

Total / OMV –

Die Entscheidungen von BKartA, OLG und BGH

Dr. Marco Hartmann-Rüppel



Gemeinsame Sitzung des DICE und der Studienvereinigung Kartellrecht
17. Februar 2014, Düsseldorf

Immer wieder freitags:
Wie Aral & Co. die
Autofahrer abkassieren

(Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 29.5.2011)

Das Benzin-Kartell.
Wie Öl-Konzerne
die Spritpreise
manipulieren.

(DER SPIEGEL v. 2.4.2012)

Wichtige Themen des *Total/OMV*-Verfahrens

01 > Prozessuale Fragen

02 > Marktabgrenzung

03 > Oligopolistische Marktbeherrschung



Chronologie des *Total/OMV*-Verfahrens

- > 5. Dez. 2008: **Total** meldet beim Bundeskartellamt den Erwerb von 59 Tankstellen von **OMV** in Sachsen und Thüringen an
- > 29. Apr. 2009: Untersagung durch das **Bundeskartellamt**:
 - Die fünf großen Tankstellenbetreiber bilden ein marktbeherrschendes Oligopol in Deutschland.
 - Verstärkung des Oligopols durch die Transaktion
- > 4. Aug. 2010: Aufhebung der Untersagungsentscheidung durch das **OLG Düsseldorf**; anschl. Rechtsbeschwerde BKartA
- > *Dez. 2010*: *Erwerb von 56 der 59 Tankstellen von OMV durch Orlen*
- > *Mai 2011*: *Abschlussbericht Sektoruntersuchung Kraftstoffe BKartA*
- > 6. Dez. 2011: Aufhebung des Beschlusses des OLG Düsseldorf und Zurückverweisung durch den **BGH**

01 > Prozessuale Fragen

> Zusammenschlusstatbestand bei Vermögenserwerb

> Mehrere Tankstellen = einheitlicher Zusammenschluss [heute: § 38 (5) 3 GWB]

> Vollzugsverbot

> Aufhebung der Untersagungsverfügung, Vollzugsverbot bleibt bestehen

> Fortsetzungsfeststellungsinteresse

- > Rechtsbeschwerde BKartA (weiterhin) zulässig; keine Erledigung, vielmehr würde Rechtskraft der OLG-Entscheidung zu Bindungswirkung für möglichen Amtshaftungsprozess führen
- > (ursprüngliche) Beschwerde Total unzulässig, aber Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde zulässig

02 > Marktabgrenzung

Die sachliche Marktabgrenzung

Ottokraftstoff / Dieseldkraftstoff

BKartA = OLG Düsseldorf = BGH

Sachliche Marktabgrenzung

Total / OMV

> Marktabgrenzung auf Tankstellenebene

- Absatzmarkt für Ottokraftstoffe
- Absatzmarkt für Dieselkraftstoff

Frühere Entscheidungspraxis des BKartA (*Shell/Dea; BP/E.ON*)
und der EU Kommission (von *BP/Mobil* bis *Galp Energia/ExxonMobil Iberia*)

- Einheitlicher Absatzmarkt für Otto- und Dieselkraftstoffe

Sachliche Marktabgrenzung

Total / OMV

> Argumentation

- Bedarfsmarktkonzept: Keine Austauschbarkeit von Diesel und Benzin
- Kunden entscheiden sich mit Fahrzeugkauf für eine Treibstoffart („Wahl eines auf längere Nutzung angelegten Systems“)
- Sortimentsgedanke greift nicht in Bezug auf Treibstoffe, da Kunden nur eine Treibstoffart nachfragen

02 > Marktabgrenzung

Die räumliche Marktabgrenzung

Regional vs. national

BKartA = OLG Düsseldorf = BGH

Räumliche Marktabgrenzung

Total / OMV

- Regionale Marktabgrenzung

Frühere Entscheidungspraxis des BKartA (*Shell/Dea; BP/E.ON*)
und der EU Kommission (*BP/Mobil; Exxon/Mobil; ShellUK/Gulf Oil, ...*)

- Nationale Marktabgrenzung

Räumliche Marktabgrenzung

Total / OMV

- > **Argumentation des Bundeskartellamtes für regionale Märkte**
 - Entspricht dem tatsächlichen Nachfrageverhalten
 - Bundesweite Nachfrage wäre wirtschaftlich nicht sinnvoll

- > **Argumentation der Parteien für einen bundesweiten Markt**
 - Gleiche Wettbewerbsbedingungen
 - Preisbezogene Reaktionsverbundenheit aller Tankstellen

Räumliche Marktabgrenzung

> Umsetzung

- Abgrenzung nach dem **Erreichbarkeitsmodell**
 - Entwickelt vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung
 - Marktdefinition erfolgt abhängig von Kraftfahrzeiten rund um die Tankstellen
 - Vorteil: tatsächliche (Straßen-)Verhältnisse werden berücksichtigt
- Keine Marktanalyse bezüglich des tatsächlichen Nachfrageverhaltens der Autofahrer
- Schätzung: bis 30 bzw. 60 Minuten Fahrzeit (Stadt / Land)

Räumliche Marktabgrenzung

> **Umsetzung** (Fortsetzung)

- Ausschließlich Betrachtung der städtischen Räume (Verfahrensökonomie)
 - Insgesamt 35 Märkte in 4 Städten
 - Aufgrund zahlreicher Überschneidungen: **4 Regionalmärkte**, Zentrum ist geographischer Ortsmittelpunkt
- Wettbewerbliche Gewichtung der Marktanteile nach Entfernung vom geographischen Ortsmittelpunkt



Räumliche Marktabgrenzung

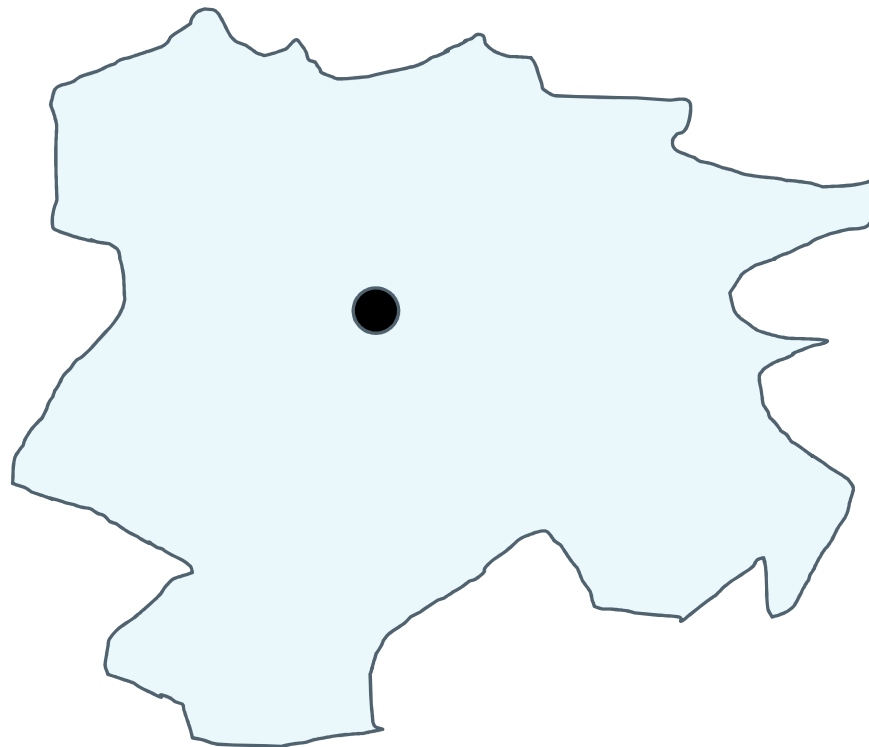
> Beispiel: Region Dresden



**Geografischer
Ortsmittelpunkt**

Räumliche Marktabgrenzung

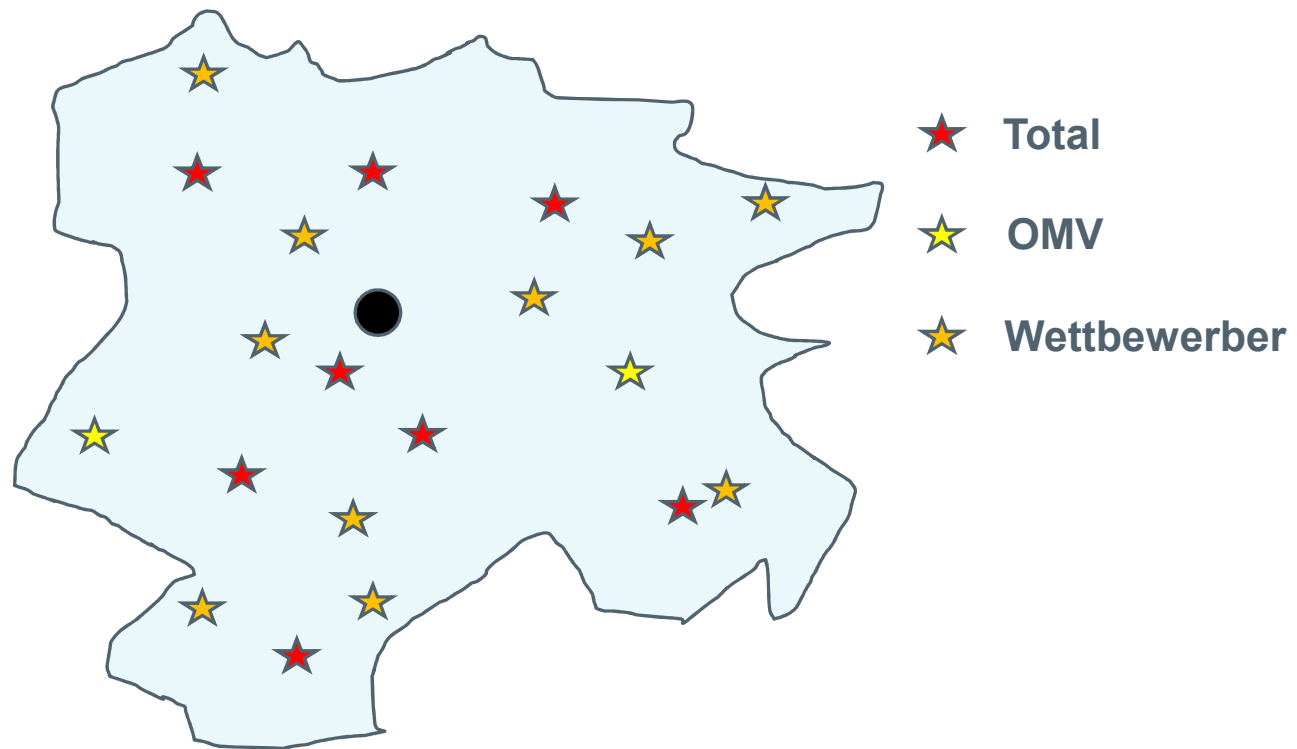
> Beispiel: Region Dresden



Gebiet, dass innerhalb von 30 Minuten vom Ortsmittelpunkt erreicht werden kann.

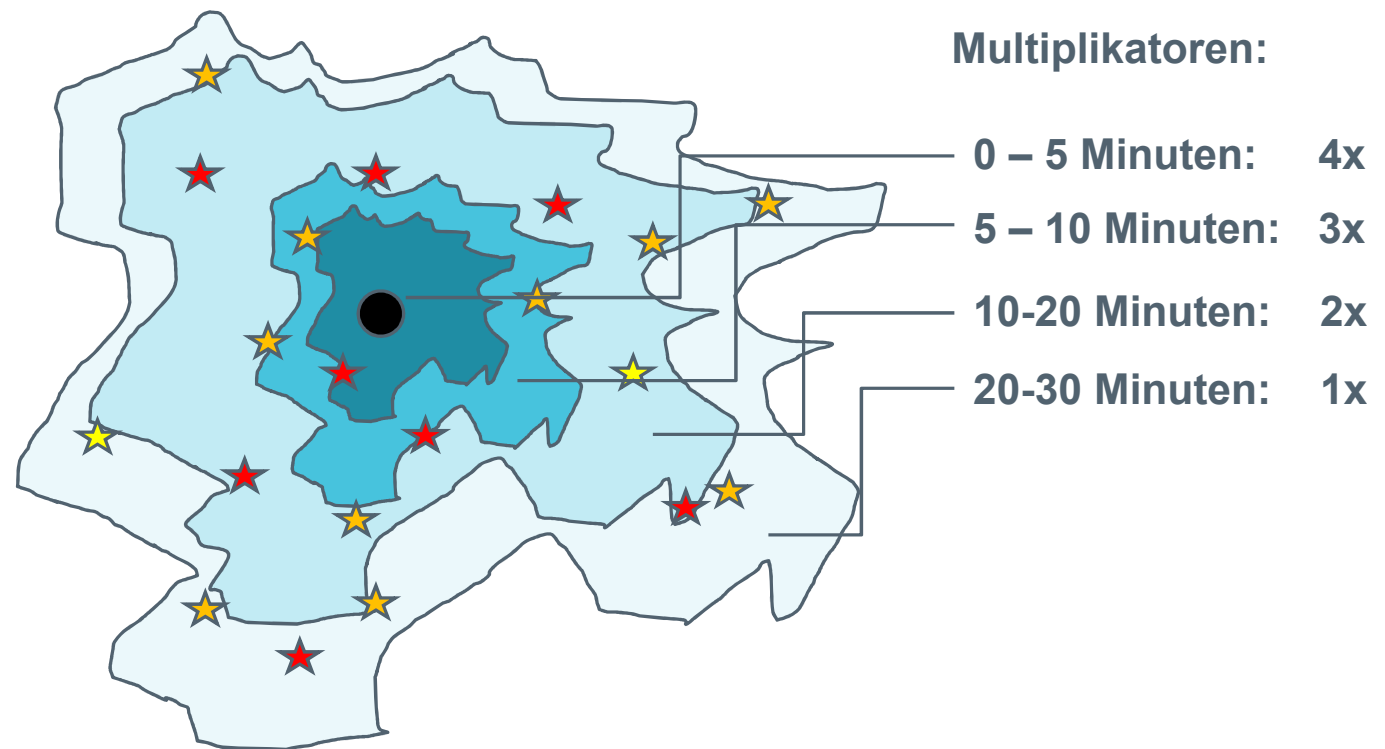
Räumliche Marktabgrenzung

> Beispiel: Region Dresden



Räumliche Marktabgrenzung

> Beispiel: Region Dresden



03 > Oligopolistische Marktbeherrschung

Der Tankstellenmarkt.
Beherrscht von einem Oligopol?



Der Tankstellenmarkt.

Beherrscht von einem Oligopol!?



TOTAL



Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Rechtsgrundlage:

§ 18 Abs. 5 GWB [= § 19 Abs. 2 S. 2 GWB (a.F.)]

(5) Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit

- zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und
- sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 [d.h. die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung] erfüllen.

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Rechtsgrundlage:

§ 18 Abs. 6, 7 GWB [= § 19 Abs. 3 S. 2 GWB (a.F.)]

(6) Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn

- sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder
- aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

(7) Die Vermutung des Absatzes 6 kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass

- die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder
- die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Voraussetzungen für ein Oligopol

- > Kein Binnenwettbewerb
- > Kein wesentlicher Außenwettbewerb
- > (jedenfalls) gemeinsam überragende Marktstellung

Indizien (EuG-Entscheidung: *Airtours/First Choice*):

- > Hohe Markttransparenz → enge Reaktionsverbundenheit
- > Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei abweichendem Preisverhalten

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Marktstrukturbefund des BKartA (Sektoruntersuchung + *Total/OMV*)

- > **Kraftstoffabsatz in Deutschland stagniert und sinkt mittelfristig**
 - Bis 2025 wird Rückgang um 25% (Benzin) bzw. um 40% (Diesel) erwartet
 - Wachstum nur in Form externen Wachstums oder Abwerbens von Kunden
- > **Marktanteile der fünf großen Anbieter seit Jahren konstant hoch**
 - Leichte Unterschiede in den vier Regionen
 - Insgesamt sowohl bei Benzin als auch Diesel bei 60% - 80%
- > **Produktthomogenität**
 - Bis auf einzelne zugesetzte Additive sind die Kraftstoffe identisch.

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Marktstrukturbefund des BKartA

- > **Geringe Bedeutung von Produktinnovationen**
 - Absatzmenge bei Premiumprodukten sehr gering
- > **Gesellschaftsrechtliche Verflechtung der 5 größten Anbieter**
 - Gemeinschaftsraffinerien, -pipelines, -tankanlagen
- > **5 größte Anbieter halten Großteil der Erzeugungskapazitäten**
- > **Wechselseitige Abhängigkeiten**
 - Alle vertikal integrierten Anbieter sind wechselseitig mittels (Rahmen-) Kaufverträge über den regionalen „Tausch“ von Kraftstoffen verbunden

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Marktstrukturbefund des BKartA

- > **Geringe Preiselastizität bei hoher Preissensibilität**
 - Preis wird nicht als Werbekriterium genutzt, sondern die Qualität
 - Kundenbindung über Kundenkarten und Prämienaktionen
- > **Hohe Preistransparenz für die Anbieter, nicht aber für die Kunden**
 - Anbieter erfassen Preise der Wettbewerber systematisch
 - Kunden haben nur einen sehr eingeschränkten Preisüberblick

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Marktstrukturbefund des BKartA

- > **Marktanteile der kleineren Wettbewerber sehr gering**
 - Marktanteile im niedrigen einstelligen Bereich
 - Häufig nur regional tätig

- > **Kleine Wettbewerber sind abhängig von den fünf größten Anbietern**
 - Belieferung der kleinen Anbieter durch die fünf großen Anbietern

- > **Keine relevante Nachfragemacht**

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Marktverhaltensbefund des BKartA

- > **Häufige Preisinteraktionen zwischen den Wettbewerbern**
 - Es haben sich bestimmte **Preissetzungsmuster** („*Edgeworth-Zyklen*“) herausgebildet
- > **Preiserhöhungsrunden**
 - werden bei Anbietern flächendeckend vorgenommen
 - „Preisführer“: Aral oder Shell, der jeweils andere exakt 3 Stunden später
 - alle anderen Anbieter reagieren auch, aber nicht systematisch
- > **Preissenkungen**
 - erfolgen nicht systematisch und nicht einheitlich flächendeckend
 - erfolgen langsamer und kleinstufiger als Erhöhung

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Oligopolistische Marktbeherrschung – Feststellungen und Fragen

- > Für den überwiegenden Teil der betrachteten Regionalmärkte gilt die Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB (a.F.).
- > Markttransparenz und sonstige **Marktstrukturbedingungen** indizieren **enge Reaktionsverbundenheit**
- > Besteht wirksamer Abschreckungs- und Sanktionsmechanismus? Kann **tatsächliches Marktverhalten** der Annahme eines Oligopols entgegenstehen?

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Entscheidung des BKartA

- > Abschreckungs- und Sanktionsmechanismus existiert
- > Preiszyklus beginnt mit Preiserhöhung, anschließende Preissenkungen (nach Preiserhöhungen) dienen der Disziplinierung abweichender Oligopolisten

BKartA: Preissetzungsmuster begründet Sanktionsmechanismus.

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Entscheidung des OLG Düsseldorf

- > Total und OMV konnten nachweisen, dass wirksamer Wettbewerb auf dem Markt insgesamt besteht
- > Binnen- und Außenwettbewerb besteht:
 - Preisdruck geht auch von kleineren Wettbewerbern aus - mit teilweise höheren Marktanteilen auf den Regionalmärkten als (vermeintliche) Oligopolmitglieder
 - Außenseiter haben teilweise Marktanteilszuwächse erzielt
- > Preiserhöhungsvorstöße können sich nicht etablieren, anschließende Preissenkungen sind Ausdruck von Wettbewerb

OLG: Preissetzungsmuster zeigt Existenz wesentlichen Wettbewerbs

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Beschluss des BGH

- > **Ausführungen des OLG Düsseldorf zur wettbewerblichen Situation rechtsfehlerhaft**
 - Ausgangspunkt (wie BKartA/OLG Düsseldorf): „*Airtours*-Kriterien“
 - Indiziert die Marktstrukturanalyse eine enge Reaktionsverbundenheit („implizite Kollusion“), kann die Feststellung eines Marktverhaltens, das tatsächlich wesentlichen Wettbewerb aufzeigt, die Annahme eines Oligopols ausschließen.
 - Dies gilt aber nur, wenn das beobachtete Verhalten einen eindeutigen Schluss zulässt; ist es dagegen mehrdeutig, bleibt es bei der indiziellen Bedeutung der Marktstrukturmerkmale; dies gilt jedenfalls im Anwendungsbereich der Oligopolvermutungen.

Der Tankstellenmarkt. Beherrscht von einem Oligopol!?

Beschluss des BGH

- > **Ausführungen des OLG Düsseldorf zur wettbewerblichen Situation rechtsfehlerhaft**
 - Die Feststellungen des OLG Düsseldorf zu Marktstruktur und tatsächlichem Marktverhalten lassen nicht den Schluss zu, dass ein wirksamer Sanktionsmechanismus nicht besteht.
 - Die Preissetzungsmuster können nicht eindeutig für oder gegen das Bestehen wettbewerblichen Verhaltens interpretiert werden.
 - Im Zweifel gilt die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 2 S. 3 (a.F.)
- > **Zurückverweisung der Sache an das OLG Düsseldorf**

Dr. Marco Hartmann-Rüppel



Dr. Marco Hartmann-Rüppel, Dipl.-Volksw.
Partner, Hamburg / Brüssel

> Competition, EU and Trade

Kontakt details

T: +49 (0) 40 368 03 204

A: Am Sandtorkai 41, D-20457 Hamburg

T: +32 (0) 2 2 89 60 60

A: 4 Rue du Trône, B-1000 Brüssel

E: mhr@taylorwessing.com