



Bundeskartellamt

Sektoruntersuchung Milch

Endbericht Januar 2012

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Abkürzungsverzeichnis

AbL	Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGRI-Ausschuss	Ausschuss für Landwirtschaft und ländliche Entwicklung des Europäischen Parlaments
AMI	Agrarmarkt Informations-Gesellschaft mbH
B2B	business to business
BAnz	Bundesanzeiger
Bayern MeG	Bayern Milcherzeugergemeinschaft w.V.
BBV	Bayerischer Bauernverband
BDM	Bundesverband Deutscher Milchviehhalter e.V.
BDM young	Bundesverband Deutscher Milchviehhalter – Young e.V.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BO Milch	Branchenorganisation Milch, Schweiz
BT	Bundestag
DBV	Deutscher Bauernverband
DG	Generaldirektion der Europäischen Kommission
DMK	Deutsches Milchkontor GmbH
dmz	Deutsche Molkereizeitung

DRV	Deutscher Raiffeisenverband
ECN	Netzwerk Europäischer Kartellbehörden
EMB	European Milch Board
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDE	Hauptverband des deutschen Einzelhandels
HLF	High Level-Forum
HLG	High Level-Group
ife	Informations- und Forschungszentrum für Ernährungswirtschaft e.V.
KG	Kammergericht Berlin
KKV	Konkurrensverket, Schwedische Wettbewerbsbehörde
LEH	Lebensmitteleinzelhandel
LfL	Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft
LZ	Lebensmittelzeitung
MarktONOG	Gesetz über Meldungen über Marktordnungswaren
MarktOWMeldV	Verordnung über Meldepflichten über Marktordnungswaren

MarktStrG	Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugung an die Erfordernisse des Marktes
Milchboard	MEG Milch Board w.V.
Milchgeld	Entgelt, das ein Erzeuger für seine Rohmilch erhält
MIV	Milchindustrie-Verband e.V. Berlin
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OFT	Office of Fair Trading, UK
OLG	Oberlandesgericht
OOH-Handel	Out-of-Home-Handel
Rd-Nr.	Randnummer
Rz	Randziffer
Slg.	Sammlung
Umdr.	Umdruck
Unternehmen Milch	Deutsche Milcherzeuger im Unternehmen Milch e.V.
VBPM	Verband der Bayerischen Privaten Molkereien
VMB	Verband der Milcherzeuger Bayerns
VO GMO	Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates vom 22. Oktober 2007 über eine gemeinsame Organisation der Agrarmärkte und mit Sondervorschriften für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse
WEKO	Wettbewerbskommission, Schweiz
Wirtschaftsdienst	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
WKZ	Werbekostenzuschüsse

WuW

Wirtschaft und Wettbewerb

ZMB

Zentrale Milchmarkt Berichterstattung GmbH, Berlin

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	10
1.	Inhalt und Aufbau des Endberichts.....	12
a)	Inhalt und Zielsetzung des Endberichts	12
aa)	Zielsetzung Zwischenbericht.....	13
bb)	Zielsetzung Endbericht.....	13
b)	Aufbau des Endberichts	14
2.	Gang des Verfahrens.....	16
3.	Möglichkeit zur Stellungnahme	18
B.	Wettbewerbliche Entwicklung der Milchwirtschaft in Deutschland.....	19
I.	Anwendung von Wettbewerbsrecht im Bereich der Marktstufen der Erzeuger und Molkereien	19
1.	Konzentration und Kooperation auf Molkereiebene.....	19
a)	Konzentrationstendenz im Bereich der Molkereien in Deutschland.....	19
aa)	Zusammenschlüsse	20
bb)	Wesentliche Grundlagen für die wettbewerbsrechtliche Bewertung.....	21
aaa)	Sachliche Marktabgrenzung	21
bbb)	Räumliche Marktabgrenzung	24
ccc)	Wettbewerbsrechtliche Beurteilung.....	27
b)	Kooperationen	29
2.	Vertragslaufzeiten, Kündigungsfristen und Andienungspflichten	32
a)	Aktuelle Situation.....	34
aa)	Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen	34
aaa)	Allgemeine Übersicht:	34
bbb)	Detailübersicht:	37
bb)	Andienungspflicht/Abnahmepflicht.....	38
b)	Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	40
aa)	Eingriffsvoraussetzungen des § 19 GWB	41
aaa)	Normadressaten des § 19 GWB	42
bbb)	Sonstige Eingriffsvoraussetzungen.....	43
bb)	Eingriffsvoraussetzungen des § 20 GWB	45
aaa)	Normadressat.....	46

bbb) Sonstige Voraussetzungen des § 20 Absatz 2 in Verbindung mit § 20 Absatz 1 GWB.....	46
ccc) § 20 Absatz 3 GWB Vorteilsgewährung.....	47
ddd) § 20 Absatz 4 GWB unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber.....	47
c) Gestaltungsmöglichkeiten der Marktteilnehmer	47
3. Transparenz: Marktinformationssysteme und Referenzpreismodelle.....	49
a) Wettbewerbsrechtliche Einordnung.....	51
b) Marktinformationssysteme	52
aa) Überblick über die verschiedenen Varianten von Informationssystemen..	53
bb) Grenzen kartellrechtlicher Zulässigkeit gemäß § 1 GWB/Artikel 101 AEUV	54
c) Referenzpreismodelle	60
aa) Varianten.....	61
bb) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	62
d) Allgemeine Schlussfolgerungen und weiteres Vorgehen	64
aa) Allgemeine Schlussfolgerungen	64
bb) Weiteres Vorgehen	70
4. Milchgeld.....	71
5. Freistellungsgrenzen	75
a) Grenzen der kartellrechtlichen Freistellung	75
aa) Ausnahmbereich § 28 GWB	75
bb) Ausnahmbereich § 11 Marktstrukturgesetz	77
b) Kartellverbot	79
6. Diskriminierungsverbot, Behinderungsverbot und Boykottverbot	81
II. Wettbewerbsrechtliche Problemfelder im Bereich der Marktstufen der Molkereien und des Handels	83
1. (Missbräuchliche) Ausübung von Nachfragemacht.....	84
a) Reaktionen auf den Zwischenbericht	84
b) Konzept	85
c) Normadressateneigenschaft.....	87
aa) Allgemeine Ergebnisse der Ermittlungen zu den Ausweichmöglichkeiten der Molkereien	90
bb) Ausweichmöglichkeit Herstellermarke/Handelsmarke	93
aaa) Aufbau einer Hersteller- oder einer Handelsmarke.....	93

bbb) Verlagerung der Produktion innerhalb des bestehenden Markenportfolios	95
cc) Ausweichmöglichkeit Wechsel des Abnehmers	96
dd) Umstellung der Produktion auf ein bisher nicht oder in geringerem Umfang hergestelltes Molkereiprodukt	98
ee) Weitergabe von Kostensteigerungen	99
d) Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund.....	100
aa) Reaktion auf den Zwischenbericht	101
bb) Ermittlungen und bisheriges Ermittlungsergebnis	102
cc) Vorläufige Schlussfolgerungen	103
e) Unbillige Behinderung.....	104
2. Transparenz und Preisabsprachen.....	105
a) Transparenz über Preisentwicklung und Anlieferungsmengen.....	105
b) Transparenz über Ergebnisse der Kontraktverhandlungen	106
3. Unter Einstandspreisverkauf von Molkereiprodukten	107
C. Status Quo und Entwicklung des rechtlichen Rahmens auf Europäischer Ebene.....	109
I. EU Milchpaket.....	109
1. Stand der Diskussion.....	109
a) Branchenorganisationen.....	110
b) Erzeugerorganisationen	111
c) Verträge	112
d) Mengenregulierung für Käse mit geschützter Ursprungsbezeichnung oder geschützter geographischer Angabe.....	112
e) Sonstige Bestimmungen	113
2. Wettbewerbsrechtliche Bewertung.....	113
a) Branchenorganisationen.....	113
b) Erzeugerorganisationen	115
c) Verträge	117
d) Mengenregulierung für Käse	118
II. High Level Forum for a better Functioning Food Supply Chain.....	120
D. Zusammenfassung und Ausblick	122

A. Einleitung

- 1 Der vorliegende Endbericht des Bundeskartellamtes enthält die wesentlichen Schlussfolgerungen aus der im Jahre 2008 eingeleiteten Sektoruntersuchung Milch.¹ Dabei steht die kartellrechtliche Einordnung der identifizierten Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen im Vordergrund. Bei den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen und Marktmechanismen in der Milchwirtschaft ist gegenüber der Darstellung im Zwischenbericht keine signifikanten Änderungen eingetreten. Daher verweist das Bundeskartellamt diesbezüglich auf den Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch.² Mögliche Änderungen auf europäischer Ebene werden im Teil C des Endberichts dargestellt.
- 2 Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- 3 Insgesamt sieht das Bundeskartellamt auf der Grundlage des Ergebnisses der Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch erhebliche Einschränkungen des Wettbewerbs auf den regionalen Märkten für die Beschaffung von Rohmilch. Diese Wettbewerbsbeschränkungen können dazu führen, dass die durch die gemeinsame Agrarpolitik (GAP) initiierten Spielräume für mehr Wettbewerb im Milchsektor nicht vollständig genutzt werden. Im Einzelnen resultieren die Beschränkungen des Wettbewerbs aus einer Kombination von hoher Markttransparenz über aktuelle betriebsbezogene Auszahlungspreise unmittelbar benachbarter Molkereien, beschränkten Möglichkeiten der Beendigung der Lieferbeziehung der Erzeuger und einer vollständigen Andienungspflicht für die Erzeuger. Auch die zahlreichen Kooperationen der Molkereien untereinander sowie der zunehmende Konsolidierungsprozess auf Molkereiebene kann im Einzelfall nicht nur wettbewerbsbelebende, sondern auch wettbewerbsdämpfende Wirkungen haben. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wird das Bundeskartellamt insbesondere auch die Auswirkungen auf die Beschaffungsmärkte für Rohmilch weiterhin kritisch prüfen.
- 4 Bei einem Teil der praktizierten Marktinformationssysteme sind die wettbewerbswidrigen Auswirkungen nach Einschätzung des Bundeskartellamtes bereits heute klar erkennbar.

¹ Es handelt sich um den Endbericht zur Sektoruntersuchung Milch der 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes. Die im Endbericht enthaltenen Aussagen erlauben daher keine Rückschlüsse auf Einschätzungen und Bewertungen anderer Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes. Zudem gelten die im Endbericht enthaltenen Einschätzungen und Wertungen nur für die Milchwirtschaft und erlauben keine Schlussfolgerungen für andere Wirtschaftsbereiche.

² Abschnitt C (Seite 16 ff), D (Seite 27 ff) und F (Seite 46 ff) Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch (B 2 – 19/08) vom Dezember 2009.

Deswegen hat das Bundeskartellamt vor Abschluss der Sektoruntersuchung ein eigenständiges Verfahren mit dem Ziel der Abstimmung von Marktinformationssystemen, die aktuelle Milchgelddaten betriebsbezogen veröffentlichen, eingeleitet.

- 5 Sollten langfristige Lieferbeziehungen in Kombination mit vollständigen Andienungspflichten oder einzelne Kooperationen zwischen Molkereien zu Marktschließungseffekten oder wettbewerbswidrigen Behinderungen von Marktteilnehmern führen, wären auch diese kartellrechtlich zu überprüfen und abzustellen.
- 6 Die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes für die Rohmilch ist zunächst Sache der Vertragsparteien. Ein Eingreifen der Kartellbehörde ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Berechnung des Milchgeldes auf kartellrechtswidrigen Marktinformationssystemen oder kartellrechtswidrigen Referenzpreismodellen beruht. Die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes im Rahmen von genossenschaftlich organisierten Molkereien kann kartellrechtlich nicht beanstandet werden, sofern sie auf verbindlichen Vorgaben des Genossenschaftsrechts beruht. In dem genossenschaftlichen System der Auszahlung des Milchgelds tragen die Mitglieder der Genossenschaft und nicht die von ihnen gemeinsam getragene Verarbeitungs- oder Verwertungsorganisation (hier: die Molkerei) deren gesamtes wirtschaftliches Risiko. Das Milchgeld ist dabei vergleichbar einer Gewinnbeteiligung am Unternehmenserfolg der Molkerei, die monatliche Milchgeldzahlung eine Abschlagszahlung auf den zu erwartenden Gewinn.
- 7 Im Bereich des Absatzes von Molkereiprodukten durch die Molkereien an die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels wurden verschiedene wettbewerbsrechtlich relevante Fragestellungen zur Verteilung der Verhandlungsmacht untersucht. So hat das Bundeskartellamt z. B. im Bereich der von den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels geforderten Zahlungsziele ein wettbewerbsrechtliches Problemfeld identifiziert. Welche kartellrechtlichen Folgerungen aus den vorliegenden Ermittlungsergebnissen für die Frage der Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels insgesamt zu ziehen sind, wird das Bundeskartellamt unter Berücksichtigung der wesentlich breiter angelegten Marktuntersuchung im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel entscheiden.
- 8 Im Gesetz- und Verordnungsgebungsprozess auf deutscher wie auch auf europäischer Ebene wird das Bundeskartellamt weiterhin darauf hinweisen, dass Markttransparenz im Sinne einer Veröffentlichung von aktuellen, betriebsbezogenen Daten nicht wettbewerbsfördernd ist, sondern vielmehr gerade wettbewerbschädlich sein kann. Eine Transparenz über aktuelle betriebsbezogene Milchgelddaten unterstützt marktstufenübergreifende Preiskartellierungen.

- 9 Die Bemühungen um die Stärkung der Stellung der Erzeuger dürfen im Ergebnis nicht zu einer umfassenden Kartellierung der Erzeugerstufe auf regionalen Märkten für die Rohmilcherfassung führen. Während eine begrenzte Möglichkeit zur gemeinsamen Preisverhandlung der Erzeuger deren Wettbewerbsfähigkeit stärken kann, würde eine umfassend Kartellierung zu einer Störung des Wettbewerbsprozesses führen, z. B. weil eine erhebliche Anzahl von Molkereien in diesem Fall nicht mehr über ausreichende Ausweichmöglichkeiten für die Rohmilchbeschaffung verfügen würden.³ Das Marktstrukturgesetz bietet den Erzeugern bereits jetzt die Möglichkeit, in größerem Ausmaß Angebotskartelle zu bilden. Das Bundeskartellamt hält es für verfehlt, im Wege einer europäischen Regelung eine Erweiterung der Freistellung vom nationalen und europäischen Kartellverbot zu beschließen, ohne dass die bereits bisher bestehenden Freistellungsmöglichkeiten hinreichend genutzt werden.

1. Inhalt und Aufbau des Endberichts

a) Inhalt und Zielsetzung des Endberichts

- 10 Rechtliche Grundlage für die Durchführung einer Sektoruntersuchung durch das Bundeskartellamt ist § 32 e GWB, der die Befugnis verleiht, eine Sektoruntersuchung durchzuführen, wenn starre Preise oder andere Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt ist.
- 11 Seit dem Jahr 2008 hat das Bundeskartellamt Beschwerden von Erzeugern über die Art und Weise der Festsetzung des Milchgeldes und in Bezug auf sonstige Lieferbedingungenerhalten. Darüber hinaus gab es mehrere Beschwerden von Molkereien über einen Missbrauch von Nachfragemacht durch Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sowie Beschwerden von Verbrauchern über identische Preise für Molkereiprodukte bei allen führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Diese Beschwerden in ihrer Gesamtheit hatten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Wettbewerb auf allen betroffenen Marktstufen im Sinne von § 32 e GWB eingeschränkt sein könnte.⁴
- 12 Der vorliegende Endbericht knüpft an den Zwischenbericht des Bundeskartellamtes aus dem Jahre 2010 an und berücksichtigt die zu diesem Zwischenbericht eingegangenen schriftlichen und mündlichen Kommentierungen aus der Branche. Im Gegensatz zum Zwischenbericht liegt der Schwerpunkt dieses Endberichts jedoch nicht auf einer allgemeinen Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen und der Marktmechanismen.

³ Zu den Reformvorschlägen auf europäischer Ebene siehe unter C.

⁴ Ausführlicher dazu der Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch, Seite 12-13.

aa) Zielsetzung Zwischenbericht

- 13 Der Zwischenbericht sollte in erster Linie das Funktionieren der jeweiligen Märkte erklären und mögliche kartellrechtliche Probleme identifizieren. Dadurch sollte den Akteuren der verschiedenen Marktstufen sowie den politischen Entscheidungsträgern ein vertiefter Einblick in die Wettbewerbssituation und die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen auf dem Milchsektor ermöglicht werden. Er sollte zudem der Öffentlichkeit verständlich machen, wie der Milchsektor funktioniert und wie bestimmte Vorgänge auf den verschiedenen Marktstufen zu bewerten sind, um einen Beitrag zur Versachlichung der - im Übrigen immer noch andauernden - Diskussionen um „faire“ Milchauszahlungspreise einerseits und „hohe“ Ladenverkaufspreise für Lebensmittel andererseits zu leisten. Das Verständnis für das Funktionieren der einzelnen Marktstufen sollte dem Bundeskartellamt helfen, in einem zweiten Schritt wettbewerbsrechtliche Probleme zu identifizieren und eine Entscheidung zu ermöglichen, in welchen Bereichen kartellrechtlicher Handlungsbedarf besteht oder bestehen könnte.

bb) Zielsetzung Endbericht

- 14 Dementsprechend konzentriert sich der Endbericht in stärkerem Maß auf die Prüfung rein wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen, die sich aus den Ermittlungen, den Stellungnahmen zum Zwischenbericht und den Beschwerden, die das Bundeskartellamt erhalten hat, ergeben haben.
- 15 Vereinzelt ist in Stellungnahmen zum Zwischenbericht kritisiert worden, dass „an vielen Stellen konkrete Vorschläge zur Weiterentwicklung des Milchmarktes“ fehlten.⁵ Zum besseren Verständnis des Endberichts weist das Bundeskartellamt daher erneut auf seine Funktion als Verwaltungsbehörde hin, deren Aufgabe (und politische Legitimation) alleine in der Anwendung geltenden Rechts besteht. Das Bundeskartellamt hat daher keinerlei Befugnisse, im Rahmen seiner Fallpraxis „Strukturpolitik“ zu betreiben oder eine Änderung der für die Landwirtschaft geltenden nationalen oder europäischen Vorschriften zu erzwingen oder sich gar über diese hinwegzusetzen. Es ist zudem nicht die Aufgabe des Bundeskartellamtes, im Rahmen der Sektoruntersuchung hypothetische Fusions- oder Kooperationsvorhaben zu prüfen oder zu bewerten.⁶ Soweit wettbewerbsrechtliche Defizite festgestellt werden, wird das Bundeskartellamt über die Einleitung von Verfahren zur Abstellung dieser Defizite entscheiden. Soweit Gesetzesinitiativen wettbewerbsrechtlich erforderlich oder im Gegenteil

⁵ Stellungnahme des DBV, Stellungnahme vom 23.02.2010, Seite 2.

⁶ In Stellungnahmen zum Zwischenbericht wurde angeregt, die Frage größerer Molkereizusammenschlüsse vor dem Hintergrund der Entwicklung in anderen europäischen Staaten vertieft zu prüfen (in diesem Sinne z.B. Stellungnahme des DBV, aaO.).

wettbewerbsdämpfend wären, wird das Bundeskartellamt im Rahmen seiner Kompetenzen Handlungsempfehlungen aussprechen.

- 16 Das vom Bundeskartellamt anzuwendende Wettbewerbsrecht zielt nicht in erster Linie auf den Schutz einzelner Marktstufen („die Erzeuger“ oder „die Verbraucher“) oder gar einzelner Marktteilnehmer. Es schützt vielmehr den Wettbewerb als funktionierenden Prozess. Dies gilt grundsätzlich auch im Bereich der Landwirtschaft und dort für alle Marktstufen bzw. für das Verhältnis der einzelnen Marktstufen zueinander, soweit nicht der Gesetzgeber Ausnahmeregelungen geschaffen hat.
- 17 Das Bundeskartellamt betrachtet diesen Endbericht nicht als den Abschluss der Auseinandersetzung mit den Marktverhältnissen im Bereich der Milchwirtschaft. Der Endbericht zeigt vielmehr die Problemfelder auf, bei denen das Bundeskartellamt kartellrechtlichen Handlungsbedarf identifiziert hat. Darüber hinaus soll er den Marktteilnehmern für verschiedene Fallkonstellationen die kartellrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen aufzeigen und damit eine Einschätzung ermöglichen, ob bestimmte Verhaltensweisen prima facie kartellrechtskonform sind oder nicht. Die Unternehmen unterliegen zwar dem Gebot der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung. Im Bereich der Landwirtschaft gibt es jedoch eine Reihe von unterschiedlich weitreichenden Ausnahmegesetzen zum allgemeinen Kartellverbot. Zudem sind bestimmte Verhaltensweisen, die möglicherweise nicht kartellrechtskonform sind, schon über einen langen Zeitraum praktiziert worden. Daher steht das Bundeskartellamt allen Unternehmen für Gespräche zur Verfügung, wenn sie eine fundierte Selbsteinschätzung durchgeführt haben, gleichwohl jedoch kartellrechtlicher Beratungsbedarf verbleibt.

b) Aufbau des Endberichts

- 18 Der Aufbau des Endberichts orientiert sich an seiner zuvor beschriebenen Zielsetzung. Im Anschluss an eine Darstellung des bisherigen Verfahrensgangs und einer Überleitung zu den wettbewerbsrechtlichen Problemfeldern beschäftigt sich der Endbericht im Hauptteil zunächst schwerpunktmäßig mit verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Aspekten im Verhältnis zwischen Erzeugern und Molkereien. Der Endbericht analysiert in diesem Zusammenhang fünf verschiedene Fragestellungen. Zunächst beschäftigt er sich - angesichts der zunehmenden Konzentrationstendenzen auf Molkereiebene - mit den Eingriffsvoraussetzungen der Fusionskontrolle (Teil B I 1). Dann geht der Endbericht auf die kartellrechtliche Bewertung von möglichen marktverschließenden Wirkungen durch längerfristige Lieferbindungen, Andienungspflichten und sonstiger Maßnahmen, die einen Wechsel von Erzeugern potentiell erschweren ein (Teil B I 2). In Teil B I 3 beschäftigt sich der Endbericht mit den Auswirkungen

von Marktinformationssystemen und Referenzpreissystemen. Teil B I 4 ergänzt die Ausführungen in Teil I B 3 im Hinblick auf die Methodik der Berechnung des Milchgelds bei genossenschaftlich organisierten Molkereien. In den abschließenden Abschnitten (Teil B I 5 und 6) geht der Endbericht auf die Nachweisanforderungen bezüglich vermuteter Kartellabsprachen, die Eingriffsvoraussetzungen bei unzulässiger Diskriminierung und in Bezug auf das Boykott-Verbot sowie auf die kartellrechtlichen Grenzen der Ausnahmebereiche vom Kartellverbot nach deutschem und europäischem Recht ein.

- 19 Im zweiten Teil des Hauptteils (Teil B II) beschäftigt sich der Endbericht mit wettbewerbsrechtlich relevanten Fragestellungen im Verhältnis zwischen Molkereien und den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Dabei werden mögliche Auswirkungen der Konzentration auf beiden Marktstufen sowie die kartellrechtlichen Anforderungen an den Nachweis einer missbräuchlichen Ausübung von Nachfragemacht aufgezeigt.
- 20 Der Bereich Molkereiprodukte ist zudem Gegenstand der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel. Die Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel führt unter anderem datengestützte Ermittlungen zum Verhältnis von Herstellern und Handelsunternehmen auf einer wesentlich breiteren empirischen Basis durch, als dies im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch geschehen ist. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch sind durch Befragung der Molkereien schwerpunktmäßig Tendenzen und Trends in Bezug auf Ausweichmöglichkeiten und das Verhandlungsergebnis zwischen Molkereien und Handelsunternehmen ermittelt worden. Eine weitere Konkretisierung der Position des Bundeskartellamtes zu diesem Komplex erfolgt daher in bzw. nach Abschluss der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel.
- 21 Darüber hinaus beschäftigt sich die Sektoruntersuchung Milch auch mit der rechtlichen Bewertung und den möglichen Folgen von Markttransparenz im Verhältnis zwischen Molkereien und den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels.
- 22 Im dritten Teil (C) gibt der Endbericht einen Überblick über die Entwicklung auf europäischer Ebene. Dabei enthält der Endbericht neben einer zusammenfassenden Darstellung der Arbeit der verschiedenen Expertengruppen zur Analyse der Strukturbedingungen im Milch- bzw. Lebensmittelsektor eine wettbewerbsrechtliche Bewertung des Milchpakets der Europäischen Union.
- 23 Der vierte Teil des Endberichts (D) enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes im Milchbereich.

2. Gang des Verfahrens

- 24 Im Juni 2008 hat das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung der Milchwirtschaft eingeleitet. Das Bundeskartellamt hatte in einer ersten Befragungsrunde Ende Juli 2008 förmliche Auskunftsbeschlüsse mit Fragebögen an 36 Molkereien verschickt, die zusammen für 75 % der deutschen Rohmilcherfassung standen. Davon waren 17 Molkereien genossenschaftlich und 19 nicht genossenschaftlich organisiert. Anschließend wurden förmliche Auskunftsbeschlüsse mit Fragebögen an 13 deutsche Handelsketten des LEH versandt, die gemeinsam eine Marktabdeckung im Lebensmitteleinzelhandel von über 90 % erreichten.
- 25 Im Anschluss an die Auswertung der Befragung hat das Bundeskartellamt zahlreiche Gespräche mit unterschiedlichen Vertretern der Branche geführt. Solche Gespräche fanden u.a. mit den Mitarbeitern der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE), dem Deutschen Bauernverband (DBV), dem Bund Deutscher Milchviehhalter (BDM), der Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft e. V. (AbL), der Milcherzeugergemeinschaft Bayern-MeG, dem Milchboard, dem Verband der Milcherzeuger Bayerns (VMB), dem Deutschen Raiffeisenverbandes (DRV), dem Milchindustrieverband (MIV), dem Verband der Bayerischen Privaten Molkereien (VBPM) und dem Hauptverband des Deutschen Einzelhandels (HDE) statt. Es gab auch Gespräche mit Vertretern ausländischer und inländischer privater Molkereien sowie mit einzelnen Erzeugern.
- 26 Anfang des Jahres 2010 hat das Bundeskartellamt den Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch veröffentlicht. Der Zwischenbericht ist an die von der Untersuchung betroffenen Unternehmen bzw. deren Branchenverbände mit der Bitte um Stellungnahme verschickt worden. Er wurde zudem auf der Homepage des Bundeskartellamtes veröffentlicht. Interessierte Marktteilnehmer, Unternehmen, Verbände und Politiker hatten die Gelegenheit, zu den Darstellungen, den vorläufigen Bewertungen und zu den im Zwischenbericht aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit haben Erzeuger, Erzeugerverbände, Genossenschaftsverbände, Molkereien, Molkereiverbände, der Markenverband, Handelsunternehmen sowie deren Hauptverband, politische Parteien sowie mit der Thematik befasste Experten Gebrauch gemacht.
- 27 Das Bundeskartellamt hat in der Folgezeit die vorläufigen Ergebnisse der Sektoruntersuchung auf verschiedenen Vortragsveranstaltungen vorgestellt und mit Branchenteilnehmern und Politikern diskutiert.

- 28 Im Mai 2010 hat das Bundeskartellamt zudem an zwei Tagen eine Anhörung zum Zwischenbericht im Bundeskartellamt durchgeführt. Neben Vertretern des Bundeskartellamts waren ebenfalls Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) bei der Anhörung anwesend.
- 29 Im Rahmen der Anhörung im Bundeskartellamt haben zum einen Vertreter von Handel und Molkereien die Darstellung der Marktmechanismen und Fragestellungen aus dem Zwischenbericht betreffend das Verhältnis von Molkereien und Handel diskutiert. Im Vordergrund der Diskussion stand dabei die Frage der Ausweichmöglichkeit der Molkereien und mögliche Indizien für eine Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. In einer davon getrennten Veranstaltung haben Vertreter von Erzeugern und Molkereien die Darstellung der Marktmechanismen in Bezug auf diese Marktstufe und Fragestellungen betreffend das Verhältnis von Erzeugern und Molkereien diskutiert. Im Vordergrund der Diskussion standen hier die Mechanismen des Spotmarktes, die Preisbildung für angelieferte Rohmilch in genossenschaftlich organisierten Molkereien und nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien und die Vor- und Nachteile von Markttransparenz in Bezug auf die gezahlten Rohmilchpreise.
- 30 Im Jahre 2010 hat das Bundeskartellamt zudem als erste Folge aus der Veröffentlichung des Zwischenberichts zur Sektoruntersuchung Milch in einem Verwaltungsverfahren auf Initiative der AMI ein von ihr geplantes Marktinformationssystem geprüft und einer vorläufigen kartellrechtlichen Bewertung unterzogen. Das Marktinformationssystem hatte die aktuelle Höhe des von einzelnen Molkereien gezahlten Milchgelds zum Gegenstand. Das Verfahren ist im Jahre 2011 vorläufig einvernehmlich abgeschlossen worden, ein Praxistest im Hinblick auf die besprochenen Rahmenbedingungen des Marktinformationssystems steht aber noch aus.⁷
- 31 Nach Veröffentlichung der vorläufigen wettbewerblichen Beurteilung von Marktinformationssystemen in der Milchwirtschaft hatten verschiedene Marktteilnehmer das Bundeskartellamt aufgefordert, sich zur Kartellrechtskonformität von bereits praktizierten oder geplanten Marktinformationssystemen zu positionieren, um hier Rechtssicherheit zu schaffen. Das Bundeskartellamt hat ein weiteres Verwaltungsverfahren eingeleitet, um sich zunächst einen Überblick über die verschiedenen Marktinformationssysteme zu erhalten und eine erste kartellrechtliche Bewertung vornehmen zu können. In der Folgezeit hat das Bundeskartellamt einen Dialog insbesondere mit den Molkereiverbänden und Erzeuger-

⁷ B 2 – 118/10 Fallbericht vom 12.5. 2011 Standard für kartellrechtskonforme Gestaltung von Marktinformationssystemen im Bereich der Beschaffung von Rohmilch; siehe dazu auch Teil B I 3 des Endberichts.

organisationen über die praktischen wettbewerbsrechtlichen Folgerungen aus der Bewertung des Fallberichts zum Marktinformationssystem der AMI eröffnet, der gegenwärtig noch nicht abgeschlossen ist.

32 Schließlich hat das Bundeskartellamt Mitte des Jahres 2011 eine ergänzende schriftliche Befragung von Erzeugern und Milcherzeugergemeinschaften, rund 60 Molkereien und mehreren Verbänden durchgeführt.

33 Der vorliegende Endbericht gibt das Ergebnis aller dargestellten Ermittlungen wieder.

34 Im Jahr 2011 hat das Bundeskartellamt parallel zu der im Milchbereich durchgeführten Sektoruntersuchung eine weitere Sektoruntersuchung im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels eingeleitet. Diese Sektoruntersuchung untersucht u. a. die Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für die Beschaffung von Nahrungs- und Genussmitteln durch die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Davon erfasst sind unter anderem auch verschiedene Molkereiprodukte, für die das Verhältnis zwischen den Herstellern und dem Lebensmitteleinzelhandel vertieft empirisch untersucht wird. Im Endbericht zur Sektoruntersuchung Milch erfolgt insoweit nur eine vorläufige Darstellung einzelner Aspekte möglicher Verhandlungsmacht im Verhältnis von Lebensmitteleinzelhandel zu Molkereien.

3. Möglichkeit zur Stellungnahme

35 Das Bundeskartellamt gibt allen Interessenten die Möglichkeit, zu diesem Bericht bis zum

01. März 2012

schriftlich Stellung zu nehmen. Das Bundeskartellamt behält sich vor, die Stellungnahmen auf der Homepage des Bundeskartellamtes vollständig oder zusammengefasst zu veröffentlichen.

B. Wettbewerbliche Entwicklung der Milchwirtschaft in Deutschland

I. Anwendung von Wettbewerbsrecht im Bereich der Marktstufen der Erzeuger und Molkereien

36 Der erste Teil des Endberichts beschäftigt sich mit der nationalen Entwicklung und den rechtlichen Rahmenbedingungen im Verhältnis der Erzeuger von Rohmilch zu den Molkereien. Das einleitende Kapitel stellt die jüngere Entwicklung im Bereich von Zusammenschlüssen und Kooperationen auf Molkereiebene dar und erläutert die bisherige Fallpraxis des Bundeskartellamtes in Bezug auf die sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die wettbewerbsrechtliche Bewertung solcher Strukturveränderungen.

1. Konzentration und Kooperation auf Molkereiebene

a) Konzentrationstendenz im Bereich der Molkereien in Deutschland

37 Die Konzentrationstendenz im Bereich der Molkereien hat sich durch Zusammenschlüsse von inländischen Molkereien und durch Übernahme von Molkereien durch ausländische Molkereien weiter fortgesetzt. Die geprüften Zusammenschlüsse haben weder auf den regionalen Märkten für die Erfassung von Rohmilch noch auf den unterschiedlichen Märkten für den Absatz von Molkereiprodukten zur Entstehung von Marktbeherrschung geführt. Daher waren sie nicht zu untersagen. Dennoch sind die Ausweichmöglichkeiten für Erzeuger von Rohmilch insbesondere in den nordöstlichen Teilen Deutschlands mittlerweile stark reduziert. Ob der Markteintritt bzw. das verstärkte Engagement ausländischer Molkereien auf dem deutschen Markt hier neue Wettbewerbsimpulse setzt, bleibt abzuwarten. Das Bundeskartellamt wird Zusammenschlüsse im Molkereibereich auch künftig intensiv prüfen, sowohl im Hinblick auf die Marktstellung der Molkereien bei der Erfassung von Rohmilch als auch im Hinblick auf den Absatz von Molkereiprodukten.

38 Um allfälligen Betroffenen eine erste wettbewerbsrechtliche Einschätzung zu ermöglichen, stellt der Endbericht im Folgenden die bisherige Entscheidungspraxis bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung dar und gibt allgemeine Hinweise darauf, welche Kriterien bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Molkereizusammenschlüssen regelmäßig eine Rolle spielen.

aa) Zusammenschlüsse

39 Auf Molkereiebene hat es seit dem Jahre 2009 eine Reihe von Zusammenschlüssen gegeben, die entweder vom Bundeskartellamt oder von der Europäischen Kommission geprüft und freigegeben worden sind: Neben dem letzten Schritt zur Vollfusion zwischen Humana und Nordmilch zum Deutschen Milchkontor (DMK)⁸ haben insbesondere ausländische Molkereien ihren Einfluss in Deutschland verstärkt.⁹ Die dänische Molkerei Arla strebt an, sich zu einem der drei führenden Milchverarbeiter im deutschen Markt zu entwickeln¹⁰ und hat dazu zunächst die Hansa Milch¹¹ und dann die Molkerei Allgäuland¹² erworben. Der französische Molkereikonzern Bongrain zielt mit der Anmeldung des schrittweisen Erwerbs der alleinigen Kontrolle an der Biomolkerei Söbbeke¹³ auf einen Ausbau seiner Position im Bereich der Biomilch in Deutschland.¹⁴ Ein Zusammenschluss zwischen dem DMK und dem niederländischen Unternehmen DOC Kaas Ende diesen Jahres ist gescheitert, nachdem die Abstimmung innerhalb des niederländischen Unternehmens nicht die für einen Zusammenschluss erforderliche Mehrheit ergeben hat.¹⁵

⁸ B2-121/10 Humana Milchindustrie GmbH/Nordmilch AG. Das Vorhaben konnte in der ersten Prüfphase freigegeben werden, da das Bundeskartellamt bereits die Zusammenlegung der Vertriebsaktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen im Jahre 2009 wie eine Vollfusion (also einschließlich der zu erwartenden Wirkungen auf der Erfassungsseite) geprüft und freigegeben hatte. Die Vollfusion zum DMK erfolgte dann innerhalb des Prognosezeitraums, wengleich die beiden Genossenschaften (Nordmilch eG und Humana eG) rein rechtlich als selbständige Unternehmen fortbestehen.

⁹ So hat die niederländische FrieslandCampina die Mitkontrolle an der Molkerei Hubert Wiesenhoff erworben, das Vorhaben konnte ohne vertiefte Prüfung freigegeben werden, B2-137/10. Auf ihre Auswirkungen auf den Bereich der Rohmilcherfassung in Deutschland sind zudem die Zusammenschlüsse Berglandmilch/Tirol Milch und Berglandmilch/Landfrisch Molkerei geprüft worden; beide Vorhaben konnten in Deutschland ohne vertiefte Prüfung freigegeben werden, B2-142/10 und B2-143/10.

¹⁰ Top agrar.com vom 8. November 2011, Seite 1.

¹¹ Arla/Hansa Fall COMP/M. 6119.

¹² Arla/Allgäuland Fall COMP/M. 6348.

¹³ B2-104/11 Bongrain Europe; Erwerb der alleinigen Kontrolle an der Molkerei Söbbeke.

¹⁴ Bongrain verfügt bereits über eine Minderheitsbeteiligung an der Andechser Molkerei Scheitz GmbH.

¹⁵ Anfang November 2011 hatten sich rund 40% der Mitglieder gegen einen Zusammenschluss mit dem DMK ausgesprochen. Unklar ist derzeit, ob DOC Kaas beabsichtigt, sich mit einem anderen Unternehmen zusammenzuschließen oder selbständig bleiben wird, vgl. top agrar news vom 23. 11. 2011 sowie top agrar 12/2011 Seite R 4.

bb) Wesentliche Grundlagen für die wettbewerbsrechtliche Bewertung

40 Ein Zusammenschluss ist zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder eine bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird (§ 36 Absatz 1 GWB) und die Entstehung oder Verstärkung der Marktbeherrschung nicht durch Auflagen oder Bedingungen beseitigt werden kann. Im Rahmen der fusionsrechtlichen Prüfung muss das Bundeskartellamt den zu erwartenden Eintritt dieser Auswirkungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller für den relevanten Markt maßgeblichen Umstände nachweisen. Andernfalls ist ein Zusammenschluss freizugeben. Das Bundeskartellamt hat dabei keinen Ermessenspielraum. Die Entscheidungen des Bundeskartellamtes unterliegen zudem der Überprüfung durch die Gerichte.

41 Um beurteilen zu können, ob durch ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung entsteht, grenzt das Bundeskartellamt in einem ersten Schritt sachlich und räumlich relevante Märkte ab. In einem zweiten Prüfungsschritt werden die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diesen Märkten geprüft. Die folgenden Ausführungen fassen den Stand der Praxis bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission zusammen, um den Marktteilnehmern eine Einschätzung zu erlauben, nach welchen grundsätzlichen Maßstäben ein Zusammenschlussvorhaben im Molkereibereich vom Bundeskartellamt voraussichtlich beurteilt wird.

aaa) Sachliche Marktabgrenzung

42 Bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben von Molkereien grenzt das Bundeskartellamt in ständiger Praxis den Bereich der Rohmilcherfassung (aus Sicht der Molkereien der Beschaffungsmarkt) und den Absatz von Molkereiprodukten (Absatzmarkt der Molkereien) als getrennte sachlich relevante Märkte ab. Dabei können auf Absatzseite - je nach Kundennachfrage und Produktportfolio der beteiligten Molkereien - eine Vielzahl von Märkten abzugrenzen sein.

43 Im Bereich der Rohmilcherfassung hat das Bundeskartellamt bisher in Übereinstimmung mit der Praxis der Europäischen Kommission¹⁶ bei der Prüfung jeweils eigenständige Märkte für die Erfassung von konventioneller Milch und Bio-Milch zu Grunde gelegt. Das Bundeskartellamt hatte jedoch bisher keinen Anlass, sich insoweit fest zu legen, weil die angemeldeten

¹⁶ COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 47 ff, 52; COMP/M. 6242 Lactalis/Parmalat, Rd. Nr. 10-13; für den deutschen Markt hat die Europäische Kommission offen gelassen, ob die Annahme getrennter Märkte sachgerecht ist, COMP/M. 6119 Arla/Hansa, Rd. Nr. 10, 11 und COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäu-land, Rd. Nr. 12, 13.

Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch gewesen wären.¹⁷

- 44 Im Bereich des Absatzes von Molkereiprodukten legt das Bundeskartellamt seiner Prüfung keinen alle Molkereiprodukte umfassenden Sortimentsmarkt zu Grunde, weil das Nachfrageverhalten der Abnehmer diese Annahme nicht rechtfertigt. Die Nachfrager nach Molkereiprodukten, insbesondere die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und der weiterverarbeitenden Industrie, beziehen auf Grund der unterschiedlichen Spezialisierungen der Molkereien regelmäßig nur bestimmte Teilsortimente bei einer Molkerei und decken den übrigen Bedarf bei anderen Molkereien. Auch die Europäische Kommission grenzt in ständiger Praxis keinen alle Molkereiprodukte umfassenden Sortimentsmarkt ab.¹⁸
- 45 Die sachliche Marktabgrenzung im Bereich des Absatzes von Molkereiprodukten ist in jedem Einzelfall gesondert zu ermitteln. Die Möglichkeit der Molkereien, ihre Produktion kurzfristig und ohne erheblichen finanziellen Aufwand auf eine andere Produktgruppe umzustellen, kann eine Rolle bei der Marktabgrenzung spielen und führt u.U. zur Annahme von größeren Teilsortimente umfassenden Märkten, jedoch nicht zur Annahme eines alle Molkereiprodukte umfassenden Sortimentsmarktes. Im Falle von Spezialitäten kann der sachlich relevante Markt sogar nur wenige oder sogar nur einzelne Produkte¹⁹ umfassen. Die Europäische Kommission grenzt zudem separate Märkte für frische und haltbare Molkereiprodukte ab.²⁰ Das Bundeskartellamt hat diese Marktabgrenzung bisher nicht detailliert untersucht, da sie in keinem der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben entscheidungserheblich gewesen wäre.

¹⁷ B2-29/09 Humana/Nordmilch, S. 37. Sollte es zu einer weiteren Konzentration im Bio-Milchbereich kommen, würde das Bundeskartellamt jedoch – je nach Fallkonstellation – ermitteln, ob es sich insoweit um einen eigenständigen Markt handelt.

¹⁸ COMP/M. 5046 Friesland/Campina, Rd. Nr. 207, 460, 1381; COMP/M. 6119 Arla/Hansa, Rd. Nr. 20, COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäuland, Rd. Nr. 14ff, 26 ff, 29 ff und 33. Die Europäische Kommission geht in diesen Entscheidungen z. B. von getrennten Märkten für frische und haltbare Trinkmilch und frische und haltbare Sahne aus.

¹⁹ B2-359/2007 Loose-Poelmeyer für Sauermilchkäse, veröffentlicht auf der Homepage des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de>. Die Entscheidung ist vom OLG Düsseldorf bestätigt worden, der BGH hat die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde abgewiesen. COMP/M. 4135 Lactalis/Galbani, Rd. Nr. 8-15, COMP/M. 6242 Lactalis/Parmalat, Rd. Nr. 51-53; COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäuland Rd-Nr. 29 ff für den Bereich Käse und Rd. Nr. 26, 27 für Butter sowie Rd. Nr. 14 für Sahne, Quark und verschiedene Joghurtarten und COMP/M. 5046 Friesland/Campina, Rd. Nr. 156 sowie COMP/M. 6119 Arla/Hansa, Rd. Nr. 14 für frische Buttermilch.

²⁰ Z. B. Frische und haltbare Milch, frische und haltbare Sahne, frische und haltbare Buttermilch, frische und haltbare Milchmischgetränke usw. COMP/M. 6119 Arla/Hansa, Rd. Nr. 20, COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäuland, Rd. Nr. 14 ff und 22 ff.

46 Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung hatte das Bundeskartellamt bisher zudem über folgende mögliche weitere Differenzierungen zu entscheiden:

- bilden Herstellermarken und Handelsmarken einen sachlich relevanten Markt oder getrennte Märkte und
- bilden verschiedene Vertriebswege der Molkereien einen oder jeweils sachlich getrennte Märkte?

47 Ob bei Milchbasisprodukten eine Unterscheidung von sachlichen Märkten für Markenprodukte und Handelsmarken sachgerecht ist, hat das Bundeskartellamt in bisherigen Verfahren offen lassen können.²¹ In den seit der Veröffentlichung des Zwischenberichts zu entscheidenden Fällen, die überwiegend Milchbasisprodukte betrafen, hielt das Bundeskartellamt eine solche Unterscheidung nicht für sachgerecht, ohne die Frage jedoch vertieft ermitteln zu müssen, da sie nicht entscheidungserheblich war.²² Allerdings kann auch über diese Frage nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Die Europäische Kommission hat für einzelne Produktgruppen sachlich getrennte Märkte für Handelsmarken und Markenartikel identifiziert, in mehreren Fällen allerdings beide einem sachlich relevanten Markt zugeordnet.²³ Auch in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission kommt es auf die für die jeweilige Produktgruppe maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse an.

48 Während die Europäische Kommission auf Grund der von ihr durchgeführten Ermittlungen für einige Produktgruppen aus dem Molkereibereich eine Abgrenzung verschiedener sachlich relevanter Märkte je nach Vertriebsweg (Lebensmitteleinzelhandel, Großverbraucher usw.) für sachgerecht hält,²⁴ konnte das Bundeskartellamt bisher offen lassen, ob die Annahme jeweils separater Märkte sachgerecht ist oder nicht. Eine teilweise hohe Umstellungsflexibilität der Molkereien legt die Annahme eines einheitlichen, alle Vertriebswege

²¹ B 2 – 29/09 Humana/Nordmilch, S. 21 f.

²² Zuletzt in B2-104/11 Bongrain/Söbbeke.

²³ Die Europäische Kommission nimmt u.a. bei Frischmilch, frischer Buttermilch und Naturjoghurt keine Unterscheidung von Handels- und Herstellermarken vor (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 196). Bei den niederländischen Käsesorten nimmt die europäische Kommission ebenfalls keine solche Unterscheidung vor (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 529), wohingegen sie für den französischen Käsemarkt Handels- und Herstellermarken unterschieden hat (COMP/M.4761 – Bongrain/Sodiaal/JV, Rd. Nr. 17). Handels- und Herstellermarken gehören auch bei Joghurts und Quark mit Geschmack zum gleichen sachlichen Markt (COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 913), COMP/M. 6348 ArlaFoods/Allgäuland, Rd. Nr. 21.

²⁴ Vgl. COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 206 f. Rd. Nr. 927 und Rd. Nr. 1501, Rd. Nr. 1377 f.

umfassenden Marktes für bestimmte Produktgruppen allerdings nahe. Dies gilt z. B. für Trinkmilch, Quark, Sahne, Frischkäse oder bestimmte Arten von halbfesten Schnittkäse, bei denen die Rezepturen für die verschiedenen Vertriebswege sehr ähnlich oder gleich sind und bei denen Molkereien – soweit erforderlich - ein Wechsel zwischen unterschiedlichen Gebindegrößen ohne erheblichen Aufwand möglich ist.

bbb) Räumliche Marktabgrenzung

Regionale Marktabgrenzung für die Erfassung von Rohmilch

49 Das Bundeskartellamt hat die Erfassungsmärkte für Rohmilch in allen bisher untersuchten Fällen regional in einem bestimmten Umkreis um eine Molkerei abgegrenzt.²⁵ Hierbei hat das Bundeskartellamt bislang einen Umkreis von mindestens 150 km angenommen. Auf der Grundlage der Ergebnisse der weiteren Ermittlungen im Rahmen dieser Sektoruntersuchung hält das Bundeskartellamt grundsätzlich an einer regionalen Marktabgrenzung fest, hält jedoch eine Vergrößerung des Radius auf 200 km aufgrund der entsprechenden Angaben der befragten Marktteilnehmer für sachgerecht.

50 Gegen eine regionale Marktabgrenzung haben sowohl einige Molkereien als auch der DRV²⁶ sowie Erzeugerverbände²⁷ Einwände vorgebracht, andere Erzeuger haben die regionale Marktabgrenzung dagegen bestätigt²⁸. Sie haben die Ansicht vertreten, der Markt für die Erfassung der Rohmilch sei mindestens national abzugrenzen, und haben zur Begründung unter anderem auf die Praxis der Europäischen Kommission zur räumlichen Marktabgrenzung im Bereich der Erfassung von Rohmilch verwiesen.

²⁵ Nordmilch/Pommernmilch, B 2 – 92/09; Humana/Nordmilch, B 2 – 29/09 , S. 39 f; Bayernland/Käserei Bayreuth, B 2 – 214/08 , Rd. Nr. 35 ff.

²⁶ Stellungnahme des DRV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25.02.2010, Seite 7.

²⁷ Insbesondere der BDM, der zwar nicht selbst zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Stellung genommen hat, jedoch auf verschiedenen Diskussionsveranstaltungen immer wieder die Ansicht vertreten hat, die Annahme eines bundesweiten Beschaffungsmarktes sei sachgerecht. Ebenso haben die im „ Unternehmen Milch“ firmierenden Erzeuger im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 12. Mai 2010 die räumliche Marktabgrenzung im Bereich der Rohmilcherfassung als zu eng eingestuft, jedoch insbesondere auf den seiner Einschätzung nach nicht unerheblichen grenzüberschreitenden Vertrieb der Rohmilch hingewiesen.

²⁸ Stellungnahme Agrargesellschaft Langenreichenbach mbH vom 26.02. 2010, Seite 2; Stellungnahme von Erzeugern zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 02. 03. 2010, Seite 1, die teilweise ergänzend darauf hinweisen, dass ein Transport über größere Entfernungen mit Qualitätseinbußen verbunden sein kann.

- 51 Die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission für die Beschaffung von konventioneller Rohmilch ist in einigen Fällen weiter als die des Bundeskartellamtes, nämlich national.²⁹ In anderen Fällen tendiert die Europäische Kommission zur Annahme engerer regionaler Märkte oder hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen.³⁰
- 52 Bei der Ermittlung des räumlich relevanten Marktes geht das Bundeskartellamt wie folgt vor:
- 53 Zunächst ermittelt es die tatsächlichen Erfassungsradien, innerhalb derer die Molkereien gegenwärtig die Rohmilch einsammeln. Dann ermittelt es – unter anderem unter Berücksichtigung der Transportkosten und der Verderblichkeit der Ware - die Entfernung, bis zu der es für eine Molkerei nach eigenen Angaben betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, Rohmilch zu erfassen. Bei der Bewertung der einzelnen Antworten berücksichtigt das Bundeskartellamt zudem, ob lediglich besondere Umstände in Bezug auf eine Molkerei dazu führen, dass der für sie wirtschaftlich sinnvolle Erfassungsradius besonders groß oder besonders klein ausfällt.³¹ Der für die räumliche Marktabgrenzung relevante Radius wird aus dem arithmetischen Mittel der Antworten gebildet, die für den Markt in seiner Gesamtheit prägend sind.
- 54 Die Befragung der Molkereien im Rahmen der Sektoruntersuchung hat ergeben, dass die Erfassungsradien der Molkereien sehr unterschiedlich sind und im Durchschnitt derzeit bis zu einer Entfernung von ca. 170 km bestehen.³² Die zweite Befragung der Molkereien im Rahmen der Sektoruntersuchung hat gezeigt, dass einige Molkereien ihr Erfassungsgebiet teilweise zwar erweitert haben, die Annahme regionaler Märkte jedoch nach wie vor sachgerecht ist. Von den im Rahmen der zweiten Fragerunde befragten Molkereien hat der ganz

²⁹ In COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 77 und 80 (für Bio-Milch) den niederländischen, in COMP /M.3130 – Arla Foods/Express Dairies, Rd. Nr. 16 den britischen und in COMP /M.4344 – Lactalis/Nestlé (JV), Rd. Nr. 34 den französischen Markt betreffend.

³⁰ COMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina, Rd. Nr. 80, und insbesondere für den deutschen Markt COMP/M. 6119 Arla/Hansa, Rd. Nr. 35 und COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäuland, Rd. Nr. 34.

³¹ Besonders große Erfassungsradien haben z. B. wegen der geringeren Verfügbarkeit Molkereien, die Bio-Rohmilch einsammeln. Besonders kleine Erfassungsradien haben kleine Molkereien, die aus unternehmensstrategischen Gründen nicht expandieren wollen bzw. feste Stammlieferanten haben.

³² Die weiteste angegebene Entfernung beträgt 425 km, die kürzeste Entfernung 60 km. Um Ausreißer bereinigt (gestutztes Mittel zu 25 %) ergibt sich eine Entfernung von 170 km. Zu der statistischen Ermittlung vgl. auch Grundkurs Statistik von W. Krämer in NZZ Folio, Januar 2006, Seite 50 ff.

55 überwiegender Teil einen Erfassungsradius von rund 200 km als noch wirtschaftlich sinnvoll bezeichnet.³³ Dies entspricht in etwa auch dem Ergebnis einer Schnellbefragung, die der Milchindustrieverband unter seinen Mitgliedern im Nachgang zur Anhörung im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch durchgeführt hat.³⁴

Abgrenzung grenzüberschreitender Märkte für die Erfassung von Rohmilch?

56 Auf der Basis der bis zum Zwischenbericht vorhandenen Ermittlungsergebnisse hat das Bundeskartellamt die Abgrenzung regionaler Märkte unter Berücksichtigung grenzüberschreitender Rohmilchtransporte bisher selbst für Molkereien mit grenznahen Produktionsstandorten für nicht sachgerecht gehalten. Ursächlich hierfür sind insbesondere die durch die nationale Quotenverwaltung bestehenden administrativen Hürden für eine Molkerei bei der grenzüberschreitenden Erfassung von Rohmilch.

57 Die Ermittlungsergebnisse der zweiten Befragung der Molkereien legen nahe, diese Frage künftig entweder offen zu lassen oder im konkreten Fall einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Zum einen erfassen mittlerweile rund 25 der befragten Molkereien Rohmilch (auch) im benachbarten Ausland. Die anderen Molkereien, die bislang keine Rohmilch grenzüberschreitend erfassen, haben entweder keine Gründe hierfür angeführt oder darauf verwiesen, dass die von ihnen im Inland erfasste Menge an Rohmilch zur Bedarfsdeckung ausreicht bzw. dass ein Import von Rohmilch aus molkereispezifischen Gründen³⁵ nicht sinnvoll wäre. Zum anderen wird mit dem Entfallen der nationalen Milchquote im Jahre 2015 die grenzüberschreitende Erfassung von Rohmilch administrativ einfacher, so dass mit einer Zunahme der grenzüberschreitenden Erfassung gerechnet werden kann.

58 Die Märkte für den Absatz von Molkereiprodukten grenzt das Bundeskartellamt in ständiger Praxis (mindestens) bundesweit ab. Je nach Produktgruppe können die räumlich relevanten Märkte grenzüberschreitend oder auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sein. Maßgeblich ist wiederum das tatsächliche Nachfrageverhalten der Abnehmer.

³³ Lediglich sechs der insgesamt rund 60 befragten Molkereien hat eine Erfassung von mehr als 200 km als betriebswirtschaftlich sinnvoll eingestuft. Dabei handelt es sich teilweise um Molkereien, die ihren Hauptsitz im benachbarten Ausland haben und teilweise um Molkereien, die auf die Erfassung und Verarbeitung von Bio-Milch spezialisiert sind und die insoweit nicht repräsentativ für den Markt für die Erfassung von konventioneller Rohmilch sind.

³⁴ Schreiben des MIV vom 17. Mai 2010.

³⁵ Einige Molkereien haben angegeben, dass auf Grund ihrer Lage die Transportkosten zu hoch wären, um betriebswirtschaftlich sinnvoll Rohmilch grenzüberschreitend zu erfassen. Andere Molkereien habe darauf verwiesen, dass es ihrem Geschäftsmodell entspricht, nur regionale Milch zu verarbeiten. Gleiches gilt offenbar nicht für andere Kühe. Jedenfalls die vacca fugitiva wurde im Jahre 2011 von Österreich nach Deutschland verkauft, ehe sie sich auf die Flucht begab.

Einige Milchbasisprodukte (insbesondere Milchpulver) werden weltweit gehandelt. Bei anderen handelt es sich um Produkte, die in dieser Form (Größe, Geschmack, Konsistenz, Rezeptur) nicht in anderen europäischen Staaten, sondern nur in Deutschland nachgefragt werden. Eine generalisierende Aussage für alle Molkereiprodukte ist daher nur insoweit möglich, als die Märkte im Regelfall jedenfalls nicht lokal oder regional, sondern mindestens bundesweit abzugrenzen sind. Dieser einzelfallbezogene differenzierte Ansatz entspricht der Praxis der Europäischen Kommission.³⁶

ccc) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

59 Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ist eine Reihe von jeweils fallspezifischen Besonderheiten zu berücksichtigen. Wesentliche Faktoren sind jedoch regelmäßig die Höhe der Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Molkereien, Marktanteilsadditionen und die Höhe des Marktanteilszuwachses, der Marktanteilsabstand zu den folgenden Wettbewerbern, (das Bestehen von) Marktzutrittsschranken, die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten, die Marktphase (Wachstumsmärkte/stagnierende Märkte) sowie die Ausweichmöglichkeiten der jeweiligen Marktgegenseite.³⁷ Die praktische Umsetzung dieses Konzepts verdeutlicht folgendes Beispiel:

60 Im Zusammenschlusskontrollverfahren Humana/Nordmilch hat das Bundeskartellamt zunächst die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten und ihrer Wettbewerber durch Befragung der Zusammenschlussbeteiligten und ihrer wesentlichen Wettbewerber sowie durch ergänzende Ermittlungen bei den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels als der wichtigsten Vertriebschiene für die sachlich und räumlich relevanten Märkte ermittelt.³⁸ Dann hat es die absolute Höhe der Marktanteile von Humana/Nordmilch und deren Verhältnis zur Höhe der Marktanteile der Wettbewerber analysiert.³⁹ Dabei hat es auch die Finanzkraft der Wettbewerber sowie deren Marktstellung auf sachlich zumindest eng benach-

³⁶ COMP/M. 5046 Friesland/Campina, Rd. Nr. 230 und COMP/M. 6119 Arla/Hansa Rd. Nr. 36 (nationale Märkte für Käse, frische Milch, frische Buttermilch und frischen Joghurt; in COMP/M. 6242 Lactalis/Parmalat hat die Europäische Kommission sogar angedeutet, dass für den Markt für frische Milch die Annahme von regionalen Märkten sachgerecht sein könnte; Rd. Nr. 33; größer als nationale Märkte für Quark, frische Sahne, haltbare Milch, haltbare Sahne, abgepackte Butter und Molkepulver, zuletzt in COMP/M. 6348 Arla Foods/Allgäuland, Rd. Nr. 36 - 40.

³⁷ Zu den Faktoren, die das Bundeskartellamt bei der Prüfung von Marktbeherrschung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle generell berücksichtigt, vgl. Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Entwurf vom 21. Juli 2011, der auf der Homepage des Bundeskartellamtes (<http://www.bundeskartellamt.de>) veröffentlicht ist.

³⁸ B2-29/09 Humana/Nordmilch, Seite 23 ff.

³⁹ Ebenda Seite 27 f.

barten Märkten (Quark/Frischkäse) berücksichtigt.⁴⁰ Anschließend hat das Bundeskartellamt die Marktzutrittsschranken für die Produktion von Quark bewertet und als relativ gering zumindest für die Molkereien bewertet, die bereits bisher Frischkäse produzieren.⁴¹ Schließlich hat das Bundeskartellamt berücksichtigt, dass Humana/Nordmilch mit den führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Unternehmen gegenüberstehen, die über ausreichend Ausweichmöglichkeiten auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens verfügen. Dabei hat das Bundeskartellamt auch berücksichtigt, dass die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Quark bei den Zusammenschlussbeteiligten insbesondere als Handelsmarke nachfragen, die für die Lebensmittelhändler leichter durch andere Lieferanten zu ersetzen ist, als eine „vorverkaufte“ starke Herstellermarke.⁴² Auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung dieser Umstände hat das Bundeskartellamt prognostiziert, dass es durch den Zusammenschluss auf den betroffenen Absatzmärkten nicht zur Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung kommen wird.

61 Im Rahmen dieser Gesamtabwägung spielt es keine Rolle, dass der Konzentrationsprozess in einigen anderen europäischen Staaten weiter fortgeschritten ist als in Deutschland.⁴³ Maßgeblich ist vielmehr im Einzelfall, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten auch nach Vollzug des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens hinreichend durch Wettbewerber kontrolliert werden kann bzw. der Marktgegenseite noch ausreichend Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

62 Insbesondere im Hinblick auf die Erfassung von Rohmilch hat der Konzentrationsgrad in Deutschland in einigen Regionen derart zugenommen,⁴⁴ dass weitere Zusammenschlussvorhaben jedenfalls dann kritisch zu prüfen sind, wenn es zu (weiteren) Überschneidungen im jeweiligen Einzugsgebiet der Zusammenschlussbeteiligten kommt.

⁴⁰ Ebenda Seite 28.

⁴¹ Ebenda.

⁴² Ebenda Seite 28/29.

⁴³ Die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten hat in ihrer Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch darauf aufmerksam gemacht, dass Milchgeldsteigerungen auch in konsolidierten Märkten nicht zu erwarten seien, wie das Beispiel der Nachbarstaaten Dänemark, Schweden und der Niederlande zeige, Stellungnahme vom 26.02. 2010, Seite 2. Anderer Ansicht ist der DBV, zuletzt in top agrar vom 12. 01. 2012 unter <http://www.topagrar.com/news>, wo der DBV fordert, dass mindestens 35% der Milch von einer Molkerei [oder einer Erzeugergemeinschaft] gebündelt werden müsse, um „faire“ Trinkmilchpreise mit dem Lebensmitteleinzelhandel aushandeln zu können.

⁴⁴ Auf die regional unterschiedliche Situation weist auch die Agrargesellschaft Langenreichenbach mbH in ihrer Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26. 02. 2010, Seite 2, hin.

b) Kooperationen

- 63 Kooperationen zwischen Molkereien können Effizienzvorteile generieren und insbesondere die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Molkereien z. B. durch eine gemeinsame Rohmilcherfassung oder eine gezieltere Auslastung der Kapazitäten im Wege von Milchtauschverträgen verbessern. Sie wirken jedoch zum Beispiel dann wettbewerbsdämpfend, wenn die Spezialisierung de facto zu einer Marktaufteilung oder die Kooperation zu einer allgemeinen Verhaltenskoordinierung der beteiligten Molkereien führt.
- 64 Kooperationen unterliegen zwar – je nach ihrer konkreten Ausgestaltung – nicht in jedem Fall der Zusammenschlusskontrolle. Sie dürfen jedoch – soweit keine Freistellung vorliegt – auch nicht gegen das Kartellverbot des § 1 GWB, Artikel 101 AEUV verstoßen. Als Freistellungstatbestände kommen neben § 3 GWB (Mittelstandskartell) vor allem der allgemeine Freistellungstatbestand des § 2 Absatz 1 GWB sowie die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Union in Betracht, die vom Bundeskartellamt bei der wettbewerblichen Beurteilung auch dann berücksichtigt werden, wenn die Vereinbarungen der Molkereien nicht geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (§ 2 Absatz 2 GWB). Gemäß § 2 Absatz 1 GWB sind Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung zwischen Unternehmen vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt, wenn die Verbraucher angemessen an dem daraus entstehenden Gewinn beteiligt werden. Voraussetzung für eine Freistellung ist weiters, dass die mit der Vereinbarung verbundene Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung des Ziels der Kooperation unerlässlich ist. Außerdem darf durch die Vereinbarung nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren den Wettbewerb auszuschalten.
- 65 Ob die Voraussetzungen der Freistellung nach einer der genannten Vorschriften vorliegen, müssen die Molkereien im Wege der Selbsteinschätzung grundsätzlich selbst entscheiden. Das Bundeskartellamt steht den Molkereien – soweit möglich - jedoch für Gespräche zur Verfügung, wenn diese eine erste begründete schriftliche Selbsteinschätzung vorlegen, aus der sich auch Art und Umfang der geplanten oder bereits praktizierten Kooperation hinreichend deutlich ergibt.
- 66 Anders als im Bereich der Zusammenschlusskontrolle hat das Bundeskartellamt bei der kartellrechtlichen Prüfung ein Aufgreifermessen. Das Bundeskartellamt wird im Rahmen dieses Ermessens Kooperationen aufgreifen, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Aspekte der Kooperation erheblich oder für den betroffenen Markt signifikant sind und eine Freistellung nicht in Frage kommt.

67 Zwischen den Molkereien gibt es eine Vielzahl von unterschiedlichen Kooperationen. Kooperationen, bei denen mehrere Molkereien ein Produktionsgemeinschaftsunternehmen gründen, sind in der jüngeren Vergangenheit mehrfach beim Bundeskartellamt angemeldet worden, da sie Zusammenschlusstatbestände begründeten und daher der präventiven Fusionskontrolle unterlagen.⁴⁵ Werden sie nicht in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vollzogen, sind sie dagegen grundsätzlich nicht anmeldepflichtig und daher dem Bundeskartellamt nicht immer bekannt.

68 Das Bundeskartellamt hat versucht, sich im Rahmen der zweiten Befragung einen Überblick darüber zu verschaffen, welche Arten von Kooperationen bestehen und welche praktische Bedeutung diese Kooperationen haben. Unter dem Vorbehalt, dass das Ermittlungsbild nicht ganz vollständig ist, erlauben die Ergebnisse der Ermittlungen die Einschätzung, dass Kooperationen zwischen Molkereien die Regel und nicht die Ausnahme sind.⁴⁶ Sie beinhalten unter anderem

- lose Kooperationen im Bereich des Austauschs von bereits erfasster Milch, die aus Kapazitätsgründen nicht verarbeitet werden kann (Überschussmilch),
- gemeinsame Entwicklungsprojekte, beispielsweise den Aufbau von Trockenanlagen zur Milchpulverherstellung, um gemeinsam Auslandsmärkte zu erschließen,
- Kooperationen mit dem Ziel der Kostenoptimierung, bei denen eine Molkerei einen Teil der Produktion auf eine andere Molkerei auslagert, Zwischenprodukte an andere Molkereien verkauft oder
- Kooperationen, bei denen zur Optimierung der Erfassung von Rohmilch Liefertauschverträge zwischen Molkereien geschlossen werden.

69 Kooperationen, durch die der Wettbewerb um die Erfassung der Rohmilch oder auf einem der Absatzmärkte für Molkereiprodukte spürbar beeinträchtigt wird und die die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllen, verstoßen gegen § 1 GWB. Im Folgenden gibt der Endbericht einige allgemeine Hinweise, welche Faktoren bei der Beurteilung der hier bekannt gewordenen Kooperationen relevant sein können, um den Betroffenen eine erste Einschätzung im Rahmen der Selbstveranlagung zu ermöglichen.

⁴⁵ Zuletzt B 2 – 126/10 Uelzena eG, Meierei Wasbek eG, Meierei Bramstedt eG, Meierei-Genossenschaft Schmalfeld-Hasenmoor eG; Gründung von zwei Gemeinschaftsunternehmen zur Errichtung und zum Betrieb eines Milchtrockenwerkes.

⁴⁶ Von den insgesamt rund 60 befragten Molkereien haben lediglich 18 explizit angegeben, keinerlei Kooperationen mit anderen Molkereien zu haben.

- 70 Kooperationen, die sich auf die gegenseitige Erfassung von Rohmilch beschränken (Rohmilchtauschverträge), dienen in den meisten Fällen nur der Steigerung der Effizienz und geben grundsätzlich keinen Anlass zu kartellrechtlichen Bedenken. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn sie für einen allgemeinen Austausch auf Molkereiebene über wettbewerbsrechtlich sensible Daten, wie z. B. die aktuelle Höhe des Milchauszahlungspreises oder mit dem Handel vereinbarte Lieferkonditionen, genutzt werden.
- 71 Kooperationen von kleinen Molkereien werden in der Regel kartellrechtlich unbedenklich sein. Je größer die an einer Kooperation beteiligten Molkereien sind, desto intensiver sind die Kooperationsvorhaben auf ihre wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen hin zu überprüfen.
- 72 Kooperationen zwischen deutschen Molkereien, die auf die Erschließung ausländischer Märkte zielen, sind in der Vergangenheit mehrfach erfolgt.⁴⁷ Sie können wettbewerbsfördernd sein, wenn erst durch die Kooperation ein Markteintritt in anderen Staaten möglich ist und eine wettbewerbsbeschränkende Rückwirkung auf Märkte in Deutschland nicht vorliegt. Sie können zugleich wettbewerbsdämpfend wirken, wenn es durch die Kooperation zu einer Marktaufteilung zwischen Wettbewerbern im Inland kommt. Daher sind Kooperationen von in Deutschland tätiger Molkereien auf ausländischen Märkten differenziert zu beurteilen: Handelt es sich um eine Produktionskooperation für das Ausland, die sich auf die Produktion von Molkereiprodukten beschränkt, für die das Bundeskartellamt in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten ausgeht, erscheint die Annahme von Inlandsauswirkungen im Sinne des § 130 Absatz 2 GWB nicht wahrscheinlich. Handelt es sich um Vertriebskooperationen oder um eine Kooperation in Bezug auf Produkte, für die das Bundeskartellamt größere als nationale Märkte zu Grunde legt, kommt es auf den Einzelfall an.
- 73 Kooperationen, die die Produktion von Molkerei(zwischen)produkten für einen Wettbewerber zum Gegenstand haben, sind in vielen Fällen nicht zu beanstanden. Allerdings wird das Bundeskartellamt darauf achten, dass im Zuge dieser Kooperationen keine vertraulichen Preisinformationen, beispielsweise über die Milchauszahlungspreise der beteiligten Molkereien, ausgetauscht werden. Da es sich regelmäßig um Lohnfertigungsaufträge handelt, gibt es nach Einschätzung des Bundeskartellamtes auch keine Notwendigkeit, den Milchauszahlungspreis in irgendeiner Form zur Grundlage der Berechnung des Entgeltes für die Lohnfertigung zu machen. Darüber hinaus muss bei solchen Kooperationen sichergestellt sein, dass die Molkerei, in deren Auftrag die Lohnfertigung erfolgt, die Vertragskonditionen

⁴⁷ U.a. die verschiedenen Kooperationen zwischen dem DMK und Arla z. B. im Bereich von Molkeprotein oder die Ankündigung der Kooperation im Bereich der Produktion von Milchpulverrohware oder Halbfabrikat für chinesische Molkereien. (Meldung in top agrar vom 14. 12. 2011 unter <http://topagrar.com/news/Rind>).

mit dem Endabnehmer eigenständig und frei verhandelt und die auf dem nachgelagerten Markt erzielten Konditionen dem Lohnfertiger nicht bekannt gemacht werden.

- 74 Kooperationen zwischen Wettbewerbern zum Abbau von (Über-)Kapazitäten können gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßen. Kooperationen von Molkereien zur Abnahme von Überschusmilch oder Halbfabrikaten erlauben es Molkereien regelmäßig, alle von den Erzeugern angelieferte Milch einzusammeln und an anderen Molkereien über den sogenannten Spotmarkt weiterzuverkaufen, soweit andere Molkereien über freie Kapazitäten verfügen. Die Verwertungssteuerung für die Milch durch die Molkereien ersetzt damit eine Mengensteuerung durch die Erzeuger.⁴⁸
- 75 Das Bundeskartellamt wird Kooperationen insbesondere zwischen großen Molkereien oder auf bereits hoch konzentrierten Absatzmärkten ggf. daraufhin untersuchen, ob diese de facto zu einer Marktaufteilung führen, so dass den Abnehmern oder Lieferanten nur noch ein Anbieter oder wenige Anbieter zur Verfügung stehen.
- 76 Schließlich hat das Bundeskartellamt Hinweise darauf erhalten, dass kooperierende Molkereien von der Aufnahme wechselwilliger Milchlieferanten des Kooperationspartners abgehalten wurden, indem der Kooperationspartner ihnen für den Fall der Aufnahme mit der Kündigung oder Aussetzung der Kooperation gedroht hat. Sollte sich ein derartiges Verhalten nachweisen lassen, könnte das Bundeskartellamt - je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls - auch unmittelbar ein Bußgeldverfahren gegen die drohende Molkerei einleiten.

2. Vertragslaufzeiten, Kündigungsfristen und Andienungspflichten

- 77 Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen auf der einen Seite und der Umfang der Andienungspflicht der Erzeuger bzw. der Abnahmepflicht der Molkereien auf der anderen Seite waren bereits Gegenstand des Zwischenberichts (Seite 73 ff, Seite 89 ff). Die dort getroffenen Feststellungen sind häufig und teilweise sehr kontrovers kommentiert und diskutiert worden. Um sich – insbesondere im Hinblick auf das bevorstehende Ende des Milchquotenregimes – einen Überblick über die gegenwärtig üblichen Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen zu verschaffen, hat das Bundeskartellamt diesen Punkt erneut in seiner zweiten Marktbefragung aufgegriffen.

⁴⁸ In diesem Sinne auch die schriftliche Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch von Erzeugern von 02.03.2010, Seite 1.

- 78 In den Stellungnahmen zum Zwischenbericht und zu den dort angesprochenen Fragen (Seite 80) hat der DRV darauf hingewiesen, dass aus seiner Sicht Zweifel daran bestehen, ob genossenschaftlich organisierte Molkereien tatsächlich (schuldrechtliche) Lieferverträge mit entsprechenden Kündigungsfristen mit ihren Mitgliedern vereinbaren, da die Lieferbedingung regelmäßig in der Milchlieferrordnung geregelt sind, die ein Erzeuger mit seinem Beitritt zur Genossenschaft anerkennt. Der DRV hinterfragt daher die Angabe zu den durchschnittlichen Vertragslaufzeiten (Seite 75 des Zwischenberichts). Zudem bezweifelt er, dass die Fallpraxis und Rechtsprechung aus anderen Wirtschaftsbereichen (z. B. aus dem Energiebereich zu den langfristigen Gaslieferverträgen) auf den Milchsektor übertragen werden kann. Schließlich verweist er darauf, dass es seiner Ansicht nach im Hinblick auf die Vertragsdauer keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Praxis genossenschaftlich organisierter Molkereien und nicht genossenschaftlich organisierter Molkereien gibt.
- 79 Ein Vertreter der Erzeugerorganisation „Unternehmen Milch“ hat darauf hingewiesen, dass die Gestaltung der Verträge oder Lieferbeziehungen zwischen Erzeugern und Molkereien Aufgabe der Marktteilnehmer sei und nicht eine Aufgabe der Behörden.⁴⁹
- 80 Ein im Auftrag von Erzeugern erstelltes Gutachten kommt zu dem Schluss, dass die Kombination aus Vertragslaufzeiten und vollständiger Andienungspflicht zu einer Marktverschließung auf den Erfassungsmärkten führt, da sich keine freie Milchliefermenge bilden könne und ein Wettbewerb um die Rohmilch nicht stattfindet.⁵⁰
- 81 Der Landesbauernverband Sachsen-Anhalt vertritt die Auffassung, dass die vollständige Andienungspflicht beendet werden müsse, wenn man einen echten „Markt für Rohmilch“ schaffen wolle.⁵¹

⁴⁹ Stellungnahme „Unternehmen Milch“ im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010.

⁵⁰ Seite 5, Wettbewerb im Markt für Rohmilch? Wettbewerbsökonomische Analyse von Wettbewerbsproblemen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch; Mai 2010, vorgelegt von Dennis Croll (Lademann & Associates).

⁵¹ Stellungnahme des Landesbauernverbandes Sachsen-Anhalt im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 12. Mai 2010.

82 Zahlreiche Stellungnahmen zum Zwischenbericht beschäftigen sich zudem mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen längerfristiger Milchlieferverträge für die Molkerei und für die Erzeuger. Dabei haben Erzeugerorganisationen (u. a. BBV, Bayern MeG, BDM young)⁵² darauf hingewiesen, dass eine kürzere Bindung der Erzeuger an eine Molkerei den Wettbewerb um die Rohmilch fördern würde. Auf die Frage, welche Vorteile mit längerfristigen Lieferbeziehungen für die Beteiligten verbunden sind, wurden im Wesentlichen Planungssicherheit für Molkereien und Abnahmesicherheit der Erzeuger genannt.⁵³

a) Aktuelle Situation

aa) Vertragslaufzeiten und Kündigungsfristen

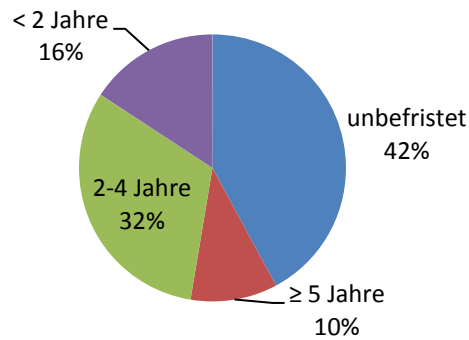
aaa) Allgemeine Übersicht:

83 Die von den Befragten angegebenen Laufzeiten der Lieferverträge unterscheiden sich im Vergleich der genossenschaftlich organisierten Molkereien und der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien deutlich. Während genossenschaftlich organisierte Molkereien überwiegend unbefristete Lieferbeziehungen haben, haben nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien mehrheitlich Vertragslaufzeiten von einem bis zu vier Jahren.

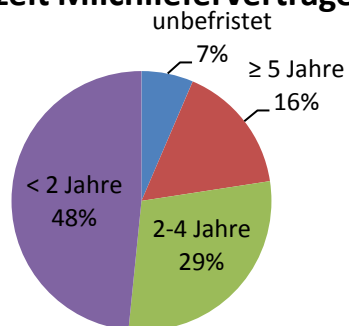
⁵² Stellungnahme BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02. 2010, 2/3; Stellungnahme Bayern MeG zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02. 2010, Seite 4/5; Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02. 2010, Seite 5; in diese Richtung auch Stellungnahme der EDEKA zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 01. 03. 2010, Seite 3; Stellungnahme FW vom 24.02. 2010, Seite 3.

⁵³ U. a. Stellungnahme FrieslandCampina zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02. 2010, Seite 3.

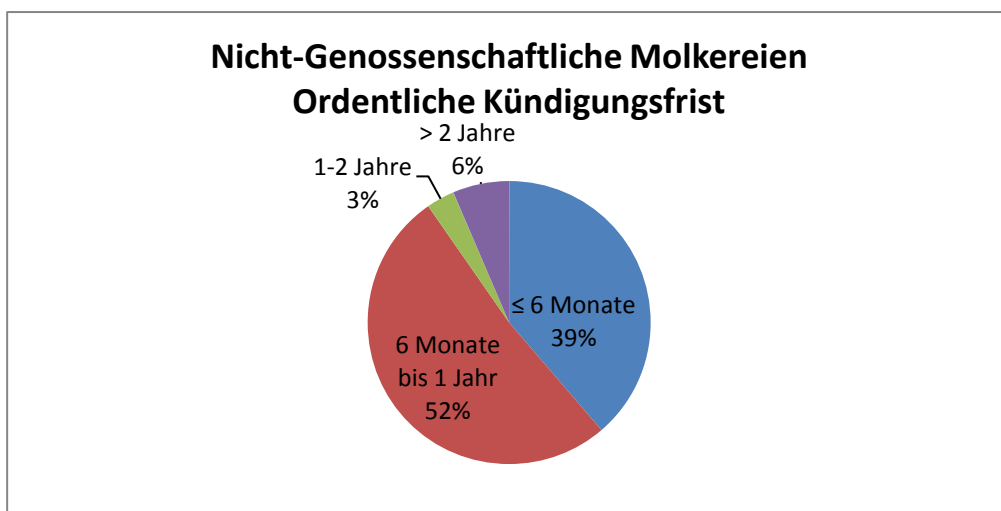
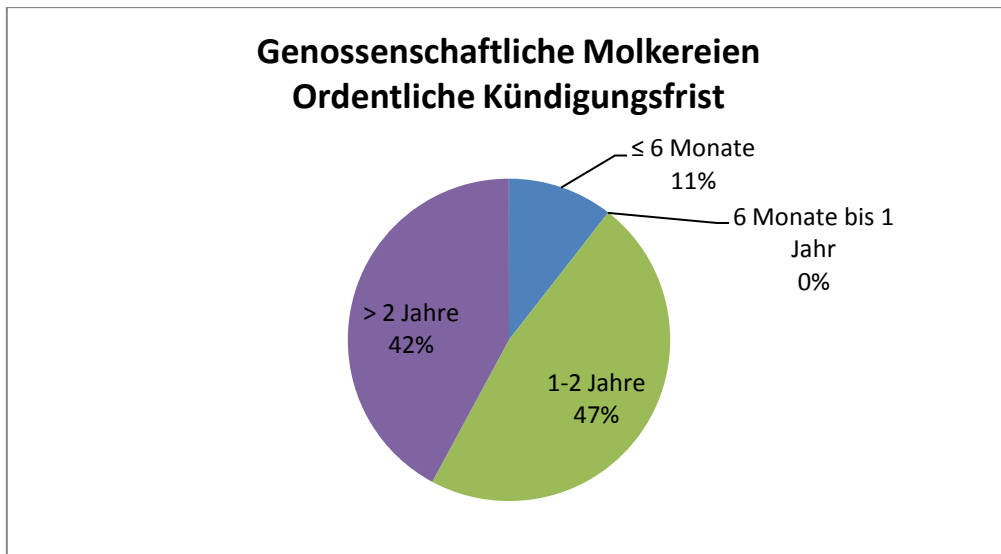
Genossenschaftliche Molkereien Laufzeit Milchlieferverträge



Nicht-Genossenschaftliche Molkereien Laufzeit Milchlieferverträge



84 Auch bezüglich der Kündigungsfristen unterscheiden sich nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien und genossenschaftlich organisierte Molkereien. Während die Mehrzahl der befragten nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien Kündigungsfristen zwischen sechs und zwölf Monaten hat, hat die ganz überwiegende Mehrheit der befragten genossenschaftlichen Molkereien Kündigungsfristen von 2 Jahren oder mehr.

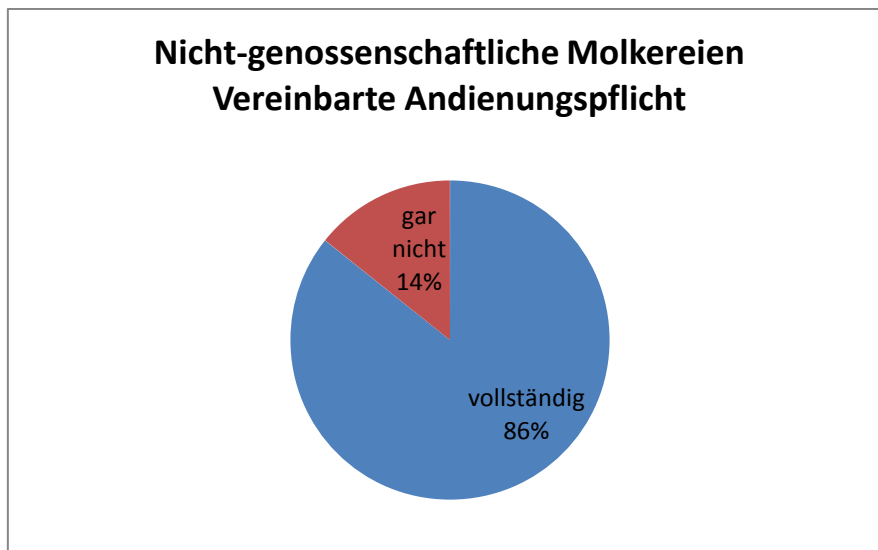


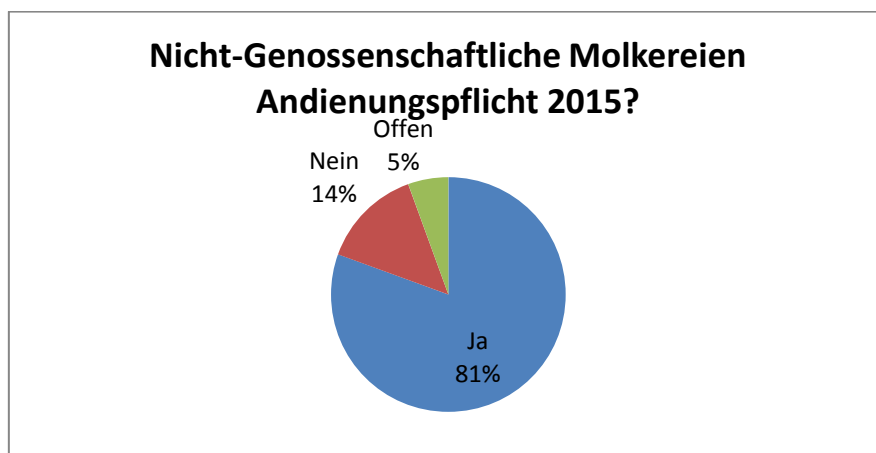
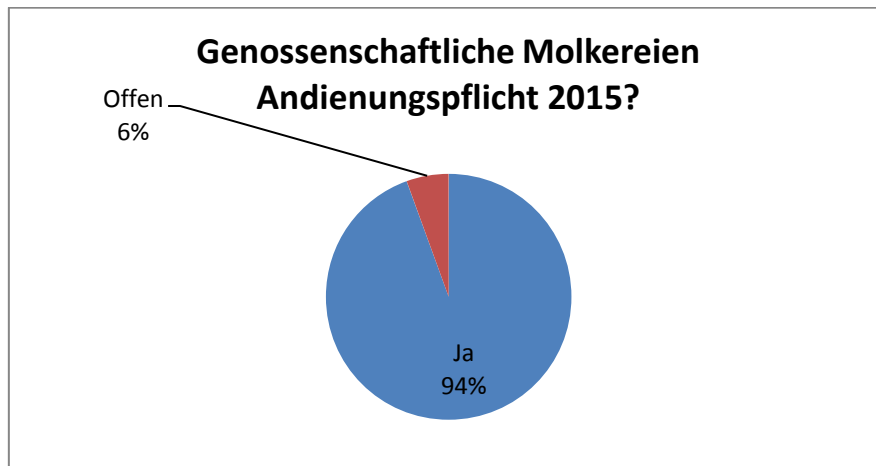
bbb) Detailübersicht:

- 85 Während die Antworten der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien zu den Kündigungsfristen relativ einheitlich ausfielen, variieren die Angaben zu den Vertragslaufzeiten dagegen stark.
- 86 Nicht ganz die Hälfte der befragten nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien hat **Vertragslaufzeiten** von bis zu zwei Jahren, knapp 30 % haben Laufzeiten von bis zu 4 Jahren und weniger als 25 % haben Laufzeiten von 5 oder mehr Jahren.
- 87 Die Mehrzahl der befragten nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien hat **Kündigungsfristen** zwischen 6 und 12 Monaten. Lediglich in einem Fall war die Kündigungsfrist kürzer als 6 Monate, in drei Fällen lag die Kündigungsfrist bei drei Jahren.
- 88 Befragt nach ihrem **künftigen** Marktverhalten haben rund 70 % der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien angegeben, längere Vertragslaufzeiten bei gleichbleibenden Kündigungsfristen anzustreben. Als Begründung wurden insbesondere die langfristige Rohstoffsicherung und die gegenseitige Liefersicherheit genannt.
- 89 Bei den genossenschaftlich organisierten Molkereien haben mehr als 50 % der Molkereien Lieferbeziehungen von fünf Jahren an aufwärts bis hin zu unbefristeten Lieferbeziehungen. Dabei haben die befragten Molkereien allerdings nur teilweise danach differenziert, ob sich ihre Antwort auf die Lieferbeziehung zu Mitgliedern der Molkerei oder auf Lieferbeziehungen zu Nichtmitgliedern bezieht. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass insoweit die Einschätzung des DRV zutreffend sein dürfte, dass die ganz überwiegende Mehrheit der genossenschaftlich organisierten Molkereien unbefristete Lieferbeziehungen zu ihren Mitgliedern hat und ggf. zusätzlich befristete Lieferverträge mit Nichtmitgliedern abschließt.
- 90 Die **Kündigungsfristen** liegen bei knapp 50 % dieser Molkereien derzeit bei bis zu 2 Jahren und bei gut 40% über zwei Jahren.
- 91 Entsprechend der höheren Anzahl an Molkereien mit unbefristeten Vertragslaufzeiten hat die Mehrzahl (75 %) der befragten Unternehmen geantwortet, die Vertragslaufzeiten und die Kündigungsfristen auch **in Zukunft** nicht verlängern zu wollen. Lediglich knapp 20 % haben angegeben, längere Vertragslaufzeiten anzustreben.

bb) Andienungspflicht/Abnahmepflicht

- 92 Mehr als 85 % der befragten nicht genossenschaftlichen Molkereien und 100 % der befragten genossenschaftlichen Molkereien haben mit ihren Lieferanten eine vollständige Andienungspflicht für die von diesen erzeugte Rohmilch vereinbart, die mit einer vollständigen Abnahmepflicht der Molkerei korrespondiert.





93 Der ganz überwiegende Teil sowohl der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien als auch der genossenschaftlich organisierten Molkereien beabsichtigt zudem, die vollständige Andienungspflicht bzw. Abnahmepflicht auch nach dem voraussichtlichen Ende der Milchquote im Jahre 2015 beizubehalten. Als wesentlichen Grund haben die befragten Molkereien die Rohstoff- und Lieferquellenabsicherung angegeben. Lediglich eine befragte Molkerei hat angegeben, eine Staffelregelung (statt der Abnahme der gesamten Rohmilch) einführen zu wollen. Ergänzend haben einige genossenschaftliche Molkereien auf den Genossenschaftsgedanken hingewiesen, der sie zu einer bestmöglichen Verwertung jeglicher von den Eigentümern gelieferter Milch verpflichtet.

b) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

- 94 Grundsätzlich ist es Sache der Marktteilnehmer, wie sie ihre (vertraglichen) Lieferbeziehungen ausgestalten. Dies gilt für die Länge der Lieferbeziehungen ebenso wie für den Umfang der Andienungspflicht bzw. der Abnahmeverpflichtung. Diese Lieferbedingungen können jedoch unter bestimmten, im Folgenden näher erläuterten Umständen der nachträglichen Missbrauchsaufsicht im Rahmen der §§ 19 und 20 GWB unterliegen.⁵⁴
- 95 Während die Zusammenschlusskontrolle präventiv wirkt und das Entstehen oder die Verstärkung von Marktbeherrschung verhindern soll, greifen die übrigen Kontrollmechanismen des GWB (Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht) reaktiv ein, um einen bereits entstandenen wettbewerbswidrigen Zustand zu beenden.
- 96 Das Kartellverbot des § 1 GWB richtet sich grundsätzlich an alle Marktteilnehmer unabhängig von ihrer Größe und Marktbedeutung. Demgegenüber unterliegt nicht jedes auf einem Markt tätige Unternehmen auch der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Der Missbrauchsaufsicht unterliegen zum Einen marktbeherrschende Unternehmen.⁵⁵ Zum anderen unterliegen auch „relativ marktmächtige“ Unternehmen der Missbrauchsaufsicht. Dabei kann die relative Marktmacht sowohl in Bezug auf die übrigen auf dem Markt tätigen Wettbewerber bestehen⁵⁶ als auch in Bezug auf die Abnehmer oder Lieferanten dieses Unternehmens.⁵⁷
- 97 Das Bundeskartellamt ist grundsätzlich bestrebt, das Entstehen vermachteter Strukturen bereits im Wege der Fusionskontrolle zu verhindern. Da jedoch nicht alle Zusammenschlüsse in der Milchwirtschaft der Fusionskontrolle unterliegen und die im Rahmen des § 20 GWB relevante „relative Marktstärke“ bereits unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung des § 19 GWB ansetzt, wird das Bundeskartellamt sehr genau beobachten, ob durch den Ab-

⁵⁴ Die folgenden Ausführungen entsprechen sprachlich nicht den Vorgaben von W. Schneider, „Korrektes Deutsch - das ist zu wenig“ in NZZ Folio 1/2012, Seite 60. Da es sich jedoch um juristische Ausführungen handelt, dienen sie zumindest teilweise dem Zweck, den der Autor juristischer Prosa unterstellt, nämlich den Verfasser gegen Eventualitäten abzusichern.

⁵⁵ § 19, § 20 Absatz 1, Absatz 3 GWB.

⁵⁶ § 20 Absatz 4 GWB.

⁵⁷ § 20 Absatz 2 GWB erweitert das allgemeine Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Absatz 1 GWB auch auf die Unternehmen, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind. Der Schutzbereich des § 20 Absatz 3 GWB erstreckt sich auf alle abhängigen Unternehmen, unabhängig von ihrer Größe.

schluss längerfristiger Lieferverträge insbesondere in Kombination mit einer vollständigen Andienungspflicht in einzelnen regionalen Markträumen Marktverschließungseffekte auftreten, die wirksamen Wettbewerb um die Rohmilch zu Lasten der Erzeuger oder benachbarter Molkereien verhindern.

- 98 Marktstarke oder marktbeherrschende Molkereien dürfen ihre Marktstellung nicht dahingehend ausnutzen, dass sie Lieferanten durch längerfristige Lieferbeziehungen ohne angemessene Kündigungsfristen an sich binden und so den wirksamen Wettbewerb um die Rohmilch verhindern.
- 99 Ob derartige Marktverschließungseffekte in einem bestimmten regionalen Marktraum eintreten, ist im Einzelfall anhand einer umfassenden Gesamtbetrachtung aller relevanten Marktumstände zu prüfen. Dazu gehören auch Lieferklauseln, die für sich genommen wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sind, die einen Wechsel des Erzeugers jedoch praktisch zusätzlich erschweren. Dies kann z. B. der Umstand sein, dass es eine Vielzahl gleichartiger Verträge in dem relevanten Marktraum sowie in unmittelbar umliegenden Markträumen gibt.⁵⁸ Weitere Beispiele für Klauseln oder Verträge, die die marktverschließende Wirkung verstärken können, sind Darlehensverträge zwischen Erzeugern und Molkerei, die im Falle eines Molkereiwechsels sofort fällig gestellt werden können, Treueboni/Mengenboni, die im Falle eines Molkereiwechsels nicht gezahlt (oder zurückgefordert) werden oder Eintrittsgelder, die bei einem Wechsel der Molkerei an die neue Molkerei zu zahlen sind.⁵⁹

aa) Eingriffsvoraussetzungen des § 19 GWB

- 100 Die Verbotsnorm des § 19 GWB richtet sich nicht gegen alle Marktteilnehmer gleichermaßen. Verboten sind die in § 19 GWB beschriebenen Verhaltensweisen vielmehr lediglich einem Unternehmen, das alleine oder gemeinsam mit anderen Unternehmen marktbeherrschend (im Sinne des § 19 Absatz 2 GWB) ist.

⁵⁸ Derartige Netzwerkeffekte können entstehen, wenn in aneinandergrenzenden regionalen Erfassungsmärkten für Rohmilch alle oder die überwiegende Mehrzahl der dort tätigen Molkereien längerfristige Lieferverträge in Kombination mit einer vollständigen Andienungspflicht mit den Erzeugern vereinbaren.

⁵⁹ Für die hier genannte Konstellationen liegen dem Bundeskartellamt jeweils entsprechende Unterlagen sowie mündliche Informationen vor.

aaa) Normadressaten des § 19 GWB

Einzelmarktbeherrschung/gemeinsame Marktbeherrschung

- 101 Nach den aus abgeschlossenen Zusammenschlusskontrollverfahren gewonnenen Erkenntnissen des Bundeskartellamtes ist in Deutschland bisher kein Unternehmen alleine marktbeherrschend auf einem Regionalmarkt für die Erfassung von Rohmilch.
- 102 Um gemeinsame Marktbeherrschung durch mehrere Molkereien nachzuweisen, müsste das Bundeskartellamt darlegen können, dass zwischen den in einer bestimmten Region ansässigen Molkereien weder hinreichender Wettbewerb untereinander um die Rohmilch der Erzeuger noch ausreichender Wettbewerb von außenstehenden Molkereien um diese Rohmilch besteht (wettbewerbsloses Oligopol). Dies erfordert eine komplexe Prüfung der Marktstrukturen und des Wettbewerbsgeschehens auf den betroffenen Märkten. Zudem handelte es sich bei der Prüfung, ob es eine gemeinsame Marktbeherrschung von mehreren Molkereien bei der Erfassung von Rohmilch gibt, um die Prüfung gemeinsamer Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten. Das Bundeskartellamt hat jedoch bisher ganz überwiegend nur Marktverhältnisse zu prüfen gehabt, bei denen es sich um mögliche gemeinsame Marktbeherrschung auf Absatzmärkten handelte. Zur Frage, ob die für den Nachweis gemeinsamer Marktbeherrschung auf Absatzmärkten entwickelten Prüfungskriterien ohne weiteres auf die Prüfung gemeinsamer Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten übertragen werden können, gibt es bisher keine gesicherte Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes.
- 103 Eine Prüfung, ob und inwieweit einzelne regionale Erfassungsmärkte oligopolistisch strukturiert sind, ist losgelöst vom Einzelfall nicht möglich. Im Folgenden weist das Bundeskartellamt daher lediglich auf einige strukturelle Aspekte hin, die bei einer Einzelfallprüfung auf ihre Wirkungen auf das Marktgeschehen hin zu untersuchen und für den konkreten Markt nachzuweisen wären: Neben der Nachfragerkonzentration würde das Bundeskartellamt weitere Faktoren, wie die Höhe von Marktzutrittsschranken, den Grad der Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen, die Homogenität des Produktes Rohmilch sowie das Ausmaß von Markttransparenz und bestehende Verflechtungen bzw. vertragliche Kooperationen zwischen den Marktteilnehmern berücksichtigen. Es kommt bei der Prüfung jedoch nicht darauf an, in jedem Einzelfall das Vorliegen all der genannten Merkmale nachzuweisen. Erforderlich ist vielmehr eine auf die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls bezogene Gesamtbetrachtung. Bei der Analyse des Wettbewerbsgeschehens wird bewertet, inwieweit die vorgefundenen Strukturbedingungen die Anreize der im Markt tätigen Unternehmen für den aktiven Einsatz von Wettbewerbsparametern beeinflussen. Im Vordergrund der Unter-

suchung stehen die Fragen, wie schnell und treffsicher Wettbewerbsvorstöße von anderen Marktteilnehmern entdeckt werden können und ob die Wettbewerber über Möglichkeiten verfügen, diese Wettbewerbsvorstöße mit hinreichend großer Abschreckungswirkung zu bestrafen.

Anwendbarkeit auf genossenschaftliche Molkereien im Verhältnis zu ihren Mitgliedern?

- 104 Der DRV vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Mitgliedern einer Genossenschaft und der Genossenschaft um einen vertikal integrierten Unternehmensverbund handelt. Die Missbrauchsaufsicht adressiere jedoch nur ein missbräuchliches Verhalten gegenüber unabhängigen Abnehmern, Lieferanten oder Wettbewerbern. Insoweit seien die Vorschriften der §§ 19 ff GWB nicht auf genossenschaftliche Tätigkeiten anwendbar.⁶⁰ Diese Ansicht ist nach Einschätzung des Bundeskartellamtes unzutreffend. Auch Erzeuger, die Mitglied einer Genossenschaft sind, agieren beim Absatz ihrer Rohmilch als selbständige Unternehmen. Zudem sind sie mit der Genossenschaft nicht im handelsrechtlichen Sinne verbunden. Somit handelt es sich beim Ankauf der Rohmilch gerade nicht um quasi unternehmensinterne Vorgänge. Damit sind die Vorschriften der §§ 19 ff GWB grundsätzlich auch auf genossenschaftliche Molkereien gegenüber ihren Mitgliedern anwendbar.

bbb) Sonstige Eingriffsvoraussetzungen

- 105 Sofern ein Unternehmen Normadressat des § 19 GWB ist, ist es ihm gemäß § 19 Absatz 4 Nr. 1 GWB verboten, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen, Wettbewerber wie Lieferanten und Abnehmer, in erheblicher Weise ohne sachliche Rechtfertigung zu beeinträchtigen.
- 106 Eine solche Beeinträchtigung kann sich auf dem Markt der Beschaffung von Rohmilch daraus ergeben, dass anderen Molkereien der Marktzutritt oder vorstoßender Wettbewerb aufgrund einer langfristigen vertraglichen Bindung der Erzeuger an ihre bisherigen Molkereien einschließlich einer vollständigen Andienungspflicht nicht möglich ist oder jedenfalls in entscheidungserheblichem Maße erschwert wird. Sollte das Bundeskartellamt belastbare Hinweise auf derart marktverschließende Wirkungen erhalten und gäbe es zudem ausreichend Hinweise darauf, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung von einer Molkerei ausgeht, die in diesem Marktraum (alleine oder gemeinsam mit anderen Molkereien) marktbeherrschend ist, könnte das Bundeskartellamt Verfahren zur Überprüfung und ggf. Beseitigung dieser Wettbewerbsbeeinträchtigung einleiten.

⁶⁰ Stellungnahme DRV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25. Februar 2010, Seite 3, DRV in www.topagrar.com vom 1.3. 2010, Raiffeisen Magazin 2/2010, Seite 12.

- 107 Denkbar ist auch, dass sich die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht horizontal im Verhältnis zu den Molkereien sondern vertikal zu den Erzeugern von Rohmilch ergibt. Dies könnte insbesondere im Hinblick auf die vollständige Andienungspflicht der Fall sein, wenn angesichts der zunehmenden Volatilität der Märkte das Vermarktungsrisiko durch Beschränkung der Lieferung auf eine einzige Molkerei für die Erzeuger deutlich höher wird. Allerdings sind im Rahmen der Vertikal-GVO⁶¹ Alleinbelieferungsklauseln freigestellt, wenn Anbieter und Abnehmer (also Molkerei und Erzeuger) einen Marktanteil von nicht mehr als 30 % haben.⁶² Zu prüfen wäre daher auch hier, ob das Verhalten der Molkerei im Einzelfall wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hat und nicht sachlich gerechtfertigt ist, um die Freistellungswirkungen zu entziehen.
- 108 Sofern ein Unternehmen Normadressat des § 19 GWB ist, ist es ihm gemäß § 19 Absatz 4 Nr. 2 GWB verboten, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von den Entgelten oder Geschäftsbedingungen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden. Diese Vorschrift soll die Marktgegenseite (und damit auf den Märkten für die Erfassung von Rohmilch die Erzeuger) vor Ausbeutungsmisbrauch z. B. in Form der Zahlung von Entgelten unterhalb des Wettbewerbsniveaus⁶³ für die von der Molkerei erfasste Rohmilch schützen. Allerdings hat das Bundeskartellamt in seiner bisherigen Fallpraxis ganz überwiegend Ausbeutungstatbestände lediglich in „umgekehrter“ Konstellation untersucht. Die Anwendungspraxis der Norm beschränkt sich in der Regel auf die Fälle, in denen ein Anbieter von seinen Abnehmern überhöhte Preise fordert. Dennoch könnte das Erzwingen langer Vertragslaufzeiten alleine oder in Verbindung mit einer vollständigen Andienungspflicht unter den Tatbestand des Ausbeutungsmisbrauchs fallen.
- 109 Insbesondere der DRV hält die praktizierten Vertragslaufzeiten für nicht missbräuchlich „langfristig“. Er verweist zur Begründung u.a. darauf, dass angesichts notwendiger Investitionen seitens der Molkerei eine Lieferantenbindung von durchschnittlich mindestens zwei Jahren nicht überschießend bzw. missbräuchlich sei.

⁶¹ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 Seite 1 23.04 2010.

⁶² Artikel 3 Vertikal-GVO. Zudem kann die Europäische Kommission durch Verordnung erklären, dass in Fällen, in denen mehr als 50% des relevanten Marktes von parallelen Netzen gleichartiger vertikaler Beschränkungen abgedeckt werden, die Vertikal-GVO ... keine Anwendung findet, Artikel 6 der Vertikal-GVO.

⁶³ Dies könnten Preise sein, die unterhalb der long-run average incremental costs eines effizienten Marktteilnehmers lägen.

- 110 Um beurteilen zu können, ob ein Ausbeutungsmisbrauch im Einzelfall tatsächlich vorliegt, müsste das Bundeskartellamt einen Vergleichsmarkt ermitteln, auf dem wirksamer Wettbewerb vorliegt. Dabei würde es sich aller Voraussicht nach um einen anderen *regionalen* Erfassungsmarkt handeln, auf dem eine höhere Wettbewerbsintensität herrscht.⁶⁴ Diese Methode hat das Bundeskartellamt in der Vergangenheit in anderen Branchen, insbesondere im Energiesektor, bereits angewandt. Ob es im Bereich der Rohmilcherfassung überhaupt derartige Vergleichsmärkte gibt, kann das Bundeskartellamt ohne eine vertiefte Einzelfallprüfung nicht beurteilen.
- 111 Weiter müsste das Bundeskartellamt auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nachweisen, dass die beanstandeten Vertragslaufzeiten erheblich länger als auf wettbewerbsintensiveren Märkten sind, und dass es dafür keine wirtschaftliche Rechtfertigung gibt.⁶⁵ In diesem Rahmen wäre dann auch zu untersuchen, ob das Argument des DRV, die Laufzeit der Lieferbeziehungen sei durch den Investitionsbedarf der Molkerei gerechtfertigt, trägt.

bb) Eingriffsvoraussetzungen des § 20 GWB

- 112 Im Gegensatz zu § 19 GWB, dessen Schutzbereich nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen eröffnet ist, liegt die Eingriffsschwelle des § 20 GWB diesbezüglich tiefer.
- 113 Grundsätzlich können die längerfristigen Lieferbeziehungen der Molkereien in Verbindung mit der vollständigen Andienungspflicht einen Behinderungsmissbrauch gemäß § 20 Absatz 2 GWB in Verbindung mit § 20 Absatz 1 GWB oder eine missbräuchliche Veranlassung zur Vorteilsgewährung gemäß § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB darstellen. Zudem könnte die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen im Einzelfall eine Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber gemäß § 20 Absatz 4 GWB darstellen.

⁶⁴ Theoretisch möglich wäre es zwar auch, andere sachliche Märkte oder andere zeitliche Märkte als Vergleichsmärkte heranzuziehen. Da für Letztere aber keine ausreichend belastbaren Daten vorliegen und die Vergleichbarkeit bei anderen sachlichen Märkten sehr schwer zu begründen wäre, kommt für die Prüfung des Vorwurfs eines Ausbeutungsmisbrauchs bei der Rohmilcherfassung de facto nur die Prüfung an Hand eines anderen regionalen (in- oder ausländischen) Vergleichsmarktes in Betracht.

⁶⁵ Für den Fall des Preishöhenmissbrauchs vgl. BGH vom 16.12.1976 in WuW/E BGH 1445, 1454, BGH vom 22.7.1999 in WuW/E DR-R 375, 379, BGH vom 28.6.2005 in WuW/E DE-R 1513, 1519 sowie OLG Düsseldorf vom 11.2.2004 in WuW/E DE-R 1239, 1244 ff.

aaa) Normadressat

- 114 Gemäß § 20 Absatz 2 GWB richtet sich das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Absatz 1 GWB zusätzlich auch an solche Unternehmen, die nicht marktbeherrschend, sondern nur „relativ marktstark“ sind. Dadurch wird der Anwendungsbereich des § 20 Absatz 1 GWB erweitert. Unternehmen sind danach auch dann Normadressaten des § 20 Absatz 2 i. V. mit Absatz 1 GWB, wenn und soweit kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter von Waren derart von diesen abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.
- 115 Das Verbot der ungerechtfertigten Vorteilsgewährung des § 20 Absatz 3 GWB richtet sich gemäß § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB an relativ marktmächtige Unternehmen im Verhältnis zu (allen) von ihnen abhängigen Unternehmen, unabhängig von deren Unternehmensgröße.
- 116 Gemäß § 20 Absatz 4 GWB reicht es für die Eigenschaft als Normadressat aus, wenn Unternehmen gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene Marktmacht haben.

bbb) Sonstige Voraussetzungen des § 20 Absatz 2 in Verbindung mit § 20 Absatz 1 GWB

- 117 Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob lange Vertragslaufzeiten in Verbindung mit einer vollständiger Andienungspflicht gegenüber Erzeugern, die im Sinne des § 20 Absatz 2 GWB abhängig sind, eine unbillige Behinderung dieser Erzeuger oder von Wettbewerbern der Molkerei, die Normadressat ist, darstellen.
- 118 Auch hier ist anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, welche Marktwirkungen von der Andienungspflicht in Kombination mit längerfristigen Lieferbeziehungen ausgehen und welche sachlichen Rechtfertigungsgründe zugunsten der vollständigen Andienungspflicht in Verbindung mit längerfristigen Lieferbeziehungen sprechen. Von den Molkereien und den befragten Verbänden sind insbesondere die Sicherung der Rohstoffbasis, eine höhere Planungssicherheit und ggf. geringere Verwaltungskosten sowie ein entsprechender Wunsch der Erzeuger (wegen der damit für diese verbundenen Abnahmesicherheit) genannt worden. Um die vollständige Andienungspflicht in Verbindung mit längerfristigen Lieferbeziehungen sachlich zu rechtfertigen, dürften diese Ziele jedoch nicht mit anderen - weniger wettbewerbsbeschränkenden - Mitteln zu erreichen sein. Ob diese Voraussetzung tatsächlich erfüllt ist, hält das Bundeskartellamt für zweifelhaft. So könnten z. B. anstelle einer vollständiger Andienungspflicht feste Liefermengenvereinbarungen der Molkerei ebenso eine Rohstoffsicherung bieten und sogar bessere Planungssicherheit verschaffen.

ccc) § 20 Absatz 3 GWB Vorteilsgewährung

- 119 Gemäß § 20 Absatz 3 GWB ist es marktbeherrschenden und relativ marktstarken Unternehmen verboten, ihre Marktstellung dazu auszunutzen, sich ohne sachliche Rechtfertigung von ihren Lieferanten Vorteile gewähren zu lassen oder diese zur Vorteilsgewährung aufzufordern. Sofern eine Molkerei Normadressat ist, muss ihre Marktstellung ursächlich für die Vorteilsforderung sein. Vorteile im Sinne dieser Norm können auch die Verpflichtung zur vollständigen Andienung oder ein längerfristiger Liefervertrag sein, ebenso eine Kombination aus beidem. Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes bedarf es im Einzelfall einer aufwändigen Beweisführung durch das Bundeskartellamt, dass der Andienungspflicht alleine oder in Kombination mit längerfristigen Lieferverträgen bei Gesamtbetrachtung der Lieferbeziehungen zwischen Molkerei und Erzeuger keinerlei relevante Gegenleistung gegenübersteht.

ddd) § 20 Absatz 4 GWB unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber

- 120 Eine unbillige Behinderung ist Unternehmen auch dann verboten, wenn sie gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene Marktmacht haben. Vergleichbar der Regelung in § 20 Absatz 3 GWB müsste auch im Rahmen des § 20 Absatz 4 GWB die Marktstellung einer Molkerei gegenüber ihren Wettbewerbern auf einem konkreten regionalen Erfassungsmarkt ursächlich für die unbillige Behinderung sein.
- 121 Eine Behinderung im Sinne des § 20 Absatz 4 GWB ist bereits jede Beeinträchtigung der kleinen und mittleren Wettbewerber der Molkerei im Wettbewerb um die Rohmilch. Diese Anforderung kann durch die vollständige Andienungspflicht und auch durch längerfristige Lieferverträge erfüllt werden, weil sie den Marktzugang oder die Expansion kleiner und mittlerer Molkereien in einem Regionalmarkt beeinträchtigen können.
- 122 Für die Beurteilung, ob die Behinderung unbillig ist, gilt der gleiche Maßstab wie im Rahmen der Abwägung nach § 20 Absatz 2 i. V. m. § 20 Absatz 1 GWB.

c) Gestaltungsmöglichkeiten der Marktteilnehmer

- 123 Beschwerden über die Kombination aus längerfristigen Lieferverträgen und vollständiger Andienungspflicht hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung von einzelnen Molkereien und einigen Erzeugern von Rohmilch erhalten. Diese Beschwerden waren jedoch bisher nicht ausreichend substantiiert, um die Einleitung eines Verfahrens zu rechtfertigen. Sollte es in Zukunft weitere und substantiierte Beschwerden geben, würde das

Bundeskartellamt den zu Grunde liegenden Sachverhalt näher untersuchen. Das Bundeskartellamt kann ggf. auch ohne formelle Beschwerden tätig werden, wenn es ernstzunehmende Anhaltspunkte für gravierende Verschleißeffekte⁶⁶ aufgrund der Vertragsgestaltung für die Rohmilchlieferung hat. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch haben einige Erzeugerverbände deutlich gemacht, dass aus ihrer Sicht die Nachteile dieser Lieferkonditionen deren mögliche Vorteile für die Erzeuger überwiegen.⁶⁷ In diesem Zusammenhang haben Erzeuger auch auf das hohe Risiko hingewiesen, das ein Erzeuger trägt, der seine gesamte Produktion durch ein einziges Unternehmen vermarkten lässt und dabei keine Möglichkeit hat, einen Preis vorab auszuhandeln.⁶⁸

- 124 Erzeuger haben zusätzlich zu den Möglichkeiten, die ihnen das GWB bietet, weitere Möglichkeiten, von ihnen als unbefriedigend empfundene Lieferkonditionen zu beseitigen oder zu ändern.
- 125 Genossenschaftlich organisierte Erzeuger können mit den dafür erforderlichen Mehrheiten in der Vertreterversammlung ihrer Molkerei die geltenden Milchlieferordnungen ändern. Insbesondere in Bezug auf die Vollandienungspflicht und die Dauer der Lieferverpflichtung stehen einer solchen Änderung keine gesetzlichen Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes entgegen. Die Hürde liegt hier darin, die Mehrheit der anderen Mitglieder der Genossenschaft von einer Modifizierung der Milchlieferordnung der Genossenschaft zu überzeugen. Sollten sich Lieferkonditionen jedoch tatsächlich nachhaltig als ungünstig für Erzeuger erweisen, was das Bundeskartellamt vor dem Hintergrund zunehmend volatiler Märkte für

⁶⁶ Solche Verschleißeffekte könnten sich auch daraus ergeben, dass zusätzlich zu den längerfristigen Lieferbeziehungen weitere Praktiken hinzukommen, die einen Molkereiwechsel erschweren. Dabei handelt es sich um die sofortige Fälligestellung von Darlehen, die Streichung von Boni, die Einziehung von Genossenschaftsanteilen oder das Verlangen von Eintrittsgeldern bei Neu- oder Wiedereintritt in eine Molkerei.

⁶⁷ Stellungnahme BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02.2010, Seite 2/3; Stellungnahme Landesbauernverband Sachsen-Anhalt e.V. zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 22.02.2010, Seite 2; Stellungnahme Bayern MeG zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 4/5; Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung vom 15.02.2010, Seite 5; ebenso: Stellungnahme FW Landtagsfraktion zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 24.02.2010, Seite 3.

⁶⁸ Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft norddeutscher Milcherzeuger („Heloten“) vom 25. November 2010, Seite 11 und 13.

möglich hält, sollte es jedoch möglich sein, derartige Lieferkonditionen mit den hierfür vorgesehenen Beschlussfassungen zu ändern.⁶⁹

- 126 Erzeugern, die nicht genossenschaftliche Molkereien beliefern oder als Nichtmitglieder eine genossenschaftlich organisierte Molkerei beliefern, fehlt diese Möglichkeit. Sie haben jedoch die Option, sich Erzeugerorganisationen anzuschließen oder Erzeugerorganisationen zu bilden, um für sie günstigere Vertragsbedingungen in ihren Verhandlungen mit den Molkereien zu erzielen.⁷⁰ Dies sollte ihnen zumindest dann möglich sein, wenn die allgemeine Marktlage für Erzeuger günstig ist.

3. Transparenz: Marktinformationssysteme und Referenzpreismodelle

- 127 Bereits der Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung hat sich mit dem Thema der Markttransparenz beschäftigt.⁷¹ Mit der Thematik der Referenzpreismodelle, die in diesem Endbericht zusammen mit dem Thema Markttransparenz erörtert wird, hat sich das Bundeskartellamt im Zwischenbericht ebenfalls befasst.⁷²
- 128 Die Stellungnahmen zu diesem Aspekt des Zwischenberichts sind sehr unterschiedlich ausgefallen. Während AMI und DBV auf die positiven mit Markttransparenz verbundenen Wirkungen hinweisen,⁷³ haben BBV und verschiedene Erzeugerorganisationen die Ansicht vertreten, dass die hohe Markttransparenz zu indirekten Preisabsprachen der Molkereien

⁶⁹ Auf die praktischen Schwierigkeiten der Gestaltung von Satzungsbestimmungen in genossenschaftlichen Molkereien hat die ABL im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 12. Mai 2010 aufmerksam gemacht. Diese werden nach Einschätzung des Bundeskartellamtes in einigen Molkereien dadurch weiter verstärkt, dass der Prozentsatz der nicht mehr aktiven, jedoch noch immer stimmberechtigten Mitglieder hoch ist. Deren Interessen divergieren häufig von denen der noch aktiven Mitglieder der Genossenschaft, so dass es für die aktiven Mitglieder teilweise nicht möglich sein dürfte, die erforderlichen Mehrheiten für entsprechende Satzungsänderungen zu erzielen.

⁷⁰ Vergleiche dazu unter B I 5 a) bb).

⁷¹ Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch Seite 82 ff.

⁷² Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch Seite 57 ff.

⁷³ Vollständige Transparenz bei vollständigem Wettbewerb = vollkommene Märkte, Stellungnahme der AMI im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 12. Mai 2010, Stellungnahme des DBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 5; in die gleiche Richtung: Stellungnahme Prof. Weindlmaier vom 22. Februar 2010, Seite 5; differenziert: BDM young Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15. Februar 2010, der auf die Gefahr der Kartellierung der Preise durch Molkereien einerseits hinweist, jedoch ebenso auf die Vorteile für die Marktteilnehmer (Orientierung bei Preisverhandlungen). Der BDM young schlägt daher eine termingebundene Preisveröffentlichung vor, die Preiskartellierungen unmöglich machen soll, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung vom 12. Mai 2010, Seite 2.

führe und für die in Erzeugerorganisationen organisierten Erzeuger nicht vorteilhaft sei.⁷⁴ Der BBV hat zudem darauf hingewiesen, dass sich seiner Einschätzung nach im Rahmen von Referenzpreismodellen leistungsfähige Molkereien als Referenzpreisgrundlage den Auszahlungspreis schwächerer Molkereien suchten.⁷⁵ Dieses Risiko sieht der DBV nicht, da zwischen den Milchhauszahlungspreisen in Nord- und Süddeutschland ein nennenswerter Unterschied bestehe.⁷⁶ Zudem bildeten die veröffentlichten Daten nach Ansicht des DBV die Grundlage für oder gegen die Entscheidung des Molkereiwechsels für die Erzeuger.⁷⁷ Der BDM young vertritt in seiner Stellungnahme die Ansicht, die hohe Markttransparenz nutze in Zeiten eines Überangebots von Milch nicht den Milcherzeugern, sondern den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels (in den Preisverhandlungen mit den Molkereien) und den Molkereien (in den Preisverhandlungen mit den Erzeugern).⁷⁸

129 Als Reaktion auf die teilweise kritische Auseinandersetzung mit Marktinformationssystemen im Zwischenbericht und die im Rahmen der Anhörung erfolgte Diskussion zur kartellrechtlichen Bewertung von Markttransparenz hat sich die AMI an das Bundeskartellamt gewandt, um die Kartellrechtskonformität eines zur Vermarktung vorgesehenen Marktinformationssystems zu diskutieren. Als Ergebnis des Diskussionsprozesses bietet die AMI nunmehr ein Marktinformationssystem an, das nach derzeitiger Bewertung des Bundeskartellamtes nicht

⁷⁴ Stellungnahme des BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02.2010, Seite 4; Stellungnahme des Landesbauernverbandes Sachsen-Anhalt vom 22. Februar 2010, Seite 1 und Seite 1 der Antworten auf die im Zwischenbericht gestellten Fragen; Stellungnahme der Bayern MeG zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 6 sowie im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010, Seite 5; Stellungnahme BDM im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 11. Mai 2010; EZG Milch – Milchquelle w.V., Stellungnahme im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010, Seite 1; Stellungnahme Arbeitsgemeinschaft norddeutscher Milcherzeuger („Heloten“) im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 12. Mai 2010; Unternehmen Milch Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 1. März 2010, Seite 2; ebenso: Stellungnahme FW Landtagsfraktion zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 24.02.2010, Seite 4/5.

⁷⁵ Stellungnahme BBV im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010.

⁷⁶ DBV Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 6, Stellungnahme des DRV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25. Februar 2010, Seite 16.

⁷⁷ Stellungnahme des DBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 6; Stellungnahme des BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02.2010, Seite 7, Stellungnahme der Erzeugergemeinschaft Milch - Milchquelle w.V., Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26. Februar 2010, Seite 3; Stellungnahme des MIV vom 26. Februar 2010, Seite 4.

⁷⁸ Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15. Februar 2010, Seite 7; ebenso DRV Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25. Februar 2010, Seite 16.

kartellrechtswidrig ist. Die für die inhaltliche Bewertung maßgeblichen Gründe hat das Bundeskartellamt in einem Fallbericht veröffentlicht, der auf der Homepage des Bundeskartellamtes abrufbar ist.⁷⁹

130 Im Anschluss an die Veröffentlichung des Fallberichts hat das Bundeskartellamt Gespräche mit Vertretern der genossenschaftlichen und nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien, des MIV und Vertretern von Erzeugervereinigungen sowie des BMELV und der Europäischen Kommission geführt und mit ihnen die Schlussfolgerungen aus dem Fallbericht sowie das weitere Vorgehen diskutiert. Zudem hat das Bundeskartellamt eine Reihe von Anfragen von Milcherzeugervereinigungen und Molkereien erhalten, die um eine kartellrechtliche Einschätzung für Referenzpreisklauseln in ihren Milchlieferverträgen gebeten haben.

131 In verschiedenen Pressereaktionen auf die Veröffentlichung des Fallberichts zum Marktpreisinformationssystem der AMI wird die Ansicht vertreten, dass eine hohe Markttransparenz stets wettbewerbsfördernd wirke und eine Grundvoraussetzung für funktionierende Märkte und funktionierenden Wettbewerb sei.⁸⁰ Nach den Ergebnissen einer Untersuchung zum Rohmilchmarkt an der Universität Göttingen sprechen die Strukturbedingungen des Marktes dafür, dass durch die Markttransparenz die Preisbildung wettbewerbskonform erfolge.⁸¹

a) Wettbewerbsrechtliche Einordnung

132 Markttransparenz kann – je nach den Umständen des Einzelfalls und den konkreten Bedingungen der jeweiligen Märkte – sowohl positive als auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Der Zusammenhang zwischen Markttransparenz und Wettbewerb beschäftigt Juristen und Ökonomen seit Beginn der 60er Jahre.⁸² Sowohl die schwedische

⁷⁹ <http://www.bundeskartellamt.de> Fallbericht B2-118/10 vom 12.05.2011 Standard für kartellrechtskonforme Gestaltung von Marktinformationssystemen im Bereich der Beschaffung von Rohmilch.

⁸⁰ LZ vom 12. August 2011, Seite 18 „Kritik am Kartellamt hält weiter an“; LZ vom 26. August 2011, Seite 26 „Keine Angst vor dem Kartellamt“; top agrar 9/2011, S. 3 „Ohne Preisvergleiche läuft nichts“.

⁸¹ B. Brümmer, M. Fahlbusch, M. Pfeuffer, A. Spiller, A. Hellberg-Bahr „Gibt es Geheimwettbewerb? Das Beispiel Rohmilchmarkt“ in Wirtschaftsdienst 2011/12.

⁸² I. Schmidt (1963) „Markttransparenz als Voraussetzung von Wettbewerbsbeschränkungen“, in WuW Nr. 2, S. 97 ff; H.-V. Brinkmann (1963) „Markttransparenz und Wettbewerbsrecht“; L. Li (1985) „Cournot Oligopoly with Information Sharing“, in The RAND Journal of Economics 16, S. 52 ff; H.-J. Niemyer (1993) „Market Information Systems“ in European Competition Law Review 4, S. 151 ff; P. Krone (2003) „Horizontale Markttransparenz im Zeitalter einer Informationsgesellschaft“; B. Tugendreich (2004) „Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren“; F. Wagner-von Papp (2004) „Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb“; A. Möhlenkamp (2010) „Informationsaustausch als Wettbewerbsbeschränkung – Kriterien und Beweislast“ in FiW-Festschrift 234, S. 211.

Wettbewerbsbehörde als auch die OECD haben Expertenveranstaltungen zur Thematik des Informationsaustauschs unter Wettbewerbern durchgeführt und kommen jeweils zu dem Ergebnis, dass Markttransparenz sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbs-schädliche Auswirkungen haben kann und es jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankomme.⁸³

133 Soweit möglicherweise spürbare Wettbewerbsbeschränkungen durch die Markttransparenz bezweckt oder bewirkt werden, die nicht vom Kartellverbot freigestellt werden können, unterliegen diese dem Kartellverbot des § 1 GWB/Artikel 101 AEUV. Unternehmen, die Marktinformationssysteme zur Verfügung stellen oder sich durch Bereitstellung der Marktdaten an diesen beteiligen, müssen grundsätzlich selbst beurteilen, ob in ihrem Verhalten ein Verstoß gegen das Kartellverbot liegt oder nicht (System der Selbstveranlagung). Bei der kartellrechtlichen Prüfung von Marktinformationssystemen zwischen Wettbewerbern hat das Bundeskartellamt ein Aufgreifermessen. Das Bundeskartellamt greift dabei grundsätzlich solche Sachverhalte auf, die für die jeweiligen Marktprozesse von signifikanter Bedeutung sind.

b) Marktinformationssysteme

134 Marktinformationssysteme dienen dem organisierten Austausch von marktrelevanten Daten. In den vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch untersuchten Marktinformationssystemen werden Daten über die Höhe des von den Molkereien an die sie beliefernden Erzeuger gezahlten Milchgelds ausgetauscht. Häufig werden dabei sowohl die Milchgeldabrechnung von Erzeugern als auch Meldungen von Molkereien als Datengrundlage verwendet. Während es sich bei dem ganz überwiegenden Teil der Meldungen um Meldungen auf freiwilliger Basis handelt, sind die Meldungen an die BLE für die Molkereien gesetzlich vorgeschrieben. Daneben gibt es weitere Marktinformationssysteme, die Preismeldungen für Absatzmärkte (Spotmilch, Käse, Butter) oder für bestimmte Verwertungen (Fett/Eiweiß) umfassen.

⁸³ Schwedische Wettbewerbsbehörde: Konkurrensverket (2006) „The Pros and Cons of Information Sharing“, abrufbar unter http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf; OECD (2010): <http://www.oecd.org/dataoecd/12/52/48379006.pdf> und OECD (2001): <http://www.oecd.org/dataoecd/52/63/2535975.pdf>.

aa) Überblick über die verschiedenen Varianten von Informationssystemen

- 135 Veröffentlichungen, die auf gesetzlicher Grundlage beruhen, finden durch die BLE sowie die Fachpresse statt, die Milchanlieferungsmengen, Milchgeld und Produktionsmengen für Molkereiprodukte sowie die Ergebnisse der Butter- und Käsenotierungen (mittlerweile als Meldung für das gesamte Bundesgebiet) veröffentlichen. Diese Veröffentlichungen erfolgen in größeren zeitlichen Abständen und enthalten keine Daten, die einem bestimmten Unternehmen oder einem bestimmten Geschäftsvorgang zugeordnet werden können. Es handelt sich um aggregierte, d.h. nicht identifizierende Meldungen.
- 136 Gleiches gilt für den sogenannten Kieler Rohstoffindex, der durch das ife Informations- und Forschungszentrum für Ernährungswirtschaft, Kiel, veröffentlicht wird. Der Kieler Rohstoffindex enthält Daten über die Eiweiß- und Fettverwertung und verbindet diese mit einer allgemeinen Trendaussage.⁸⁴
- 137 In Fachzeitschriften werden zudem auf wöchentlicher Basis Spotmilch-Preise veröffentlicht. Dabei handelt es sich um Milch, die zwischen den Molkereien gehandelt wird. Der veröffentlichte Preis bezieht sich auf Milch mit 3,7 % Fett ab Rampe Molkerei. Die veröffentlichten Daten sind stark aggregiert und weisen Daten für den „Süden“ und den „Norden/Westen“ Deutschlands ohne Nennung einzelner Molkereien aus. Die vorgenannten Marktinformationssysteme sind kartellrechtlich unbedenklich.
- 138 Eine detaillierte, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch betriebsbezogene Veröffentlichung des Milchgelds findet sowohl in der Fachpresse als auch auf der Internetseite von Verbänden statt. Dies betrifft sowohl aktuelle, betriebsbezogene Veröffentlichungen des Milchgelds von Molkereien für Bio-Milch als auch entsprechende Veröffentlichungen für konventionelle Milch. Das Spektrum reicht von der Veröffentlichung des Milchgelds aller in einem Bundesland tätigen Molkereien bis hin zu Veröffentlichungen des Milchgelds aller bedeutenden in Deutschland tätigen Molkereien. Dabei werden branchenübliche Faktoren wie z. B. Stoppfaktor oder Zuschläge für die Güteklasse S oder für zweitägige Abholung, berücksichtigt.⁸⁵ Teilweise werden arithmetische Mittel der Auszahlungspreise der Molkereien und gewichtete monatliche Auszahlungspreise auf Bundeslandebene gebildet. Eine Reihe von Veröffentlichungen publiziert zusätzlich einen Vergleich der Auszahlungspreise pro

⁸⁴ Der Rohstoffwert Milch wird dargestellt als Erlös Butter ct./kg, Erlös Magermilchpulver ct./kg, als Fettwert und als Nichtfettwert, jeweils als aktueller Monatswert und mit Trendaussage. Dazu wird ein Rohstoffwert Milch frei Rampe und ein Rohstoffwert Milch ab Hof veröffentlicht.

⁸⁵ Teilweise erfolgt die Veröffentlichung unter Berücksichtigung von Sonder- und Nachzahlungen oder Zuschläge für Geschäftsanteile.

Molkerei mit den entsprechenden Daten des Vormonats oder des Vorjahresmonats. Auch gleitende 12-Monats-Mittel werden publiziert. Diese Veröffentlichungen erfolgen in der überwiegenden Anzahl der Fälle monatlich sowie unter namentlicher Ausweisung der die Milch erfassenden Molkerei oder Betriebsstätte. Diese Marktinformationssysteme können kartellrechtlich bedenklich sein.

bb) Grenzen kartellrechtlicher Zulässigkeit gemäß § 1 GWB/Artikel 101 AEUV

139 Nach § 1 GWB sind solche abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Danach reicht es für eine Verletzung der Verbotsnorm des § 1 GWB aus, wenn durch ein Marktinformationssystem eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs beabsichtigt ist oder wenn diese tatsächlich eintritt. Wann dies der Fall ist, hängt von den konkreten Marktgegebenheiten und der Art der ausgetauschten Information ab. Für die Anwendung des § 1 GWB unschädlich ist dabei, dass die Teilnehmer des Marktinformationssystems sich nicht unmittelbar durch ihre Teilnahme zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Auch die „bloße“ Bekanntmachung in einer Fachzeitschrift, auf der Homepage eines Verbandes oder das Sammeln und Verschicken von betriebsbezogenen Information durch den Verband an seine Mitglieder kann in der Gesamtschau eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des § 1 GWB/Artikel 101 AEUV sein, z. B. wenn mehrere Molkereien das entsprechende Medium nutzen, um sich durch die monatliche Meldung gegenseitig über das eigene ausgezahlte Milchgeld auszutauschen. Die Wettbewerbsbeschränkung besteht in einem bezweckten oder bewirkten Ausschluss des „Geheimwettbewerbs“ und in der objektiv vorhersehbaren Stabilisierung des Preisniveaus: Wenn bisher geheime, unternehmensstrategisch wichtige Informationen zwischen Unternehmen (hier: Molkereien) ausgetauscht oder öffentlich gemacht werden, wird die Transparenz auf dem betroffenen Markt (hier: Markt für die Beschaffung von Rohmilch) künstlich erhöht. Die so größere Transparenz kann ein koordiniertes Verhalten der Wettbewerber (hier: der Molkereien) erleichtern. Soweit hierdurch eine spürbare Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird, z. B. die Koordinierung auf ein bestimmtes Preisniveau, liegt darin ein Verstoß gegen § 1 GWB/Artikel 101 AEUV. Gegen die damit verbundene Verminderung der

Wettbewerbsintensität soll § 1 GWB schützen.⁸⁶ Dies gilt grundsätzlich in gleicher Weise für Absatzmärkte wie auch für Beschaffungsmärkte.⁸⁷

- 140 Aus der Fallpraxis des Bundeskartellamtes und der deutschen Rechtsprechung sowie aus den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission⁸⁸ und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte lassen sich Anhaltspunkte dafür gewinnen, wann ein Marktinformationssystem geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB bzw. Artikel 101 AEUV zu bezwecken oder zu bewirken.

Konstellationen, in denen ein Informationsaustausch potentiell kartellrechtswidrig ist

- 141 Bei den Meldungen des Milchgelds handelt es sich um freiwillige und nicht um gesetzlich vorgeschriebene Meldungen, es sei denn, diese Meldungen erfolgen aufgrund einer gesetzlichen Vorgabe an die zuständigen Landesstellen oder die BLE. Auf den Charakter der Meldungen als „freiwillig“ oder „gesetzlich erforderlich“ kommt es im Rahmen der Feststellung, ob der objektive Tatbestand des § 1 GWB bzw. Artikel 101 AEUV erfüllt ist, nicht an. Freiwillige Meldungen können in gleicher Weise wie verpflichtende Meldungen den Wettbewerb spürbar beeinflussen.⁸⁹ Allerdings würde das Bundeskartellamt im Rahmen seines Aufgreifermessens berücksichtigen, ob ein Unternehmen gegen § 1 GWB durch Teilnahme an einem gesetzlich vorgeschriebenen Meldesystem verstößt. In einem derartigen Fall würde das Bundeskartellamt – je nach Fallkonstellation – regelmäßig kein Verfahren, jedenfalls aber kein Bußgeldverfahren einleiten.
- 142 Identifizierende Marktinformationssysteme, bei denen wettbewerbsrelevante Informationen einem einzelnen Marktteilnehmer zugeordnet werden können, sind in der Regel wettbewerbsrechtlich kritischer als solche, bei denen dies nicht möglich ist.⁹⁰ Identifizierende Preisinformationssysteme bei homogenen Gütern sind als besonders bedenklich anzusehen, da dort der Preis als der entscheidende Wettbewerbsparameter Gegenstand des Informationsaustausches ist.⁹¹ Bei Rohmilch handelt es sich um ein homogenes Gut. Die Mehr-

⁸⁶ BGH vom 29.1.1975 in WuW/E BGH 1337, 1347 (Aluminium Halbzeug), OLG Düsseldorf vom 26.7.2002 in WuW/E DE_R 949, 959 (Transportbeton Sachsen).

⁸⁷ Vgl. Rd. Nr. 215 f der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.01.2011 (im Folgenden: Horizontal-Leitlinien).

⁸⁸ Marktinformationssysteme werden in den Horizontal - Leitlinien in Kapitel 2 (Rd. Nr. 55ff) behandelt.

⁸⁹ BGH vom 18.11.1986 in WuW/E BGH 2317 (Baumarkt Statistik).

⁹⁰ OLG Düsseldorf vom 26.07.2002 in WuW/E DE-R 949 (Transportbeton Sachsen).

⁹¹ B 1 – 116/04 Nord-KS GmbH + Co. KG, Rd. Nr. 121, Entscheidung vom 9.8. 2006, veröffentlicht auf der Homepage des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

zahl der nach den Ermittlungen am Markt verfügbaren Marktinformationssysteme ist identifizierend, da sie – neben aggregierten Daten – eine einzelbetriebliche Ausweisung des Milchgelds enthält. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich aus den Meldungen nicht direkt der einzelne Preis ergibt, der einem konkreten Milcherzeuger für die Ablieferung der Rohmilch gezahlt wird. Identifizierend sind nämlich auch solche Systeme, die einen konkreten Rückschluss auf einzelne Geschäftsvorgänge zulassen. Dies wird durch die Ausweisung von Auszahlungspreisen für genau kategorisierte Standardwerte im Regelfall auch erreicht. Für die konkurrierenden Molkereien wird der Auszahlungspreis gerade durch die Verwendung der standardisierten Daten untereinander vergleichbar.

143 Soweit Molkereien Marktinformationssysteme verwenden, um im Rahmen von Referenzpreismodellen (siehe unter b)) das Milchgeld an die Höhe des Milchgelds der in das Referenzmodell einbezogenen Molkereien anzugleichen, handelt es sich um einen Informationsaustausch über künftiges Preisverhalten, da das Milchgeld der am Referenzmodell teilnehmenden Molkerei erst nach Vorliegen der Daten aus dem Referenzpreismodell bestimmt wird. Ein derartiger Informationsaustausch⁹² wird von den Horizontal-Leitlinien als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung bewertet und als Kartellverstoß im Sinne des Artikel 101 AEUV eingestuft, sofern er auf Basis einer Verhaltensabstimmung der beteiligten Molkereien erfolgt.⁹³ Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt in diesen Fällen vor, wenn die abgestimmte Verhaltensweise erfahrungsgemäß schon ihrer Art nach zu negativen Auswirkungen auf dem betroffenen Markt führt. Negative Marktwirkungen müssten dann im Einzelfall nicht mehr geprüft und nachgewiesen werden.⁹⁴

144 Auch soweit Milchpreisinformationen nicht in Referenzpreismodelle einbezogen sind, handelt es sich zumindest um die Veröffentlichung aktueller Daten, die nicht per se als unproblematisch einzustufen ist. Bei der Prüfung, ob in einem konkreten Fall wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen von der Veröffentlichung der Marktinformationssysteme zu erwarten sind, sind die wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten und die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen heranzuziehen.⁹⁵

⁹² Durch den Austausch über die Absicht des zukünftigen Preisverhaltens wird nach Einschätzung der Europäischen Kommission ein Orientierungspunkt für die Koordinierung bestimmt. Durch diesen Koordinierungspunkt erhalten die Wettbewerber (die teilnehmenden Molkereien) die Flexibilität, auf beabsichtigte Preisvorstellungen der übrigen Wettbewerber (Molkereien) durch Senkung oder Erhöhung (des Milchgelds) einzugehen.

⁹³ Rd. Nr. 74 der Horizontal-Leitlinien.

⁹⁴ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht 10. Auflage, Band 1 Rd. Nr. 218 zu § 1 GWB.

⁹⁵ Rd. Nr. 75 der Horizontal-Leitlinien.

- 145 Auf transparenten⁹⁶ und konzentrierten⁹⁷ Märkten sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen eines Informationsaustauschs wahrscheinlicher als auf intransparenten und zersplitterten Märkten. Die meisten Regionalmärkte sind in Bezug auf die dort erfassten Milchmengen, die Erzeugerstrukturen und die Strukturen der dort tätigen Molkereien für alle Marktteilnehmer transparent. Durch die Veröffentlichungen u.a. der BLE, der AMI, der ZMB sowie des ife gibt es eine Reihe von kartellrechtlich nicht zu beanstandenden Informationen über Preis- und Mengenentwicklungen im Bereich der Rohmilch, die für einen vergleichsweise hohen Grad an Markttransparenz sorgen. Der Konzentrationsgrad auf den verschiedenen Regionalmärkten ist sehr unterschiedlich und im Norden, Nordosten und Westen Deutschlands höher als im Süden. Dies kann u. U. zu regional unterschiedlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Zulässigkeit von Marktinformationssystemen führen.
- 146 Kollusionsergebnisse sind zudem wahrscheinlicher, wenn die Nachfrage- und Angebotsbedingungen stabil sind. Durch die Kombination aus
- dem bis 2015 befristeten Milchquotenregime,
 - den langfristigen Lieferbeziehungen zwischen Molkereien und Milcherzeugern, kombiniert mit einer Vollandienungspflicht/Vollabnahmepflicht,
 - der bislang äußerst geringen Wechselquote der Milcherzeuger auf den regionalen Erfassungsmärkten
 - sowie der Vollandienungspflicht/Vollabnahmepflicht
- ergeben sich derzeit sehr stabile Angebots- und Nachfragestrukturen auf den Beschaffungsmärkten für Rohmilch.
- 147 Bei einem Informationsaustausch über aktuelle Preise handelt es sich regelmäßig um einen Austausch strategisch relevanter Informationen.⁹⁸ Das Milchgeld, dessen Höhe veröffentlicht wird, ist einer der wesentlichen Wettbewerbsparameter bei dem Wettbewerb um Rohmilch. Die veröffentlichte Höhe des Milchgelds ist regelmäßig aktuell. Das Bundeskartellamt weist an diese Stelle auch darauf hin, dass ihm identifizierende Marktinformationssysteme, wie sie in der Milchwirtschaft praktiziert werden, aus keinem anderen Agrarbereich bekannt sind.

⁹⁶ Rd. Nr. 78 der Horizontal-Leitlinien.

⁹⁷ EuGH 2.10.2003 Rs. C-194/99, Slg. 2003, I-10821, Rd. Nr. 86 (Thyssen Stahl).

⁹⁸ Rd. Nr. 86 der Horizontal-Leitlinien.

- 148 Die wettbewerbsbeschränkende Auswirkung eines Informationsaustauschs ist wahrscheinlicher, wenn die teilnehmenden Unternehmen einen hinreichend großen Teil des relevanten Marktes abdecken.⁹⁹ Die dem Bundeskartellamt bekannten Marktinformationssysteme im Milchbereich sind sehr unterschiedlich und umfassen zwischen 3 und 100 Molkereien. Einige Informationssysteme veröffentlichen das Milchgeld explizit nur für einen regionalen Raum, so dass in diesen Fällen auch die Veröffentlichung des Milchgelds von relativ wenigen Molkereien eine hinreichend große Abdeckung des räumlich relevanten Regionalmarktes darstellt.
- 149 Je häufiger ein Austausch stattfindet, desto wettbewerbsrechtlich bedenklicher ist dies.¹⁰⁰ Die Mehrzahl der vom Bundeskartellamt untersuchten Marktinformationssysteme im Bereich Milchgeldauszahlung erfolgt monatlich. Dieses Intervall betrachtet das Bundeskartellamt als einen häufigen Informationsaustausch.

Konstellationen, in denen ein Informationsaustausch über Milchauszahlungspreise wahrscheinlich kartellrechtlich unbedenklich ist

- 150 Demgegenüber gibt die Veröffentlichung von historischen Daten regelmäßig keinen Anreiz zu koordiniertem Verhalten und ist daher grundsätzlich wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Dies gilt jedoch nicht, soweit Rückschlüsse auf zukünftiges Verhalten der Marktteilnehmer möglich sind oder die Veröffentlichung für ein Monitoring eines expliziten oder impliziten Kartells genutzt wird.
- 151 Ab wann Marktdaten historisch sind, ist wiederum eine Einzelfallentscheidung, die sich an den konkreten Marktgegebenheiten orientiert. Die Horizontal-Leitlinien der Kommission stellen eine Verbindung zwischen dem Alter der Daten und der Frequenz von Neuverhandlungen von Preisen bzw. branchenüblichen Vertragslaufzeiten her. Dabei sollen die veröffentlichten Informationen „um ein Mehrfaches älter“ sein.¹⁰¹ In der Rechtsprechung und von der Europäischen Kommission sind bisher Daten, die älter als ein Jahr sind, als „historisch“ eingestuft worden.¹⁰²
- 152 Angesichts der gegenüber anderen Industriebranchen auf Grund von Weltmarkteinflüssen deutlich volatileren Preisstrukturen hat das Bundeskartellamt in seiner vorläufigen Bewer-

⁹⁹ Rd. Nr. 87 der Horizontal-Leitlinien.

¹⁰⁰ Rd. Nr. 91 der Horizontal-Leitlinien.

¹⁰¹ Rd. Nr. 90 der Horizontal-Leitlinien.

¹⁰² Entscheidung vom 17.02.1992, ABl. L 068 vom 13/03/1992, S. 19-33, Rd. Nr. 50 (UK Agricultural Tractor Registration Exchange), Entscheidung vom 26.11.1997 ABl. L 001 vom 03/01/1998, S. 10-21, Rd. Nr.: 17, 52 (Wirtschaftsvereinigung Stahl).

tung des Marktinformationssystems der AMI bereits Milchauszahlungspreise, die älter als sechs Monate sind, als „historisch“ eingestuft. Damit bleibt das Bundeskartellamt für den hier betroffenen Milchmarkt zunächst weit unter den Maßstäben, die in anderen Fällen an das kartellrechtlich zulässige „Alter“ von betriebsbezogenen Daten gestellt werden. Im Rahmen eines Praxistests wird das Bundeskartellamt im Jahre 2012 prüfen, ob dieser Zeitraum den tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsbedingungen hinreichend Rechnung trägt.

153 Neben der Veröffentlichung historischer Daten ist auch die Veröffentlichung aggregierter Daten kartellrechtlich in der Regel nicht bedenklich.¹⁰³ Dies setzt aber zumindest voraus, dass die gemeldeten Daten derart aggregiert sind, dass Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge ausgeschlossen werden können und einzelne der teilnehmenden Unternehmen im Hinblick auf den Datenaustausch nicht identifizierbar sind. Problematisch sind beispielsweise starke Produkt- und Preisklassendifferenzierungen sowie kurze zeitliche Melde- und Rückmeldeabstände.

154 Wieweit Daten aggregiert werden müssen, um diese Anforderungen zu erfüllen, hängt wiederum von den jeweiligen Besonderheiten des betroffenen Marktes ab. Für den Bereich Transportbeton hat die Rechtsprechung entschieden, dass bei Aggregation der gemeldeten Daten über fünf Unternehmen keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen.¹⁰⁴ Da es sich bei Transportbeton, wie bei Rohmilch, um ein homogenes Massengut handelt, hält das Bundeskartellamt den in diesem Fall angelegten Maßstab auch in Bezug auf die Veröffentlichung von Milchgeldzahlungen für sachgerecht. In beiden Fällen handelt es sich zudem um Regionalmärkte.

155 Um eine Identifizierbarkeit von Marktdaten im Bereich des Milchgelds auch bei aggregierter Darstellung auszuschließen, stellt das Bundeskartellamt für die Veröffentlichung von Milchgeldmeldungen bei der Darstellung auf mengengewichteter Basis zusätzliche Anforderungen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Molkereibereich in

¹⁰³ Rd. Nr. 88 der Horizontal-Leitlinien; dies gilt jedoch nicht unter besonderen Marktbedingungen, bei denen eine Kollusion auch mit Hilfe eines nicht identifizierenden Informationsaustauschsystems aufrecht erhalten werden kann (Rd. Nr. 89 der Horizontal-Leitlinien).

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf vom 26.07.2002 in WuW/E DE-R 949 (Transportbeton Sachsen). In anderen Entscheidungen sind unterschiedliche Anforderungen je nach Art der ausgetauschten Daten gestellt worden: Die Europäische Kommission hat aggregierte Daten von mindestens drei Unternehmen in Bezug auf ein Informationsaustauschsystem der Kartonindustrie und von mindestens zehn Einzelwerten in Bezug auf deren Auftragseingangstatistik für die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit gefordert, Entscheidung der Europäischen Kommission vom 13.07.1994 in ABI EG 1996 Nr. C 310, S. 3 Rd. Nr. 16, 18. Die britische Wettbewerbsbehörde (Office of Fair Trading) hat ebenfalls aggregierte Daten mit mindestens fünf Einzelwerten für die kartellrechtliche Unbedenklichkeit gefordert, Notice of intention to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, von Januar 2011, Seite 38 und Annex 2, abrufbar unter <http://www.offt.gov.uk/sharedoft/consultations/OFT1301.pdf>.

Deutschland sehr unterschiedlich strukturiert ist und neben einer Reihe mittelgroßer und vieler kleiner Molkereien wenige große Molkereien am Markt tätig sind. Auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies: Ein nicht identifizierendes Marktinformationssystem ist dann wettbewerbsrechtlich problematisch, wenn sich eine signifikante Änderung des durchschnittlichen Milchgelds einer Molkerei erheblich im rückgemeldeten Durchschnittspreis niederschlägt. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn sich an einem Meldesystem eine große und viele sehr kleine Molkereien beteiligen. In diesem Fall kann eine signifikante Änderung des mengengewichteten Milchauszahlungspreises der großen Molkerei zu einer erheblichen Änderung des Durchschnittswertes führen. Insgesamt sind in oligopolistisch strukturierten Regionalmärkten, die ohnehin durch ein hohes Maß an Markttransparenz gekennzeichnet sind, hohe Anforderungen an die kartellrechtliche Zulässigkeit nicht identifizierender Marktinformationssysteme zu stellen.

156 Daher hat das Bundeskartellamt weitere Anforderungen an die Art und Weise der Aggregation der Daten gestellt, um eine mittelbare Identifizierbarkeit von Auszahlungspreisen zu unterbinden, die sich daraus ergeben würde, dass Veränderungen bei großen Molkereien überproportional ins Gewicht fallen. Danach darf die größte in die Aggregation einbezogene Molkerei nicht mehr als 33 % gemessen an der Gesamtmilchmenge der von der Stichprobe erfassten Molkereien haben und die beiden größten Molkereien nicht mehr als 60 %. Dabei lehnt sich das Bundeskartellamt im Hinblick auf die Schwelle von 33 % an die Maßstäbe an, die der Gesetzgeber für die Vermutung von Marktbeherrschung in § 19 GWB normiert hat. Erfolgt die Darstellung nicht mengengewichtet, ist die zusätzliche Forderung von Anteilsschwellen entbehrlich. Denn bei der Veröffentlichung von nicht mengengewichteten Milchauszahlungspreisen entfällt die Rohmilchmenge als Identifizierungsmerkmal der an einem Meldesystem teilnehmenden Großmolkerei.

c) Referenzpreismodelle

157 Bereits im Rahmen des Zwischenberichts zur Sektoruntersuchung Milch hat das Bundeskartellamt Referenzpreismodelle, die auf identifizierenden Marktinformationssystemen für den Milchpreis regional konkurrierender Molkereien beruhen, kritisch beleuchtet. In den Stellungnahmen zum Zwischenbericht wird die Kritik geteilt, wenn auch einige Stellungnahmen darauf hinweisen, dass derartige Preisfindungsmechanismen auf Wunsch der Erzeuger abgeschlossen worden sind:

158 In seiner Stellungnahme zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch stuft der DBV das Referenzpreissystem als ambivalent ein. Einerseits biete es eine Orientierungshilfe für den Erzeuger bei Preisverhandlungen. Andererseits werde Potential für Preisverhandlungen

verschenkt. In jedem Fall spiegelt das Referenzpreissystem nicht die individuelle Leistungsfähigkeit einer Molkerei wieder und bietet so einen Anreiz, Erzeuger nicht an der Wertschöpfung der Molkereien teilhaben zu lassen.¹⁰⁵

159 Verschiedene Milcherzeugergemeinschaften haben erklärt, das Referenzpreismodell sei ursprünglich als „Sicherheitsnetz nach unten“ für die Erzeuger gedacht gewesen. Was als Mindestpreismodell gedacht gewesen sei, habe sich de facto jedoch zum Auszahlungspreismodell entwickelt.¹⁰⁶

160 Als Reaktion auf die Veröffentlichung des Fallberichts zum Marktinformationssystem der AMI hat der VBPM erklärt, durch ein mögliches Verbot von Referenzpreismodellen würden die nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien gegenüber den genossenschaftlich organisierten Molkereien und den anerkannten Erzeugergemeinschaften ungerechtfertigt benachteiligt. Das ihnen durch das Verbot der Orientierung an den Auszahlungspreisen anderer Molkereien aufgebürdete wirtschaftliche Risiko sei – insbesondere wenn es mit kurzen Vertragslaufzeiten einhergehe – unzumutbar groß. Zudem herrsche zwischen den nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien und den anerkannten Erzeugergemeinschaften eine Informationsasymmetrie. Anerkannte Erzeugergemeinschaften würden durch ihre Verhandlungen mit mehreren Molkereien einen Überblick über die unterschiedlichen Milchauszahlungspreise erlangen, den die Molkereien nicht haben dürften.¹⁰⁷

161 In Folge der Diskussionen mit Molkereiverbänden und Erzeugerorganisationen erweitert das Bundeskartellamt seine Untersuchungen auch auf solche Referenzpreismodelle, die auf einer Datengrundlage beruhen, die als solche kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist, weil sie keine aktuellen identifizierenden Milchgeldmeldungen enthält.

aa) Varianten

162 Dem Bundeskartellamt sind unterschiedliche Varianten des Referenzpreismodells im Rahmen der Ermittlungen bekannt geworden. Im Grundsatz funktionieren die Referenzpreismodelle so, dass eine Molkerei im Rahmen der Preisvereinbarung mit den Erzeugern die Auszahlungspreise anderer Molkereien als Mindestauszahlungspreis garantiert. Teilweise

¹⁰⁵ Stellungnahme des DBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 4.

¹⁰⁶ U.a. Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02.2010, Seite 7; Stellungnahme Bayern MeG vom 23.02.2010, Seite 3; Stellungnahme EZG Milch- Milchquelle w.V. im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010.

¹⁰⁷ Schreiben des VBPM vom 14.12.2011, Seite 2.

sind dies die Auszahlungspreise umliegender Molkereien, teilweise ein bundesweiter Durchschnitt und teilweise der Durchschnitt eines Bundeslandes.¹⁰⁸

bb) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

- 163 Die Referenzpreismodelle können zum einen kartellrechtlich unzulässig sein, wenn sie auf Daten beruhen, die ihrerseits nicht kartellrechtskonform erlangt werden können. Dies gilt für all die Referenzpreismodelle, die aktuelle, betriebsbezogene Milchauszahlungspreise zur Grundlage haben.
- 164 Sofern eine Molkerei ein Referenzpreissystem verwendet, das auf aggregierten oder historischen Daten beruht, ist dieses für sich genommen nicht wettbewerbsbeschränkend. Entsprechend hat das Bundeskartellamt in den vergangenen Monaten auf Anfragen von Molkereien und Erzeugern geantwortet.
- 165 Anders läge der Sachverhalt aber, wenn ein „Bündel“ von vertikalen Vereinbarungen einen vertraglichen Rahmen schafft, der in seiner Gesamtheit eine horizontale Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Molkereien darstellt.¹⁰⁹ Dies gilt für Referenzpreissysteme in besonderem Maße, wenn diese durch den Bezug auf Wettbewerberpreise bereits ein horizontales Element in sich tragen. Dabei liegt die Nachweispflicht einer solchen Verhaltensabstimmung beim Bundeskartellamt.
- 166 Erste Hinweise auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich aus folgenden Marktbeobachtungen: Referenzpreismodelle für Milchgeld werden nach den bisherigen Ermittlungen des Bundeskartellamtes nicht nur vereinzelt abgeschlossen. Insbesondere in Süddeutschland gibt es eine Vielzahl derartiger Vereinbarungen, die Molkereien mit den sie beliefernden Milcherzeugern abgeschlossen haben. Sofern diese Verträge aufgrund eines abgestimmten Verhaltens der Molkereien auf einem vergleichbaren Referenzpreismodell basieren sollen, können sie in ihrer Gesamtheit einen kartellrechtswidrigen „Sternvertrag“ bilden, z. B. wenn Erzeugervereinigungen ein Verhandlungsmandat für mehrere Molkereien haben. Wird durch dieses System eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne eines Ausschlusses von Preiswettbewerb zwischen Molkereien innerhalb eines regionalen Beschaffungsmarktes bezweckt oder bewirkt, verstoßen diese Referenzpreisvereinbarungen gegen § 1 GWB. Führen die Referenzpreismodelle auf Grund einer Verhaltensabstimmung dazu,

¹⁰⁸ In Bayern nutzt knapp die Hälfte der Mitglieder des VBPM ein Referenzpreismodell, wobei 10 Molkereien in ihren Verträgen das Milchgeld benachbarter Molkereien als Grundlage heranziehen, während die übrigen Molkereien, die ein Referenzpreissystem verwenden, Durchschnittspreise der AMI oder der LfL verwenden, Schreiben des VBPM an das Bundeskartellamt vom 14.12.2011, Seite 3.

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf vom 12.6.1990 in WuW/E OLG 4691 (Sternvertrag).

dass sich das Milchgeld der Molkereien angleicht, liegt darin eine Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des § 1 GWB.

- 167 Die unter § 1 GWB oder Art. 101 Absatz 1 AEUV fallenden Verhaltensweisen sind dabei im Einzelfall auf ihre Freistellungsfähigkeit nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Absatz 3 AEUV zu prüfen. Aufgrund der horizontalen Abstimmungswirkung bei Preisen oder anderen Wettbewerbsparametern dürfte eine Freistellung allerdings allenfalls in engen Grenzen in Betracht kommen.
- 168 Eine Wettbewerbsbeschränkung kann auch dann vorliegen, wenn sich die Höhe des gezahlten Milchgelds in einem Regionalmarkt zwar auf monatlicher Basis vorübergehend unterscheidet, weil eine Anpassung erst am Jahresende unter Bezugnahme auf einen Jahresdurchschnittspreis der beteiligten Molkereien erfolgt. Auch derartige Systeme führen mittelfristig (nämlich nachdem die Angleichung auf der Grundlage des Jahreswertes erfolgt ist) zu einer nicht wettbewerbskonformen Angleichung des Milchgelds. Im Ergebnis ist bei Referenzpreismodellen, die auf kartellrechtskonformer Datengrundlage beruhen, nicht entscheidend, ob eine monatliche, vierteljährliche oder jährliche Anpassung erfolgt. Entscheidend für die kartellrechtliche Beurteilung ist vielmehr, ob in einem Regionalmarkt Molkereien auf Grund einer nachweisbaren Übereinkunft einen einheitlichen Wert zur Berechnung des Milchgeldes heranziehen oder jeweils im Vertikalverhältnis zu ihren Lieferanten individuell unterschiedliche Bezugszeitpunkte gewählt werden. Ist letzteres nicht der Fall, schränken die betroffenen Molkereien dadurch den Wettbewerb um die Rohmilch der Erzeuger ein.
- 169 Die Einwände, die der VBPM gegen ein Verbot von Referenzpreismodellen erhebt, nämlich eine Benachteiligung privater Molkereien, weil sie ein unzumutbares wirtschaftliches Risiko bei der Kalkulation des Milchgelds tragen, belegen die mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Referenzpreismodellen mit Breitenwirkung. Denn danach geht es im Kern genau darum, eine wettbewerbsliche, die eingegangene Risikoteilung widerspiegelnde Milchgeldkalkulation zu vermeiden und statt dessen einen Preisfindungsmechanismus zu etablieren, der die „Gefahr“ unterschiedlicher Auszahlungspreise konkurrierender Molkereien minimiert und damit einhergehend das Risiko eines Molkereiwechsels der eigenen Lieferanten.

§ 19 Absatz 4 Nr. 1 und 2 GWB

- 170 Die Vergleichspreismodelle der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien könnten die Wettbewerbsmöglichkeiten der Erzeuger beeinträchtigen, ohne dass dafür gegenwärtig eine sachliche Rechtfertigung zu erkennen ist. Allerdings ist § 19 Absatz 4 Nr. 1 GWB nur gegenüber marktbeherrschenden Molkereien anwendbar.
- 171 Gleiches gilt für § 19 Absatz 4 Nr. 2 GWB. Im Rahmen dieser Prüfung müsste das Bundeskartellamt zunächst einen räumlichen Vergleichsmarkt (der auch außerhalb Deutschlands liegen könnte) finden, auf dem die Wettbewerbsintensität höher wäre als auf den Regionalmärkten, auf denen nicht-genossenschaftliche Molkereien tätig sind, die Vergleichspreismodelle verwenden. Sofern dies gelänge, könnte es die Vergleichspreismodelle unter dem Gesichtspunkt des Ausbeutungsmisbrauchs prüfen. Auch hier sind nur marktbeherrschende Molkereien Normadressaten.

§ 20 Absatz 3 GWB

- 172 Gegenüber relativ marktstarken nicht-genossenschaftlichen Molkereien ist auch die Vorschrift des § 20 Absatz 3 GWB anwendbar. Das Abrechnen des Milchgeldes auf Vergleichspreisbasis statt einer an der allgemeinen Marktlage orientierten Kalkulation und Verhandlung kann auch den Tatbestand der ungerechtfertigten Vorteilsgewährung erfüllen. Die Vorteilsgewährung könnte dabei darin liegen, dass die Molkerei das Akzeptieren von Einkaufskonditionen fordert, die sich nicht aus der vertikalen Vertragsbeziehung zu ihren Lieferanten und deren jeweiligen Leistungen in Bezug auf die Menge und Qualität und weiterer Faktoren (z. B. Abholungsintervall) in Bezug auf die gelieferten Rohmilch ergeben, sondern aus einem kartellierten Preis.

d) Allgemeine Schlussfolgerungen und weiteres Vorgehen

aa) Allgemeine Schlussfolgerungen

- 173 Auch die Landwirtschaft – und mit ihr der Bereich der Milcherzeugung und -verarbeitung – unterliegt grundsätzlich dem Kartellverbot des § 1 GWB. Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen in § 28 GWB und § 11 Marktstrukturgesetz bereits weitgehende Bereichsausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot getroffen. Der Gesetzgeber hat dem Machtgefälle zwischen Molkereien und Erzeugern sowie zwischen Handel und Molkereien mit diesen Ausnahmeregelungen also bereits Rechnung getragen. Entsprechende Ausnahmeregelungen werden zukünftig auch in anderen europäischen Ländern gelten. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Kartellrechtsvorschriften, an denen sich auch Marktinformationssysteme im

Bereich der Milchwirtschaft sowie Referenzpreismodelle für die Berechnung des Milchgeldes messen lassen müssen.

- 174 Auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene greift das Bundeskartellamt nicht die Sammlung von Marktdaten als solches, wohl aber deren Veröffentlichung an, vorausgesetzt, die Veröffentlichung der Daten stellt eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung dar.
- 175 Datensammlungen, wie sie auf der Grundlage z. B. der Marktordnungswaren - Meldeverordnung (MarktOWMeldV) durch die BLE oder auf Basis von freiwilligen Meldungen durch (Molkerei) Verbände erhoben werden, sind grundsätzlich kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Dies setzt voraus, dass die gesammelten Daten lediglich Grundlage für die allgemeine Marktbeobachtung z. B. durch Institutionen wie die AMI oder durch Verbände der Marktteilnehmer sind. Weiterhin setzt dies voraus, dass die Daten nicht als identifizierende aktuelle Marktdaten veröffentlicht oder auf anderem Wege Marktteilnehmern zugänglich gemacht werden.
- 176 Allerdings erzeugt das Sammeln derart umfangreicher Datenmengen nach Einschätzung des Bundeskartellamtes einen gewissen Druck, diese Daten auch zu veröffentlichen und nicht nur für interne Auswertungen und Analysen zu verwenden. Daher steht das Bundeskartellamt einer Ausweitung der derzeit bestehenden nationalen bzw. europäischen Meldepflichten grundsätzlich skeptisch gegenüber, selbst wenn die Veröffentlichung der Daten (gegenwärtig) nicht vorgesehen ist. Dies hat das Bundeskartellamt in seinen Stellungnahmen zu den geplanten Änderungen der Marktordnungswaren-Meldeverordnung deutlich gemacht.
- 177 In den entsprechenden Foren auf europäischer Ebene weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass Markttransparenz, die Anreize für Wettbewerb signifikant vermindert oder eine Kartellierung begünstigt, wettbewerbschädlich ist, auch wenn sie Informationsasymmetrien beseitigt.
- 178 Ebenso differenziert sind die bestehenden nationalen Marktinformationssysteme und Referenzpreismodelle zu bewerten. Nicht alle Marktinformationssysteme im Bereich der Milchwirtschaft und nicht jedes Referenzpreismodell zur Berechnung der Höhe des Milchgeldes ist per se wettbewerbswidrig. Das Bundeskartellamt setzt sich daher für eine differenzierte Bewertung von Markttransparenz ein, die die konkreten Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen zunächst auslotet und sodann hinreichend berücksichtigt. Sowohl in Bezug auf Marktinformationssysteme als auch in Bezug auf die Referenzpreismodelle ist daher zu prüfen, ob die durch einzelne Marktinformationssysteme bewirkte Markt-

transparenz im Bereich der Auszahlungspreise für Rohmilch eine Kartellstrukturen begünstigende Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Molkereien zur Folge hat.

- 179 Eine abgestimmte Verhaltensweise in Form von Marktinformationssystemen oder Referenzpreismodellen der Molkereien, durch die eine Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf den Auszahlungspreis für Rohmilch bezweckt oder bewirkt wird, ist nach deutschem und nach europäischen Kartellrecht verboten.
- 180 Kartelle über Einkaufspreise unterliegen grundsätzlich in gleicher Weise dem Kartellverbot, wie Kartelle auf Absatzmärkten. Zwar wird durch sie keine kurzfristige, unmittelbare Schädigung des Verbrauchers bewirkt. Durch das GWB wird aber funktionierender Wettbewerb auf allen Marktstufen – und nicht nur auf der letzten Marktstufe – geschützt. Dahinter steht unter anderem der Gedanke, dass sich gravierende Wettbewerbsbeschränkungen auf vorgelagerten Märkten mittel- bis langfristig auf alle folgenden Marktstufen auswirken.
- 181 Unter Berücksichtigung der unter B I 3. b) dargestellten Grundsätze ist das Bundeskartellamt der Auffassung, dass ein nicht unerheblicher Teil der gegenwärtig praktizierten Informationssysteme wegen ihrer identifizierenden, häufig wiederkehrenden Veröffentlichung aktueller Milchauszahlungspreise den Geheimwettbewerb verringern und die Intensität des Wettbewerbs im Bereich der Rohmilch verfälschen. Molkereien ist es an Hand dieser Daten und der übrigen verfügbaren Marktdaten möglich, Auszahlungspreise ihrer Wettbewerber einzuschätzen. Werden Marktinformationssysteme über den Informationsaustausch hinaus zur Grundlage von Referenzpreismodellen gemacht und diese Referenzpreismodelle flächendeckend in einer Region angewandt, können sie ebenfalls zu einer kartellrechtswidrigen Koordinierung der Auszahlungspreise der Molkereien führen.
- 182 Genossenschaftlich organisierte Molkereien sind zwar auf Grund ihres genossenschaftlichen Auftrags verpflichtet, den Erzeugern den Erlös ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit auszuzahlen. De facto hat der Vorstand jedoch bei der Festlegung der Höhe des auszahlenden Milchgelds einen Spielraum.¹¹⁰ Dies gilt insbesondere für solche Molkereien, die quasi nur noch

¹¹⁰ Darauf weisen auch Brümmer, Fahlbusch, Pfeuffer, Spiller und Helberg-Bahr in ihrem Aufsatz hin; Wirtschaftsdienst 2011/12, Seite 2.

auf der Erfassungsseite genossenschaftlich organisiert sind und ihren Vertrieb in einer anderen Rechtsform organisiert haben.¹¹¹ Für nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien gilt dies erst recht.¹¹² Die über kartellrechtlich bedenkliche Meldesysteme verfügbaren Marktinformationen verhindern, dass sich genossenschaftlich wie nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien bei der Zahlung des Milchgelds vor allem an den selbst festgestellten Marktgegebenheiten und eigenen Erwartungen zu Markttrends orientieren. Statt dessen wird eine Kartellierung des Milchgelds bezweckt bzw. bewirkt. Dies kann im Ergebnis den Vorteil kompensieren, den anerkannte Erzeugergemeinschaften durch die Möglichkeit der gemeinsamen Preisverhandlung gegenüber den Molkereien vom Gesetzgeber zur Stärkung der eigenen Marktposition zugestanden bekommen haben.

183 Die Verbände der Molkereien haben erklärt, Marktinformationssysteme und Referenzpreismodelle seien insbesondere auf Wunsch der Erzeuger eingeführt worden. Dies mag für die Vergangenheit durchaus zutreffen. Mittlerweile diskutieren jedoch auch die betroffenen Erzeuger die Vor- und Nachteile der Marktinformationssysteme und der Referenzpreismodelle kontrovers. Nach den Ergebnissen der Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch ist die Zustimmung der Erzeuger zu Marktinformationssystemen und Referenzpreismodellen heute nicht mehr so einheitlich, wie dies in den Stellungnahmen in der Fachpresse suggeriert wird. Gerade die Stellungnahmen zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch, im Rahmen der Anhörung zur Sektoruntersuchung Milch sowie die Stellungnahmen von Erzeugervereinigungen zum Fallbericht¹¹³ haben gezeigt, dass insbesondere die Berechnung des Milchgelds auf der Grundlage von Referenzpreismodellen sogar überwiegend kritisch beurteilt und Markttransparenz nicht als ein Wert an sich eingestuft wird.

184 Ein Unterbinden von Marktinformationssystemen, die auf aktuellen betriebsbezogenen Daten beruhen, stärkt die Stellung anerkannter Erzeugergemeinschaften, die über ihre Verhandlungen mit unterschiedlichen Molkereien auf rechtlich zulässigem Weg ein aktuelles Marktbild erhalten, während den Molkereien vergleichbare Möglichkeiten nicht zur Ver-

¹¹¹ Dem Bundeskartellamt liegen Unterlagen vor, nach denen es bei einer Molkerei, die ihren Vertrieb in eine AG ausgelagert hat, bei der Vertriebs AG eine Kapitalerhöhung von mehreren Mio. € gegeben hat, die alleine von der eG gezeichnet wurde, ohne dass es einen entsprechenden Beschluss der Mitgliederversammlung der „dazugehörigen“ Genossenschaft gegeben hätte. Dies verdeutlicht, dass auch bei genossenschaftlich organisierten Molkereien nicht notwendig der erzielte Gewinn komplett an die Mitglieder ausgezahlt oder nur mit deren Zustimmung anderweitig verwendet wird.

¹¹² Brümmer, Fahlbusch, Pfeuffer, Spiller und Helberg-Bahr. aaO, S. 3.

¹¹³ B 2 - 118/10: Standard für kartellrechtskonforme Gestaltung von Marktinformationssystemen im Bereich der Beschaffung von Rohmilch.

fügung stehen. Zwar mag es auch für Molkereien (z. B. über Gespräche mit Erzeugern oder Milchtankfahrern) Möglichkeiten geben, sich Marktinformationen zu verschaffen. Molkereien haben zudem die Möglichkeit, Liefermengen auszuschreiben oder sich durch Anfragen zur Belieferung ein Bild vom aktuellen Marktpreis zu machen. Auf institutionalisiertem Weg und mit einem vergleichbaren Grad an Datengenauigkeit und Belastbarkeit sollte dies jedoch nicht mehr möglich sein.

- 185 Es ist nicht das Ziel des Bundeskartellamtes, sämtliche Marktinformationssysteme zu verbieten. Die Veröffentlichung von Milchauszahlungspreisen, die hinreichend aggregiert sind oder von Milchauszahlungspreisen, die nach gegenwärtiger, noch zu überprüfender Einschätzung des Bundeskartellamtes historisch, also älter als sechs Monate sind, bleibt nach wie vor zulässig. Andere Marktinformationssysteme können nach Prüfung des konkreten Einzelfalls untersagt werden. Referenzpreismodelle, die nicht nachweislich auf einer Verhaltenskoordinierung in Form eines Sternvertrags zwischen regional im Wettbewerb stehenden Molkereien und Erzeugergemeinschaften, die mit mehreren Molkereien verhandeln, beruhen, sind ebenfalls kartellrechtlich zulässig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie auf einer Datengrundlage beruhen, die ihrerseits kartellrechtskonform ist.
- 186 Derartig kartellrechtlich unbedenkliche Informationssysteme gibt es in Bezug auf den Auszahlungspreis für Rohmilch (z. B. von der AMI) und in Bezug auf einzelne Verwertungsrichtungen der Milch (z. B. den Kieler Rohstoffwert) sowie weitere relevante Marktdaten (z. B. von der ZMB). Damit stehen den Erzeugern eine ganze Reihe von Informationen zur Verfügung, die ihnen für wichtige wirtschaftliche Entscheidungen eine geeignete Hilfestellung bieten:
- 187 Die von Bundeskartellamt als kartellrechtskonform eingestuften Marktinformationssysteme liefern den Erzeugern unternehmensstrategisch wichtige Informationen über die Auszahlungspraxis der Molkereien. Unterschiede in der generellen Auszahlungspolitik einer Molkerei werden in einem nachträglichen Jahresvergleich zuverlässiger erkennbar, als bei Veröffentlichung monatlicher Einzelwerte. Für die Zwecke der Erzeuger ist dies ein kartellrechtlich milderes Mittel als die Information über aktuelle Preise. Denn für die Entscheidung, ob die strategische Ausrichtung einer Molkerei besser oder schlechter ist, benötigt der Erzeuger nicht monatliche Zahlungsergebnisse, sondern Kenntnis über längerfristige Entwicklungen. Die bekommt er aber beispielsweise auch auf der Grundlage des mit der AMI abgestimmten Modells. Zum anderen liefern Marktinformationen wie der „Kieler Rohstoffwert“ aktuelle Daten zur Preisentwicklung, die näherungsweise eine Einschätzung der Preisentwicklungen ermöglichen und den Erzeugern Hilfestellung bei der Diskussion über die Höhe der Auszahlungspreise der eigenen Molkerei bieten. Detaillierte, betriebsbezogene

Informationen stehen nach Kenntnis des Bundeskartellamts in anderen Agrarbereichen nicht zur Verfügung. Der durch die Einsicht in aktuelle Auszahlungspreise anderer Molkereien zu erzielende Zusatzwert rechtfertigt jedenfalls nicht die zugleich damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung.

- 188 Obwohl die Verbände der Molkereien anfänglich erklärt haben, ihre Mitglieder hätten kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Marktinformationssysteme und der Referenzpreismodelle, sehen sich mittlerweile weniger die Erzeuger als vielmehr die nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien durch die mögliche Untersagung von Referenzpreismodellen gegenüber den Erzeugern benachteiligt. Sie begründen dies damit, dass die Erzeuger auf der Grundlage von Artikel 11 Marktstrukturgesetz Milchmengen bündeln und mit mehreren Molkereien verhandeln können und so über Informationen verfügen, die den nicht genossenschaftlichen Molkereien legal dann nicht mehr zur Verfügung stünden. Vor dem Hintergrund der möglicherweise verstärkten Bündelungsmöglichkeiten auf der Grundlage des Europäischen Milchpakets (s. unter C I 1 b) befürchten sie gravierende Nachteile.
- 189 Diese Besserstellung der Erzeuger ist jedoch vom Gesetzgeber so gewollt worden und rechtfertigt keinesfalls die Bildung eines „Gegenkartells“ auf Molkereiebene. Eine derartige Befugnis würde vielmehr die vom Gesetzgeber beabsichtigte Stärkung der Stellung der Erzeuger gefährden, da diese zwar gebündelt Preisverhandlungen führen könnten, jedoch lediglich „Einheitspreise“ erhalten würden.
- 190 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Verfolgung von Verstößen gegen § 1 GWB ein Aufgreifermessen. Im Rahmen seines Aufgreifermessens berücksichtigt das Bundeskartellamt, dass eine Kartellierung der Beschaffungskosten eine Kernbeschränkung des § 1 GWB darstellt und es sich bei den Beschaffungskosten für Rohmilch um einen für die Molkereien wesentlichen Wettbewerbsparameter handelt. Die Beschaffung der Rohmilch macht durchschnittlich mehr als 55 % aller einer Molkerei entstehenden Kosten aus.¹¹⁴ Darüber hinaus berücksichtigt das Bundeskartellamt, dass gegenwärtig eine Marktphase besteht, in der wichtige Weichen für die zukünftige Gestaltung der Milchmärkte gesetzt werden. Zum einen erfolgt auf europäischer Ebene eine Öffnung der Märkte durch Beseitigung des Quotensystems. Zum anderen soll durch entsprechende europarechtliche Vorschriften die Stellung der Erzeuger gestärkt werden. Dadurch kann es zu einem Aufbrechen der bisher sehr statischen Angebots- und Nachfragebedingungen auf regionalen Rohmilchmärkten kommen. Diese Tendenz wird durch die Volatilität der Milchmärkte verstärkt, die

¹¹⁴ Bei den befragten genossenschaftlich organisierten Molkereien liegt der Durchschnitt bei über 60 %, bei den nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien bei über 52 %.

zunehmend Weltmarkteinflüssen unterliegen, weil deutsche Molkereien sich verstärkt im Ausland engagieren und ausländische Molkereien zunehmend auf dem deutschen Markt Fuß fassen. Gerade in einer solchen Marktphase ist es die Aufgabe des Bundeskartellamtes, zu verhindern, dass die Wettbewerbsprozesse durch kartellrechtswidrige Praktiken von Marktteilnehmern gestört werden.

- 191 Neben der Ermessensentscheidung ob ein bestimmtes Verhalten kartellrechtlich geprüft wird, hat das Bundeskartellamt ein Ermessen bei der Wahl des kartellrechtlichen Mittels für seine Tätigkeit. Dabei wird das Bundeskartellamt berücksichtigen, dass die kartellrechtliche Selbsteinschätzung für die Marktteilnehmer schwierig ist und es sich um Praktiken handelt, die ohne Beanstandung durch Kartellämter über viele Jahre – wenn auch unter anderen Marktbedingungen – praktiziert worden sind (siehe auch unter bb).
- 192 Soweit dies im Rahmen der sonstigen Tätigkeit möglich ist, gibt das Bundeskartellamt zudem im Rahmen von konkreten Anfragen in Einzelfällen kartellrechtliche Hilfestellung bei der wettbewerbsrechtlichen Einordnung.

bb) Weiteres Vorgehen

- 193 Das Bundeskartellamt und - je nach Fallkonstellation - die Landeskartellbehörden haben verschiedene rechtliche Möglichkeiten, um auf identifizierte Wettbewerbshindernisse zu reagieren. So können unzulässige marktabschottende Vereinbarungen z. B. gemäß § 32 GWB festgestellt und die Unternehmen zu Abstellungsmaßnahmen verpflichtet werden oder sie können auf der Grundlage von § 1 GWB verboten werden. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht könnten grundsätzlich auch im Wege von Ordnungswidrigkeitenverfahren verfolgt und mit Geldbußen geahndet werden.
- 194 Da sowohl die Veröffentlichung von identifizierenden aktuellen Auszahlungspreisen als auch die Referenzpreissysteme schon seit längerer Zeit im Markt üblich sind und zudem die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes in hohem Maße von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig ist, wird das Bundeskartellamt vorerst keine Bußgeldverfahren einleiten, um gegebenenfalls kartellrechtswidrige Systeme zu sanktionieren.
- 195 Das Bundeskartellamt befindet sich vielmehr derzeit in einem Dialog mit den Betroffenen, um alle relevanten Umstände für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ausreichend berücksichtigen zu können.
- 196 Sollte das Bundeskartellamt auf dieser Ermittlungsgrundlage Informationssysteme oder Referenzpreismodelle im Bereich des Milchgelds identifizieren, die auf der Grundlage der

oben dargestellten allgemeinen Beurteilungsgrundsätze und nach Prüfung des Einzelfalls kartellrechtswidrig sind, wird das Bundeskartellamt kurzfristig Gespräche mit den Trägern dieser Systeme aufnehmen.

- 197 Soweit es im Rahmen der Gespräche nicht gelingt, einvernehmlich eine kartellrechtskonforme Lösung zu finden, wird das Bundeskartellamt in einem förmlichen Verwaltungsverfahren eine Entscheidung treffen. Im Rahmen dieses Verfahrens hätten alle Betroffenen rechtliches Gehör vor Erlass einer abschließenden Entscheidung. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes wäre dann auch gerichtlich überprüfbar.
- 198 Das Bundeskartellamt ist zudem in einem intensiven Dialog mit dem BMELV und der Europäischen Kommission, um die kartellrechtliche Relevanz der bestehenden Markttransparenz in der Milchwirtschaft in Deutschland und Europa zu diskutieren und - soweit möglich - in Richtung eines Abbaus dieser hohen Markttransparenz zu wirken.

4. Milchgeld

- 199 Vereinfacht dargestellt liefert in genossenschaftlich organisierten Molkereien das Mitglied seine Rohmilch zunächst ab. Nachdem die Molkerei die Rohmilch verarbeitet und die weiterverarbeiteten Molkereiprodukte abgesetzt hat, erhält der Erzeuger (regelmäßig im Folgemonat) das Milchgeld für die bereits abgelieferte Milch in Form einer Abschlagzahlung. Die Höhe des Milchgeldes wird durch den Vorstand der Molkerei bestimmt und berechnet sich im Grundsatz nach den Erlösen der Molkerei. Von diesem Erlös werden sämtliche Produktions- und Betriebsführungskosten abgezogen und gegebenenfalls Rücklagen gebildet; der Rest wird an die Mitglieder ausgezahlt. Teilweise orientieren sich genossenschaftliche Molkereien zugleich an einem Referenzpreissystem, bei dem sich der vorläufige Auszahlungspreis zum Beispiel nach dem durchschnittlichen Auszahlungspreis umliegender Molkereien richtet.
- 200 Bei nicht genossenschaftlichen Molkereien erhält der Erzeuger sein Milchgeld in der Regel ebenfalls erst einen Monat nach Ablieferung der Rohmilch. Dies liegt daran, dass eine erhebliche Anzahl von nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien zur Berechnung der Auszahlungspreise ein Referenzpreissystem verwendet, bei dem der Auszahlungspreis anderer Molkereien zur Grundlage für die Berechnung des eigenen Auszahlungspreis gemacht wird.
- 201 Die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes ist im Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung unter zwei Aspekten untersucht worden: Zum einen beschäftigt sich der

Zwischenbericht mit der Art und Weise, in der die Höhe des Milchgeldes ermittelt wird,¹¹⁵ zum anderen hatte das Bundeskartellamt verschiedene Initiativen zur branchenweiten Anhebung des Milchauszahlungspreises kartellrechtlich beleuchtet.¹¹⁶

- 202 Der Endbericht greift lediglich den ersten Aspekt auf, um auch insoweit eine kartellrechtliche Einordnung vorzunehmen. Die verschiedenen einzelstaatlichen Initiativen, wie z. B. staatlich moderierte Branchenvereinbarungen über Mindestmilchpreise,¹¹⁷ die im Zwischenbericht untersucht wurden, sind in den betroffenen Ländern nach Kenntnis des Bundeskartellamtes nicht weiterverfolgt worden.¹¹⁸ Dies mag auch daran liegen, dass die Höhe des Milchgeldes in der jüngeren Vergangenheit gegenüber dem Jahre 2009 deutlich gestiegen ist.¹¹⁹ Gesetzgeberische Initiativen zur Stärkung der Verhandlungsmacht der Erzeuger auf nationaler und europäischer Ebene werden im Endbericht an anderer Stelle behandelt.¹²⁰
- 203 In der Stellungnahme zu dem Zwischenbericht haben verschiedene Verbände und Unternehmen darauf hingewiesen, dass weniger die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes (top down oder bottom up) die Höhe bestimme; vielmehr sei die jeweilige (Welt-) Marktlage ausschlaggebend für die Höhe.¹²¹
- 204 Der DRV hat in seiner Stellungnahme deutlich gemacht, dass die Art und Weise der Berechnung des Milchgeldes letztlich Ausdruck der Risikoverteilung zwischen Molkereien und Erzeuger sei und dass sich insoweit die Praxis von genossenschaftlich organisierten Molkereien

¹¹⁵ Seite 39, 54 ff.

¹¹⁶ Seite 64 -73.

¹¹⁷ Das sogenannte Französische und Spanische Modell, dazu im einzelnen Seite 65 ff des Zwischenberichts zur Sektoruntersuchung Milch.

¹¹⁸ Jedenfalls sind keine aktiven Schritte zu deren Erreichung unternommen worden, wenn auch die Ziele teilweise weiterverfolgt werden. So findet sich z. B. die Forderung nach einem Basismilchpreis weiterhin auf der Homepage von BDM und EMB. Die Ausführungen im Zwischenbericht zu den diversen Initiativen bedürfen aus Sicht des Bundeskartellamtes keiner Änderung oder Aktualisierung.

¹¹⁹ Im November 2011 lag das Milchgeld zwischen 35 Cent und 38 Cent und damit deutlich über dem Milchgeld im Jahre 2009, das teilweise unter 20 Cent gesunken war. Im kumulierten Mittel der Monate Januar bis November 2011 lag der Auszahlungspreis der Molkereien in Deutschland für Milch mit 4 % Fett und 3,4 % Eiweiß bei 34,3 ct./kg, vgl. agrarzeitung vom 23. Dezember 2011, Seite 9.

¹²⁰ Teil C.

¹²¹ Stellungnahme Bayern MeG zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 4; Stellungnahme BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02.2010, Seite 4; BDM young, Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02.2010, Seite 6, DBV, Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23.02.2010, Seite 3; Aldi Stellungnahme vom 24.03.2010 zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch, Seite 1; EDEKA Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 01.03.2010, Seite 3.

von derjenigen der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien nicht wesentlich unterscheidet.¹²²

- 205 Zudem weist der DRV für die genossenschaftlich organisierten Molkereien darauf hin, dass die Preisfestsetzung in einer genossenschaftlich organisierten Molkerei die originäre und eigenverantwortliche Aufgabe der Geschäftsleitung sei, da dies zu den Kernaufgaben der Befugnisse des Vorstandes gehöre.¹²³ Aus diesem Grund hält der DRV eine Änderung des Mechanismus der Milchgeldzahlung für rechtlich nicht möglich. Der DRV weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine von der Generalversammlung der Allgäuer Bergbauern-Milch Sonthofen-Schönau eG beschlossene Satzungsänderung, die diese Preissetzungskompetenz des Vorstands durch eine satzungsmäßige Preisfestlegung ersetzen wollte, wegen Verstoßes gegen das Genossenschaftsgesetz nicht vom zuständigen Amtsgericht eingetragen worden sei.¹²⁴
- 206 Zutreffend weist der DRV in seiner Stellungnahme zudem darauf hin, dass in Bezug auf den Zeitpunkt der Zahlung des Milchgeldes zwischen genossenschaftlich organisierten Molkereien und nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien kein wesentlicher Unterschied bestehe. Während die genossenschaftlich organisierten Molkereien die Höhe des Milchgeldes erst rückwirkend festlegten, weil die Höhe des Milchgeldes durch die Erlöse und Kosten der Molkerei bestimmt werde, werde die Höhe der Milchgeldzahlung von nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien rückwirkend festgelegt, weil sich deren Zahlung nach dem Vortrag des DRV in der Mehrzahl an Vergleichspreismodellen orientierten, bei denen die erforderlichen Daten anderer Molkereien ebenfalls erst nach Ablieferung der Rohmilch durch die Erzeuger vorliegen.
- 207 Eine Preisverhandlung „bottom up“ hält die AMI in ihrer Stellungnahme aus praktischen Gründen für schwierig, da das gesamte Sortiment der Molkereien nicht zu einem einheitlichen Zeitpunkt verhandelt werde und es aus Sicht der Molkerei daher schwierig sei, ein geschlossenes Preiskonzept als Verhandlungsbasis für die Rohmilchanlieferung zu entwickeln. Ergänzend weist der DBV darauf hin, dass auch die Produktionskosten der Erzeuger

¹²² Stellungnahme DRV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25.02.2010, Seite 7, 15.

¹²³ Der DRV verweist in diesem Zusammenhang auf die Regelung des § 27 GenG, wonach der Vorstand die Genossenschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat (§ 27 Absatz 1 Satz 1 GenG), Schreiben vom 07.07.2011, Seite 3/4. Deswegen wehrt sich der DRV auch gegen die Bestrebungen der EU Kommission, die Vertragsbeziehungen zwischen Molkereien und Erzeugern so umzugestalten, dass Erzeugerorganisationen als zusätzliche Stufe zwischen Erzeuger und (genossenschaftliche) Molkereien geschaltet werden, um u.a. den Preis für die abgelieferte Rohmilch zu verhandeln, LZ net vom 29.11.2011.

¹²⁴ Stellungnahme des DRV vom 7. Juli 2011, Seite 4.

sehr unterschiedlich seien, so dass jeder Erzeuger einen anderen Preis für seine Rohmilch im Rahmen von Einzelverträgen verhandeln müsse. Dies sei zwar auf der Grundlage des Genossenschaftsrechts möglich, allerdings nicht praktikabel.

- 208 Eine Reihe von Verbänden und Erzeugerorganisationen haben zudem die Ansicht vertreten, dass sich der bisherige Preisfindungsmechanismus (top down) wettbewerbsdämpfend auswirke¹²⁵ und eine an der Wertschöpfung der Molkerei orientierte Preissetzung neben der Wettbewerbssituation der Erzeuger auch die Wettbewerbsfähigkeit der Molkereien gegenüber dem LEH stärken würde.¹²⁶
- 209 Die Ermittlungen im Rahmen der Frage, ob und in welchem Umfang Kostensteigerungen in den Jahren 2006 bis 2011 gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel geltend gemacht wurden, haben gezeigt, dass einige genossenschaftlich organisierte Molkereien bei ihren Preisverhandlungen mit dem Handel die Kostenstruktur und die Kostenentwicklung der Erzeuger nach eigenen Angaben nicht berücksichtigen. Dies verdeutlicht das Problem der Preisfindung in genossenschaftlichen Molkereien, die bei der erlös-basierten Milchgeldberechnung wie ein integriertes Unternehmen auftreten, andererseits aber - anders als integrierte Unternehmen dies tun würden - die Kostenstrukturen der Erzeuger bei ihren absatzseitigen Verhandlungen nicht berücksichtigen.¹²⁷
- 210 Die kartellrechtliche Bewertung des Preisfindungsmechanismus zwischen Erzeugern und nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Bewertung von Marktinformationssystemen und Referenzpreismodellen vorgenommen (s. oben unter B I 3.).

¹²⁵ AMI, Stellungnahme BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02.2010, Seite 2; Stellungnahme Bayern MeG vom 23.02.2010, Seite 3 sowie Stellungnahme zu den Ergebnissen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 31.05.2010, Seite 1, Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02.2010, Seite 3.

¹²⁶ Stellungnahme BBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 26.02.2010, Seite 2; Stellungnahme BDM young zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 15.02.2010, Seite 3.

¹²⁷ Davon unabhängig ist die Frage, ob die Molkereien Kostensteigerungen bei Erzeugern in ihren Verhandlungen tatsächlich immer weitergeben könnten. Dies ist weder ihnen noch einem vertikal integrierten Unternehmen unabhängig von der Marktlage möglich. Aufschlussreich ist jedoch die Tatsache, dass befragte Molkereien erklärt haben, solche Kostensteigerungen seien ihnen nicht entstanden und sie müssten sie nicht an den Handel weitergeben, da sie ohnehin nur unter Berücksichtigung der eigenen Kosten und Erlöse an ihre Mitglieder auskehrten.

5. Freistellungsgrenzen

a) Grenzen der kartellrechtlichen Freistellung

211 Genossenschaftlich organisierte Erzeuger und in anerkannten Erzeugergemeinschaften organisierte Erzeuger sind in bestimmten Grenzen vom generellen Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt. Für genossenschaftliche Erzeuger ergibt sich diese Freistellung aus § 28 GWB, für anerkannte Erzeugergemeinschaften aus § 11 Marktstrukturgesetz. In beiden Fällen hat der Gesetzgeber jedoch keine unbegrenzte Freistellung statuiert.

aa) Ausnahmehereich § 28 GWB

212 Neben den allgemeinen Ausnahmetatbeständen (§ 2 und § 3 GWB) vom Kartellverbot des § 1 GWB hat der Gesetzgeber in § 28 GWB einen eigenen Freistellungstatbestand für den Bereich der Landwirtschaft geschaffen, um eine Marktstabilisierung für landwirtschaftliche Produkte durch Selbsthilfemaßnahmen der landwirtschaftlichen Erzeugerbetriebe zu ermöglichen.

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

214 Die Freistellung von § 1 GWB können alle landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe für sich in Anspruch nehmen. Die Freistellung gilt im Milchsektor sowohl für Liefergenossenschaften als auch für genossenschaftlich organisierte Molkereien. Nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien sind nicht privilegiert, da es sich nicht um Erzeugerbetriebe, sondern um Gewerbebetriebe handelt.¹²⁸

215 Das Bundeskartellamt hat erhebliche Zweifel an der Freistellungsmöglichkeit nach § 28 GWB, wenn der genossenschaftlich organisierten Molkerei in erheblichem Maße nicht genossenschaftlich organisierte Unternehmen oder natürliche Personen angehören. In einer sehr weit zurückliegenden Entscheidung hatte das Bundeskartellamt zwar eine Ausnahme für Vorstandsmitglieder einer Molkerei, die ihrerseits keine aktiven Erzeuger mehr sind,

¹²⁸ BGH WuW/E BGH 1977-1979.

anerkannt.¹²⁹ Ob diese Sicht heute noch als zutreffend betrachtet würde und ob dann zugleich eine Konstellation erfasst wäre, bei der ein nicht unerheblicher Teil als inaktive Mitglieder weiter der genossenschaftlich organisierten Molkerei angehört, hält das Bundeskartellamt für zweifelhaft.¹³⁰ Diese Frage kann - vorbehaltlich einer Entscheidung in einem konkreten Einzelfall - jedoch vorerst offen bleiben.

- 216 Nach den Ermittlungen¹³¹ ist das Ausmaß, in dem Mitglieder in genossenschaftlichen Molkereien nicht (mehr) aktiv Milchwirtschaft betreiben, bemerkenswert hoch. Im Jahre 2010 waren im Durchschnitt 15 % der Mitglieder einer Genossenschaft nicht mehr aktiv tätig.¹³²
- 217 Genossenschaftliche Molkereien können im Innenverhältnis von der Freistellung des § 28 GWB profitieren (z. B. für Beschlüsse über die Andienungspflicht). Die Freistellung gilt jedoch nicht für zugekaufte Ware, sondern nur für Mitgliedserzeugnisse. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist dabei die Frage ungeklärt, ob bereits die Erfassung von Rohmilch durch Erzeuger, die nicht Mitglied der Genossenschaft sind, oder der Zukauf von Rohmilch oder Zwischenprodukten durch andere Molkereien dazu führt, dass die Freistellung von § 1 GWB entfällt.¹³³ Bisher bestand jedoch kein Anlass für eine genauere kartellrechtliche Prüfung der Freistellungsgrenzen nach § 28 GWB.
- 218 Der DRV hatte in seiner Stellungnahme zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch erklärt, der Zukauf von Milch sei Genossenschaften grundsätzlich möglich, hatte jedoch darauf hingewiesen, dass dies in den Fällen, in denen eine Molkerei Steuerbefreiung¹³⁴ in Anspruch nehmen könne, nur in engen Grenzen möglich sei.¹³⁵ Im Rahmen der zweiten Marktbefragung hat das Bundeskartellamt die Molkereien nach der Höhe der von ihnen im

¹²⁹ Tätigkeitsbericht 1960, Seite 34, Bundestagsdrucksache 2734 - allerdings ohne Begründung.

¹³⁰ Schweizer in Immenga/Mestmäcker hält eine enge Interpretation der Ausnahmegesetzvorschrift unter Verweis auf Wortlaut und Gesetzeszweck für richtig, Rd. Nr. 23 zu § 28 GWB, ebenso Dr. P. Groteloh in Agrar- und Umweltrecht, Heft 5 (Mai 2010), Seite 131.

¹³¹ Sowohl die Arbeitsgemeinschaft norddeutscher Milcherzeuger („Heloten“) als auch das MEG Milchboard haben auf diese Problematik aufmerksam gemacht, Stellungnahme MEG Milchboard im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 12. Mai 2010; Stellungnahme der Heloten vom 23.3. 2010, Seite 4 ff.

¹³² In einigen genossenschaftlichen Molkereien ist derzeit sogar mehr als ein Drittel der Mitglieder nicht mehr aktiv.

¹³³ In ihrer Stellungnahme zum Zwischenbericht vertritt Arbeitsgemeinschaft norddeutscher Milcherzeuger („Heloten“) diesen Standpunkt, Seite 3 der Stellungnahme vom 24. März 2011 und Seite 10 ff der Stellungnahme vom 25. November 2010.

¹³⁴ Steuerbefreiung nach § 5 Nr. 14 KStG.

¹³⁵ DRV Stellungnahme zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25. Februar 2010, Seite 6.

Jahre 2010 zugekauften Rohmilchmenge (gemessen an der von ihnen in diesem Jahr verarbeiteten Rohmilchmenge) gefragt.

- 219 Nicht nur die Anzahl der nicht mehr aktiv Milchwirtschaft betreibenden Mitglieder von Molkereigenossenschaften, sondern auch das Ausmaß der von genossenschaftlichen Molkereien zugekauften Rohmilch ist bemerkenswert hoch. Der von Nichtmitgliedern zugekaufte Anteil an Rohmilch bewegt sich nach den Ermittlungsergebnissen des Bundeskartellamtes im Jahre 2010 bei durchschnittlich 13 % gemessen an der insgesamt im Jahr verarbeiteten Rohmilchmenge. Insoweit dürfte die Freistellung des § 28 GWB daher keine Anwendung finden. Welche Folgerungen für die Freistellung nach § 28 GWB auf einzelne genossenschaftliche Molkereien als solche zu ziehen sind, kann nur anhand des Einzelfalls beurteilt werden.
- 220 Das nach § 28 GWB eine Freistellung ausschließende Verbot von Preisbindungen bezieht sich auf horizontale Preisabsprachen. Dies folgt systematisch aus der Regelung des § 28 Abs. 2 GWB, der eine Sonderregelung für vertikale Preisabsprachen beinhaltet.
- 221 Durch die nach § 28 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellte Vereinbarung darf der Wettbewerb zudem nicht ausgeschlossen werden. Wann diese Grenze erreicht ist, kann nicht abstrakt, sondern nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Das Kammergericht Berlin hat zwar in einer älteren Entscheidung die Auffassung vertreten, die Grenze liege oberhalb derer für die Annahme von Marktbeherrschung in § 19 Absatz 3 GWB,¹³⁶ das Bundeskartellamt behält sich allerdings vor, die Frage des Wettbewerbsausschlusses unter Bezug auf den kartellrechtlichen Marktbeherrschungsbegriff des § 19 GWB zu prüfen. Ob der Wettbewerb „ausgeschlossen“ wird, ist auf Grund einer Analyse der betroffenen Marktverhältnisse zu beurteilen.

bb) Ausnahmehereich § 11 Marktstrukturgesetz

- 222 Um ein bestehendes Machtungleichgewicht zu kompensieren, hat der deutsche Gesetzgeber für die Erzeuger rechtliche Möglichkeiten geschaffen, sich zu organisieren und untereinander zu kooperieren. Voraussetzung für die Anerkennung ist, dass die Erzeugergemeinschaft den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließt (§ 3 Absatz 1 Ziffer 8 und § 3 Absatz 4

¹³⁶ KG WuW/E DE-R 816-824. Im Schrifttum wird vertreten, unterhalb von 40 % Marktanteil werde der Wettbewerb in keinem Fall ausgeschlossen (Brück in Münchener Kommentar Bd. 2, § 28 Rd. 32). Die estnische Wettbewerbsbehörde hat einen Zusammenschluss auf Erzeugerebene unter der Bedingung genehmigt, dass der gemeinsame Marktanteil der Erzeuger 40 % nicht überschreitet („Synopsis of Member States contributions on the Milk Supply Chain“ der Europäischen Kommission).

MarktStrG). Insoweit gibt es auch für anerkannte Erzeugergemeinschaften eine kartellrechtlich kritische Grenze für die Bündelung von Rohmilch.

- 223 Im Ergebnis sind die wettbewerbsrechtlich zulässigen Kooperationsmöglichkeiten auf der Erzeugerstufe höher als auf anderen Marktstufen. Insbesondere Preisbindungen sind zulässig. Erzeugergemeinschaften können damit im Innenverhältnis zu ihren Mitgliedern ebenso die Preise festsetzen wie im Außenverhältnis zu ihren Abnehmern. Mehrere Erzeugergemeinschaften dürfen dagegen gegenseitig keine Preisabsprachen treffen. Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften dürfen vielmehr lediglich beratend tätig werden (§ 11 Absatz 2 MarktStrG). Dies wird sich ändern, sobald die Vorgaben des europäischen Milchpakets national umgesetzt worden sind. Danach können auch Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften Preisverhandlungen führen.
- 224 Voraussetzung für die Anerkennung ist, dass die Erzeugergemeinschaft den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschließt (§ 3 Absatz 1 Ziffer 8 und § 3 Absatz 4 MarktStrG). Auch für anerkannte Erzeugergemeinschaften gibt es damit eine kartellrechtlich kritische Grenze für die Bündelung von Rohmilch. Wann diese Grenze überschritten ist, hängt von den regionalen Marktverhältnissen ab.
- 225 Die Genehmigung von Milcherzeugergemeinschaften erfolgt durch die jeweils örtlich zuständigen Landesbehörden. Das Bundeskartellamt hat hier keine Zuständigkeit und ist in den Anerkennungsprozess weder formell noch informell eingebunden. Allerdings behält sich das Bundeskartellamt die kartellrechtliche Überprüfung der Aktivitäten auch anerkannter Erzeugergemeinschaften vor, sofern und soweit diese auf einem regionalen Markt eine erhebliche Menge der zur Verfügung stehenden Rohmilch gebündelt haben. Soweit die zuständige Landesbehörde die Anerkennung beispielsweise in den Fällen, in denen Wettbewerb auf dem Markt des Vertriebs von Rohmilch ausgeschlossen wird, nicht widerruft, kann das Bundeskartellamt europäisches Recht anwenden, soweit die dort vorgeschriebenen Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sind. Zudem spricht nach Auffassung des Bundeskartellamtes einiges dafür, dass auch das GWB anwendbar wäre, wenn die Privilegierungsvoraussetzungen für Erzeugerorganisationen nicht (mehr) vorliegen.
- 226 Im Rahmen des sogenannten „Milchpakets“ soll auf europäischer Ebene ein dem § 11 MarktStrG vergleichbarer Ausnahmetatbestand vom Kartellverbot für Erzeugervereinigungen geschaffen werden.¹³⁷ Die europäische Ausnahme vom Kartellverbot des Artikel 101 AEUV ist auf die Fälle anwendbar, in denen die Tätigkeit einer Erzeugergemeinschaft

¹³⁷ Vgl. Teil C des Endberichts.

geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Einschränkung innerhalb des gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt. Der deutsche Gesetzgeber wird vermutlich die Regelung des europäischen Milchpakets zum Anlass nehmen, das Marktstrukturgesetz zu reformieren und zumindest einige Teile des Milchpakets in das deutsche Gesetz zu übernehmen. Insoweit wären die Regelungen des Milchpakets dann auch ohne zwischenstaatlichen Bezug anwendbar.

b) Kartellverbot

- 227 Zusätzlich zu den in Teil B I 5 a dargestellten branchenspezifischen Ausnahmeregelungen vom allgemeinen Kartellverbot des § 1 GWB/Artikel 101 AEUV gibt es die allgemeinen Ausnahmen vom Kartellverbot in § 3 GWB (Mittelstandskartelle) und § 2 GWB (freigestellte Vereinbarungen), die jedes Unternehmen für sich in Anspruch nehmen kann, das die dort genannten Freistellungsvoraussetzungen erfüllt. Soweit weder die branchenspezifischen noch die allgemeinen Ausnahmeregelungen vorliegen, gilt das Kartellverbot des § 1 GWB bzw. - soweit das Verhalten geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigt - das Verbot des Artikel 101 Absatz 1 AEUV.
- 228 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen seiner Ermittlungen zur Sektoruntersuchung Milch mehrere Beschwerden von Erzeugern erhalten. Nach deren Vortrag finden sie keine Molkerei, die ihre Rohmilch abnimmt, nachdem sie das bestehende Lieferverhältnis zu ihrer bisherigen Molkerei gekündigt haben. Die Nichtabnahme der Rohmilch beruht nach dem Vortrag der Beschwerdeführer angesichts der Marktlage nicht auf einem Desinteresse anderer Molkereien an der Rohmilch. Sie sei vielmehr Folge einer Verständigung der Molkereien darüber, wechselwillige Erzeuger nicht aufzunehmen. Dieses Verhalten sei sowohl bei genossenschaftlich organisierten als auch bei nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien zu beobachten.
- 229 Sollte sich dieser Vortrag von Milcherzeugern tatsächlich belegen lassen, würde es sich - je nach Größe und Lage der beteiligten Molkereien – entweder um einen Verstoß gegen § 1 GWB oder gegen Artikel 101 AEUV handeln.
- 230 Allerdings liegen dem Bundeskartellamt zwar einzelne Indizien, jedoch keine belastbaren Anhaltspunkte für ein nicht wettbewerbskonformes Verhalten der Molkereien vor.
- 231 Um ein entsprechendes Verfahren wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot des § 1 GWB oder gegen Art. 101 AEUV einleiten zu können, reichen diese Indizien oder gar nur pauschale Beschwerden (ohne Nennung der beteiligten Molkereien und der konkreten Umstände, aus denen sich Anhaltspunkte für eine Absprache ergeben) nicht aus. Selbstverständlich kann

das Bundeskartellamt keine Verbots- oder Bußgeldverfahren gegen Molkereien führen, wenn der Vorwurf lediglich auf Rückschlüssen zu allgemeinen Marktgegebenheiten beruht. So reicht z. B. der Umstand, dass es wenig Wechsel von Erzeugern auch zwischen räumlich unmittelbar benachbarten Molkereien gibt, für sich genommen noch nicht aus, um ein Verbots- oder Bußgeldverfahren erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

- 232 Dementsprechend hat z. B. der DRV im Rahmen seiner Stellungnahme zum Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch eine (wettbewerbsrechtlich neutrale) Erklärung für die sehr geringen Wechselbewegungen zwischen genossenschaftlich organisierten Molkereien gegeben. Danach würden Erzeuger, die Mitglied in einer Genossenschaft waren, mit dem Wechsel gerade diese gesellschaftsrechtliche Einbindung aufgeben wollen und daher zu nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien wechseln, nicht aber zu einer anderen Molkereigenossenschaft.¹³⁸
- 233 Das Bundeskartellamt muss eine dem Verhalten der Molkereien zu Grunde liegende Verständigung nachweisen. Da die Entscheidungen des Bundeskartellamtes gerichtlich überprüfbar sind, müssen die vorhandenen Beweise auch einer gerichtlichen Prüfung standhalten können. Dabei kann der betroffene Erzeuger allerdings die Funktion eines Zeugen haben, dessen Aussage, sofern sie hinreichend glaubhaft ist, Beweiskraft hat.
- 234 Im Rahmen der zweiten Befragung zur Sektoruntersuchung Milch wurden Erzeuger um Auskünfte zu möglichen Problemen beim Molkereiwechsel und deren Hintergründen befragt. Hierüber wollte das Bundeskartellamt nähere Hinweise über die kartellrechtliche Relevanz möglicher Hindernisse beim Molkereiwechsel erhalten und die Plausibilität der bisher eingegangenen Beschwerden überprüfen.
- 235 Das Ergebnis der Befragung zeigt, dass es zwar eine Reihe von Erzeugern gibt, die entsprechende Erfahrungen gemacht haben. Diese scheuen aber offensichtlich die Konfrontation mit den beteiligten Molkereien und waren dementsprechend nicht bereit, konkrete Angaben zu machen. Hierbei handelt es sich um ein Phänomen, dass nicht auf den Bereich der Milchwirtschaft beschränkt ist, sondern immer wieder im Rahmen von Beschwerden über möglicherweise kartellrechtswidrige Zustände auftaucht. Bei der unter dem Stichwort „Ross und Reiter“-Problematik bekannten Konstellation geht es im Kern um einen Konflikt zwischen dem Aufklärungsinteresse an potentiell wettbewerbswidrigen Zuständen und dem Gebot der Führung rechtstaatlicher Verfahren, die einem von einem Kartellvorwurf betroffenen Unternehmen die Möglichkeit einräumen müssen, sich angemessen gegen die er-

¹³⁸ Stellungnahme DRV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25.02.2010, Seite 11/12.

hobenen Vorwürfe zu verteidigen. Dazu gehört grundsätzlich auch, dass das beschuldigte Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt im Verfahren erfahren muss, wer die Vorwürfe erhoben hat.

- 236 In einem Verfahren könnte das Bundeskartellamt die Erzeuger als Zeugen vernehmen. Als Zeuge müssten die Erzeuger dann zugunsten einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung wahrheitsgemäß und vollständig Fragen beantworten. In Kartellverfahren steht das Interesse des Schutzes von Wettbewerb durch ein kartellrechtliches Eingreifen vor dem Schutz bestimmter Unternehmen oder Marktstufen. Dennoch berücksichtigt das Bundeskartellamt im Rahmen seines Aufgreifermessens, welcher Schaden einem betroffenen Erzeuger durch ein solches Vorgehen entstehen kann.
- 237 Das Bundeskartellamt hält es auf Grund der Ergebnisse der Ermittlungen gegenwärtig mangels belastbarer Belege für unwahrscheinlich, dass es ein Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen von Molkereien über die Verweigerung der Aufnahme wechselwilliger Erzeuger nach § 1 GWB/Artikel 101 AEUV einleiten wird.
- 238 Schließlich liegen dem Bundeskartellamt Dokumente vor, aus denen sich ergibt, dass der Genossenschaftsverband Norddeutschland e.V. im Jahre 2005 damit beauftragt war, die Interessen der norddeutschen genossenschaftlich organisierten Molkereien gegen die teilweise molkereikritischen Initiativen des BDM Nord e.V. im Wege der koordinierten Verweigerung der Aufnahme von Mitgliedern des BDM Nord e.V. abzustimmen. Ob es sich dabei (noch) um legitime Verbandsarbeit handelt oder die Grenze zu einer Kartellierung bereits überschritten worden sind, kann zwar auf der Grundlage des vorliegenden Dokuments nicht zweifelsfrei geklärt werden. Das Bundeskartellamt nimmt dies jedoch zum Anlass, darauf hinzuweisen, dass eine Verständigung von Molkereien darüber, mit einem bestimmten Personenkreis von Erzeugern keine Lieferbeziehung einzugehen, ein Verstoß gegen § 1 GWB darstellen kann. Das Bundeskartellamt würde einen solchen Verstoß, sollte er sich für die jüngere Vergangenheit nachweisen lassen, ggf. im Bußgeldverfahren ahnden.

6. Diskriminierungsverbot, Behinderungsverbot und Boykottverbot

- 239 Das Bundeskartellamt weist im Rahmen des Endberichts noch einmal darauf hin, dass die sonstigen Vorschriften des GWB aus dem Bereich des Diskriminierungs- und des Boykottverbots auch für vom Kartellverbot des § 1 GWB (teilweise) freigestellte Unternehmen gilt.

240 Im Rahmen von Beschwerden hat das Bundeskartellamt erfahren, dass Milchlieferverträge oder Milchlieferordnungen einzelner Molkereien eine Klausel enthalten, die die Anlieferung „BDM-freier“ Milch fordert oder den Bezug von Mitgliedern des Milchboards ablehnt.¹³⁹ Soweit sich ein derartiges Verhalten belegen ließe, könnte darin ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Verbot unbilliger Behinderung gemäß § 20 Absatz 1 und 2 GWB liegen.¹⁴⁰ Sollte das Bundeskartellamt belastbare Hinweise darauf erhalten, dass Milchlieferverträge/Milchlieferordnungen oder sonstige vertragsbegleitende Dokumente oder mündliche Nebenabreden von Molkereien zum Ausschluss der Erfassung von Rohmilch von Mitgliedern des BDM oder von anerkannten Erzeugergemeinschaften benutzt werden, würde es ein Verfahren einleiten, um diese Praxis abzustellen. Ein wettbewerbsrechtlich relevanter Grund für eine sachliche Rechtfertigung ist derzeit nicht erkennbar.

¹³⁹ Teilweise lassen sich Molkereien danach offenbar zusätzlich schriftlich bei Eintritt der Lieferbeziehung bestätigen, dass ein Beitritt zum Milchboard nicht stattfindet. Dies bezieht sich in Einzelfällen offenbar sogar nicht nur auf Rohmilch sondern z. B. auch auf „Konzentrat aus BDM-Milch“. Kleinere Molkereien haben offenbar in der Vergangenheit die Verarbeitung von Rohmilch von BDM Mitglieder aus Furcht vor Repressalien abgelehnt. Zumindest für einen Einzelfall liegt dem Bundeskartellamt darüber hinaus ein Dokument aus dem Jahre 2005 vor, aus dem sich ergibt, dass ein regionaler Erzeugerverband sich daran beteiligt hat „...die Truppe bisher bei der Suche nach einem neuen Milchkäufer und zu besseren Preisen ...erfolgreich auflaufen [zu] lassen...“. Ein möglicher Kartellrechtsverstoß wäre jedoch bereits verjährt, so dass das Bundeskartellamt kein Verfahren eingeleitet hat.

¹⁴⁰ Zu den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen dieser Norm siehe oben unter Teil B I 2.

II. Wettbewerbsrechtliche Problemfelder im Bereich der Marktstufen der Molkereien und des Handels

- 241 Im Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch hatte das Bundeskartellamt das Verhältnis von Molkereien und den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels¹⁴¹ unter dem Aspekt der Marktmachtverteilung untersucht (Teil G des Zwischenberichts)¹⁴². In einem zweiten Abschnitt hatte das Bundeskartellamt für einige ausgewählte Molkereiprodukte untersucht, ob die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels von ihnen erzielte Preisvorteile (zeitnah) an die Endkunden weitergeben (Teil H des Zwischenberichts)¹⁴³, ob es belastbare Hinweise auf Preisabsprachen zwischen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gibt¹⁴⁴ und ob es belastbare Hinweise auf einen Verkauf von Molkereiprodukten unter Einstandspreis durch einzelne Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gibt¹⁴⁵.
- 242 Diese Ausführungen des Zwischenberichts sind von Verbänden und Unternehmen schriftlich und mündlich (im Rahmen der Anhörung am 11. Mai 2010) sehr kontrovers diskutiert worden. So sieht der DBV in der „Preis- und Verdrängungspolitik des Lebensmitteleinzelhandels“ das Kernproblem im gesamten Milchbereich¹⁴⁶ und der Markenverband eine „Abhängigkeit der Hersteller von den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels“.¹⁴⁷ Demgegenüber sieht der HDE ein „ausgewogenes Marktverhältnis“ zwischen Molkereien und Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Für die Hersteller, die starke Herstellermarken produzieren, bestehe geradezu umgekehrt eine Abhängigkeit des Lebensmittelhandels von den Molkereien. Der HDE weist zudem auf ein „insgesamt niedriges Ertragsniveau des Lebensmitteleinzelhandels“ hin.¹⁴⁸ Der MIV wiederum hat in der Anhörung er-

¹⁴¹ Bei den Unternehmen des LEH handelt es sich um eine der wichtigsten Abnehmergruppen von Molkereiprodukten. Zudem lagen dem Bundeskartellamt in Bezug auf keine andere Abnehmergruppe Beschwerden vor. Daher hatte das Bundeskartellamt keine Veranlassung, die Wettbewerbsverhältnisse in anderen Vertriebsstufen zu untersuchen.

¹⁴² Seite 92ff.

¹⁴³ Seite 119 ff.

¹⁴⁴ Seite 124 ff.

¹⁴⁵ Seite 127 ff.

¹⁴⁶ DBV sowie Stellungnahme im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch am 11. Mai 2010.

¹⁴⁷ Anhörung zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch vom 11. Mai 2010.

¹⁴⁸ Stellungnahme des HDE zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch vom 25. Februar 2010, Seite 2; Anhörung zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch vom 11. Mai 2010.

klärt, nach seiner Einschätzung seien die Margen der Molkereien kleiner als die Margen der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels.

1. (Missbräuchliche) Ausübung von Nachfragemacht

243 Im Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch hatte das Bundeskartellamt als vorläufige Schlussfolgerung festgestellt, dass es in Einzelfällen Anhaltspunkte für einen Verstoß von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gegen das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 20 Absatz 4 GWB) sowie gegen das passive Diskriminierungsverbot des § 20 Absatz 3 GWB sieht. Belastbare Hinweise auf nach § 1 GWB/Artikel 101 AEUV verbotene Preisabsprachen zwischen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels in Bezug auf die jeweiligen Ladenverkaufspreise für Molkereiprodukte hatte das Bundeskartellamt demgegenüber nicht feststellen können.¹⁴⁹

244 Der Endbericht untersucht die Frage einer möglichen Behinderung von Molkereien durch Handelsunternehmen beispielhaft an der Vorschrift des § 20 Absatz 3 GWB.¹⁵⁰

a) Reaktionen auf den Zwischenbericht

245 Der DBV kritisiert in seinen Stellungnahmen zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch den dort niedergelegten Befund. Er stellt dabei eine Verknüpfung zwischen der Verhandlungsposition des Handels gegenüber den Molkereien und den Praktiken des Lebensmitteleinzelhandels im Hinblick auf die Festsetzung der Endverbraucherpreise her und folgert daraus, dass das Bundeskartellamt deshalb keinen Handlungsbedarf für die Begrenzung der Machtposition von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sieht, weil die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels niedrigere Einkaufspreise für Molkereiprodukte zeitnah an die Verbraucher in Form von niedrigeren Ladenverkaufspreisen für diese Produkte weitergeben würden.¹⁵¹

¹⁴⁹ Seite 128.

¹⁵⁰ Dabei steht § 20 Absatz 3 GWB exemplarisch für die übrigen Behinderungs- und Diskriminierungstatbestände des § 20 GWB, für die die zu § 20 Absatz 3 GWB getroffenen Feststellungen sinngemäß ebenfalls gelten.

¹⁵¹ Stellungnahme des DBV zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 23. Februar 2010, Seite 1; Kommentar des DBV in der Bauern Korrespondenz vom 24. Februar 2010, Seite 21 sowie in www.agrar-presseportal.de vom 3. März 2010; ebenso die Stellungnahme des Landesbauernverbands Sachsen-Anhalt vom 22. Februar 2010, Seite 1; in dieselbe Richtung geht auch ein Kommentar des ife im ife-Newsletter Nr. 4-2009, Seite 3. In die gleiche Richtung gehen kritische Anmerkungen des Markenverbandes; Stellungnahme Markenverband vom 22. 02. 2010, Seite 3.

246 Oxfam hat in seiner Stellungnahme angeregt, dass neben der Weitergabe von Preis-
senkungen an den Verbraucher auch andere verbraucherrelevante Aspekte untersucht
werden sollten.¹⁵² Zudem sollte eine weitere Befragung „unfaire“ Handelspraktiken im
Verhältnis zwischen Molkereien und Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels um-
fassen.¹⁵³

b) Konzept

247 Diese Stellungnahme gibt Anlass, darauf hinzuweisen, dass weder der Zwischenbericht noch
dieser Endbericht eine entsprechende Verknüpfung zwischen den Ergebnissen zu den ver-
schiedenen wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen herstellt: Ein etwaiger Verstoß gegen
§ 20 Absatz 3 GWB würde nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass das Unternehmen ein so
erzieltes Preiszugeständnis an die nächste Marktstufe weitergibt. Denn Schutzobjekt des
§ 20 Absatz 3 GWB sind zum einen der Wettbewerb auf den durch die Nachfragemacht be-
troffenen Beschaffungsmärkten für Molkereiprodukte und zum anderen der Wettbewerb
auf dem nachgelagerten Handelsmarkt und mithin mittelbar die Wettbewerber nachfrage-
mächtiger Handelsunternehmen. Eine direkte Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt
im Sinne einer vom nachfragemächtigen Handelsunternehmen unterlassenen Weitergabe
von missbräuchlich erzielten Konditionenvorteilen an die Endverbraucher ist weder eine
nachzuweisende Voraussetzung für die Feststellung eines Verstoßes nach § 20 Abs. 3 GWB,
noch kann der ggf. erbrachte Nachweis einer Weitergabe dieser Vorteile die missbräuchliche
Ausübung von Nachfragemacht - für sich genommen - sachlich rechtfertigen.

248 Das Bundeskartellamt hält den im Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch dargestell-
ten konzeptionellen Ansatz zur Ermittlung und Bewertung möglicher Fälle von missbräuch-
licher Ausübung von Nachfragemacht¹⁵⁴ nach wie vor für zutreffend. Danach sind verschie-
dene Kriterien für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Nachfragemacht heranzu-
ziehen. Neben der Höhe von Markt- und Lieferanteilen sind sämtliche Faktoren zu berück-
sichtigen, die Einfluss auf die relative Verhandlungsmacht der beiden Marktseiten haben. In
diesem Zusammenhang sind insbesondere die negativen Folgen bei einem potentiellen Ab-
bruch der Verhandlung und in diesem Zusammenhang die den Unternehmen jeweils zur

¹⁵² Stellungnahme Oxfam zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 25. 02. 2010, Seite 1. Unter-
sucht werden sollte nach Ansicht von Oxfam u.a., ob auf Grund von Nachfragemacht der Handelsunter-
nehmen die Innovationstätigkeit der Molkereien leide und Verbraucherwünsche, wie z. B. nach gen-
technikfreien Molkereiprodukten oder einer verstärkten Beachtung des Tierwohls nicht entsprochen
werden (könne).

¹⁵³ Ebenda.

¹⁵⁴ Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung Milch Seite 95 ff.

Verfügung stehenden Ausweichmöglichkeiten im Fall eines Nichtzustandekommens eines Liefervertrages (Outside options) zu bewerten.

249 Im Zuge der Zusammenschlussvorhabens EDEKA/Tengelmann¹⁵⁵ und EDEKA/trinkgut¹⁵⁶ sowie nach Beschwerden über eine möglicherweise missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht in Form des Forderns von Hochzeitsboni und Best-Wert-Abgleichen nach Zusammenschlüssen von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels hat das Bundeskartellamt Gespräche mit Handelsunternehmen, Herstellern, Branchenverbänden und Ökonomen geführt, um die Tragfähigkeit des gewählten konzeptionellen Ansatzes zu überprüfen und ggf. weiter zu entwickeln. Dieser Endbericht berücksichtigt die aus diesen Ermittlungen gewonnenen bisherigen Erkenntnisse bei der Bewertung der im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch ermittelten Marktverhältnisse. Die im Rahmen dieses Endberichts vorgenommene Bewertung ist jedoch nur eine vorläufige. Im Laufe der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel können sich weitere Erkenntnisse ergeben, die gegebenenfalls eine andere Bewertung rechtfertigen können, als sie in diesem Endbericht vorgenommen wird.

250 Auf Grund der Diskussion im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht hat das Bundeskartellamt in der zweiten Befragung von Molkereien nach Kriterien gefragt, die einen Hinweis auf das Bestehen oder Nichtbestehen von Nachfragemacht liefern. So hat es nach der derzeitigen Umsatzverteilung auf verschiedene Absatzwege gefragt und Fragen zu Ausweichmöglichkeiten (Outside options) der Molkereien gestellt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt erfragt, ob und wenn ja in welchem Umfang es den Molkereien gelungen ist, im Zeitraum von 2006 bis 2011 Kostensteigerungen an die Abnehmer aus dem Bereich des Lebensmitteleinzelhandels und der verarbeitenden Industrie weiterzugeben. Zudem hat das Bundeskartellamt nach der durchschnittlichen Verweildauer der von den befragten Molkereien gelieferten Produkte in den Regalen des Lebensmitteleinzelhandels und nach den Zahlungskonditionen für die jeweiligen Molkereiprodukte gefragt.¹⁵⁷

¹⁵⁵ B2-333/07; die Entscheidung ist auf der Homepage des Bundeskartellamts veröffentlicht, <http://www.bundeskartellamt.de>.

¹⁵⁶ B2-52/10, die Entscheidung ist als solche und in Form eines Fallberichts veröffentlicht auf der Homepage des Bundeskartellamtes.

¹⁵⁷ Der MIV hatte im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 11. Mai 2010 explizit auf die Problematik der Länge der Zahlungsziele im Verhältnis zu der Verweildauer der Produkte im Regal hingewiesen.

251 Im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel ermittelt das Bundeskartellamt anhand ausgewählter Produktmärkte, darunter auch einiger Molkereiprodukte, welchen Anteil die einzelnen Handelsunternehmen einschließlich ihrer Kooperationspartner an der Warenbeschaffung haben.

252 Das Ergebnis all dieser Ermittlungen ermöglicht noch keine abschließende Aussage darüber, ob es eine missbräuchliche Ausübung von bestehender Nachfragemacht im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB gibt oder nicht. Dies ist vielmehr stets eine Frage des Einzelfalls und kann auch ohne Ermittlung der jeweiligen Lieferanteile im Einzelfall sowie einer Befragung des konkret betroffenen Unternehmens des Lebensmitteleinzelhandels und der betroffenen Lieferanten sowie einer eingehenden Bewertung des konkret beanstandeten Verhaltens nicht beantwortet werden. Allerdings geben die im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch gewonnenen Erkenntnisse erste Hinweise auf Konstellationen, in denen es einen Anfangsverdacht für eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht geben kann.

c) Normadressateneigenschaft

253 Ein Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ist Normadressat des § 20 Absatz 3 GWB, wenn und soweit Anbieter (hier: Molkereien) von ihm abhängig sind, weil ihnen ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.

254 Ob dies der Fall ist, kann nicht an Hand von branchenweiten, also produktmarktübergreifenden Aussagen und Kennziffern festgestellt werden. Der HDE hat zwar in seinen Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass im Jahre 2008 „nur“ 40 % der Molkereiprodukte über den deutschen Lebensmitteleinzelhandel abgesetzt würden und 44 % in den Export gingen. Aus derart hoch aggregierten und produktmarktübergreifenden Daten kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass für den Bereich der Molkereiprodukte generell kein Einzelhandelsunternehmen Normadressat des § 20 Absatz 3 GWB sein kann. Die Analyse hat vielmehr stets marktbezogen zu erfolgen. Je nach Produktportfolio und unternehmensstrategischer Ausrichtung können in verschiedenen Märkten andere Vertriebschienen für Molkereien im Einzelfall keine ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit zur Belieferung eines Unternehmens des Lebensmitteleinzelhandels bilden.

255 Inwieweit ein Hersteller den Umsatz mit einem oder mehreren Handelsunternehmen ohne erhebliche Umsatz- und Gewinneinbußen ersetzen kann, hängt insbesondere davon ab, ob er über zusätzliche alternative Absatzmöglichkeiten im Lebensmitteleinzelhandel selbst oder über alternative Vertriebswege verfügt. Bei der Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten ist insbesondere auch in Rechnung zu stellen, ob diese alternativen Vertriebskanäle entsprechende Aufnahmekapazitäten haben. Weiter ist zu berücksichtigen ob und inwieweit

eine Ausweitung der Lieferungen mit entsprechenden Umstellungskosten und damit lediglich zu erheblich niedrigeren Preisen möglich ist, so dass sie mit entsprechenden Gewinneinbußen verbunden sind.

- 256 Zwar kann der Export oder die Produktion eines anderen Molkereiproduktes grundsätzlich für eine Molkerei je nach Art des Produkts (und der resultierenden Höhe der Produktionsumstellungskosten) und abhängig von den Kosten für die Logistik eine Absatzalternative zur Belieferung inländischer Abnehmer darstellen, die ihm u.U. die Möglichkeit verschafft, ohne spürbare Gewinneinbußen der etwaigen Nachfragemacht inländischer Nachfrager (teilweise) auszuweichen.¹⁵⁸ Im Molkereibereich wäre dies z.B. eine Mengenverknappung bei einem zur Verhandlung stehenden Molkereiprodukt, indem die betreffende Molkerei einen Teil der für die Herstellung dieses Produktes verwendeten Rohmilch kurzfristig in eine andere, möglicherweise grenzüberschreitend gehandelte Verwendung gibt.
- 257 Bei der Beurteilung geeigneter Ausweichmöglichkeiten betrachtet das Bundeskartellamt aber solche Varianten als kritisch, die letztlich zu einem Marktaustritt der Lieferanten aus dem räumlich und sachlich relevanten Markt führen würden. Daher stellt eine nicht nur sehr kurzfristige Stilllegung von Kapazitäten oder eine sonstige Aufgabe der Geschäftstätigkeit in dem betroffenen Markt nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine geeignete Ausweichmöglichkeit dar. Gleiches gilt für die Verlagerung der Produktion oder des Absatzes in das Ausland, sofern als räumlich relevanter Markt ein bundesdeutscher Beschaffungsmarkt definiert wurde.
- 258 Die Normadressateneigenschaft eines nachfragemächtigen Handelsunternehmens entfällt dann nicht, wenn es bei deutschlandweit abzugrenzenden Beschaffungsmärkten zu einer erheblichen Verknappung des Produktes oder sogar zur Aufgabe der inländischen Herstellung und des Vertriebs des Produktes im Sinne eines Marktaustrittes kommt. Für die Verhandlungsprozesse zwischen Handel und Herstellern kann eine solche unternehmensstrategische Entscheidung ein durchaus übliches und kartellrechtlich nicht zu beanstandetes Verhalten sein. Der partielle oder vollständige Marktaustritt ist jedoch keine zumutbare und zu berücksichtigende Ausweichmöglichkeit, um schon das Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit nach § 20 Absatz 3 GWB von Herstellern zu verneinen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sowohl die spürbare Verringerung der im Markt angebotenen Menge als auch die Verringerung der angebotenen Produktvielfalt in ökonomischer Hinsicht wesentliche schädliche Auswirkungen von Nachfragemacht kennzeichnen. Würde der partielle oder vollständige Marktaustritt eines Lieferanten aufgrund von Nachfragemacht

¹⁵⁸ So KG vom 05. 01. 1986 in WuW/E OLG 3917 (Coop/Wandmaker).

akzeptiert, würden gerade die negativen Konsequenzen der Nachfragemacht als Begründung *gegen* ihr Vorliegen anerkannt. Der Endverbraucher hätte im Ergebnis keinen Zugriff mehr auf die von diesem Hersteller angebotenen Produkte. Ein Marktaustritt von Lieferanten würde die inländische Verfügbarkeit der gehandelten Produkte vermindern.

259 Im Übrigen beruhen die vom HDE verwendeten Daten auf Absatzzahlen (in Milchäquivalent), nicht jedoch auf einer Betrachtung der Umsatzverteilung der Molkerei auf die einzelnen Vertriebswege. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes unterscheidet sich die Umsatzverteilung der Molkereien erheblich von der auf der Basis von Absatzmengen. Im Jahre 2010 entfiel der größte Teil des Umsatzes der auf dem deutschen Markt tätigen Molkereien auf den Umsatz mit Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels (42 %), danach folgt der Export (30 %) sowie der Umsatz mit sonstigen inländischen Abnehmern¹⁵⁹ (28 %). Auch diese Anteile sind für sich genommen jedoch wenig aussagekräftig, weil sie aufgrund ihres Branchenbezuges die je nach betroffenem Molkereiprodukt (und damit je nach konkret betroffenem Produktmarkt) ggf. sehr unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen und Verhandlungsmachtkonstellationen nicht abbilden.

260 Gleiches gilt für die zwischen HDE und MIV geführte Diskussion über die jeweilige Höhe der Marge. Weder pauschale Aussagen über die Höhe der Marge aller Molkereien oder sämtlicher Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, noch eine Betrachtung der Marge eines einzelnen Unternehmens geben einen belastbaren Anhaltspunkt dafür, ob eine der beiden Marktseiten über Marktmacht verfügt bzw. Nachfragemacht im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB vorliegt. Ausschlaggebend hierfür ist in ökonomischer Hinsicht insbesondere, dass sich die Höhe der Marge ohne eine ergänzende Betrachtung der maßgeblichen Wertschöpfungstiefe und Kostenstrukturen nicht sinnvoll interpretieren lässt. So ist z.B. davon auszugehen, dass im Bereich des Handels aufgrund der niedrigeren Wertschöpfungstiefe generell eine niedrigere Marge ein dauerhaftes Verbleiben im Markt gewährleisten kann als im Bereich der Herstellung von Produkten mit einer entsprechend größeren Wertschöpfungstiefe und abweichenden Kostenstrukturen¹⁶⁰. Im Einzelfall mag daher zwar eine Betrachtung der *Entwicklung* der Margen auf den verschiedenen Marktstufen erste Hinweise auf eine mögliche Verschiebung der Machtverhältnisse liefern. Allerdings können Veränderungen der Marge auch auf zahlreiche andere Faktoren als eine Veränderung der relativen Verhandlungsmacht zurück zu führen sein (z.B. Verbesserung der Effizienz der Produktion, geänderte Wertschöpfungstiefe durch Outsourcing etc.). Nach Ansicht des Bundeskartellamtes kommt daher den bereits genannten Kriterien wie z.B. der Höhe des jeweiligen produktbezogenen Liefer-

¹⁵⁹ Großhandel, industrielle Weiterverarbeiter, Großabnehmer.

¹⁶⁰ Insbesondere höheren Fixkosten der Produktion.

und Beschaffungsanteils und einer detaillierten Analyse der jeweils bestehenden Ausweichmöglichkeiten bei der Beurteilung der Normadressateneigenschaft im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB das ausschlaggebende Gewicht zu.

aa) Allgemeine Ergebnisse der Ermittlungen zu den Ausweichmöglichkeiten der Molkereien

261 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen seiner Befragung der Molkereien verschiedene Ausweichmöglichkeiten untersucht:

- den Aufbau einer neuen Hersteller¹⁶¹- oder Handelsmarke¹⁶²
- die Produktionsverschiebung zwischen Hersteller- und Handelsmarken
- den Wechsel der Abnehmer und
- die Umstellung auf die Produktion eines anderen Molkereiprodukts

262 Als Ergebnis der Ermittlungen lassen sich folgende allgemeine Feststellungen treffen: Bei der Prüfung, ob eine bestimmte Absatzalternative für ein bestimmtes Molkereiuunternehmen eine zumutbare Ausweichmöglichkeit darstellt, kommt es nicht allein darauf an, ob der Wechsel oder die Verlagerung der Produktion rein technisch möglich ist. Entscheidend im Sinne einer notwendigen Bedingung ist vielmehr auch, ob der Wechsel oder die Verlagerung eine vor dem Hintergrund der gesamten strategischen Ausrichtung des Unternehmens wirtschaftlich sinnvolle Option darstellt. In diesem Zusammenhang sind nicht zuletzt die Auswirkungen auf die Kosten- und Erlössituation (und mithin die Gewinnerzielungsmöglichkeiten) des Unternehmens zu berücksichtigen.

¹⁶¹ Bei Herstellermarken („Markenartikel“) handelt es sich um eine - in der Regel eingetragene - Marke, die eine Ware als Produkt eines bestimmten Herstellers ausweist. In der Regel sucht der Hersteller über die Werbung einen direkten Kontakt zum Verbraucher, um seine Marke möglichst unabhängig vom Handel zu positionieren und den Absatz seiner Produkte zu fördern. Aufgrund der mit der Markenprägung und Markenpflege verbundenen Aufwendungen (Werbung, Qualitätskontrolle etc.) ist bei Herstellermarkenprodukten die Marke an sich ein eigenständiges, von der rein physischen Herstellung des Produktes zu unterscheidendes Element der Wertschöpfung (vgl. Bruhn, Begriffsabgrenzung und Erscheinungsformen von Marken, in: Handbuch der Markeneinführung).

¹⁶² Handelsmarken sind die von einem Handelsunternehmen verwendeten Eigenmarken. Mit Handelsmarken tritt ein Lieferant daher nicht selbst am Markt sichtbar in Erscheinung. Vielmehr erteilt der Handel dem Lieferanten (oder auch mehreren Lieferanten für ein und dasselbe Produkte) einen Produktionsauftrag, so dass der Lieferant faktisch die Position eines Lohnfertigers für das Handelsunternehmen inne hat. Der Produzent tritt nicht in Kontakt mit dem Verbraucher und ist dem Verbraucher in der Regel auch nicht bekannt. Kosten für die Etablierung und Pflege einer Marke, die der Verbraucher mit einem bestimmten Unternehmen in Verbindung setzt, entstehen dem Hersteller einer Handelsmarke nicht.

- 263 Ob ein Wechsel zwischen der Produktion von Hersteller- und Handelsmarken oder eine Verlagerung der Produktion zwischen Hersteller- und Handelsmarken oder auf ein anderes Molkereiprodukt oder einen anderen Abnehmer für ein Molkereiunternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, hängt von den jeweiligen konkreten Marktverhältnissen ab. Beispielsweise kann sich ein Produktwechsel bzw. die partielle Verlagerung der Produktion für ein Molkereiunternehmen, das in größerem Umfang (auch) Milchbasisprodukte herstellt, in einem Jahr als wirtschaftlich sinnvoll erweisen, weil der Milchmarkt zu diesem Zeitpunkt durch eine entsprechende Exportnachfrage mit entsprechend guten Exporterlösen ausgeglichen ist, so dass es zu diesem Zeitpunkt auch mit der Produktion von Handelsmarken entsprechend gute Erlöse erzielen kann. In Jahren, in denen ein globales Überangebot an Milch herrscht, hat dies ggf. stärkere negative Konsequenzen für den Erlös bei der Produktion von Handelsmarken als bei der Produktion von Herstellermarken. Zudem kann sich die allgemeine Marktsituation auch sehr unterschiedlich auf die Erlösmöglichkeiten für verschiedene Molkereiprodukte auswirken, so dass eine Verlagerung der Produktion oder gar ein Produktionswechsel unter diesen Umständen keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative für Molkereiunternehmen wäre.
- 264 Ob ein Wechsel oder die Verlagerung der Produktion für ein Molkereiunternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, hängt vor diesem Hintergrund auch von dem bestehenden Produktportfolio des Unternehmens ab. Ein Wechsel ist zudem nur dann möglich, wenn es in hinreichendem Umfang freie Kapazitäten gibt. Dies gilt sowohl bei einem innerbetrieblichen Wechsel der Produktion (z. B. von der Produktion von Butter zu Sahnepulver) wie auch bei einem Wechsel zu einem anderen Abnehmer. Sind andere Vertriebswege bereits jetzt voll erschlossen, ist ein Wechsel nur noch in begrenztem Umfang möglich. Neben den zusätzlichen Kosten einer Umstellung ist dabei auch zu berücksichtigen, dass die mit der Umstellung verbundene Zunahme des Angebots in dem entsprechenden Vertriebskanal mit dem Erfordernis entsprechender Preisnachlässe und korrespondierenden Erlöseinbußen und reduzierten Margen einhergeht.
- 265 Zudem muss der Wechsel in einem Umfang möglich sein, der ggf. sogar den vollständigen Abbruch der Verhandlungen mit einem Abnehmer wirtschaftlich vertretbar macht.
- 266 Die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch haben ergeben, dass es in Bezug auf die Ausweichmöglichkeiten im Bereich Herstellermarken/Handelsmarken keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen genossenschaftlich organisierten Molkereien und nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien gibt.

- 267 Im Bereich der Ausweichmöglichkeiten durch Wechsel des Abnehmers unterscheiden sich die Antworten der genossenschaftlich organisierten Molkereien dagegen im Ergebnis deutlich von denen der nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien. Letztere sehen deutlich weniger Ausweichmöglichkeiten als die genossenschaftlich organisierten Molkereien. Dies liegt zumindest teilweise daran, dass die nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien alternative Vertriebswege nach eigener Einschätzung für ihre Produkte bereits weitestgehend erschlossen haben.
- 268 Insgesamt sind die Ausweichmöglichkeiten der Molkereien, die schwerpunktmäßig Herstellermarken produzieren, keineswegs höher als die Ausweichmöglichkeiten von Molkereien, die schwerpunktmäßig Handelsmarken herstellen. So ist Molkereien, die schwerpunktmäßig Herstellermarken fertigen, ein vollständiger Wechsel von einer Hersteller- auf eine Handelsmarke in der Regel unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten kaum möglich. Dies liegt an der großen Bedeutung des Lebensmitteleinzelhandels als Vertriebsweg für Herstellermarken und wird durch andere Faktoren, wie z. B. den durch Werbemaßnahmen bewirkten „Vorverkauf“ des Produkts nur teilweise kompensiert. Ergänzend ist auch zu berücksichtigen, dass die Pflege einer Marke mit Kosten in Form einer Investition verbunden sind. Geht der Absatz des Markenprodukts zurück, verteilen sich diese Kosten auf eine geringere Menge, was sich tendenziell negativ auf die zu erzielende Marge auswirkt.
- 269 Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist es Molkereien, die Herstellermarken produzieren, in den vergangenen Jahren jedenfalls nicht in größerem Umfang gelungen, Kostensteigerungen an die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels weiterzugeben, als Molkereien, die keine oder keine starken Herstellermarken produzieren. Die noch im Zwischenbericht zur Sektoruntersuchung auf der Grundlage der damaligen – eher kursorischen – Befragung gewonnene Einschätzung, dass Molkereien, die Herstellermarken produzieren, grundsätzlich eine bessere Verhandlungsposition gegenüber den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels hätten, muss das Bundeskartellamt im Lichte der aus der ergänzenden Befragung gewonnenen Erkenntnisse für den Bereich der Molkereiprodukte daher einschränken. Vielmehr ist neben der allgemeinen Marktsituation (Überangebot oder eingeschränkte Verfügbarkeit der Milch) im Einzelfall entscheidend, wie stark das Markenportfolio einer Molkerei ist. Vertreibt sie neben einer starken (A-) Marke¹⁶³ auch eine Reihe weniger starker (B- und

¹⁶³ Eine A-Marke ist die Premium –Marke eines Unternehmens, das Herstellermarken produziert. Die A-Marke ist im obersten Bereich der Markenskala angesiedelt und wird vom Verbraucher als (dauerhaft) hoch im Preis- und im Qualitätsniveau eingestuft. Verpackungsart und Verpackungsgestaltung signalisiert dem Verbraucher den hohen Wert des Inhalts.

C-) Marken¹⁶⁴, die sie gemeinsam mit der A-Marke mit den Unternehmen des Lebensmittel-einzelhandels verhandeln muss, hat dies Einfluss auf die Verhandlungsposition der Molkerei. Die Verhandlungsposition einer Molkerei wird zudem davon beeinflusst ob und in welchem Umfang die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Handelsmarken führen, die nicht mehr nur im Bereich des Preiseinstiegssegments vertreten sind, sondern auch C-Marken, teilweise sogar B- oder A-Marken der Hersteller im Regal verdrängen könnten.

bb) Ausweichmöglichkeit Herstellermarke/Handelsmarke

270 Bei der Betrachtung der Ausweichmöglichkeiten der Molkereien auf der Ebene Hersteller-marke/Handelsmarke ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- dem Wechsel der Produktion in dem Sinne, dass eine Herstellermarke oder Handels-marke *neu* auf den Markt gebracht wird (Aufbau einer Handels- oder Hersteller-marke) und
- der Verlagerung der Produktion bei Unternehmen, die beides bereits am Markt an-bieten und lediglich den Umfang der Produktion einer Hersteller- oder Handelsmarke verändern oder ihren Produktionsschwerpunkt verlagern.

aaa) Aufbau einer Hersteller- oder einer Handelsmarke

271 Ein Aufbau einer neuen Hersteller- oder Handelsmarke ist nach dem Ergebnis der Ermitt-lungen für die meisten Molkereien keine realistische Ausweichmöglichkeit.¹⁶⁵

272 Entwicklung und Produktion einer Herstellermarke ist nach den Angaben der befragten Molkereien in der Regel schon deshalb keine realistische Ausweichmöglichkeit, da der Auf-bau einer Herstellermarke wegen der damit verbundenen Investitionen und der für die Markteinführung notwendige Vorlaufzeit nicht kurzfristig erfolgen könne und mit erheb-lichen Kosten verbunden sei.

¹⁶⁴ B- und C- Marken sind im niedrigeren Preissegment liegende Marken eines Unternehmens, das Hersteller-marken produziert. Die B- und C- Marke unterscheiden sich durch ihre Qualität, den Preis sowie die Ver-packungsgestaltung von den Produkten aus dem Bereich des Preiseinstiegs.

¹⁶⁵ Dies entspricht auch der Einschätzung, die Vertreter des MIV und des Markenverbands im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 11. Mai 2010 geäußert haben, sowie der schriftlichen Stellungnahme des Markenverbandes vom 25.05.2010, Seite 2 und vom 15. 07. 2011 anlässlich der erneuten Befragung von Molkereien im Rahmen der Ermittlungen zur Sektoruntersuchung Milch, Seite 1 und 2.

- 273 Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist der Aufbau einer eigenen Handelsmarke für den ganz überwiegenden Teil der befragten Molkereien ebenfalls keine realistische Ausweichmöglichkeit. Handelsmarken würden vielmehr von den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels kreiert und definiert, die Molkereiunternehmen produzierten sie lediglich nach den genauen Vorgaben des Handels. Ein Molkereiunternehmen hat darauf hingewiesen, dass es in der Vergangenheit versucht habe, eine eigene Handelsmarkenlinie aufzubauen und den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels anzubieten, mit diesem Versuch jedoch gescheitert sei.
- 274 Der Aufbau einer Handelsmarke nach den Vorgaben der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ist – eine entsprechende Erlössituation unterstellt – für die Molkereien, die nicht schwerpunktmäßig Herstellermarken produzieren, dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn die entsprechende Umstellung keine signifikanten Investitionen in neue Produkthanlagen erfordert und der Auslastung von bestehenden Überkapazitäten dient. Dies hat gut ein Drittel der befragten Molkereien so erklärt.
- 275 Molkereien haben im Rahmen der Befragung zudem darauf hingewiesen, dass sich die Produkthanforderungen an die Produktion von Hersteller- und Handelsmarken bei einigen Molkereibasisprodukten (z. B. Standard-Schnittkäse) nur geringfügig unterscheiden. Der Wechsel von einer Herstellermarke zu einer Handelsmarke sei deshalb mit keinen nennenswerten zusätzlichen Investitionen verbunden.
- 276 Für Molkereien, die bislang ausschließlich oder schwerpunktmäßig Herstellermarken produziert, ist mit dem Wechsel zu oder der Verlagerung der Produktion auf Handelsmarken zugleich ein Statuswechsel verbunden: Die Stellung eines Produzenten von Handelsmarken entspricht der eines Lohnfertigers für das Handelsunternehmen. Dementsprechend haben einige Molkereien mit starken Herstellermarken erklärt, ein derartiger Statuswechsel sei für sie nicht akzeptabel, weil sie dann nicht mehr gegenüber dem Endverbraucher als Hersteller auftreten würden. Zudem würde die Umstellung auf Lohnfertigung das Image ihrer übrigen Produkte stark beschädigen. Teilweise haben Molkereien auch darauf hingewiesen, dass Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels eigene Handelsmarken am Point of Sale besonders stark unterstützen und eine Produktion von Handelsmarken daher zugleich eine Gefährdung der Marktstellung der eigenen Markenartikel bedeute.
- 277 Im Hinblick auf die in der Literatur teilweise geführte Diskussion, ob unter Effizienzgesichtspunkten die Verlagerung der Wertschöpfung „Marke“ auf den Handel nicht auch positive Aspekte haben könnte, ergeben sich aus dem Ergebnis der Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch keine wesentlichen Hilfestellungen. Die Auswirkungen der

Handelsmarkenpolitik des Lebensmitteleinzelhandels auf die Verhandlungen mit Markenartikelherstellern, die Bedeutung von Handelsmarken für die Marktposition eines Handelsunternehmens und die Rolle der Handelsmarken für Innovationen, Differenzierung und Produktqualität werden jedoch im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel näher dargestellt werden.

bbb) Verlagerung der Produktion innerhalb des bestehenden Markenportfolios

- 278 Eine kurzfristige Verlagerung der Produktion kann nach dem Ergebnis der Ermittlungen insbesondere für solche Unternehmen eine sinnvolle Absatzalternative bieten, die schon jetzt beides herstellen und keine eindeutige Ausrichtung als Hersteller- oder Handelsmarkenproduzent haben.
- 279 Eine partielle Verlagerung der Produktion von Hersteller- auf Handelsmarken oder umgekehrt setzt zunächst voraus, dass eine Molkerei bereits beides produziert und entsprechend zusätzliche Produktionskapazitäten vorhanden sind.
- 280 Ob eine Verlagerung der Produktion von einer Hersteller- auf eine Handelsmarke für eine Molkerei wirtschaftlich sinnvoll ist, hängt weiter von der Marktstellung der Herstellermarke und dem bisherigen Gesamtproduktportfolio ab. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist für Unternehmen, die schwerpunktmäßig Herstellermarken produzieren und über eine oder mehrere starke Herstellermarken verfügen, die Verlagerung der Produktion auf Handelsmarken in der Regel deshalb wirtschaftlich nicht sinnvoll, weil nach der eigenen Einschätzung eine Verlagerung der Produktion, die zu einer Verschiebung des Produktionsschwerpunktes von Hersteller- zu Handelsmarke bewirkt, die Markenglaubwürdigkeit der eigenen Herstellermarke beschädigt.
- 281 Molkereien, die schwerpunktmäßig Herstellermarken produzieren, haben zudem angegeben, dass ihnen nötige Deckungsbeiträge fehlen, wenn sie die Produktion von Hersteller- auf Handelsmarken verlagern. Bei einer Ausrichtung auf die Produktion von Herstellermarken sei die Kostenstruktur des Unternehmens so, dass bei einer Verlagerung der Produktion auf Handelsmarken ihre Fixkosten nicht gedeckt seien. Eine erfolgreiche Teilnahme an den Ausschreibungen des Handels sei ihnen daher gar nicht möglich.
- 282 Für Molkereien, die keine ertragsstarken Herstellermarken haben, mit der sie gegenüber den Handelsmarken tendenziell höhere Erlöse und ggf. Margen erzielen können, kann die Verlagerung von der Produktion einer Herstellermarke auf die Produktion einer Handelsmarke wirtschaftlich sinnvoll sein. Dementsprechend haben einige Molkereien angegeben, dass

eine vorübergehende Verlagerung der Produktion von einer Hersteller auf eine Handelsmarke dann für sie sinnvoll sei, wenn mit der Produktion der Handelsmarke mindestens ein Deckungsbeitrag erzielt würde.

- 283 Unternehmen, die schwerpunktmäßig Handelsmarken produzieren, haben erklärt, dass eine partielle Verlagerung der Produktion auf eine Herstellermarke dann für sie wirtschaftlich sinnvoll sei, wenn die Herstellermarke am Markt hinreichend eingeführt sei und die Kosten der Investition in die Marke erwirtschaftet werden könnten.

cc) Ausweichmöglichkeit Wechsel des Abnehmers

- 284 Während deutlich mehr als ein Drittel der befragten Molkereien - mit den oben genannten Einschränkungen – eine teilweise Verlagerung der Produktion von Hersteller- zu Handelsmarke oder umgekehrt dem Grunde nach für eine denkbare Ausweichmöglichkeit hält, ist das Ergebnis der Ermittlungen in Bezug auf den Wechsel zwischen verschiedenen Abnehmern von Molkereiprodukten differenziert.

Inländische Vertriebschienen

- 285 Andere inländische Vertriebschienen sind nur dann und insoweit eine wirtschaftlich sinnvolle Ausweichmöglichkeit, wie deren Aufnahmekapazität nicht bereits ausgeschöpft ist und mögliche Erlös- und Gewinnauffälle aufgefangen werden können. Ob und wie weit dies der Fall ist, wird von den befragten Molkereien sehr unterschiedlich beurteilt. Während nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien in größerem Umfang bereits auf allen Vertriebschienen präsent sind, ist dies bei genossenschaftlich organisierten Molkereien weit weniger der Fall.
- 286 Insbesondere Molkereien, die ausschließlich oder schwerpunktmäßig Herstellermarken produzieren, sind in der Regel bereits bei allen für den Vertrieb in Frage kommenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gelistet. Dementsprechend hat die überwiegende Mehrheit dieser Unternehmen geantwortet, dass der Vertrieb an andere Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels für sie als Ausweichmöglichkeit (nicht mehr) in Betracht kommt. Auf Grund der in die Marke investierten Kosten ist für diese Hersteller die Belieferung von Großkunden oder industriellen Weiterverarbeitern nur eine begrenzt wirtschaftlich vertretbare Ausweichmöglichkeit. Hersteller von Handelsmarken sind dagegen in größerem Maße flexibel und können (eine entsprechende Mengenabnahme zu einem hinreichenden Preisniveau vorausgesetzt) grundsätzlich auf andere inländische Abnehmer ausweichen, sofern diese über entsprechende Aufnahmekapazität verfügen und damit ausreichend Deckungsbeiträge zu erzielen sind.

Export

- 287 Für Molkereien ist der Export eine wirtschaftlich sinnvolle Ausweichmöglichkeit, wenn die betreffenden Molkereiprodukte ohnehin grenzüberschreitend gehandelt werden. Allerdings betrachtet das Bundeskartellamt den Export nur dann als Ausweichmöglichkeit, die gegen eine Abhängigkeit nach § 20 Absatz 3 GWB sprechen könnte, wenn damit nicht zugleich ein (partieller) Marktaustritt verbunden ist¹⁶⁶ und der räumlich relevante Markt größer als Deutschland ist. Darüber hinaus ist im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit die Molkereien im Export tatsächlich auf andere Abnehmer treffen und damit eine echte Ausweichmöglichkeit haben oder überwiegend wiederum den auch in Deutschland tätigen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gegenüberstehen.¹⁶⁷
- 288 Neben den oben genannten rechtlichen und ökonomischen Einschränkungen in Bezug auf die Anerkennung des Exports als Ausweichmöglichkeit für Molkereien gibt es eine Reihe weiterer Faktoren, die dazu führen, dass der Export im Einzelfall keine Ausweichmöglichkeit sein kann. Dies gilt zum Beispiel für Unternehmen, die ihre Produkte lokal oder regional vertreiben.
- 289 Tendenziell ist der Export zudem umso schwieriger, je weiter die Transportentfernungen im Falle des Exports wären. So gibt es beispielsweise Molkereiprodukte, deren Mindesthaltbarkeit einen längeren Transport nicht erlaubt. Für manche Produkte steigen die Transportkosten bei längerem Transport so stark an, dass diese Ausweichmöglichkeit wirtschaftlich sinnvoll nicht mehr genutzt werden kann (z. B. Trinkmilch oder flüssige Sahne). Für den Export in bestimmte Staaten außerhalb der Europäischen Union (z. B. in Asien) sind zudem Zollabgaben zu entrichten, die einen Export unwirtschaftlich machen können. Zudem ist der Aufbau einer Kundenbasis und der Unterhalt von entsprechenden Vertriebsorganisationen im Ausland ggf. mit hohen Kosten verbunden. Daher ist in diesen Fällen der Export erst ab einem gewissen Mindestabsatz überhaupt rentabel. Gerade für kleinere, lokal verankerte Unternehmen stellt dies ein Hindernis dar.

¹⁶⁶ In diesem Sinne auch die Stellungnahme des Markenverbandes vom 15. 07. 2011, Seite 2 und 3.

¹⁶⁷ Auf diese Problematik hat der MIV im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch am 11. Mai 2010 hingewiesen.

dd) Umstellung der Produktion auf ein bisher nicht oder in geringerem Umfang hergestelltes Molkereiprodukt

- 290 Im Einzelfall kann auch die vorübergehende Umstellung von einem Molkereiprodukt auf ein bisher noch nicht oder nur in geringerem Umfang hergestelltes Molkereiprodukt eine Ausweichmöglichkeit sein. Wie in Bezug auf den Export hält das Bundeskartellamt auch die Umstellung der Produktion auf ein anderes Molkereiprodukt allenfalls dann für eine Ausweichmöglichkeit, die im Rahmen des § 20 Absatz 3 GWB bei der Bewertung der Abhängigkeit zu berücksichtigen ist, wenn es sich nicht um eine dauerhafte Umstellung und damit um einen (teilweisen) Marktaustritt handelt.¹⁶⁸
- 291 Einige der befragten Molkereien haben angegeben, dass sie zumindest in begrenztem Umfang die Möglichkeit haben, die von ihnen abgenommene Rohmilch zu anderen Produkten zu verarbeiten.¹⁶⁹ Diese Möglichkeit besteht teilweise zwar nicht mehr im Moment der Kontraktverhandlungen mit den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels selbst, jedoch wenn und soweit sich im Vorfeld von Verhandlungen ein Markttrend abzeichnet, der für bestimmte Verwertungsrichtungen eine schlechte Erlössituation erwarten lässt.
- 292 Über diese Ausweichmöglichkeit verfügen vor allem Molkereien, die ein relativ breites Produktportfolio haben und deren Produktionskapazitäten nicht voll ausgelastet sind. Auch Molkereien, die bereits gegenwärtig die Möglichkeit haben, anfallende Rohmilch, für die sich eine schlechte Verwertung abzeichnet, zu Milchpulver zu verarbeiten und zu lagern, haben angegeben, dass dies je nach Marktsituation eine Ausweichmöglichkeit für sie darstellen kann.¹⁷⁰
- 293 Molkereien, die sich auf die Produktion bestimmter Molkereiprodukte spezialisiert haben und für die Produktion anderer Molkereiprodukte in neue Produktionsanlagen investieren müssten, sind demgegenüber grundsätzlich nicht in der Lage, zeitnah und ohne großen Kostenaufwand auf die Produktion anderer Molkereiprodukte umzustellen.

¹⁶⁸ Auch in diesem Fall wäre anderenfalls ein Rückgang der Produktvielfalt und der am Markt verfügbaren Menge die Folge.

¹⁶⁹ Herr G. Keckl weist in seinen Anmerkungen zum Zwischenbericht Sektoruntersuchung Milch vom 18.01.2010 allerdings darauf hin, dass die Investitionen und die Risiken einer Umstellung teilweise hoch sind. In der Vergangenheit habe es Beispiele dafür gegeben, dass eine Umstellung z. B. von einer Molkerei, die bisher schwerpunktmäßig Trinkmilch produziert hat auf eine Produktion von Käse, nicht erfolgreich verlaufen sei.

¹⁷⁰ Produzenten von Butter haben zudem angegeben, das Milchfett statt zu Butter kurzfristig zu Sahne oder Butterschmalz, zu Butterreinfett für Großabnehmer oder zu Vollmilch- oder Sahnepulver verarbeiten und verkaufen zu können.

ee) Weitergabe von Kostensteigerungen

- 294 Das Bundeskartellamt hat die Molkereien danach gefragt, ob es ihnen in den Jahren 2006 bis 2011 möglich gewesen ist, Kostensteigerungen ganz oder teilweise an die nächste Marktstufe weiterzugeben. Die Antwort auf diese Frage kann ein Indiz dafür sein, ob ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 20 Absatz 3 GWB auszuschließen ist. Ist es einer Molkerei in den vergangenen Jahren – sogar unabhängig von der Marktlage – möglich gewesen, ihre Kostensteigerungen ganz oder wenigstens zu einem erheblichen Teil an die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels weiterzugeben, erscheint die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses eher fernliegend. Insoweit können auch Margenverschiebungen zwischen Herstellern und Handel Hinweise auf eine Verschiebung der Machtverhältnisse liefern.
- 295 Die Ermittlungen haben ein sehr differenziertes Bild ergeben, das nur wenige generelle Aussagen ermöglicht. Insbesondere zeigt sich, dass weder die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Preissteigerungen in jedem Fall abgeblockt haben, noch dass Molkereien mit einem bestimmten Produktportfolio stets in der Lage sind, Kostensteigerungen an die nächste Marktstufe weiterzugeben. Bei der Bewertung dieser Ermittlungsergebnisse ist allerdings zu berücksichtigen, dass es bei Molkereiprodukten Fallkonstellationen gibt, in denen die Handelsunternehmen Preissteigerungen akzeptieren, weil sie erwarten, diese an den Endkunden weitergeben zu können, ohne dass dies negative Auswirkungen auf die Hersteller- und/oder die Händlermarge hat. Dies gilt zum Beispiel für Molkereiprodukte, bei denen der Verbraucher auf eine Preiserhöhung nicht mit einer starken Reduzierung der Nachfrage reagiert (geringe Elastizität der Nachfrage, z. B. weil es sich um ein Produkt des täglichen Bedarfs handelt) und/oder die Preiserhöhung von den Handelsunternehmen flächendeckend durchgesetzt wird.
- 296 Bei einem Teil der befragten Molkereien schlägt sich die allgemeine Marktlage in der Fähigkeit der Unternehmen nieder, Kostensteigerungen ganz oder zumindest zu einem nicht unerheblichen Teil an die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels weiterzugeben. So war es einer Reihe von Unternehmen im Jahre 2007 möglich, Kostensteigerungen vollständig weiterzugeben, anderen gelang dies im Jahre 2009.¹⁷¹
- 297 Dabei gelingt es Molkereien, die ausschließlich Bio-Molkereiprodukte anbieten, in größerem Umfang als den Molkereien, die ganz oder überwiegend konventionelle Molkereiprodukte anbieten, Kostensteigerungen weiterzugeben. Ausschlaggebend dafür dürfte u.a. sein, dass

¹⁷¹ Zumindest für die im Zwischenbericht dargestellten Produkte und für den Zeitraum 2007/2008 hat der Handel die Preissteigerungen, die er von den Herstellern akzeptieren musste, praktisch vollständig in Form entsprechend erhöhter Ladenverkaufspreise weitergegeben.

die Preiselastizität der Konsumentennachfrage nach Bio-Produkten niedriger ist als bei konventionellen Produkten.

298 Ob und in welchem Umfang Kostensteigerungen weitergegeben werden können, variiert auch in Bezug auf ein befragtes Unternehmen von Produkt(gruppe) zu Produkt(gruppe) und von Jahr zu Jahr.

299 Soweit die Molkereien dazu Angaben gemacht haben, waren sie gegenüber industriellen Weiterverarbeitern in ein und demselben Jahr für vergleichbare Produkte in größerem Umfang in der Lage, Kostensteigerungen weiterzugeben als gegenüber Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels.

300 Molkereien, die überwiegend Herstellermarken anbieten, sind nicht in größerem Umfang in der Lage gewesen, Kostensteigerungen an die Abnehmer aus dem Bereich des Lebensmitteleinzelhandels weiterzugeben, als Molkereien, die Hersteller- und Handelsmarken oder schwerpunktmäßig Handelsmarken anbieten.

301 Ein genossenschaftlich organisiertes Unternehmen hat angegeben, im Zeitraum von 2006 bis 2011 keine nennenswerten Kostensteigerungen gehabt zu haben, da an die Mitglieder und Lieferanten der Molkerei nur das ausgezahlt werde, was die Molkerei gegenüber dem Handel habe Erlösen können. Eine Kostensteigerung, die an die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels hätte weitergegeben werden müssen, sei somit nicht angefallen.

d) Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund

302 Das Bundeskartellamt hatte informell immer wieder Beschwerden über die Ausgestaltung der Zahlungsziele zwischen Molkereien und Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels erhalten. Nach dem Vortrag der Molkereien, der durch entsprechende Äußerungen von Lieferanten in anderen Produktbereichen in gleicher Weise erhoben wird, werden die Zahlungsziele nicht nur immer länger. Sie übersteigen nach deren Angaben auch de facto die tatsächliche Verweildauer der betroffenen Produkte in den Regalen des Lebensmitteleinzelhandels erheblich. Darüber hinaus hat eine Reihe von Herstellern angegeben, die tatsächliche Zahlung würde regelmäßig noch deutlich später erfolgen als nach dem schriftlich vereinbarten Zahlungsziel vorgesehen.

303 Wegen der zum Teil massiven Beschwerden gerade in Bezug auf die Zahlungsziele hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch die Molkereien zu diesem Punkt im Rahmen der zweiten Ermittlungsrunde für den Zeitraum von 2006 bis 2011 befragt. Das Bundeskartellamt hat damit exemplarisch die Zahlungsziele ausgewählt, um zu er-

mitteln, ob es Anhaltspunkte für eine ungerechtfertigte Vorteilsgewährung im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB gibt.

304 Das Bundeskartellamt hat bei den befragten Molkereiunternehmen sowohl Angaben zu der durchschnittlichen Verweildauer der eigenen Produkte in den Regalen des Handels als auch zu den mit dem Handel vereinbarten Zahlungszielen abgefragt. Die erhobenen Daten ermöglichen keine abschließende kartellrechtliche Bewertung von (langen) Zahlungszielen. Sie geben jedoch einen ersten Überblick über die Praxis der Handelsunternehmen und mögliche Anhaltspunkte für eine vertiefte kartellrechtliche Überprüfung dieser Praxis sowohl im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel als auch in Einzelfällen.

305 Dabei weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass nicht jedes, die Verweildauer der Produkte im Laden übersteigende Zahlungsziel per se dazu führt, dessen Vereinbarung als „Anzapfen“ im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB einzustufen. Darüber hinaus ist es nach Einschätzung des Bundeskartellamtes nur in Ausnahmefällen möglich, einzelne Vertragsbestandteile für sich genommen wettbewerbsrechtlich zu bewerten, ohne den gesamten sonstigen Vertragskontext für die Bewertung heranzuziehen. Allerdings kann es nach Ansicht des Bundeskartellamtes auch Konstellationen geben, bei denen eine Prüfung des übrigen Konditionengefüges nicht notwendig ist, um festzustellen, ob die Voraussetzungen für einen Ausbeutungsmisbrauch im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB erfüllt sind.

aa) Reaktion auf den Zwischenbericht

306 Die Länge der Zahlungsziele ist bereits Gegenstand der Diskussion im Rahmen der Anhörung zum Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch gewesen. Dabei hat es eine kontroverse Diskussion dieses Themas zwischen den Handelsunternehmen und dem HDE¹⁷² einerseits und den Molkereien und Herstellerverbände¹⁷³ andererseits gegeben. Während die Herstellerverbände vortrugen, die Zahlungsziele würden einseitig durchgesetzt und hätten

¹⁷² Der HDE hat seine Sicht im Anschluss an die Anhörung in einer weiteren schriftlichen Stellungnahme zusammengefasst, Schreiben vom 21. Mai 2010, Seite 2. Danach sei die alleinige Fokussierung auf Zahlungskonditionen nicht zielführend, da in den Verträgen verschiedene Konditionen zusammenwirkten. In der Diskussion habe es zudem keine Missbrauchsvorwürfe gegen die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gegeben.

¹⁷³ Der Markenverband hat dazu nochmals mit Schreiben vom 15.07. 2011 Stellung genommen, Seite 3. Der Markenverband sieht in der Entwicklung der Zahlungsziele ein Indiz für die Ausübung von Nachfragemacht. Er weist zudem darauf hin, dass neben dem vertraglich vereinbarten Zahlungsziel auch berücksichtigt werden muss, wann die Zahlung tatsächlich erfolge, da dies teilweise nochmals erheblich später der Fall sei. Letzteres haben die befragten Molkereien teilweise ergänzend in ihren Antworten vermerkt.

sich teilweise zu faktischen Lieferantenkrediten entwickelt, warnte der HDE vor einem staatlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit.¹⁷⁴

bb) Ermittlungen und bisheriges Ermittlungsergebnis

- 307 Das Ergebnis der Ermittlungen gibt erste Hinweise darauf, dass in Einzelfällen eine sachlich nicht gerechtfertigte Vorteilsgewährung im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB vorliegen könnte. Allerdings sind die erhobenen Daten mit einer Reihe von Unsicherheiten behaftet, die vor Einleitung eines Verfahrens im Einzelfall aufgeklärt werden müssten. Zum einen konnten nicht alle befragten Molkereien Angaben zu der tatsächlichen Verweildauer ihrer Produkte bei ihren Abnehmern machen. Sie haben daher teilweise Mindesthaltbarkeitsdaten angegeben, die bei den meisten betroffenen Produkten länger als die tatsächliche Verweildauer der Produkte im Handel sein dürften. Zum anderen sind die Abnehmer, also die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, nicht parallel befragt worden, um die Antworten der Molkereien zu plausibilisieren. Dies bliebe einer Einzelfallprüfung vorbehalten, in der den besonderen Umständen in den jeweiligen Lieferbeziehungen ausreichend Rechnung getragen würde.
- 308 Nach dem Ergebnis der Ermittlungen werden im Regelfall pro Molkereiunternehmen keine unterschiedlichen Zahlungsziele für einzelne Molkereiprodukte des Unternehmens (z. B. für Fruchtojoghurt, für Quark usw.) vereinbart. Allerdings werden zumindest teilweise unterschiedliche Zahlungsziele für Handelsmarken und Herstellermarken vereinbart, wobei die Zahlungsziele für Handelsmarken durchschnittlich länger sind als die für Herstellermarken. Teilweise werden auch unterschiedliche Zahlungsziele für unterschiedliche Vertriebs-schienen (Discount/Vollsortiment) ein und desselben Handelsunternehmens vereinbart.
- 309 Die Länge der Zahlungsziele variiert je nach Molkerei und Abnehmer sowohl über den gesamten untersuchten Zeitraum als auch innerhalb eines bestimmten Jahres. Lediglich das von einem Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels vereinbarte Zahlungsziel war für alle befragten Molkereiunternehmen konstant.
- 310 Im Vergleich der Abnehmer aus Handel und weiterverarbeitender Industrie untereinander variiert die Länge des Zahlungsziels auch in Bezug auf eine einzelne Molkerei sowohl insgesamt als auch im direkten Jahresvergleich.
- 311 Tendenziell und über alle Molkereien und Abnehmer hinweg ist die Dauer der mit den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels vereinbarten Zahlungsziele von 2006 bis 2011

¹⁷⁴ Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung vom 11. Mai 2010.

erheblich angestiegen. Dies gilt nicht für Abnehmer aus anderen Vertriebsschienen, deren Zahlungsziele in den meisten Fällen seit dem Jahre 2006 unverändert geblieben sind.

- 312 Die Länge der Zahlungsziele übersteigt bei allen befragten Molkereien die Verweildauer der Produkte bei dem Abnehmer. In einigen Fällen übersteigt die Länge des Zahlungszieles die der Verweildauer der Molkereiprodukte beim Abnehmer nur um wenige Tage. Teilweise ist die Differenz jedoch ganz erheblich. In mehreren Fällen war das Zahlungsziel rund fünfmal so lang wie die Verweildauer der Molkereiprodukte in den Regalen des Abnehmers.

cc) Vorläufige Schlussfolgerungen

- 313 Ob ein Verhalten wie z. B. die Vereinbarung eines bestimmten Zahlungszieles eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht darstellt, ist regelmäßig anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Bei klaren Verstößen gegen das Verbot der passiven Diskriminierung ist es nach Einschätzung des Bundeskartellamtes möglich, einzelne Vertragsbestandteile für sich genommen wettbewerbsrechtlich zu bewerten, ohne den gesamten sonstigen Vertragskontext für die Bewertung heranzuziehen.
- 314 Die Vereinbarung eines Zahlungszieles, das die Verweildauer der betroffenen Molkereiprodukte beim Handel deutlich übersteigt, ist ein Indiz für eine möglicherweise missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht durch den betroffenen Abnehmer, vorausgesetzt, er ist Normadressat des § 20 Absatz 3 GWB.
- 315 Die Vereinbarung eines Zahlungszieles, das die Verweildauer des betroffenen Molkereiprodukts in hohem Maße übersteigt, kann im Einzelfall bereits für sich genommen und unabhängig von der Gesamtheit der vereinbarten Konditionen eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht im Sinne einer Forderung ohne Gegenleistung darstellen.
- 316 Die Missbräuchlichkeit der Ausübung von Nachfragemacht wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass ein Abnehmer mit allen Lieferanten und für alle betroffenen Molkereiprodukte ein einheitliches Zahlungsziel vereinbart.
- 317 Im Ergebnis geben die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch weitere Hinweise darauf, dass in bestimmten Einzelfällen eine missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB vorliegen könnte. Das Bundeskartellamt wird im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel in einer repräsentativen Stichprobe weitere Analysen zu den Zahlungszielen und ihren Auswirkungen auf die Verhandlungsergebnisse zwischen Handel und Herstellern durchführen.

e) Unbillige Behinderung

- 318 Die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch haben zudem ergeben, dass einige Unternehmen im Juli 2011 mit Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels noch keinen Jahresabschluss für das Jahr 2011 erzielt haben. Dies bestätigt die Aussage von Herstellern aus anderen Produktbereichen, die angegeben haben, die Verhandlungen mit Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels über Konditionen, die üblicherweise Ende des Vorjahres für das Folgejahr abgeschlossen wurden, würden mittlerweile praktisch über das ganze Jahr als „Dauerverhandlungen“ geführt. Auch diese für sich genommen möglicherweise nicht zu beanstandende Praxis kann (je nach den konkreten Umständen) ein Indiz für eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Absatz 1 in Verbindung mit § 20 Absatz 2 GWB sein.
- 319 Negative wettbewerbliche Auswirkungen hat eine mögliche Nachfragemacht des Handels in den Fällen, in denen sich Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels von Markenherstellern deren Rezepturen mit dem Ziel offen legen lassen, diese für die Herstellung ihrer eigenen Handelsmarken zu kopieren. Diese Praxis kann dazu führen, den Innovationsanreiz für Produktneuentwicklungen ganz erheblich zu reduzieren. Denn die Hersteller haben dann keine wirtschaftlichen Anreize für echte Innovationen mehr, wenn sie befürchten müssen, dass Handelsunternehmen nach erzwungener Offenlegung von Rezepturen den Markterfolg durch die zeitnahe Einführung von sehr ähnlichen („metoo“-) Produkten vernichten. Inwieweit hier tatsächlich ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften vorliegt, kann erst nach weiteren Ermittlungen auch unter Einbeziehung der Handelsunternehmen entschieden werden.
- 320 Der Ablauf von Verhandlungen kann zwar Hinweise für die Machtverteilung zwischen den Verhandlungspartnern liefern. Allerdings sieht das Bundeskartellamt bisher keine Anhaltspunkte für eine unbillige Behinderung der Molkereien durch Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels in der vom DBV geschilderten Verhandlungsstrategie des Lebensmitteleinzelhandels, im Rahmen der Jahresgespräche zunächst mit solchen Molkereien einen Abschluss zu erzielen, die Milchbasisprodukte herstellen, und erst im Anschluss daran mit den Markenherstellern den Vertragsabschluss zu suchen. Dieses marktstrategische Vorgehen begründet für sich genommen keinen Anfangsverdacht für ein wettbewerbswidriges Verhalten. Ob die Einschätzung des DBV, dass Hersteller von Basisprodukten immer die schwächeren Verhandlungspartner im Vergleich zu den Herstellern von Molkereimarkenprodukten sind, zutrifft, erscheint nach dem Ergebnis der Ermittlungen zudem zweifelhaft. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes haben vielmehr gezeigt, dass die Ausweichmöglichkeiten von Molkereien, die Basisprodukte herstellen, jedenfalls nicht schlechter als

die der Molkereien mit Herstellermarken sind. Auch wenn deren Produkte in größerem Maße austauschbar sind, haben sie – je nach allgemeiner Marktlage – u. U. nämlich sogar die besseren Ausweichmöglichkeiten, was ihre Verhandlungsposition gegenüber dem Handel verbessert.

2. Transparenz und Preisabsprachen

321 Die allgemeinen Vor- und Nachteile von Transparenz hat das Bundeskartellamt im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung von Marktinformationssystemen für Rohmilch dargestellt (s. unter B I 3.) Transparenz kann, auch wenn sie kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist, kollusives Verhalten zwischen Wettbewerbern fördern und tendenziell zu einer Abnahme der Wettbewerbsintensivität führen. Zudem haben die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch weitere Hinweise darauf ergeben, dass Transparenz die tendenziell stärkere Marktseite begünstigt und jedenfalls nicht der tendenziell schwächeren Marktseite nutzt.

a) Transparenz über Preisentwicklung und Anlieferungsmengen

322 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen seiner Ermittlungen zur Sektoruntersuchung Milch von verschiedenen Seiten Hinweise darauf erhalten, dass die Transparenz über die Milchauszahlungspreise durch die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels in ihren Kontraktverhandlungen mit den Molkereien genutzt wird, um für sich günstigere Konditionen zu erzielen.

323 Nach den Hinweisen, die das Bundeskartellamt erhalten hat, geschieht dies in unterschiedlicher Form. Zum Einen verwenden Handelsunternehmen Daten über die aktuell angelieferte Rohmilchmenge oder Tendenzberichte zur Preisentwicklung bei Fett und Eiweiß, um ggf. Preiszugeständnisse gegenüber den Molkereien einzufordern. Zum anderen verwenden Handelsunternehmen Daten über Milchauszahlungspreise der Molkereien, um mögliche Kosteneinsparungen im Interesse niedriger Herstellerabgabepreise bei den Molkereien einzufordern.

324 Derartige Praktiken geben für sich genommen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels machen sich vielmehr lediglich vorhandene Informationsquellen zu Nutze, um ihr Interessen durchzusetzen. Unternehmen auf der Molkereiseite, die durch Offenlegung ihrer Geschäftsdaten zu der Publikation derartiger Daten beitragen, sollten jedoch überlegen, welchen Nutzen sie selbst aus der Offenlegung ziehen.

b) **Transparenz über Ergebnisse der Kontraktverhandlungen**

- 325 Nach wie vor findet in den Printmedien eine frühzeitige detaillierte Berichterstattung über die Ergebnisse der Kontraktverhandlungen zwischen den Molkereien und den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels statt. Dabei wird insbesondere das Ergebnis der Kontraktverhandlungen der Molkereien mit dem Unternehmen Aldi zu einem Zeitpunkt publiziert, in dem die Kontraktverhandlungen anderer Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels mit den Molkereien für dieselbe Produktgruppe (häufig sind dies Butter und Trinkmilch) noch andauern.
- 326 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Ermittlungen zur Sektoruntersuchung Milch Hinweise von Molkereien darauf erhalten, dass die Ergebnisse der Kontraktverhandlungen mit Aldi zum Maßstab des Verhandlungsergebnisses anderer Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels mit Molkereien gemacht werden. Soweit dementsprechende Forderungen der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels durchsetzbar sind, bewirkt dies eine Angleichung der Beschaffungskonditionen, die wiederum ein wesentlicher Faktor bei der Festsetzung der Ladenverkaufspreise sind und damit zu einer Vereinheitlichung der Ladenverkaufspreise zumindest im Preiseinstiegssegment führen.
- 327 Diese Tendenz wird weiter dadurch verstärkt, dass in den Printmedien zusätzlich Angaben darüber enthalten sind, welche Folgen die Kontraktverhandlungen von Aldi für ein bestimmtes Produkt für die Ladenverkaufspreise von Aldi haben werden. In der Vergangenheit haben sich diese Prognosen als sehr belastbar herausgestellt und den Wettbewerbern von Aldi ermöglicht, sich frühzeitig auf Preisveränderungen ihres Wettbewerbers einzustellen. Dies gilt sowohl für Preissenkungen wie auch für Preisanhebungen.
- 328 Derartiges Verhalten wäre zwar auch über eine systematische Beobachtung der Ladenverkaufspreise von Wettbewerbern möglich, die in der Praxis nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes tatsächlich auch zusätzlich durchgeführt wird. Allerdings ermöglicht das Beobachten von bereits bestehenden Ladenverkaufspreisen lediglich eine nachträgliche Anpassung der eigenen Preise, während die Veröffentlichung im Vorfeld den Handelsunternehmen eine quasi zeitgleiche Anpassung ihres Preiseinstiegssegments an die Ladenverkaufspreise von Aldi ermöglicht. Eine kartellrechtswidrige vorherige Verständigung der Handelsunternehmen über den Ladenverkaufspreis, sei es untereinander oder über den jeweiligen Lieferanten, wie dies möglicherweise in anderen Produktbereichen erfolgt, ist für die Basisprodukte aus dem Bereich Molkereiprodukte jedenfalls nicht notwendige Voraussetzung, um die identische Preisgestaltung zu erklären.

3. Unter Einstandspreisverkauf von Molkereiprodukten

- 329 Das Bundeskartellamt hat weder im Bereich der Molkereiprodukte noch im Bereich der sonstigen Lebensmittel im vergangenen Jahr ein Verfahren wegen des Verdachts des Verkaufs unter Einstandspreis geführt. Im Bereich der Molkereiprodukte hat das Bundeskartellamt weder in diesem noch im vergangenen Jahr Beschwerden erhalten. Dies kann auch daran liegen, dass den Verbänden, die in den Jahren zuvor regelmäßige Beschwerden erhoben hatten, die Konsequenzen aus dem Rossmann-Urteil¹⁷⁵ des BGH bewusst waren und sie das von der Einlegung weiterer Beschwerden abgehalten hat.
- 330 Zwischen Bundeskartellamt einerseits und den Gerichten andererseits bestanden im Rossmann-Verfahren unterschiedliche Auffassungen u.a. darüber, wie Pauschalrabatte der Hersteller an die Händler bei der Ermittlung des Einstandspreises einer Ware im Sinne des § 20 Absatz 4 Satz 2 GWB 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 ging es im Rossmann-Verfahren um die Anrechnung sog. Werbekostenzuschüsse („WKZ“). Nach Ansicht des Bundeskartellamtes sind WKZ bei der Berechnung des Einstandspreises nach § 20 Absatz 4 GWB zu berücksichtigen, indem sie gleichmäßig auf das Gesamtsortiment des jeweiligen Lieferanten umgelegt werden. Das OLG Düsseldorf - bestätigt durch den BGH - ging demgegenüber davon aus, dass WKZ nur auf die Produkte anzurechnen sind, die der Händler tatsächlich in den Aktionszeiträumen bewirbt. Bei dieser Art der Berechnung war der Einstandspreis der verfahrensgegenständlichen Drogerieartikel entsprechend geringer und lag nicht mehr unter dem Angebotspreis.
- 331 Diese Rechtsprechung verhindert eine effektive Anwendung des § 20 Absatz 4 GWB durch die Kartellbehörden, weil die Ermittlung des Einstandspreises sowohl für den Normadressaten als auch für die Kartellbehörde zum Zeitpunkt des Verkaufs der Ware nicht mehr hinreichend bestimmbar ist. Durchsetzbar wäre das Verbot des Untereinstandspreises nur dann, wenn der Einstandspreis zum Zeitpunkt der Angebotskalkulation präzise berechnet werden könnte und Pauschalrabatte anteilig angerechnet würden. Ausreichende Hinweise auf die für ein Verfahren erforderliche exakte Berechnung des Einstandspreises nach der von den Gerichten festgelegten Berechnungsmethode ergeben sich – entgegen der Auffassung

¹⁷⁵ Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 Kart 9/08 OWi, abrufbar unter <http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2009/VI2Kart908OWIurteil20091112.html>; der BGH hat die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen die Aufhebung des Bußgeldbescheids abgewiesen.

des Unternehmens Rossmann¹⁷⁶ – eben nicht aus den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Hersteller und Handelsunternehmen.

- 332 Im Bereich des Einzelhandels mit Getränken hat das Bundeskartellamt allerdings eine Anfrage wegen eines angeblichen Verkaufs unter Einstandspreis erhalten. Das beanstandete Verhalten konnte jedoch nicht aufgegriffen werden, da die Aktion durch die Beteiligung einer Vielzahl von Getränkeherstellern so ausgestaltet war, dass es dem Bundeskartellamt nicht möglich gewesen wäre, einen Verkauf unter Einstandspreis nachzuweisen.¹⁷⁷ Dies verdeutlicht exemplarisch, mit welchen großen praktischen Problemen die Durchsetzung des Verbots nach wie vor behaftet ist. Darüber hinaus dürften große Lebensmittelhändler aufgrund ihres erheblichen Nachfragevolumens und einer erheblichen Nachfragebedeutung ihre Waren häufig zu Konditionen beschaffen, die es ihnen ermöglichen, Verkaufspreise festzulegen, die wesentlich günstiger sind als die Einstandspreise kleiner und mittlerer Wettbewerber. Ein Verstoß gegen § 20 Absatz 4 GWB liegt dann jedoch ebenfalls nicht vor.
- 333 Geschützt werden durch die Vorschrift des § 20 Absatz 4 GWB kleine und mittlere Wettbewerber. Anders als im Bereich des Einzelhandels mit Getränken, in dem es mit der Vertriebschiene der Getränkeabholmärkte tatsächlich noch in größerem Umfang im Verhältnis zu den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels „kleine und mittlere“ Wettbewerber gibt, ist der Nachweis unbilliger Behinderung von derart kleinen und mittleren Wettbewerbern in Bezug auf Molkereiprodukte möglicherweise schwerer zu führen, als z. B. im Bereich des Getränkeeinzelhandels.
- 334 Soweit von Seiten großer Lebensmitteleinzelhändler in kartellrechtlich unzulässiger Weise Druck auf die Preisstellung von Lieferanten ausgeübt wird, ohne dass ein Untereinstandsverkauf im Sinne des § 20 Absatz 4 GWB vorliegt, verfolgt das Bundeskartellamt solche Verstöße auf der Grundlage des § 20 Absatz 3 GWB. Allerdings erfüllen nicht jegliche Einkaufskonditionen, bei denen sich das Machtgefälle zwischen Lebensmitteleinzelhändlern und Lieferanten zu Lasten der Lieferanten niederschlägt, diesen Missbrauchstatbestand.

¹⁷⁶ Vgl. „Debatte um Unter-Einstand dauert an“ in LZ vom 16. 12. 2011, S. 22, 2. Absatz.

¹⁷⁷ Ein Handelsunternehmen hatte damit geworben, dass die Kunden bei einem Kauf von Getränken in Mehrwegkästen von beliebigen Herstellern zusätzlich einen Kasten Mineralwasser gratis erhalten.

C. Status Quo und Entwicklung des rechtlichen Rahmens auf Europäischer Ebene

335 Durch verschiedene Reformmaßnahmen, die in der VO GMO¹⁷⁸ zusammengefasst sind, hat die Europäische Union eine gemeinsame Marktorganisation für die Agrarmärkte geschaffen. Mit der sogenannten „health check“ Reform¹⁷⁹ wurde im Jahre 2009 u.a. beschlossen, die Milchquoten sukzessive zu erhöhen, um einen gleitenden Übergang bis zur Abschaffung der Milchquoten im Jahre 2015 zu ermöglichen. Nachdem es in der Zeit zwischen den Jahren 2007 und 2009 starke Preisschwankungen sowohl beim Milchgeld als auch bei den Ladenverkaufspreisen bei Molkereiprodukten gegeben hatte, hatte die Europäische Union eine Hochrangige Expertengruppe im Milchbereich (im Folgenden: HLG) ins Leben gerufen, die im Juni 2010 ihren Abschlussbericht vorgelegt hat. Neben dem Abschlussbericht, der eine Analyse der Marktverhältnisse im Milchsektor enthält, wurden auch eine Reihe von Empfehlungen vorgelegt. Die Empfehlungen betreffen u. a. die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen der jeweiligen Marktteilnehmer, die Stärkung der Verhandlungsmacht der Erzeuger, die Errichtung von (marktstufenübergreifenden) Branchenorganisationen und die Erhöhung von Transparenz. Die Umsetzung der Empfehlungen für die hier genannten Bereiche werden durch das „Milchpaket“ mittels gesetzlicher Grundlage konkretisiert (dazu unter C I). Daneben beschäftigt sich die Europäische Union im Rahmen eines High Level Forums mit dem Funktionieren der Lebensmittelkette im allgemeinen (dazu unter C II).

I. EU Milchpaket

1. Stand der Diskussion

336 Anfang Dezember 2012 haben sich das Europäische Parlament, der Ministerrat und die Europäische Kommission im sogenannten Trilog im Sonderausschuss Landwirtschaft mit qualifizierter Mehrheit auf eine Fassung des Milchpakets geeinigt,¹⁸⁰ dessen wesentliche Bestandteile im Folgenden dargestellt werden. Der Vorsitzende des Sonderausschusses Landwirtschaft wird den Vorsitzenden des AGRI-Ausschusses¹⁸¹ des Europäischen Parlaments entsprechend informieren, um eine Einigung in erster Lesung Anfang 2012

¹⁷⁸ Council Regulation (EC) Nr. 1234/2007, vom 22. Oktober 2007 ABL L 299, 16.11. 2007, S. 1.

¹⁷⁹ Council Regulation (EC) 72/2009 vom 19. Januar 2009, ABl. L 230 vom 2. 9. 2009, S. 6.

¹⁸⁰ Ratsdokument 18242/11 vom 7. Dezember 2011 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No. 1234/2007 as regards contractual relations in the milk and milk products sector und Ratsdokument 18242/11 ADDI (Addendum).

¹⁸¹ Committee on Agriculture and Rural Development of the European Parliament.

herbeizuführen. Die Veröffentlichung im Amtsblatt würde dann wahrscheinlich im April 2012 erfolgen.

337 Die vorgesehene Regelung enthält u.a. folgende Punkte:

a) Branchenorganisationen

338 Artikel 123¹⁸² wird ergänzt um die Möglichkeit für Mitgliedstaaten, Branchenorganisationen anzuerkennen. Diese können marktstufenübergreifend besetzt sein. Sie dürfen u.a. das Wissen und die Transparenz im Milchsektor verbessern, indem sie statistische Daten zur Entwicklung der Höhe des Milchgelds, zu Milchanlieferungsmengen und zu branchenüblichen Vertragslaufzeiten im Bereich der Rohmilcherfassung veröffentlichen. Ferner sind sie berechtigt, Markttrends auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene aufzuzeigen, das Potential von Exportmärkten zu analysieren, Marktstudien zu veröffentlichen, über Molkereiprodukte zu informieren und diese zu bewerben und Muster für Standardverträge für den Kauf von Rohmilch und den Verkauf von Molkereiprodukten zu entwickeln.

339 Die Branchenorganisationen werden durch die jeweiligen Mitgliedstaaten, auf deren Gebiet sie tätig sind, anerkannt.¹⁸³ Die Europäische Kommission kann u.a. die Voraussetzungen für die Anerkennung von Mitgliedstaaten übergreifenden Branchenorganisationen festlegen.¹⁸⁴ Die Mitgliedstaaten haben in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob die Anerkennungsvoraussetzungen für eine Branchenorganisation (noch) vorliegen und können ggf. die Anerkennung widerrufen.

340 Branchenorganisationen dürfen weder selbst Milch erzeugen, noch zu Molkereiprodukten verarbeiten oder Molkereiprodukte vertreiben.¹⁸⁵ Durch die Tätigkeit der Branchenorganisation darf u.a. keine Marktaufteilung stattfinden, Preisabsprachen sind unzulässig, es dürfen nur Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden, die unerlässlich zur Erreichung der Ziele der Branchenorganisation sind und es darf nicht zu einem Wettbewerbsausschluss für einen wesentlichen Teil der relevanten Produktmärkte kommen.¹⁸⁶

¹⁸² Artikel ohne weitere Quellenangabe sind Artikel der VO 1234/2007 unter Berücksichtigung der Änderungen der Milch VO.

¹⁸³ Artikel 126-ab.

¹⁸⁴ Artikel 126 c.

¹⁸⁵ Artikel 126 ab Ziffer 1 lit. (d).

¹⁸⁶ Artikel 177a Ziffer 4.

341 Erfüllt eine Branchenorganisation diese Voraussetzungen, ist sie im Rahmen ihrer Tätigkeit vom Kartellverbot des Artikels 101 AEUV befreit.¹⁸⁷

b) Erzeugerorganisationen

342 Die Mitgliedstaaten müssen Erzeugerorganisationen und Vereinigungen von Erzeugerorganisationen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, anerkennen.¹⁸⁸ Soweit bereits anerkannte Erzeugergemeinschaften oder Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen, können die Mitgliedstaaten diese als anerkannte Erzeugergemeinschaften behandeln, ohne eine erneute Anerkennung aussprechen zu müssen.¹⁸⁹ Die Mitgliedstaaten müssen in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob und wie weit die Anerkennungsvoraussetzungen (noch) vorliegen.¹⁹⁰

343 Die Erzeugerorganisationen dürfen die Vertragsverhandlungen für die Erzeuger für die von diesen angelieferte Rohmilch oder einen Teil von deren Rohmilchlieferrmenge mit den Molkereien führen.¹⁹¹

344 Eine Erzeugergemeinschaft darf jedoch nicht Verhandlungen über mehr als maximal 3,5 % der gesamteuropäischen Milchmenge bzw. 33 % der in dem Mitgliedstaat, in dem sie tätig ist erzeugten und gehandelten Milchmenge führen.¹⁹² Die zuständige Wettbewerbsbehörde kann auch dann eine Verhandlung durch eine Erzeugerorganisation verbieten, wenn zwar die genannten Schwellen nicht überschritten werden, gleichwohl jedoch im Einzelfall der Wettbewerb durch die gemeinsame Verhandlung durch die Erzeugergemeinschaft ausgeschlossen würde oder dadurch ein schwerwiegender Schaden für kleine und mittlere Molkereien entstehen würde.¹⁹³

¹⁸⁷ Artikel 177a.

¹⁸⁸ Artikel 126 a in Verbindung mit Artikel 122 (b) und Artikel 122 (c).

¹⁸⁹ Erzeugerorganisationen, die nach nationalem Recht anerkannt sind und die Anerkennungsvoraussetzungen nach europäischem Recht nicht erfüllen, können für eine Übergangszeit von sechs Monaten nach Inkrafttreten der Regelung ihre Tätigkeit fortführen.

¹⁹⁰ Sind die Voraussetzungen für die Anerkennung entfallen oder treten sonstige Unregelmäßigkeiten auf, müssen die zuständigen nationalen Behörden über Strafmaßnahmen und nötigenfalls über die Aberkennung des Status als anerkannte Erzeugergemeinschaft entscheiden.

¹⁹¹ Dafür ist weder erforderlich, dass das Eigentum an der Rohmilch von den Erzeugern auf die Erzeugerorganisation übertragen wird, noch dass ein einheitlicher Preis für alle angeschlossenen Erzeuger verhandelt wird, Artikel 126 a Ziffer 2. lit (a) und (b).

¹⁹² Artikel 126a Ziffer 2 lit. (c).

¹⁹³ Artikel 126 a Ziffer 5.

345 Grundsätzlich dürfen Erzeuger zudem nicht Mitglied in mehreren Erzeugergemeinschaften sein.¹⁹⁴ Der Mitgliedschaft in einer Erzeugergemeinschaft bzw. der Vertragsverhandlung durch eine Erzeugergemeinschaft dürfen keine Verpflichtungen aus Genossenschaftsrecht entgegenstehen.

c) Verträge

346 Ob der Abschluss von Verträgen zwischen Milcherzeugern und Molkereien verpflichtend sein soll oder nicht, können die Mitgliedstaaten selbst festlegen. Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dafür, eine solche Verpflichtung einzuführen, müssen diese Verträge bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Zum Beispiel müssen dann Vertragsangebot und Vertragsabschluss schriftlich gemacht werden und vor der Lieferung der Rohmilch durch den Erzeuger erfolgen. Der Vertrag muss einen Preis für die Rohmilch oder einen Preisfindungsmechanismus enthalten, die Vertragsdauer festlegen, Liefermenge und Lieferzeitpunkt müssen schriftlich vereinbart sein.¹⁹⁵

347 Von diesen Verpflichtungen sind die genossenschaftlich organisierten Molkereien ausgenommen, wenn deren Milchlieferstatut oder deren Satzung bereits entsprechende Regelungen enthält.¹⁹⁶

d) Mengenregulierung für Käse mit geschützter Ursprungsbezeichnung oder geschützter geographischer Angabe

348 Mitgliedstaaten können auf Anregung u.a. von Branchenorganisationen für eine begrenzte Zeit verbindliche gesetzliche Regelungen erlassen, die das Angebot von Käse mit geschützter Ursprungsbezeichnung oder geschützter geographischer Angabe regeln. Dabei müssen mindestens zwei Drittel der betroffenen Erzeuger, die den Rohstoff für derartige Käsesorten herstellen, zustimmen.¹⁹⁷

349 Geregelt werden darf nur die Menge des Angebots dieser Käsesorten. Die staatliche Regelung darf nicht länger als drei Jahre gelten.¹⁹⁸ Eine Preisabsprache darf ebenfalls nicht erfolgen. Die staatliche Regelung darf im Ergebnis nicht dazu führen, dass ein großer Teil der

¹⁹⁴ Mitgliedstaaten können in besonders gelagerten Fällen davon Ausnahmen vorsehen.

¹⁹⁵ Artikel 185 f Ziffer 2.

¹⁹⁶ Artikel 185 f Ziffer 3.

¹⁹⁷ Artikel 126 b Ziffern 1 und 2.

¹⁹⁸ Soll sie darüber hinaus gelten, muss die Branchenorganisation einen erneuten Antrag stellen und das Zustimmungserfordernis in Bezug auf die betroffenen Erzeuger besteht ebenfalls erneut.

Produktion, die sonst verfügbar wäre, entfällt.¹⁹⁹ Mitgliedstaaten haben zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Regelung nach deren Erlass weiter fortbestehen. Ist dies nicht (mehr) der Fall, kann der Mitgliedstaat, der eine Regelung gemäß Artikel 126 b erlassen hat, diese aufheben.²⁰⁰

e) Sonstige Bestimmungen

350 Die Europäische Kommission erhält das Recht, Durchführungsverordnungen zu erlassen.²⁰¹ Sie soll vor dem 31. Dezember 2012 dem Parlament und dem Rat einen Bericht über die Entwicklung der Marktsituation vorlegen und nötigenfalls Empfehlungen zur reibungslosen Umsetzung des Auslaufens des Milchquotensystems aussprechen.²⁰² Zudem soll sie zum 30. Juni 2014 und 31. Dezember 2018 dem Parlament und dem Rat einen Lagebericht vorlegen, um u.a. zu überprüfen, wie sich diese Regelungen auf Erzeuger in benachteiligten Gebieten auswirken.

2. Wettbewerbsrechtliche Bewertung

351 Das Bundeskartellamt ist im vergangenen Jahr auf Einladung der Generaldirektion Wettbewerb beratend im Rahmen der ECN Subgroup on Milk in die Diskussionen über die Ausgestaltung des Milchpakets einbezogen gewesen. Weder das Bundeskartellamt noch die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission sind aber federführend an der Ausgestaltung des Milchpakets beteiligt gewesen.

a) Branchenorganisationen

352 Das Bundeskartellamt begrüßt, dass die Errichtung von Branchenorganisationen der Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates vorbehalten bleibt. Soweit Branchenorganisationen lediglich den Konsum von Molkereiprodukten beispielsweise durch Information der Öffentlichkeit und Erforschung von Exportbedingungen unterstützen, dürfte dies kartellrechtlich nicht zu beanstanden sein. Mit Hilfe der Branchenorganisation dürfen jedoch keine An- oder Verkaufspreise bzw. Preisbestandteile festgesetzt werden und Marktsteuerung durch Mengenregulierung vorgenommen werden. Die Branchenorganisation darf auch kein Forum für den Austausch derartiger Informationen darstellen.

¹⁹⁹ Artikel 126 b Ziffer 4.

²⁰⁰ Artikel 126b Ziffer 6. Die Europäische Kommission erhält ein eigenständiges Widerrufsrecht in Artikel 126 b Ziffer 8.

²⁰¹ Artikel 177a Ziffer 7.

²⁰² Ergänzung zu Artikel 184 Ziffer 6.

- 353 Die Errichtung von Informationssystemen über Milchzahlungspreise, Anlieferungsmengen und Vertragslaufzeiten sind kartellrechtlich dann kritisch zu bewerten, wenn aktuelle betriebsbezogene Daten veröffentlicht werden sollten. Es gibt allerdings bisher keine Hinweise dafür, dass die Veröffentlichung von aktuellen betriebsbezogenen Daten vom Normgeber beabsichtigt ist. Vielmehr verdeutlicht die Einführung zu der beabsichtigten Norm nochmals, dass die Etablierung von Branchenorganisationen nicht zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen darf.²⁰³
- 354 Die Erfahrung anderer Staaten, die bereits Branchenorganisationen im Bereich der Milchwirtschaft haben, zeigt, dass eine derartige Organisation nicht notwendig in der Lage ist, die teilweise ganz erheblichen Interessengegensätze zu überbrücken. In der Schweiz ist die nach der Liberalisierung des Milchmarktes eingeführte Branchenorganisation Milch bisher praktisch wirkungslos geblieben: Die Schweiz hat seit Juni 2009 eine Branchenorganisation (BO Milch), in der Erzeuger, Molkereien, Käsereien und Handelsunternehmen ihre Interessen bündeln können. Die BO Milch hatte zunächst die Aufgabe, in drei Stufen ein Modell zur Mengenföhrung der Molkereimilch einzuföhren.²⁰⁴ Nachdem dieses Modell nicht konsensfähig war, hat die BO Milch einen Maßnahmenkatalog²⁰⁵ sowie einen Standardvertrag entwickelt, die beide eine produktspezifische Bezahlung der Rohmilch in Abhängigkeit der am Verkaufspunkt realisierten Wertschöpfung vorsehen.²⁰⁶ Diese Regelung soll an Stelle einer (gescheiterten) verbindlichen Mengenvorgabe Anreize für eine marktgerechte Verwertung setzen.²⁰⁷ Das Schweizer Parlament hat zudem die Möglichkeit, Maßnahmen zur Milchproduktionsregelung für allgemeinverbindlich zu erklären.²⁰⁸ Der in der Schweizer Milchwirtschaft „reichlich

²⁰³ Rz. 12 der Einleitung zum Entwurf vom 7. Dezember 2011.

²⁰⁴ Vertragsmilch, Börsenmilch (Milch, die über die vertraglich bestimmte Menge hinaus in den Handel kommt) und Abräummilch (Abräummilch wird bestimmt, wenn der Preis für die Börsenmilch unter ein bestimmtes Minimum fällt, der Preis für die Abräummilch ist der Weltmarktpreis).

²⁰⁵ Maßnahmenkatalog zur Stabilisierung des Milchmarktes vom 24. November 2010, Reglement der Branchenorganisation Milch, abrufbar unter <http://www.it-lait.ch/site/>.

²⁰⁶ Dieses Modell wird als „Segmentierung“ bezeichnet. Die Segmentierung erfolgt in A-Milch (für den geschützten und gestützten Inlandsbereich), B-Milch (für den Export in die EU) und C-Milch (für den nicht staatlich gestützten Export in Staaten außerhalb der EU).

²⁰⁷ Bericht in *alimenta online.ch* vom 6. September 2010, abrufbar unter <http://www.alimentaonline.ch/News>.

²⁰⁸ Eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung im Rahmen des Schweizer Landwirtschaftsgesetzes würde eine Ausnahme vom Kartellverbot bewirken, vgl. WEKO in *Recht und Politik des Wettbewerbs 2010/1* Seite 9. Der Schweizer Bundesrat hat z. B. auf Gesuch der BO Milch den von dieser entwickelten Standardvertrag, der die Segmentierung enthält, für allgemeinverbindlich erklärt. Die dort niedergelegten vertraglichen Vorgaben sind damit für sämtliche Akteure der Schweizer Milchwirtschaft, also auch für Unternehmen, die nicht Mitglied der BO Milch sind, verbindlich.

vorhandene Konfliktstoff“ hat allerdings dazu geführt, dass die BO Milch fortwährend am Rande des Auseinanderbrechens agiert und die getroffenen Beschlüsse bisher regelmäßig nicht umgesetzt worden sind.²⁰⁹ Im Oktober 2011 hat die Schweizer Milchproduzentenvertretung SMP daher beschlossen, aus der Branchenorganisation auszutreten.²¹⁰

b) Erzeugerorganisationen

- 355 Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sind insbesondere die hohen Schwellenwerte bis zu denen Erzeugergemeinschaften auf der Grundlage des im Milchpaket anerkannt werden können, zu kritisieren. Der Entwurf sieht überwiegend eine einheitliche Regelung für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union vor und trägt damit dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, dass die realen Marktbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr stark divergieren.
- 356 Dies zeigt sich für Deutschland z. B. an der Tatsache, dass die Regelung des Milchpakets für die Größenordnung von Erzeugervereinigungen u.a. eine bundesweite Grenze zieht, nämlich die nationale Milchmenge, in der Realität jedoch die Milcherfassung auf Regionalmärkten erfolgt. Während ein nationaler Ansatz in anderen (kleineren) Mitgliedstaaten mit anderen Marktstrukturen sachgerecht sein dürfte, könnte dies für Deutschland dazu führen, dass in einzelnen Regionalmärkten nur noch eine Erzeugergemeinschaft tätig ist und dies auf der Grundlage der europäischen Regelung nicht zu beanstanden wäre. Eine Erzeugerorganisation dürfte in Deutschland nämlich rund 5 Mrd. kg Milch bündeln.
- 357 Eine der größten Milcherzeugergemeinschaften Deutschlands, die Bayern MeG, bündelt derzeit nur rund 1,7 Mrd. kg Milch. Dies entspricht rund einem Drittel der in Bayern von nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien nachgefragter Milch. Sollte es der Bayern MeG gelingen, die nach europäischem Recht mögliche Obergrenze für die Bündelung tatsächlich zu erreichen, könnte sie praktisch die komplette Milchmenge, die bayerische Molkereien nachfragen, bündeln. Schon heute beliefern die in der Bayern MeG organisierten Milcherzeuger viele der in Bayern ansässigen nicht genossenschaftlich organisierten Molkereien. Sollte der Verdacht bestehen, dass durch eine Erzeugergemeinschaft der Wettbewerb ausgeschlossen wird, und die Anerkennung widerrufen werden müsste, erforderte dies ein komplexes Prüfverfahren von der räumlichen Marktabgrenzung bis hin zu den möglicherweise wettbewerbsausschließenden Wirkungen der Bündelung. Die sich aus nationalen Obergrenzen und regionalen Marktverhältnissen möglicherweise ergebende

²⁰⁹ Bericht in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) vom 23. Dezember 2011, Seite 24.

²¹⁰ Meldung unter <http://www.agrarheute.com> vom 6.10.2011.

Divergenz der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung kann für die von der Regelung an sich begünstigten Erzeugergemeinschaften zudem zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen.

- 358 Die Möglichkeit der Milchpreisverhandlung von Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften legalisiert eine bisher im Graubereich angesiedelte tatsächlich geübte Praxis. Auf der Grundlage des Marktstrukturgesetzes ist es Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften bisher nicht gestattet, selbst Milchpreise zu verhandeln. De facto sind Vertreter von Vereinigungen von Erzeugergemeinschaften aber bereits bisher bei den Preisverhandlungen der ihnen angeschlossenen Erzeugervereinigungen präsent. Mit der Übernahme der Regelung aus dem Milchpaket, könnten die Vereinigungen der Erzeugergemeinschaften bei den Verhandlungen sowohl präsent sein als auch eine aktive Verhandlungsrolle übernehmen. Hierdurch werden die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen größerer Erzeugergemeinschaften verstärkt.
- 359 Ob durch die Regelungen eine signifikante Veränderung der Marktverhältnisse für den deutschen Markt bewirkt wird, erscheint fraglich. Der größte Teil der Milchmenge wird in Deutschland von genossenschaftlich organisierten Molkereien erfasst und verarbeitet. Erzeuger, die Mitglied in einer genossenschaftlich organisierten Molkerei sind, dürfen die Milchmenge, die sie ihrer Genossenschaft abliefern, nicht im Rahmen einer anerkannten Erzeugergemeinschaft verhandeln. Da die Erzeuger regelmäßig ihre gesamte Milchmenge anliefern (müssen), bleiben die Vorschriften über die Stärkung der Erzeugerorganisationen für den größeren Teil der in Deutschland angelieferten Milch ohne Wirkung.
- 360 Das Bundeskartellamt sieht insoweit auch einen gewissen faktischen Widerspruch in der vorgesehenen Regelung. Diese nimmt zwar die genossenschaftlich organisierten Molkereien insoweit von der Regelung aus, sieht jedoch andererseits vor, dass Erzeuger über den Preis/die Preisfindung mit der Molkerei vor Ablieferung der Rohmilch verhandeln sollen. Letztere Vorschrift gilt auch in Bezug auf genossenschaftlich organisierte Molkereien, die bislang das Milchgeld nicht im Verhandlungswege, sondern je nach eigener Erlössituation ausgezahlt haben.

c) Verträge

- 361 Auch in Bezug auf die Vertragsgestaltung zwischen Erzeugern und Molkereien steht es den Mitgliedstaaten frei, diese Vorschriften zu übernehmen. Nach Informationen des Bundeskartellamtes plant Deutschland derzeit nicht, diese Regelungen zu übernehmen.²¹¹
- 362 Für den Fall, dass Deutschland sich zu einer Übernahme entscheiden sollte, könnte es insbesondere im Hinblick auf die Milchgeldzahlung für Mitglieder einer genossenschaftlich organisierten Molkerei zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung kommen.
- 363 Die Rohmilch wird in Deutschland – anders als in einigen anderen Mitgliedstaaten – zwar bereits heute ganz überwiegend auf der Basis von schriftlichen Vereinbarungen erfasst.
- 364 Allerdings handelt es sich dabei überwiegend nicht um „Verträge“. Die Lieferbedingungen in genossenschaftlich organisierten Molkereien werden vielmehr durch die Milchlieferordnung der Molkerei geregelt. Dort können die Mitglieder einer Genossenschaft – die notwendigen Mehrheiten in der Vertreterversammlung unterstellt – den Inhalt der Milchlieferordnung und damit zugleich wesentliche Lieferbedingungen selbst gestalten. Genossenschaftlich organisierte Molkereien sind daher ausdrücklich von der Bestimmung ausgenommen, soweit ihre Satzung oder Milchlieferordnung entsprechende Regelungen enthält.
- 365 Die Festsetzung der konkreten Höhe des Milchgeldes wird durch den Vorstand der genossenschaftlichen Molkerei nach Ablieferung der Rohmilch eigenverantwortlich bestimmt. Ob dies im Widerspruch zu der beabsichtigten europäischen Regelung schriftlicher Verträge steht, ist im Detail unklar. Einerseits verlangt die beabsichtigte Regelung, dass alle wesentlichen Elemente, so auch der Preis oder zumindest eine Preisfindungsformel, zu Beginn der Lieferbeziehung feststeht. Da die Höhe des Milchgeldes in den genossenschaftlich organisierten Molkereien durch den Vorstand in Eigenverantwortung erfolgt, könnten insoweit zumindest eine Anpassung der Milchlieferordnungen in Bezug auf eine vorab feststehende Preisformel erforderlich werden, um den europäischen Vorschriften hinreichend Rechnung zu tragen. Gegebenenfalls könnte dies eine Änderung des Genossenschaftsgesetzes erforderlich machen.
- 366 Jedenfalls sind die in den Verträgen und/oder Milchlieferordnungen und Satzungen getroffenen Regelungen in Deutschland bislang nicht einheitlich. Bei einer Verwendung von Standardverträgen könnte daher die Gefahr bestehen, dass es zu einer Vereinheitlichung auch der Vertragsinhalte kommt. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre dies insbesondere

²¹¹ dmz Nr. 25 vom 8. Dezember 2011, Seite 13.

dann bedenklich, wenn solche Verträge bundesweit oder regional einen einheitlichen Preis oder eine einheitliche Preisbildung vorsehen oder de facto zu einer solchen Vereinheitlichung führen. Bei verbreiteter Verwendung der Einheitsverträge würde hier eine Preisbildung nicht nur vertikal, also im Verhältnis der Molkereien zu den Erzeugern, sondern zugleich horizontal, also auf der Stufe der Erzeuger und auf der Stufe der Molkereien erfolgen. Eine entsprechende vertikale Preisbildung und/oder horizontale Preisabsprache wäre nach deutschem und europäischen Kartellrecht eine verbotene Kernbeschränkung.

d) Mengenregulierung für Käse

- 367 Die Möglichkeit für Molkereien, nach Zustimmung der betroffenen Erzeuger den Umfang der Produktion für bestimmte geo-geschützte Käsesorten zu begrenzen, wäre einer genossenschaftlich organisierten Molkerei für sich genommen im Rahmen des § 28 GWB ebenfalls möglich. Die Freistellung nach § 28 GWB gilt jedoch nicht für nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien und auch nicht für Vereinbarungen mehrerer Molkereien untereinander. Die nach dem Milchpaket zulässige staatliche Mengensteuerung ginge daher deutlich über den bisherigen Freistellungsrahmen nach nationalem Recht hinaus.
- 368 Das Bundeskartellamt hält die Möglichkeit einer staatlichen Mengenkartellierung, auch wenn sie nur bestimmte geo-geschützte Käsesorten umfassen darf, für mit den allgemeinen Zielen der Milchmarktordnung nicht vereinbar. Das übergeordnete Ziel der europäischen Regelungen ist es, die Wettbewerbsfähigkeit im Molkereisektor insgesamt zu erhöhen und eine bessere Orientierung am Markt zu erreichen.²¹² Dies kann nach Auffassung des Bundeskartellamtes wirkungsvoll nicht durch staatliche wettbewerbseinschränkende Vorschriften geschehen, die sich nicht an den tatsächlichen Marktprozessen und der Entwicklung von Nachfrage und Angebot orientieren.
- 369 Ob diese beabsichtigte Regelung dem beabsichtigten Schutz von ländlichen Regionen dienen wird, erscheint zudem fraglich. In der Regel wird die in diesen Regionen produzierte Milch von den Molkereien nicht lediglich zur Fertigung von geo-geschützten Käsesorten verwendet. Aufgrund der bestehenden Andienungspflichten ist die Gesamtmilchmenge für eine Molkerei ohne Zustimmung der Erzeuger nicht ohne Weiteres steuerbar. Jedenfalls für die in Deutschland tätigen Molkereien haben die Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung ergeben, dass die befragten Molkereien eine Begrenzung der Anliefermenge auch nicht anstreben. Insoweit müsste die nicht für die Produktion des geo-

²¹² Ziffer 1 der Einleitung zu dem Entwurf vom 7. Dezember 2011.

geschützten Käses verwendete Milch einer anderen Verwertung zugeführt werden, verbunden mit der Gefahr von Überangebot und Erlösschmälerungen sowohl für die Molkerei als auch für die Erzeuger. Eine staatlich bestimmte Mengenregulierung stellt jedenfalls einen gravierenden Eingriff in die Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten und in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der einzelnen Molkereien dar.

- 370 Die Schweiz hat bereits vor mehreren Jahren die Möglichkeit geschaffen, für Käse mit einer geschützten Ursprungs- bzw. Herkunftsbezeichnung eine Mengenregulierung zu beschließen. Dies geschieht im Rahmen von Sortenorganisationen, denen Käsereien/Molkereien sowie Handelsunternehmen angehören. Diese Regelung hat unterschiedliche Ergebnisse bewirkt:
- 371 Die Ladenverkaufspreise für alle inländischen Käsesorten in der Schweiz liegen deutlich über den Ladenverkaufspreisen für vergleichbare Käsesorten in Deutschland. Allerdings ist auf Grund der geschützten Ursprungsbezeichnung/Herkunftsbezeichnung ein direkter Vergleich nicht möglich, da die betroffenen Käsesorten nicht in Deutschland produziert werden dürfen.
- 372 Die Erzeuger von Rohmilch, aus denen Emmentaler Käse hergestellt wird, erhalten gegenwärtig ein Milchgeld in Höhe von 50 Schweizer Rappen/kg. Rohmilch. Dies ist weniger als das Milchgeld, was Erzeuger erhalten, deren Rohmilch zu Industriemilch verarbeitet wird.²¹³ Die Erzeuger, deren Rohmilch zu Gruyère verarbeitet wird, erhalten demgegenüber 80 Schweizer Rappen/kg. Die Gründe für diese unterschiedliche Preisentwicklung liegen offenbar auch darin, dass nur die Sortenorganisation Emmentaler Switzerland versucht hatte, auf einen Nachfragerückgang nach Emmentaler Käse mit einer weiteren Mengenbeschränkung für ihre Mitglieder zu reagieren.²¹⁴ Zu Beginn des Jahres 2011 sollten lediglich 70 % der möglichen Produktion ausgelastet werden. Dieser Versuch scheiterte später, da einige Käsereien, die nicht Mitglied der Sortenorganisation waren, sich an diese Mengenbeschränkung nicht gehalten hatten. Dementsprechend sah sich die Sortenorganisation Mitte 2011 gezwungen, die beschlossene Mengenregulierung wieder aufzuheben.

²¹³ Erzeuger, deren Rohmilch zu Industriemilch verarbeitet wird, erhalten gegenwärtig 60 Schweizer Rappen/kg.

²¹⁴ Der Sortenorganisation Emmentaler Switzerland gehören knapp 190 Käsereien und 13 Handelsfirmen (u.a. Emmi und Cremo) an; insgesamt produzieren und vertreiben diese 80 % des AOC Emmentalers; vgl. NZZ Online vom 4. April 2011 und vom 22. Dezember 2011.

373 Insgesamt hält das Bundeskartellamt diese Regelungen daher für wettbewerbsrechtlich bedenklich und überdies für in der Sache ungeeignet. Im Übrigen besteht nach Auffassung des Bundeskartellamtes die Gefahr, dass die Einführung einer staatlichen Kartellierung auf Molkereiebene für die geo-geschützten Käseprodukte das Einfallstor für kartellrechtliche Ausnahmereiche in Bezug auf weitere Molkereiprodukte bilden kann. Nachdem bereits für die Stufe der Erzeuger weitreichende Ausnahmen vom Kartellrecht geschaffen wurden, darf dies nicht für die folgende Marktstufe ebenfalls erfolgen. Im Ergebnis würde sonst eine weitgehend kartellierte Erzeugerstufe einer weitgehend kartellierten Molkereistufe gegenüberstehen, die ihrerseits einer stark konzentrierten Handelsstufe gegenüberstünde. Die negativen Auswirkungen des Milchpakets auf die Konsumentenwohlfahrt und auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der gesamten Branche werden sich hierdurch weiter verstärken.

II. High Level Forum for a better Functioning Food Supply Chain

374 Das High Level Forum wurde durch Beschluss der Europäischen Kommission vom 30.10.2010 eingesetzt. Mitglieder des High Level Forums sind ausgewählte Mitgliedstaaten, Unternehmen der europäischen Lebensmittelindustrie und des Lebensmitteleinzelhandels sowie Interessenverbände. Die Leitung haben verschiedene Generaldirektionen der Europäischen Union.²¹⁵ Die Tätigkeit des High Level Forums ist gegenwärtig noch nicht abgeschlossen. Sein Mandat endet am 31.12.2012.

375 Das High Level Forum soll den Empfehlungen der High Level Group on the Competitiveness of the Agro Food Industry folgen und deren Empfehlungen bzw. deren Zeitplan im Wege von Schlüsselinitiativen umsetzen.²¹⁶ Dazu hat das High Level Forum vier Arbeitsgruppen gebildet,²¹⁷ die sich ihrerseits mit einzelnen Aspekten zu dem jeweiligen Thema beschäftigen und Empfehlungen aussprechen werden.

376 Die Expertenplattform, die sich mit B2B Vertragspraktiken beschäftigt, soll „faire“ und „unfaire“ Geschäftspraktiken identifizieren und sowohl Mittel zur Einhaltung fairer Geschäftspraktiken untersuchen, als auch durch Veröffentlichung von fairen Geschäftspraktiken eine Richtschnur für das Verhalten der Verhandlungspartner zur Verfügung stellen. Darüber hinaus soll sie Mittel zur Abstellung unfairer Geschäftspraktiken erforschen.

²¹⁵ DG Unternehmen, DG Binnenmarkt, DG Gesundheit und Verbraucherschutz sowie DG Landwirtschaft.

²¹⁶ Ihr Mandat endet am 31. Dezember 2012.

²¹⁷ Diese vier Arbeitsgruppen beschäftigen sich jeweils mit einem der folgenden Themenkomplexe: B2B contractual Practices, Food price monitoring tool, Competitiveness of the agro food Industry und Agro-logistics.

- 377 Diese Expertengruppe steht unter der Leitung der DG Unternehmen und der DG Binnenmarkt, die Generaldirektion Wettbewerb ist Mitglied in der Arbeitsgruppe. Über die DG Wettbewerb, die den Informationsaustausch der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten in der ECN Subgroup Food begleitet und organisiert, ist auch das Bundeskartellamt in den Diskussionsprozess eingebunden.
- 378 Zu zwei Initiativen dieser Arbeitsgruppe hat das Bundeskartellamt Stellung genommen, nämlich zur „Beseitigung von Informationssymmetrien zwischen den Marktteilnehmern entlang der Wertschöpfungskette Lebensmittel“ und zur „Standardisierung und Vereinheitlichung von Verträgen entlang der Wertschöpfungskette“. Im Rahmen seiner Stellungnahmen hat das Bundeskartellamt u. a. darauf hingewiesen, dass eine Steigerung der Transparenz jedenfalls nicht zu einer Offenlegung wichtiger wettbewerbsrelevanter Vertragsbestandteile, wie z. B. Konditionen- oder Preisbestandteile, Algorithmen der Preisfindung oder anderer Geschäftsgeheimnisse führen darf. Das Bundeskartellamt hat in der Stellungnahme hervorgehoben, dass Markttransparenz dann zu einem kartellrechtlichen Problem werde, wenn sie Wettbewerbsanreize von Unternehmen vermindert oder eine Kartellbildung begünstigt. Die Offenlegung von Vertragsbestandteilen zwischen Handel und Industrie kann nach Einschätzung des Bundeskartellamtes eine Kartellierung jeder der beiden Marktstufen begünstigen. Das Bundeskartellamt hat sich im Rahmen seiner Stellungnahmen darüber hinaus gegen die Schaffung von weiteren Ausnahmereichen vom Kartellrecht im Bereich der Landwirtschaft ausgesprochen.
- 379 Ebenso wie in Bezug auf das Milchpaket ist aus Sicht des Bundeskartellamtes zudem bei der Ausarbeitung von Empfehlungen oder verbindlichen Regelungen darauf zu achten, dass sowohl die Wettbewerbsbedingungen als auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen innerhalb der Europäischen Union sehr unterschiedlich sind. Eine nationale Rechtsanwendung ist daher nach Auffassung des Bundeskartellamtes im Grundsatz sachgerechter als eine europäische Regelung, die diesen unterschiedlichen Rahmenbedingungen nicht ausreichend Rechnung trägt.

D. Zusammenfassung und Ausblick

- 380 Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Sektorunteruntersuchung eine eingehende Analyse der Milchwirtschaft von der Beschaffung der Rohmilch über die Molkereiwirtschaft bis hin zum Lebensmitteleinzelhandel (als dem wichtigsten Abnehmer für Molkereiprodukte) durchgeführt. Während im Zwischenbericht die Darstellung der Wettbewerbsstrukturen und die Beschreibung der Machtverhältnisse zwischen den einzelnen Marktstufen im Mittelpunkt standen, enthält der Endbericht eine kartellrechtliche Einordnung der im Rahmen der Ermittlungen identifizierten Wettbewerbsprobleme in diesem Bereich. Daher werden im Endbericht nicht mehr alle Bereiche, aus denen Beschwerden vorlagen, behandelt.
- 381 Die Sektoruntersuchung Milch richtet sich nicht gegen einzelne Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Sie nimmt vielmehr eine Einordnung der Wettbewerbsprobleme außerhalb von möglichen Einzelverstößen gegen das Kartellrecht vor. Ihre allgemeine Zielsetzung ist, den Marktteilnehmern und politischen Entscheidungsträgern einen vertieften Einblick in die Wettbewerbssituation im Milchsektor und den maßgeblichen kartellrechtlichen Bewertungsrahmen zu gewähren. Soweit sich aus den Erkenntnissen tatsächliche Anhaltspunkte für Einzelverstöße gegen das Kartellrecht ergeben, sind diese in Einzelverfahren zu prüfen, in denen dann auch die Verfahrensrechte der beteiligten Unternehmen gewahrt sind. Der Endbericht enthält daher keine abschließenden wettbewerbsrechtlichen Einschätzungen oder Aussagen.
- 382 Unter den genannten Voraussetzungen verfolgt der Endbericht drei konkrete Ziele:
- 383 Er zeigt erstens auf, in welchen Fallkonstellationen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Handlungsbedarf bestehen kann und welche Fallkonstellationen aller Voraussicht nach kartellrechtlich unbedenklich sind. Hierbei berücksichtigt das Bundeskartellamt die sektorspezifischen rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen auf deutscher und europäischer Ebene. Zweitens bietet der Endbericht den Marktteilnehmern der Milchwirtschaft einen Rahmen für eine kartellrechtliche Selbsteinschätzung, um das eigene unternehmerische Handeln kartellrechtlich beurteilen zu können und die Fallpraxis des Bundeskartellamtes im Bereich der Milchwirtschaft besser einordnen zu können. Drittens gibt der Endbericht Hinweise darauf, wie in den entsprechenden nationalen und europäischen Foren diskutierte Vorschläge zur Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich der Milchwirtschaft wettbewerbsrechtlich zu beurteilen sind. Vor dem Hintergrund der fortschreitenden Liberalisierung des Milchsektors versteht das Bundeskartellamt diesen Bericht auch als Appell an die politischen Entscheidungsträger, markt- und wettbewerbskonforme Rahmenbedingungen weiter zu unterstützen. Die aus der

Liberalisierung resultierenden Impulse für mehr Wettbewerb beim Milchabsatz sollten nicht durch die Schaffung immer neuer kartellrechtlicher Ausnahmereiche konterkariert werden.

384 Im Einzelnen:

385 Die Darstellung der Fallpraxis im Bereich der Zusammenschlusskontrolle und der kartellrechtlichen Prüfung von Kooperationen zwischen Molkereien soll den Marktteilnehmern einen Rahmen bieten, um die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes besser einordnen zu können. Die Sektoruntersuchung beschreibt den analytischen Ansatz, nach dem das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse und Kooperationen im Milchsektor beurteilt. In diesen sind insbesondere die Fallpraxis und die Erfahrung des Bundeskartellamtes, die Praxis der Europäischen Kommission sowie die einschlägige Rechtsprechung eingeflossen.

386 Im Bereich der Fusionskontrolle ist für die kartellrechtliche Beurteilung allein maßgebend, ob es durch den Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt. Wenn dies der Fall ist, aber auch nur dann, hat das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zu untersagen oder unter entsprechenden Auflagen und Bedingungen freizugeben. Grundlage für die Entscheidung im Einzelfall bildet die vom Bundeskartellamt ermittelte sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die sich daraus ergebende wettbewerbsrechtliche Beurteilung. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung berücksichtigt alle wesentlichen Strukturbedingungen, denen die Marktteilnehmer unterliegen. Geschützt werden dabei nicht „die Erzeuger“ oder „der Verbraucher“ sondern das Funktionieren des Wettbewerbs auf den regionalen Beschaffungsmärkten für Rohmilch und den betroffenen Absatzmärkten für die verschiedenen Molkereiprodukte. Insbesondere im Hinblick auf die Erfassung von Rohmilch hat der Konzentrationsgrad in Deutschland in einigen Regionen derart zugenommen, dass weitere Zusammenschlussvorhaben dann kritisch zu prüfen sind, wenn es zu (weiteren) Überschneidungen im jeweiligen Einzugsgebiet der Zusammenschlussbeteiligten kommt.

387 Kooperationen zwischen Molkereien können Effizienzvorteile generieren und insbesondere die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Molkereien z. B. durch eine gemeinsame Rohmilcherfassung oder eine gezielter Auslastung der Kapazitäten im Wege von Milchtauschverträgen verbessern. Sie wirken jedoch zum Beispiel dann wettbewerbsdämpfend, wenn die Spezialisierung de facto zu einer Marktaufteilung oder die Kooperation zu einer allgemeinen Verhaltenskoordinierung der beteiligten Molkereien führt.

388 Kooperationen zwischen Molkereien unterliegen zwar häufig nicht der Zusammenschlusskontrolle. Sie müssen jedoch das Kartellverbot des § 1 GWB bzw. des Artikel 101 AEUV be-

achten, soweit keine Freistellungsmöglichkeit nach deutschem oder europäischem Recht vorliegt. Ob dies der Fall ist, unterliegt zunächst der Selbsteinschätzung der beteiligten Unternehmen. Der Endbericht gibt einige allgemeine Hinweise, welche Faktoren bei der Beurteilung beabsichtigter Kooperationen relevant sein können. Kooperationen zwischen großen Molkereien im Inland oder Kooperationen auf hochkonzentrierten Absatzmärkten wird das Bundeskartellamt eher aufgreifen und auf ihre wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen überprüfen, als Kooperationen zwischen kleinen Molkereien. In der Regel dürfen jedoch alle Formen von Kooperation nicht dazu führen, dass vertrauliche Preisinformationen oder sonstige Geschäftsgeheimnisse ausgetauscht werden. Das Bundeskartellamt steht (potentiellen) Kooperationspartner für Gespräche zur Verfügung. Dies setzt voraus, dass das Vorhaben hinreichend konkretisiert ist und die Beteiligten eine erste fundierte Selbsteinschätzung vorgenommen haben.

- 389 Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes erscheint es zweifelhaft, ob die Freistellungsmöglichkeit des § 28 GWB für genossenschaftliche Molkereien auch dann gilt, wenn der genossenschaftlich organisierten Molkerei Unternehmen oder sonstige natürliche Personen angehören, die nicht aktive Mitglieder der Genossenschaft sind. Die Ermittlungsergebnisse haben gezeigt, dass dies bei einigen Molkereien der Fall ist. Die Privilegierung des § 28 GWB dürfte zudem in Bezug auf (von Nichtmitgliedern) zugekaufte Milch keine Anwendung finden. Auch hier ist der Anteil bei einigen genossenschaftlich organisierten Molkereien sehr hoch.
- 390 In Bezug auf die Privilegierung der Erzeuger durch § 11 Marktstrukturgesetz weist das Bundeskartellamt nochmals darauf hin, dass auch die aktuellen Ermittlungsergebnisse zur Abgrenzung von räumlich relevanten Beschaffungsmärkten im Bereich der Rohmilch keine Anhaltspunkte für das Bestehen eines nationalen Marktes ergeben haben. Die Frage, ob durch eine Erzeugergemeinschaft der Wettbewerb ausgeschlossen wird, so dass die Privilegierung nach § 11 Marktstrukturgesetz entfällt, ist daher für den jeweils relevanten Regionalmarkt zu beurteilen.
- 391 Die Ausführungen zu den Vertragslaufzeiten, Kündigungsfristen und Andienungspflichten sowie zur Art und Weise der Berechnung des Milchgelds sollen den Marktteilnehmern im Bereich der Milchwirtschaft ermöglichen, kartellrechtliche Fragestellungen besser beurteilen zu können.
- 392 Grundsätzlich ist es Sache der jeweiligen Marktteilnehmer, wie sie ihre Lieferbeziehungen inhaltlich ausgestalten. Allerdings kann die Länge der Lieferbeziehungen insbesondere in Kombination mit der bisher üblichen Andienungspflicht und ggf. weiterer Umstände, die

einen Molkereiwechsel der Erzeuger de facto erschweren, unter dem Aspekt der Marktverschließung der nachträglichen Missbrauchsaufsicht (§§ 19 und 20 GWB) unterliegen. Dies kann der Fall sein, wenn der Marktzutritt konkurrierender Molkereien oder die Vermarktungsmöglichkeiten von Erzeugern systematisch behindert werden.

- 393 Normadressat der § 19 und § 20 GWB können genossenschaftliche wie nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien sein. Voraussetzung dafür ist, dass die Molkerei, gegen die sich die Missbrauchsaufsicht richten soll, auf einem (regionalen) Markt für die Beschaffung der Rohmilch entweder marktbeherrschend (§ 19 GWB) oder relativ marktmächtig (§ 20 GWB) ist. Weiterhin müsste das Bundeskartellamt einer solchen Molkerei die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vertragsklauseln nachweisen. In Einzelfällen kann die Verwendung der genannten Vertragsklauseln auch sachlich gerechtfertigt sein. Unabhängig von den Erfolgsaussichten eines kartellrechtlichen Vorgehens gegen die genannten Vertrags- bzw. Lieferbedingungen haben Erzeuger in genossenschaftlich organisierten Molkereien die Möglichkeit, über entsprechende Mehrheitsentscheidungen die Lieferbedingungen in ihrem Sinne auszugestalten. Diese Möglichkeit haben Erzeuger, die an nicht genossenschaftlich organisierte Molkereien liefern nicht.
- 394 Im Bereich der Markttransparenz durch Marktinformationssysteme und Referenzpreismodelle hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch wettbewerbsrechtliche Probleme identifiziert. Diese haben bisher zur Einleitung von zwei Verwaltungsverfahren geführt. Der Endbericht soll verdeutlichen, in welchen Fällen das Bundeskartellamt in diesem Bereich Handlungsbedarf sieht und in welchen rechtlichen Rahmen das bisherige Vorgehen des Bundeskartellamtes einzuordnen ist.
- 395 Das Vorgehen des Bundeskartellamtes orientiert sich sowohl an der bisherigen Fallpraxis des Amtes zu Marktinformationssystemen als auch an nationaler Rechtsprechung sowie den Leitlinien der Europäischen Union zur Beurteilung eines Informationsaustausches über wettbewerbsrelevante Daten. Auch andere europäische Wettbewerbsbehörden und die OECD teilen den analytischen Ansatz des Bundeskartellamtes. Danach ist zwar nicht jede Form von Markttransparenz wettbewerbsrechtlich schädlich, wohl aber eine Markttransparenz, die Wettbewerbsanreize von Unternehmen vermindert oder eine Kartellierung begünstigt.
- 396 Auf dieser analytischen Grundlage hat das Bundeskartellamt eine Reihe von Marktinformationssystemen im Bereich Milchgeld identifiziert, die potentiell kartellrechtswidrig sind. Sie veröffentlichen aktuelle betriebsbezogene Daten und

begünstigen damit eine Kartellierung des von benachbarten Molkereien gezahlten Milchgeldes. Die ohnehin begrenzten Anreize für Wettbewerb um die Rohmilch werden damit weiter vermindert.

- 397 Die Veröffentlichung von Auszahlungspreisen, die hinreichend aggregiert sind oder die historisch sind, bleibt dagegen zulässig. Referenzpreismodelle, die nicht nachweislich auf einer Verhaltenskoordinierung der beteiligten Molkereien und die auf einer kartellrechtskonformen Datengrundlage beruhen, bleiben ebenfalls kartellrechtlich zulässig.
- 398 Soweit das Bundeskartellamt auf der im Endbericht näher erläuterten Grundlage Marktinformationssysteme oder Referenzpreismodelle identifiziert, die nach Prüfung des Einzelfalls kartellrechtswidrig sind, wird es Gespräche mit den an den Marktinformationssystemen bzw. Referenzpreismodellen Beteiligten suchen, um zunächst einvernehmlich eine kartellrechtskonformen Gestaltung zu erreichen. Sollte dies nicht möglich sein, trifft das Bundeskartellamt eine Entscheidung in einem förmlichen Verfahren. Diese Entscheidung wäre gerichtlich überprüfbar.
- 399 Die Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes werden inzwischen auch von den Molkereien und den Erzeugern durchaus kontrovers diskutiert. Dabei wird insbesondere die Berechnung des Milchgeldes auf der Grundlage von Referenzpreismodellen von Marktteilnehmern zunehmend kritisch beurteilt.
- 400 In Bezug auf (mögliche) Absprachen von Molkereien zur Verhinderung von Molkereiwchseln durch Erzeuger oder zu einer Nichtaufnahme von Erzeugern, die Mitglieder einzelner Erzeugerverbände sind, hat das Bundeskartellamt zwar einige Indizien. Diese reichen aber nicht aus, um eine Verfahrenseinleitung zu rechtfertigen.
- 401 Die erste Einschätzung des Zwischenberichts zur kartellrechtlichen Bewertung der Verhandlungsmacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels hat sich nach den weiteren Ermittlungen bestätigt. Dabei kann die Frage, ob Molkereien von nachfragestarken Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels abhängig sind, nur in Kenntnis der produktbezogenen Liefer- und Beschaffungsanteile sowie des konkreten Produktportfolios und der Vertriebsalternativen der Molkereien beantwortet werden. Der Endbericht enthält hierfür – gestützt auf Marktermittlungen bei den Unternehmen - eine Reihe von differenzierten Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Verhältnis von Molkereien zum Lebensmitteleinzelhandel.

- 402 Nach den Ermittlungen gibt es Anhaltspunkte für eine mögliche Behinderung von Molkereiunternehmen durch Handelsunternehmen in Form von unbillig langen Zahlungszielen, die die Verweildauer der gelieferten Produkte in den Regalen des Handels deutlich übersteigen. Ein Verstoß im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB läge dann vor, wenn die betroffenen Molkereien von bestimmten Handelsunternehmen nach den dargestellten Kriterien „abhängig“ wären.
- 403 Im Rahmen der Prüfung, ob die Vereinbarung von Zahlungszielen einer bestimmten Dauer als Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund einzustufen ist, wird zwar meist der gesamte sonstige Vertragskontext zu berücksichtigen sein. Auch ist nicht jedes Zahlungsziel, das die Verweildauer der Produkte im Laden übersteigt, als „Anzapfen“ im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB einzustufen. Die Forderung von langen Zahlungszielen, mit denen die betroffenen Molkereien dem Handelsunternehmen systematisch Lieferantenkredite verschaffen sollen, ist nach Einschätzung des Bundeskartellamtes aber ein Indiz für eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht durch das betroffenen Handelsunternehmen. In solchen Fällen wäre auch eine isolierte Überprüfung von Vertragsbestandteilen möglich. Das Bundeskartellamt wird im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel weitere Analysen zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz der Einforderung langer Zahlungsziele durchführen.
- 404 Hingegen gibt es keine belastbaren Hinweise auf Absprachen bezüglich der Ladenverkaufspreise für Molkereiprodukte. Die insbesondere über Marktforschungsunternehmen und über die Medien hergestellte hohe Preistransparenz macht ein koordiniertes Verhalten der Handelsunternehmen weitgehend überflüssig.
- 405 Im Bereich des Verbots eines Verkaufs unter Einstandspreis verhindert die Rechtsprechung im Fall Rossmann eine effektive Anwendung der Verbotsnorm des § 20 Absatz 4 GWB durch die Kartellbehörden. Danach kann der Einstandspreis zum - für ein behördliches Eingreifen - relevanten Zeitpunkt des Verkaufs der Ware nicht mehr hinreichend exakt bestimmt werden, um einen möglichen Verstoß prüfen zu können.
- 406 Die Ausführungen im Endbericht zum europäischen „Milchpaket“ und zum Diskussionsstand im High Level Forum im Lebensmittelbereich sollen politischen Entscheidungsträgern Hinweise darauf geben, wie die dort diskutierten Vorschläge zur Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich der Milchwirtschaft wettbewerbsrechtlich zu beurteilen sind.

- 407 Die Regelungen des Milchpakets werden die Ausnahmen vom Kartellrecht für die Milch-
wirtschaft zu Lasten der Liberalisierung der Märkte erweitern. Zudem hält das Bundes-
kartellamt Regelungen auf europäischer Ebene für verfehlt, die den jeweiligen nationalen
Besonderheiten bei der Milcherzeugung und –verarbeitung nicht ausreichend Rechnung
tragen.
- 408 Die Bestrebungen zur Schaffung von mehr Markttransparenz, beispielsweise über die
Etablierung von Standardverträgen zwischen Molkereien und Erzeugern, sind dann
kartellrechtlich problematisch, wenn sie zur Offenlegung von wichtigen wettbewerbs-
relevanten Vertragsbestandteilen führen. Bei verbreiteter Verwendung von Verträgen mit
einheitlichen Konditionen- oder Preisbestandteilen würde eine Preisbindung nicht nur
vertikal, also im Verhältnis der Molkereien zu den Erzeugern, sondern zugleich horizontal,
also auf der Stufe der Vertragspartner und ihrer jeweiligen Wettbewerber erfolgen. Eine
entsprechende vertikale Preisbindung und/oder horizontale Preisabsprache zwischen
Unternehmen wäre nach deutschem und europäischem Kartellrecht eine verbotene
Kernbeschränkung.
- 409 Die Maßnahmen, die zur Stärkung der Erzeugerorganisationen geschaffen werden sollen,
werden die in Deutschland ohnehin schon vorhandenen Kartellierungsmöglichkeiten für
Milcherzeuger auf ein noch breiteres Fundament stellen. Ob darüber hinaus durch die
Regelungen eine signifikante Veränderung der Marktverhältnisse für den deutschen Markt
bewirkt wird, erscheint fraglich. Denn Erzeuger, die ihre Milch an genossenschaftlich
organisierte Molkereien liefern, haben ohnehin nicht die Möglichkeit, sich mit der an die
genossenschaftlich organisierte Molkerei gelieferte Milchmenge einer Erzeugergemeinschaft
anzuschließen.
- 410 Soweit Branchenorganisationen lediglich den Konsum von Molkereiprodukten beispielsweise
durch Information der Öffentlichkeit und Erforschung von Exportbedingungen unterstützen,
ist dies kartellrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Errichtung von
Informationssystemen über Milchauszahlungspreise, Anlieferungsmengen und Vertrags-
laufzeiten sind kartellrechtlich dann kritisch zu bewerten, wenn aktuelle betriebsbezogene
Daten veröffentlicht werden. Es gibt allerdings bisher keine Hinweise dafür, dass eine
entsprechend kartellrechtswidrige Aufgabenzuweisung an Branchenorganisationen vom
Normgeber beabsichtigt ist.

- 411 Im Rahmen der vorgesehenen Regelungen des Milchpakets beurteilt das Bundeskartellamt die staatliche Mengenregulierung für geo-geschützte Käsearten als einen gravierenden Eingriff in das Marktgeschehen und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der einzelnen Molkereien. Überdies kann eine entsprechende Mengenregulierung zu einem Überangebot an nicht geschützten Molkereiprodukten und zu Erlösschmälerungen sowohl für Molkereien als auch für Erzeuger führen, da die nicht für die Produktion des geo-geschützten Käses verwendete Milch einer anderen Verwertung zugeführt werden muss. Die Regelung bewirkt daher allenfalls eine Besserstellung spezialisierter Käsereien.
- 412 Auch nach Veröffentlichung des Endberichts zur Sektoruntersuchung Milch wird das Bundeskartellamt die Entwicklung in der Milchwirtschaft kontinuierlich verfolgen. Mit der Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt sein Prüfraster zur Erfassung und Bewertung der Wettbewerbsbedingungen im Milchsektor weiter präzisiert. Gerade in der derzeitigen dynamischen Entwicklungsphase des Sektors sollten die Märkte im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs offengehalten werden, um den beabsichtigten Liberalisierungserfolg nicht zu gefährden. Das Bundeskartellamt wird diesen Prozess nötigenfalls mit Verfahren zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen unterstützen.
- 413 Das öffentliche Interesse am Milchsektor ist ungebrochen. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung sollen hier Impulse und Diskussionsstoff für die politische Bewertung der Machtverhältnisse in der Milchwirtschaft geben. Erforderlich ist dabei ein möglichst differenzierter Blick auf das Verhältnis der Marktteilnehmer untereinander und ein klares Bekenntnis zu einer funktionsfähigen Wettbewerbsordnung. Mit dieser Zielsetzung wird das Bundeskartellamt den Gesetz- und Verordnungsgebungsprozess auf nationaler und europäischer Ebene beratend begleiten.
- 414 Die Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel wird zudem weitere Erkenntnisse zum Verhältnis der Hersteller von Lebensmitteln zu den Einzelhandelsunternehmen bringen. Auch hier hat das Bundeskartellamt den Anspruch, zu einer Versachlichung der Debatte um die Nachfragemacht des Handels beizutragen. Fundierte Marktkenntnis und eine objektive, valide Datenbasis sind zwingende Voraussetzung für eine solche sachliche Auseinandersetzung über kartellrechtliche Fragestellungen.