

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Neuntes Hauptgutachten der Monopolkommission 1990/1991

Vorwort

Während des neunten Berichtszeitraums blieb die Zusammensetzung der Monopolkommission unverändert. Die Amtszeit des Vorsitzenden, Carl Christian von Weizsäcker, endet am 30. Juni 1994. Zu demselben Zeitpunkt wird auch die Amtszeit von Kommissionsmitglied Winfried Haastert auslaufen. Die Kommissionsmitglieder Wolfgang Herion, Wernhard Möschel und Elke Weber-Braun, deren Amtszeit zum 30. Juni 1992 abgelaufen war, wurden vom Bundespräsidenten für eine weitere Amtsperiode bis zum 30. Juni 1996 berufen.

Die Monopolkommission war bei der Vorbereitung dieses Neunten Zweijahresgutachtens auf Mitarbeit und Rat angewiesen. Ihrer Bitte um Mitwirkung ist überwiegend bereitwillig entsprochen worden. Die Monopolkommission dankt den im Gutachten genannten Sachverständigen, Behörden, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Kartte, der Vizepräsident, Herr Held, sowie die zuständigen Beamten, insbesondere die Leiter der Beschlußabteilungen und der Grundsatzabteilung, haben der Monopolkommission sowie ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in mehreren Sitzungen und zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit gegeben, die Probleme bei der Anwendung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zu diskutieren und sich ein Urteil über die zu begutachtenden Fragen zu bilden.

Die Monopolkommission trägt die Verantwortung für ihre Ausführungen allein.

Das Statistische Bundesamt hat durch Sonderaufbereitungen der amtlichen Statistik in erheblichem Umfang Vorarbeiten zu den

Gutachtenabschnitten geleistet, die Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration behandeln. Der Präsident des Statistischen Bundesamtes, Herr Hölder, und die zuständigen Mitarbeiter haben die Arbeit der Monopolkommission mit großer Bereitschaft unterstützt und wertvolle Hinweise zur Nutzung der amtlichen Statistik gegeben.

Als wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Monopolkommission waren während der Vorbereitung dieses Gutachtens tätig Herr Greiffenberg als Generalsekretär, Frau Grundspieß, Frau Pannes und die Herren Banke, Feuerstack, Holthoff-Frank, Waldenberger sowie in der Anfangsphase Frau Meier und Herr Schulte. Der Geschäftsstelle gehören außerdem Frau Lohnert, Frau Möller, Frau Offergeld, Frau Wientgen und Herr Abram an. Die Monopolkommission dankt allen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die kollegiale und verantwortungsvolle Zusammenarbeit, die insbesondere in den letzten Monaten über die Erfüllung ihrer Dienstpflichten weit hinausgegangen ist.

Darüber hinaus dankt die Monopolkommission dem Präsidenten des Bundesverwaltungsamtes, Herrn Grünig, dem Vizepräsidenten, Herrn Liesner, sowie allen Mitarbeitern des Amtes, die die Arbeit der Monopolkommission sachlich und personell unterstützt haben.

Seit dem Siebenten Hauptgutachten legt die Monopolkommission ihr Zweijahresgutachten in zwei Bänden vor. Sie berücksichtigt damit, daß ihre Ausführungen in den verschiedenen Teilen des Gutachtens (insbesondere die Text- und Tabellenteile) bei den in- und ausländischen Benutzern aus Politik, Verwaltung, Wirtschaft und Wissenschaft jeweils auf unterschiedlich starkes Interesse stoßen.

Köln, den 30. Juni 1992

C. C. von Weizsäcker

W. Haastert

W. Herion

W. Möschel

E. Weber-Braun

KAPITEL IV

Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
und Zusammenschlußkontrolle1. Mißbrauchsaufsicht über
marktbeherrschende Unternehmen1.1 Die Entwicklung der Mißbrauchsaufsicht
in der Amtspraxis

491. Die Entwicklung der *Mißbrauchsaufsicht* über marktbeherrschende Unternehmen nach §§ 22 und 103 GWB ist im Berichtszeitraum durch *Sondereinflüsse* gekennzeichnet. So haben die Auswirkungen des Golf-Krieges im Mineralölbereich, der Beitritt der ehemaligen DDR sowie die damit zusammenhängende vorübergehende Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für regionale Wettbewerbsbeschränkungen in den neuen Bundesländern die Zahl der eingeleiteten Verfahren erheblich ansteigen lassen. Nach § 22 GWB wurden im Berichtszeitraum 14 Verfahren eingeleitet. Weitere 15 Verfahren richteten sich gegen das Preisverhalten öffentlicher Versorgungsunternehmen nach § 103 GWB. Sie erfüllten jeweils gleichzeitig den Marktbeherrschungstatbestand des § 22 GWB. Hinzu kommen 20 Fälle nach § 26 Abs. 2 GWB, in denen Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender

Unternehmen aufgegriffen bzw. angezeigt wurden. *Tabelle 1* gibt einen Überblick über den Verfahrensstand.

492. Der im Vergleich zu der vorherigen Berichtsperiode deutliche *Anstieg der Verfahrenszahlen*¹⁾ muß nach Auskunft des Amtes jedoch im Hinblick auf ihre Aussagekraft über die aktuelle Bedeutung der Mißbrauchsaufsicht relativiert werden. Von den 14 Verfahren nach § 22 GWB standen vier Verfahren im Zusammenhang mit dem Golf-Krieg und den daraus resultierenden Auswirkungen auf die Mineralölmärkte. Dazu gehören das Hamburger Benzinpreisverfahren und ein Verfahren wegen der Verdreifachung des Preises für Flugbenzin durch den verstärkten militärischen Einsatz während des Krieges. Ein Verfahren richtete sich gegen einen deutschen Reiseveranstalter, der als Exklusivanbieter von Eintrittskarten für die Olympischen Sommerspiele 1992 in Barcelona am Markt auftrat und den Kartenverkauf mit der Buchung von Pauschareisen koppelte. In einem wei-

¹⁾ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, Hauptgutachten 1988/1989, Baden-Baden 1990, Tz. 493f.

Tabelle 1

Mißbrauchsverfahren nach §§ 22 und 103 GWB sowie Untersagungsverfahren
nach § 37a Abs. 2 i. V. m. § 26 Abs. 2 GWB beim Bundeskartellamt

| Rechts- grundlage | Jahr | Zahl der Verfahren | | Im Berichtszeitraum abgeschlossene Verfahren | | | | | | Anhängige Verfahren am 31. Dezember |
|----------------------|------|---|-------------------|--|----------------------|--|---|---------------------------|---------------------------------|--|
| | | Anhängige Verfahren am 1. Januar | Neue Verfahren | insgesamt | Bußgeld- bescheid | Verfügung bzw. Abschluß nach § 37a | Einstellung | | Abgabe an andere Behörden | |
| | | | | | | | nach Auf- gabe des beanstan- deten Ver- haltens | aus anderen Gründen | | |
| § 22 | 1990 | — | 6 | 6 | entf. | 1 ¹⁾ | 3 | 2 | — | — |
| | 1991 | — | 8 | 8 | entf. | — | 3 | 5 | — | — |
| § 26 Abs. 2 | 1990 | 4 | 15 | 16 | — | 1 ²⁾ | 6 | 9 | — | 3 |
| | 1991 | 3 | 5 | 5 | — | 1 ¹⁾ | 3 | 1 | — | 3 |
| § 103 Abs. 5 | 1990 | 2 | 5 | 4 | — | — | 3 | — | 1 | 3 |
| | 1991 | 3 | 10 | — | — | — | — | — | — | 13 |

¹⁾ Benzinpreisverfahren; Verfügung vom KG aufgehoben.

²⁾ Volkswagen AG, V.A.G. Leasing GmbH; vom KG aufgehoben.

³⁾ Intersport Deutschland eG; vom KG aufgehoben; rechtskräftig.

Quelle: Bundeskartellamt

teren Verfahren war die Wettbewerbsbeschränkung regional auf das Land Sachsen beschränkt, und das Bundeskartellamt wurde für das noch nicht errichtete Landeskartellamt tätig.

Von den zehn Verfahren nach § 103 Abs. 5 GWB des Jahres 1991 betrafen acht Verfahren die Gasversorgung in den neuen Bundesländern. Allein in sechs Fällen wurden die Preise für Stadtgas in größeren Städten der neuen Bundesländer untersucht. Sie gehören in den Zuständigkeitsbereich der Landeskartellbehörden.

Bei neun der 20 Verfahren nach § 26 Abs. 2 GWB wurde das beanstandete Verhalten von den Unternehmen ohne Erlaß einer förmlichen Verfügung aufgegeben. In zwei weiteren Fällen — dem Verfahren gegen einen deutschen Automobilhersteller, der seine Händler dazu verpflichtete, Leasingverträge nur für die konzerneigene Leasinggesellschaft zu vermitteln, sowie dem Verfahren gegen den bedeutendsten inländischen Einkaufsverband mittelständischer Sportfachgeschäfte, der den Deutschen Volleyballverband vertraglich verpflichtete, für die Saison 1990/1991 ausschließlich einen bestimmten Spielball für die erste und zweite Bundesliga sowie die Regionalliga zu benutzen — hat das Kammergericht die Entscheidungen des Amtes aufgehoben. In weiteren fünf Fällen handelt es sich um Verfahren gegen Unternehmen der öffentlichen Hand, davon in drei Fällen um die Überprüfung der Vergabepaxis für öffentliche Aufträge.

493. Trotz der Zunahme der Verfahrenszahlen findet zur Zeit *kein Wiederaufleben der Mißbrauchsaufsicht* in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes statt.²⁾ Auf Länderebene ist dies teilweise anders. Insbesondere in den neuen Ländern scheinen sich hier — mit Schwerpunkten im Bereich der Energieversorgung — neue Betätigungsfelder aufzutun. Eine Ursache dafür ist, daß es den wirtschaftspolitischen Entscheidungsträgern nicht gelungen ist, den Energiebereich — insbesondere Strom und Gas — wettbewerblich zu organisieren. Hinzu kommt eine in den neuen Bundesländern vorherrschende größere Sensibilität der Bevölkerung gegenüber der Preisgestaltung marktstarker Unternehmen und von Versorgungsunternehmen, die offenbar häufiger als in der alten Bundesrepublik zu Beschwerden bei den Kartellbehörden führt. Angesichts der konzeptionellen Schwierigkeiten der *Preismißbrauchsaufsicht*³⁾ sind den Bemühungen der Ämter bei der Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen jedoch enge Grenzen gesetzt. Die weitaus größte Bedeutung der Mißbrauchsaufsicht — dies belegt die Zahl der ergangenen Verfügungen im Vergleich zu der Zahl eingeleiteter Verfahren (vgl. *Tabelle 1*) — besteht in ihrer *Vorfeldwirkung*. So geben Unternehmen beanstandete Verhaltensweisen häufig bereits nach einer ersten Konfrontation mit den Vorwürfen durch die Kartellbehörde auf, um der damit unter Umständen verbundenen negativen Publizität aus dem Wege zu gehen.

²⁾ Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1989/1990 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucksache 12/847, S. 24.

³⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1988/1989, a. a. O., Tz. 495.

494. Wie bereits bei der Vorbereitung ihres letzten Hauptgutachtens hat die Monopolkommission für einen umfassenden Überblick über die *aktuelle Bedeutung der Mißbrauchsaufsicht in der Amtspraxis auch die Landeskartellbehörden* um Auskunft über die Anwendung der §§ 22, 26 Abs. 2 und 103 GWB gebeten.⁴⁾ Der Schwerpunkt der Verfahren in den Ländern liegt bei der Verfolgung von Preismißbräuchen von Versorgungsunternehmen nach § 103 GWB. Im Mittelpunkt steht dabei die Gasversorgung. In Bayern, Rheinland-Pfalz, Hessen und Schleswig-Holstein wird die Bedeutung der Mißbrauchsaufsicht als zunehmend klassifiziert. In den übrigen Ländern der alten Bundesrepublik Deutschland wird von gleichbleibender bis weiterhin abnehmender Bedeutung berichtet. Auch bei den Landeskartellbehörden werden Verfahren nur in wenigen Fällen mit einer Verfügung abgeschlossen. Die herausragende Bedeutung der Vorfeldwirkung der Mißbrauchsaufsicht wird einstimmig bestätigt.

Die *Landeskartellbehörden in den neuen Bundesländern* haben Ende 1990/Anfang 1991 ihre Arbeit aufgenommen. Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht konzentrieren sich die Verfahren nach § 22 GWB auf die Überprüfung von Kraftstoffpreisen (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen). Der Schwerpunkt der Verfahren nach § 103 GWB liegt bei der Überprüfung der Preisgestaltung bei Stadt- und Erdgas. Daneben findet zur Zeit in nahezu allen neuen Bundesländern eine Überprüfung der Wasserpreise statt. Verfahren bzw. Beratungen im Bereich von Behinderungstatbeständen nach § 26 GWB betreffen überwiegend Beschwerden wegen eines Boykotts ostdeutscher Produkte durch die Handelsunternehmen (z. B. in den Bereichen Möbel, Bücher, Lebensmittel, Kosmetik, Tonträger).

1.2 Möglichkeiten der Preishöhenkontrolle in der Mineralölwirtschaft

495. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum erneut einen Versuch unternommen, gegen führende Unternehmen der Mineralölwirtschaft wegen des Verdachts *mißbräuchlich überhöhter Preise für Vergaserkraftstoffe* vorzugehen. Im Gegensatz zu früheren Versuchen, in denen die Ermittlungsphase nicht überschritten wurde,⁵⁾ erließ das Amt im Oktober 1990 eine *einstweilige Anordnung* gegen insgesamt fünf Mineralölkonzerne, in der den Unternehmen untersagt wurde, die Preise für Vergaserkraftstoffe im Großraum Hamburg für zunächst zwei Wochen über eine festgesetzte Preisgrenze zu erhöhen. Nach Ablauf der Anordnungsfrist haben die Beteiligten übereinstimmend das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt. Aus Gründen einer möglichen Wiederholungsgefahr sowie der Rehabilitation gegenüber der Öffentlichkeit legten die Unternehmen jedoch Beschwerde gegen die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Anordnung ein. In seinem Beschluß vom 10. Dezember 1990⁶⁾ hat das Kammergericht die

⁴⁾ Vgl. ebenda, Tz. 496.

⁵⁾ Vgl. Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten 1978/1979, Baden-Baden: 1980, Tz. 442 ff.

⁶⁾ WuW/E OLG 4640 „Hamburger Benzinpriese“.

einstweilige Anordnung für *rechtswidrig* erklärt, da die Voraussetzungen für ihren Erlaß nach Ansicht des Gerichtes nicht vorlagen. Dabei wurden sowohl der Anordnungsgrund als auch die Eingriffsvoraussetzungen des § 22 Abs. 5 GWB verworfen.⁷⁾ Die Konsequenz dieses Beschlusses ist nach Ansicht des Bundeskartellamtes, daß Mißbrauchsverfahren im Mineralölbereich praktisch nicht mehr durchführbar sind. Dazu seien die vom Kammergericht aufgestellten Anforderungen an eine einstweilige Anordnung nach § 56 GWB — und nur solche Verfahren seien bei rasch wechselnden Marktgegebenheiten und auf Märkten, auf denen die Preise von den Anbietern zu beeinflussen sind, möglich — zu hoch.

496. Den Hintergrund für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Unternehmen Aral, DEA, Deutsche Shell, Esso und Deutsche BP nach § 56 Nr. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 5 GWB bildeten die im Zuge der Golf-Krise im August 1990 in Bewegung geratenen Beschaffungspreise für Mineralölprodukte auf den internationalen Märkten in Amsterdam, Rotterdam und Antwerpen (ARA-Märkte). Nach Meinung des Amtes wurde diese Entwicklung von den Mineralölkonzernen zu *ungerechtfertigten Preissteigerungen* für Vergaserkraftstoffe im Großraum Hamburg genutzt. Nachdem die Kartellbehörde Ende August entsprechende Ermittlungen aufgenommen hatte, wurde zunächst aufgrund wieder sinkender Preise kein Anlaß zum Eingreifen gesehen. Als die Benzinpreise Mitte Oktober 1990 wiederum erhöht wurden und eine Abmahnung des Amtes wirkungslos blieb, wurde den Unternehmen schließlich am 18. Oktober 1990 im Wege einer einstweiligen Anordnung untersagt, die Preise für Normal- und Superbenzin über eine festgesetzte Preisgrenze zu erhöhen.

497. Das Bundeskartellamt hat in seiner einstweiligen Anordnung den Vorwurf des Preismißbrauchs mit der Preisentwicklung auf *zwei Vergleichsmärkten* begründet: erstens auf dem Markt für Vergaserkraftstoffe der Stadt Essen, auf dem im Beobachtungszeitraum Benzin um 5 bis 6 Pfennig pro Liter niedriger als in Hamburg angeboten wurde. Zweitens mit der Preisentwicklung auf den *vorgelagerten internationalen Beschaffungsmärkten für Vergaserkraftstoffe*, den sogenannten ARA-Märkten. Auf den Beschaffungsmärkten seien, so das Amt, die Benzinpreise im Beobachtungszeitraum — zwei Wochendurchschnitte im Vergleich zu einem Stichtag — deutlich geringer gestiegen als die Endverkaufspreise für Kraftstoff im Großraum Hamburg. Während in Rotterdam die Beschaffungspreise, bezogen auf einen bestimmten Stichtag, zwischen 12,6 und 14,6 Pfennig für Normalbenzin (16 bis 16,5 Pfennig für Superbenzin) stiegen, wurden im Großraum Hamburg die Benzinpreise in der gleichen Zeit um 21,93 Pfennig bzw. 23,68 Pfennig angehoben. Die Preisanstiegsdifferenz lag demnach

zwischen 7 und 9 Pfennig pro Liter. Die in der einstweiligen Anordnung genannten *Preishöhen* liegen bei einer maximal möglichen Preissteigerung von 15 Pfennig pro Liter Normal- und 17 Pfennig pro Liter Superbenzin. Als Erheblichkeitszuschlag wurden den Unternehmen pro Kraftstoffsorte weitere 2 Pfennig pro Liter zugebilligt.

Der *räumlich relevante Markt* wurde wegen der hohen Mobilität der Kraftfahrer als Nachfrager von Vergaserkraftstoffen auf das Stadtgebiet Hamburg einschließlich der umliegenden Landkreise festgelegt. Dabei führte das Amt aus, daß eine exakte räumliche Marktabgrenzung zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung noch nicht möglich gewesen sei.

„Mit großer Wahrscheinlichkeit“ — so das Amt — verfügen die fünf in Rede stehenden Mineralölgesellschaften auf dem relevanten Markt über eine *marktbeherrschende Stellung*. Als Begründung dafür wird der Marktanteil der fünf Unternehmen im Bundesgebiet von mehr als 60 % herangezogen. Für den Großraum Hamburg erwartete das Amt einen noch höheren Konzentrationsgrad, der jedoch erst im nachhinein aufgrund der gleichzeitig mit der Anordnung verfügbaren Auskünfte der Unternehmen ermittelt werden konnte.

Die Annahme eines *marktbeherrschenden Oligopols* wird mit der auf den Märkten für Vergaserkraftstoffe ständig zu beobachtenden *engen Reaktionsverbundenheit* der führenden Mineralölgesellschaften begründet, die nach einer Preiserhöhung eines der Unternehmen jeweils sehr schnell wieder zu gleichen Kraftstoffpreisen führt. Auch wenn dies teilweise auf die Art des angebotenen Produktes — Benzin ist ein homogenes Massengut des täglichen Bedarfs — und eine hohe Markttransparenz zurückzuführen sei, werde gerade dadurch die Bereitschaft für Preiswettbewerb stark eingeschränkt. Das Risiko von Absatzverlusten durch einseitige Preiserhöhungen werde im Oligopol durch *wechselnde Preisführerschaft* begrenzt.

Die Existenz von Wettbewerb auf dem als Vergleichsmarkt herangezogenen Essener Kraftstoffmarkt wird strukturell begründet. Wettbewerb auf Vergaserkraftstoff-Märkten geht insbesondere von den Nichtmarkenanbietern und hier vor allem von Unternehmen des Lebensmittelhandels aus, die auch Tankstellen betreiben. Ob die konkrete Situation erheblich niedrigerer Benzinpreise in Essen auf Außenseiterwettbewerb zurückzuführen sei, kann nach Meinung des Amtes dahingestellt bleiben. Die weit höheren Preise im Großraum Hamburg sprechen jedenfalls für einen *wettbewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielraum* der Oligopolisten.

498. In seinem Beschluß über die Rechtswidrigkeit der Verfügung erkennt das Kammergericht an, daß für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung der Wettbewerbsverstoß nicht zweifelsfrei erwiesen sein muß, die Behörde müsse jedoch das *Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 5 GWB glaubhaft machen*. Dies beinhalte eine nicht durch ernstliche Zweifel geminderte Gewißheit über die behaupteten Gesetzesverstöße, wovon im vorliegenden Fall in mehrfacher Hinsicht nicht ausgegangen werden könne.

⁷⁾ Das Kammergericht hatte am 8. November 1990 die Beschwerde der Unternehmen gegen die Rechtmäßigkeit vom Auskunftersuchen des Amtes über den Kraftstoffabsatz der Unternehmen im Bundesland Hamburg sowie Beschwerden gegen die Zuständigkeit des Amtes, die Besetzung der zuständigen 8. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes sowie das Vorliegen eines Anfangsverdaches einer mißbräuchlichen Preisgestaltung zurückgewiesen. Vgl. WuW/E OLG 4627 „Hamburger Benzinpreise“.

Im einzelnen beanstandet das Kammergericht die *räumliche Marktabgrenzung*, bei der das Amt keinen Versuch unternommen habe, empirische Erkenntnisse über das für die Marktabgrenzung maßgebliche Verbraucherverhalten zu gewinnen, die fehlenden Belege für das *angenommene Marktvolumen* und seine Verteilung sowie die Beurteilung des *aktuellen Wettbewerbsgeschehens*. Im Hinblick auf das Marktvolumen und die Marktanteile auf dem betroffenen Markt erlaube, so das Gericht, auch eine etwaige Eilbedürftigkeit nicht, daß eine Entscheidung auf einseitige Vermutungen gestützt werde. Zwar könne eine solche Vermutung einen Tatverdacht auslösen, der das Amt zu der Erhebung von Auskünften berechtigt, für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung müßten jedoch grundsätzlich *alle erforderlichen Ermittlungen* angestellt werden. Insbesondere fehle es an der Beurteilung des aktuellen Marktgeschehens, da nach den Einlassungen der Beschwerdeführer eine sogenannte Außenseitergesellschaft in Hamburg über einen Marktanteil von ca. 12 % verfüge und damit den vierten oder fünften Rang einer nach Marktanteilen geordneten Rangliste einnehme. Von einer geschlossenen Spitzengruppe, die ein Angebotsoligopol darstelle, könne daher nicht ausgegangen werden. Darüber hinaus müsse die Entwicklung der Marktanteile festgestellt werden, da gerade eventuelle Verschiebungen in der Rangfolge der Unternehmen ein Ausdruck für Wettbewerb seien.

Im Hinblick auf den *Mißbrauchsmaßstab* verwirft das Kammergericht die vom Bundeskartellamt herangezogenen *Vergleichsmärkte als ungeeignet*. Der Kraftstoffmarkt der Stadt Essen sei anders strukturiert als der im Großraum Hamburg. Für die nach § 22 Abs. 4 Nr. 3 GWB erforderliche Vergleichbarkeit eines vorgelagerten ausländischen Beschaffungsmarktes (Rotterdam) mit dem Hamburger Kraftstoffmarkt ist es nach Ansicht des Kammergerichts entscheidend, ob die Preisbildung dort mit der für einen regionalen Tankstellenmarkt vergleichbar ist. Ob diese These des Amtes zutrifft, läßt auch das Kammergericht offen. Es stellt jedoch fest, daß für den Fall der Richtigkeit dieser Annahme zumindest die Entwicklung der Tankstellenpreise in der wettbewerblich strukturierten Region Essen die in Hamburg vermißte Parallelität zu der Preisentwicklung in Rotterdam aufweisen müsse. Daran bestünden jedoch Zweifel, da in den Beobachtungszeiträumen der Preisabstand zwischen Essen und Hamburg gleichgeblieben sei.

Selbst für den Fall, daß der Rotterdamer Beschaffungsmarkt als Vergleichsmarkt herangezogen werden könne, stellt sich nach Ansicht des Gerichtes die Frage nach der *Angemessenheit des Preisabstandes und des Erheblichkeitszuschlages* von 2 Pfennig pro Liter. Der Preisabstand begründet eine Mehrbelastung der Verbraucher zwischen 1 DM und 2,50 DM pro Tankvorgang. Nach Auffassung des Gerichtes führt dies nicht zu einem Gesamtschaden, der einen außerordentlich *massiven Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Unternehmen* rechtfertige. Die an den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gestellte Anforderung drohender irreparabler Nachteile oder schwerer Schäden im Interesse des Gemeinwohls, die es bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache abzuwenden gelte, werde durch die voraussichtliche

Mehrbelastung der Verbraucher nicht erfüllt. Ihr könne angemessen in der Hauptsachenentscheidung begegnet werden.

499. Die *Monopolkommission* teilt die Auffassungen des Kammergerichts. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt ist sie jedoch nicht der Ansicht, daß mit dem Beschluß über die Rechtswidrigkeit der einstweiligen Anordnung Preismißbrauchsverfahren im Mineralölbereich praktisch nicht mehr durchführbar seien oder daß das Rechtsmittel der einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB damit für die Mißbrauchsaufsicht generell ausfalle. Vielmehr ist es aus ihrer Sicht zu begrüßen, daß das Kammergericht mit der Formulierung eindeutiger Anforderungen an den Erlaß einstweiliger Anordnungen *Rechtsunsicherheiten* beseitigt hat. Daß diese Anforderungen für die Anwendung der Rechtsmittel nach § 56 GWB in der Mißbrauchsaufsicht vergleichsweise hoch sind, entspricht der Konzeption der Mißbrauchsaufsicht als Auffangtatbestand, die insbesondere in Form der Preishöhenkontrolle äußerst restriktiv angewendet werden sollte.

500. Eine andere Frage ist die nach dem Vorliegen der *materiellen Eingriffsvoraussetzungen* des § 22 GWB im Mineralölbereich. Eingriffsvoraussetzung ist zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt. Während die sachliche Abgrenzung des Marktes für Vergaserkraftstoffe offensichtlich unproblematisch ist, bleibt die Frage nach der räumlichen Abgrenzung der Vergaserkraftstoff-Märkte weitgehend ungeklärt. Das Bundeskartellamt sieht dabei eine Parallelität mit dem Lebensmitteleinzelhandel und geht von einer *regionalen Marktabgrenzung* aus. Wegen der hohen Mobilität, die in der Natur des Autofahrens liege, müsse jedoch von einer vergleichsweise weiten regionalen Marktabgrenzung ausgegangen werden. Auch wenn dem im Ergebnis zuzustimmen ist, bedarf es für eine kartellrechtliche Verhaltenskontrolle einer *annähernd exakten räumlichen Abgrenzung der regionalen Märkte*. Anhaltspunkte dafür liefert das Verbraucherverhalten, das sich wiederum am Wert des Produktes bzw. an den maximal möglichen Einsparmöglichkeiten pro Kaufvorgang orientiert. Dabei ist zu unterstellen, daß die Kaufentscheidung bei Vergaserkraftstoff überwiegend nach preislichen Kriterien gefällt wird. Qualitative Erwägungen spielen bei homogenen Massengütern lediglich eine untergeordnete Rolle. Beim Kauf von Benzin stehen dem Verbraucher üblicherweise sämtliche Tankstellen zur Auswahl, die sich unmittelbar oder in der Nähe seiner üblichen Fahrwege befinden. Größere Umwege für einen um wenige Pfennige pro Liter differierenden Benzinpreis sind aus Sicht des Verbrauchers wenig ökonomisch, da ein Tankvorgang im Durchschnitt maximal 50 bis 60 Liter beträgt und die Einsparmöglichkeiten zum einen von ihrer Gesamthöhe her gering sind und zum anderen durch den Benzinverbrauch einer eigens dazu getätigten Anfahrt reduziert werden. Für die Preisgestaltung der Tankstellenpächter bedeutet dies, daß sie sich an den Preisen der umliegenden Tankstellen orientieren. Die großen Mineralölgesellschaften nutzen ihre Kenntnisse über das Verbraucherverhalten außerdem zu *regional abgegrenzten Preisstrategien*. Die Höhe der Preise wird sodann durch die Wettbewerbsverhält-

nisse in den Regionen bestimmt. Für die räumliche Marktabgrenzung bedeutet dies, daß *Preisunterschiede zwischen Tankstellen eines Mineralölkonzerns* ein vergleichsweise sicheres Indiz für den *Verlauf einer Grenze zwischen regionalen Märkten* darstellen. Ob eines oder mehrere Unternehmen zusammen auf einem solchen Markt über einen wettbewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielraum verfügen und mithin marktbeherrschend sind, hängt von den vorzufindenden Marktanteilen ab. Die Vermutungskriterien des § 22 Abs. 3 GWB liefern dafür Anhaltspunkte für die Beurteilung.

501. Der Mißbrauchsvorwurf erfordert darüber hinaus die Feststellung des *wettbewerbsanalogen Preises* auf einem geeigneten Referenzmarkt. Die Suche nach geeigneten Vergleichsmärkten ist regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden.⁸⁾ Bei den regionalen Märkten für Vergaserkraftstoffe bieten sich hier *ähnlich strukturierte Regionen* (Stadtgebiete mit oder ohne ländliches Umfeld, ländliche Gebiete, Unter-, Oberzentren usw.) an, bei denen wegen der Bedeutung von Transportkosten zusätzlich annähernd *vergleichbare Entfernungen zu den Kraftstoffbeschaffungsmärkten* bestehen und bei denen aufgrund anderer Anbieterstrukturen und Marktanteilsverteilungen von der Existenz wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist.

Darüber hinaus fordert die Rechtsprechung eine erhebliche Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises, die durch die Festsetzung eines *Erheblichkeitszuschlages* zu berücksichtigen ist.⁹⁾

502. Nach Ansicht der Monopolkommission besteht auf dieser Grundlage prinzipiell auch nach dem Beschluß des Kammergerichts über die Rechtswidrigkeit der einstweiligen Anordnung die Möglichkeit der Preismißbrauchskontrolle auf den Mineralölmärkten. Ob solche Verfahren im Mineralölbereich angezeigt sind, ist ein anderes Problem, das an dieser Stelle nicht erörtert wird. Die bisherigen Versuche des Bundeskartellamtes, Preismißbräuche bei Vergaserkraftstoffen anhand der *Sockeltheorie* zu ermitteln, stoßen dagegen auf Bedenken, die die Monopolkommission wiederholt aufgegriffen hat.¹⁰⁾ Auch das in dem geschilderten Fall angewendete Verfahren eines Vergleichs der Preiserhöhungen auf den vorgelagerten Beschaffungsmärkten mit den Benzinpreiserhöhungen an den Tankstellen im Großraum Hamburg entspricht eher der Sockeltheorie als dem in § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB als Mißbrauchsmaßstab verankerten *Vergleichsmarktkonzept*. Kosten- bzw. Preisvergleiche auf der Grundlage der Sockeltheorie, die sinnvollerweise auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet sein müssen, bergen bei konsequenter Anwendung die Gefahr einer sich *ständig ausweitenden Verhal-*

tenskontrolle in sich.¹¹⁾ Davon abgesehen ist bereits der Ansatzpunkt fragwürdig, Mineralölkonzerne bei ihrer Preisgestaltung auf ihre Kostenstrukturen, speziell die Beschaffungskosten für Vergaserkraftstoffe festlegen zu wollen. Auch wenn diese Kosten nach eigenen Aussagen der Konzerne eine Kalkulationsgrundlage sind, kann allein aus der Tatsache, daß die Mineralölkonzerne Preiserhöhungen häufig mit gestiegenen Preisen auf den Beschaffungsmärkten rechtfertigen, kaum geschlossen werden, daß nur eine schnelle Anpassung der Tankstellenpreise auch bei sinkenden Spotmarktpreisen auf Wettbewerb schließen lasse.

1.3 Zur Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen

1.3.1 Stand der Diskussion

503. Die Monopolkommission hat sich in ihrem *Sondergutachten 21* mit der Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen befaßt.¹²⁾ Im Vordergrund stand die Geschäftspolitik der Unternehmen gegenüber privaten Haushalten und gewerblichen Kleinverbrauchern (HuK-Kunden). Betroffen ist der Markt für Energie, die zur Erzeugung von Raumwärme und zur Warmwasserbereitung nachgefragt wird. Dieser Bereich, der im folgenden als HuK-Wärmemarkt bezeichnet werden soll, ist vom industriellen Wärmemarkt abzugrenzen, auf dem der Bedarf an Prozeßwärme für Produktionszwecke gedeckt wird.

Die Mißbrauchsaufsicht über Fernwärmeunternehmen und örtliche Gasversorger obliegt weitgehend den Landeskartellbehörden. Diese sehen sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben vor zwei Probleme gestellt. Zum einen müssen sie ermitteln, ob örtliche Versorgungsunternehmen auf dem HuK-Wärmemarkt über eine *vor wesentlichem Wettbewerb geschützte Marktposition* verfügen, die sie mißbräuchlich ausnutzen können. Zum andern benötigen sie Maßstäbe, um den tatsächlichen *Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung* nachweisen zu können. Schwierigkeiten ergeben sich hierbei insbesondere in bezug auf eine kartellrechtliche Preishöhenkontrolle.

504. Die Monopolkommission gelangte in ihrer Untersuchung zu folgenden Ergebnissen:

— Mißbrauch setzt vor wesentlichem Wettbewerb geschützte Verhaltensspielräume voraus. Auch bei der Anwendung der Mißbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5 GWB ist deshalb zu prüfen, ob örtliche Gasunternehmen marktbeherrschend sind. Da es an brancheninternem Wettbewerb aufgrund geschlossener Versorgungsgebiete fehlt, beschränkt sich die Beurteilung auf die *Funktionsweise des branchenübergreifenden Wettbewerbs* zwischen

⁸⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1988/1989, a. a. O., Tz. 495.

⁹⁾ WuW/E BGH 1445 „Valium“ und WuW/E BGH 1678 „Valium II“.

¹⁰⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1978/1979, a. a. O., Tz. 442 ff. Zur Sockeltheorie vgl. Monopolkommission, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Sondergutachten 1. 2. Aufl., Baden-Baden 1977, Tz. 43 ff.

¹¹⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1978/1979, a. a. O., Tz. 449 f.

¹²⁾ Monopolkommission, Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen, Sondergutachten 21, Baden-Baden 1991.

den Energieträgern. Die wichtigste Substitutionsenergie zu Gas auf dem HuK-Wärmemarkt ist leichtes Heizöl.

- Die energieträgerspezifische Ausrichtung von Heizsystemen, die es Altkunden nur unter Inkaufnahme zum Teil erheblicher Umstellungskosten erlaubt, nachträglich den Energieträger zu wechseln, schließt wirksamen Substitutionswettbewerb nicht per se aus. Entscheidend ist der Wettbewerb um Neukunden. Solange ein Gas- oder Fernwärmeunternehmen zur Verbesserung seiner Ertragskraft seinen Kundenstamm zu erweitern versucht, steht es im Wettbewerb mit anderen Energieträgern. Von diesem Wettbewerb profitieren auch die Altkunden.
- Kriterium für die Beurteilung der Wettbewerbsposition örtlicher Versorgungsunternehmen ist ihr Marktanteil auf dem *HuK-Wärmemarkt*. Die räumliche Marktangrenzungen folgt aus den Grenzen des jeweiligen Versorgungsgebiets. Staatliche Eingriffe und Beschränkungen der Energieträgerwahl, die sich aus der Verschiedenheit von Disponent und Verbraucher ergeben, können die Bildung von Teilmärkten begründen, sofern sie sich auf abgrenzbare Kundengruppen beziehen.
- Der exakte Nachweis einer mißbräuchlich überhöhten Preisbildung erfordert Kenntnisse über die Versorgungskosten, die bei wirksamem Wettbewerb entstanden wären. Da diese nicht bekannt sind, müssen Kartellbehörden auf Vergleichsmaßstäbe zurückgreifen. Diese geben allerdings nur annäherungsweise Aufschluß über die relevanten Kosten. *Heizölpreise* sind als Vergleichsmaßstab ungeeignet. Sie stehen bei fehlendem wesentlichen Wettbewerb zwischen den Energieträgern in keiner Beziehung zu den Versorgungskosten leistungsgebundener Energieträger.

505. Die Aussagen des Sondergutachtens werden von den Kartellbehörden nicht geteilt. Die Kartellreferenten der Landeskartellbehörden und des Bundeskartellamtes haben in einer *Entscheidung zur Mißbrauchsaufsicht über Gaspreise* im September vergangenen Jahres wiederholt betont, daß sie dem Substitutionswettbewerb zwischen den Energieträgern kein wesentliches Gewicht beimessen und daher auch nicht von einem branchenübergreifenden HuK-Wärmemarkt als relevantem Markt ausgehen. Gasunternehmen seien aufgrund fehlenden brancheninternen Wettbewerbs immer als marktbeherrschend einzustufen. Außerdem sehen die Kartellreferenten in dem Preis für leichtes Heizöl einen geeigneten Maßstab, um mißbräuchliches Preisverhalten von Gasunternehmen nachzuweisen.

506. Angesichts der in der Stellungnahme der Kartellreferenten offengelegten *Auffassungsunterschiede* hält es die Monopolkommission für angebracht, ihren Standpunkt noch einmal darzulegen. Außerdem soll auf die Implikationen hingewiesen werden, die sich aus der Ablehnung eines branchenübergreifenden Vergleichsmaßstabes für die wettbewerbspolitische Beurteilung des Anlegbarkeitsprinzips bei der Gaspreisbildung ergeben.

1.3.2 Systemwettbewerb

507. Die Wärmeerzeugung entspricht einem Produktionsprozeß, in den der Energieträger lediglich als Input einfließt. Um die Wärmeleistung als Output zu gewinnen, bedarf es zusätzlicher Vorrichtungen. Öfen, Brenner oder Heizkessel sind erforderlich, um den Energieträger in Wärmeenergie umzuwandeln. Bei Zentralheizungen werden für die Verteilung der Wärmeenergie im Gebäude ein Leitungssystem und Heizkörper benötigt. Ein regelmäßiger Heizbetrieb erfordert Tanks, Vorratsräume bzw. den Anschluß an ein öffentliches Versorgungsnetz. Schließlich müssen die bei der Verbrennung von Festbrennstoffen, Gas oder Heizöl entstehenden Abgase durch einen Kamin abgeführt werden. Die zur Wärmegewinnung benötigten komplementären Vorrichtungen bilden gemeinsam mit dem Energieträger das *Heizsystem*.

508. Die Tatsache, daß Kunden Energieträger nicht als Endprodukt, sondern quasi als Zwischenprodukt nachfragen, das weiter verarbeitet werden muß, ist allein noch nicht von besonderer Relevanz für die Beurteilung der Wettbewerbsbeziehung zwischen den Energieträgern. Ähnlich verhält es sich mit der Nachfrage von Tonträgern (Schallplatten, Kassetten oder CDs) oder mit der Nachfrage im Fall von Nahrungsmitteln. Auch hier erfordert die Deckung des Endbedarfs die Verfügbarkeit zusätzlicher Geräte zur Wiedergabe von Musik bzw. zur Herstellung von Eßgerichten. Entscheidend für die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Energieträgern ist die *energie-trägerspezifische Ausrichtung von Heizsystemen*. Sie folgt im wesentlichen aus der Tatsache, daß auf verschiedenen Energieträgern basierende Heizsysteme unterschiedlich konfiguriert sind. Gas und Fernwärme erfordern den Anschluß an ein öffentliches Gas- bzw. Fernwärmenetz. Dagegen wird Heizöl in Tanks gelagert. Da Fernwärme beim Verbraucher keine Verbrennung verursacht, ist in einem Fernwärmeheizsystem kein Kamin erforderlich. Die Ausrichtung eines Heizsystems auf einen bestimmten Energieträger wird zusätzlich dadurch unterstützt, daß die Verwendung bi- oder multivalenter Brennvorrichtungen allgemein sowohl im Hinblick auf die Anschaffungskosten als auch bezüglich des Wirkungsgrades der Anlagen teurer ist.

509. Die energieträgerspezifische Ausrichtung von Heizsystemen bedingt, daß die *Nachfrage* auf dem Wärmemarkt *systemgebunden* ist. Für die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Energieträgern bedeutet dies zweierlei. Erstens ist für Altkunden, die bereits ein Heizsystem installiert haben, der Wechsel auf einen anderen Energieträger mit hohen Umstellungskosten verbunden, da sie dazu spezifische Systemkomponenten austauschen müßten. Ihre Substitutionsbereitschaft ist daher vor allem kurzfristig als sehr gering einzuschätzen. Die Energieträgerwahl stellt sich für sie realistischerweise erst wieder, wenn die alte Anlage erneuerungsbedürftig ist. Zweitens orientieren sich Neukunden, die noch nicht auf ein Heizsystem festgelegt sind, bei ihrer Energieträgerwahl am Gesamtpreis des dazugehörigen Heizsystems. Der Preis des Energieträgers ist nur insofern relevant, als er neben den Kosten für die übrigen Systemkomponenten in den Gesamtpreis mit ein-

fließt. Zwischen Energieträgern besteht somit kein direkter Preiswettbewerb. Sie konkurrieren lediglich als Komponenten verschiedener Systeme miteinander.

1.3.3 Systemwettbewerb und Marktabgrenzung

510. Umstellungskosten mindern die Bereitschaft der Altkunden, Energieträger nachträglich zu wechseln. Hieraus den Schluß zu ziehen, Umstellungskosten verhinderten generell funktionsfähigen Substitutionswettbewerb, wäre allerdings falsch. Zutreffend ist lediglich, daß Wettbewerb bei Umstellungskosten der Nachfrageseite grundsätzlich anders funktioniert als Wettbewerb auf Märkten, auf denen Kunden jederzeit zwischen verschiedenen Angeboten substituieren können. Der wesentliche Unterschied liegt darin begründet, daß der *Zeithorizont in den Strategien der Marktakteure* erweitert wird. Die Nachfragescheidungen bei Umstellungskosten sind notwendigerweise langfristiger Natur. Dasselbe gilt für die Wettbewerbsstrategien der Unternehmen, die dem Entscheidungsverhalten der Nachfrager in ihrer Preispolitik Rechnung tragen.

Die branchenübergreifende Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes für Gas- und Fernwärmeanbieter trägt den *Besonderheiten des Systemwettbewerbs* zwischen den Energieträgern in dreifacher Weise Rechnung. Erstens berücksichtigt sie die Kontrollfunktion des Wettbewerbs um Neukunden. Zweitens vermeidet sie eine Behinderung effizienter Substitutionsprozesse auf dem HuK-Wärmemarkt, die aus einem zu frühen Einsatz der Mißbrauchsaufsicht resultieren kann. Drittens erlaubt sie mit Hilfe des Marktanteilskriteriums eine fundierte Beurteilung der Preissetzungsspielräume, über die Gas bzw. Fernwärme als Komponenten von Heizsystemen verfügen.

1.3.3.1 Kontrollfunktion des Wettbewerbs um Neukunden

511. Kunden ist bewußt, daß sie sich bei der Wahl eines Heizsystems langfristig an den Bezug eines bestimmten Energieträgers binden. Ihre Entscheidung wird daher auch von der Erwartung getragen, wie sich der Preis des jeweiligen Energieträgers in Relation zu den Preisen anderer Energieträgern entwickeln wird. Falls sie sich für einen leitungsgebundenen Energieträger entscheiden, werden sie insbesondere Sicherheit dafür verlangen, daß der Alleinanbieter von Gas oder Fernwärme ihre Abhängigkeit von seinem Angebot nicht durch eine Anhebung des Preises ausbeutet. Da *Preissicherheit* als Entscheidungskriterium in die Energieträgerwahl von Neukunden einfließt, wird es für Unternehmen zum Wettbewerbsparameter. Eine einfache Möglichkeit, darauf zu reagieren, ist der Verzicht auf eine Preisdifferenzierung zwischen Alt- und Neukunden. Altkunden profitieren in diesem Fall unmittelbar vom Wettbewerb um Neukunden. Hierin zeigt sich, daß Umstellungskosten Substitutionswettbewerb per se nicht ausschließen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Wettbewerb um Neukunden funktioniert.

Die Abgrenzung eines branchenübergreifenden HuK-Wärmemarktes für Gas- und Fernwärmeunter-

nehmen trägt diesem Ergebnis Rechnung. Der auf diesem Markt für einen Alleinanbieter leitungsgebundener Energie ermittelte Marktanteil gibt unter anderem Aufschluß darüber, *wie bedeutend das Neukundengeschäft für die Ertragslage des Unternehmens ist*. Bei einem geringen Marktanteil kann davon ausgegangen werden, daß dem Neukundengeschäft eine wesentliche Bedeutung zukommt. Mit Rücksicht auf den Wettbewerb um Neukunden werden Unternehmen darauf verzichten, ihre Preissetzungsspielräume gegenüber Altkunden auszuschöpfen. Mit zunehmender Marktdurchdringung nimmt das Gewicht des Wettbewerbs um Neukunden jedoch ab. Die Kontrolle, die das Neukundengeschäft über die Preispolitik gegenüber Altkunden ausübt, verliert an Bedeutung. Ein hoher Marktanteil auf dem HuK-Markt kann daher ein wichtiges Indiz dafür sein, daß ein Gas- oder Fernwärmeunternehmen über Preissetzungsspielräume gegenüber Altkunden verfügt, die nicht durch wesentlichen Wettbewerb kontrolliert werden.

1.3.3.2 Gefahr einer Behinderung effizienter Substitutionsprozesse

512. Umstellungskosten der Nachfrageseite zwingen Alleinanbieter von Gas- und Fernwärme zu langfristigen Marktstrategien. Die Werbung von Neukunden, die auf längere Sicht als Abnehmer an das Unternehmen gebunden sind, kommt einer Investition gleich. Die Einnahmen aus dem Neukundengeschäft müssen daher zunächst nicht die zur selben Zeit anfallenden Kosten decken. Anlaufverluste in frühen Phasen der Marktdurchdringung können durch spätere Preisanhebungen, wenn der Wettbewerb im Neukundengeschäft an Bedeutung verloren hat, wieder ausgeglichen werden. Eine entsprechend *langfristige Preispolitik* kann sich darin äußern, daß Neukunden im Verlauf der Neuerschließung von Versorgungsgebieten nicht in vollem Umfang die Kosten des Netzan schlusses, d. h. die Kosten der für sie bereitzustellenden Netzkapazität in Rechnung gestellt werden. Sie kann sich aber auch im Preis für den laufenden Energieträgerbezug niederschlagen. Das Unternehmen verzichtet in diesem Fall zunächst darauf, eine die gesamten Versorgungskosten deckende Spanne zwischen Beschaffungs- und Abgabepreis zu erheben.

Das Werben von Neukunden mit anfänglichen „Unterkostenpreisen“ muß nicht als Irreführung gewertet werden. Die Strategie wird vielmehr dadurch bedingt, daß für die Marktpartner die Alternative, die *langfristige Preisentwicklung vertraglich festzuschreiben*, nicht realistisch ist. Für einen rationalen Kunden sollte es im allgemeinen unwesentlich sein, wie sich seine tatsächlichen Ausgaben im Zeitverlauf entwickeln, solange die verschiedenen Zahlungsreihen unter Berücksichtigung der Zinsen in der Summe denselben Wert ergeben. Ein Unternehmen, das sich zu einer durchweg kostendeckenden Preispolitik verpflichtet, hätte demnach dieselben Absatzchancen wie ein Unternehmen, das Verluste aus anfänglichen „Unterkostenpreisen“ durch spätere Preiserhöhungen ausgleicht. Voraussetzung ist allerdings, daß sich das erste Unternehmen gegenüber seinen Abnehmern bindend zu einer kostendeckenden Preispolitik in der Zukunft verpflichten kann. In der Realität ist diese

Voraussetzung nicht erfüllt. Das Unternehmen weiß in der Regel selbst nicht, wie hoch seine Kosten in der Zukunft sein werden. Außerdem ist für Außenstehende die Kontrolle darüber, ob das Unternehmen, wenn es über vor Wettbewerb geschützte Preissetzungsspielräume verfügt, tatsächlich nur kostendeckende Preise fordert, nicht möglich. Die Kunden müssen deshalb davon ausgehen, daß das Unternehmen seine Preissetzungsspielräume, die es möglicherweise nach einer erfolgreichen Marktdurchdringung gegenüber Altkunden besitzt, ausschöpfen wird. Dem Unternehmen bleibt zum Markteintritt dann nur die Strategie der „Unterkostenpreise“.

513. Die Überlegungen zeigen, daß Umstellungskosten der Nachfrageseite von potentiellen Wettbewerbern eine besonders aggressive Preisstrategie erfordert, um in den Markt eintreten zu können. Umstellungskosten können daher in der Phase der *Neuerschließung von Versorgungsgebieten* durch Gas- oder Fernwärme eine erhebliche Verschärfung des Preiswettbewerbs bewirken. Die Einschätzung der Kartellbehörden, energieträgerübergreifendem Wettbewerb käme auf dem HuK-Wärmemarkt keine wesentliche Bedeutung zu, ignoriert diesen Sachverhalt. Sie wird durch das starke Vordringen von Gas in diesem Bereich seit Beginn der 70er Jahre, in dem sich unter anderem erhebliche Substitutionsvorgänge zwischen leichtem Heizöl und Gas widerspiegeln, letztlich widerlegt. Auch die Gerichte haben wiederholt festgestellt, daß die Neuerschließung von Gebieten mit Gas den Wettbewerb auf dem HuK-Wärmemarkt spürbar belebt.¹³⁾

514. Die pauschale Annahme der Marktbeherrschung leitungsgebundener Versorgungsunternehmen ohne Berücksichtigung ihrer Wettbewerbsposition gegenüber anderen Energieträgern läuft Gefahr, daß die *Preishöhenkontrolle zu einem Zeitpunkt einsetzt*, zu dem der *branchenübergreifende Wettbewerb noch intensiv geführt wird*. Unternehmen würde damit die Möglichkeit zu einer aggressiven Markteintrittsstrategie verwehrt. Eine kartellrechtliche Preishöhenkontrolle, welche die mit einer Ausdehnung des Gasgeschäfts verbundenen Ertragsaussichten schmälert, mindert auf Seiten der Unternehmen den Anreiz, in Form vorübergehender „Unterkostenpreise“ in den Markt zu investieren. Der mögliche Substitutionswettbewerb zwischen Gas bzw. Fernwärme und anderen Energieträgern wird dadurch behindert.

Mit der *Abgrenzung eines branchenübergreifenden HuK-Wärmemarktes* wird die Gefahr eines zu frühen Eingreifens der Kartellbehörden weitgehend vermieden. Handlungsbedarf entsteht bei dieser Vorgehensweise erst, wenn sich Gas im Wettbewerb gegenüber anderen Energieträgern durchgesetzt hat und einen Marktanteil erreicht hat, der eine marktbeherrschende Stellung auf dem HuK-Wärmemarkt vermuten läßt. Die Beeinträchtigung der Markteintrittsstrategie durch eine kartellrechtliche Preishöhenkontrolle ist zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zu erwarten. Damit werden auch die Substitutionsprozesse zwischen Heizöl und Gas bzw. Fernwärme nicht unverhältnismäßig behindert.

¹³⁾ WuW/E BGH 1533 „Erdgas-Schwaben“; WuW/E OLG 3469 „Thüringer Gas/Westerland“.

1.3.3.3 Vermutung über Preissetzungsspielräume

515. Der Wettbewerb auf dem HuK-Wärmemarkt findet zwischen konkurrierenden Heizsystemen statt. Neukunden entscheiden sich anhand der *Kosten des Gesamtsystems*. Der Bezugspreis des Energieträgers ist nur eine Komponente dieser Gesamtkosten. Der Preiswettbewerb zwischen den Energieträgern ist daher indirekt. Angesichts der unterschiedlichen Konfiguration verschiedener Heizsysteme wäre es Zufall, wenn die Kosten komplementärer Systemkomponenten übereinstimmen würden. Sofern die komplementären Vorrichtungen von Gas- bzw. Fernwärmeheizsystemen billiger sind als die Komponenten konkurrierender Systeme, kann der Preis für Gas bzw. Fernwärme über dem Preis für leichtes Heizöl liegen, ohne die Wettbewerbsposition des leitungsgebundenen Energieträgers zu gefährden.

Tatsächlich zeigen beispielhafte *Heizkostenvergleichsrechnungen* des Bundesverbandes der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft, daß die Kapitalkosten mit Gas betriebener Heizsysteme niedriger sind als bei anderen Systemen.¹⁴⁾ Aus den ermittelten Kostenvorteilen bei Komplementärgütern kann jedoch noch nicht der Schluß gezogen werden, Alleinanbieter von Gas würden über Preissetzungsspielräume verfügen. Hierzu sind vielmehr genaue Kenntnisse über die Kosten der Förderung, des Transports und der Verteilung von Gas erforderlich. Preissetzungsspielräume bestehen nur, wenn der am Markt durchsetzbare Preis die erforderlichen Kosten der Versorgung übersteigt.

516. Die Berücksichtigung von Konkurrenzenergien bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für Gas- bzw. Fernwärmeanbieter ist nicht mit der Annahme gleichzusetzen, daß Substitutionswettbewerb Preisspielräume von Alleinanbietern leitungsgebundener Energien grundsätzlich ausschließt. Möglicherweise vorhandene *Kostenvorteile gegenüber leichtem Heizöl* werden immer nur bei brancheninternem Wettbewerb an die Verbraucher weitergegeben werden. Branchenübergreifender Wettbewerb kann in diesem Fall kein befriedigender Ersatz für den fehlenden direkten Preiswettbewerb unter Versorgungsunternehmen sein.

Die Möglichkeit, daß Versorgungsunternehmen im Systemwettbewerb über Preissetzungsspielräume verfügen können, spricht dennoch nicht gegen die Abgrenzung eines HuK-Wärmemarktes. Der tatsächliche Markterfolg eines Gas- oder Fernwärmeunternehmens, der sich im *Marktanteil auf dem HuK-Wärmemarkt* niederschlägt, dient als wichtiges Kriterium bei der Beurteilung der Frage, ob die Preispolitik eines Versorgungsunternehmens wesentlichem Wettbewerb unterliegt. Eine direkte Messung anhand einer Gegenüberstellung von Preisen und Kosten leitungsgebundener Energieträger ist aufgrund der erheblichen Schwierigkeiten, die eine Kostenerfassung aufwirft, dagegen nicht praktikabel.

517. *Anhaltspunkte über mögliche Preissetzungsspielräume* können letztlich nur aus dem Marktergeb-

¹⁴⁾ Vgl. Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft e.V., *Kostenvergleich Heizung und Warmwasserbereitung für Neubauten*, Ausg. 1988, 3. Aufl., Bonn 1990.

nis auf dem HuK-Wärmemarkt gewonnen werden. Die von den Kartellbehörden vorgenommene energieträgerspezifische Marktabgrenzung verzichtet auf die Informationen, die das Marktanteilkriterium über die Wirksamkeit des Substitutionswettbewerbs liefert. Damit besteht die Gefahr, daß die Mißbrauchsaufsicht angewandt wird, ohne daß die betroffenen Versorgungsunternehmen über wesentliche Preissetzungsspielräume verfügen.

1.3.4 Heizölpreise als Vergleichsmaßstab?

518. Ein Mißbrauch liegt nach § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.“ Eine entsprechende Definition des Mißbrauchs enthält Artikel 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 GWB. Aus der Begriffsbestimmung wird das Konzept des *Als-ob-Wettbewerbs* bei der Ermittlung des Vergleichsmaßstabes deutlich.

Bei wirksamem Substitutionswettbewerb auf dem HuK-Wärmemarkt, d. h. bei einem bedeutenden Umfang des Neukundengeschäfts, bei ungefähr gleichen Preisrelationen komplementärer Systemkomponenten und bei Abwesenheit sonstiger Wettbewerbsverfälschungen kontrollieren die Preise der Konkurrenzenergie leichtes Heizöl auf effektive Weise die Preissetzungsspielräume leitungsggebundener Versorgungsunternehmen. Deshalb mag der Schluß naheliegen, im Sinne des *Als-ob-Wettbewerbskonzepts* Preise für leichtes Heizöl als Maßstab für eine wettbewerbliche Preisbildung heranzuziehen, wenn Alleinanbieter von Gas- bzw. Fernwärme vor wesentlichem Substitutionswettbewerb geschützt sind.

519. Das Konzept eines *branchenübergreifenden Als-ob-Wettbewerbs* ist jedoch *nicht tragfähig*. Wie oben bereits erwähnt, verfügt ein Unternehmen über Preissetzungsspielräume, wenn es Preise am Markt durchsetzen kann, die über den erforderlichen Kosten des Angebots liegen. Funktionsfähiger Substitutionswettbewerb impliziert, daß der Preis für leichtes Heizöl den erforderlichen Versorgungskosten von Gas- bzw. Fernwärmeunternehmen ungefähr entspricht. Unter dieser Bedingung sind Preissetzungsspielräume bei Gas oder Fernwärme ausgeschlossen. Gelangt man aufgrund der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu dem Ergebnis, leitungsggebundene Versorgungsunternehmen unterlägen keinem wesentlichen Substitutionswettbewerb, so bedeutet dies, daß Heizölpreise ihre Kontrollfunktion nicht mehr erfüllen. Sie können damit auch nicht als Maßstab für eine kostengerechte Preispolitik von Gas- bzw. Fernwärmeunternehmen dienen.

520. Ein *Extrembeispiel* mag den konzeptionellen Fehler eines branchenübergreifenden Vergleichsmaßstabes veranschaulichen. Angenommen der Staat schreibt überall dort, wo die Substitution von Heizöl durch Gas technisch möglich ist, die Verwendung von Gas vor. Substitutionswettbewerb wird damit ausgeschlossen. Die Nachfrage nach Gas wird aufgrund dieser Maßnahme erheblich steigen, während der

Bedarf an Heizöl in gleichem Umfang sinken wird. Gas muß nun in Gebiete geliefert werden, deren Versorgung zuvor nicht rentabel war. Der Gaspreis wird daher kostenbedingt steigen. Der Heizölpreis wird dagegen tendenziell sinken. In der divergierenden Preisentwicklung spiegelt sich die veränderte Knappheitsrelation der Energieträger wider. Eine kartellrechtliche Anbindung des Gaspreises an den Heizölpreis würde verhindern, daß die in den Preisen enthaltene Information über die veränderte Knappheitsrelation an die Verbraucher weitergegeben wird. Der marktwirtschaftliche Allokationsmechanismus würde damit außer Kraft gesetzt.

521. Die von den Kartellbehörden vertretenen *Auffassungen*, auf dem HuK-Wärmemarkt herrsche kein wesentlicher Substitutionswettbewerb und Heizölpreise seien zur Kontrolle des Preisverhaltens von Gas- und Fernwärmeunternehmen geeignet, sind *nicht miteinander vereinbar*. Es kann nur immer eine von beiden Aussagen zutreffen. Heizölpreise üben nur dann eine wirksame Preiskontrolle über Versorgungsunternehmen aus, wenn der Substitutionswettbewerb wesentlich ist. Trifft dagegen die Aussage zu, branchenübergreifender Wettbewerb sei nicht funktionsfähig, so scheiden Heizölpreise als Kontrollinstrument für die Preispolitik von Versorgungsunternehmen aus.

1.3.5 Beurteilung des Anlegbarkeitsprinzips bei der Gaspreisbildung

522. Die Förderung, der Transport und die Verteilung von Gas erfordern *umfangreiche Investitionen* in Anlagen, Fernleitungen und Verteilnetze. Die Kapitalbindung ist langfristig. Die Planung setzt daher verlässliche Erwartungen über die langfristige Bedarfsentwicklung voraus, will man kostspielige Fehlinvestitionen vermeiden. Hinzu kommt, daß die Investitionen zugleich eine *Bindung an spezifische Marktpartner* zur Folge haben. Ein Netzbetreiber ist auf die Belieferung durch das vorgeschaltete Ferngasunternehmen angewiesen. Der Vorlieferant ist in bezug auf die Auslastung der Transportleitung allerdings ebenso von der regelmäßigen Nachfrage des Netzbetreibers abhängig. Ähnliche Abhängigkeitsverhältnisse bestehen auch auf anderen Marktstufen.

Die besondere Struktur der Marktbeziehung bedingt, daß sich die Marktrisiken in wenigen bilateralen Geschäftsbeziehungen niederschlagen. Sie können in diesem Fall zum *Anlaß von Verteilungskämpfen* werden, wenn sich die Geschäftspartner in der Beurteilung von Nachfrage- oder Kostenänderungen und über die daraus für jeden im einzelnen resultierenden Konsequenzen nicht einigen können. Die Gefahr entsprechender Streitfälle kann auf verschiedene Weise vermieden werden. Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen, der gemeinschaftliche Betrieb von Transportleitungen oder Verteilnetzen oder die vertikale Integration aufeinanderfolgender Marktstufen in einem Unternehmen führen eine Kongruenz der Gewinninteressen herbei und entschärfen damit die Verteilungskonflikte. Eine andere Lösung bieten langfristige Verträge, in denen Liefermengen über einen hinreichend langen Zeitraum vereinbart wer-

den. Zusätzlich muß in den Verträgen geregelt werden, zu welchen Preisen das Gas gehandelt werden soll.

523. In der Gaswirtschaft hat sich in bezug auf die Preisbildung in langfristigen Gaslieferverträgen das *Prinzip der Anlegbarkeit* durchgesetzt. Der Gaspreis orientiert sich demnach an der Preisentwicklung der wichtigsten Konkurrenzenergie auf dem Wärmemarkt. Dies sind im HuK-Bereich leichtes Heizöl, im industriellen Bereich aber auch schweres Heizöl oder gegebenenfalls feste Brennstoffe. Dem Letztverteiler, der sich langfristig zur Abnahme eines bestimmten Gasvolumens verpflichtet hat, gewährleistet diese Form der Preisbildung, daß der Absatz der Menge nicht an einer sich verschlechternden Wettbewerbsfähigkeit von Gas gegenüber substituierbaren Energieträgern scheitert. Das Anlegbarkeitsprinzip stellt außerdem sicher, daß Veränderungen in der Wettbewerbsposition von Gas auf dem Wärmemarkt, die auf Änderungen der Preise von Konkurrenzenergien oder anderen externen Einflüssen beruhen, vom Endverteiler auf vorgelagerte Stufen überwältzt werden können. Dies ist insofern sinnvoll, als Unternehmen auf vorgelagerten Marktstufen regional begrenzten Risiken besser begegnen können.

524. In der *Berechnung des anlegbaren Preises* wird berücksichtigt, daß Gas lediglich als Komponente von Heizsystemen mit anderen Brennstoffen konkurriert. Sie orientiert sich an der Wettbewerbsfähigkeit des Gesamtsystems. Neben den Preisen und dem Wirkungsgrad der relevanten Konkurrenzenergie werden auch die Kostenvorteile bzw. -nachteile komplementärer Systemkomponenten in die Berechnung einbezogen. Außerdem wird Kriterien wie Versorgungssicherheit, Umweltverträglichkeit und Anwendungskomfort Rechnung getragen, sofern diese die Nachfrageentscheidung wesentlich beeinflussen.

Die Ermittlung des anlegbaren Preises orientiert sich prinzipiell an der *individuellen Substitutionsmöglichkeit einzelner Abnehmergruppen*. Für den HuK-Bereich wird die Wettbewerbssituation zu Konkurrenzenergien allerdings pauschal festgestellt. Eine individuelle Preispolitik wäre hier zu kostspielig. Wie bereits dargelegt, wird auch auf eine Differenzierung zwischen Alt- und Neukunden verzichtet. Gegenüber industriellen Großabnehmern wird der wettbewerbsfähige Preis dagegen anhand der tatsächlichen individuellen Substitutionsmöglichkeit des Kunden ermittelt.

525. Das Anlegbarkeitsprinzip gewährleistet nicht nur eine *sinnvolle Verteilung des Marktrisikos* über die verschiedenen Marktstufen. Es ist auch Ausdruck einer gewinnmaximierenden Preisstrategie. Ein über alle Produktionsstufen integriertes Unternehmen würde gegenüber seinen Abnehmern dieselbe Preispolitik anwenden, um seinen Gewinn zu maximieren. Die Differenzierung der Preise nach der jeweiligen Nachfrageelastizität einzelner Kundengruppen sichert nicht nur die Konkurrenzfähigkeit gegenüber anderen Energieträgern, sie erlaubt zugleich eine optimale Ausschöpfung des jeweils vorhandenen Preissetzungsspielraums.

Von der Gaswirtschaft wird betont, die Gaspreisbildung sei *wettbewerbsorientiert*. Damit ist gemeint,

daß das Anlegbarkeitsprinzip eine wettbewerbskonforme Preisbildung gewährleistet. Das Anlegbarkeitsprinzip wurde von den Kartellbehörden bislang auch nicht beanstandet, da es im Grundsatz dem Konzept des branchenübergreifenden Preisvergleichs entspricht. Auch die Monopolkommission hat in ihrem letzten Gutachten die Gaspreisbildung noch in diesem Sinne gewürdigt.¹⁵⁾ Die oben aufgezeigten Mängel des Konzepts eines branchenübergreifenden Als-ob-Wettbewerbs erfordern jedoch eine *Neubewertung*. Der auf die unternehmerische Preispolitik bezogene Begriff der Wettbewerbsorientierung ist nicht dem Begriff der Wettbewerbskonformität im Sinne des Kartellrechts gleichzusetzen. Jede gewinnmaximierende Preispolitik ist im Grunde wettbewerbsorientiert. Sowohl Unternehmen, die in wesentlichem Wettbewerb stehen, als auch Monopolisten orientieren sich bei ihrer Preissetzung an der Preiselastizität der Nachfrage. Nur im Fall wesentlichen Wettbewerbs führt dies aber zu kostengerechten Preisen. Dies bedeutet, daß das Anlegbarkeitsprinzip bei marktbeherrschenden Gasunternehmen eine mißbräuchliche Preissetzung nicht ausschließt.

2. Zusammenschlußkontrolle

2.1 Angezeigte Zusammenschlüsse und Untersagungen

526. Im Berichtszeitraum 1990/1991 wurden 3 555 *Zusammenschlüsse* beim Bundeskartellamt angezeigt.¹⁶⁾ Die von der Monopolkommission im letzten Hauptgutachten festgestellte Tendenz einer *ständigen Zunahme* von Zusammenschlüssen seit 1983 hat sich damit auch in diesem Berichtszeitraum fortgesetzt.¹⁷⁾ Nachdem 1988/1989 mit 2 573 die Zahl der angezeigten Zusammenschlüsse bereits um 884 im Vergleich zum Berichtszeitraum 1986/1987 zugenommen hatte, ist für diesen Berichtszeitraum eine weitere erhebliche Zunahme um 982 Vorhaben festzustellen.¹⁸⁾ Die weiterhin wachsende Zahl von Zusammenschlüssen im Berichtszeitraum kann in erster Linie mit der nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten aufgenommenen Privatisierung von ehemaligen DDR-Betrieben erklärt werden. Von den im Berichtszeitraum 1990/1991 angezeigten 3 555 Zusammenschlüssen waren allein *in 911 Fällen ostdeutsche Betriebe beteiligt*. Dies sind 25,6% aller beim Bundeskartellamt angezeigten Zusammenschlüsse. Die hohe Zahl der Zusammenschlußfälle mit Beteiligung ostdeutscher Unternehmen ist darauf zurückzuführen, daß diese Betriebe nach Einschätzung der mit der Privatisierung betrauten Treuhandaanstalt häufig alleine nicht überlebensfähig waren. Um den ostdeutschen Unternehmen den Zugang zu dem notwendigen technischen und wirtschaftlichen

¹⁵⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1988/1989, a. a. O., Tz. 504.

¹⁶⁾ Vgl. Tabelle 3.

¹⁷⁾ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1988/1989, a. a. O., Tz. 510.

¹⁸⁾ Die Differenz von einem Fall zu der im Hauptgutachten 1988/1989 genannten Zahl ist auf einen Übertragungsfehler zurückzuführen.