Dr. Winfried F. Schmitz, M.C.J. (NYU)*/ **David E. F. Slopek****
Düsseldorf

Räumliche Marktabgrenzung in der formellen Fusionskontrolle

Zugleich eine Anmerkung zum BGH-Beschluss „Sulzer/Kelmix“ (KVR 19/07)

INHALT

A. Einleitung
B. Die bisherige Rechtsprechung des BGH
I. Der BGH-Beschluss „Backofenmarkt“
1. Kernaussagen und tragende Gründe
2. Bewertung in der Literatur
3. Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis des BKartA
II. Der BGH-Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt“
1. Kernaussagen und tragende Gründe
2. Bewertung in der Literatur
3. Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis des BKartA
C. Der BGH-Beschluss „Sulzer/Kelmix“
I. Sachverhalt und Verfahrensgang
II. Kernaussagen
III. Kritische Würdigung der tragenden Gründe
1. Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel
2. Gesetzgebungsgeschichte
3. Wortlaut und Systematik
4. Zusammenfassung
D. Fazit

A. Einleitung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in dem mit Spannung erwarteten[1] Beschluss „Sulzer/Kelmix“[2] erstmalig zur Marktabgrenzung im Rahmen des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB Stellung genommen. Diese sogenannte Bagatellmarktklausel besagt, dass die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle keine Anwendung finden, soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden. Ist der Tatbestand des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB erfüllt, ist das BKartA nicht mehr befugt, die materiellen Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle anzuwenden und einen Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB wegen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu untersagen. Da die starre Grenze von 15 Mio. Euro Umsatz vorgegeben ist, kommt es entscheidend darauf an, auf welchen sachlich und räumlich relevanten Markt sich diese Schwelle beziehen soll. Je kleiner der Markt, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Umsatzschwelle nicht überschritten und der Zusammenschluss der Kontrolle durch das BKartA entzogen wird. Dies spart den Zusammenschlussbeteiligten nicht nur Zeit und Geld[3], sondern ermöglicht teilweise überhaupt erst Zusammenschlüsse, die ansonsten durch das BKartA verboten oder jedenfalls nur unter zuweilen weitreichenden Auflagen genehmigt werden würden. In Anbetracht der insofern großen praktischen Bedeutung der Bagatellmarktklausel verwundert es kaum, dass die Frage der räumlichen Marktabgrenzung in Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung hierzu bisher höchst umstritten war. Von der herrschenden Ansicht wurde angenommen, dass nur die im Inland erzielten Umsätze zu beachten seien (normative Marktabgrenzung), wohingegen die Gegenansicht grundsätzlich auch im Ausland erzielte Umsätze auf dem betroffenen Markt hinzurechnete (ökonomische Marktabgrenzung).[4] Der BGH hat mit seinem Beschluss „Sulzer/Kelmix“ den Streit nun dahingehend entschieden, dass für die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB lediglich auf die im Inland erzielten Umsätze abzustellen ist. Damit widerspricht der BGH insbesondere dem Bundeskartellamt (BKartA), das im Rahmen der formellen Fusionskontrolle den Markt bisher im gegenteiligen Sinne abgegrenzt hat. In der Tagespresse wurde bereits über den Beschluss berichtet und positiv angemerkt, dass die mit ihm einhergehende Beschränkung der Kontrollbefugnisse des BKartA dazu führen wird, dass kleine Fusionen in Zukunft billiger und schneller werden.[5] Der vorliegende Artikel hat sich zum Ziel gesetzt, den Beschluss „Sulzer/Kelmix“ ausgehend von einer Einordnung in die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Marktabgrenzung in der Zusammenschlusskontrolle kritisch zu würdigen.

B. Die bisherige Rechtsprechung des BGH

Der Beschluss „Sulzer/Kelmix“ ist nach den beiden Beschlüssen „Backofenmarkt“[6] und „Staubsaugerbeutelmarkt“[7] die

* *Dr. Winfried F. Schmitz* ist Partner bei Buse Heberer Fromm, Düsseldorf, und Lehrbeauftragter der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.
** *David E.F. Slopek* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Buse Heberer Fromm, Düsseldorf.

1) Vgl. *Emmerich*, AG 2007, 517, 522.
2) BGH, Beschl. v. 25. September 2007 – KVR 19/07; BGHZ 174, 12 = WRP 2008, 118; hierzu bereits *Herrlinger*, BB 2008, 188; *Podszun*, GRUR Int. 2008, 204; *Lange*, WuB V A § 35 GWB 1.08.
3) *Burholt*, WuW 2005, 889, 890 weist ebenfalls auf steigende Transaktionskosten und zeitliche Verzögerungen des Zusammenschlussvorhabens hin, die durch eine ökonomische Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel hervorgerufen werden würden.
4) Für eine normative Marktabgrenzung: *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, § 35, Rdn. 16; *Bechtold*, GWB, 5. Auflage, 2008, § 35, Rdn. 35; *Beninca*, WuW 2005, 43, 48; *Burholt*, WuW 2005, 889, 892 f.; *Hartog/Noack*, WRP 2005, 1396, 1400; *Kahlenberg/Haellmigk*, BB 2005, 1509, 1511. Für eine ökonomische Marktabgrenzung: *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Bd. 1, 10. Auflage, 2006, § 35, Rdn. 24; *Westermann/Bergmann*, ZWeR 2006, 216, 231 f.
5) FAZ-Artikel vom 06. Dezember 2007, S. 13.
6) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107 – Backofenmarkt.
7) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321 – Staubsaugerbeutelmarkt.

dritte zentrale Entscheidung, die der BGH zur räumlichen Marktabgrenzung innerhalb der Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 bis 43 GWB) getroffen hat. Für eine genaue Einordnung des jüngsten Beschlusses in die bisherige Rechtsprechung ist es wichtig, präzise zwischen formeller und materieller Zusammenschlusskontrolle zu unterscheiden. Die formelle Zusammenschlusskontrolle betrifft die Frage, ob ein Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB überhaupt in den Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle fällt. Das ist dann der Fall, wenn die in § 35 GWB angegebenen und nach § 38 GWB zu berechnenden Schwellenwerte überschritten sind. Nach § 35 Abs. 1 GWB finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro und (kumulativ) mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt hat. § 35 Abs. 2 GWB enthält demgegenüber zwei Ausnahmen. Demnach finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle trotz Überschreiten der beiden in § 35 Abs. 1 GWB genannten Umsatzschwellen keine Anwendung, soweit sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Mio. Euro erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt oder (alternativ) soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden. Die zweite Ausnahme (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB) wird als Bagatellmarktklausel bezeichnet. Die materielle Fusionskontrolle betrifft demgegenüber die Frage, ob ein in den Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle fallendes Vorhaben genehmigungsfähig ist. Dem liegt der weithin bekannte Maßstab des § 36 Abs. 1 GWB zu Grunde, wonach ein Zusammenschluss zu untersagen ist, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

I. Der BGH-Beschluss „Backofenmarkt“

Die erste Entscheidung, in der der BGH dezidiert zur räumlichen Marktabgrenzung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Stellung genommen hat, war der Beschluss „Backofenmarkt“ vom 24. Oktober 1995.[8] Dabei äußerte sich der BGH allgemein zur räumlichen Marktabgrenzung innerhalb der Zusammenschlusskontrolle; eine gesonderte Betrachtung der formellen Zusammenschlusskontrolle fand nicht statt.

1. Kernaussagen und tragende Gründe

Nachdem der BGH die Frage in früheren Entscheidungen noch offen gelassen hat[9], entschied er in seinem Beschluss „Backofenmarkt“, dass der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle allenfalls so groß sein kann wie das Bundesgebiet.[10] Ausländischen Sachverhalten kam dabei trotz normativer Marktabgrenzung insofern Bedeutung zu, als dass sie in die Betrachtung miteinzubeziehen sein sollten, soweit sie auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Inland Einfluss haben.[11] Die grundsätzlich normative Auslegung des Marktbegriffs im Sinne der Zusammenschlusskontrolle stützte der BGH im Wesentlichen auf drei Gründe: Zunächst argumentierte er mit Sinn und Zweck des GWB. Dieser beschränke sich darauf, den Wettbewerb auf den inländischen Markt zu schützen. Dieser allgemeine Gesetzeszweck beschränkt auch den Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 GWB a.F. (heute § 36 Abs. 1 GWB), wonach ein Zusammenschluss zu untersagen ist, wenn er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Hieraus folgerte der BGH, dass damit zugleich der räumlich relevante Markt, auf dem die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden soll, normativ auf den Geltungsbereich des GWB begrenzt wird.[12] Ferner argumentierte der BGH auch mit rein praktischen Gesichtspunkten und führte aus, dass die Ermittlungsbefugnisse des BKartA im Ausland eng begrenzt seien.[13] Schließlich verwies der BGH auch auf den Wortlaut der in § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 GWB a.F. (heute § 39 Abs. 3 Nr. 4 GWB) normierten Anzeigepflicht. Dieser stellt ausdrücklich auf die inländischen Marktanteile ab, worin der BGH einen Hinweis darauf sah, dass es auch für die marktbeherrschende Stellung gemäß § 24 Abs. 1 GWB a.F. allein auf den inländischen Markt ankommen müsse.[14]

2. Bewertung in der Literatur

Indem der BGH entschied, dass der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle normativ auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt ist, bezog er Stellung in einer kontrovers geführten Diskussion.[15] Dabei stieß die „Backofenmarkt“-Entscheidung verbreitet auf Ablehnung.[16] Kritisiert wurde vor allem, dass der vom GWB verfolgte Schutz des inländischen Wettbewerbs kaum zu begründen vermag, warum der Markt normativ auf das Inland begrenzt werden soll. Der BGH habe bei seiner Argumentation die „ökonomische Wirklichkeit ausgeblendet“[17], nach der der räumlich relevante Markt nicht an den Grenzen Deutschlands endet. Gegen eine normative Begrenzung des Marktes und für eine ökonomische Betrachtung spreche, dass eine marktbeherrschende Stellung in einem Gesamtmarkt (Europa) zugleich eine marktbeherrschende Stellung in jedem Teilgebiet (Deutschland) begrün-

8) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94; BGHZ 131, 107 – Backofenmarkt.
9) BGH, Beschl. v. 10. Dezember 1991 – KVR 2/90, WuW/E BGH 2731, 2734 – Inlandstochter.
10) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 112 ff.– Backofenmarkt.
11) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 114 f. – Backofenmarkt.
12) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 113 – Backofenmarkt.
13) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 114 – Backofenmarkt.
14) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 114 – Backofenmarkt.
15) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 112 f. – Backofenmarkt, mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand.
16) *Brinker*, WiB 1996, 134 f.; *Dreher*, JZ 1996, 1025, 1027 f.; *Mäger*, BB 2001, 1105 ff.; *Lange*, BB 1996, 1997, 1999 ff.; *Paschke*, ZHR 160 [1996], 673 ff.; Schütz, WuW 1996, 286 ff.
17) So *Beninca*, WuW 2005, 43, 45, der die Schlüssigkeit dieser Begründung auch unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten verneint.

det.[18] Auch im Übrigen vermochten die vom BGH angeführten Argumente kaum zu überzeugen. Gegen das Argument der Ermittlungsschwierigkeiten wurde angeführt, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen aufgrund der Kommunikation mit dem BKartA einen sehr genauen Überblick darüber haben, welche Informationen von ihnen benötigt werden und sie insofern nicht nur ein großes Interesse, sondern insbesondere auch die Möglichkeiten haben, die benötigten Informationen zu besorgen.[19] Auch das Wortlautargument griff zu kurz, verkannte es doch, dass die Vorschrift keinen Hinweis auf den räumlich relevanten Markt enthielt und dass bei ihr dem Grundsatz der Praktikabilität eine besondere Bedeutung zukommt.[20]

3. Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis des BKartA

Hinsichtlich der Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis des BKartA bezüglich der räumlichen Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel ist zu beachten, dass der BGH im Leitsatz zwar allgemein vom Marktbegriff im Sinne der Zusammenschlusskontrolle sprach, in der Begründung aber nur auf den Marktbegriff im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle abstellte. Auf die Marktabgrenzung im Rahmen der formellen Zusammenschlusskontrolle ging der BGH nicht ausdrücklich ein.

Gleichwohl stellte das BKartA in der Folge unter Verweis auf die „Backofenmarkt"-Entscheidung fest, dass „der für die Feststellung der Voraussetzungen für die formale und materielle Anwendung des GWB relevante räumliche Markt allenfalls so groß wie das Bundesgebiet [ist]"[21]. Anders als die normative Marktabgrenzung im Rahmen der materiellen Zusammenschlusskontrolle, stieß die vom BKartA vorgenommene normative Marktabgrenzung im Rahmen der formellen Zusammenschlusskontrolle weder bei den betroffenen Unternehmen, noch in der Rechtsprechung oder der Literatur auf Kritik.[22] An dieser Entscheidungspraxis änderte das BKartA auch nach dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle[23] nichts. Zwar ergänzte der Gesetzgeber § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB dahingehend, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung auch der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen zu berücksichtigen ist. Hierdurch sollte klargestellt werden, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle die Verhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt berücksichtigt werden müssen.[24] Indes hat das BKartA die beabsichtigte Klarstellung der Rechtslage für die materielle Zusammenschlusskontrolle nicht auf die formelle Zusammenschlusskontrolle erstreckt. Stattdessen hat das BKartA auch nach dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle in dem Beschluss „Krautkrämer/Nutronik"[25] daran festgehalten, dass der für die Bagatellmarktklausel maßgebliche räumliche Markt normativ auf das Inland begrenzt sei. Zur Begründung hat das BKartA insbesondere auf Sinn und Zweck des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB verwiesen. Dieser liegt ausweislich der Gesetzesbegründung darin, Unternehmenszusammenschlüsse, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, von der Zusammenschlusskontrolle auszunehmen.[26] Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung eines Marktes konnte sich aber nach damaliger Ansicht des BKartA nur aus den im Inland realisierten Umsätzen ergeben.[27]

II. Der BGH-Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt"

Die zweite wesentliche Entscheidung zur räumlichen Marktabgrenzung innerhalb der Zusammenschlusskontrolle war der Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" vom 05. Oktober 2004.[28] Wie schon zuvor im Beschluss „Backofenmarkt" äußerte sich der BGH auch hier allgemein zum Marktbegriff im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, ohne gesondert auf einen etwaigen abweichenden Marktbegriff im Rahmen der formellen Zusammenschlusskontrolle einzugehen.[29]

1. Kernaussagen und tragende Gründe

Die viel kritisierte Rechtsauffassung, die der BGH im Beschluss „Backofenmarkt" vertreten hat, gab der Kartellsenat mit seinem Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" vollständig auf. Dabei stellte er fest, dass der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle gerade nicht normativ auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt, sondern allein nach ökonomischen Kriterien abzugrenzen ist.

Zur Begründung führte der BGH im Wesentlichen drei Argumente an: Zunächst stellte der BGH fest, dass sich aus §§ 130 Abs. 2, 36 Abs. 1 GWB keine Notwendigkeit ergibt, den räumlich relevanten Markt normativ zu begrenzen.[30] Die Begrenzung diente dazu, den räumlich relevanten Markt mit dem Gebiet in Deckung zu bringen, in dem die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu prüfen war. Dabei wurde aber außer Acht gelassen, dass die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung in einem Markt, der über die Grenzen eines Landes hinausgeht, stets zu einer marktbeherrschenden Stellung in jedem räumlichen Teilbereich dieses Marktes führt.[31] Auch das Argument der beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten des BKartA im Ausland wurde – wenn auch etwas halbherzig – aufgegeben. So verwies der BGH nicht nur auf die durch die europäische Integration abnehmenden Schwierigkeiten in diesem Bereich, sondern insbesondere auch darauf, dass das BKartA ohnehin gehalten ist, den aktuellen

18) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 330 – Staubsaugerbeutelmarkt.
19) *Beninca*, WuW 2005, 43, 45 unter Verweis auf *Schütz*, WuW 1996, 286, 290 f.
20) *Beninca*, WuW 2005, 43, 45 f. unter Verweis auf *Lange*, BB 1996, 1997, 2000.
21) BKartA, Freigabe-Beschl. v. 09. Dezember 1999 – B4-33206-U-106/99, WuW/E DE-V 203, 207 – Krautkrämer/Nutronik.
22) *Burholt*, WuW 2005, 889, 890.
23) Gesetz vom 26. August 1998, BGBl. I, S. 2521.
24) Begr. RegE. 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 36.
25) BKartA, Freigabe-Beschl. v. 09. Dezember 1999 – B4-33206-U-106/99, WuW/E DE-V 203 ff. – Krautkrämer/Nutronik.
26) Begr. RegE. 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. 6/2520, S. 32.
27) BKartA, Freigabe-Beschl. v. 09. Dezember 1999 – B4-33206-U-106/99, WuW/E DE-V 203, 204 – Krautkrämer/Nutronik.
28) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321 – Staubsaugerbeutelmarkt.
29) So jedenfalls im Leitsatz, vgl. BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321 – Staubsaugerbeutelmarkt.
30) So schon *Pfeffer*, WuW 1986, 853, 855.
31) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 330 – Staubsaugerbeutelmarkt.

oder potentiellen Wettbewerb aus dem Ausland zu ermitteln. Ob dies im Rahmen der Marktabgrenzung oder bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung (vgl. § 36 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) geschehe, mache letztlich keinen Unterschied.[32] Schließlich verwies der BGH auf die Gesetzesbegründung zur Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB um das Kriterium „des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen". Dort heißt es, dass klargestellt werden sollte, „dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle die Wettbewerbsverhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt berücksichtigt werden müssen"[33].

2. Bewertung in der Literatur

Wie schon bei der „Backofenmarkt"-Entscheidung sprach der BGH im Leitsatz allgemein vom Marktbegriff im Sinne der Zusammenschlusskontrolle, stellte in der Begründung aber ausschließlich auf die materielle Zusammenschlusskontrolle ab.[34] Insofern warf die „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung die Frage auf, ob der Wechsel weg von der normativen und hin zur ökonomischen Marktabgrenzung auch im Rahmen der formellen Zusammenschlusskontrolle gelten soll.

Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass der Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" keine Auswirkungen auf den Marktbegriff im Rahmen der formellen Fusionskontrolle habe. Ungeachtet der ökonomischen Marktabgrenzung innerhalb der materiellen Zusammenschlusskontrolle, müsse der Markt innerhalb der formellen Zusammenschlusskontrolle nach wie vor normativ auf das Inland beschränkt werden.[35] Zurückhaltender positionierten sich andere, indem sie davon ausgingen, dass der Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" das BKartA keineswegs zwinge, den rein ökonomischen Marktbegriff über die materiellen Vorschriften zur räumlichen Marktabgrenzung hinaus auch auf die Bagatellmarktklausel zu übertragen, und deshalb zu hoffen sei, dass das BKartA an seiner bisherigen Entscheidungspraxis festhalten und auch zukünftig im Rahmen der Bagatellmarktklausel nur die im Geltungsbereich des GWB erzielten Umsätze berücksichtigen wird.[36] Schließlich gibt es auch Stimmen in der Literatur, die (allerdings auch schon vor und/oder unabhängig von der „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung) annehmen, dass im Rahmen der Bagatellmarktklausel auf das Volumen des ggf. grenzüberschreitend abzugrenzenden relevanten Marktes abzustellen ist.[37] Das Spektrum an Meinungen dokumentiert die Unsicherheit, die die „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung hinsichtlich der Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel, also der formellen Fusionskontrolle, hervorrief.

3. Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis des BKartA

Die „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung des BGH führte nicht nur zu einer akademischen Debatte, sondern insbesondere auch dazu, dass das BKartA seine bisherige Entscheidungspraxis im Lichte des jüngsten Beschlusses überdachte. Nachdem der BGH-Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" ergangen war, hatte das BKartA über einen geplanten Zusammenschluss zwischen zwei auf dem Oral Care-Markt tätigen Chemieunternehmen zu entscheiden. Mit dem Beschluss „DuPont/Pedex" vom 15. März 2006 untersagte das BKartA den Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB wegen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem europaweiten Markt. Zur Begründung führte es aus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein möglicherweise über Deutschland hinausreichender räumlich relevanter Markt auch bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel zugrunde zu legen sei.[38] Die Anmelder haben zwar vorgetragen, dass das Volumen des gesamten inländischen Oral Care-Marktes weniger als 15 Mio. Euro betrage. Bei normativer Auslegung des Marktbegriffs hätte der Umsatz damit unter der Schwelle des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB gelegen. Allerdings rückte das BKartA von seiner bisherigen Entscheidungspraxis ab und legte die Bagatellmarktklausel dahingehend aus, dass der räumlich relevante Markt allein nach ökonomischen Kriterien abzugrenzen sei und eine normative Beschränkung auf das Inland, wie sie noch die „Backofenmarkt"-Entscheidung des BGH nahe legte, nicht mehr stattfindet.[39] Dieser Auslegung lag die Annahme zugrunde, dass „wegen der geänderten Rechtsprechung des BGH[40] sowie der mit der 7. GWB-Novelle neu in das Gesetz eingefügten Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB von dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Marktbegriffs des GWB auszugehen ist"[41]. Nach Auffassung des BKartA wirkt sich der Beschluss „Staubsaugerbeutelmarkt" nicht nur auf die materielle Zusammenschlusskontrolle aus, sondern aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Marktbegriffs auch auf die Auslegung der formellen Zusammenschlusskontrolle nach § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB. Aus diesem Grund sei der Markt im Sinne des GWB einheitlich alleine nach ökonomischen Kriterien abzugrenzen.

Die dahingehende Auslegung der Bagatellmarktklausel solle insbesondere auch dem gesetzgeberischen Willen entsprechen. So verweist das BKartA ausdrücklich auf die Einfügung des § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB im Rahmen der 7. GWB-Novelle und vertritt die Auffassung, dass die Gesetzesbegründung und die Entste-

32) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 331 – Staubsaugerbeutelmarkt unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 115 – Backofenmarkt.
33) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 332 – Staubsaugerbeutelmarkt unter Verweis auf Begr. RegE. 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 36 und Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/10633, S. 71.
34) BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 329 ff. – Staubsaugerbeutelmarkt.
35) *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 2, 2006, § 35, Rdn. 17; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1509, 1511.
36) So Burholt, WuW 2005, 889, 898; ebenso *Rinne/Lübbe-Späth*, Competition Law insight, 2005, S. 8, 10; *Beninca*, WuW 2005, 43, 48 befürchtete, dass der Beschluss zu einer Änderung der Entscheidungspraxis des BKartA und der Gerichte führen könnte.
37) *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Bd 1, 10. Auflage, 2006, § 35, Rdn. 24; *Westermann/Bergmann*, ZWeR 2006, 216, 232.
38) BKartA, Beschl. v. 15. März 2006 – B3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247 – E.I. du Pont/Pedex.
39) BKartA, Beschl. v. 15. März 2006 – B3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247, 1249 f. – E.I. du Pont/Pedex.
40) Gemeint ist die „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung, siehe BKartA, Beschl. v. 15. März 2006 – B 3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247, 1250 Fn. 5 – E.I. du Pont/Pedex.
41) BKartA, Beschl. v. 15. März 2006 – B3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247, 1250 – E.I. du Pont/Pedex.

hungsgeschichte des Gesetzes bestätigen, dass die Vorschrift im gesamten Anwendungsbereich des GWB, mithin auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel gelten soll.[42] Auch in dem der hier betrachteten Entscheidung „Sulzer/Kelmix" zugrunde liegenden Auflösungs- und Untersagungsbeschluss spricht sich das BKartA für eine ökonomische Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel aus und verweist zur Begründung – wie schon zuvor im Beschluss „DuPont/Pedex" – insbesondere auch auf die „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung. Dabei zitiert das BKartA deren Leitsatz, wonach der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle gerade nicht normativ auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt, sondern allein nach ökonomischen Kriterien abzugrenzen ist, und weist durchaus zutreffend darauf hin, dass die ökonomische Marktabgrenzung demzufolge uneingeschränkt für die gesamte (formelle wie materielle) Zusammenschlusskontrolle gelten müsste.[43] Vor diesem Hintergrund war die Auslegung der „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung durch das BKartA dahingehend, dass auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel der Markt ökonomisch abzugrenzen ist, keineswegs fern liegend, sondern durch die Formulierung des Leitsatzes geradezu provoziert.

C. Der BGH-Beschluss „Sulzer/Kelmix"

Betrachtet man die beiden Beschlüsse „Backofenmarkt" und „Staubsaugerbeutelmarkt" sowie die sich an sie anschließende Kontroverse in Literatur und Rechtspraxis, so war klar, dass es nur eine Frage der Zeit sein konnte, bis der BGH zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB ausdrücklich Stellung beziehen würde. Dies ist nun mit dem Beschluss „Sulzer/Kelmix" geschehen. In der „Staubsaugerbeutelmarkt"-Entscheidung hat der BGH seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Dass er dies in der Entscheidung „Sulzer/Kelmix" nicht getan hat, muss dahingehend verstanden werden, dass er hierin keine partielle Aufgabe seiner älteren Rechtsprechung sieht, sondern vielmehr eine punktuelle Fortschreibung derselben.

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Gegenstand des Beschlusses „Sulzer/Kelmix" war der Erwerb von 75,1 % der Anteile der Kelmix Holding AG, Rotkreuz (Schweiz), 76 % der Anteile der Werfo AG, Haag (Schweiz), 76 % der Anteile der Mold AG, Eschen (Liechtenstein) und 100 % des Gründerrechts der Mold Anstalt, Eschen (Liechtenstein) durch die Sulzer Markets & Technology AG, Winterthur (Schweiz). Aufgrund der in Deutschland erzielten Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen fiel das Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 GWB grundsätzlich in den Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle. Das BKartA hat den Zusammenschluss mit Beschluss vom 14. Februar 2007 untersagt und dessen Auflösung angeordnet.[44] Dabei sah das BKartA die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB als nicht erfüllt an. Die Umsatzschwelle von 15 Mio. Euro wurde zwar auf keinem der betroffenen sachlich relevanten Einzelmärkte im Inland überschritten. Allerdings legte das BKartA die Bagatellmarktklausel dahingehend aus, dass nicht nur inländische Umsätze heranzuziehen, sondern dass bei angezeigter ökonomischer Betrachtungsweise hier mindestens die europaweiten Umsätze auf den sachlich relevanten Märkten zu beachten seien. Da sich diese aber auf mehr als 15 Mio. Euro summierten, sei die in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB genannte Umsatzschwelle überschritten, so dass die materiell-rechtlichen Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle Anwendung finden.[45] Folge hiervon war, dass der Zusammenschluss wegen Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den relevanten Märkten unzulässig und der unrechtmäßig vollzogene Zusammenschluss aufzulösen war.

Die Zusammenschlussbeteiligten legten gegen diesen Beschluss Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein, woraufhin dessen 1. Kartellsenat mit Beschluss vom 05. März 2007 die aufschiebende Wirkung der Beschwerden bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache anordnete.[46] Hiergegen legte das BKartA Rechtsbeschwerde zum BGH ein.

Der Kartellrechtssenat des BGH, der über die Rechtsbeschwerde und damit über die Rechtmäßigkeit des (Untersagungs- und Auflösungs-) Beschlusses des BKartA letztinstanzlich zu entscheiden hatte, wies die Rechtsbeschwerde des BKartA gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf zurück. Dabei folgte er der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf und entschied, dass für die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB lediglich auf die im Inland erzielten Umsätze abzustellen ist.

II. Kernaussagen

In seinem Beschluss „Sulzer/Kelmix" stellte sich der Kartellrechtssenat des BGH auf den Standpunkt, dass das GWB keinen einheitlichen Marktbegriff hat und für die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB anders als bei der Marktabgrenzung im Rahmen des § 19 Abs. 2 GWB lediglich auf die im Inland erzielten Umsätze abzustellen ist. Dabei hat sich der BGH ausführlich mit der Diskussion um die zutreffende Auslegung der Bagatellmarktklausel und der Frage auseinandergesetzt, ob hierbei nur die im Inland erzielten Umsätze, oder auch etwaige im Ausland erzielte Umsätze beachtet werden dürfen.

Der BGH entschied sich gegen die vom BKartA vorgenommene ökonomische Marktabgrenzung und für die vom Beschwerdegericht befürwortete normative Marktabgrenzung, wonach der räumlich relevante Markt im Sinne des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht größer sein kann als der Geltungsbereich des GWB.

42) BKartA, Beschl. v. 15. März 2006 – B3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247, 1250 – E.I. du Pont/Pedex.
43) BKartA, Beschl. v. 14. Februar 2007 – B5-10/07, WuW/E DE-V 1340, 1345 – Sulzer/Kelmix.
44) BKartA, Beschl. v. 14. Februar 2007 – B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 – Sulzer/Kelmix.
45) BKartA, Beschl. v. 14. Februar 2007 – B5-10/07, WuW/E DE-V 1340, 1344 – Sulzer/Kelmix.
46) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05. März 2007 – VI Kart 3/07 (V).

III. Kritische Würdigung der tragenden Gründe

In Anbetracht der Tatsache, dass schon länger über das Für und Wider der normativen bzw. der ökonomischen Marktabgrenzung im Rahmen des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB diskutiert wird, verwundert es kaum, dass der Beschluss „Sulzer/Kelmix" wenig Überraschendes an Argumenten vorhält. Da diese hinlänglich bekannt sind, sollen sie hier nur im Überblick behandelt werden.

1. Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel

Zur Begründung führt der BGH zunächst aus, dass es Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel sei, Vorhaben, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, von der Fusionskontrolle auszunehmen. Dem würde es aber widersprechen, die Umsatzschwelle von 15 Mio. Euro auf europäische oder gar weltweite Märkte zu beziehen, da dann auch Zusammenschlüsse geprüft und untersagt werden könnten, die einen im Inland unbedeutenden Markt betreffen.[47] Der BGH stellt noch innerhalb einer zweiten Argumentationslinie auf Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel ab. So argumentiert er aus kollisionsrechtlicher Sicht, dass auch das in § 130 Abs. 2 GWB normierte Auswirkungsprinzip, wonach das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendungen findet, die sich im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken, dafür spreche, den Markt im Rahmen des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB normativ abzugrenzen und allein Inlandsumsätze zu berücksichtigen.[48] Dabei baut der BGH argumentativ auf seine bisherige Rechtsprechung auf und führt aus, dass sich das Auswirkungsprinzip insbesondere auch auf die Zusammenschlusskontrolle erstreckt.[49] In Anbetracht der Vielfalt möglicher Auswirkungen ausländischer Wettbewerbsbeschränkungen auf den inländischen Markt droht nach Ansicht des BGH eine vom Gesetz nicht gewollte uferlose Ausdehnung des internationalen Anwendungsbereichs der Sachnormen des GWB. Um dies zu verhindern, muss ausgehend vom Schutzzweck des GWB und der jeweiligen Sachnorm bestimmt werden, welche Inlandsauswirkungen relevant sind und welche nicht.[50] Der insofern maßgebliche Schutzzweck des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB ist es zu verhindern, dass ein Zusammenschluss untersagt werden muss, obwohl seine Auswirkungen in Deutschland nur marginal sind. Dies könne aber nur durch eine normative Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel erreicht werden.[51]

Das Argument, dass der Markt im Sinne der Bagatellmarktklausel nach Sinn und Zweck normativ abzugrenzen sei, wird man wohl als vertretbar bezeichnen können, zwingend ist es aber nicht. Selbst in der „Backofenmarkt"-Entscheidung, in der der BGH den Markt innerhalb der Zusammenschlusskontrolle noch grundsätzlich nach normativen Gesichtspunkten abgegrenzt hat, konnte er seine Augen nicht vor möglichen Rückwirkungen ausländischer auf inländische Märkte verschließen. So führte der BGH zutreffend aus, dass der ökonomisch bestimmte räumlich relevante Markt über den normativ auf das Inland begrenzten Markt hinausreichen kann und dass in einem einheitlichen ökonomischen Markt die starke Präsenz eines Wettbewerbers in einem räumlichen Marktsegment stets die Möglichkeit beinhalte, dass sich diese Stellung auf andere Marktsegmente erstrecken könnte.[52] Die Einsicht, dass Märkte nicht an Staatsgrenzen enden und eine isolierte Betrachtung des Inlandsmarktes insofern der ökonomischen Realität nicht gerecht wird, bewegte den BGH dazu, (jedenfalls im Bereich der materiellen Zusammenschlusskontrolle) den räumlich relevanten Markt ökonomisch abzugrenzen. Ob man unter diesen Vorzeichen noch von einem unbedeutenden Markt im Sinne der Bagatellmarktklausel sprechen kann, nur weil auf dem inländischen Markt die Umsatzschwelle von 15 Mio. Euro (noch) nicht erreicht ist, kann zwar durchaus mit einem Fragezeichen versehen werden. Auf der anderen Seite ist aber auch nicht von der Hand zu weisen, dass eine ökonomische Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel zu dem sicherlich nicht gewollten Ergebnis führen würde, dass Zusammenschlüsse selbst dann untersagt werden könnten, wenn fast sämtliche Umsätze außerhalb Deutschlands getätigt werden.[53] Für die Argumentation des BGH spricht außerdem, dass die Bagatellmarktklausel, wie auch die anderen Aufgreifkriterien des § 35 GWB, nicht primär dem Schutz des Wettbewerbs dienen.[54] Vielmehr sind sie das Ergebnis einer pragmatischen Abwägung des Gesetzgebers zwischen möglichen Wettbewerbsnachteilen aufgrund von Unternehmenszusammenschlüssen einerseits und dem mit der Zusammenschlusskontrolle einhergehenden Aufwand für Staat und Unternehmen andererseits.[55] Insofern zielt die Bagatellmarktklausel mehr auf die Wahrung der Verhältnismäßigkeit[56], als auf den Schutz der Marktstrukturen. Dies zeigt sich auch daran, dass der Gesetzgeber es durchaus in Kauf nimmt, dass im Einzelfall auch Zusammenschlüsse der Kontrolle entzogen werden, in denen ein Beteiligter auf einem gesamtwirtschaftlich bedeutenden Markt eine marktbeherrschende Stellung erlangt.[57] Da die formelle Zusammenschlusskontrolle in-

47) BGH, Beschl. v. 25. September 2007 – KVR 19/07 – Sulzer/Kelmix, Rdn. 16.
48) BGH, Beschl. v. 25. September 2007 – KVR 19/07 – Sulzer/Kelmix, Rdn. 18 unter Verweis auf Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, BT-Drucks. 16/2460 Tz. 458; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 2006 – VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881, 1886 – E.I. du Pont/Pedex; *Stadler*, in: Langen/Bunte, Bd. 1, 10. Auflage, 2006, § 130 GWB, Rdn. 185.
49) Vgl. noch zu § 98 Abs. 2 GWB a.F. BGH, Beschl. v. 29. Mai 1979 – KZR 2/78, WuW/E BGH 1613, 1614 – Organische Pigmente.
50) BGH, Beschl. v. 25. September 2007 – KVR 19/07, – Sulzer/Kelmix, Rdn. 18 unter Verweis auf BGHSt 25, 208, 212 – Ölfeldrohre; BGH, Beschl. v. 29. Mai 1979 – KZR 2/78, WuW/E 1613, 1614 – Organische Pigmente.
51) In diesem Zusammenhang wendet sich der BGH insbesondere auch gegen die Auffassung des BKartA, nach der sich eine sinnvolle Begrenzung des Anwendungsbereichs schon aus § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB ergibt, wonach die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle überhaupt erst Anwendung finden, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt hat; vgl. Rdn. 19.
52) BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107, 114 f. – Backofenmarkt; vgl. hierzu auch BGH, Beschl. v. 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, BGHZ 160, 321, 328 f. – Staubsaugerbeutelmarkt unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 24 Oktober 1995 – KVR 17/94, BGHZ 131, 107 – Backofenmarkt.
53) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 2006 – VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881, 1886 – E.I. du Pont/Pedex; ähnlich Beninca, WuW 2005, 43, 48, der darauf hinweist, dass die Berücksichtigung ausländischer Umsätze dazu führen kann, dass Märkte untersucht werden müssten, die in Deutschland gar keine Bedeutung haben, etwa weil die relevanten Umsätze vor allem ausländischen Käufern zuzuordnen sind.
54) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881, 1885 – E.I. du Pont/Pedex; Burholt, WuW 2005, 889, 894.
55) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881, 1885 – E.I. du Pont/Pedex; Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, BT-Drucks. 16/2460, Tz. 457.
56) Vgl. BGH, Beschl. v. 19. Dezember 1995 – KVR 6/95, WuW/E BGH 3037, 3042 – Raiffeisen; Bechtold, GWB, 5. Auflage, 2008, § 35, Rdn. 33.
57) Vgl. Begr. RegE. 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. 6/2520, S. 32 („in der Regel").

sofern einen anderen Schutzzweck verfolgt als die materielle Zusammenschlusskontrolle, ist eine abweichende Marktabgrenzung unter teleologischen Gesichtspunkten durchaus vertretbar.[58]

2. Gesetzgebungsgeschichte

Ferner argumentiert der BGH, dass einer normativen Auslegung des Marktbegriffs in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB auch nicht § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB entgegensteht.[59] Hier ist dem BGH zuzustimmen.[60] Die mit der 7. GWB-Novelle[61] eingefügte Vorschrift stellt klar, dass der räumlich relevante Markt im Sinne des GWB über dessen Geltungsbereich hinausreichen kann. Teilweise wurde in der Literatur darauf verwiesen, dass die mit der Neufassung des § 19 GWB verbundene Wertung insbesondere auch im Rahmen der formellen Zusammenschlusskontrolle zu beachten sei. Dies mag man unter systematischen Aspekten bejahen können, aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich dies jedoch keineswegs. Richtig ist, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB lediglich der bereits mit der 6. GWB-Novelle verfolgten Absicht Nachdruck verleihen wollte, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt maßgeblich sein sollen.[62] Sofern in den Gesetzgebungsmaterialien zur 6. GWB-Novelle teilweise darauf verwiesen wird, dass durch die Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB um das Kriterium „der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ klargestellt werden sollte, dass der räumlich relevante Markt insbesondere auch im Rahmen der Fusionskontrolle über den Geltungsbereich des GWB hinausgehen kann[63], so ist sicherlich richtig, dass sich diese Stellungnahme ihrem Wortlaut nach auf den gesamten Bereich der Zusammenschlusskontrolle, mithin auch auf die Bagatellmarktklausel erstreckt. Allerdings ist diese Stellungnahme im Zusammenhang mit den übrigen Gesetzesmaterialien zu sehen, wo klar und eindeutig ausschließlich darauf abgestellt wird, dass lediglich klargestellt werden sollte, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der (materiellen) Fusionskontrolle die Wettbewerbsverhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt berücksichtigt werden müssen.[64] Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel der Markt ökonomisch abzugrenzen ist, hätte er dies ausdrücklich klargestellt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass „das BKartA nach dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle in seiner Entscheidungspraxis bei der Marktabgrenzung bereits den ökonomischen Marktbegriff zugrunde gelegt, bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel aber weiterhin auf den (normativen) Inlandsmarkt abgestellt hatte“[65]. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der Gesetzgeber bei Einfügung der Bagatellmarktklausel in das GWB davon ausging, dass der Markt, dessen Umsätze zu berücksichtigen sind, normativ auf das Bundesgebiet beschränkt sein würde.[66] Zwar wurde der Schwellenwert im Rahmen der 6. GWB-Novelle deutlich angehoben[67], allerdings hat sich der Gesetzgeber bei dieser Anhebung nicht dahingehend geäußert, dass dies dadurch bedingt ist, dass nunmehr auch ausländische Umsätze zu berücksichtigen sein sollen.[68] Sofern man also davon ausgeht, dass dem GWB kein einheitlicher Marktbegriff zugrunde liegt, kann man jedenfalls unter historischen Gesichtspunkten aus der Einfügung des § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB nicht schließen, dass der Markt auch innerhalb der formellen Zusammenschlusskontrolle ökonomisch abzugrenzen ist. Dies gilt umso mehr, als dass § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung betrifft und insoweit von der Gesetzessystematik nur im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB, nicht aber auch innerhalb des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB von Bedeutung ist.

3. Wortlaut und Systematik

Kritisch anzumerken ist aber, dass sich der BGH in seinem Beschluss „Sulzer/Kelmix“ nicht damit auseinander setzt, dass der Gesetzgeber in einigen Vorschriften (etwa § 39 Abs. 3 Nr. 4 GWB) ausdrücklich auf den inländischen Markt Bezug genommen hat. Hervorzuheben ist hier insbesondere § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Wenn in ein und derselben Norm einmal ausdrücklich nur auf den inländischen Umsatz (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und einmal allgemein auf den erzielten Umsatz abgestellt wird (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB), so spricht unter systematischen Gesichtspunkten vieles dafür, dass im letztgenannten Fall alle Umsätze auf den relevanten Märkten ohne jede normative Begrenzung auf die Inlandsumsätze zu berücksichtigen sind.[69] Das Schweigen des BGH hierzu verwundert umso mehr, als dass das BKartA in seinem Beschluss ausdrücklich argumentiert hat, bereits die Verwendung des Wortes „Markt“ ohne jeden Zusatz spreche dafür, auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel den (ökonomisch abzugrenzenden) Markt im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB heranzuziehen. Hierfür spreche schon der Wortsinn, da das Wort „Markt“ das gesamte Marktgeschehen und nicht nur einen Teil desselben umfasse. Zudem soll diese Auslegung durch den systematischen Vergleich mit anderen Vorschriften des GWB (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB) bestätigt werden, in denen das Wort „Markt“ ohne jeden weiteren Zusatz als Synonym für den jeweils relevanten Markt verwendet wird.

4. Zusammenfassung

Wägt man die einzelnen Argumente ab, so kommt man zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die Gesetzgebungsgeschichte scheint insgesamt eher für eine normative Marktabgrenzung

58) So auch *Burholt*, WuW 2005, 889, 895; ihm folgend *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, § 35, Rdn. 17.
59) So aber *Westermann/Bergmann*, ZWeR 2006, 216, 231.
60) Auch *Kahlenberg/Haellmigk*, BB 2005, 1509, 1511 gehen davon aus, dass auch nach der Neufassung des § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB von der Bagatellmarktklausel nur Inlandsumsätze erfasst werden.
61) Gesetz vom 07. Juli 2005, BGBl. I, S. 1954.
62) Begr. RegE. 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 30.
63) Vgl. Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/10633, S. 71.
64) Begr. RegE. 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 36; Begr. RegE. 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 30.
65) BGH, Beschl. v. 25. September 2007 – KVR 19/07, – Sulzer/Kelmix, Rdn. 17 unter Verweis auf BKartA, WuW/E DE-V 203, 204.
66) Begr. RegE. 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. 6/2520, S. 32.
67) Nämlich von 10 Mio. DM auf 30 Mio. DM, nunmehr 15 Mio. Euro.
68) *Burholt*, WuW 2005, 889, 892 Fn. 11 weist darauf hin, dass die Anhebung der Umsatzschwelle als Inflationsausgleich für den seit 1973 geltenden Wert gedacht war.
69) Ähnlich *Westermann/Bergmann*, ZWeR 2006, 216, 231; vgl. auch *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Bd. 1, 10. Auflage, 2006, § 35, Rdn. 24.

im Rahmen des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB zu sprechen, wohingegen Wortlaut und Systematik für eine ökonomische Marktabgrenzung sprechen. Damit kommt es entscheidend auf die teleologische Auslegung der Bagatellmarktklausel an. Ausgehend von Sinn und Zweck der Norm kommt der BGH zu dem keineswegs zwingenden, aber doch vertretbaren Ergebnis, dass im Rahmen des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB nur die im Inland erzielten Umsätze zu beachten sind.

D. Fazit

Der Beschluss „Sulzer/Kelmix" ist zu begrüßen. Er stellt eine punktuelle Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zur räumlichen Marktabgrenzung innerhalb der Zusammenschlusskontrolle dar und kommt bei der Auslegung des Marktbegriffs des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB zu sachgerechten Ergebnissen. Dabei beruht die Auslegung zwar nicht auf zwingenden, indes durchaus vertretbaren rechtlichen Erwägungen. Insbesondere sorgt sie aber in einem für die Zusammenschlusskontrolle zentralen Punkt für Rechtsklarheit und dafür, dass Zusammenschlüsse von Unternehmen, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, schneller und günstiger werden. Dies vereinfacht Unternehmenszusammenschlüsse und steigert die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschland. Für das BKartA bedeutet „Sulzer/Kelmix" nicht nur eine Beschneidung der Prüfungskompetenzen, sondern zugleich auch eine Entlastung. Der Gesetzgeber mag bei einer zukünftigen Novellierung des GWB überdenken, ob auch er sich der Ansicht des BGH anschließen kann. Sollte er zu dem Ergebnis kommen, dass eine ökonomische Marktabgrenzung auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel den wirtschaftlichen Gegebenheiten besser entspricht, sollte er die Umsatzschwelle von bisher 15 Mio. Euro entsprechend anheben.[70)]

70) Siehe hierzu *Beninca*, WuW 2005, 43, 48; *Burholt*, WuW 2005, 889, 899; *Hartog/Noack*, WRP 2005, 1396, 1400; *Westermann/Bergmann*, ZWeR 2006, 216, 231 f.

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht/Markenrecht

EROS

UWG §§ 3, 4 Nr. 10; MarkenG § 4 Nr. 2

Bundesgerichtshof, Urteil vom 26. Juni 2008 – I ZR 190/05 – OLG Frankfurt am Main

1. Ist die Absicht, die mit der Eintragung eines Zeichens entstehende Sperrwirkung zweckwidrig als Mittel des Wettbewerbskampfes gegen einen Mitbewerber einzusetzen, zwar ein wesentlicher Beweggrund für die Anmeldung einer Marke, will der Anmelder die Marke aber auch für eigene Waren benutzen, ist aufgrund einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob in der Anmeldung der Marke eine wettbewerbswidrige Behinderung liegt.

2. Für den Erwerb einer Benutzungsmarke reicht es aus, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren aus einem bestimmten – wenn auch namentlich nicht bekannten – Herstellerunternehmen sieht.

Aus dem Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um wechselseitige marken-, wettbewerbs- und urheberrechtliche Ansprüche wegen des Vertriebs von Körpergleitmitteln unter der Bezeichnung „EROS" und mit der Abbildung der Silhouette eines männlichen Rückens.

2 Der Kläger zu 1 und der Beklagte zu 1 arbeiteten ursprünglich in dem von einem Dritten betriebenen einzelkaufmännischen Unternehmen M. zusammen. Ende 1993 gründeten der Kläger zu 1 und der Beklagte zu 1 die Beklagte zu 3. Gegenstand des Unternehmens war die Entwicklung und Herstellung von Kosmetika und Körpergleitmitteln, die von der Beklagten zu 3 zunächst unter der Bezeichnung „EOS" und seit Beginn des Jahres 1995 unter der Bezeichnung „EROS" und mit der Abbildung der Silhouette eines männlichen Rückens (nachfolgend: „Körpersilhouette") vertrieben wurden. Mit Vertrag vom 2. Mai 1995 übertrug der Kläger zu 1 seinen Geschäftsanteil auf die Beklagte zu 2 und schied aus der Beklagten zu 3 aus.

Der Kläger zu 1 war allerdings in der Folgezeit weiter mit dem 3
Vertrieb von „EROS"-Produkten befasst. Zu diesem Zweck gründete er eine Vertriebsgesellschaft, aus der schließlich die Klägerin zu 4 hervorging. Die Klägerin zu 4 und ihre Vorgängergesellschaften ließen die von ihnen vertriebenen Körpergleitmittel ausschließlich von der Beklagten zu 3 herstellen. Am 24. August 2000 schloss der Kläger zu 1 mit der Klägerin zu 3 einen Vertriebsvertrag, wonach die Klägerin zu 3 die aus dem „Produktions- und Lieferprogramm" der Klägerin zu 4 stammenden Produkte der „pjur-Linie" weltweit vertreiben soll. Die Klägerin zu 2 ist die Holdinggesellschaft, der Drittwiderbeklagte ist der Direktor der Klägerin zu 3. Am 2. Januar 2001 schlossen die Klägerinnen zu 3 und 4 mit der Beklagten zu 3 einen Vertriebsvertrag, wonach die Beklagte zu 3 Exklusivlieferant der Produkte bleiben sollte. Die von den Klägerinnen zu 3 und 4 unter den Bezeichnungen „EROS" und „pjur EROS" vertriebenen Körpergleitmittel wurden bis Anfang 2002 von der Beklagten zu 3 geliefert. Im Mai 2002 kündigten die Kläger den Vertriebsvertrag mit der Beklagten zu 3.

Die Kläger zu 1 und zu 2 sind Inhaber der am 15. November 4
2001 angemeldeten nationalen Wortmarke „EROS". Außerdem sind sie Inhaber der nationalen Marke und der Gemeinschafts-