



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 38/13

Verkündet am:  
21. Januar 2014  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Viskosefasern

GWB § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 aF

Umsätze aus Warenlieferungen, die absprachegemäß direkt an einen Standort im Inland erfolgen, sind als Inlandsumsätze zu qualifizieren. Das gilt auch dann, wenn die Entscheidung über den Lieferauftrag von einer im Ausland ansässigen Einkaufsorganisation eines multinationalen Unternehmens getroffen wird.

BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - KVR 38/13 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen zu 1 und 2 gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Mai 2013 werden zurückgewiesen.

Die Betroffenen zu 1 und 2 haben die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts zu tragen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 10 Mio. € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die Betroffene zu 1 gehört zum Konzern der B & C Industrieholding GmbH, deren Anteile von der B & C Privatstiftung gehalten werden. Sie ist weltweit in der Herstellung und dem Vertrieb von Fasermaterial aus Zellulose (Viskose) tätig. Die Betroffene zu 1 produziert solche Fasern für den textilen

Bereich, fertigt und vertreibt aber auch Viskosematerial, das für die Herstellung von Tampons Verwendung findet.

2 Die Betroffene zu 2 beschäftigt sich ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Fasermaterial auf Zellulosebasis. Auch zu ihrer Produktpalette gehört Viskosematerial, das für die Herstellung von Tampons geeignet ist. Sämtliche Anteile an der Betroffenen zu 2 hält die Kelheim Fibres GmbH. Deren Obergesellschaft ist die EQUI Fibres Beteiligungsgesellschaft mbH, an der die Betroffene zu 1 mit 45% beteiligt ist.

3 Die Betroffene zu 1 beabsichtigt, von der Kelheim Fibres GmbH 90% der Anteile an der Betroffenen zu 2 zu erwerben.

4 Die Betroffenen haben mit Schreiben vom 24. Mai 2012 den beabsichtigten Anteilserwerb angemeldet und sich auf den Standpunkt gestellt, das Vorhaben betreffe nur einen Bagatellmarkt.

5 Mit Beschluss vom 22. November 2012 hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagt. Zur Begründung hat es ausgeführt, es sei zu erwarten, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen auf dem mindestens europaweiten Markt für Tamponfasermaterial begründe bzw. verstärke. Sehe man als sachlich relevanten Markt den Markt für Tamponfasermaterial aus Viskose an, führe der beabsichtigte Anteilserwerb zu einem Monopol. Beziehe man Fasern aus Baumwolle ein, werde jedenfalls die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen zu 2 verstärkt. Der Zusammenschluss sei kontrollpflichtig, weil die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen nach § 35 Abs. 1 und 2 GWB aF überschritten. Für die Anwendung der Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB aF) seien nicht lediglich die Umsätze mit Tamponfasermaterial in Höhe von etwa 9,6 Mio. € zu be-

rücksichtigen, die die Betroffenen mit Kunden erzielten, die ihren Sitz in Deutschland haben und bei denen Liefer- und Rechnungsadresse übereinstimmen. Vielmehr seien auch die Umsätze von rund 10 Mio. € einzubeziehen, die die Betroffenen im Jahr 2011 mit Johnson & Johnson aus Lieferung von Tamponfasermaterial an deren Produktionsstätte in Wuppertal erzielt haben. Dem stehe nicht entgegen, dass der Einkauf dieser Ware durch die für den zentralen Einkauf von Johnson & Johnson zuständige Cilag GmbH International mit Sitz in der Schweiz erfolge. Maßgeblich sei, dass die Ware vereinbarungsgemäß im Wege des Streckengeschäfts direkt nach Wuppertal geliefert werde. Daher seien die entsprechenden Umsätze als inländische Umsätze zu qualifizieren. Dies entspreche dem Verständnis der Regelung in Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO durch die Kommission gemäß ihrer Konsolidierten Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 43 vom 21. Februar 2009).

6 Die Beschwerde der Betroffenen gegen diesen Beschluss ist erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde.

7 II. Das Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3934 = NZKart 2013, 299) hat die Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel sei es, Vorhaben von der Zusammenschlusskontrolle auszunehmen, die einen im Inland unbedeutenden Markt betreffen. Maßgebliches Kriterium hierfür sei allein der Inlandsumsatz. Die genannte Norm stehe außerdem in Zusammenhang mit der Kollisionsnorm des § 130 Abs. 2 GWB, wonach das deutsche Kartellrecht auf Wettbewerbsbe-

schränkungen anzuwenden sei, die sich im Bundesgebiet auswirkten. Im Streitfall sei es unter beiden Aspekten geboten, den Inlandsumsatz ohne Rücksicht auf den Ort des Vertragsschlusses oder den Geschäftssitz des Käufers anhand aller Warenmengen zu bestimmen, die auf deutschem Boden abgesetzt werden. Daher seien auch die Umsätze der Betroffenen aus Lieferungen an den Produktionsstandort von Johnson & Johnson in Wuppertal einzubeziehen. Zu berücksichtigen seien sämtliche Geschäfte, die einen genügenden wettbewerblichen Bezug zum Inland aufwiesen. Dazu gehörten alle Geschäftsabschlüsse, die eine Lieferung der betreffenden Ware in das Bundesgebiet zum Gegenstand hätten, denn solche Lieferungen deckten den inländischen Bedarf und beeinflussten die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Deutschland. Die Anknüpfung an den Lieferort trage überdies dem Umstand Rechnung, dass beim Verkauf von Waren die Lieferung die charakteristische Vertragsleistung darstelle und der Wettbewerb der Anbieter gerade um eine Belieferung des betreffenden Lieferorts stattfinde. Auf die Belegenheit des Vertragsorts und den Geschäftssitz des Käufers komme es demgegenüber auch dann nicht an, wenn - wie hier - ein multinationales Unternehmen den Einkauf zentral organisiert habe.

9                    Das Bundeskartellamt habe weiter die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB zutreffend bejaht.

10                   III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen.

11                   1. Maßgeblich für die Beurteilung des Rechtsstreits ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der bis zum 29. Juni 2013 geltenden Fassung. Die Frage, ob das Vorhaben kontrollpflichtig ist, muss nach den im Verwaltungsverfahren zu prüfenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen beur-

teilt werden; auf Veränderungen dieser Verhältnisse, die sich nachträglich bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht ergeben, kommt es insoweit - trotz des Charakters der Untersagungsverfügung als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung - nicht an (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004 - KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 - trans-o-flex).

12            2. Das Zusammenschlussvorhaben ist kontrollpflichtig. Die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB aF liegen nicht vor. Nach dieser Regelung finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle keine Anwendung, wenn 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. € umgesetzt wurden. Diese Umsatzschwelle ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde überschritten.

13            a) Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den räumlich (mindestens) europaweit abzugrenzenden Markt für Fasern, die für die Herstellung von Tampons eingesetzt werden. Zur Anwendung der Bagatellmarktklausel ist in sachlicher Hinsicht auf diesen Markt abzustellen, räumlich dagegen nur auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Klausel soll verhindern, dass ein Zusammenschluss untersagt werden muss, obwohl seine Auswirkungen in Deutschland nur marginal sind. Für die Anwendung der Bagatellmarktklausel kommt es daher, wovon das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen ist, allein auf die im Inland erzielten Umsätze an (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 19/07, BGHZ 174, 12 - Sulzer/Kelmix). Ob der Markt sachlich auf Viskosefasern begrenzt ist oder auch Baumwollfasern umfasst, bedarf keiner Klärung, weil der im Inland erzielte Umsatz auch auf dem Markt für Tamponfasermaterial aus Viskose über 15 Mio. € liegt.

- 14                    b) Die zur Anwendung von § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB aF - ebenso wie für diejenige von Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO - erforderliche Marktabgrenzung setzt eine geographische Zuordnung von Umsätzen voraus.
- 15                    Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Bedarfsmarktkonzept (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011 - KVR 95/10, BGHZ 192, 18 Rn. 27 - Total/OMV). Für die Bestimmung des relevanten Marktes kommt es danach darauf an, welche Unternehmen in der Lage sind, die Nachfrage zu befriedigen, also die Waren dorthin zu liefern oder die Dienstleistungen dort zu erbringen, wo sie benötigt werden. Die hierzu entwickelten Kriterien sind auch für die geographische Zuordnung von Umsätzen aus Geschäften über die Lieferung von Waren von Bedeutung. Auch hierfür kommt es grundsätzlich auf den Ort an, an dem der Bedarf besteht und auf den sich deshalb die Nachfrage bezieht. Fallen der Kundenstandort und der Lieferort als Ort der charakteristischen Leistung auseinander, ist danach der Ort der Lieferung ausschlaggebend.
- 16                    aa) Schließt ein im Ausland ansässiges Unternehmen mit einem im Inland ansässigen Abnehmer einen Vertrag über die Lieferung von Waren und liefert es die Waren nach Deutschland, handelt es sich um inländischen Umsatz. In einem solchen Fall steht außer Zweifel, dass sich der Lieferant im Inland dem Wettbewerb stellen muss. Die Betroffenen stellen daher - zu Recht - nicht in Frage, dass die Umsätze von knapp 10 Mio. €, die sie mit Kunden erzielen, die ihren Sitz in Deutschland haben und denen die Ware in das Bundesgebiet zu liefern ist, im Inland angefallen sind, auch soweit es sich um Umsätze der in Österreich ansässigen Betroffenen zu 1 handelt.
- 17                    bb) Um inländischen Umsatz handelt es sich jedoch auch dann, wenn die Einkaufsorganisation eines multinationalen Unternehmens im Ausland ansässig

ist, die von ihr geordnete Ware aber nicht an deren Sitz verbracht und anschließend vom Käufer verteilt, sondern vereinbarungsgemäß direkt an den deutschen Standort geliefert wird. Auch in diesem Fall ist für die geographische Zuordnung des Umsatzes maßgeblich, wo der Bedarf besteht, der durch die zu liefernde Ware gedeckt werden soll. Der Umsatz ist daher nicht dem Land zuzuordnen, in dem die Einkaufsorganisation ihren Sitz hat, sondern dem Land, für das die Waren bestimmt sind.

- 18            Diese Zuordnung ist sachgerecht, weil die für den Wettbewerb erheblichen Umstände durch die Verhältnisse am Ort der Lieferung bestimmt werden. Weiß der Anbieter, dass die Ware für den deutschen Standort bestimmt und von ihm dorthin zu liefern ist, muss er bereits bei der Erarbeitung seines Angebots die Besonderheiten beachten, die sich aus dem Sitz des Empfängers im Inland ergeben. Sein Angebot wird nur dann berücksichtigt werden, wenn es den Wettbewerbsbedingungen des deutschen Standorts, insbesondere dem dortigen Preisniveau und den für den Transport nach Deutschland anfallenden Kosten, Rechnung trägt. So wird es etwa für seine Kalkulation eine Rolle spielen, ob es einen Wettbewerber gibt, der nahe am Standort des Kunden produziert und daher niedrigere Transportkosten hat. Je nach Art der Ware muss er überdies darauf achten, dass diese den gesetzlichen Regelungen am Bestimmungsort, etwa hinsichtlich Verpackung, Einfuhrbegrenzungen, Informationspflichten, Produktsicherheit und dergleichen mehr entspricht. Die genannten Faktoren haben, je nach der Art der Ware in unterschiedlichem Ausmaß, Einfluss auf die Kosten und sind damit für die wettbewerbliche Situation des Anbietenden von Bedeutung. Entsprechend wirkt sich, wenn sich ein im Ausland ansässiger Anbieter mit seinem Angebot durchsetzt, die Lieferung der Ware an den deutschen Standort auf die wettbewerbliche Situation im Inland aus.



- 19           Danach sind Umsätze aus Warenlieferungen, die absprachegemäß direkt an einen Standort im Inland erfolgen, ungeachtet dessen, dass die Entscheidung über das Angebot im Ausland, am Sitz des Zentraleinkaufs, getroffen wird, als Inlandsumsätze zu qualifizieren. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind mithin auch die weiteren Umsätze in Höhe von rund 10 Mio. €, die die Betroffenen im Jahr 2011 aus Lieferungen von Viskosefasern für die Herstellung von Tampons an den in Wuppertal gelegenen Produktionsstandort von Johnson & Johnson erzielt haben, zu berücksichtigen.
- 20           Dies deckt sich mit der Auffassung der Kommission zur Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO. In der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 43 vom 21. Februar 2009) behandelt sie in Randnummer 198 die besondere Situation, die entsteht, wenn ein multinationales Unternehmen eine gemeinschaftsweite Einkaufsstrategie verfolgt und seinen gesamten Bedarf an einer Ware von einem Standort aus deckt. Wird die Ware von einer zentralen Einkaufsorganisation erworben und an diese geliefert, um anschließend intern an verschiedene Standorte in mehreren Mitgliedstaaten geliefert zu werden, ist dieser Umsatz nach Auffassung der Kommission nur dem Mitgliedstaat zuzurechnen, in dem sich die zentrale Einkaufsorganisation befindet. Anders verhalte es sich aber bei direkten Verbindungen zwischen dem Verkäufer und den verschiedenen Tochtergesellschaften. Werden die einzelnen Aufträge über die zentrale Einkaufsorganisation erteilt, die Waren aber direkt an die Tochtergesellschaften geliefert, sei der Umsatz den verschiedenen Mitgliedstaaten zuzurechnen, in denen sich die Tochtergesellschaften befinden. Dies gelte unabhängig davon, wer die Rechnung erhalte und die Ware bezahle. Zur Begründung weist die Kommission zutreffend darauf hin, dass in diesem Fall ein Wettbewerb mit alternativen Lieferanten um die Lieferung der Waren an die verschiedenen Toch-

tergesellschaften stattfindende, auch wenn der Vertrag zentral geschlossen werde (wie hier Körper in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 5 FKVO Rn. 34; Völcker in Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 5 FKVO Rn. 32; Ablasser-Neuhuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 5 FKVO Rn. 9; Schütz in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Art. 5 FKVO Rn. 12; aA Wessely in MünchKomm-KartR, Art. 5 FKVO Rn. 15; Baron in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., Art. 5 FKVO Rn. 35; Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., S. 357).

21           cc) Die Rechtsbeschwerde hält der Auffassung des Beschwerdegerichts entgegen, sie eröffne den Zusammenschlusswilligen Manipulationsmöglichkeiten. Wäre stets der Ort der Lieferung maßgeblich, könne eine im Inland gelegene zentrale Einkaufsorganisation allein durch Bestimmung des Lieferortes das Ergebnis der Fusionskontrolle beeinflussen, indem Umsatzvolumen nach Bedarf verteilt werde. Nachdem es in aller Regel erheblich weniger Aufwand verursacht, eine zentrale Einkaufsorganisation zu verlagern als Produktionsstandorte, an denen die zu liefernde Ware verarbeitet wird, greift dieser Einwand nicht durch.

22           3. Das Beschwerdegericht ist mit dem Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass das Vorhaben die Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3a GWB aF erfüllt und die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 GWB aF vorliegen. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen.

23 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB.

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.05.2013 - VI-Kart 10/12 (V) -