

**Für die Veröffentlichung
bestimmt**

Bundeskartellamt

3. Beschlussabteilung

B 3 – 39/03

In dem Verwaltungsverfahren

1. a) Soda Club GmbH
Äppelallee 29
65203 Wiesbaden
- b) Soda Club International BV
Minervum 7334
NL-4817 ZD Breda

Verfahrensbevollmächtigter: RA Dr. Wolfgang Deselaers
Linklaters Oppenhoff & Rädler
Börsenplatz 1
50667 Köln

- Beteiligte -

2. ds-produkte Dieter Schwarz GmbH
Stormarnring 14
22145 Stapelfeld

Verfahrensbevollmächtigter: RA Dr. Dietmar Rahlmeyer
CMS Hasche Sigle
Bankstrasse 1
40476 Düsseldorf

3. Brandmann Logistik und Vertriebs GmbH, Förden
4. Brunzel & Brunzel GmbH, Hückeswagen
5. BWL Bergisches Wasser- und Umweltlabor, Wuppertal
6. F & H Füllservice und Handel GmbH & Co. KG, Radevormwald
7. Firma Gako, Stahnsdorf
8. Firma Helling, Warburg
9. Füllco GmbH, Sottrum
10. SIS GmbH Sinnß Industrieservice, Bochum
11. Wischnewski Vertrieb für Getränkesysteme GmbH, Greven
12. W. Kohls Feuerlöscher GmbH, Köln
13. Firma Tatzke, March-Hugstetten,
14. SodaFresh AG, Birren, Schweiz
15. Soda Maschinen CO2 & Zubehör, Waltrop
16. Firma Bianca Vitt, Saarbrücken
17. Firma Fernseh-Binder, Ohlstadt
18. Firma Schuster & Kohl, Bobingen
19. Hinrich Kiel GmbH & Co. KG, Bordesholm
20. Hermann Hagemeyer GmbH & Co. KG, Scharn
21. Soda 2000, Unterföhring

Verfahrensbevollmächtigte zu 3. bis 21. : RA'in Sabine Zentek

Wellinghofer Amtsstraße 58

44265 Dortmund

- Beigeladene -

wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB und Art. 82 EG-Vertrag

hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 9. Februar 2006 beschlossen:

1. Das von der Soda-Club GmbH und den mit ihr nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen (i.F.: Soda-Club) praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der von Soda-Club in den Verkehr gebrachten und von ihr als Mietzylinder bezeichneten CO₂ – Zylinder für Trinkwasser-Besprudelungsgeräte (i.F.: „Mietzylinder“) verstößt gegen §19 GWB und Art. 82 EG-Vertrag.
2. Unternehmen, die
 - mit Soda-Club keine Vertriebsvereinbarung getroffen haben oder
 - eine getroffene Vertriebsvereinbarung unter Einhaltung der vertraglichen Fristen gekündigt haben oder
 - die Vertriebsvereinbarung – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – fristlos gekündigt haben,dürfen Soda-Club- „Mietzylinder“ von Endverbrauchern und vertraglich nicht (mehr) an Soda-Club gebundenen Unternehmen entgegennehmen, unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften selbst befüllen oder bei Abfüllunternehmen, welche die für eine Befüllung

- notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, befüllen lassen und in Verkehr bringen.
3. Endverbraucher dürfen „Mietzylinder“ von Soda-Club bei Unternehmen ihrer Wahl, auch bei den in Ziffer 2. des Tenors genannten Unternehmen, tauschen bzw. wiederbefüllen lassen.
 4. Um die Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 1. des Tenors genannten Vorschriften abzustellen, wird Soda-Club gemäß § 32 Abs. 1 und 2 GWB untersagt, die in Ziffer 2. des Tenors aufgeführten Unternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe der sogenannten „Mietzylinder“ zu hindern.
 5. a) Soda-Club hat die auf ihren „Mietzylindern“ angebrachten Banderolen binnen einer Frist von 2 Monaten textlich entsprechend Ziffer 2. bis 4. des Tenors anzupassen.
b) Zusätzlich ist auf der Banderole der folgende Text in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar aufzubringen: „Dieser Zylinder sowie alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes dürfen nicht nur von Soda-Club, sondern – unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften - auch von anderen Abfüllunternehmen befüllt werden.“
 6. Die Gebühr für diese Entscheidung wird durch gesonderten Beschluss festgesetzt.

A. Vorbemerkung

1. Diese Entscheidung betrifft das Verhalten des Unternehmens Soda-Club auf dem Markt der Befüllung von Zylindern mit CO₂ zur Verwendung in Besprudelungsgeräten. Besprudelungsgeräte mit CO₂-Zylinder dienen Endverbrauchern dazu, Leitungswasser mit Kohlensäure zu versetzen. Während das Besprudelungsgerät selbst lange Zeit nutzbar ist, muss der Zylinder immer wieder ausgetauscht werden, sobald er leer ist. Der

Endverbraucher bringt dazu den leeren CO₂-Zylinder zu einem Einzelhändler. Dieser gibt dem Endverbraucher dafür einen befüllten Zylinder. Der Endverbraucher zahlt nur für die Befüllung. Die Befüllung und Wiederbefüllung leerer CO₂-Zylinder nehmen Abfüllunternehmen vor. Ursprünglich nahmen alle Einzelhändler und Abfüllunternehmen die im Markt umlaufenden Zylinder zurück, tauschten und befüllten diese (Tauschpool). Dadurch entfaltete sich auf dem Markt der Befüllung dieser Zylinder ein unverzerrter Leistungswettbewerb.

2. Dieser Wettbewerb wurde durch das Verhalten von Soda-Club, die erst 1998 durch Übernahme von SodaStream eine relevante Position im deutschen Markt aufbauen konnte, massiv beeinträchtigt. Soda-Club produziert und vertreibt Besprudelungsgeräte und ist mit einem Marktanteil von über 70 % marktbeherrschendes Abfüllunternehmen für solche CO₂-Zylinder. Soda-Club erzielt den größten Teil ihres Umsatzes mit der Befüllung, die sie zentral für ganz Deutschland in Limburg durchführt.
3. Gegenstand dieser Verfügung ist, dass Soda-Club die marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, um den verbliebenen Restwettbewerb um die Befüllung immer weiter zurück zu drängen. Dazu werden Vertriebshändler exklusiv an Soda-Club gebunden; freie Händler und Abfüllunternehmen werden an der Befüllung von Soda-Club-Zylindern gehindert. Dies wirkt sich besonders schwerwiegend aus, da angesichts der marktbeherrschenden Stellung zahlreiche leere Soda-Club-Zylinder bei freien Händlern und Abfüllunternehmen auflaufen. Weiter erschwerend kommt hinzu, dass Soda-Club Zylinder der Wettbewerber dem Markt entzieht.
4. Durch die Exklusivbindung von Einzelhändlern schieden zahlreiche Vertriebsstellen für CO₂-Zylinder aus dem freien Wettbewerb um die Befüllung aus, da sich die gebundenen Händler verpflichten mussten, leere Zylinder nur noch durch Soda-Club befüllen zu lassen. Soda-Club erschwert die Beendigung der Exklusivbindung – und damit die Rückkehr in den freien Markt – dadurch, dass sie nach Beendigung des Vertriebsvertrags nur eine

bestimmte Anzahl von Zylindern zurück nimmt und die in der Folge beim Händler auflaufenden Zylinder gar nicht mehr zurücknimmt.

5. Soda-Club verschließt aber nicht nur durch die Exklusivbindung zahlreicher Vertriebsstellen den Markt, sondern geht auch massiv gegen konkurrierende Abfüllunternehmen und freie Händler vor. Bei den entstehenden Streitigkeiten spielt Soda-Club die im Vergleich zu den anderen Abfüllunternehmen weit überlegene Marktmacht und Unternehmenskraft aggressiv aus.
6. Zunächst hat Soda-Club anderen Abfüllunternehmen einen Verstoß gegen Markenrecht vorgeworfen, wenn sie Soda-Club-Zylinder befüllten. Damit scheiterte Soda-Club vor dem OLG Düsseldorf¹ ebenso wie vor dem Bundesgerichtshof². Das OLG Düsseldorf wies in seinen Urteilen die „sachlich nicht gerechtfertigte Reservierung des Befüllungsgeschäfts zugunsten eines Anbieters“ als „kartellrechtlich unerwünschte Erscheinung“ zurück³ und verwies ausdrücklich auf die Bedeutung des Wettbewerbs für das Folgegeschäft der Befüllung von Zylindern mit CO₂. Ferner sei „die Freiheit des Verbrauchers zu berücksichtigen, ... sich bei jeder Befüllung der ihnen selbst gehörenden Flaschen für einen ihnen zusagenden Befüller entscheiden zu können“⁴. Der BGH bestätigte diese Auffassung und betonte, dass auch sicherheitsrechtliche Aspekte keine ausschließliche Befüllung durch Soda-Club rechtfertigen⁵.
7. Das Vorgehen von Soda-Club mit angeblichen markenrechtlichen Ansprüchen hat das Deutsche Patent- und Markenamt in einer Entscheidung im Jahr 2005 als sittenwidrig und bösgläubig entlarvt (Bl. 4175 d.A.). Die Sperrwirkung der Marke sei zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes

¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. Oktober 2000, 20 U 73/00, Bl. 771 ff d.A.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. Januar 2002, 20 U 107/01, Bl. 1225ff. d.A.

² BGH, Urteil vom 24. Juni 2004, I ZR 44/02, Bl. 2575 ff. d.A. Die zitierten Urteile wurden ab Bl. 4735 d.A. nochmals zusammengestellt.

³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. Oktober 2000, UA S. 12.

⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. Januar 2002, UA S. 7.

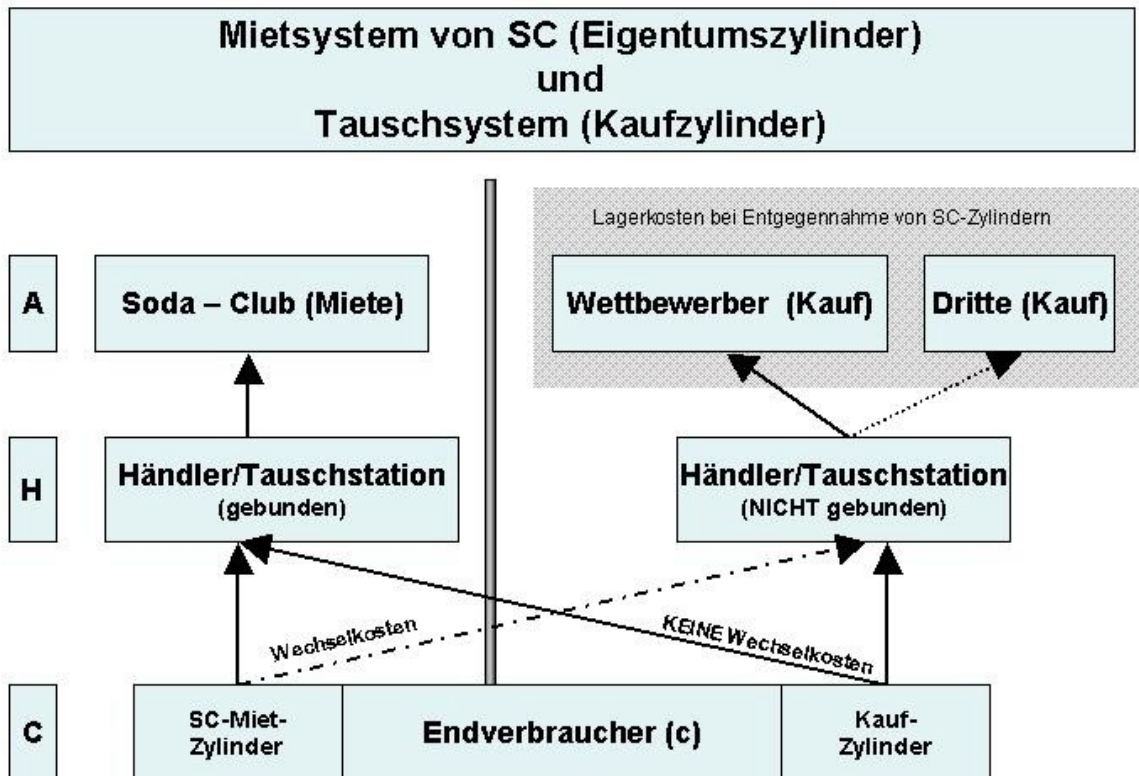
⁵ BGH, Urteil vom 24. Juni 2004, UA S. 5.

eingesetzt worden. Die Marke werde nicht als legitimes Durchsetzungsmittel im Sinne der Gewährleistung der Herkunftsfunktion genutzt, sondern diene in erster Linie der rechtsmissbräuchlichen Behinderung eines Wettbewerbers (Bl. 4189 d.A.).

8. Soda-Club hat bereits mit diesen markenrechtlichen Vorstößen den Wettbewerb auf dem Markt verzerrt, scheiterte damit aber vor den Gerichten. Das Unternehmen setzte in der Folge verstärkt auf eine eigentumsrechtliche Strategie und baute sein „Mietsystem“ weiter aus. Auch dabei geht es Soda-Club aber nicht um das Eigentum an sich. Ansprüche aus einem angeblichen Eigentumsrecht werden zweckentfremdet, um den Wettbewerb zu ersticken. Soda-Club vertreibt nun weitgehend Zylinder, die sie als „Mietzylinder“ bezeichnet. Nach Auffassung von Soda-Club sollen die Zylinder nur noch an den Endverbraucher vermietet werden. Eine Befüllung durch andere Abfüllunternehmen als Soda-Club wird als Verstoß gegen das angebliche Eigentumsrecht von Soda-Club verfolgt. Damit wird ein erheblicher Teil der umlaufenden Zylinder dem Wettbewerb um die Befüllung entzogen.
9. Darüber hinaus bürdet Soda-Club den freien Händlern und Abfüllunternehmen Lager- und Stilllegungskosten auf, da sie Soda-Club-Zylinder nicht zurücknimmt, die bei diesen auflaufen. Diese Kosten ließen sich nur vermeiden, wenn die freien Händler die Endverbraucher mit Soda-Club-Zylindern abweisen würden. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Soda-Club würde dies jedoch für die Händler eine weitgehende Aufgabe dieses Geschäfts bedeuten.
10. Die Marktverstopfung mit Soda-Club-Zylindern wird noch verschärft, indem Soda-Club dem freien Tauschpool Zylinder entzieht. Die an Soda-Club gebundenen Händler nehmen nämlich Zylinder der Wettbewerber entgegen, geben dafür aber Soda-Club-Zylinder aus. Der Kaufzylinder des Wettbewerbers wird somit in einen exklusiv von Soda-Club zu befüllenden „Mietzylinder“ umgewandelt. Das Landgericht Hamburg hat in einem auf

Markenrecht gestützten Urteil eine solche Umwandlung als unbillige Behinderung von Wettbewerbern und daher als unzulässig angesehen⁶.

11. Schematisch lassen sich die parallel existierenden Vertriebssysteme („Mietsystem“ Soda-Club und freier Tauschpool) wie folgt darstellen:



12. Das „Mietsystem“ des marktbeherrschenden Unternehmens Soda-Club ist missbräuchlich:

- weil gegenüber dem Endverbraucher behauptet wird, das Eigentum am CO₂-Zylinder verbleibe bei Soda-Club, was regelmäßig nicht stimmen dürfte.
- Indem sich Soda-Club auf ihr angebliches Eigentum an den Zylindern beruft, wird der Endverbraucher zur Befüllung an Soda-Club gebunden.

⁶ LG Hamburg, Urteil vom 10.09.2004, Bl. 1643ff. d.A.

Will der Endverbraucher zu einem Wettbewerber wechseln, entstehen Wechselkosten.

- Diese Wechselkosten, verbunden mit Lager- und Stilllegungskosten, trägt in der Regel ein freier Einzelhändler oder ein mit Soda-Club konkurrierender Abfüller. Zur Rücknahme von Soda-Club-Zylindern sind diese Unternehmen faktisch wegen der Marktverstopfung durch Soda-Club-Zylinder gezwungen.
- Besonders deutlich trifft dieses Problem die Einzelhändler, die einen Vertriebsvertrag mit Soda-Club beendet haben. Ein Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen ist ihnen kaum möglich.
- Soda-Club entzieht dem Tauschpool der Wettbewerber sogar Zylinder, indem sie das Eigentum an solchen „Fremdzyclindern“ reklamiert, die Endverbraucher zur Wiederbefüllung oder zum Austausch an Soda-Club-Vertragshändler geben. Dafür erhalten die Endverbraucher Soda-Club-Zylinder und werden in das „Mietsystem“ gezogen.

13. Im Ergebnis führen die Maßnahmen von Soda-Club dazu, dass

- der Bestand an Zylindern, die angeblich im Eigentum von Soda-Club stehen, in marktverstopfender Weise immer weiter ausgedehnt wird;
- der Marktzugang für Abfüllunternehmen erheblich behindert wird;
- potenzielle Wettbewerber von einem Markteintritt abgeschreckt werden; und
- der Endverbraucher von CO₂- Zylindern in der freien Wahl des besten Angebots beschränkt wird.

B. Sachverhalt

B.1. Beteiligte Unternehmen

B.1.1. Die Betroffene

14. Die Unternehmensgruppe Soda-Club wurde 1991 gegründet. Sie besteht insbesondere aus der Soda-Club GmbH, Wiesbaden, und den mit ihr

verbundenen Unternehmen Soda-Club AG, Soda-Club (CO₂) Ltd., Soda-Club International B.V., Soda-Club (CO₂) S.A., Zug, Schweiz und SodaStream AG. Die wesentliche operative Gesellschaft der Soda-Club-Gruppe ist die Soda-Club International BV, Breda, Niederlande. 1994/95 nahm Soda-Club über den Vertriebs Händler Brita die Tätigkeit auf dem deutschen Markt auf (Bl. 2651 d.A.). Die Soda-Club GmbH, Wiesbaden ist die deutsche Vertriebs Tochter der Soda-Club International BV (Bl. 336 d.A.). 1998 übernahm Soda-Club die bereits am deutschen Markt tätige SodaStream Ltd., Petersborough, GB.

15. Soda-Club produziert und vertreibt Besprudelungsgeräte für Trinkwasser für den Hausgebrauch (im Folgenden: Besprudelungsgeräte). Diese Geräte werden stets als Set inklusive eines CO₂- Zylinders vertrieben. Soda-Club besitzt Abfüllanlagen, um die zum Betrieb der Besprudelungsgeräte erforderlichen CO₂ - Zylinder (im Folgenden: Zylinder) mit CO₂ wiederzubefüllen. Darüber hinaus produziert und vertreibt Soda-Club Geschmackskonzentrate und Sirupe, die mit kohlensäureversetztem Wasser gemischt werden können.
16. Soda-Club setzte im Jahr 2002 weltweit [unter 150 Mio. €], im Jahr 2003 [unter 150 Mio. €]⁷ und im Jahr 2004 [unter 150 Mio. €] um. In Deutschland setzte Soda-Club im Jahr 2002 [unter 120 Mio. €], im Jahr 2003 [unter 120 Mio. €] und 2004 [unter 120 Mio. €] um. Mittlerweile erzielt Soda-Club den größten Teil des Umsatzes mit der Befüllung von Zylindern, die in die Besprudelungsgeräte eingesetzt werden.
17. Während Soda-Club die Besprudelungsgeräte an den Endverbraucher verkauft, werden die zum Betrieb der Besprudelungsgeräte erforderlichen Zylinder mit CO₂- Füllung sowohl verkauft (Multifit-Zylinder 300 g, aus Stahl, die auch in Besprudelungsgeräte der Wettbewerber passen) als auch „vermietet“ (425 g Zylinder und 325 g – Zylinder/MultiMax, beide aus Aluminium). Ob es sich im Fall der Aluminiumzylinder tatsächlich um eine wirksame „Vermietung“ handelt, ist zweifelhaft. Die Beigeladenen bestreiten

⁷ (Bl. 344 d.A., alle Blattzahlen beziehen sich auf die Akte B 3 – 39/03).

dies. Der Hinweisbeschluss des Landgerichtes Mainz vom 19. Januar 2006 (Bl. 4521ff. d.A.) führt mehrere Umstände auf, die für einen gutgläubigen Erwerb durch den Endverbraucher sprechen dürften. Auch nach Auffassung der Beschlussabteilung geht der CO₂- Zylinder i.d.R. ins Eigentum des Endverbrauchers über. Ob eine wirksame „Vermietung“ vorliegt, kann im vorliegenden Fall jedoch dahinstehen. Im Folgenden werden „vermietete“ und verkaufte CO₂-Zylinder als Zylinder bezeichnet; soweit es auf den Besitzwechsel mit oder ohne Übergang des Eigentums ankommt, wird von Kauf- bzw. „Mietzylindern“, sowie vom „Mietsystem“ gesprochen.

B.1.2. Die Beigeladenen

18. Seit dem Jahr 2003 haben sich über 20 Unternehmen, die im Bereich der Befüllung von CO₂-Zylinder tätig sind, mit Beschwerden an das Bundeskartellamt gewandt (Bl. 470, 1441, 1492, 1543f., 2161f., 2615, 3056, 4005 d.A.). Mit Beschlüssen vom 27.12.2004, 1.2.2005 und 21.9.2005 wurden insgesamt 20 Unternehmen förmlich zu dem Verfahren beigeladen (Bl. 2590, 2884, 4095 d.A.).
19. Die Beigeladene ds- produkte ist der größte Wettbewerber von Soda-Club im Bereich des Vertriebs von Besprudelungsgeräten und ist auch im Bereich der Befüllung tätig. Die übrigen beigeladenen Unternehmen sind kleine Unternehmen, die nur im Bereich der Befüllung der Zylinder und/oder des Handels mit diesen Zylindern tätig sind.

B.2. Betroffene Märkte

B.2.1. Sachliche Marktabgrenzung

B. 2.1.1. Der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Besprudelungsgeräten

20. Sachlich betroffen ist zunächst der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Besprudelungsgeräten. Dabei handelt es sich um Geräte, mit denen der

Endverbraucher seinem Leitungswasser Kohlensäure zusetzen kann. Diese Geräte werden stets als Set vertrieben. Teil des Sets sind eine Flasche, das eigentliche Besprudelungsgerät sowie ein mit CO₂ gefüllter Zylinder. Die Sets kosten in der Regel zwischen 30 und 50 € (Bl. 637ff, 2157 d. A.).

Besprudelungsgeräte mit großem⁸ bzw. kleinem⁹ Zylinder erfüllen aus Sicht der Endverbraucher den gleichen Zweck. Besprudelungsgeräte zur Besprudelung von Leitungswasser können deshalb zu einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden.

B. 2.1.2. Der Markt für die Befüllung von Zylindern mit CO₂ (Markt der Befüllung)

21. Sachlich betroffen ist der Markt für die Befüllung von Zylindern mit CO₂. Ist der im Besprudelungsgerät eingesetzte CO₂- Zylinder leer, tauscht der Endverbraucher den leeren Zylinder bei einem Einzelhändler gegen einen vollen Zylinder und zahlt dann nur den Preis der CO₂- Füllung. Der Einzelhändler lässt die vom Endverbraucher zurückgegebenen leeren Zylinder bei einem Abfüllunternehmen wiederbefüllen. Die Abfüllunternehmen können ohne große Kosten die Abfüllanlagen für CO₂- Zylinder auf die Befüllung von Zylindern unterschiedlicher Größe umstellen¹⁰. Eine Abgrenzung eigenständiger sachlich relevanter Märkte für die Befüllung großer bzw. kleiner Zylinder wäre daher nicht sachgerecht. Es handelt sich vielmehr um einen typischen Sortimentsmarkt, auf dem neben der vollständigen Produktionsumstellungsflexibilität auch einheitliche strukturelle Wettbewerbsbedingungen bestehen.

22. Soda-Club trägt vor, die von der Beschlussabteilung gewählte Marktabgrenzung sei sowohl unter dem Gesichtspunkt der Nachfrage- als

⁸ 425g Füllgewicht CO₂ zur Besprudelung von 40-60 Liter Leitungswasser.

⁹ 300g Füllgewicht CO₂ zur Besprudelung von 30-40 Liter Leitungswasser.

¹⁰ Es handelt sich um eigene Abfüllanlagen für CO₂-Zylinder für Trinkwassersprudelgeräte (vgl. Bl. 4504 d.A.). Die zur Umstellung der Abfüllanlagen benötigten Ventile kosten wenige Euro (Bl. 1574 d.A.).

auch der Angebotssubstitution unzutreffend (vgl. Bl. 1573ff. 2658 und 4556ff. d.A.). Soda-Club sieht einen „Markt für gebrauchsfertiges Sprudelwasser“ als betroffen an.

23. Die Beschlussabteilung grenzt den Markt nach ständiger Rechtsprechung nach dem Bedarfsmarktkonzept ab. Hierbei kommt es auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte an. Der Gesichtspunkt des Verwendungszweckes und damit eng zusammenhängend der Eigenschaften steht dabei ganz im Vordergrund.
24. Die Besprudelung von Leitungswasser mit CO₂ hat - auch nach eigenem Vortrag von Soda-Club – den Vorteil, dass der Endverbraucher keine Getränkekästen mehr schleppen muss. Das Besprudelungsgerät erlaubt dem Endverbraucher – abhängig von der Füllmenge des Zylinders – auch eine im Vergleich zu gebrauchsfertigem Mineralwasser langfristige Versorgung mit besprudelm Wasser. Mit einem kleinen Zylinder kann Leitungswasser besprudelt werden, dass der Menge von mindestens 3,5 Kästen Mineralwasser entspricht, die Besprudelung mit einem großen Zylinder entspricht ca. 5 Kästen Mineralwasser. Dies ist gerade für Endverbraucher mit hohem Wasserkonsum (z.B. Familien) entscheidend. So spricht Soda-Club auf seiner Internetseite Familien in einer eigenen Rubrik an, wobei Geschmackskonzentrate in insgesamt 22 verschiedenen Geschmacksrichtungen die Attraktivität des Besprudelungsgerätes weiter erhöhen sollen. Bei dem Kauf von Mineralwasserkästen einerseits und der Besprudelung von Leitungswasser mit Besprudelungsgeräten andererseits handelt es sich damit um zwei unterschiedliche Systeme zur Bedarfsdeckung. Ein durchschnittlicher Endverbraucher, der sich für die Besprudelung von Leitungswasser entscheidet und das hierzu benötigte Besprudelungsgerät kauft, will gerade von dem Kauf von Mineralwasserflaschen und dem damit verbundenen Transport der Kästen unabhängig werden. Er hat eine Investition getätigt, die er nutzen möchte, um Leitungswasser zu besprudeln. Er kann anstelle einer Befüllung des

leeren Zylinders nicht auf den Kauf von Wasserkästen verwiesen werden. Hat der Endverbraucher einmal die Systementscheidung „Besprudelungsgerät“ getroffen, so ist seine Nachfrage allein auf die Dienstleistung der Befüllung gerichtet. Im Rahmen dieser Nachfrage sieht er dann nur noch das Angebot der verschiedenen Abfüllbetriebe als austauschbar an.

25. Die mit Hinweis auf quantitative Analysen (wie z.B. mit Gutachten von Herrn Perlman vorgelegt¹¹) von Soda-Club geführte Argumentation einer Reaktionsverbundenheit des Marktes der Besprudelung von Leitungswasser mit dem Markt der Fertiggetränke verkennt, dass das vorliegende Verfahren nicht eine Preishöhenkontrolle bzw. einen Preismissbrauch zum Gegenstand hat, sondern die Behinderung konkurrierender Abfüllbetriebe. Die Möglichkeiten für Endverbraucher, längerfristig bei einem starken Anstieg der Besprudelungskosten auf preiswerteres Mineralwasser auszuweichen, besteht für Abfüllbetriebe, die eine Anlage zur Befüllung von Zylindern mit CO₂ angeschafft haben, auch auf lange Sicht nicht. Auch deshalb scheidet die Einbeziehung von Mineralwasser bzw. Fertiggetränken in den Markt für besprudelttes Trinkwasser aus.
26. Die von Soda-Club zur Angebotssubstitution vorgetragenen Argumente (Bl. 4587 d.A.) sind nicht zutreffend. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Anlagen für die Abfüllung von Lebensmittelkohlendioxid. Abfüllunternehmen bieten zwar auch die Abfüllung von CO₂ für andere Anwendungen an (z.B. für Feuerlöscher); es handelt sich dann aber um andere Abfüllanlagen.

B.2.2. Räumliche Marktabgrenzung

27. Der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Besprudelungsgeräten und der Markt für die Befüllung sind bundesweit abzugrenzen.

¹¹ Vgl. Ordner VIII der Anlagen zur Akte (darin Anlage 10, Geschäftsgeheimnis von Soda-Club)

B.3. Marktverhältnisse

B.3.1. Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Besprudelungsgeräten

28. Neben Soda-Club bieten nur noch ds-produkte sowie der Importeur Soda Fresh Schweiz AG Besprudelungsgeräte an. Inzwischen insolvent sind die Besprudelungsgeräteanbieter Aquabar (2002), Sparkling (2002¹²) und DelPro. Die Beschlussabteilung hat für das Jahr 2004 folgende Marktanteile bei Besprudelungsgeräten ermittelt (Bl. 4310 d.A.): Das Marktvolumen lag im Jahr 2004 zwischen 15 und 25 Mio. EUR (genaues Marktvolumen: Geschäftsgeheimnis, weil nur zwei Anbieter fast den gesamten Markt abdecken). Der Anteil von Soda-Club lag 2004 bei über 50 % und der Anteil von ds-produkte bei unter 50 %¹³.

29. Der Markt für Besprudelungsgeräte befand sich in den neunziger Jahren in der Expansionsphase. Vor allem in der ersten Hälfte der neunziger Jahre war dieser Markt durch exponentielles Wachstum gekennzeichnet. Der Anteil der Haushalte, die ein Besprudelungsgerät erworben haben, wuchs von 0,6% im Jahr 1995 auf 22,7% im Jahr 2000. Seit dem Jahr 2000 sind jedoch Sättigungseffekte eingetreten. Der Anteil der Haushalte, die mit einem Besprudelungsgerät ausgestattet sind, wuchs zwischen 2000 und 2003 nur noch von 22,7% auf 27,5% (Bl. 2056 d.A.). Kosteten die Soda-Club Besprudelungsgeräte anfangs noch 190,00 DM (Bl. 1141 d.A.), ist mittlerweile ein Preisverfall um 50% zu beobachten. Die Besprudelungsgeräte haben eine sehr lange Lebensdauer (Bl. 2056 d.A.). Ersatzinvestitionen werden vom Endverbraucher daher nur in vergleichsweise geringem Umfang vorgenommen. Der Markt der Besprudelungsgeräte befindet sich in der Stagnationsphase. Soda-Club macht nur noch einen geringen Anteil ihres Umsatzes mit dem Vertrieb von Besprudelungsgeräten (vgl. Bl. 3772ff. d.A.).

¹² Sparkling wurde mittlerweile von ds-produkte übernommen.

¹³ Der dritte Anbieter Soda Fresh spielt bei einem Gesamtumsatz von unter 100 TEURO keine Rolle.

B.3.2. Markt der Befüllung von Zylindern mit CO₂

30. Die Beschlussabteilung hat eine umfassende Marktermittlung vorgenommen und dabei auch alle von Soda-Club benannten Abfüllunternehmen nach ihren Umsätzen befragt (vgl. Bl. 4363 d.A.)¹⁴. Bis auf Soda-Club und ds-produkte sind die übrigen auf dem Markt der Befüllung tätigen Unternehmen kleine Unternehmen, die neben CO₂-Zylindern für Besprudelungsgeräte auch die Abfüllung weiterer technischer und sonstiger Gase für Industrie, Gastronomie und Handel anbieten (Bl. 308 ff., 660ff. d.A.). Es gibt auch Abfüllunternehmen, die ausschließlich die Befüllung von CO₂-Zylindern anbieten. Das hierfür benötigte CO₂ beziehen sie von Herstellern technischer Gase, wie z.B. der Westfalen AG oder der Linde AG. Es wurden 40 Unternehmen ermittelt, die am Markt der Befüllung tätig sind. 32 davon haben jeweils unter 300 TEuro Umsatz, 16 davon deutlich unter 50 TEuro Umsatz und 10 Unternehmen sogar unter 10 TEuro Umsatz mit der Befüllung von CO₂-Zylindern erzielt.
31. Das von der Beschlussabteilung ermittelte Marktvolumen auf dem Markt der Befüllung betrug im Jahr 2002 40 bis 50 Mio. €, 2003 50 bis 60 Mio. € und 2004 40 bis 50 Mio. € (die genauen Werte wurden ersetzt durch Spannen, da nur zwei Anbieter auf dem Markt wesentliche Umsätze tätigen, vgl. i.F. Bl. 4309f). Soda-Club erreichte in allen drei betrachteten Jahren auf dem Markt der Befüllung einen Anteil von mehr als 70%, ds-produkte von unter 15% und die restlichen Abfüllunternehmen zusammengenommen ebenfalls von unter 15%. Nach Menge - d.h. nach Anzahl der insgesamt wiederbefüllten Zylinder - erzielt Soda-Club dagegen knapp unter 60% Marktanteil. Mehr als 60 % des wertmäßigen Marktvolumens entfiel auf „vermietete“ Zylinder.
32. Wegen des Angebotes unterschiedlicher Zylindergrößen (mit entsprechend unterschiedlichen Füllmengen) sind auf dem Markt der Befüllung die Anteile

¹⁴ Befragt wurden auch alle Unternehmen, die Soda-Club noch mit Schreiben vom 20. Januar 2006 aufgeführt hat (Bl. 4556ff. d.A.).

an den erzielten Umsätzen aussagekräftiger als die Anzahl der jeweils befüllten Zylinder – die 300g- Zylinder machen nach Anzahl 50% des Marktes aus, erzielen nach Wert aber nur 30% des Marktvolumens.

33. Betrachtet man das Marktsegment der 425g- Zylinder, die von Soda-Club „vermietet“ werden, so erzielte Soda-Club nach Wert in allen drei betrachteten Jahren einen Anteil von über 90%. Im Segment der 300g- Zylinder, die von Soda-Club zur freien Verfügung an den Endkunden verkauft werden, erzielte Soda-Club in allen drei betrachteten Jahren dagegen nur einen Anteil von deutlich unter 30%. ds-produkte konnte seinen Marktanteil bei 300g- Zylindern von 2002 bis 2004 auf über 40% steigern¹⁵. Die restlichen Wettbewerber erzielten zusammengenommen unter 30% Marktanteil.
34. Die ermittelten Marktdaten werden von den Erhebungen der GfK im Wesentlichen gestützt (Bl. 4363 d.A.). Die Stellung von Soda-Club auf dem Befüllungsmarkt mit einem Marktanteil zwischen 60-70% ergibt sich unter anderem auch aus einer GfK- Studie, die Soda-Club selbst eingereicht hat¹⁶.

B.4. Am Markt der Befüllung praktizierte Vertriebssysteme

35. Auf dem Markt der Befüllung werden derzeit zwei Vertriebssysteme parallel angewandt: der Tauschpool der Wettbewerber und das sogenannte „Mietsystem“ von Soda-Club.

B.4.1. Das Vertriebssystem der Wettbewerber (Tauschpool)

36. Die Wettbewerber von Soda-Club (Abfüllunternehmen) vertreiben an den Einzelhandel Zylinder, die nicht „vermietet“, sondern an den Handel und damit an den Endverbraucher verkauft werden (Kaufzylinder). In der Regel

¹⁵ Auf dem Marktsegment der 425g- Zylinder ist ds-produkte erst seit 2005 tätig.

¹⁶ vgl. Band IV der Anlagen zur Akte; Seite 20 des fünften Spiralhefters (genauer Marktanteil ist Geschäftsgeheimnis von Soda-Club).

wird mit dem Handel kein Vertriebsvertrag geschlossen (vgl. Bl. 3060 d.A.). Der Endverbraucher erwirbt an dem Zylinder Eigentum. Nach Erschöpfung des darin enthaltenen CO₂ tauscht er ihn bei einem Händler seiner Wahl gegen einen wiederbefüllten Zylinder und zahlt lediglich die Befüllung. Die derart am Markt der Befüllung tätigen Unternehmen bilden einen Tauschpool, in dem die Kaufzylinder frei kursieren. Soda-Club nimmt mit Kaufzylindern (300g Multifit Stahlzylinder) an diesem Tauschpool teil. Der weit überwiegende Teil der Soda-Club-Zylinder wird jedoch in einem „Mietsystem“ vertrieben (425g und 325g Aluminiumzylinder).

B.4.2. Das Vertriebssystem von Soda-Club („Mietsystem“)

37. Soda-Club geht davon aus, dass ihre Zylinder (von den Kaufzylindern abgesehen) permanent in ihrem Eigentum verbleiben und an Endverbraucher und Einzelhändler nur „vermietet“ werden.

B.4.2.1. Die „Mietvorauszahlung“

38. Ein Endverbraucher, der nach Vorstellung von Soda-Club dem „Mietsystem“ unterliegen soll, zahlt bei Erhalt des ersten Zylinders eine sogenannte „Mietvorauszahlung“, dem nach Darstellung von Soda-Club ein Benutzerzertifikat angeheftet ist¹⁷. Die „Mietvorauszahlung“ beträgt etwa 23 €, wenn der Endverbraucher einen Ersatz- bzw. Zusatzzylinder „mietet“ und etwa 11,50 €, wenn er zugleich ein Gerät erwirbt. Diese „Mietvorauszahlung“ soll nur den Wert des leeren Zylinders abdecken.

39. Um die „Mietvorauszahlung“ bei endgültiger Rückgabe des Zylinders – pro rata temporis – ausgezahlt zu bekommen, muss der Endverbraucher dieses Benutzerzertifikat zusammen mit dem Kassenbeleg bei dem Soda-Club-Händler, bei dem er den ersten Zylinder erworben hat, einreichen (im

¹⁷ Die Beschwerdeführer bestreiten, dass allen Neuzylindern Benutzerzertifikate beigelegt sind (Bl. 4505f. d.A.)

Folgenden auch: die Belege).¹⁸ „Vermietete“ Soda-Club-Zylinder kann der Endverbraucher nach Vorstellung von Soda-Club nur über einen Vertragshändler von Soda-Club wiederbefüllen lassen. Der Endverbraucher zahlt dann – wie im Tauschpool auch - nur die CO₂- Füllung. Gegenüber Endverbrauchern, Händlern und anderen Abfüllunternehmen macht Soda-Club geltend, eine Befüllung dürfe nur durch Soda-Club erfolgen.

40. In der Bilanz von Soda-Club [].

B.4.2.2. Vereinbarungen zwischen Soda-Club und Unternehmen des Einzelhandels

41. Das „Mietsystem“ wird von Soda-Club durch Vereinbarungen mit Einzelhändlern durchgesetzt. Soda-Club schließt mit selbständigen Einzelhandelsunternehmen eine „Soda-Club und SodaStream Zylinder Einzelhandels- und Lizenzvereinbarung“ (im Folgenden: EHLV, vgl. Bl.351ff. d.A.) ab¹⁹. Danach bezieht der Händler einen Vorrat an befüllten Austauschzylindern, die zum Tausch gegen leere Zylinder des Endverbrauchers gedacht sind und für die er eine Kautions hinterlegt. Der Händler erhält bei Kündigung der EHLV nur für den ursprünglich vereinbarten Austauschzylindervorrat die Kautions zurück. Bei endgültiger Rückgabe eines leeren Zylinders durch den Endverbraucher erstattet Soda-Club dem Händler analog zu den „Mietbedingungen“ auf Verbraucherebene die „Mietvorauszahlung“ nur, wenn der Händler einen Zylinder einschließlich Benutzerzertifikat und Kassenbeleg des Endverbrauchers zurückgibt. Dementsprechend erfolgt die Belieferung des Händlers grundsätzlich im Tausch 1:1.

42. Der Einzelhändler ist verpflichtet, ab dem Tag der Beendigung der Vertragsbeziehung keine Soda-Club- Zylinder mehr anzunehmen. Soda-Club erstattet dem Händler daher nicht die „Mietvorauszahlung“ für solche

¹⁸ Zu den Einzelheiten der Regelungen mit dem Endverbraucher vgl. Bl. 4367 d.A..

¹⁹ Zu den Einzelheiten der EHLV vgl. 4368f d.A..

Zylinder, die Endverbraucher erst nach Beendigung der Vertragsbeziehung zusammen mit den erforderlichen Belegen einreichen.

43. Soda-Club trifft mit den Vertriebshändlern Vereinbarungen, nach denen auch die 300g Stahlzylinder (Multifit), die als Kaufzylinder unstrittig im Eigentum des Endverbrauchers stehen und von allen Abfüllunternehmen wiederbefüllt werden können, bei Entgegennahme durch den Soda-Club- Einzelhändler in das Eigentum von Soda-Club übergehen (Bl. 1406 d.A.). Die Banderole des MultiFit- Zylinders enthält dementsprechend den folgenden Text: „Dieser Zylinder ist das Eigentum von SodaStream (CO₂) AG („SodaStream“), wenn er sich im Besitz eines autorisierten SodaStream Händlers befindet“. Soda-Club hat die EHLV entsprechend angepasst (z.B. Bl. 2128ff. d.A.).

44. Die seit Ende 2004 mit dem Handel getroffenen Vereinbarungen mit dem Titel „Erweiterung des Austauschzyklindervorrats“ enthalten bezüglich der Multifit- Kaufzylinder, die auch in Geräte der Wettbewerber passen, folgende Vereinbarungen:

„Soda-Club hat das Exklusivrecht zur Befüllung der Multifit Zylinder mit Kohlendioxid (im folgenden Gasnachfüllung genannt) sowie das Recht, diese zu vertreiben und damit zu handeln.“

*„Soda-Club BV und der Lizenznehmer sind die einzige Lieferquelle der vollen Multifitzylinder **und der Gasnachfüllungen** für den Einzelhändler. Er verpflichtet sich, diese nicht von Dritten entgegenzunehmen oder an Dritte zu übergeben für welchen Zweck auch immer, sondern solche ausschließlich von Endverbrauchern, welche einen leeren Multifitzylinder gegen einen vollen austauschen wollen oder bei der endgültigen Rückgabe entgegenzunehmen.“*

*„Der Einzelhändler verpflichtet sich bzw. erkennt an, dass jeder Multifit Zylinder in seinem Austauschzyklindervorrat und **jeder im Austausch für einen Multifit Zylinder erhaltene Zylinder Eigentum** von SodaStream*

(CO2) AG ist und nur dem Lizenznehmer oder Soda-Club BV zurückzugeben ist.“ (Hervorhebungen durch Verf.).

B.5. Wirkung der Ausgestaltung des Vertriebssystems von Soda-Club

45. Das "Mietsystem" von Soda-Club dient nicht dazu, regelmäßige Mieteinnahmen zu erzielen, was einer Vermietung wesenseigen ist (§ 535 BGB). Die Ermittlungen der Beschlussabteilung belegen vielmehr, dass der Sinn und Zweck des "Mietsystems" ausschließlich darin liegt, andere Unternehmen von der Befüllung der Soda-Club- Zylinder auszuschließen und die Vertriebs Händler von Soda-Club exklusiv an sich zu binden. Damit wird auch der Endverbraucher hinsichtlich seiner Auswahlmöglichkeiten eingeschränkt.

B.5.1. Wirkung auf Endverbraucher und freie Händler/Abfüllunternehmen

46. Soda-Club erschwert durch die Ausgestaltung des „Mietsystems“ der Zylinder den Wechsel des Verbrauchers zu einem konkurrierenden Abfüllunternehmen. Der Endverbraucher hebt Benutzerzertifikat und Kassenbeleg i.d.R. nicht auf. Ohne Vorlage der Belege erhält der Kunde von Soda-Club die „Mietvorauszahlung“ jedoch nicht (anteilig) erstattet.²⁰ Wenn der Endverbraucher zu einem anderen Abfüllunternehmen wechseln will, so ist er damit i.d.R. gezwungen, sich einen neuen Zylinder dieses Wettbewerbers zu kaufen. Auch wenn er die beiden Belege von Soda-Club noch vorweisen kann, erhält er von Soda-Club nur den „Restwert“ des Zylinders zurück. In jedem Fall muss er Wechselkosten tragen. Dies erschwert den Wechsel zu Anbietern von Kaufzylindern außerhalb des Vertriebssystems von Soda-Club erheblich.

²⁰ zu den Einzelheiten der Ermittlungen der Beschlussabteilung zum gutgläubigen Eigentumserwerb vgl. auch Bl. 4370f und 4372 d.A..

47. Das „Mietsystem“ ist entgegen dem Vortrag von Soda-Club keine verbraucherfreundliche Alternative zum Kaufsystem. Der Endverbraucher zahlt für einen „gemieteten“ Zylinder so viel wie für einen gekauften Zylinder, verliert bei dem „Mietzylinder“ jedoch die Möglichkeit, zwischen mehreren Abfüllbetrieben auszuwählen. Die anteilige Erstattung der „Mietvorauszahlung“ durch Soda-Club nützt nur den Verbrauchern, die ihr Besprudelungsgerät nicht mehr benutzen wollen, und auch nur, wenn sie die Belege aufbewahrt haben. Wer weiter besprudeln will, bleibt bei der Wiederbefüllung an Soda-Club gebunden. Dies ist dem Endverbraucher allerdings regelmäßig beim Erwerb des Besprudelungsgerätes oder eines Ersatz- oder Zusatzzylinders nicht deutlich.
48. Bei einem Kaufzylinder bleibt der Endverbraucher dagegen von Anfang an frei in der Wahl seiner Tauschstation. Zugleich kann auch das Einzelhandelsunternehmen (die Tauschstation) das Abfüllunternehmen frei wählen. Der Endverbraucher kann einen leeren Kaufzylinder unbegrenzt lange bei jedem beliebigen Händler (auch bei Vertragspartnern von Soda-Club) gegen einen vollen Zylinder zum Preis allein der Befüllung und des CO₂ tauschen.
49. Nach Darstellung der Beschwerdeführer und nach Ermittlungen der Beschlussabteilung geben Endverbraucher Soda-Club- „Mietzylinder“ i.d.R. bei beliebigen Händlern und letztere diese Zylinder i.d.R. unsortiert - ohne Rücksicht auf das „Mietsystem“ von Soda-Club – an die Abfüllunternehmen zurück. Eine Trennung von Kauf- und „Mietzylindern“ ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung in der Praxis schwer oder gar nicht möglich (Bl. 477, 741f., 1384, 1397ff. d. A.).
50. Die oben beschriebenen Wechselkosten werden somit in der Praxis vom Endverbraucher auf den freien Einzelhändler bzw. das Abfüllunternehmen überwälzt.
51. Bei den Wettbewerbern von Soda-Club (Abfüllunternehmen) kommt es daher zu einem erheblichen Rücklauf an Soda-Club- Zylindern. Nach Darstellung

der Beschwerdeführer beträgt der Anteil ca. 20-30% des gesamten Rücklaufes, d.h. des Umsatzes mit Befüllungen (Bl.1165 ff, 1379-1390, 2008ff. d.A.). Die Zylinder werden von den Abfüllunternehmen notgedrungen eingelagert (vgl. Bl. 391 d. A.) und möglicherweise auch „auf eigenes Risiko“ umgearbeitet und wiederbefüllt, da Soda-Club sich als Ausfluss des Eigentumsrechts die Befüllung „ihrer“ Zylinder vorbehalten.

52. Nach Darstellung der Beschwerdeführer verweigert Soda-Club gegenüber Abfüllunternehmen die Rücknahme der von ihr in Umlauf gebrachten und bei diesen aufgelaufenen Zylinder (Bl. 897 d.A.). Soda-Club ist weder zum Austausch gegen Zylinder der Wettbewerber, noch zum Rückkauf der eigenen Zylinder zu einem marktüblichen Entgelt bereit. Bei den Abfüllunternehmen bilden sich dadurch Lager mit Soda-Club- Zylindern. Abfüllunternehmen, die ihre Vertriebspartner anweisen, keine Soda-Club-Zylinder mehr entgegenzunehmen, verlieren nach Darstellung der Beschwerdeführer ca. 20-30% ihrer Kunden/Endverbraucher (Bl. 1379-1390, 4293-4298 d.A.). Der Wettbewerber ds-produkte hat inzwischen ein 425g Zylinder-Besprudelungsgerät eingeführt (Bl. 2392f. d.A.). Da in diesem Marktsegment über 90% der umlaufenden Zylinder „Mietzylinder“ sind, werden die rücklaufenden Soda-Club- Zylinder derzeit auf Kosten und Risiko der ds-produkte gelagert (Bl. 3822f. d.A.). Eine Listung von ds-produkte im Einzelhandel wurde durch den interessierten Handel lange Zeit in erster Linie aufgrund der Befürchtung rechtlicher Auseinandersetzungen mit Soda-Club abgelehnt (Bl. 2406 und 2565 d.A.).

53. Die Beschwerdeführer tragen vor, dass Soda-Club die Zylinder der Wettbewerber (im Folgenden: Fremdzylinder) gezielt vom Markt nehme und ihre Vertriebshändler auch explizit dazu auffordere, Fremdzylinder einzusammeln (Bl. 1166., 2156 d. A.) und dem Endverbraucher dafür sozusagen im Tausch „Mietzylinder“ auszuhändigen.

54. Soda-Club hat hierzu erklärt, dass ihren Einzelhändlern nicht erlaubt sei, Fremdzylinder gegen volle Soda-Club Zylinder auszutauschen (Schreiben

vom 30.4.04, Bl. 403 d. A.). Der Beschlussabteilung liegen jedoch drei „Soda- Rücknahmebelege“ vor, auf denen Soda-Club dem Händler die Rückgabe leerer Zylinder, darunter „Alu Fremdzylinder“ verschiedener Füllmengen, quittiert (Bl. 1179, 1418 und 2609 d. A.). Auch haben Soda-Club- Außendienstmitarbeiter nach Vortrag der Beschwerdeführer gegenüber den Soda-Club- Händlern den Standpunkt vertreten, sie seien berechtigt, Fremdzylinder entgegen zu nehmen (Bl. 1389f. d. A.).

55. Dementsprechend klagen die Wettbewerber (Abfüllunternehmen) über einen erheblichen Schwund an eigenen Zylindern, die nicht wieder zu ihnen zurücklaufen und für die sie Ersatzinvestitionen tätigen müssen (Bl. 1163-1171 d.A., 20 bis 40 Prozent ihres umlaufenden Bestandes).
56. Der im Jahr 2001 von Soda-Club als „Mietzylinder“ eingeführte MultiMax-Zylinder ist explizit für den Einsatz in Besprudelungsgeräten der Wettbewerber gedacht. Die MultiMax- Zylinder tragen die Aufschrift *„Nicht in SodaStream- oder Soda-Club-Besprudelungsgeräten verwenden“*, *„Geeignet für die Benutzung in: Aquabar*, WasserMaxx*, Soda-Maxx* und anderen Besprudelungsgeräten; *Geschützte Markennamen Dritter“* (Bl. 1143ff d.A.; der Zylinder liegt der Beschlussabteilung vor). Soda-Club bietet kein eigenes Besprudelungsgerät für diese Zylinderform an. Wenn Endverbraucher Kaufzylinder anderer Abfüllunternehmen bei Soda-Club- Händlern gegen befüllte Zylinder umtauschen wollen, erhalten sie im Gegenzug MultiMax- „Mietzylinder“, an welchen Soda-Club das Eigentum beansprucht. Der Endverbraucher wird nicht darüber aufgeklärt, dass er durch diesen Tausch ab sofort dem Soda-Club- „Mietsystem“ unterliegt (Bl. 1934f. d.A.). Der Endverbraucher wird - unwissentlich - in das „Mietsystem“ von Soda-Club gezogen und damit faktisch enteignet. Bringt der Endverbraucher umgekehrt den leeren MultiMax- Zylinder zu einem freien Händler, darf dieser ihn nicht entgegennehmen und verliert entweder diesen Kunden oder ihm entstehen Lagerkosten (Bl. 1391ff. d.A.).

57. Soda-Club geht unter Berufung auf ihr Eigentumsrecht gegen freie Händler und Abfüllunternehmen vor, die Soda-Club Zylinder annehmen. Die Anwältin der Beschwerdeführer zu 2. bis 21. legte zahlreiche derartige Fälle dar (Bl. 849, 1126, 1129, 1420, 1495, 4294, 4295, 4296, 4314f. vgl. auch Bl. 1498ff d. A.).²¹

B.5.2. Wirkung der Ausgestaltung des Vertriebssystems auf die Vertriebshändler von Soda-Club

58. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung belegen, dass die Vertriebshändler von Soda-Club rechtlich exklusiv gebunden sind.

- Obwohl der MultiFit- Zylinder ein Kaufzylinder ist, steht er auf Handelsebene nicht im Eigentum des Händlers. Nimmt ein Händler einen Kaufzylinder des Endverbrauchers im Tausch gegen einen MultiFit- Zylinder entgegen, so geht der entgegengenommene Kaufzylinder – unabhängig davon, ob es sich um einen Soda-Club- oder einen Wettbewerbszylinder handelt – in das Eigentum von Soda-Club über (Tz. 43). Der Soda-Club- Vertriebshändler darf diesen Kaufzylinder nicht bei einem anderen Abfüllunternehmen befüllen lassen.
- Soda-Club hat nach Darstellung der Beschwerdeführer gegenüber Vertragshändlern auch die Rechtsauffassung vertreten, ihr Vertriebssystem sei im Sinne eines Exklusivvertrages auszulegen und der Vertrieb von Wettbewerbszylindern mithin unzulässig (Bl. 13 und 179f d.A.). Die Ergänzung der EHLV (s. oben Tz. 43f.) zeigt zumindest das Bestreben von Soda-Club, auch die Befüllung ihrer Kaufzylinder für sich zu reservieren.

²¹ Bl. 3044 f. d.A. enthält eine Liste aktueller Rechtsstreite, die der Anwältin der Beschwerdeführer zu 2. bis 21. bekannt geworden sind (vgl. zu weiteren Auseinandersetzungen der Beschwerdeführer mit Soda-Club auch Bl. 2899, 2181 ff und 3149 ff d.A. sowie zu noch laufenden Streitigkeiten Bl. 4172 d.A.).

- Soda-Club trägt demgegenüber vor, den Vertragshändlern sei es unbenommen, Wettbewerbsprodukte anzubieten (Bl. 401 und 2665 d.A.). Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bietet jedoch keine Verkaufsstätte den gleichen Zylindertyp von mehreren Anbietern an (u.a. Bl. 2010 d.A., vgl. auch Bl. 4486f. d.A.)²².
- Soda-Club versucht nach Darstellung der Beschwerdeführer auch, Wettbewerber bei Handelsunternehmen mit dem Argument herauszudrängen, nur Soda-Club könne beide Zylindertypen anbieten (Bl. 2008 d.A.). Nach bisherigen Feststellungen der Beschlussabteilung ist der Handel nicht bereit, parallel Kaufzylinder neben „Mietzylindern“ zu führen²³ (Bl. 2406, 2565 und 4486 d.A.), da rechtliche Auseinandersetzungen mit Soda-Club befürchtet werden.
- Vertragshändler von Soda-Club, die auch Fremdzylinder anbieten, und freie Händler, die Soda-Club- Zylinder annehmen, werden nach Darstellung der Beschwerdeführer unter Druck gesetzt, ausschließlich Soda-Club- Zylinder anzubieten (Bl. 1417, 1419, 1442, 2165 und 2555, 4293, 4294 d.A.).

59. Soda-Club- Vertragshändlern ist es in der Praxis nicht möglich, zu einem anderen Abfüllunternehmen zu wechseln. Nach Kündigung der EHLV darf der Händler zukünftig an ihn zurücklaufende Soda-Club- Zylinder nicht mehr entgegennehmen. Soda-Club nimmt nach Darstellung der Beteiligten zu 16., 18. und 19. sowie der Beschwerdeführer Wassermann und D.G.B. Südwest - es handelt sich um ehemalige Soda-Club- Händler - auch den nach Vertragskündigung bei dem Händler befindlichen Austauschzyklervorrat nicht zurück. In der Regel geht der Austauschzyklervorrat des Händlers über den ursprünglich mit Soda-Club vereinbarten Vorrat hinaus, da der Vorrat des Händlers in der Praxis nach Abschluss der EHLV aufgestockt wird – z.B., um Lieferengpässen in den Sommermonaten vorzubeugen - (vgl.

²² außer der Metro seit Mitte 2005.

²³ außer der Metro seit Mitte 2005.

hierzu z.B. Bl. 3196 d.A.). Da Soda-Club den Tausch leerer gegen volle Zylinder nur im Verhältnis 1:1 vornimmt, kann der einmal aufgestockte Austauschzyklindervorrat nicht mehr abgebaut werden.

60. Der ehemalige Soda-Club- Händler bleibt auf diesem Lager „sitzen“. Andere Abfüllunternehmen dürfen diese Zylinder dagegen nicht wiederbefüllen; ihnen entstehen Wechselkosten. Ein Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen macht darüber hinaus auch bei einer deutlich günstigeren Handels- und/oder Preisspanne für den Händler wirtschaftlich keinen Sinn, da er auch zukünftig die Wechselkosten für von den Endverbrauchern zurücklaufende Soda-Club- „Mietzylinder“ zu tragen hätte. Weiter geht der Händler bei einem Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen das Risiko ein, wegen der Fremdbefüllung der nach Vertragsbeendigung zurücklaufenden „Mietzylinder“ von Soda-Club außergerichtlich oder gerichtlich verfolgt zu werden.

C. Verfahren

61. Die Beschlussabteilung hat Soda-Club mit Schreiben vom 7. April 2005 (Bl. 3215ff d.A.) ihre kartellrechtlichen Bedenken gegen ihr Vertriebssystem für Zylinder mitgeteilt und ihre Absicht angekündigt, die weitere Praktizierung der gegen Art. 81 EG-Vertrag verstoßenden Vereinbarung mit ihren Vertragshändlern sowie ein missbräuchliches Verhalten nach § 19 GWB, Art. 82 EG-Vertrag in Verb. mit § 32 GWB a.F. zu untersagen.
62. Eine Kopie des Abmahnschreibens wurde gemäß Art. 11 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 mit E-Mail vom 18. Mai 2005 an die EU-Kommission gesandt (Bl. 4151 d.A.). Eine Fassung des Entwurfs dieses Beschlusses wurde der Kommission ebenfalls zu deren informeller Unterrichtung über den Fortgang des Verfahrens und seines beabsichtigten Abschlusses übermittelt (Bl. 4424 d.A.). Der Vortrag von Soda-Club im Schreiben vom 20. Januar 2006 (Bl. 4556ff d.A.) zum

Diskussionspapier der Kommission zu Art. 82 EG- Vertrag vom Dezember 2005 ist insoweit unbeachtlich, da die Kommission es abgelehnt hat, ein eigenes Verfahren einzuleiten.

63. In einem an die EU- Kommission gerichteten Schreiben vom 4. Oktober 2005 (Bl. 4115 ff. d.A.) hat Soda-Club die Kommission gebeten, dem Bundeskartellamt gemäß Art. 11 Abs. 6 der VO 1/2003 die Zuständigkeit zur Durchführung dieses Verfahrens zu entziehen oder zumindest die vorgesehene Entscheidung mit Anmerkungen zu versehen. Die Kommission hat dies abgelehnt.
64. Mit Schreiben vom 3. Januar 2006 wurde eine Fassung des Entwurfs dieses Beschlusses dem Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung als Landeskartellbehörde übersendet (Bl. 4476 d.A.).
65. Soda-Club wurde von der Beschlussabteilung am 4. Mai 2005 (Bl. 3420ff d.A.) und am 15. Juni 2005 (Bl. 3766f d.A.) im Rahmen von Besprechungen angehört und hat in mehreren Schriftsätzen – darunter zu beiden Abmahnschreiben - schriftlich Stellung genommen. Auf die Einlassungen von Soda-Club wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung eingegangen.

D. Rechtliche Würdigung

D.1. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB

66. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ von Soda-Club stellt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 GWB auf dem Markt für die Befüllung von CO₂- Zylindern (Markt der Befüllung) dar. Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten.

D.1.1. Marktbeherrschende Stellung

67. Die Soda-Club-Gruppe ist auf dem Markt für die Befüllung marktbeherrschend. Mit einem Marktanteil von über 70% in den Jahren 2002, 2003 und 2004 übertrifft sie die gesetzliche Marktbeherrschungsvermutung von einem Drittel (§ 19 Abs. 3 GWB) deutlich. Die Marktanteile der Wettbewerber liegen jeweils unter 15%; allein der Marktanteilsabstand beträgt weit über 50%. Auch der praktisch einzige Wettbewerber von Soda-Club auf dem Markt für Geräte, ds-produkte, erreicht auf dem Markt der Befüllung nur einen Marktanteil von unter 15 %. Ihren hohen Marktanteil von unter 50% auf dem Besprudelungsgerätemarkt kann ds-produkte auf den Markt der Befüllung nicht annähernd übertragen. Soda-Club gelingt es hingegen durch das „Mietsystem“ die starke Stellung auf dem Markt für Besprudelungsgeräte für die Stellung auf dem Markt der Befüllung zu nutzen. Bereits über die Erstausrüstung mit Zylindern beim Besprudelungsgeräteverkauf erzielt Soda-Club einen Vorsprung auf dem Markt der Befüllung, weil Endverbraucher – jedenfalls nach Auffassung von Soda-Club – vor allem „Mietzylinder“ erwerben. Soda-Club schließt andere Abfüllunternehmen unter Berufung auf dieses angebliche Eigentumsrecht von der Befüllung der „Mietzylinder“ aus und sichert dieses exklusive Befüllungsrecht über die Vereinbarung mit den Vertragshändlern weiter ab. Über die Einführung des „Mietzylinders“ MultiMax werden zudem umlaufende Kaufzylinder der Wettbewerber durch Tausch ins „Mietsystem“ gezogen.
68. Soda-Club verfügt sowohl auf dem Markt der Besprudelungsgeräte als auch auf dem Markt der Befüllung über einen wesentlich besseren Zugang zu den Absatzmärkten. Den anderen Abfüllunternehmen ist der Zugang zu den gebundenen Soda-Club- Händlern aus den unter Tz. 58ff. aufgeführten Gründen in der Praxis verschlossen. Auch bietet neben Soda-Club nur ds-produkte die gesamte Produktpalette (Besprudelungsgeräte, Zylinderaustausch und Geschmackskonzentrate) an.

69. Hinzu kommt die im Verhältnis starke Finanzkraft der Soda-Club-Gruppe. Die Wettbewerber auf dem Befüllungsmarkt sind kleine Unternehmen, die in keinem Konzernverbund stehen.
70. Die Marktzutrittsschranken auf dem Markt der Befüllung sind entgegen dem Vortrag von Soda-Club (Bl. 1574 d.A.) erheblich. Die marktbeherrschende Stellung ist also auch nicht ohne weiteres bestreitbar. Derzeit müssen Abfüllunternehmen bei einem tatsächlichen Marktzutritt mit einem Rücklauf an Soda-Club- Zylindern rechnen, an denen Soda-Club Eigentum beansprucht. Gleichzeitig kommt es für diese Wettbewerber zu einem Schwund ihrer eigenen Zylinder und damit dem Verlust der Investitionen hierfür.
71. Auch wenn der Marktzutritt für potenzielle freie Händler und Abfüllunternehmen relativ einfach sein sollte, wäre dies für die Feststellung der Marktbeherrschung von untergeordneter Bedeutung, da der potenzielle Wettbewerb aufgrund seiner nur mittel- oder langfristigen Wirkung die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen im Sinne des Missbrauchstatbestandes nicht entfallen lässt (Möschel in IM §19 Rdnr. 69).

D.1.2. Missbrauch

72. Ein Missbrauch liegt gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.
73. Dies ist der Fall, wenn bestimmte Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers dazu führen, dass zusätzliche Hindernisse für ein erfolgreiches Behaupten der anderen Unternehmen auf diesem Markt errichtet werden (Schultz in Langen/Bunte §19 Rdnr. 130). Für die Kausalität zwischen der

marktbeherrschenden Stellung und deren missbräuchlicher Ausnutzung reicht es, wenn die Wirkung einer den Wettbewerb gefährdenden Maßnahme – im vorliegenden Fall die Ausgestaltung des „Mietsystems“ – gerade daraus erwächst, dass sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert wird (Möschel in IM §19 Rdnr. 117). Missbräuchlich sind solche Maßnahmen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die die Gefahr einer weiteren Verschlechterung der Marktstruktur mit sich bringen (WuW/E OLG 1983, 1985, „Rama- Mädchen“).

D.1.2.1. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen

74. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ von Soda-Club beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Abfüllunternehmen.
75. Soda-Club setzt die Ausgestaltung ihres „Mietsystems“ dazu ein, das Geschäft der Befüllung der „Mietzylinder“ allen Wettbewerbern (Abfüllunternehmen) zu entziehen. Die „Mietzylinder“ der Endverbraucher können von nicht gebundenen Händlern und konkurrierenden Abfüllunternehmen nicht entgegengenommen und befüllt werden, da andernfalls Soda-Club ihr aus dem angeblichen Eigentum abgeleitetes Recht an den Zylindern mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln durchsetzt.
76. Zugleich führt die Ausgestaltung des „Mietsystems“ dazu, dass bei anderen Abfüllunternehmen Soda-Club- „Mietzylinder“ zum Tausch auflaufen, die sie nicht befüllen dürfen, während umgekehrt Soda-Club alle bei ihren Vertriebshändlern zurücklaufenden Kaufzylinder ihrer Wettbewerber wiederbefüllen kann. Dies beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Abfüllunternehmen.
77. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Behinderung der Wettbewerber durch die Wechselkosten nicht – wie von Soda-Club im Schreiben vom 20. Januar 2006 suggeriert – einmalig, bei der „Übernahme“ eines

Endverbrauchers durch einen Wettbewerber entstehen. Sobald der Endverbraucher sich bei einem folgenden Tauschvorgang wieder an Soda-Club zur Befüllung wendet (weil er z.B. gerade bei einem Soda-Club Händler sonstige Einkäufe tätigt oder im Urlaub tauscht), erhält er wiederum einen „Mietzylinder“ von Soda-Club. Die Abfüllunternehmen müssen somit fortlaufend und nicht nur einmalig Investitionen in Zylinder tätigen, um einzelnen Endverbrauchern, die die Freiheit nutzen, bei einem Händler ihrer Wahl und aktuellen Erreichbarkeit zu tauschen, Abfülldienstleistungen anbieten zu können.

D.1.2.2. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

78. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ beeinträchtigt den Wettbewerb auf dem Markt der Befüllung in einer erheblichen Weise. Sie bindet den Endverbraucher und die Soda-Club- Vertriebshändler exklusiv und dauerhaft an Soda-Club und ist dadurch geeignet, andere Abfüllunternehmen vom Markt zu verdrängen bzw. am Marktzutritt zu hindern.
79. Solange Soda-Club unter Berufung auf das angebliche Eigentum gegen Einzelhändler und Abfüllunternehmen vorgeht, haben andere Abfüllunternehmen auch durch bessere Leistung nicht die Möglichkeit, sich Zugang zum größten Teil des Marktes zu verschaffen. Selbst wenn sie z.B. Händlern preislich attraktivere Angebote machen oder bereit sind, dem Endverbraucher die anteilige „Mietvorauszahlung“ zu erstatten, dürfen sie „Mietzylinder“ von Soda-Club nicht befüllen.
80. Die im Markt umlaufenden Kaufzylinder werden dem Tauschpool und damit einer Befüllung durch Dritte zusätzlich - über die Behinderung der Wettbewerber durch das „Mietsystem“ hinaus - entzogen. Kaufzylinder anderer Abfüllunternehmen werden sowohl auf Ebene der Vertriebshändler (Multifit- Zylinder, vgl. Tz. 43) als auch durch direkten Tausch auf Ebene des

Endverbrauchers (MultiMax- Zylinder, vgl. Tz. 56) in das „Mietsystem“ von Soda-Club gezogen.

81. Erschwerend tritt hinzu, dass Soda-Club von ihren Vertriebshändlern nur den ursprünglich vereinbarten Lagerbestand an Zylindern zurücknimmt, leere Zylinder nur gegen volle Zylinder tauscht und insbesondere nach Beendigung des Vertrages keine Zylinder mehr zurücknimmt. Ein Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen wird damit dem Vertriebshändler erheblich erschwert, da er sonst seine Kunden (Endverbraucher), die weiterhin Soda-Club- Zylinder zurückbringen, verlieren würde. Konkurrierende Abfüllunternehmen verlieren aufgrund der Soda-Club-Bindung mögliche Vertriebspartner (Einzelhändler).
82. Durch den Verlust dieser Vertriebspartner und den Rücklauf von Soda-Club- „Mietzylindern“ werden für andere Abfüllunternehmen Hindernisse auf dem Markt der Befüllung aufgebaut, die im Ergebnis dazu führen können, dass diese aus dem Markt ausscheiden. Potenzielle Wettbewerber (Abfüllunternehmen) werden aufgrund des zu erwartenden Rücklaufs an Soda-Club- „Mietzylindern“ vom Markteintritt abgeschreckt. Die Endverbraucher- und Händlerbindung ist objektiv geeignet, die Marktverhältnisse dauerhaft zu beeinträchtigen, und sie hat bereits in der Vergangenheit zu einer erheblichen Verschlechterung der Marktstruktur geführt. Der Abfüllmarkt hat sich durch die Übernahme von SodaStream durch Soda-Club bereits verengt. Das jüngste Ausscheiden weiterer Wettbewerber wie u.a. Sparkling und Aquabar aus dem Markt der Befüllung führte zu einer weiteren Marktverengung.
83. Die seit Jahren bestehende Marktführerschaft von Soda-Club auf dem Markt der Befüllung führt dazu, dass der bei den Verbrauchern umlaufende Zylinderbestand vor allem aus Soda-Club- „Mietzylindern“ besteht. Hierdurch errichtet Soda-Club Marktzutrittsschranken, da andere Abfüllunternehmen Endverbraucher als Kunden nur halten und neue Endverbraucher nur

gewinnen können, wenn sie die Wechselkosten für jeden bei ihnen zurücklaufenden Soda-Club- Zylinder übernehmen.

84. Angesichts der starken Marktstellung von Soda-Club auf dem Markt der Befüllung haben alle Tausch- und Abfüllstationen einen Rücklauf an Soda-Club- Zylindern zu gewärtigen. Anderen Abfüllunternehmen verbleibt angesichts der existierenden Marktstruktur somit auch kein Ausweichen z.B. in regionale Schwerpunktgebiete mit dem Ziel der Belieferung kleiner Einzelhändler. Aufgrund der aktuellen Vertragsergänzung durch Soda-Club („Erweiterung des Austauschzyklervorrats“) ist auch bei Stahlzylindern mit einem zunehmenden Rücklauf an Soda-Club Zylindern zu rechnen bzw. einem Schwund an Zylindern der Wettbewerber, die gegen Soda-Club- „Mietzylinder“ ausgetauscht werden. Im Ergebnis führt dies zu einer Marktverstopfung mit Soda-Club- Zylindern.
85. Da nicht nur einzelne, sondern alle Wettbewerber – freie Händler und Abfüllunternehmen – durch die Ausgestaltung des „Mietsystems“ in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten eingeschränkt werden, ist die Beeinträchtigung für den Wettbewerb auf dem Markt erheblich.

D.1.2.3. Keine sachliche Rechtfertigung

86. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ und der Ausschluss anderer Abfüllunternehmen von der Befüllung unter Berufung auf das Eigentumsrecht an diesen „Mietzylindern“ durch Soda-Club ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die sachliche Rechtfertigung ist anhand einer Abwägung der Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens und der in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigten Unternehmen zu beurteilen. Der Zielsetzung des Gesetzes, die Freiheit des Wettbewerbs und die Offenhaltung der Märkte zu sichern, kommt dabei eine erhöhte Bedeutung zu (Schultz in Langen/Bunte, § 19 Rn. 138, WuW/E OLG 2403, 2407 “Fertigfutter“).

87. Das Vorgehen von Soda-Club hat keine Vorteile für den Endverbraucher, die die wettbewerbliche Beeinträchtigung aufwiegen könnten. Will der Endverbraucher zu einem anderen Abfüllunternehmen wechseln, so hat er einen Verlust in Höhe von bis zu 23 € zu tragen (Wert eines Neu- bzw. Ersatzzylinders von Soda-Club). Die so aufgebaute Hürde für einen Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen ist sachlich nicht gerechtfertigt. Der Endverbraucher erspart sich durch die „Mietvorauszahlung“ keine Anschaffungskosten und wird an Soda-Club gebunden. Aus dieser Bindung kommt der Endverbraucher nur heraus, sofern er sich auf eigene Kosten einen Zylinder eines anderen Anbieters kauft.
88. Selbst wenn Benutzerzertifikat und Kassenbeleg vorliegen, was wie bereits erläutert, nicht wahrscheinlich ist, müsste der an einem Wechsel zu einem anderen Abfüllunternehmen interessierte Endverbraucher sich zunächst an Soda-Club wenden, um die anteilige „Mietvorauszahlung“ zurück zu erhalten. Dies ist mit z.B. Orientierungs-, Telefon- und Portokosten verbunden. Selbst wenn der Endverbraucher Kassenbeleg und Benutzerzertifikat vorweisen kann, hat er relativ hohe Wechselkosten zu gewärtigen, da er die „Miete“ nur pro rata temporis zurückerhält. Dies führt – auch angesichts der geringen Anschaffungskosten für das Besprudelungsgerät und der Tatsache, dass es sich bei Zylindern um ein eher geringwertiges Gebrauchsgut handelt - zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkung auf dem Befüllungsmarkt.
89. Die von Soda-Club vorgenommene Endverbraucherbindung ist als Maßnahme des Nichtleistungswettbewerbs einzuordnen. Die Befüllung durch Soda-Club wird nicht im Leistungsvergleich der verschiedenen Bezugsquellen durchgesetzt. Dem Endverbraucher wird die wirtschaftliche Freiheit genommen, jederzeit das unter den konkreten Gegebenheiten für ihn günstigste Befüllungsangebot auszuwählen, das ihm den Wechsel des Marktpartners ohne wirtschaftliche Nachteile ermöglicht und welches die Funktionen des Handels nicht beeinträchtigt, dem Endverbraucher ein

möglichst breites Produktangebot zur Deckung des Bedarfs vorzustellen (WuW/E OLG 2403, 2407 "Fertigfutter"; OLG 3124, 3130 „Milchaustauschfuttermittel“).

90. Ein derartiges Marktverhalten ist kein Element eines Qualitäts- und Preiswettbewerbs, das allen am Markt tätigen Unternehmen gleichermaßen zur Verfügung steht. Vielmehr setzt Soda-Club ihre starke Marktstellung ein, um zu verhindern, dass freie Händler und Abfüllunternehmen zu ihr in unverzerrten Wettbewerb treten können. Das missbräuchliche Verhalten von Soda-Club wirkt damit zum Nachteil des Verbrauchers auch preistreibend.
91. Die Hürde für den Wechsel eines Soda-Club- Vertriebshändlers zu einem anderen Abfüllunternehmen nach Kündigung des Vertriebsvertrages ist sachlich ebenfalls nicht gerechtfertigt. Der Händler bleibt in der Praxis auf einem Lagerbestand an Soda-Club- Zylindern „sitzen“, die aufgrund des von Soda-Club geltend gemachten Eigentumsrechts von ihm nicht wiederbefüllt werden dürfen. Der nach Kündigung der EHLV zu erwartende Rücklauf an Soda-Club- Zylindern erschwert dem Händler einen Wechsel zusätzlich, da er diese Zylinder nicht mehr entgegennehmen darf und potenziell (bisherige) Kunden verliert. Umgekehrt ist Soda-Club jedoch in der Lage, die Wettbewerbszylinder beim Handel herauszukaufen, das „Mietsystem“ zu verbreitern und andere Abfüllunternehmen so zu verdrängen.
92. Der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Wettbewerber steht kein überwiegendes Interesse der Soda-Club-Gruppe entgegen. Zwar ist der Soda-Club-Gruppe ein Interesse daran zuzugestehen, die von ihr zunächst über den Besprudelungsgeräteverkauf gewonnenen Kunden auch hinsichtlich der Wiederbefüllung zu werben. Diese Werbung kann sie jedoch auch mit anderen, den Wettbewerb weniger beeinträchtigenden Mitteln erreichen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass marktbeherrschenden Unternehmen vom GWB zusätzliche Rücksichtnahmepflichten auferlegt sind, die sie sowohl gegenüber der Marktgegenseite wie auch gegenüber der Marktnebenenseite verpflichten, wettbewerbsinkonformes, leistungsfremdes

Marktverhalten zu unterlassen, um so einer weiteren Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen entgegenzuwirken (WuW/E OLG 2403, 2405f. „Fertigfutter“).

93. Bevor Soda-Club am Markt auftrat, hatte sich bereits ein Tauschpool mit Kaufzylindern aus Stahl etabliert. Die von Endverbrauchern gekauften Zylinder standen in deren Eigentum und konnten bei beliebigen Händlern getauscht und von allen Abfüllunternehmen wiederbefüllt werden.
94. Soda-Club hat dagegen den Tausch der Zylinder mit denen der Wettbewerber ohne sachlichen Grund stets abgelehnt (Bl.1903ff. d.A.) und gleichzeitig aufgrund ihrer seit Jahren bestehenden Marktführerschaft den Anteil an Soda-Club- Zylindern am umlaufenden Zylinderbestand durch die Ausgestaltung ihres „Mietsystems“ erhöht. Im Hinblick auf die Verfolgung der legitimen Unternehmenszwecke von Soda-Club ist ihr „Mietsystem“ nicht unerlässlich, wie die Praxis des Tauschpools zeigt.
95. Soda-Club bietet nicht nur „Miet-“, sondern – wie ihre Wettbewerber - auch Kaufzylinder an. Dies belegt, dass der Vertrieb der Zylinder nicht – wie von Soda-Club wiederholt vorgetragen - zwingend nur über ein Vermietungssystem erfolgen muss.
96. Den Wert eines Zylinders erhält Soda-Club im Kaufsystem über den Kaufpreis und im „Mietsystem“ über die „Mietvorauszahlung“ abgegolten. Die anschließende Einschränkung der Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers bei der Wiederbefüllung kann daher nicht mit Vorleistungen von Soda-Club gerechtfertigt werden.
97. Das „Mietsystem“ ist nicht durch sicherheitstechnische Gründe zu rechtfertigen (vgl. Bl. 3825 d.A.). Soda-Club trägt vor, bei Aufgabe des „Mietsystems“ weiterhin die Pflichten im Rahmen der Sicherheitsvorschriften tragen zu müssen (Bl. 4564ff. d.A.). Dieser Vortrag ist unzutreffend. Die Beschlussabteilung hat sich mit der Erfüllung von Sicherheitsbestimmungen, im vorliegenden Fall insbesondere der Richtlinie 1999/36/EG des Rates vom

29. April 1999 über ortsbewegliche Druckgeräte (Bl. 3858ff. d.A.)²⁴, auseinandergesetzt (vgl. Stn S. 9 – 11). Die Richtlinie 1999/36 beschreibt im Anhang IV Teil III das Verfahren für die wiederkehrenden Prüfungen der Druckgeräte (Bl. 3885 d.A.). Danach hat der „Eigentümer, sein in der Gemeinschaft ansässiger Bevollmächtigter oder **der Besitzer**“ (Hervorhebung nicht im Original) sicherzustellen, dass das ortsbewegliche Druckgerät (im vorliegenden Fall der Zylinder) weiterhin die Anforderungen der Richtlinie erfüllt.

98. Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass jeder am Markt tätige Abfüllbetrieb die Pflichten erfüllen muss. Entscheidend ist weder, wer den Zylinder hergestellt hat, noch, ob es sich ursprünglich um einen Kauf- oder Eigentumszylinder handelte. Entscheidend für die Erfüllung relevanter Sicherheitsbestimmungen ist, wer ihn zuletzt in Besitz hat und wieder in Verkehr bringt.

99. Eine „durchgehende Dokumentation jedes einzelnen Zylinders“ und seiner „Prüfhistorie“ ist ebenso wie ein „Eigentumssystem“ zur „ordnungsgemäßen“ Umsetzung der Richtlinie - wie es z.B. das Gutachten des Bureau Veritas (Bl. 3728 d.A.) und das Gutachten von Prof. Dr. Reinhardt²⁵ sieht - nicht erforderlich. Die wiederholt vorgetragene Darstellung, nur das Eigentumssystem garantierte die Erfüllung derartiger rechtlicher Vorgaben, ist unzutreffend und wird im Übrigen durch die Tatsache, dass Soda-Club selber Kaufzylinder vertreibt, ad absurdum geführt.

100. Soda-Club spricht an verschiedenen Stellen der Schriftsätze von der „Manipulation“ von Soda-Club- Zylindern (vgl. z.B. Bl. 4563 d.A.). Der vorliegende Beschluss stellt jedoch klar, dass andere Abfüllunternehmen Soda-Club- Zylinder nur unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen wiederbefüllen dürfen. Hierzu gehört das Aufbringen einer eigenen

²⁴ Die VO über ortsbewegliche Druckgeräte (OrtsDruckVO) dient ausschließlich der Umsetzung der Richtlinie 1999/36/EG. Auf die OrtsDruckVO wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

²⁵ Vgl. Ordner VIII der Anlagen zur Akte (darin Anlage 20, Geschäftsgeheimnis von Soda-Club)

Banderole, die auf den jeweiligen Abfüller hinweist. Damit haftet der abfüllende Betrieb für die Befüllung und auch Wartung des Zylinders. Weder ist die Ausfräsung von Soda-Club- Zeichen oder sicherheitsrelevanter Merkmale (wie z.B. der Prüffristablauf für die wiederkehrenden Prüfungen nach der Richtlinie 1999/36/EG) aus dem Mantel des Zylinders, noch eine Befüllung und in Verkehrbringung durch einen Wettbewerber unter Belassung der Originalbanderole von Soda-Club von der Verfügung gedeckt.

101. Das „Mietsystem“ ist auch nicht durch besondere Investitionen seitens Soda-Club, wie z.B. die Gestaltung der Verkaufsräume, Regalpflege, Gewährleistung eines sicheren Kundendienstes o.ä., zu rechtfertigen.
102. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob die aus dem Eigentumsrecht abgeleiteten Ansprüche von Soda-Club hinsichtlich der „Mietzylinder“ gegenüber Endverbrauchern und Händlern nicht gegen BGB- bzw. UWG- Vorschriften verstoßen, da Endverbraucher Soda-Club- Zylinder in einer Vielzahl von Fällen gutgläubig erwerben können. Die freien Händler und Abfüllunternehmen können Soda-Club- Zylinder in diesem Fall entgegennehmen und wiederbefüllen lassen. Verstößt die Ausgestaltung des „Mietsystems“ mit derartigen Regelungen gegen die oben genannten Normen, ist eine sachliche Rechtfertigung im Rahmen der Interessenabwägung ausgeschlossen (Schultz in Langen/Bunte, §19 Rn 139).

D.2. Verstoß gegen Art. 82 EG-Vertrag

103. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ von Soda-Club stellt zugleich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 82 Abs. 1 EG-Vertrag auf dem Markt für die Befüllung von CO₂- Zylindern für Trinkwassersprudler dar. Nach Artikel 82 Abs. 1 EG-Vertrag ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt verboten.

D.2.1. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

104. Die Verhaltensweise von Soda-Club ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Besitzt ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedsstaats erstreckt, und missbraucht es diese Stellung zum Zwecke der Behinderung, ist dies in der Regel geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen²⁶. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der zwischenstaatliche Handel hier ausnahmsweise nicht beeinträchtigt sein sollte. Das Verhalten von Soda-Club behindert die Wettbewerber, hat schon zum Marktaustritt einiger Wettbewerber geführt und schreckt potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt ab. Davon sind auch potentielle Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten betroffen²⁷. Dies gilt sowohl für Systemanbieter, die im Wettbewerb zu Soda-Club die Geräte und das CO₂ anbieten wollen, als auch für reine Anbieter von Geräten und für Abfüller oder Händler. Dass ein Markteintritt in den deutschen Markt grundsätzlich möglich ist, zeigt das Beispiel Sodastream. Dieses britische Unternehmen war auf dem deutschen Markt tätig, ist inzwischen allerdings von Soda-Club übernommen worden.

D.2.2. Beherrschende Stellung

105. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte wird der Begriff der beherrschenden Stellung als die Macht eines Unternehmens definiert, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern; dem marktbeherrschenden Unternehmen wird dadurch die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten gegenüber Wettbewerbern, Handelspartnern und Verbrauchern verschafft (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 11f.). Zur Feststellung, ob ein

²⁶ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, Tz. 93.

²⁷ Vgl. Leitlinien, Tz. 94 a.E.

Unternehmen in der Lage ist, wirksamen Wettbewerb i.S.v. Art 82 EG-Vertrag zu verhindern, ist nach Art. 82 EG-Vertrag der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

D.2.2.1. Abgrenzung des relevanten Marktes

106. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bestimmt sich nach der Austauschbarkeit der in Frage stehenden Produkte nach dem Prinzip der funktionalen Äquivalenz, und zwar aus der Warte der jeweiligen Marktgegenseite (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 19f.). Dies entspricht dem im deutschen Recht angewandten Bedarfsmarktkonzept. Zur Frage der sachlichen Marktabgrenzung wird insoweit auf Tz. 20ff. verwiesen.
107. Der räumlich relevante Markt ist das Gebiet, in dem das marktbeherrschende Unternehmen und seine Mitbewerber ihre Produkte und Dienstleistungen zu objektiv gleichen Bedingungen ohne wirtschaftliche Schranken von Bedeutung vertreiben können (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 31f). Auch hier wird auf den oben dargestellten Sachverhalt unter Tz. 27 verwiesen. Danach ist auch zur Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen des Art. 82 EG-Vertrag der bundesweite Markt der Befüllung von CO₂-Zylindern für Trinkwassersprudler zu Grunde zu legen.

D.2.2.2. Marktbeherrschende Stellung

108. Maßgebliche Kriterien für die Feststellung einer beherrschenden Stellung sind im europäischen Recht die Zahl der Wettbewerber und die Höhe ihrer Marktanteile. Soda-Club erzielt Marktanteile von über 70% auf dem Markt der Befüllung bei Marktanteilsabständen von über 50% (vgl. zur Frage der Marktbeherrschung auch oben Tz. 67ff.). Die Soda-Club-Gruppe ist auf dem Markt der Befüllung von CO₂- Zylindern damit auch nach europäischem Recht marktbeherrschend.

109. Soda-Club hat im vorliegenden Fall auch eine beherrschende Stellung in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes inne, da das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaates stets als ein wesentlicher Teil des Gesamtmarktes angesehen wird (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 70).

D.2.3. Missbrauch

110. Vom Missbrauchs begriff des Art. 82 EG-Vertrag werden die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produktions- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 75, 82).

111. Artikel 82 EG-Vertrag verbietet einem beherrschenden Unternehmen „einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift“ (EuGH, 3.7.1991 „Akzo/Kommission“ Slg. 1991 I, 3359, 3455 Rn. 70). Auch nach Artikel 82 EG-Vertrag ist die Beziehung zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlicher Ausnutzung dadurch charakterisiert, dass allein der Marktbeherrscher in der Lage ist, durch leistungsfremde Strategien die Wettbewerbsstrukturen zu gefährden (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 84). Auf eine Kausalität zwischen beherrschender Stellung und Missbrauch kommt es dabei nicht an (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 85).

112. Für den Behinderungsmissbrauch genügt eine indirekte Behinderung. Eine solche liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Abnehmer seiner Erzeugnisse oder Dienstleistungen rechtlich oder faktisch bindet und

die Abnehmer so davon abhält, von konkurrierenden Anbietern zu beziehen. So können ausschließliche Bezugsverpflichtungen oder Präferenzvereinbarungen, in denen sich der Abnehmer verpflichtet, nur von dem beherrschenden Unternehmen zu beziehen oder ihn zu bevorzugen, (potenziellen) Wettbewerbern den Zugang zum Markt versperren oder sie auf dem Markt erheblich behindern (Dirksen in Langen/Bunte Art. 82 Rdnr.184 m.w.N.). Die vertraglichen Bindungen sind missbräuchlich, wenn sie den Abnehmern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich machen oder erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt verwehren.

113. Die Ausgestaltung des „Mietsystems“ von Soda-Club versperrt anderen Abfüllunternehmen den Marktzugang und behindert sie auf dem Markt der Befüllung erheblich. Die Struktur auf dem Markt der Befüllung wird dauerhaft und erheblich verschlechtert.
114. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 GWB verwiesen.

E. Maßnahmen, um die Zuwiderhandlung gegen § 19 GWB und Art. 82 EG-Vertrag abzustellen

E.1. Ablehnung der Vergleichsvorschläge von Soda-Club und ihres Antrages auf eine Entscheidung nach § 32b GWB

115. Mit Schreiben vom 11. Juli 2005 hat Soda-Club der Beschlussabteilung eine Verpflichtungszusage gemäß § 32b GWB angeboten (Bl. 3913 ff d.A.). Danach war sie u.a. bereit, einen Mindesterstattungsbetrag für ihre „Mietzylinder“, gekoppelt mit einer wesentlichen Reduzierung der „Mietvorauszahlung“, einzuführen. Ferner erklärte sie ihre Bereitschaft, mit anderen Abfüllunternehmen eine „Leerzylinderaustauschvereinbarung“ abzuschließen. Voraussetzung sei die Anerkennung der Eigentumsrechte von Soda-Club an ihren Zylindern durch andere Abfüllunternehmen und freie

Händler. Andere Abfüllunternehmen dürften maximal 10 % der Gesamtzahl der im Vormonat wiederbefüllten Zylinder an Soda-Club zurückführen.

116. Die Beschlussabteilung hat Soda-Club mit Schreiben vom 27. Juli 2005 mitgeteilt, dass dieser Vergleichsvorschlag nicht geeignet ist, die wettbewerblichen Bedenken gegen die Marktabschottungswirkung des Vertriebssystems für Zylinder zu beseitigen (Bl. 399 d.A.). Dies scheitert am Festhalten von Soda-Club, aus der „Vermietung“ der Zylinder das Recht auf exklusive Befüllung abzuleiten und gegenüber Wettbewerbern durchzusetzen. Das vorgeschlagene System der begrenzten Marktöffnung durch eine „Leerzylinderaustauschvereinbarung“ zwischen Soda-Club und ihren Wettbewerbern hätte einen unzumutbaren Kontroll- und ggf. Schlichtungsaufwand bedeutet und das Ziel einer Marktöffnung dennoch nicht erreicht. Der Anteil der Wettbewerber an der Wiederbefüllung der von Soda-Club in Umlauf gebrachten Zylinder wäre auf maximal 10 % begrenzt worden. Angesichts eines Marktanteils von Soda-Club in dem vor allem umkämpften Segment der Befüllung der 425 g- Aluzylinder von derzeit über 90 % hätte die Umsetzung dieses Vorschlages die derzeitigen Marktstrukturen festgeschrieben und nicht aufgelockert.
117. Einen zweiten Vergleichsvorschlag reichte Soda-Club mit Schreiben vom 4. Oktober 2005 ein (Bl. 4106ff. d.A.). Mit Schreiben vom 20.01.2006 legte Soda-Club eine „Erweiterung des zweiten Vorschlages“ vor. Beide Vorschläge bauten auf dem ersten Vergleichsvorschlag einer „Leerzylinderaustauschvereinbarung“ auf, sahen aber Änderungen einiger Modalitäten, wie z.B. in der Preisstruktur – z.B. bei „Erstattungen der Mietvorauszahlungen“, „garantierter Mindesterstattungsbeträge“ und „niedrigerer Mietvorauszahlungen“ – vor. Die Beschlussabteilung hat sich auch mit diesen beiden Vergleichsvorschlägen umfassend auseinandergesetzt²⁸. Die Beschlussabteilung sah sie als ebenfalls nicht geeignet an, die Beschränkungen auf dem Markt der Befüllung zu beseitigen

²⁸ vgl. Bl. 4709ff. d.A.

und damit die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen deutsches und europäisches Kartellrecht abzustellen.

118. Wie schon der erste Vergleichsvorschlag, so scheitert auch der zweite, wie auch die „Erweiterung des zweiten Vorschlages“ nach Auffassung der Beschlussabteilung am Festhalten von Soda-Club, aus der „Vermietung“ der Zylinder das Recht auf exklusive Befüllung abzuleiten und gegenüber anderen Abfüllunternehmen und Händlern durchzusetzen. Eine „Leerzylinderaustauschvereinbarung“²⁹ zwischen Soda-Club und ihren Wettbewerbern würde ebenso wie die vorgeschlagenen Modifikationen einen unzumutbaren Bewertungs-, Kontroll- und ggf. Schlichtungsaufwand bedeuten, insbesondere aber das Ziel einer Marktöffnung dennoch nicht erreichen.
119. Die Beigeladenen haben die Vorschläge von Soda-Club ebenfalls abgelehnt (Bl. 4726ff. und 4731ff. d.A.).

E.2. Maßnahmen zum Abstellen der Zuwiderhandlung

120. Die Beschlussabteilung musste daher eigene Maßnahmen zum Abstellen der Zuwiderhandlung ergreifen und hat diese im Tenor festgelegt.
121. Ziffer 1. des Tenors stellt fest, dass Soda-Club beim Vertrieb der Zylinder gegen § 19 GWB und Art. 82 EG-Vertrag verstößt, solange sie diese als „Mietzylinder“ vertreibt und zugleich Dritte an der Befüllung dieser „Mietzylinder“ hindert. Als marktbeherrschendes Unternehmen darf Soda-Club nicht durch Maßnahmen der Marktverstopfung und Marktabschottung die Befüllung der Zylinder jeglichem Wettbewerb durch Dritte entziehen. Die Beschlussabteilung stellt dies in Ziffer 1. klar. Die Zulässigkeit der Wiederbefüllung von Kaufzylindern durch konkurrierende Abfüllunternehmen ist bereits höchstrichterlich entschieden (BGH, Urteil vom 24. Juni 2004, Bl.

²⁹ Der von Soda-Club in diesem Zusammenhang im Schreiben vom 20.01.2006 verwendete Begriff „Tauschpool“ ist nicht zu verwechseln mit dem von den Wettbewerbern bei Kaufzylindern praktizierten Tauschpool.

2575ff. d.A.). Diese Rechtsprechung möchte Soda-Club nach Auffassung der Beschlussabteilung durch die „Vermietung“ der Zylinder umgehen.

122. Ziffer 2. des Tenors stellt klar, dass Unternehmen, z.B. Abfüllbetriebe oder Einzelhändler, die nicht (mehr) vertraglich an Soda Club gebunden sind, leere Soda-Club - „Mietzylinder“ von Endverbrauchern entgegennehmen und entweder selbst befüllen oder bei dritten, ebenfalls nicht an Soda-Club gebundenen Abfüllunternehmen befüllen lassen und in Verkehr bringen dürfen. Dabei sind lediglich die gesetzlichen Vorschriften für das Geschäft der Befüllung zu beachten. Wie die Kaufzylinder sollen auch die „Mietzylinder“ von Soda-Club damit im Rahmen eines allgemeinen Tauschpools befüllt werden können. Einschränkungen bei der Wahl des Abfüllunternehmens ergeben sich nur für die an Soda-Club vertraglich gebundenen Einzelhändler.
123. Konkurrierende Abfüllunternehmen, die keine vertraglichen Beziehungen mit Soda-Club unterhalten, sollen dagegen in uneingeschränktem Wettbewerb zu Soda-Club bei der Befüllung von „Mietzylindern“ treten können und sollen nicht weiter dadurch gehindert werden, dass Soda-Club die Kaufzylinder dieser Wettbewerber aus dem Verkehr zieht und durch ihre eigenen „Mietzylinder“ ersetzt, für die sie anschließend das Recht auf alleinige Befüllung reklamiert. Die Berufung auf ein solches Recht beeinträchtigt den Wettbewerb auf dem Befüllungsmarkt erheblich und behindert diese konkurrierenden Abfüllbetriebe unbillig.
124. Ziffer 3. des Tenors stellt fest, dass das Recht auf die freie Wahl des Abfüllunternehmens uneingeschränkt auch für alle Endverbraucher gilt, die „Mietzylinder“ von Soda-Club erworben haben. Sie dürfen diese Zylinder nach Erschöpfung des CO₂ sowohl bei Vertriebshändlern von Soda-Club als auch bei vertraglich von Soda-Club nicht (mehr) gebundenen Unternehmen gegen gefüllte Zylinder eintauschen.
125. Ziffer 4. des Tenors hat die Öffnung des Marktes der Befüllung zum Ziel. Um den Markt zu öffnen, sollen freie Händler und Abfüllunternehmen ihre

Dienstleistung ungehindert am Markt anbieten können. Sie sollen Zylinder von Soda-Club entgegennehmen und – unter Aufbringen einer neuen Banderole, die auf sie als Abfüllunternehmen hinweist – auch wiederbefüllen dürfen. Freie Händler und Abfüllunternehmen dürfen darauf hinweisen und damit werben, dass sie die Befüllung sämtlicher Soda-Club- Zylinder, auch der „Mietzylinder“, vornehmen können. Soda-Club darf keine Maßnahmen ergreifen, die eine Behinderung der Wiederbefüllung der „Mietzylinder“ bewirken. Dazu zählt, dass Händler, deren Vertriebsvereinbarung wirksam beendet wurde, die in ihrem Lager befindlichen Soda-Club- Zylinder selbst befüllen oder von Dritten befüllen lassen können, und danach weiter leere, „vermietete“ Soda-Club- Zylinder von Endverbrauchern entgegennehmen und befüllen oder von Dritten befüllen lassen können. Soda-Club darf ihre Vertriebshändler auch nicht länger dazu verpflichten, „dass Soda-Club BV und der Lizenznehmer die einzige Bezugsquelle ... der Gasnachfüllungen für den Einzelhändler sind“ (vgl. Tz. 44). Sie hat hierzu klarzustellen, dass das Verbot der Wiederbefüllung durch Dritte nicht für die Zylinder anderer Abfüllunternehmen gilt.

126. Ehemalige Vertriebshändler werden ferner an dem durch diese Verfügung bezweckten Marktzugang zum Endverbraucher behindert, wenn Soda-Club unter Berufung auf ihr „Eigentumsrecht“ an den Zylindern „Mietvorauszahlungen“ nicht mehr erstattet, weil die Vertriebsvereinbarung nicht mehr in Kraft ist. Auch in diesem Fall muss der Vertriebshändler „Mietzylinder“ von Soda-Club wiederbefüllen oder sie Dritten zur Befüllung überlassen dürfen.
127. Die in Ziffer 5. des Tenors genannten Verpflichtungen sollen sicherstellen, dass die angeordnete Marktöffnung nicht nur gegenüber nicht an Soda-Club gebundene Unternehmen, sondern auch unmittelbar gegenüber dem Endverbraucher greift, dem bislang von Seiten Soda-Clubs der Eindruck vermittelt wird, er sei hinsichtlich der Befüllung an Soda-Club gebunden. Die bisherigen Texte auf Benutzerzertifikaten, in „Mietbedingungen“ auf Zylindern

und Umverpackungen sowie Klauseln des Vertriebsvertrages lauten sinngemäß bzw. wörtlich in zum Teil fünf Sprachen: „Niemand ist berechtigt, diese Zylinder entgegenzunehmen, einzusammeln, zu verkaufen, zu vermieten, zu verleihen, zu verleasen, zu füllen und weiterzugeben, es sei denn, er ist ausdrücklich hierzu ermächtigt.“ Derartige Texte und vergleichbare Inhalte sind derart anzupassen, dass der Endverbraucher unmissverständlich erkennen kann, dass er den „Mietzylinder“ bei freien Händlern und Abfüllunternehmen tauschen und wiederbefüllen lassen kann. Die Entgegennahme und Befüllung der „Mietzylinder“ darf zukünftig auch ohne Ermächtigung durch Soda-Club erfolgen. Entgegenstehende Texte dürfen nicht mehr auf den Zylindern aufgebracht werden. Der in Ziffer 5. b) vorgegebene Text, der Bestandteil der Banderole werden soll bzw. durch entsprechende gut haftende Aufkleber ein solcher Bestandteil wird, ist zur Klarstellung aufzubringen. Der freie Handel und die Abfüllunternehmen sollen dem Endverbraucher mit dieser Maßnahme leichter erklären können, dass sie ebenfalls berechtigt sind, „Mietzylinder“ von Soda-Club entgegenzunehmen und zu befüllen bzw. befüllen zu lassen.

E.3. Erforderlichkeit der Maßnahmen

128. Das Verhalten von Soda-Club, sich durch Berufung auf ihr angebliches Eigentumsrecht die exklusive Befüllung der Zylinder vorzubehalten, behindert erheblich den Wettbewerb auf dem Befüllungsmarkt und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher. Die angeordneten Maßnahmen sind geeignet und erforderlich, um den Markt zu öffnen.
129. Die in Ziffer 1. bis 3. des Tenors getroffenen Feststellungen sind ebenso wie die in Ziffer 5. geforderte Anpassung der Banderolen und der aufzubringende Text erforderlich, um auf dem von kleinen Unternehmen geprägten Markt der Befüllung eine hinreichende Transparenz der Marktöffnung sicherzustellen. Zugleich sollen die Feststellungen in Ziffer 1. bis 3. verhindern, dass Abfüllunternehmen, die Soda-Club- „Mietzylinder“ befüllen, weiter

Ansprüchen seitens Soda-Club ausgesetzt werden, die mit geltendem Kartellrecht kollidieren.

130. Auch Ziffer 4. des Tenors ist für die Abstellung der Zuwiderhandlung gegen die genannten Vorschriften erforderlich. Nur wenn Soda-Club, wie angeordnet, ungebundene Unternehmen nicht an der Befüllung der „Mietzylinder“ hindert, steht sie auf dem Markt der Befüllung wieder in Wettbewerb mit dritten Abfüllunternehmen. Der aus der „Vermietung“ von CO₂ – Zylindern abgeleitete Anspruch auf Alleinbefüllung stellt das größte Hindernis für wirksamen Wettbewerb dar, weil sie dem Endverbraucher, der diese Soda-Club- Zylinder nutzt, nicht erlaubt, ohne wirtschaftliche Bindung frei zwischen mehreren Befüllungsangeboten zu wählen und eine rationale Auswahl zwischen den Dienstleistungen der Abfüllunternehmen bzw. Tauschstationen zu treffen. Dadurch werden zugleich die anderen Abfüllunternehmen am Marktzugang gehindert.

E.4. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

131. Die im Tenor zu 1. bis 3. getroffenen Feststellungen und die zu 4. und 5. angeordneten Maßnahmen sind auch verhältnismäßig. Soda-Club kann ihre Vertriebshändler weiter binden, die von Endverbrauchern zurückgegebenen Zylinder (Soda-Club- Kauf- und „Mietzylinder“) nur bei ihr befüllen zu lassen. Die Beschlussabteilung ist bereit, zunächst abzuwarten, ob die fehlende Möglichkeit für andere Abfüllunternehmen, an die gebundenen Händler heranzutreten und ihnen eine Befüllung dieser Zylinder anzubieten, durch die Möglichkeit, unmittelbar den Endverbrauchern und nicht gebundenen Händlern eine Wiederbefüllung dieser „Mietzylinder“ anzubieten, ausreichend kompensiert wird. Nur als letztes Mittel behält sich die Beschlussabteilung vor, auch die Vertriebsbindung der Soda-Club- Händler insgesamt aufzuheben, falls die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen § 19 GWB und Art. 82 EG-Vertrag anders nicht abzustellen sind.

132. Soda-Club sieht die Freigabe der „Mietzylinder“ zur Befüllung durch Dritte als unverhältnismäßig an, weil sie zur Folge haben kann, dass Vertragshändler zu dritten Abfüllbetrieben abwandern (Bl. 4566f d. A). Dieses Argument greift aber nicht durch, da die Ermöglichung von wirksamem Wettbewerb auf dem Befüllungsmarkt gerade Ziel dieser Verfügung ist. Gerade der Marktbeherrscher hat sich im Wettbewerb zu bewähren und darf seine marktbeherrschende Stellung nicht durch missbräuchliche Verhaltensweisen absichern. Dass bei Aufgabe missbräuchlicher Verhaltensweisen ein Marktbeherrscher gegebenenfalls finanzielle Verluste erleidet, hat er in Kauf zu nehmen.
133. Soda-Club hat in der Stellungnahme zur Abmahnung vorgetragen, die auf eine Öffnung des Befüllungsmarktes gerichteten Abstellungsverfügungen (Tenor Ziffer 2. bis 4. Abmahnung, Ziffer 4 und 5 dieses Beschlusses) stellten eine Zwangsenteignung dar (Bl. 4556ff. d.A.). Die Beschlussabteilung ist – ebenso wie offenbar das LG Mainz, Bl. 4521ff. d.A. – der Auffassung, dass Soda-Club das Eigentum an den „Mietzylindern“ nicht behält, sondern vielmehr von gutgläubigem Erwerb durch den Endverbraucher auszugehen ist (vgl. auch die Rechtsgutachten von Prof. Martinek, Bl. 2786ff. und 3076ff. d.A.). Diese Frage kann letztlich aber offen bleiben. Selbst wenn Soda-Club das Eigentum an ihren „Mietzylindern“ behalten sollte, darf sie dennoch Dritte an der Wiederbefüllung der Zylinder aus kartellrechtlichen Gründen nicht hindern. Ihr Interesse, sich über das Eigentumsrecht die alleinige Wiederbefüllung der „Mietzylinder“ zu sichern, überwiegt nicht das Interesse an dem Erhalt eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Befüllungsmarkt. Dass Kartellrecht das Recht aus Eigentum einschränken kann, ist selbstverständlich und wird auch von Soda-Club nicht bestritten.
134. Die von Soda-Club zum Eigentumsrecht zitierte Rechtsprechung (Bl. 4567 d.A.) betrifft erkennbar einen anderen Sachverhalt. Die zitierte Entscheidung des BGH (2. Zivilsenat, Urt. vom 15. Sept. 2003 – II ZR 367/02) bezog sich auf die Vermietung großer Tanks für Flüssiggas an Endverbraucher gegen

Nutzungsentschädigung, gekoppelt mit einer Bezugsverpflichtung. Weder war der Vermieter des Tanks marktbeherrschend, noch hatte das Gericht zu prüfen, ob der Vermieter in ausreichendem Wettbewerb zu anderen Lieferanten von Flüssiggas stand.

135. Die getroffenen Feststellungen und angeordneten Maßnahmen sind auch deshalb verhältnismäßig, weil die Wettbewerber von Soda-Club sowie Soda-Club selbst zeigen, dass eine Befüllung von CO₂ – Zylindern für Trinkwassersprudler auch im Wettbewerb – im Rahmen eines Tauschsystems von Kaufzylindern – möglich ist.
136. Verstöße gegen Art. 82 EG-Vertrag sowie § 19 GWB sind mit Geldbuße bedroht (§ 81 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB); ebenso die Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 32 Abs. 1 (und damit auch Abs. 2) GWB (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung

beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, soweit dieser Beschluss auf eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Art. 82 EG-Vertrag gestützt wird; sie hat aufschiebende Wirkung, soweit er auf eine Zuwiderhandlung gegen § 19 GWB gestützt wird.

Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde, soweit diese nicht bereits vom Gesetz vorgesehen ist, ganz oder teilweise anordnen.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Wangemann

Crede

Michel

Es wird darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung – dem Tenor nach – im Bundesanzeiger (§ 62 GWB) sowie – im Volltext – im Internet unter www.bundeskartellamt.de veröffentlicht wird. Sie werden deshalb gebeten, der Beschlussabteilung **innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt** dieses Beschlusses mitzuteilen, ob die Entscheidung Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie die von Ihnen gewünschten Löschungen.