

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

VI – Kart 5/06 (V)

Verkündet lt. Protokoll
am 14. März 2007
Reimann, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem kartellverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren

1. Soda-Club GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Tomas Schwab, Äppelallee 29, 65203 Wiesbaden,
2. Soda-Club International B.V. vertreten durch ihren Geschäftsführer Mark Sims, Trinstraat 6, 4823 AA Breda, Niederlande,

Beteiligte und Beschwerdeführerinnen,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Linklaters in 50667 Köln,

gegen

Bundeskartellamt, vertreten durch seinen Präsidenten, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn,

Beschwerdegegner,

Weitere Verfahrensbeteiligte:

1. ds-produkte Dieter Schwarz GmbH, Stormaring 14, 22145 Stapelfeld,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte CMS Hasche Sigle in 40476 Düsseldorf,

2. Brandmann Logistik und Vertriebs GmbH, Förden,
3. Brunzel & Brunzel GmbH, Hückeswagen,
4. BWL Bergisches Wasser- und Umweltlabor, Wuppertal
5. F & H Füllservice und Handel GmbH & Co. KG, Radevormwald,
6. Fa. Gako, Stahnsdorf,
7. Fa. Helling, Warburg,
8. Füllco GmbH, Sottrum,
9. SIS GmbH Sinnß Industrieservice, Bochum,
10. Wischnewski Vertrieb für Getränkesysteme GmbH, Greven,
11. W. Kohls Feuerlöscher GmbH, Köln,
12. Fa. Tatzke, March-Hugstetten,
13. SodaFresh AG, Birren, Schweiz,
14. Soda Maschinen CO2 & Zubehör, Waltrop,

- 15.Fa. Bianca Vitt, Saarbrücken,
- 16.Fa. Fernseh-Binder, Ohlstadt,
- 17.Fa. Schuster & Kohl, Bobingen,
- 18.Hinrich Kiel GmbH & Co. KG, Bordesholm,
- 19. Hermann Hagemeyer GmbH & Co. KG, Scham,
- 20. Soda 2000, Unterföhring,

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Zentek in 44265 Dortmund,

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kühnen, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann und den Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Ehrlicke

beschlossen:

I.

Die Beschwerden der Beteiligten gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 9. Februar 2006 (B3 - 39/03) werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die in Ziffer 5. a) verfügte Hinweispflicht entfällt.

II.

Die Beteiligten haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen; sie haben darüber hinaus dem Bundeskartellamt und den Beigeladenen ihre in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

III. Der Beschwerdewert wird auf 5 Mio. Euro festgesetzt.

IV. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Unternehmensgruppe Soda-Club wurde 1991 gegründet und ist inzwischen europaweit tätig. Zu ihr gehören auch die Beteiligten (nachfolgend: Soda-Club). Die Beteiligte zu 2. betreibt das wesentliche operative Geschäft der Unternehmensgruppe; die Beteiligte zu 1. ist die deutsche Vertriebsgesellschaft der Beteiligten zu 2..

Soda-Club produziert und vertreibt Besprudelungsgeräte. Mit diesen Geräten kann der Endverbraucher sein Mineralwasser selbst herstellen, indem er Leitungswasser mit Kohlensäure versetzt. Sowohl von Soda-Club wie auch von allen Wettbewerbern werden die Besprudelungsgeräte im Set - d.h. einschließlich eines gefüllten Kohlensäure-Zylinders und einer PET-Flasche für das selbst gemachte Mineralwasser - verkauft. Da der Markt für Besprudelungsgeräte mittlerweile gesättigt ist und nur noch geringe Zuwachsraten verzeichnen kann, sind die Set-Preise im Laufe der Zeit deutlich gesunken. Während die Gerätesets Anfang der 90iger Jahre noch zwischen 150 und 200 DM kosteten, sind sie heute bereits zu Preisen ab 30 € erhältlich. Dementsprechend erzielt

Soda-Club heutzutage den größten Teil seines Umsatzes nicht mehr aus dem Verkauf der Besprudelungsgeräte, sondern aus der Wiederbefüllung der Kohlensäure-Zylinder.

Je nach Größe des Zylinders reicht die Füllmenge für die Herstellung von 30 Liter (300g-Zylinder) bis 60 Liter (425 g-Zylinder) Mineralwasser. Ist der Zylinder leer, kann der Kunde ihn gegen einen vollen Zylinder umtauschen, wobei er lediglich die gelieferte Kohlensäuremenge zu bezahlen hat. Zur Versorgung seiner Kunden mit Kohlensäure unterhält Soda-Club ein zentrales Abfüllwerk in Limburg sowie ein bundesweites Vertriebshändlernetz mit Annahmestellen zum Umtausch der Zylinder. Das Befüllgeschäft hat Soda-Club folgendermaßen organisiert:

Während der 300g-Stahlzylinder - der auch bei den Besprudelungsgeräten der Wettbewerber verwendet werden kann - dem Kunden verkauft wird, sollen die Aluminium-Zylinder mit einem Füllgewicht von 325 g und 425 g nur mietweise überlassen werden. Für diese Mietzylinder fordert Soda-Club vom Kunden bei Aushändigung eine Mietvorauszahlung. Gibt der Kunde den Zylinder vor Ablauf von 9 Jahren endgültig - also nicht nur zum Zwecke der Wiederbefüllung - an Soda-Club zurück, wird ihm die Vorauszahlung gegen Vorlage des Kassenbelegs und eines Benutzerzertifikats teilweise erstattet. Die Höhe der Rückerstattung hängt von der Mietzeit ab. Für das erste Nutzungsjahr bringt Soda-Club 20 % und für jedes weitere Jahr 10 % der Vorauszahlung in Abzug. Darüber hinaus verpflichtet Soda-Club seine Vertriebshändler, die Mietzylinder ausschließlich über Soda-Club wiederbefüllen zu lassen. Eine Befüllung durch Drittunternehmen verfolgt das Unternehmen gegenüber dem betreffenden Endverbraucher, Händler und Abfüllunternehmen als Eigentumsverletzung. Überdies begrenzt Soda-Club gegenüber seinen Vertriebshändlern die Rücknahme von Mietzylindern in mehrfacher Hinsicht. Bei Vertragsende wird maximal die Zahl der zuvor über Soda-Club bezogenen Mietzylinder zurückgenommen. Von dritter Seite erhaltene Mietzylinder muss der Vertriebshändler folglich auf eigene Kosten einlagern und darf sie anschließend auch nicht durch ein Drittunternehmen befüllen lassen. Außerdem tauscht Soda-Club volle und leere Mietzylinder im Verhältnis 1 : 1. Der Vertriebshändler kann einen aufgestockten Zylindervorrat bei Vertragsende mithin nicht an Soda-Club zurückgeben. Soda-Club lehnt es gegenüber seinen Vertriebshändlern schließlich ab, nach Vertragsende überhaupt noch Mietzylinder entgegenzunehmen. Das Unternehmen weigert sich zudem, Mietvorauszahlungsbeträge, die der Vertriebshändler dem Kunden ausgezahlt hat, nach Beendigung des Händlervertrages noch zu erstatten. Soda-Club lehnt es ferner ab, von freien Händlern oder konkurrierenden Abfüllunternehmen Mietzylinder entgegen zu nehmen.

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass Soda-Club durch die beschriebene Ausgestaltung des Zylinder-Mietsystems seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Befüllung von Kohlensäure-Zylindern für Besprudelungsgeräte missbrauche (Art. 82 EG, § 19, 20 GWB). Das System führe im Ergebnis zu einer wettbewerbschädlichen Marktverstopfung durch Soda-Club-Mietzylinder. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amt

1. festgestellt, dass

a) das von der Beteiligten zu 1. praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der von Soda Club in den Verkehr gebrachten und von ihr als Mietzylinder bezeichneten CO₂-Zylinder für Trinkwasser-Besprudelungsgeräte gegen § 19 GWB und Art. 82 EG verstößt,

b) nicht (mehr) vertraglich an die Beteiligte zu 1. gebundene Unternehmen Soda-Club-Mietzylinder von Endverbrauchern und vertraglich nicht (mehr) an die Beteiligte zu 1. gebundene Unternehmen entgegennehmen, sie unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften befüllen oder bei Abfüllunternehmen, welche die für eine Befüllung notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, befüllen lassen und in den Verkehr bringen dürfen,

c) Endverbraucher die Soda-Club-Mietzylinder bei Unternehmen ihrer Wahl tauschen bzw. wiederbefüllen lassen dürfen,

2. Soda-Club untersagt,

die vorstehend unter 1 b) genannten Unternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe der Mietzylinder zu hindern, und

3. Soda-Club aufgegeben,

a) die auf den Mietzylindern angebrachte Banderole binnen einer Frist von 2 Monaten textlich an die vorstehenden Vorgaben zu 1. b) bis 2. anzupassen

und

b) zusätzlich - und ohne die Einräumung einer Umstellungsfrist – auf der Banderole in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar den folgenden Text aufzubringen:

„Dieser Zylinder sowie alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes dürfen nicht nur vom Soda-Club, sondern - unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften - auch von anderen Abfüllunternehmen befüllt werden.“

Dagegen wendet sich Soda-Club mit der Beschwerde.

Sie bestreitet ein kartellrechtswidriges Verhalten und erhebt in diesem Zusammenhang Einwendungen gegen die sachliche Marktabgrenzung und die Marktanteilsberechnung des Amtes. Außerdem - so meint sie - fehle es an einem missbräuchlichen Verhalten. Das Verbot der Fremdafüllung sei durch objektive Gründe gerechtfertigt. Es sei nicht nur zur Qualitätssicherung und der Sicherstellung einer angemessenen Systemmarge erforderlich, sondern zudem auch notwendig, um die Einhaltung der einschlägigen Sicherheitsbestimmungen für das Befüllen der Kohlensäurezylinder zu gewährleisten. Ein Verstoß gegen Art. 82 EG liege überdies schon deshalb nicht vor, weil das Miet-system den zwischenstaatlichen Handel nicht – jedenfalls nicht spürbar - beeinträch-tige.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatbestandlichen Feststellungen in dem angefochtenen Beschluss sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Beschwerden haben keinen Erfolg. Das Bundeskartellamt hat zu Recht die Kartellrechtswidrigkeit des Soda-Club-Mietzylindersystems festgestellt und Soda-Club aufgegeben, zukünftig eine Fremdbefüllung ihrer Mietzylinder zuzulassen sowie einen entsprechenden Hinweis auf der Zylinder-Banderole anzubringen. Die in diesem

Zusammenhang getroffenen Anordnungen des Amtes sind mit der tenorierten Maßgabe erforderlich, um den in Rede stehenden Kartellverstoß abzustellen (§ 32 Abs. 2 GWB).

A. Die Ausgestaltung des Soda-Club-Mietzylindersystems verstößt gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot des Art. 82 EG. Nach dieser Vorschrift ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten, die ein oder mehrere Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben innehaben, soweit hierdurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann.

1. Soda-Club ist Normadressat des Art. 82 EG. Sie besitzt - was für die Annahme einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Art. 82 EG genügt (vgl. Dirksen in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 10. Aufl., Art. 82 Rdnr. 70 m.w.N.) - jedenfalls auf dem bundesdeutschen Markt für die Befüllung von Kohlendioxidzylindern zur Verwendung in Besprühungsgeräten eine marktbeherrschende Position.

a) Das zur Beurteilung stehende Verhalten der Beteiligten betrifft in sachlicher Hinsicht den Angebotsmarkt für die Befüllung von Kohlendioxidzylindern zum Einsatz in Besprühungsgeräten. Innerhalb dieses Marktes bilden die einzelnen Zylindergrößen keine separaten Teilmärkte. Davon geht mit Recht auch die Beschwerde aus. Denn die Befüllautomaten können ohne erheblichen Zeit- und Kostenaufwand auf die unterschiedlichen Zylindergrößen umgestellt werden.

aa) Der Befüllmarkt ist - entgegen der Ansicht der Beschwerde - nicht um den Produktmarkt für gebrauchsfertiges Sprudelwasser zu erweitern. Zwar dienen die Befüllung eines Kohlendioxidzylinders einerseits und der Kauf von handelsüblichem Sprudelwasser andererseits dem Letztverbraucher im Endergebnis gleichermaßen dazu, seinen Bedarf an Mineralwasser zu decken. In dem einen Fall stellt der Endkunde das Mineralwasser mit Hilfe eines zuvor erworbenen Besprühungsgerätes und unter Einsatz des (nach-)gefüllten Kohlendioxidzylinders aus Leitungswasser selbst her, in dem anderen Fall kauft der Verbraucher im Getränke- oder Lebensmitteleinzelhandel fertiges Sprudelwasser. Diese funktionale Austauschbarkeit, die das Endprodukt „Mineralwasser“ aus der Sicht des nachfragenden Endverbrauchers besitzt, rechtfertigt es indes nicht, die Befüllung von Kohlendioxidzylinder und verzehrfertiges Sprudelwasser einem einheitlichen Angebotsmarkt zuzurechnen. Die Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept ist ein Hilfskriterium für die Feststellung, ob ein Anbieter (oder Nachfrager) von Waren oder gewerblichen Leistungen marktbeherrschend, d.h. keinem oder einem nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Ziel der Bestimmung des (sachlich und räumlich) relevanten Marktes ist die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Sie ermöglicht es, der Zielsetzung des kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots entsprechend die missbräuchliche Ausnutzung nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierter Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden (BGH, WuW/E DE-R 1681, 1687 m.w.N. – DB Regio/üstra). Dementsprechend darf das Bedarfsmarktkonzept nicht mechanisch, sondern muss Zweck bezogen dahin angewendet werden, die im konkreten Fall relevanten Wettbewerbskräfte zu ermitteln. So kann eine vom Bedarfsmarktkonzept abweichende (räumliche) Marktabgrenzung dann geboten sein, wenn in einem regionalen Bereich zwar an sich überregionale Austauschmöglichkeiten bestehen, sie vom Abnehmer aber praktisch nicht wahrgenommen werden, so dass in der betreffenden Region tatsächlich kein nennenswerter Wettbewerb stattfindet (BGH, BGHZ 156, 379, 384 f. – Strom und Telefon I). Ebenso kann eine nach Marktstufen und Abneh-

mergruppen differenzierte Marktabgrenzung geboten sein, sofern der Hersteller diesbezüglich zu einem unterschiedlichen Verhalten, insbesondere zu einer differenzierten Marktstrategie, in der Lage ist. In diesem Sinne bildet beispielsweise Hundefertigfutter bei der Prüfung von Behinderungspraktiken im Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer oder im Verhältnis des Lieferanten zu anderen Anbietern auch dann einen gesonderten sachlichen Markt, wenn das Fertigfutter aus der Sicht des Endverbrauchers in Konkurrenz zu anderen Tiernahrungsmitteln wie etwa Nassfutter steht (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 27; vgl. auch KG, WuW/E OLG 2403, 2404 - Fertigfutter).

Wendet man diese Rechtsgrundsätze auf den Entscheidungsfall an, stellt der Angebotsmarkt für die Befüllung von Kohlendioxidzylindern zum Einsatz in Besprudelungsgeräten einen eigenständigen Teilmarkt unterhalb des Gesamtmarktes der (selbstergestellten oder verkaufsfertigen) Mineralwässer dar. Die Wettbewerbsverhältnisse auf jenem Teilmarkt unterscheiden sich nämlich signifikant von der Marktstruktur auf dem Gesamtmarkt. Grundverschieden ist bereits die Größe der jeweiligen Nachfragergruppe. Legt man den Sachvortrag der Beschwerde zugrunde, verfügen 27,5 % aller bundesdeutschen Haushalte über ein Besprudelungsgerät. Von diesen Haushalten konsumieren allerdings 99 % als sog. dual user neben dem selbst gemachten Sprudelwasser in nennenswertem Umfang auch Fertiggetränke. Demgemäß kommen als Abnehmer von verbrauchsfertigem Mineralwasser nahezu alle Endverbraucher in Betracht, die Sprudelwasser verzehren. Der Kreis der Nachfrager einer Befüllung von Kohlendioxidzylindern ist demgegenüber weitaus kleiner. Er beschränkt sich von vornherein auf diejenigen Haushalte, die über ein Besprudelungsgerät verfügen. Denn nur bei diesen Endverbrauchern kann ein Bedarf an der in Rede stehenden Befülldienstleistung entstehen. Der aufgezeigte Zusammenhang zwischen dem Besitz eines Besprudelungsgerätes und der Nachfrage nach einer Befüllung des Kohlendioxidzylinders prägt auch die Wettbewerbssituation auf der Anbieterseite. Da der Endkunde sein Leitungswasser nur dann mit Kohlendioxid versetzen kann, wenn er über ein Besprudelungsgerät verfügt, stehen die Hersteller von verkaufsfertigem Mineralwasser in erster Linie in einem Wettbewerb zu den Anbietern der Besprudelungsgeräte. Die (Wieder-)Befüllung des Kohlendioxidzylinders, die der Käufer eines Besprudelungsgerätes sodann für den längerfristigen Einsatz seines Gerätes benötigt, ist eine davon abgeleitete Nachfrage auf einem nach gelagerten Markt. Auf jenem Befüllmarkt sind die Mineralwasserhersteller weder aktuell noch potenziell tätig. Hier stehen vielmehr ausschließlich die Befüllunternehmen in Konkurrenz. Lediglich in diesem Wettbewerbsverhältnis kann sich auch das zur kartellrechtlichen Prüfung stehende Verhalten der Soda-Club auswirken. Durch die vom Bundeskartellamt als kartellrechtswidrig beanstandete Ausgestaltung des Zylinder-Mietsystems können alleine die mit Soda-Club konkurrierenden Befüllunternehmen - und nicht darüber hinaus auch die Produzenten von verbrauchsfertigem Mineralwasser - betroffen sein. Denn die vom Amt befürchtete Marktverstopfung durch Soda-Club-Mietzylinder und die damit einhergehende Monopolisierung des Befüllmarktes durch Soda-Club führen gegenüber den Mineralwasserherstellern ersichtlich zu keinerlei wettbewerbsschädlichen Wirkungen. Es verfehlt deshalb die für den erhobenen Behinderungsvorwurf relevanten Wettbewerbsverhältnisse, wenn man - wie die Beschwerde befürwortet - bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Soda-Club-Mietzylindersystems auf den Gesamtmarkt für (selbst hergestelltes und fertiges) Mineralwasser abstellt. Die Frage, ob die Ausgestaltung des Mietzylindersystems kartellrechtlich verboten ist, weil Soda-Club gegenüber seinen Mitbewerbern eine beherrschende Marktstellung innehat und diese Position in missbräuchlicher Weise ausnutzt, kann sinnvoll nur in Bezug auf das (Wieder-)Befüllen von Kohlendioxidzylinder gestellt und beantwortet werden. Denn das streitbefangene Verhalten von Soda-

Club kann alleine zu einer Beschränkung oder Verfälschung des dort existierenden Wettbewerbs führen.

bb) In den sachlich relevanten Markt sind - entgegen der Ansicht von Soda-Club - nicht zusätzlich sämtliche Anbieter von Befülldienstleistungen einzubeziehen, die aktuell zwar keine Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte, aber solche für andere Anwendungsbereiche (z.B. zur Verwendung in Zapfanlagen, Hausbars, Coca-Cola-Maschinen oder Feuerlöschern sowie für die Aquaristik) befüllen. Unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität (vgl. BGH, WuW/E DE-R 1355, 1357 - Staubsaugerbeutelmarkt) können die Anbieter dieser Befüllleistungen nur dann und insoweit zum sachlich relevanten Markt gezählt werden, wie sie zur Erzielung eines besseren Preises bereit und in der Lage sind, ihr Dienstleistungsangebot kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand auf die Befüllung von Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte umzustellen.

Diese Voraussetzungen mögen - der Beschwerde folgend - erfüllt sein, soweit die Zylinder mittels einer manuellen oder halbautomatischen Maschine befüllt werden. Bei diesen Füllmaschinen handelt es sich - wie die von der Beschwerde vorgelegten Lichtbilder zeigen (Anlage BF 17) - um Tischgeräte, bei denen der Kohlendioxidzylinder jeweils per Hand ein- und ausgespannt werden muss. Es ist plausibel, dass mit diesen Vorrichtungen ohne einen prohibitiven Mehraufwand Zylinder für unterschiedliche Anwendungsgebiete befüllt werden können, sofern Zylindergröße und Einfülldruck eine Befüllung mit dem betreffenden Gerät zulassen. Denn der nachzufüllende Kohlendioxidzylinder muss ohnehin per Hand ein- und ausgespannt werden und ein etwaig erforderlicher Adapterwechsel ist mit wenigen Handgriffen erledigt. Gleichwohl können die insoweit zum relevanten Markt zu zählenden Befüllkapazitäten der Tischgeräte bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Falles außer Betracht bleiben. Aufgrund der beschriebenen erheblichen Handarbeit, die der einzelne Befüllvorgang erfordert, verfügen die Tischgeräte im Vergleich zu den Befüllautomaten, mit denen Soda-Club und ihre Wettbewerber die Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte in hoher Stückzahl vollautomatisch befüllen, nur über eine zu vernachlässigende Kapazität. Von den Tischgeräten geht infolgedessen auch kein relevanter Wettbewerbsdruck auf diejenigen Unternehmen aus, die Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte befüllen.

Nicht zum relevanten Markt gehören demgegenüber die Füllmaschinen mit vollautomatischer Einspannvorrichtung. Denn die Betreiber vollautomatischer Befüllmaschinen, die bislang keine Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte befüllen, können ihr Dienstleistungsangebot nicht kurzfristig und unter wirtschaftlich vernünftigen Bedingungen auf jene Zylinder ausdehnen. Wie Soda-Club in diesem Zusammenhang selbst vorträgt, lassen sich die Abfüllautomaten angesichts ihrer erheblichen Anschaffungskosten nur durch größere Abfüllunternehmen mit einem entsprechend hohen Zylinderumschlag wirtschaftlich betreiben. Da die Maschine die Zylinder vollautomatisch ein- und ausspannt, können ohne eine Maschinenumrüstung immer nur Zylinder identischer Größe und mit identischem Einfüllstutzen befüllt werden. Eine hinreichende Auslastung des Befüllautomaten ist deshalb von vornherein nur dann möglich, wenn der Maschinenbetrieb möglichst selten durch Umrüstmaßnahmen auf eine andere Zylindergröße oder einen anderen Befüllstutzen unterbrochen wird. Das wiederum setzt voraus, dass die Zylinder, die in Zapfanlagen, Hausbars, Coca-Cola-Maschinen, Feuerlöschern oder in der Aquaristik Verwendung finden und aufgrund ihrer hohen Stückzahl in vollautomatischen Befüllmaschinen nachgefüllt werden, und die Kohlendioxidzylinder für Besprudelungsgeräte, die vollautomatisch befüllt werden (vor allem 300 g, 325 g, 425 g), dieselbe Größe und dieselbe Einfüllvorrichtung aufweisen. Das ist nicht der Fall. Die Beigeladenen haben dazu vorgetragen, dass beispielsweise Feuerlöschpatronen mit

einem Füllgewicht von bis 1000 g in Deutschland nicht zugelassen sind und Zylinder für Bierschankanlagen regelmäßig ein Fassungsvermögen von 6000 g aufweisen, dass ferner die in Zapfanlagen etc. verwendeten Zylinder oftmals mit einem anderen Ventil ausgerüstet sind als die Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte, und dass schließlich der Kohlensäure für Feuerlöschpatronen oftmals Riechstoffe beigefügt wird, weshalb ohne ein Entleeren der Schläuche keine Zylinder für Besprudelungsgeräte befüllt werden können. Aus alledem ist zu folgern, dass die Unternehmen, die vollautomatisch Zylinder zum Einsatz in Zapfanlagen, Hausbars, Coca-Cola-Maschinen, Feuerlöschern usw. nachfüllen, ihr Angebot nicht kurzfristig und unter wirtschaftlich vernünftigen Bedingungen um die Befüllung von Kohlensäurezylinder für Besprudelungsgeräte erweitern können. Das Vorbringen von Soda-Club zieht dies nicht in Zweifel. Die Beschwerde räumt ein, dass die Zylinder für Bierzapfanlagen in der Mehrzahl der Fälle ein erhebliches größeres Füllgewicht (von 2000 g) aufweisen, weshalb insoweit eine Angebotsumstellungsflexibilität von vornherein ausscheidet. Die Beschwerde trägt überdies selbst vor, dass die neben diesen großen Gebindegrößen vorhandenen kleineren Zylinder, die in Zapfanlagen sowie - ohne den Zusatz von Riechstoffen - in kleinen Feuerlöschern für den Privatgebrauch und in der Aquaristik Verwendung finden, mit Hilfe von manuellen oder halbautomatischen Abfüllgeräten befüllt werden. Auch für diese Anbieter lässt sich folglich eine hinreichende Produktionsumstellungsflexibilität in Bezug auf die vollautomatischen Abfüllanlagen für Besprudelungszylinder nicht annehmen.

b) In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt nach den Feststellungen des Amtes das gesamte Bundesgebiet. Dagegen erhebt auch die Beschwerde keine Einwände.

c) Soda-Club verfügt auf dem vorstehend beschriebenen Markt über eine beherrschende Stellung.

Eine marktbeherrschende Stellung i.S. des Art. 82 EG liegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vor, wenn ein Unternehmen aufgrund seiner wirtschaftlichen Machtstellung in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich auch den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten (EuGH, Ur. v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Sig. 1979, 461, Tz. 38 – Hoffmann-LaRoche; Ur. v. 15.12.1994, Rs. C-250/92, Sig. 1994, 1-5641 Tz. 47 – DLG; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Art. 82 EG Rn. 18; Bergmann in Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Art. 82 Rdnr. 92; Dirksen, a.a.O. Rdnr. 10, 38 ff.). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Marktanteil zu. Bei diesem Kriterium handelt es sich - zumal wenn ein hoher Marktanteil über mehrere Jahre hinweg unangefochten besteht - um ein besonders aussagekräftiges und bedeutsames Indiz, aus dem sich eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls dann ableiten lässt, wenn nicht andere Kriterien festgestellt werden können, aus denen sich ergibt, dass das betreffende Unternehmen trotz des hohen Marktanteils nicht über einen überragenden, nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt (vgl. BGH, WuW/E DE-R 1301, 1303 – ANZAG). Soda-Club verfügt über eine solche Marktstellung.

aa) Das Bundeskartellamt hat im Rahmen seiner Ermittlungen festgestellt, dass Soda-Club auf dem bundesdeutschen Markt der Befüllung von Kohlensäurezylindern für Besprudelungsgeräte in den Jahren 2002 bis 2004 mit weitem Abstand vor seinen Konkurrenten die höchsten Marktanteile inne gehabt hat. Stellt man - wie es mit Rücksicht

auf die auf dem Markt vorhandenen unterschiedlichen Zylindergrößen geboten ist - auf den wertmäßigen (und nicht auf den zahlenmäßigen) Marktanteil ab, belief sich dieser bei Soda-Club in allen 3 Jahren auf mehr als 70%. Auf die Beigeladene zu 1. (nachfolgend: ds-produkte) als der nächst größten Anbieterin der in Rede stehenden Befüllleistungen entfiel demgegenüber nur ein Marktanteil von unter 15 % und auf alle sonstigen Abfüllunternehmen zusammen ebenfalls lediglich ein Marktanteil von weniger als 15 %. Der sehr hohe Marktanteil, den Soda-Club über mehrere Jahre unangefochten gehalten hat, und der damit einhergehende enorme Marktanteilsabstand zu seinen Wettbewerbern belegen die marktbeherrschende Stellung von Soda-Club auf dem relevanten Markt. Anhaltspunkte, die ausnahmsweise einen entgegenstehenden Schluss zulassen könnten, liegen nicht vor. Vielmehr bestätigt die vom Amt ermittelte Marktstruktur die überragende Position von Soda-Club. Von den insgesamt 40 Unternehmen, die dem Bundeskartellamt als Anbieter von Befüllleistungen für Besprudelungsgeräten auf dem bundesdeutschen Markt bekannt geworden sind, handelt es sich in der weitaus überwiegend Zahl um Klein- und Kleinstanbieter. 32 Unternehmen erzielen mit den betreffenden Abfülldienstleistungen einen jährlichen Umsatz von jeweils unter 300.000 €. Von diesen wiederum generieren 16 Betriebe sogar nur einen Jahresumsatz von deutlich unter 50.000 € und 10 Unternehmen bloß einen jährlichen Umsatz von weniger als 10.000 €. Bei einem Gesamtmarktvolumen zwischen 40 und 60 Mio. € (2002: 40 bis 50 Mio. €, 2003: 50 bis 60 Mio. €, 2004: 40 bis 50 Mio. €) entfiel auf Soda-Club demgegenüber ein Jahresumsatz von mindestens 28 Mio. € (70 % von 40 Mio. €). Neben Soda-Club ist lediglich ds-produkte als ein größeres Unternehmen auf dem bundesdeutschen Befüllmarkt tätig. Das Unternehmen konnte in den letzten Jahren zwar beim Verkauf von Besprudelungsgeräten (Gesamtmarktvolumen im Jahr 2004: 15 bis 25 Mio. €) Marktanteile hinzugewinnen und ist auf diesem Markt mittlerweile Marktführer. Auf dem Befüllmarkt ist seine Marktposition indes nahezu unverändert geblieben. Das belegen die Anfang 2007 durchgeführten ergänzenden Ermittlungen des Amtes zum Befüllungsmarkt. Danach lag der Marktanteil von Soda-Club im Jahr 2005 zwischen 65 und 75 %, während ds-produkte nur einen Marktanteil zwischen 10 und 20 % und alle übrigen Anbieter zusammen lediglich einen Anteil zwischen 8 und 18 % hielten. Ein ähnliches Bild ergibt sich für das Jahr 2006. Der Marktanteil von Soda-Club betrug 62 bis 72 %, derjenige von ds-produkte 11 bis 21 % und der Anteil der restlichen Abfüllbetriebe 9 bis 19 %. Dies zeigt, dass Soda-Club ungeachtet des auf dem Gerätemarkt stattfindenden Wettbewerbs seine dominante Stellung auf dem Befüllmarkt behaupten konnte und dort über einen wettbewerblichen Verhaltensspielraum verfügt, der nicht durch ds-produkte - und erst recht nicht durch die anderen (kleinen) Anbieter - wirksam kontrolliert werden kann. Angesichts des weiterhin sehr hohen Marktanteils und des damit einhergehenden enormen Marktanteilsabstands zu ihren Wettbewerbern wird die marktbeherrschende Position von Soda-Club auf dem Befüllmarkt - entgegen der Ansicht der Beschwerde - auch nicht durch die Tatsache in Frage gestellt, dass ds-produkte in den letzten Jahren sein Vertriebsnetz auf mehrere tausend Annahmestellen erweitert hat.

Die überragende Marktposition von Soda-Club auf dem Befüllmarkt wird ebenso wenig durch die Hersteller von verkaufsfertigem Mineralwassers begrenzt. Denn sie sind auf dem Befüllmarkt weder aktuell noch potenziell tätig und schon von daher außer Stande, Soda-Club auf jenem Markt wirksam wettbewerbliche Grenzen zu setzen.

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerde gegen die Marktanteilsberechnung des Amtes.

Das Bundeskartellamt hat das Marktvolumen und die auf dem bundesdeutschen Befüllmarkt tätigen Anbieter praktisch vollständig ermittelt. Es hat im Rahmen seiner Markterkundung nicht nur die ihm bekannten Befüllunternehmen befragt, sondern auch die Non Soda-Club benannten rund 100 Unternehmen. Das Amt hat diese Betriebe außerdem nach weiteren Anbietern befragt, und sodann auch die daraufhin benannten Unternehmen in seine Ermittlungen einbezogen. Hierdurch hat das Amt den relevanten Markt - von kartellrechtlich zu vernachlässigenden Ausnahmen abgesehen - komplett erfasst.

Soweit Soda-Club in der Beschwerdeinstanz auf zwei - weitgehend deckungsgleiche - Listen mit rund 70 Befüllunternehmen (Anlage 3 zum Schriftsatz vom 20.1.2006; Anlage 28 zum Schriftsatz vom 11.4.2006) verweist, ergeben sich daraus keine durchgreifenden Bedenken gegen die Vollständigkeit der Amtsermittlungen. Die Recherchen des Bundeskartellamtes haben ergeben, dass sich hinter den in der Anlage A 28 aufgeführten Betrieben keine nennenswerten Marktanteile verbergen. Das Amt hat 95 % der aufgeführten Betriebe nach ihrer Markttätigkeit befragt und dabei festgestellt, dass mindestens 80 % der dort erfassten Kohlendioxidzylinder Soda-Club-Zylinder sind, deren Befüllung bereits durch die von den Beschwerdeführerinnen gelieferten Absatzzahlen erfasst sind. Ferner enthält die Liste zahlreiche Doppelnennungen. Bei einigen Betrieben ist überdies ausdrücklich vermerkt, dass die Marke bzw. der Hersteller unbekannt sind; bei weiteren 9 Unternehmen findet sich der Vermerk, dass die Zylindergröße unbekannt ist. Für sämtliche dieser Abfüllbetriebe behauptet die Beschwerde mithin selbst nicht, dass sie zum sachlich relevanten Markt zählen und ihre Umsätze deshalb in die Marktanteilsberechnung einfließen müssen. Im Ergebnis verbleiben damit von den in Anlage 3 und Anlage A 28 aufgelisteten Abfüllbetrieben nur ganz wenige, die das Amt nicht in seine Marktuntersuchung einbezogen hat. Es fehlt indes jedweder Anhaltspunkt, dass es sich bei diesen Unternehmen um marktrelevante Anbieter handelt, die den für Soda-Club festgestellten hohen Marktanteil in Frage stellen könnten. Dagegen spricht vielmehr, dass die in Rede stehenden Abfüllbetriebe von keinem der vom Bundeskartellamt befragten Wettbewerber als Anbieter auf dem Befüllmarkt benannt worden sind.

Aus dem gleichen Grund wird die Marktanteilsberechnung des Amtes auch nicht durch die im Rahmen einer Telefonbefragung erstellte und als Anlage 3 des Schriftsatzes vom 2.3.2007 (GA 1094 bis 1097) vorgelegte Liste mit weiteren – vom Amt bislang nicht berücksichtigten - Abfüllbetrieben in Frage gestellt. Wie Soda-Club im Verhandlungstermin auf Hinweis des Senats klargestellt hat, sind in der insgesamt 56 Betriebe umfassenden Liste ohnehin lediglich 28 - handschriftlich gekennzeichnete - Abfüllbetriebe enthalten, die nicht schon in den beiden vorerwähnten Listen (Anlage 3 zum Schriftsatz vom 20.1.2006; Anlage 28 zum Schriftsatz vom 11.4.2006) aufgeführt sind. Von diesen 28 neu benannten Betrieben sind überdies mindestens 15 Betriebe nach dem eigenen Eintragungen von Soda-Club in der Spalte „Antwort“ nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen. Insgesamt 8 Betriebe (Nr. 2, 12, 13, 17, 15, 27, 41, 46, 48 der Anlage 3) befüllen nach den Recherchen von Soda-Club die Kohlendioxidzylinder nicht selbst, sondern tauschen nur leere gegen volle Zylinder. Der Umsatz dieser Betriebe ist mithin bereits in den vom Amt erfassten Befüllmengen enthalten. Weitere 6 Betriebe (Nr. 11, 19, 25, 26, 33, 45 der Anlage 3) haben angegeben, dass man zwar an sich Kohlendioxidzylinder befülle, es aber von der Zylinderart, dem Gewinde etc. abhängt, ob man auch Besprudelungszylinder auffüllen könne. Für jene Abfüller behauptet die Beschwerde also selbst nicht, dass sie auf dem relevanten Befüllmarkt für Kohlendioxidzylinder zum Einsatz in Besprudelungsgeräten (aktuell oder potenziell) tätig sind. Ein weiterer Betrieb (Nr. 16 der Anlage 3) hat angegeben, nur „die eigene Marke“ zu befüllen. Dass es sich bei dieser „Marke“ überhaupt um Kohlendioxidzylinder

für Besprudelungsgeräte handelt, ist weder der Anlage 3 noch dem Vorbringen der Beschwerde zu entnehmen. Auch dieser Abfüllbetrieb hat deshalb bei der Marktanteilsberechnung außer Betracht zu bleiben. Gleiches gilt schließlich für den unter Nr. 52 der Anlage 3 genannten Betrieb. Hierzu haben die Beigeladenen im Verhandlungstermin nämlich unwidersprochen vorgetragen, dass es sich um einen Geschäftsbetrieb der Beigeladenen zu 10. handelt, deren Umsatzmengen bereits in die Marktanteilsberechnung des Amtes eingeflossen sind.

(1) Soweit Soda-Club behauptet, dass die von ihr benannten etwa 100 Abfüllunternehmen im Internet unter der Rubrik „Flaschenbefüllungen für NSA-Modell 200 SP oder 210 ab Januar 1996 mit seitlichem Einfüllstutzen“ aufgeführt gewesen seien, während nach einer neueren Marktstudie NSA-Geräte und die dazu gehörigen Zylinder in Deutschland kaum noch benutzt werden, zieht das die Markterhebungen des Amtes gleichfalls nicht in Zweifel. Selbst wenn NSA-Zylinder heutzutage nur noch in geringem Umfang in Gebrauch sind, kann daraus schon im Ansatz nicht geschlossen werden, dass die betreffenden Abfüllbetriebe die Umsätze, die sie dem Amt für die Jahre 2002 bis 2004 gemeldet haben, nicht oder nicht in dem mitgeteilten Umfang generiert haben. Ebenso wenig kann daraus geschlossen werden, dass die in Rede stehenden Abfüllbetriebe die gemeldeten Umsätze aktuell nicht mehr erzielen. Auch die Beschwerde macht nämlich nicht geltend, dass die Abfüllbetriebe ihren Geschäftsbetrieb nicht auf die nunmehr gängigen Zylindertypen umgestellt haben.

(2) Erfolglos bleiben auch die Berechnungen, mit denen Soda-Club ein Marktvolumen von insgesamt 118 Mio. € und einem daraus sich ergebenden eigenen Marktanteil von lediglich 20 % begründen will. Die Argumentation der Beschwerde beruht zum einen auf der Annahme, dass der Anbieter „Aquabar“ zwischen Oktober 1999 und Januar 2004 insgesamt 15 Mio. Wiederbefüllungen vorgenommen habe, woraus sich eine jährliche Befüllleistung alleine dieses Anbieters von 6 Mio. Stück ergeben soll. Die von der Beschwerde angenommene jährliche Befüllleistung basiert auf der Prämisse, dass die von „Aquabar“ bis Anfang Januar 2004 in Umlauf gegebenen Zylinder auch heute noch in voller Stückzahl genutzt werden. Das behauptet indes Soda-Club selbst nicht und dafür bestehen auch ansonsten keine aussagekräftigen Anhaltspunkte. Die Beschwerde beruft sich für das behauptete Gesamtmarktvolumen von 118 Mio. € zum anderen darauf, dass nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes 27,5 % aller bundesdeutschen Haushalte über ein Besprudelungsgerät verfügen und die Gerätenuutzer ihren Kohlendioxidzylinder nach einer Emnid-Studie - von der als Anlage BF 13 lediglich ein Balkendiagramm vorgelegt wird - im Durchschnitt 11 mal pro Jahr wiederbefüllen. Auch insoweit bleibt die Vorbedingung der Argumentation, dass nämlich alle in bundesdeutschen Haushalten vorhandenen Besprudelungsgeräte auch tatsächlich ganzjährig genutzt werden, ohne einen hinreichenden Beleg. Weder dem Beschwerdevorbringen noch dem zur Akte gereichten Schaubild ist diesbezüglich irgendetwas zu entnehmen. Nicht hinreichend nachvollziehbar ist außerdem die angenommene Zahl der durchschnittlichen Wiederbefüllungen pro Jahr. Das Balkendiagramm, auf welches sich Soda-Club bezieht, gibt keinen Aufschluss über die insoweit zugrunde gelegten Zahlen und Daten.

(3) Untauglich ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis der Beschwerde, dass nach einer im Januar 2006 durchgeführten Verbraucherbefragung der Marktforschungsinstitute Marpan (Anlage BF 21) und TNS Emnid (Anlage BF 22) nur 21,5 % bzw. 25 % der befragten Haushalte ein Soda-Club-Gerät besitzen. Angesichts dieser geringen Quote sei es - so meint die Beschwerde - ausgeschlossen, dass Soda-Club auf dem Befüllmarkt einen Marktanteil von über 70 % halte. Das gelte umso mehr, als einerseits Soda-Club mehr als 95 % seiner Umsätze im Abfüllgeschäft mit den 425 g-

Zylindern erwirtschaftete und andererseits die Wettbewerber jedenfalls bis in das Jahr 2004 ausschließlich Geräte mit kleineren Kohlendioxidzylinder vertrieben haben. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Denn Soda-Club lässt bei ihrer Schlussfolgerung wesentliche Teile der herangezogenen Befragungsergebnisse außer Betracht, indem sie sich ausschließlich auf die Verbraucherangaben zu den Soda-Club-Geräten stützt und nicht - wie es geboten ist - auch die von ihr unter den Bezeichnungen „Soda-Stream“, „Soda Maxx“ und „Brita“ vertriebenen Besprudelungsgeräte einbezieht. Auf jene Geräte entfallen nach der Marpan-Erhebung 20,2 %, 13,3 und 1,5 % sowie nach der Emnid-Befragung 16,8 %, 26 % und 0,3 %. Dementsprechend erhöht sich der Geräteanteil, der Soda-Club richtigerweise zuzurechnen ist, auf insgesamt 56,7 % (Marpan) bzw. 68,6 % (Emnid).

Bei dieser Sachlage ist das Zahlenwerk der Beschwerde nicht geeignet, das Ergebnis der Marktuntersuchung des Bundeskartellamtes ernsthaft in Frage zu stellen.

cc) Das gilt auch, soweit Soda-Club unter Bezugnahme auf ihr Schreiben an das Bundeskartellamt vom 20.1.2006 (dort Seite 15, 16) vorträgt, dass die eigenen Umsätze auf dem Befüllmarkt sowohl bei den kleinen Zylindergrößen (290 g und 325 g) als auch beim 425g-Zylinder seit dem Jahr 2003 signifikant zurückgegangen seien. Denn der Rückgang der absoluten Umsatzzahlen bedeutet nicht, dass Soda-Club auf dem Markt für die Befüllung von Kohlendioxidzylindern für Besprudelungsgeräte auch Marktanteile an seine Konkurrenten verloren hat. Die Beschwerde trägt in anderem Zusammenhang (Seite 24, 39 der Beschwerdebegründung) selbst vor, dass in den letzten Jahren ein hoher Prozentsatz der Nutzer von Besprudelungsgeräten zu den verkaufsfertigen Mineralwässern der Discounter abgewandert seien (2001: 32,5 %; 2002: 33,1 %; 2003: 36 %; 2005: ca. 30 %) und man aus diesem Grund gezwungen gewesen sei, die Startersets mit einem Besprudelungsgerät, einer PET-Flasche und einem Kohlendioxidzylinder zu nicht mehr kostendeckenden Preis von zuletzt 30 € zu verkaufen. Es drängt sich geradezu auf, dass der von der Beschwerde ins Feld geführte Umsatzrückgang bei den Befüllleistungen auf diese Kundenabwanderung zurückzuführen und nicht Ausdruck eines Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt ist. Dies haben im Übrigen die ergänzenden Ermittlungen des Amtes zur Marktentwicklung in den Jahren 2005 und 2006 bestätigt. Danach hatte Soda-Club in dem genannten Zeitraum zwar ein Umsatzminus zwischen 28 und 33 % zu verzeichnen. Gleichzeitig ist aber das Volumen des Befüllmarktes zwischen 2005 und 2006 um 27 % zurückgegangen, weshalb sich die Höhe des auf Soda-Club entfallenden Marktanteils nur geringfügig auf 65 bis 75 % (2005) bzw. 62 bis 72 % (2006) verringert hat.

Ein funktionierender Wettbewerb der Abfüllunternehmen ist gleichermaßen nicht durch das - einer GfK-Studie entnommene - Schaubild „Share of cylinder/gas refill sales“ (Seite 12 des Schriftsatzes vom 14.11.2006, GA 913; Seite 3 des Schriftsatzes vom 2.3.2007, GA 1077) belegt. Zwar weist das Balkendiagramm beim 425g-Alcojet-Zylinder von Soda-Club für die Jahre 2004 und 2005 einen signifikant rückläufigen Marktanteil (2003: 56,4 %; 2006: 35,6 %) aus. Es fehlt - worauf der Senat im Verhandlungstermin hingewiesen hat - indes jedweder Sachvortrag der Beschwerde zu den Grundlagen und Modalitäten der Erhebung, die dem Schaubild zugrunde liegt. Infolge dessen ist die Aussagekraft und Verlässlichkeit des Diagramms völlig unklar und schon aus diesem Grund nicht geeignet, die Markterhebungen des Amtes in Zweifel zu ziehen. Es kommt hinzu, dass das Schaubild nur die Zahl der befüllten Zylinder und nicht die für den umsatzbezogenen Marktanteil relevante Abfüllmenge ausweist.

dd) Die nach alledem marktbeherrschende Stellung von Soda-Club auf dem Befüllmarkt wird - entgegen der Behauptung der Beschwerde - schließlich nicht dadurch in Frage gestellt, dass ds-produkte unter der Bezeichnung „WasserMaxx“ seit Juni 2005 ebenfalls einen 425-g-Zylinder anbietet. Die hierzu im Januar und Februar 2007 durchgeführten ergänzenden Ermittlungen des Amtes haben ergeben, dass Soda-Club auch in den Jahren 2005 und 2006 auf dem Befüllmarkt mit weitem Abstand vor seinen Wettbewerbern hohe Marktanteile gehalten hat. Im Jahr 2005 lag der Marktanteil von Soda-Club zwischen 65 und 75 %, während ds-produkte nur einen Marktanteil zwischen 10 und 20 % und alle übrigen Anbieter zusammen lediglich einen Anteil zwischen 8 und 18 % hielten. Ein ähnliches Bild ergibt sich für das Jahr 2006. Der Marktanteil von Soda-Club betrug 62 bis 72 %, derjenige von ds-produkte 11 bis 21 % und der Anteil der restlichen Abfüllbetriebe 9 bis 19 %.

2. Durch die Ausgestaltung ihres Mietzylindersystems missbraucht Soda-Club ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Befüllmarkt.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Sig. 1979 S. 461, Tz. 91 – Hoffmann-LaRoche; Urt. v. 3.7.1991, Sig. 1991 I S. 3359, 3455 – AKZO/Kommission; ebenso: EuG, Urt. v. 7.10.1999, Sig. 19999 II S. 2969 Tz. 111 – Irisch Sugar/Kommission; Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-203/01, Tz. 54 – Michelin/Kommission; vgl. auch Dirksen, a.a.O. Rn. 75 m.w.N.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner a.a.O. Rn. 29) ist die Verhaltensweise eines Unternehmens dann als missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Position zu bewerten, wenn sie die Struktur des Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsbeteiligten abweicht. Dabei ist von einem weiten Schutzbereich des kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots auszugehen. Dieser umfasst sowohl das Individualinteresse von Wettbewerbern, Handelspartnern und Verbrauchern als auch das allgemeine Interesse der Gemeinschaft an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs (EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Slg. 1993 S. 3461 Tz. 54 – *Michelin*; Dirksen, a.a.O. Rdnr. 75 m.w.N.). Unter dem Gesichtspunkt des Behinderungsmissbrauchs sind einem marktbeherrschenden Unternehmen danach insbesondere solche Maßnahmen untersagt, die sich direkt oder indirekt gegen (aktuelle oder potenzielle) Wettbewerber auf dem beherrschten (oder benachbarten) Markt richten (Dirksen, a.a.O. Rdnr. 78 m.w.N.) und von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen.

b) Die Ausgestaltung des Soda-Club-Mietzylindersystems erfüllt den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs.

aa) Das von Soda-Club praktizierte Mietzylindersystem zielt auf eine Verdrängung der Wettbewerber auf dem Befüllmarkt, indem die konkurrierenden Abfüllbetriebe systematisch von einer Befüllung der Soda-Club-Mietzylinder ausgeschlossen werden und gleichzeitig der Markt nach und nach mit Soda-Club-Mietzylinder verstopft wird.

Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes stellt Soda-Club dem Endkunden mit Ausnahme des 300g-Stahlzylinders sämtliche Zylindergrößen - und insbesondere auch den 425g-Aluminium-Zylinder, mit dem das Unternehmen den weitaus größten Teil seines Umsatzes auf dem Befüllmarkt generiert – ausschließlich mietweise zur Verfügung. Um die Befüllung dieser Zylinder durch konkurrierende Abfüllbetriebe zu verhin-

dem, vereinbart Soda-Club mit seinen Vertriebshändlern eine Ausschließlichkeitsbindung. Die Vertriebspartner sind vertraglich verpflichtet, die Mietzylinder nur über Soda-Club wiederzubefüllen. Verstöße gegen diese Vertragspflicht verfolgt Soda-Club konsequent. Dabei geht das Unternehmen nicht nur gegen seinen Vertriebshändler vor, sondern gleichermaßen auch gegen den betreffenden Endverbraucher und das fremde Abfüllunternehmen. Ihnen gegenüber wird die Drittabfüllung des Mietzylinders mit dem Argument der Eigentumsverletzung gerichtlich verfolgt. Diese Vorgehensweise hält die mit Soda-Club konkurrierenden Abfüllbetriebe davon ab, Soda-Club-Mietzylinder zu befüllen. Soda-Club erschwert darüber hinaus den Wechsel des Endkunden vom Soda-Club-Mietzylinder zu dem Zylinder eines Konkurrenten. Bei Aushändigung fordert Soda-Club für den Mietzylinder eine Mietvorauszahlung. Diese Vorauszahlung wird zwar teilweise - und zwar abhängig von der in Anspruch genommenen Mietzeit - erstattet, wenn der Zylinder vor Ablauf von 9 Jahren an Soda-Club zurückgegeben wird. Voraussetzung für eine Rückerstattung ist allerdings, dass der Kunde den Kassenbeleg und das Benutzerzertifikat vorlegen kann. Besitzt der Kunde - was bei lebensnaher Würdigung vor allem nach Ablauf eines längeren Zeitraums in aller Regel der Fall sein dürfte - diese Belege nicht mehr, verfällt seine restliche Mietvorauszahlung. Der Verlust dieses - vom Amt als Wechselkosten bezeichneten - Betrages beeinflusst den Endverbraucher bei seiner Entscheidung, ob er tatsächlich die Nutzung des Soda-Club-Mietzylinders aufgeben und zu einem konkurrierenden Zylinderanbieter wechseln soll. Durch ihre Rücknahmebedingungen beschränkt Soda-Club schließlich auch die Möglichkeit seiner Vertriebshändler, zu einem konkurrierenden Anbieter zu wechseln. Bei Vertragsende nimmt Soda-Club von seinem Vertriebshändler höchstens die Zahl der zuvor bezogenen Mietzylinder zurück. Von dritter Seite erhaltene Mietzylinder muss der Vertriebshändler folglich auf eigene Kosten einlagern und darf sie wegen des vertraglich vorgesehenen Fremdbefüllungsverbots anschließend auch nicht durch ein Drittunternehmen befüllen lassen. Soda-Club tauscht außerdem volle und leere Mietzylinder stets nur im Verhältnis 1 zu 1. Aus diesem Grund kann der Vertriebshändler einen beispielsweise in den Sommermonaten aufgestockten Zylindervorrat bei Vertragsende nicht an Soda-Club zurückgeben. Soda-Club lehnt es gegenüber seinen Vertriebshändlern zudem ab, nach Vertragsende überhaupt noch Mietzylinder entgegenzunehmen und Mietvorauszahlungsbeträge, die er dem Kunden ausgezahlt hat, zu erstatten. Der Vertriebshändler trägt damit das wirtschaftliche Risiko, dass nach Beendigung des Vertragsverhältnisses noch Soda-Club-Mietzylinder in den Rücklauf gelangen. Die vorstehend beschriebene Vertragslage beschränkt den Vertriebshändler ganz erheblich in seiner Entscheidungsfreiheit, die Geschäftsbeziehung mit Soda-Club zu beenden und seinen Vertrieb fortan auf Kohlendioxidzylinder der Wettbewerber umzustellen.

bb) Das dargestellte Wettbewerbsverhalten von Soda-Club widerspricht einem normalen und fairen Produkt- und Dienstleistungswettbewerb. Denn es ist darauf gerichtet, den Wettbewerb auf dem Befüllmarkt mit Hilfe der in Rede stehenden vertraglichen Ausgestaltung und Handhabung des eigenen Zylindersystems massiv einzuschränken und letztlich zum Erliegen zu bringen. Dieses wettbewerbsschädliche Verhalten lässt sich - entgegen der Auffassung der Beschwerde - nicht mit übergeordneten kartellrechtsneutralen Gesichtspunkten rechtfertigen.

(1) Auf Eigentumsrechte an den Mietzylindern kann sich Soda-Club in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg berufen.

(1.1) Es kann auf sich beruhen, ob Soda-Club beim Verkauf des Startersets nicht nur das Besprudelungsgerät und die PET-Flasche übereignet, sondern durch einen gutgläubigen Erwerb nach § 932 BGB auch ihr Eigentum an dem Kohlendioxidzylinder verliert. Selbst wenn man mit der Beschwerde einen Eigentumsverlust am Mietzylinder verneint, ist Soda-Club nicht berechtigt, in Ausübung ihrer Eigentümerrechte den Wettbewerb auf dem Befüllmarkt zu beschränken. Weder das Grundgesetz noch das Gemeinschaftsrecht gewähren einen schrankenlosen Schutz des Eigentums. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt, und Art. 14 Abs. 2 GG ordnet ergänzend an, dass Eigentum verpflichtet und sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Ähnliche Eigentumsbeschränkungen sieht das Gemeinschaftsrecht vor. Gemäß Art. 3 Abs. 1 g EG umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft zur Erreichung ihrer Ziele (u.a.) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Zu jenen Normen, die den Schutz des Wettbewerbs gewährleisten sollen, gehört Art. 82 EG. Es entspricht deshalb der Judikatur des EuGH, dass die Ausübung des Eigentums ihre Grenze (u.a.) in dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des Art. 82 EG findet. Voraussetzung ist, dass die Eigentumsbeschränkung nicht unangemessen ist und das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt unangetastet bleibt (vgl. zu allem: EuGH, Urt. v. 12.5.2005, Rs. C-347/03, Slg. 2005, I S. 3785 Tz. 119 – *ERSA/Kommission*; ebenso: EuG, Urt. v. 23.10.2003, Rs. T-65/98, Sig. 2003 II S. 4653 Tz.170 f. – *van den Bergh Foods/Kommission*).

(1.2) Die vom Amt verfügten kartellrechtlichen Anordnungen überschreiten nur scheinbar die Grenzen einer danach zulässigen Eigentumsbeschränkung. Zwar mag das kartellbehördliche Gebot, eine Fremdbefüllung der Mietzylinder zuzulassen, zu einem Eigentumsverlust von Soda-Club führen. Denn markenrechtlich dürfen konkurrierende Abfüllbetriebe die Soda-Club-Zylinder nur dann befüllen, wenn sie zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) die auf Soda-Club hinweisende Banderole durch eine eigene ersetzen (vgl. BGH, WRP 2005, 222; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.4.2001 – 20 U 139/00), und dieser Austausch der Zylinderbanderole kann Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs des Zylinders vom Drittabfüller sein. Das gilt jedenfalls dann, wenn nicht sonstige Zeichen am Zylinder auf Soda-Club hinweisen. Diesen Eigentumsverlust kann Soda-Club indes nicht ins Feld führen, um sein Mietzylindersystem vor den in Rede stehenden kartellbehördlichen Anordnungen zu schützen. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 12. April 2006 (Umdruck Seite 15 f.) ausgeführt hat, ist das Eigentum an den Mietzylindern für Soda-Club bloßes Mittel zur Beschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt. Soda-Club stellt dem Endverbraucher seine Kohlendioxidzylinder nur deshalb mietweise zur Verfügung, um konkurrierende Abfüllbetriebe mit dem Argument der Eigentumsverletzung an einer Befüllung ihrer Zylinder zu hindern. An einem regulären Mietverhältnis - bei dem der Eigentümer die Mietsache für die Dauer der Mietzeit überlässt und der Mieter einen (üblicherweise fortlaufenden) Mietzins zu zahlen (§ 535 Abs. 2 BGB) sowie die Mietsache am Ende der Mietzeit an den Vermieter zurückzugeben hat (§ 546 BGB) - ist das Unternehmen in Wahrheit nicht interessiert. Das belegen die Konditionen des Soda-Club-Mietzylindersystems. Der Anspruch auf Rückgabe der Mietzylinder ist für Soda-Club schon systembedingt nicht durchsetzbar. Denn das Unternehmen kennt weder Name noch Anschrift seiner Mieter, und es kann diese Daten auch nicht in Erfahrung bringen. Soda-Club hat auch wirtschaftlich keinerlei Interesse daran, von den Kunden, die die Benutzung ihres Besprudelungsgerätes aufgeben, die Mietzylinder zurückzuerhalten. Denn durch die Mietvorauszahlung hat Soda-Club bereits den Gegenwert des Zylinders erhalten, sich also den Mietzylinder vom Kunden „bezahlen“ lassen. Soda-Club schränkt überdies die Rückgabemöglichkeit seiner Mieter drastisch ein, indem es den Restwert des Zylinders nur gegen Vorlage des Kassenbelegs und

des Benutzerzertifikats erstattet. Wie bereits in anderem Zusammenhang dargelegt, wird die überwiegende Zahl der rückgabewilligen Kunden an dieser formalen - und in Anbetracht der geringen Höhe der Mietvorauszahlung praxisfernen - Anforderung scheitern. Das weiß auch Soda-Club, hält aber gleichwohl am Mietzylindersystem fest, um mit dem Argument der Eigentumsbeeinträchtigung eine Fremdbefüllung ihrer Zylinder zu verhindern und den Wettbewerb auf dem Befüllmarkt zu beschränken. Es versteht sich indes von selbst, dass eine - alleine zu wettbewerbsfeindlichen Zwecken gehaltene - Eigentumsposition dem kartellrechtlichen Behinderungsverbot des Art. 82 EG keine Grenzen setzt. Ansonsten wäre nämlich das Mittel des Kartellverstößes die Rechtfertigung für das kartellrechtswidrige Verhalten.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Befüllung vermieteter Gastanks durch Flüssiggaslieferanten (NJW 2003, 3702; GRUR 2006, 167) rechtfertigt keine gegenteiligen Schlüsse. Zwar hat der Bundesgerichtshof in den zitierten Entscheidungen aus dem Eigentumsrecht die Befugnis des Vermieters eines Flüssiggastanks abgeleitet, eine Tankbefüllung durch Drittunternehmen zu verbieten. Jenen Streitfällen lag indes ein echtes - und nicht ein zu wettbewerbsfeindlichen Zwecken nur vorgeschobenes - Mietverhältnis zugrunde.

(2) Soda-Club kann sein wettbewerbschädliches Mietzylindersystem ebenso nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass nur auf diese Weise die Beachtung und Einhaltung der einschlägigen Sicherheitsvorschriften gewährleistet werden könne.

(2.1) Für ihre Ansicht stützt sich Soda-Club maßgeblich auf Teil III Modul 1 Nr. 1 und 2 der „Richtlinie 1999/36/EG des Rates vom 29.4.1999 über ortsbewegliche Druckgeräte“ (vgl. Anlage BF 27). Darin heißt es auszugsweise:

1. Dieses Modul beschreibt das Verfahren, bei dem der Eigentümer, sein in der Gemeinschaft ansässiger Bevollmächtigter oder der Besitzer sicherstellt, dass das ortsbewegliche Druckgerät weiterhin die Anforderungen dieser Richtlinie erfüllt.

2. Um den unter Nummer 1 genannten Anforderungen zu genügen, ergreift der Eigentümer, sein in der Gemeinschaft ansässiger Bevollmächtigter oder der Besitzer alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Bedingungen für die Verwendung und Wartung weiterhin die Übereinstimmung des ortsbeweglichen Druckgeräts mit den Anforderungen dieser Richtlinie gewährleisten, insbesondere damit

- die ortsbeweglichen Druckgeräte bestimmungsgemäß verwendet und

- in geeigneten Befüllzentren befüllt werden,

- etwaige Wartungs- und Reparaturarbeiten ausgeführt werden,

- die notwendigen wiederkehrenden Prüfungen ebenfalls durchgeführt werden.

Über die durchgeführten Maßnahmen müssen Unterlagen erstellt werden, die der Eigentümer, sein in der Gemeinschaft ansässiger Bevollmächtigter oder der Besitzer zur Verfügung nationaler Behörden halten muss."

Bei einer an Sinn und Zweck der Vorschrift orientierten Auslegung - so meint die Beschwerde - müsse der Abfüller für jeden einzelnen Kohlendioxidzylinder nachweisen können, dass sämtliche jemals am Zylinder durchgeführten Wartungs- und Reparaturarbeiten ordnungsgemäß erledigt worden seien und dass ferner jede einzelne Befül-

lung des Druckgeräts in einem geeigneten Befüllzentrum erfolgt sei. Nur durch eine in diesem Sinne umfassende Dokumentation - die alleine in einem Mietzylindersystem mit dem gleichzeitigen Verbot einer Fremdbefüllung der Zylinder gewährleistet sei - könne die Sicherheit des Verbrauchers garantiert, von der Prüfbehörde die vollständige Produkt- und Prüfhistorie kontrolliert und bei einer erforderlich werdenden Reparatur richtig reagiert werden.

Diesem weitgehenden Normverständnis ist nicht zuzustimmen. Gegen die von der Beschwerde befürwortete Auslegung spricht, dass die Richtlinienbestimmung als Normadressaten nicht nur den Eigentümer, sondern ausdrücklich auch den jeweiligen Besitzer des ortsbeweglichen Druckgerätes nennt. Dies zeigt, dass die Einhaltung der normierten Sicherheitsanforderungen nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass das Druckgerät in dritte Hände gegeben wird. Die Richtliniennorm ist deshalb richtigerweise dahin auszulegen, dass sie dem Eigentümer und dem Besitzer des Druckgeräts jeweils nur die ihnen vernünftigerweise abzuverlangenden Sicherheits- und Dokumentationsmaßnahmen auferlegt. Der jeweilige Besitzer des Gerätes ist dementsprechend ausschließlich für die von ihm durchgeführten Wartungs- und Reparaturarbeiten sowie Befüllungen verantwortlich. Nur diese hat er ordnungsgemäß durchzuführen und in geeigneter Form zu dokumentieren. Sofern - wie die Beschwerde behauptet - einzelne Wartungen und Reparaturen nur dann korrekt ausgeführt werden können, wenn das Baumuster des Zylinders und des Ventils sowie die bisherige Prüfhistorie bekannt sind, obliegt es dem Eigentümer des Gerätes, die entsprechenden Informationen bereitzuhalten und zugänglich zu machen. Nur dann ist nämlich das Druckgerät verkehrsfähig und genügt der Eigentümer seinen eigenen Pflichten aus Teil III Modul 1 Nr. 1 und 2 der Richtlinie 1999/36/EG. In gleicher Weise hat der Eigentümer - z.B. durch Angaben zum Zeitpunkt des Inverkehrsbringens auf dem Zylinder - dafür zu sorgen, dass die vorgeschriebenen wiederkehrenden Prüfungen termingerecht stattfinden können.

(2.2) Ohne Erfolg beruft sich Soda-Club des Weiteren auf § 8 OrtsDruckV. Danach dürfen ortsbewegliche Druckgeräte nur betrieben und verwendet werden, wenn u.a. die vorgeschriebenen Betriebsbedingungen eingehalten werden und die vorgesehenen Prüfungen durchgeführt worden sind. Die Pflichten bei der Wiederbefüllung ergeben sich aus Kapitel 4.1.6 Abschnitt 4.1.6.12 des ADR, in dem es heißt:

„Druckgefäße dürfen nicht zur Befüllung übergeben werden:

- a) wenn sie so stark beschädigt sind, dass die Unversehrtheit des Druckgefäßes oder seiner Bedienungsausrüstung beeinträchtigt sein könnte,*
- b) wenn bei der Untersuchung der Betriebszustand des Druckgefäßes und seiner Bedienungsausrüstung nicht für gut befunden wurde und*
- c) wenn die vorgeschriebenen Kennzeichnungen für die Zertifizierung, die wiederkehrende Prüfung und die Füllung nicht lesbar sind.“*

Diese sicherheitstechnischen Anforderungen können nicht nur von Soda-Club, sondern in gleicher Weise auch von einem Drittunternehmen erfüllt werden. Es ist nicht zu erkennen, inwieweit - wie die Beschwerde meint - der Besitz der Prüf- und Wartungsunterlagen für den betreffenden Zylinder erforderlich sein soll, um die wiedergegebenen Befüllverbote feststellen zu können.

(2.3) Soda-Club verweist schließlich auf Art. 17 Abs. 1 und 2 der „Verordnung (EG) Nr. 1935/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.10.2004 über Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen“ (vgl. Anlage BF 32). Die genannte Richtlinienbestimmung lautet auszugsweise:

„1. Die Rückverfolgbarkeit der Materialien und Gegenstände muss auf sämtlichen Stufen gewährleistet sein, um Kontrollen, den Rückruf fehlerhafter Produkte, die Unterrichtung der Verbraucher und die Feststellung der Haftung zu erleichtern.

2. Die Unternehmen müssen ... über Systeme und Verfahren verfügen, mit denen ermittelt werden kann, von welchem Unternehmen und an welches Unternehmen die unter diese Verordnung und die dazugehörigen Durchführungsbestimmungen fallenden Materialien oder Gegenstände sowie gegebenenfalls für deren Herstellung verwendeten Stoffe oder Erzeugnisse bezogen beziehungsweise geliefert wurden.“

Auch dieser Einwand bleibt erfolglos. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der Vorgang des Wiederbefüllens überhaupt in den Anwendungsbereich der zitierten Vorschrift fällt. Die Rechtsverteidigung der Beschwerde ist jedenfalls deshalb unerheblich, weil das - unterstellt: bestehende - Gebot der Rückverfolgbarkeit des Abfüllers Soda-Club jedenfalls nicht dazu zwingt, ihre Kohlensäurezylinder dem Endverbraucher nur mietweise zu überlassen und jedwede Fremdbefüllung zu verbieten.

(3) Das Mietzylindersystem von Soda-Club ist gleichermaßen nicht aus dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung hinzunehmen. Wird der Zylinder durch einen Drittanbieter befüllt, ist Soda-Club für die Qualität des Produktes nicht mehr verantwortlich. Dies ist aufgrund der vom Fremdbefüller vorzunehmenden Umetikettierung für den Verbraucher auch erkennbar. Damit ist ausgeschlossen, dass Soda-Club für Qualitätsmängel verantwortlich gemacht wird, die auf eine Drittbefüllung des Zylinders zurückgehen.

(4) Die in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich schließlich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, dass Soda-Club nur auf diese Weise eine angemessene Systemmarge erzielen könne. Der Argumentation der Beschwerde ist schon im gedanklichen Ansatz nicht zu folgen. Die von Soda-Club praktizierte Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Befüllmarkt ist kartellrechtlich nicht deshalb hinnehmbar, weil das Unternehmen beim Vertrieb seiner Besprudelungsgeräte in einem scharfen Wettbewerb mit den Mineralwasserherstellern steht und sein Starterset mittlerweile zu nicht mehr kostendeckenden Preisen verkaufen muss. Andernfalls wäre der funktionierende Wettbewerb auf dem Markt der (selbst hergestellten oder verkaufsfertigen) Mineralwässer die Rechtfertigung dafür, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Befüllmarkt zu verfälschen. Das ist mit dem auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots unvereinbar. Sollte - wie die Beschwerde reklamieren - Soda-Club gegen die Hersteller von verkaufsfertigem Mineralwasser nicht mehr konkurrieren können, hat das Unternehmen nach den Regeln eines freien und fairen Wettbewerbs vielmehr aus diesem Markt auszuscheiden.

3. Das Soda-Club-Mietzylindersystem ist geeignet, den zwischenstattlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.

a) Die Gefahr einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten liegt vor, wenn eine Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedsstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte (EuGH, Sig. 1997 I S. 4441 – *Fernere Nord*; Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels – 2004/C 101/04, Rn. 23; Dirksen, a.a.O. Rdnr. 198; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, a.a.O. Rdnr. 60). Für die Geltung der Zwischenstaatlichkeitsklausel ist es dabei ausreichend, wenn das missbräuchliche Verhalten zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet ist. Es ist nicht darüber hinaus erforderlich, dass bereits gegenwärtige tatsächliche Auswirkungen vorliegen (vgl. EuG, Urte. v. 1.4.1993, Rs. T-65/89, Sig. 1993 II S. 389 Tz. 9 und 34 – *BPB Industries*).

Die mit dem Soda-Club-Mietzylindersystem verbundenen Wirkungen sind in diesem Sinne zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet. Dies folgt bereits aus der Tatsache, dass Soda-Club auf dem bundesdeutschen Befüllmarkt eine marktbeherrschende Stellung besitzt und das beanstandete Mietzylindersystem im gesamten Bundesgebiet praktiziert. Maßnahmen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates erstrecken, sind nämlich in der Regel zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet, weil sie schon ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte Marktintegration verhindern können (EuGH, Sig. 1972 S. 977 – *Cementhandelaren*; Sig. 1981, 1563 – *SaioniaiPoidomani*; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, a.a.O. Rdnr. 62). Das gilt auch im Entscheidungsfall. Anhaltspunkte, die ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil beweist das Beispiel - des im Jahre 1998 von Soda-Club übernommenen - britischen Unternehmens Sodastream, dass für ausländische Unternehmen der Eintritt in den deutschen Markt möglich ist.

b) Die zu erwartende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist angesichts des enorm hohen Marktanteils von rund 70 %, den Soda-Club auf dem bundesdeutschen Befüllmarkt besitzt, und der Tatsache, dass das beanstandete Mietzylindersystem den Wettbewerb auf jenem Markt massiv beeinträchtigt und letztlich auf das völlige Erliegen des Wettbewerbs gerichtet ist, auch spürbar (vgl. EuGH, Urte. v. • 25.11.1971, Rs. 22/71, Sig. 1971 S. 949, Tz. 16 - *E3 guelin*). Es bedarf keiner näheren Darlegungen, dass durch das Soda-Club-Mietzylindersystem Anbieter aus anderen Mitgliedsstaaten von einem Eintritt auf den bundesdeutschen Befüllmarkt abgehalten werden.

B. Die Ausgestaltung des Soda-Club-Mietzylindersystems verstößt darüber hinaus gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot des § 19 GWB. Aus den vorstehend unter II. A. 1. und 2. dargelegten Gründen folgt unmittelbar, dass Soda-Club durch die Praktizierung des beschriebenen Mietzylindersystems seine marktbeherrschende Stellung auf dem bundesdeutschen Befüllmarkt missbraucht (§ 19 Abs. 1 GWB), indem der dortige Wettbewerb beschränkt und die konkurrierenden Abfüllbetriebe ohne sachlich gerechtfertigten Grund in ihren Absatzmöglichkeiten beeinträchtigt werden (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB).

C. Die Feststellungen und Anordnungen, die das Amt in der angefochtenen Verfügung zur Beseitigung des Kartellverstoßes getroffen hat, begegnen keinen rechtlichen Bedenken. Die hierzu erhobenen Beschwerdeangriffe bleiben erfolglos.

1. Der Feststellungsausspruch, dass das von Soda-Club praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung ihrer Mietzylinder gegen Art. 82 EG und § 19 GWB verstößt, ist nicht nur sachlich zutreffend, sondern - entgegen der Auffassung der Beschwerde - auch hinreichend bestimmt. Zwar wird das als kartellrechtswidrig eingestufte Mietzylindersystem im Ausspruch selbst nicht näher beschrieben. Für die Bestimmtheit des Rechtsfolgenausspruchs genügt es jedoch, wenn sich aus der Beschlussbegründung mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lässt, welche Elemente des Mietzylindersystems den Vorwurf des Kartellverstoßes begründen (BGH, NJW 2003, 748, 749 m.w.N.). Das ist hier der Fall. In den Abschnitten D 1.2.1. und D 1.2.2. der angefochtenen Verfügung (Umdruck Seite 31 ff.) hat das Bundeskartellamt dargelegt, inwieweit das Mietzylindersystem den Wettbewerb auf dem Befüllmarkt in kartellrechtswidriger Weise beeinträchtigt. Es hat in diesem Zusammenhang angeführt, dass die Soda-Club-Mietzylinder von nicht gebundenen Händlern und konkurrierenden Abfüllunternehmen nicht entgegengenommen und befüllt werden können (Tz. 75), dass ferner bei den konkurrierenden Abfüllbetrieben Mietzylinder zum Tausch auflaufen, die diese nicht befüllen dürfen, während umgekehrt Soda-Club bei ihren Vertriebshändlern zurücklaufende Fremdzylinder wiederbefüllt (Tz. 76) und dass bei jedem Wechsel des Kunden von Soda-Club zu einem anderen Abfüller Wechselkosten in Höhe der vom Endverbraucher noch nicht verbrauchten Mietvorauszahlung anfallen (Tz. 77). Welche Konditionen des Mietzylindersystems konkret die vorgenannten Wirkungen entfalten, kann den Ausführungen des Amtes unter Abschnitt B 4.2 (Umdruck Seite 18 ff.) und Abschnitt B.5. (Umdruck Seite 21 ff.) entnommen werden. Dort werden das Mietzylindersystem (Abschnitt B 4.2.) und seine Wirkungen auf den Wettbewerb (Abschnitt B 5.) im Einzelnen beschrieben. Unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung hat das Amt in Abschnitt D.1.2.2. seiner Verfügung darüber hinaus beanstandet, dass die Bedingungen des Mietzylindersystems sowohl den Soda-Club-Vertriebshändler als auch den Endverbraucher dauerhaft an Soda-Club binden, wodurch langfristig die konkurrierenden Abfüller vom Markt verdrängt werden (Tz. 78). Auch insoweit geben die vorausgehenden Ausführungen des Amtes zum Inhalt und zu den Wirkungen des Mietzylindersystems (Abschnitte B.4.2.2. und B.5.) Aufschluss darüber, durch welche Bedingungen des Systems im Einzelnen die kritisierte Bindung der Soda-Club-Händler und Endverbraucher herbeigeführt wird.

2. Bedenkenfrei ist auch die weitere Feststellung des Amtes, dass – verkürzt ausgedrückt - Drittunternehmen unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften die Soda-Club-Mietzylinder selbst befüllen, befüllen lassen und in Verkehr bringen dürfen, und dass ferner die Endverbraucher die Soda-Club-Mietzylinder bei Unternehmen ihrer Wahl tauschen oder wiederbefüllen lassen dürfen.

a) Der Feststellungsausspruch ist entgegen der Ansicht der Beschwerde von § 32 GWB gedeckt. Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob die Kartellbehörde nach der genannten Vorschrift zur Kundgabe ihrer Rechtsauffassung auch dann befugt ist, wenn es um ein Verhalten geht, das nicht dem Adressaten der Verfügung, sondern einem Dritten zur Last gelegt, auferlegt oder gestattet wird. Um eine derartige Fallkonstellation geht es vorliegend nämlich nicht. Die Feststellung des Amtes, dass Drittunternehmen die Soda-Club-Mietzylinder befüllen und in Verkehr bringen dürfen und der Endverbraucher für seine Soda-Club-Zylinder das Abfüllunternehmen frei wählen darf, ist zwingend erforderlich, um den Soda-Club zur Last gelegten Kartellverstoß abzustellen. Es führt deshalb zu demselben Ergebnis, ob festgestellt wird, dass Soda-Club durch sein Mietzylindersystem nicht Drittunternehmen an der Befüllung ihrer Mietzylinder hindern und die Endverbraucher nicht in der freien Auswahl des Abfüllunternehmens einschränken darf, oder ob - als Kehrseite dieser Unterlassungspflicht - die Befugnis der Drittunternehmen zum Abfüllen des Soda-Club-Mietzylinder und das freie

Wahlrecht des Endverbrauchers konstatiert wird. Eine irgendwie geartete - zusätzliche - Beschwer ist für Soda-Club mit der letztgenannten Feststellung nicht verbunden.

b) Die getroffene Feststellung ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil - wie die Beschwerde meint - eine Befüllung der Mietzylinder nach den einschlägigen Sicherheitsbestimmungen unzulässig ist. Wie vorstehend bereits ausgeführt, schließen die für das Abfüllen von ortsbeweglichen Druckgeräten geltenden Sicherheitsbestimmungen ein Befüllen der Kohlendioxidzylinder durch Drittunternehmen nicht aus. Welche Anforderungen das Drittunternehmen im Einzelfall erfüllen muss, um den geltenden Sicherheitsanforderungen zu genügen, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Mit Recht hat das Bundeskartellamt die Befugnis der Drittunternehmen zur Befüllung der Soda-Club-Mietzylinder unter den Vorbehalt gestellt, dass die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beachtet werden.

3. Nicht zu beanstanden ist gleichermaßen das vom Amt ausgesprochene Verbot, die konkurrierenden Abfüllunternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe der Mietzylinder zu hindern. Die Untersagung ist erforderlich, um den festgestellten Kartellverstoß - d.h. die Ausgestaltung des Mietzylindersystems dergestalt, dass die dritten Abfüllbetriebe ohne sachlich gerechtfertigten Grund an einer Befüllung der Soda-Club-Mietzylinder gehindert werden - abzustellen (§ 32 Abs. 2 GWB).

a) Die vom Amt ausgesprochene Untersagung ist nicht unverhältnismäßig. Maßnahmen, die den wettbewerblichen Verhaltensspielraum von Soda-Club in geringerem Maße beschränken, den kartellrechtswidrigen Zustand aber gleichwohl in vollem Umfang beseitigen, kommen nicht in Betracht. Keine der Alternativen, auf die sich Soda-Club in diesem Zusammenhang beruft, reicht aus, um die in Rede stehende Wettbewerbsbeschränkung auf dem Abfüllmarkt vollständig zu beseitigen. Das gilt zunächst für die Bereitschaft von Soda-Club, dem Endverbraucher bei jedem ihrer Vertriebshändler und ohne Quittungsvorlage den Wert seines Mietzylinders zu erstatten. Diese Lockerung des Mietzylindersystems ermöglicht zwar einen jederzeitigen Anbieterwechsel des Endkunden, lässt aber die von Soda-Club praktizierte Behinderung einer Fremdbefüllung ihrer Mietzylinder unverändert fortbestehen. Unzureichend ist ebenso die Bereitschaft von Soda-Club, mit ihren Konkurrenten eine Leerzylinder-Austauschvereinbarung abzuschließen und mit den Mietzylindern an einem Tauschpool teilzunehmen. Sämtliche der von Soda-Club dazu unterbreiteten Vorschläge (insbesondere in den Schreiben vom 11.7.2005, Bl. 3913 ff. der Akten, und vom 4.10.2005, Bl. 4106 ff. der Akten) stehen unter dem Vorbehalt, dass die konkurrierenden Abfüller und freien Händler das von Soda-Club reklamierte Eigentum an den Mietzylindern - und folglich auch das daraus abgeleitete Exklusivrecht bei der Befüllung der Mietzylinder - anerkennen. Damit bleibt aber gerade die von Soda-Club praktizierte Wettbewerbsbeschränkung im Kern aufrechterhalten. Aus derselben Erwägung genügen auch die offerierten weiteren Lockerungen des Mietzylindersystems (Verkauf von 425-g-Zylinder an die Wettbewerber zum Preis von 9,75 € pro Stück; Erstattung der Mietvorauszahlung auch ohne die Vorlage des Kassenbons und des Benutzerzertifikats; Begrenzung der Wechselkosten für den Endverbraucher auf maximal 3,55 € pro Zylinder; Verpflichtung, die 425-g-Zylinder der Wettbewerber nicht zu befüllen) nicht, um die von dem Mietzylindersystem ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vollumfänglich zu beseitigen.

c) Der Verbotsausspruch des Amtes überschreitet auch in zeitlicher Hinsicht nicht das zulässige Maß. Es versteht sich von selbst, dass die Untersagungsverfügung hinfällig wird, wenn ihre rechtlichen Grundlagen in Fortfall geraten und Soda-Club beispielsweise die marktbeherrschende Stellung auf dem Befüllmarkt verliert. Dies bedarf - entgegen der Ansicht der Beschwerde - keiner besonderen Erwähnung im Verbotstenor.

4. Als Abstellungsverfügung gerechtfertigt ist schließlich auch die im Beschlusausspruch 'zu Ziffer 5. b) verfügte Verpflichtung von Soda-Club, auf der Banderolenaufschrift ihrer Mietzylinder in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar den Text aufzubringen:

„Dieser Zylinder sowie alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes dürfen nicht nur vom Soda-Club, sondern unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften - auch von anderen Abfüllunternehmen befüllt werden.“

Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 12. April 2006 aufgrund vorläufiger Bewertung Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Anordnung geäußert hat, hält er daran nach erneuter Überprüfung nicht mehr fest. Der Hinweis ist erforderlich, weil Soda-Club im Text des Benutzerzertifikats, in seinen auf den Mietzylindern abgedruckten Mietbedingungen, auf den Umverpackungen der Startersets und in den Klauseln ihres Vertriebsvertrages eine Fremdbefüllung der Mietzylinder ausdrücklich verbietet und in der Vergangenheit rigoros versucht hat, das von ihr - zu Unrecht in Anspruch genommene - Fremdbefüllungsverbot gerichtlich durchzusetzen. Tatsächlich besteht - wie vorstehend begründet - ein solches Fremdbefüllungsverbot indes nicht. Darüber sind die Endverbraucher, Vertriebshändler und konkurrierenden Abfüllunternehmen mit Hilfe des vom Amt verfügt Banderolenhinweises zu unterrichten. Nur hierdurch wird der festgestellte Kartellverstoß schnell und nachhaltig abgestellt und sicher gestellt, dass der von Soda-Club über Jahre geschaffene Eindruck, dass eine Fremdbefüllung der Mietzylinder unzulässig sei, beseitigt und verhindert wird, dass Endverbraucher, Vertriebshändler sowie konkurrierende Abfüllunternehmen nach wie vor von einer Befüllung der Mietzylinder durch dritte Abfüllunternehmen abgehalten werden. Dass einige freie Händler und konkurrierende Abfüllunternehmen mittlerweile auch ohne den Banderolenhinweis zu einer Fremdbefüllung der Mietzylinder bereit sind, macht den verfügt Hinweis weder überflüssig noch unverhältnismäßig. Der Anordnung kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass Soda-Club letztlich verpflichtet werde, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern. Der Hinweis auf die Zulässigkeit einer Fremdbefüllung fördert nicht fremden Wettbewerb, sondern beseitigt die von Soda-Club jahrelang praktizierte Wettbewerbsbeschränkung und schafft damit erstmals die Voraussetzungen für einen freien und unverfälschten Wettbewerb auf dem Befüllmarkt. Hinweis- und Schriftgröße unterliegen ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Sie sind erforderlich, damit der Hinweis von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen wird, und sie sind - weil weniger als 10 %/0 der gesamten Banderolenfläche in Anspruch genommen wird - Soda- Club auch zuzumuten.

5. Soweit das Amt im Beschlusausspruch zu Ziffer 5. a) Soda-Club darüber hinaus verpflichtet hat, die Banderolenaufschrift ihrer Mietzylinder um den sinngemäßen Hinweis zu ergänzen, dass

Drittunternehmen unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften die Soda-Club-Mietzylinder selbst befüllen, befüllen lassen und in Verkehr bringen dürfen,

und

Soda-Club verboten ist, die konkurrierenden Abfüllunternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe ihrer Mietzylinder zu hindern,

bedarf es dieser zusätzlichen Hinweise nicht. Die Befugnis konkurrierender Abfüllbetriebe, Soda-Club-Mietzylinder zu befüllen, ist bereits Gegenstand des vorstehend unter Ziffer 4. erörterten Banderolenhinweises. Dass Soda-Club verboten ist, dritte Abfüllunternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe ihrer Mietzylinder zu hindern, wird ebenfalls schon durch den Hinweis erfasst, dass sämtliche umlaufenden Soda-Club-Mietzylinder von fremden Abfüllunternehmen befüllt werden dürfen. Für einen wiederholenden Hinweis auf der Banderole besteht keine Notwendigkeit. Die angefochtene Verfügung war demgemäß dahin abzuändern, dass der Ausspruch zu Ziffer 5. a) entfällt. Ein Teilunterliegen des Amtes liegt darin indes nicht. Denn die insoweit angeordnete Hinweispflicht ist - wie ausgeführt - sachlich bereits in dem Ausspruch zu Ziffer 5. b) enthalten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, den im Beschwerdeverfahren unterlegenen Beteiligten nicht nur die gerichtlichen Kosten der Beschwerdeinstanz, sondern darüber hinaus auch die notwendigen Auslagen des Bundeskartellamtes und der Beigeladenen - die das Verfahren durch umfangreichen schriftsätzlichen Vortrag wesentlich gefördert haben - aufzuerlegen.

IV.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen. Der Streitfall hat insbesondere in Bezug auf die sachliche Marktabgrenzung grundsätzliche Bedeutung (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Kühnen Dr. Maimann Prof. Dr. Ehricke