



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Implizite Kollusion im Lichte der Tankstellenmärkte
- Defizite im europäischen und deutschen Kartellrecht?“**

Dissertation vorgelegt von Franziska Peters

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Stefan Geibel

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Implizite Kollusion im Lichte der Tankstellenmärkte - Defizite im europäischen und deutschen Kartellrecht?¹

Anlass und Relevanz

Das europäische und deutsche Kartellrecht, welches grundsätzlich den effektiven Wettbewerb schützen und garantieren soll, stößt bei einem gleichförmigen Marktverhalten von Wettbewerbern, das nicht auf expliziter Kommunikation, sondern auf einer hohen Reaktionsverbundenheit der Unternehmen beruht und stillschweigend geschieht (implizite Kollusion), an seine Grenzen. Nach bisheriger Rechtsprechung und Behördenpraxis sowie der Mehrheit der Stimmen in der Literatur stellt ein solches gleichförmiges Verhalten keinen Verstoß gegen das Kartellverbot dar, obwohl dieses typischerweise zu Marktergebnissen führt wie sie auch bei einer expliziten Kollusion, die vom Kartellverbot umfasst ist, entstehen. Bisherige Ansätze, diesem Phänomen mit dem Missbrauchsverbot oder der Fusionskontrolle zu begegnen, lassen die Frage offen, ob das Kartellrecht Defizite im Hinblick auf Marktverhalten beruhend auf impliziter Kollusion aufweist. (1. Kapitel A.)

Typischerweise kommt es auf Oligopolmärkten häufig zu einem stillschweigenden gleichförmigen Verhalten, weil auf diesen vielfach Marktbedingungen herrschen, die Verhaltenskoordinierungen ohne Kommunikation begünstigen, wie insbesondere eine hohe Transparenz oder eine hohe Produkthomogenität. Daher behandelt diese Arbeit im Schwerpunkt die implizite Kollusion auf Oligopolmärkten und entwickelt Lösungsansätze für deren Regulierung. Mit Aufkommen der Preissetzungsalgorithmen wird eine implizite Kollusion aber auch auf anderen Märkten wahrscheinlicher. (1. Kapitel; 2. Kapitel A. I.-V.)

Anlass für die Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Bewertung von impliziter Kollusion war die Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Bundeskartellamts im Jahr 2008 („Sektoruntersuchung“), welche im Jahr 2011 abgeschlossen wurde. In dieser Sektoruntersuchung geht das Bundeskartellamt dem häufig geäußerten Vorwurf nach, dass die Preissetzung im Kraftstoffsektor auf Einzelhandelsebene auf kartellrechtlich unzulässigem Verhalten beruht. Das Bundeskartellamt befasst sich mit dem Preissetzungsverhalten auf den deutschen Tankstellenmärkten sowie der bestehenden Wettbewerbsstruktur. Es geht dabei detailliert auf einzelne kartellrechtliche Aspekte und insbesondere auf eine implizite Kollusion zwischen den Oligopolisten ein. Daher sind die deutschen Tankstellenmärkte auch ein optimales Referenzgebiet, um sich mit den kartellrechtlichen Fragen hinsichtlich des Phänomens der impliziten Kollusion auseinanderzusetzen. Diese Arbeit befasst sich mit dem Preissetzungsverhalten auf den deutschen Tankstellenmärkten und geht detailliert auf einzelne kartellrechtliche Aspekte ein. Sie bildet außerdem bislang die Blaupause für Überlegungen einer kartellrechtlichen Regulierung des dort auftretenden, speziellen Wettbewerbsverhaltens. (1. Kapitel A.)

Einzelne Erkenntnisse

Am Ende dieser Arbeit bleibt festzustellen, dass das Kartellrecht im Hinblick auf das Phänomen der impliziten Kollusion Defizite aufweist, aber auch Möglichkeiten bestehen, der impliziten Kollusion und den damit verbundenen Folgen entgegenzuwirken.

A. Grundsätzliche Erkenntnisse zur Bewertung impliziter Kollusion

1. Eine Anwendung des Kartellverbots auf das Phänomen der impliziten Kollusion aufgrund der ähnlichen negativen Folgen für die Konsumentenwohlfahrt wie bei den vom Kartellverbot erfassten Verhaltensweisen wäre, insbesondere nach dem *more economic approach*, vom Sinn

¹ Quellenangaben können in den einzelnen angegebenen Abschnitten der Dissertationsschrift nachgelesen werden.

und Zweck des Kartellverbots gedeckt. Allerdings muss eine solche Anwendung mangels einer Fühlungnahme der Oligopolisten untereinander dennoch abgelehnt werden, da dem Verbot der Schutz des Selbstständigkeitspostulats zugrunde liegt. Wird dieser durch das Verhalten der Unternehmen nicht gefährdet, sondern nutzen die Unternehmen allein die Marktgegebenheiten und liegt keine Zweiseitigkeit des Verhaltens vor, ist das Kartellverbot nicht berührt. (2. Kapitel B. II. 1.)

2. Die Führung eines Indizienbeweises hinsichtlich einer für einen Kartellverstoß notwendigen Abstimmung dürfte den Kartellbehörden im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren sowie der beweisbelasteten Partei im Zivilverfahren im Falle eines parallelen Verhaltens auf einem engen oligopolistischen Markt selten gelingen. Daher wäre grundsätzlich eine Beweislastumkehr für das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise für enge oligopolistische Märkte unter strengen Voraussetzungen denkbar. Es müssten aber insbesondere der Untersuchungsgrundsatz sowie der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren ausreichend Beachtung finden. (2. Kapitel B. II. 2.)

3. Einer Anwendung des deutschen Lauterkeitsrechts auf Fälle der impliziten Kollusion ohne Hinzutreten zusätzlicher Umstände steht primär die Wertung des Kartellrechts entgegen, ein solches Verhalten allein nicht als rechtswidrig anzusehen. Das UWG ist anders als Artikel 5 FTCA kein Auffangtatbestand für solche Verhaltensweisen, die nicht von dem Kartellrecht erfasst sind, sondern soll die Marktteilnehmer vor unlauteren Geschäftspraktiken und damit auch den Wettbewerb schützen. Es fehlt an einem zusätzlichen Unlauterkeitselement. (2. Kapitel B. III.)

4. Eine gemeinsame Marktbeherrschung kann sowohl im Rahmen der Fusionskontrolle als auch im Rahmen des Missbrauchsverbots auf impliziter Kollusion beruhen, wenn die *Airtours*-Kriterien erfüllt sind. Diese bedürfen allerdings im Falle des Missbrauchsverbots einer Anpassung. Mögliche Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Bestimmung, ob eine gemeinsame Marktbeherrschung besteht, z.B. ob eine implizite Kollusion in Form eines Parallelverhaltens oder Binnenwettbewerb vorliegt, dürfen nicht zu einer Abkehr vom Missbrauchsverbot führen. (2. Kapitel B. IV. 1.)

5. Implizite Kollusion *per se* kann aus verschiedenen Gründen nicht als missbräuchliches Verhalten im Sinne des Missbrauchsverbots angesehen werden. Insbesondere kann implizite Kollusion, welche bereits Grundlage der gemeinsamen Marktbeherrschung der Oligopolisten ist, nicht zugleich ein missbräuchliches Verhalten darstellen. Anderenfalls wäre der Grundsatz verletzt, dass das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein kein missbräuchliches Verhalten begründen kann.

Es sind jedoch zusätzliche Verhaltensweisen denkbar, die einen Missbrauch darstellen können. So erscheint unter anderem ein Missbrauch durch Verhaltensweisen, die die Markttransparenz fördern, sogenannte *facilitating practices*, naheliegend. Insbesondere sollte aber das Augenmerk auf einem Missbrauch durch überhöhte Preise liegen, da mit impliziter Kollusion typischerweise ein überhöhtes Preisniveau einhergeht.

Das Bundeskartellamt sollte also in Zukunft nicht gänzlich von der Kontrolle eventueller Ausbeutungsmissbräuche durch Oligopolisten zugunsten einer Kontrolle von Behinderungsmissbräuchen, dem Abbau vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und einer strengeren Fusionskontrolle absehen, wie es in dem Bericht zur Sektoruntersuchung angedeutet hat. Überhöhte Preise treffen die Verbraucher unmittelbar und können die Konsumentenwohlfahrt auch auf längere Zeit schädigen.

Eine mit § 29 GWB vergleichbare Regelung und insbesondere eine vergleichbare Beweiserleichterung für andere Bereiche ist denkbar, wenn ähnliche Verhältnisse wie im Gas- und Stromsektor vorliegen.

(2. Kapitel B. IV. 3.)

6. Eine verstärkte Fusionskontrolle stellt kein ausreichendes Instrument dar, um die mit impliziter Kollusion verbundenen negativen Folgen für die Konsumentenwohlfahrt ausreichend zu begrenzen. Eine bereits bestehende Marktstruktur kann im Wege der Fusionskontrolle nicht geändert werden. Allerdings sollte die Fusionskontrolle selbstverständlich konsequent umgesetzt werden, um eine Marktstruktur, die implizite Kollusion fördert, zu verhindern.

Daher ist eine zusätzliche, *ex-post* stattfindende Marktstrukturkontrolle in Form struktureller Maßnahmen und in Form der Entflechtung notwendig. (2. Kapitel B. I.)

7. Eine Entflechtung von Unternehmen ist bisher nur in Form einer verstoßabhängigen Entflechtung nach § 32 GWB möglich. Bei Anordnung einer solchen sind insbesondere das Konnexitätserfordernis, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der Subsidiaritätsgrundsatz zu beachten. Zudem darf es nicht zu einer Entflechtung bei zulässigem Verhalten kommen. Sollte zukünftig eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber geschaffen werden, so müsste an diese hohe Anforderungen gestellt werden, um die Grundrechte sowie grundrechtsgleichen Rechte zu wahren und sicherzustellen, dass die für die Konsumentenwohlfahrt positiven Wirkungen überwiegen. (2. Kapitel B. V. und VI. 1.)

8. Sektorspezifische Regulierung sollte auf Märkte beschränkt bleiben, die aufgrund von natürlichen Gegebenheiten auch in Zukunft keine Form des Wettbewerbs erwarten lassen bzw. auf denen dieser nicht erwünscht ist. (2. Kapitel B. VI. 2.)

9. Die Auseinandersetzung mit den weiteren bisher gefundenen Ansätzen zur Eindämmung der häufig mit einem engen Oligopol verbundenen negativen Folgen für die Konsumentenwohlfahrt hat gezeigt, dass jede Regulierung durch den Staat auch mit Risiken behaftet ist und trotz wirtschaftswissenschaftlicher Modelle keine Gewissheit über die Auswirkungen solcher Maßnahmen besteht. Der Erfolg einer Regelung zur Erhöhung der Markttransparenz, indem Preisinformationen beobachtet und öffentlich zugänglich gemacht werden, hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls und insbesondere von dem Verhalten der Konsumenten ab. Mit Einführung einer Regulierung der Änderungsfrequenz hinsichtlich Preiserhöhungen und Preissenkungen bestünde die Chance, das sonst auf einem Wettbewerbsmarkt bestehende Risiko der Preissetzung in einem gewissen Umfang herbeizuführen und die implizite Kollusion der Oligopolisten zu durchbrechen. Solche Arten der Regulierung sollten also nicht unberücksichtigt bleiben.

Für die Entwicklung weiterer Instrumente, um impliziter Kollusion entgegenzutreten, dürften auch zukünftige wirtschaftswissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der Marktstruktur des engen Oligopols, die Sammlung weiterer Erkenntnisse über Preissetzungsalgorithmen sowie Erfahrungen mit Ansätzen in anderen Ländern entscheidend sein. (2. Kapitel B. VI. 3.)

B. Erkenntnisse hinsichtlich der Tankstellenmärkte

I. Interpretation der Beobachtungen über den Markt und das Preissetzungsverhalten im Zusammenhang mit der Frage nach einer gemeinsamen Marktbeherrschung

1. Es wurde deutlich, dass eine Interpretation der mit der Sektoruntersuchung gesammelten Daten zur Markt- und Wettbewerbssituation auf den deutschen Tankstellenmärkten durch das Bundeskartellamt nicht einfach und zwingend ist. So unterstützen nicht alle Beobachtungen und gesammelten Informationen die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung durch die Mineralölkonzerne. Insbesondere bestehen Zweifel hinsichtlich der Deutung des ermittelten Preissetzungsmusters als Zeichen eines Mangels an Binnen- und Außenwettbewerbs. (2. Kapitel B. IV. 2.)

2. Im Hinblick auf das Vorliegen von Binnenwettbewerb ist vor allem die Bedeutung der Beobachtung sogenannter Edgeworth-Preiszyklen fraglich. Es ist zu erwarten, dass sich die Wirtschaftswissenschaften in Zukunft weiterhin mit diesem Phänomen und insbesondere seiner Entstehung auseinandersetzen. Obwohl bei einer Analyse der Marktsituation die

Beobachtungen und Daten stets zu einem gewissen Grad mehrdeutig sind, würde eine eindeutigere Auslegung der Edgeworth-Preiszyklen auch eine eindeutigere Aussage hinsichtlich eines funktionierenden Binnenwettbewerbs auf den deutschen Tankstellenmärkten ermöglichen. (2. Kapitel B. IV. 2.)

3. Im Zusammenhang mit der Frage nach Außenwettbewerb ist insbesondere die Deutung der in kleinen Schritten erfolgenden Preissenkungen fraglich. Dennoch ist dem Bundeskartellamt basierend auf den bisher vorhandenen Informationen über die Preissetzung und den wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen tendenziell zuzustimmen, wenn es ein enges Oligopol mit einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der Oligopolisten annimmt. Anzeichen, die gegen eine gemeinsame Marktbeherrschung und für funktionierenden Wettbewerb sprechen, sollten aber dennoch nicht gänzlich ausgeblendet werden. Bei Vorliegen neuer Fakten oder wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse sollten die gezogenen Schlüsse zur Wettbewerbsstruktur überprüft werden. Es bleibt anzumerken, dass sich aufgrund vergangener und aktueller Entwicklungen seit der Sektoruntersuchung Änderungen hinsichtlich der dargestellten Faktoren ergeben haben können. Daher wäre eine erneute Bewertung, ob und durch welche Unternehmen ein marktbeherrschendes Oligopol vorliegt, sinnvoll. (2. Kapitel B. IV. 2.)

II. Rechtliche Fragen und Probleme bezüglich der Anwendung des Kartellrechts

1. Das Bundeskartellamt hat sich in der Sektoruntersuchung nur knapp mit den rechtlichen Fragen in Bezug auf die Beurteilung des parallelen Preissetzungsverhaltens befasst. Somit könnte der Eindruck entstehen, dass es nicht in Betracht kommt, dass dieses Verhalten einen Verstoß gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot darstellt.

Es ist dem Bundeskartellamt zuzustimmen, dass das implizite Parallelverhalten auf den Tankstellenmärkten nach den grundsätzlich angestellten Überlegungen nicht vom Kartellverbot erfasst ist, da es an einer Fühlungnahme fehlt. (2. Kapitel B. II. 1.)

2. Vor dem Hintergrund, dass das Verlangen überhöhter Preise sowohl im europäischen als auch im deutschen Kartellrecht ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann und das Bundeskartellamt von einem überhöhten Preisniveau auf den deutschen Tankstellenmärkten ausgeht, war die Auseinandersetzung mit einem eventuellen Vorliegen missbräuchlichen Verhaltens durch die Oligopolisten naheliegend. Ein Verhalten, das neben die parallele Preissetzung tritt und eine Missbräuchlichkeit begründen könnte, könnte die oftmals bestehende vertragliche Verpflichtung der Tankstellenpächter und Angestellten zur Beobachtung und Meldung der Wettbewerberpreise darstellen. Mit diesem Verhalten wird die Markttransparenz zwischen den Wettbewerbern weiter erhöht und eine implizite Kollusion weiter vereinfacht, sodass in diesem Verhalten eine sogenannte *facilitating practice* zu sehen sein könnte. Diese Verpflichtungen haben nach Einführung der Markttransparenzstelle und der Stärkung der Verbraucherinformationsdienste sicherlich eine Modifikation erfahren, die rechtliche Bewertung dürfte aber ähnlich ausfallen. (2. Kapitel B. IV. 3. e))

3. Daneben besteht die offensichtlichere Möglichkeit des Missbrauchs aufgrund überhöhter Preise durch die Mineralölkonzerne. Diese Arbeit kann jedoch nicht konkret einen Missbrauch durch überhöhte Preise auf den deutschen Tankstellenmärkten prüfen. Es wird aber aufgezeigt, warum trotz der grundsätzlich mit einer staatlichen Preishöhenkontrolle verbundenen Gefahren für die Konsumentenwohlfahrt bei einem verfestigten Oligopol wie es auf den deutschen Tankstellenmärkten vorliegt eine *ex post* stattfindende Preishöhenkontrolle geboten ist. Auf diesen Märkten gibt es keine staatliche Entgeltregulierung, es ist keine Weiterentwicklung des Markts durch Innovation zu erwarten und die gemeinsame marktbeherrschende Stellung ist gefestigt. Es ist daher davon auszugehen, dass sich eine Preishöhenkontrolle auch auf längere Zeit für die Konsumentenwohlfahrt positiv auswirkt. Die dargestellten Probleme bei der

Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts im Rahmen der Preishöhenkontrolle sollten einer solchen nicht generell im Weg stehen. (2. Kapitel B. IV. 3. c), d))

5. Außerdem bestünde für den Gesetzgeber die Möglichkeit, eine dem § 29 GWB vergleichbare Vorschrift für den Tankstellen-Kraftstoffsektor zu schaffen. Den Kartellbehörden wird durch diese Vorschrift, insbesondere durch die enthaltene Beweislastumkehr, die Durchsetzung der Missbrauchsvorschriften erheblich erleichtert. Die Gründe, die zur Einführung dieser strengeren Missbrauchsvorschrift für den Energiesektor geführt haben, könnten eine vergleichbare Vorschrift für den Tankstellen-Kraftstoffsektor rechtfertigen, da eine gewisse Vergleichbarkeit dieser Sektoren gegeben ist. (2. Kapitel B. IV. 4.)

6. Sollte es in Zukunft zur Einführung einer verhaltensunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit kommen, so könnten die Mineralölkonzerne auf Grund der geschilderten Marktstruktur auf den deutschen Tankstellenmärkten Gegenstand einer solchen Entflechtung sein. (Kapitel B. VI. 1.)

7. Der Erfolg des derzeitigen Versuchs in Deutschland, die Markttransparenz für die Verbraucher zu erhöhen und damit die Asymmetrie der Transparenz zwischen diesen und den Mineralölunternehmen zu verringern, hängt erheblich von der Bereitschaft der Verbraucher ab, die Informationsangebote zu nutzen und Preisvergleiche anzustellen. Sollte diese Bereitschaft nicht oder nur in sehr begrenzten Umfang vorliegen, ist letztendlich mit keiner Veränderung des Preisniveaus für Kraftstoffe zu rechnen, sondern die implizite Kollusion wird für die Mineralölkonzerne sogar noch vereinfacht. Möchte man eine quantitative Grenze für Preisänderungen einführen, so scheint das westaustralische Modell das geeignetste für die deutschen Märkte zu sein. (2. Kapitel B. VI. 3.)