

Datum: 22.12.2006
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-Kart 10/06 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2006:1222.VI.KART10.06V.00

Tenor:

- I. Der Beschluss des Bundeskartellamtes vom 15. März 2006 (Az. B3 – 136/05) wird aufgehoben.
- II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt das Bundeskartellamt. Es hat den Beteiligten zu 1. und 2. die ihnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.
- III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
- IV. Der Beschwerdewert wird auf (bis zu) 4.000.000,-- € festgesetzt.

Gründe:

- I. 1
- Am 13. 10. 2005 meldete die E. I. d. P. d. N. and Company (im Folgenden Beteiligte zu 1.) beim Bundeskartellamt gem. § 39 GWB an, dass sie beabsichtige, durch ihre niederländische Tochtergesellschaft D. F.-E. B.V. von P. & Co GmbH i. L. (im Folgenden Beteiligte zu 2.) deren Kundenstamm, gewerbliche Schutzrechte, Marken und sonstige Vermögensgegenstände zu erwerben sowie deren Personal zu übernehmen. 2
- D. ist ein weltweit tätiges Chemieunternehmen mit Sitz in W. (D., U.), das in Deutschland eine Reihe von Tochtergesellschaften hat. Der konsolidierte Umsatz betrug im Geschäftsjahr 2004 weltweit ... Mrd. €, in der EU ca. ... Mrd. € und Deutschland etwa ... Mrd. €. In Europa ist die Beteiligte zu 1. auf dem Gebiet der Herstellung industrieller Monofilamente durch die D. F.-E. 3
- 4

B.V. tätig. In Deutschland werden industrielle Monofilamente durch die D. d. N. Deutschland GmbH als Handelsvertreterin für D. F.-E. vermarktet.

Die Beteiligte zu 2. ist ebenfalls in der Herstellung und dem Verkauf industrieller Monofilamente tätig. Sie ist Teil der C.-Gruppe. Über das Vermögen der Beteiligten zu 2. wie der C.-Verwaltungsgesellschaft mbH ist am 1. 9. 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. 5

Die Verhältnisse auf den hier relevanten Märkten stellen sich im Wesentlichen wie folgt dar: 6

Industrielle Monofilamente werden bei der Herstellung von Körperpflegeprodukte (Zahnbürsten und Zahnpflegeprodukte – Oral Care Sektor), Haarbürsten, Reinigungsbürsten, Pinseln zum Malen und für industrielle Anwendungen verwendet. Die Filamente werden in diesen Anwendungen einzeln verwendet und – im Gegensatz zu Multifilamenten – nicht miteinander verbunden. Während die Beteiligte zu 1. sowohl industrielle als auch Textil- und Teppichfilamente herstellte, beschränkt sich die Beteiligte zu 2. auf die Herstellung industrieller Monofilamente. 7

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft hauptsächlich den Markt der Filamente für "Oral Care-Anwendungen", also Zahnbürstenfilamente, der einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet, der räumlich zumindest europaweit abzugrenzen ist. Auf diesem Markt erreichen die Beteiligten gemeinsam einen Marktanteil von ..%. 8

In dem Oral Care-Bereich lag der Umsatz beider Beteiligter in Deutschland in den Jahren 2004 und 2005 jeweils unter 15 Mio €, während er sich europaweit auf ca. ... Mio € belief. 9

Mit Schreiben vom 9. 1. 2005 wurde den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. mitgeteilt, dass das Bundeskartellamt das Hauptprüfverfahren eingeleitet habe (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB). Die Untersagungsfrist wurde mit Zustimmung der Beteiligten zu 1. bis zum 27.03.2006 verlängert. 10

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 15.03.2006 hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss gem. § 36 GWB untersagt. Dabei hat es den Oral Care-Markt nicht in weitere Einzelmärkte unterteilt und angenommen, die Beteiligte zu 1. verstärke auf dem so abgegrenzten Markt ihre marktbeherrschende Stellung. Diese Entscheidung ist den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1., die auch eine Zustellungsvollmacht für die Beteiligte zu 2. hatten, am 16.03.2006 zugestellt worden. Am 11.04.2006 wurde der Beschluss auch dem Beteiligten zu 2. zugesandt. 11

Gegen die Entscheidung des BKartA hat die Beteiligte zu 1. am 11.04.2006 und der Beteiligte zu 2. mit Schriftsatz vom 25.04.2006 am 28.04.2006 Beschwerde eingelegt. 12

Die Beteiligte zu 1. rügt Verfahrensfehler, ist der Auffassung, dass das Vorhaben nicht der Fusionskontrolle unterliege, weil die Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB eingreife, und dass zwischen einem Markt für Standard-Oral-Care-Filamente und einem Markt für high-tech-Oral-Care-Filamente mit der Folge zu unterscheiden sei, dass auch der europaweite Absatz auf den Teilmärkten unter der Umsatzgrenze von 15 Mio. Euro bleibe. 13

Der Beteiligte zu 2. trägt außerdem vor, die Entscheidung des Bundeskartellamtes sei schon deshalb aufzuheben, weil der Untersagungsbeschluss nicht innerhalb der Untersagungsfrist nach § 40 Abs. 2 GWB an ihn zugestellt worden sei und auch seine Zustimmung zur Fristverlängerung nach § 40 Abs. 2 S. 4 Nr. 1 GWB nicht erklärt worden sei. 14

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) beantragen,	15
den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 15.03.2006 (B 3 - 136/05) aufzuheben.	16
Das Bundeskartellamt beantragt,	17
die Beschwerden zurückzuweisen.	18
Es verteidigt den angefochtenen Beschluss, tritt dem Beschwerdevorbringen entgegen und ist der Auffassung, dass die Beteiligte zu 2. nicht anmeldendes Unternehmen im Sinne des § 40 GWB gewesen sei.	19
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	20
II.	21
Die Beschwerden haben Erfolg.	22
1.	23
Beide Beschwerden sind zulässig. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. ist jedenfalls als (unselbständige) Anschlussbeschwerde (vgl. hierzu K. Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, Rn. 46 zu § 63) zulässig, sodass es keiner Erörterung bedarf, ob die Zustellung vom 16.03.2006 auch gegenüber dem Beteiligten zu 2. wirksam und die Beschwerde vom 28.04.2006 demgemäss für sich genommen verspätet gewesen war.	24
2.	25
Die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts vom 15. 3. 2006 (B3-136/05) ist formal wirksam zustande gekommen. Es ist keine Freistellung durch Fristablauf gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GWB eingetreten. Die Untersagungsverfügung ist nämlich innerhalb der durch Zustimmung des anmeldenden Unternehmens gem. § 40 Abs. 2 S 4 Nr. 1 GWB verlängerten Frist an die Beteiligte zu 1. als anmeldendes Unternehmen zugestellt worden. Die Beteiligte zu 2. war kein anmeldendes Unternehmen in Sinne des § 39 Abs. 2 und 3 GWB, sodass es ihr gegenüber weder einer fristwahrenden Zustellung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB bedurfte noch ihre Zustimmung gemäß § 40 Abs.2 Satz 4 Nr. 1 GWB erforderlich war.	26
a)	27
§ 39 GWB regelt ausdrücklich nur die Pflicht der einzelnen beteiligten Unternehmen zur Anmeldung (Abs. 2) sowie den Umfang der in der Anmeldung enthaltenen Informationen (Abs. 3), nicht, wer tatsächlich Anmeldender ist. Die Beteiligte zu 2. hat selbst keine Anmeldung vorgenommen. Sie ist auch nicht durch die Anmeldung der Beteiligten zu 1. mit Anmeldende geworden. Zu bejahen wäre dies nur, wenn eine wirksame Anmeldung alle anderen zur Anmeldung verpflichteten Beteiligten ebenfalls zu anmeldenden Unternehmen im Rechtssinne machen würde. Dies wird zum Teil in der Literatur vertreten: Da die Pflicht zur Anmeldung für alle Unternehmen gemeinsam bestehe, weil Sinn der Norm sei, dem Bundeskartellamt einen Überblick über den Zusammenschluss zu verschaffen, mache es keinen Unterschied, ob jeder Verfahrensbeteiligte einzeln anmelde oder alle gemeinschaftlich oder ob nur einer für sich allein anmelde, diese Anmeldung aber alle erforderlichen Angaben enthalte (<i>Riesenkampff/Lehr in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, § 39, Rn. 11; ähnlich Kleinmann/Bechtold, GWB, 2005, § 23, Rn. 397;</i>	28

Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 39, Rn. 12). Der Senat teilt diese Auffassung jedoch nicht. Tatsächlich ist jedes an dem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen gesondert und ohne Rücksicht auf Anmeldungen oder Angaben Dritter verpflichtet, einen Zusammenschluss ordnungsgemäß anzumelden, weil nur durch eine eigene Anmeldung das Unternehmen die Verantwortung für die es betreffenden Angaben übernimmt (vgl. auch *Ruppelt in Langen/Bunte, Bd. 1, 10. Aufl. 2006, § 39, Rn. 9; BGH WuW/E BGH 1534 "Erdgas Schwaben"*). Normzweck des § 39 GWB ist nicht nur, dem Bundeskartellamt die erforderlichen Informationen über den Zusammenschluss zukommen zu lassen. Mit der Anmeldung soll zugleich auch die Übernahme der Verantwortung für die zur Verfügung gestellten Informationen durch die beteiligten anmeldepflichtigen Unternehmen erfolgen. Denn erst wenn mit Wissen und Wollen eines Unternehmens Informationen an das Bundeskartellamt gelangt sind, ist das Unternehmen in dem Verfahren angemeldet und muss dann ggf. auch ein Bußgeld für falsche Angaben in Kauf nehmen.

b) 29

Die Anmeldung durch einen bevollmächtigten Dritten reicht insoweit allerdings ebenso aus wie die Anmeldung durch ein beteiligtes Unternehmen im Namen aller Anmeldepflichtigen. Voraussetzung dafür ist aber, dass insoweit eine eindeutige Erklärung abgegeben wird und eine entsprechende Verfahrensvollmacht besteht. Hieran fehlt es. Die Beteiligte zu 1. hat bei ihrer Anmeldung des Zusammenschlusses keine Anmeldung für die Beteiligte zu 2. vorgenommen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Anmeldung der Beteiligten zu 1. vom 13. 10. 2005, in der sie ausführt, die Anmeldung erfolge "namens und im Auftrag" von D.. Andere Unternehmen sind nur insoweit einbezogen als die Anmeldung "mit Wirkung für alle zur Anmeldung verpflichteten Unternehmen" erfolgen und der Inhalt der Anmeldung "mit diesen Unternehmen abgestimmt" sein sollte. Demgemäß haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. sich für die anderen Unternehmen nur als zustellungsbevollmächtigt bezeichnet. Die Zustellungsvollmacht für die Beteiligte zu 2. war eben keine Vollmacht zur Anmeldung. 30

c) 31

Die Beteiligte zu 2) ist auch nicht deshalb ein "anmeldendes Unternehmen", weil sie faktisch wie ein anmeldendes Unternehmen angesehen und behandelt worden ist. 32

Eine Qualifikation als "anmeldendes Unternehmen" aufgrund der faktischen Gegebenheiten ist grundsätzlich ausgeschlossen, denn die Funktion der Anmeldung ist es, dass das Bundeskartellamt präzise Kenntnisse über die anmeldenden Unternehmen erlangt, denen gegenüber zum einen rechtswirksame Handlungen, insbesondere Zustellungen, vorgenommen werden müssen und die zum anderen Beteiligungsrechte haben. Würde man nur faktisch anmeldende Unternehmen zulassen, bestünde die Gefahr, dass dem Bundeskartellamt nicht mehr deutlich ist, an wen genau Rechtshandlungen gerichtet sein müssen und wer welche Beteiligungsrechte hat. Gegen die Billigung eines faktisch hinzugezogenen "angemeldeteten Unternehmens" spricht zudem auch der Wortlaut des Gesetzes, das in § 40 Abs. 1 GWB von "anmeldenden Unternehmen" spricht. Damit ist zumindest ein aktives Tätigwerden in diese Richtung zu fordern; eine bloße faktische Einbindung reicht demnach nicht aus. 33

Ob – wie die Beteiligte zu 2. meint - eine faktische Hinzuziehung als "*beteiligtes Unternehmen*" in Betracht kommt, (und nur dies wurde in der Rechtsprechung in besonderen Fällen angenommen, vgl. *BGH WuW/E BGH 2150, 2152 "Edelstahlbestecke"*; *OLG 2411, 2413 "Synthetischer Kautschuk I"*), braucht hier nicht geklärt zu werden. Auf den Begriff des 34

Beteiligten kommt es nämlich hier nicht an. Eine faktische Hinzuziehung als "anmeldendes Unternehmen" jedenfalls gibt die von der Beteiligten zu 2. zitierte Rechtsprechung nicht her.

Ob es in besonderen Fällen ausnahmsweise möglich sein mag, dass trotz der vorstehenden Erwägungen ein Unternehmen aufgrund der allgemeinen Umstände als "faktisch anmeldendes Unternehmen" anzusehen ist, kann letztlich dahinstehen. In der Rechtsprechung wurde angedeutet, dass dies allenfalls dann in Betracht kommt, wenn ein Unternehmen Zahlen und Fakten lieferte, die nach Anmeldung eines anderen Unternehmens nicht nur im eigenen Namen objektiv darauf schließen ließen, dass sich dieses Unternehmen die Anmeldung des anderen Unternehmens zu Eigen machen wolle (vgl. *WuW/E OLG 4784, 4791 "Deutsche Versicherungs-AG"*). Diese besonderen Voraussetzungen liegen jedenfalls hier nicht vor, denn die Beteiligte zu 2. hat solche Zahlen und Fakten gerade nicht an das Bundeskartellamt geliefert. Dies wurde vielmehr der Beteiligten zu 1. überlassen. Die von der Beteiligten zu 2. selbst genannten Unterlagen, die im Rahmen der Anmeldung eingereicht wurden (Schreiben vom 07.11.2005 – Anlage W 1) und Schreiben vom 06.02.2006 (Anlagenkonvolut W 2) reichen dafür nicht aus. In diesen Schreiben hat die Beteiligte zu 2. nur Ausführungen allgemeiner Art gemacht, die keine Fakten und Zahlen enthielten, wie sie in § 39 Abs. 3 GWB gefordert wurden, so dass bei objektiver Betrachtung nicht der Eindruck entstehen konnte, dass sich das Unternehmen die Anmeldung eines anderen Unternehmens zu Eigen machen möchte.

Darüber hinaus macht eine (möglicherweise auch besonders) aktive Beteiligung der Beteiligten zu 2. aus ihr noch kein "anmeldendes Unternehmen" und rückt sie auch nicht in die Nähe eines solchen. Andernfalls würde die Grenze verkannt, die das Gesetz zwischen "anmeldenden Unternehmen" und Beteiligten macht. Voraussetzung dafür ist regelmäßig ein formaler Akt, der verbunden ist mit der Übermittlung der in § 38 Abs. 3 GWB genannten Informationen. Wollte man diese Voraussetzung lockern, würde die Gefahr bestehen, dass allein ein wesentliches Interesse eines Unternehmens an einem Fusionskontrollverfahren und das Engagement dieses Unternehmens es in die Position eines anmeldenden Unternehmens mit den damit verbundenen verfahrensrechtlichen Privilegierungen bringen würde. Damit wäre aber die Anzahl der anmeldenden Unternehmen, die im Fusionskontrollverfahren im Gegensatz zu anderen Beteiligten besondere Rechte haben, nicht mehr genau abgrenzbar, was zu erheblichen Beeinträchtigungen des Fusionskontrollverfahrens führen würde. Dass der Insolvenzverwalter selbst in einem Schreiben gegenüber dem Bundeskartellamt die Beteiligte zu 2. als "nicht unmittelbarer Verfahrensbeteiligter" beschrieben hat, mag zwar – wie im Verfahren geltend gemacht wurde - der Ausdrucksweise eines Nichtfachmannes geschuldet sein, trifft aber – soweit es die faktische Behandlung wie ein anmeldendes Unternehmen angeht – den Kern.

Gegen die Einordnung als bloßen Beteiligten spricht auch nicht, dass das Bundeskartellamt in seiner Verfügung den Begriff der "Anmeldenden" im Plural verwendet hat, obwohl es nur ein anmeldendes Unternehmen gibt. Insoweit handelt es sich um eine rechtlich nicht relevante Ungenauigkeit. Auch in der Übersendung des Kostenbescheides durch das Bundeskartellamt an die Beteiligte zu 2. liegt keine Anerkennung der Beteiligten zu 2. als "anmeldendes Unternehmen". Nur durch die Übersendung eines Kostenbescheides wird ein nicht anmeldendes Unternehmen zu einem anmeldenden Unternehmen im Sinne des Gesetzes.

3.

Das Bundeskartellamt hat aber den Zusammenschluss zu Unrecht nach § 36 GWB untersagt, weil aufgrund § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB die Vorschriften über die

Zusammenschlusskontrolle in dem vorliegenden Sachverhalt nicht zur Anwendung kommen. Der räumliche Markt, auf den bei Anwendung der Bagatellklausel abzustellen ist, beschränkt sich auf den Markt der Bundesrepublik Deutschland. Die über den Geltungsbereich des GWB hinausgehende ökonomische Marktabgrenzung gem. § 19 Abs. 2 S. 3 GWB findet in diesem Zusammenhang keine Anwendung.

a) 40

In der Literatur wird die Frage der Anwendung des ökonomischen Marktbegriffs auf die Bagatellmarktklausel im Fusionskontrollrecht unterschiedlich beantwortet: Nach einer Ansicht ist der relevante Markt einheitlich abzugrenzen. Damit soll auch auf das Volumen des gegebenenfalls grenzüberschreitend abzugrenzenden relevanten Marktes abzustellen sein (*Ruppelt in Langen/Bunte, a.a.O. § 35, Rn. 25*): Es könne im Interesse eines einheitlichen Begriffs des relevanten Marktes nicht nur auf den inländischen Teil des Gesamtumsatzes abgestellt werden. Als systematisches Argument wird mit Verweis auf § 39 Abs. 3 Nr. 4 GWB angeführt, der Gesetzgeber habe es in anderen Vorschriften ausdrücklich geregelt, wenn er lediglich den Markt im Geltungsbereich dieses Gesetzes gemeint habe. Da dies im Rahmen des § 35 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 GWB nicht geschehen sei, lasse sich daraus folgern, dass der Gesetzgeber dort auch keine Abweichungen habe regeln wollen. 41

Die herrschende Gegenansicht argumentiert, der Zweck der Bagatellmarktklausel spreche gegen die Aufgabe der normativen Beschränkung auf den räumlichen Anwendungsbereich des GWB. Bei einer rein ökonomischen Marktabgrenzung würden auch Fälle mit geringer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung in die Fusionskontrolle einbezogen (ausführlich: *Bauer in Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff, Kartellrecht, a.a.O. § 35, Rn. 16; Burholt, WuW 2005, 889, 892; Bernica, WuW 2005, 43, 48; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1509, 1511*). Zwar werde damit der Marktbegriff im GWB unterschiedlich ausgelegt, dies könne jedoch hingenommen werden, da die unterschiedlichen Zielrichtungen der jeweiligen Norm eine abweichende Auslegung rechtfertigten. Auch die Monopolkommission hat sich in ihrem Hauptgutachten 2004/2005 unter Tz. 457 für eine Beschränkung des Marktbegriffs in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB auf den inländischen Markt ausgesprochen. 42

Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage nach geltendem Recht noch nicht geäußert. Nach früherem Recht grenzte der BGH die relevanten Märkte in der Fusionskontrolle stets mit der Beschränkung auf das Bundesgebiet ab, auch wenn wirtschaftlich der relevante Markt über das Bundesgebiet hinaus reichte (*WuW/E BGH 3026 "Backofenmarkt"*). Eine Abkehr von dieser Praxis nahm der BGH in der "*Staubsaugerbeutelmarkt*"-Entscheidung vor (*WuW DE-R 1355, 1358*). Ob damit auch die Bagatellmärkte ökonomisch abzugrenzen sind, ist in dieser Entscheidung jedoch offen geblieben. 43

b) 44

Bei einer Gesamtwürdigung des Wortlauts und des Zwecks des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB und des Sinn und Zwecks des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB sprechen die ganz überwiegenden Gründe dafür, die ökonomische Marktabgrenzung nicht auf die Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB anzuwenden. 45

aa) 46

Zwar spricht für die Ansicht, auch bei Bagatellmärkten sei auf den ökonomischen Markt abzustellen, zunächst der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB, der vom "räumlich relevanten Markt im Sinne dieses Gesetzes" spricht und damit zum Ausdruck bringt, dass von der 47

einheitlichen Bestimmung des räumlich relevanten Marktes auszugehen ist, der nicht nur für den Bereich der Missbrauchsaufsicht gelte, sondern generell bei der Anwendung dieses Gesetzes, insbesondere auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle. Zudem könnte für die ökonomische Abgrenzung des relevanten Marktes auch bei Bagatellmärkten das systematische Argument sprechen, dass der Gesetzgeber in § 39 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ausdrücklich geregelt hat, dass nur die Marktanteile in der Bundesrepublik Deutschland anzugeben sind. Eine ähnliche Regelung hätte er für die Bagatellmärkte in der Fusionskontrolle auch treffen können. Dies ist jedoch unterblieben, so dass daraus geschlossen werden könnte, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht wollte.

bb) 48

Gegen diese Argumente spricht aber der Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB. Es geht bei der Bagatellmarktklausel darum, wirtschaftlich unbedeutende Märkte von der deutschen Fusionskontrolle auszunehmen (vgl. BGH v. 11.07.2006, Az. KVR 28/05 – Saarlouis/Deutsche Bahn) und damit zu einer Arbeitserleichterung für das Bundeskartellamt beizutragen. Dieser Zweck würde leer laufen, wenn man die ökonomische Marktabgrenzung auf diese Klausel anwenden und auch die Fälle erfassen wollte, in denen nur europa- oder sogar weltweit ein Umsatz von mindestens 15 Mio € besteht. Dass dies dem aktuellen Willen des Gesetzgebers entspricht, lässt sich nicht belegen. Seit Einführung der Bagatellmarktklausel in das GWB im Rahmen der 4. GWB-Novelle galt diese unstreitig nur für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland. Warum sich dies jetzt geändert haben soll, ist nicht ersichtlich. Es gibt keine Gründe dafür, dass diese Märkte ohne gesamtwirtschaftliche Relevanz jetzt anders beurteilt werden sollen. Denn die Bagatellmarktklausel dient nicht primär dem Schutz des Wettbewerbs, sondern schränkt den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ein, auch, um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren (*Burholt, WuW 2005, 889, 894*). Eine derartige Begründung für eine andere Betrachtungsweise ist aber nicht ersichtlich und wird auch nicht vorgebracht.

cc) 50

Auch aus einem weiteren Grund sprechen Sinn und Zweck der Regelung dafür, die Marktabgrenzung räumlich auf die Bundesrepublik Deutschland zu begrenzen. Es ging dem Gesetzgeber, wie bereits betont, vornehmlich darum, Fälle mit geringer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung von der Fusionskontrolle auszunehmen (*Bauer, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkopf, a.a.O., § 35, Rn. 16*). Die Bagatellmarktgrenze ist wie die übrigen Aufgreifkriterien des § 35 GWB das Ergebnis einer pragmatischen Abwägung zwischen den möglichen wettbewerblichen Nachteilen von Unternehmenszusammenschlüssen und dem mit der Fusionskontrolle verbundenen Aufwand für Staat und Unternehmen. Bei einer Heranziehung der ökonomischen Marktabgrenzung müssten Unternehmenszusammenschlüsse vom Bundeskartellamt geprüft werden, die aufgrund ihrer Bedeutungslosigkeit bislang nicht überprüft werden mussten (vgl. *Burholt, WuW 2005, 889, 890 f.*). Das widerspricht aber gerade dem Sinn der Bagatellmarktklausel und lässt das Ziel, das Bundeskartellamt zu entlasten, praktisch leer laufen.

Diese Erwägungen finden sich im Übrigen auch bereits in der Entscheidung des Bundeskartellamtes in der Sache K./N. (WuW/E DE-V, 203, 205) wieder. In dieser Entscheidung wurde deutlich herausgearbeitet, warum im Rahmen des Bagatellmarktbereichs an der normativen Marktabgrenzung festgehalten werden müsse. Diese Argumente überzeugen den Senat nach wie vor. Zwar ist diese Entscheidung vor dem Inkrafttreten des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB ergangen, gleichwohl wurde – vor dem Hintergrund der Backofenmarkt-Entscheidung des BGH – auch die ökonomische Marktabgrenzung

erwogen und im Ergebnis abgelehnt. Tatsächlich hat § 19 Abs. 2 S. 3 GWB auch nicht die Gesetzeslage ändern sondern nur klarstellen sollen, was richtigerweise schon zuvor gegolten hat.

In diesem Zusammenhang ist zudem auch auf die Entscheidung des BGH vom 11.07.2006 (Az: KVR 28/05) hinzuweisen, in der der BGH auf die Anwendung der Bündeltheorie in Bagatellmärkten der Fusionskontrolle eingegangen ist und dabei deutlich gemacht hat, dass es bei der rechtlichen Beurteilung von Bagatellmärkten in der Fusionskontrolle auf eine am Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel orientierten Auslegung ankommt. Er hat betont, dass es darum gehe, gesamtwirtschaftlich unbedeutende Märkte von der deutschen Fusionskontrolle auszunehmen. Dieser Zielsetzung würde es zuwiderlaufen, wenn unbedeutende Märkte in Deutschland nur dadurch einen – allerdings nur außerhalb Deutschlands bestehenden - Bedeutungszuwachs erhielten, weil man den Markt ökonomisch abgrenzt und die Umsätze außerhalb Deutschlands einbezieht. 53

dd) 54

Auch aus dem Gesetzgebungsverfahren lässt sich entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes nicht ableiten, dass eine Anwendung der Regelung des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB im Bereich der Bagatellmärkte in der Fusionskontrolle gewollt ist. Die Bundesregierung führt in ihrer Begründung zu § 19 Abs. 2 S. 3 GWB aus: "§ 19 Abs. 2 stellt nunmehr im Gesetzeswortlaut ausdrücklich klar, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes und dass dieser Markt auch für die wettbewerbliche Beurteilung (Marktbeherrschung) zugrunde zu legen ist." (*BT-Drucks. 15/3640, S. 30*). Weiter wird ausgeführt: "In dem neuen Satz 3 wird klargestellt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Zugrunde zu legen ist der räumliche Markt, wie er sich durch die Abgrenzung nach den maßgeblichen Kriterien ergibt (ökonomischer Marktbegriff)." Dass diese Begründung auch auf die Bagatellmarktklausel zu beziehen ist, ist – wie aus dem Begründungszusammenhang deutlich wird - eher nicht anzunehmen, denn der Gesetzgeber hat in seiner Begründung deutlich gemacht, dass die Einführung des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB dazu beitragen solle, die erhoffte Wirkung der Änderungen in der 6. GWB-Novelle durchzusetzen. Diese Änderung bezog sich aber nicht auf die Bagatellmärkte, sondern auf die Prüfung der Marktbeherrschung nach dem Backofenmarkt-Beschluss des BGH, die nach Auffassung des Gesetzgebers vor allem in einem Beschluss des OLG Düsseldorf zu sehr noch auf den normativen Marktbegriff abgestellt habe. Auf die Frage der Bagatellmärkte ist der Gesetzgeber in seiner Begründung dagegen überhaupt nicht eingegangen. 55

ee) 56

Soweit gegen diese hier vertretene Auffassung eingewendet werden könnte, dass sich daraus eine gespaltene Anwendung der räumlichen Marktabgrenzung ergebe, ist dies hinnehmbar, um den Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel vor einem Leerlaufen zu schützen. Eine Begründung für ein Abweichen liefert der Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. S. 1 2 Nr. 2 GWB. Hier geht es darum, dass das deutsche Recht akzeptiert, dass bestimmte Zusammenschlüsse nicht der Kontrolle unterfallen, wenn sie gesamtwirtschaftlich ohne Bedeutung sind. Dies hat der Gesetzgeber an Schwellenwerte angeknüpft. Der Hinweis auf die gesamtwirtschaftliche Bedeutung deutet darauf hin, dass eine deutsche gesamtwirtschaftliche Bedeutung gemeint ist. Andernfalls käme man zu dem schwerlich gewollten Ergebnis, dass Fusionen der deutschen Fusionskontrolle unterfallen, bei denen wesentliche oder sogar fast sämtliche Umsätze außerhalb Deutschlands getätigt werden. Im Ergebnis würde die ökonomische 57

Marktabgrenzung damit zur Folge haben können, dass in Deutschland die Fusionskontrolle für ein Verhalten ausgeübt wird, das im wesentlichen Bedeutung in anderen Staaten hat und dort möglicherweise anderen Bewertungen unterfallen. Da die Bagatellmarktklausel aber eine vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Entscheidung ist, die Fusionskontrolle bei de-minimis-Fällen nicht anzuwenden, soll sich diese Ausnahme auch nur auf den deutschen Markt und damit auf den Anwendungsbereich des GWB beziehen. Dieses Argument lässt sich auch anders herum wenden: Eine Bagatellmarktklausel als Ausdruck des Verhältnismäßigkeits-grundsatzes ist eine Ordnungsentscheidung für den deutschen Markt und nicht für außerhalb Deutschlands liegende Märkte.

ff) 58

§ 130 Abs. 2 GWB spielt als "Korrekturmöglichkeit", wie es das Bundeskartellamt sehen will, keine Rolle. Insoweit übersieht das Bundeskartellamt, dass die Zielrichtungen des § 130 Abs. 2 GWB und der Bagatellmarktklausel im Fusionskontrollrecht ganz andere sind. § 130 Abs. 2 GWB normiert das Auswirkungsprinzip und stellt eine Regelung darüber auf, wann auch Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Ausland eine Rolle für die rechtliche Beurteilung im Inland haben. Die Bagatellmarktklausel in der Fusionkontrolle setzt bereits die Auswirkungen im Inland voraus und regelt, dass die Vorschriften der Fusionskontrolle des GWB aus Opportunitätsgründen keine Anwendung finden sollen. Schließlich lässt sich aus § 130 Abs. 2 GWB schließen, dass nur der inländische Markt geschützt werden soll. Es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, warum das Bundeskartellamt nunmehr Unternehmenszusammen-schlüsse, die für den deutschen Markt nur geringe Auswirkung haben, deshalb überprüfen muss, weil die beteiligten Unternehmen im Ausland Umsätze erwirtschaften, die geringfügig über der Schwelle des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB liegen. Denn auch für § 130 Abs. 2 GWB verlangt der BGH eine spürbare Auswirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse im Inland (*WuW/E BGH 1613, 1614 "Organische Pigmente"; Stadler in: Langen/Bunte, a.a.O., § 130, Rn. 191 f.*). Nach der herrschenden Schutzzwecktheorie liegt eine Inlandswirkung vor, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung den Schutzbereich der jeweils in Betracht kommenden Sachnorm des GWB berührt (*Stockmann in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, a.a.O., § 130, Rn. 46*). Geht man davon aus, dass der Schutzzweck des GWB der deutsche Markt ist und die Bagatellmarktklausel Teil dieses Schutzsystems, so können Auslandsumsätze gerade nicht zur Beurteilung deutscher Bagatellmärkte herangezogen werden.

c) 60

Aus alledem folgt, dass bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB nicht auf die ökonomische Marktabgrenzung des § 19 Abs. 2 S. 3 GWB angestellt werden darf, sondern nur der Markt in der Bundesrepublik Deutschland zu betrachten ist. 61

Unter Zugrundelegung dessen ist die Umsatzschwelle des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht überschritten, denn unstreitig erreichen die beiden Beteiligten auf dem Markt der Oral Care-Filamente in Deutschland nur weniger als 15 Mio. €, so dass die Regeln über die Fusionskontrolle des GWB auf den hier angemeldeten Zusammenschluss nicht anzuwenden sind. Damit kommt es auch nicht auf die strittige Frage an, ob der Markt für Oral Care Filamente in zwei Teilmärkte "Standard Oral Care Filamente" und in "High Tech Oral Care Filamente" zu unterteilen ist. 62

4. 63

64

Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze der Beteiligten zu 1. und 2. geben angesichts der Tatsache, dass die Beschwerden unabhängig von dem Inhalt dieser Schriftsätze erfolgreich sind, keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

III. 65

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden war (§ 74 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 GWB). 66

IV. 67

Die Kostenentscheidung folgt aus § 78 GWB. Das Bundeskartellamt hat als im Beschwerdeverfahren unterlegene Partei die Gerichtskosten zu tragen. Es hat darüber hinaus aus Gründen der Billigkeit den obsiegenden Beschwerdeführerinnen die ihnen in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten. 68

Gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO bemisst sich im Verfahren über Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörden der Gegenstandswert nach dem wirtschaftlichen Interesse, welches die beschwerdeführenden Parteien mit ihrem Rechtsmittel verfolgen. Dieses Interesse hat der Senat nach Befragung der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung auf (bis zu) 4.000.000 € beziffert. 69

Rechtsmittelbelehrung: 70

Gegen diesen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Auch diese Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Rechtsbeschwerde und –begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 71

B. K. Prof. Dr. E. ist urlaubsabwesend und kann deshalb nicht unterschreiben. 72

B. 73