

Soda-Club II

Amtlicher Leitsatz:

a) Wird durch die Wahl eines auf eine längerfristige Benutzung angelegten Systems ein spezifischer Bedarf nach einem Betriebsmittel geweckt, kommt es für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in erster Linie darauf an, welche Alternativen sich bei der Wahl des Betriebsmittels für den Nachfrager stellen, der sich bereits für das System entschieden hat. Ein anderes System stellt in der Regel keine Bezugsalternative für das Betriebsmittel dar.

b) Bei dem zur sachlichen Marktabgrenzung angewandten Preisheraufsetzungstest (SSNIP-Test), der die Marktzugehörigkeit eines Alternativprodukts davon abhängig macht, ob die Nachfrager bei einer geringen, aber nicht unerheblichen und nicht nur vorübergehenden Erhöhung des Preises für das Ausgangsprodukt (von 5 bis 10%) zum Alternativprodukt wechseln, handelt es sich um eine Modellerwägung, die für die Marktabgrenzung eine Hilfestellung liefern, die Marktabgrenzung aber nicht als ausschließliches Kriterium bestimmen kann. Der Test ist wenig aussagekräftig, wenn – wie häufig bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – nicht gewährleistet ist, dass der Ausgangspreis unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen ist.

Bundesgerichtshof

Beschluss vom 04.03.2008

Az.: KVR 21/07

Beschluss

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2008 durch ...

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. März 2007 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die in Ziffer 5 lit. b ausgesprochene Verpflichtung für die Dauer von drei Jahren ab Rechtskraft dieses Beschlusses gilt.

Die Betroffenen haben die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten des Bundeskartellamts und der Beigeladenen zu tragen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5 Mio. Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Betroffenen (nachfolgend Soda-Club) gehören zur Unternehmensgruppe Soda-Club. Diese produziert und vertreibt Besprudelungsgeräte. Mit diesen Geräten kann der Endverbraucher selbst Mineralwasser (dieser Begriff wird auch nachfolgend im untechnischen, nicht der Mineral- und Tafelwasser-Verordnung entsprechenden Sinne verwendet) herstellen, indem er Leitungswasser mit Kohlensäure versetzt. Diese Geräte werden als Set, nämlich zusammen mit einem gefüllten CO₂-Zylinder und einer PET-Flasche, vertrieben. Soda-Club unterhält ein bundesweites Vertriebshändlernetz mit Annahmestellen, bei denen der Kunde leere Kohlensäurezylinder gegen gefüllte umtauschen kann. Die Befüllung wird im zentralen Abfüllwerk in Limburg vorgenommen.

Das Befüllgeschäft hat Soda-Club folgendermaßen organisiert: Während der 300-g-Stahlzylinder verkauft wird, werden die Aluminium-Zylinder mit einem Füllgewicht von 325 g und 425 g dem Kunden nur mietweise überlassen. Für diese Mietzylinder fordert Soda-Club von dem Kunden bei Aushändigung eine

Mietvorauszahlung. Gibt der Kunde den Zylinder vor Ablauf von neun Jahren endgültig an Soda-Club zurück, wird ihm die Vorauszahlung gegen Vorlage des Kassenbelegs und eines Benutzerzertifikats je nach Zeitablauf anteilig erstattet. Darüber hinaus verpflichtet Soda-Club seine Vertriebshändler, die Mietzylinder ausschließlich über Soda-Club wiederbefüllen zu lassen. Eine Fremdbefüllung seiner Zylinder verfolgt Soda-Club gegenüber Endverbrauchern, Händlern und Abfüllunternehmen als Eigentumsverletzung.

Der Rücklauf der Kohlensäurezylinder von den Soda-Club-Vertriebshändlern unterliegt gewissen Einschränkungen: Die Vertragshändler erhalten gegen Kautions eine bestimmte Zahl von gefüllten Zylindern, um Kunden jederzeit im Tausch für einen leeren einen befüllten Zylinder aushändigen zu können. Bei Vertragsende nimmt Soda-Club eine entsprechende Zahl an gefüllten Zylindern gegen Erstattung der Kautions zurück. Außerdem tauscht Soda-Club leere gegen befüllte Mietzylinder im Verhältnis 1 zu 1. Nach Vertragsende darf der Vertragshändler keine Soda-Club-Zylinder mehr entgegennehmen. Auch wenn Benutzerzertifikat und Kassenbeleg vorgelegt werden können, lehnt Soda-Club es gegenüber seinen Vertriebshändlern ab, nach Vertragsende noch Mietzylinder zurückzunehmen und Mietvorauszahlungsbeträge zu erstatten, die ein Vertriebshändler dem Kunden ausbezahlt hat. Soda-Club nimmt auch von freien Händlern oder konkurrierenden Abfüllunternehmen keine Mietzylinder entgegen. Da Soda-Club-Vertragshändler und Soda-Club auch leere Zylinder anderer Hersteller gegen befüllte Mietzylinder austauschen, sind am Umlauf immer mehr Soda-Club-Zylinder beteiligt.

Das Bundeskartellamt sieht in diesem Verhalten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Soda-Club auf dem Markt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern für Besprudelungsgeräte. Es hat daher den Betroffenen untersagt, das von ihnen praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der CO₂-Zylinder für Trinkwasser-

Besprudelungsgeräte weiterzuverwenden (WuW/E DE-V 1177). Die Verfügung hat folgenden Wortlaut:

1. Das von der Soda-Club GmbH und den mit ihr nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen (nachfolgend Soda-Club) praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der von Soda-Club in den Verkehr gebrachten und von ihr als Mietzylinder bezeichneten CO₂-Zylinder für Trinkwasser-Besprudelungsgeräte (nachfolgend „Mietzylinder“) verstößt gegen § 19 GWB und Art. 82 EG.

2. Unternehmen,

- die mit Soda-Club keine Vertriebsvereinbarung getroffen haben oder

- eine getroffene Vertriebsvereinbarung unter Einhaltung der vertraglichen Fristen gekündigt haben oder

- die Vertriebsvereinbarung – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – fristlos gekündigt haben,

dürfen Soda-Club-„Mietzylinder“ von Endverbrauchern und vertraglich nicht (mehr) an Soda-Club gebundenen Unternehmen entgegennehmen, unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften selbst befüllen oder bei Abfüllunternehmen, welche die für eine Befüllung notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, befüllen lassen und in Verkehr bringen.

3. Endverbraucher dürfen „Mietzylinder“ von Soda-Club bei Unternehmen ihrer Wahl, auch bei den in Ziffer 2 des Tenors genannten Unternehmen, tauschen bzw. wiederbefüllen lassen.

4. Um die Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 1 des Tenors genannten Vorschriften abzustellen, wird Soda-Club gemäß § 32 Abs. 1 und 2 GWB untersagt, die in Ziffer 2 des Tenors aufgeführten Unternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe der sogenannten „Mietzylinder“ zu hindern.

5.

a) Soda-Club hat die auf ihren „Mietzylindern“ angebrachten Banderolen binnen einer Frist von zwei Monaten textlich

entsprechend Ziffer 2 bis 4 des Tenors anzupassen.

b) Zusätzlich ist auf der Banderole der folgende Text in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar aufzubringen: „Dieser Zylinder sowie alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes dürfen nicht nur von Soda-Club, sondern – unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften – auch von anderen Abfüllunternehmen befüllt werden“.

Das Oberlandesgericht hat die dagegen eingelegte Beschwerde der beiden Betroffenen im Wesentlichen mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die in Ziffer 5 a verfügte Hinweispflicht entfällt (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1935). Hiergegen richtet sich die – vom Oberlandesgericht zugelassene – Rechtsbeschwerde, mit der die Betroffenen den Antrag auf Aufhebung der Verfügung weiterverfolgen.

II.

Das Beschwerdegericht hat in dem beanstandeten Verhalten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG und § 19 GWB gesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Soda-Club besitze auf dem bundesdeutschen Markt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern zur Verwendung in Besprudelungsgeräten eine marktbeherrschende Stellung. Der Angebotsmarkt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern zum Einsatz in Besprudelungsgeräten stelle wegen unterschiedlicher Wettbewerbsverhältnisse einen eigenständigen Teilmarkt innerhalb des Gesamtmarktes der (selbsthergestellten und der trinkfertigen) Sprudel- und Mineralwässer dar.

Soda-Club verfüge auf diesem Markt über eine beherrschende Stellung. Dies ergebe sich aus den vom Bundeskartellamt ermittelten Marktanteilen. Der von Soda-Club geltend gemachte Rückgang der absoluten Umsatzzahlen bedeute nicht, dass Soda-Club auf dem Markt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern für Besprudelungsgeräte Marktanteile an seine Konkurrenten

verloren habe. Der Umsatzrückgang sei vielmehr auf die Kundenabwanderung zu den trinkfertigen Mineralwässern zurückzuführen und nicht Ausdruck eines Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt. Dies werde durch die ergänzenden Ermittlungen des Bundeskartellamts zur Marktentwicklung in den Jahren 2005 und 2006 bestätigt.

Die Ausgestaltung des Soda-Club-Mietzylindersystems erfülle den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs. Es ziele auf eine Verdrängung der konkurrierenden Abfüllbetriebe auf dem Befüllmarkt, die systematisch von einer Befüllung der Soda-Club-Mietzylinder ausgeschlossen würden, während der Markt gleichzeitig nach und nach mit Soda-Club-Mietzylindern verstopft werde. Auf Eigentumsrechte an den Mietzylindern könne sich Soda-Club nicht mit Erfolg berufen. An einem regulären Mietverhältnis sei Soda-Club nicht interessiert. Soda-Club könne sein wettbewerbschädliches Mietzylindersystem auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass nur auf diese Weise die Beachtung und Einhaltung der einschlägigen Sicherheitsvorschriften gewährleistet werden könne.

Die von Soda-Club praktizierte Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt sei kartellrechtlich nicht deshalb hinnehmbar, weil Soda-Club beim Vertrieb seiner Besprudelungsgeräte in einem scharfen Wettbewerb mit den Mineralwasserherstellern stehe und die Besprudelungsgeräte mittlerweile nicht mehr zu kostendeckenden Preisen verkaufen könne. Andernfalls wäre der funktionierende Wettbewerb auf dem Markt der (selbsthergestellten oder trinkfertigen) Sprudel- und Mineralwässer die Rechtfertigung dafür, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Befüllmarkt zu verfälschen. Das sei mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots unvereinbar.

III.

Die Rechtsbeschwerde hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. Mit Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass

Soda-Club durch die Ausgestaltung des Mietzylindersystems eine marktbeherrschende Stellung gemäß Art. 82 EG missbraucht.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde dagegen, dass das Beschwerdegericht Soda-Club als Normadressaten des Art. 82 EG angesehen hat.

a) Das Beschwerdegericht hat den sachlich relevanten Markt auf die Befüllung von Kohlensäurezylindern zur Verwendung in Besprudelungsgeräten begrenzt. Es hat angenommen, dass es sich dabei um einen eigenständigen Teilmarkt innerhalb des Gesamtmarkts der (selbsthergestellten oder trinkfertigen) Sprudel- und Mineralwässer handele. Zwar bestehe eine funktionale Austauschbarkeit zwischen selbsthergestelltem und trinkfertigem Sprudel- oder Mineralwasser. Dies rechtfertige es jedoch nicht, die Befüllung von Kohlensäurezylinder auf der einen und trinkfertiges Mineralwasser auf der anderen Seite einem einheitlichen Angebotsmarkt zuzurechnen. Das Bedarfsmarktkonzept dürfe nicht mechanisch, sondern müsse zweckbezogen dahin angewendet werden, die im konkreten Fall relevanten Wettbewerbskräfte zu ermitteln. Eine von dem Bedarfsmarktkonzept abweichende Marktabgrenzung könne geboten sein, sofern der Hersteller zu einem unterschiedlichen Verhalten, insbesondere zu einer differenzierten Marktstrategie, in der Lage sei (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., § 19 Rdn. 27; vgl. auch KG WuW/E OLG 2403, 2404 – Fertigfutter). Wende man diese Rechtsgrundsätze auf den Entscheidungsfall an, stelle der Angebotsmarkt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern zum Einsatz in Besprudelungsgeräten einen eigenständigen Teilmarkt innerhalb des Gesamtmarktes der (selbsthergestellten und trinkfertigen) Sprudel- und Mineralwässer dar. Die Wettbewerbsverhältnisse unterschieden sich nämlich signifikant von der Marktstruktur auf dem Gesamtmarkt. Der Kreis der Nachfrager einer Befüllung von Kohlensäurezylindern sei weitaus kleiner als der Abnehmerkreis von trinkfertigem Mineralwasser. Er beschränke sich von

vornherein auf diejenigen Haushalte, die über ein Besprudelungsgerät verfügten. Lege man den Sachvortrag der Beschwerde zugrunde, handele es sich dabei um 27,5% aller bundesdeutschen Haushalte. Da der Endkunde sein Leitungswasser nur dann mit Kohlensäure versetzen könne, wenn er über ein Besprudelungsgerät verfüge, stünden die Hersteller von trinkfertigem Mineralwasser in erster Linie in einem Wettbewerb zu den Anbietern der Besprudelungsgeräte. Die Wiederbefüllung des Kohlensäurezylinders sei eine davon abgeleitete Nachfrage auf einem nachgelagerten Markt. Hier stünden ausschließlich die Befüllunternehmen in Konkurrenz. Lediglich in diesem Wettbewerbsverhältnis könne sich auch das zur kartellrechtlichen Prüfung stehende Verhalten von Soda-Club auswirken.

b) Mit Recht hat das Beschwerdegericht das Angebot trinkfertigen Mineralwassers nicht in den sachlich relevanten Markt einbezogen.

aa) Für die Marktabgrenzung sind alle Produkte zusammenzufassen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen austauschbar sind (zu Art. 82 EG EuGH, Urt. v. 9.11.1983 – 322/81, Slg. 1983, 3461 Tz. 37 = WuW/E EWG/MUV 642 – Michelin; zu § 19 GWB BGHZ 170, 299 Tz. 18 – National Geographic II). Stehen den Nachfragern zur Deckung eines bestimmten Bedarfs unterschiedliche Systeme zur Verfügung, bedeutet dies indessen nicht, dass auch dann, wenn es um die Bestimmung des Marktes geht, auf dem ein Betriebsmittel für ein solches System angeboten wird, das andere System ohne weiteres als Bezugsalternative anzusehen ist. Wird durch die Wahl eines auf eine längerfristige Benutzung angelegten Systems ein davon abgeleiteter spezifischer Bedarf nach einem Betriebsmittel geweckt, kommt es vielmehr entscheidend darauf an, welche Alternativen sich für den Nachfrager, der sich bereits für ein System entschieden hat, bei der Wahl des Betriebsmittels stellen

(vgl. BGHZ 77, 279, 287 f. – Mannesmann-Brueninghaus; 151, 274, 282 – Fernwärme für Börnsen; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., § 19 Rdn. 28 m.w.N.). Wettbewerbskräfte, die in einer solchen Situation beim Nachfrager Zweifel an der Entscheidung für ein bestimmtes System wecken können, sind nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern – im deutschen Kartellrecht üblicherweise als Substitutionswettbewerb bezeichnet – bei der Frage einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen (vgl. BGHZ 82, 1, 5 – Zeitungsmarkt München; BGH, Beschl. v. 22.9.1987 – KVR 5/86, WuW/E 2433, 2441 – Gruner+Jahr/Die Zeit II; BGHZ 170, 299 Tz. 18 – National Geographic II, m.w.N.).

Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass in den Haushalten, die über ein Besprudelungsgerät verfügen, ein spezifischer Bedarf an der in Rede stehenden Befülldienstleistung besteht. Diese Nachfrager sind für die bereits beim Kauf des Besprudelungsgerätes geplante längerfristige Verwendung des Besprudelungsgeräts auf die Wiederbefüllung oder den Tausch der Kohlensäurezylinder angewiesen. Das entsprechende Angebot, das diese Nachfrage befriedigt, kennzeichnet den Markt, auf dem Soda-Club tätig ist (vgl. BGHZ 77, 279, 288 – Mannesmann-Brueninghaus).

bb) Dieser Marktabgrenzung kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass es Besitzer von Besprudelungsgeräten gibt, die als sog. „dual user“ gelegentlich auch, und zwar möglicherweise in Reaktion auf eine Erhöhung des Preises für das Wiederbefüllen des Kohlensäurezylinders, trinkfertiges Mineralwasser kaufen. Auch wenn mit der Rechtsbeschwerde eine damit einhergehende Korrelation zwischen dem Preis für die Befülldienstleistung einerseits und dem Preis von trinkfertigem Mineralwasser andererseits unterstellt wird, besagt dies doch nicht, dass zu dem Markt, auf dem Soda-Club die Befülldienstleistung anbietet, auch das Angebot trinkfertigen Mineralwassers zu zählen ist.

Bei dem zur sachlichen Marktabgrenzung angewandten Preisheraufsetzungstest (SSNIP-Test genannt, wobei SSNIP für „small but significant non-transitory increase in price“ steht), der die Marktzugehörigkeit eines Alternativprodukts davon abhängig macht, ob die Nachfrager bei einer geringen, aber nicht unerheblichen und nicht nur vorübergehenden Erhöhung des Preises für das Ausgangsprodukt (von 5 bis 10%) zum Alternativprodukt wechseln, handelt es sich um eine Modellerwägung, die für die Marktabgrenzung eine Hilfestellung liefern, die aber die Marktabgrenzung nicht als ausschließliches Kriterium bestimmen kann; die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft spricht in diesem Zusammenhang von einem „gedanklichen Experiment“ (ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5 Tz. 15 ff.; zum SSNIP-Test ferner Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 25 Rdn. 20 mit Fn. 24; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., § 19 Rdn. 33; Immenga/Körber in Immenga/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl., Art. 2 FKVO Rdn. 51, jeweils m.w.N.; ferner EuGH, Urt. v. 14.2.1978 – 27/76, Slg. 1978, 207 Tz. 12 ff. = WuW/E EWG/MUV 425 – Chiquita).

Im Streitfall ist die Anwendung dieses Tests mehr als fragwürdig. Zum einen ist die Preistransparenz eingeschränkt, die Voraussetzung für die elastische Reaktion des Nachfragers auf eine Preiserhöhung ist. Denn es liegt auf der Hand, dass sich die Verbraucher nicht ständig darüber Rechenschaft ablegen, wie viele Liter Leitungswasser sie mit der Füllung eines Zylinders mit Kohlensäure versetzt haben und wie viel sie folglich ein Liter selbsterzeugtes Mineralwasser kostet. Hinzu kommt, dass der Preisheraufsetzungstest voraussetzt, dass es sich bei dem Ausgangspreis um einen unter Wettbewerbsbedingungen erzielten Marktpreis handelt (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes aaO Tz. 19). Auch im Streitfall ist es denkbar, dass – eine marktbeherrschende Stellung unterstellt –

der von Soda-Club verlangte Preis für den Austausch eines gefüllten gegen einen leeren Kohlensäurezylinder über dem Preis liegt, der sich unter Wettbewerbsbedingungen ergeben hätte. Lässt sich in dieser Situation ein höherer Preis nicht durchsetzen, sagt dies nichts für die Marktabgrenzung aus, weil der Abstand zum Wettbewerbspreis ungewiss ist und deutlich über dem Bereich liegen kann, der nach dem Preisheraufsetzungstest die Zugehörigkeit von zwei Produkten zum selben Markt signalisiert (vgl. zur Problematik des SSNIP-Tests auch Mestmäcker/Schweitzer aa0; Immenga/Körper in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl., Art. 2 FKVO Rdn. 52 f.; Ewald, ZWeR 2004, 512, 525 ff.). Gegen eine Einbeziehung des Angebots trinkfertigen Mineralwassers spricht schließlich, dass die Wettbewerbskräfte, die sich aus diesem Angebot ergeben, gleichermaßen auf alle Befüllunternehmen wirken und folglich nichts über das Verhältnis aussagen, in dem Soda-Club zu den anderen Befüllunternehmen steht (vgl. zu § 22 GWB a.F. BGHZ 71, 102, 109 f. – Kfz-Kupplungen; Paschke in Frankfurter Kommentar zum GWB, § 19 GWB 2005 Rdn. 319). Da im Streitfall der Vorwurf eines Behinderungsmissbrauchs im Raume steht, kommt es aber auf dieses Verhältnis von Soda-Club zu den anderen Befüllunternehmen an (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes aa0 Tz.12; Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 19 GWB Rdn. 38).

c) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde dagegen, dass das Beschwerdegericht bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht die Befülldienstleistungen durch vollautomatische Befüllmaschinen berücksichtigt hat, die aktuell zwar keine Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte, aber solche für andere Anwendungsbereiche befüllen.

aa) Im Rahmen der Marktabgrenzung kann eine mögliche Flexibilität der Anbieter, ihr Angebot umzustellen und auf dem fraglichen Markt ebenfalls ein Produkt anzubieten, nur dann

Berücksichtigung finden, wenn die insofern in Betracht zu ziehenden Anbieter ähnlicher Produkte bereit und in der Lage sind, ihre Produktion kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand umzustellen, um eine bestehende Nachfrage zu befriedigen (zu § 19 GWB BGHZ 170, 299 Tz. 19 f. – National Geographic II). Eine solche Flexibilität hat das Beschwerdegericht im Ergebnis zu Recht verneint.

Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass sich die Abfüllautomaten angesichts ihrer erheblichen Anschaffungskosten nur mit einem entsprechend hohen Zylinderumschlag wirtschaftlich betreiben lassen. Eine hinreichende Auslastung des Befüllautomaten sei deshalb von vornherein nur dann möglich, wenn der Maschinenbetrieb möglichst selten durch Umrüstmaßnahmen auf eine andere Zylindergröße oder einen anderen Befüllstutzen unterbrochen werde. Eine Angebotsumstellungsflexibilität der Befüllunternehmen mit vollautomatischen Einspannvorrichtungen setze voraus, dass die – vollautomatisch zu befüllenden – Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte sowie die – ebenfalls vollautomatisch zu befüllenden – Zylinder, die in Zapfanlagen, Hausbars, Coca-Cola-Maschinen, Feuerlöschern und in der Aquaristik Verwendung fänden, dieselbe Größe und dieselbe Einfüllvorrichtung aufwiesen. Das sei nicht der Fall.

bb) Es kann dahinstehen, ob die gegen diese Feststellungen erhobenen Rügen begründet sind. Die Annahme einer bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigenden Angebotsumstellungsflexibilität verbietet sich bereits deshalb, weil aufgrund der vom Beschwerdegericht festgestellten Marktzutrittsschranken potentieller Wettbewerb weitgehend ausgeschaltet ist. Das Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität beruht auf der Erkenntnis, dass ein die Verhaltensspielräume kontrollierender Wettbewerb auch von Anbietern ähnlicher Produkte ausgehen kann, die ihr Angebot kurzfristig umstellen können, um eine bestehende Nachfrage zu befriedigen. Dies setzt voraus, dass beim hypothetischen Vertrieb der Produkte durch die potentiellen

Wettbewerber keine besonderen Probleme zu erwarten sind. Denn eine solche Erwartung würde die Bereitschaft zur Umstellung des Angebots eindeutig negativ beeinflussen (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes aa0 Tz. 22).

In der Konstellation des Streitfalls setzt der Markteintritt nicht nur die Umrüstung der Maschinen voraus. Zunächst müsste ein potentieller Wettbewerber ein Vertriebshändlernetz mit Annahmestellen zum Umtausch der Zylinder aufbauen, da nach den – insoweit unbeanstandet gebliebenen – Feststellungen des Beschwerdegerichts zur notwendigen Auslastung der Maschinen ein hoher Zylinderumschlag zu verlangen wäre. Beides erfordert – was auf der Hand liegt – größere organisatorische und finanzielle Anstrengungen. Hinzu kommt, dass konkurrierende Abfüllbetriebe – wie das Beschwerdegericht festgestellt hat – durch die Ausgestaltung des Mietsystems von Soda-Club davon abgehalten werden, Soda-Club-Mietzylinder zu befüllen, so dass sich der geschäftliche Anreiz der in den Markt eintretenden Wettbewerber vor allem auf die frei zirkulierenden Zylinder beziehen müsste. Dies gilt zumindest im selben Maße für potentielle Wettbewerber. Schließlich könnte ein neuer Wettbewerber kaum damit rechnen, bisherige Vertriebspartner von Soda-Club abzuwerben, da die vertraglichen Regelungen, die Soda-Club mit seinen Vertriebspartnern getroffen hat, diese von einem solchen Wechsel abhalten werden. Da Soda-Club nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts 70% der Umsätze mit Befülldienstleistungen für Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte erzielt und mindestens 56,7% der in Privathaushalten vorhandenen Besprudelungsgeräte von Soda-Club stammen, wirken sich die Marktzutrittsschranken in erheblichem Umfang aus und sind geeignet, potentielle Konkurrenten von einem Marktzutritt abzuschrecken. Jedenfalls wäre eine etwa vorhandene Angebotsumstellungsflexibilität wegen der dargelegten Risiken nicht geeignet, den Verhaltensspielraum von Soda-Club in entscheidungserheblicher Weise einzuschränken. Der Marktzutritt weiterer Anbieter würde sich

vielmehr lediglich zu Lasten derjenigen Konkurrenten auswirken, die kein Mietsystem, sondern ein Tauschsystem unterhalten.

2. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts, auf die das Beschwerdegericht verweist, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Rechtsbeschwerde erhebt insofern keine Einwände.

3. Entgegen der von Soda-Club geäußerten Ansicht ergibt sich aus den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts eine marktbeherrschende Stellung auf dem hiernach relevanten Markt für Befülldienstleistungen für Kohlendioxidzylinder zur Besprudelung von Leitungswasser.

a) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts betrug der Marktanteil in den Jahren 2002 bis 2004 mehr als 70%. Im Jahr 2005 lag der Marktanteil zwischen 65 und 75%, während ds-produkte nur einen Marktanteil zwischen 10 und 20% und alle übrigen Anbieter zusammen lediglich einen Anteil zwischen 8 und 18% hielten. Im Jahr 2006 betrug der Marktanteil von Soda-Club 62 bis 72%, derjenige von ds-produkte 11 bis 21% und der Anteil der restlichen Abfüllbetriebe 9 bis 19%. Diesem hohen Marktanteil kommt nicht nur wegen seiner absoluten Größe (vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991 – C-62/86, Slg. 1991, I-3359 Tz. 60 = EuZW 1992, 21 – AKZO), sondern auch deswegen eine besondere Bedeutung zu, weil der Abstand zu den Wettbewerbern beträchtlich ist (vgl. EuGH Slg. 1978, 207 Tz. 105 ff. = WuW/E EWG/MUV 425 – Chiquita; Urt. v. 13.2.1979 – 85/76, Slg. 1979, 461 Tz. 50 f. = WuW/E EWG/MUV 447 – Hoffmann-La Roche; vgl. zu § 19 GWB BGHZ 119, 117, 130 – Warenzeichenerwerb; 170, 299 Tz. 21 – National Geographic II).

b) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Marktanteilsberechnung des Beschwerdegerichts. Dieses hat die nach seiner Auffassung zum relevanten Markt zu zählenden Befüllkapazitäten der Tischgeräte, mit denen derzeit noch keine Trinkwasser-Zylinder befüllt werden, für die Berechnung

des Marktanteils außer Acht gelassen. Aufgrund der erheblichen Handarbeit, die der einzelne Befüllvorgang erfordere, verfügten die Tischgeräte im Vergleich zu den Befüllautomaten, mit denen Soda-Club und ihre Wettbewerber die Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte in hoher Stückzahl vollautomatisch befüllten, nur über eine zu vernachlässigende Kapazität. Von den Tischgeräten gehe infolgedessen auch kein relevanter Wettbewerbsdruck auf diejenigen Unternehmen aus, die Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte befüllen.

Die gegen diese Feststellungen gerichtete Rüge geht fehl. Entgegen dem Verständnis der Rechtsbeschwerde bezogen sich die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur Kapazität nicht auf die mit den Tischgeräten tatsächlich vorgenommenen Zylinderbefüllungen für andere Anwendungsbereiche, sondern auf die Kapazität der einzelnen Tischgeräte. Weitere Ermittlungen über die in diesem Bereich erfolgten Befüllungen waren deshalb nicht nötig. Sie waren im Übrigen bereits deshalb entbehrlich, weil der Verhaltensspielraum von Soda-Club im Hinblick auf das praktizierte Mietsystem durch potentielle Konkurrenten nicht in entscheidungsrelevanter Weise eingeschränkt werden kann.

Die vom Bundeskartellamt angestellten Ermittlungen bildeten für die Feststellung des Marktanteils eine taugliche Grundlage. Dem steht entgegen der Rüge der Rechtsbeschwerde nicht entgegen, dass dabei die Umsätze der von der Rechtsbeschwerde im Einzelnen benannten insgesamt 28 Unternehmen nicht ermittelt wurden. Da es sich bei acht Betrieben um reine Tauschbetriebe handelte, die nur leere gegen volle Zylinder tauschten, durfte das Beschwerdegericht mangels weiterer Anhaltspunkte davon ausgehen, dass der Umsatz dieser Betriebe bereits in den vom Amt erfassten Befüllmengen enthalten war. Bei den sechs Betrieben, die angegeben hatten, dass eine Befüllmöglichkeit von der Zylinderart und dem Gewinde abhängig sei, hätte zwar nahe gelegen, dass diese auch Umsätze mit den Befülldienstleistungen für Kohlensäurezylinder erzielen. Unter Hinweis darauf, dass die in Rede stehenden Abfüllbetriebe von keinem der vom Bundeskartellamt befragten

Wettbewerber benannt wurden, hat das Beschwerdegericht aber auch insoweit keinen Anhaltspunkt dafür sehen können, dass es sich bei diesen Unternehmen um marktrelevante Anbieter handelt, die den für Soda-Club festgestellten hohen Marktanteil in Frage stellen können. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass das Beschwerdegericht bei dieser Würdigung maßgeblichen Sachvortrag übersehen hat. Dies gilt auch für die übrigen von Soda-Club im Beschwerdeverfahren genannten Betriebe.

c) Diese Marktstellung auf dem relevanten Markt wird nicht dadurch in entscheidender Weise relativiert, dass die Umsätze von Soda-Club seit dem Jahr 2003 in nicht unerheblichem Maße zurückgegangen sind. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts, das sich auf die Ermittlungen des Bundeskartellamts stützt, ist der Umsatzrückgang darauf zurückzuführen, dass in den letzten Jahren ein hoher Prozentsatz der Nutzer von Besprudelungsgeräten zu den trinkfertigen Mineralwässern der Discounter abgewandert sind. Diese ohne Rechtsfehler festgestellte Verminderung des Marktvolumens belegt lediglich den von den Mineralwasserherstellern ausgehenden Wettbewerbsdruck. Sie lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass Soda-Club durch den Umsatzrückgang Marktanteile an Konkurrenten auf dem Markt für Befülldienstleistungen verloren hat.

Das Beschwerdegericht hat sich mit dem von Soda-Club vorgelegten Diagramm einer GfK-Studie auseinandergesetzt, das einen rückläufigen Marktanteil von Soda-Club belegen soll. Das Beschwerdegericht hat indessen verfahrensfehlerfrei von weiteren Ermittlungen abgesehen, weil ihm die Grundlagen und Modalitäten dieser Erhebung nicht bekannt waren und Soda-Club auf die mangelnde Aussagekraft der Studie hingewiesen worden war. Soweit die Rechtsbeschwerde

geltend macht, dass sich die Grundlagen und Modalitäten der GfK-Erhebungen aus den Erläuterungen einer GfK-Studie vom November 2005 ergäben, verkennt sie, dass das vorgelegte

Diagramm auf einer im Januar 2006 durchgeführten Studie beruht. Mit dem zutreffenden Argument des Beschwerdegerichts, dass sich aus dem Schaubild nur die Zahl der befüllten Zylinder und nicht der Umsatz ergibt, setzt sich die Rechtsbeschwerde nicht auseinander.

Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht dem Umstand, dass Soda-Club im Segment der kleinen CO₂-Zylinder (290 g und 300 g) nur minimale Umsätze erzielt, keine erhebliche Bedeutung für die zur Beurteilung der Marktbeherrschung erforderliche Gesamtbewertung beigemessen. Maßgeblich ist der Gesamtumsatz (vgl. BGHZ 71, 102, 109 – Kfz-Kupplungen). Der Verhaltensspielraum, den Soda-Club auf dem Marktsegment der großen Zylinder (425 g) hat, wird durch die geringen Umsätze im Bereich der kleinen Zylinder nicht entscheidend in Frage gestellt.

4. Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, dass Soda-Club durch die Ausgestaltung ihres Mietzylindersystems die marktbeherrschende Stellung auf dem Befüllmarkt missbraucht, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Wegen der entgegenstehenden Eigentumsrechte von Soda-Club dürfen die Soda-Club Mietzylinder von außerhalb des Soda-Club-Vertriebsnetzes stehenden Händlern und Abfüllunternehmen nicht entgegengenommen und befüllt werden. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs stellt die Befüllung eines Behälters durch einen nicht autorisierten Dritten eine Eigentumsverletzung dar, weil die unbefugte Fremdbefüllung die Sachherrschaft des Eigentümers auch dann beeinträchtigt, wenn ein Tank seiner technischen Bestimmung entsprechend befüllt wird (BGH, Urt. v. 15.9.2003 – II ZR 367/02, NJW 2003, 3702 – Flüssiggastank I; Urt. v. 10.10.2005 – II ZR 323/03, NJW-RR 2006, 270 – Flüssiggastank II). Bei den konkurrierenden Abfüllbetrieben laufen Mietzylinder zum Tausch auf, die nicht befüllt werden dürfen, während umgekehrt Soda-Club durch die eigenen Vertriebshändler zurücklaufende Fremdzylinder gegen befüllte Soda-Club-Mietzylinder tauscht.

b) Das Beschwerdegericht hat in dieser Ausgestaltung des Soda-Club-Mietzylindersystems einen Behinderungsmissbrauch gesehen, weil dieses System auf eine Verdrängung der Wettbewerber auf dem Befüllmarkt ziele, indem die konkurrierenden Abfüllbetriebe systematisch von einer Befüllung der Soda-Club-Mietzylinder ausgeschlossen würden und gleichzeitig der Markt nach und nach mit Soda-Club-Mietzylindern verstopft werde. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ein objektiver Begriff. Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsteilnehmer abweichen (EuGH Slg. 1979, 461 Tz. 91 = WuW/E EWG/MUV 447 – Hoffmann-La Roche; Slg. 1991, I-3359 Tz. 69 = EuZW 1992, 21 – AKZO; vgl. EuG, Urt. v. 23.10.2003 – T-65/98, Slg. 2003, II-4653 Tz. 157 = WuW/E EU-R 765 – Van den Bergh Foods). Art. 82 EG verbietet es einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift. Folglich trägt, auch wenn die Feststellung einer beherrschenden Stellung für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen begründet, dieses Unternehmen unabhängig von den Ursachen für diese Stellung eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (EuGH Slg. 1983, 3461 Tz. 57 = WuW/E EWG/MUV 642 – Michelin; EuG Slg. 2003, II-4653 Tz. 158 = WuW/E EU-R 765 – Van den Bergh Foods; vgl. zu § 19

bb) Die Rechtsbeschwerde stellt nicht in Frage, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, Wettbewerber aus dem Markt der Befülldienstleistungen zu verdrängen. Sie rügt ohne Erfolg, dass das Beschwerdegericht bei der Interessenabwägung dem grundrechtlich geschützten Eigentum (Art. 14 GG) keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat.

Die Eigentumsgarantie steht dem kartellrechtlichen Verbot des Vorgehens gegen Fremdbefüllungen nicht entgegen. Die kartellrechtlich begründete Verpflichtung, Fremdbefüllungen zu dulden, berührt zwar den Schutzbereich der nach Art. 14 GG sowie nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleisteten Eigentumsgarantie (vgl. BGH NJW 2003, 3702; NJW-RR 2006, 270 Tz. 5). Die Ausübung des Eigentumsrechts darf jedoch mittels des Kartellrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern sie nicht unangemessen sind und das Eigentum nicht in seinem Wesensgehalt antasten (zu Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK EuGH, Urt. v. 13.12.1979 – 44/79, Slg. 1979, 3727 Tz. 23 = NJW 1980, 505 – Hauer; EuG, Slg. 2003, II-4653 Tz. 170 = WuW/E EU-R 765 – Van den Bergh Foods; zur Eigentumsgarantie des Grundgesetzes vgl. Art. 19 Abs. 2 GG; ferner BGHZ 128, 17, 37 – Gasdurchleitung). So stellt eine kartellrechtliche Verpflichtung eines marktbeherrschenden Herstellers, einen Abnehmer zu beliefern (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 32 GWB Rdn. 22 und § 33 GWB Rdn. 59 u. 89 m.w.N.), einen verfassungsrechtlich unbedenklichen Eingriff in das Eigentumsrecht dar. Das vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verbot, gegen Fremdbefüllungen vorzugehen, stellt keinen Eingriff in den Wesensgehalt des Grundrechts dar. Das Verbot schließt keineswegs jede sinnvolle Art der Vermarktung der Kohlendioxidzylinder aus (vgl. EuGH, Urt. v. 12.5.2005 – C-347/03, Slg. 2005, I-3785 Tz. 122 = GRUR 2006, 66 – ERSA; EuG Slg. 2003, II-4653 Tz. 171 = WuW/E EU-R 765 – Van den

Bergh Foods). Es steht Soda-Club frei, die Zylinder – wie die Wettbewerber – im Rahmen eines Tauschsystems zu vertreiben. Auch ein Mietsystem ist denkbar, solange Soda-Club eine Wiederbefüllung der Zylinder durch Dritte zulässt.

Das ausgesprochene Verbot hat freilich die Wirkung, dass Soda-Club nicht nur Fremdbefüllungen hinnehmen, sondern auch dulden muss, dass das fremde Befüllunternehmen die Zylinder im Zuge der Fremdbefüllung mit einem neuen, auf sich hinweisenden Etikett versieht, um auf diese Weise eine Markenverletzung auszuschließen (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2004 – I ZR 44/02, GRUR 2005, 162 = WRP 2005, 222 – SodaStream). Dies bedeutet indessen nicht, dass Soda-Club das Eigentum an den Zylindern notwendigerweise durch gutgläubigen Erwerb derjenigen Kunden verliert, die einen solchen neu etikettierten (befüllten) Zylinder im Tausch gegen einen leeren Zylinder erhalten. Dem gutgläubigen Erwerb kann Soda-Club dadurch entgegenwirken, dass auf dem Zylinder in dem Bereich, der nicht vom Etikett bedeckt wird, ein Eigentumshinweis angebracht wird. Sollte dies auf Schwierigkeiten stoßen, kann Soda-Club als Eigentümer der Zylinder verlangen, dass der Fremdbefüller auf dem neuen Etikett einen Hinweis darauf anbringt, dass der Zylinder im Eigentum von Soda-Club steht. Denn auch wenn Dritten die Befüllung der Soda-Club-Zylinder sowie die Anbringung eines neuen Etiketts gestattet ist, muss dieser Eingriff in das Eigentumsrecht doch auf eine möglichst schonende, das Eigentum von Soda-Club nicht gefährdende Weise erfolgen (vgl. zum Eigentum an gekennzeichneten Pfandflaschen BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 233/05, NJW 2007, 2913, zur Veröffentlichung in BGHZ 173, 159 vorgesehen).

Die mit der Wiederbefüllung verbundene Beeinträchtigung des Eigentums hat Soda-Club hinzunehmen. Wettbewerbsinteressen können im Rahmen des Art. 82 EG auch Einschränkungen des Eigentums rechtfertigen, wenn die Ausübung des aus dem Eigentum fließenden Ausschließlichkeitsrechts missbräuchlich ist (vgl. zu Immaterialgüterrechten EuGH, Urt. v. 5.10.1988 –

238/87, Slg. 1988, 6211 Tz. 8 f. = GRUR Int. 1990, 141 – Volvo/Veng; Urt. v. 6.4.1995 – C-241/91 P u. C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Tz. 50 = GRUR Int. 1995, 490 – Magill; Urt. v. 26.11.1998 – C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Tz. 39 = WuW/E EU-R 127 – Bronner; Urt. v. 29.4.2004 – C-418/01, Slg. 2004, I-5039 Tz. 35 = WuW/E EU-R 804 – IMS Health). Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler einen solchen Missbrauch bejaht. Es ist missbräuchlich, wenn Soda-Club das Eigentum an den Zylindern einsetzt, um sich gegenüber dem Kunden und gegenüber Wettbewerbern das ausschließliche Recht zur Befüllung vorzubehalten. Denn dieser Vorbehalt führt nicht nur dazu, dass die Wettbewerber von der Befüllung von Soda-Club-Zylindern ausgeschlossen werden, während Soda-Club die CO₂-Zylinder der Konkurrenz entgegennimmt und gegen befüllte Soda-Club-Zylinder tauscht. Der Vorbehalt hat auch die Wirkung, dass auf Kosten der Wettbewerber immer mehr Soda-Club-Zylinder in Umlauf geraten und die anderen Befüllunternehmen aus dem Markt gedrängt werden.

cc) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, dass die Vermietung von Gaszylindern in Deutschland seit 1998 eine übliche Praxis im Wiederbefüllungsgeschäft ist. Es liegt im Wesen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, dass dem Normadressaten ein Verhalten untersagt wird, das – im Falle eines anderen Unternehmens – unbedenklich wäre (EuG Slg. 2003, II-4653 Tz. 159 = WuW/E EU-R 765 – Van den Bergh Foods; zu § 19 GWB BGHZ 128, 17, 37 – Gasdurchleitung).

dd) Auch die Sicherheitserwägungen, auf die sich die Rechtsbeschwerde beruft, können das von Soda-Club praktizierte System mit der ausschließlichen Befüllberechtigung nicht rechtfertigen. Wie das Beschwerdegericht im Einzelnen ausgeführt hat, lässt sich weder den Bestimmungen der Richtlinie 1999/36/EG des Rates vom 29. April 1999 über ortsbewegliche Druckgeräte (ABl. EG L 138, S. 20) noch den Regelungen der Verordnung über ortsbewegliche Druckgeräte vom 17. Dezember 2004 (OrtsDruckV, BGBl. I 2004, 3711) und der

Verordnung (EG) Nr. 1935/2004 vom 27. Oktober 2004 über Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen, eine Notwendigkeit entnehmen, Kohlendioxidzylinder stets in der Weise in Verkehr zu bringen, dass dem Hersteller die Wiederbefüllung vorbehalten bleibt. Auch die Rechtsbeschwerde geht nicht davon aus, dass ein Inverkehrbringen und Handel mit CO₂-Zylindern durch diese Bestimmungen untersagt wären. Die Pflichten, die dort dem Eigentümer oder Besitzer auferlegt werden, müssen vom Endverbraucher unabhängig davon beachtet werden, ob er den Zylinder als Mieter oder zu Eigentum überlassen bekommen hat.

ee) Die von Soda-Club praktizierte Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt ist kartellrechtlich nicht deshalb hinnehmbar, weil das Unternehmen beim Vertrieb seiner Besprudelungsgeräte einem scharfen Wettbewerb durch die Mineralwasserhersteller ausgesetzt ist und sein Starterset nicht mehr zu kostendeckenden Preisen verkaufen kann. Da das Beschwerdegericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist davon auszugehen, dass diese Verluste nur bei einer Exklusivität des Wiederbefüllungsgeschäfts ausgeglichen werden können. Zwar ist es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verwehrt, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese bedroht sind (EuG, Urt. v. 30.1.2007 – T-340/03, WuW/E EU-R 1224 Tz. 185 – France Télécom). Jedoch darf es dabei nicht – wie vorliegend – zu Mitteln greifen, die dem Leistungswettbewerb widersprechen (EuGH Slg. 1991, I-3359 Tz. 69 = EuZW 1992, 21 – AKZO; EuG WuW/E EU-R 1224 Tz. 185 – France Télécom) bzw. die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts zuwiderlaufen (vgl. zu § 19 GWB BGHZ 156, 379, 389 – Strom und Telefon II).

5. Das beanstandete Verhalten ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Es liegt auf der Hand, dass das Mietzylindersystem von Soda-Club bewirkt, dass potentielle Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten vom Marktzutritt abgeschreckt werden. Das

Mietzylindersystem hat dieselbe Wirkung wie bundesweit geltende Vertriebsvereinbarungen (vgl. dazu EuG Slg. 2003, II-4653 = WuW/E EU-R 765 Tz. 118 – Van den Bergh Foods) und kann zu einer erheblichen Marktabstottung beitragen. Der Markteintritt von ds-produkte mit 425-g-Zylindern zeigt, dass grundsätzlich Interesse an dem Markt besteht; insoweit unterscheidet sich der Streitfall von dem Sachverhalt, der der Entscheidung in der Sache Hugin zugrunde lag (EuGH, Urt. v. 31.5.1979 – 22/78, Slg. 1979, 1869 Tz. 23 = WuW/E EWG/MUV 471).

IV.

Aus den dargelegten Gründen verstößt die Ausgestaltung des Mietzylindersystems auch gegen das Behinderungsverbot des § 19 Abs. 1 i.V. mit Abs. 4 Nr. 1 GWB.

V.

Die Missbrauchsverfügung genügt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch hinsichtlich Ziffer 1 ihres Tenors den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von Verwaltungsakten, die auch für Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB gelten (§ 37 VwVfG; BGHZ 128, 17, 24 – Gasdurchleitung; 129, 37, 40 – Weiterverteiler; BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – KVR 17/97, WuW/E DE-R 195, 196 – Beanstandung durch Apothekerkammer). Für die Bestimmung des Inhalts einer kartellbehördlichen Verfügung sind die Grundsätze maßgeblich, die allgemein für Verwaltungsakte gelten. Es ist danach nicht erforderlich, dass der Inhalt der Regelung im Entscheidungssatz so zusammengefasst ist, dass er alle Punkte aus sich heraus verständlich darstellt. Es genügt vielmehr, dass sich der Regelungsgehalt aus der Verfügung insgesamt ergibt, insbesondere aus der von der Behörde gegebenen Begründung. Angesichts der Möglichkeit der Ahndung von Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeit, die im vorliegenden Fall aus § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB folgt, muss aber jedermann voraussehen können, welches Handeln mit staatlichen Sanktionen

bedroht ist, um sein Verhalten entsprechend einrichten zu können (vgl. BGH, Beschl. v. 20.3.1984 – KVR 12/83, WuW/E 2073, 2074 – Kaufmarkt; BGHZ 110, 371, 377 – Sportübertragungen; 128, 17, 24 – Gasdurchleitung). Das ist hier der Fall. Wie sich aus der Begründung der angefochtenen Untersagungsverfügung ergibt (Tz. 121), enthält Ziffer 1 des Tenors die Feststellung, dass Soda-Club beim Vertrieb der Zylinder gegen § 19 GWB und Art. 82 EG verstößt, solange sie diese als Mietzylinder vertreibt und zugleich Dritte an der Befüllung dieser Mietzylinder hindert.

VI.

Das Bundeskartellamt war nach § 32 Abs. 2 GWB berechtigt, Soda-Club alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Ziffer 4 der Abstellungsverfügung hält sich in diesem rechtlichen Rahmen. Das von Soda-Club als mildere Maßnahme ins Feld geführte Gebot, sämtliche Mietzylinder von dem Verbraucher gegen Erstattung der vollen Mietvorauszahlung und ohne Vorlage der Quittung zurückzunehmen und sämtlichen Wettbewerbern zu gestatten, die Soda-Club-Zylinder an Soda-Club zurückzuführen, lässt – wie das

Beschwerdegericht zu Recht ausführt – bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Verbots der Fremdbefüllung die praktizierte Behinderung insbesondere von solchen Befüllunternehmen fortbestehen, die nicht über genügend Tauschzylinder verfügen. Die Marktabschottung bliebe hinsichtlich der Verbraucher bestehen, die weiterhin im Besitz eines Mietzylinders bleiben.

VII.

Die Rechtsbeschwerde hat auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen den Feststellungsausspruch in Ziffer 2 und 3 der Verfügung des Bundeskartellamts wendet. Das Beschwerdegericht hat die darin enthaltenen Feststellungen, dass

Drittunternehmen die Soda-Club-Mietzylinder befüllen und in den Verkehr bringen und dass Endverbraucher das Abfüllunternehmen frei wählen dürfen, für zwingend erforderlich gehalten, um den Soda-Club zur Last gelegten Kartellverstoß abzustellen. Es hat angenommen, dass eine zusätzliche Beschwer mit diesen Feststellungen für das Unternehmen nicht verbunden sei, weil ein entsprechendes an Soda-Club gerichtetes Verbot der Verhinderung derartiger Verhaltensweisen ohne weiteres zulässig wäre. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ungeachtet der Formulierung („Unternehmen ... dürfen ...“ sowie „Endverbraucher dürfen ...“) stellt die Untersagungsverfügung in Ziffer 2 und 3 keine Rechte Dritter fest. Vielmehr geht es auch in diesen beiden Punkten allein darum, den Verstoß der Betroffenen festzustellen. Nach § 32 GWB kann eine Abstellungsverfügung in Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 eine solche Feststellung des Verstoßes enthalten (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 32 GWB Rdn. 20). Nach zutreffendem Verständnis hat das Bundeskartellamt in Ziffer 2 und 3 der Abstellungsverfügung lediglich den Verstoß festgestellt, der darin liegt, dass Soda-Club Unternehmen die Wiederbefüllung untersagt und Endverbrauchern gegenüber beansprucht hat, dass die Wiederbefüllung allein über einen Vertriebspartner zulässig sei.

VIII.

Die Rechtsbeschwerde hat schließlich hinsichtlich der im Beschlussausspruch zu Ziffer 5 lit. b verfügten Verpflichtung von Soda-Club nur in geringem Umfang Erfolg. Mit dieser Bestimmung wird Soda-Club aufgegeben, auf der Banderolenaufschrift ihrer Mietzylinder in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar den Hinweis aufzubringen, dass dieser Zylinder und alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes nicht nur von Soda-Club, sondern – unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften – auch von anderen

Abfüllunternehmen befüllt werden dürfen. Die Belastungen, die dem Unternehmen damit auferlegt werden, überschreiten nicht die Grenzen dessen, was zur Wiederherstellung des legalen Zustandes angemessen und erforderlich ist. Nach § 32 Abs. 2 GWB kann die Kartellbehörde den Adressaten der Abstellungsverfügung alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Im Streitfall ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des gesamten Umlaufbestandes der Soda-Club-Zylinder weiterhin der Eindruck erweckt wird, nur Soda-Club bzw. nur die Vertriebspartner von Soda-Club seien zur Wiederbefüllung der Zylinder berechtigt. Mit der in Ziffer 5 lit. b enthaltenen Verpflichtung, die sich – wie dem Gesamtzusammenhang der ursprünglichen Verfügung mit hinreichender Klarheit zu entnehmen ist – auf diejenigen Zylinder bezieht, die von Soda-Club befüllt wieder in den Umlauf gegeben werden, ist es möglich, dem unzutreffenden Eindruck entgegenzuwirken, der durch die bislang verwendeten Banderolen erweckt wird. Dass dabei Neukunden, die ein Besprudelungsset von Soda-Club erwerben, ausdrücklich auf die Möglichkeit der Wiederbefüllung durch Dritte hingewiesen werden, ist hinzunehmen.

Allerdings enthält die Abstellungsverfügung in diesem Punkt keine zeitliche Beschränkung. Dies erscheint unangemessen. Denn es ist zu erwarten, dass die Endverbraucher nach einer gewissen Zeit aufgrund des in Rede stehenden Hinweises auf neuen Zylindern sowie aufgrund der Berichterstattung über dieses Verfahren Kenntnis davon haben werden, dass eine Verpflichtung, die Zylinder nur durch Soda-Club oder ein Vertragsunternehmen befüllen zu lassen, nicht besteht. Daher ist die Rechtsbeschwerde insoweit mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Verpflichtung nach Ziffer 5 lit. b für die Dauer von drei Jahren ab Rechtskraft dieses Beschlusses besteht.

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.03.2007 – VI-Kart 5/06 (V)

–