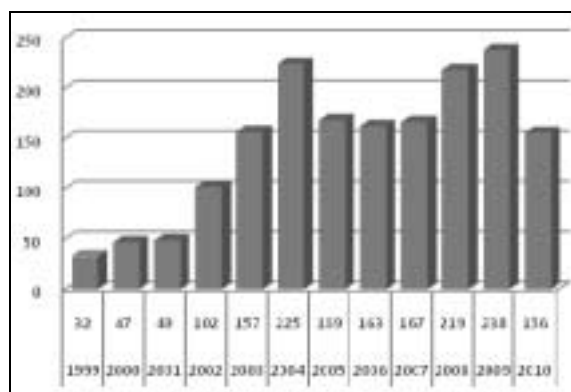
Wenn Rücknahmen oder sonstige Erledigung von Nachprüfungen auch keine Entscheidung in der Hauptsache nach sich ziehen, ergibt sich durch sie neuerdings ganz häufig ein erheblicher Prüfungs- und Entscheidungsaufwand bezüglich der Kostenentscheidung bzw. der Entscheidung über den Ersatz der verfahrensbedingten Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten. So können nach der Vergaberechtsnovelle des Vierten Teils des GWB vom April 2009 erstmalig auch Verfahrenskosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden (S. 155 f.). Abhilfeentscheidungen der Vergabestellen führen aus Billigkeitsgründen ohnehin zur Kostentragungspflicht der öffentlichen Auftraggeber. Auch muss nach der geänderten Rechtslage, die eine Abkehr von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedeutete, wonach im Falle der Rücknahme jeder Beteiligte seine verfahrensbedingten Aufwendungen selbst zu tragen hat, der Antragsteller grundsätzlich die Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen unter Beachtung von § 80 Verwaltungsverfahrensgesetz übernehmen.

Aufgrund der gesetzlichen Neuregelung findet im Übrigen keine gesonderte Festsetzung der verfahrensbedingten Aufwendungen der Beteiligten durch die Vergabe-

kammern des Bundes mehr statt. Vielmehr sind die Beteiligten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche hinsichtlich des Auslagenersatzes nunmehr auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

In der Gesamtstatistik fielen die Sachentscheidungen der Vergabekammern des Bundes im Jahr 2009 zu etwas mehr als 45 % und 2010 zu mehr als 55 % zu Gunsten der öffentlichen Auftraggeber aus. Demzufolge hatten die jeweiligen Antragsteller zumindest teilweisen Erfolg bei fast 55 % der Fälle im Jahr 2009 und zu knapp 45 % der Fälle im Jahr 2010.

Bei den Vergabekammern des Bundes eingegangene Nachprüfungsanträge 1999 bis 2010



B. Rechtsfragen aus der Nachprüfungstätigkeit der Vergabekammern des Bundes

I. Rechtsfragen der Zulässigkeit von Nachprüfungsanträgen

1. Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens

1.1 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags

Die 1. Vergabekammer des Bundes hatte über einen Nachprüfungsantrag zu entscheiden, mit dem angegriffen wurde, dass für die Nachnutzung eines stillgelegten Flughafens ein Mietvertrag ohne förmliches Vergabeverfahren abgeschlossen wurde, und die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrages begehrt wurde. Der Nachprüfungsantrag war zurückzuweisen, da es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 Absatz 1 handelte und der Antrag daher nicht statthaft war. In Betracht kam allein ein Dienstleistungsauftrag gemäß § 99 Absatz 4, wobei als den Auftragsgegenstand bildende Dienstleistung insbesondere die Durchführung einer Modemesse, für die das Gelände gemietet wurde, in Frage kam. Hier fehlte es jedoch an der Entgeltlichkeit des möglichen Auftrags. Der streitgegenständliche Vertrag enthielt weder eine Zahlungsverpflichtung der öffentlichen Auftraggeber noch eine anderweitige Verpflichtung zur Erbringung einer geldwerten Leistung. Insbesondere war eine Entgeltlichkeit nicht in den baulichen Investitionsmaßnahmen zu sehen, zu denen die Auftraggeber im Mietvertrag ver-

pflichtet sind. Denn die Investitionen kommen zunächst allein dem Mietgegenstand zugute und etwaige Kosteneinsparungen des Vertragspartners sind nicht als geldwerte Leistungen anzusehen, da dem Vertragspartner durch die Einsparungen kein irgendwie verwertbarer Wertzuwachs zukommt, sondern sich allenfalls sein unternehmerisches Risiko reduziert. Gleiches gilt für einen möglicherweise unterhalb des Marktniveaus eingeräumten Mietzins. Einen Gewinn kann der Vertragspartner nur erzielen, wenn sämtliche mit der Messedurchführung verbundenen Kosten durch entsprechende Einnahmen aus der Messedurchführung gedeckt werden. Da das wirtschaftliche Risiko bei dem Vertragspartner verbleibt, kommt im vorliegenden Fall allenfalls eine Dienstleistungskonzession in Betracht, die jedoch nicht dem Vergaberechtsregime des 4. Teils des GWB unterliegt (VK 1-95/10).

1.2 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags bei Verträgen über Entgeltumwandlung

Die 3. Vergabekammer des Bundes hatte im Rahmen eines beschleunigten Verhandlungsverfahrens über die Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts für Fälle der betrieblichen Altersversorgung in Form der Entgeltumwandlung zu entscheiden (VK3-202/09). Die Kammer war davon ausgegangen, dass diese den Begriff des öffentlichen Auftrags gemäß § 99 Absatz 4 erfüllt und damit ausschreibungspflichtig ist, konnte aber die Entscheidung im Ergebnis offen lassen. Durch ein jüngst ergangenes Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (vom 15. Juli 2010, Rs. C-271/08) ist nun klargestellt worden, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt. Der Auftraggeber kommt mit dem Vertrag über die betriebliche Altersversorgung seinen Pflichten aus dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz vom 19. Dezember 1974, BGBl. I S. 3610) nach. Im Rahmen eines solchen Vertrags zahlt der kommunale Arbeitgeber dem betreffenden Unternehmen Versicherungsprämien, die er von dem Entgelt einbehalten hat, das er den teilnehmenden Arbeitnehmern schuldet. Der Umstand, dass die Letztbegünstigten der Versorgungsleistungen die Arbeitnehmer sind, ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs nicht geeignet, den entgeltlichen Charakter eines solchen Vertrags in Frage zu stellen.

1.3 Ausnahmebereiche nach § 100 Absatz 2 Buchstabe d

Die Vergabekammern des Bundes sind bezüglich § 100 Absatz 2 Buchstabe d, 2. Var. GWB a.F., dem § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe bb entspricht, in ständiger Praxis davon ausgegangen, dass der 4. Teil des GWB bereits dann keine Anwendung findet, wenn die Ausführung des Auftrags nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert. Als besondere Sicherheitsmaßnahmen in diesem Sinne haben die Kammern insbesondere Sicherheitsüberprüfungen nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG) angesehen. Die

2. Vergabekammer des Bundes hat daher einen Nachprüfungsantrag als unstatthaft verworfen, weil das für die ausgeschriebenen IT-Serviceleistungen bei einem Bundesministerium zum Einsatz kommende Personal an sicherheitsrelevanten Stellen einer lebenswichtigen Einrichtung tätig wird und deshalb nach dem SÜG einer Sicherheitsüberprüfung bedarf (VK2-208/08). Im Beschwerdeverfahren teilte das Oberlandesgericht Düsseldorf zwar die Einschätzung, dass die Sicherheitsüberprüfung nach dem SÜG erforderlich war, bejahte aber gleichwohl die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB. Die Erforderlichkeit einer Sicherheitsüberprüfung habe nicht ohne Weiteres den Ausschluss des Vergaberechtsregimes und damit die Unstatthaftigkeit des Nachprüfungsantrags zur Folge. Vielmehr bedürfe es einer Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Auftraggebers und den Interessen der Bieter unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Nur eine objektiv gewichtige Gefährdung oder Beeinträchtigung der Sicherheitsbelange könne es rechtfertigen, von einer Anwendung der Bestimmungen des Vergaberechts abzusehen. Die gerade durch die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen zu besorgende Beeinträchtigung der staatlichen Sicherheitsbelange müsse dabei so schwerwiegend sein, dass demgegenüber die Bieterinteressen an einem förmlichen und mit subjektivem Rechtsschutz ausgestatteten Vergabeverfahren zurückzutreten haben. Wo den staatlichen Sicherheitsbelangen durch eine entsprechende Ausgestaltung des Vergabeverfahrens Rechnung getragen werden könne, habe dies – im Sinne eines „milderen Mittels“ – vorrangig zu geschehen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 10. September 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 12/09). Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung bejahte die 2. Vergabekammer des Bundes daher die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts in einem anderen, nach § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe bb zu beurteilenden Fall, in dem für einen Teil der Leistungen von der Notwendigkeit einer Sicherheitsüberprüfung des einzusetzenden Personals nach dem SÜG auszugehen war (VK2-80/10). Denn es lagen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die Sicherheitsbelange, die eine Sicherheitsüberprüfung von Mitarbeitern des Auftragnehmers erforderlich machen, durch die Anwendung des Vergaberechts und insbesondere die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nennenswert beeinträchtigt werden könnten.

Für den neu in § 100 Absatz 2 Buchstabe d eingefügten Doppelbuchstabe cc ergibt sich die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Auffassung der 2. Vergabekammer des Bundes – anders als bei Doppelbuchstabe bb – bereits aus dem Wortlaut. Danach muss u. a. die Umsetzung von Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung die Nichtanwendung des 4. Teils des GWB „gebieten“. Letzteres bejahte die Kammer in einem Fall, in dem es um die Beschaffung von Handgepäckkontrollanlagen für einen Flughafen ging (VK2-56/10). Die Geräte sollten zum Detektieren von gefährlichen Gegenständen und Stoffen dienen, welche geeignet sind, die Luftsicherheit zu gefährden (vgl. § 11 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG)). Die Maßnahmen zu deren Detektion und damit zur Ab-

wehr terroristischer Angriffe könnten in ihrer Wirksamkeit gefährdet werden, wenn technische Details über die zu beschaffenden Handgepäckkontrollanlagen an einen nicht näher abgrenzbaren Personenkreis gelangten. Eben dies ist nach Auffassung der Kammer bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht auszuschließen, in dem gegebenenfalls über die jeweilige technische Vorteilhaftigkeit der von den verfahrensbeteiligten Bietern konkurrierend angebotenen Geräte oder über die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten gestritten würde. Angesichts der deshalb mit einem Nachprüfungsverfahren potenziell verbundenen mittelbaren Gefährdung von Leib und Leben von Flugzeugpassagieren und -besatzungen führte die am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Abwägung des öffentlichen Interesses an der Sicherheit des Luftverkehrs mit dem Interesse des Antragstellers an vergaberechtlichem Primärrechtsschutz dazu, Letzteres hinter Ersterem zurücktreten zu lassen. Die nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf auch bei Anwendung des in diesem Fall ebenfalls einschlägigen § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe bb vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung konnte zu keinem anderen Ergebnis führen als die nach § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe cc. Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf sah die Voraussetzungen der Bereichsausnahme als erfüllt an. Parallel zu dem bei der Kammer betriebenen Nachprüfungsverfahren hatte die Antragstellerin aufgrund der Berufung der Antragsgegnerin auf § 100 Absatz 2 Buchstabe d) einen Antrag gemäß § 115 Absatz 4 Satz 2 und 3 beim Oberlandesgericht Düsseldorf gestellt. Diesen Antrag wies der Senat mit Beschluss vom 12. Juli 2010 (Aktenzeichen: VII Verg 27/10) als unbegründet zurück und führte dabei aus, dass mit Hilfe der Handgepäckkontrollgeräte der Verdacht auf ein Anschlagsvorhaben bestätigt werden oder sich dazu eignende Vorbereitungen aufgedeckt und unterbunden werden können. Im Sinne einer möglichst effektiven Abwehr verstehe es sich daher von selbst, dass dann auch die Aufklärungsinstrumente, ihre Beschaffenheit und Eigenschaften einem Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB entzogen sein müssen.

1.4 Vorabinformation als Beginn eines Vergabeverfahrens

In einem Nachprüfungsverfahren hatte die 3. Vergabekammer des Bundes darüber zu befinden, ob ein Nachprüfungsantrag statthaft ist, wenn der geltend gemachte Vergabeverstoss, ein zu großer Zuschnitt der Regionallose, in einer Vorinformation nach § 17 Nummer 3 VOL/A (2006) enthalten ist (VK3-9/10). Der Vorinformation war die Ankündigung zu entnehmen, dass in naher Zukunft der Rahmenvertrag „Briefversand der Bundesbehörden“ ausgeschrieben werden sollte.

Da der Beschaffungsvorgang im engeren Sinne erst mit der Bekanntmachung nach § 17a Nummer 1 VOL/A (2006) begonnen hätte, stellte sich die Frage, ob schon ein konkretes, bereits begonnenes Vergabeverfahren vorlag, das Gegenstand des Primärrechtsschutzes nach §§ 102 ff. sein konnte. Die Vergabekammer wies darauf hin, dass die funktionale Betrachtungsweise des europäischen Vergaberechts, wonach es weniger auf die Form als

auf den materiellen Gehalt von Vorgängen ankommt, den Schluss nahe legte, dass das Vergabeverfahren bereits mit der Vorinformation begonnen hatte. Denn die Vorinformation beinhaltete einen sehr detaillierten Zuschnitt der Lose sowohl in regionaler als auch in materieller Hinsicht. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedurfte es indes nicht, weil der Nachprüfungsantrag aufgrund des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin unzulässig war.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Rahmen einer Entscheidung über eine isolierte Beschwerde der Antragstellerin gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer im Ergebnis die Auffassung der Vergabekammer bestätigt, der Nachprüfungsantrag sei unstatthaft gewesen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 15. September 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 16/10).

1.5 Wirksamer Zuschlag als Beendigung des Vergabeverfahrens

Hat ein Auftraggeber den Zuschlag wirksam erteilt, ist ein Nachprüfungsantrag aufgrund der Vorschrift des § 114 Absatz 2 nicht mehr statthaft. In einem von der 3. Vergabekammer des Bundes zu entscheidenden Fall, der die Vergabe freiberuflicher Rechtsberatungsdienstleistungen betraf, hatte eine nicht am Vergabeverfahren beteiligte Rechtsanwaltskanzlei aufgrund der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union Kenntnis von dem bereits erteilten Zuschlag zugunsten einer anderen Rechtsanwaltskanzlei erlangt (VK3-205/09). Die Antragstellerin machte im Vergabeverfahren geltend, der Zuschlag sei unwirksam gewesen, weil die Auftraggeberin weder ein europaweites Vergabeverfahren noch eine nationale Ausschreibung nach den Basisvorschriften der VOL/A durchgeführt hatte.

Die Vergabekammer entschied demgegenüber, der Zuschlag sei wirksam erteilt worden. Eine Unwirksamkeit aufgrund der Vorschrift des § 101b Absatz 1 Nummer 2 kam nicht in Betracht. Dann hätte der Auftrag an ein Unternehmen erteilt worden sein müssen, ohne dass andere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt waren und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war. Nach § 5 Satz 1 VgV haben Auftraggeber nach § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 bei der Vergabe von Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden, die VOF anzuwenden. Dies gilt allerdings nach § 5 Satz 2 VgV nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Ist die Lösung eindeutig und erschöpfend beschreibbar, finden die Regeln der VOL/A Anwendung. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt bestand die Dienstleistung im Wesentlichen in der außergerichtlichen Rechtsberatung. Aufgabe des Auftragnehmers war es, die Auftraggeberin während der Durchführung eines Bauvorhabens umfassend zu beraten und Sachverhalte auf ihre rechtlichen und kostenrelevanten Risiken zu untersuchen. Bei den Leistungen handelte es sich um solche, deren Lösung sich erst durch die Erbringung der Leistung entwickelte und zu deren Realisierung dem Auftragnehmer ein nicht unerheblicher

Beurteilungsspielraum verblieb. Angesichts dieser Unwägbarkeiten wäre es der Auftraggeberin bei Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens kaum möglich gewesen, die an eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung zu stellenden Anforderungen zu erfüllen. Im Ergebnis war daher die Antragsgegnerin zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des § 5 Satz 2 VgV nicht erfüllt waren. Somit waren die Vorgaben der VOF einschlägig. Nach § 2 Absatz 1 Satz 2 VOF (2006) kamen auf die Vergabe von nicht-prioritären Leistungen, die in Anhang IB aufgeführt sind, lediglich die Vorschriften über die technischen Anforderungen (§ 8 Absatz 2 bis 7 VOF (2006)) bzw. über die nachträgliche Bekanntmachung (§ 17 VOF (2006)) zur Anwendung.

Eine Nichtigkeit kam auch nicht nach § 101b Absatz 1 Nummer 1 wegen eines Verstoßes gegen § 101a in Betracht. Auf einen etwaigen Verstoß gegen die Informationspflicht und eine daraus resultierende Nichtigkeitsfolge kann sich nur der unterlegene Bieter berufen, der keine ordnungsgemäße Information erhalten hat. Die Antragstellerin war aber nicht Teilnehmerin am Wettbewerb, fiel bereits aus diesem Grund nicht in den Schutzbereich der Norm.

Eine analoge Anwendung der Norm auf Interessenten, die aufgrund des Unterlassens einer gemeinschaftsweiten Bekanntmachung keinen Bieterstatus erlangen konnten, kam nach Auffassung der Vergabekammer ebenfalls nicht in Betracht. Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Norm ist grundsätzlich das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Hiervon konnte jedoch nicht ausgegangen werden. Dem Gesetzgeber des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zum 24. April 2009 war die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 13 VgV (a. F.) durchaus bekannt. Der Bundesgerichtshof hatte mit seiner Rechtsprechung zur analogen Anwendbarkeit von § 13 VgV (a.F.) die bis dato gesetzlich nicht geregelten Fälle der De-facto-Vergabe erfassen und die diesbezügliche Regelungslücke schließen wollen. Da der Gesetzgeber in § 101b Absatz 1 Nummer 2 nunmehr die sog. De-facto-Fälle einer expliziten und abschließenden Regelung zugeführt hat, schied eine Analogie zu § 101a und § 101b Absatz 1 Nummer 1 aus.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vergabekammer zwischenzeitlich bestätigt (Beschluss vom 21. April 2010, Aktenzeichen: Verg 55/09).

2. Sonstige Zulässigkeitsfragen

2.1 Rügeobliegenheit, § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1

2.1.1 Vereinbarkeit des Kriteriums der „Unverzüglichkeit“ mit europäischem Recht?

Die 1. Vergabekammer des Bundes hatte in einem Verfahren darüber zu entscheiden, ob das Erfordernis der unverzüglichen Rüge gemäß § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union mit Urteil vom 28. Januar 2010 (Rs. C-406/08)

noch Bestand hat oder wegen Gemeinschaftswidrigkeit nicht mehr anzuwenden ist. Der Gerichtshof der Europäischen Union hatte eine britische Regelung für nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt, nach der die Einleitung eines Rechtsschutzverfahrens nur zulässig ist, wenn das Verfahren „unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes für die Einleitung des Verfahrens“ eingeleitet wird. Grund dafür war die Unsicherheit für die Ausschlussfrist, die von dem unbestimmten Begriff der Unverzüglichkeit ausgehe. Demgegenüber regelt die Vorschrift des § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 jedoch keine Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren, sondern nur Anforderungen an die Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung. Der Begriff der Unverzüglichkeit ist zudem durch die Legaldefinition des § 121 Absatz 1 Satz 1 BGB („ohne schuldhaftes Zögern“) definiert und zudem aufgrund einer ausgeprägten Rechtsprechung zu § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 bzw. § 107 Absatz 3 Satz 1 GWB a.F. hinreichend konkretisiert worden. Nach Auffassung der Vergabekammer ist § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 daher nicht gemeinschaftswidrig. Der entsprechende Beschluss der Vergabekammer ist bestandskräftig (VK 1-16/10).

2.1.2 Rügeobliegenheit nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 selbst im Falle der Europarechtswidrigkeit des Kriteriums der „Unverzüglichkeit“

In einem von der 3. Vergabekammer des Bundes zu entscheidenden Fall hatte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin erstmalig bei Stellung des Nachprüfungsantrags geltend gemacht, dass eine Wertung von Nebenangeboten nach der aktuellen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf gegen Artikel 24 Absatz 1 Richtlinie 2004/18/EG verstößt, sofern alleiniges Zuschlagskriterium der Preis ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. Januar und 23. März 2010, Aktenzeichen: Verg 61/09). Zwar war der Vergabeverstoß für die im Vergabeverfahren anwaltlich nicht vertretene Antragstellerin nicht erkennbar, so dass eine Rügepräklusion nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 nicht in Betracht kam. Mit dieser Rüge präkludiert war die Antragstellerin aber nach der Vorschrift des § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, die neben § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 anwendbar ist. Aufgrund der Umstände des Einzelfalles war davon auszugehen, dass dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin spätestens zum Zeitpunkt der Übermittlung des Nachprüfungsantrags an die Vergabekammer die tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Verstoßes gegen Vergabevorschriften bekannt waren. Diese Kenntnis war der Antragstellerin zuzurechnen. Der Anwendbarkeit des § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 stand auch nicht die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Januar 2010 (Rs. C-406/08) entgegen. Denn selbst dann, wenn die gesetzliche Vorgabe in § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, wonach die Rüge „unverzüglich“ erhoben werden muss, mit höherem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sein sollte, bliebe es dabei, dass die Obliegenheit, vor Stellung eines

Nachprüfungsantrags eine Rüge zu erheben, auch nach Ansicht des Gerichtshofs mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Allerdings ist anerkannt, dass die Rügeobliegenheit in Ausnahmefällen entbehrlich sein kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Vergabeverstoß dem Antragsteller erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens bekannt wird oder der Zuschlag unmittelbar bevorsteht. Ein solcher Ausnahmefall lag jedoch nicht vor (VK3-99/10).

2.2 Rügeobliegenheit bei aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstößen

Der mit der Vergaberechtsreform 2009 in das Gesetz eingefügte neue Präklusionstatbestand des § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 hat in einer Reihe von Verfahren dazu geführt, dass der Antragsteller mit geltend gemachten Vergaberechtsverstößen nicht gehört werden konnte. Die Vereinbarkeit der Bestimmung mit europäischem Recht hat die 2. Vergabekammer des Bundes bereits in einer Entscheidung vom Dezember 2009 bejaht (VK2-204/09). Seit den Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Januar 2010 (Rs. 406/08 und 456/08), in denen das Anknüpfen an ein Kennenmüssen des Vergabeverstoßes ohne weiteres gebilligt wird, sind die zunächst in Teilen der Literatur geäußerten Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der neuen Präklusionsvorschrift, soweit ersichtlich, verstummt. Die hinsichtlich des § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB a. F. bzw. § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 kontrovers diskutierte und sich in gleicher Weise für § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 stellende Frage, ob für die Erkennbarkeit auf die Erkenntnismöglichkeiten des individuellen Bieters (subjektiver Maßstab) oder auf jene eines verständigen Durchschnittsbieters (objektiver Maßstab) abzustellen ist, bedurfte in den von den Vergabekammern des Bundes behandelten Fällen keiner Entscheidung, weil die Antragsteller jeweils über durchschnittliche Kenntnisse verfügten. Als für einen verständigen, fachkundigen Durchschnittsbietern erkennbare und damit innerhalb der Angebotsfrist zu rügende Vergaberechtsverstöße hat die 2. Vergabekammer des Bundes beispielsweise eingeordnet: Die vom Bieter geltend gemachte „Unverständlichkeit“ des Leistungsverzeichnisses und der Zuschlagskriterien; die Unklarheit, ob optional anzubietende Leistungen in die Wertung einbezogen werden; Widersprüche zwischen den an unterschiedlichen Stellen des Leistungsverzeichnisses aufgeführten Zuschlagskriterien; Unklarheiten bezüglich der Gewichtung der Zuschlagskriterien (VK2-204/09, VK2-80/10). Eine Präklusion des in der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien liegenden Vergaberechtsverstoßes wird dagegen bislang regelmäßig abgelehnt. Denn dieser Vergabefehler ist bisher nur unter Aufwendung besonderen juristischen Sachverständnisses erkennbar, weil das Verbot, ein „Mehr an Eignung“ nicht auf der vierten Wertungsstufe zu berücksichtigen, erst aufgrund neuerer Rechtsprechung strikt und vorbehaltlos angewendet wird (S. 148). Hinsichtlich der Frist, die für die Rüge der aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstöße zu beachten ist, hat sich die 2. Vergabekammer des Bundes der Auffassung des Oberlandesge-

richts Düsseldorf (Beschluss vom 29. April 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 76/08) angeschlossen, dass über den – auf die in der Bekanntmachung genannte Angebotsfrist abstellenden – Wortlaut der Bestimmung hinaus eine nachträglich verlängerte Angebotsfrist maßgeblich ist (VK2-186/09).

2.3 Antragsfrist nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4

Die Antragstellerin eines bei der 2. Vergabekammer des Bundes gestellten Nachprüfungsantrags hatte nach dem Zugang der Mitteilung der Auftraggeberin, ihrer Rüge nicht abhelfen zu wollen, mehr als 15 Kalendertage verstreichen lassen, bevor sie den Nachprüfungsantrag stellte. Mangels wirksamen Hinweises auf die nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 zu wahrende Frist konnte jedoch nach der Auffassung der Kammer eine Verfristung des Nachprüfungsantrags nicht eintreten (VK2-180/09). Gemäß § 17a Nummer 1 Absatz 1 VOL/A i. V. m. VI. 4.2. Anhang II Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 hat der Auftraggeber genaue Angaben zu vom Bieter zu beachtenden Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen zu machen oder eine Stelle zu benennen, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind (VI. 4.3). Zwar ist § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 zunächst nur als materielle Präklusionsvorschrift ausgestaltet, so dass bei isolierter Betrachtung ein Nachprüfungsantrag an sich weiterhin fristungebunden eingereicht werden kann und lediglich die Berufung auf den der zurückgewiesenen Rüge zugrunde liegenden Sachverhalt präkludiert ist. Allerdings muss im Regelfall dem Nachprüfungsantrag eine Rüge hinsichtlich des behaupteten Vergaberechtsverstosses vorausgehen. Ebenso wird auch im Regelfall dieser Rüge nicht abgeholfen worden sein, da anderenfalls ein Nachprüfungsantrag entbehrlich wäre. Daher ist die durch § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 neu eingeführte Frist eine echte Rechtsbehelfsfrist. Aus der Gesetzesbegründung ist ableitbar, dass auch der Gesetzgeber von der Einführung einer generellen Frist für das Nachprüfungsverfahren ausgegangen ist. Auf diese Frist hatte die Antragsgegnerin nicht hingewiesen. Ebenso wenig ist die Angabe des Bundeskartellamtes als Stelle, die über die Einlegung von Rechtsbehelfen Auskunft gibt, geeignet, den Hinweis auf die Frist in der Bekanntmachung zu substituieren, da das Bundeskartellamt schon keine derartige Stelle ist. Im Ergebnis konnte die Frage der Präklusion jedoch offen gelassen werden, da der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß materiell nicht vorlag.

2.4 Doppelte Rechtshängigkeit

Ein Nachprüfungsantrag ist unzulässig, wenn die Vergabekammer bereits über denselben Streitgegenstand entschieden hat. Die 3. Vergabekammer des Bundes hatte in einem Nachprüfungsverfahren antragsgemäß über die Aufhebung des ursprünglichen offenen Verfahrens sowie über die während des Nachprüfungsverfahrens begonnene Durchführung eines Verhandlungsverfahrens entschieden. Mit einem zweiten Nachprüfungsantrag beantragte der Antragsteller während des laufenden ersten

Verfahrens die Aufhebung des Verhandlungsverfahrens. Dieser Antrag war wegen doppelter Rechtshängigkeit unzulässig. Während der Rechtshängigkeit kann derselbe Streitgegenstand von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Sobald über den Rechtsstreit abschließend entschieden ist, steht einer neuerlichen Klage die Rechtskraft der Entscheidung entgegen (vgl. §§ 322, 705 Zivilprozessordnung (ZPO), § 121 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO); § 17 Absatz 1 Satz 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)). Da die unmittelbar für die Vergabekammer geltenden Verfahrensvorschriften nicht alle erforderlichen Regelungen enthalten, ist ein analoger Rückgriff auf die Verfahrensvorschriften der ZPO oder VwGO, die denselben allgemeinen Rechtsgrundsatz beinhalten, erforderlich. Bei der Vergabekammer handelt es sich zwar nicht um ein Gericht im formellen Sinne, jedoch ist sie dies nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts in materieller Hinsicht. Die in dem zweiten Verfahren eingebrachten neuen rechtlichen Aspekte waren im Übrigen wegen des Verstoßes gegen die Verfahrensförderungspflicht nach § 113 Absatz 2 als verspätet zurückzuweisen. Der Antragsteller hatte sie nicht in das erste Nachprüfungsverfahren eingebracht, obwohl er dort Gelegenheit hatte, alle rechtlichen, auf den Sachverhalt bezogenen Beanstandungen noch deutlich vor der dortigen mündlichen Verhandlung vorzubringen und in dieser zu erörtern (VK3-93/10).

2.5 Antragsbefugnis

2.5.1 Antrag eines einzelnen Mitglieds einer Bietergemeinschaft

Grundsätzlich ist ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft im Nachprüfungsverfahren allein nicht antragsbefugt. Bewirbt sich eine Bietergemeinschaft um eine Auftragsvergabe, hat nur diese gemäß § 107 Absatz 2 ein Interesse am Auftrag. Allerdings ist das im Prozessrecht anerkannte Institut der gewillkürten Prozessstandschaft, wonach ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend gemacht werden kann, im Vergabeprüfungsverfahren analog anzuwenden. Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft sind zum einen die Ermächtigung durch den Berechtigten und zum anderen ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Verfahrens. Ein eigenes schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn die Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens Einfluss auf die eigene Rechtsstellung des Antragstellers hat (VK3-58/09).

2.5.2 Berücksichtigungsfähigkeit außer-vergaberechtlicher Normen

Die Antragstellerin hatte sich bei einer losweisen Vergabe von Rahmenverträgen nach § 129 Absatz 5 Satz 3 SGB V zur Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie u. a. auf das Verbot der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse (§ 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006)) berufen, um aus ihrer Sicht bestehende Verstöße der Ausschreibung gegen sozialversicherungs-, arzneimittel- und apothekenrechtliche Bestimmungen in das Nachprü-

ungsverfahrens einzubringen. Die 2. Vergabekammer des Bundes hat die Antragsbefugnis der Antragstellerin insoweit bejaht, als diese behauptete, durch die zumindest mögliche Nichtigkeitsfolge jener Verstöße für die ausgeschriebenen Verträge und damit durch den Entfall der in diesen Verträgen zugesicherten Exklusivität in ihrer Möglichkeit, ein angemessen kalkuliertes Angebot abzugeben, beeinträchtigt worden zu sein (VK2-20/10). Den erforderlichen vergaberechtlichen Nexus für alle auf außervergaberechtliche Normen gestützte Beanstandungen bildeten nach Auffassung der Kammer die Bestimmungen des § 8 Nummer 1 Absatz 1 bis 3 VOL/A (2006), aufgrund von deren prinzipiell zulässiger Inanspruchnahme durch die Antragstellerin sie die Verstöße gegen sozialversicherungs-, arzneimittel- und apothekenrechtliche Normen einschließlich ihrer Relevanz für die genannten vergaberechtlichen Tatbestände als Vorfragen prüfen konnte. Diese Prüfung führte zu dem Ergebnis, dass solche Verstöße entweder nicht vorlagen oder die insoweit maßgeblichen außervergaberechtlichen Vorschriften der in den ausgeschriebenen Verträgen vorgesehenen Exklusivität zugunsten der Zuschlagsempfänger nicht in einem Umfang entgegen standen, der den Vereinbarungen aus der Sicht der interessierten Bieter den kaufmännischen Sinn genommen hätte. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat die den Nachprüfungsantrag zurückweisende Entscheidung der Vergabekammer im Ergebnis bestätigt (Beschluss vom 22. Juli 2010, Aktenzeichen: L 21 SF 152/10 Verg), dabei allerdings bereits die Antragsbefugnis insoweit verneint, als die Geltendmachung des Verstoßes gegen das Verbot der Aufbündung ungewöhnlicher Wagnisse auf die behauptete Unvereinbarkeit der ausgeschriebenen Verträge mit den von der Antragstellerin angezogenen außervergaberechtlichen Regelungen gestützt war. Mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe mit der Ausschreibung überhaupt keine Auswahl unter Wettbewerbern vornehmen und somit keine selektive Strategie verfolgen dürfen, werde keine Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.d. § 97 Absatz 7 beanstandet. Konstitutives Merkmal eines öffentlichen Auftrages sei, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auswahlentscheidung trifft. Folge dieser Auswahlentscheidung sei die Exklusivität des oder der Ausschreibungsgewinner, die eine Sonderstellung im Wettbewerb vermittelt (vgl. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10. September 2009, Aktenzeichen: L 21 KR 53/09 SFB). Rüge ein Bieter jedoch, dass der öffentliche Auftraggeber Selektivverträge schließen will und daher eine solche Auswahlentscheidung zu treffen beabsichtigt, werde damit gerade keine wettbewerbliche Auswahlentscheidung durch den öffentlichen Auftraggeber begehrt. Darüber hinaus entfalten sowohl der als verletzt gerügte Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen (vgl. § 70 Absatz 1 Satz 1 SGB V) als auch die Therapiefreiheit der Vertragsärzte und die Wahlfreiheit der Versicherten (§ 31 Absatz 1 Satz 5 SGB V) nach Ansicht des Landessozialgerichts grundsätzlich keinen Bieterschutz i. S. d. § 97 Absatz 7. Auch im Hinblick auf den Verstoß gegen das kartellrechtliche Boykottverbot nach § 21 Absatz 1 und 2 durch die von der Antragsgegnerin angekündigte Einflussnahme auf das Beschaffungsver-

halten der Ärzte und Apotheker ist der Nachprüfungsantrag nach Auffassung des Landessozialgerichts nicht zulässig, denn bezüglich der behaupteten Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften ist danach der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht eröffnet. Das Landessozialgericht hat so ausdrücklich die Instrumentalisierung des Verbots der Aufbündung ungewöhnlicher Wagnisse als Einfallstor für sozialrechtliche Normen ausgeschlossen. Demgegenüber hatte das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg zunächst in einem dieselbe Ausschreibung betreffenden Zurückverweisungsbeschluss vom 7. Mai 2010 (Aktenzeichen: L 1 SF 95/10 B Verg) die Antragsbefugnis der dortigen Beschwerdeführerin bejaht. Als Begründung war ausgeführt worden, dass bei Rahmenvereinbarungen gemäß § 3a Nummer 4 Absatz 1 Satz 2 VOL/A (2006) das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und beschrieben werden muss. Diesem Erfordernis sei aber im vorliegenden Fall möglicherweise nicht hinreichend Rechnung getragen worden, weil das Auftragsvolumen aufgrund der dieses beeinflussenden sozialrechtlichen Gegebenheiten, wie sie die Beschwerdeführerin verstehe, sich möglicherweise als wesentlich kleiner erweise, als es nach der Ausschreibung den Anschein habe. Daher könne sich die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Antragsbefugnis jedenfalls auf die vergaberechtliche Verfahrensvorschrift des § 3a Nummer 4 Absatz 1 Satz 2 VOL/A (2006) berufen. Letztlich hat jedoch auch das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg in einer weiteren Entscheidung die behaupteten Vergaberechtsverstöße zurückgewiesen (Beschluss vom 17. September 2010, Aktenzeichen: L 1 SF 98/10 B Verg), indem es die eingeräumte Exklusivität zugunsten des Vertragspartners und damit die Kalkulationsgrundlage der Ausschreibung als ausreichend erachtete.

2.5.3 Verhältnis der Konzentrationsregel des § 104 Absatz 2 zu lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen

Die Antragstellerin hatte parallel zu einem bei der 2. Vergabekammer des Bundes betriebenen Nachprüfungsverfahren die Beigeladene im Zivilrechtsweg auf Unterlassung der Vertragsdurchführung bzw. der Annahme des Zuschlags verklagt. Diese Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche stützte die Antragstellerin auf die Qualifizierung der Zuschlagsannahme als Beihilfe der Beigeladenen zu den von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Vergabeverstößen des Auftraggebers bei der Auftragsvergabe. Nach Ansicht der Antragstellerin durfte die Beigeladene den Zuschlag aus lauterkeitsrechtlichen Erwägungen heraus nicht annehmen, da sich der Auftraggeber vergaberechtswidrig verhalten habe. Der Auftraggeber schloss daraufhin die Antragstellerin im laufenden Nachprüfungsverfahren zusätzlich wegen einer gegenüber der Beigeladenen begangenen schweren Verfehlung (§ 11 Absatz 4 Buchstabe c) VOF(2006)) vom Verfahren aus, da sie die Beigeladene durch die begehrte Unterlassungserklärung faktisch zum Vertragsbruch aufgefordert habe. Die Kammer bejahte gleichwohl die Antragsbefugnis der

Antragstellerin, da das lauterkeitsrechtliche Vorgehen der Antragstellerin gegen die Beigeladene aus materiell- wie verfahrensrechtlichen Gründen von vornherein keinen Erfolg versprechen konnte und somit keine „schwere Verfehlung“ vorlag. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist über Vergabeverstöße des öffentlichen Auftraggebers von den Vergabekammern zu entscheiden. Die Frage einer Beihilfe der Beigeladenen zu behaupteten vergaberechtlichen Verstößen kann schon aus Gründen der Akzessorietät der Teilnahme zur Haupttat nur von den Vergabenachprüfungsinstanzen geklärt werden (VK2-21/09).

2.5.4 Antragsbefugnis bei Angriff auf die falsche Verfahrensart

Die 2. Vergabekammer des Bundes hat einer Antragstellerin in Bezug auf die als vergaberechtswidrig beanstandete Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung anstatt des offenen Verfahrens die Antragsbefugnis abgesprochen (VK2-174/09). Die Antragstellerin hatte weder dargelegt noch war sonst ersichtlich, inwieweit allein durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens anstelle des offenen Verfahrens mit europaweiter Bekanntmachung ihre Leistungs- und Angebotsmöglichkeiten und damit ihre Zuschlagschancen eingeschränkt oder negativ beeinflusst worden sein könnten. Die Antragstellerin hatte sich aufgrund der Aufforderung der Auftraggeberin am Vergabeverfahren beteiligen können und konnte im Nachprüfungsverfahren auch sonst keine Einschränkung von Rechten geltend machen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 3. März 2010, Aktenzeichen: Verg 46/09) hat demgegenüber aufgrund einer zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 10. November 2009, Aktenzeichen: X ZB 8/09) die Antragsbefugnis bejaht. Da im Verhandlungsverfahren im Unterschied zum offenen Verfahren der Inhalt der Gebote verhandelbar ist und der Bieter der Gefahr ausgesetzt wird, im Rahmen von Nachverhandlungen von einem Mitbewerber unterboten zu werden, sei jedenfalls die Möglichkeit einer dadurch ausgelösten Verschlechterung der Zuschlagschancen nicht auszuschließen.

2.5.5 Nichtangreifbarkeit des Unterlassens einer mittelstandsfreundlichen Aufteilung in Teillose durch Großunternehmen und deren Konzerntöchter

Die Antragstellerin, Konzerntochter eines Großunternehmens, hatte die unterlassene Teillosbildung einer Ausschreibung angegriffen. Die 2. Vergabekammer des Bundes hat der Antragstellerin diesbezüglich die Antragsbefugnis abgesprochen, da sie nicht dem Schutzbereich des § 97 Absatz 3 unterfällt. Die Reichweite des Bieterschutzes des § 97 Absatz 3 ist durch die ausdrücklich mittelstandsschützende Zweckbestimmung dieser Vorschrift begrenzt. Soweit vertreten wird, dass sich der Schutzbereich des Gebots der Losaufteilung – über den Mittelstandsschutz hinaus – angesichts der damit verbundenen Effekte auch der Wettbewerbsförderung, Gleichbehandlung und Erhaltung eines breit gestreuten Marktes und da-

mit der langfristigen Sicherung wirtschaftlicher Beschaffungsmöglichkeiten auch auf Großunternehmen erstrecken könne, bezieht sich dies nur auf Fachlosbildungen, bei denen economies of scale in der Regel keine Rolle spielen. Auf die Notwendigkeit einer Bildung von – rein mengenbezogenen – Teillosen können sich dagegen nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschlüsse vom 8. September 2004, Aktenzeichen: Verg 38/04 und vom 11. Juli 2007, Aktenzeichen: VII-Verg 10/07) nur mittelständische Unternehmen berufen. Die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 97 Absatz 3 (Bundestagsdrucksache 349/08 vom 23. Mai 2008, S. 8) geht davon aus, dass durch die „verschärfte“ Pflicht zur Losaufteilung gerade mittelständische Unternehmen die Chance erhalten sollen, sich selbständig auf für sie der Größe nach handhabbare Aufträge zu bewerben. Großunternehmen unterfallen demzufolge auch weiterhin nicht dem Schutzbereich der Norm (VK2-162/09, VK2-165/09).

II. Materiellrechtliche Fragestellungen

1. Auftraggebereigenschaft der DB Netz AG und ihrer Tochtergesellschaften nach § 98 Nummer 4

In einem Nachprüfungsverfahren der 2. Vergabekammer des Bundes war u. a. umstritten, ob sich die Auftraggeberin, eine Tochter der DB Netz AG, des Verhandlungsverfahrens bedienen durfte. Die Kammer bejahte dies, da ihre Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin aus § 98 Nummer 4 folgte (vgl. § 101 Absatz 7 Satz 2, § 3 Nummer 2 lit. c) SKR). Der Gesetzgeber hat durch die Überführung der Tätigkeitsdefinitionen nach der VgV a. F. in eine auch als solche bezeichnete Anlage zu § 98 Nummer 4 zu erkennen gegeben, dass nunmehr alle Tätigkeiten, die vorher von Auftraggebern nach Nummer 1 bis 3 durchgeführt werden konnten, unter die Nummer 4 des § 98 zu subsumieren sind. Entgegen ihrer Praxis nach der früheren Rechtslage konnte die Kammer daher von einem Vorrang des § 98 Nummer 2 nicht mehr ausgehen (VK2-26/10).

2. Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung

In einem Verfahren, in dem es um den Transport von Ausstellungsgegenständen zu einem dem Bund zuzurechnenden Museum ging, die dort im Rahmen einer Sonderausstellung gezeigt werden sollten, hat die 1. Vergabekammer des Bundes entschieden, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach § 3a Nummer 2 Buchstabe d) VOL/A (2006) (Dringlichkeit) zulässig war. Das Museum hatte das ursprünglich offen ausgeschriebene Verfahren aufgehoben, nachdem es festgestellt hatte, dass alle Angebote aus formalen Gründen zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden mussten. Der dringliche zwingende Grund i. S. d. § 3a Nummer 2 Buchstabe d) VOL/A (2006), der die Antragsgegnerin dazu zwang, die Transportleistungen schnellstmöglich zu vergeben, war der Beginn der Ausstellung nur etwa drei Wochen später. Unter

Berücksichtigung des Zeitraums, der für den Antransport sämtlicher Exponate sowie deren Auspacken und Installation erforderlich war, hätten die Fristen gemäß § 18a VOL/A (2006) nicht eingehalten werden können. Selbst wenn man zugunsten der antragstellenden Bieterin darauf abstellte, dass ein neues offenes Vergabeverfahren bereits unmittelbar nach der Auswertung der Angebote hätte durchgeführt werden müssen, wäre die kürzestmögliche Angebotsfrist von 10 Tagen gemäß § 18a VOL/A (2006) nicht mehr einzuhalten gewesen. Auch die weiteren Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren nach § 3a Nummer 2 Buchstabe d) VOL/A (2006) waren erfüllt. Die Antragsgegnerin hatte nämlich weder voraussehen können, dass sie die Fristen nach § 18a VOL/A (2006) nicht einhalten kann, noch hatte sie die Dringlichkeit begründenden Umstände zu vertreten (VK1-155/09).

In einem weiteren Nachprüfungsverfahren, das die Vergabe von Nachrichtenagenturverträgen zum Gegenstand hatte, kam die 1. Vergabekammer des Bundes ebenfalls zu dem Ergebnis, dass im Falle der angegriffenen Verträge Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb zulässig waren. Die zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit verschiedenen Marktteilnehmern abgeschlossenen Verträge wurden somit wirksam geschlossen und waren einem Nachprüfungsverfahren gemäß § 114 Absatz 2 Satz 1 nicht mehr zugänglich. Die Zulässigkeit der Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ergab sich dabei aus § 3 Absatz 4 Buchstabe c VOL/A-EG bzw. § 3a Nummer 2 Buchstabe c VOL/A (2006). Denn im vorliegenden Fall ging es der Auftraggeberin nicht um die Übermittlung von Nachrichten und Meldungen an sich, sondern vielmehr um die Information darüber, was von der jeweiligen Nachrichtenagentur in welcher Ausführlichkeit und Häufigkeit mit welcher Tendenz und gegebenenfalls welchen Schwerpunkten berichtet wird. Insoweit waren die jeweiligen Agenturdienste nicht miteinander austauschbar und stellten jeweils einen gesonderten Beschaffungsbedarf der Auftraggeberin dar, der jeweils nur von der jeweiligen Nachrichtenagentur gedeckt werden konnte (VK 1-121/10).

3. Losbildung

Nach § 97 Absatz 3 sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn dies wirtschaftliche oder technische Gründe erfordern. Auch nach der Vergaberechtsnovelle 2009 steht dem Auftraggeber im Rahmen der Interessensabwägung der Gründe, die für eine Gesamtvergabe sprechen, ein Beurteilungsspielraum zu. Eine Überprüfung dieser Ausnahmegründe kann nur dahingehend stattfinden, ob der Auftraggeber bei seiner Einschätzung die rechtlichen Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums überschritten hat. Schwierigkeiten aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen, die typischerweise, also nicht bezogen auf das konkrete Projekt, mit der Vergabe von Fachlosen verbunden sind, können allerdings eine Gesamtvergabe nicht rechtfertigen. So

sind die reine Entlastung des Auftraggebers von der Koordinierung, der Vorzug nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen grundsätzlich nicht geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen. Die vom Auftraggeber bei der Erstellung und Durchführung der Internetkommunikation einer obersten Bundesbehörde befürchteten negativen Auswirkungen längerer Prozessketten aufgrund der Beschäftigung mehrerer Dienstleister stellten jedoch hier einen relevanten Grund für die Zulässigkeit der Gesamtvergabe dar. Die dem zu prüfenden Vergabeverfahren zugrunde gelegten Erwägungen waren für sich genommen sachgerecht und ließen einen Fehler nicht erkennen. Die zusammengefasste Vergabe führte auch nicht dazu, dass nur ein einziger Bieter für die Auftragsvergabe in Betracht kam. An der Ausschreibung hatten sich mehrere Bieter beteiligt. Auch der Antragsteller sah sich in der Lage, ein Angebot abzugeben. Zudem hätte es ihm offen gestanden, sich mit einer Bietergemeinschaft zu bewerben oder sich in bestimmten Bereichen der Leistung von Subunternehmern zu bedienen, um mögliche Defizite zu beheben (VK3-190/09). In einem weiteren Verfahren zur Thematik Losbildung konnte die 3. Vergabekammer des Bundes die Frage, ob sich ein Unternehmen, das aufgrund seiner Konzernzugehörigkeit kein Mittelständler mehr ist, auf die Vorschrift des § 97 Absatz 3 berufen kann, offen lassen (VK3-9/10).

4. Grundsatz der Produktneutralität und Bestimmungsrecht des Auftraggebers

Die Antragstellerin in einem ein Forschungsvorhaben betreffenden Nachprüfungsverfahren der 2. Vergabekammer des Bundes wandte sich gegen Produktvorgaben seitens des Auftraggebers, durch die sie sich diskriminiert sah. Ihr Nachprüfungsantrag blieb jedoch ohne Erfolg. Im Ausgangspunkt ist es der öffentliche Auftraggeber, der seinen Bedarf selbst definieren muss. Ihm steht hierbei ein letztlich in der Privatautonomie wurzelnder Auswahl- und Definitionsspielraum zu, dessen Ausübung, über die im allgemeinen Verwaltungsrecht anerkannten Grenzen des Beurteilungsspielraums hinaus, im Ergebnis nur darauf hin kontrolliert werden kann, ob die Entscheidung sachlich vertretbar ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 14. April 2005, Aktenzeichen: Verg 93/04). Das Vergaberecht und in dessen Vollzug die Nachprüfungsinstanzen können der Antragsgegnerin deren Bedarf nicht vorschreiben. Die Vergabekammer vertrat zwar die Auffassung, dass die Definitionshoheit dort ihre Grenzen findet, wo durch den Verweis auf bestimmte Verfahrensweisen oder technische Merkmale bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte ohne sachlich vertretbare Gründe begünstigt oder ausgeschlossen werden. Eine derartige vergaberechtswidrige Ausschlusswirkung zu Lasten der Antragstellerin lag im entschiedenen Fall jedoch nicht vor, da die Vorgehensweise des Auftraggebers jedenfalls durch die Art der zu vergebenden Leistung sachlich gerechtfertigt war. Aufgrund wissenschaftlicher Erfordernisse konnte der Auftraggeber die Bauartgleichheit aller im Rahmen eines Forschungsnetzwerks zu beschaffenden Messgeräte fordern. Dass damit faktisch eine Vor-

festlegung durch die vorher bereits vergebenen Aufträge anderer Forschungseinrichtungen erfolgte, ist vergaberechtlich nicht angreifbar (VK2-174/09). Diese Entscheidung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (Beschluss vom 3. März 2010, Aktenzeichen: Verg 46/09). Der Senat betonte in seiner Entscheidung, über die seiner bisherigen Rechtsprechung folgende Auffassung der Kammer hinausgehend, dass die Bestimmung des Auftragsgegenstandes dessen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert ist. Die Festlegung seines Bedarfs muss vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können. Dagegen können Bieter nach Ansicht des Senats nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften, als von ihm in den Verdingungsunterlagen festgelegt worden ist, anzudienen.

In einem weiteren Verfahren, in dem die Lieferung von Röntgenkontrastmitteln betroffen war, verletzte die Auftraggeberin nach Auffassung sowohl der 1. wie auch der 2. Vergabekammer des Bundes den Grundsatz der Produktneutralität (§ 8 Nummer 3 Absatz 3 VOL/A (2006)). Die Auftraggeberin hatte insgesamt zwölf Vergabeverfahren ausgeschrieben, die sich durch die Bandbreiten der jeweils erfassten Pharmazentralnummern (im Folgenden „PZN“) unterschieden. Jede dieser zwölf Ausschreibungen war wiederum unterteilt in ca. 90 Lose, von denen sich jedes auf eine einzelne PZN bezog. Nach Auffassung der beiden Vergabekammern mangelte es an der vergaberechtlich gebotenen Produktneutralität, weil für jedes einzelne Los eine konkrete Produktvorgabe in Gestalt einer einzigen PZN gemacht wurde. Denn die PZN definiert ein ganz bestimmtes Produkt (Arzneimittel) in Bezug auf einen bestimmten Hersteller, eine bestimmte Wirkstärke sowie Darreichungsform und Packungsgröße. Ein echter Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern konnte so nicht mehr stattfinden, da durch den Ausschluss des interbrand Wettbewerbs keine Produkte miteinander konkurrieren mussten. Die Auftraggeberin hatte nach Auffassung der Kammern daher ihren Spielraum bei der Bedarfsermittlung überschritten (VK2-13/09, VK2-36/09, VK1-35/09). Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 24. August 2009, Aktenzeichen: L 21 KR 45/09 SFB) hielt demgegenüber die Autonomie des Auftraggebers bei der Bedarfsdefinition für entscheidend. Habe der Auftraggeber seinen Auftragsgegenstand definiert, rechtfertige allein diese Definition schon das Verlangen nach einem konkreten Produkt durch den Auftraggeber. Die Bieter könnten nicht im Wege von Nachprüfungsverfahren in die Definitionshoheit des Auftraggebers eingreifen.

5. Ausschluss von formal fehlerhaften Angeboten

5.1 Fehlen geforderter Erklärungen

Das Angebot eines Bieters war zwingend von dem Vergabeverfahren auszuschließen, weil er die Urkalkulation

und die mittels verschiedener Formblätter abzugebenden Erklärungen über Kalkulation, Einheitspreise sowie Gerätschaften im verschlossenen Umschlag abgegeben hatte. Der Umschlag wiederum war mit dem einschränkenden Zusatz versehen worden, er dürfe nur im Beisein des Bieters geöffnet werden. Damit hat der Bieter die geforderten Unterlagen und Angaben unter eine unzulässige Bedingung gestellt und somit dem uneingeschränkten Zugriff der Auftraggeberin entzogen. Die Urkalkulation und die Formblätter gelten somit aufgrund des einschränkenden Zusatzes als nicht vorgelegt, § 25 Nummer 1 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe b i. V. m. § 21 Nummer 1 Absatz 2 VOB/A (2006). Die Entscheidung ist vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt worden (Beschluss vom 15. März 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 12/10). In einem ähnlichen Fall wurde der Nachprüfungsantrag auch von der 1. Vergabekammer des Bundes zurückgewiesen (VK1-64/10, bestätigt durch Oberlandesgericht Düsseldorf vom 10. November 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 36/10).

5.2 Unvollständigkeit des Angebots als Ausschlussgrund nach der VOF

In einem die Ausschreibung von Ingenieurleistungen nach der VOF (2006) betreffenden Fall bestätigte die 2. Vergabekammer des Bundes den seitens der Antragsgegnerin vorgenommenen Ausschluss eines Bieters, der eine Vielzahl von Positionen in seinem Angebot nicht bepreist hatte (VK2-99/09). Nach Auffassung der Kammer hatte die Antragsgegnerin unmissverständlich die vollständige Bepreisung sämtlicher Positionen innerhalb der Angebotsfrist gefordert. Der Argumentation der Antragstellerin, unvollständige Angebote unterlägen im Verhandlungsverfahren nach der VOF nicht dem Ausschluss, ist die Kammer nicht gefolgt. Eine trotz der klaren Forderung nach vollständigen Preisangaben erfolgende Wertung des unvollständigen Angebots der Antragstellerin oder die Berücksichtigung der erst nach dem Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotsergänzung wäre den vergaberechtlichen Geboten der Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb zuwidergelaufen. Diese in § 97 Absatz 1 und 2 verankerten Grundsätze beanspruchten auch im Verhandlungsverfahren Geltung (vgl. nur Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. August 2006, Aktenzeichen: X ZR 115/04). Für das Verhandlungsverfahren nach der VOF gelte, wie § 4 Absatz 1 und 2 VOF (2006) klarstellt, nichts anderes. Durch diese vergaberechtlichen Prinzipien werde die grundsätzlich bestehende Freiheit des Auftraggebers, über sämtliche Aspekte des Angebots zu verhandeln, eingeschränkt und sein Ermessen hinsichtlich des Ausschlusses auf Null reduziert. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin nötige auch § 11 VOF (2006) zu keiner anderen Bewertung, da diese Vorschrift keine abschließende Regelung der Ausschlussgründe enthalte. § 11 (2006) betreffe lediglich auf die Eignung des Bieters bezogene Ausschlussgründe und zwar hinsichtlich des Teilnahmewettbewerbs. Der These, § 11 VOF (2006) sei zumindest hinsichtlich zwingender Ausschlussgründe abschließend, stehe überdies entgegen, dass das Versäumnis einer vom Auftraggeber gesetzten

Angebotsfrist – deren Beachtlichkeit im vorliegenden Verfahren auch die Antragstellerin nicht angezweifelt hatte – zum Ausschluss des verspäteten Angebotes führt. Das Fehlen einer § 25 VOB/A (2006) entsprechenden Bestimmung in der VOF rechtfertigt zudem keinen Gegenschluss: Für Sektorenauftraggeber fehle es ebenfalls an einem solchen expliziten Ausschlussgrund in der Verdingungsordnung. Gleichwohl habe das Oberlandesgericht Düsseldorf im Fall der Vergabe freiberuflicher Leistungen durch einen Sektorenauftraggeber die Veränderung der Verdingungsunterlagen als zwingenden Ausschlussgrund gewertet und sich insoweit auf Artikel 51 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG in Verbindung mit den seitens des Auftraggebers formulierten Anforderungen gestützt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. Mai 2008, Aktenzeichen: Verg 19/08). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Kammer bestätigt (Beschluss vom 21. Oktober 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 28/09).

5.3 Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen; Grenzen zulässiger Angebotsaufklärung

In zwei Parallelverfahren, die ein Bauvorhaben betrafen, sah die 2. Vergabekammer des Bundes die Grenzen zulässiger Angebotsaufklärung nach § 24 VOB/A (2006) bezüglich des Hauptangebots einer Beigeladenen als überschritten an (VK2-35/10, VK2-38/10). Die Beigeladene hatte nach Ansicht der Kammer einen Ausschlussgrund nach § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe b i. V. m. § 21 Nummer 1 Absatz 2 Satz 6 VOB/A (2006) verwirklicht, weil ihr Angebot nicht eindeutig und damit nicht „zweifelsfrei“ im Sinne dieser Vorschrift war. Das Hauptangebot der Beigeladenen enthielt seinem Wortlaut nach zwar keine Einschränkungen oder Vorbehalte gegenüber dem Text der Leistungsbeschreibung. Objektive Zweifel daran, dass tatsächlich ausschreibungskonform angeboten wurde, resultierten jedoch aus einem besonders niedrigen Preis für eine bestimmte Leistung und dem Umstand, dass die Beigeladene, obwohl sie selbst nicht über die geforderte Zulassung verfügte, keinen Nachunternehmer für diese Leistung einsetzen wollte. Die demnach zulässigerweise gestellten Aufklärungsfragen beantwortete die Beigeladene, indem sie der Auftraggeberin drei unterschiedliche Ausführungsvarianten vorstellte, von denen zumindest zwei nicht ausschreibungskonform waren. Sodann einigten sich die Auftraggeberin und die Beigeladene auf diejenige Variante, die nach Ansicht der Auftraggeberin ausschreibungskonform war. Dass die Beigeladene drei völlig unterschiedliche Ausführungsvarianten nannte, also gerade keine Klarheit über den Angebotsinhalt schuf, hätte nach Ansicht der Kammer allenfalls dann keine wertungsrelevante Unbestimmtheit begründet, wenn jede der Varianten gleichermaßen ausschreibungskonform gewesen wäre. Da jedoch keineswegs alle im Rahmen der Aufklärung genannten Varianten dem Leistungsverzeichnis entsprachen, ergab die Aufklärung nicht, dass der Wille des Bieters auf ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gerichtet war. Vielmehr bedurfte es, um die Ausschreibungskonformität

herzustellen, einer Auswahl des Auftraggebers zwischen den ihm genannten Varianten und der Festlegung, welche zur Ausführung gelangen soll. Genau diese nachträgliche Festlegung eines eindeutigen, wertbaren Angebotsinhalts, wie sie in den weiteren Aufklärungsgesprächen erfolgt ist, untersagt indes das von § 24 Nummer 1 und Nummer 3, 1. Halbsatz VOB/A (2006) ausgesprochene Verbot von Nachverhandlungen.

6. Ausschluss eines Angebots wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede

Die 1. Vergabekammer des Bundes stellte fest, dass Angebote auch dann nicht wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede nach § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe c) VOB/A (2006) ausgeschlossen werden dürfen, wenn zwei Bieter sich wechselseitig als Nachunternehmer einsetzen und jeweils den identischen Gesamtangebotspreis verlangen. Für das Vorliegen einer ausdrücklichen Preisabsprache zwischen beiden Bietern bestanden keinerlei Anhaltspunkte. Darüber hinaus lag auch kein sonstiger Verstoß gegen den von der o. g. Vorschrift geschützten Geheimwettbewerb vor. Denn auch wenn sich beide Bieter wechselseitig als Nachunternehmer einsetzten, verblieben jedem nennenswerte Gestaltungsfreiräume bei der Kalkulation des eigenen Angebots, deren tatsächliche Ausgestaltung dem jeweils anderen unbekannt blieb (VK1-70/10).

7. Eignungsprüfung

7.1 Prüfungstiefe bei der Eignungsprüfung

Die 3. Vergabekammer des Bundes hatte einen Vertrag für nichtig erklärt, mit dem Architekturdienstleistungen zur Wiedererrichtung des Berliner Stadtschlosses nach Durchführung eines Architektenwettbewerbs an den ersten Preisträger vergeben werden sollten (VK3-157/09). Die Auftraggeberin hatte die übrigen Preisträger entgegen § 13 Satz 1 VgV a.F. nicht über die Auftragsvergabe informiert. Eine derartige Information wäre nach Auffassung der Vergabekammer erforderlich gewesen, da es weder nach für den Wettbewerb aufgestellten Vorgaben noch nach den einschlägigen Vorschriften der Grundsätze und Richtlinien für Architektenwettbewerbe (GRW 1995) einen Automatismus gab, zwingend den ersten Preisträger mit den Durchführungsleistungen zu beauftragen. Der Antragsgegnerin wurde im Übrigen aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ab dem Zeitpunkt der Preisgerichtsentscheidung zu wiederholen, weil nicht nachvollziehbar war, auf welcher Grundlage die Eignung des ersten Preisträgers bejaht worden war und wie sich der Vertragsschluss vor diesem Hintergrund rechtfertigte. Die Entscheidung wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 2. Dezember 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 39/09) aufgehoben. Das Gericht bestätigte zwar die Nichtigkeit des Vertrags. Es sah allerdings die Mindestanforderungen zur Gewähr einer einwandfreien Auftragsausführung i. S. d. § 25 Absatz 9 VOF (2006) als gegeben an. Das Oberlandesgericht führte zur Prüfungstiefe bei der Verifizierung und Kontrolle von Eigenerklärungen aus. Aus dem im

Vergaberecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ergäben sich Zumutbarkeitsgrenzen. So dürfe der Auftraggeber seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbare Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergäben. Das Gericht stellte zudem aufgrund der im laufenden Beschwerdeverfahren nachgeschobenen Unterlagen und Beurteilungserwägungen fest, dass die Eigenerklärungen des Beigeladenen sachlich richtig waren. Der Auftraggeber dürfe seine Erkenntnisgrundlage beständig erweitern und Erwägungen nachschieben und absichern. Eine Berücksichtigung gesicherter Erkenntnisse im Zeitpunkt der Entscheidung der Beschwerde entspreche auch dem Gebot der Verfahrensökonomie.

7.2 Kein Ausschluss wegen nicht in der Bekanntmachung genannter Eignungsanforderungen

In einer Reihe von Entscheidungen stellten die Vergabekammern des Bundes fest, dass ein Angebotsausschluss nicht auf das Fehlen von Eignungsnachweisen gestützt werden konnte, weil diese nicht bereits in der Bekanntmachung gefordert worden waren. In den Verdingungsunterlagen sind lediglich gewisse Konkretisierungen hinsichtlich der bereits in der Bekanntmachung zu fordernden Eignungsnachweise möglich, während erhebliche inhaltliche Verschärfungen bereits bekanntgemachter Anforderungen ebenso wenig zulässig sind wie das Aufstellen gänzlich neuer Anforderungen (VK2-126/09, VK2-23/10). Dies gilt auch hinsichtlich der im Teilnahmewettbewerb vorzulegenden Eignungsnachweise (VK2-80/10).

7.3 Mindestlohnklausel

In einem von der 3. Vergabekammer des Bundes zu entscheidenden Fall war ein Anbieter von Bewachungsdienstleistungen gemäß § 25 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A (2006) wegen der nicht fristgerechten Vorlage eines Nachweises über die gültige Zertifizierung bzw. die Beantragung einer Rezertifizierung nach DIN 77200 von der Wertung ausgeschlossen worden (VK3-33/10). Die DIN 77200 sieht u. a. vor, dass ein Auftragnehmer bei Angebotsabgabe sicherzustellen hat, dass die Beschäftigten mindestens gemäß den jeweils für den Erfüllungsort anzuwendenden Mantel-, Lohn- und Gehalts-Flächentarifverträgen zwischen Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft nach dem Günstigkeitsprinzip eingesetzt werden. Die Vergabekammer entschied, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht in Betracht kam, weil diese Vorgabe der DIN 77200 unwirksam sei. Nach der Rüffert-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-346/08) sei es mit dem europäischen Vergaberecht nur dann vereinbar, die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag auf die Zahlung von Tariflohn festzulegen, wenn dieser Tariflohn am Erfüllungsort für alle Arten von Aufträgen aus dem fraglichen Bereich, seien es private, seien es öf-

fentliche Aufträge, gilt. Die Vorschrift des § 97 Absatz 4 Satz 2, wonach auch andere, zusätzliche Anforderungen an die Auftragsausführung gestellt werden dürfen, führte zu keinem anderen Ergebnis, weil die beanstandete DIN-Klausel nichts mit der angebotsbezogenen Auftragsausführung zu tun hatte, sondern eine personenbezogene Anforderung an die Bieter darstellte. Die mit der Festlegung auf die Zahlung von Tariflohn erfolgende Diskriminierung ausländischer Anbieter stand nach Auffassung der Vergabekammer auch nicht im Einklang mit den Vorgaben des europäischen Primärrechts, das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bei jeder Vergabe eines öffentlichen Auftrags Geltung beansprucht.

Eine in den Verdingungsunterlagen enthaltene Verpflichtungserklärung der Bieter, im Auftragsfall eingesetzte Arbeitnehmer nicht unter den für sie jeweils geltenden Mindestentgelt-Regelungen auf der Grundlage des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) zu entlohnen und die aus dem AEntG folgenden Pflichten zu beachten, durfte gemäß § 97 Absatz 4 Satz 1 von den Bietern gefordert werden. Danach werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Bei der Prüfung des Eignungskriteriums Zuverlässigkeit hat der Auftraggeber mit Blick auf den Zeitraum der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob von dem betreffenden Auftragnehmer eine einwandfreie und vertragsgemäße, insbesondere auch gesetzestreue, Auftragsausführung zu erwarten ist. Die Verpflichtung zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften ist durch das Merkmal der Gesetzestreue nunmehr durch den Gesetzgeber ausdrücklich herausgestellt worden. Zuverlässig ist daher nur ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (und auch zukünftig nachkommen wird). So wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass eine Bindung an für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge im Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71/EG im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Tariftreue steht und im Vergabeverfahren beachtlich ist. Damit ist es zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „gesetzestreu“ ausreichend, dass ein Mindestlohn nach dem im AEntG vorgesehenen Verfahren bundesweit für verbindlich erklärt wurde. Es ist insoweit nicht notwendig, dass der Mindestlohn durch ein formelles Gesetz vorgesehen wird. Dies steht im Einklang mit dem europäischen Vergaberecht: Nach Erwägungsgrund 34 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sind die im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags anwendbar, sofern derartige Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Für Dienstleistungen enthält insoweit die Entsenderichtlinie die Mindestbedingungen, die im Aufnahmeland in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer einzuhalten sind. Die Entscheidung ist vom Oberlandes-

gericht Düsseldorf bestätigt worden (Beschluss vom 9. Dezember 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 38/09).

7.4 Gesetzestreue nach § 97 Absatz 4 Satz 1 im Zusammenhang mit Tariftreueforderungen bei Briefdienstleistungen

Eine besonders langwierige, die 1. und 2. Vergabekammer des Bundes in unterschiedlichen Fallkonstellationen über ein Jahr hinweg immer wieder beschäftigende Auseinandersetzung entzündete sich an der seitens eines Auftraggebers aufgestellten Forderung nach Einhaltung der Bestimmungen der „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. Dezember 2007“ (BriefArbbV). Neben dem Umstand, dass der Beschaffungsvorgang zunächst nach der alten, später nach der neuen Fassung des Vierten Teils des GWB zu beurteilen war, liegt eine Besonderheit darin, dass die – später vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte – Nichtigkeit der BriefArbbV während der Nachprüfungsverfahren noch im Streit stand.

Nach der ursprünglichen Ausschreibung vom August 2008 sollten Bieter, die nicht die Einhaltung des Mindestlohns nach der BriefArbbV versicherten, von der Wertung ausgeschlossen werden. Bereits am 7. März 2008 hatte allerdings das Verwaltungsgericht Berlin (Aktenzeichen: 4 A 439.07) entschieden, dass die BriefArbbV rechtswidrig sei, weil sie nicht durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Absatz 3a Satz 1 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) gedeckt sei. Mit Urteil vom 18. Dezember 2008 wies das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde zurück (Aktenzeichen: 1 B 13.08). Mit der Begründung, dass diese Urteile wegen der beim Bundesverwaltungsgericht eingelegten Revision nicht rechtskräftig seien, bestand der Auftraggeber jedoch zunächst auf der Mindestlohnvorgabe. Einem der hiergegen gerichteten Nachprüfungsanträge gab die 1. Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 16. Dezember 2008 statt (VK 1 – 162/08) und ordnete an, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Tragende Begründung hierfür war, dass es sich bei der Mindestlohnvorgabe der Antragsgegnerin um eine weitere Bedingung für die Auftragsvergabe i. S. d. § 97 Absatz 4, 2. Halbsatz GWB a.F. handle. Solche Bedingungen lasse das nationale Recht nur dann zu, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sei, was hier, da die Mindestlohnvorgabe auf einer Rechtsverordnung basiere, nicht der Fall sei. Die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes wurde durch Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. April 2009 (Aktenzeichen: VII-Verg 76/08) bestätigt.

Im Anschluss an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf führte die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fort und beabsichtigte nunmehr, in den streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag jeweils auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Hiergegen wandte sich die ursprünglich für den Zuschlag vorge-

sehene Bieterin, die sich an die BriefArbbV und die entsprechende Vorgabe des Auftraggebers gebunden fühlte, ihrerseits mit Nachprüfungsanträgen. Nachdem die 2. Vergabekammer des Bundes im Rahmen einer mündlichen Verhandlung im Verfahren VK 2 – 132/09 hatte erkennen lassen, dass der Auftraggeber seine Mindestlohnvorgaben nicht einfach im Rahmen der Angebotswertung fallen lassen könne, sondern zunächst die in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen diesbezüglich erhobenen Anforderungen überarbeiten und den Bietern sodann Gelegenheit zur Abgabe modifizierter Angebote geben müsse, hob der Auftraggeber die streitbefangenen Vergabeverfahren auf und schrieb sie – nunmehr unter Geltung der am 24. April 2009 in Kraft getretenen Fassung des GWB – erneut aus, um die Mindestlohnforderung auf § 97 Absatz 4 Satz 1 stützen zu können. Diese seiner Meinung nach durch die Neufassung des Gesetzes eröffnete Möglichkeit stelle einen wichtigen Grund zur Aufhebung der ursprünglichen Vergabeverfahren nach § 26 Nummer 1 Buchstabe d VOL/A (2006) dar. Die Antragstellerin erklärte daraufhin ihre Nachprüfungsanträge für erledigt.

Die zwischenzeitlich für den Zuschlag vorgesehen gewesene Beigeladene wiederum griff nunmehr die Aufhebungsentscheidung des Auftraggebers mit Nachprüfungsanträgen an. Die 1. und die 2. Vergabekammer des Bundes stellten daraufhin zwar fest, dass es an einem Aufhebungsgrund nach § 26 Nummer 1 VOL/A (2006) fehle, so dass die Aufhebung rechtswidrig sei. Die Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens könne gleichwohl nicht angeordnet werden. Vielmehr sei die Aufhebungsentscheidung trotz ihrer Rechtswidrigkeit wirksam, weil der vom Auftraggeber verfolgte Zweck, auf gesetzlich besser abgesicherter Grundlage die Tariftreueforderung zu erheben, einen sachlichen Grund für die Abstandnahme von der ursprünglichen Ausschreibung darstelle. Die Einschätzung des Auftraggebers, nach neuem Recht verbesserte Möglichkeiten zum Aufstellen von Tariftreueforderungen zu haben, sei nicht fehlerhaft. Vielmehr sei davon auszugehen, dass Tariftreueforderungen nach § 97 Absatz 4 Satz 1 auch dann erhoben werden dürfen, wenn die Geltung des Tarifvertrags nicht unmittelbar durch ein formelles Bundes- oder Landesgesetz angeordnet wird. Aus den Materialien zur Neufassung des § 97 Absatz 4 ergebe sich mit hinreichender Deutlichkeit der Wille des Gesetzgebers, klarzustellen, dass eine Bindung an für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Tariftreue (vgl. Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-346/06 – Rüffert) stehe und im Vergabeverfahren beachtlich ist. Durch die Einfügung des Begriffs der Gesetzestreue in § 97 Absatz 4 Satz 1 habe dies besonders hervorgehoben werden sollen. Ebenso wie die 3. Vergabekammer des Bundes hielten die 1. und die 2. Kammer die angestrebte Tariftreueforderung auch nicht für europarechtswidrig. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Gültigkeit der bisherigen BriefArbbV bestritt und in dieser Auffassung bisher durch zwei verwaltungsgerichtliche Instanzen gestützt wurde, führte

letztlich ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Soweit auch das Bundesverwaltungsgericht die Verordnung für rechtswidrig halten sollte, sei der Ordnungsgeber nicht daran gehindert, sie durch eine neue, dem geänderten AEntG entsprechende Verordnung zu ersetzen. Ob und ggf. für welchen Zeitraum dies geschehen werde, sei nicht sicher vorauszusagen. Angesichts der insoweit bestehenden Einschätzungsprärogative des Auftraggebers könne jedoch dessen Annahme, es gebe eine allgemein verbindliche Tarifregelung für Briefdienstleistungen oder es werde diese zumindest künftig geben, nicht als fehlerhaft eingestuft werden. Der Auftraggeber werde allerdings bei der Formulierung der neuen Tariftreueklausel zu beachten haben, dass er eine Tarifbindung von Bieter nicht konstitutiv herbeiführen darf. Eine Bindung an die Tarifregelung gemäß BriefArbbV setze daher deren Gültigkeit voraus. Angesichts der diesbezüglich vertretenen ablehnenden Auffassung der Antragstellerin, die durch die bisher ergangenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gestützt wurde, werde der Auftraggeber sein Tariftreueverlangen daher unter den Vorbehalt der Gültigkeit und Anwendbarkeit der jeweiligen Mindestentgelt-Regelung stellen müssen und die von der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition eingeleiteten Schritte nicht als Beleg für mangelnde Rechtstreue werten dürfen (VK1–167/09, VK2–168/09).

Im Rahmen der Neuausschreibung stellte der Auftraggeber klar, Bieter würden auch dann als gesetzestreu eingestuft, wenn sie den Mindestlohn derzeit nicht zahlten, weil sie die entsprechende Verordnung im Einklang mit dem Verwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht für ungültig hielten, vorausgesetzt, die Bieter versicherten gleichzeitig, dass sie den Mindestlohn einhalten würden, wenn die Gültigkeit der Verordnung rechtskräftig bestätigt werden sollte. Die ursprünglich für den Zuschlag vorgesehene Bieterin machte demgegenüber in einem weiteren Nachprüfungsverfahren vor der 2. Vergabekammer des Bundes geltend, ein Bieter müsse den Mindestlohn aufgrund der Verordnung zahlen, solange deren Ungültigkeit nicht rechtskräftig festgestellt sei; anderenfalls müsse er als gesetzesuntreu vom Verfahren ausgeschlossen werden. Die Kammer hat diesen Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die BriefArbbV sei zwar nicht von vornherein unbeachtlich, weil zwei verwaltungsgerichtliche Instanzen ihre Gültigkeit verneint haben. Denn jene Entscheidungen waren bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zum einen nicht rechtskräftig, zum anderen wirkten sie nur inter partes und banden den an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligten Auftraggeber von daher nicht. Andererseits bedeute das Fehlen rechtskräftiger, gar den Auftraggeber bindender Entscheidungen zur Gültigkeit der Verordnung nach Auffassung der Kammer nicht, dass die Verordnung – wie die Antragstellerin meinte – gleich einem Verwaltungsakt vorerst wirksam und damit anzuwenden wäre. Fehlerhafte Verordnungen seien vielmehr grundsätzlich nichtig, insbesondere dann, wenn es an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage fehlt oder das Verfahren des Normerlasses fehlerhaft war. Die Gültigkeit der untergesetzlichen Norm habe der Rechtsanwen-

der dabei grundsätzlich selbst zu prüfen. Die Vergabekammer sah jedoch im entschiedenen Fall weder sich selbst noch den Auftraggeber in der Pflicht, abschließend zur Gültigkeit der Mindestlohnverordnung Stellung zu nehmen. Denn der Auftraggeber habe die Mindestlohnverordnung nicht als solche unmittelbar anzuwenden, sondern lediglich im Rahmen des Vergaberechts die Gesetzestreue des Bieters zu beurteilen. Wenn er dabei nicht seine eigene Rechtsauffassung zum alleinigen Maßstab mache, sondern die ausführlich begründeten Entscheidungen zweier verwaltungsgerichtlicher Instanzen maßgeblich berücksichtige, in denen die Gültigkeit der Verordnung verneint wird, sei dies nicht zu beanstanden, sondern dränge sich geradezu auf. Im Lichte der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen sei es zumindest vertretbar, es nicht als Beleg für die mangelnde Gesetzestreue eines Bieters zu werten, wenn er den in der Verordnung geregelten Mindestlohn vorerst nicht zahlt. Anderenfalls würden durch das Vergaberecht letztlich Zahlungspflichten auferlegt, obwohl die verpflichtende Verordnung aus ernstzunehmenden Gründen nichtig sein könnte und zur Vollstreckung der Verordnung nicht etwa der jeweilige Auftraggeber, sondern die Bundeszollverwaltung zuständig sei. Im Hinblick auf das Auslaufen der BriefArbbV bereits kurz nach dem beabsichtigten Vertragsbeginn und die Notwendigkeit zur Bildung für Rückstellungen für diejenigen Bieter, die die Verordnung für nichtig hielten, seien die Auswirkungen der unterschiedlichen Vorgehensweisen der Bieter ohnehin begrenzt (VK2 – 207/09).

7.5 Nationalität des Bieters als unzulässiges Kriterium

Die 3. Vergabekammer des Bundes hat entschieden, dass bei einer auf einem nationalen Konjunkturförderprogramm basierenden Ausschreibung ein nationaler Bieter durch den vorgesehenen Zuschlag auf das Angebot eines EU-Ausländers nicht in seinen Rechten nach § 97 Absatz 7 verletzt wird (VK3-208/09). Der öffentliche Auftraggeber darf bei der Prüfung der Eignung auf der zweiten Wertungsstufe zur Vermeidung unzulässiger Diskriminierungen i.S.d. § 97 Absatz 2 nicht auf die Herkunft der Bieter, sondern allein auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abstellen, § 97 Absatz 4. Die Berücksichtigung der Nationalität als weiteres Eignungskriterium wäre wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz von vornherein unzulässig und stünde in diametralem Gegensatz zum Grundanliegen des europäischen Vergaberechts, nämlich der Herstellung des Binnenmarkts auch für den Sektor des öffentlichen Auftragswesens. Auch als Zuschlagskriterium wäre die Berücksichtigung der Nationalität rechtswidrig. Die Zuschlagsentscheidung darf in der vierten Wertungsstufe gemäß § 97 Absatz 5 i. V. m. §§ 25 Nummer 3, 25a Nummer 1 VOL/A (2006) entsprechend der im Vergabeverfahren bekanntgemachten Kriterien allein auf das wirtschaftlichste Angebot ergehen. Analog zu den bei der Eignung aufgestellten Überlegungen dürfen die Kriterien, die für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit vom Auftraggeber aufgestellt werden, keinesfalls in sich diskrimi-

nierend sein. Dies wäre aber der Fall, wenn inländische Unternehmen allein aufgrund dieser Tatsache bei der Wertung Pluspunkte erzielen könnten. Das hinter der gemeinschaftsrechtlich angeordneten Pflicht zur europaweiten Ausschreibung stehende Ziel würde mit an den Inlandsaspekt anknüpfenden Wertungskriterien konterkariert.

8. Zuschlagskriterien

8.1 Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Im Berichtszeitraum waren zahlreiche Nachprüfungsanträge deswegen (zumindest teilweise) erfolgreich, weil der Auftraggeber in der Bekanntmachung und/oder den Verdingungsunterlagen unzulässigerweise eignungsbezogene Kriterien als Zuschlagskriterien vorgesehen hatte. Eignungsbezogene Zuschlagskriterien waren in der Vergangenheit allerdings ausnahmsweise dann zugelassen worden, wenn das unternehmensbezogene und damit an sich dem Bereich der Eignung zugehörige Merkmal einen besonderen Auftragsbezug dergestalt aufweist, dass ein Einfluss gradueller Unterschiede hinsichtlich dieses Merkmals bei den Bietern auf die Wirtschaftlichkeit des Angebots zu erwarten ist. Die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 24. Januar 2008, Rs. C – 532/06 – Lianakis) und des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 15. April 2008, Aktenzeichen: X ZR 129/06) wird jedoch dahin verstanden, dass auch diese Ausnahme nicht zulässig ist. So erkennt das Oberlandesgericht Düsseldorf (vgl. Beschluss vom 14. Januar 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 59/08; vgl. ferner Beschluss vom 10. September 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 12/09) zwar nach wie vor an, dass in besonderen Fallgestaltungen ein unabweisbares Bedürfnis des Auftraggebers dafür bestehen kann, eine graduell verschiedene Eignung der Bieter zu berücksichtigen, ist jedoch nunmehr der Auffassung, dass dies in solchen Fällen bereits abschließend im Rahmen der Eignungsprüfung zu geschehen habe. Zumindest diese Verschärfung der Rechtsprechung war in vielen Fällen weder dem Auftraggeber noch dem Antragsteller bekannt, so dass die Kammern genötigt waren, diesen Punkt von Amts wegen aufzugreifen. Häufig hatte dies zur Folge, dass der Auftraggeber Abhilfemaßnahmen in Gestalt einer Aufhebung der Ausschreibung bzw. der Überarbeitung der Verdingungsunterlagen einleitete, so dass sich das Verfahren ohne eine Entscheidung in der Hauptsache erledigte. In anderen Fällen bedurfte es entsprechender Anordnungen der Vergabekammer im Rahmen einer Hauptsacheentscheidung (VK2-111/09, VK2-126/09, VK1-194/09, VK1-221/09), sofern nicht ausnahmsweise auszuschließen war, dass sich der Vergaberechtsverstoß auf die Angebote ausgewirkt hatte.

8.2 Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung; Grenzen der Detaillierung

Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Bietern die Zuschlagskriterien samt der von ihm aufgestellten Unterkri-

terien, Unter-Unterkriterien etc., die Gewichtung dieser Kriterien und eine von ihm aufgestellte Bewertungsmatrix spätestens in den Verdingungsunterlagen mitzuteilen, so dass die Bieter ihre Angebote daran ausrichten können. Schwierig kann jedoch im Einzelfall die Abgrenzung zwischen bekanntzugebenden Zuschlags(unter)kriterien einerseits und den bei ihrer Anwendung im Rahmen der Bewertung der vorgelegten Angebote berücksichtigten Gesichtspunkten andererseits sein. Die 2. Vergabekammer des Bundes hat in einem die Lieferung von Arbeitsplatzcomputern und Monitoren betreffenden Fall die in den Verdingungsunterlagen enthaltene Wertungsmatrix für hinreichend differenziert und aussagekräftig gehalten, um den Bietern deutlich zu machen, worauf es im Rahmen der Angebotswertung ankommt. Eine theoretisch denkbare, von der Antragstellerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens angemahnte noch feinere Untergliederung der Matrix hielt die Kammer nicht für erforderlich. Bei den Beschaffungsgegenständen handele es sich um marktgängige Standardprodukte, bei denen ein fachkundiger Bieter sehr wohl einschätzen könne, ob die einzelnen Produktalternativen ein geringes, mittleres oder gehobenes Qualitätsniveau aufweisen. Dies durch die Angabe noch weiter differenzierender Unterkriterien beschreiben zu sollen, hätte deshalb einen in der Sache nicht erforderlichen Aufwand für den Auftraggeber bedeutet. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und des dem Auftraggeber zuzubilligenden Beurteilungsspielraums bei der Leistungsbewertung, der nicht durch eine endlos fortgeführte Ausdifferenzierung der Bewertungskriterien beschnitten zu werden brauche (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juli 2009, Aktenzeichen: VII-Verg 10/09), sei die Bewertungsmatrix hinreichend detailliert gewesen (VK2-204/09).

9. Aufhebung von Vergabeverfahren

9.1 Aufhebung wegen fehlerhafter Verdingungsunterlagen

Die 1. Vergabekammer des Bundes hatte u. a. in zwei Fällen über Nachprüfungsanträge zu entscheiden, die die Aufhebung der Aufhebung begehrten, d. h. die Fortführung eines Vergabeverfahrens, das zuvor aufgehoben worden war. In einem Fall hob die öffentliche Auftraggeberin während des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren wegen Unklarheiten der Verdingungsunterlagen in Bezug auf die Wertungskriterien auf. Da dieses in den Verantwortungsbereich der Auftraggeberin fällt und von ihr auch als Fehler vorab hätte erkannt werden können, lag ein Aufhebungsgrund nach § 26 Nummer 1 VOL/A (2006), insbesondere § 26 Nummer 1 Buchstabe d VOL/A (2006) nicht vor. Die Aufhebung konnte jedoch schon deshalb nicht rückgängig gemacht werden, da die Ausschreibungsunterlagen an einem schwerwiegenden Mangel litten und die Aufhebung daher der Sache nach gerechtfertigt war. Denn die Auftraggeberin hatte entgegen § 25 Nummer 2 Absatz 1, Nummer 3 VOL/A (2006) Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt, indem sie ein Eignungskriterium in die Bewertungsmatrix mit aufgenommen hatte. Da es sich um ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gehandelt hatte, konnte

dieser Verstoß weder durch Wiederholung der Angebotswertung noch durch Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe beseitigt werden. Denn dann wäre die Auftraggeberin zum Verzicht auf das bisher in der Bewertungsmatrix enthaltene Eignungskriterium gezwungen gewesen; dieses kann nur im Rahmen der Eignungsprüfung und damit im vorliegenden Fall nur im Rahmen des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs berücksichtigt werden, was somit einen Neubeginn des Vergabeverfahrens voraussetzt. Die Auftraggeberin konnte daher nicht zur Aufhebung der Aufhebung und damit Fortsetzung des Vergabeverfahrens verpflichtet werden (VK 1-152/09).

9.2 Aufhebung wegen fehlender Haushaltsmittel

In einem zweiten Fall hatte die öffentliche Auftraggeberin eines von zwei Losen einer Ausschreibung aufgehoben. Die Aufhebung begründete sie ausweislich der Vergabeakten damit, dass ihr aufgrund der Diskrepanz zwischen ihrer Kostenschätzung und den tatsächlich angebotenen Angebotssummen keine hinreichenden Haushaltsmittel zur Verfügung stehen, um beide Lose zu beauftragen. Darin sah die Vergabekammer jedoch im vorliegenden Fall keinen Aufhebungsgrund i. S. d. § 26 VOB/A (2006), da die Kostenschätzung von Beginn an fehlerhaft und dieser Fehler von der Auftraggeberin zu vertreten war. Die Aufhebung war mithin rechtswidrig. Trotz der Rechtswidrigkeit der Aufhebung kam die Anordnung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens (sog. Aufhebung der Aufhebung) nicht in Betracht, da in den fehlenden Haushaltsmitteln zumindest ein sachlicher Grund für die Aufhebung zu sehen war. Die Aufhebung war somit im Ergebnis zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam. Dem stand auch nicht entgegen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich an ihrer Beschaffungsabsicht hinsichtlich des aufgehobenen Loses festhielt. Denn die Vergabe des Loses konnte zum Entscheidungszeitpunkt aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht erfolgen und musste verschoben werden; eine neue Ausschreibung setzt die zuvor notwendige Einwerbung der erforderlichen Haushaltsmittel voraus (VK 1-91/10).

9.3 Aufhebung bei Vorliegen nur eines verbleibenden Teilnahmeantrags für das nachfolgende Verhandlungsverfahren

Nach Auffassung der 2. Vergabekammer des Bundes kann ein Auftraggeber eine Ausschreibung aufgrund eines schwerwiegenden Grundes (i.S.d. § 26 Nummer 1 Buchstabe d) VOL/A (2006)) aufheben, wenn er nach Auswertung eines Teilnahmewettbewerbs feststellt, dass er das nachfolgende Verhandlungs- bzw. freihändige Vergabeverfahren mit nur einem Teilnehmer durchführen müsste. Das von dem verbliebenen Teilnehmer zu erstellende Angebot ist bei Kenntnis seiner Alleinstellung keinem Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt und der Auftrag würde somit auch nicht mehr im Wettbewerb vergeben werden. Dieser Gesichtspunkt hat als Aufhebungsgrund i. S. d. § 26 Nummer 1 Buchstabe d) VOL/A (2006) ein Gewicht, das dem der anderen in § 26 Nummer 1 Buch-

staben a) bis c) VOL/A (2006) genannten Aufhebungsgründe gleichkommt. Das deutsche Vergaberecht kennt zwar gerade keinen Aufhebungsgrund bei Vorliegen nur eines Angebots. Die Aufhebung bei nur einem erfolgreichen Teilnahmeantrag im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb ist jedoch aufgrund der im Vergleich zum offenen Verfahren unterschiedlichen Situation gerechtfertigt. Während beim offenen Verfahren der einzig geeignete Bieter nichts von seiner Alleinstellung weiß, sein Angebot also zumindest der subjektiven Vorstellung nach im Wettbewerb erstellt wird, könnte in der entschiedenen Fallkonstellation der einzig verbliebene Teilnehmer in Kenntnis dessen, dass keine weiteren Wettbewerber den Teilnahmewettbewerb überstanden haben, sein Angebot zu Monopolkonditionen erstellen.

10. Dokumentationsmängel und Nachschieben von Gründen

In einer Reihe von Fällen wurden seitens der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Dokumentationsmängel geltend gemacht. Diese führen allerdings für sich genommen nicht zur Begründetheit des Nachprüfungsantrags. Hinzukommen muss vielmehr ein materieller Vergaberechtsverstoß, denn anderenfalls resultiert aus dem Dokumentationsmangel kein Schaden des Antragstellers. Ein solcher Schaden kann zwar auch dann zu bejahen sein, wenn sich wegen eines Dokumentationsmangels nicht feststellen lässt, ob eine Entscheidung des Auftraggebers rechtmäßig war. Die Bedeutung dieses Gesichtspunktes wird jedoch zurückgedrängt, wenn der Auftraggeber die Gelegenheit erhält, noch während des Nachprüfungsverfahrens die von ihm dokumentierten Erwägungen zu ergänzen oder neue Gründe anzuführen und damit den Dokumentationsmangel zu heilen. Ein solches Nachschieben von Gründen wird inzwischen vom Oberlandesgericht Düsseldorf für zulässig gehalten (vgl. Beschluss vom 26. November 2008, Aktenzeichen: VII-Verg 54/08 und Divergenzvorlage zum Bundesgerichtshof nach § 124 Absatz 2 vom 21. Juli 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 19/10) und wurde im Berichtszeitraum auch seitens der 2. Vergabekammer des Bundes in mehreren Fällen gebilligt.

III. Materiellrechtliche Fragen bei Vergabe öffentlicher Aufträge gesetzlicher Krankenkassen

Auch in diesem Berichtszeitraum bildete die vergaberechtliche Überprüfung der Anbahnung von Verträgen über Arznei- bzw. Hilfsmittel zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern nach dem SGB V einen Tätigkeitsschwerpunkt der Vergabekammern des Bundes.

1. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Verträge über die hausarztzentrierte Versorgung nach § 73b Absatz 4 Satz 1 SGB V

Die 1. Vergabekammer des Bundes hatte in einem Nachprüfungsverfahren über einen Vertrag über die haus-

arztzentrierte Versorgung nach § 73b SGB V zu entscheiden. Dieser Vertrag war, nachdem Verhandlungen zwischen der Antragsgegnerin und weiteren Krankenkassen einerseits und den Beigeladenen zu keinem Vertragsabschluss geführt und die Beigeladenen ein Schiedsverfahren angestrengt hatten, durch Schiedsspruch zustande gekommen. Die Antragstellerin, die erst nachfolgend von dem Vertragsschluss erfuhr, machte die Nichtigkeit des Vertrags nach § 101b Absatz 1 Nummer 1 und 2 geltend. Zu entscheiden war dabei, ob das Vergaberecht des 4. Teils des GWB überhaupt anwendbar war. Dies hat die Vergabekammer für den vorliegenden Vertragsschluss verneint. Denn der Kontrahierungszwang nach § 73b Absatz 4 Satz 1 SGB V, der die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall zum Vertragsschluss mit den Beigeladenen zwingt und der sich durch das Schiedsverfahren nach § 73b Absatz 4 Satz 2 i. V. m. Absatz 4a SGB V auch realisiert hat, führt dazu, dass die Antragstellerin als öffentlicher Auftraggeber den Vertragspartner nicht frei auswählen konnte. Der gesetzlich normierte Kontrahierungszwang führt dazu, dass der dem Vergaberecht begriffsnotwendig zugrundeliegende Wettbewerb zwischen verschiedenen Bietern, der mit der Zuschlagsentscheidung seinen Abschluss findet, von vornherein ausgeschaltet wird. Auch die kartellvergaberechtliche Vorgabe des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot konnte nicht realisiert werden, da die Antragsgegnerin aufgrund des Schiedsverfahrens keinen bestimmenden Einfluss auf die Vertragskonditionen ausüben konnte. Nach allem wäre die Durchführung eines Vergabeverfahrens wegen fehlender Beschaffungsautonomie der Antragsgegnerin sinnlos gewesen (VK 1-52/10).

2. Hilfsmittellieferverträge als öffentliche Aufträge

Die Frage, ob der Abschluss von Hilfsmittellieferverträgen nach § 127 Absatz 2 SGB V durch gesetzliche Krankenkassen als öffentlicher Lieferauftrag zu qualifizieren ist, war Gegenstand einer Entscheidung der 3. Vergabekammer des Bundes (VK 3 – 193/09). In dem zu entscheidenden Fall hatten gesetzliche Krankenkassen bzw. deren Verbände von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, nach § 127 Absatz 2 SGB V ohne öffentliche Ausschreibung Verträge über die Einzelheiten der Hilfsmittelversorgung mit Leistungserbringern, deren Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen von Leistungserbringern, abzuschließen. Nach § 127 Absatz 2a SGB V können andere Leistungserbringer diesen Verträgen zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner beitreten, soweit sie nicht aufgrund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.

Die Antragstellerin, ein Hilfsmittellieferant, machte geltend, durch das Unterlassen einer gemeinschaftswerten Ausschreibung sei gegen nationales und europäisches Vergaberecht verstoßen worden, so dass die zwischenzeitlich abgeschlossenen Hilfsmittellieferverträge nichtig seien. Die gesetzlichen Krankenkassen beriefen sich demgegenüber insbesondere auf das in wesentlichen Teilen am 1. Januar 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der Ge-

setzlichen Krankenversicherung. Diesem sei die Wertentscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass gesetzliche Krankenkassen nicht zu einer Ausschreibung verpflichtet seien.

Die Vergabekammer entschied, dass der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Hilfsmitteln definitionsgemäß einen öffentlichen Auftrag darstellt. An dieser Einschätzung ändere auch das Beitrittsrecht der Leistungserbringer nach § 127 Absatz 2a SGB V nichts. Das Beitrittsrecht könne zwar faktisch dazu führen, dass eine unüberschaubare Zahl von Leistungserbringern Vertragspartner der gesetzlichen Krankenkassen werde, für die Einordnung als öffentlicher Auftrag sei dies aber rechtlich unerheblich. Weder in § 3a VOL/A (2006) noch in der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Vorgabe des Artikels 32 Richtlinie 2004/18/EG werde für die Qualifizierung als öffentlicher Auftrag auf die Vereinbarung von Exklusivität abgestellt oder die Durchführung einer vergaberechtlichen Auswahlentscheidung gefordert. Eine derartige Auswahlentscheidung sei vielmehr natürliche Folge einer rechtmäßigen Vergabe. Erfolge keine Auswahlentscheidung, stelle dies nicht den öffentlichen Auftrag in Frage, sondern lediglich die Rechtmäßigkeit der Vergabe. Nach Auffassung der Vergabekammer sei daher § 127 Absatz 2 SGB V richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass der Anwendungsbereich der Norm auf Beschaffungsvorgänge unterhalb der Schwellenwerte beschränkt bleibe. Ebenso wurde in mehreren Verfahren über die Beschaffung von Hilfsmitteln durch gesetzliche Krankenkassen gemäß § 127 SGB V von der 1. Vergabekammer des Bundes entschieden (VK1-209/09, VK1-212/09, VK1-218/09).

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat die Entscheidung der 3. Vergabekammer des Bundes durch Beschluss vom 14. April 2010 (Aktenzeichen: L 21 KR 69/09 SFB) aufgehoben. Das Gericht meinte, eine Auswahlentscheidung der Krankenkasse mit der daraus resultierenden Einräumung von Exklusivität und der Erlangung eines Wettbewerbsvorteils sei konstitutiver Bestandteil eines öffentlichen Auftrags i. S. d. § 99 Absatz 1 und 2. Hieran fehle es in den Fällen des § 127 Absatz 2 und 2a SGB V. Die sofortigen Beschwerden gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Bundes wurden zurückgenommen.

3. Fehlende Arzneimittelzulassung

In einem Nachprüfungsverfahren zur Vergabe von Arzneimittelrabattvereinbarungen nach § 130a Absatz 8 SGB V kam die 1. Vergabekammer des Bundes in Bezug auf zwei streitgegenständliche Lose zu dem Ergebnis, dass der Antragstellerin diesbezüglich die Antragsbefugnis gemäß § 107 Absatz 2 SGB V fehlte. Denn ihr war es bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht gelungen, die dafür notwendigen Wirkstoffzulassungen zu erhalten und hatte dementsprechend kein Angebot abgegeben. Den Nachprüfungsantrag hatte sie wegen § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 bereits vor Ablauf der Angebotsfrist eingereicht, als sie auch noch ein Interesse an der Angebotsabgabe zu den beiden Losen gehabt habe. Aufgrund der feh-

lenden Zulassungen und damit der fehlenden Möglichkeit der Abgabe eines wertbaren Angebots fehlte es der Antragstellerin an einer Chance auf Erteilung des Zuschlags und damit an einem drohenden Schaden i. S. d. § 107 Absatz 2 Satz 2. Dabei war es auch unbeachtlich, dass sich die Antragstellerin gegen bestimmte Inhalte der Verdingungsunterlagen wandte, da sie auch im Falle der von ihr geforderten Änderungen der Verdingungsunterlagen wegen der fehlenden Zulassungen kein Angebot hätte abgeben können. Auch der insoweit gestellte Antrag auf Feststellung der Rechtsverletzung durch die Verdingungsunterlagen war damit unzulässig (VK 1-107/09).

4. Arzneimittelrabattverträge mit mehreren Vertragspartnern

Im Frühjahr 2009 hatte sich die 2. Vergabekammer des Bundes in vier Parallelverfahren (VK2-15/09, VK2-27/09, VK2-30/09, VK2-33/09) mit der Frage zu befassen, ob das von mehreren kooperierenden gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der Ausschreibung von Generika-Rahmenrabattverträgen nach § 130a Absatz 8 SGB V vorgesehene Modell, pro Fachlos jeweils drei Bietern den Zuschlag zu erteilen, mit dem Vergaberecht vereinbar ist. Die Kammer hielt die Auswahl von drei Vertragspartnern im Grundsatz für vereinbar mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und teilte insoweit nicht die Bedenken, die das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in einer Reihe anderer Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz diesbezüglich geäußert hatte. Die Kammer bezweifelte darüber hinaus, dass die Entscheidung für drei Vertragspartner pro Los für sich genommen ein ungewöhnliches Wagnis i. S. d. § 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006) begründet. Einen Vergaberechtsverstoß nahm sie jedoch deshalb an, weil der Auswahlmechanismus für die Vergabe der Einzelaufträge nicht mit dem nach Auffassung der Kammer einschlägigen § 3a Nummer 4 Absatz 6 Buchstabe a VOL/A (2006) und den ihm zugrunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften vereinbar sei. Diese Bestimmung stelle zwar keine besonderen Anforderungen für die Vergabe der Einzelaufträge auf, dies bedeute jedoch nicht, dass der Auftraggeber nach Abschluss des Rahmenvertrages frei darüber entscheiden kann, welchem Vertragspartner er Einzelaufträge erteilt. Fraglich sei allein, ob der Auftraggeber für die Vergabe der Einzelaufträge an die Zuschlagskriterien nach § 25 Nummer 3 VOL/A (2006) gebunden ist oder lediglich den allgemeinen vergaberechtlichen Forderungen nach Transparenz und Diskriminierungsfreiheit genügen muss. Einer abschließenden Entscheidung diesbezüglich bedürfe es nicht, weil auch der letztgenannte Maßstab verfehlt werde. Denn nach der Konzeption der Ausschreibung hänge es von der Auswahlentscheidung des Apothekers ab, welcher der drei Rabattvertragspartner den jeweiligen Einzelauftrag erhält, ohne dass dem Apotheker hinreichende Vorgaben für seine Auswahlentscheidung gemacht würden. Für seine Auswahlentscheidung komme eine Vielzahl von Kriterien in Betracht, bei denen unklar sei, welche im Einzelfall den Ausschlag gäben, zumal dies auch davon abhängen, welche Bieter zu den Rabattvertragspartnern gehören. Dies bewirke einen Mangel an

Transparenz, der nicht durch Ausgleichsmaßnahmen wie die Abfrage von Staffelpunkten oder Mindestabnahmemengen gemildert werde. Hinzu komme, dass einige der für die Entscheidung des Apothekers relevanten Faktoren zwar sachgerecht seien, ein anderer, gewichtiger Teil der Faktoren jedoch diskriminierenden Charakter habe. Die Delegation der Entscheidungsmacht auf den Apotheker dürfe jedoch keinem Auswahlmechanismus zur Anwendung verhelfen, den die Auftraggeberinnen selbst ihrer Entscheidung nicht zugrunde legen dürften. Wenn Apotheker bei sonst gleichen Bedingungen im Hinblick auf den – von ihnen vereinnahmten – prozentualen Zuschlag das höherpreisige Medikament bevorzugten, entbehre dieses Kriterium ebenso der sachlichen Rechtfertigung wie die Bevorzugung der Medikamente solcher Hersteller, die ihre Produkte selbst an die Apotheken vertreiben und daher dem Apotheker auch den Großhandelszuschlag zukommen lassen können. Derartige intransparente und z. T. diskriminierende Auswahlkriterien seien auch bei normativer Betrachtung nicht gerechtfertigt. Die Auswahlmöglichkeit des Apothekers zwischen mehreren i. V. m. rabattierten Medikamenten sei nicht Ausdruck einer gesetzgeberischen Wertentscheidung dahin, dass die Wahlmöglichkeiten des Apothekers nicht eingeschränkt werden dürften. So bestehe nach § 129 Absatz 1 Satz 3 SGB V von vornherein keine Auswahlmöglichkeit für den Apotheker, wenn für den betreffenden Wirkstoff nur mit einem einzigen Unternehmer ein Rabattvertrag geschlossen wurde. Es erscheine daher durchaus möglich, in einem ergänzenden Rahmenvertrag nach § 129 Absatz 5 SGB V Regelungen darüber zu treffen, nach welchen Kriterien die Auswahl seitens des Apothekers erfolgen soll. Dass die Spitzenorganisation der Apotheker schon aus wirtschaftlichen Gründen nicht daran interessiert sein dürfte, an solchen kollektivvertraglichen Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit der Apotheker mitzuwirken, könne nicht mit einer gesetzgeberischen Wertentscheidung gleichgesetzt werden. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Aktenzeichen: 21 KR 51/09 SFB vom 3. September 2009) hat die Entscheidung der Kammer auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen hin aufgehoben. Das Gericht folgt der Kammer zwar im Ausgangspunkt, hält die Kriterien für die Vergabe der Einzelaufträge jedoch nicht für intransparent oder diskriminierend. Die vergaberechtliche Beurteilung habe nach § 69 Absatz 2 Satz 3 SGB V den Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen. Der Apotheker sei in seinen Entscheidungen nicht etwa völlig frei, sondern müsse gemäß § 70 SGB V die Grundsätze der Qualität und Wirtschaftlichkeit beachten. Ausgangspunkt jeder (vergabe-)rechtlichen Würdigung müsse sein, dass sich der Apotheker pflichtgemäß an die für ihn geltenden Vorschriften hält. Es könne daher nicht unterstellt werden, er werde pflichtwidrig allein das Arzneimittel abgeben, das ihm den höchsten Profit oder sonstige Vorteile einbringt. Kraft seiner Fachkunde habe er nach der gesetzlichen Systematik die im Einzelfall zu berücksichtigenden Umstände zu würdigen und zu gewichten. Die seine Auswahl betreffenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen seien daher transparent und diskriminierungsfrei. Sie

bürdeten den Bietern auch kein ungewöhnliches Wagnis auf und seien zudem – anders als vom Gericht bisher vertreten – mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Wettbewerbsgrundsatz vereinbar.

Auch die 1. Vergabekammer des Bundes hatte später, jedoch noch vor Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3. September 2009, über eine Ausschreibung von Arzneimittelrabattvereinbarungen nach § 130a Absatz 8 SGB V zu entscheiden, in der für jedes Los drei Bieter den Zuschlag erhalten sollten. Wie die 2. Vergabekammer des Bundes kam auch die 1. Vergabekammer des Bundes zu dem Schluss, dass ein Verstoß gegen § 3a Nummer 4 Absatz 6 Buchstabe a VOL/A (2006) vorlag, da es an einer Festlegung der Bedingungen für die Vergabe der auf den Rahmenvereinbarungen basierenden Einzelaufträge durch die Auftraggeberin fehlte, indem die Auswahl des Arzneimittels, das im Einzelfall abgegeben wird (Einzelauftrag), jeweils den Apothekern überlassen wurde. Über eine eventuelle Vereinbarkeit mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz oder das Vorliegen eines ungewöhnlichen Wagnisses gemäß § 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006) war daher nicht mehr zu entscheiden (VK 1-107/09).

5. Beschränkung des Bieterkreises auf Apotheken bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln

Bei der Beschaffung von Grippeimpfstoffen darf die ausschreibende gesetzliche Krankenkasse den Bieterkreis auf Apotheken beschränken. Denn wegen §§ 43, 47 Arzneimittelgesetz (AMG) dürfen solche Grippeimpfstoffe nur Apotheken an Endverbraucher – hier die Ärzte – abgeben, nicht jedoch pharmazeutische Unternehmer und Großhändler. Diese vom Gesetzgeber offensichtlich gewollte und für notwendig erachtete zentrale Funktion der Apotheke wäre nicht mehr gewährleistet, wenn im Rahmen von Ausschreibungen über die Lieferung von apothekenpflichtigen Arzneimitteln an Endverbraucher den Apotheken lediglich die Rolle eines Nachunternehmers eines pharmazeutischen Unternehmens zugewiesen werden könnte (VK1-230/09). Der Beschluss ist bestandskräftig.

In einem weiteren Verfahren bezüglich der gemeinsamen Beschaffung von Grippeimpfstoffen durch sämtliche gesetzlichen Krankenkassen eines Bundeslandes hat die 3. Vergabekammer entschieden, dass die Grundlagen der Ausschreibung nicht zu beanstanden waren (VK 3-120/10). Ob die ausschreibenden Krankenkassen, so der Antragsteller, einer speziellen sozialrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für den Abschluss eines Rahmenvertrags zur Impfstoffbeschaffung mit Apotheken bedurften, ist danach nicht im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zu prüfen. Vergaberechtlich ist ausschließlich die Tatsache relevant, dass sich die Antragsgegnerinnen als öffentliche Auftraggeber entschieden hatten, einen Rahmenvertrag abzuschließen, womit das Vergaberecht einschlägig ist; ob dieser Entschluss nach Sozialrecht gefasst werden durfte, ist durch die Sozialgerichte zu überprüfen. Die durch Bündelung des Beschaffungsbedarfs aller gesetzli-

chen Kassen in diesem Bundesland eintretende Nachfragekonzentration sah die Vergabekammer als durchaus problematisch an. Im Ergebnis nicht zu beanstanden war die zusammengefasste Nachfrage allerdings deswegen, weil nicht der generelle Zugang zum Grippeimpfstoffmarkt als solcher betroffen war, sondern nur der Umsatz der einzelnen Apotheke hiermit, der wiederum mit 1 bis 2 % des Gesamtumsatzes der Apotheke gering ist. Zudem war im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen, dass die Beschaffung von Grippeimpfstoffen durch die Krankenkassen hier im Verhältnis zum Gesamtordnungsvolumen bei Medikamenten von sehr untergeordneter Bedeutung war, so dass eine isolierte Beschaffung durch jede Kasse allein einen unverhältnismäßigen Aufwand bedingen würde. Ferner stellte die Vergabekammer fest, dass die Apotheken nicht als mittelbare Vertreter der Krankenkassen anzusehen sind und daher nicht ihrerseits ein Vergabeverfahren zur Beschaffung bei den Herstellern durchführen müssen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss bestätigt und den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zurückgewiesen (Beschluss vom 17. Januar 2011, Aktenzeichen: VII-Verg 3/11). Eine kartellrechtlich unzulässige Nachfragebündelung, die über das im Rahmen von § 4 VOL/A-EG –Rahmenvertrag – nach wie vor geltende Missbrauchsverbot zu berücksichtigen wäre, liege letztlich noch nicht vor, was das Gericht mit ähnlichen Erwägungen wie die Vergabekammer begründet. Das Gericht weist aber auf die längerfristig grundsätzlich bestehende Gefahr einer erheblichen Marktverengung hin, die die Antragsgegnerinnen für zukünftige Ausschreibungen zu beobachten hätten.

6. Losbildung/wirkstoffbezogene Lose

Wenn eine gesetzliche Krankenkasse Rabattverträge für Arzneimittel ausschreibt, darf sie nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes auch mehrere Arzneimittel mit demselben Wirkstoff in einem Los zusammenfassen. Der Antragsteller hatte vorgetragen, dass die Antragsgegnerin so nicht der angeblichen Alleinstellung seines Präparats gerecht geworden sei, sein Medikament sei mit den anderen, die demselben Los zugeordnet wurden, nicht vergleichbar. Richtigerweise jedoch bestimmt allein der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf, also welche Leistungseigenschaften und -inhalte der Auftragsgegenstand seiner Auffassung nach haben soll. Damit bestimmt er gleichermaßen auch die Vergleichbarkeit der Angebote. Den öffentlichen Auftraggeber trifft diesbezüglich die Pflicht, durch eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung i. S. d. § 8 Nummer 1 Absatz 1 VOL/A (2006) für die Vergleichbarkeit der Angebote zu sorgen. Diese Voraussetzungen waren im zu entscheidenden Fall erfüllt, denn die ausgeschriebenen Präparate des verfahrensgegenständlichen Wirkstoffs verfügten über ein gewisses Maß an therapeutischer Vergleichbarkeit, was sich allein schon aus deren Zugehörigkeit zu denselben Festbetragsgruppen i. S. d. § 35 Absatz 1 Satz 2 SGB V ergab. D. h. es gibt eine Schnittmenge von Patienten/Versicherten der ausschreibenden Krankenkasse, bei denen gleichermaßen das Arzneimittel der An-

tragstellerin wie ein anderes Arzneimittel mit demselben Wirkstoff ohne Weiteres verordnet und damit in der Apotheke an einen Versicherten abgegeben werden kann. Etwaige medizinisch-therapeutische Besonderheiten hat der Arzt bei seiner Verordnung eines bestimmten Arzneimittels, nicht jedoch die den Rabattvertrag ausschreibende Krankenkasse zu berücksichtigen. Außerdem war die Krankenkasse nicht gehalten, im Rahmen des Loszuschnitts eine Vergleichbarkeit im Sinne einer Substituierbarkeit nach den Voraussetzungen des § 129 Absatz 1 SGB V herzustellen (VK 1-197/09, bestandskräftig).

Die Zusammensetzung eines Loses ist auch nicht mit dem Argument zu beanstanden, dass es für einen von zwei anzubietenden Impfstoffen nur einen einzigen Hersteller gibt. Ein antragstellender Bieter hatte in einem von der 1. Vergabekammer des Bundes entschiedenen Fall vorgebracht, dieser Alleinanbieter könne jedes Angebot dominieren und die ausschreibende Krankenkasse gäbe somit gemäß § 8 Nummer 3 Absatz 3, 4 VOL/A (2006) vergaberechtswidrig eine Bezugsquelle vor. Die Antragstellerin wurde jedoch hierdurch nach Auffassung der Vergabekammer nicht rechtswidrig diskriminiert, denn es war durch die Marktverhältnisse vorgegeben, dass es nur einen einzigen Hersteller von einem der anzubietenden Impfstoffe gibt. Diese Marktverhältnisse beruhen auf den unternehmerischen Entscheidungen der pharmazeutischen Unternehmen und können von einer ausschreibenden Krankenkasse nicht beeinflusst werden. Aus denselben Gründen hatte die Antragsgegnerin auch nicht vergaberechtswidrig i. S. d. § 8 Nummer 3 Absatz 3, 4 VOL/A (2006) eine Bezugsquelle vorgegeben, denn aufgrund der tatsächlichen Marktverhältnisse kam für einen der Impfstoffe gar keine andere „Bezugsquelle“ als der betreffende Hersteller in Betracht (VK 1-230/09).

7. Preisvergleichsgruppen

Um eine vergleichende Wertung der Rabattangebote auf einzelne wirkstoffbezogene Lose zu ermöglichen, die mehrere Arzneimittel umfassen, hatte eine gesetzliche Krankenkasse sog. Preisvergleichsgruppen gebildet. Die Zusammensetzung solcher Preisvergleichsgruppen war nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes auch dann vergaberechtskonform erfolgt, wenn eine solche Gruppe nur ein einziges Medikament beinhaltet. Denn dies war im konkreten Fall die konsequente Folge der von der Antragsgegnerin bekannt gegebenen Vorgehensweise, die ausgeschriebenen Arzneimittel zunächst (relativ grob) in rein wirkstoffbezogene Lose einzuteilen, innerhalb denen nach weitergehenden Merkmalen durch die Bildung von Preisvergleichsgruppen differenziert wird. Die von der Krankenkasse diesbezüglich angewandten Kriterien waren auch objektiv und sachgerecht, da sie hier nicht auf von ihr selbst erstellte Unterscheidungsmerkmale zurückgegriffen hatte, sondern auf solche, die auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten und letztlich auf die Entscheidung der pharmazeutischen Unternehmer selbst zurückgingen, wie sie ihre Präparate (bzgl. Darreichungsform, Wirkstoffmenge, Packungsgröße) auf den Markt bringen (VK 1-197/09, bestandskräftig).

Eine andere Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes über die Zusammensetzung von Preisvergleichsgruppen wurde vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen jedoch aufgehoben. Im Hinblick auf das alleinige Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands (S. 142 f.) hatte die Vergabekammer vertreten, dass mehrere topische Darreichungsformen desselben Wirkstoffs (Salben, Lotionen, Sprays etc.) in einer Preisvergleichsgruppe zusammengefasst werden dürften. Eine gewisse therapeutische Vergleichbarkeit dieser Medikamente ergebe sich aus deren Zugehörigkeit zur selben Festbetragsgruppe i. S. d. § 35 Absatz 1 Satz 2 SGB V, eine Substituierbarkeit der einzelnen Arzneimittel i. S. d. § 129 Absatz 1 SGB V sei nicht erforderlich (VK 1-191/09). Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen meint jedoch, dass eine gesetzliche Krankenkasse aus Gründen der ordnungsgemäßen Kalkulation der Bieter und der Transparenz der Wertungskriterien bei der Bildung von Preisvergleichsgruppen die Substituierbarkeit der betreffenden Arzneimittel i. S. d. § 129 Absatz 1 SGB V zu beachten habe. Die Zugehörigkeit der zusammengefassten Arzneimittel zur selben Festbetragsgruppe i. S. d. § 35 SGB V und damit deren therapeutische Vergleichbarkeit reiche nicht aus. Nur Arzneimittel derselben Darreichungsform dürften daher in derselben Preisvergleichsgruppe zusammengefasst werden (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. Januar 2010, Aktenzeichen: L 21 KR 68/09 SFB).

Dementsprechend war auch die Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen in einem Nachprüfungsverfahren zu der erneuten Ausschreibung des fraglichen Wirkstoffs von der 1. Vergabekammer des Bundes nicht mehr zu beanstanden (VK 1-58/10). Dort hatten die ausschreibenden Krankenkassen nunmehr unter Rückgriff auf § 4 Absatz 1 Buchstabe d des Rahmenvertrags über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Absatz 2 SGB V (in der Fassung vom 7. Dezember 2009) jeweils nur gleiche oder austauschbare Darreichungsformen gemäß § 129 Absatz 1 Satz 2 SGB V einer Preisvergleichsgruppe zugeordnet. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Besonderheiten von topischen Darreichungsformen, insbesondere mögliche Auswirkungen verschiedener Hilfs- und Zusatzstoffe auf die Wirksamkeit und therapeutische Vergleichbarkeit und damit einhergehend schwierigere Bedingungen für die jeweilige Arzneimittelzulassung, waren nicht zu berücksichtigen, da diese auf die Substitution gemäß § 129 Absatz 1 SGB V und deren Voraussetzungen keinen Einfluss haben.

8. Kein Wagnis, da Auftragsvolumen bei einem Rahmenvertrag hinreichend abschätzbar

In weiteren von der 1. Vergabekammer des Bundes entschiedenen Fällen, in denen ein Rahmenvertrag über die Lieferung von Impfdosen ausgeschrieben war, hatte ein Bieter beanstanden, dass das Auftragsvolumen der zu liefernden Dosen nicht abschätzbar sei. Hierin liegt jedoch kein ungewöhnliches Wagnis i. S. d. § 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006), da die im Rahmen des ausgeschrie-

benen Vertrags abzugebenden Mengen nach Art und Umfang nicht ungewöhnlich waren und vom Bieter abgeschätzt werden konnten. Bei Rahmenvereinbarungen gemäß § 3a Nummer 4 Absatz 1 Satz 2 VOL/A (2006) braucht das Auftragsvolumen ohnehin nicht abschließend festgelegt zu werden. Außerdem hatte die ausschreibende Krankenkasse den Bietern in den Verdingungsunterlagen detaillierte Daten zu Verordnungsmengen der letzten drei Grippezeiten bereit gestellt. Darüber hinausgehende Schwankungen des Gesamtvolumens aufgrund besonderer Umstände treffen die Apotheker als primäre Zielgruppe der Ausschreibung, zu denen auch der Antragsteller gehörte, ohnehin auf dem entsprechenden Gesamtmarkt und waren daher für ihn aufgrund von eigenen Erfahrungswerten auch abschätzbar. Ein Anpassungsmechanismus für Mengenänderungen (bezogen auf das Gesamtvolumen der benötigten Impfdosen) war daher nicht erforderlich. Sofern bei der Vertragsdurchführung gravierende Schwankungen auftreten sollten, wären diese unter den Vertragsparteien ggf. über die allgemeinen Regelungen, z. B. über die gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Bürgerliches Gesetzbuch), zu lösen. Auch soweit das Auftragsvolumen davon abhängt, ob Ärzte die benötigten Impfstoffe gerade über den Ausschreibungsgewinner beziehen, führt dies nicht zu einer vergaberechtswidrigen Risikoverteilung zu Lasten der Bieter. Denn da die Bieter als Apotheker das grundsätzliche Ordnungsverhalten kennen und zusätzlich über die im Rahmen der Vertragsabwicklung vorgesehenen Anreize informiert sind, die die Ärzte zu einer Abnahme vom Ausschreibungsgewinner bewegen sollen (durch entsprechende Rundschreiben und Bereitstellung von Freiumschlägen), war es ihnen, zumal sie in der Regel ohnehin einen Grundumsatz von Grippeimpfstoffen haben, zumutbar, zu Zwecken der Preiskalkulation Absatzmengen und ggf. Sicherheitszuschläge zu kalkulieren. Zudem handelte es sich vorliegend um die erste Ausschreibung der betreffenden Krankenkasse über saisonalen Grippeimpfstoff, so dass diese den Bietern keine weiteren Informationen für deren Preiskalkulation, insbesondere Umsetzungsquoten aus vorangegangenen Beschaffungen, zur Verfügung stellen konnte. Auch vor dem Hintergrund dieses Umstands war es den in aller Regel markterfahrenen Bietern zuzumuten, – ggf. durch Einpreisung entsprechender Risikozuschläge – einen Preis für die hier ausgeschriebene Leistung zu kalkulieren (VK1-227/09, VK1-233/09). Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat die Auffassung der Vergabekammer in einer Entscheidung nach § 118 Absatz 1, 2 bestätigt (Beschluss vom 12. Februar 2010, Aktenzeichen: L 21 SF 38/10 Verg).

9. Kein Wagnis, auch wenn die konkrete Zusammensetzung des ausgeschriebenen Grippeimpfstoffs bei Ablauf der Angebotsfrist noch nicht feststeht

Nach einer Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes wird den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006) auferlegt, wenn die Angebotsfrist vor verbindlicher Festlegung der inhalt-

lichen Zusammensetzung des ausgeschriebenen saisonalen Grippeimpfstoffs abläuft, so dass der konkret zu liefernde Impfstoff nicht in der Leistungsbeschreibung beschrieben ist. Allein dadurch, dass den Bietern ein Wagnis auferlegt wird, ist ein Vergabeverfahren nicht rechtswidrig. Vielmehr ist die Verlagerung von Wagnissen, die auf Umständen und Ereignissen beruhen, auf die der Auftragnehmer Einfluss hat und/oder deren Einwirkungen auf die Preise er schätzen kann, vergaberechtlich erlaubt. So verhielt es sich auch im vorliegenden Fall, denn dafür, dass der Angebotspreis entgegen der Auffassung des Antragstellers trotz fehlender Zusammensetzung kalkulierbar war, sprach schon, dass eine Reihe von Bietern tatsächlich ein Angebot abgegeben hatten. Außerdem wendete sich die verfahrensgegenständliche Ausschreibung hauptsächlich an Apotheken (als nach §§ 47, 43 Arzneimittelgesetz vorgesehener Vertriebsweg). Diese sind als insoweit rein vertreibende Unternehmen allenfalls darauf angewiesen, dass ihnen ihre Zulieferer – in diesem Fall die Impfstoffhersteller – verlässliche Konditionen bieten. Dies war vorliegend seitens verschiedener Hersteller der Fall. Hinzu kam, dass sich Marktpreise nicht allein an den Herstellungskosten, sondern etwa auch an den Preisen der Wettbewerber und anderen Faktoren des Marktes orientieren, so dass Erfahrungen mit Preisentwicklungen der Impfstoffe in der Vergangenheit ebenfalls geeignet waren, Kalkulationsrisiken zu begrenzen und den Bietern so eine Kalkulation – ggf. mit Risikozuschlägen – ermöglichten (VK1-233/09, bestandskräftig).

10. Kein ungewöhnliches Wagnis bei nicht austauschbaren Packungsgrößen

Die 1. Vergabekammer des Bundes hatte in einem Nachprüfungsverfahren zu einer Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a Absatz 8 SGB V darüber zu entscheiden, ob die Einbeziehung einer bestimmten Darreichungsform des fraglichen Wirkstoffs in das entsprechende Los ein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 8 Nummer 1 Absatz 3 VOL/A (2006) darstellt. Der antragstellende Arzneimittelhersteller machte geltend, dass in der fraglichen Darreichungsform Produkte verschiedener Hersteller mit voneinander abweichenden Packungsgrößen und ggf. Wirkstärken zusammengefasst seien, die aufgrund der Unterschiede nicht gemäß § 129 Absatz 1 Satz 2 und 3 SGB V austauschbar seien und die entsprechende Substitutionspflicht des Apothekers daher nicht eingreife. Dies als richtig vorausgesetzt, konnte die Vergabekammer darin jedoch kein ungewöhnliches Wagnis erkennen, da den Bietern die Verordnungs- bzw. Abrechnungszahlen aufgeteilt nach den verschiedenen Packungsinhalten mitgeteilt worden waren und in der fehlenden Substitutionspflicht gerade kein Kalkulationsrisiko zu sehen war; insofern bestand ja nach Auffassung der Antragstellerin Sicherheit. Aber auch für den Fall, dass der Vortrag der Antragstellerin dahingehend zu verstehen war, dass gerade eine rechtliche Unsicherheit darüber bestünde, ob bei voneinander abweichenden Packungsinhalten und Wirkstärken die Substitutionsverpflichtung nach § 129 Absatz 1 Satz 2 und 3 SGB V eingreift, war im vorliegenden Fall auch insoweit kein unge-

wöhnliches Wagnis zu erblicken. Denn zum einen sind Arzneimittelhersteller wie die Antragstellerin auch außerhalb von Rabattverträgen den Wäg- oder Unwägbarkeiten der Substitution ausgesetzt und müssen diese in ihre Preiskalkulationen mit einbeziehen, so dass dies dem üblichen Risiko eines Arzneimittelherstellers entspricht bzw. von ihm abschätzbar ist. Zum anderen sprach im vorliegenden Fall vieles dafür, dass bei der überwiegenden Anzahl der Verordnungen der fraglichen Pumpsprays eine Substitutionspflicht gegeben ist bzw. eine Substitution faktisch eintritt und ein entsprechendes Kalkulationsrisiko dem Umfang nach daher kein ungewöhnliches Wagnis darstellt (VK 1-185/09).

11. Kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb, wenn ein Bieter einen anderen mit einem fertigverpackten Arzneimittel beliefert

Nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes ist ein Angebot nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, weil ein Bieter der Lieferant eines anderen Bieters mit den ausgeschriebenen Fertigarzneimitteln ist und daher insoweit dessen preisbildende Faktoren (teilweise) kennt. Allein aus diesem Grund ist weder der Ausschlussgrund nach § 25 Nummer 1 Absatz 1 Buchstabe f) VOL/A (2006) (unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede) noch des § 25 Nummer 2 Buchstabe b) i. V. m. § 7 Nummer 5 Buchstabe c) VOL/A (2006) (schwere Verfehlung) noch des § 25 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A (2006) (Unzuverlässigkeit) erfüllt. Denn aufgrund dieser Lieferbeziehung sind dem Lieferanten lediglich die Einkaufspreise der Produkte bekannt, die der andere Bieter u. a. an die Versicherten der ausschreibenden gesetzlichen Krankenkasse (über die Apotheken) absetzt. Unbekannt bleibt dem Lieferanten jedoch, welchen Rabatt sein Abnehmer als Bieter im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung angeboten hat, ebenso wenig weiß er aufgrund der Belieferung des anderen Bieters, wie dieser sein Rabattangebot kalkuliert hat.

Weitere Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten oder einen sonstigen Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs des Lieferanten lagen im entschiedenen Fall nicht vor (VK1-236/09). Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat die Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes bestätigt (Beschluss vom 10. März 2010, Aktenzeichen: L 21 SF 41/10 Verg).

12. Wirtschaftlichkeit des Angebots je nach Höhe des Rabatts für das marktstärkste Präparat

Die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit eines Rabattangebots u. a. danach, dass ein Bieter den höchsten Rabatt für seine bisher marktstärkste Packungsart/Packungsgröße anbieten muss, ist nach der Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes nicht vergaberechtswidrig. Denn die Wirtschaftlichkeit eines Angebots bemisst sich für die ausschreibende gesetzliche Krankenkasse nach der Höhe der möglichen Einsparungen. Damit kommt diese Krankenkasse ihrem gesetzlichen Auftrag nach, sparsam und

wirtschaftlich zu verfahren, §§ 4 Absatz 4, 70 Absatz 1, 71 SGB V (VK1-191/09). Die Entscheidung der Vergabekammer wurde vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen insoweit bestätigt (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. Januar 2010, Aktenzeichen: L 21 KR 68/09 SFB).

13. Wirtschaftlichkeit eines Rabattangebots: Berücksichtigung der Überschreitung des Festbetrags

Eine gesetzliche Krankenkasse darf bei der Wertung von Rabattangeboten berücksichtigen, ob der Preis für das rabattierte Präparat den gesetzlichen Festbetrag überschreitet. Sie ist sogar dazu verpflichtet, diese Mehrkosten bei der Angebotswertung zu überprüfen, weil Rabattverträge, bei denen trotz Rabatt ein etwaiger Festbetrag für ein bestimmtes Arzneimittel überschritten wird, gemäß § 31 Absatz 2 Satz 3 SGB V „unzulässig“ sind. Als Zuschlagskriterium – so die 1. Vergabekammer des Bundes – ist die Unterschreitung des Festbetrags daher durchaus durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und sachgerecht i. S. d. § 25a Nummer 1 Absatz 1 Satz 1 VOL/A (2006) (VK1-197/09, bestandskräftig). Diese von den Vergabekammern des Bundes bereits zu einer früheren Ausschreibung gesetzlicher Krankenkassen vertretene Auffassung wurde damals sowohl vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 28. April 2009, Aktenzeichen: L 21 KR 44/09 SFB) als auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt (Beschluss vom 1. November 2010, Aktenzeichen: 1 BvR 261/10).

14. Zeitpunkt des Eintritts der Rechtsverletzung

Im Falle der Ausschreibung eines Rabattvertrags enthielt das sog. Produkt- und Rabattblatt, in dem die angebotenen Rabatte einzutragen waren, für das Produkt eines Wettbewerbers der Antragstellerin eine Angabe zum Packungsinhalt, die nach Auffassung der Antragstellerin zu hoch war und zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Angebots des Wettbewerbers führen würde. Die 1. Vergabekammer des Bundes kam im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass zum Entscheidungszeitpunkt, zu dem eine Wertung der Angebote noch nicht erfolgt war, die Antragstellerin noch nicht in ihren Rechten verletzt war. Denn die Rechtsverletzung tritt insoweit erst ein, wenn es infolge falscher Grundlagen, hier einer falschen Annahme zum Packungsinhalt, zu einer von der bekanntgegebenen Gewichtung der Einzelpreise abweichenden Verzerrung bei der Wertung kommt, die sich auch zu Lasten der Antragstellerin auswirkt (VK 1-200/09).

IV. Gebühren- und Kostenentscheidungen

1. Kostentragung bei Verschulden eines Beteiligten

Mit der Novellierung des GWB vom 24. April 2009 wurden u. a. die Regelungen über die Kostentragung bzw. die Tragung der außergerichtlichen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten in § 128 Absatz 3, 4 geändert.

So sieht § 128 Absatz 3 Satz 3 nunmehr vor, dass Kosten, „die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind“, diesem auferlegt werden können. Die 1. Vergabekammer des Bundes hat daher entschieden, dass entgegen der Grundregel des § 128 Absatz 3 Satz 4 nicht der Antragsteller, der seinen Nachprüfungsantrag zurückgenommen hatte, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen hatte, sondern der Antragsgegner. Dieser hatte nämlich die Einlegung des Nachprüfungsantrags nach Auffassung der Vergabekammer dadurch i. S. d. § 128 Absatz 3 Satz 3 verschuldet, dass er erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens dem Antragsteller einen weiteren Grund, dessen Angebot auszuschließen, mitgeteilt hatte, den er laut Vergabeakte zwar bereits bei der Wertung des Angebots festgestellt, dem Antragsteller aber nicht im Schreiben nach § 101a genannt hatte. Die 1. Vergabekammer des Bundes entschied, dass die unvollständige Mitteilung des Antragsgegners nach § 101a dazu geführt hatte, dass der Antragsteller seine Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren falsch einschätzte. Dass der Antragsteller bei vollständiger Information tatsächlich keinen Nachprüfungsantrag gestellt hätte, wurde durch die tatsächlichen Umstände belegt: Denn der Antragsteller nahm seinen Nachprüfungsantrag sofort zurück, nachdem er von den weiteren Ausschlussgründen bzgl. seines Angebots vom Antragsgegner erfahren hatte. Eine Kostenentscheidung zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers in einem solchen Fall entspricht nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes auch dem Willen des Gesetzgebers, der gerade um von vornherein aussichtslose Nachprüfungsverfahren aufgrund unvollständiger Information über die Nichtberücksichtigung eines Angebots zu vermeiden, die Informationspflichten der öffentlichen Auftraggeber mit der jüngsten Änderung des GWB erweitert hat.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragstellers hatte nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes ebenfalls der Antragsgegner und nicht der Antragsteller zu tragen. Auch hier kann gemäß § 128 Absatz 4 Satz 4 i. V. m. § 80 Absatz 1 Satz 4 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes das Verschulden eines Erstattungsberechtigten an der Entstehung seiner Aufwendungen zu dessen Lasten berücksichtigt werden (VK1-161/09).

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hob das Oberlandesgericht Düsseldorf die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes auf (Beschluss vom

29. September 2010, Aktenzeichen: VII-Verg 15/10). Das Gericht teilte zwar grundsätzlich die Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber auch bei Rücknahme eines Nachprüfungsantrags aus Billigkeitsgründen sowohl nach § 128 Absatz 3 Satz 3, 5 die Kosten der Vergabekammer tragen kann als auch nach § 128 Absatz 4 Satz 3 die zweckentsprechenden Aufwendungen des Antragstellers. Im vorliegenden Fall legte jedoch das Oberlandesgericht Düsseldorf dennoch dem Antragsteller die Verfahrenskosten sowie die außergerichtlichen Aufwendungen des Antragsgegners auf, weil der Nachprüfungsantrag schon nach dem ursprünglichen Informationsstand des Antragstellers, also bereits aufgrund des im § 101a-Schreiben mitgeteilten Ausschlussgrundes, keinen Erfolg gehabt hätte.

2. Erstattung der außergerichtlichen Aufwendungen eines Beigeladenen

Mit der Novellierung der Kostenregelungen des § 128 im Jahr 2009 wurden auch die Regelungen geändert, unter welchen Voraussetzungen einem Beigeladenen seine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten sind. In einem Fall, in dem ein Antragsteller seinen Nachprüfungsantrag zurückgenommen hatte, hat die 1. Vergabekammer des Bundes entschieden, dass § 128 Absatz 4 Satz 3 in einem solchen Fall zwar grundsätzlich vorsieht, dass einer Beigeladenen die außergerichtlichen Aufwendungen vom Antragsteller zu erstatten sind. Diese Rechtsfolge vermag jedoch nur dann einzutreten, wenn die Vergabekammer die Rechtsverfolgungsaufwendungen der Beigeladenen aus Billigkeit dem Antragsteller auferlegt (vgl. § 128 Absatz 4 Satz 2). Dieser § 128 Absatz 4 Satz 2 zugrunde liegende Rechtsgedanke, der ausdrücklich nur für den Fall eines Unterliegens im Nachprüfungsverfahren – also bei einer entsprechenden Sachentscheidung der Vergabekammer – gilt, ist nach Auffassung der 1. Vergabekammer des Bundes auch im Falle einer Antragsrücknahme anzuwenden. Im konkret zu entscheidenden Fall war es – unter Heranziehung der von der Rechtsprechung zur früheren Rechtslage entwickelten Erwägungen zur Erstattungsfähigkeit der Kosten einer Beigeladenen – unbillig, dem Antragsteller die Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen, da sich letztere nicht aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hatte, sie hatte weder Anträge gestellt noch diese begründet und auch sonst das Verfahren nicht wesentlich gefördert (VK1-149/09, VK1-161/09).

Vierter Abschnitt**Geschäftsübersicht****Teil I: Tabellen zur Fusionskontrolle****1. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 1990 bis 2010**

Jahr	Zusammenschlüsse
1990	1 445
1991	1 541
1992	1 282
1993	1 185
1994	1 254
1995	1 154
1996	1 257
1997	1 387
1998	1 667
1999	1 687
2000	1 735
2001	1 568
2002	1 584
2003	1 366
2004	1 412
2005	1 687
2006	1 829
2007	2 242
2008	1 675
2009	998
2010	987
Gesamt 1990–2010	30 942

2. Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse und Entscheidungen 2009 und 2010

	2009		2010	
Anmeldungen	998		987	
Entscheidungen	902		889	
Freigaben	899		888	
davon: in der 1. Phase		881		879
in der 2. Phase ohne Nebenbestimmungen		13		6
in der 2. Phase mit Nebenbestimmungen		5		3
Untersagungen	3		1	
Erledigung vor Abschluss des Verfahrens	134		96	
Rücknahmen	34		34	
davon: in der 1. Phase		30		29
in der 2. Phase		4		5
keine Kontrollpflicht	100		62	

Anmerkung:

Die Zahl der Anmeldungen gibt die beim Bundeskartellamt in den Jahren 2009 und 2010 eingegangenen Anmeldungen wieder. Die übrigen Daten der Tabelle beziehen sich auf alle in diesen beiden Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen von Verfahren, und zwar unabhängig davon, in welchem Jahr die Anmeldung erfolgt ist.

3. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Größenklassen 2009, 2010 – Gesamtumsatz, Umsatz des erworbenen Unternehmens, Umsatz der Erwerber –

3.1 Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen

Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen (in Mio. €)	Zahl der Fälle			
	2009		2010	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
ab 500 bis unter 1 000	130	7	134	8
bis unter 6 000	372	23	412	19
6 000 und mehr	496	31	441	14
Gesamt	998	61	987	41

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, mit Rundfunkprogrammen und Rundfunkwerbezeiten (zusammen „Presseumsätze“) sowie 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 Fälle mit Presseumsätzen in den einzelnen Umsatzklassen gesondert aufgeführt.

3.2 Umsatz des erworbenen Unternehmens

Umsatz des erworbenen Unternehmens (in Mio. €)	Zahl der Unternehmen			
	2009		2010	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
(Neugründung) 0	174	0	237	0
bis unter 2	60	0	38	0
bis unter 25	253	13	226	9
bis unter 250	367	16	357	16
bis unter 500	62	5	62	6
bis unter 1 000	27	4	24	0
bis unter 6 000	43	8	38	2
6 000 und mehr	12	0	5	0
Gesamt	998	46	987	33

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 Unternehmen			
	2009		2010	
		darunter Fälle mit Presseumsätzen		darunter Fälle mit Presseumsätzen
bis unter 2	30	0	21	0
bis unter 25	38	2	67	1
bis unter 250	101	4	127	5
bis unter 500	59	2	80	4
bis unter 1 000	142	7	159	10
bis unter 6 000	396	23	407	13
6 000 und mehr	459	23	412	8
Gesamt	1225	61	1273	41

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 Länderzuordnung. Die Länderzuordnung erfolgt 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

	2009		2010	
Vermögenserwerb	211		181	
Kontrollerwerb	565		593	
davon: durch Anteilserwerb		374		384
durch Vertrag		55		62
Gemeinschaftsunternehmen		136		147
Veränderung der Kontrolle ¹	46		50	
Anteilserwerb (ohne Kontrolle)	148		145	
davon: Mehrheitserwerb ²		12		12
Minderheitsserwerb		32		24
Gemeinschaftsunternehmen		104		109
Wettbewerblich erheblicher Einfluss	28		18	
Gesamt	998		987	

Anmerkungen:

¹ Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle oder umgekehrt.

² Anteile erreichen 50 % oder mehr (entspricht dem Tatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3a GWB).

5. Angemeldete Zusammenschlüsse nach Art der Diversifikation

	2009	2010
Horizontal	789	797
Vertikal	74	27
Konglomerat	135	163
Gesamt	998	987

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. Angemeldete Zusammenschlüsse nach geografischer Gliederung**6.1 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2009, 2010
Erworbene Unternehmen in geografischer Gliederung**

	Land/Region	2009	2010
A	Österreich	22	20
AUS	Australien	0	2
B	Belgien	7	7
BER	Bermuda	0	2
BR	Brasilien	1	1
BS	Bahamas	0	1
CAY	Cayman Islands	0	2
CDN	Kanada	1	3
CH	Schweiz	16	15
CY	Zypern	3	0
CZ	Tschechische Republik	3	3
D	Deutschland	731	708
DK	Dänemark	4	19
E	Spanien	3	5
F	Frankreich	20	26
FIN	Finnland	5	3
GB	Großbritannien	21	16
GBJ	Jersey	1	2
H	Ungarn	2	2
HR	Kroatien	1	1
I	Italien	10	10
IL	Israel	2	0
IND	Indien	1	0
IRL	Irland	5	4
IS	Island	1	0
J	Japan	13	2

	Land/Region	2009	2010
L	Luxemburg	15	13
MC	Monaco	1	0
MEX	Mexico	0	1
MW	Malawi	1	0
N	Norwegen	4	4
NL	Niederlande	23	29
P	Portugal	1	0
PL	Polen	5	6
RC	Taiwan (Republik China)	2	1
ROK	Südkorea	1	0
ROU	Uruguay	1	1
RUS	Russische Föderation (Russland)	1	1
S	Schweden	10	10
SGP	Singapur	3	1
SLO	Slowenien	0	1
T	Thailand	0	1
TR	Türkei	3	2
UAE	Vereinigte Arabische Emirate	2	1
USA	USA	51	58
VRC	Volksrepublik China	0	2
ZA	Rep. Südafrika	1	1
Gesamt		998	987

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geografischen Orientierung und besagen nichts über den staats- oder völkerrechtlichen Status einzelner Gebiete.

Zur Zählung siehe Anmerkung zu Tabelle 3.2.

6.2 Angemeldete Zusammenschlüsse – 2009, 2010 Erwerber in geografischer Gliederung

	Land/Region	2009	2010
A	Österreich	30	34
AUS	Australien	2	3
B	Belgien	13	8
BER	Bermuda	3	0
BIH	Bosnien-Herzegowina	0	1
BR	Brasilien	1	1
CAY	Cayman Islands	3	3
CDN	Kanada	0	4
CH	Schweiz	21	24
CY	Zypern	2	1
CZ	Tschechische Republik	4	3
D	Deutschland	832	825
DK	Dänemark	8	13
E	Spanien	3	8
F	Frankreich	39	30
FIN	Finnland	6	2
GB	Großbritannien	36	42
GBG	Guernsey	5	9
GBJ	Jersey	1	14
GBZ	Gibraltar	0	2
GR	Griechenland	1	0
H	Ungarn	0	1
HK	Hongkong	0	2
I	Italien	9	17
IL	Israel	2	0
IND	Indien	1	0
IRL	Irland	4	3
IS	Island	1	0
J	Japan	20	16

	Land/Region	2009	2010
L	Luxemburg	26	24
MAL	Malaysia	2	0
N	Norwegen	4	2
NA	Niederländische Antillen	0	1
NL	Niederlande	37	35
OM	Oman	0	1
P	Portugal	1	0
PL	Polen	0	3
RC	Taiwan (Republik China)	3	1
ROK	Südkorea	3	2
RUS	Russische Föderation (Russland)	1	2
S	Schweden	9	16
SA	Saudi-Arabien	0	1
SGP	Singapur	1	0
SK	Slowakei	1	0
SLO	Slowenien	0	1
T	Thailand	0	1
TR	Türkei	2	0
UAE	Vereinigte Arabische Emirate	5	2
USA	USA	78	112
VRC	Volksrepublik China	3	2
WS	Samoa (West-)	1	0
ZA	Rep. Südafrika	1	1
Gesamt		1225	1273

Anmerkungen:

Die Bezeichnungen der Länder/Regionen dienen lediglich der geografischen 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

1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren

Tabelle 1.1 Bei dem Bundeskartellamt

Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersuchungsverfahren	Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren								Zusätzlich			
		[auch] Anwendung von Art. 101, 102 AEUV	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistel. erteilt, Kein Wider-spruch, kraft Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Ab-schluss durch Unter-sa-gungs-oder Abstell-verfügung (§ 32 GWB)	Buß-geld-be-scheid*	Auf-gabe des be-anstan-deteten Verhal-tens	Ent-scheid-ung nach § 32c (kein Anlass zum Tätig-werden)	Kein Anlass zum Tätig-werden	Einstel-lung aus an-deren Grün-den	Entzug des Rechts-vorteils einer Grup-penfrei-stellung	Abgabe an andere Be-hörde	Anord-nung ein-stwei-ger Maß-nahmen	Ab-schöp-fung des wirt-schaftli-chen Vorteils
a) Kartelle														
§ 1 GWB	Kartellverbot (gesamt)	2009 2010	60 41	27 38		17		8 8	18 9		16 9	29 10		2 1
	HardcoreKartelle**	2009 2010	22 11	3 4				2 7	2			8 2		
	Mittelstandskartelle	2009 2010	2						2		1	1		
	Sonstige horizontale Koope-rationen	2009 2010	32 29	15 13				5 1	14 6		14 6	19 5		2 1
	Vertikalvereinbarungen	2009 2010	4 1	9 21		17		1	3		1 3	1 3		
b) Markbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Missbräuche)														
§§ 19 ff. GWB	Missbrauchsverfahren (gesamt)	2009 2010	42 29	8 1		2	1 1	1	3 7	1	10 11	12 5		1
	Missbrauch einer marktbe-herrschenden Stellung	2009 2010	26 15	4 1		2	1		3 3	1	6 6	5 3		1
§ 20 ^{II}	Diskriminierungsverbot, Verbot der unbilligen Behinderung	2009 2010	5 3	4			1				3 1	4 2		
§ 20 ^{III}	Verbot der Einräumung von Vorzugskonditionen	2009 2010	3											
§ 20 ^V	Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	2009 2010	2									1		

noch Tabelle 1.1 Bei dem Bundeskartellamt

Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren									Zusätzlich		
	[auch] Anwendung von Art. 101, 102 AEUV	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Frei-stell.erteilt, Kein Widerspruch, kraft Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Ab-schluss durch Unter-sa-gungs-oder Abstell-verfü-gung (§ 32 GWB)	Buß-geld-be-scheid*	Auf-gabe des be-anstan-deteten Verhal-tens	Ent-scheid-ung nach § 32c (kein Anlass zum Tätig-werden)	Kein Anlass zum Tätig-werden	Einstel-lung aus an-deren Grün-den	Entzug des Rechts-vorteils einer Grup-penfrei-stellung	Abgabe an andere Be-hörde	Anord-nung ein-stelli-ger Maß-nahmen	Ab-schöp-fung des wirt-schaftli-chen Vorteils
Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren	§ 20 ^{VI}	1											
	Verbandsdiskriminierung	2009 2010											
	§ 21 ^I	3 5				1	1	1 2	1				
	Boykottverbot	2009 2010											
	§ 21 ^{II-IV}	2 6					3	1	2				
Sonstiges wettbewerbsbe-schränkendes Verhalten	2009 2010												
c) Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftszweige													
§ 28 GWB	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft	2009 2010											
§ 29 GWB	Energiewirtschaft	2009 2010	2 13			3 1		3 6					
§ 30 GWB	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften	2009 2010											
§ 131 Abs. 6 GWB i.V.m. § 103 Abs. 5 in der Fassung der 6. GWB -Novelle	Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen	2009 2010											
Gesamt		134 72***	4 30	1 1	9 8	24 17	1	29 26	41 15		2 2		

* 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.

*** Das Bundeskartellamt führt derzeit umfangreiche Kartell- und Missbrauchsverfahren mit zahlreichen Betroffenen, daher wurden 2010 weniger neue Verfahren eingeführt.

1. Bußgeldverfahren, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren

Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden

Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren	Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren										Zusätzlich	
		[auch] Anwendung von Art. 101, 102 AEUV	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistellung, kein Widerspruch, Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Untersagungs- oder Abstellungsverfügung (§ 32 GWB)	Bußgeld-be-scheid*	Auf-gabe des be-anstande-nen Verhal- tens	Ent-scheid-ung nach § 32c (kein Anlass zum Tätig-werden)	Kein Anlass zum Tätig-werden	Einstel-lung aus an-deren Grün-den	Entzug des Rechts-vorteils einer Grup-pen-freistell-ung	Abgabe an an-dere Be-hörde	Anord-nung ein-stell-wei-ger Maß-nahmen	Ab-schöp-fung des wirt-schaftli-chen Vorteils
a) Kartelle														
§ 1 GWB	Kartellverbot (gesamt)	2009 2010	38 63	1	1 1	9 5	9 19		11 3	25 33		7 3		1
	HardcoreKartelle**	2009 2010	17 39		1	5 2	1 1		9 2	9 12		4		1
	Mittelstandskartelle	2009 2010	1							1				
	Sonstige horizontale Koo-perationen	2009 2010	2 3						1	1 3				
	Vertikalvereinbarungen	2009 2010					9							
	Kartellfälle allgemein (keiner Unterteilung zugeordnet)	2009 2010	18 21	1	1	4 3	8 9		1 1	14 18		3 3		
b) Marktherrschaft, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Missbräuche)														
§§ 19 ff. GWB	Missbrauchsverfahren (gesamt)	2009 2010	80 79	1	5 5	3	32 24		23 20	125 63		11 8		
§ 19	Missbrauch einer marktbe-herrschenden Stellung	2009 2010	39 34		4 5		15 15		8 6	112 60		7 3		
§ 20 ^{II}	Diskriminierungsverbot, Verbot der unbilligen Behinderung	2009 2010	24 27	1			8 8		10 10	4 2		2 1		
§ 20 ^{III}	Verbot der Einräumung von Vorzugskonditionen	2009 2010												
§ 20 ^{IV}	Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	2009 2010	5 4		1		1		2 2			1 3		

noch Tabelle 1.2 Bei den Landeskartellbehörden

Neue Verfahren		Abgeschlossene Verfahren										Zusätzlich		
	[auch] Anwendung von Art. 101, 102 AEUV	Verfahrensbeendigung n. altem Recht (Freistellung, Kein Widerspruch, Kraft Gesetzes wirksam)	Verpflichtungszusagen	Abchluss durch Unter-sa-gungs-oder Abstell-verfü-gung (§ 32 GWB)	Buß-geld-be-scheid*	Auf-gabe des be-anstan-detten Verhal-tens	Ent-scheid-ung nach § 32c (kein Anlass zum Tätig-werden)	Kein Anlass zum Tätig-werden	Einstel-lung aus an-deren Grün-den	Entzug des Rechts-vorteils einer Grup-pen-freistel-lung	Abgabe an an-dere Be-hörde	Anord-nung ein-stell-ger Maß-nahmen	Ab-schöp-fung des wirt-schaftli-chen Vorteils	
Bußgeld, Missbrauchsverfahren, Untersagungsverfahren	§ 20 ^{VI}	Verbandsdiskriminierung	2009 2010											
	§ 21 ^I	Boykottverbot	2009 2010	1 2					1 1					
	§ 21 ^{II-IV}	Sonstiges wettbewerbsbe-schränkendes Verhalten	2009 2010	4 6		3		1						
		Misbrauchsfälle allge-mein (keiner Unterteilung zugeordnet)	2009 2010	7 6			8 1		2 2	8		1 1		
	c) Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftszweige													
§ 28 GWB	Erzeugervereinigungen, Landwirtschaft	2009 2010												
§ 29 GWB	Energiewirtschaft	2009 2010	46 18	16 4	1	14 4			16 24					
§ 30 GWB	Preisbindung bei Zeitun-gen und Zeitschriften	2009 2010												
§ 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 Abs. 5 in der Fassung der 6. GWB-Novelle	Misbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunter-nahmen	2009 2010	5 10						9 99					
Gesamt		2009 2010	169 170	22 10	1	12 5	55 47	34 23	175 219		18 11		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.

2. Anerkannte Wettbewerbsregeln gem. § 24 Absatz 3 GWB

Wirtschafts- und Berufsvereinigung	Letzte Bekanntmachung im Bundesanzeiger	Geschäftszeichen
Verband deutscher Versicherungsmakler e. V.	Nr. 27 (S. 601) vom 19. Februar 2009	B4-14/09
Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen (AKG-Kodex)	Nr. 59 (S. 1465) vom 21. April 2009	B3-100/08
Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V. (FSA-Kodex Patientenorg.)	Nr. 73 (S. 1719) vom 15. Mai 2009	B3-124/08
AKG-Kodex	Nr. 75 (S. 1774) vom 20. September 2009	B3-24/09
AKG-Kodex	Nr. 110 (S. 2603) vom 29. Juli 2009	B3-24/09
Deutscher Zigarettenverband	Nr. 163 (S. 3705) vom 29. Oktober 2009	B2-119/09
Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V. (FSA-Kodex Fachkreise)	Nr. 22 (S. 499) vom 10. Februar 2010	B3-151/09
Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V. (FSA-Kodex Fachkreise)	Nr. 55 (S. 1308) vom 13. April 2010	B3-151/09
Verband deutscher Versicherungsmakler e. V.	Nr. 58 (S. 1361) vom 6. Mai 2010	B4-14/09

Ausländische Besucher im Bundeskartellamt 2009/2010

Länder	Besucher 2009	Besucher 2010	Veranstaltungen 2009	Veranstaltungen 2010
Armenien		23		1
Aserbaidschan	11		1	
Brasilien		1		1
Brunei Darussalam	1		1	
China	83	75	5	5
Frankreich		5		1
Georgien		14		1
Honduras		8		1
Indien	16		1	
Indonesien	14		1	
Israel		7		1
Japan	7	12	2	3
Kambodscha	1		1	
Kenia		8		1
Korea		4		1
Kosovo		5		1
Laos	1		1	
Lateinamerika		15		1
Lettland	8		2	
Malta	4		1	
Malaysia	1		1	
Marokko	6		1	
Niederlande	7	2	3	1
Österreich	5	2	2	1
Philippinen	1			
Rumänien	17	7	2	1
Russische Föderation		12		1
Schweiz		5		1
Singapur	2		1	
Süd-Afrika	4		1	
Syrien	4		1	
Thailand	25		2	
Tschechische Republik		5		1
Ukraine	9		1	
Union Myanmar	1		1	
Vietnam	8	11	1	1
Total	236	221	33	25

Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit

Jahr	Bundestagsdrucksache	Datum
1958	3. Wahlperiode Drucksache 1000	–
1959	3. Wahlperiode Drucksache 1795	–
1960	3. Wahlperiode Drucksache 2734	–
1961	IV/378	–
1962	IV/220	–
1963	IV/2370	–
1964	IV/3752	–
1965	V/530	–
1966	V/1950	–
1967	V/2841	–
1968	V/4236	–
1969	VI/950	11. Juni 1970
1970	VI/2380	28. Juni 1971
1971	VI/3570	19. Juni 1972
1972	7/986	5. Sept. 1973
1973	7/2250	14. Juni 1974
1974	7/3791	18. Juni 1975
1975	7/5390	16. Juni 1976
1976	8/704	4. Juli 1977
1977	8/1925	–
1978	8/2980	20. Juni 1979
1979/80	9/565	25. Juni 1981
1981/82	10/243	13. Juli 1983
1983/84	10/3550	26. Juni 1985
1985/86	11/554	25. Juni 1987
1987/88	11/4611	30. Mai 1989
1989/90	12/847	26. Juni 1991
1991/92	12/5200	24. Juni 1993
1993/94	13/1660	14. Juni 1995
1995/96	13/7900	19. Juni 1997
1997/98	14/1139	25. Juni 1999
1999/00	14/6300	22. Juni 2001
2001/02	15/1226	26. Juni 2003
2003/04	15/5790	22. Juni 2005
2005/06	16/5710	15. Juni 2007
2007/08	16/13500	22. Juni 2009

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 weitestgehend unter <http://dip.bundestag.de/> und <http://www.bundeskartellamt.de> als pdf-Datei abrufbar.

