



Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch

Bonn, den 13.03.2017

A. Vorbemerkung

Das seit April 2016 geführte Verfahren zu den Lieferbedingungen für Rohmilch ist bei den Marktteilnehmern, aber auch in der Politik und der Presse auf erhebliches Interesse gestoßen. Die Beschlussabteilung möchte mit diesem Papier über den Stand des Verfahrens informieren und Hinweise zum weiteren Vorgehen geben.

Hintergrund des Verfahrens sind Besonderheiten der Milchlieferbeziehungen und daraus resultierende kartellrechtliche Probleme, auf die das Bundeskartellamt bereits im Jahr 2012 im Endbericht zur Sektoruntersuchung Milch hingewiesen hatte.¹ Insbesondere wurden die Kombination von Vertragslaufzeit und Andienungspflicht, die im Markt verbreiteten Referenzpreismodelle sowie die Existenz identifizierender, aktueller Marktinformationssysteme als problematisch angesehen. Seit der Sektoruntersuchung haben sich die Lieferbedingungen nur in Einzelfällen geändert, obwohl zum 1. April 2015 die staatliche Mengensteuerung durch die Milchquote weggefallen ist. Diese wichtige Änderung hat kaum Auswirkungen auf die Lieferbeziehungen zwischen den Erzeugern und den Molkereien gehabt. Insbesondere hat sich keine wirksame Mengensteuerung über den Markt etabliert.

Schon bei Einleitung des Verfahrens hatte die Beschlussabteilung darauf hingewiesen, dass die Lieferbedingungen im Molkereisektor bei den meisten Molkereien durch lange Kündigungsfristen und exklusive Lieferbeziehungen gekennzeichnet sind. Dies hat sich in den Ermittlungen bestätigt. Insoweit möchte die Beschlussabteilung im Interesse der Erhaltung eines level playing field eine Diskussion auf breiter Basis über mögliche Lösungen zur Sicherstellung der wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten aller Marktteilnehmer anstoßen. Dies gilt gerade

¹ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Milch%20-%20Abschlussbericht.html?nn=3591074>

auch vor dem Hintergrund, dass eine Verfügung alleine gegen ein Unternehmen wegen der flächendeckenden stereotypen Ausgestaltung der Lieferbedingungen in der gesamten Branche nicht geeignet wäre, die Probleme in den Lieferbeziehungen zu beseitigen.

Die Beschlussabteilung hat die erste Befragung der Molkereien im Markt – abgesehen von einzelnen Nachfragen zu Teilaspekten – mittlerweile abgeschlossen. Insgesamt sind 89 private und genossenschaftliche Molkereien befragt worden, von denen im Jahr 2015 ca. 30,9 Mio. Tonnen Rohmilch erfasst worden sind (dies entspricht etwa 98,0% der Milchanlieferungsmenge, von der die AMI für 2015 vorläufig ausgeht²). Die bisherige Auswertung der Antworten stützt dabei im Wesentlichen die Beurteilung der Lieferbeziehungen aus der Sektoruntersuchung Milch.

Das vorliegende Papier verfolgt nicht den Zweck, den mutmaßlichen Verstoß gegen Kartellrecht durch die Molkereien zu belegen. Die Herleitung der rechtlichen Position der Beschlussabteilung bleibt daher sehr kurz und erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Die Diskussion über die Begründung des Verstoßes muss dem rechtlichen Gehör der Verfahrensbeteiligten vorbehalten bleiben. Zweck des vorliegenden Papiers ist vielmehr, Anregungen für die Diskussion über alternative Möglichkeiten zur Ausgestaltung der Lieferbeziehungen zu geben, die aus Sicht der Beschlussabteilung erforderlich ist.

Im Folgenden werden zunächst einige wichtige Ergebnisse der bisherigen Ermittlungen dargestellt (dazu unter B.); es handelt sich dabei aber – entsprechend dem oben dargestellten Zweck dieses Papiers – keineswegs um alle oder auch nur um einen wesentlichen Teil der zum Nachweis des Vorwurfs erforderlichen Fakten. Unter C. werden einzelne wichtige Aspekte der rechtlichen Würdigung erläutert. Unter D. werden sodann Hinweise zu Möglichkeiten der kartellrechtskonformen Ausgestaltung neuer Lieferbedingungen gegeben und unter E. die derzeitige Planung für das weitere Vorgehen dargestellt.

B. Vorläufige Ergebnisse der Ermittlungen zu zentralen Fragen

Die Ermittlungen haben ergeben, dass flächendeckend Lieferbedingungen mit einer Alleinbelieferungspflicht (im Folgenden: **Exklusivität**) und langen Kündigungsfristen (im Folgenden zusammen: **Ausschließlichkeitsbindungen**) sowie einer nachträglichen Preisfestsetzung verwendet werden. Daraus resultiert eine nachhaltige Beruhigung des Wettbewerbsgeschehens.

² vgl. AMI Markt-Bilanz Milch 2016, S. 37.

Im Folgenden werden zunächst einige Indizien für die geringe Wettbewerbsintensität (dazu unter B.I) und anschließend die Ermittlungsergebnisse zu den Ausschließlichkeitsbindungen (dazu unter B.II) und zur nachträglichen Preisfestsetzung dargestellt (dazu unter B.III).

I. Wettbewerbsintensität

Wichtige Indikatoren für die Wettbewerbsintensität bei der Erfassung von Rohmilch sind der Zutritt neuer Marktteilnehmer oder Wechsel von Molkereien durch die Erzeuger.

Die Wechselquoten von einer Molkerei zur anderen lagen in den Jahren 2013 bis 2015 konstant unter 2%, sie betrugen 2013: 1,6%, 2014: 1,7% und 2015: 1,0%. Dem steht im Übrigen auch nicht entgegen, dass Presseberichten zufolge bei DMK möglicherweise größere Milchmengen in den Jahren 2015 und 2016 gekündigt worden sind. Denn gerade wegen der langen Kündigungsfristen bleibt abzuwarten, wie viele Erzeuger schließlich neue Abnehmer finden und ob sich dies tatsächlich in den Jahren 2017 und 2018 in höheren Wechselquoten niederschlägt.

Größere Marktzutritte sind der Beschlussabteilung aus den vergangenen Jahren nicht bekannt. Es ist lediglich zur Gründung einzelner Hofmolkereien gekommen. Daneben fanden Übernahmen von insolventen Molkereien und Akquisitionen im Rahmen der Konsolidierung der Branche statt. Schließlich haben einzelne Molkereien Erweiterungen vorgenommen, insbesondere Hochwald am Standort Hünfeld.

II. Ausschließlichkeitsbindungen

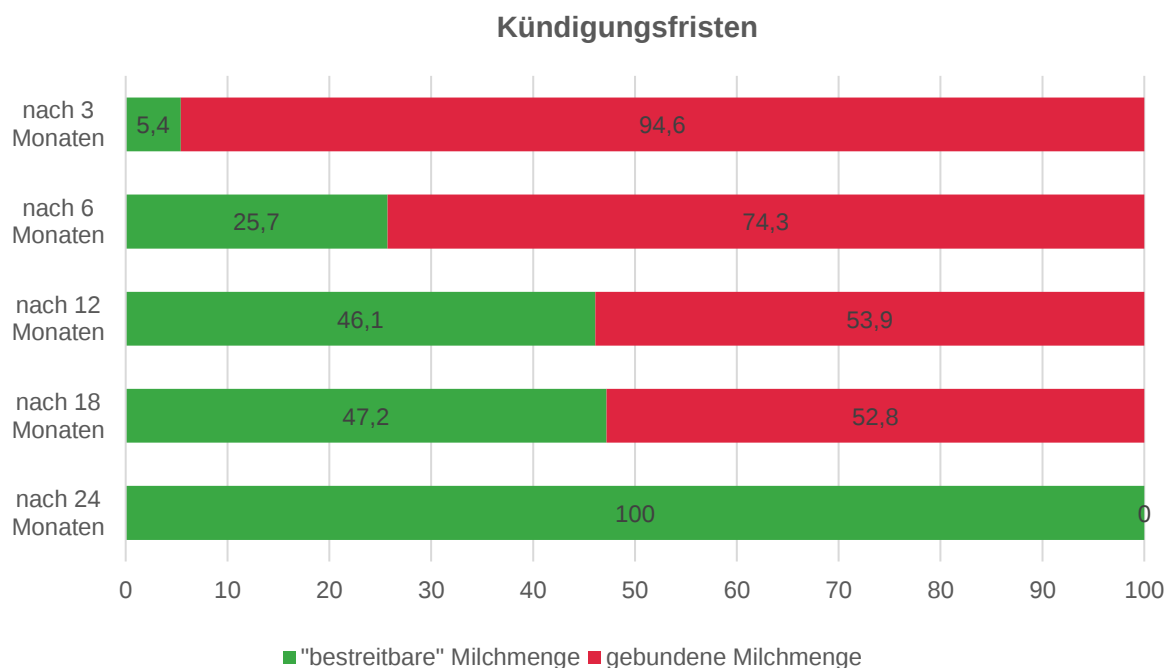
Im Jahr 2015 unterlagen 97,8% der ermittelten Rohmilchmenge Ausschließlichkeitsbindungen.

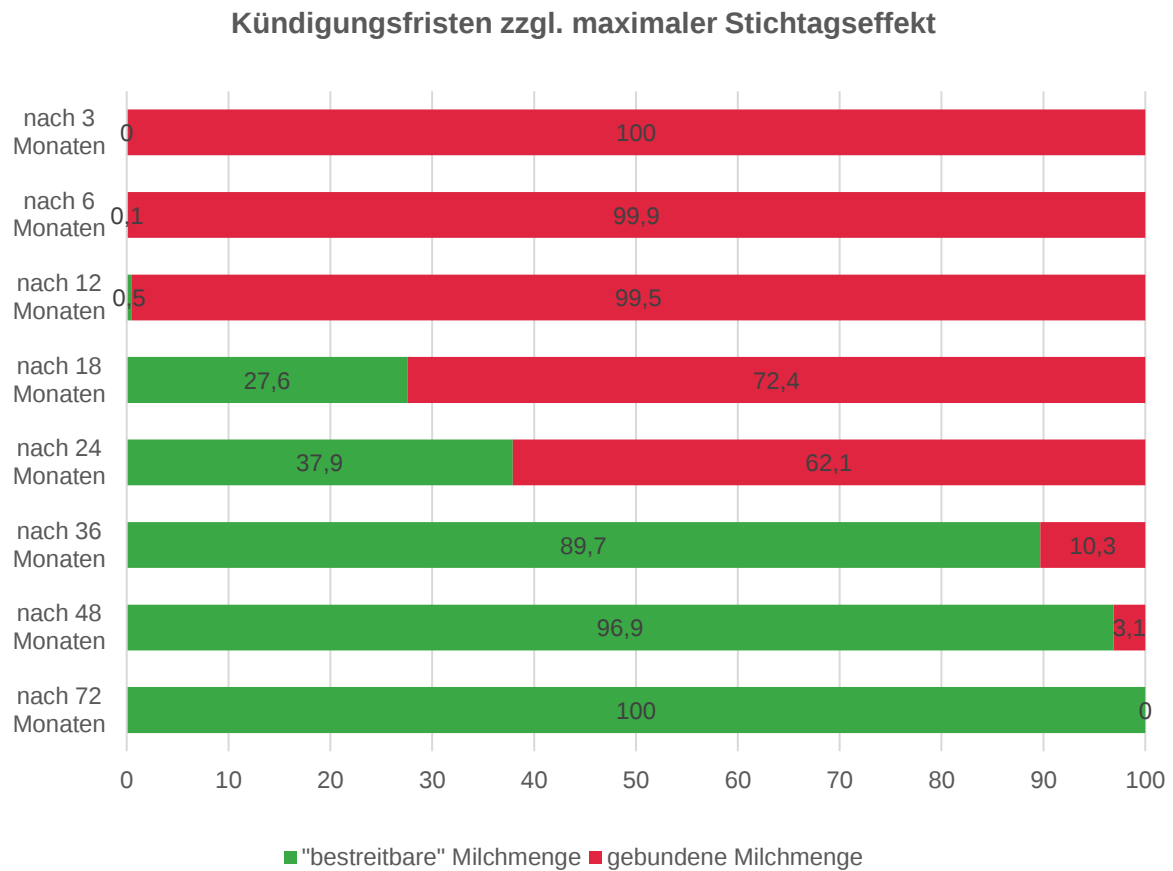
Nahezu alle Lieferverhältnisse (92,7% der Menge, 93,2% der Erzeuger) verlängern sich automatisch, sind also auf unbestimmte Zeit geschlossen. Bei Fördergeschäftsbeziehungen ergibt sich dies aus der Mitgliedschaft, die ohne Kündigung immer weiterbesteht, bei Verträgen aus sog. „Evergreen Clauses“ (automatischen Verlängerungsklauseln). Bei Genossenschaften ist das Lieferverhältnis regelmäßig an die Mitgliedschaft geknüpft, d.h. die Kündigung des Lieferverhältnisses ist nur durch Kündigung der Mitgliedschaft und unter Einhaltung derselben Frist möglich.

Für die tatsächliche Dauer bis zur Beendigung des Lieferverhältnisses ist neben der Kündigungsfrist der Umstand wichtig, dass Kündigungen regelmäßig nur zu bestimmten Zeitpunkten möglich sind. Die effektive Bindungsdauer ist von dem Zeitpunkt abhängig, zu dem sich ein Er-

zeuger zur Kündigung entschließt (im Folgenden: **Stichtagseffekt**). Bei einem einzigen Kündigungstermin pro Jahr kann sich die Bindungsdauer um bis zu 12 Monate verlängern. Dies ist beim weit überwiegenden Teil der Lieferbeziehungen der Fall: 87,5% der Menge (entspricht 90,5% der Erzeuger) sind nur einmal im Jahr kündbar. Zwei Kündigungszeitpunkte pro Jahr (halbjährliche Kündigung) bestehen bei 1,7% der Menge bzw. 2,0% der Erzeuger, vier Kündigungszeitpunkte (quartalsweise Kündigung) bei 2,0% der Menge bzw. 1,0% der Erzeuger, 12 Kündigungszeitpunkte (monatliche Kündigung) kommen bei 8,8% der Menge bzw. 6,5% der Erzeuger zur Anwendung.

Die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf wenige Zeitpunkte im Jahr verlängert die Bindungsdauer teilweise erheblich. Da hier noch keine Wertung vorgenommen werden soll, werden im Folgenden die reinen Kündigungsfristen (d.h. die minimale Frist ohne Berücksichtigung der Verlängerung durch begrenzte Kündigungszeitpunkte) und die im ungünstigsten Fall mögliche Bindungsdauer (d.h. die Kündigungsfristen unter Berücksichtigung des maximal möglichen Stichtagseffekts) getrennt dargestellt:





Diese Grafiken zeigen einerseits die weite Verbreitung der Kündigungsfrist von 24 Monaten, andererseits die Auswirkungen der beschränkten Zahl an Kündigungszeitpunkten (Stichtageffekt) auf den mengenmäßigen Anteil an kündbaren Milchlieferverträgen. Aus der ersten Grafik (Kündigungsfristen) ist erkennbar, dass der überwiegende Teil der Lieferbeziehungen (52,8% der Menge) einer 24-monatigen Kündigungsfrist unterliegt: Über die Hälfte der Milchmenge kann also im günstigsten Fall erst nach zwei Jahren ihren Abnehmer wechseln. In der zweiten Grafik (Kündigungsfristen zzgl. maximaler Stichtageffekt) lässt sich ablesen, mit welchen zeitlichen Vorläufen ein Wettbewerber Ausweitungen seiner Einkaufsmenge sicherheitshalber planen muss: Selbst bei einem Planungshorizont von zwei Jahren kann ein Wettbewerber nur zuverlässig damit kalkulieren, dass ungefähr ein Drittel (37,9%) der Rohmilchmenge zu seinem Unternehmen wechseln kann. Erst bei einem Vorlauf von drei Jahren ist mehr als die Hälfte, dann aber auch bereits deutlich mehr (89,7%), für einen Wechsel zuverlässig verfügbar. Diese effektiven Bindungsdauern können sich je nach dem Zeitpunkt der Entscheidung innerhalb des Jahres, den Rohmilchbezug auszuweiten, bis auf das Niveau der reinen Kündigungsfristen verkürzen. Sie verlängern sich aber zugleich um die Zeitspanne, die für die Akquise neuer Lieferanten

erforderlich ist, d.h. die Zeit, die ein Erzeuger im Vorfeld der Kündigung benötigt, um seine Entscheidung für den Molkereiwechsel zu treffen.

Aus diesen Zahlen wird deutlich, dass die Verwendung langer Kündigungsfristen ein Phänomen ist, das praktisch den gesamten Markt betrifft. Bei Genossenschaften ist eine Kündigungsfrist von 24 Monaten zum Jahresende dominant. Private Molkereien arbeiten im Einzelfall sogar mit noch längeren Bindungsfristen, insbesondere durch längere Mindestlaufzeiten bzw. Verlängerungsintervalle.

Teilweise werden innerhalb derselben Molkerei unterschiedliche Lieferbedingungen angewandt. So existieren bei einigen Genossenschaften neben Fördergeschäftsbeziehungen zugleich auch Vertragsmodelle, einige wenige Genossenschaften arbeiten sogar überwiegend auf Basis von Verträgen. In Einzelfällen verfügen die Unternehmen sogar über eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragsgestaltungen.

Einzelne Molkereien wenden vergleichsweise kurze Kündigungsfristen im In- und/oder Ausland an. Die Kündigungsfrist für direkte Mitglieder beträgt bei den Großmolkereien Royal Friesland-Campina N.V. drei Monate, bei Arla Foods amba vier Monate. Hintergrund sind Auflagen in Kartellverfahren ausländischer Wettbewerbsbehörden, durch die die Molkereien mehr Flexibilität für Erzeuger gewähren mussten. Bei der Beurteilung dieser Kündigungsfristen muss man berücksichtigen, dass die Heimatmärkte dieser Unternehmen, auf denen auch ein Großteil der Rohmilch erfasst wird, deutlich stärker konzentriert sind als weite Teile Deutschlands. Dementsprechend sind die Ausweichmöglichkeiten für die Erzeuger insbesondere in Dänemark und Schweden, aber auch in den Niederlanden, stärker beschränkt als in den hier zu beurteilenden Märkten. Jedoch wendet FrieslandCampina die kurze Kündigungsfrist von drei Monaten auch auf ihre Molkerei in Köln an.

Bisher sind keine negativen Auswirkungen auf die Rohstoffversorgung der Molkereien durch die kurzen Kündigungsfristen bekannt oder überzeugend dargelegt worden.

III. Nachträgliche Preisfestsetzung

Die nachträgliche Preisfestsetzung ist ein in der Rohmilcherfassung sehr weit verbreitetes Phänomen. 94% der Molkereien legen ihre Preise erst nach der Lieferung fest. Dies bedeutet, dass die Erzeuger im Moment der Produktion nicht wissen, welcher Preis dafür bezahlt wird. Darüber hinaus eröffnet die nachträgliche Preisfestsetzung die Möglichkeit für die Molkereien, den zentralen Kostenfaktor ihrer Produktion flexibel an ihre Absatzbedingungen anzupassen. Bei genossenschaftlichen Molkereien beruht dies auf dem Prinzip, dass die höchstmögliche Vergütung

auf Grundlage der erzielten Verwertung gezahlt werden soll, regelmäßig verbunden mit einer Nachzahlung nach Abschluss des Geschäftsjahrs. Bei privaten Molkereien ist die Preisfestsetzung auf Basis von Referenzpreisen verbreitet. Nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen wenden auch einzelne genossenschaftliche Molkereien Referenzpreise an. Die nachträgliche Preisfestsetzung geht mit einer auffälligen Angleichung der Preise einher.

Die nachträgliche Preisfestsetzung wird durch eine Vielzahl aktueller, identifizierender Marktinformationssysteme erleichtert. Nach dem Kenntnisstand der Beschlussabteilung werden identifizierende, aktuelle Informationen über monatliche Auszahlungspreise weiterhin zumindest von TopAgrar, dem Wochenblatt für Landwirtschaft und Landleben, der Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz und der Landwirtschaftskammer Nordrhein-Westfalen verbreitet und sind damit unproblematisch verfügbar. Für die Festlegung der endgültigen Milchpreise (Nachzahlung) haben vor allem das kartellrechtskonforme Marktinformationssystem der AMI sowie das der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft Bedeutung.

C. Vorläufige rechtliche Einordnung

I. Marktabgrenzung und Marktverhältnisse

Die Marktabgrenzung sowie die Marktanteile sind in einem Verfahren nach § 1 GWB im Vergleich zur Fusionskontrolle weniger bedeutsam. Mit Rücksicht auf die Marktanteilsschwelle aus Art. 3 Abs. 1 VO 330/2010 (im Folgenden: **Vertikal-GVO**) werden hier dennoch cursorisch die wichtigsten Überlegungen der Beschlussabteilung dargestellt.

In sachlicher Hinsicht geht die Beschlussabteilung von einem eigenständigen Markt für die Erfassung konventionell erzeugter Rohmilch aus. Bio-Rohmilch bildet einen eigenständigen Markt; sie wird im vorliegenden Verfahren zunächst nicht näher untersucht.

Für die räumliche Marktabgrenzung geht die Beschlussabteilung in Übereinstimmung mit der bisherigen Entscheidungspraxis von regionalen Märkten aus (vgl. dazu BKartA, Beschluss v. 09.06.2009, B2-29/09 – Humana/Nordmilch, S.39 ff.; BKartA, Fallbericht v. 26.06.2014 – Arla/Eupener Genossenschaftsmolkerei, S. 2 f.). Nach einer Bewertung der Lieferströme, der Einzugsgebiete der Werke, der Eigenversorgungsquoten, der Wettbewerbsverhältnisse sowie naturräumlicher Besonderheiten tendiert die Beschlussabteilung dazu, die Marktgebiete für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens überschneidungsfrei und nicht anhand sich überlappenden Radien abzugrenzen. Dabei sprechen neben den Lieferströmen und den Wettbewerbsverhältnissen auch die Erfassungsradien der Molkereien für deutlich kleinere Märkte als noch im

Verfahren B2-29/09 (Humana/Nordmilch) angenommen: Im Durchschnitt werden 80% der Rohmilch eines Standorts in einer Entfernung von 81,5 km (Median: 69,1 km, mengengewichteter Durchschnitt: 93,8 km) erfasst. Die Einzugsgebiete sehr großer Molkereien liegen etwas darüber, diejenigen sehr kleiner Molkereien noch darunter.

Auf Basis der vorläufigen Marktabgrenzung wären die folgenden Unternehmen Marktführer in den folgenden Regionalmärkten, was regelmäßig mit Marktanteilen von mehr als 30% einhergeht (dabei sind die Grenzen der Regionalmärkte nicht identisch mit den Bundesländern, sondern gehen vor allem im Falle von Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und Sachsen darüber hinaus):

- Ostfriesland: DMK
- Schleswig-Holstein: DMK
- Mecklenburg-Vorpommern: DMK
- Sachsen: Molkerei Müller
- Mitte: DMK
- Nordrhein: Arla
- Rheinland-Pfalz: Hochwald
- Baden-Württemberg: OMIRA
- Bayern: Kein Unternehmen erzielt einen Marktanteil oberhalb von 30 %. Dies gilt auch bei einer ggfs. gebotenen Unterteilung des Marktes in Franken und Südbayern.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass das Verfahren insbesondere auf § 1 GWB gestützt wird, sodass der Marktabgrenzung im Wesentlichen nur Bedeutung für die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Vertikal-GVO zukommen könnte, und möglicherweise nicht einmal für diese Frage (siehe unten unter C.II.3).

II. Ausschließlichkeitsbindungen

Die bei der Rohmilcherfassung gebräuchliche Kombination von Kündigungsfrist und Exklusivität überschreitet nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung den Rahmen des kartellrechtlich Zulässigen. Darin könnten Verstöße gegen § 1 GWB liegen. In Betracht kommen in bestimmten Regionalmärkten auch Verstöße gegen §§ 19 und 20 GWB.

Die Ausschließlichkeitsbindungen stellen dabei ein branchenweites Phänomen dar. Ihre Bedeutung erlangen die Verhaltensweisen erst im Zusammenspiel mit gleichartigen Verhaltensweisen der übrigen Unternehmen im Markt.

Entsprechend des Zwecks dieses Papiers werden im Folgenden nur einzelne Tatbestandsmerkmale herausgegriffen, die besondere Bedeutung für die Diskussion über Abstellungsmaßnahmen haben. Auf eine vollständige Begründung des Verstoßes wird bewusst verzichtet. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden vor allem Ausführungen zur Wettbewerbsbeschränkung (dazu unter 1.) sowie zur Freistellungsfähigkeit (dazu unter 2.) gemacht. Schließlich werden einige bedeutsame Aspekte zu den Rahmenbedingungen bei den Eingriffsmöglichkeiten der Beschlussabteilung herausgegriffen (dazu unter 3.).

1. Wettbewerbsbeschränkung

Die Kündigungsfristen stellen in Verbindung mit der Exklusivitätsvereinbarung in rechtlicher Hinsicht Ausschließlichkeitsbindungen dar. Sie führen im Zusammenspiel mit einigen Besonderheiten der Rohmilcherfassungsmärkte in ihrer Gesamtheit (parallele Netze vertikaler Vereinbarungen mit ähnlichen Auswirkungen, vgl. Vertikal-GVO, Erwägungsgrund 15 und 16) zu einer Marktabstottung.³

Der Wettbewerb ist bei der Rohmilcherfassung nahezu vollständig beruhigt. Dies wird am tatsächlichen Wettbewerbsgeschehen deutlich: Die Wechselquoten zwischen Molkereien betrugen in den Jahren 2013 bis 2015 jeweils weniger als 2%, größere Marktzutritte waren ebenfalls nicht feststellbar.

Ganz wesentliche Bedeutung für die Abstottung des Markts haben die Kündigungsfristen. Der weit überwiegende Anteil der produzierten Milch und damit der sie herstellenden Erzeuger ist wie oben beschrieben über einen sehr langen Zeitraum an die jeweilige Molkerei gebunden. Wettbewerbsliche Reaktionen der Erzeuger werden somit erheblich erschwert.

Die Kündigungsfristen im Bereich der Rohmilcherfassung liegen zwar unter denjenigen, die bei Bier- oder Gaslieferverträgen zu beurteilen waren. Jedoch treffen die Kündigungsfristen hier auf ein Umfeld, in dem die Anreize zum Wechsel der Molkerei ohnehin reduziert sind. Die dafür maßgeblichen Umstände hängen teilweise mit dem Produkt zusammen, teilweise sind sie ebenfalls künstlich errichtet. Im Zusammenspiel mit diesen Faktoren bewirken aber schon die im Rohmilch-Bereich gebräuchlichen Kündigungsfristen die nahezu vollständige Beruhigung des Wettbewerbs, die beim tatsächlichen Wettbewerbsverhalten zu beobachten ist:

³ Vgl. BGH v. 10.02.2009, KVR 67/07, WuW/E DE-R 2679, 2684 (Rn. 35) – Gaslieferverträge, unter Bezugnahme auf EuGH v. 28.02.1991, C-234/98, Slg. I 1991, 935, Rn. 24 und 27 – Delimitis/Heninger Bräu; EuGH v. 27.04.1994, C-393/92, Slg. I 1994, 1447, Rn. 37 – Almelo; EuGH v. 01.10.1998, C-279/95, Slg. I 1998, 5609, Rn. 61 – Langnese-Iglo/KOM; EuGH v. 07.12.2000, C-214/99, Slg. I 2000, 11121, Rn. 36 – Neste Markkinointi Oy/Yötuuli Ky.

Besondere Bedeutung hat insoweit die nachträgliche Preisfestsetzung. Die in 94% der Lieferbeziehungen bestehende Möglichkeit zur nachträglichen Anpassung der Rohmilchpreise geht mit einer Angleichung der Rohmilchpreise einher. Neben der dadurch für die Molkereien eröffneten Möglichkeit, ihr Preisrisiko in großem Umfang an die Erzeuger weiterzugeben, werden auch die Anreize zum Wechsel der Molkerei abgesenkt, da die Preisunterschiede und damit die erzielbaren Zusatzerlöse für die Erzeuger verringert werden. Hinzu kommt eine strukturelle Unterlegenheit der Anbieterseite, die durch die atomistische Struktur der Erzeuger verursacht wird und die Möglichkeiten reduziert, vorteilhafte Bedingungen auszuhandeln. Zusammengenommen werden dadurch die Möglichkeiten, durch einen Molkereiwechsel zusätzliche Vorteile zu erzielen, stark eingeschränkt.

Durch die langen Kündigungsfristen werden zusätzliche Risiken für den Erzeuger geschaffen. Denn durch die niedrigen Wechselquoten von unter 2% ist auch auf Seiten der Molkereien die Nachfrage nach neuen Lieferanten sehr begrenzt. Die statischen Marktverhältnisse führen dazu, dass alle Molkereien über eine langfristig gesicherte Versorgungsbasis verfügen. Neue Erzeuger müssen nur akquiriert werden, wenn eine Molkerei ihre Produktion signifikant ausweiten möchte. Von den seltenen Fällen von Innovationen abgesehen, ist die Bereitschaft dazu ganz wesentlich von der Marktphase des starken zyklischen Schwankungen unterworfenen Milchmarkts abhängig. Über den gegenwärtigen Planungshorizont von 24 bis 36 Monaten hin ist es für Molkereien kaum möglich, die dann herrschende Marktphase belastbar vorherzusehen.

Angesichts des langen zeitlichen Vorlaufs, der durch die gegenwärtigen Kündigungsmodalitäten hervorgerufen wird, ist es Erzeugern nur in Ausnahmefällen möglich, schon vor der Kündigung einen Anschlussvertrag abzuschließen. Dies kann eine vorsorgliche Kündigung erfordern. Erzeuger können sich dann aber nicht einmal sicher sein, nach einer Kündigung einen neuen Abnehmer für ihre Milch zu finden. Dies gilt insbesondere in Marktphasen mit Überproduktion wie in den vergangenen beiden Jahren.

Hinzu kommt, dass ein wechselwilliger Erzeuger nicht zuverlässig prognostizieren kann, wie sich die relativen Preise in 24 bis 36 Monaten entwickeln werden. Er kann aufgrund der langen Kündigungsfristen kaum einschätzen, ob sich die Preispolitik der Wettbewerber im Vergleich zu seiner bisherigen Molkerei bis zum Wirksamwerden seiner Kündigung verändern wird.

Die dadurch hervorgerufenen Risiken reduzieren die Wechselanreize erheblich. Denn die unterbrechungsfreie Abnahme der Rohmilch ist für einen Erzeuger von zentraler Bedeutung, sofern er nicht den Verderb seiner Produktion riskieren möchte.

Im Zusammenspiel mit den produktimmanenten und den zusätzlich errichteten Wechselhindernissen – hohe Verderblichkeit und daraus resultierende Notwendigkeit unterbrechungsfreier Abnahme, Angleichung der Preise durch nachträgliche Preisfestsetzung, atomistische Anbieterstruktur – führen die langen Kündigungsfristen im Markt zu einer Beschränkung des Wettbewerbs.

Dies eröffnet wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume für die Molkereien in zweierlei Hinsicht:

Zum Einen führt die Abschottung von Wettbewerbern zu einer Beschränkung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Molkereien. Die Reaktionszeiten aufgrund der Ausschließlichkeitsbindungen sind so lange bemessen, dass es (potenziellen) Wettbewerbern der Molkereien nicht sinnvoll möglich ist, auf Geschäftschancen zu reagieren und ihren Milcheinkauf durch die Akquise zusätzlicher Erzeuger signifikant zu erhöhen oder ganz neu zu etablieren.

Die für Marktzutritte oder eine wesentliche Ausweitung der Produktion erforderliche Rohmilchmenge ist auch auf anderem Wege nicht zu akquirieren. Die vollständige Versorgung einer Molkerei über den Spotmarkt oder über andere Molkereien stellt keine Alternative dar. 80,8% der antwortenden Unternehmen halten dies für unmöglich. Die Versorgung alleine über den Spotmarkt wird noch deutlicher als ausgeschlossen angesehen (Nein: 90,9% der Unternehmen). Als zentrale Gründe dafür wurden insbesondere zu große Risiken hinsichtlich Preis und Menge genannt, aber auch fehlende Sicherheit über die erforderliche Qualität (Herkunft, besondere Qualitätsmerkmale etc.). Dies bestätigen die Rohmilch-Mengen, die nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung in den Jahren 2014 und 2015 am Spotmarkt gehandelt wurden: 2014 wurden im Durchschnitt 4,1 Mio. kg wöchentlich gekauft, die Schwankungen waren allerdings sehr groß. Ein ähnliches Bild ergibt sich für 2015, als im Durchschnitt 4,8 Mio. kg wöchentlich gehandelt wurden. Mit etwa 214 Mio. kg im Jahr 2014 und 249 Mio. kg im Jahr 2015 wurde über den bundesweiten Rohmilch-Spotmarkt weniger als 1% der gesamten Rohmilch-Menge gehandelt. Die bundesweit am Spotmarkt gehandelte Menge entspricht insgesamt in der Größenordnung lediglich dem Rohmilchbedarf einer mittelgroßen Molkerei. Angesichts der geringen Größe und der erheblichen Schwankungen erscheint der Spotmarkt tatsächlich ungeeignet, eine Molkerei vollständig zu versorgen.

Zum Anderen erhalten die Molkereien die Möglichkeit, den Erzeugern schlechtere Konditionen zu gewähren als unter wettbewerblichen Bedingungen. Die Hürden für einen Wechsel werden durch die geltenden Lieferbedingungen erhöht, sodass die wettbewerbliche Reaktion der Erzeuger auf Verhaltensänderungen der Molkereien schwächer ausfällt als in Abwesenheit der zu-

sätzlichen Wechselhindernisse. Dies versetzt die Molkereien in die Lage, ihren Erzeugern gegenüber nachteiligere Bedingungen festzusetzen, als dies unter wettbewerblichen Bedingungen möglich wäre. Die Reaktion der Erzeuger wird systematisch gedämpft, mit der Folge, dass für die Molkereien Strategien profitabel werden, die bei unbeschränkter Reaktionsmöglichkeit der Erzeuger nicht sinnvoll wären.

Dies zeigt sich auch bei der Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einen einzigen Zeitpunkt im Jahr: Die Erzeuger sind durch die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf das Jahresende zu Beginn eines jeden Jahres an der Kündigung gehindert. In dieser Phase können die Erzeuger nicht durch Abwanderung reagieren, wenn die Molkerei die Preise absenkt. Da die Entscheidung über die Kündigung auf Basis einer Prognose des künftigen Verhaltens getroffen werden muss, bleibt eine Niedrigpreisstrategie – solange sie nicht zu oft wiederholt wird – folgenlos, sofern die Molkerei sie rechtzeitig aufgibt und zu relativ hohen Preisen zurückkehrt, bis der Kündigungszeitpunkt verstrichen ist.

2. Freistellungsfähigkeit

Bei der Beurteilung der Freistellungsfähigkeit muss hier differenziert werden: Unternehmen, die in den relevanten Regionalmärkten Marktanteile von 30% nicht überschreiten, werden grundsätzlich von der Gruppenfreistellung in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO erfasst. Bei Marktanteilen oberhalb von 30% kommt nur noch eine Einzelfreistellung in Betracht.

Die Beschlussabteilung hat bisher keine Erkenntnisse, dass die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung vorliegen könnten.

Zwar ist im Bereich der Rohmilcherfassung nicht auszuschließen, dass es Konstellationen geben kann, die im Einzelfall die Freistellung einer längerfristigen Ausschließlichkeitsbindung rechtfertigen könnten. Nach den bisherigen Erkenntnissen der Beschlussabteilung liegen derzeit aber bei keinem Unternehmen die Voraussetzungen dafür vor. Eine Einzelfreistellung könnte beispielsweise in Betracht kommen, wenn die Vertragsparteien eine Mengensteuerung – insbesondere mit der Möglichkeit einer temporären Mengensenkung durch die Molkerei – vorsehen würden. In diesen Fällen könnte eine etwas längere Ausschließlichkeitsbindung erforderlich sein, um Trittbrettfahreneffekte auszuschließen. Auch größere Investitionen könnten grundsätzlich geeignet sein, eine Einzelfreistellung zu begründen. Prinzipiell ist denkbar, dass große, effizienzsteigernde Investitionen nur bei einer Absicherung der Rohstoffversorgung durchgeführt werden können. Die kartellrechtlichen Anforderungen an eine Einzelfreistellung liegen in derartigen Fällen aber so hoch, dass sie im Bereich der Rohmilcherfassung kaum je erfüllt sein

dürften. Insbesondere müsste die Bindung auf eine zeitlich und mengenmäßig begrenzte Rohmilchmenge bezogen werden.

In jedem Fall bedürfte die Verwendung einer langen Kündigungsfrist im Wege der Einzelfreistellung einer ausführlichen Begründung und Prüfung im Einzelfall. Der pauschale Hinweis auf geplante oder durchgeführte Investitionen ist jedenfalls nicht geeignet, die Fortführung des bisherigen Systems zu rechtfertigen.

Die Beschlussabteilung hat sich im vorliegenden Verfahren auch die Lieferverträge mit den großen Lebensmitteleinzelhändlern vorlegen lassen. Diese Verträge können auf Grund ihrer deutlich kürzeren Vertragslaufzeit jedenfalls nicht isoliert als Begründung der langen Vertragslaufzeiten auf der Erfassungsseite herangezogen werden. Ob und wenn ja inwieweit andere Vertragsbestandteile, wie etwa eine Lieferpflicht ohne eine gleichzeitige Mindestabnahmepflicht der LEH-Unternehmen, einen Konditionenmissbrauch darstellen können, wäre durch (ein) eigenständige(s) Missbrauchsverfahren zu klären. Ein wichtiges Musterverfahren zum Konditionenmissbrauch ist jedoch noch vor dem Bundesgerichtshof anhängig (Edeka Konditionenverfahren). Zudem soll die Missbrauchsaufsicht im Lebensmitteleinzelhandel mit der laufenden Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbessert werden. Daher wird die Beschlussabteilung zum jetzigen Zeitpunkt kein Verfahren einleiten. Nach Abschluss des Verfahrens beim Bundesgerichtshof bzw. der Verabschiedung der GWB-Novelle wird dieses Thema jedoch gegebenenfalls erneut aufgegriffen.

3. Reichweite und Folgen einer möglichen Untersagung

Hinsichtlich des Adressatenkreises stehen der Beschlussabteilung aufgrund der Marktanteilschwellen der Vertikal-GVO zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Entweder wird nur gegen besonders große Unternehmen vorgegangen, die in den Regionalmärkten Marktanteile von mehr als 30% erreichen, oder gegen alle Unternehmen in einem betroffenen Markt, die über spürbare Marktstellungen gegenüber den Erzeugern verfügen. Voraussetzung für Letzteres wäre der Entzug des Vorteils der Gruppenfreistellung (vgl. § 32d GWB bzw. Art. 29 Abs. 2 der EU-Verordnung 1/2003 i.V.m. Erwägungsgründen 14 f. der Vertikal-GVO).

Eine Abstellung der betreffenden Verhaltensweisen wäre im Rahmen des § 32 GWB – unabhängig vom Adressatenkreis – möglich, indem die bisher praktizierten Formen von Ausschlusslichkeitsbindungen untersagt werden. Das Bundeskartellamt kann grundsätzlich alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorgeben, die verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind.

Soweit die Beschlussabteilung hierbei auf konkrete Vorgaben verzichtet, wären die Unternehmen im Markt in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei, wie die unwirksamen Lieferbedingungen durch neue ersetzt werden. Sie müssen sich allerdings an die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen halten. Dabei ist insbesondere relevant, dass die Lieferbeziehungen in ihrer Gesamtheit nicht zu einer erneuten kartellrechtswidrigen Abschottung führen dürfen. Erste Anregungen für die kartellrechtskonforme Ausgestaltung finden sich unten unter D.

Dabei dürfte ein wichtiger Aspekt bei der Entwicklung neuer Lieferbedingungen nach Einschätzung der Beschlussabteilung sein, dass auch Mechanismen zur Mengensteuerung in die Lieferbeziehungen integriert werden. Die Beschlussabteilung ist unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten der Auffassung, dass die Abnahmepflicht in dieser Richtung dringend weiterentwickelt werden sollte, um künftige Krisensituationen zu entschärfen.

Sinnvoll könnte auch sein, durch die Vereinbarung fester Preise für bestimmte Vertragslaufzeiten und/oder bestimmte Volumina Planungssicherheit sowohl für den Erzeuger als auch für die Molkerei herzustellen.

Große Bedeutung bei Abstellungsmaßnahmen hat dabei, eine hinreichende Absicherung der Erzeuger vor kurzfristigen Kündigungen sicherzustellen. Insoweit sind insbesondere drei Punkte zu beachten:

Zunächst besteht aus kartellrechtlicher Sicht kein Nexus zwischen Andienungs- und Abnahmepflicht. Eine kartellrechtliche Verfügung kann sich alleine gegen die Ausschließlichkeitsbindung richten; die Abnahmepflicht hingegen stellt kein kartellrechtliches Problem dar und könnte nur durch eine Entscheidung der jeweiligen Molkerei selbst aufgehoben werden.

Darüber hinaus ist zu überlegen, ob die Kündigungsfristen für Erzeuger und Molkerei identisch sein müssen. Asymmetrische Kündigungsfristen sind bereits jetzt im Markt weit verbreitet, da bei Genossenschaften nur die Erzeuger kündigen können, nicht aber die Molkerei. Dieser Zustand muss bei kürzeren Kündigungsfristen nicht geändert werden. Vor diesem Hintergrund besitzt dieser Aspekt vor allem bei privaten Molkereien Bedeutung, bei denen längere Kündigungsfristen für die Molkerei trotz deutlicher Verkürzung für die Erzeuger in Betracht kommen.

Schließlich kann auch Erzeugerorganisationen eine wichtige Rolle bei der Absicherung der Erzeuger zukommen. Erzeugerorganisationen können neben der Durchsetzung vorteilhafter Konditionen genauso eine wichtige Rolle wie bei der Risikoabsicherung der einzelnen Erzeuger –

beispielsweise gegen die Kündigung von Verträgen durch die Molkerei – übernehmen. Allerdings ist darauf zu achten, dass es auch auf dieser Ebene nicht zu einer erneuten Abschottung der Erzeuger kommen darf.

III. Anwendbarkeit des Kartellrechts innerhalb von Agrar-Genossenschaften

Die Beschlussabteilung ist sich der besonderen Funktion von Genossenschaften, ihrer Verfasstheit und demokratischen Entscheidungsstrukturen bewusst. Gleichwohl sind Genossenschaften nicht vom Kartellrecht ausgenommen.

Zunächst besteht zwischen der Genossenschaft und dem einzelnen Erzeuger kein Verbund i.S.d. § 36 Abs. 2 GWB. Es handelt sich kartellrechtlich mithin um separate Unternehmen. Der Umstand, dass die Entscheidungen innerhalb von Genossenschaften in einem demokratischen Entscheidungsprozess zustande kommen, ändert daran nichts: Denn ein demokratischer Entscheidungsprozess begründet keine Privilegierung vom Kartellrecht. Darüber hinaus sind auch keine Gründe erkennbar, warum in Genossenschaften – im Gegensatz zu allen anderen Gesellschaftsformen – das Auftreten eines Principal-Agent-Problems ausgeschlossen werden kann, so dass von vornherein feststehen würde, dass Genossenschaften immer im ausschließlichen Interesse ihrer Mitglieder handeln. Schließlich kommt auch keine Tatbestandsrestriktion zur Anwendung, weil sich die Beteiligten der Absprache ausschließlich selbst schädigen könnten: Denn die Entscheidungen in Molkereien fallen häufig nicht einstimmig, gerade auch hinsichtlich der Kündigungsfristen. Jedes Mitglied, das aufgrund der Mehrheitsentscheidung für lange Kündigungsfristen am Verlassen der Molkerei gehindert wird, ist mit der Selbstschädigung nicht einverstanden, sondern wird durch die Mehrheit geschädigt. Der Schutz auch genau dieser Unternehmen wird aber von den kartellrechtlichen Regeln zu langlaufenden Lieferverträgen mit bezweckt.

Die Ausschließlichkeitsbindungen bei Genossenschaften sind nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht durch § 28 GWB privilegiert. Die Norm weist zwar zahlreiche Unklarheiten auf, die je nach Auslegung zu erheblichen Nachteilen für die Erzeuger führen können. So ist umstritten, ob Molkereien generell als landwirtschaftlicher Erzeugerbetrieb anzusehen sind oder ob nur von den Erzeugern getragene Molkereien von § 28 GWB profitieren können. Nach einer anderen Literaturmeinung wären sogar Preisabsprachen zu Lasten der Erzeuger durch § 28 GWB privilegiert. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung kommen die Meinungsstreitigkeiten zu § 28 GWB im vorliegenden Verfahren aber nicht zum Tragen, da aufgrund der umfassenden Verbreitung der Ausschließlichkeitsbindungen das Tatbestandsmerkmal „Ausschluss des Wettbewerbs“ erfüllt sein dürfte.

Das vorliegende Verfahren zeigt aber, dass in der bisherigen Diskussion über § 28 GWB (und auch das Agrarmarktstrukturgesetz) der Aspekt zu wenig Beachtung gefunden hat, dass die Schaffung von Privilegierungen im Agrarkartellrecht sich auch zu Lasten der Erzeuger auswirken kann. Denn die Kooperationsmöglichkeiten, die durch das Agrarrecht für die Abnehmer landwirtschaftlicher Produkte geschaffen werden, können nicht nur zur Durchsetzung besserer Verkaufspreise, sondern genauso zur Vereinbarung besonders ungünstiger Konditionen für die Erzeuger genutzt werden. Es fehlt an einem wirksamen Mechanismus, der verhindert, dass die agrarrechtlichen Ausnahmen vom Kartellrecht gegen die Erzeuger eingesetzt werden.

D. Erste Anregungen für die Ausgestaltung zukunftsfähiger Lieferbeziehungen

Die Überlegungen der Beschlussabteilung zu alternativen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Lieferbeziehungen in der Milchwirtschaft stehen noch am Anfang. Insbesondere haben bislang keine gezielten Ermittlungen zu diesem Themenkomplex stattgefunden. Aus den bisherigen Gesprächen mit Marktteilnehmern sowie aufgrund der Marktkennntnis der Beschlussabteilung können zum jetzigen Zeitpunkt – wenn auch mit aller Vorsicht – folgende Hinweise für die weitere Ausgestaltung der Lieferbeziehungen gegeben werden:

- **Grundsätzlich kurze Kündigungsfristen für Lieferverhältnisse erforderlich:**
 - Die Beispiele der Molkereien Arla und FrieslandCampina zeigen, dass Kündigungsfristen von drei bis vier Monaten hinreichende Sicherheit für den Betrieb einer Molkerei bieten, bei FrieslandCampina auch im deutschen Wettbewerbsumfeld.
 - Um für eine permanente Begrenzung der Verhaltensspielräume zu sorgen, sollten jedoch mehrere Kündigungstermine pro Jahr bestehen (Beispiel: monatlich/quartalsweise).
 - Die Beschlussabteilung beabsichtigt, im weiteren Verlauf des Verfahrens einen „Safe Harbour“ zu definieren, also eine Obergrenze für Kündigungsfristen, bei deren Einhaltung von einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung ausgegangen werden kann.
- **Kopplung von Lieferverhältnis und Genossenschaftsmitgliedschaft lockern:**

Dies erlaubt, den Finanzierungsinteressen der Genossenschaften Rechnung zu tragen, würde zugleich aber den Landwirten die Möglichkeit eröffnen, wettbewerblicher zu agieren.
- **Vielfalt der Interessenlagen beachten:**

Eine einheitliche Regelung der Vertragsbedingungen ist der Vielgestaltigkeit der Interessenlagen der Akteure nicht angemessen. Starre Vorgaben für die Inhalte der Verträge laufen Gefahr, wichtige Konstellationen nicht erfassen zu können.

- **Festlegung der Preise vor Lieferung – auch in Gestalt von Festpreisvereinbarungen – wünschenswert.**
- **Vereinbarung fester Liefermengen, idealerweise mit gewisser Mengensteuerungsmöglichkeit durch die Molkerei, sinnvoll:**

Die Möglichkeit zur Planung der Produktion ist für die Molkereien, aber auch für die Erzeuger, wichtig. Mit Hilfe von vertraglichen Möglichkeiten zur Mengensteuerung könnten Molkereien und Erzeuger marktwirtschaftlich auf Nachfrage- und Preisveränderungen reagieren. Solche Regelungen könnten auch neue Handlungsoptionen gegenüber marktmächtigen Unternehmen des LEH eröffnen.

Jedes Mengensteuerungsmodell muss aber die beschränkten Reaktionsmöglichkeiten auf Seiten der Erzeuger berücksichtigen. Dementsprechend dürften ein hinreichender Vorlauf und eine realistische Berücksichtigung der Mengenänderungsspielräume für die Erzeuger erforderlich sein.

Zugleich dürfte es geboten sein, dass beteiligte Erzeuger für die Übernahme des zusätzlichen Mengenänderungsrisikos – das mit einer gewissen Risikoentlastung für die beteiligte Molkerei einhergeht – entschädigt werden.

- **Absicherung durch Erzeugerorganisationen:**

Dies kann zu einer Verteilung der Risiken des Einzelnen beitragen.

Die hier dargestellten Grundzüge für künftige Lieferbeziehungen erscheinen der Beschlussabteilung sinnvoll, um ein besseres Funktionieren der regionalen Rohmilchmärkte zu ermöglichen. Nicht alle Maßnahmen sind zur Abstellung der nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung bestehenden Kartellrechtsverstöße erforderlich; teilweise handelt es sich lediglich um Anregungen, die die Beschlussabteilung aufgrund ihrer Analyse der Wettbewerbsverhältnisse bei der Milchverarbeitung im Interesse einer besseren Funktionsfähigkeit der Milchmärkte und vor allem der Vermeidung künftiger Krisensituationen für sinnvoll hält.

Die genannten Aspekte können nicht zuletzt auch Anhaltspunkte für die Entwicklung von Vorschlägen zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung und für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Lieferbeziehungen geben.

E. Weiteres Vorgehen

Dieses Sachstandspapier gibt zentrale Ergebnisse der Ermittlungen und die vorläufige wettbewerbliche Position der Beschlussabteilung wieder. Es soll als Grundlage für die Diskussion mit den Unternehmen, der Branche und der Politik dienen.

Zeitgleich wird die Beschlussabteilung das Pilotverfahren weiter vorantreiben und ihre tatsächlichen und rechtlichen Überlegungen in einem Anhörungsschreiben zusammenfassen.

Parallel dazu ist die Beschlussabteilung offen, mit der Branche über Rahmenbedingungen und Optionen für die kartellrechtskonforme Ausgestaltung künftiger Lieferbeziehungen zu sprechen.